

กฎหมาย กับ จักรวาลนิมิต

นิติสังคมศาสตร์
CMUJLSS
CMU Journal of Law and Social Sciences

ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2567)
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ISSN 2672-9245 (Online)

<https://so01.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS>

CMU Journal of Law and Social Sciences

บรรณาธิการ

ผศ.ดร.นัทธมน คงเจริญ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

กองบรรณาธิการ

ศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รศ.ดร.ประภาส ปิ่นตบแต่ง

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รศ.ดิเรก ควรสมาคม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย

ผศ.ดร.มณฑิชา ภักดีคง

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ผศ.ดร.ธีทัต ขวี่จิตจินดา

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศ.ดร.อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์

คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.สมชาย ปรีชาศิลปกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.ดร.อุษณีย์ เอมศิรินันท์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ.บุญชู ฌ ป้อมเพ็ชร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ฝ่ายจัดการ

นายทินกฤต นุตวงศ์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นางสาววรลักษณ์ นาคเสน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ออกแบบปก โดย นางสาวดรุณศ เมอหมื่อ

วัตถุประสงค์

1. เพื่อให้เป็นวารสารวิชาการโดยเปิดโอกาสให้นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไปทั้งภายในและภายนอกคณะนิติศาสตร์และมหาวิทยาลัย มีโอกาสได้เผยแพร่ผลงานวิชาการในรูปของบทความวิชาการ
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ที่สัมพันธ์กับความรู้ทางสังคมศาสตร์ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ด้วยการจัดตีพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณชนผู้สนใจทั่วไป

ขอบเขต

CMU Journal of Law and Social Sciences รับผิดชอบบทความวิชาการ และบทปริทัศน์ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของ CMU Journal of Law and Social Sciences จะครอบคลุมเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา เช่น กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสัมพันธ์กับความรู้ทางด้านสังคมศาสตร์ในสาขาต่างๆ

กำหนดออกตีพิมพ์เผยแพร่

CMU Journal of Law and Social Sciences เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยจากบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จัดพิมพ์รายปี ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือน มกราคม – มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือน กรกฎาคม – ธันวาคม

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ CMU Journal of Law and Social Sciences

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

โทรศัพท์ 053-942921 โทรสาร 053-942914 E-mail: cmujlss@gmail.com

Website: <https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS>

การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณาลักษณะของบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้นจึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) อย่างน้อยจำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 3 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้นจึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำเสนอกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการพิจารณา กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1- 2 เดือน ผู้ส่งบทความจะได้รับ “CMU Journal of Law and Social Sciences” จำนวน 2 เล่ม เป็นการตอบแทน ภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่ CMU Journal of Law and Social Sciences ได้รับการเผยแพร่

ดัชนีการอ้างอิง

CMU Journal of Law and Social Sciences ปรากฏในฐานข้อมูลศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai Journal Citation Index - TCJ) อยู่กลุ่มที่ 2

ข้อมูลเพิ่มเติม

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิจากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวนอย่างน้อยจำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ โดยเก็บข้อมูลทั้งหมดเป็นความลับและไม่เปิดเผย ชื่อ-นามสกุล รวมถึงหน่วยงานที่สังกัดทั้งของผู้เขียนและผู้ประเมินบทความ
- ความคิดเห็นใดๆ ที่ลงตีพิมพ์ใน CMU Journal of Law and Social Sciences เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใดๆ ของผู้เขียน กองบรรณาธิการวารสาร ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)
- กองบรรณาธิการ CMU Journal of Law and Social Sciences ไม่สงวนสิทธิ์ในการคัดลอกแต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

ISSN: 2672-9245 (Online)

CMU Journal of Law and Social Sciences

ปีที่ 17 ฉบับที่ 1

มกราคม - มิถุนายน 2567

สารบัญ

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต	1
..... ธนพร สรรพกิจจำนง	
การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์	36
..... กวินทรา ศรีถนัด	
ทบทวนวิธีอาญาวิทยาคลาสสิก : มุมมองศีลธรรมของอาชญากรรมในเด็ก	71
..... อเล็กแซนเดอร์ ซือตอฟ, วิลัยนัสส์ เจนร่วมจิต	
อยู่บนหลักสากล ? : ศึกษาการใช้มาตรการควบคุมการชุมนุมสาธารณะของประเทศไทยระหว่างปี 2563 –2565	106
..... ภาสกร ฐีนาง	
ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายขององค์การบริหารจัดการประมงระดับภูมิภาคกรณีทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล	140
..... ไศภิต ชีวะพานิชย์	
เหตุแห่งการยกฟ้องกรณีผู้เสียหายเป็นโจทก์ ในคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6	173
..... ณัฏฐ์ชุตตา ผ่องโสมนรัตน์	

ช่องว่างรายได้ระหว่างเพศในวงการกีฬา: บทเรียนการจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมให้แก่ทีม ฟุตบอลหญิงทีมชาติจากสหรัฐอเมริกาสู่ประเทศไทย ปิติเทพ อยู่ยืนยง	201
Reflection of Special Autonomy by Aceh Local Government Policy in Economics And Politics Based on Helsinki MOU. Rico Novianto Hafidz	226

CMU Journal of Law and Social Sciences

Volume 17 Number 1

January - June 2024

Contents

The Problems of Patent Protection Related to Digital Assets in the Metaverse.	1
..... Thanaporn Suppakijjumnong	
Copyright Protection for Parody Works: A Focus on Photographs and Video Clips on Online Platforms.	36
..... Kawintra Srithanad	
Revisiting Classical Criminology: A Moral Perspective on Juvenile Delinquency.	71
..... Alexandre Chitov, Wannaphat Jenroumjit	
Based on International Principles? : The Study of the Thai Government's Measures to Control Public Assembly During 2020 -2022.	106
..... Passakorn Yeenang	
Problems concerning Law Enforcement of the Regional Fisheries Management Organizations for the Straddling Stocks and the Highly Migratory Species.	140
..... Sopit Cheevapanich	

Grounds for Dismissal in case of Criminal Prosecution by Injured Person in the Judgment of the Criminal Court for Corruption and Misconduct Cases, Region 6. Nattchuda Phongsoponratn	173
Gender Pay Gap in Sports: Lessons on Unequal Pay for the Women's National Soccer Team from the U.S. to Thailand. Pedithep Youyuenyong	201
Reflection of Special Autonomy by Aceh Local Government Policy in Economics And Politics Based on Helsinki MOU. Rico Novianto Hafidz	226

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนอมนิต¹
The Problems of Patent Protection Related to Digital Assets in
the Metaverse.²

ธนพร สรรพกิจจานง

สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Thanaporn Suppakijumong

Intellectual Property and International Trade Law, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

E-mail: ts.daow@gmail.com

Received: October 15, 2023; Revised: December 16, 2023; Accepted: December 19, 2023

บทคัดย่อ

การออกแบบสถาปัตยกรรมระบบและรูปลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนอมนิต ล้วนเกิดจากการคิดค้นและความคิดสร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ ของผู้ออกแบบตรงตามวัตถุประสงค์ การคุ้มครองสิทธิบัตร แต่ทว่าลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่สามารถจับต้องและมองเห็นด้วยตาเปล่าได้ ในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรไทยมุ่งคุ้มครอง การประดิษฐ์และการออกแบบไปที่ผลิตภัณฑ์ทางกายภาพ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนอมนิตโดยการศึกษาข้อมูลทางเทคโนโลยีของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนอมนิต ทฤษฎี หลักการ กฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทย สหภาพ

¹ บทความฉบับนี้ เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนอมนิต” นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2566.

² The article is concluded from a thesis “The problems of patent protection related to digital assets in the metaverse,” Master of Laws, Intellectual Property and International Trade Law, Ramkhamhaeng University, 2566.

ยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (จีน) และประเทศสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 คำจำกัดความ “การประดิษฐ์” และ “กรรมวิธี” ตามมาตรา 3 ไม่ครอบคลุมถึงการคิดค้นหรือกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ที่จับต้องไม่ได้หรือผลิตภัณฑ์เสมือนอันเป็นส่วนหนึ่งของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต แม้ลักษณะของ “กรรมวิธี” ที่ไม่เป็นนามธรรมควรได้รับการคุ้มครองก็ตาม ทั้งนี้ ความเป็นผลิตภัณฑ์ของสิทธิบัตรการประดิษฐ์มุ่งไปที่ผลิตภัณฑ์อย่างทรัพย์สินต่างจากการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่สามารถตีความผลิตภัณฑ์อย่างทรัพย์สินได้ อย่างไรก็ตาม “แบบผลิตภัณฑ์” ไม่ชัดเจนว่าให้รวมถึงการออกแบบดิจิทัล อีกทั้ง หากมีการนำเอาสัญลักษณ์ของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาออกแบบสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตถือว่ามีความใหม่ตามมาตรา 56 ซึ่งขาดความสร้างสรรค์ และขัดแย้งกับความจริงที่เป็นการโอนถ่ายรูปแบบไปยังสินค้าคนละประเภทเท่านั้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ให้ครอบคลุมกรรมวิธีในการแก้ไขปัญหาทางเทคนิคอย่างเฉพาะเจาะจง แม้จะไม่ส่งผลโดยตรงต่อการทำงานของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพ ส่วนสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ให้รวมถึงการออกแบบดิจิทัล รวมถึงข้อเสนอแนะอื่นที่เหมาะสม เพื่อเป็นการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต

คำสำคัญ: สิทธิบัตร, สินทรัพย์ดิจิทัล, จักรวาลนฤมิต, สถาปัตยกรรมระบบ, การออกแบบดิจิทัล

Abstract

System architecture and appearance designs of digital assets in the metaverse are created with the creativity and innovative ideas of the creator that according to the objective of patent protection. However, the nature of these digital assets is kept in the form of an electronic data unit that is intangible; cannot be touched and seen with the naked eye whereas, the Thai patent law protects an invention and design of a physical product.

The purpose of this article is to analyze problems related to patenting digital assets in the metaverse. It begins with studying technical information of digital assets in the metaverse, theories, doctrines, patent law, and other related laws of Thailand, International laws, the United States, the European Union, the People's Republic of China (China) and the Republic of China (Taiwan).

The study found that the definition of “invention” and “process” under Section 3 of the Patent Act B.E. 2522 may be incomprehensive to intangible products or virtual products that are part of digital assets in the metaverse, whereas the process that is not abstract ideas should be protected. The product character of the invention patent must direct to a product as a legal thing: a corporeal object, different from a product design that a product could be meaning to a property. In terms of “design” is not clear whether the digital design and the digital assets are included or classified in a patent for the design. However, if there is a transformation from a physical product to an appearance of digital asset, it could be deemed as “new” under Section 56 despite its lack of original and conflict with the truth that it only transfers the appearance to a different type of product.

This study proposes to revise the Patent Act B.E. 2522 to be more comprehensive to include the specific technical solutions of a process that is not direct to a result of a core functionality of the physical product. To give a new

definition to “design” to include a digital design and to propose other appropriate revising to cater for new technology development especially, in digital assets in the metaverse.

Keywords: Patent, Digital Assets, Metaverse, System Architecture, Digital Design.

1. บทนำ

สิทธิบัตรเป็นเอกสารสิทธิที่รัฐออกให้แก่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ออกแบบที่คิดค้นทำให้เกิดการประดิษฐ์ กรรมวิธี หรือการออกแบบซึ่งผลิตภัณฑ์ เป็นการคุ้มครองให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวภายในช่วงระยะเวลาอันจำกัด สำหรับการผลิต ใช่ว่า มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์หรือการใช้กรรมวิธีหรือแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร ด้วยเหตุนี้ สิทธิบัตรจึงเป็นเครื่องมือในการกีดขวางมิให้ผู้อื่นใช้สิทธิดังกล่าว การคิดค้นการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ เพื่อขอรับสิทธิบัตรจึงมีความคุ้มค่าให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสร้างรายได้จำนวนมหาศาลในช่วงเวลาการคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอุตสาหกรรมที่เปิดใหม่เพื่อให้ผู้ประกอบการกิจกรรมครอบครองส่วนแบ่งตลาดให้ได้มากที่สุด

โลกไร้พรมแดนยุคใหม่ที่กำลังก่อตัวขึ้นและได้รับความสนใจในแวดวงอุตสาหกรรมดิจิทัลมากที่สุด มีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะกล่าวถึง “จักรวาลอนฤมิต³” หรือ “Metaverse” โลกเสมือนจริงที่มีสภาพแวดล้อมดิจิทัลบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเว็บ 3.0⁴ ซึ่งผู้ใช้งานสามารถสื่อสารระหว่างกันเองได้โดยตรงแบบไร้ตัวกลางผ่านเครือข่ายที่เชื่อมต่อกับเทคโนโลยีบล็อกเชน ผู้ใช้งานสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในโลกเสมือนผ่านร่างอวตาร⁵ และทำกิจกรรมผ่านอุปกรณ์เสมือนจริง เช่น แว่นตาเสมือน

³ คณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์นิติศาสตร์ร่วมสมัย สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, มติเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2564, ภายใต้คำว่า “จักรวาลอนฤมิต”, “เมตาเวิร์ส.”

⁴ แทร์รี วินเทอร์ส, *Metaverse 101*, แปลโดย ประเวศ หงส์จรรยา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์ฮาวทู อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง, 2565), 3.

⁵ คณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ ฉบับราชบัณฑิตยสภา, มติเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2562, ภายใต้คำว่า “อวตาร” หมายถึง รูปแทนตัวผู้ใช้ในโลกเสมือนหรือเกม ซึ่งอาจเป็นสองมิติหรือสามมิติก็ได้

จริง อุปกรณ์สวมศีรษะ เครื่องคอมพิวเตอร์หรือสมาร์ทโฟนซึ่งเป็นอุปกรณ์ทางกายภาพที่รองรับเทคโนโลยีความเป็นจริงเสมือน (Virtual Reality: VR) ความเป็นจริงเสริม (Augmented Reality: AR)⁶ ซึ่งช่วยสร้างสภาพแวดล้อมดิจิทัลให้ราวกับได้ใช้ชีวิตในโลกเสมือนอีกใบคู่ขนานไปกับโลกจริงทางกายภาพ ด้วยเหตุนี้ จักรวาลนฤมิตจึงถือเป็นแหล่งเศรษฐกิจดิจิทัลเปิดใหม่ที่มีระบบเศรษฐกิจหมุนเวียนในโลกเสมือนเป็นของตนเอง หรือที่เรียกว่า เศรษฐกิจโลกเสมือน⁷ หรือ “Metanomics”⁸ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจจากการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัล

สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกสร้างขึ้นในระบบบล็อกเชน โดยผู้สร้างสามารถตั้งโปรแกรมให้สินทรัพย์ดิจิทัลทำงานได้หลายอย่างตามต้องการ⁹ หรือที่เรียกว่า “โทเคนเข้ารหัส” (Cryptographic token)¹⁰ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ได้แก่ โทเคนที่แลกเปลี่ยนได้ (Fungible token) เช่น เหรียญดิจิทัลที่ทำหน้าที่เป็นสกุลเงิน หรือที่เรียกว่า คริปโตเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) ตัวอย่างเช่น เงินสกุลอีเธอร์ (ETH) เป็นต้น ส่วนอีกประเภทคือ โทเคนที่ไม่สามารถทดแทนกันได้ (Non-Fungible Token) หรือที่เรียกว่า “NFT” ซึ่งมีความสามารถในการระบุลักษณะเฉพาะตัว แสดงถึงความเป็นเจ้าของและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ มักจะถูกนำมาสร้างเป็นสินค้าเสมือน จำพวกงานศิลปะดิจิทัล และของสะสมดิจิทัล เป็นต้น

เนื่องจากสินทรัพย์ดิจิทัลมีกลไกการทำงานจากการตั้งโปรแกรมและเป็นส่วนหนึ่งของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ซึ่งการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของประเทศไทยมุ่งเน้นไปที่ผลิตภัณฑ์ที่จับต้องได้เป็นหลัก โดยระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจะต้องส่งเสริมการทำงานหลักของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพ¹¹ ดังนั้น การประดิษฐ์ที่ให้ความสำคัญกับระบบหรือโปรแกรมมากกว่า

⁶ แทร์รี วินเทอร์ส, *Metaverse 101*, 36.

⁷ เรื่องเดียวกัน, 49.

⁸ Pimnara Hirankasi, “เมตาเวิร์ส: เมื่อโลกเสมือนกลายเป็นความ,” *Krungsri*, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2565, <https://www.krungsri.com/th/research/research-intelligence/metaverse>.

⁹ พีรพัฒน์ หาญคงแก้ว และอัครเดช เดียวพาณิช, *Digital Asset Investment 101 จาก Bitcoin สู่อการลงทุนยุคใหม่ในสินทรัพย์ดิจิทัล*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สติอคทอมอร์โรว์, 2564), 62.

¹⁰ Ishukatiyar16 [pseud.], “What is a Cryptographic Token?,” *GeeksforGeeks*, accessed 11 October, 2022, <https://www.geeksforgeeks.org/what-is-a-cryptographic-token>.

¹¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *คู่มือการขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร ฉบับประชาชน* (นนทบุรี: กรมทรัพย์สิน

ตัวอุปกรณ์หรือเครื่องจักร มักจะถูกจัดอยู่ในระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ตามมาตรา 9 (3) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2534 แต่อาจได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับชุดคำสั่งอันเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะเป็นงานวรรณกรรม ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ส่วนการออกแบบผลิตภัณฑ์ ยังไม่ปรากฏการพิจารณาตีและการขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับการออกแบบดิจิทัล โดยเฉพาะในส่วนของการออกแบบส่วนต่อประสานผู้ใช้งานซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถมองเห็นรูปลักษณ์ภายนอกของสินทรัพย์ดิจิทัล

ในขณะที่ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า หรือ “ความตกลงทริปส์” Article 25 และ Article 27 ไม่ได้มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ และการออกแบบอุตสาหกรรมไปที่ผลิตภัณฑ์ซึ่งวัตถุทางกายภาพเป็นหลักเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในลักษณะเปิดกว้างรับรองการพัฒนาในทุกสาขาเทคโนโลยี เพื่อให้ประเทศสมาชิกนำไปอนุวัติการได้ ส่งผลให้แต่ละประเทศสมาชิกมีข้อกำหนดในการคุ้มครองสิทธิบัตรที่แตกต่างกัน โดยอาจตรากฎหมายที่ใช้มาตรฐานสูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่ความตกลงทริปส์กำหนดไว้ก็ได้ ดังจะเห็นได้ว่า ประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ได้หัน รวมถึงประเทศที่มีการเจริญก้าวหน้าด้านเทคโนโลยี เช่น จีน ได้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาการขอรับสิทธิบัตรในสาขาเทคโนโลยีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นพื้นฐานของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนมิติมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว และยังคงพบปัญหาโดยเฉพาะในการพิจารณาเรื่องวัตถุแห่งสิทธิเกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่มีแนวคิดเชิงนามธรรม (Abstract ideas)

จากปัญหาดังกล่าว บทความนี้จึงมุ่งศึกษาหาแนวทางในปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร เพื่อสนับสนุนการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนมิติซึ่งเป็นเทคโนโลยียุคใหม่ให้สอดคล้องกับนโยบายประเทศไทย 4.0¹² ที่สนับสนุนภาคอุตสาหกรรมด้วย

ทางปัญญา, 2563), 13, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2565,

<https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2564/Patent/people-s-guide.pdf>.

¹² ทำเนียบรัฐบาล, “Thailand 4.0 ขับเคลื่อนอนาคตสู่ความมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน,” *วารสารไทยคู่ฟ้า* 33 (มกราคม ถึง มีนาคม 2560): 4, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2565, <https://spm.thaigov.go.th/FILEROOM/spm-thaigov/DRAWER004/GENERAL/DATA0000/00000368.PDF>.

เทคโนโลยี อันจะเป็นพื้นฐานสู่สังคมยุค 5.0¹³ ซึ่งเป็นการรวมกันของโลกแห่งความเป็นจริงและโลกเสมือน รวมถึงรองรับศักยภาพของคนไทยในการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอุตสาหกรรมดิจิทัล ซึ่งเห็นได้จากโครงการสร้างแพลตฟอร์มจักรวาลนฤมิตสัญชาติไทย เช่น Bitkub Metaverse และ Jakaverse เป็นต้น จุดเริ่มต้นนี้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นปัจจัยหลักในเศรษฐกิจของจักรวาล-นฤมิต หากมีการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลจะทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากการเปิดเผยการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์ อันเป็นการสนับสนุนให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองความคิดในการสร้างระบบและออกแบบสินทรัพย์ดิจิทัล รวมถึงมีการพัฒนาต่อยอดระบบเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตได้อย่างรวดเร็วตามวัตถุประสงค์ของสิทธิบัตรที่มุ่งเน้นการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี

2. ปัญหาการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต

จากลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตที่ไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible) จึงมีปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ปัญหาเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตร ปัญหาการละเมิดสิทธิบัตร โดยในแต่ละประเด็นจะแบ่งวิเคราะห์ข้อมูลทางเทคโนโลยีของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตตามประเภทของการคุ้มครองสิทธิบัตร ได้แก่ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ และสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

2.1 ปัญหาความเป็นวัตถุแห่งสิทธิ

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามของ “การประดิษฐ์” แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ และกรรมวิธีการประดิษฐ์ จึงสามารถแบ่งวิเคราะห์ “การประดิษฐ์” ที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

¹³ มนพงา เล็กขาว, “เปิดมุมมองระบบราชการไทยผ่านหน้าต่าง Society 5.0,” สำนักงาน ก.พ.ร., สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2566, https://wiki.ocsc.go.th/_media/มนพงา_เล็กขาว8_.pdf.

ประกาศที่ 1 การประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์

ผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนอกระบบ แบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ได้แก่ (1) อุปกรณ์เสมือนจริงซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ทางกายภาพ (Physical product) เช่น กระเป๋าเงินดิจิทัล Trezor Hardware Wallet ซึ่งเป็นสื่อบันทึกทางกายภาพที่มีระบบสามารถเก็บสะสมสินทรัพย์ดิจิทัลได้ (2) สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์เสมือน (Visual product) เช่น รองเท้าดิจิทัล Nike CRYPTOKICKS ที่มีระบบการสร้างรองเท้าดิจิทัลด้วยการเข้ารหัสความปลอดภัยและสามารถนำมารวมกันเพื่อสร้างรองเท้าดิจิทัลอันใหม่ได้

เนื่องจากกระเป๋าเงินดิจิทัล Trezor Hardware Wallet เป็นอุปกรณ์ทางกายภาพที่มีกลไกการทำงานด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์เชื่อมโยงกับระบบเครือข่ายของสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งประเทศไทยได้มีแนวทางการรองรับสิทธิบัตรสำหรับสิ่งประดิษฐ์ที่มีลักษณะดังกล่าว หรือที่เรียกว่า อินเทอร์เน็ตของสรรพสิ่ง (Internet of Things) ¹⁴

ในเบื้องต้นจึงมีปัญหว่า การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับ Internet of Things จะสามารถรองรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ได้ทุกกรณีหรือไม่

เนื่องจาก การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับ Internet of Things มีการใช้ระบบหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีการทำงานของอัลกอริทึม (Algorithm) ซึ่งมีพื้นฐานมาจากการใช้สูตรสมการทางคณิตศาสตร์รวมอยู่ด้วย การประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์นั้นจึงจำเป็นต้องมีลักษณะทำให้เกิดผลเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงต่อลักษณะทางกายภาพของสิ่งประดิษฐ์¹⁵ โดยจำเป็นต้องสร้างผลลัพธ์ที่ไม่เหมือนเดิมต่อผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงการประดิษฐ์ที่ใช้กฎพื้นฐานทั่วไป อันจะมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 9 (2) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.

¹⁴ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, “NETPIE: Internet of Things,” NECTEC, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2566, <https://www.nectec.or.th/innovation/innovation-software/netpie.html>.

¹⁵ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร, หมวด 6 การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (นพฐ: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2562), 3, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2565, <https://www.ipthailand.go.th/th/คู่มือ-คำแนะนำขั้นตอน-สิทธิบัตร/item/คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร-ฉบับปี-๒๕๖๒.html>.

2522 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของสหรัฐอเมริกา ในคดี *Diamond v. Diehr*¹⁶ ที่มีการขอรับสิทธิบัตรประดิษฐ์สำหรับกระบวนการขึ้นรูปยางสังเคราะห์ดิบ โดยการใช้สูตรทางคณิตศาสตร์เพื่อวัตถุประสงค์ทางอุตสาหกรรมทำให้เครื่องผลิตยางมีกลไกการทำงานเฉพาะที่มีประสิทธิภาพดีกว่าเครื่องผลิตยางทั่วไปอันเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะทางกายภาพของเครื่องจักร

อีกทั้ง เมื่อศึกษากฎหมายสิทธิบัตรสหภาพยุโรป (EPC) ซึ่งคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์ที่มีลักษณะทางเทคนิคโดยต้องมีการแก้ไขปัญหาทางเทคนิคอย่างเฉพาะเจาะจง¹⁷ เช่นเดียวกับแนวทางของจีนที่ต้องใช้วิธีทางเทคนิคและเป็นการแก้ไขปัญหาทางเทคนิคหรือส่งผลกระทบทางเทคนิค¹⁸ และคุณลักษณะทางเทคนิคที่จำเป็นของได้ห้วน คือ คุณลักษณะที่ขาดไม่ได้สำหรับการแก้ไขปัญหของการประดิษฐ์¹⁹ จึงสรุปได้ว่า การประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ทางกายภาพที่เกี่ยวกับ Internet of Things ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ได้ทุกกรณี โดยอาจขอรับสิทธิบัตรได้เฉพาะการประดิษฐ์ที่มีลักษณะทางเทคนิคทำให้เกิดผลเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงลักษณะทางกายภาพของสิ่งประดิษฐ์เท่านั้น ในทางกลับกันหากนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้กับอุปกรณ์ทางกายภาพแล้วเกิดผลเหมือนใช้งานคอมพิวเตอร์ทั่วไป เช่นนี้ถือว่าไม่มีลักษณะทางเทคนิคจึงไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

เมื่อการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับ Internet of Things มีลักษณะคล้ายกันกับการประดิษฐ์สินทรัพย์ดิจิทัล กล่าวคือ มีการทำงานด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เชื่อมโยงกับเครือข่าย เพียงแต่ส่งผลการทำงานหลักต่อผลิตภัณฑ์เสมือนหรือสินทรัพย์ดิจิทัล แทนที่จะเป็นอุปกรณ์ทางกายภาพ จึงมีปัญหาว่าจะสามารถนำหลักการของ Internet of Things มาใช้กับสินทรัพย์ดิจิทัลได้หรือไม่เพียงใด

¹⁶ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175 (1981).

¹⁷ “2. Examination practice,” *EPO*, accessed April 10, 2023, https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2023/g_ii_2.html.

¹⁸ CNIPA, “专利审查指南 2021,” December 12, 2020, 86-87, accessed August 20, 2022 <http://zjpa.cn/upload/attachments/draft/2c9f82a5-797e3aa0-017a-e6fac48b-0037.pdf>.

¹⁹ TIPO, “第十二章 電腦軟體相關發明,” July 07, 2021, 10, accessed October 6, 2022, <https://topic.tipo.gov.tw/patents-tw/cp-673-893182-61f5d-101.html>.

ผลิตภัณฑ์ตามวัตถุประสงค์ของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์นั้นต้องเป็นผลิตภัณฑ์ที่สามารถผลิตซ้ำในรูปแบบเดิมได้หลายชิ้นเพื่อประโยชน์ในการค้าทางอุตสาหกรรม โดยมีการกำหนดไว้ความตกลงทริปส์ Article 27.1 ให้คุ้มครองการประดิษฐ์ใด ๆ โดยส่วนหนึ่ง ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ (product) เมื่อพิจารณาประกอบกับแนวทางของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้การขอรับการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับสิ่งของ (thing) หรือ ผลิตภัณฑ์ (product) ที่จับต้องได้²⁰ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 3 “การประดิษฐ์” ที่เป็นการขอรับความคุ้มครองในการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ โดยเน้นไปที่ “สิ่งประดิษฐ์” กล่าวคือ ผลิตภัณฑ์ที่มนุษย์คิดค้นขึ้นใหม่โดยไม่ใช่วิธีการค้นพบสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และจำกัดเฉพาะสิ่งที่มีรูปร่างหรือมีคุณสมบัติทางกายภาพทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสิ่งมีชีวิตหรือไม่ก็ตาม²¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิ่งประดิษฐ์ที่มีรูปร่างทางกายภาพนั้นมีลักษณะอย่างเดียวกับวัตถุที่มีรูปร่าง หรือ “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น แม้การประดิษฐ์นั้นจะมีลักษณะทางเทคนิค แต่หากมีการทำงานร่วมกับผลิตภัณฑ์ที่ไม่มีรูปร่างทางกายภาพหรือที่ไม่สามารถจับต้องได้ ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์

เมื่อลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลโดยลำพังเป็นวัตถุเสมือนโดยจำลองข้อมูลขึ้นในระบบประมวลผล หากไม่มีลักษณะทางเทคนิคก็เป็นเพียงข้อมูลที่มีระบบในตัวเอง (data per se)²² ทั้งนี้ แม้สินทรัพย์ดิจิทัลจะมีลักษณะทางเทคนิค แต่เมื่อเป็นเพียงข้อมูลในระบบซึ่งไม่มีโครงสร้างทางกายภาพ ก็ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ได้ โดยเทียบเคียงจากคดีที่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า ระบบประมวลเสียงพูดที่ไม่สามารถแสดงสำเนาที่คอมพิวเตอร์อ่านได้ จึงไม่มีลักษณะเป็นส่วนประกอบที่ทำให้เกิดผลิตภัณฑ์สำหรับการประดิษฐ์ตามกฎหมายสิทธิบัตร²³ ดังนั้น การประดิษฐ์ที่มุ่งตรงไปที่ระบบกลไกทางเทคนิคของสินทรัพย์ดิจิทัลจึงอาจขอรับสิทธิบัตรได้เฉพาะกรรมวิธีการประดิษฐ์

²⁰ USPTO, “Patent Subject Matter Eligibility,” *uspto.gov*, accessed October 15, 2022, https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2106.html#ch2100_d29a1b_139b2_397html.

²¹ ไมตรี สุพาทกุล, “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (สิทธิบัตร),” ใน *รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 68*, 5 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), 214-215.

²² USPTO, *Ibid.*

²³ *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437 (2007).

ประการที่ 2 กรรมวิธีการประดิษฐ์

สินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตมีการทำงานตามระบบที่ตั้งโปรแกรมไว้ โดยทั่วไปโปรแกรมมีวงจรการพัฒนาระบบ²⁴ โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มหลัก ได้แก่ การวิเคราะห์เป้าหมาย วัตถุประสงค์ในการสร้างโปรแกรม การออกแบบโปรแกรมตามการวิเคราะห์ และการเขียนโปรแกรมตามที่ออกแบบแล้วนำไปใช้ จากวงจรดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ส่วนที่อาจนำมาขอรับสิทธิบัตรได้ก็คือ การออกแบบโปรแกรม ซึ่งในการวางโครงสร้างหลักระบบทำได้โดยการออกแบบสถาปัตยกรรมระบบ (Architecture Design)²⁵ เป็นส่วนสำคัญโดยออกแบบเป็นแผนภาพ (Diagram) เพื่อเป็นการอธิบายกระบวนการและความเชื่อมโยงระหว่างโครงสร้างภายในของระบบปฏิบัติการ ฐานข้อมูล เครือข่าย ฟังก์ชันการทำงานหลัก การจัดการส่วนต่อประสานผู้ใช้ และส่วนต่อประสานผู้ใช้ (User Interfaces) รวมถึงภาพหน้าจอตัวอย่างมาตรฐานหรือที่เรียกว่า “ภาพกราฟิกส่วนต่อประสานกับผู้ใช้” (Graphical User Interface : GUI)²⁶

²⁴ โอลาส เอ็มสลิวงค์, *การวิเคราะห์และออกแบบระบบ* (กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2566), 46-54.

²⁵ ปานใจ ธารทัศนวงศ์, *Fundamental of software engineering & Digital Transformation*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี: บริษัท ไอทีซี พรีเมียร์ จำกัด, 2565), 234-238.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, 214.

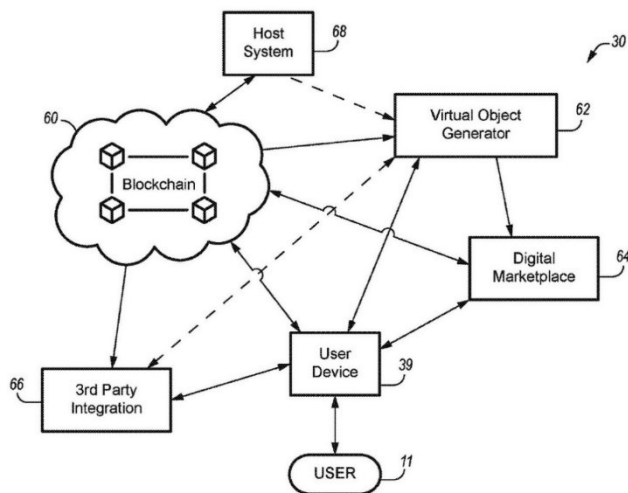


FIG. 3

ภาพที่ 1 แสดงตัวอย่างแผนภาพ(บางส่วน)ประกอบคำขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีสำหรับ “ระบบและวิธีการ จัดหาสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีการเข้ารหัสลับ”

ที่มา World Intellectual Property Organization, “US10505726: SYSTEM AND METHOD FOR PROVIDING CRYPTOGRAPHICALLY SECURED DIGITAL ASSETS,” WIPO, accessed May 12, 2023 <https://patentscope.wipo.int/search/en/detail.jsf?docId=US278505055&docAn%20=16423671.html>.

ภาพดังกล่าวเป็นการแสดงแผนภาพ (Diagram) เพื่ออธิบายโครงสร้างและความเชื่อมโยงระหว่างผู้ใช้งาน ระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เครือข่ายบล็อกเชน สินทรัพย์ดิจิทัล และอุปกรณ์ทางกายภาพเพื่อแสดงผลหน้าจอ โดยในคำขอสิทธิบัตรนี้มีข้อมูลทางเทคนิคสำหรับการสร้างและจำหน่ายสินทรัพย์ดิจิทัลที่เข้ารหัสความปลอดภัยของแบรนด์ โดยมีวัตถุประสงค์ป้องกันการซื้อขายรองเท่าดิจิทัลที่ลอกเลียนแบบ และมีความสามารถในการรวมเข้าด้วยกันของสินทรัพย์ดิจิทัลสองอันเพื่อสร้างเป็นอันใหม่ จะเห็นได้ว่า ระบบและวิธีการดังกล่าวไม่ได้มีคำขอถือสิทธิเพื่อให้สมาร์ตโฟนหรืออุปกรณ์ทางกายภาพมีความสามารถดังกล่าว แต่เป็นการออกแบบระบบที่เน้นการ

กลไกทำงานหลักของสินทรัพย์ดิจิทัล โดยมีสมาร์ตโฟนหรืออุปกรณ์ทางกายภาพอื่นเป็นเพียงสื่อกลาง ที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงระบบของสินทรัพย์ดิจิทัลตามสิทธิบัตรได้เท่านั้น ซึ่งเมื่อนักออกแบบโปรแกรมอ่านแผนภาพระบบดังกล่าวจะสามารถเข้าใจโครงสร้างระบบและนำไปเขียนโปรแกรมเพื่อนำไปใช้ต่อไปได้

จากแผนภาพการอธิบายสถาปัตยกรรมระบบของสินทรัพย์ดิจิทัลดังกล่าวจึงมีปัญหาว่า กระบวนการดังกล่าวเป็น “กรรมวิธี” ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 “กรรมวิธี” สามารถตีความได้ว่ากรรมวิธีที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ นอกจากจะต้องเป็นกรรมวิธีที่มีความใหม่แตกต่างจากวิธีการ กฎเกณฑ์พื้นฐานทั่วไปแล้ว ยังจะต้องเป็นกรรมวิธีที่ทำให้เกิดผลลัพธ์เป็นการผลิต การเก็บรักษาให้คงสภาพ การทำให้มีคุณภาพดีขึ้น การปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใดต่อผลิตภัณฑ์ โดยไม่ได้มีการบัญญัติเปิดกว้างให้รองรับกรรมวิธีที่ไม่ก่อให้เกิดผลต่อผลิตภัณฑ์ทางกายภาพ สอดคล้องกับแนวทางการขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มุ่งให้เกิดผลต่อการทำงานหลักของอุปกรณ์ทางกายภาพ²⁷

เมื่อพิจารณากฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา 35 US Code § 100 (b) กำหนดให้การขอถือสิทธิในกรรมวิธีนั้นมุ่งเน้นไปที่การกระทำ (action)²⁸ ซึ่งเป็นการอธิบายลำดับขั้นตอนการดำเนินการต่อสิ่งที่แน่นอนเพื่อให้เกิดผลลัพธ์ตามที่กำหนด

อนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (EPC) ไม่ได้ให้คำจำกัดความหมายของ “การประดิษฐ์” เอาไว้ โดย Article 52 (1) กำหนดคุ้มครองการประดิษฐ์ทุกสาขาเทคโนโลยีโดยไม่จำกัดขอบเขตไว้ แต่มีการระบุรายการที่ไม่ถือว่าเป็นการประดิษฐ์ไว้ใน Article 52 (2) ส่วนกฎหมายสิทธิบัตรประเทศจีน Article 2.2 ได้กำหนดความหมายของการประดิษฐ์ให้หมายถึง กรรมวิธีที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแก้ไขปัญหาด้านเทคนิคที่ใหม่ โดยมีได้เจาะจงว่าจะต้องมีผลกับผลิตภัณฑ์ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายสิทธิบัตรประเทศไต้หวัน Article 21 กำหนดให้การประดิษฐ์ หมายถึง การสร้างโดยใช้ความคิดทางเทคนิค

²⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร, 3.

²⁸ USPTO, “Patent Subject Matter Eligibility.”

จากการเปรียบเทียบกฎหมายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ไต้หวัน และจีน ต่างบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกรรมวิธีตามสิทธิบัตรไว้อย่างกว้าง ๆ โดยไม่เจาะจงว่าต้องเป็นกรรมวิธีเพื่อให้เกิดผลต่อผลิตภัณฑ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรรมวิธีอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดผลทางเทคนิคในทุก ๆ สาขาเทคโนโลยี สอดคล้องจุดมุ่งหมายของสิทธิบัตรที่สนับสนุนการคิดค้นใหม่ ๆ เพื่อพัฒนาเทคโนโลยี และความตกลงทริปส์ Article 27 ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกออกสิทธิบัตรเกี่ยวกับการประดิษฐ์ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์ (product) หรือ กรรมวิธี (process) ในทุกสาขาเทคโนโลยีโดยไม่จำกัด หากเข้าเงื่อนไขตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 3 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่มุ่งผลลัพธ์ของกรรมวิธีต่อผลิตภัณฑ์อยู่นั้น มีผลทำให้กรรมวิธีที่เกี่ยวกับสาขาเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์หรือดิจิทัลที่ส่วนใหญ่เป็นระบบประมวลผลไม่อาจได้รับสิทธิบัตร หากไม่มีความเชื่อมโยงและส่งผลต่อการทำงานหลักของอุปกรณ์ทางกายภาพ

เมื่อระบบสินทรัพย์ดิจิทัลมีกระบวนการ ขั้นตอนการทำงานตามลำดับที่ได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจนหรือที่เรียกว่า “อัลกอริทึม” (algorism) และเป็นส่วนหนึ่งของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีพื้นฐานมาจากสูตร สมการ หรือกฎเกณฑ์ทางคณิตศาสตร์ทั่วไป โดยหลักแล้วไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาแนวทางของศาลสหรัฐอเมริกาในการทดสอบการขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์และวิธีการดำเนินธุรกิจมีกำหนดไว้ในคดี *Alice Corp. v. CLS Bank International*²⁹ พบว่า หากกรรมวิธีการประดิษฐ์มีนั้น “คุณสมบัติเพิ่มเติม” มีในปริมาณที่เพียงพอ และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้จริง จึงจะถือว่าเป็น “แนวคิดเชิงประดิษฐ์” (Inventive concept) ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ การกำหนดแนวทางเช่นนี้ เพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่เป็นการผูกขาดแนวคิดที่เป็นนามธรรมซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานทั่วไป โดยแนวคิดเชิงประดิษฐ์เกี่ยวกับระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีตัวอย่างที่ศาลตัดสินให้มีสิทธิได้รับสิทธิบัตรใน “วิธีการขยายโอกาสทางการค้าสำหรับเว็บไซต์ทางอินเทอร์เน็ตผ่านการตลาดนอกสถานที่ที่มีการประสานงาน”³⁰ ซึ่งเป็นวิธีการล้อมกรอบเว็บไซต์ผู้ค้าบุคคลที่สามไว้ในเว็บไซต์หรือเว็บหลักเพื่อให้ผู้เข้าชมมีความรู้สึกว่ายังเลือกซื้อผลิตภัณฑ์ในเว็บไซต์โฮสต์อยู่ วิธีการดังกล่าวเป็นการแก้ไข ปัญหาของเว็บไซต์โฮสต์ที่สูญเสียผู้เยี่ยมชม โดยใช้กระบวนการทางเทคนิคที่ออกแบบการครอบ

²⁹ *Alice Corp. v. CLS Bank Int'l*, 573 U.S. 208 (2014).

³⁰ *DDR Holdings, LLC v. Hotels.Com, L.P.*, No. 13-1505 (Fed. Cir. 2014).

เว็บไซต์และให้แตกต่างจากรูปแบบพื้นฐานของเว็บไซต์ทั่วไปและสามารถนำมาใช้ประโยชน์ทางอุตสาหกรรมการซื้อขายทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้จริง

ทั้งนี้ หลัก “แนวคิดเชิงประดิษฐ์” ของประเทศสหรัฐอเมริกามีความสอดคล้องกับ “ลักษณะทางเทคนิค” ของจีน ซึ่งรวมถึงกรรมวิธีที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแก้ไขปัญหาด้านเทคนิคที่ใหม่ ตาม Article 2.2 ประกอบ Article 25.1 (2) ตัวอย่างเช่น กรรมวิธีการสื่อสารกับอุปกรณ์ระหว่างโหนดบล็อกเชนเพื่อป้องกันไม่ให้ข้อมูลรั่วไหล³¹ และ “ความคิดทางเทคนิค” ของไต้หวัน ตาม Article 2 ประกอบ Article 21 โดยการประมวลผลข้อมูลหรือกลไกการทำงานนั้นต้องสามารถบรรลุผลทางเทคนิคโดยเฉพาะสำหรับการทำงานร่วมกันของโปรแกรมและอุปกรณ์ทางกายภาพ หรือส่วนประกอบแสดงถึงผลลัพธ์ทางเทคนิค โดยไม่จำเป็นต้องระบุอุปกรณ์ทางกายภาพในข้อถ้อยสัญญา³²

ส่วนอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (EPC) ได้กำหนดคุ้มครองการประดิษฐ์ในทุกสาขาเทคโนโลยี หากเข้าเงื่อนไขตามกฎหมาย และได้กำหนดสิ่งที่ถือว่าไม่ใช่การประดิษฐ์ไว้ใน Article 52 (2) ซึ่งเกี่ยวข้องกับระบบของสินทรัพย์ดิจิทัลแบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ คือ วิธีการที่ส่งผลต่อการควบคุมพฤติกรรม การรับรู้ หรือจิตใจของผู้ใช้งานเพียงอย่างเดียวและโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีลักษณะทางเทคนิค ทั้งนี้ หากเป็นการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ (Computer-implemented Invention : CII)³³ ซึ่งมีการทำงานร่วมกันระหว่างโปรแกรมและระบบคอมพิวเตอร์ หรือระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องมืออื่น ๆ ที่ตั้งโปรแกรมไว้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยไม่จำเป็นต้องขอถ้อยสัญญาร่วมกับสื่อทางกายภาพ ก็อาจขอรับสิทธิบัตรได้³⁴ ดังนั้น กระบวนการเกี่ยวกับโปรแกรมที่มีลักษณะทางเทคนิคเพียงแต่มีการทำงานร่วมกันกับสื่อกลางทางกายภาพ หรือระบบเครือข่ายเพื่อให้เกิดผลลัพธ์ทางเทคนิคโดยเฉพาะต่อระบบ

³¹ CNIPA, “专利审查指南 2021,” 184.

³² TIPO, “第十二章 電腦軟體相關發明,” 10.

³³ European Patent Academy, “Learning path for patent examiners Claim formulation for computer-implemented inventions (CII): Advanced level,” EPO (July 2022), 5, https://e-courses.epo.org/wbts_int/lppe/cii-7_advanced_script.pdf.

³⁴ “Index for Computer-Implemented Inventions,” EPO, accessed April 10, 2023, <https://new.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2023/j.html>.

สินทรัพย์ดิจิทัล โดยไม่จำเป็นต้องส่งเสริมการทำงานหลักของอุปกรณ์ทางกายภาพ ก็อาจขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีในสหรัฐอเมริกา จีน ไต้หวัน และสหภาพยุโรปได้

จากการศึกษาดังกล่าว ทำให้ผู้เขียนเข้าใจว่า ลักษณะทางเทคนิคเน้นไปที่กลไกการแก้ปัญหาทางเทคนิคของระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ใช่การนำเสนอสิ่งยังไม่เกิดขึ้นโดยคอมพิวเตอร์เพื่อช่วยให้เกิดความสะดวกในการดำเนินงานเท่านั้น เช่น การใช้เทคนิคสร้างระบบการคำนวณด้วยคอมพิวเตอร์สำหรับการทำธุรกรรมออนไลน์³⁵ เพื่อความสะดวกเพียงอย่างเดียว ซึ่งไม่ใช่ลักษณะทางเทคนิคตามความมุ่งหมายของสิทธิบัตรซึ่งเป็นการสร้างกลไกการแก้ไขปัญหาในระบบให้เกิดผลลัพธ์ต่อสิ่ง ๆ หนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงนอกเหนือไปจากการทำงานปกติของคอมพิวเตอร์ จึงจำเป็นต้องมีวัตถุประสงค์มุ่งผลทางเทคนิคด้วยตัวระบบเอง โดยไม่มีคนเข้าไปมีส่วนร่วมสำคัญในการแก้ไขปัญหาให้บรรลุผล

2) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์เป็นการให้ความคุ้มครองการออกแบบรูปลักษณ์ภายนอกของผลิตภัณฑ์ที่มีความโดดเด่นดึงดูดผู้บริโภคจากแบบผลิตภัณฑ์ที่ปรากฏ โดยจะต้องไม่เป็นการออกแบบที่เพื่อประโยชน์ในการใช้สอยหรือช่วยในการทำงานของผลิตภัณฑ์ ซึ่งการออกแบบผลิตภัณฑ์อาจได้รับสิทธิบัตรหากเป็นการออกแบบที่มีลักษณะพิเศษและมีความใหม่เพื่อใช้กับผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม

การออกแบบที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การออกแบบผลิตภัณฑ์แบบดั้งเดิมบนผลิตภัณฑ์ทางกายภาพซึ่งมีกฎหมายรับรองอยู่แล้ว และการออกแบบดิจิทัล เป็นการออกแบบด้วยระบบคอมพิวเตอร์ให้ปรากฏภาพรูปร่างลวดลายของสินทรัพย์ดิจิทัลในระบบประมวลผลซึ่งเป็นสื่อรับรองไม่สามารถจับต้องได้

³⁵ *BuySAFE, Inc. v. Google, Inc.*, 765 F.3d 1350 (Fed. Cir. 2014).



ภาพที่ 2 แสดงตัวอย่างการออกแบบรองเท้าดิจิทัลประเภท NFT

ที่มา : 18D8B6 [pseud.], “RTFKT x Nike Dunk Genesis DMN CRYPTOKICKS,” OpenSea, accessed October, 10, 2023
<https://opensea.io/assets/ethereum/0xf661d58cfe893993b11d53d11148c4650590c692/5912.html>.

จากตัวอย่างภาพที่ 2 เป็นการออกแบบรูปลักษณ์รองเท้าดิจิทัลในจักรวาลนอมนิต ที่มีลักษณะการออกแบบเป็นภาพกราฟิกที่ทำให้ผู้ใช้งานสามารถมองเห็นได้ผ่านส่วนต่อประสานผู้ใช้งาน หรือที่เรียกว่า กราฟิกส่วนต่อประสาน (Graphic User Interface: GUI) อันเป็นส่วนหนึ่งของการออกแบบดิจิทัล ทั้งนี้การออกแบบดิจิทัลยังรวมถึงสัญลักษณ์กราฟิกที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ (Icon) ด้วย

การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบ 2 ส่วนรวมกัน กล่าวคือ การออกแบบจะแยกจากตัวผลิตภัณฑ์ไม่ได้ เมื่อพิจารณาคำจำกัดความ ตามมาตรา 3 “แบบผลิตภัณฑ์” ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ที่เน้นการออกแบบไปทีรูปร่าง องค์ประกอบลวดลาย สีที่มีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ โดยมีได้บัญญัติลักษณะของผลิตภัณฑ์ไว้ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 56 ต้องเป็นผลิตภัณฑ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรม โดยสามารถผลิตทำซ้ำในรูปแบบเดียวกันเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ได้ จึงมีปัญหาวว่า ผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์มีลักษณะเดียวกันกับกฎหมายอื่นหรือไม่ และสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นผลิตภัณฑ์โดยมีกฎหมายรับรองให้เป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายได้ในทางพาณิชย์หรือไม่

จากการศึกษาโดยเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสินทรัพย์ดิจิทัล ทำให้เข้าใจได้ว่า การกำหนดลักษณะของ “ผลิตภัณฑ์” ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ โดยพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 มุ่งกำกับดูแลการออกและขายสกุลเงินเสมือนจึงไม่ครอบคลุมไปถึงสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT สำหรับกฎหมายเครื่องหมายการค้า พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มีวัตถุประสงค์เพื่อรับประกันคุณภาพสินค้า แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่มี ความชัดเจนในการคุ้มครองครอบคลุมถึงสินค้าเสมือน แต่องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) ได้กำหนดกับประเภทสินค้าและบริการ (the Nice Classification) ที่มีการปรับปรุงให้มีการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไปถึงผลิตภัณฑ์ประเภทไฟล์ดิจิทัลที่ดาวน์โหลดได้ซึ่งรับรองความถูกต้องโดย NFT ³⁶ ส่วนลักษณะของผลิตภัณฑ์ดิจิทัลเป็นสิ่งไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะมีคุณค่าและอาจถือเอาได้ จึงสามารถเทียบได้กับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138

อย่างไรก็ตาม เมื่อวัตถุประสงค์ของผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ คือสามารถผลิตและประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ โดยต้องสามารถผลิตซ้ำในรูปแบบเดิมได้หลายชิ้นเพื่อประโยชน์ได้จริงทางพาณิชย์ จากการออกแบบรูปลักษณ์ภายนอกที่โดดเด่นเพื่อดึงดูดผู้บริโภคให้ซื้อขายแลกเปลี่ยนในลักษณะโอนกรรมสิทธิ์อย่างสินค้าที่ไม่สามารถทดแทนกันได้ จึงนำมาปรับใช้ได้เฉพาะสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT

เมื่อพิจารณาลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT ที่มีลักษณะเอกเทศแยกออกมาจากระบบและไม่เกี่ยวข้องการทำงานของหน้าจอแสดงผล ดังนั้น การออกแบบรูปลักษณ์ด้วย GUI ที่ตกแต่งลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์เสมือนให้ดึงดูดความสนใจของผู้ใช้งานอาจขอรับสิทธิบัตรได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีความเชื่อมโยงกับสินค้าจริง

อย่างไรก็ตาม สำหรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ไทยไม่ชัดเจนว่ารวมถึงการออกแบบดิจิทัลหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายสิทธิบัตรได้เห็นว่าบัญญัติไว้ชัดเจนใน Article 121 ให้การออกแบบนั้นรวมถึงการสร้างไอคอนด้วยคอมพิวเตอร์ (Icon) หรือ กราฟิกส่วนต่อ

³⁶ “Class9 (090918)” in *Nice Classification*, WIPO, last modified January 12, 2023,

https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/?class_number=9&gors=&lang=en&menulang=en&mcode=flat¬ion=modifications&version=20230101.

ประสานผู้ใช้งาน (GUI) และกฎหมายการออกแบบทางอุตสาหกรรมของยุโรปตาม Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs ซึ่งมีพื้นฐานมาจาก Directive 98/71/EC โดย the Regulation (EC) No 6/2002 Article 3 (b) “ผลิตภัณฑ์” ให้รวมถึงบรรจุภัณฑ์ สัญลักษณ์กราฟิก และแบบอักษรตัวพิมพ์ แต่ไม่รวมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยตีความการออกแบบดิจิทัล เช่น การออกแบบส่วนต่อประสานผู้ใช้งาน (GUI) หรือ ไอคอนที่สร้างด้วยคอมพิวเตอร์เป็นส่วนหนึ่งในกลุ่มของสัญลักษณ์กราฟิกและแบบอักษรตัวพิมพ์³⁷ ส่วนสหรัฐอเมริกาตีความ ผลิตภัณฑ์ที่รองรับการออกแบบให้รวมถึงการออกแบบ Icon หรือ GUI โดยการตีความดังกล่าวไม่รวมถึงการออกแบบ Icon หรือ GUI ที่แสดงผลอย่างเดี่ยว ๆ โดยไม่มีการอ้างถึงอุปกรณ์แสดงผล³⁸ โดยจัดประเภทการออกแบบดิจิทัลให้อยู่ในผลิตภัณฑ์ประเภท “ผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์” เนื่องจาก การออกแบบ Icon หรือ GUI ที่ปรากฏโดยลำพังเป็นการออกแบบ 2 มิติ ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในการผลิตทางอุตสาหกรรม³⁹ ซึ่งเห็นได้ชัดว่า ตัวสินทรัพย์ดิจิทัลเองนั้นเป็นเพียงรูปลักษณ์ที่ปรากฏในระบบประมวลผล หากไม่มีอุปกรณ์หรือแผงแสดงผล ผู้ใช้งานก็ไม่สามารถมองเห็นรูปลักษณ์ของสินทรัพย์ดิจิทัลได้ด้วยสายตาเปล่า ดังนั้น ลักษณะของการออกแบบดิจิทัลมีความแตกต่างจากการออกแบบผลิตภัณฑ์ทั่วไป โดยต้องมีการอ้างถึงแผงหน้าจอแสดงผลประกอบการออกแบบด้วย เพื่อความชัดเจนผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ชัดเจนในการคุ้มครองการออกแบบดิจิทัล ดังเช่น ไต้หวัน และสหภาพยุโรป

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงทำให้การออกแบบดิจิทัลต้องอ้างอุปกรณ์หรือแผงการแสดงผลด้วย สอดคล้องกับประกาศ “Locarno Design Classification” ของ WIPO ที่ จำแนกประเภทผลิตภัณฑ์สำหรับการออกแบบไว้ โดยมีการแก้ไขปรับปรุงครั้งล่าสุดและมีผลบังคับใช้ปี พ.ศ. 2566 โดยประเภทผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตถูกจัดอยู่ในประเภทที่ 14-04

³⁷ ECTA AISBL, “DESIGN PROTECTION FOR GRAPHICAL USER INTERFACES (GUIs) WORKING PAPER,” ECTA (September 2022): 2, <https://ecta.org/ECTA/documents/ECTADesignCommitteeWorkingPaperonGUIs4412.pdf>.

³⁸ “Computer-Generated Icons,” USPTO, accessed March 25, 2023, <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s1504.html#d0e152415>.

³⁹ Ibid.

ได้แก่ การแสดงหน้าจอและไอคอน⁴⁰ รวมถึงสินค้าในประเภทอื่น เช่น กราฟิกส่วนต่อประสานผู้ใช้งานเพื่อเสริมความสมจริงสำหรับการแสดงผลหน้าจอ เป็นต้น

ทั้งนี้ การจดทะเบียนขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามมาตรา 59 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ให้ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรต้องระบุข้อถือสิทธิโดยชัดแจ้ง ซึ่งตีความได้ว่า จำเป็นต้องระบุการออกแบบตามประเภทผลิตภัณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเรื่อง การกำหนดผลิตภัณฑ์ที่จะใช้กับแบบผลิตภัณฑ์ที่ขอรับสิทธิบัตร ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2522 ซึ่งมีแนวทางมาจากการจำแนกประเภทผลิตภัณฑ์ ที่เรียกว่า “Locarno Design Classification” ของ WIPO แต่ก็ยังไม่พบการแก้ไขให้รองรับการออกแบบหน้าจอและไอคอน ตาม 14-04 โดยประกาศกระทรวงดังกล่าวกำหนดประเภทผลิตภัณฑ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อกับประเภทของสินทรัพย์ดิจิทัลมากที่สุด ได้แก่ ลวดลายสำหรับจอแสดงผลซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มประเภท 14-03 ซึ่งเป็นการตกแต่งหน้าจอของอุปกรณ์ทางกายภาพ ทั้งนี้ แม้แนวทางการปฏิบัติสำหรับการขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรไม่จำเป็นต้องระบุประเภทผลิตภัณฑ์⁴¹ โดยผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจะเป็นผู้จำแนกผลิตภัณฑ์ในเบื้องต้น แต่ไม่ได้อธิบายถึงการออกแบบดิจิทัลสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT จึงไม่ชัดเจนว่า การออกแบบดิจิทัลสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท NFT จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้

2.2 ปัญหาเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตร

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์

กรมวิธีการประดิษฐ์เกี่ยวกับระบบสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนกฤตที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องมีลักษณะครบถ้วนตามเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรม ตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 7 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 สามารถแบ่งวิเคราะห์ได้ดังนี้

⁴⁰ “Locarno Classification Class14-04,” WIPO, accessed July 20, 2023, https://www.wipo.int/classifications/locarno/locpub/en/fr/?class_number=14&explanatory_notes=show&id_numbers=show&lang=en&menulang=en&mode=loc¬ion=&version=20230101.html.

⁴¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือคำขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2566, 20, https://www.ipthailand.go.th/images/780/Manual_The_application_design.pdf.

เงื่อนไขประการที่ 1 ความใหม่ ตามมาตรา 6 ได้กำหนดลักษณะของกรรมวิธีการประดิษฐ์ที่มีความใหม่ โดยจะต้องไม่เป็นกรรมวิธีที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้วก่อนวันขอรับสิทธิบัตร กล่าวคือ ไม่เป็นกรรมวิธีที่มีหรือใช้อย่างแพร่หลายรวมถึงการขายผลิตภัณฑ์ตามกรรมวิธีนั้นในราชอาณาจักร ซึ่งเป็นไปตามหลักการพิจารณาความใหม่จากการเผยแพร่ในระดับประเทศ (national novelty) นอกจากนี้ กรรมวิธีนั้นจะต้องไม่เคยมีการเปิดเผยรายละเอียดสาระสำคัญในเอกสารหรือสิ่งพิมพ์ รวมกับแบบคำขอรับสิทธิบัตรไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 (3) ถึง (5) ซึ่งเป็นหลักการพิจารณาความใหม่จากการเผยแพร่ในระดับโลก (worldwide novelty) กล่าวได้ว่า หลักการพิจารณาความใหม่ของไทยเป็นรูปแบบผสม ทำให้เกิดการพัฒนากฎกรรมวิธีการประดิษฐ์ได้อย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ อาจมีช่องว่างทางกฎหมายหากมีการใช้กรรมวิธีดังกล่าวโดยไม่จดทะเบียนในต่างประเทศอยู่ก่อนวันขอรับสิทธิบัตร แต่เนื่องจากสิทธิบัตรมีเจตนารมณ์เพื่อนำความรู้ทางเทคโนโลยีเข้าประเทศที่ออกสิทธิบัตร จึงเห็นว่าช่องว่างดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้มีการนำเทคโนโลยีใหม่ที่ยังไม่มีการเปิดเผยสาระสำคัญอย่างชัดเจนเข้ามาในประเทศซึ่งตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายสิทธิบัตร

เงื่อนไขประการที่ 2 ขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น มาตรา 7 กำหนดให้ กรรมวิธีนั้นจะต้องไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญของงานประเภทนั้น ซึ่งกรรมวิธีเกี่ยวกับระบบสินทรัพย์ดิจิทัลจัดอยู่ในเทคโนโลยีสาขาคอมพิวเตอร์รวมถึงเทคโนโลยีเกมโลกเสมือน เนื่องจากจักรวาลนฤมิตมีการพัฒนามาจากเกมโลกเสมือน เช่น เกม Second Life ทั้งนี้ การพิจารณาขั้นตอนกรรมวิธีการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับการแสดงวิธีการแก้ไขปัญหาด้านเทคนิคและเป็นหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินการตรวจสอบเทคนิคโดยรวม

เงื่อนไขประการที่ 3 การนำไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม ตามมาตรา 8 เห็นว่า กรรมวิธีเกี่ยวกับระบบสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำไปได้ใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์ในอุตสาหกรรมดิจิทัลและเพิ่มมูลค่าให้แก่สินทรัพย์ดิจิทัลได้จากการออกแบบระบบที่มีความปลอดภัยและกลไกที่มีลักษณะพิเศษโดยเฉพาะส่งผลให้มีการทำกิจกรรมหรือธุรกรรมเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลระหว่างผู้ใช้งานในจักรวาลนฤมิต

จากการวิเคราะห์ดังกล่าว เห็นว่า เงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรในกรรมวิธีที่เกี่ยวกับระบบสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต ซึ่งมีการเปรียบเทียบความใหม่ในรูปแบบผสม และมีการตรวจสอบขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีโดยรวมในสาขาคอมพิวเตอร์และ

สาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง และสามารถนำกรรมวิธีนั้นไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมดิจิทัลได้ ดังนั้นเงื่อนไขดังกล่าวจึงมีความเหมาะสมแล้ว

2) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

สินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนมิติสามารถทำซ้ำรูปแบบและซื้อขายแลกเปลี่ยนได้ในอุตสาหกรรมดิจิทัลจึงไม่มีปัญหาเรื่องการนำไปใช้เป็นแบบผลิตภัณฑ์เพื่ออุตสาหกรรม

เมื่อการออกแบบดิจิทัลสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนมิติซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ดิจิทัลบนพื้นที่เสมือนที่จำลองภาพสามมิติในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จึงอาจมีปัญหาเรื่องการนำรูปลักษณะของธรรมชาติหรือแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาใช้เป็นแบบผลิตภัณฑ์สำหรับสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งสามารถแบ่งวิเคราะห์ปัญหาออกเป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก การออกแบบผลิตภัณฑ์ดิจิทัลจากรูปลักษณะของธรรมชาติหรือสิ่งที่มีอยู่ทั่วไป จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 3 คำว่า “แบบผลิตภัณฑ์” ที่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ คือ การออกแบบรูปร่าง องค์ประกอบลวดลาย หรือสีอันมีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ โดยเน้นไปที่รูปลักษณะภายนอกให้มีความสวยงามสามารถดึงดูดใจผู้บริโภคได้ แต่ไม่เน้นไปที่คุณสมบัติการใช้งานของผลิตภัณฑ์⁴² เมื่อพิจารณาประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3914/2549⁴³ ที่ศาลได้พิจารณาการออกแบบผลิตภัณฑ์โดยภาพรวมที่มีการนำอุปกรณ์ตักอาหารรูปแบบต่าง ๆ มาออกแบบใช้แทนเข็มนาฬิกาและตัวเลขแสดงเวลาของหน้าปัดนาฬิกาว่ามีลักษณะพิเศษ เมื่อพิจารณาประกอบกับตัวอย่างของกรรมทรัพย์สินทางปัญญา หากแบบผลิตภัณฑ์ที่ขอรับสิทธิบัตรประกอบด้วยส่วนของสิ่งที่มีลักษณะทั่วไปอยู่ด้วย เช่น รูปทรงเรขาคณิตทั่วไป หรือรูปทรงตามหน้าที่ใช้สอย ควรระบุเพิ่มเติมในข้อถือสิทธิเพื่อให้ส่วนดังกล่าวมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากลักษณะทั่วไป และจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะส่วนที่มีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์นั้น เช่น การออกแบบรูปร่างลักษณะของอิฐจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะส่วนที่มีลักษณะพิเศษ คือ รูปทรงของเตี๋ยที่มีลักษณะเป็นรูปกรวยแบบปลายตัด แต่จะไม่คุ้มครองในส่วนลักษณะทั่วไปของ

⁴² บริษัท ส. กับ บริษัท ว. กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4883 (ศาลฎีกา 2563).

⁴³ นายเจนชัย สยนาพันธ์ กับ บริษัทมาร์ควิส จำกัด, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3914 (ศาลฎีกา 2549).

อิฐที่เป็นสี่เหลี่ยมผืนผ้า⁴⁴ จากคำพิพากษาและตัวอย่างดังกล่าว ทำให้เข้าใจได้ว่า การออกแบบที่อิงจากลักษณะทั่วไปของสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ รูปทรงเรขาคณิตทั่วไป หรือจากลักษณะพื้นฐานของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ โดยไม่ได้มีการออกแบบให้แตกต่างจากสิ่งดังกล่าว ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

ประการที่สอง เมื่อการออกแบบรูปลักษณ์ภายนอกของสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นอาจมีการนำแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาใช้ จะถือว่ามีความใหม่ตามมาตรา 56 ประกอบมาตรา 57 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 หรือไม่

แบบผลิตภัณฑ์ที่ขอรับสิทธิบัตรตามมาตรา 56 ได้นั้นจะต้องไม่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับแบบผลิตภัณฑ์ที่มีปรากฏอยู่ก่อนแล้วจนเห็นได้ชัดว่าเป็นการเลียนแบบตามมาตรา 57 โดยการเปรียบเทียบความใหม่โดยภาพรวมจากลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกันอย่างมากกับแบบผลิตภัณฑ์ที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้วในผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกัน โดยตรวจสอบจากภาพที่ปรากฏในคำขอรับสิทธิบัตร และรูปลักษณ์ที่ปรากฏให้เห็นภายนอก โดยไม่คำนึงถึงเทคนิคการใช้งานของผลิตภัณฑ์ ซึ่งแบบผลิตภัณฑ์ที่มีความใหม่ต้องมีความแตกต่างจากแบบผลิตภัณฑ์ที่ปรากฏอยู่ก่อนแล้วอย่างชัดเจนมากเพียงพอที่จะดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคได้⁴⁵ แม้ว่าแบบผลิตภัณฑ์นั้นจะไม่ได้จดทะเบียนก็ตาม⁴⁶

เมื่อมาตรา 57 บัญญัติเงื่อนไขความใหม่ไว้ชัดเจนว่า ต้องไม่เป็นแบบผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ก่อนวันขอรับสิทธิบัตร มาตรา 57 (1) แบบผลิตภัณฑ์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในราชอาณาจักรนั้น ส่วนมาตรา 57 (2) แบบผลิตภัณฑ์ที่ได้มีการเปิดเผยรายละเอียดลงในสิ่งพิมพ์ไม่ว่าที่ได้เผยแพร่อยู่แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร (3) แบบผลิตภัณฑ์ที่เคยมีประกาศโฆษณาในการขอรับสิทธิบัตรอยู่ก่อนแล้ว เมื่อการขอรับสิทธิบัตรจำเป็นต้องระบุขอบเขตการคุ้มครองเฉพาะประเภทผลิตภัณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อถือสิทธิ จึงจำกัดแต่สินค้าประเภทเดียวกันเท่านั้น หากไม่มีลักษณะเหมือนกันจึงพิจารณาลักษณะคล้ายกันตามมาตรา 57 (4) ดังนั้น การออกแบบที่ถ่าย

⁴⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, คู่มือคำขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์, 67.

⁴⁵ บริษัทเต็ดตราแพค (ไทย) จำกัด กับ นางสาวฉวีญา ชื่นพงษ์, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8170 (ศาลฎีกา 2549).

⁴⁶ มณฑล อรรถบถยกุล, พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562) ฉบับอ้างอิง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), 107.

โอนรูปแบบของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาใช้กับออกแบบดิจิทัลสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลเสมือนซึ่งจัดอยู่ในประเภทผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นผลิตภัณฑ์คนละประเภทกัน จึงไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบตามหลักการดังกล่าวได้ มีผลทำให้การออกแบบดิจิทัลที่โอนถ่ายมาจากแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมีความใหม่ และอาจขอรับสิทธิบัตรได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ซึ่งขัดต่อความจริงที่ไม่มีความสร้างสรรค์ในการออกแบบใหม่ ๆ เพียงแต่เป็นการนำแบบผลิตภัณฑ์มาใช้กับผลิตภัณฑ์อีกประเภทเท่านั้น ไม่เป็นการพัฒนาการออกแบบใหม่ ๆ สำหรับอุตสาหกรรมตามความมุ่งหมายของสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ และไม่เป็นการส่งเสริมให้ผู้ออกแบบใหม่กำลังใจสร้างแบบผลิตภัณฑ์ใหม่ตามทฤษฎีการเป็นเครื่องจูงใจ โดยช่องว่างทางกฎหมายนี้ถือเป็นการโจรกรรมทางความคิดเพื่อให้ได้ประโยชน์จากการนำแบบผลิตภัณฑ์คนละประเภทของผู้อื่นมาใช้จดทะเบียนเพื่อให้ตนเองได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรอันเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอีกด้วย ทั้งนี้ การขอรับสิทธิบัตรในแบบผลิตภัณฑ์แบบเดียวกันต่อผลิตภัณฑ์คนละประเภทกับแบบผลิตภัณฑ์ของคนอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต แม้อาจเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต แต่ก็ไม่ใช่แบบผลิตภัณฑ์ขัดต่อศีลธรรมอันดี มาตรา 58 (1) เพราะมาตรานี้มุ่งไปที่รูปแบบผลิตภัณฑ์ที่ปรากฏขึ้นขัดต่อศีลธรรม

อย่างไรก็ตาม แม้ในทางปฏิบัติจะยังไม่พบปัญหาของการนำแบบผลิตภัณฑ์คนละประเภทของผู้อื่นมาจดทะเบียน โดยส่วนใหญ่เป็นการนำแบบผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในประเภทเดียวกันมาขอรับสิทธิบัตร เนื่องจากลักษณะพื้นฐานของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมักจะมีโครงสร้างหลักเกี่ยวของหน้าที่การทำงานรวมอยู่ ทำให้การออกแบบในผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันมีลักษณะพื้นฐานอย่างเดียวกันและมีรูปแบบที่ใกล้เคียงกันมากที่สุด เช่น อิฐบล็อกต้องเปรียบเทียบกับอิฐที่ใช้ในการก่อสร้าง ดังนั้น อิฐบล็อกที่มีเดียวยเรียงกัน แม้จะมีลักษณะคล้ายของเล่นตัวต่อ LEGO แต่สินค้าทั้งสองประเภทมีกลุ่มลูกค้าที่แตกต่างกันและเป็นสินค้าคนละประเภทกัน ก็ไม่สามารถนำตัวต่อ LEGO มาเปรียบเทียบความใหม่กับอิฐได้ เพราะแบบผลิตภัณฑ์มีเพื่อดีดดูดผู้บริโภคให้สนใจผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการออกแบบมากกว่าผลิตภัณฑ์อื่นในสินค้าประเภทเดียวกัน แต่การออกแบบสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลเสมือนสามารถคัดลอกรูปแบบของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาใช้ได้โดยง่าย เพราะไม่มีข้อจำกัดด้านลักษณะพื้นฐานของผลิตภัณฑ์จึงอาจเกิดปัญหาการนำแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพของผู้อื่นมาขอรับสิทธิบัตรได้ อันเป็นการใช้สิทธิเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองโดยไม่สุจริต

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา ตาม 35 US Code § 171 มีข้อกำหนด Original ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์เพื่อป้องกันการออกแบบที่มาจากแหล่งหรือบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ของผู้ขอรับสิทธิบัตร โดยข้อกำหนดนี้ไม่รวมถึงการออกแบบที่มีลักษณะทั่วไปหรือแบบที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ⁴⁷ ดังคำอธิบายของ Donald S. Chisum นักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาที่ว่า ข้อกำหนดความสร้างสรรค์ (Original) มีเพื่อปกป้องประโยชน์ของผู้ประดิษฐ์และสาธารณชนจากการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม หากปล่อยให้บุคคลหนึ่งเก็บเกี่ยวสิ่งที่บุคคลอื่นหวนไว้⁴⁸ แต่หากการออกแบบนั้นมีการเพิ่มเติมองค์ประกอบในสาระสำคัญให้เกิดรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากต้นแบบของผู้อื่นย่อมสามารถทำได้⁴⁹ เพราะข้อกำหนดเรื่องความสร้างสรรค์เป็นส่วนขยายความใหม่ของแบบผลิตภัณฑ์ในการขอรับสิทธิบัตร อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกามีการตีความข้อกำหนดความสร้างสรรค์ขยายไปอุดช่องว่างของการออกแบบที่มีลักษณะทั่วไปด้วย เช่น การออกแบบตุ๊กตาทารกที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบให้แตกต่างจากรูปร่างของทารกทั่วไป⁵⁰ แสดงให้เห็นว่า ข้อกำหนดเรื่องความสร้างสรรค์นี้ทำให้ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรในการออกแบบที่มีลักษณะทั่วไปหรือที่มีลักษณะเหมือนกับแบบผลิตภัณฑ์คนละประเภทของผู้อื่น จากข้อกำหนด Original ข้างต้น ทำให้เข้าใจได้ว่า หลัก Originality ของลิขสิทธิ์ที่งานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ต้องเกิดจากความคิดริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์โดยไม่มีการคัดลอกหรือดัดแปลงจากงานของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต มีความแตกต่างจากข้อกำหนด Original ของสิทธิบัตร ที่ป้องกันเฉพาะการคัดลอกทำซ้ำแบบผลิตภัณฑ์ในรูปแบบเดิมเท่านั้น ดังนั้น แม้แบบผลิตภัณฑ์จะมีการดัดแปลงมาจากงานของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หากมีความแตกต่างได้อย่างมีเอกลักษณ์ก็สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

ส่วนกฎหมายสิทธิบัตรไต้หวัน ตาม Article 122.2 กำหนดให้การออกแบบรูปลักษณะคล้ายกับสิ่งที่เป็นที่รู้จักทั่วไปหรือตามธรรมชาติ ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ โดยมีการตีความไปถึง

⁴⁷ James Hamilton, Olivier Poulin, Philippe Signore and Christopher Ward, "Design Patent Protection in the United States," *epi Information Journal*, no. 2 (June 2001): 82, https://patentepi.org/assets/uploads/documents/epi-information/2001_02_epi_info.pdf.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ *In re Smith*, 77 F.2d 514 (C.C.P.A. 1935).

สร้างสรรค์ (original) ทำให้การออกแบบรถยนต์ดิจิทัลจากคุณลักษณะของรถยนต์ทั่วไป⁵¹ หรือแบบรถยนต์ที่มีการใช้หรือจำหน่ายอยู่ก่อนแล้วเป็นสิ่งที่รู้จักทั่วไปไม่ถือว่ามีความริเริ่มในการออกแบบ จึงไม่สามารถขอรับการคุ้มครองสำหรับการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะดังกล่าวได้⁵² ส่วนสิทธิบัตรจีน ตาม Article 23 กำหนดว่าแบบผลิตภัณฑ์นั้นต้องไม่เป็นการออกแบบที่ได้รับการจดทะเบียนสิทธิบัตรไว้รวมถึงไม่เป็นแบบผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักทั่วไปทั้งภายในและนอกประเทศ ซึ่งเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ลักษณะเดียวกับได้หวน

ส่วนสหภาพยุโรป ตาม the Regulation (EC) No 6/2002 Article 4 ได้กำหนดเงื่อนไขสำคัญของแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับการคุ้มครองว่าต้องมีความใหม่และมีลักษณะเฉพาะตัว และมีการอธิบายถึงลักษณะเฉพาะตัว (Individual character) ไว้ใน Article 6 ซึ่งจะต้องเป็นแบบผลิตภัณฑ์ที่มีความแตกต่างจากแบบผลิตภัณฑ์อื่นไม่จำกัดแต่เฉพาะผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันแต่ยังรวมไปถึงผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องซึ่งมีลักษณะการใช้งานอย่างเดียวกันที่ปรากฏอยู่ก่อน⁵³ และสามารถดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคเฉพาะกลุ่มจากลักษณะเฉพาะตัวนั้นได้ ซึ่งในส่วนนี้มีลักษณะคล้ายกันกับลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ตามมาตรา 3 “แบบผลิตภัณฑ์” พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ขยายความใหม่ของแบบผลิตภัณฑ์ แต่ลักษณะเฉพาะของ the Regulation (EC) No 6/2002 Article 6 มีข้อกำหนดอีกส่วนหนึ่งเป็นการพิจารณาลักษณะเฉพาะโดยต้องคำนึงถึงระดับความคิดอิสระของผู้ออกแบบในการพัฒนาการออกแบบนั้นด้วย ซึ่งจะต้องไม่เป็นการคัดลอกการออกแบบลักษณะเดียวกันที่ปรากฏอยู่ก่อน⁵⁴ แม้จะไม่ได้จดทะเบียนก็ตาม แต่หากการออกแบบนั้นเกิดจากความคิดของผู้ออกแบบเองแม้จะมีลักษณะคล้ายกันกับแบบที่ไม่ได้จดทะเบียนก็สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ลักษณะเฉพาะตัวที่คำนึงถึงเสรีภาพในการออกแบบของผู้ออกแบบนั้นความคล้ายคลึงกับหลัก Original ของสหรัฐอเมริกาที่คำนึงถึงการออกแบบโดยผู้ออกแบบเองเป็นสำคัญ

⁵¹ “The relationship between the metaverse and design patents,” *TIPO* (June 13, 2022): 4-5, <https://www.tipo.gov.tw/tw/dl-282258-477dd67ac935450fb7a7c72ef31d7d0c.html>.

⁵² “The relationship between the metaverse and design patents,” *TIPO* (June 13, 2022): 1-2.

⁵³ *Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG v. EUIPO*, T-209/18 (EU:T:2019:377, June 6, 2019).

⁵⁴ *Erich Kastenholtz v Office for Harmonization in the Internal Market*, T-68/11 (EU:T:2013:298, June 6, 2013).

จากการเปรียบเทียบกฎหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของไต้หวัน จีนและสหภาพยุโรปแม้จะไม่ได้ใช้คำว่า Original โดยตรงตามข้อกำหนดในความตกลงทริปส์อย่างสหรัฐอเมริกา แต่การกำหนดหลักความคิดสร้างสรรค์ หรือ ลักษณะเฉพาะตัว ซึ่งมีหลักการเดียวกันกับหลัก Original ของสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อสังเกตว่า หลัก Original นี้อยู่ในเงื่อนไขสำคัญของการขอรับสิทธิบัตรที่ต้องมีการพิจารณาไปพร้อมกับความใหม่ โดยมีข้อกำหนดเรื่อง Original เพิ่มเติมเข้ามารองรับการออกแบบโดยสุจริตอันเกิดจากความคิดของผู้ออกแบบ สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ Article 25.1 โดยมีหลักการว่าแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นต้องมีความใหม่ (New) หรือมีลักษณะสร้างสรรค์ (Original) ก็ได้ แล้วแต่ว่าประเทศสมาชิกจะเลือกมาตรฐานใด ดังนั้น การออกแบบดิจิทัลที่โอนถ่ายมาจากแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพจะถูกขัดขวางมิให้ขอรับสิทธิบัตร โดยข้อกำหนดความคิดสร้างสรรค์ (Original) ส่งผลให้การออกแบบดิจิทัลควรมีการปรับเปลี่ยนรูปลักษณะในสาระสำคัญให้แตกต่างจากสิ่งที่มีอยู่ทั่วไป จึงจะเป็นการออกแบบที่มีความสร้างสรรค์ที่อาจได้รับสิทธิบัตร

2.3 ปัญหาการละเมิดสิทธิบัตร

เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิตสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนและเข้าถึงได้ผ่านอินเทอร์เน็ตบนเครือข่ายบล็อกเชนซึ่งผู้ใช้งานสามารถเข้าถึงได้ทั่วโลกโดยไม่จำเป็นต้องเดินทางข้ามประเทศ แต่การคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นยังจำกัดอยู่เฉพาะหลักดินแดน การละเมิดสิทธิบัตรจึงจำกัดเฉพาะภายในเขตแดนประเทศที่ออกสิทธิบัตรเท่านั้น จึงมีปัญหมาถึงความเหมาะสมในขอบเขตการคุ้มครองดังกล่าว

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์

การพิจารณาการละเมิดสิทธิบัตรโดยเฉพาะกรรมวิธีการประดิษฐ์กระทำโดยการเปรียบเทียบกรรมวิธีที่ถูกอ้างว่าละเมิดสิทธิบัตรและกรรมวิธีตามข้อถ้อยสิทธิและรูปเขียนทั้งหมดในสิทธิบัตร⁵⁵ สำหรับระบบของสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นควรพิจารณาจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์หรือเทคโนโลยีอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อตรวจสอบถึงลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันในสาระสำคัญทางเทคนิคของกรรมวิธี โดยหลักการพิจารณากรณีละเมิดสิทธิบัตรตามมาตรา 36 ทวิ มี 2 หลักการ ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาทั้งสองหลักอยู่ตามลำดับ ดังนั้น การละเมิดสิทธิบัตรตาม

⁵⁵ นายวิสิฐ ทักโชพูญย์ กับนายวัชร จันทราสุวรรณ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10691-10692 (ศาลฎีกา 2550).

ตัวอักษร (Literal infringement) ตามมาตรา 36 ทวิ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นการตีความอย่างเคร่งครัด คือ การพิจารณากรรมวิธีที่ถูกฟ้องว่ามียุทธวิธีที่เหมือนกันในข้อถือสิทธิใดข้อถือสิทธิหนึ่งอยู่ในสิทธิบัตรหรือไม่ โดยพิจารณาที่ละข้อถือสิทธิ และสามารถละเมิดเฉพาะข้อถือสิทธิบางข้อได้โดยไม่ต้องละเมิดข้อถือสิทธิทั้งหมดทุกข้อในสิทธิบัตร หากเปรียบเทียบไม่เข้าลักษณะการละเมิดตามตัวอักษร จึงจะพิจารณาตามหลักความเท่าเทียมกัน (the Doctrine of Equivalents) ตามมาตรา 36 ทวิ วรรคสอง เพื่อพิจารณาค่าประกอบวิธีการที่สามารถนำมาทดแทนกันได้อย่างมีนัยสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม หากองค์ประกอบของกรรมวิธีดังกล่าวเป็นวิธีการทั่วใช้กันทั่วไปในเทคโนโลยีสาขานั้น ก็อาจไม่เป็นการละเมิดสิทธิบัตรได้

กรรมวิธีการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้อกับระบบของสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนมิติแม้จะเป็นการจำลองวัตถุเสมือนในระบบคอมพิวเตอร์ แต่การใช้งานระบบสินทรัพย์ดิจิทัลยังต้องพึ่งอุปกรณ์ทางกายภาพในการเข้าถึง ดังนั้น การละเมิดสิทธิบัตรกรรมวิธีที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลจึงใช้หลักการเดียวกันกับอุปกรณ์ทางกายภาพ

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 36 กำหนดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิบัตร โดยการใช้สิทธินั้นไม่จำเป็นต้องเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์เท่านั้น⁵⁶ ดังนั้น หากผู้ทรงสิทธิบัตรพบว่าบุคคลใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรในต่างประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยหลักแล้วไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตรในดินแดนของประเทศผู้ออกสิทธิบัตร แต่ระบบสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลอนมิติอยู่ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หากมีผู้อื่นใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรโดยไม่ได้รับอนุญาต และผลของการกระทำนั้นปรากฏในประเทศที่ออกสิทธิบัตร เสมือนเป็นการใช้และนำเข้ากระบวนการที่ใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรในประเทศผู้ออกสิทธิบัตร จึงเป็นการละเมิดสิทธิบัตรกรรมวิธีตามหลักดินแดน เห็นว่า การคุ้มครองสิทธิบัตรตามหลักดินแดนยังมีความเหมาะสมเพื่อป้องกันบุคคลอื่นใช้กรรมวิธีในเครือข่ายภายในดินแดนประเทศที่ขอรับสิทธิบัตร

2) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

การออกแบบผลิตภัณฑ์มุ่งเน้นไปที่รูปลักษณ์ภายนอกของที่สวยามของผลิตภัณฑ์ โดยไม่คำนึงถึงหน้าที่การทำงานของผลิตภัณฑ์ จึงไม่สามารถใช้วิธีการเปรียบเทียบตามหลักความเท่า

⁵⁶ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, (พิมพ์ครั้งที่ 4) กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560), 338.

เปรียบเทียบของหน้าที่การทำงาน (Doctrine of Equivalents)⁵⁷ การพิจารณาการละเมิดสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์จากการเปรียบเทียบรูปลักษณ์ของผลิตภัณฑ์ที่ถูกอ้างว่าละเมิดกับแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรโดยพิจารณาภาพรวมของรูปภาพที่แสดงในข้อถือสิทธิจากการมุมมองของผู้บริโภคทั่วไป หากการออกแบบมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิบัตร แต่หากมีความแตกต่างเพียงรายละเอียดเล็กน้อยถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตร⁵⁸

การนำการออกแบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่ 1 ปัญหาการโอนถ่ายรูปลักษณ์จากผลิตภัณฑ์คนละประเภทกัน

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 63 ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในแบบผลิตภัณฑ์ตามประเภทผลิตภัณฑ์ที่ระบุไว้ในข้อถือสิทธิ ดังนี้ แบบผลิตภัณฑ์ของที่จะละเมิดสิทธิบัตรได้ต้องจัดอยู่ในผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกัน เช่น แบบผลิตภัณฑ์ที่ใช้กับแก้ว เมื่อนำไปออกแบบตระกร้าจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิบัตร⁵⁹ ส่งผลให้การกระทำของบุคคลอื่นที่นำการออกแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพไปใช้กับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้รับอนุญาต ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตรเพราะเป็นผลิตภัณฑ์ที่อยู่คนละประเภทกัน

กรณีที่ 2 ปัญหาโอนถ่ายรูปลักษณ์จากผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันนอกเขตแดนที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตร

เนื่องจากการละเมิดสิทธิบัตรเป็นไปตามหลักดินแดน ผู้ทรงสิทธิบัตรจะบังคับใช้สิทธิของตนได้เฉพาะแต่ภายในเขตอำนาจอธิปไตยของประเทศที่ออกสิทธิบัตรนั้นเท่านั้น ไม่อาจบังคับใช้สิทธิของตนต่อการกระทำละเมิดเกี่ยวกับสิทธิบัตรที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตของประเทศนั้นได้⁶⁰ มีข้อน่าพิจารณาว่า แม้ผู้ผลิตสินทรัพย์ดิจิทัลจะได้ใช้แบบผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรอยู่นอก

⁵⁷ นายศุภกรีย์ กิริตธารากุล กับบริษัท ฮีเวีย เอเชีย (ประเทศไทย) จำกัด กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7292 (ศาลฎีกา 2559).

⁵⁸ นายศุภกรีย์ กิริตธารากุล กับบริษัท ฮีเวีย เอเชีย (ประเทศไทย) จำกัด กับพวก.

⁵⁹ *Curver Luxembourg, SARL v. Home Expressions Inc.*, 938 F.3d 1334, 1336, 1340, 1343 (Fed. Cir. 2019).

⁶⁰ บริษัทภูเก็ตค้าซีเมนต์ จำกัด กับบริษัทหนองค้อสร้าง จำกัด กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6818 (ศาลฎีกา 2549).

ราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่หากมีผลเป็นการใช้แบบผลิตภัณฑ์ดิจิทัลดังกล่าวปรากฏอยู่ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในประเทศที่มีการคุ้มครองสิทธิบัตร ก็ถือว่าเป็นการทำละเมิดและไม่อยู่ในบังคับหลักการสิทธิ ในทางกลับกัน หากมีการใช้แบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับอนุญาต ต้องอยู่ภายใต้หลักการสิทธิด้วย โดยประเทศไทยใช้หลักการสิทธิในระดับระหว่างประเทศ⁶¹ตามมาตรา 36 วรรคสอง (7) กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิบัตรย่อมสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในสิทธิทรัพย์สินที่ขายไปไม่ว่าในประเทศใดก็ตาม หมายความว่า ผู้ซื้อสามารถขายต่อ หรือนำไปใช้ดัดแปลงสิทธิทรัพย์สินที่เฉพาะขึ้นนั้นกับสิ่งอื่นได้ โดยไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตร

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ข้างต้นพบปัญหาว่า ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 กำหนดคำจำกัดความคำว่า “กรรมวิธี” โดยยังคงมุ่งเน้นกรรมวิธีที่ก่อให้เกิดผลลัพธ์กับผลิตภัณฑ์ทางกายภาพ ส่วนการออกแบบผลิตภัณฑ์มาตรา 3 ไม่ชัดเจนว่ารวมถึงการออกแบบดิจิทัล ประกอบกับยังไม่มีมีการจำแนกประเภทผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ อีกทั้ง มีปัญหาเรื่องเงื่อนไขของแบบผลิตภัณฑ์ตามมาตรา 56 ที่ไม่ครอบคลุมความคิดสร้างสรรค์ของการออกแบบ หากมีการนำรูปแบบผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาใช้ในการออกแบบรูปแบบผลิตภัณฑ์ดิจิทัลซึ่งเป็นสินค้าคนละประเภทกัน

จากผลการสรุปปัญหาข้างต้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้แก่กฎหมายสิทธิบัตร เพื่อเป็นการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและเปิดกว้างรองรับศักยภาพของคนไทยที่มีต่อการสร้างทรัพย์สินดิจิทัลในจักรวาลอนันต์ โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522 ในมาตราดังต่อไปนี้

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์

มาตรา 3 ควรแก้ไขเพิ่มเติมใหม่เป็น “กรรมวิธี หมายถึง กระบวนการ วิธีการในการผลิต หรือการเก็บรักษาให้คงสภาพหรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือที่

⁶¹ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์, 360.

มีลักษณะทางเทคนิคหรือวิธีการใช้กรรมวิธีนั้น ๆ” การเพิ่มเติมข้อความดังกล่าวจะทำให้กรรมวิธีที่เกี่ยวข้องกับระบบประมวลผลที่มีลักษณะทางเทคนิคแต่ไม่ได้สร้างผลลัพธ์โดยตรงต่อผลิตภัณฑ์ทางกายภาพสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ อันเป็นการเปิดกว้างรองรับกรรมวิธีเกี่ยวกับระบบสินทรัพย์ดิจิทัลในจักรวาลนฤมิต

ควรเพิ่มเติมคำจำกัดความใน มาตรา 3 “ลักษณะทางเทคนิค หมายถึง กรรมวิธีที่มีวัตถุประสงค์แก้ไขปัญหาทางเทคนิคโดยการสร้างขึ้นใหม่ หรือปรับปรุง แก้ไขให้ดีขึ้นซึ่งระบบทางเทคนิคโดยมีผลลัพธ์ทางเทคนิคอย่างเฉพาะเจาะจง” เพื่อกำหนดขยายความคำว่า “ลักษณะทางเทคนิค” ในมาตรา 3 ที่ได้เสนอให้เพิ่มเติมไป ทำให้สามารถเข้าใจวัตถุประสงค์ของสิทธิบัตรกรรมวิธี และตีความมาตรา 9 (2) (3) ได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น เช่น กฎทางคณิตศาสตร์หรือระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีลักษณะทางเทคนิคจะไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้

มาตรา 9 ควรเพิ่มเติมอนุมาตราใหม่เป็น “มาตรา 9 (6) กฎ แบบแผน วิธีการเล่นเกม วิธีการดำเนินธุรกิจ วิธีการที่ส่งผลต่อจิตใจเพียงอย่างเดียว” เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับกรรมวิธีที่ไม่มีลักษณะทางเทคนิค

2) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์

มาตรา 3 ควรแก้ไขเพิ่มเติมใหม่เป็น “แบบผลิตภัณฑ์” หมายถึง รูปร่างของผลิตภัณฑ์หรือองค์ประกอบของลวดลาย หรือสี ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของผลิตภัณฑ์อันมีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ รวมถึงแบบผลิตภัณฑ์ดิจิทัลที่มีการทำงานร่วมกันอุปกรณ์แสดงผล เช่น การสร้างไอคอนจากคอมพิวเตอร์ สัญลักษณ์กราฟิก หรือกราฟิกส่วนต่อประสานผู้ใช้งานด้วย” เพื่อความชัดเจนในการรองรับการออกแบบดิจิทัลสำหรับสินค้าเสมือนจริง

อีกทั้ง ควรปรับปรุง ประกาศกระทรวง เรื่อง การกำหนดผลิตภัณฑ์ที่จะใช้กับแบบผลิตภัณฑ์ที่ขอรับสิทธิบัตร โดยเพิ่มเติมประเภทผลิตภัณฑ์ “ผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์” และเพิ่มเติม กลุ่มผลิตภัณฑ์ประเภท 14-04 ตาม Locarno Design Classification และควรปรับปรุงแนวทางการขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์สำหรับการออกแบบดิจิทัล

ควรแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 56 แก้ไขใหม่เป็น “การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะได้รับสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่และสร้างสรรค์เพื่ออุตสาหกรรม

รวมทั้งเหตุการณ์” เป็นการรองรับข้อกำหนดเรื่อง Original เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการรับจดทะเบียนการออกแบบดิจิทัลสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลจากการนำรูปลักษณะของผลิตภัณฑ์ทางกายภาพมาใช้โดยตรง

References

- “2. Examination Practice.” EPO. Accessed April 10, 2023.
https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2023/g_ii_2.html.
- “Computer-Generated Icons.” USPTO. Accessed March 25, 2023.
<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s1504.html#d0e152415>.
- “Index for Computer-Implemented Inventions.” EPO. Accessed April 10, 2023.
<https://new.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2023/j.html>.
- CNIPA. “专利审查指南 2021.” December 12, 2020. Accessed August 20, 2022.
<http://zjpaa.cn/upload/attachments/draft/2c9f82a5-797e-3aa0-017a-e6fac48b-0037.pdf>.
- ECTA AISBL. “Design Protection for Graphical User Interfaces (GUIs) Working Paper.” ECTA, September 2022.
<https://ecta.org/ECTA/documents/ECTADesignCommitteeWorkingPaperonGUIs4412.pdf>.
- European Patent Academy. “Learning Path for Patent Examiners Claim Formulation for Computer-Implemented Inventions (CII): Advanced Level.” EPO, July 2022.
https://e-courses.epo.org/wbts_int/lppe/cii-7_advanced_script.pdf.
- Hamilton, James, Olivier Poulin, Philippe Signore, and Christopher Ward. “Design Patent Protection in the United States.” *Epi Information Journal* no. 2 (June 2001): 82.
https://patentepi.org/assets/uploads/documents/epi-information/2001_02_epi_info.pdf.
- Ishukatiyar16 [pseud.]. “What is a Cryptographic Token?” GeeksforGeeks. Accessed October 11, 2022. <https://www.geeksforgeeks.org/what-is-a-cryptographic-token>.
- TIPO. “The Relationship between the Metaverse and Design Patents.” June 13, 2022.
<https://www.tipo.gov.tw/tw/dl-282258-477dd67ac935450fb7a7c72ef31d7d0c.html>.

- TIPO. “第十二章 電腦軟體相關發明.” July 07, 2021. Accessed October 6, 2022. <https://topic.tipo.gov.tw/patents-tw/cp-673-893182-61f5d-101.html>.
- USPTO. “Patent Subject Matter Eligibility.” Uspto.gov. Accessed October 15, 2022. https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2106.html#ch2100_d29a1b_139b2_397html.
- WIPO. “Class9 (090918)” in Nice Classification. Last modified January 12, 2023. https://www.wipo.int/classifications/nice/nclpub/en/fr/?class_number=9&gors=&lang=en&menulang=en&mode=flat¬ion=modifications&version=20230101.
- WIPO. “Locarno Classification Class14-04.” Accessed July 20, 2023. https://www.wipo.int/classifications/locarno/locpub/en/fr/?class_number=14&explanatory_notes=show&id_numbers=show&lang=en&menulang=en&mode=loc¬ion=&version=20230101.html.
- แทร์รี่ วินเทอร์ส. *Metaverse 101*. แปลโดย ประเวศ หงส์จรรยา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: อมรินทร์ฮาวทู อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง, 2565.
- โอภาส เอี่ยมสิริวงศ์. *การวิเคราะห์และออกแบบระบบ*. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2566.
- ไมตรี สุเทพากุล. “กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (สิทธิบัตร).” ใน *รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 68*, 5. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. *คู่มือการขอรับสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร ฉบับประชาชน*. นนทบุรี: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2565. <https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2564/Patent/people-s-guide.pdf>.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. *คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร หมวด 6 การตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์*. นนทบุรี: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2562. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2565. <https://www.ipthailand.go.th/th/คู่มือ-คำแนะนำ-ขั้นตอน-สิทธิบัตร/item/คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร-ฉบับปี-๒๕๖๒.html>.
- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. *คู่มือคำขอรับสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์*. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2566. https://www.ipthailand.go.th/images/780/Manual_The_application_design.pdf.

- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. *กฎหมายสิทธิบัตร แนวความคิดและบทวิเคราะห์*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560.
- ทำเนียบรัฐบาล. “Thailand 4.0 ขับเคลื่อนอนาคตสู่ความมั่นคง มั่งคั่ง ยั่งยืน.” *วารสารไทยคู่ฟ้า* 33 (มกราคม-มีนาคม 2560): 4. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2565.
<https://spm.thaigov.go.th/FILEROOM/spm-thaigov/DRAWER004/GENERAL/DATA0000/00000368.PDF>.
- ปานใจ ชารัตนวงศ์. *Fundamental of Software Engineering & Digital Transformation*. พิมพ์ครั้งที่ 1. นนทบุรี: บริษัท ไอดีซี พรีเมียร์ จำกัด, 2565.
- พีรพัฒน์ หาญคงแก้ว และอัครเดช เตียวพาณิช. *Digital Asset Investment 101 จาก Bitcoin สู่การลงทุนยุคใหม่ในสินทรัพย์ดิจิทัล*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สต็อคทูมอร์โรว์, 2564.
- มณฑล อรรถกถยกุล. *พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562)* ฉบับอ้างอิง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565.
- มนพงา เล็กขาว. “เปิดมุมมองระบบราชการไทยผ่านหน้าต่าง Society 5.0.” *สำนักงาน ก.พ.ร.* สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2566. https://wiki.ocsc.go.th/_media/มนพงา_เล็กขาว_8_.pdf.
- ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ. “NETPIE: Internet of Things.” *NECTEC*. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มกราคม 2566. <https://www.nectec.or.th/innovation/innovation-software/netpie.html>.

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบน
แพลตฟอร์มออนไลน์¹

Copyright Protection for Parody Works: A Focus on Photographs and
Video Clips on Online Platforms*

กวินตรา ศรีถนัด

สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Kawintra Srithanad

Intellectual Property and International Trade Law, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

E-mail: kkawintra97@gmail.com

Received: October 14, 2023; Revised: December 6, 2023; Accepted: December 19, 2023

บทคัดย่อ

ด้วยเหตุที่สังคมมีการพัฒนาไปสู่ยุคดิจิทัลจึงเป็นผลให้เกิดงานสร้างสรรค์ที่มีความหลากหลายบนแพลตฟอร์มออนไลน์ซึ่งมักจะเป็นประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอ และได้ถูกนำมาสร้างในรูปแบบหนึ่งที่เรียกว่า “งานล้อเลียน”

บทความฉบับนี้จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาถึงการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ ซึ่งมีประเด็นที่ศึกษา ได้แก่ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ความเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ และความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาของศาลและหลักกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่

* บทความฉบับนี้ เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์” นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2566.

* The article is concluded from a thesis “The Problems of Copyright Protection in Parody Works Namely Photograph and Video Clip on the Online Platform”, Master of Laws, Intellectual Property and International Trade Law, Ramkhamhaeng University, 2566.

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งล้วนแล้วแต่ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลและหลักกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้และแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม

จากการศึกษาและวิเคราะห์ พบว่า งานล้อเลียนมีลักษณะเป็นการดัดแปลงโดยมีการจัดทำขึ้นใหม่แต่หากทำขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตก็ไม่อาจเป็นงานสร้างสรรค์ได้ และงานล้อเลียนเชิงเสียดสีเป็นการละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (moral right) ส่วนงานล้อเลียนทั้งเชิงตลกขบขันและเสียดสีเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 27 หรือมาตรา 28 แล้วแต่กรณี โดยไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก และมาตรา 32 วรรคสอง (3) รวมถึงมาตรา 33

ทั้งนี้ งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์เป็นงานที่มีการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ ความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงาน และได้แสดงออกซึ่งความคิดในรูปแบบงานศิลปกรรมหรือสื่อดิจิทัลอันสมควรได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ครอบคลุมผลงานทั้งชิ้น ส่งผลให้เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนเนื้อหาของงานต้นฉบับ

ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ปรากฏหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลในประเด็นปัญหาดังกล่าว จึงได้เสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้งานล้อเลียนได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพิ่มเติมนิยามคำว่า “งานสร้างสรรค์” และให้ความคุ้มครองงานดัดแปลงที่มีการจัดทำขึ้นใหม่อันจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมและการวินิจฉัยคดีของศาล รวมถึงจะเป็นประโยชน์ต่อผู้สร้างสรรค์โดยเฉพาะผู้สร้างงานล้อเลียนเพื่อเป็นการรองรับเสรีภาพในการแสดงออกทางด้านศิลปะให้สอดคล้องกับพฤติกรรมของมนุษย์ยุคดิจิทัล

คำสำคัญ: ภาพถ่าย, คลิปวิดีโอ, ล้อเลียน, ลิขสิทธิ์, แพลตฟอร์มออนไลน์

Abstract

Recent development in our society leading to in the digital age has resulted in many creative works on online platforms. One of the creative works that is quite popular among other works is “parody work”, especially parody works on photographs and video clips. This article aims to study copyright protection in parody works on photographs and video clips uploaded onto the online platform, with a particular focus on issues such as exception of copyright infringement, copyright ownership and copyright infringement. The study conducts a comparative analysis of legal principles and judicial decisions from Thailand and several foreign countries, namely the United States, Australia, Canada, and France, to explore how their legal frameworks could address these challenge to afford copyright protection to parody works especially those of photographs and video clips on online platforms.

The findings of this study and analysis that parodies can be transformative work but to be qualified as a copyrighted work, the work must not be created by reproduction or adaptation from another copyrighted work without permission. Consequently, parody works, being an adaptation of the original work by its nature, are not qualified as copyrighted works and satirical parodies often infringe on moral right. Both lighthearted and satirical parodies typically constitute copyright infringement under section 27 and section 28 and infringement are not exempt under section 32 paragraph 1 and paragraph 2 (3), as well as section 33 of the Copyright Act, B.E. 2537.

Nonetheless, parody works on the online platform which demonstrate originality, creative effort, and expression of idea should be entitled to protection independently the original work, to result in it does not copyright infringement in part of the content of the original work.

The author personally believes that the Copyright Act, B.E. 2537, lacks adequate provisions for addressing these issues and recommends legal reforms

include exempting parody works from copyright infringement, add the definition of “creative work”, providing better protection for derivative and transformative works. This will create proper protection for parody works on online platforms, especially those of photographs and video clips, and will support the freedom of artistic expression of the creator in the digital era..

Keywords: Photograph, Video Clip, Parody, Copyright, Online Platform

1. บทนำ

ในสังคมยุคดิจิทัลการสร้างสรรคสิ่งต่าง ๆ ย่อมมีความหลากหลายส่งผลให้การที่จะบรรลุผลในทางปฏิบัติสำหรับการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของสิทธิและประโยชน์ของสาธารณชนอาจต้องให้ความสำคัญมากขึ้น เพราะหากให้ประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไปอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างรุนแรงต่อระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่จะเกิดขึ้นและได้รับความคุ้มครองทันทีเมื่องานสร้างสรรค์เสร็จโดยเป็นการคุ้มครองอย่างไม่มีรูปแบบพิธีการ โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน เมื่อได้รับความคุ้มครองแล้วจะก่อให้เกิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้สร้างสรรค์งานในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะกระทำการใดแก่งานของตนก็ได้ตามกฎหมาย

การเปลี่ยนแปลงของสังคมเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้พฤติกรรมของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อสื่อสารและการแสดงความคิดเห็นต่อสิ่งต่าง ๆ ถูกพัฒนาจากการกระทำในรูปแบบเดิมที่เป็นรูปแบบของแอนะล็อกไปสู่การกระทำในรูปแบบดิจิทัลที่เป็นการดำเนินกิจกรรมผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตบนพื้นที่ที่เรียกว่า“แพลตฟอร์มออนไลน์” เช่น Facebook Instagram TikTok เป็นต้น ซึ่งงานที่ปรากฏบนแพลตฟอร์มออนไลน์ ส่วนใหญ่เป็นงานสร้างสรรค์ประเภทภาพถ่ายหรือคลิปวิดีโอ และมักจะปรากฏในหลายรูปแบบ ซึ่งหนึ่งในรูปแบบที่ผู้ชมพบเห็นอยู่เป็นประจำไม่น้อย คือ “ล้อเลียน”

ลักษณะของงานล้อเลียนมีอยู่ 2 ประเภท คือ (1) ล้อเลียนเชิงตลกขบขันหรือเยาะเย้ย (lighthearted parody) เป็นการนำเอางานต้นฉบับที่มีชื่อเสียงมาใช้เพื่อล้อเลียนตัวงานนั่นเองเพื่อเป็นการแสดงความคิดเห็นถึงแนวคิดหรือลักษณะของงานต้นฉบับโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้าง

ความสุขหรือความบันเทิงแก่สังคมด้วยการสร้างงานใหม่ที่แตกต่างไปจากเดิม ซึ่งงานดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจว่าเป็นประเภทเดียวกันกับงานที่เป็นการผสมผสานทางศิลปะ (pastiche) ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งที่พบมากในการสร้างงานมีม (meme) เนื่องจากมีลักษณะเป็นการนำเอาเนื้อหาของงานต้นฉบับมาใช้เพื่อสร้างความตลกขบขันเช่นเดียวกัน แต่งาน pastiche และงาน meme ส่วนใหญ่ไม่มีการแสดงความคิดเห็นถึงแนวคิดใด ๆ หรือเป็นการสร้างงานใหม่ในเชิงตลกขบขันที่ไร้สาระมากกว่า² (2) ล้อเลียนเชิงเสียดสี (satirical parody) เป็นการนำเอางานต้นฉบับที่มีชื่อเสียงมาล้อเพื่อสะท้อนในเรื่องอื่นโดยสิ้นเชิงไม่ใช่เพื่อล้อเลียนตัวงานนั่นเอง³ ซึ่งจะเป็นการนำเอาเนื้อหาของงานต้นฉบับมาใช้เพื่อวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นต่อสิ่งอื่น ซึ่งงานดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นประเภทเดียวกันกับงานเลียนแบบ (travesty) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการวิพากษ์บุคคลหรือสิ่งอื่นในทางลบในเชิงไร้สาระ⁴ แต่งาน travesty จะมีการเปลี่ยนแปลงหรือปรับเปลี่ยนไปที่เนื้อหาของงานต้นฉบับด้วย⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า งานล้อเลียนมีลักษณะเป็นการอ้างอิงหรือมีฐานมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ และส่วนใหญ่จะถูกสร้างหรือทำขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงถูกมองว่าเป็นงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ในขณะที่บางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส พิจารณางานดังกล่าวเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม (fair use) หรือ การปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (fair dealing) อันเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อีกทั้ง ยังถือเป็นเสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression) อย่างหนึ่ง

² Till Kreutzer and Felix Reda, "The Pastiche in Copyright Law-Towards a European Right to Remix," *Kluwer Copyright* (blog), accessed September 2, 2023, <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/03/13/the-pastiche-in-copyright-law-towards-a-european-right-to-remix/>.

³ Crystal Everson, "Parody vs. Satire in Copyright Law," *Legal Zoom*, accessed September 2, 2023, <https://www.legalzoom.com/articles/parody-vs-satire-in-copyright-law>.

⁴ The Editors of Encyclopaedia Britannica, "Travesty," *Britannica*, accessed September 2, 2023, <https://www.britannica.com/art/travesty-literature>.

⁵ Allison Bulger, "Parody," *LitCharts*, accessed September 2, 2023, <https://www.litcharts.com/literary-devices-and-terms/parody>.

บทความฉบับนี้จึงเน้นการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาความชัดเจนในแง่ของการตีความและการบังคับใช้กฎหมายที่เหมาะสม พร้อมทั้งเสนอแนะแนวการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพื่อสร้างประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายสำหรับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

2. ผลการวิจัย

จากการศึกษาสามารถสรุปผลการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศได้ ดังนี้

2.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาให้ความคุ้มครองงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

หลักเกณฑ์การพิจารณาให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานใดงานหนึ่งจะต้องปรากฏว่า งานนั้นมีองค์ประกอบของความเป็นงานสร้างสรรค์ครบ 3 ประการ คือ

การริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ (originality) ความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงาน (creative effort) และการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) ซึ่งในแต่ละองค์ประกอบมีรายละเอียด ดังนี้

1. การริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวการพิจารณาของศาลว่า นอกจากจะต้องไม่ได้มีการคัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานของบุคคลอื่นแล้ว ยังต้องมีการพิจารณาไปถึงว่าผู้สร้างสรรค์จะต้องมีการแสดงออกถึงระดับความคิดสร้างสรรค์อย่างเพียงพอด้วย⁶

⁶ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

ประเทศออสเตรเลียมีแนวการพิจารณาของศาลว่า ต้องไม่ได้คัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานของบุคคลอื่นและเพียงแต่มีความคิดสร้างสรรค์เล็กน้อยก็เพียงพอแล้ว⁷

ประเทศแคนาดามีแนวการพิจารณาของศาลว่า ต้องไม่ได้คัดลอกหรือดัดแปลงมาจากของบุคคลอื่นแต่ถึงอย่างไรก็ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเกิดความแปลกใหม่หรือมีความคิดสร้างสรรค์มากเพียงพอในระดับที่เพียงพอที่ชี้ให้เห็นว่าผู้สร้างสรรค์มีความพยายามใช้สติปัญญาเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว⁸

ประเทศฝรั่งเศสมีแนวการพิจารณาของศาลประกอบกับความใน Article L.111-1 และ Article 113 ของ France Intellectual Property Code หรือ IPC ว่า ต้องไม่ได้คัดลอกหรือดัดแปลงมาจากของบุคคลอื่นโดยจะต้องสะท้อนให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ด้วยการแสดงออกถึงสติปัญญา บุคลิกภาพ หรือรสนิยมของตนเอง⁹

ส่วนของประเทศไทยมีแนวการพิจารณาของศาลจากการตีความนิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ว่า “ผู้ที่ทำหรือก่อให้เกิด...” โดยมุ่งเน้นว่า จะต้องไม่ได้มีการคัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานของบุคคลอื่น¹⁰

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ปรากฏแนวการพิจารณาของศาลที่ได้อธิบายการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ไว้อย่างเดียวกันว่า จะต้องไม่ได้เกิดจากการคัดลอกหรือดัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น แต่ประเทศสหรัฐอเมริกามีการนำเอาระดับของความคิดสร้างสรรค์มาใช้ในการพิจารณาร่วมด้วยซึ่งเพียงพอในระดับที่เพียงพอถือว่ามีการริเริ่มขึ้นเองแล้ว ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสยังได้เน้นในเรื่องของการแสดงออกซึ่งลักษณะเฉพาะของบุคคล เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย แนวการ

⁷ *IceTV Pty Limited v. Nine Network Australia Pty Limited*, S415/2008 (HCA 2009); *Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd*, 44 (FCAFC 2010).

⁸ *CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 SCR 339.

⁹ Hogan Lovells, “Copyright in France,” *Lexology*, accessed August 31, 2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=db4300b2-84aa-4a2a-acc3-e786453798ec>.

¹⁰ สมาคมทางหลวงแห่งประเทศไทย กับ บริษัท สำนักพิมพ์ดวงกมล (2520) จำกัด กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4486 (ศาลฎีกา 2539); พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด และนางดวงฤดี อุบลแสน กับ นายอรรถพล วัชรรัตนพล, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121 (ศาลฎีกา 2552).

พิจารณาของศาลอธิบายการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ที่มุ่งเน้นว่า จะต้องไม่ได้เกิดจากการคัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นเท่านั้น

2. ความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงาน

หลักการดังกล่าวต่างประเทศและประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติความหมายไว้จึงต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวการพิจารณาว่า จะต้องประกอบด้วยการใช้ทักษะ แรงงาน และ วิจารณ์ญาณหรือประสบการณ์ในการสร้างงาน¹¹

ประเทศออสเตรเลียมีแนวทางการพิจารณาว่า จะต้องประกอบด้วยการใช้ทักษะ และ แรงงาน¹²

ประเทศแคนาดามีแนวการพิจารณาว่า จะต้องประกอบด้วยการใช้ทักษะ และ วิจารณ์ญาณหรือประสบการณ์ในการสร้างงาน¹³

ส่วนประเทศไทยนั้นเมื่อพิจารณาจากฎีกาที่ 19305/2555 ปราบฏการอธิบายหลักความวิริยะอุตสาหะที่เชื่อมโยงกับหลักการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ว่า การจะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ ความสำคัญมีได้อยู่ที่ว่างานที่อ้างว่าได้สร้างสรรค์นั้นเป็นงานใหม่หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าบุคคลนั้นได้ทำหรือก่อให้เกิดงานโดยได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์และงานดังกล่าวมีที่มาหรือต้นกำเนิดจากบุคคลผู้นั้นมิได้คัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น¹⁴ ในขณะที่ฎีกาที่ 1265/2563 ปราบฏใจความว่า แม้งานที่สร้างขึ้นจะไม่มีคุณค่าของงานหรือคุณค่าทางศิลปะ แต่หากผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้นด้วยความวิริยะอุตสาหะด้วยการทุ่มเทกำลังสติปัญญาความรู้ความสามารถ ใช้ประสบการณ์และวิจารณ์ญาณในการสร้างงาน งานนั้นก็ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์¹⁵

¹¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*

¹² *IceTV Pty Limited v. Nine Network Australia Pty Limited.*

¹³ *CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada.*

¹⁴ พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด และนางสมหมาย เศรษฐชาวลวงษ์ กับ นางอชิระหรือกฤตภาส พรพิทักษ์ธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19305 (ศาลฎีกา 2555).

¹⁵ นาย อ. กับ เทศบาล น. กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1265 (ศาลฎีกา 2563).

จากการศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ปรากฏแนวการพิจารณาของศาลที่ได้อธิบายความวิริยะอุตสาหะว่าจะต้องประกอบด้วย วิจารณ์งานหรือประสบการณ์ในการสร้างงานด้วย หมายความว่า ความวิริยะอุตสาหะจะต้อง ประกอบด้วยความพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงาน เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย จากแนว การพิจารณาของศาลปรากฏถึงความไม่แน่นอนว่า ความวิริยะอุตสาหะจะต้องมีความพยายามใช้ ปัญญาในการสร้างงานหรือไม่

3. การแสดงออกซึ่งความคิด

กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกาใน 17 U.S. Code § 102 (b) และประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 ได้กำหนดให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะมีได้ต่อเมื่อมี การแสดงออกซึ่งความคิด โดยจะไม่คุ้มครองความคิดหรือแนวความคิดเพียงอย่างเดียว ส่วน ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศสแม้ในกฎหมายลิขสิทธิ์จะไม่ได้มีการ บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ด้วยผลของการเข้าเป็นภาคีในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทาง ปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property: TRIPs) จึงทำให้เข้าใจได้ว่า ประเทศดังกล่าวก็ไม่ได้คุ้มครองความคิดหรือ แนวความคิดเช่นเดียวกัน อันมีแนวทางมาจาก Article 9 (2) ของความตกลงดังกล่าว¹⁶

2.2 ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบน แพลตฟอร์มออนไลน์

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดให้ลิขสิทธิ์ในงาน ดัดแปลงมีอยู่เฉพาะในเนื้อหาที่ถูกสร้างขึ้นโดยผู้สร้างสรรค์ กล่าวคือ ส่วนที่มีความแตกต่างกันหาก ปรากฏว่างานชิ้นใหม่เป็นงานที่ครอบงำประกอบความเป็นงานสร้างสรรค์ที่มีความสมบูรณ์อยู่ใน ตัวเองก็สามารถได้รับลิขสิทธิ์แยกจากงานต้นฉบับในส่วนที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลง¹⁷ ซึ่ง

¹⁶ *TRIPs Agreement*, Article 9(2) “Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.”

¹⁷ *Copyright Act 1976*, § 103(b); “Copyright Registration for Derivative Works,” United State Copyright Office, accessed September 20, 2023, <https://www.copyright.gov/circs/circ14.pdf>.

ประเทศออสเตรเลียกำหนดไว้อย่างคล้ายคลึงกันว่าให้บุคคลที่ได้สร้างสรรค์งานที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในส่วนที่แตกต่าง¹⁸

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้งานดัดแปลงได้รับการคุ้มครองในลักษณะเดียวกันกับงานประกอบ (composite work)¹⁹ ซึ่งให้ลิขสิทธิ์เป็นของผู้สร้างสรรค์งานนั้น โดยไม่กระทบถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ²⁰

อีกทั้ง กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศแคนาดาตาม Section 3 (1) กำหนดให้ การทำซ้ำหรือการดัดแปลงเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของงานต้นฉบับ ทำให้ผู้ที่ดัดแปลงจะได้รับลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อกระทำโดยได้รับอนุญาตเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 11 ที่กำหนดให้ผู้ที่ได้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์จะได้ลิขสิทธิ์ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาต ซึ่งรูปแบบการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวปรากฏจากฎีกาที่ 9801/2555 มีใจความสำคัญว่า เมื่อจำเลยได้รับอนุญาตจากโจทก์ให้สามารถดัดต่อเทปบันทึกการและสามารถออกอากาศได้ในตอนที่ 1 ถึงตอนที่ 3 จำเลยจึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในเทปที่ได้ดัดต่อนั้น แม้ภายหลังจำเลยจะได้นำเอาเทปดังกล่าวมาดัดต่อและออกอากาศใหม่ในตอนที่ 4 ถึง ตอนที่ 6 ก็ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์²¹ แสดงให้เห็นว่า ผู้ที่ได้ดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์จะได้รับลิขสิทธิ์ต่อเมื่อสร้างงานโดยได้รับอนุญาตโดยจะ 'ได้รับลิขสิทธิ์ในงานดัดแปลงทั้งชิ้นไม่ได้แยกเฉพาะส่วนที่ดัดแปลง และลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับจะไม่มีแฝงอยู่ในงานดัดแปลง ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย กำหนดให้ลิขสิทธิ์แก่งานดัดแปลงที่ได้รับอนุญาตในลักษณะโดยรวมเช่นเดียวกัน

¹⁸ Copyright Act 1968, Section 30.

¹⁹ Edouard Fortunet et al., “Intellectual Property Transactions in France: Overview,” *Thomson Reuters*, accessed September 20, 2023, [https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-8761?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-8761?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

²⁰ *France Intellectual Property Code*, Article 113-4.

²¹ บริษัทคอนเซพท์ คาสเทิล จำกัด กับ บริษัทบรอดคาสท์ ไทย เทเลวิชั่น จำกัด, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9801 (ศาลฎีกา 2555).

2.3 การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

ด้วยผลของการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1886 หรืออนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886) การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย จึงกำหนดไว้อย่างเดียวกันว่า สิทธิของผู้สร้างสรรค์ ได้แก่ สิทธิในการระบุถึงแหล่งที่มาหรือแสดงตนว่าเป็นผู้สร้างสรรค์ (right of paternity) และสิทธิในการคงไว้ซึ่งบูรณภาพของงาน (right of integrity) คือ ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะห้ามไม่ให้การบิดเบือน ตัดทอน หรือดัดแปลงงานจนทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ²² อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของระบบสิทธิของผู้สร้างสรรค์ (author's right system) ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิดังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่า ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่จะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยผลงานของตนต่อสาธารณะ (right of disclosure) และมีสิทธิในการที่จะถอนหรือพิจารณาใหม่ซึ่งการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์จากผลงานของตนได้ (right of withdrawal and of reconsideration)²³

นอกจากนี้ การให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีอยู่เฉพาะในงานทัศนศิลป์ (visual art) เท่านั้น โดยมีเงื่อนไขว่าอยู่ภายใต้ 17 U.S. Code § 107 เรื่องการใช้งานอย่างเป็นธรรม²⁴ แสดงให้เห็นว่า แม้ว่าจะงานนั้นจะละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ แต่หากปรากฏว่าเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรมอันเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ประเด็นการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์ว่าจะเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณหรือไม่จะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก ในทางกลับกัน หากพิจารณาความในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะเห็นได้ว่า ไม่ได้กำหนดให้การคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ แม้ว่าจะงานนั้นจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่หากปรากฏว่าเป็นงานที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์งานต้นฉบับก็จะได้

²² Berne Convention, Article 6bis.

²³ France Intellectual Property Code, Article L.121-1 to Article L.121-9.

²⁴ Copyright Act 1976, § 106A.

รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสที่มีหลักการว่า การใช้งานจะไม่ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หากละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์²⁵

2.4 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลียและประเทศแคนาดา กำหนดอย่างชัดเจนว่า ให้การล้อเลียนไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งรวมถึงการล้อเลียนเชิงเสียดสีด้วย²⁶ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสกำหนดเฉพาะการล้อเลียนเชิงตลกขบขันหรือเยาะเย้ยหรือวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่มื่อประสงค์ประกอบที่ผิดกฎหมายและไม่กระทบต่อสิทธิของผู้สร้างสรรค์ รวมถึงไม่เป็นการแข่งขันกับงานต้นฉบับ²⁷ ไม่รวมถึงการล้อเลียนเชิงเสียดสี²⁸ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการกำหนดให้การล้อเลียนเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม แต่ได้ถือว่าการล้อเลียนเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือการวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนึ่งภายใต้การใช้งานอย่างเป็นธรรม²⁹

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่ได้มีการกำหนดกรณีการล้อเลียนไว้เช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ได้วางกรอบของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในวรรคแรกไว้ว่า จะต้องไม่ขัดต่อการแสวงประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อีกทั้ง ได้กำหนดกรณีเฉพาะที่เกี่ยวข้องในมาตรา 32 วรรคสอง มาตรา 33 และมาตรา 37

²⁵Alexandra Giannopoulou, "Parody in France," *Best Case Scenarios for Copyright*, (2016): 8, accessed September 1, 2023, <https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2016/06/report-2-parody.pdf>.

²⁶ *Copyright Act 1968* (amendment), Section 41A; *Copyright Act 1985* (amendment), Section 29.

²⁷ *Deckmyn v. Vandersteen*, C-201/13 (CJEU 2014); *Court of Cassation of France*, Civil, Civil Chamber 1, May 22, 2019, 18-12.718, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000038567387/>.

²⁸ *France Intellectual Property Code*, Article L.122-5(4°).

²⁹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

3. บทสรุปการวิเคราะห์และข้อเสนอแนะต่อการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยและต่างประเทศตามที่กล่าวข้างต้นสามารถได้ผลการวิเคราะห์ ดังนี้

3.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

การจะพิจารณางานล้อเลียนดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เบื้องต้นจึงต้องวิเคราะห์ถึงลักษณะของงานดังกล่าวว่าเป็นการทำซ้ำหรือการดัดแปลงอย่างไร

(1) ลักษณะของงานล้อเลียน

เมื่อพิจารณานิยามคำว่า ทำซ้ำ และ ดัดแปลง ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 คำว่า “ทำซ้ำ” สามารถตีความสำหรับงานประเภทภาพถ่ายหรือคลิปวิดีโอได้ว่า เป็นการคัดลอก เลียนแบบ หรือทำสำเนาจากงานต้นฉบับในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยไม่มีการจัดทำงานขึ้นใหม่หรือเรียกได้ว่า เป็นการนำส่วนใดส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดของภาพถ่ายหรือคลิปวิดีโอต้นฉบับมาใช้โดยตรงแบบเดิม ๆ ไม่มีการเปลี่ยนแปลง

ส่วน “ดัดแปลง” นั้น หมายความว่า การทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยงานภาพถ่ายบนแพลตฟอร์มออนไลน์จัดว่าเป็นงานประเภทศิลปกรรมซึ่งในมาตรา 4 “ดัดแปลง” (2) ได้กำหนดตัวอย่างของการดัดแปลงงานศิลปกรรมว่าให้รวมถึงการเปลี่ยนงานจากสองมิติเป็นสามมิติหรือสามมิติเป็นสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ

จากความหมายของการดัดแปลงข้างต้น จึงมีข้อน่าพิจารณาตามตัวอย่างคดีของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งพบว่า Peppone ได้มีการนำภาพที่ปรากฏในการ์ตูนเรื่อง TinTin ในแต่ละฉากมาทำการปะติดเป็นลวดลายของหุ่นตัวการ์ตูนในเรื่องดังกล่าว³⁰

³⁰ *Peppone v. Tintinimagination*, 22/04302 (Court of Appeal of Aix-en-Provence 2022).



ภาพที่ 1 แสดงภาพงานประติมากรรมของ Peppone จากภาพยนตร์การ์ตูนเรื่อง Tintin ที่มา: “A French court of Appeal looks at the conditions under which a sculpture inspired by Tintin can be considered as a parody...,” EUIPO, accessed September 5, 2023, https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/case-law-article/categories/12808082?p_r_p_resetCur=true&p_r_p_categoryId=12808082.

เมื่อวิเคราะห์จากตัวอย่างภาพดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มีลักษณะเป็นการดัดแปลงงานต้นฉบับจากการ์ตูนเรื่อง TinTin ตามมาตรา 4 “ดัดแปลง” (2) ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การดัดแปลงดังกล่าวมีส่วนประกอบกัน คือ ส่วนแรกเป็นการทำซ้ำภาพในส่วนอันเป็นสาระสำคัญเพื่อนำไปติดกับอีกส่วนหนึ่งซึ่งเป็นการจำลองงานต้นฉบับโดยเปลี่ยนรูปแบบเป็นสามมิติ การจำลองหุ่นดังกล่าวเป็นการดัดแปลงเพียงเล็กน้อยโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่

ส่วนงานประเภทคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ซึ่งประกอบด้วยลำดับภาพที่สามารถนำมาฉายหรือเล่นซ้ำได้อีกโดยมีเสียงประกอบด้วยนั้นจัดเป็นงานประเภทโสตทัศนวัสดุ ซึ่งในงานดังกล่าวประกอบไปด้วยงานอีก 2 ประเภท คือ งานวรรณกรรมและงานดนตรีกรรม โดยการดัดแปลงงานวรรณกรรมหรืองานดนตรีกรรมตามมาตรา 4 มีสาระสำคัญ คือ เป็นการคัดเลือกและจัดลำดับใหม่ ซึ่งจากความหมายดังกล่าวผู้เขียนจึงได้ยกตัวอย่างเพื่อประกอบการวิเคราะห์ ดังนี้



ภาพที่ 2 แสดงลำดับภาพบางส่วนจากคลิป์วิดีโอ “Avengers: Endgame รวมพลพ่อบ้านด้านอำนาจเมฆ”
ที่มา: ทีมพากย์กะหล่ำดอก, “Avengers: Endgame รวมพลพ่อบ้านด้านอำนาจเมฆ...”, เฟซบุ๊ก, สืบค้น
เมื่อ 3 กันยายน 2566, <https://www.facebook.com/kalumdokvoiceartist/videos/573730453117337/>.

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มีลักษณะเป็นการทำซ้ำงานตัวอย่างภาพยนตร์ Avengers ทั้งหมด และตัดเสียงของงานต้นฉบับออกโดยแก้ไขใหม่เป็นเสียงพากย์ของผู้สร้างงานที่เป็นการสร้างเรื่องราวเกี่ยวกับการเก็บซ่อนเงินของสามีให้พ้นจากการรับรู้ของภรรยา ถือว่าเป็นการดัดแปลงโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นการจัดลำดับภาพคลิป์วิดีโอขึ้นใหม่ ส่วนเสียงพากย์ที่จัดทำขึ้นใหม่นั้นอาจเป็นงานวรรณกรรมอันมีลิขสิทธิ์ได้

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิป์วิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ มักจะมีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ทั้งหมดแต่ยังคงเค้าโครงเดิมของงานต้นฉบับไว้เพื่อให้ผู้ชมสามารถจดจำและนึกถึงงานต้นฉบับ รวมถึงสามารถเข้าใจเจตนาของผู้สร้างงานล้อเลียนนั้นที่ต้องการจะสื่อออกมาผ่านตัวงาน ซึ่งผู้เขียนได้ยกตัวอย่างมาเพื่อประกอบการวิเคราะห์ ดังนี้



ภาพที่ 3 แสดงภาพเปรียบเทียบระหว่าง “TALK TO ME” กับ “TALK TO MEW”

ที่มา: “TALK TO ME,” Major Cineplex, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2566,

[https://www.majorcineplex.com/news/talk-to-me-gross-top-five-a24.;](https://www.majorcineplex.com/news/talk-to-me-gross-top-five-a24.) Mew Me, “คิดจะจิบมือ

เหมียว ไม่อยากหลอนก่อนสัมผัส ต้องจัด...อาหาร!,” เฟซบุ๊ก, สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2566,

<https://www.facebook.com/MewMeThailand/posts>

[/pfbid0yqxHC7rbTbVQVGwSyp2grdYs6bGGeNowwhiTgQkXjRUPCN9jzuCKcnGrsfidSqWL](https://www.facebook.com/MewMeThailand/posts/pfbid0yqxHC7rbTbVQVGwSyp2grdYs6bGGeNowwhiTgQkXjRUPCN9jzuCKcnGrsfidSqWL).

เมื่อพิเคราะห์ภาพ TALK TO MEW เป็นการวางเค้าโครงงานจากภาพถ่ายโปสเตอร์ภาพยนตร์เรื่อง TALK TO ME จะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีการทำซ้ำส่วนของโปสเตอร์ภาพยนตร์เนื่องจากผู้สร้างงานได้จัดทำทางรูปแบบขึ้นใหม่ รวมถึงมีลักษณะแตกต่างจากงานต้นฉบับ อีกทั้ง ยังมีการเปลี่ยนตัวนักแสดงซึ่งมีลักษณะเป็นการเลียนแบบองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับโดยมีการสื่อถึงเค้าโครงเรื่องราวของงานต้นฉบับที่ทำให้ผู้ชมสามารถจดจำและนึกถึงงานต้นฉบับได้ จึงถือว่ามีลักษณะเป็นการดัดแปลงโดยมีการจัดทำขึ้นใหม่ จะเห็นได้ว่า งานล้อเลียนลักษณะนี้ไม่ได้มีการทำซ้ำงานต้นฉบับโดยตรงจึงเป็นการดัดแปลงโดยมีลักษณะจัดทำขึ้นใหม่

เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ พบว่า หากพิจารณาความหมายของการทำซ้ำใน Section 10 และ Section 21 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศออสเตรเลีย ที่ว่า การทำซ้ำและการคัดลอกผลงานเป็นการทำซ้ำในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานหรือในงานใดที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลง และความเห็นของนักกฎหมายของประเทศออสเตรเลียมองว่า งานล้อเลียน คือ การเลียนแบบหรือการใช้ข้อความหรือผลิตภัณฑ์ทางวัฒนธรรมเพื่อจุดประสงค์ในการแสดงความ

คิดเห็น³¹ ขณะเดียวกัน ประเทศแคนาดามีนักวิชาการได้พูดถึงงานล้อเลียนโดยทั่วไปว่า เป็นงานลอกเลียนแบบหรือทำซ้ำที่มีความแตกต่าง³² และหากพิจารณาตาม Section 3 (1) ของกฎหมายลิขสิทธิ์ประเทศแคนาดาแล้ว การทำซ้ำ หมายถึง การคัดลอกส่วนใดส่วนหนึ่งของงานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ประเทศออสเตรเลียและประเทศแคนาดามองว่างานล้อเลียนมีลักษณะเป็นการทำซ้ำ

อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายในคดี Leibovitz v. Paramount Pictures Corporation



ภาพที่ 4 แสดงภาพเปรียบเทียบระหว่างงานของ Leibovitz (ซ้าย) กับ งานของบริษัท Paramount Pictures Corporation (ขวา)

ที่มา: Nancy Collins, “Demi’s Big Moment” Vanity Fair (blog), accessed January 29, 2023, <https://www.vanityfair.com/style/2018/04/demi-moore-cover-story-august-1991>.; “Naked Gun 331 1/3: The Final Insult,” Film suits, accessed January 29, 2023, <https://filmsuits.com/naked-gun-331-3-the-final-insult/>.

³¹ Conal Condren et al., “Defining Parody and Satire: Australia Copyright Law and Its New Exception: Part 2 – Advancing Ordinary Definitions,” *Media and Arts Law Review* 13, no. 4 (December 2008): 411, accessed September 10, 2023, <https://www.researchgate.net/publication/43502448>.

³² Linda Hutcheon, *A Theory of Parody: The Teaching of Twentieth-Century Art Forms*, (New York: Methuen, 1985), 50.

คดีดังกล่าว มีข้อเท็จจริงว่า Leibovitz เป็นช่างถ่ายภาพได้ถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพของ Demi Moore โดยภาพถ่ายนี้ได้รับการตีพิมพ์บนปกนิตยสาร ต่อมาบริษัท Paramount Pictures Co. ได้เลือกเอาภาพถ่ายดังกล่าวมาล้อเลียนโดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการโปรโมตภาพยนตร์เรื่อง Naked Gun 33+1/3 : The Final Insult ซึ่งภาพถ่ายของปกภาพยนตร์นั้นได้ถูกจัดทำขึ้นโดยเป็นการนำใบหน้าหนึ่งในนักแสดงนำของภาพยนตร์ตัดต่อทับซ้อนบนร่างกายของหญิงดังครร³³

จากภาพดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า งานล้อเลียนของจำเลยมีลักษณะเลียนแบบงานภาพถ่ายต้นฉบับของโจทก์โดยเป็นการตัดต่อนำเอาส่วนศีรษะของผู้ชายมาทับแทนที่ศีรษะของหญิงดังครรที่จำเลยถ่ายภาพขึ้นมาใหม่โดยไม่ได้มีการนำเอางานภาพถ่ายต้นฉบับมาใช้แต่เป็นการเลียนแบบเค้าโครงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับทำให้ผู้ชมสามารถนึกถึงและจดจำงานต้นฉบับในฐานะเป็นแกนหลักของงานล้อเลียนได้ ทำให้งานใหม่มีวัตถุประสงค์ที่อยู่นอกเหนือจากงานต้นฉบับอันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนรูปใหม่

สำหรับประเทศไทยมีความเห็นของอาจารย์ปริญญา ตีผลดง ที่ว่า “งานล้อเลียนมีลักษณะเป็นการทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ กล่าวคือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับจนถึงขนาดที่ทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่างานดังกล่าวได้สร้างขึ้นจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นไม่ใช่งานที่ผู้สร้างได้ริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง”³⁴

จากผลการวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า การสร้างงานประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์เชิงล้อเลียนนั้นมีลักษณะเป็นการเลียนแบบงานต้นฉบับโดยมีการจัดทำขึ้นใหม่อันมีลักษณะของงานเป็นการดัดแปลงตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

³³ Leibovitz v. Paramount Pictures Corp., 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998).

³⁴ ปริญญา ตีผลดง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์” (การบรรยายโครงการอบรมหลักสูตรพิเศษประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, กรุงเทพมหานคร, 9 เมษายน ถึง 16 พฤษภาคม 2547), อ้างถึงใน พิศวาส สุนทรพันธ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์, “การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม,” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 9, ฉ.2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 12.

(2) งานล้อเลียนกับการละเมิดลิขสิทธิ์

งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์มักมีการสร้างหรือทำขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงเกิดปัญหาว่า การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ของบุคคลอื่นมาล้อเลียนโดยไม่ได้รับอนุญาตจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือไม่

ลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฯ ปรากฏสิทธิอยู่ 2 ประเภท คือ สิทธิของผู้สร้างสรรค์ (moral right) และ สิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) ฉะนั้น จึงต้องทำการวิเคราะห์การละเมิดกับสิทธิแต่ละประเภท ดังนี้

1. สิทธิของผู้สร้างสรรค์ ตามพระราชบัญญัติฯ กำหนดรับรองสิทธิไว้ 2 ประการ คือ สิทธิในการแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์ และสิทธิในการคงไว้ซึ่งบูรณภาพของงาน คือ การที่ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิในการที่จะห้ามไม่ให้มีการบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือกระทำการใดแก่งานของตนเพื่อป้องกันความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ³⁵ ซึ่งสิทธิทั้งสองประการนี้เป็นสิทธิที่เชื่อมโยงระหว่างผู้สร้างสรรค์กับงานสร้างสรรค์เพื่อปกป้องคุณค่าส่วนบุคคลและชื่อเสียงมากกว่าในเรื่องของมูลค่าเป็นตัวเงินเพียงอย่างเดียว³⁶

จากผลการวิเคราะห์ข้างต้นที่ว่า งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์มีลักษณะเป็นการดัดแปลง จึงเกิดความเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในการคงไว้ซึ่งบูรณภาพของงาน จึงเป็นปัญหาว่า การสร้างงานดังกล่าวจะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้สร้างสรรค์ หรือไม่

จากการศึกษาถึงลักษณะและประเภทของงานล้อเลียนที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า หากงานล้อเลียนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความบันเทิงหรือความสนุกสนานเป็นรูปแบบของการล้อเลียนเชิงตลกขบขันหรือเยาะเย้ย ไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์งานต้นฉบับได้ เนื่องจากการสร้างงานเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวไม่มี

³⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 18 ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ตัดทอน หรือดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์...”

³⁶ Adv Hemant More, “Kinds of Rights,” *The Legal Quotient*, accessed September 10, 2023, <https://thelegalquotient.com/jurisprudence/kinds-of-rights/2265/>.

แนวโน้มในการที่จะสร้างผลกระทบต่อการรับรู้ของผู้ชมถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้สร้างสรรค์งานต้นฉบับที่ต้องการจะสื่อออกมาผ่านตัวงานของตนเองได้ แม้ผู้ชมจะได้รับความรู้สึกที่เปลี่ยนไปจากการได้เห็นหรือรับรู้ถึงงานล้อเลียนนั้นก็ตาม ดังเช่น ตัวอย่างภาพที่ 3 และ ภาพที่ 4

ในทางกลับกัน หากปรากฏว่า การสร้างงานดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เชิงเสียดสีที่ทำให้ผู้ชมเกิดความรู้สึกหรือความคิดเห็นที่ไม่ดีต่องานต้นฉบับหรือบิดเบือนไปจากเจตนาของผู้สร้างสรรค์งานต้นฉบับอย่างแท้จริงอันเป็นรูปแบบของการล้อเลียนเชิงเสียดสี เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่างานลักษณะเช่นนี้มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ ดังเช่นคดี Mattel Inc. v. Walking Mountain Prods



ภาพที่ 5 แสดงภาพถ่ายของ Tom Forsythe (จำเลย)

ที่มา: Lehmach, “Mattel v. Walking Mountain 2003. Trademark. Copyright. Trade Dress...,”

Lehmach (blog), accessed August 29, 2023,

<http://lehmach2.blogspot.com/2017/06/mattel-v-walking-mountain-20003.html>.

คดีดังกล่าว มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยเป็นช่างภาพได้นำเอาตุ๊กตาบาร์บี้ของโจทก์มาประกอบเป็นภาพถ่ายที่มีชื่อชุดภาพว่า Food Chain Barbie โดยเป็นการนำตุ๊กตาบาร์บี้เปลือยมาประกอบคู่กับอุปกรณ์เครื่องครัวในท่าทางต่าง ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลตัดสินว่า ภาพถ่ายของจำเลยได้ใช้เนื้อหางานของโจทก์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อล้อเลียนอย่างสมเหตุสมผล และมีการ

แสดงออกถึงความหมายหรือข้อความที่ใหม่ซึ่งเปลี่ยนแปลงบริบทของงานต้นฉบับจนกลายเป็นงานใหม่ ภาพถ่ายของจำเลยจึงเป็นการใช้งานอย่างเป็นธรรม³⁷ แต่ทั้งนี้ ศาลไม่ได้วินิจฉัยถึงสิทธิของผู้สร้างสรรค์ จึงไม่มีประเด็นในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หากนำเอางานดังกล่าวมาพิจารณากับการคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์แล้ว เป็นการทำให้ตุ๊กตาบาร์บี้กลับกลายเป็นสิ่งไม่ได้ถูกมองว่าเป็นของเล่นน่ารักสำหรับเด็กผู้หญิง ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างตุ๊กตาบาร์บี้จากการที่ผู้ชมเกิดความรู้สึกที่ไม่ดีหรือบิดเบือนไปจากเจตนาของตน

2. สิทธิทางเศรษฐกิจ ตามพระราชบัญญัติฯ มาตรา 15 กำหนดให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ คือ การทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า ให้ประโยชน์ หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิ³⁸ เมื่องานล้อเลียนดังกล่าวเป็นการดัดแปลงที่มักจะมีการสร้างหรือทำขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จึงถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ สำหรับกรณีงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายตามมาตรา 27 และ กรณีงานล้อเลียนประเภทคลิปวิดีโอตามมาตรา 28

อย่างไรก็ตาม มีข้อสงสัยเกิดต่อมาว่า หากพิเคราะห์จากองค์ประกอบของงานต้นฉบับที่ถูกนำมาใช้งานล้อเลียนแล้ว ปรากฏว่าองค์ประกอบนั้นเป็นเพียงลักษณะทั่วไปของงานต้นฉบับที่ไม่อาจได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ได้ จะถือว่า การนำเอาองค์ประกอบนั้นมาใช้งานล้อเลียนจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือไม่นั้น ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์จากตัวอย่างคดีเทียบเคียงในคดี *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books* ซึ่งจำเลยได้นำเอาองค์ประกอบในส่วนที่เป็นหมวกทรงสูงสีแดงแถบขาวที่ปรากฏในงานวรรณกรรมต้นฉบับของโจทก์ที่ชื่อว่า “The Cat in The Hat” มาใช้ในงานวรรณกรรมล้อเลียนของตนที่ชื่อว่า “The Cat Not in The Hat! A Parody” ศาลเห็นว่า หมวกดังกล่าวมีลักษณะทั่วไปไม่อาจได้รับลิขสิทธิ์ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จำเลยยอมรับว่าตนได้คัดลอกองค์ประกอบในงานวรรณกรรมต้นฉบับของโจทก์ อีกทั้ง ลักษณะงานวรรณกรรมล้อเลียนของจำเลยไม่ได้เป็นการล้อในตัวละครแมวซึ่งเป็นตัวละครหลักของงานวรรณกรรมต้นฉบับของ

³⁷ *Mattel Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).

³⁸ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 15 “...เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวดังต่อไปนี้ (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง (4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ...”

โจทก์ จึงไม่เข้าข่ายของการล้อเลียน เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์³⁹

จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ผู้เขียนพบหลักการที่น่าสนใจว่า แม้ในงานนั้นจะมีองค์ประกอบหนึ่งที่มีลักษณะทั่วไปซึ่งโดยหลักบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิใช้องค์ประกอบดังกล่าวได้ แต่เมื่อองค์ประกอบดังกล่าวรวมอยู่ในงานอันมีลิขสิทธิ์จึงมีผลทำให้ลิขสิทธิ์ครอบงำองค์ประกอบส่วนนั้นทั้งหมดไปโดยปริยาย อันสอดคล้องกับหลักที่ว่า ลิขสิทธิ์ไม่มีรูปร่างจึงไม่สามารถแบ่งแยกให้ความคุ้มครองเฉพาะส่วนได้ จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แม้ส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจะมีลักษณะทั่วไปก็ตาม

(3) งานล้อเลียนกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทย

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส กำหนดให้งานล้อเลียนเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมทั้งถือว่าการแสดงความคิดเห็นหรือวิพากษ์วิจารณ์งานต้นฉบับในรูปแบบศิลปะอันเป็นเสรีภาพในการแสดงออก เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่มีข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าว จึงมีปัญหาคำพิพากษาว่างานล้อเลียนสมควรได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฯ หรือไม่

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฯ ปรากฏในมาตรา 32 โดยในวรรคแรกได้วางกรอบของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ว่า “จะต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” ซึ่งหากพิจารณาคำว่า “เกินสมควร” ผู้เขียนมีความเห็นว่า งานใหม่จะต้องไม่เข้ามาแทนที่งานต้นฉบับจนไปถึงขั้นทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับสูญเสียไปซึ่งตลาดและศักยภาพในการใช้งานของตนจากการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของงาน ซึ่งหากปรากฏว่า การใช้งานล้อเลียนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มจำนวนผู้ติดตามอันนำไปสู่การหาทำไร้ออม เช่น สร้างและใช้งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายหรือคลิปวิดีโอโดยเผยแพร่ลงบนแพลตฟอร์มออนไลน์เพื่อให้มาซึ่งประโยชน์อันเป็นตัวเงินจากยอดเข้าชม ถือว่าเข้าข่ายเป็นการกระทำที่เกินสมควรจึงไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ว่า เพียงแต่ได้รับผลประโยชน์เป็นค่าตอบแทน แม้จะมีมูลค่าเท่าราคาต้นทุนหรือในอัตราที่ต่ำก็ยอม

³⁹ *Dr. Seuss Enters., LP v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997).

เป็นการกระทำเพื่อหากำไรแล้ว⁴⁰

อย่างไรก็ตาม งานล้อเลียนตามแนวความเห็นของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นการแสดงความเห็นหรือการวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนึ่ง⁴¹ จึงมีข้อน่าสังเกตว่า งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์มีลักษณะเข้าข่ายกเว้นลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฯ มาตรา 32 วรรคสอง (3) กรณีติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีตามมาตราดังกล่าว สามารถตีความได้ว่า การติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงาน ลักษณะเป็นการนำงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เพื่อประกอบการแสดงความคิดเห็นหรือบอกกล่าวต่อบุคคลอื่นโดยสุจริตโดยที่ไม่มีการดัดแปลงหรือกระทำอย่างใดต่อตัวงานต้นฉบับให้มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไป เพราะฉะนั้น การนำงานภาพถ่ายหรือคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์มีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นมาดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อวัตถุประสงค์ในการล้อเลียนไม่ว่าจะเชิงตลกขบขันหรือเยาะเย้ย หรือเชิงเสียดสี เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติฯ มาตรา 27 หรือ มาตรา 28 และงานดังกล่าวไม่มีรวมอยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 32 วรรคสอง (3) เพราะไม่อาจเข้าลักษณะเป็นการติชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานได้ อันสอดคล้องกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และสหภาพยุโรป ที่กำหนดลักษณะอันเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ (criticism) ว่า มีลักษณะเป็นการกล่าวหรือการพูดโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการวิพากษ์วิจารณ์หรือการทบทวน (review) ตัวงานหรือเนื้อหาอื่น ๆ ของงานอันมีลิขสิทธิ์และมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์⁴²

อย่างไรก็ตาม ยังมีบทบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 33⁴³ จึงเกิดข้อน่าสงสัยว่า งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอ จะสามารถได้รับยกเว้น

⁴⁰ นายชาญหรือปาน สวัสดิ์สาส์ กับ นายพัฒนา สุขประเสริฐ กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908 (ศาลฎีกา 2546).

⁴¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*

⁴² *Australian Copyright Act 1968* (amendment), Section 41; *Canadian Copyright Act 1985* (amendment), Section 29.1; *France Intellectual Property Code* (amendment), Article L.122-5(3°); *Infosoc Directive*, Article 5(3)(d).

⁴³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 33 “การกล่าว คัดลอก เลียน หรืออ้างอิงงานบางตอนตามสมควรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง”

การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณามาตรา 33 ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยว่า หากเป็นการคัดลอก เลียน หรืออ้างอิงเนื้อหาบางตอนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและปรากฏว่ามีปริมาณของเนื้อหาจากงานต้นฉบับเป็นจำนวนมาก ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรย่อมไม่ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์⁴⁴ แสดงให้เห็นว่า การกล่าว คัด เลียน หรืออ้างอิงงานต้นฉบับเพียงบางตอนตามสมควร คือ การนำงานต้นฉบับมาวิเคราะห์และสร้างสรรค์ใหม่โดยคงเอกลักษณ์หรือสาระสำคัญของงานต้นฉบับไว้ ซึ่งหากงานล้อเลียนมีลักษณะดังกล่าวก็อาจเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตราดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะเป็นการกระทำตามสมควรแต่หากปรากฏว่าเป็นการกระทำที่ไม่ต้องด้วยมาตรา 32 วรรคแรก ก็จะไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

เมื่อพิจารณาจากงานงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายบนแพลตฟอร์มออนไลน์ตามภาพที่ 6 จะเห็นได้ว่า งานล้อเลียนดังกล่าวเป็นการเลียนงานภาพถ่ายต้นฉบับในส่วนองศาโครงร่างร่างกาย รวมถึงท่าทางตำแหน่งการยืนของนางแบบซึ่งเป็นองค์ประกอบที่มีสาระสำคัญในปริมาณที่พอสมควรที่จะทำให้ผู้ชมสามารถนึกถึงและจดจำถึงงานภาพถ่ายต้นฉบับได้ แต่เมื่อการล้อเลียนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจากการสร้างสรรค์งานต้นฉบับจึงไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติและกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จึงเป็นการปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และได้รับการยกเว้นละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33 แต่อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายนั้นเป็นการเลียนแบบงานต้นฉบับซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการคัดลอกดังภาพที่ 4 ซึ่งถือว่ามี การคัด ลอก หรือเลียนงานเกินสมควรแล้ว อีกทั้ง หากมีการแสวงหากำไรจากงานล้อเลียน ก็ถือว่าไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคแรก อันไม่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 33

ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า ตามมาตรา 37⁴⁵ ที่ระบุให้การกระทำใดต่องานศิลปกรรมที่ตั้งเปิดเผยประจําอยู่ในที่สาธารณะ ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่เจ้าของ

⁴⁴ นายชาญหรือปาน สวัสดิ์สาดี กับ นายพัฒนา สุขประเสริฐ กับพวก.

⁴⁵ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 37 “การวาดเขียน การเขียนระบายสี การก่อสร้าง การแกะลายเส้น การปั้น การแกะสลัก การพิมพ์ภาพ การถ่ายภาพ การถ่ายภาพยนตร์ การแพร่ภาพ หรือการกระทำใด ๆ ทำนองเดียวกันนี้ซึ่งศิลปกรรมใดอันตั้งเปิดเผยประจําอยู่ในที่สาธารณะ นอกจากงานสถาปัตยกรรม มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในศิลปกรรมนั้น”

ลิขสิทธิ์อัปโหลดภาพถ่ายจากบัญชีผู้ใช้งานของตนลงบนแพลตฟอร์มออนไลน์ แม้จะมีการตั้งค่าให้เผยแพร่เป็นสาธารณะ แต่ก็ยังเป็นลักษณะการอนุญาตให้บุคคลอื่นสามารถเข้าชมงานในพื้นที่ของตนเองได้ ไม่อยู่ในความหมายเป็นการตั้งเปิดเผยแพร่ประจำอยู่ในที่สาธารณะตามมาตราดังกล่าว เนื่องจากมาตรา 37 เป็นบทบัญญัติที่มีฐานมาจากหลัก Freedom of Panorama ที่พัฒนามาจากหลัก Panoramafreiheit ของประเทศเยอรมัน⁴⁶ กำหนดให้บุคคลสามารถใช้งานศิลปกรรม เช่น ภาพถ่าย ที่ตั้งเปิดเผยแพร่ประจำอยู่ในที่สาธารณะได้โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งคำว่า “ตั้งเปิดเผยแพร่ประจำอยู่ในที่สาธารณะ” สามารถตีความได้ว่า ต้องเป็นการตั้งอยู่อย่างถาวรในสถานที่นั้นซึ่งเป็นสถานที่ที่บุคคลสามารถเข้าถึงได้อย่างเสรี⁴⁷ เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถควบคุมการกระทำใดต่องานศิลปกรรมของตนได้ ดังนั้น ในกรณีบนแพลตฟอร์มออนไลน์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้จะเป็นพื้นที่ที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ แต่การจะเข้าถึงงานก็ยังอยู่ในการควบคุมของเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ จึงไม่สามารถนำมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติฯ มาใช้บังคับได้

(4) งานล้อเลียนกับเสรีภาพในการแสดงออกตามแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศฝรั่งเศส

การพิจารณาดัดสินคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสได้มีการคำนึงถึงการรักษาความสมดุลระหว่างลิขสิทธิ์และเสรีภาพในการแสดงออกโดยถือว่าการล้อเลียนถือเป็นการแสดงออกทางศิลปะรูปแบบหนึ่งที่อยู่ภายใต้เสรีภาพในการแสดงออกตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ⁴⁸ จึงเป็นข้อน่าสังเกตว่า ลักษณะของงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์แบบใดจะสมควรได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ลักษณะของงานล้อเลียนซึ่งรวมถึงงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ที่สมควรได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีมีการแสวงหากำไร

⁴⁶ มณฑล อรรถกฤษณ์, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2565) ฉบับอ้างอิง, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), 136.

⁴⁷ Claudia Roggero, “Freedom of Panorama in France and Germany,” *Dandi* (blog), accessed November 30, 2023, <https://www.dandi.media/en/freedom-panorama-france-germany/>.

⁴⁸ Wex Definitions Team, “Parody,” *Legal Information Institute*, accessed September 20, 2023, <https://www.law.cornell.edu/wex/parody/>; “Constitution of the United States: First Amendment,” *Constitution Annotated*, accessed September 20, 2023, <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>; Giannopolou, “Parody in France,” 9.

ควรมีลักษณะเป็นการสร้างความแตกต่างกับงานที่ถูกล้อเลียนและมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เพียงแต่เพื่อสร้างความตลกขบขันหรือเยาะเย้ยเพียงอย่างเดียวก็ได้โดยอาจจะสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่น และต้องไม่มีองค์ประกอบที่ผิดกฎหมาย ทั้งนี้ โดยต้องอยู่ภายใต้หลักสิทธิของผู้สร้างสรรค์ตามแนวทางของประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผลให้ไม่รวมถึงงานล้อเลียนเชิงเสียดสี อันจะเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการสร้างสรรคงานใหม่ อีกทั้ง ก็ไม่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่อาจสร้างความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ พร้อมสอดคล้องกับการใช้เสรีภาพในการแสดงออกภายใต้กรอบของศีลธรรมและกฎหมายที่ไม่อาจกระทบกระเทือนกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและสร้างความเสียหายให้แก่สังคม

3.2 ความเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ของงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

จากเกณฑ์การพิจารณาความเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นในหัวข้อ 2.1 สามารถสรุปผลการวิเคราะห์ตามปัญหาได้ ดังนี้

1. งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์เป็นงานที่เกิดจากการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์หรือไม่

จากการศึกษา พบว่า การริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ หมายถึง การสร้างงานที่ไม่ได้มีการคัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น ซึ่งด้วยลักษณะของงานล้อเลียนดังกล่าวจะต้องมีการนำเอาส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือลักษณะเด่นของงานต้นฉบับมาใช้ จึงอาจถูกมองว่า ไม่มีการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ โดยจากการวิเคราะห์ฎีกาที่ 4486/2539⁴⁹ ประกอบกับ ฎีกาที่ 7121/2552⁵⁰ แสดงให้เห็นว่า หากงานใหม่ที่สร้างขึ้นได้มีการทำซ้ำหรือดัดแปลงมาจากงานอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ถือว่างานดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ แม้งาน

⁴⁹ สมาคมทางหลวงแห่งประเทศไทย กับ บริษัท สำนักพิมพ์ดวงกมล (2520) จำกัด กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4486 (ศาลฎีกา 2539).

⁵⁰ พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด และนางดวงฤดี อุบลแสน กับ นายอรรถพล วัชรรัตนพล, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7121 (ศาลฎีกา 2552).

ที่สร้างขึ้นใหม่นั้นจะมีความแตกต่างไปจากงานต้นฉบับก็ตาม มีผลทำให้งานล้อเลียนไม่มีการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ จึงไม่ใช่งานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้

ผู้เขียนเห็นว่า การริเริ่มขึ้นเองในการสร้างสรรค์งานล้อเลียนซึ่งมีการนำเนื้อหางานของบุคคลอื่นมาเป็นส่วนหนึ่งจะต้องมีการริเริ่มขึ้นเองของผู้ล้อเลียน และมีการเปลี่ยนวัตถุประสงค์ของงานเพื่อไม่ให้เกิดการใช้สิทธิทับซ้อนกับลิขสิทธิ์ของงานต้นฉบับ ดังนั้น งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ที่สร้างหรือทำขึ้นในลักษณะเป็นการดัดแปลงจากงานต้นฉบับโดยไม่มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาใด ๆ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เกิดความแตกต่างเพียงเล็กน้อย ย่อมถือไม่ได้ว่างานล้อเลียนดังกล่าวเกิดจากการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์

ในทางกลับกัน หากปรากฏว่างานดังกล่าวได้สร้างหรือทำขึ้นโดยแสดงออกถึงลักษณะเฉพาะหรือบ่งบอกถึงบุคลิกของตัวผู้สร้างสรรค์เอง แม้จะได้นำเอาส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับมาใช้ โดยงานสร้างสรรค์ที่จะได้รับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องเป็นงานใหม่ เพียงแต่ต้องมีระดับของความคิดสร้างสรรค์ที่เหมาะสมกับลักษณะของงานซึ่งสอดคล้องกับหลัก standing on the shoulder of giant ที่ว่า การสร้างสรรค์งานแต่ละชิ้นอาจเกิดจากการปรับเปลี่ยนงานที่มีอยู่ก่อนหน้านี้ได้⁵¹

2. งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์เป็นงานที่มีความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงานหรือไม่

เมื่อพิเคราะห์ฎีกาที่ 19305/2555⁵² แสดงให้เห็นว่า ศาลให้ความสำคัญกับการริเริ่มขึ้นเองโดยไม่คำนึงถึงความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงานซึ่งเป็นขั้นตอนในการพยายามแสดงออกซึ่งการริเริ่มขึ้นเองให้ปรากฏเป็นงานสร้างสรรค์ ในขณะที่ฎีกาที่ 1265/2563⁵³ ตีความในเรื่องความวิริยะอุตสาหะโดยรวมการทุ่มเทกำลังสติปัญญา ความรู้ความสามารถ ใช้ประสบการณ์และวิจารณ์งานในการสร้างงาน เข้ามาพิจารณาด้วย แสดงให้เห็นว่า แนวทางการ

⁵¹ The Phrase Finder, s.v. “standing on the shoulder of giant,” accessed April 25, 2022, <https://www.phrases.org.uk/meanings/268025.html>.

⁵² พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด และนางสมหมาย เศรษฐชาวลวงษ์ กับ นางอชิระหรือกฤตภาส พรพิทักษ์ธรรม.

⁵³ นาย อ. กับ เทศบาล น. กับพวก.

พิจารณาของศาลไทยมีความแตกต่างจึงเป็นที่น่าสงสัยว่า ความวิริยะอุตสาหะจะต้องมีความพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงานหรือไม่

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางของศาลต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเกิดจากการใช้ทักษะ (skill) แรงงาน (labour) และวิจารณญาณหรือประสบการณ์ (judgement) ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียไม่ได้นำในส่วนของการพิจารณาหรือประสบการณ์มาพิจารณาในส่วนของความวิริยะอุตสาหะ โดยเน้นการพิจารณาเรื่องการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งต้องใช้ความพยายามทางปัญญาที่เป็นอิสระอยู่บ้าง (some independent intellectual effort)⁵⁴ ส่วนประเทศแคนาดาไม่ได้มีการพิจารณาในส่วนของการริเริ่มขึ้นเองของผู้สร้างสรรค์ว่า ต้องเกิดจากการริเริ่มขึ้นเองและความพยายามใช้ปัญญา (intellectual effort) ของผู้สร้างสรรค์ในระดับที่เพียงพอซึ่งประกอบไปด้วยทักษะและวิจารณญาณหรือประสบการณ์⁵⁵

จากผลการวิเคราะห์ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาจากวิจารณญาณหรือประสบการณ์ของผู้สร้างสรรค์มีความสำคัญเพื่อให้เกิดการถ่ายทอดความคิดสร้างสรรค์ได้ตรงตามความตั้งใจของการริเริ่มขึ้นเองอันแสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของผู้สร้างสรรค์ตามระดับของความคิดสร้างสรรค์ หากการพิจารณาความเป็นงานสร้างสรรค์ไม่มีองค์ประกอบดังกล่าว โดยมีเพียงความวิริยะอุตสาหะเพียงอย่างเดียวในการสร้างงานจะเกิดผลว่า แม้งานจะเกิดจากการริเริ่มขึ้นเองแต่มนุษย์ไม่มีส่วนร่วมในการสร้างงานหรือกระบวนการงานสร้างที่มนุษย์ไม่สามารถควบคุมได้ เช่น การถ่ายภาพเซลฟี่ (selfie) จากกล้องถ่ายรูปโดยลิง หรือข้าววาดรูปโดยไม่มีมนุษย์คอยควบคุม หรือการใช้ปัญญาประดิษฐ์ (artificial intelligence: AI) ประมวลภาพหรือคลิปวิดีโอโดยที่ผู้ริเริ่มไม่สามารถควบคุมผลลัพธ์ที่จะออกมาได้ ก็อาจเป็นงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ได้

ดังนั้น งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ควรมีความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาเพื่อถ่ายทอดความคิดสร้างสรรค์ในรูปแบบที่มีลักษณะเฉพาะให้เกิดงานที่มีความแตกต่างจากสิ่งที่มีอยู่ทั่วไปหรือจากงานที่มีอยู่ก่อน โดยความพยายามใช้ปัญญา

⁵⁴ IceTV Pty Limited v. Nine Network Australia Pty Limited.

⁵⁵ CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada.

ในการสร้างงาน นอกจากจะต้องมีอยู่ในการริเริ่มขึ้นเอง ควรรวมอยู่ในการพิจารณาในเรื่องของความวิริยะอุตสาหะด้วย โดยไม่จำเป็นต้องถึงกับมีความชำนาญหรือทักษะในการสร้างงานในระดับที่มากเพียงแต่มีความสามารถในการที่จะถ่ายทอดความคิดสร้างสรรค์ให้ปรากฏออกมาเป็นงานตามที่ตั้งใจไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนของงานให้สิทธิในงานที่ต้องเกิดจากสร้างสรรค์ที่เป็นผลมาจากการใช้ความพยายามทางสติปัญญาของมนุษย์

3. งานล้อเลียนมีการแสดงออกซึ่งความคิดหรือไม่

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคสอง กำหนดว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่ครอบคลุมไปถึงความคิด หรือแนวความคิด แสดงให้เห็นว่า งานที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีการแสดงออกมาซึ่งความคิดให้ปรากฏบนวัตถุแห่งสิทธิในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ไม่ใช่เป็นเพียงแต่แนวคิดหรือความคิดภายในใจเท่านั้น อันมีแนวการบัญญัติตาม Article 9 (2) ของความตกลงทริปส์⁵⁶

เมื่อพิจารณาจากฎีกาที่ 11047/2551 แสดงให้เห็นได้ว่า แนวคิดของศาลไทยต่อเรื่องการแสดงออกซึ่งความคิดมีอยู่ว่า เมื่อบุคคลหนึ่งสร้างสรรค์งานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว หากต่อมามีบุคคลอื่นได้สร้างงานขึ้นอีก แม้จะมีการแสดงออกซึ่งความคิดที่คล้ายคลึงหรือเหมือนกัน ตราบใดไม่ได้มีการคัดลอกหรือดัดแปลงก็ถือได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดแล้ว⁵⁷

3.3 ความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์

ปัญหาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นี้ โดยหลักของการสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ต้องมีผู้สร้างสรรค์เพียงแต่อาจอยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน เช่น ลูกจ้าง ผู้รับจ้าง หรือพนักงานของรัฐ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เฉพาะการได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เอง ซึ่งจะมีความครอบคลุมไปถึงการได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในกรณีอื่น ๆ ด้วย

⁵⁶ TRIPs Agreement, Article 9(2) “Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.”

⁵⁷ นางสาวปองศิริ คุณงาม กับ บริษัท เมกกะ โปรดักส์ จำกัดหรือเมก้า โหลี่ ไซแอนด์ พืพิวาย จำกัด กับพวก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047 (ศาลฎีกา 2551).

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 วางหลักว่า ผู้สร้างสรรค์ต้องเป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ กล่าวคือ บุคคลที่ทำหรือก่อให้เกิดงานด้วยเจตนาที่เกิดจากการริเริ่มขึ้นเองโดยไม่ได้มีการคัดลอกหรือดัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น และมีความวิริยะอุตสาหะพยายามใช้ปัญญาในการสร้างงาน รวมถึงได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดซึ่งมีผลให้งานและผู้สร้างงานได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ภายใต้กฎหมายทันทีที่สร้างสรรค์เสร็จสิ้นตามหลักการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ โดยการได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในฐานะผู้สร้างสรรค์เองอยู่ภายใต้มาตรา 8 ซึ่งเป็นไปตามหลักสัญชาติ หลักถิ่นที่อยู่ และหลักการโฆษณางานครั้งแรกแล้วแต่กรณี

สำหรับปัญหาความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ งานล้อเลียนประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์จะมีลักษณะของงานที่รวมส่วนที่เป็นเนื้อหาของงานต้นฉบับเดิมและส่วนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งหากงานดังกล่าวถือเป็นงานสร้างสรรค์แล้ว ผู้สร้างงานดังกล่าวจะได้มาซึ่งความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในส่วนใด

จากผลการวิเคราะห์ลักษณะของงานล้อเลียนที่เป็นการดัดแปลงนั้น เมื่อได้ศึกษาถึงการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานดัดแปลงตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียมีแนวทางที่คล้ายคลึงกันโดยให้ลิขสิทธิ์เฉพาะในส่วนที่มีความแตกต่าง ซึ่งแนวทางนี้เป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากความเป็นเอกลักษณ์ของงานล้อเลียนมักประกอบไปด้วยส่วนที่เป็นลักษณะเฉพาะของงานต้นฉบับซึ่งทำให้ยากในการแยกเฉพาะส่วนดัดแปลงที่มีเอกลักษณ์หรือส่วนที่มีความแตกต่างของงานล้อเลียน ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศแคนาดามีแนวทางเดียวกันกับประเทศไทยโดยให้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นแบบโดยรวมทั้งหมด ทั้งนี้ โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ในงานต้นฉบับ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ในงานล้อเลียนควรได้รับลิขสิทธิ์ครอบคลุมไปทั้งตัวงาน แม้ว่าจะงานนั้นจะมีการสร้างขึ้นในลักษณะสืบเนื่องมาจากงานของบุคคลอื่นก็ตาม เนื่องจากงานล้อเลียนที่อาจได้รับลิขสิทธินั้นถือว่ามีลักษณะเฉพาะและเป็นงานใหม่ที่เคลื่อนกลืนเค้าโครงของงานต้นฉบับจนไม่เหลือความเป็นงานเดิมแล้ว จึงเป็นการยากในการที่จะแยกการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์เฉพาะในส่วนที่มีความแตกต่างได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการตอบสนองความคิดสร้างสรรค์ที่ผู้สร้างได้พยายามใช้ปัญญาโดยแสดงออกมาผ่านตัวงาน สอดคล้องกับปรัชญาของเฮเกลที่มองว่า กฎหมายควรคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากกระบวนการถ่ายทอดลักษณะเฉพาะ

(personality) ของผู้สร้างสรรค์ หลอมรวมกับสิ่งที่แสดงออกมาไม่ว่าสิ่งนั้นจะมีรูปร่างหรือไม่ก็ตาม โดยงานใหม่อย่อมแสดงถึงตัวตน บุคลิก หรือลักษณะเฉพาะของบุคคลดังกล่าวแล้ว บุคคลนั้นจึงสามารถที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานอันมีลักษณะเฉพาะของเขาได้⁵⁸ อีกทั้ง สอดคล้องกับหลักการที่ว่า ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิไม่มีรูปร่าง⁵⁹ รวมถึงหลักการที่กำหนดตาม Article 2 (3) ของอนุสัญญากรุงเบอร์น์⁶⁰

3.4 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลและกฎหมายลิขสิทธิ์ดังที่ได้กล่าวในข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติฯ ไม่มีบทบัญญัติมารองรับต่อการพิจารณาปัญหาตามรายประเด็นที่กล่าวไปข้างต้นนั้น อาจทำให้เกิดข้อจำกัดในการตีความและใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม และอาจส่งผลให้การสร้างสรรค์งานใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศมีจำนวนน้อยลง อีกทั้ง อาจทำให้ความก้าวหน้าทางระบบทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทยเกิดความล่าช้าไม่เป็นไปตามความเปลี่ยนแปลงไปสู่สังคมยุคดิจิทัลอย่างเต็มรูปแบบ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่าควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยกำหนดกรณีล้อยื่นเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ความคุ้มครองงานล้อยื่นดัดแปลง และเสนอแนะจัดทำแนวทางการพิจารณาของศาลในการตีความงานสร้างสรรค์เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายต่อการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานล้อยื่นประเภทภาพถ่ายและคลิปวิดีโอบนแพลตฟอร์มออนไลน์ได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ดังนี้

1. เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 32 ในพระราชบัญญัติฯ โดยบัญญัติเพิ่มเติมอนุมาตราใหม่เป็น “(10) ล้อยื่นในลักษณะเชิงสร้างสรรค์โดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ”

⁵⁸ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภูมินทร์ บุตรอินทร์, *คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), 156-157.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, 234.

⁶⁰ *Berne Convention*, Article 2(3) “Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work.”

2. เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 11 ในพระราชบัญญัติฯ โดยเพิ่มเติมเป็น “มาตรา 11 วรรคสอง” มีข้อความว่า “อนึ่ง หากงานดัดแปลงตามวรรคแรกมีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ไม่ว่าจะได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือไม่ ให้ผู้ที่ได้ดัดแปลงนั้นมีลิขสิทธิ์ในงานที่ได้ดัดแปลงนั้น”

3. จัดทำแนวทางการพิจารณาของศาลในการตีความงานสร้างสรรค์ว่าต้องเป็นงานที่มีเอกลักษณ์อันเกิดจากความพยายามใช้สติปัญญาของผู้สร้างสรรค์ที่ชี้ให้เห็นถึงระดับของความคิดสร้างสรรค์อย่างเพียงพอโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเกิดความแปลกใหม่

References

- “Constitution of the United States: First Amendment.” *Constitution Annotated*. Accessed September 20, 2023.
<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>.
- Bulger, Allison. "Parody." *LitCharts*. Accessed September 2, 2023.
<https://www.litcharts.com/literary-devices-and-terms/parody>.
- Collins, Nancy. “Demi’s Big Moment.” *Vanity Fair* (blog). Accessed January 29, 2023.
<https://www.vanityfair.com/style/2018/04/demi-moore-cover-story-august-1991>.
- Condren, Conal, Jessica Milner Davis, Sally McCausland, and Robert Phiddian. “Defining Parody and Satire: Australia Copyright Law and Its New Exception: Part 2 – Advancing Ordinary Definitions.” *Media and Arts Law Review* 13, no. 4 (December 2008): 411. Accessed September 10, 2023.
<https://www.researchgate.net/publication/43502448>.
- EUIPO. “A French court of Appeal looks at the conditions under which a sculpture inspired by Tintin can be considered as a parody under copyright law.” Accessed September 5, 2013.
https://euiipo.europa.eu/ohimportal/en/web/guest/case-law-article/categories/12808082?p_r_p_resetCur=true&p_r_p_categoryId=12808082.
- Everson, Crystal. “Parody vs. satire in copyright law.” *Legal Zoom*. Accessed September 2, 2023. <https://www.legalzoom.com/articles/parody-vs-satire-in-copyright-law>.
- Film suits. “Naked Gun 33 1/3: The Final Insult.” Accessed January 29, 2023.
<https://filmsuits.com/naked-gun-33-1-3-the-final-insult/>.

- Fortunet, Edouard, Sarah Candelibes, Nicolas Andre and Jones Day. “Intellectual Property Transactions in France: Overview.” *Thomson Reuters*. Accessed September 20, 2023. [https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-8761?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-8761?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).
- Giannopoulou, Alexandra. “Parody in France.” *Best Case Scenarios for Copyright* (2016): 9. Accessed September 1, 2023. <https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2016/06/report-2-parody.pdf>.
- Hutcheon, Linda. *A Theory of Parody: The Teaching of Twentieth-Century Art Forms*. New York: Methuen, 1985.
- Kreutzer, Till, and Felix Reda. “The Pastiche in Copyright Law-Towards a European Right to Remix.” *Kluwer Copyright* (blog). Accessed September 2, 2023. <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/03/13/the-pastiche-in-copyright-law-towards-a-european-right-to-remix/>.
- Lehrmach. “Mattle v. Walking Mountain 2003. Trademark. Copyright. Trade Dress. Tarnishment. Case Brief.” *Lehrmach* (blog). Accessed August 29, 2023. <http://lehrmach2.blogspot.com/2017/06/mattel-v-walking-mountain-20003.html>.
- Lovells, Hogan. “Copyright in France.” *Lexology*. Accessed August 31, 2023. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=db4300b2-84aa-4a2a-acc3-e786453798ec>.
- Major Cineplex. “TALK TO ME.” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2566. <https://www.majorcineplex.com/news/talk-to-me-gross-top-five-a24>.
- Mew Me. “คิดจะจับมือเหมียว ไม่อยากหลอนก่อนสัมผัส ต้องจัด...อาหาร!!” เฟซบุ๊ก. สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2566. <https://www.facebook.com/MewMeThailand/posts/pfbid0yqxHC7rbbTbVQVGwSyP2grdYs6bGGeNowwhiTgQkXjRUPCN9jzuCKcnGrsfidSqWL>.

- More, Adv Hemant. “Kinds of Rights.” *The Legal Quotient*. Accessed September 10, 2023. <https://thelegalquotient.com/jurisprudence/kinds-of-rights/2265/>.
- Roggero, Claudia. “Freedom of panorama in France and Germany.” *Dandi* (blog). Accessed November 30, 2023, <https://www.dandi.media/en/freedom-panorama-france-germany/>.
- The Editors of Encyclopaedia Britannica. “Travesty.” *Britannica*. Accessed September 2, 2023. <https://www.britannica.com/art/travesty-literature>.
- United State Copyright Office. “Copyright Registration for Derivative Works.” Accessed September 20, 2023. <https://www.copyright.gov/circs/circ14.pdf>.
- Wex Definitions Team. “Parody.” *Legal Information Institute*. Accessed September 20, 2023. <https://www.law.cornell.edu/wex/parody>.
- จุมพล ภิณโณสินวัฒน์, และภูมินทร์ บุตรอินทร์. *คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564.
- ทีมพากย์กะหล่ำดอก. “Avengers: Endgame รวมพลพ่อบ้านด้านอำนาจเมีย พ่อบ้าน!! รวมพล!! ทีมพากย์กะหล่ำดอก ภูมิใจเสนอ กะหล่ำดอก Trailer!! Avengers: Endgame อเวนเจอร์ส: เผด็จศึก รวมพลพ่อบ้านด้านอำนาจเมีย กะหล่ำดอก...ให้เสียงภาษาไทย!! ขอขอบคุณ คลิปต้นฉบับจาก Avengers: Endgame Trailer.” เฟซบุ๊ก, สืบค้นเมื่อ 3 กันยายน 2566. <https://www.facebook.com/kalumdokvoiceartist/videos/573730453117337/>.
- ปริญญา ตีผดุง. “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์.” การบรรยายโครงการอบรมหลักสูตรพิเศษประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, กรุงเทพมหานคร, 9 เมษายน ถึง 16 พฤษภาคม 2547. อ้างถึงใน พิทวัส สุคนธ์พันธ์ และณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์. “การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม.” *วารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์* 9, ฉ.2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 12.
- มนทล อรรถบดินกุล. *พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2565)* ฉบับอ้างอิง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565.

ทบทวนวิธีอาชญาวิทยาคลาสสิก : มุมมองศีลธรรมของอาชญากรรมในเด็ก
Revisiting Classical Criminology: A Moral Perspective on Juvenile
Delinquency

อเล็กแซนเดอร์ ชีตอฟ^A, วลัยนภัสร เจนร่วมจิต^B
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่^A
นักวิจัยอิสระ^B

Alexandre Chitov^A, Wannaphat Jenroumjit^B
Faculty of Law, Chiang Mai University^A
Independent Researcher^B

Corresponding E-mail: shytov@yahoo.com

Received: December 30, 2023; Revised: April 9, 2024; Accepted: April 14, 2024

บทคัดย่อ

งานศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิก (Classical criminology) ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างแพร่หลายจากมุมมองของอาชญาวิทยากระแสหลัก (Mainstream criminology) โดยบทความนี้จะอธิบายในมุมมองกลับกัน กล่าวคือ บทความนี้จะทำการวิเคราะห์อาชญาวิทยากระแสหลักเกี่ยวกับหลักการศึกษาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเด็ก จากมุมมองอาชญาวิทยาคลาสสิก ซึ่งกล่าวได้ว่าอาชญาวิทยาคลาสสิกไม่ได้ยึดติดอยู่กับแนวคิดของ Beccaria หรือ Bentham เสมอไป เนื่องจากหัวใจหลักของการศึกษาอาชญาวิทยาคือ การศึกษาเชิงศีลธรรม ด้วยการพิจารณาระบบของกระบวนยุติธรรมจากจุดยืนของสำนึกเชิงศีลธรรม หรือการคงไว้ซึ่งหลักการพื้นฐานที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจำเป็นต้องปฏิบัติตาม กระทั่งปัจจุบันอาชญาวิทยาคลาสสิกถูกลดทอนความสำคัญลงอย่างมาก แต่ก็ยังมีความพยายามในการฟื้นฟูแนวคิดนี้กลับคืนมา ในขณะที่อาชญาวิทยากระแสหลักมักจะไม่สนใจต่อการเรียกร้องให้มีการพิจารณากระบวนการยุติธรรมของเด็กและเยาวชนในแง่ของศีลธรรมไม่ว่าในด้านดีหรือร้าย

บทความนี้อธิบายความแตกต่างอย่างสำคัญระหว่างอาชญวิทยาคลาสสิกกับอาชญวิทยากระแสหลัก ในวิธีศึกษาที่คล้ายคลึงกัน พบว่ามีความแตกต่างกันในด้านข้อสันนิษฐานเชิงปรัชญา กล่าวคืออาชญวิทยาคลาสสิกมองอาชญากรรมเยาวชนว่าเป็นความชั่วร้ายและมีกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือรักษาความถูกต้อง ถึงอย่างไรก็ตามอาชญวิทยาอาจเป็นเครื่องมือควบคุมอย่างไร้มนุษยธรรมหรือกลายเป็นเครื่องมือสำหรับกดขี่ ตลอดจนเป็นเครื่องมือในการคืนชีวิตให้เด็กให้จากหลุดพ้นจากพฤติกรรมของอาชญากร

คำสำคัญ: อาชญวิทยา, อาชญวิทยาคลาสสิก, การกระทำผิดของเด็กและเยาวชน, กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

Abstract

Many scholar works critically examine classical criminology from a mainstream criminological perspective. This paper reverses this approach, offering a critical evaluation of mainstream criminology's methods in studying juvenile delinquency, viewed through the lens of classical criminology. Unlike the common association with Beccaria or Bentham, classical criminology represents an ethical approach to understanding crime, emphasizing moral realism in the juvenile justice system. It posits that certain fundamental moral principles are essential for any juvenile system. Despite its marginalisation in contemporary discourse, with only a few advocates for its revival, classical criminology challenges mainstream criminologists to consider juvenile criminal justice from a moral standpoint, assessing both the whole and its part in terms of ethical values.

This paper explores the fundamental differences between classical and mainstream criminology, despite their use of similar methods. The distinction lies in their philosophical foundations. Classical criminology perceives youth crime as a moral deficiency and views criminal law as a means to promote virtue. This perspective significantly contrasts with the common belief that criminal law is solely a tool for social

control. The paper argues that while criminology can be employed as an instrument of harsh control and oppression, it also has the potential to liberate young individuals from criminal behaviors, showcasing its multifaceted nature.

Keywords: Criminology, Classical Criminology, Juvenile Delinquency, Criminal Justice.

1. บทนำ

“อาชญวิทยา” เป็นพื้นที่ศึกษาขนาดใหญ่ที่รวมเอาปรากฏการณ์ทางอาชญากรรมเอาไว้ และมีการอธิบายที่ความแตกต่างทางแนวคิด ระเบียบวิธีการศึกษา ตลอดจนกรอบคิดทฤษฎี ความหลากหลายทางวิธีวิจัยเหล่านี้มีข้อสันนิษฐานทางปรัชญาแฝงอยู่ โดยสองแนวคิดหลักที่จะถกเถียงในบทความนี้คือ อาชญวิทยาคลาสสิก (Classical criminology) ที่เป็นแนวคิดมีมาตั้งแต่ในยุคแรกเริ่ม กับอาชญวิทยากระแสหลัก (Mainstream criminology) ซึ่งเป็นแนวคิดที่แพร่หลายอยู่ในปัจจุบัน

อาชญวิทยาคลาสสิกให้สำคัญต่อการพยายามทำความเข้าใจการกระทำหรือความคิดของผู้กระทำความผิด เชื่อว่ามนุษย์มีเจตน์จำนงอิสระ และการกระทำใดที่ชั่วร้ายจะต้องถูกลงโทษ¹ ในขณะที่สำนักอาชญวิทยากระแสหลักที่แพร่หลายอยู่ในปัจจุบัน มักจะมุ่งเน้นความสนใจไปที่สาเหตุอันเป็นปัจจัยที่นำไปสู่การก่ออาชญากรรมหลายสาเหตุปัจจัยในการก่ออาชญากรรม² ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยด้านการศึกษา ด้านพื้นฐานทางสังคมและเศรษฐกิจ ด้านครอบครัว ด้านเพื่อนฝูง ฯลฯ ซึ่งในแต่ละปัจจัยก็อาจต้องใช้วิธีวิจัยที่ต่างกันออกไปตามความเหมาะสม โดยหลังจากที่ผู้วิจัยได้พิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ แล้วก็จะนำไปสู่ขั้นตอนต่อไปในการแก้ไขปัญหาเพื่อหาแนวทางป้องกันอาชญากรรม รวมทั้งลดอัตราการเกิดอาชญากรรม โดยแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ได้นำเสนอและได้ถูกนำไปใช้นั้นก็อาจช่วยแก้ไขปัญหได้บ้างหรืออาจไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหอะไรเลยก็ได้ เนื่องจาก

¹ Zeba Daves, “School of Criminology: A Comparative Analysis,” *Indiana Journal of Integrated Research in Law* 2, no. 2: 3-4.

² John F. Wozniak, “Poverty and Peacemaking Criminology: Beyond Mainstream Criminology,” *Critical Criminology* 16 (2008): 209-223.

มักจะมีปัจจัยอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องที่ทำให้เกิดการก่ออาชญากรรม ตลอดจนกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ควรจะนำมาศึกษาทบทวนอีกครั้งเพื่อเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาคับข้องข้องมากขึ้นกว่าเดิม

ความยากของการศึกษาปัจจัยที่มีความหลากหลายนี้ไม่ได้แต่เพียงการพิจารณาถึงปัจจัยจำนวนมหาศาลที่ทำให้เราไม่สามารถคาดเดาผลลัพธ์ของการศึกษาได้ แต่ยังขาดความสอดคล้องเชื่อมโยงระหว่างองค์ความรู้ด้านอาชญาวิทยาอีกด้วย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับการศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิก จะเห็นได้ว่าอาชญาวิทยากระแสหลักร่วมสมัยยังขาดแกนหลักที่เป็นส่วนสำคัญเปรียบเสมือนแมงกระพรุน หรือ ผีแมงกระพรุนขนาดใหญ่ที่ไม่เกี่ยวพันกัน และจะรวมกลุ่มกันต่อเมื่อได้อาหารเท่านั้น

เชื่อกันว่างานวิจัยอาชญาวิทยาจะต้องสามารถพิสูจน์ได้โดยการศึกษาเชิงประจักษ์ ซึ่งสามารถอธิบายข้อเท็จจริงของอาชญากรรมได้ อย่างไรก็ตามการศึกษาอาชญากรรมเชิงประจักษ์โดยทั่วไปก็มีปัญหาอยู่เหมือนกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาเชิงประจักษ์ในอาชญากรรมของเด็กที่มีปัญหาด้านจริยธรรมที่อาจมีความหลากหลายแตกต่างกันออกไปตามสภาพสังคมและวัฒนธรรม ดังนั้นการเลือกใช้วิธีวิจัยเชิงประจักษ์จึงเป็นการแสวงหาและรวบรวมข้อมูลที่ไม่เหมาะสมต่อการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจในจิตใจของอาชญากร

หัวใจของวิธีการศึกษาแบบวิทยาศาสตร์เชิงประจักษ์นี้ คือการเปรียบเทียบระหว่างการรวบรวมข้อมูลหรือผลลัพธ์ของการศึกษาที่มีอยู่ เข้ากับคำอธิบายทางทฤษฎีที่มีอยู่แล้ว หากพบความแตกต่างไม่ลงรอยกัน ผู้วิจัยก็จะทำการศึกษาผลการศึกษามีอยู่แล้วกับคำอธิบายใหม่อีกครั้ง ซึ่งการศึกษาอาชญากรรมแบบจะไม่สามารถใช้วิธีการเช่นนั้น เนื่องจากรูปแบบและปรากฏการณ์อาชญากรรมที่มีความหลากหลายนั้นอาจขัดแย้งกันเอง หรืออาจไปด้วยกันได้ในช่วงเดียวกัน ดังนั้นวิธีการศึกษาอาชญากรรมกระแสหลักที่อ้างตนว่าเป็นวิธีพิสูจน์อย่างมีหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ที่มีความถูกต้องแม่นยำนั้น แต่แท้จริงแล้วไม่สามารถทำได้จริง เพราะมีข้อจำกัดทางวัตถุในการศึกษา ดังนั้นในบทความชิ้นนี้จึงต้องการเน้นย้ำว่า การย้อนกลับไปใช้วิธีการศึกษาแบบอาชญาวิทยาคลาสสิกมีความเหมาะสมที่จะเป็นหัวใจหลักในการรวมเอางานศึกษาอาชญาวิทยาในเด็กที่กระจัดกระจายมาเป็นหนึ่งเดียวกันไว้ได้ และยังสามารถเชื่อมโยงกับแนวทางของกฎหมายอาญาได้เป็นอย่างดี

ย้อนกลับไปถึงวิธีของอาชญาวิทยาคลาสสิกที่ไม่ได้รับยอมรับในช่วงศตวรรษที่ 19 จวบจนปัจจุบันก็ยังคงเป็นแนวคิดการวิจัยทางอาชญาวิทยาที่ไม่ได้เป็นที่นิยมเท่าใดนัก เพราะเป็นการศึกษาที่ไม่เป็นไปตามหลักทางวิทยาศาสตร์³ เนื่องด้วยแนวคิดทางอาชญาวิทยาคลาสสิกมองว่าอาชญากรรมเป็นปัญหาทางศีลธรรม เป็นความชั่วร้ายจะต้องได้รับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการที่เลวร้ายยิ่งกว่า หรือก็คือการลงโทษ และกล่าวอีกนัยหนึ่ง แนวคิดอาชญาวิทยาคลาสสิกก็มีแนวคิดเกี่ยวกับการปราบปรามอาชญากรรมเด็กและเยาวชนว่าเป็นการกดปราบสิ่งชั่วร้ายเพื่อปกป้องคุณธรรม ซึ่งก็ไม่ได้เป็นที่นิยมเช่นเดียวกัน

การที่แนวคิดอาชญากรรมคลาสสิกไม่เป็นที่นิยมนี้ ไม่ใช่เป็นเพราะการมองว่าอาชญากรรมเป็นความชั่วร้าย และการรักษาคุณธรรมมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน แต่แนวคิดอาชญาวิทยาคลาสสิกมีแนวคิดความชัดเจนเกี่ยวกับ “ความชั่วร้าย” และ “คุณธรรม” อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งความสมเหตุสมผลนั้นเองได้กลายมาเป็นหัวใจสำคัญในแนวคิดอาชญาวิทยาคลาสสิกในสถาบันทางกฎหมายอาญาจนถึงปัจจุบัน แต่ถึงอย่างไรความเชื่อในความจริงทางศีลธรรมของอาชญาวิทยาคลาสสิกได้กลายเป็นเป้าหมายหลักในการโจมตี โดยอาชญาวิทยาสายวิทยาศาสตร์ และเป็นหนึ่งในเหตุผลว่าทำไมอาชญาวิทยากระแสหลักในช่วงศตวรรษที่ 19 และ 20 จึงไม่ให้การยอมรับในทฤษฎีอาชญาวิทยาคลาสสิกนอกจากนี้แนวคิดปรัชญาร่วมสมัยของกฎหมายอาญาก็ยังสวนทางกับความพยายามในการทบทวนกฎหมายอาญาในด้าน “ความชั่วร้าย” และ “คุณธรรม”⁴ ที่เรียกกันว่าเป็น “นิติศาสตร์คุณธรรม” (Virtue jurisprudence) ซึ่งแนวคิดเช่นนี้ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับอีกเช่นกัน⁵

วิธีทางอาชญาวิทยาคลาสสิกเกิดขึ้นมาเป็นเวลานานมากมาแล้ว และเก่าแก่กว่าสำนักกฎหมายที่ใช้แนวคิดของ Beccaria และ Bentham เสียอีก โดยเกิดมาตั้งแต่สมัยยุคปรัชญากรีกโบราณตั้งแต่สมัยของ Plato และ Aristotle และได้ถูกฟื้นฟูจนกลับมาเป็นที่นิยมอีกครั้งใน

³ Ray Paternoster and Daren Fisher, “The Foundation and Re-Emergence of Classical Thought in Criminological Theory: A Brief Philosophical History,” in *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*, ed. R. A. Triplett (Wiley Blackwell, 2017).

⁴ R. Antony Duff, “Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?” *Buffalo Criminal Law Review* 6, no. 1 (2002).

⁵ George Robert P., *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (Oxford University Press, 1993).

สังคมโลกตะวันตก ในยุคของ Thomas Aquinas⁶ กระทั่งจนถึงจุดอิมมัตวในยุคคลาสสิก ราว ศตวรรษที่ 17 และ 18⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในบทความชิ้นนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงวิธีวิจัยของอาชญากรรมคลาสสิก ที่มีความย้อนแย้งกับอาชญาวิทยากระแสหลักร่วมสมัย โดยเสนอถึงข้อพิจารณาทางจริยธรรมที่ถูกมองข้ามของอาชญาวิทยาคลาสสิกหลักในการทำความเข้าใจจิตใจของอาชญากรรมในเด็ก ซึ่งจะท้าทายวิธีการที่เน้นควบคุมสังคมที่ตามแนวคิดของอาชญาวิทยากระแสหลัก กล่าวคือหลักการของแนวทางวิจัยไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงแนวคิดของ Beccaria และ Bentham เท่านั้น แต่อาชญาวิทยาคลาสสิกเกิดขึ้นมาก่อนหน้านั้นเสียอีก ในความจริงแล้วหลักการศึกษาพวกนี้ไม่จำกัดอยู่เฉพาะในแวดวงวิชาการเสมอไป ในอดีตกาลมักจะมีการปลูกฝังถึงบทเรียนศีลธรรมและการลงโทษผู้ชั่วร้ายหรืออาชญากร โดยนักเขียนแนวอาชญาวิทยาคลาสสิกมีความหลากหลาย เช่น Schiller นักเขียนแนวโรแมนติกในเยอรมัน หรือ Zur Hellen นักเทศน์นิกายโปรเตสแตนต์ เป็นต้น ซึ่ง Peter Becker⁸ ได้บอกว่าเป็นการแสดงถึง “วิทยาศาสตร์ทางศีลธรรม” ทำให้การมองถึงศีลธรรมภายในจิตใจอาชญากร กลายเป็นสิ่งแปลกปลอมในอาชญาวิทยาร่วมสมัย ถึงอย่างไรก็ตามสิ่งที่เป็นแก่นแท้ของอาชญาวิทยาคลาสสิกไม่ใช่รูปแบบ แต่เป็นวิธีการศึกษาต่างหาก

2. วัตถุประสงค์และแรงจูงใจ ในการศึกษาอาชญากรรมเด็ก

เมื่อกล่าวถึงการกำหนดวัตถุประสงค์ของงานวิจัยอาชญาวิทยากระแสหลักและอาชญาวิทยาคลาสสิกนั้นจะเห็นความแตกต่างกันอย่างมีนัยยะสำคัญ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของงานวิจัยจะเป็นตัวกำหนดวิธีการศึกษา ซึ่งวิธีการศึกษาอาชญาวิทยากระแสหลักเองก็มีวิธีการศึกษาอยู่จำนวนมากที่พยายามจะแสดงปรากฏการณ์ต่าง ๆ ในทางอาชญาวิทยา โดยสร้างคำอธิบายภายใน

⁶ George B. Vold, Thomas J. Bernard, and Jeffrey B. Snipes, *Theoretical Criminology* (Oxford University Press, 1998), 14.

⁷ Ray Paternoster and Daren Fisher, “The Foundation and Re-Emergence of Classical Thought in Criminological Theory: A Brief Philosophical History,” in *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*, ed. R. A. Triplett (Wiley Blackwell, 2017), 178.

⁸ Peter Becker, “Researching Crime and Criminals in the 19th Century,” in *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*, ed. R. A. Triplett (Wiley Blackwell, 2018), 33.

ระบบโครงสร้างที่เนื้อหาถูกจำกัดอยู่ในหลักการที่เป็นทางการ และจะต้องสามารถถูกตรวจสอบได้ โดยวิธีการเชิงประจักษ์ โดยองค์ประกอบคุณลักษณะของทฤษฎีอาชญาวิทยากระแสหลัก 3 อย่าง คือ โครงสร้างที่เป็นระบบ, การยึดมั่นในหลักการที่เป็นทางการ และสามารถตรวจสอบได้โดยวิธีการเชิงประจักษ์ อย่างไรก็ตามความหมายของคำว่า “เป็นระบบ” “เป็นทางการ” หรือ “เชิงประจักษ์” นี้ก็ยังไม่มีความแน่นอนตายตัว ซึ่งยังต้องพิจารณาถึง เนื้อหา ความสนใจประสบการณ์ และแรงจูงใจของนักวิจัยที่จะกำหนดตั้งแต่เริ่มต้น กระทั่งการตั้งข้อสันนิษฐานในวัตถุประสงค์การศึกษาที่มีความแตกต่างกันออกไป⁹

นักวิจัยอาชญาวิทยามักจะตั้งข้อสันนิษฐานโดยขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาที่มีโครงสร้างเป็นระบบ โดยสามารถอธิบายได้อย่างชัดเจน ซึ่งอาชญาวิทยากระแสหลักเองก็เชื่อว่าอาชญากรรมเด็กและเยาวชนจะต้องสามารถวัดค่าได้ และสามารถจัดหมวดหมู่แบ่งประเภทได้อย่างที่เคยทำกันมา อย่างการวิจัยจากการวิเคราะห์ทางสถิติ ซึ่งนั่นก็ไม่ผิดอะไร แต่ไม่ใช่ว่านักวิจัยอาชญาวิทยาทุก ๆ งานจะสามารถศึกษาได้ด้วยวิธีการทำสถิติแต่เพียงอย่างเดียว แต่การศึกษาศุภคติภาพของมนุษย์ บางอย่างก็เรียกได้ว่าเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ ทั้งนี้ไม่ว่ากรณีใดอาชญาวิทยากระแสหลักร่วมสมัย ก็ต้องการให้สามารถพิสูจน์ผลลัพธ์ของงานวิจัยได้ ซึ่งบางทีผลลัพธ์งานวิจัยก็ไม่สามารถพิสูจน์ตรวจสอบได้อย่างง่ายดาย และการพิสูจน์อย่างง่าย ๆ ก็ยังไม่เพียงพอ

นอกจากนี้ ผลของงานวิจัยจะต้องผ่านกระบวนการ “พิสูจน์ความเท็จ” (Falsification) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผลการศึกษาที่ได้จากการทดลองศึกษาหรือข้อค้นพบจะต้องแตกต่างออกไปจากวัตถุประสงค์ศึกษา ซึ่งจริงๆ แล้วมันขัดแย้งกับผลการศึกษาวิจัยไปอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การพิสูจน์ที่แข็งแกร่งดังนี้ได้นำมาใช้กับการศึกษาสาขาอาชญาวิทยาด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น ในงานศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิกของ Sheldon และ Eleanor Glueck¹⁰ ในงาน “Unraveling Juvenile Delinquency” ได้เปรียบเทียบจำนวนของผู้กระทำความผิดเด็ก ที่สอดคล้องกันกับจำนวนของเยาวชนที่เห็นชัดว่าไม่ได้กระทำความผิดอาชญากรรมใด ๆ และมักจะมีการพูดถึงอาชญาวิทยาในฐานะที่ต้องมีการศึกษาอย่างเป็นระบบ ตัวอย่างเช่น การใช้มุมมอง

⁹ Ulrich Eisenberg, *Kriminologie* (Verlag C.H.Beck, 2005), 25.

¹⁰ Sheldon Glueck and Eleanor Glueck, *Unraveling Juvenile Delinquency* (Harvard University Press, 1950).

ทฤษฎีโครงสร้างหน้าที่ต่ออาชญากรรม (functional approach to crime)¹¹ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการศึกษอาชญากรรมจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อสังคมโดยรวมทั้งหมด โดยเฉพาะด้านความสัมพันธ์ทางสังคม อันเป็นความท้าทายในการศึกษามุมมองทางอาญา อย่างไรก็ตามการศึกษา ก็ยังต้องคำนึงถึงความเป็นไปได้ในการศึกษาอาชญากรรมทั่วไปรวมทั้งอาชญากรรมในเด็กให้เป็นระบบอีกด้วย

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า อาชญวิทยายกระแสหลักให้ความสำคัญอยู่กับข้อสันนิษฐานว่า อาชญากรรมในเด็กก็จะต้องสามารถใช้วิธีสังเกตการณ์อย่างเป็นภววิสัย (objectively observed) และสามารถวัดค่าได้เสมอ แต่ในทางกลับกัน หนึ่งในสิ่งที่การศึกษาอย่างเป็นระบบเหล่านี้ต้องการคือการสร้างการเชื่อมโยงเชิงสาเหตุ ซึ่งการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ของเจตนาทางอาญานั้นเป็นเรื่องยากยิ่งกว่าการระบุสาเหตุจากข้อเท็จจริงอย่างมาก จนมีความน่าสงสัยว่าเราจะสามารถสังเกตการณ์อย่างเป็นภววิสัยและวัดค่าของผลลัพธ์การศึกษาของเจตนาในทางอาญาได้จริงหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อจะต้องพิจารณาถึงเจตนาที่มีการแสดงออกหลากหลายรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป

นอกจากนี้การศึกษาโดยเป็นระบบ สามารถนำไปสู่การตีความที่ผิดไปจากความเป็นจริงได้อย่างง่ายดาย เนื่องจากการศึกษาเหล่านี้มักจะมัวหมมมุ่นอยู่กับผลลัพธ์โดยรวมของความสัมพันธ์ต่าง ๆ ทำให้การตีความพลาดไปจากการศึกษาถึงเจตนาเฉพาะและจุดประสงค์ของผู้กระทำความผิด อีกทั้งงานศึกษาที่พัฒนาเทคนิควิธีการเพื่อศึกษาเจตนาของแต่ละบุคคลกลับกลายเป็นถูกมองข้ามไป เพียงเพราะเป็นการพูดถึงการแสดงออกทางสังคมของอาชญากรเด็ก นอกจากนี้วิธีการศึกษาอย่างเป็นระบบได้แบ่งวิธีการสืบค้นหาข้อเท็จจริงเป็นหลายระดับขั้นตอน ซึ่งในปัจจุบันการศึกษอาชญากรรมเด็กเองก็มีทั้งระดับบุคคล หรือเป็นกลุ่ม หรือแม้กระทั่งเป็นสังคม โดยในแต่ละระดับก็จะมีการใช้ชุดระเบียบวิธีการศึกษาและเทคนิคเฉพาะเป็นของตัวเอง ทำให้ภาพรวมของอาชญากรรมเด็กถูกลบเลือนหายไปเบื้องหลังรายละเอียดสำคัญที่หลากหลาย

ภาพลักษณ์ของอาชญวิทยาคือสิ่งที่ทำให้อาชญากรรมของเด็กกลายเป็นภาพลวงตา ซึ่งแน่นอนว่ามันมีปัจจัยต่าง ๆ อย่างเช่น บริบทของสังคมที่แตกต่างกัน กลไกของกฎหมายอาญาและอาชญวิทยาที่จะนำไปสู่ความเข้าใจในระดับที่แตกต่างกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แนวคิดความเป็น

¹¹ Ulrich Eisenberg, *Kriminologie* (Verlag C.H.Beck, 2005), 28.

ผู้นำ และขอบเขตของวัตถุแห่งการวิจัยที่มีจำกัด โดยในการศึกษาอาชญากรรมในเด็ก จำเป็นจะต้องหลีกเลี่ยงอคติส่วนตัวของผู้วิจัย เพราะอาจมีนักวิจัยที่ “ดำหนิ” ผู้กระทำความผิดเด็ก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อและสร้างบาดแผลทางจิตใจเด็กในเวลาต่อมา ในขณะที่นักวิจัยอีกแบบหนึ่งอาจ “ดำหนิ” โครงสร้างทางสังคมที่สร้างเด็กคนนี้ขึ้นมาเป็นอาชญากร จะเห็นได้ว่าความแตกต่างทางแนวคิดเหล่านี้นั้นมีนัยยะสำคัญในการสร้างความเข้าใจที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงในผู้กระทำความผิดเด็ก และยังส่งผลไปถึงผลวิจัยของการศึกษาอาชญาวิทยาอีกด้วย

ความแตกต่างทางความเข้าใจในการศึกษาอาชญากรรมในเด็ก มีอิทธิพลอย่างมากต่อการกำหนดวัตถุแห่งการศึกษา เช่น ทฤษฎีความขัดแย้งของอาชญากรรมในเด็ก ที่มุ่งความสนใจไปที่ความขัดแย้งทางผลประโยชน์และค่านิยมทางสังคมที่มีความแตกต่างกัน¹² ด้วยสมมุติฐานความขัดแย้งโดยธรรมชาติในสังคมกับการให้คุณค่ากับเด็กผู้กระทำความผิด ซึ่งทฤษฎีเหล่านี้ได้สร้างปัญหาในการศึกษาปรากฏการณ์หยุดก่ออาชญากรรม แม้ว่าการหยุดก่ออาชญากรรมเหล่านี้จะถูกบีบให้อยู่ในกรอบการทำงานของงานวิจัยโดยได้ละทิ้งความขัดกันของผลประโยชน์และค่านิยมพิเศษไว้ก็ตาม แต่ก็ได้รับเอาค่านิยมแบบทั่วไปและประโยชน์สาธารณะมาใช้แทน เนื่องจากสามารถใช้อธิบายความแตกต่างได้มากกว่าด้วยการใช้ทฤษฎีที่หลากหลาย และยังสามารถศึกษาความขัดแย้งได้ตั้งแต่ระดับมหภาคกระทั่งระดับจุลภาค

กล่าวได้ว่างานศึกษาอาชญาวิทยาร่วมสมัยแต่ละงานแทบจะไม่มี ความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันได้เลย โดยงานศึกษาบางชิ้นใช้อาชญากรรมเด็กเป็นจุดสุดท้ายของการศึกษา ในขณะที่งานศึกษาอื่น ๆ เริ่มต้นที่อาชญากรรมเป็นจุดแรกเพื่อสำรวจผลที่ตามมา¹³ บางงานงานศึกษาได้สำรวจถึงปรากฏการณ์ทางอาชญาวิทยาจากความสัมพันธ์ภายนอก กับปรากฏการณ์หรือปัจจัยต่าง ๆ เช่น ปัจจัยการศึกษา ศาสนา ครอบครัว ฯลฯ ส่วนงานศึกษาอื่น ๆ ก็จะวิเคราะห์เนื้อหาสาระภายในของปรากฏการณ์ทางอาชญาวิทยา หรือประสบการณ์ทางจิตใจ

มีหลายสาเหตุที่ทำให้งานศึกษาอาชญาวิทยาขาดความเป็นเอกภาพ บ้างก็เนื่องจากความแตกต่างในการทำความเข้าใจธรรมชาติของการเกิดอาชญากรรมทั้งแบบทั่วไปและอาชญากรรมในเด็ก ซึ่งความเข้าใจโดยทั่วไปนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยการให้เหตุผลและการถกเถียง แต่เป็นการยาก

¹² Katherine S. Williams, *Textbook on Criminology* (Oxford University Press, 2012), 443.

¹³ Ulrich Eisenberg, *Kriminologie* (Verlag C.H.Beck, 2005), 27.

ที่จะปรับความเข้าใจการศึกษาอาชญากรรมของเด็ก และบ้างก็สามารถศึกษาถึงสาเหตุของการเกิดอาชญากรรมของเด็กเพราะความอยากรู้อยากเห็นของผู้วิจัย หรือบ้างก็เพียงเพื่อจะจบการศึกษา หรือเพียงเพื่อมีงานตีพิมพ์เผยแพร่เท่านั้น

ข้อสำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ สิ่งที่มาหลังจากอาชญากรรมได้กระทำลงไปแล้ว เพื่อช่วยเหลือบรรเทาผู้เสียหายหรือเหยื่อ โดยการเรียนอาชญาวิทยาส่วนใหญ่ขึ้นมักจะขึ้นอยู่กับแรงจูงใจในการศึกษาของผู้ศึกษา จากบรรดาความหลากหลายในการวิธีอาชญาวิทยา แต่สิ่งที่เป็นหัวใจของการศึกษาและถูกเลเหล่มากที่สุดนั่นก็คือ ความโหยหาถึงความ “ยุติธรรม” ซึ่งความหิวกระหายความยุติธรรมนี้จะนำไปสู่การค้นหา “คุณธรรม” ซึ่งเป็นแรงจูงใจของอาชญาวิทยาคลาสสิกในการขับเคลื่อนด้วยความรักที่มีต่อคุณธรรม และเกลียดชังความชั่วร้าย ดังนั้นเมื่อใดที่การสร้างคุณธรรมและการกำจัดความชั่วร้ายอันเป็นที่มาของหลักการอาชญาวิทยาได้รับการฟื้นฟูกลับมา จะทำให้การศึกษาและวิเคราะห์อาชญาวิทยาอย่างเป็นระบบโครงสร้างในสังคมที่เป็นนามธรรมนี้จะแทบจะไม่มีค่าอะไรเลย หากเทียบกับจักรวาลความขัดแย้งระหว่างความดีและความชั่ว

3. จาก “อัตวิสัย” สู่ “ภาววิสัย” กรณีการศึกษาอาชญากรรมในเด็ก

เมื่อก้าวถึงอาชญาวิทยาในฐานะที่เป็นศาสตร์ประยุกต์เพื่อสร้างความเปลี่ยนแปลงเชิงนโยบายของกฎหมายอาญาในสังคม ซึ่งตามหลักแล้วอาชญาวิทยากระแสหลักมีอิทธิพลอย่างมากต่อนโยบายของกฎหมายอาญาที่มีการวัดค่าในเชิงภาววิสัย¹⁴ ด้วยการลดความรุนแรงของอาชญากรรม โดยมักจะอาศัยการวัดอัตราการกระทำความผิดซ้ำ¹⁵ ดังนั้นงานวิจัยอาชญาวิทยานั้นจึงส่งผลอย่างมากต่อนโยบายสาธารณะ เพื่อควบคุมอาชญากรรมในเด็ก

ในการประเมินความถูกต้องแม่นยำทางอาชญาวิทยาที่ขึ้นอยู่กับอัตราการกระทำความผิดซ้ำมีความท้าทายอย่างมาก เนื่องจากการนำอัตราการกระทำความผิดซ้ำไปตัดสินความมี

¹⁴ ภาววิสัย (Objectivity) คือ การมองอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง เงื่อนไขความเป็นจริงโดยไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจ หรือความคิดเห็นส่วนตัว

¹⁵ Roy D. King and Emma Wincup, “The Process of Criminological Research,” in *Doing Research on Crime and Justice*, 2nd ed., ed. R. King and E. Wincup (Oxford University Press, 2008), 25.

ประสิทธิภาพของนโยบายกฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่น่าผิดหวังอย่างยิ่งจากหลายเหตุผล โดยเหตุผลประการแรก คือการหยุดยั้งอาชญากรรมเด็กอาจทำได้โดยหลายวิธีการที่มากกว่าเพียงแต่การพึ่งพานโยบายรัฐ ประการที่สอง คืออัตราการกระทำความผิดซ้ำไม่ใช่สิ่งที่ยืนยันได้ว่าผู้กระทำความผิดเด็กนั้นจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีก และประการที่สาม คือการเกิดการก่ออาชญากรรมซ้ำไม่ได้หมายความว่านโยบายที่มีอยู่นั้นผิดพลาดแต่อย่างใด

แตกต่างไปจากปกติธรรมดาทางวิทยาศาสตร์ ที่สามารถทำการทดลองในการศึกษาอาชญากรรมเด็กและเยาวชนภายในขอบเขตที่จำกัด ซึ่งบางงานวิจัยก็สามารถทำการทดลองเพื่อดูว่าสามารถลดอาชญากรรมเด็กและเยาวชนโดยวิธีใดได้หรือไม่ โดยการแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่กลุ่มแรกจะได้รับการดูแล ส่วนอีกกลุ่มจะไม่ได้รับการดูแลใด ๆ ซึ่งในท้ายที่สุดก็ยังคงเป็นที่น่าสงสัยอยู่ว่าการใช้การทดลองทางวิทยาศาสตร์ จะสามารถรักษาความเป็นภววิสัยในงานวิจัยอาชญาวิทยาได้จริงหรือไม่ เนื่องจากอาชญากรรมเด็กและเยาวชนมีความแตกต่างทางด้านกระบวนการที่ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะบุคคลของเด็กแต่ละคน ซึ่งมันอาจจะกลายเป็นปัญหาหากทำการทดลองกับเด็กเพียงคนเดียวในงานวิจัย ซึ่งความจริงแล้วควรศึกษาผู้กระทำความผิดทุกคน และอาจเป็นไปได้ว่า ไม่ใช่อาชญากรรมเด็กทุกคนที่ต้องการการดูแล เห็นได้ชัดว่าความเบี่ยงเบนของพฤติกรรมในการก่ออาชญากรรมหรือหยุดยั้งการก่ออาชญากรรมของแต่ละบุคคลมีความหลากหลายมากกว่าที่จะจำแนกความเป็นภววิสัยได้

นอกจากนี้ ความท้าทายในการศึกษาภววิสัยของอาชญาวิทยานั้นยังมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในด้านอาชญากรรมเด็กและการลงโทษ จากบริบททางสังคมที่พลวัตอย่างต่อเนื่องและส่งผลกระทบต่อปัจจัย อีกทั้งการเร่งรัดกระบวนการทำให้การกระทำกลายเป็นความผิดทางอาญา (Criminalization) และกระบวนการทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดทางอาญา (Decriminalization) ที่ทำให้อาชญากรรมใหม่ ๆ จำนวนมากเกิดขึ้นผ่านทางการออกกฎหมาย และบางอาชญากรรมเก่า ๆ ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดอีก หรือกลายเป็นกฎหมายที่ไม่ใช่จริงในทางปฏิบัติอีกต่อไป การเปลี่ยนแปลงของกระบวนการทำให้เป็นความผิดทางอาญานี้มีความพลวัตรวดเร็วอย่างมาก โดยเฉพาะด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเทคโนโลยี และจะเห็นการการลดทอนความเป็นอาชญากรรม มักจะปรากฏชัดในการกระทำความผิดเกี่ยวกับศีลธรรมอันดี หรือศาสนา

สังคม เศรษฐกิจ ศิลธรรม และความเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรม ล้วนแต่ส่งผลกระทบต่อ การตอบสนองของแต่ละบุคคลในเกิดอาชญากรรม ซึ่งล้วนส่งผลกระทบต่อผลการวิจัยอย่างเป็นภ าว ิวิสัย สามารถเห็นได้จากความผิดในกฎหมายเทคนิค (Technical Law)¹⁶ เช่น การฝ่าฝืนกฎหมาย จราจรทางบก ผู้เขียนขอยกตัวอย่างที่ชัดเจนในประเทศเยอรมนี พลเมืองเยอรมันเคยมีแนวปฏิบัติ ไม่ข้ามถนนเมื่อเห็นไฟแดง แม้ว่าจะไม่มีรถวิ่งผ่านถนนในขณะนั้นเลยก็ตาม แต่สิ่งเหล่านี้ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อความคิดของชาวเยอรมันบางคนเริ่มเห็นว่าพวกเขาสามารถข้ามถนนได้แม้ สัญญาณไฟจราจรยังเป็นสีแดงอยู่ก็ตาม พวกเขาเห็นว่าการหยุดรถเพื่อรอไฟเขียวในขณะที่ถนนโล่ง เป็นเรื่องที่ไม่ฉลาดเอาเสียเลย และคงไม่มีตำรวจคนไหนมาสนใจอีกด้วย¹⁷ ความพลวัตเหล่านี้ได้ แสดงให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของทัศนคติในการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งทัศนคติเหล่านี้มี ความสำคัญต่อนักอาชญาวิทยา เนื่องจากการแสดงความแตกต่างกันของการปฏิบัติตามหรือไม่ ปฏิบัติตามกฎหมายล้วนส่งผลต่อนโยบายรัฐในทางอาชญาวิทยา โดยมีความท้าทายอย่างหนึ่งของ นักวิจัยก็คือ ทัศนคติหรือศีลธรรมของแต่ละบุคคลมีความเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ดังเช่น ปรากฏการณ์การกระทำตามหรือไม่กระทำตามกฎหมายที่เกิดขึ้น

ในขณะที่อาชญาวิทยากระแสหลักไม่สามารถวัดค่าความเป็น “อัตวิสัย”¹⁸ ของ อาชญากรรมเด็ก นำไปสู่ความแพร่หลายของแนวทางศึกษาอาชญาวิทยาหลังสมัยนิยม (Postmodern criminological) ที่มีความแตกต่างไปจากอาชญาวิทยาร่วมสมัยที่มุ่งไปที่การตัด ขาดจากค่านิยมและแนวทางการศึกษาแบบอาชญาวิทยาคลาสสิก แต่ในทางกลับกัน อาชญาวิทยา หลังสมัยนิยมมีความนิยมในการเข้าถึงความแตกต่างของประสบการณ์และวิถีชีวิตของคนในสังคม รวมถึงกรณีอาชญากรรมเด็กด้วย ซึ่งแนวทางศึกษาของอาชญาวิทยาหลังสมัยนิยมได้พยายามเปิด โลกทัศน์ใหม่ คือการศึกษาภายในจิตใจของอาชญากรเด็กและเยาวชน โดยผ่านการรับรู้พวกเขาเด็ก และเยาวชนในฐานะพื้นที่แห่งความขัดแย้ง ที่ได้รวมเอาตัวตนภายในจิตใจของเด็กที่ถูกพัฒนาไป ตามพื้นที่แห่งวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นคำพูด บุคลิก หรือสิ่งอื่นที่บ่งบอกถึงตัวตนของ

¹⁶ กฎหมายเทคนิค คือ การทำให้การกระทำทั่วไปใด ๆ เป็นความผิดโดยกฎหมาย แต่อาจไม่มีผิดทางศีลธรรม เช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก กฎหมายกีฬา หรือกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยทางไซเบอร์

¹⁷ สัมภาษณ์ชาวเยอรมันโดย อเล็กซานเดอร์ ซือตอฟ

¹⁸ “อัตวิสัย” (Subjectivity) คือ มุมมองของแต่ละบุคคล ซึ่งประกอบไปด้วย ความเชื่อ ความรู้สึก ประสบการณ์ ของแต่ละบุคคล ซึ่งสามารถสะท้อนให้เห็นจิตใจหรือพฤติกรรมของบุคคลนั้น ๆ

เขา ซึ่งไม่อาจเทียบวัดค่าของมันได้¹⁹ และเมื่อเราใช้ความเข้าใจของมนุษย์ในการศึกษา อาชญากรรมเด็กแล้วละก็ เราจะได้ผลการศึกษาที่แตกต่างออกไปอย่างมากจากการศึกษาโดย อาชญาวิทยากระแสหลักที่หมกมุ่นอยู่กับการมองอย่างเป็นภววิสัยและความเป็นระบบ

นอกจากนี้ อาชญาวิทยาหลังสมัยนิยมยังได้ตั้งคำถามถึง ความเป็นไปได้ในการรวบรวม ข้อมูลและสังเกตการณ์ของอาชญากรรมเด็กและเยาวชน แม้วิธีการศึกษาอย่างเป็นระบบ (Systematic approach) ก็ไม่ได้ปฏิเสธว่าผลการวิจัยจะมีระดับและความเป็นไปได้ที่แตกต่างกัน ซึ่งทำให้การวิจัยเผชิญกับความยากลำบากในจัดระเบียบเรื่องราวเชิงอัตวิสัยของอาชญากรรมเด็ก ให้ระบบ ดังนั้น อาชญาวิทยาหลังสมัยนิยมยังคงท้าทายทฤษฎีอาชญาวิทยาใด ๆ ที่มองว่าอาชญา วิทยาจะต้องเป็น “วิทยาศาสตร์” ที่สามารถควบคุมและวิเคราะห์เชิงประจักษ์ได้เท่านั้น

งานศึกษาของ Maruna ถือเป็นตัวอย่งในการเปลี่ยนแปลงการศึกษาจากมุมมอง อาชญากรรมเชิงภววิสัย มาเป็นการศึกษาเชิงอัตวิสัยเพื่อสำรวจความหลากหลายของประสบการณ์ ทางอาชญากรรมของแต่ละบุคคล โดยยังคงยึดมั่นใจกระบวนทัศน์เก่า ๆ ในทางอาชญาวิทยา กระแสหลัก เขาได้ผลิตผลงานศึกษาเชิงอัตวิสัย อันเป็นเรื่องราวของอดีตผู้กระทำความผิดที่เขา พยายามจัดประเภทและอธิบายเรื่องราวที่เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบ โดยได้เลือกอดีตผู้กระทำ ความผิด 2 กลุ่มขึ้นมา กลุ่มแรกยังคงมีการกระทำความผิดอย่างต่อเนื่อง ส่วนอีกกลุ่มไม่กระทำ ความผิดอีก และได้ผลสรุปในงานวิจัย พบว่ามีความคล้ายคลึงกันอย่างมีนัยยะสำคัญ ในแนวคิด หรือทัศนคติของคนที่ถูกคุกก่อนอาชญากรรม²⁰ อีกทั้งในการสำรวจเรื่องราวของอดีตผู้กระทำ ความผิด เขาได้ค้นพบสิ่งทั่ว ๆ ไปคือโครงสร้างทางจิตใจภายใต้เรื่องเล่าของแต่ละคน

ข้อค้นพบนี้สำเร็จได้ด้วยการตรวจสอบสื่อกลางการรับรู้ (Cognitive Mediators) ระหว่างอิทธิพลของสภาพแวดล้อมและพฤติกรรมส่วนบุคคล ซึ่งสื่อกลางเหล่านี้มักจะปรากฏอยู่ใน รูปแบบของกรณีศึกษาในเรื่องเล่าที่มีขอบเขตจำกัด โดยการบอกเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับการหยุดก่อน อาชญากรรมของอดีตผู้กระทำความผิด และเรื่องเล่าเหล่านี้จะถูกนำไปปรับใช้อย่างมีเหตุผลก่อน จะนำเสนอภายใต้กระบวนทัศน์ที่เป็นที่ยอมรับทางสาธารณสุข ทั้งเนื้อหา รูปแบบ และความหมาย

¹⁹ Jamieson Dale, “The Poverty of Postmodernist Theory,” *University of Colorado Law Review* 62 (1991): 583-584.

²⁰ Shadd Maruna, *Making Good: How Ex-convicts Reform and Rebuild Their Lives*, vol. 86 (Washington, DC: American Psychological Association, 2001), 8.

ของเรื่องราวเหล่านี้จะทดสอบด้วยสังคม ประวัติศาสตร์ และบริบททางโครงสร้างที่อดีตผู้กระทำ ความผิดได้ค้นพบในตัวเองและยังมีปัจจัยต่าง ๆ ที่เป็นความหมายของการมีชีวิตอยู่ของอดีต ผู้กระทำความผิดเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็น ปฏิสัมพันธ์ทางสังคม การประเมินสิ่งรอบตัวของพวกเขา และการมีแบบอย่างที่ดี ฯลฯ ที่ถูกนำมาจำแนกได้อย่างเป็นระบบ ในงานของ Maruna ที่พยายาม วิเคราะห์เรื่องราวจากมุมมองทางสภาพสังคมของผู้ถูกศึกษา และการซึมซับประสบการณ์ของแต่ละ คนเข้ากับเรื่องราวที่เป็นต้นแบบ นอกจากนี้ Maruna ยังได้เถียงถึงเรื่องเล่าถึงการหยุดก่อ อาชญากรรมที่เป็นเชิงอัตวิสัย ว่ามันอาจศึกษาในเชิงทวิสัยได้ ซึ่งเขายืนยันว่าถึงแม้ประสบการณ์ การก่ออาชญากรรมจะเป็นอัตวิสัยของบุคคลแต่ละคน แต่ก็สามารถทำการศึกษาอย่างเป็นทวิสัย ได้เช่นกัน ด้วยการค้นหาสื่อกลางที่กำหนดเนื้อหาเชิงอัตวิสัยในเรื่องราวของอดีตผู้กระทำความผิด เพื่ออธิบายกระบวนการยุติการก่ออาชญากรรมของเขา นอกจากนี้การขาดแคลนสื่อกลางดังกล่าว แสดงถึงการไร้ความสามารถในการค้นหาเรื่องราวที่ถูกต้องเพื่อป้องกันอาชญากรรม รวมทั้งเนื้อหา ที่เอื้อต่อพฤติกรรมของอาชญากร²¹

การให้ความสนใจต่อทัศนคติภายในของผู้กระทำความผิด รวมถึงของเด็กและเยาวชน ล้วนเป็นความก้าวหน้าในการพัฒนาด้านการศึกษาอาชญาวิทยา แต่หากเราพิจารณางานศึกษาที่ ใกล้เคียงกับงานของ Maruna จากมุมมองของอาชญาวิทยาสถิติจะสร้างความชัดเจนของงาน เหล่าปรากฏขึ้นมา ซึ่งงานศึกษาอาชญาวิทยาสถิติมีความเกี่ยวข้องกับความต้องการทาง ศิลธรรมกับสิ่งที่แสดงถึง “สื่อกลางในการรับรู้” (Cognitive Mediators) แต่อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของทวิสัยไม่ได้มีความเกี่ยวเนื่องกับ สื่อกลางทางการรับรู้ที่เป็นอัตวิสัยที่มีส่วนให้ ผู้กระทำความผิดหยุดก่ออาชญากรรม²²

อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาในประการต่อมาว่า ความเข้าใจเชิงอัตวิสัยในอาชญากรรม เด็กนั้นสอดคล้องกับความจริงทางศีลธรรมซึ่งเป็นหัวใจของการศึกษาหรือไม่ กล่าวได้ว่าอาชญา วิทยาสถิติยืนหยัดอยู่บนสัจนิยมเชิงจริยธรรม (Moral realism) โดยที่ “สัจนิยมเชิงจริยธรรม คือตำแหน่งทางจริยธรรมที่จะยืนยันถึงลักษณะพื้นฐานของศีลธรรมบางประการ (และยังต้อง วิเคราะห์ในอีกหลายความหมาย) “ความมีอยู่จริง” (Real) “ความเป็นทวิสัย” (Objective) หรือ

²¹ Ibid., 10.

²² Ibid., 10.

“ความเป็นจริง” (True)²³ และยังมีบรรทัดฐานทางศีลธรรมที่เห็นว่าความถูกต้องไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การรับรู้ของเราอีกด้วย ซึ่งเราจะต้องปฏิบัติตามบรรทัดฐานเหล่านี้ และหากมีใครฝ่าฝืนบรรทัด ฐานนี้อย่างร้ายแรงจะต้องถูกจัดการด้วยกฎหมายอาญา

ในอีกด้านหนึ่งประเด็นของความเป็นอัตวิสัยและภววิสัย ในการศึกษาอาชญาวิทยา คลาสสิกไม่ได้เกี่ยวกับความถูกต้องของการตรวจประเมิน เช่น ประสิทธิภาพของมาตรการทาง กฎหมายอาญาเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ แต่ในทางตรงกันข้าม มันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความ เป็นอัตวิสัยในการตัดสินทางศีลธรรมที่เกี่ยวกับคดีอาญาเสียมากกว่า การตัดสินด้วยความ เป็นภววิสัยนั้นจะไม่สามารถทำได้หากปราศจากความรู้ความเข้าใจแท้จริงในความจริงทางศีลธรรม

นักวิจารณ์อาชญาวิทยาคลาสสิกมักจะโต้แย้งว่าความจริงทางศีลธรรมเป็นสิ่งที่ เป็นนามธรรมมากจนเกินไป ซึ่งมันก็เป็นเรื่องจริง แต่ถึงอย่างไรความจริงทางศีลธรรมก็เป็นเครื่องมือใน การอธิบายสาระสำคัญของการศึกษาอาชญาวิทยาได้ดีที่สุดแล้ว จากแนวคิดเรื่องความจริงทาง ศีลธรรมนี้ทำให้อาชญาวิทยาคลาสสิกได้เปลี่ยนมายึดมั่นในศีลธรรมที่เฉพาะเจาะจงมากขึ้น ซึ่งช่วย ให้เราจัดการกับปัญหาอาชญากรรมเด็กและเยาวชนได้อย่างเฉพาะเจาะจงมากขึ้นด้วย ทั้งนี้การยึด มั่นในศีลธรรมโดยทั่วไปมักจะยึดติดจากสัญชาตญาณมนุษย์ และเมื่อใดที่หลักการที่เฉพาะเจาะจง มากขึ้น และใช้เหตุผลทางศีลธรรมประยุกต์ใช้กับข้อเท็จจริงที่เฉพาะเจาะจง²⁴ แล้วก็อาจทำให้ เหตุผลทางศีลธรรมเหล่านี้เกิดข้อผิดพลาดขึ้นได้ สามารถกล่าวได้ว่าประเด็นเรื่องความเป็นภววิสัย และอัตวิสัยที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง มันเกี่ยวกับการประเมินอาชญากรรมของเด็กและเยาวชนที่ถูก บิดเบือน ด้วยอคติและการเพิกเฉย หรืออะไรก็ตามที่สะท้อนให้เห็นความเป็นภววิสัยในศีลธรรม ตามธรรมชาติของพวกเขา

4. วิธีอาชญาวิทยาคลาสสิก กับการศึกษาความผิดของเด็กและเยาวชน

ความรู้ในความจริงทางศีลธรรมเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในการศึกษาอาชญาวิทยา สำหรับ งานวิจัยทุกชิ้นที่จะต้องมีพื้นฐานมาจากความคิดแรกเริ่ม หรือชุดของแนวคิดที่ก่อให้เกิดคำถามใน

²³ Kevin DeLapp, *Moral Realism* (Bloomsbury, 2013), 10.

²⁴ Alexander N. Shytov, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions* (Kluwer, 2001).

งานวิจัยที่มีความเฉพาะเจาะจง²⁵ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องตระหนักถึงแนวคิดเหล่านี้และทำให้แนวคิดชัดเจนขึ้นให้มากที่สุดเท่าที่ผู้วิจัยจะสามารถทำได้ เพื่อที่จะทำให้ปัญหาต่าง ๆ กลายเป็นคำถามในงานวิจัยขึ้นมาได้ แต่ถ้าหากผู้วิจัยไม่ได้ตระหนักถึงความสำคัญในความคิดแรกเริ่มอย่างเพียงพอ อาจทำให้งานวิจัยมีอคติหรืออาจได้ผลลัพธ์ที่ไม่รอบด้านในงานวิจัยก็ได้

แนวคิดเหล่านี้ล้วนมีอิทธิพลต่อทางเลือกและวิธีการศึกษาวิจัยปัญหาต่าง ๆ โดยแก่นแท้ของวิธีของอาชญาวิทยาคลาสสิกขึ้นอยู่กับกระบวนการของเหตุผลทางศีลธรรม อันเป็นการนำแนวคิดทางศีลธรรมของตนเองไปใช้กับคดีอาชญากรรมของเด็ก แม้ว่าอาชญาวิทยากระแสหลักเองก็ใช้แนวคิดทางศีลธรรมด้วยเช่นกัน แต่ถึงอย่างไรก็ไม่มีจุดยืนอยู่บนแนวคิดด้านสำนึกทางศีลธรรม โดยกระบวนการของการให้เหตุผลทางศีลธรรม (Moral truth) นั้นเกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลาในช่วงการใช้ชีวิตของเราทุกคน โดยการให้เหตุผลจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับประสบการณ์ทางศีลธรรมของแต่ละคน แม้ว่าหลักการศีลธรรมพื้นฐานจะมีขึ้นโดยสัญชาตญาณมนุษย์ แต่การให้เหตุผลทางศีลธรรมหรือการประยุกต์ใช้หลักการพื้นฐานกับสถานการณ์จริงในชีวิตจริง รวมถึงกรณีเป็นคดีอาญาก็จะขึ้นอยู่กับขอบเขตของประสบการณ์ของแต่ละบุคคล ดังนั้นผู้วิจัยที่เคยเป็นผู้กระทำความผิดมาก่อนตั้งแต่ยังอายุน้อยจะสามารถเข้าถึงการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนได้ซึ่งแตกต่างไปจากผู้วิจัยที่ไม่เคยมีประสบการณ์เช่นนั้นมาก่อน แม้ว่าผู้วิจัยเหล่านั้นจะเข้าใจถึงความจริงทางศีลธรรมได้อย่างเท่ากันก็ตาม

เป็นสิ่งสำคัญในความเข้าใจถึงอาชญาวิทยาเป็นศาสตร์ที่จัดให้เป็นวิทยาศาสตร์ที่สร้างขึ้นโดยมนุษย์ (Human science) ซึ่งแตกต่างจากวิทยาศาสตร์แบบธรรมชาติ (Natural science) การใช้วิธีทางวิทยาศาสตร์แบบคลาสสิกกับอาชญากรรมเด็กและเยาวชนเป็นสิ่งที่ยากลำบาก เนื่องจากปัญหาในทางอาชญาวิทยาจำนวนมากไม่สามารถแก้ไขได้เพียงการสังเกตการณ์ การทดสอบพิสูจน์หรือการใช้ขั้นตอนทางวิทยาศาสตร์แบบทั่ว ๆ ไป ซึ่งปัญหาที่จะต้องพิสูจน์นั้นอาจถูกหักล้างได้และการศึกษาอาชญากรรมเด็กและเยาวชนต้องเผชิญกับศีลธรรมส่วนบุคคลที่สามารถตัดสินได้จากเพียงแค่พิจารณาความถูกต้องทางวิทยาศาสตร์ แม้ว่าจะยากลำบากในการศึกษาอาชญากรรมเด็กและเยาวชนที่อาจถูกตั้งคำถามถึงความสามารถพิสูจน์การศึกษาได้ในเชิงประจักษ์ แต่คำตอบ

²⁵ Roy D. King and Emma Wincup, "The Process of Criminological Research," in *Doing Research on Crime and Justice*, 2nd ed., ed. R. King and E. Wincup (Oxford University Press, 2008), 17.

ยังคงไม่แน่นอนและใช้การคาดการณ์ค่อนข้างมาก ถึงอย่างไรก็ตามการศึกษาเด็กและเยาวชนเหล่านี้ยังคงใช้คุณค่ากับบริบททางวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์และบริบททางสังคมเป็นพิเศษ

ถ้าหากเราเข้าใจหาความจริงทางศีลธรรมได้ดีเพียงพอแล้ว การตั้งคำถามของงานวิจัยที่เกี่ยวกับอาชญากรรมเด็กและเยาวชนจะเป็นเรื่องง่าย เนื่องจากความคิดแรกเริ่มที่มีความสำคัญได้ชัดเจนขึ้นมาแล้ว ยกตัวอย่างเช่น ความคิดแรกเริ่มคือการกลับใจเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการหยุดยั้งอาชญากรรมได้ในอนาคต ซึ่งความคิดนี้สามารถพัฒนาไปสู่คำถามงานวิจัยได้อย่างหลากหลาย และสามารถทำการเชื่อมโยงกับการศึกษาสาเหตุและปัจจัยในการกลับใจ วิธีการหนทางที่จะช่วยให้กลับใจ ยกตัวอย่างเช่น ผู้วิจัยสามารถนำข้อมูลจากสถาบันฟื้นฟูเยาวชน อย่างสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนมาพิจารณากระบวนการสังคมภายในองค์กร รวมทั้งการพิจารณาถึงความแตกต่างในการเข้าถึงการศึกษา และแผนการฟื้นฟูพฤติกรรมที่มีอยู่สามารถนำไปสู่การกลับใจของเด็กและเยาวชนได้หรือไม่

การออกแบบงานวิจัย ถือเป็นงานที่ยากยิ่ง ซึ่งมีความยากลำบากอย่างมากในการเลือกและค้นหาข้อมูลที่สามารถนำมาตอบคำถามของงานวิจัย หากไม่สามารถหาข้อมูลที่จำเป็นได้อย่างเพียงพออาจทำให้งานวิจัยไม่ได้คำตอบสำหรับคำถามวิจัย นักวิจัยอาจเปลี่ยนมาทำงานวิจัยคุณภาพและสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องจำนวนหนึ่งรวมทั้งผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชนด้วย อย่างไรก็ตามการสัมภาษณ์อาจไม่ได้ข้อมูลอย่างเพียงพอที่จะนำไปสู่คำตอบหรือผลลัพธ์ในการศึกษาได้ เนื่องจากอาชญากรรมเด็กและเยาวชนมีความซับซ้อนที่มักจะไม่ได้เปิดเผยออกมาหรือไม่สามารถเก็บข้อมูลได้ด้วยการสังเกตการณ์อย่างง่าย ๆ

มีงานวิจัยอาชญาวิทยาคลาสสิกในอาชญากรรมเด็กหลายชิ้นที่ต้องเผชิญกับปัญหาการให้เหตุผลทางศีลธรรม ในพื้นที่วัฒนธรรมที่มีบรรทัดฐานทางศีลธรรมที่แตกต่างกันออกไป แต่ถึงอย่างไรการเข้าใจถึงศีลธรรมในจิตใจก็เป็นหัวใจของการศึกษาเพื่อเข้าใจจิตใจของเด็กในการตัดสินใจทางศีลธรรม (Moral judgement) ที่รวมเอาความรู้สึก ความเห็นอกเห็นใจ สายสัมพันธ์ในสังคม หรือกระทั่งความรู้สึกผิดหรือความละอายต่อความผิด²⁶ อาทิเช่น พฤติกรรมทางสังคมที่

²⁶ E. Heynen et al., "Effectiveness of Moral Developmental Interventions for Youth Engaged in Delinquent Behavior: A Meta-Analysis," *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. <https://doi.org/10.1177/0306624X231172648>

ไม่ดี พฤติกรรมต่อต้านสังคม ความก้าวร้าว รวมตลอดถึงการไม่ตั้งใจเรียน ฯลฯ ซึ่งจะต้องค้นหาและวิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงภายในจิตใจของเด็ก²⁷ ซึ่งเป็นวิธีที่สามารถทำความเข้าใจศีลธรรมภายในจิตใจของเด็กได้อย่างดี

ดังนั้น ข้อดีของวิธีการศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิกคือมันจะไม่มีทางล้มเหลว แม้ว่าการออกแบบงานวิจัยจะเริ่มต้นด้วยความผิดพลาด หรือการตั้งคำถามงานวิจัยที่ยังไม่มีคำตอบก็ตาม ทั้งนี้ ความจริงของการหยาบคายคำถามทางศีลธรรมและการแสวงหาคำตอบอย่างบริสุทธิ์ใจเป็นการแสดงความตระหนักถึงความเป็นของมนุษย์ในฐานะสิ่งมีชีวิตที่มีศีลธรรม

5. การวิจัยเชิงคุณภาพ และเชิงปริมาณ ในการศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิก

เป็นเรื่องปกติในการจำแนกระหว่างวิธีการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพกับวิจัยเชิงปริมาณ โดยการวิจัยเชิงปริมาณในสาขาวิชาสังคมศาสตร์ โดยเฉพาะอาชญาวิทยากระแสหลักมักจะมีความพื้นฐานมาจากการใช้สถิติและการสังเกตการณ์แบบทั่วไป ที่โดยปกติจะมีการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างระหว่าง 2 ตัวแปรขึ้นไป (เช่น ความยากจน กับ อาชญากรรม) ซึ่งความก้าวหน้าของวิธีการศึกษาอาชญาวิทยา นำไปสู่การพัฒนาการวิเคราะห์สหสัมพันธ์ (Correlational analysis) จากตัวแปรจำนวนมาก²⁸ การวิจัยเชิงปริมาณตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า ปรากฏการณ์เชิงอัตวิสัยทั้งหมดสามารถนำมาวิเคราะห์ได้โดยวิธีการทางสถิติ และสามารถอธิบายโดยแสดงออกมาโดยใช้การคำนวณสัมประสิทธิ์ของสหสัมพันธ์ (Correlation co-efficient) อันเป็นการชี้วัดความสัมพันธ์ในแต่ละตัวแปร

อย่างไรก็ตามอาชญาวิทยาคลาสสิกไม่ปฏิเสธว่าอาชญากรรมเด็กและเยาวชนมีความซับซ้อนทางข้อเท็จจริง ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากปัจจัยภายนอก ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยด้านการศึกษาศอบครัว อาชีพ ศาสนา ฯลฯ สิ่งสำคัญคือการรับรู้อย่างสม่ำเสมอในการพิจารณาประสบการณ์อาชญากรรมของเด็กและเยาวชนแต่ละคน ที่จะสามารถทำได้โดยการใส่ใจกับคุณลักษณะของสมาชิกทุกคนในกลุ่มที่ศึกษาอย่างเสมอกัน นี่คือจุดที่ทำให้ข้อมูลทางสถิติสามารถนำมาใช้เพื่อทำ

²⁷ Biseria Jevtić, "Moral Judgement of Delinquents," *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 149 (2014): 449-455.

²⁸ Victor R. Jupp, *Methods of Criminological Research* (Routledge, 1993).

ความเข้าใจถึงปรากฏการณ์ในการกระทำความผิดได้ ความแตกต่างของแบบสอบถามสามารถสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีที่หยิบยกขึ้นมาได้

ดังนั้น อาชญาวិทยาคลาสสิกจึงไม่ได้ปฏิเสธถึงความสำคัญของการวิจัยเชิงปริมาณแต่อย่างใด เนื่องจากการวิจัยเชิงปริมาณมีประโยชน์ในการใช้เพื่อพิสูจน์ผลลัพธ์ของประสบการณ์ทางศีลธรรมของอาชญากรรมเด็กและเยาวชน ยกตัวอย่างเช่น การค้นพบว่าข้อมูลทางสถิติของการตีมีเครื่องตีแมลงกอล กับอัตราการเกิดอาชญากรรมในเยาวชน มีประโยชน์มากในการสนับสนุนความคิดที่ว่า การบริโภคเครื่องตีแมลงกอลมักจะนำไปสู่การก่ออาชญากรรมของเด็กและเยาวชน อย่างไรก็ตาม นักอาชญาวิทยาคลาสสิกอาจมองว่าการพิสูจน์ความแข็งแกร่งแห่งความสัมพันธ์ระหว่างตัวแปร โดยผ่านการประมาณทางสถิตินั้น ไม่สามารถแสดงถึงสาเหตุของปัจจัยเหล่านั้นได้²⁹ การศึกษาความแตกต่างของตัวแปรต่าง ๆ น่าจะมีประโยชน์ต่อการพิจารณาถึงปัจจัยของอาชญากรรมในเด็ก แต่สาเหตุพื้นฐานหรือการฟื้นฟูเยียวยาอาชญากรรมในเด็กยังขึ้นอยู่กับประสบการณ์ทางศีลธรรม ซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากการวิเคราะห์ทางสถิติ ทำให้อาชญาวิทยาคลาสสิกมีความเหนือกว่าในด้านการวิจัยเชิงคุณภาพ

การวิจัยเชิงคุณภาพ มักจะศึกษาโดยใช้วิธีการศึกษาเฉพาะรายบุคคลและการสังเกตการณ์อย่างเฉพาะเจาะจงกับสิ่งที่เกิดขึ้น โดยให้ความสนใจเป็นพิเศษที่มุมมองของ “ผู้กระทำ” (Actor) และการใช้วิธีการสัมภาษณ์ที่เป็นเครื่องมือเสนอจรรยาบรรณในการเก็บรวบรวมข้อมูล สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการวิจัยเชิงคุณภาพเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดในการศึกษาวิจัยธรรมชาติแห่งศีลธรรมในอาชญากรรมเด็กและเยาวชน แต่เรายังสามารถใช้วิธีการศึกษาอื่น ๆ ที่มีความหลากหลายได้เช่นกัน ซึ่งรวมถึงวิธีการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับวิธีวิจัยเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณเพื่อให้เข้าใจประสบการณ์ของผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชนจากมุมมองต่าง ๆ ให้ได้มากที่สุด

ทั้งนี้ เนื้อหาของคำถามงานวิจัยในอาชญาวิทยาคลาสสิกนั้นมีความแตกต่างออกไป ยกตัวอย่างเช่น นักอาชญาวิทยากระแสหลักอาจตั้งคำถามว่า ทำไมนักโทษในสภาพเรือนจำเดียวกันจึงมีรูปแบบประสบการณ์ที่แตกต่างกัน ? แต่ในการศึกษาวิจัยอาชญาวิทยาคลาสสิกจะเจาะจงลึกซึ้งกว่านั้น อย่างเช่นอะไรคือปัจจัยที่เป็นอุปสรรคหรือที่มีส่วนช่วยในการกลับใจของนักโทษ ? ซึ่งคำตอบของทั้งสองคำถามนี้สามารถหาได้จากการใช้วิธีการสังเกตการณ์เฉพาะ

²⁹ Ibid., 27.

รายบุคคล, การแบ่งแยกนักโทษโดยวิธีการเชิงปริมาณ, การเข้าเยี่ยมนักโทษ, การตรวจหาประวัติการศึกษาและ การเรียนภายในเรือนจำ, การตรวจสอบคดีในศาล, การวิเคราะห์ถึงเครือข่ายทางสังคม (การวิเคราะห์พฤติกรรมส่วนบุคคลในบริบททางสังคมของกลุ่มเล็ก ๆ ที่ล้อมรอบ), การสัมภาษณ์แบบกึ่งโครงสร้าง (semi-structured interviews) เป็นต้น³⁰ โดยแต่ละวิถีทางการรวบรวมข้อมูลสามารถใช้ได้กับทั้งการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ และเชิงปริมาณ อย่างไรก็ตามการวิเคราะห์ข้อมูลและผลลัพธ์ของการศึกษาในแต่ละวิธีจะมีความแตกต่างกันออกไป

นักอาชญวิทยาคลาสสิกได้ถกเถียงถึงแนวคิดเจตน์จำนงเสรี (Freedom of will) ว่า แม้ว่าคุกที่ดีที่สุดก็ไม่อาจแก้ไขพันพัวผู้กระทำความผิดได้ถ้าหากเขาไม่เต็มใจที่จะแก้ไข หรือแม้แต่ในคุกที่เลวร้ายที่สุดในด้านของการแก้ไขพันพัวก็ไม่สามารถยับยั้งเสรีภาพในการตัดสินใจทางศีลธรรมได้ ทั้งนี้ นักอาชญวิทยากระแสหลักเองก็ไม่ได้ยอมรับถึงแนวคิดเจตน์จำนงเสรี แต่ต่างไปจากนักอาชญวิทยาคลาสสิกตรงที่แรงจูง (Motive) ใจในการทำวิจัย ซึ่งแรงจูงใจสำหรับอาชญวิทยาคลาสสิกมีเป้าหมายในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นหลัก ทั้งนี้สำหรับนักอาชญวิทยาคลาสสิกแล้วเราศึกษาปัจจัยที่มีความหลากหลายที่ส่งผลกระทบต่อประสบการณ์ในคุกนั้นมีเป้าหมายทางศีลธรรมที่ชัดเจน และมันก็เป็นความจริงที่ว่าแม้ว่าอาชญวิทยากระแสหลักจะไม่ได้มุ่งเน้นอย่างเดียวกันก็ตาม แต่ก็สามารถมุ่งไปสู่เป้าหมายเดียวกันนี้ได้

วิธีศึกษาที่เฉพาะเจาะจง ได้พัฒนามาจากอาชญวิทยากระแสหลัก เช่น วิธีการศึกษาในระยะยาวใช้ในการศึกษาปฏิกิริยาตอบสนองของแต่ละรายบุคคลในช่วงระยะเวลา โดยการซึ่งมาตรวัดที่แตกต่างกัน เช่น มาตรวัดลิเคอร์ท ที่เป็นประเภทของมาตรวัดเจตคติของบุคคล ที่มักจะใช้ในการสำรวจในงานวิจัยอาชญวิทยา³¹ โดยใช้การตอบคำถาม ที่ผู้ตอบคำถามจะแสดงระดับของความเห็นด้วยโดยการบอกเล่า ที่จะทำให้อารมณ์และสติปัญญาในประเด็นคำถามของผู้ตอบคำถาม

³⁰ Joel Harvey, "An Embedded Multimethod Approach to Prison Research," in *Doing Research on Crime and Justice*, 2nd ed., ed. R. King and E. Wincup (Oxford University Press, 2008), 491.

³¹ เลอพร ศุภสร, "การเปิดรับข่าวอาชญากรรมของเด็กและเยาวชน ศึกษาเฉพาะกรณีสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน จังหวัดอุบลราชธานี," *Journal of Criminology and Forensic Science* 5, no. 2 (2019): 150-167. <https://so02.tci-thaijo.org/index.php/forensic/article/view/211109>; สรายุทธ รื่นรมย์, เพ็ญศรี พัทธวิวัฒน์ศิริ, และชาตศิลา มหาศีตะ, "มาตรการเพิ่มประสิทธิภาพระบบการพัฒนาพฤตินิสัยของผู้ต้องขังทัณฑสถานวัยหนุ่มกลาง," *วารสารวิชาการบัณฑิตวิทยาลัยสวนดุสิต* 16, ฉ. 1 (2020): 65-80. <http://www.graduate.dusit.ac.th/journal/index.php/sdujournal/article/view/798/672>.

นั้นเด่นชัดขึ้นมา ผู้ตอบคำถามจะถูกขอให้ตอบว่า ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง, ไม่เห็นด้วย, ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย, เห็นด้วย และเห็นด้วยอย่างยิ่ง โดยการบรรยายบอกเล่า แม้ว่าการสำรวจแบบนี้ไม่สามารถมีเครื่องมือที่เพียงพอในการทำความเข้าใจมุมมองทางศีลธรรมของบุคคลอื่นในเรื่องของอาชญากรรม เนื่องด้วยการได้ข้อมูลจากการตอบคำถามนี้นั้นจะทำให้ได้ข้อมูลเฉพาะในสภาพปัจจุบันของผู้ตอบคำถามเท่านั้น

ในทางกลับกัน ผู้ศึกษาสายอาชญาวิทยาศาสตรีก ก็ไม่ได้ถูกห้ามใช้วิธีการศึกษาที่หลากหลายของอาชญาวิทยากระแสหลัก ถึงอย่างไรก็ตามการเก็บรวบรวมข้อมูลจะถูกประเมินภายใต้หมวดหมู่ของศีลธรรมทำให้อาชญาวิทยาศาสตรีกจำเป็นต้องมีการตรวจสอบกันเอง โดยมีข้อควรระวังในการทำการตรวจสอบประเมินอาชญากรรมเด็กและเยาวชนคือ การไม่คาดการณ์ตัดสินไปก่อนถึงความเป็นจริง และปรากฏการณ์ทางสังคมที่ได้สังเกตการณ์ไม่เพียงแต่เพราะว่าการรวบรวมข้อมูลโดยวิธีการทางอาชญาวิทยาไม่สามารถทำให้เสร็จได้ แต่มันยังมีความอันตรายในความไม่เพียงพอของการประเมินทางศีลธรรมผู้วิจัยอาชญากรรมเด็กและเยาวชนเสียเอง ที่อาจทำให้ผลวิจัยผิดพลาดได้ ดังนั้นปรัชญาของอาชญาวิทยาศาสตรีกคือการศึกษามุมมองทางศีลธรรมของอาชญากรที่ผู้ศึกษาวิจัยค้นพบความจริงจากมุมมองของผู้วิจัยเอง

นอกจากนี้ ธรรมชาติของการศึกษาอาชญาวิทยาศาสตรีกมีพื้นฐานมาจากการศึกษาอย่างใกล้ชิดกับมุมมองทางศีลธรรมในผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชน จะสามารถอธิบายวิธีอาชญาวิทยาศาสตรีกได้อย่างถูกต้องว่าเป็นการวิจัยเชิงปฏิบัติพื้นฐาน ซึ่งแนวคิดการวิจัยเชิงปฏิบัตินี้เองก็ได้พัฒนามาจากสังคม องค์การและการใช้จิตวิทยา โดยมีนักจิตวิทยาชาวเยอรมัน Kurt Lewin ที่เป็นผู้พัฒนา³² แม้ว่า Lewin จะไม่ได้สนใจถึงอาชญาวิทยาในการพัฒนาแนวคิดการวิจัยเชิงปฏิบัติก็ตาม แต่ทฤษฎีของเขาก็ได้ถูกนำไปใช้ในการอธิบายธรรมชาติของวิธีการอาชญาวิทยาศาสตรีก ซึ่งมีแกนหลักของวิจัยเชิงปฏิบัติคือ ตำแหน่งแห่งที่ของผู้วิจัย โดยในการศึกษาอาชญาวิทยากระแสหลัก ผู้วิจัยจะต้องแยกตนเองออกจากสิ่งที่กำลังศึกษาวิจัย เพื่อให้ได้งานวิจัยที่เป็นภววิสัยให้ได้มากที่สุด ซึ่งผู้วิจัยจะต้องมีส่วนเชิงปฏิบัติในการจัดการกับปัญหา และ“การวิจัยเชิงปฏิบัติการ”(Action research) นี้ก็มีความเหมาะสมอย่างมากในการใช้อธิบายอาชญาวิทยาศาสตรีก เนื่องจากการศึกษาวิจัยที่มีส่วนร่วมโดยตรงกับโลกภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กและ

³² Kurt Lewin, “Action Research and Minority Problems,” *Journal of Social Issues* 2, no. 4 (1946): 34-46.

เยาวชน การวิจัยเชิงปฏิบัติได้รับความนิยมอย่างมากในกลุ่มผู้ศึกษา และการใช้ศาสนาในฐานะของวิธีในการป้องกันการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน ซึ่งการปฏิบัติของกลุ่มที่มีความศรัทธาในศาสนาในเรือนจำได้ให้ข้อมูลตัวอย่างมากมาย สำหรับการวิจัยเชิงปฏิบัติการเพื่อที่จะหาหนทางในการหยุดยั้งการกระทำผิดซ้ำ³³

6. อาชญาวិทยากระแสหลัก กับ อาชญาวิทยาคลาสสิก

เราอาจเห็นถึงความแตกต่างอย่างสำคัญระหว่างอาชญาวิทยาคลาสสิกกับอาชญาวิทยากระแสหลัก ที่เกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับหลักปรัชญาและมุมมองทางศีลธรรมของเด็กและเยาวชน ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นถึงวิธีการศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิกที่มักถูกโต้แย้ง แต่สามารถนำไปปรับใช้กับจุดประสงค์ของผู้วิจัยแต่ละคนได้อย่างง่ายดาย แต่อย่างไรก็ตามมีข้อจำกัดสำหรับการปรับใช้บางประการที่นำมาจากธรรมชาติของอาชญาวิทยาคลาสสิก เนื่องด้วยความยากลำบากในการหาข้อสรุปของงานอาชญาวิทยากระแสหลัก เพราะความหลากหลายในแนวทางและวิธีการศึกษา ซึ่งในแต่ละวิธีการศึกษาอาชญาวิทยาที่มีลักษณะเฉพาะในแบบตัวเองที่ทำให้ไม่สามารถพิจารณาจากเพียงงานชิ้นเดียว

มีงานศึกษาทั่ว ๆ ไปที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างพื้นฐานของอาชญาวิทยากระแสหลัก ที่มีความแตกต่างออกไปจากอาชญาวิทยาคลาสสิก ซึ่งเป็นงานศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิกของ Sheldon และ Eleanor Glueck³⁴ อันเป็นงานชิ้นสำคัญในการพัฒนาวิธีการศึกษาอาชญาวิทยาโดยอาศัยแนวทางศึกษาวิจัยปัจจัยในการก่ออาชญากรรมของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลาย คือ “Unraveling Juvenile Delinquency,” ที่มีอิทธิพลต่อนักอาชญาวิทยารุ่นหลัง ๆ อย่างมาก โดย Eleanor Glueck ใช้วิธีการของ “จับคู่” สำหรับผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชนแต่ละคน เพื่อพยายามค้นหาคู่ที่ไม่กระทำความผิด ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันบางประการ เช่น อายุ สติปัญญา เชื้อชาติ และพื้นที่อยู่อาศัย โดยในการจับคู่ดังกล่าว นักวิจัยจะพยายามค้นหาถึงแหล่งที่มาของอาชญากรรมที่นอกเหนือจากปัจจัยทั้ง 4 นี้ที่มีความสำคัญอยู่แล้วและเก็บข้อมูล

³³ Jonathan Burnside, *My Brother's Keeper: Faith-based Units in Prisons* (Willan Publishing, 2005).

³⁴ Sheldon Glueck and Eleanor Glueck, *Unraveling Juvenile Delinquency* (Harvard University Press, 1950).

ไว้มากกว่า 8 ปี โดย Glueck ได้ให้ความสำคัญมากที่สุดต่อความแตกต่างระหว่างเด็กที่กระทำความผิดกับไม่กระทำความผิด ทั้งนี้จะมีการบันทึกและเปรียบเทียบถึงความแตกต่างในแต่ละคู่ ถึงปัจจัยสำคัญที่ทำให้แต่ละคู่มีความแตกต่าง ไม่ว่าจะเป็น ลักษณะทางกายภาพ บุคลิกลักษณะ ประสบการณ์ทางสังคมในวัยเยาว์ ผลการศึกษา และการใช้เวลาว่าง

เมื่อกลับมาสู่เรื่องของอาชญาวิทยาคลาสสิก นักอาชญาวิทยาคลาสสิกสามารถใช้วิธีของ Glueck ได้อย่างง่ายดาย ทำให้ข้อมูลที่มีคุณค่ามากมายถูกเก็บรวบรวมไว้ อย่างไรก็ตามแทนที่จะมองทางศีลธรรมในเด็กและเยาวชน Glueck กลับพยายามอธิบายถึงสาเหตุของอารมณ์ความเครียด ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ และความสนใจภายในและภายนอกครอบครัว สำหรับทั้งเด็กและเยาวชน ที่กระทำความผิดและไม่กระทำความผิด แต่ในทางกลับกัน นักอาชญาวิทยาคลาสสิกมักจะให้ความสนใจต่อเหตุผลทางศีลธรรมของเด็กหรือเยาวชนชายที่จะกระทำความผิดหรือไม่กระทำความผิด เขายินดีที่จะสอบถามไม่ว่าทางเลือกทางศีลธรรมจะเกี่ยวข้องอย่างไรก็ตามกับปัจจัยด้าน อายุ สติปัญญา ภูมิหลังทางชาติพันธุ์ พื้นที่อาศัย ฯลฯ อย่างไรก็ตาม Gluecks³⁵ ให้ความสนใจอย่างมากต่อลักษณะทางกายภาพของอาชญากร เช่น ความสูง น้ำหนัก และแม้กระทั่งฟันของอาชญากร เด็กและเยาวชน มากกว่าที่จะสนใจด้านศีลธรรมของเด็กและเยาวชนเสียอีก สำหรับนักปรัชญาอาชญาวิทยาคลาสสิกแล้ว ความสำเร็จของอาชญาวิทยากระแสหลักนี้ดูเหมือนจะเป็นงานที่ไร้สาระ เนื่องจากเป็นงานหนักที่ใช้แรงทุ่มเทอย่างมากในการเก็บรวบรวมข้อมูล รวมทั้งแยกแยะปัจจัยต่าง ๆ ที่ส่งผลต่อพฤติกรรมเบี่ยงเบน ไม่สามารถอธิบายได้ด้วยตัวมันเองว่าปัจจัยใดมีน้ำหนักต่อการก่ออาชญากรรมมากกว่าปัจจัยอื่น ๆ อัน³⁶

อย่างไรก็ตาม Gluecks ได้โต้แย้งว่า ประสบการณ์ของผู้กระทำความผิดมีความขัดแย้งด้านอารมณ์มากกว่าผู้ไม่กระทำความผิด ซึ่งความเครียดเป็นสาเหตุของทั้งสองกลุ่มนี้ จากความสัมพันธ์กับพ่อแม่ของผู้กระทำความผิด เพศ และความสัมพันธ์กับเพื่อนฝูง แต่น่าเสียดายที่มักจะมองข้ามเนื้อหาความขัดแย้งทางศีลธรรมกับพ่อแม่ และกับเพื่อนฝูง³⁷ ซึ่งความเข้าใจของ Gluecks ที่เห็นว่ามีสำคัญในกระบวนการรับรู้ระยะเริ่มต้นและการบริหารทักษะของปัญหา

³⁵ Ibid., 173.

³⁶ Bernd-Dieter Meier, *Kriminologie* (Verlag C.H.Beck, 2007), 81-83.

³⁷ Sheldon Glueck and Eleanor Glueck, *Unraveling Juvenile Delinquency* (Harvard University Press, 1950), 247-248.

ทางอารมณ์ของเด็ก และพยายามหาเทคนิคทางจิตวิเคราะห์ (Psychoanalytical) ในการแก้ปัญหาเหล่านี้³⁸ ซึ่งผลการวิจัยได้ถูกนำเสนอไว้ว่า ปัญหาความขัดแย้งทางอารมณ์ภายในครอบครัว และเพื่อนเป็นที่มาของการกระทำความผิด สำหรับมุมมองของอาชญาวิทยาคลาสสิกกลับตรงกันข้าม กล่าวคือ การกระทำความผิด คือการปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานทางศีลธรรมในสังคม ส่งผลให้เกิดความขัดแย้งกับพ่อแม่และเพื่อนฝูงที่รุนแรงมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ Gluecks ได้รวบรวมข้อมูลในการเปรียบเทียบเกี่ยวกับความขัดแย้งทางอารมณ์ ที่มุ่งเน้นถึงข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญว่า อารมณ์ความเครียดมีความเกี่ยวข้องกับศาสนาของผู้กระทำความผิดสูงกว่าผู้ที่ไม่กระทำความผิดมากถึง 3 เท่า แม้ว่าจะไม่มีความสำคัญในการเปรียบเทียบกับอารมณ์ความเครียดในด้านอื่น ๆ ก็ตาม³⁹ แต่เมื่อถึงข้อสรุปศาสนามองหาถึงความหมายของชีวิตที่มีพลังต่อการป้องกันอาชญากรรม แม้ว่าจะงานวิจัยดังกล่าวจะล้มเหลวในการจำแนกความขัดแย้งในธรรมชาติของศาสนาให้ชัดเจน เว้นแต่การกล่าวถึงแนวคิดความขัดแย้งในการมีชีวิตและความรู้สึกถึงความยุติธรรม

การศึกษาถึงความน่าเบื่อหน่ายในการเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาที่จิตคิดไม่ปรากฏข้อมูลที่เป็ปัญหาใดขึ้นมาเด่นชัด เนื่องจากผู้กระทำความผิดก็รู้สึกเบื่อหน่ายไม่แตกต่างจากผู้ที่ไม่กระทำความผิดเลย ซึ่งดูเหมือนว่าความขัดแย้งที่ผู้ไม่กระทำความผิดจะต้องเผชิญนั้นส่วนใหญ่มักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของสติสำนึกความรู้สึกผิดชอบ ส่วนอีกข้อมูลหนึ่งของความแตกต่างนี้ในช่วงปี 1939 ในเมืองบอสตัน สหรัฐอเมริกา ได้แสดงให้เห็นถึงเด็กชายที่กระทำความผิดมักจะไม่ค่อยให้ความสนใจต่อหน้าที่ทางศาสนา ซึ่งมักจะเข้าโบสถ์เป็นประจำเพียง 39.3% เมื่อเทียบกับเด็กชายที่ไม่กระทำความผิดมักจะเอาใจใส่หน้าที่ทางศาสนาด้วยการไปโบสถ์เป็นประจำถึง 67.1%⁴⁰ และความแตกต่างดังกล่าวจะสูงมากขึ้นในสังคมที่นับถือศาสนาคริสต์ในปัจจุบัน⁴¹ ก็ยังได้ยืนยันว่าการเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนายังคงเป็นทางเลือกที่มีประสิทธิภาพสำหรับยับยั้งการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชน

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., 249.

⁴⁰ Ibid., 167.

⁴¹ Byron R. Johnson et al., "Escaping from the Crime of Inner Cities: Church Attendance and Religious Salience among Disadvantaged Youth," *Justice Quarterly* 17, no. 2 (2000): 377-391.

กล่าวโดยสรุปได้ว่า วิธีอาชญาวิทยากระแสหลักดังที่ Gluecks ได้แสดงตัวอย่างข้างต้น เป็นวิธีการศึกษาที่ไม่เพียงพอดต่อการอธิบายอาชญากรรมเด็กและเยาวชน เนื่องจากแทนที่จะเข้าไปดูโลกทัศน์ทางศีลธรรมของผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชน แต่นักอาชญาวิทยากลับเสียเวลาและพลังงานไปกับการรวบรวมข้อเท็จจริง เช่น สภาพพื้นของผู้กระทำความผิด ซึ่งมันแทบจะไม่มีมีความเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในการลงมือก่ออาชญากรรมของบุคคลใดเลย (เว้นแต่ เป็นการตัดสินใจลงมือกระทำการขโมยเนื้อวัวเหินยว ๆ สำหรับการเคี้ยวเพื่อจะมีสุขภาพฟันที่ดี) ทั้งนี้ ข้อมูลบางส่วนยังคงมีประโยชน์ เนื่องจากการค้นหาไปถึงปัจจัยที่เอื้อต่อการป้องกันอาชญากรรม เช่น ศาสนา แต่อย่างไรก็ตาม วิธีอาชญาวิทยาที่ใช้กันศึกษานั้นไม่สามารถศึกษาลึกลงไปจิตใจเพื่อค้นพบโลกแห่งศีลธรรมของผู้กระทำความผิดเด็กได้อย่างเพียงพอ

7. การวิจัย, การเฝ้าระวัง และจริยธรรม

ข้อโต้แย้งสำหรับอาชญาวิทยาคลาสสิกสองประการที่หยิบยกขึ้นมา ประการแรกคือ วิธีการศึกษาที่ได้ข้อมูลจากผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชนโดยตรง อย่างการสัมภาษณ์ แต่ก็ไม่สามารถรับประกันความน่าเชื่อถือของข้อมูลที่ได้มา เนื่องจากข้อมูลส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับความไว้วางใจระหว่างผู้วิจัยกับผู้กระทำความผิดด้วย ประการที่สองคือ ความพยายามในการแทรกซึมเข้าไปภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดเด็กและเยาวชนเพื่อที่จะค้นหาการรับรู้ทางศีลธรรมนั้นมีความผิดจริยบรรณของตัวมันเอง ซึ่งอาจถูกโต้แย้งว่าเป็นเรื่องอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกศึกษา เช่น ความเชื่อทางศาสนา

เนื่องจากการศึกษาการรับรู้ทางศีลธรรมนี้ ถือเป็นการขยายขอบเขตของการสอดแนมมากขึ้น หรืออาจใช้คำว่า “ติดตาม” (Monitor) มากกว่าคำว่า “สอดแนม” (Surveillance) อย่างไรก็ตามก็มีการใช้วิธีการสอดแนมเหล่านี้ในอาชญาวิทยากระแสหลักอย่างแพร่หลาย⁴² โดยการ “สอดแนม” คือการ เฝ้าติดตามดูในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งสามารถทำได้โดยผู้กระทำความผิดไม่รู้ตัวว่าตนเองกำลังถูกสอดแนมอยู่ อันเป็นเรื่องด้านลบ ที่การแสดงลักษณะของการกดขี่ของการควบคุม

⁴² Russell G. Jones, “Surveillance,” in *Criminology*, ed. Ch. Hale et al. (Oxford University Press, 2005).

คงเป็นเรื่องผิดถ้าหากเราปฏิเสธถึงเหตุผลด้านมนุษยธรรมอันเป็นรากฐานของกระบวนการยุติธรรม และการฟื้นฟูพฤติกรรม ซึ่งดูเหมือนว่า Foucault จะไม่ได้มองถึงมุมการฟื้นฟูพฤติกรรมแต่อย่างใด แต่หมายความว่าเรื่องของการควบคุมและการกตขี่ อันเป็นเรื่องยากที่จะเห็นด้วยกับลักษณะที่กว้างขวางเช่นนี้

ทั้งนี้การเข้าควบคุมไม่ได้มาจากอำนาจเพียงเท่านั้น พวกเราเข้าควบคุมเด็ก ๆ ของพวกเราเอง ไม่ใช่เพราะว่าเราชอบที่จะใช้อำนาจในการควบคุม แต่เพราะเรารักเขา การควบคุมนั้นมีความหมายถึงการปกป้องเช่นเดียวกัน พ่อแม่ที่ดีมักจะควบคุมเด็ก ๆ ของพวกเขา เพราะความรัก ไม่ใช่เพราะความเห็นแก่ตัว แนวคิดนี้อาจฟังดูไร้เดียงสาสำหรับผู้ชื่นชอบ Foucault แต่ความรักสามารถขับเคลื่อนการฟื้นฟูพฤติกรรมได้ ซึ่งนักอาชญาวิทยาที่เชื่อในความรักและห่วงใยผู้อื่น แม้ว่าจะเป็นผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กก็ตามก็ควรหลีกเลี่ยงความอันตรายดังกล่าวดังที่ Foucault ได้บอกไว้

ข้อโต้แย้งทั้งสองที่สรุปไว้ข้างต้น สามารถใช้กับอาชญาวิทยากระแสหลักได้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม วิธีอาชญาวิทยาคลาสสิกมีพื้นฐานอยู่บนการแทรกแซงที่น้อยกว่าและการมีส่วนร่วมที่มากกว่าวิธีการสอดแนมที่ทำให้เกิดความน่ารังเกียจของ Foucault

ทั้งนี้ผู้ริเริ่มวิธีอาชญาวิทยาคลาสสิกก็ไม่ใช่ Beccaria หรือ Bentham แต่เป็น Socrates ผู้ที่ Plato ใช้ในการสร้างแรงบันดาลใจให้ Aristotle ซึ่งลักษณะเฉพาะของวิธีของ Socrates ไม่เพียงแต่จะขึ้นอยู่กับการค้นหาข้อมูลอย่างลึกซึ้ง เพื่อค้นหาคุณธรรมที่แท้จริงเท่านั้น แต่ยังแสดงออกมาในศิลปะแห่งการสนทนาหรือวิภาษวิธี (Dialectic) ด้วย

อันที่จริงแล้ว รูปแบบของอาชญาวิทยาคลาสสิกที่ได้แสดงในหนังสือเรียนอาชญาวิทยาส่วนใหญ่นั้นไม่ใช่รูปแบบที่ได้รับการพัฒนามากที่สุด ทั้ง Beccaria และ Bentham ก็ได้เป็นที่รู้จักในการวิภาษวิธีเพื่อการศึกษาอาชญากรเด็ก แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองไม่ได้ถกเถียงกันถึงวิธีวิทยาอาชญาวิทยา และหากเราต้องการเห็นวิธีวิทยาอาชญาวิทยาคลาสสิกแล้วละก็ เราควรมองหาไปที่วิภาษวิธีของ Plato ผู้บันทึกวิธีวิทยาของ Socrates ซึ่งแท้จริงแล้ว อาชญาวิทยาคลาสสิกยังรอคอยการกลับมาของทั้ง Socrates และ Plato อีกครั้ง

8. อาชญาวិทยาคลาสสิก และ การประเมินนโยบายเพื่อแก้ไขฟื้นฟู

การวิพากษ์วิจารณ์ Foucault สำหรับกลไกการกดขี่ในการแก้ไขฟื้นฟูอาชญากร ทำให้เกิดประเด็นวิจัยสำคัญ เกี่ยวกับธรรมชาติของมาตรการการแก้ไขฟื้นฟูโดยรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านมาตรการทางการศึกษา จากการศึกษาได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบการแก้ไขฟื้นฟูด้วยการลงโทษ ซึ่งเป็นพื้นที่ที่เด็กต้องประสบกับประสบการณ์ที่ถูกแทรกแซงโดยรัฐ ตั้งแต่รูปแบบของกฎหมายไปถึงนโยบาย อันนโยบายของการศึกษาในบริบทนี้ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิ่งที่นักอาชญาวิทยาเรียกว่า “กลไกสร้างบรรทัดฐานการปฏิบัติตาม” (The normative mechanism of compliance)⁴⁷ ซึ่งการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นี้หมายความว่าไม่มีการก่ออาชญากรรมเกิดขึ้น เพราะความเชื่อมั่นทางศีลธรรม ทั้งไม่ใช่เพราะความกลัวว่าจะถูกลงโทษ

นโยบายสำหรับการควบคุมอาชญากรรมเด็กมีความเกี่ยวข้องกับการส่งเสริมค่านิยมทางศีลธรรม ดังนั้นจึงมีความสำคัญอย่างมากในการทำความเข้าใจถึงการวิจัยอาชญาวิทยา เนื่องจากการทำความเข้าใจนี้ไม่สามารถจะสำเร็จได้ด้วยการละเลยต่อแนวคิดทางศีลธรรมอันเป็นเบื้องหลังของนโยบายทางกฎหมายอาญา ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของคนในสังคมทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยมีอิทธิพลต่อองค์ประกอบแวดล้อมในสถานที่ที่บุคคลนั้นอาศัยอยู่

ในงานเขียนอาชญาวิทยา สภาพแวดล้อมเป็นสิ่งที่สามารถนำมาวิเคราะห์ได้อย่างดี ส่วนกฎหมายเป็นหนึ่งในองค์ประกอบและมีผลกระทบต่อกันกับองค์ประกอบอื่น ๆ เท่านั้น โดย Richard Jones ได้แยกแยะสิ่งต่อไปนี้ กล่าวคือ “สถาปัตยกรรม” (Architecture) เศรษฐกิจ (Economy) กฎหมาย (Law) และบรรทัดฐานทางสังคม (Social norms)⁴⁸ คำว่า “สถาปัตยกรรม” ถูกนำมาใช้จากงานเขียนของ Lessig⁴⁹ ซึ่งในความหมายอย่างแคบ หมายถึงการออกแบบอาคารและสิ่งปลูกสร้างและในความหมายอย่างกว้างของ Lessig และ Jones หมายถึงอะไรก็ตามที่ “โดยธรรมชาติ” หรือ “โดยเทคโนโลยี” กำหนดรูปแบบกิจกรรมของเรา ซึ่ง Lessig ใช้แนวคิดนี้เพื่อ

⁴⁷ Pamele Ugwuodike, “Probation Enforcement Practice with Sex Offenders,” in *Sex Offenders: Punish, Help, Change or Control?*, ed. J. Brayford, F. Cowe, and J. Deering (Routledge, 2012), 300.

⁴⁸ Richard Jones, “Architecture, Criminal Justice, and Control,” in *Perspectives on Punishment: The Contours of Control*, ed. L. Mc. Lesley and S. Armstrong (Oxford University Press, 2006).

⁴⁹ Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* (Random House, 2001).

อธิบายว่ากิจกรรมทางอินเทอร์เน็ตสามารถควบคุมด้วยเทคโนโลยีได้อย่างไร และ Jones ได้ขยายแนวคิดนี้โดยการนำไปใช้กับอาชญาวิทยาทุกสาขา กล่าวคือกฎหมายสามารถใช้เพื่อควบคุมอาชญากรรมของเด็กโดยอ้อมได้ ผ่านการกำหนด “สถาปัตยกรรม” เช่น ในทางตรง กฎหมายห้ามไม่ให้มีการโจรกรรม แต่ก็สามารถลดอาชญากรรมจากการโจรกรรมทางอ้อมด้วยการกำหนดมาตรการป้องกันด้วยการมุ่งเป้าหมายไปที่การโจรกรรมเฉพาะกรณี การขโมยของในร้านค้าสามารถป้องกันได้ด้วยการติดแท็กอิเล็กทรอนิกส์กันขโมยไว้ที่ผลิตภัณฑ์ทั้งหมด

ดังที่ได้กล่าวได้ข้างต้นถึงอาชญากรรมในเด็กได้เกิดขึ้นในสถานที่และเวลาที่มีความเฉพาะ โดยปัจจัยภายนอกที่เอื้อต่อการทำให้เด็กก่ออาชญากรรมทำให้ยากขึ้นไปอีก ในแง่นี้แนวคิด “สถาปัตยกรรม” สามารถเข้ามาช่วยวิเคราะห์ถึงปัจจัยภายนอกและตรวจสอบว่ากฎหมายเอื้อต่อการยับยั้งการก่ออาชญากรรมได้อย่างไร ซึ่งมีกฎหมายสำหรับคดีเด็กและเยาวชนอยู่แล้วสำหรับการทำให้สภาพแวดล้อมในห้องพิจารณาคดี⁵⁰ มีความกดดันน้อยลงและดูเป็นมิตรต่อเด็ก ดังนั้นการสร้าง “สถาปัตยกรรม” ในการส่งเสริมการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมและการประนีประนอมกันในสังคมเป็นหนึ่งในแรงจูงใจของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ดังเช่น Braithwaite ที่เห็นว่าปัจจัยสำคัญในการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมและการประนีประนอมสามารถสร้างขึ้นได้ด้วยสภาพแวดล้อมที่ผู้กระทำความผิดสามารถกลับใจ ผ่านกระบวนการเผชิญหน้ากับเหยื่อหรือผู้เสียหาย หรือการรับรู้จากเพื่อนของเหยื่อหรือผู้เสียหายถึงผลกระทบของอาชญากรรมที่เขาได้กระทำลงไป⁵¹

ทฤษฎีอาชญาวิทยาที่แตกต่างกัน เสนอต้นแบบที่ขัดแย้งกันของ “สถาปัตยกรรม” ในการป้องกันอาชญากรรมในเด็ก โดยการสร้าง “สถาปัตยกรรม เป็นประโยชน์ต่อการป้องกันการเกิดอาชญากรรม เป็นหัวข้ออาชญาวิทยาที่มีความครอบคลุมในการควบคุมอาชญากรรมในเด็กนั้นไม่เพียงแต่จะเกี่ยวข้องกับการควบคุมหรือการปราบปรามเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการส่งเสริมกิจกรรมที่ดีอีกด้วย⁵² และองค์ประกอบหลักของมาตรการป้องกันการก่ออาชญากรรมในเด็ก คือ การศึกษาศีลธรรม ซึ่งเป็นตามแนวทางอาชญาวิทยาคลาสสิก แต่ไม่ใช่ในแนวทางของการเทศนาหรือการ

⁵⁰ ‘สถาปัตยกรรม’ ทั้งในความหมายอย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ

⁵¹ John Braithwaite, “Repentance Rituals and Restorative Justice,” *The Journal of Political Philosophy* 8 (2000): 115-131.

⁵² Richard Jones, “Architecture, Criminal Justice, and Control,” in *Perspectives on Punishment: The Contours of Control*, ed. L. Mc. Lesley and S. Armstrong (Oxford University Press, 2006), 182.

อบรมศีลธรรมความชั่วร้ายของอาชญากรรม โดยความรับผิดชอบทางศีลธรรมของคนเราที่สูงเป็นผลมาจากการใช้เหตุผลทางศีลธรรม มากกว่าที่จะเป็นผลมาจากปิดหูปิดตาเชื่อฟังคำสั่งจากภาครัฐ

อย่างไรก็ตามกฎหมายสามารถกำหนดกรอบของ “สถาปัตยกรรม” ที่ทำให้ความรับผิดชอบทางศีลธรรมสามารถเติบโตขึ้นได้ เนื่องจากอาชญากรรมเป็นการกระทำโดยอิสระของแต่ละบุคคล ซึ่งอาชญาวิทยาดั้งเดิมไม่ได้คาดหวังว่าจะนำทางสังคมไปสู่การปลดอาชญากรรมได้ ดังนั้น เมื่ออาชญาวิทยาศาสสิกประเมินนโยบายการป้องกันอาชญากรรมของรัฐบาล อัตราการกระทำผิดซ้ำไม่ได้เป็นตัวชี้วัดความสำเร็จของนโยบายรัฐ เนื่องจากการประเมินทำด้วยการเพิกเฉยเนื้อหาและรูปแบบมาตรฐานทางศีลธรรม แล้วมาตรฐานทางการศึกษาจะทำให้เกิดกระบวนการคิดไตร่ตรอง หรือการเชื่อฟังแบบไม่ลืมหูลืมตา ?

การประเมินนโยบายทางอาชญาวิทยาในการสร้าง “สถาปัตยกรรม” สามารถทำได้ดีในหลากหลายมุมมอง ประการแรก นักอาชญาวิทยาศาสสิกมักจะพิจารณาถึงประเด็นจุดประสงค์ของนโยบายเสียก่อน และอาจมุ่งความสนใจพิเศษค้นหานโยบายการควบคุมอาชญากรรมมีจุดมุ่งหมายเพื่อช่วยเหลือเด็กที่มีศักยภาพในการค้นหาความหมายของกรรมมีชีวิต ให้มีความรับผิดชอบทางศีลธรรม และใช้ชีวิตอยู่อย่างมีคุณธรรม หรืออาจมุ่งไปที่การควบคุมและปราบปรามด้วยความเกลียดชังและความเฉยชาก็ตาม ประการที่สอง อาชญาวิทยาศาสสิกไม่ปฏิเสธถึงความสำคัญของผลลัพธ์จากการใช้นโยบาย อย่างไรก็ตามอัตราอาชญากรรมเด็กที่ต่ำได้เป็นข้อบ่งชี้ว่านโยบายมีผลลัพธ์ที่ดี เนื่องด้วยนโยบายการป้องกันอาชญากรรมอาจได้ผลลัพธ์ที่ไม่เป็นที่พอใจเท่าใดนัก ยกตัวอย่างเช่น นักอาชญาวิทยาศาสสิกจะไม่พิจารณาถึงความสำเร็จของนโยบายการปราบปรามอาชญากรรมเกี่ยวกับสื่อลามก ด้วยการเซ็นเซอร์ของรัฐบาลและบทลงโทษที่เข้มงวด แต่จะให้การสนับสนุนนโยบายที่ดูเหมือนจะประสบความสำเร็จน้อยกว่า อย่างการส่งเสริมคุณค่าของครอบครัว ทักษะการควบคุมตนเอง ความศรัทธา รวมถึงการควบคุมพฤติกรรมตนเองของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตบนพื้นฐานของจรรยาบรรณที่ดี และประการที่สาม นโยบายการป้องกันอาชญากรรมของรัฐจะได้รับการพิจารณาถึงผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดเด็ก อาชญาวิทยาศาสสิกมีความแตกต่างจากอาชญาวิทยากระแสหลักในวิสัยทัศน์ต่อผู้กระทำความผิดเด็ก ซึ่งมักจะเป็นอิสระมากกว่าวัตถุที่สามารถจัดการได้โดยนโยบายป้องกันอาชญากรรม และอาจไม่เกิดการตอบสนองเชิงบวกต่อนโยบายที่พยายามจะเข้ามาช่วยเหลือป้องกันเด็ก ๆ จากการก่ออาชญากรรม แล้วนโยบายดังกล่าวได้ช่วยผู้กระทำความผิดในการค้นพบความหมายของชีวิต

นอกเหนือจากอาชญากรรม หรือทำให้พวกเขาเกิดความหวาดกลัวและกดขี่พวกเขาด้วยการข่มขู่ว่าจะลงโทษอย่างไร้มนุษยธรรมไหม ? ซึ่งแน่นอนว่ามุมมองทางศีลธรรมของผู้กระทำความผิดมีความสำคัญต่อการตอบสนองของพวกเขาต่อนโยบายเหล่านี้

ดังนั้นสามารถกล่าวได้ว่า มีความซับซ้อนอย่างมากในการประเมินนโยบายการแก้ไขฟื้นฟูจากมุมมองอาชญาวิทยาคลาสสิก โดยอาชญาวิทยาคลาสสิกมีรากฐานในการประเมินที่มั่นคงแตกต่างจากอาชญาวิทยากระแสหลัก นั่นก็คือ “ความจริงทางศีลธรรม” ที่มีวิสัยทัศน์ที่ชัดเจน คือเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับการประเมินเชิงลึกของนโยบายเหล่านี้ ทั้งนี้วิสัยทัศน์ที่ชัดเจนในความจริงทางศีลธรรมยังไม่เพียงพอ ซึ่งจะต้องมีแนวทางการใช้เหตุผลทางกฎหมายด้วยความรอบคอบและมีคุณธรรม กล่าวได้ว่านักอาชญาวิทยาคลาสสิกมักจะรักในคุณธรรม

9. บทสรุป

มีวิธีการศึกษาอาชญาวิทยาจำนวนมากและหลากหลาย โดยมี 3 ปัจจัยหลักที่นักวิจัยมักจะเลือกใช้วิธีวิจัยทางอาชญาวิทยา ที่สามารถนำไปสู่สถานการณ์ที่บางวิธีการศึกษาได้มองข้ามหรือละเลยไป ปัจจัยแรกเพื่อเลือกใช้ศึกษาอาชญากรรมในเด็ก การเลือกวิธีการศึกษาแต่ละแบบนั้นอยู่ที่เป้าหมายของงานวิจัย อย่างคำถามที่ว่าทำไมต้องศึกษาอาชญากรรมในเด็ก ? แล้วคำถามของงานวิจัยคืออะไร ? คำตอบที่ได้จะเป็นตัวกำหนดวิธีการศึกษา ดังนั้นวิธีวิทยาอาชญาวิทยามักจะมุ่งไปในทิศทางของมุมมองที่ผู้ศึกษามีต่อโลก ปัจจัยที่สองคือบทบาทของผู้วิจัยต่อผู้กระทำความผิดก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน การวิจัยที่เป็นระบบมักจะต้องการใช้วิธีวิจัยที่แตกต่างไปจากการวิจัยเชิงปฏิบัติอย่างสิ้นเชิง และปัจจัยที่สามคือการแข่งขันทางความคิดของอาชญากรรมเหล่านี้ได้แสดงถึงแนวคิดทางสังคม วัฒนธรรม และทางศาสนาที่มักจะขัดแย้งกันเสียเอง

วิธีศึกษาอาชญาวิทยาคลาสสิกได้ถูกกลดทอนความสำคัญลงจากทั้ง 3 ปัจจัยที่ได้กล่าวข้างต้น กล่าวคือประการแรก การมีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมคุณธรรมและปราบปรามความชั่ว ซึ่งไม่ใช่แนวคิดที่บ่งบอกถึงเหตุผลทางศีลธรรมของผู้วิจัยเอง ประการที่สองคือ ตำแหน่งแห่งที่ของอาชญาวิทยาคลาสสิกมีความต้องการความร่วมมือของมุมมองศีลธรรมต่อโลกของเด็กที่กระทำความผิด โดยมองว่าพวกเขาเป็นเด็ก ๆ เป็นผู้ที่มือสะอาด มากกว่ามองว่าเป็นเหยื่อของสภาพสังคมที่ไม่เอื้ออำนวย หรือเป็นเพียงวัตถุที่สามารถจัดการได้ด้วยนโยบายตามอำเภอใจของรัฐ สำหรับการทำ

ความเข้าใจสิ่งมีชีวิตและโลกทางศีลธรรมนั้นไม่ใช่เรื่องง่ายเหมือนกับการเล่นกับข้อมูลทางสถิติ สุดท้ายนี้เราจะเห็นได้ว่าอาชญาวิทยาคลาสสิกมองว่าอาชญากรรมในเด็กเป็นเรื่องเลวร้ายที่สามารถแก้ไขฟื้นฟูได้ด้วยสังคมที่เข้มแข็ง ด้วยการจำกัดอำนาจรัฐที่ทำให้การกระทำใด ๆ ที่รัฐเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ก็ตามกลายเป็นอาชญากรรม

แม้ว่าอาชญาวิทยาคลาสสิกจะถูกลดความนิยมลงในยุคหลังมานี้ โดยผู้วิจัยมักหันเหความสนใจไปที่การวิจัยที่เป็นระบบและสามารถถูกวัดค่าตรวจสอบได้เชิงประจักษ์ ซึ่งทำให้หัวใจของการทำความเข้าใจภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดของการศึกษาอาชญาวิทยาถูกหลงลืมไป แต่ถึงอย่างไรอาชญาวิทยาคลาสสิกยังคงยึดมั่นในความเชื่อของการทำความเข้าใจอาชญากรรมเด็ก โดยทำความเข้าใจโลกแห่งศีลธรรมของเด็กเพื่อหาวิถีทางแก้ไขฟื้นฟูต่อไป

อย่างไรก็ตาม อาชญาวิทยาคลาสสิกก็มีข้อด้อยหลายประการ เนื่องจากมันอาจดูไม่มีอะไรในสายตาของผู้คิดว่าตนเองมีปัญญามากและคิดว่าการยึดมั่นในหลักความจริงทางศีลธรรมเป็นเรื่องไร้สาระ ซึ่งความจริงแล้วงานทุกชิ้นมันก็สามารถมีความผิดพลาดได้อย่างแน่นอน แต่ถึงอย่างไรก็มีข้อได้เปรียบที่ดีมากอย่างหนึ่งก็คือ การใช้ภาษาวีธีหรือการโต้แย้งกันด้วยเหตุและผล ที่ไม่สามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุม กดขี่อย่างโหดเหี้ยมได้ เพราะอาชญาวิทยาคลาสสิกทำให้เกิดความก้าวหน้าของความรับผิดชอบทางศีลธรรมและการให้เหตุผลอย่างอิสระ กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยแท้จริงไม่ได้ขึ้นอยู่กับรัฐ รัฐบาล ชชาติ เชื้อชาติ สถาบันทางศาสนา หรือแม้แต่หน่วยงานต่าง ๆ ที่ให้ทุนวิจัย แต่มันคือมนตรมนั่นเอง

References

- Becker, Peter. "Researching Crime and Criminals in the 19th Century." In *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*, edited by R. A. Triplett, 45-64. Wiley Blackwell, 2018.
- Bottoms, Anthony. "Compliance and Community Penalties." In *Community Penalties: Change and Challenges*, edited by Anthony Bottoms, Sue Rex, and Gwen Robinson, 20-40. Willan, 2001.
- Braithwaite, John. "Repentance Rituals and Restorative Justice." *The Journal of Political Philosophy* 8 (2000): 115-131.
- Burnside, Jonathan. *My Brother's Keeper: Faith-based Units in Prisons*. Willan Publishing, 2005.
- DeLapp, Kevin. *Moral Realism*. Bloomsbury, 2013.
- Duff, R. Antony. "Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?" *Buffalo Criminal Law Review* 6, no. 1 (2002): 147-184.
- Eisenberg, Ulrich. *Kriminologie*. Verlag C.H.Beck, 2005.
- Farmer, Lindsay. *Criminal Law, Tradition and Legal Order*. Cambridge University Press, 1997.
- Foucault, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Translated by Alan Sheridan. Penguin, 1995.
- George, Robert P. *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford University Press, 1993.
- Glueck, Sheldon, and Eleanor Glueck. *Unraveling Juvenile Delinquency*. Harvard University Press, 1950.
- Harvey, Joel. "An Embedded Multimethod Approach to Prison Research." In *Doing Research on Crime and Justice*, 2nd ed., edited by Roy King and Emma Wincup, 100-120. Oxford University Press, 2008.

Heynen, E., Hoogsteder, L., van Vugt, E., Schalkwijk, F., Stams, G.-J., and M. Assink.

"Effectiveness of Moral Developmental Interventions for Youth Engaged in Delinquent Behavior: A Meta-Analysis." *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*.

<https://doi.org/10.1177/0306624X231172648>.

Jamieson, Dale. "The Poverty of Postmodernist Theory." *University of Colorado Law Review* 62 (1991): 577-596.

Jevtić, Bisera. "Moral Judgement of Delinquents." *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 149 (2014): 449-455.

Johnson, R., Larson, D. B., De Li, and S. J. Jang. "Escaping from the Crime of Inner Cities: Church Attendance and Religious Salience among Disadvantaged Youth." *Justice Quarterly* 17, no. 2 (2000): 377-391.

Jones, Richard. "Architecture, Criminal Justice, and Control." In *Perspectives on Punishment: The Contours of Control*, edited by Lesley McAra and Sue Armstrong, 200-220. Oxford University Press, 2006.

Jones, Russell G. "Surveillance." In *Criminology*, edited by Chris Hale, Keith Hayward, Azrini Wahidin, and Emma Wincup, 300-320. Oxford University Press, 2005.

Jupp, Victor R. *Methods of Criminological Research*. Routledge, 1993.

King, Roy D., and Emma Wincup. "The Process of Criminological Research." In *Doing Research on Crime and Justice*, 2nd ed., edited by Roy King and Emma Wincup, 10-30. Oxford University Press, 2008.

Lessig, Lawrence. *The Future of Ideas*. Random House, 2001.

Lewin, Kurt. "Action Research and Minority Problems." *Journal of Social Issues* 2, no. 4 (1946): 34-46.

Loader, Ian, and Richard Sparks. "Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control: Governance, Risk, and Globalization." In *The Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed., edited by Mike Maguire, Rod Morgan, and Robert Reiner, 400-420. Oxford University Press, 2007.

- Maruna, Shadd. *Making Good: How Ex-convicts Reform and Rebuild Their Lives*. Vol. 86. Washington, DC: American Psychological Association, 2001.
- Meier, Bernd-Dieter. *Kriminologie*. Verlag C.H.Beck, 2007.
- Paternoster, Ray, and Daren Fisher. "The Foundation and Re-emergence of Classical Thought in Criminological Theory: A Brief Philosophical History." In *The Handbook of the History and Philosophy of Criminology*, edited by R. A. Triplett, 60-80. Wiley Blackwell, 2017.
- Shytov, Alexander N. *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*. Kluwer, 2001.
- Tocqueville, Alexis de. *Democracy in America*. Harper & Row, 1835.
- Ugwudike, Pamele. "Probation Enforcement Practice with Sex Offenders." In *Sex Offenders: Punish, Help, Change or Control?*, edited by Jo Brayford, Francis Cowe, and John Deering, 150-170. Routledge, 2012.
- Vold, George B., Thomas J. Bernard, and Jeffrey B. Snipes. *Theoretical Criminology*. Oxford University Press, 1998.
- Warr, Mark. "Life-Course Transition and Desistance from Crime." *Criminology* 36, no. 2 (1998): 183-216.
- Williams, Katherine S. *Textbook on Criminology*. Oxford University Press, 2012.
- Zeba, Daves. "School of Criminology: A Comparative Analysis." *Indiana Journal of Integrated Research in Law* 2, no. 2 (2019): 3-4.
- เลอพร ศุภสร. "การเปิดรับข่าวอาชญากรรมของเด็กและเยาวชน ศึกษาเฉพาะกรณีสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน จังหวัดอุบลราชธานี." *Journal of Criminology and Forensic Science* 5, ฉบับที่ 2 (2019): 150-167.
- สรายุทธ รื่นรมย์, เพ็ญศรี พัทธวิวัฒน์ศิริ, และชาติชาย มหาศีตะ. "มาตรการเพิ่มประสิทธิภาพระบบการพัฒนาพฤติกรรมของผู้ต้องขังทัณฑสถานวัยหนุ่มกลาง." *วารสารวิชาการบัณฑิตวิทยาลัยสวนดุสิต* 16, ฉบับที่ 1 (2020): 65-80.

**อยู่บนหลักสากล ? : ศึกษาการใช้มาตรการควบคุมการชุมนุมสาธารณะของรัฐไทย
ระหว่างปี 2563 – 2565¹**

**Based on International Principles? : The Study of the Thai Government's
Measures to Control Public Assembly During 2020 - 2022.**

ภาสกร ญีนาง
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Passakorn Yeenang
Faculty of Law, Chiang Mai University

E-mail: Passakorn.2131@gmail.com

Received: October 16, 2023; Revised: November 18, 2023; Accepted: November 23, 2023

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน สถานการณ์การเมืองไทยดำเนินมาอยู่ในจุดไม่เคยมีให้เห็นมาก่อนในประวัติศาสตร์ มีการแสดงออกและการเคลื่อนไหวในประชาธิปไตยผ่านการชุมนุมสาธารณะอย่างกว้างขวาง ผลที่ตามมาคือ การใช้มาตรการควบคุมการชุมนุมที่รุนแรงเพื่อสลายการชุมนุมโดยที่ฝ่ายรัฐมักอ้างว่า ผู้ชุมนุมกระทำความผิดกฎหมายและมาตรการของรัฐเป็นไปตามหลักสากล ดังนั้นบทความชิ้นนี้ จึงต้องการศึกษาว่า การกระทำของรัฐไทยสอดคล้องกับหลักสากลตามที่กล่าวอ้างจริงหรือไม่ มากน้อยเพียงใด โดยวิเคราะห์จากหลักสากลที่มีการระบุไว้ในเอกสารขององค์กรระหว่างประเทศที่พยายามกำหนดมาตรฐานสากลเกี่ยวกับควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะ มาประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งสื่อมวลชน งานวิชาการ และข้อมูลภาคประชาสังคม ซึ่งมีการนำเสนอภาพเหตุการณ์การใช้ความรุนแรงทั้งต่อผู้ชุมนุมและประชาชนทั่วไป

¹ บทความฉบับนี้ เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัยโครงการศึกษาเพื่อจัดทำคู่มือสำหรับส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ที่เกี่ยวกับการจัดการและการดูแลการชุมนุมสาธารณะ นำเสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ปี 2565

การศึกษาพบว่า ปฏิบัติการของประเทศไทยในกรณีการเข้าควบคุมหรือจัดการการชุมนุมยังคงปรากฏการใช้อำนาจที่เกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน โดยเฉพาะการมีปฏิบัติการการใช้อำนาจที่ไม่สอดคล้องกับพฤติการณ์การชุมนุม ทั้งยังบกพร่องในการดำเนินมาตรการขจัดเหี้ยมเยียวและการแสดงความรับผิดชอบต่อประชาชนผู้เสียหายระหว่างการชุมนุมสาธารณะอยู่เสมอมา

คำสำคัญ: การชุมนุมสาธารณะ, การควบคุมการชุมนุม, มาตรฐานสากล

Abstract

At present, Thailand's political situation is at an unprecedented level in its history. Public assembly became a common venue for the expression and movement of democratic concerns. As a result, the Thai government has relied on violent measures to subdue public gatherings, citing legal violations by the demonstrators and state actions that were consistent with international standards. Therefore, the purpose of this article is to examine whether the Thai government's assembly control measures are consistent with international standards. To achieve this goal, an analysis of the facts from a variety of sources, including academics, the media, and civil society organizations, will be conducted in addition to a review of the international standards that establish guidelines for supervision of public assemblies.

According to the result of this study, the Thai government continues to abuse its authority excessively and disproportionately when it involves policing or supervising public gatherings. In particular, there were instances of force being exercised in ways inconsistent with the nature of the rallies. Additionally, they have consistently neglected to implement compensation and take accountability for the victims of police misconduct at public gatherings.

Keywords: Public Assembly, Assembly Control, International Standard

บทนำ

นับตั้งแต่ปี 2563 ประชาชนทั่วไป รวมถึงสื่อและนักวิชาการหลายแขนง ล้วนได้มีส่วนร่วมในการขับเคลื่อนกลไกประวัติศาสตร์การเมือง และต่างพูดไปในทิศทางเดียวกันว่า การเมืองไทย ได้ดำเนินมาถึงจุดที่ไม่มีทางวนกลับ เป็นจุดที่มีการปะทะกันอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ฝ่ายที่ต้องการรักษาฐานอำนาจและสถานะดั้งเดิม ย่อมไม่ปล่อยให้ฝ่ายที่สามารถเคลื่อนไหวหรือเรียกร้องให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างถอนรากถอนโคนที่แสดงถึงสถานการณ์ดังกล่าวอันชัดเจนที่สุด หนีไม่พ้นภาพของความเคลื่อนไหวหรือการชุมนุมประท้วงของประชาชนทั่วประเทศ เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่ข้อเรียกร้องเรื่องปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์ถูกกล่าวถึงอย่างเปิดเผยในพื้นที่สาธารณะ จนหลายคนเรียกว่าเป็นการเคลื่อนไหวที่ "ทะลุเพดาน"

การเสนอข้อเรียกร้องและแสดงจุดยืนของฝ่ายผู้ชุมนุม รวมถึงการชุมนุมประท้วงอย่างต่อเนื่องนำไปสู่การเผชิญหน้าและการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มผู้ชุมนุมของฝ่ายรัฐบาล ผนวกกับสถานการณ์ความไม่ปกติภายใต้การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 (Covid-19) ที่เปิดโอกาสให้รัฐฉวยโอกาสในการประกาศสถานการณ์มาเป็นเครื่องมือรองรับความชอบธรรมให้กับการกระทำความรุนแรง การใช้กฎหมายเพื่อกดปราบการแสดงออกทางการเมืองอย่างกว้างขวาง ยิ่งส่งผลให้สถานการณ์เลวร้ายลง

ที่สำคัญ ฝ่ายรัฐบาล ซึ่งมีพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมดูแลการชุมนุม มักให้สัมภาษณ์กับสื่อไปในทิศทางเดียวกันว่า เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการดูแลผู้ชุมนุมเป็นไปตามหลักสากล และเป็นไปตามกฎหมาย² คำถามก็คือ หลักสากลที่อ้างถึงกล่าวถึงมาตรฐานการควบคุมดูแลผู้ชุมนุมอย่างไรบ้าง และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแล้ว การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นไปตามหลักการดังกล่าวมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ การวิเคราะห์จะเป็นการมุ่งศึกษากฎหมายในทางปฏิบัติ (Law in action) ผ่านปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมฝูงชน โดยพิจารณาผ่านกรอบมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะที่มีผลผูกพันกับรัฐไทย ซึ่งจะ

² ไทยรัฐ, “พล.อ.ประยุทธ์” ขอบคุนทุกฝ่าย ทำหน้าที่ระงับกลุ่มผู้ชุมนุมยึดหลักสากล,” 7 สิงหาคม 2564, ไทยรัฐออนไลน์, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://www.thairath.co.th/news/politic/2160726>.

สะท้อนให้เห็นถึงช่องว่างและระยะห่าง หรือความไม่สอดคล้องกันระหว่างปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ต่อประชาชนผู้ชุมนุมกับหลักสากลที่ฝ่ายผู้มีอำนาจกล่าวอ้าง

1. มาตรฐานสากลเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะ

มาตรฐานสากลเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะนั้นมีเนื้อหาสาระหลายประเด็น และมีประกอบด้วยหลักการหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มาจากหลายแหล่ง โดยส่วนใหญ่เน้นไปที่การรับรองเสรีภาพการชุมนุม และการกำกับควบคุมอำนาจรัฐให้สามารถแทรกแซงเสรีภาพการชุมนุมของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วน ทั้งนี้ มาตรฐานสากลในเรื่องดังกล่าวประกอบไปด้วย

1.1 เอกสารความเห็นทั่วไป ฉบับที่ 37 (General Comment No. 37 on the right of peaceful assembly)

เอกสารความเห็นทั่วไป ฉบับที่ 37 เป็นเอกสารที่เชื่อมโยงโดยตรงกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคี เอกสารฉบับนี้แสดงรายละเอียดการตีความ (authoritative interpretations) บทบัญญัติข้อ 21 (การรับรองเสรีภาพการชุมนุม) ใน ICCPR ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee)

รายละเอียดในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 วางหลักการความก้าวหน้าและมาตรฐานที่ครอบคลุมในเรื่องของเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ การแสดงออกเพื่อต่อต้านอำนาจรัฐ โดยเริ่มต้นด้วยการยืนยันว่า³ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบเป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ เพราะเป็นเครื่องมือทำให้บุคคลทั้งหลายสามารถแสดงออกร่วมกันและมีส่วนร่วมในการเปลี่ยนแปลงสังคมของตน และเป็นการคุ้มครองให้ประชาชนสามารถแสดงความเป็นตัวตนของตนร่วมกับผู้อื่น

ในแง่ของพันธกรณีของรัฐ เมื่อมีการชุมนุมโดยสงบเกิดขึ้น รัฐต้องให้ผู้ร่วมชุมนุมสามารถกำหนดวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาในการแสดงออกผ่านการชุมนุมได้อย่างเสรี จะต้องสันนิษฐานไว้

³ United Nations, *General Comment No. 37 (2020) on the Right of Peaceful Assembly (Article 21) Human Rights Committee*. (New York: United Nations, 2020), 1.

ก่อนว่าการชุมนุมนั้น ๆ เป็นไปโดยสงบ⁴ โดยหลักแล้ว การดูแลควบคุมการชุมนุมโดยสงบหรือการกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดในการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่แทรกแซงเนื้อหาของการชุมนุม รวมถึงไม่กระทำการโดยปราศจากเหตุอันควรอันเป็นการห้าม จำกัด ขัดขวาง สลาย หรือรบกวนการชุมนุมโดยสงบ และจะต้องไม่ลงโทษผู้เข้าร่วมการชุมนุมหรือผู้จัดการชุมนุมโดยปราศจากเหตุที่ชอบธรรมตามกฎหมาย⁵

ขณะเดียวกัน การแจ้งการชุมนุมไม่ใช่สาระสำคัญที่รัฐจะสามารถนำมาเป็นเงื่อนไขหรือข้ออ้างในการจำกัด ลดทอน หรือระงับการใช้เสรีภาพ รวมทั้งไม่อาจนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการละเลยการปฏิบัติหน้าที่เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มาชุมนุม ไม่ว่าจะเป็นการชุมนุมที่แจ้งการชุมนุมหรือไม่ก็ตาม ต้องได้รับการคุ้มครอง⁶ นอกจากนี้ ถ้าการชุมนุมนั้นเป็นการชุมนุมโดยสงบ การอาศัยเพียงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้จัดการชุมนุมหรือผู้ชุมนุมไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับการชุมนุมบางประการนั้นไม่ทำให้ผู้เข้าร่วมการชุมนุมหลุดพ้นจากความคุ้มครองตามข้อ 21 ของ ICCPR⁷

การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพและประกันการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้จัดการชุมนุมและผู้เข้าร่วมการชุมนุม ให้ความคุ้มครองแก่สื่อมวลชน ผู้ติดตามสถานการณ์ ผู้สังเกตการณ์ เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ สาธารณชนกลุ่มอื่น ๆ และทรัพย์สินทั้งของสาธารณะและของเอกชนจากอันตรายทั้งปวง ที่สำคัญแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ขั้นพื้นฐานของเจ้าหน้าที่ของรัฐคือ เพื่อให้เกิดการอำนวยความสะดวกในการชุมนุมโดยสงบเมื่อมีความจำเป็น ไม่ใช่การปราบปรามผู้ชุมนุม ทำลาย หรือแทรกแซงการเคลื่อนไหว⁸ แม้ว่าจะมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ยกเว้นให้รัฐใช้อำนาจพิเศษได้ (ภายใต้หลักความจำเป็นและได้สัดส่วน) แต่เหตุดังกล่าวนี้ ต้องไม่ใช่การยกเว้นสิทธิในชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือลงโทษอย่างทารุณโหดร้าย

⁴ Ibid, 4-5.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid, 4.

⁸ Ibid.

การห้ามชุมนุมควรเป็นทางเลือกสุดท้ายที่รัฐจะนำมาพิจารณา ซึ่งเป็นไปตามหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน⁹ รัฐควรพิจารณาใช้มาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพน้อยที่สุดเป็นมาตรการแรก การสลายการชุมนุมต้องเป็นทางเลือกสุดท้าย และพิจารณาในภายหลังว่ามีความจำเป็นต้องใช้มาตรการใด ๆ ต่อการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นระหว่างการชุมนุมหรือไม่ การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบต้องพิจารณาการกระทำของผู้ชุมนุมเป็นรายกรณีไป¹⁰

แม้ความในตอนที่ 21 ของ ICCPR จะระบุเหตุอันชอบธรรมในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบไว้ คือ เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย การคุ้มครองด้านสาธารณสุข หรือศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น แต่ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 ตีความไว้ว่า ทั้งหมดต้องมีใช้การนำไปสู่กเว้นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของผู้ชุมนุม และโดยทั่วไปการชุมนุมโดยสงบ ย่อมไม่สามารถทำความเสียหายต่อความมั่นคงของชาติ สงบ รัฐไม่ควรกล่าวอ้าง “ความสงบเรียบร้อย” ซึ่งเป็นคำที่มีความคลุมเครือเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม¹¹ ที่สำคัญ ฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นความชอบธรรมของเหตุแห่งการจำกัดสิทธิที่จะใช้บังคับ ไม่ใช่หน้าที่ของประชาชนผู้ชุมนุม¹²

1.2 หลักการสำหรับการบริหารจัดการการชุมนุมอย่างเหมาะสม 10 ประการ

หลักการสำหรับการบริหารจัดการการชุมนุมอย่างเหมาะสม 10 ประการ ได้ถูกระบุไว้ในเอกสารรายการตรวจสอบ เพื่อการติดตามการดำเนินการข้อเสนอแนะเชิงปฏิบัติว่าด้วยการชุมนุม¹³ รายงานโดยผู้รายงานพิเศษแห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association) Maina Kiai และ Christof Heyns (A/HRC/31/66) รายงานฉบับดังกล่าว ถูกตีพิมพ์เมื่อเดือนมีนาคม

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid, 8.

¹² Ibid.

¹³ United Nations, *10 Principles for the Proper Management of Assemblies*. United Nations Special Rapporteur. (New York: United Nations, 2016).

2016 ซึ่งรายงานฉบับนี้ เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์สร้างความชัดเจนแก่กฎหมายและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ

- (1) รัฐจะต้องเคารพและรับรองสิทธิทั้งหมดของบุคคลที่เข้าร่วมการชุมนุม
- (2) ทุกคนมีเสรีภาพที่ไม่สามารถพรากไปได้ในการเข้าร่วมการชุมนุมโดยสงบ
- (3) ข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ใช้บังคับต่อการชุมนุมโดยสงบสันติจะต้องสอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ
- (4) รัฐพึงอำนวยความสะดวกต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ
- (5) ห้ามมิให้ใช้กำลัง เว้นแต่เป็นกรณีที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ และหากมีการใช้กำลัง จะต้องดำเนินการใช้กำลังสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ
- (6) ทุกคนมีสิทธิในการสังเกตการณ์ สิทธิในการเฝ้าระวัง และสิทธิในการบันทึกการชุมนุม
- (7) การรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับการชุมนุมต้องไม่แทรกแซงความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิอื่น ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต
- (8) บุคคลทุกคนมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุม
- (9) องค์กรธุรกิจมีความรับผิดชอบในการเคารพสิทธิมนุษยชนในบริบทของการชุมนุม
- (10) รัฐและกลไกของรัฐพึงรับผิดชอบการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุม

1.3 แนวปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการใช้อาวุธที่มีความรุนแรงต่ำในการบังคับใช้กฎหมาย

แนวปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการใช้อาวุธที่มีความรุนแรงต่ำในการบังคับใช้กฎหมาย (UN Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement) ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ¹⁴ แนวปฏิบัตินี้จัดทำเสร็จในปี ค.ศ. 2019 เพื่อเติมเต็มช่องว่างในการตีความหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและการบังคับใช้กฎหมาย และวางหลักว่าเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายมีความรับผิดชอบ

¹⁴ United Nations, *Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*. United Nations Human Rights. (New York and Geneva: United Nations, 2020).

อย่างใหญ่หลวงที่จะตัดสินใจว่าการใช้กำลังนั้น จำเป็นสำหรับสถานการณ์หนึ่ง ๆ และแค่ไหนเพียงใดจะได้สัดส่วนกับภัยคุกคามที่ต้องเผชิญหน้า หลายครั้งเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องตัดสินใจซึ่งน้ำหนักในเวลาไม่กี่วินาทีภายใต้เงื่อนไขที่ซับซ้อนและเป็นอันตราย จึงต้องรำลึกไว้เสมอถึงหลักการใช้กำลังและหลักสิทธิมนุษยชนสากล

สำหรับการชุมนุมและการสลายการชุมนุม องค์การสหประชาชาติได้กำหนดหลักการพื้นฐานในกรณีที่เกิดการชุมนุมที่ไม่ก่อให้เกิดความรุนแรง รัฐต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลังหรือใช้ตราบเท่าที่จำเป็น และการใช้กำลังบังคับใด ๆ ก็ตามต่อผู้ชุมนุม จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในเอกสารแนวปฏิบัติ¹⁵ ซึ่งได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติ โดยแยกตามประเภทของเครื่องมือที่ใช้ควบคุมการชุมนุม ดังนี้

(1) การใช้อุปกรณ์ฉีดน้ำแรงดันสูงและใช้สารระคายเคือง

การใช้อุปกรณ์ฉีดน้ำแรงดันสูง (water canon) เช่น รถฉีดน้ำแรงดันสูง หรือหัวฉีดน้ำแรงดันสูง ออกแบบมาเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะสลายการรวมกลุ่ม เพื่อปกป้องทรัพย์สินหรือหยุดพฤติกรรมการใช้ความรุนแรง โดยทั่วไปแล้ว การฉีดน้ำแรงดันสูงควรจะใช้ในสถานการณ์ที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยอย่างร้ายแรง ซึ่งมีความเป็นไปได้อย่างยิ่งว่าจะนำไปสู่การเสียชีวิต บาดเจ็บสาหัส หรือการทำลายทรัพย์สินอย่างรุนแรงในวงกว้าง “เท่านั้น”¹⁵

การใช้อุปกรณ์ฉีดน้ำแรงดันสูง ไม่ควรยิงไปที่ส่วนบนของร่างกายผู้ชุมนุม เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บระดับทุติยภูมิ (secondary injury)¹⁶ ความเสี่ยงอื่น ๆ รวมถึงอาการช็อกเพราะอุณหภูมิของร่างกายต่ำลงจากน้ำเย็นในภาวะที่อากาศหนาว และความเสี่ยงจากการลื่นล้ม หรือการถูกฉีดอัดกับกำแพง การใช้อุปกรณ์ฉีดน้ำแรงดันสูงนั้น ต้องให้ผลที่ไม่เฉพาะเจาะจง คือ ไม่สามารถใช้แบบเล็งไปที่ตัวบุคคลโดยเฉพาะได้¹⁷

¹⁵ United Nations, *10 Principles for the Proper Management of Assemblies*. United Nations Special Rapporteur. (New York: United Nations, 2016), 38.

¹⁶ การบาดเจ็บระดับทุติยภูมิ (secondary injury) หมายถึง การเปลี่ยนแปลงทางชีวภาพ ที่มีผลทำลายล้างและแพร่กระจายได้เองในเซลล์หรือเนื้อเยื่อในตัวบุคคล ซึ่งนำไปสู่ความผิดปกติหรือเสียชีวิตในเวลาต่อมา ซึ่งอาจเป็นเวลาหลายชั่วโมงหรือหลายสัปดาห์ หลังจากการได้รับบาดเจ็บครั้งแรก (การบาดเจ็บระดับปฐมภูมิ) ใน Borgens, Richard Ben, and Peishan Liu-Snyder, "Understanding Secondary Injury," *The Quarterly Review of Biology* 87, no. 2 (2012): 89.

¹⁷ United Nations, *Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*. United Nations

การใช้สารที่ก่อให้เกิดความระคายเคืองทางเคมี (chemical irritants)¹⁸ ต้องใช้จากระยะไกลต่อกลุ่มบุคคลที่เข้าร่วมก่อความรุนแรง มีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้ชุมนุมกระจายตัวและหลีกเลี่ยงการใช้ความรุนแรง การใช้สารเคมีดังกล่าวในพื้นที่ปิด อาจทำให้เกิดการเหยียบกันเองของฝูงชน และก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่เลือกฝ่าย เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของทิศทางลมและอากาศ ซึ่งสามารถก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหากใช้ในพื้นที่ปิดเป็นจำนวนมาก การใช้สารที่ก่อให้เกิดความระคายเคืองทางเคมีอาจก่อให้เกิดความยากลำบากในการหายใจหรือการระคายเคืองในระบบหายใจ ผิวหนังอักเสบ การใช้สารเคมีดังกล่าวในจำนวนมากอาจเกิดน้ำท่วมปอด ทำลายเซลล์ในระบบหายใจและระบบย่อยอาหาร ฯลฯ โดยบุคคลที่ถูกสารเคมีเหล่านี้ต้องได้รับการฆ่าเชื้ออย่างเร่งด่วนที่สุด¹⁹

การใช้สารเคมีระคายเคืองต้องไม่ยิงไปหาบุคคล หากโดนใบหน้าหรือศีรษะอาจเกิดอันตรายต่อร่างกายและชีวิต รวมทั้งต้องไม่ใช้ในพื้นที่ปิดหรือในพื้นที่ซึ่งไม่มีอากาศถ่ายเทเพียงพอ ไม่ควรใช้สารเคมีที่ก่อความระคายเคืองที่มีระดับของสารอันตรายสูง²⁰

(2) การใช้แก๊สน้ำตา

การใช้แก๊สน้ำตาต้องใช้โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยต้องยิงใส่กลุ่มบุคคลที่ก่อความรุนแรงจากระยะไกลเพื่อใช้รับมือกลุ่มบุคคลหรือบุคคลที่ใช้ความรุนแรง ทั้งนี้การใช้แก๊สน้ำตาเพื่อสลายการชุมนุมหรือยุติความรุนแรง แก๊สน้ำตาแบบกระจายระยะไกลที่นิยมใช้อย่างแพร่หลายคือ แก๊สซีเอส “CS” ซึ่งจะส่งกลิ่นเหม็นรุนแรงทางเคมีกระจายไปในระยะไกล โดยแก๊สน้ำตามีทั้งแบบยิงวิถีโค้ง และยิงวิถีตรงจากปืนยิงแก๊สน้ำตา²¹

ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการใช้แก๊สน้ำตา สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประการหลัก²² คือ ความเสี่ยงด้านสถานที่ เนื่องจากแก๊สน้ำตาอาจให้ผลลัพธ์ที่ไม่แน่นอนในพื้นที่เปิดเนื่องจากการเปลี่ยนผันของทิศทางลม และอาจสร้างความแตกตื่นแก่ฝูงชนในพื้นที่เปิดอย่างสนามฟุตบอล

Human Rights. (New York and Geneva: United Nations, 2020).

¹⁸ Ibid, 26.

¹⁹ Ibid, 26 – 27.

²⁰ Ibid, 27.

²¹ Ibid, 29.

²² Ibid.

รวมถึงอาจทำให้เกิดอันตรายถึงชีวิตหากใช้ในพื้นที่อับอากาศซึ่งส่งผลให้เกิดความเข้มข้นสูง หรือ หากประกายไฟจากลูกกระสุนแก๊สน้ำตาตกไปตกใกล้วัตถุไวไฟ ก็อาจทำให้เกิดการเผาไหม้ได้²³

ความเสี่ยงอีกประการหนึ่ง คือ ความเสี่ยงด้านสุขภาพ เนื่องจากการใช้แก๊สน้ำตาสามารถ ทำให้มีอาการหายใจลำบาก คลื่นไส้ อาเจียน ระคายเคืองระบบทางเดินหายใจ ต่อม้ำตาและ ดวงตา อาการระคายเคืองผิวหนังอักเสบ หากได้รับในปริมาณมากอาจทำให้เซลล์ในระบบทางเดินหายใจ ทำลายระบบย่อยอาหาร ปวดบวม และเลือดออกภายใน

สถานการณ์ที่ใช้แก๊สน้ำตาจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่²⁴

(1) การยิงแก๊สน้ำตาแบบวิถีโค้งไปที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง และการเล็งไปที่ศีรษะหรือ ใบหน้า อาจทำให้ผู้ที่ถูกยิงเสี่ยงต่อการเสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้

(2) การยิงแก๊สน้ำตาในพื้นที่อับอากาศที่ไม่มีทางออกหรือไม่มีการระบายอากาศที่เพียงพอ อาจทำให้ผู้เสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสจากภาวะขาดอากาศหายใจ และก่อให้เกิดอาการเนื้อเยื่อทางเดินหายใจถูกทำลายและอาการเลือดออกภายใน หากได้รับแก๊สน้ำตาในปริมาณที่มากเกินไป

(3) เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายควรใช้แก๊สน้ำตาชนิดซึ่งสารระคายเคืองมีระดับความเป็นพิษที่ต่ำที่สุด แต่ยังคงมีประสิทธิภาพที่อยู่ และไม่ควรมีสารที่ออกฤทธิ์เป็นอันตรายมาใช้

ในทางทฤษฎี เจ้าหน้าที่ควบคุมฝูงชนควรถูกฝึกให้ยิงกระสุนบรรจุแก๊สน้ำตาให้ตกบริเวณ ด้านหน้าและด้านหลังของกลุ่มผู้ชุมนุมขึ้นอยู่กับการทิศทางลม ทำให้โอกาสที่กระสุนจะโดนกลุ่มผู้ชุมนุมลดลง โดยองค์การยังขึ้นอยู่กักระดับความสูงของเจ้าหน้าที่ควบคุมฝูงชนและกลุ่มผู้ชุมนุม โดยทั่วไปจะอยู่ที่ 45 องศาหรือใกล้เคียง แต่ทว่าในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ เจ้าหน้าที่ควบคุมฝูงชน มักจะปาระเบิดบรรจุแก๊สน้ำตาเข้าไปในกลุ่มผู้ชุมนุมเพื่อประสิทธิภาพสูงสุด การโยนเข้าไปในกลุ่มผู้ชุมนุมเช่นนี้ ช่วยลดความจำเป็นในการประเมินทิศทางลม ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อฝูงชนอย่างแน่นอน และโอกาสที่กระสุนจะพุ่งไปผิดทิศทางนั้นแทบจะเป็นศูนย์²⁵

²³ Ibid, 30.

²⁴ Ibid, 30 – 31.

²⁵ ไอลอร์, “‘หลักสากล’ สำหรับการชุมนุมและการสลายการชุมนุม,” 17 ตุลาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 1

(3) กระสุนยาง (Kinetic Impact Projectiles)

วิธีการใช้และการกำหนดขอบเขตของการใช้กระสุนยางต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อใช้รับมือกับบุคคลที่ใช้ความรุนแรง หรือให้เป็นทางเลือกอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่าอาวุธชนิดอื่นที่ทำให้อันตรายถึงชีวิตได้ โดยกระสุนดัดแปลง นอกจากกระสุนยาง อาจเป็นกระสุนพลาสติกได้เช่นกัน²⁶ และสถานการณ์ที่อาจนำกระสุนยางมาใช้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องทำให้แน่ใจว่า กระสุนยางได้ถูกใช้ในการยิงเล็งไปที่ช่วงท้องส่วนล่าง หรือขา ของบุคคลที่ใช้ความรุนแรงเท่านั้น และใช้เฉพาะในกรณีที่เล็งเห็นว่ากำลังจะเกิดอันตรายต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือสาธารณชน²⁷

ขณะที่การยิงไปที่ใบหน้าหรือศีรษะ อาจส่งผลให้กะโหลกศีรษะแตกและสมองบาดเจ็บ เกิดอันตรายต่อดวงตา รวมไปถึงอาจก่อให้เกิดอาการตาบอดถาวร หรืออาจเสียชีวิตได้ การยิงกระสุนยางจากทางอากาศหรือที่สูง มีแนวโน้มจะเพิ่มความเสี่ยงที่จะยิงโดนศีรษะของผู้ชุมนุม การยิงไปที่ลำตัวของผู้ชุมนุมอาจก่อให้เกิดอันตรายต่ออวัยวะสำคัญและอาจทะลุลำตัวผู้ถูกยิง โดยเฉพาะเมื่อยิงในระยะใกล้ ขนาดของลำกล้องและความเร็วของวิถีของการยิง รวมไปถึงส่วนประกอบอื่น ล้วนส่งผลต่อการก่อให้เกิดอาการบาดเจ็บและความรุนแรงของการบาดเจ็บทั้งสิ้น²⁸

กระสุนยางไม่ควรใช้อย่างไรก็ตามอัตโนมัติ ซึ่งการยิงที่ละหลาย ๆ นัด ในคราวเดียวกันนั้น โดยทั่วไปไม่มีความแม่นยำ การยิงเช่นนั้นยังขัดต่อหลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วน กระสุนโลหะ เช่น กระสุนที่ยิงปืนลูกซอง (shotguns) ไม่ควรนำมาใช้ กระสุนควรมีการนำไปทดสอบและได้รับการอนุมัติให้ใช้ เพื่อให้มั่นใจว่าจะมีความแม่นยำเพียงพอที่จะใช้ยิงไปในบริเวณที่ปลอดภัยต่อเป้าหมายที่มีขนาดเท่ามนุษย์ในระยะที่กำหนด โดยไม่ใช้ความรุนแรงเกินควรซึ่งอาจ

พฤศจิกายน 2565, <https://ilaw.or.th/node/5765>.

²⁶ United Nations, *Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*. United Nations Human Rights. (New York and Geneva: United Nations, 2020), 35.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

ก่อให้เกิดการบาดเจ็บ และที่สำคัญเพื่อป้องกันอันตรายร้ายแรง การใช้กระสุนยางไม่ควรเล็งไปที่ศีรษะ ใบหน้า หรือคอ ทั้งนี้ กระสุนโลหะหุ้มยางเป็นอันตรายจึงไม่ควรนำมาใช้²⁹

(4) ปืนช็อตไฟฟ้า

โดยทั่วไปแล้ว ปืนช็อตไฟฟ้าทำหน้าที่ส่งสัญญาณพัลส์ (Pulse) ของประจุไฟฟ้า ซึ่งส่งผลให้กล้ามเนื้อของเป้าหมายหดเกร็งและทำงานไม่ประสานสัมพันธ์กันจนไม่สามารถควบคุมการเคลื่อนไหวของร่างกายได้ เรียกว่า “การสูญเสียการควบคุมกล้ามเนื้อ” เมื่อเป้าหมายสูญเสียการควบคุมกล้ามเนื้อ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถเข้าไปควบคุมตัวเป้าหมายได้โดยวิธีการตามปกติ อาทิ การใช้กุญแจมือ เป็นต้น³⁰

เงื่อนไขที่ปืนช็อตไฟฟ้าจะสามารถนำมาใช้ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย คือ ปืนช็อตไฟฟ้าจะต้องถูกใช้โดยเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายเท่านั้น เพื่อให้เป้าหมายสูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเองจากระยะไกล หากเป้าหมายมีพฤติกรรมที่อาจส่งผลให้ตนเองและผู้อื่นตกอยู่ในอันตราย ในบางสถานการณ์เจ้าหน้าที่อาจเลือกใช้ปืนช็อตไฟฟ้าแทนอาวุธปืนจริง และในสถานการณ์อื่น ๆ ปืนช็อตไฟฟ้าถูกใช้แทนอาวุธที่มีความร้ายแรงต่ำที่อาจเป็นอันตรายต่อเจ้าหน้าที่และเป้าหมายได้มากกว่า การใช้แสงเลเซอร์สีแดงหรือการเล็งอาจช่วยให้บรรลุมิติประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายโดยชอบได้ โดยไม่มีความจำเป็นต้องใช้อาวุธ³¹

ความเสี่ยงอันเกิดจากการใช้ปืนช็อตไฟฟ้า ได้แก่ อาการบาดเจ็บปฐมภูมิ (primary injury) หรือการบาดเจ็บที่เกิดขึ้นทันที ได้รับความเจ็บที่กล้ามเนื้อและกระดูกจากการหดตัวของกล้ามเนื้อที่ ปืนช็อตไฟฟ้าไม่ควรใช้ยิงไปที่ส่วนบนของร่างกาย เนื่องจากโดยปกติแล้วหากบุคคลโดนช็อตด้วยปืนช็อตไฟฟ้า ร่างกายจะไม่สามารถใช้มือรองรับแรงกระแทกได้ จึงมีความเสี่ยงที่จะได้รับการบาดเจ็บระดับทุติยภูมิ เช่น บาดเจ็บบริเวณศีรษะ ซึ่งการบาดเจ็บดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้จากการตกลงบนพื้นผิวที่แข็ง³²

²⁹ Ibid, 36.

³⁰ Ibid, 31.

³¹ Ibid.

³² Ibid, 32.

ด้านเงื่อนไขที่ส่งผลให้การนำปิ่นช็อตไฟฟ้ามาใช้อาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้ปิ่นช็อตไฟฟ้าต่อเป้าหมายที่ไม่ได้แสดงอาการต่อต้านด้วยการต่อสู้ เมื่อเกิดพฤติการณ์ที่เป็นไปได้ในการใช้ปิ่นช็อตไฟฟ้าแล้ว ควรหลีกเลี่ยงการช็อตไฟฟ้าซ้ำ ๆ นานเกินไป หรือต่อเนื่องกัน เพราะอาจเป็นการปฏิบัติอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม³³

(5) กระบอง

กระบองเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงต่ำที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายใช้กันโดยทั่วไป กระบองตำรวจส่วนใหญ่ทำมาจากไม้ ยาง พลาสติก หรือโลหะ กระบองมีประโยชน์หลายอย่างในขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมาย สามารถใช้เป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงต่ำเพื่อให้เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายสามารถป้องกันตัวเองจากผู้โจมตีอย่างรุนแรง หรือยังสามารถใช้เพื่อทำการจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมายต่อผู้ต้องสงสัยที่ขัดขืนอย่างรุนแรงอีกด้วย³⁴

กระบองจะถูกออกแบบมาเพื่อใช้กับบุคคลที่จะทำร้ายหรือเชื่อว่าจะทำร้ายเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือประชาชนทั่วไป เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายควรใช้กระบองโจมตีที่ขาหรือแขนของบุคคลเท่านั้น การใช้กระบองฟาดไปยังบริเวณกระดูกหรือข้อต่อมีความเสี่ยงที่จะส่งผลให้เกิดภาวะข้อเคลื่อน กระดูกหัก และการบาดเจ็บบริเวณเนื้อเยื่ออ่อน รวมทั้งควรหลีกเลี่ยงการใช้กระบองกระทุ้งหรือกระแทกไปบริเวณทรวงอก คอ หรือศีรษะ เพราะมีความเสี่ยงสูงที่จะทำให้เกิดอาการบาดเจ็บและอาจทำให้อวัยวะสำคัญฉีกขาด³⁵

เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องหลีกเลี่ยงการใช้กระบองโจมตีไปยังจุดบอบบางของร่างกาย ได้แก่ ศีรษะ คอและลำคอ กระดูกสันหลัง ไต และท้อง โดยไม่ควรใช้กระบองรัดคอเนื่องจากมีความเสี่ยงสูงที่ผู้ถูกรัดคอจะถึงแก่ความตาย หรือบาดเจ็บสาหัสจากการถูกกดทับที่เส้นเลือดใหญ่หรือทางเดินหายใจ และยังมีความเสี่ยงให้เกิดอาการบาดเจ็บบริเวณกล่องเสียง หลอดลม และกระดูกไคโคตินสัน ไม่ควรใช้กระบองกับผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือผู้ที่ไม่มีความผิด

³³ Ibid, 34 – 35.

³⁴ Ibid,

³⁵ Ibid, 26.

รุนแรง เพราะการใช้กระบองในลักษณะเช่นนั้นมิแน่ว่าจะมีความโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ย่ำยีศักดิ์ศรี หรือแม้กระทั่งเป็นการทรมาน³⁶

2. ข้อเท็จจริงในปฏิบัติการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะของประเทศไทย

ส่วนนี้ จะเป็นบทวิเคราะห์ถึงการปฏิบัติงานในการจัดการและดูแลการชุมนุมสาธารณะของประเทศไทยในช่วงตั้งแต่ปี 2563 ถึง 2565 ที่ผ่านมา ว่ามีความสอดคล้องกับหลักการหรือมาตรฐานการจัดการการชุมนุมสาธารณะในระดับสากลที่กล่าวมาข้างต้นมากน้อยเพียงใด การอภิปรายจะอิงอยู่กับข้อเท็จจริงสถานการณ์การชุมนุมในประเทศ ซึ่งจะพบว่า การปฏิบัติงานของประเทศไทยในการควบคุมดูแลการชุมนุม ยังมีประเด็นปัญหาที่ไม่สอดคล้องกับหลักการสากลอยู่หลายประการ ดังนี้

2.1 การใช้มาตรการความรุนแรงที่เกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน

กรอบมาตรฐานสากลในการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะที่รัฐต้องปฏิบัติตาม มักจะเน้นย้ำเรื่องการใช้กำลังเท่าที่จำเป็นและหลักความได้สัดส่วน เมื่อเป็นการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ เจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมฝูงชน ต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลังหรือไม่ใช้ความรุนแรง เพื่อเป็นการเคารพและประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนผู้ชุมนุม เว้นแต่ในสถานการณ์ที่การชุมนุมเริ่มมีความรุนแรง โดยใช้ได้เท่าที่จำเป็นและต้องได้สัดส่วน โดยมาตรการรุนแรงต้องเริ่มจากเบาไปหนัก ตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ การแทรกแซงการชุมนุมทำได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น และการใช้อาวุธที่มีความร้ายแรงต่ำในการเข้าควบคุมการชุมนุมหรือสลายการชุมนุม ต้องไปเป็นตามเงื่อนไข และขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในมาตรฐานสากล

ที่ผ่านมา การปฏิบัติตามมาตรฐานสากลของประเทศไทยในเรื่องนี้ สังคมยังคงตั้งคำถามอย่างกว้างขวางในเรื่องความเหมาะสมและความชอบด้วยกฎหมาย จากภาพเหตุการณ์และข้อเท็จจริงที่สะท้อนออกมาให้เห็นต่อสาธารณะตามสื่อต่าง ๆ ซึ่งลักษณะการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมฝูงชนในการสลายการชุมนุม มีปัญหาเข้าข่ายผิดกฎหมายหลายประการ อาทิ การใช้ปืนใหญ่ฉีดน้ำสลายการชุมนุม แนวปฏิบัติดังกล่าวกำหนดให้รัฐต้องใช้ใน

³⁶ Ibid.

สถานการณ์ที่กระทบต่อความสงบอย่างร้ายแรงซึ่งอาจนำไปสู่การเสียชีวิตบาดเจ็บสาหัส หรือมีการทำลายทรัพย์สินอย่างรุนแรงในวงกว้างเท่านั้น³⁷ และกรณีการใช้สารเคมี เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้เพื่อให้ผู้ชุมนุมกระจายตัว หลีกเลี่ยงความเสียหายและผลกระทบรุนแรงต่อผู้ชุมนุม ไม่ยิงเข้าหาบุคคล และห้ามใช้ในพื้นที่ปิดโดยเด็ดขาด³⁸ แต่ปรากฏว่า ในปฏิบัติการสลายการชุมนุมเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2563 ฝ่ายรัฐไทยได้ใช้ปืนใหญ่ฉีดน้ำแรงดันสูง ผสมกับสารเคมีที่มีฤทธิ์ก่อให้เกิดการอาการระคายเคือง ยิงไปที่ตัวชุมนุมจนล้มลงและกระเด็นไปคนละทิศละทาง ทั้ง ๆ ที่ขณะนั้นผู้ชุมนุมมารวมตัวกันและใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญโดยไม่เป็นการกระทบต่อความสงบอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด



ภาพที่ 1 นาที่รฉีดน้ำแรงดันสูงฉีดน้ำใส่ตัวผู้ชุมนุมในการชุมนุม 16 ตุลาคม 2563³⁹

ที่มา: <https://www.naewna.com/politic/525625>

หรือกรณีการใช้กระสุนยาง ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติการควบคุมการชุมนุมได้ใช้กระสุนยางยิงไปที่อวัยวะสำคัญของผู้ชุมนุมหลายครั้ง เช่น การเข้าสลายการชุมนุมวันที่ 18 กรกฎาคม 2564 ซึ่งปรากฏภาพที่เจ้าหน้าที่ควบคุมฝูงชนใช้อาวุธยิงกระสุนยางโดยเล็งไปที่ส่วนบนของร่างกายผู้ชุมนุมจนมีบุคคลได้รับบาดเจ็บสาหัส⁴⁰ และในเหตุการณ์การชุมนุมวันที่ 21

³⁷ United Nations, *10 Principles for the Proper Management of Assemblies*. United Nations Special Rapporteur. (New York: United Nations, 2016), 38.

³⁸ Ibid, 30.

³⁹ แนวหน้า, “ชมภาพชุด ‘สมรภูมิแยกปทุมวัน’ ประมวลสถานการณ์ชุมนุม 16 ตุลาคม,” 16 ตุลาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565, <https://www.naewna.com/politic/525625>.

⁴⁰ วอยซ์ออนไลน์, “ผู้ชุมนุมเผย ถูกกระสุนยางยิงโดนสันจมูก ขณะเดินถือป้ายไล่ตำรวจไปให้การ์ด Wevo,” 21

สิงหาคม 2564 ที่ปรากฏคลิปวิดีโอที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อาวุธยิงกระสุนยางไปที่ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ในระยะประชิด ก่อให้เกิดกระแสการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างกว้างขวาง⁴¹



ภาพที่ 2 การสลายการชุมนุมโดยใช้กระสุนยาง เมื่อ 18 กรกฎาคม 2564 โดยที่เจ้าหน้าที่เล็งเห็นผลต่ออวัยวะสำคัญ เช่น ศีรษะ ดวงตา ใบหน้า ฯลฯ
ที่มา: <https://voicetv.co.th/read/J9Nv75F1x>

กรกฎาคม 2564, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565, <https://voicetv.co.th/read/J9Nv75F1x>.

⁴¹ มติชน, “แชร์สนั่นคลิป คผ. ยิงกระสุนยางจ่อๆ ใส่คนขี่ จยย.หลายนัด-สาวออฟฟิศถูกยิงกลางหลัง,” 21 สิงหาคม 2564, (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565, https://www.matichon.co.th/politics/news_2897237).



ภาพที่ 3 ผู้ชุมนุมถูกยิงเข้า ‘สันจมูก’ ด้วยกระสุนยาง⁴²
ที่มา: <https://voicetv.co.th/read/J9Nv75F1x>



ภาพที่ 4 เมื่อ 13 ส.ค. 64 ธนัทธ ธานากิจอำนวย ถูกยิงด้วยกระสุนแก๊สน้ำตาเข้าบริเวณดวงตา⁴³
ที่มา: <https://www.thansettakij.com/politics/491748>

⁴² วอยซ์ออนไลน์, “ผู้ชุมนุมเผย ถูกกระสุนยางยิงโดนสันจมูก ขณะเดินถือป้ายล้งตาไปให้การ์ด ‘Wevo,’” 21 กรกฎาคม 2564, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565, <https://voicetv.co.th/read/J9Nv75F1x>.

⁴³ ฐานเศรษฐกิจ, “ไอโซลูชั่นท์ “ผมโอเคมาก ๆ” อัปเดตอาการดวงตายังน่าเป็นห่วง,” 14 สิงหาคม 2564,



ภาพที่ 5 ภาพจากคลิปวิดีโอ กรณีเจ้าหน้าที่ควบคุมฝูงชนรายหนึ่งใช้อาวุธปืนยิงกระสุนยางไปที่ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ในระยะประชิด⁴⁴

ที่มา: https://www.matichon.co.th/politics/news_2897237

การจัดการการชุมนุม การควบคุมการดูแลการชุมนุม หากพิจารณาตามหลักองค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญา อาจทำให้พบว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายกรณีเข้าข่ายการลงมือกระทำความรุนแรงโดยมีเจตนาเล็งเห็นผลที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าจะเกิดผลเลวร้ายตามมา และในกรณีที่ผู้ชุมนุมเสียชีวิต เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีความรับผิดชอบเจตนาฆ่าได้ แต่หากเกิดกรณีที่ผู้ชุมนุมได้รับบาดเจ็บสาหัส เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะเข้าข่ายกรณีการกระทำความผิดฐานพยายามฆ่า เพราะกฎหมายถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาฆ่า เพียงแต่ไม่บรรลุผลเท่านั้น

มาตรการของรัฐไทยอีกประการหนึ่งที่เข้าข่ายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้แก๊สน้ำตาในพื้นที่ปิด ซึ่งกฎการใช้แก๊สน้ำตาตามมาตรฐานสากล กำหนดไว้ว่า การยิงแก๊สน้ำตาในพื้นที่อับอากาศที่ไม่มีทางออกหรือการระบายอากาศที่เพียงพอ อาจทำให้ผู้เสียชีวิตหรือ

สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565, <https://www.thansettakij.com/politics/491748>.

⁴⁴ มติชน, “แฮร์สตันคลิบ คฟ. ยิงกระสุนยางจ่อๆ ใส่คนขี่ จยย.หลายนัด-สาวออฟฟิศถูกยิงกลางหลัง,” 21 สิงหาคม 2564, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565, https://www.matichon.co.th/politics/news_2897237.

ได้รับบาดเจ็บสาหัสจากภาวะขาดอากาศหายใจและก่อให้เกิดอาการเนื้อเยื่อทางเดินหายใจถูกทำลายและอาการเลือดออกภายใน หากได้รับแก๊สน้ำตาในปริมาณที่มากเกินไป แต่ในข้อเท็จจริงที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ยิงแก๊สน้ำตาเข้าไปในพื้นที่ชุมนุมที่ไม่ได้มีเพียงแต่ผู้ชุมนุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเหตุการณ์แฟลตดินแดง เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2564



ภาพที่ 6 ชาวแฟลตดินแดงรายหนึ่ง ระบุว่าตนถูกกระสุนยางยิงใส่เข้าที่หน้า 15 ส.ค. 64

ที่มา: โพสต์เฟซบุ๊กของผู้เสียหาย



ภาพที่ 7 ชุมชนดินแดงได้รับความเสียหายจากแก๊สน้ำตาที่ยิงเข้ามาในพื้นที่
ที่มา: โพสต์เฟซบุ๊กของผู้เสียหาย

2.2 การใช้กลไกการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินยกเว้นสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศไทย ช่วงเวลาตั้งแต่ปี 2563 เป็นต้นมา มีลักษณะเป็นการ “ชั่วคราวถาวร” แม้สถานะฉุกเฉินอย่างกรณีการแพร่ระบาดของไวรัสโควิด-19 (covid-19) ซึ่งเกินความจำเป็นและความได้สัดส่วน รวมทั้งยังเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตและไร้การตรวจสอบหรือถ่วงดุลอำนาจได้ตลอดเวลา เนื่องจากผลในทางกฎหมายหลังจากที่รัฐบาลประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นเหตุให้มีการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายในสภาวะปกติ โดยเฉพาะกฎหมายการชุมนุมสาธารณะที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนผู้ชุมนุม และเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐกลับนำ

กฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินมายกเว้นสิทธิเสรีภาพดังกล่าว และยกเว้นความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐเอง ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับหรืออธิบายได้ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมาย

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงที่ช่วงนั้นจำนวนผู้ติดเชื้อรายใหม่ที่ลดลง จนไม่มีรายงานผู้ติดเชื้อรายใหม่ในช่วงเดือนพฤษภาคม 2563⁴⁵ บริบทการชุมนุมที่ไม่ใช่การมั่วสุมในสถานที่แออัดหรือสถานที่ปิด⁴⁶ ประกอบกับการเริ่มมีการฉีดวัคซีนป้องกันการแพร่ระบาด และที่สำคัญ ในมิติของกฎหมาย พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน (พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ) มิได้เป็นกฎหมายที่ถูกออกแบบมาเพื่อควบคุมโรคระบาด ซึ่งตามหลักความจริงรัฐบาลควรใช้พระราชบัญญัติโรคติดต่อ ที่มีเจตนารมณ์ในการควบคุมโรคระบาดอย่างแท้จริง และถ้ากฎหมายดังกล่าวมีช่องโหว่ รัฐก็ควรแก้ไขมิใช่ใช้อำนาจพิเศษผ่าน พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ⁴⁷

ตามหลักการสากลและมาตรฐานการดูแลจัดการการชุมนุม การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการใช้อำนาจตามกฎหมายในสภาวะฉุกเฉินไม่ได้เป็นเหตุให้การกระทำความรุนแรงของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อผู้ชุมนุมเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย สถาบันกฎหมายอื่น ๆ หรือหน่วยงานที่มีอำนาจตรวจสอบอำนาจรัฐ ย่อมมีหน้าที่ในการเข้าไปจัดการการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้น

ที่ผ่านมา ยังไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่ของรัฐไทยที่มีพฤติกรรมใช้ความรุนแรงต่อผู้ชุมนุมโดยมิชอบด้วยกฎหมายต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย ประกอบกับการที่รัฐไทยยังคงขาดระบบหรือกลไกการตรวจสอบอำนาจรัฐที่มีประสิทธิภาพ อย่างหลักการตรวจสอบ “the three-prong test” หรือการตรวจสอบสามชั้น อันเป็นหลักนิติวิธีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตาม ICCPR นำมาใช้ตรวจสอบ⁴⁸ ซึ่งประกอบด้วย หนึ่ง ตรวจสอบว่ามีกฎหมายให้อำนาจ

⁴⁵ ไอลอว์, “ไอลอว์ ขัดแย้ง ข้อกำหนด “ห้ามชุมนุม” ตามพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ,” 13 มีนาคม 2565, เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://ilaw.or.th/node/6101>.

⁴⁶ ไอลอว์, ““ไม่แออัด-ไม่ปลุกปั่น-ไม่มีหลักฐาน”: ทบทวนคำสั่ง ‘ไม่ฟ้อง-ยกฟ้อง’ ในคดี พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ ตลอดปี 2564 - ต้นปี 2565,” 31 ธันวาคม 2564, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://freedom.ilaw.or.th/node/1011>.

⁴⁷ บีบีซีไทย, “โควิด-19: ครบ 1 ปีประกาศใช้ พ.ร.ก.ฉุกเฉิน คุมโรคระบาดหรือจำกัดการชุมนุมทางการเมือง,” 26 มีนาคม 2564, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://www.bbc.com/thai/thailand-56534501>.

⁴⁸ พัชร นิยมศิลป์, “การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย,” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 39, น. 1 (มีนาคม 2564): 44-49.

ในการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมหรือไม่ สอง มีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของปฏิบัติการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สาม ตรวจสอบว่าจำเป็นและได้สัดส่วนหรือไม่ สำหรับประเทศไทย กลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีเฉพาะสองข้อแรก แต่มักจะมองข้ามการตรวจสอบเรื่องความจำเป็นและความได้สัดส่วน กล่าวคือ ตรวจสอบความมีอยู่ของกฎหมายกับเจตนารมณ์เท่านั้น ดังนั้น สภาวะเช่นนี้ จึงกลายเป็นว่าอำนาจรัฐไทยขาดดุลภาพอย่างสิ้นเชิง หลังจากที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

2.3 การแจ้งการชุมนุมที่เข้าข่ายเป็นการขออนุญาตการชุมนุม

รัฐต้องอำนวยความสะดวกแก่การชุมนุมสาธารณะของประชาชน และการแจ้งการชุมนุมที่กำหนดไว้โดยกฎหมายควรเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ตามหลักการที่ระบุไว้ในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 ซึ่งมีการวางหลักไว้ว่า “ระบบการแจ้งการชุมนุมจะต้องไม่ถูกนำมาใช้เยี่ยงระบบการขออนุญาตในทางปฏิบัติ” การกำหนดระบบกฎหมายให้เข้าข่ายเป็นการขออนุญาตการชุมนุมถือเป็นสิ่งบั่นทอนแนวคิดที่ว่า การชุมนุมสาธารณะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งถูกรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศ โดยระบบแจ้งการชุมนุม ต้องเป็นไปเพื่อให้ผู้จัดการชุมนุมทำการบอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่ล่วงหน้าและให้ข้อมูลรายละเอียดสำคัญเท่าที่จำเป็น เพื่อที่จะให้เจ้าหน้าที่สามารถอำนวยความสะดวกให้สามารถจัดการชุมนุมโดยสงบอย่างราบรื่น รวมถึงเพื่อป้องกันสิทธิของบุคคลอื่น

ขณะเดียวกัน การไม่แจ้งการชุมนุมต่อเจ้าหน้าที่ เมื่อจำต้องมีการแจ้งการชุมนุมนั้น ต้องไม่ทำให้การเข้าร่วมการชุมนุมดังกล่าวผิดกฎหมาย และต้องไม่ถูกนำไปใช้เป็นเหตุการสลายการชุมนุม หรือจับกุมผู้เข้าร่วมการชุมนุมหรือผู้จัดการชุมนุม กล่าวอีกนัยหนึ่ง การไม่แจ้งการชุมนุมนั้นไม่สามารถลงโทษที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการอำนวยความสะดวกในการจัดการชุมนุมและปกป้องผู้เข้าร่วมการชุมนุมได้ แต่ทว่าในเรื่องนี้ กลับปรากฏในข้อเท็จจริงของรัฐไทยหลายครั้งที่บ่งชี้ว่า เจ้าหน้าที่ถือว่าการชุมนุมเป็นการกระทำความผิดกฎหมาย เพียงเพราะการชุมนุมเหล่านั้นไม่แจ้งการชุมนุมตามที่กฎหมายกำหนด⁴⁹

⁴⁹ ไทยพีบีเอส, “"เพนกวิน" นำเคลื่อนขบวนไปราว 11 "กฤษณะ" เตือนอย่าล้ำแนวกัน,” 29 พฤศจิกายน 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://www.thaibps.or.th/news/content/298764>.

การบังคับใช้กฎหมายการชุมนุมสาธารณะในช่วงที่ผ่านมา ได้กำหนดให้การชุมนุมที่ไม่แจ้งการชุมนุมเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 14 ในกฎหมายการชุมนุมสาธารณะ พร้อมทั้งนิยามการชุมนุมสาธารณะที่ไม่ได้เปิดกว้าง ไม่แยกเอาการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ออกจากการชุมนุมสาธารณะโดยทั่วไป ทำให้เกิดกรณีที่เหมารวมเอาการรวมตัวทางการเมืองทุกกรณีเป็นการชุมนุมสาธารณะทั้งหมด ประกอบกับระบบการแจ้งการชุมนุมในทางปฏิบัติยังสร้างภาระให้แก่ประชาชนมากเกินไป

ตัวอย่างปัญหาในระบบการแจ้งการชุมนุมของประเทศไทย เช่น ในคดี กลุ่ม “สมัชชาเสรีแห่งมหาวิทยาลัยเชียงใหม่เพื่อประชาธิปไตย” ถูกอัยการฟ้องในข้อหา “เป็นผู้ประสงค์จะจัดการชุมนุมสาธารณะโดยไม่แจ้งการชุมนุมต่อผู้รับแจ้งการชุมนุม ก่อนเริ่มการชุมนุมไม่น้อยกว่า 24 ชั่วโมง” ตาม พ.ร.บ.การชุมนุม มาตรา 10⁵⁰ ในกิจกรรมแฟลชม็อบของประชาชนจังหวัดเชียงใหม่ และศาลก็ได้พิพากษาลงโทษ ผู้จัดการชุมนุมโดยปรับ 9,000 บาท คดีนี้เป็นตัวอย่างที่ทำให้เห็นว่า ระบบการแจ้งการชุมนุมตามกฎหมายชุมนุมสาธารณะของไทย เป็นไปเพื่อจำกัดเสรีภาพการชุมนุม และทำลายสาระของการเสรีภาพการชุมนุม เป็นเงื่อนไขที่การชุมนุมจะต้องแจ้งรัฐก่อน มิฉะนั้นผู้จัดการชุมนุมจะถูกลงโทษ เช่นเดียวกับ คดีวังไต้ลุง ที่ผู้จัดการกิจกรรม ถูกออกหมายเรียกไปปรับทราบ ข้อกล่าวหาไม่แจ้งการชุมนุม โดยพนักงานสอบสวนอ้างว่า แม้รูปแบบกิจกรรมจะเป็นการวิ่งออกกำลังกาย แต่ระหว่างงานมีการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ กิจกรรมวิ่งไต้ลุงจึงเป็นการชุมนุมสาธารณะ การไม่แจ้งการชุมนุมจึงเป็นการกระทำผิดกฎหมาย⁵¹

ข้อสังเกตคือ ระบบการแจ้งการชุมนุมของไทย ไม่ได้มีการระบุข้อยกเว้นแก่การชุมนุมบางลักษณะ เช่น การชุมนุมแบบฉับพลัน และการชุมนุมเพื่อตอบโต้ ซึ่งอาจไม่มีเวลาเพียงพอที่จะทำการแจ้งการชุมนุมเหมือนการชุมนุมโดยทั่วไป จนส่งผลให้คนบางกลุ่มถูกผลักออกจากระบอบการมีส่วนร่วม ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันเสรีภาพการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายควรต้องนิยามการชุมนุมสาธารณะต้องเปิดกว้างกว่านี้ และต้องตระหนักเสมอว่า เจตนารมณ์ของการแจ้งการชุมนุม คือ แจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจทราบว่าจะมีการชุมนุม

⁵⁰ ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, “ศาลปรับ 9 พันบาท คดี “เจมส์ ประสิทธิ์” ชุมนุมไม่ลอยไม่ทน ชี้แค่โพสต์ชวนก็เข้าข่ายผู้จัด,” 5 พฤศจิกายน 2563, <https://tlhr2014.com/archives/22845>.

⁵¹ ฐานข้อมูลคดี, “วังไต้ลุงกรุงเทพ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://freedom.ilaw.or.th/case/895>.

เกิดขึ้น และมีหน้าที่เข้ามาอำนวยความสะดวกแก่ผู้ชุมนุม และเป็นการสร้างพื้นที่ให้ผู้ชุมนุมพูดคุยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า จะมีแผนการจัดการชุมนุมอย่างไร เหมาะสมหรือไม่

2.4 การกำหนดเงื่อนไขสถานที่การชุมนุมที่ไม่เป็นไปตามหลักสากล

ตามหลักการและการตีความในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 37 กำหนดว่า ข้อจำกัดในเรื่อง “สถานที่ของการชุมนุม” โดยหลักการแล้วการจัดการชุมนุมโดยสงบสามารถจัดขึ้นได้ในทุกสถานที่ที่สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้หรือควรจะเข้าถึงได้ ขณะที่การกำหนดเขตห้ามการชุมนุมโดยเด็ดขาดตามสถานที่ต่าง ๆ เช่น ศาล รัฐสภา สถานที่ที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ หรือสถานที่ราชการอื่น ๆ เป็นเรื่องที่รัฐควรหลีกเลี่ยง โดยการเลือกสถานที่การชุมนุม มีหลักที่รัฐต้องเคารพคือ หลักมองเห็นและได้ยิน (sight and sound) อันหมายถึง ผู้ชุมนุมต้องอยู่ในที่ที่มองเห็นและสาธารณชนต้องได้ยิน เพื่อบรรลุเป้าหมายของการชุมนุมสาธารณะ

แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในการชุมนุมสาธารณะภายใต้บังคับของกฎหมายการชุมนุมสาธารณะของไทย กลับมีเงื่อนไขที่ไม่ชัดเจนเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการห้ามชุมนุมภายในเขตพระราชวังในระยะ 150 เมตร ซึ่งทางปฏิบัติ เขตพระราชวังถูกตีความให้รวมไปถึงเขตพระราชฐาน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นพื้นที่ของหน่วยงานราชการส่วนพระองค์ ทั้งนี้ ตามหลักแล้ว เขตพระราชวัง ควรหมายถึงพระบรมมหาราชวังที่เป็นที่อยู่ถาวรมากกว่า

นอกจากนี้ การชุมนุมในสถานที่ราชการ หรือองค์กรอำนาจตามระบอบประชาธิปไตยที่สำคัญ เช่น รัฐสภา ทำเนียบรัฐบาล และศาล ยังเป็นที่ยกเว้นห้ามตามกฎหมายที่ไม่อนุญาตให้มีการชุมนุมสาธารณะขึ้นแต่หากพิจารณาตามความเป็นจริงและความเหมาะสม เป็นเรื่องสำคัญที่หน่วยงานรัฐ ผู้มีอำนาจรัฐ และองค์กรในระบอบประชาธิปไตยต้องมีหน้าที่รับฟังความคิดเห็นหรือข้อเรียกร้องของประชาชน

ตรงกันข้าม เงื่อนไขสถานที่การชุมนุมมักถูกฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐไทยนำมาเป็นข้ออ้างในการเข้าปราบปรามการชุมนุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการชุมนุมของกลุ่มคณะราษฎร 2563 ซึ่งได้นำรวมตัวกันที่หน้ารัฐสภา เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2563⁵² เพื่อเรียกร้องให้ที่ประชุมรัฐสภารับร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน ทว่าเกิดการปะทะกันระหว่างเจ้าหน้าที่กับผู้ชุมนุม โดยทางฝ่าย

⁵² กองบรรณาธิการเวย์แม็กกาซีน, “แก๊สน้ำตาคลั่งคลั่ง มวลชนปะทะเดือด รัฐสภาถกแก้รัฐธรรมนูญวัน,” 17 พฤศจิกายน 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://waymagazine.org/17-nov-2020/>.

เจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมฝูงชนได้ใช้ถือน้ำแรงดันสูงเพื่อสกัดผู้ชุมนุมไม่ให้เข้าริ้วขบวน โดยมีทั้งน้ำผสมสีและน้ำผสมสารเคมี ทำให้ทีมการ์ดและผู้ชุมนุมแถวหน้าได้รับบาดเจ็บ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจยังประกาศเตือนด้วยว่าหากผู้ชุมนุมยังไม่หยุดการเคลื่อนไหว เจ้าหน้าที่จะใช้กระสุนยางปราบปรามผู้ชุมนุม ทั้งนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ เป็นไปตามคำสั่งกองบัญชาการตำรวจนครบาลที่ 485/2563 ซึ่งได้กำหนดระยะรัศมี 50 เมตร โดยรอบรัฐสภาเป็นพื้นที่ห้ามมีการชุมนุมโดยเด็ดขาด⁵³

พฤติการณ์ดังกล่าว ย่อมขัดกับหลักมองเห็นและได้ยิน เนื่องจากสถานการณ์ดังกล่าวเป็นสถานการณ์เกี่ยวข้องกับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภา รัฐไทยก็ควรเปิดพื้นที่ให้ประชาชนได้ชุมนุมบริเวณพื้นที่รัฐสภา เพื่อยืนยันว่า รัฐสภา ในฐานะองค์กรระบอบประชาธิปไตย มีหน้าที่รับฟังความเห็นของประชาชน การแทรกแซงหรือขัดขวาง ไม่ให้ประชาชนเข้าใกล้สถานที่ดังกล่าว อาจเป็นการไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับความเป็นประชาธิปไตยเท่าไรนัก

2.5 การสอดส่องของรัฐที่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนผู้ชุมนุม

อ้างอิงตามหลักการสำหรับการบริหารจัดการการชุมนุมอย่างเหมาะสม 10 ประการ ข้อ 7 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่า การรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับการชุมนุมต้องไม่แทรกแซงความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิอื่น ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต การรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลโดยหน่วยงานรัฐ ซึ่งอาจเป็นทั้งการรวบรวมผ่านอุปกรณ์บันทึกข้อมูลวงจรปิด และตำรวจนอกเครื่องแบบ ต้องปฏิบัติตามมาตรการป้องกันการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อเท็จจริงจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่รัฐระหว่างการทำวิจัยโครงการศึกษาเพื่อจัดทำคู่มือสำหรับส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับการจัดการและการดูแลการชุมนุมสาธารณะ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (2565) มีการยืนยันว่า ประเทศไทยได้ทำบัญชีรายชื่อ เพื่อติดตามสอดส่องผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการชุมนุมอยู่ ซึ่งในส่วนนี้จะเป็นปฏิบัติงานด้านการข่าวของฝ่ายความมั่นคงและเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยเฉพาะกลุ่มเจ้าพนักงานตำรวจสายสืบที่ได้รับนโยบายจากผู้บังคับบัญชาโดยตรง ก็จะทำหน้าที่ในการสอดส่องเก็บข้อมูลติดตาม

⁵³ ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์, “เตือนห้ามชุมนุมค้างคืนรอบรัฐสภา ห้ามเข้าใกล้ 50 เมตร,” 17 พฤศจิกายน 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://mgronline.com/crime/detail/9630000118800>.

พฤติกรรมของแกนนำ หรือคอยเกาะติดความเคลื่อนไหวของผู้ชุมนุม ว่าจะมีการรวมตัวครั้งใหม่หรือไม่ เมื่อไร อย่างไร ซึ่งหากพิจารณาตามหลักการทางกฎหมายและบทกฎหมาย ก็ไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ให้มีปฏิบัติการลักษณะเช่นนี้ได้ เว้นแต่จะมีเหตุที่ชี้ถึงพฤติการณ์บางอย่าง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง เช่น การก่อการร้าย เป็นต้น

นอกจากนี้ ในระหว่างการชุมนุม ฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในพื้นที่การชุมนุม ส่วนใหญ่มักจะอำพรางตัวไม่แสดงตัวว่าเป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจตามกฎหมาย ในการเก็บรวบรวมข้อมูล บันทึกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างการชุมนุม นำไปสู่กระบวนการเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน เพื่อเอาผิดกับกลุ่มผู้ชุมนุมที่รัฐเห็นว่ากระทำความผิดกฎหมายในเวลาต่อมา

ตัวอย่างที่เห็นอย่างเห็นเป็นรูปธรรมมากที่สุด คือ กรณีที่ปรากฏเอกสารบัญชีเฝ้าระวังของกองบังคับการตำรวจนครบาล 5⁴ ซึ่งผู้มีรายชื่อส่วนใหญ่พบว่าเป็นผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญามาตรา 112 หรือผู้ที่แสดงความคิดเห็น วิพากษ์วิจารณ์ เคลื่อนไหวคัดค้านรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ในช่วงที่ผ่านมา หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งหรือทำงานในพรรคการเมืองฝ่ายค้าน ผู้ทำหน้าที่ทนายความนักกิจกรรมทางการเมือง เยาวชนนักกิจกรรม ทั้งในกรุงเทพและต่างจังหวัด เป็นต้น

นอกจากนี้ การติดตามสอดส่อง นำไปสู่การคุกคามอีกหลายรูปแบบ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจทั้งในและนอกเครื่องแบบ เข้าไปเยี่ยมที่บ้านพักหรือห้องพักของนักกิจกรรม ของ เพนกวิ้น – พริษฐ์ และรุ้ง ปนัสยา 2 แกนนำนักกิจกรรม ที่มีส่วนร่วมกับการปราศรัยในการชุมนุมที่ ม.ธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2563⁵⁵ หรืออย่างกรณีของ ฟ้า (นามสมมติ) นักเรียนที่มีส่วนกับการจัดชุมนุม “คนลำพูนก็จะไม่ทนไว้อย่างไร” ในวันที่ 24 กรกฎาคม 2563 ซึ่งในการเยี่ยมบ้าน

⁵⁴ มติชนออนไลน์, “9 องค์กรประชาสังคม จี้รัฐ หยุดทำ ‘วอตซ์ลิสต์’ เสนอ ส.ส.ตั้งกระทู้ตรวจสอบ,” 11 สิงหาคม 2564, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2565, https://www.matichon.co.th/politics/news_2879401.

⁵⁵ กรณิศร เชษฐพิทักษ์, “จับกุม ตามไปบ้าน โทรหาผู้ปกครอง รวมรูปแบบ ‘การคุกคาม’ เมื่อประชาชนแสดงออกทางการเมือง,” 14 สิงหาคม 2563, the Matter, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://thematter.co/social/intimidation-and-harassment/120346>.

ตำรวจได้มาพูดคุยเพื่อให้ไม่ยุ่งเกี่ยวกับการเมือง และให้ตั้งใจเรียน ทำให้หลังจากนั้น ได้ถอนตัวจากการเป็นแกนนำ และไม่เข้าร่วมกิจกรรมอีก⁵⁶

และในสถานการณ์ปัจจุบันที่มีเยาวชนออกมาแสดงออกทางการเมืองเพิ่มขึ้น ก็ได้ปรากฏให้เห็นถึงการคุกคามโดยผ่านการกดดันผ่านผู้ปกครอง เช่น กรณีของกิจกรรม #อีสานบ้านดื้อ ที่จังหวัดขอนแก่น ได้มีการส่งรูปของนักศึกษาที่เข้าร่วมชุมนุมที่ขอนแก่น พร้อมกับรูปหน้าในบัตรประชาชนของเขาให้กับคนในครอบครัว มีการเรียกคนในครอบครัวไปพูดคุย และส่งข้อความทางไลน์ไปหาคนในครอบครัวด้วย หรือผู้เข้าร่วมกิจกรรมชุมนุม #เมืองเลยสิบพันก้อ ก็ถูกคนโทรไปหาครอบครัวของผู้เข้าร่วมกิจกรรมเช่นกัน⁵⁷

2.6 การละเมิดเสรีภาพของสื่อมวลชนระหว่างการชุมนุม

ตามหลักสากลได้กำหนดให้รัฐย่อมมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองแก่สื่อมวลชน ผู้ติดตามสถานการณ์ และผู้สังเกตการณ์ ขณะที่คนกลุ่มนี้ ย่อมมีสิทธิในการบันทึกภาพการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารหรือข้อเท็จจริงในเหตุการณ์การชุมนุมต่อสาธารณะ

แต่ปัญหาของประเทศไทย พบว่า มีผู้สังเกตการณ์ชุมนุมในฐานะสื่ออิสระ ถูกเจ้าหน้าที่ควบคุมฝูงชนเข้าทำร้ายร่างกาย และใช้กระบองตีไปยังกล้องของผู้เสียหาย โดยให้เหตุผลว่า ไม่อนุญาตให้ถ่ายภาพ อีกทั้งยังปรากฏการคุกคามของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำต่อสื่อ มีการส่งเจ้าหน้าที่ติดตามถึงที่พัก⁵⁸ รวมทั้ง ในกิจกรรมของนักวิชาการสื่อ เพื่อสะท้อนความท้าทายของสื่อในการรายงานข่าวชุมนุม ระบุว่า การชุมนุมเรียกร้องประชาธิปไตยที่นำโดยเยาวชนกลุ่มราษฎร ช่วงปี 2563-2565 มีผู้ปฏิบัติงานสื่อได้รับบาดเจ็บจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจควบคุมฝูงชนอย่างน้อย 34 คน⁵⁹ ซึ่งหนึ่งในนั้นคือ เหตุการณ์ที่ ธนาพงศ์ เก่งไพบูลย์ บรรณาธิการสำนักงานข่าวออนไลน์ PLUS SEVEN ถูกยิงจากกระสุนยางเข้าบริเวณสะโพก และชาญณรงค์ เอื้อ

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁸ ประชาไท, “ตร.คุกคามสื่ออิสระ ‘LIVE REAL’ ถึงที่พัก-ถ่ายรูปครอบครัว อ้างต้องการพบ ได้ถามข้อมูล,” 16 กุมภาพันธ์ 2565, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2565, <https://prachatai.com/journal/2022/02/97272>.

⁵⁹ ไทยพีบีเอส, “ภัยจากการรายงานข่าวชุมนุม สะท้อนเสรีภาพสื่อไทยอยู่ในอันดับที่น่ากังวล,” 19 กันยายน 2566, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://theactive.net/news/law-rights-20230919/>.

อุดมโชติ ช่างภาพประจำสำนักข่าว The MATTER⁶⁰ ถูกยิงจากกระสุนยาง เข้าบริเวณท่อนแขนซ้าย ระหว่างไปทำข่าวการชุมนุม #มีอบ18กรกฎา โดยสวมปลอกแขน บัตรสีอมวชน ที่บริเวณถนนราชดำเนินและแยกนางเลิ้ง เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2564

นอกจากนี้ เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2565 การแถลงข่าวของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีใจความสำคัญตอนหนึ่งว่า⁶¹ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน ด้วยเหตุที่ยังไม่มีการยกเลิกข้อกำหนด พ.ร.ก. ฉุกเฉินฯ ฉบับที่ 27 และ ฉบับที่ 29 ซึ่งระบุมตรการมิให้มีการบิดเบือนข้อมูลข่าวสารอันทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉิน (การแพร่ระบาดของโรคโควิด 19) และการเสนอข่าวที่อาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในคราวประชุมด้านการคุ้มครองและมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2565 มีมติว่าการบังคับใช้ข้อกำหนด ทั้งสองฉบับดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกและเสรีภาพในการเสนอข่าวสารของสื่อมวลชนและประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน⁶²

2.7 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในการคุ้มครองเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการชุมนุม

ในบริบทการชุมนุมสาธารณะ ไม่ได้จำกัดเพียงคู่ขัดแย้งและเกมทางการเมืองระหว่างผู้มีอำนาจและประชาชน แต่ยักรวมถึงผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบจากการชุมนุมแบบหลีกเลี่ยงไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ค้าขายหรือประกอบธุรกิจในพื้นที่ชุมนุม ผู้อยู่อาศัยบริเวณพื้นที่ที่มีการชุมนุมสาธารณะ บุคคลผู้ใช้เส้นทางจราจรผ่านพื้นที่ชุมนุม เป็นต้น ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่า คนกลุ่มนี้ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีโอกาสได้รับผลกระทบจากการใช้เสรีภาพของบุคคลอื่น และการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐมากที่สุด

⁶⁰ ไทยรัฐออนไลน์, “ศาลแพ่งสั่ง ตร. ชดใช้เงิน 2 นักข่าว ถูกกระสุนยางบาดเจ็บขณะทำข่าวมีอบ,” 26 กันยายน 2566, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566, <https://www.thairath.co.th/news/crime/2728283>.

⁶¹ ประชาไท, “กสม.แถลงประเด็นเจ้าหน้าที่รัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพผู้ชุมนุม สื่อมวลชน และผู้พิการ,” 1 กันยายน 2565, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2565, <https://prachatai.com/journal/2022/09/100323>.

⁶² เรื่องเดียวกัน.

ตามหลักการพื้นฐาน ทั้งการชุมนุมสาธารณะและการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐจะต้องหลีกเลี่ยงการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือสร้างความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือต่อบุคคลใด ๆ หากมีกรณีฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว รัฐมีหน้าที่การประชาสัมพันธ์ แจ้งข่าว และข้อมูลเกี่ยวกับ ช่องทางการร้องเรียนให้ชัดเจนเพื่อลดความเสียหายอันเกิดจากการชุมนุมสาธารณะอย่างทั่วถึง และต้องส่งเสริมให้ผู้ได้รับผลกระทบจากการชุมนุมสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ได้รับการชดเชยเยียวยาและเรียกร้องความเป็นธรรมได้อย่างเท่าเทียมและมีประสิทธิภาพ

แต่ในทางปฏิบัติ จะพบว่า ฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ ยังขาดการบริหารจัดการที่เป็นระบบ การประชาสัมพันธ์และการสื่อสารกับชุมชนหรือสังคมโดยรอบพื้นที่การชุมนุมที่มีประสิทธิภาพ และการมุ่งห้ามจัดการชุมนุมสาธารณะ การปิดถนน นำสิ่งกีดขวางมาวางเพื่อห้ามไม่ให้ผู้ชุมนุมเคลื่อนขบวนได้ ได้กลายเป็นปัญหาที่ทำให้เกิดผลกระทบด้านลบเป็นวงกว้าง ทั้งผู้ใช้เสรีภาพการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญ และบุคคลทั่วไป จนเป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนของฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อีกทั้ง รัฐไทยไม่ได้จัดให้มีการชดเชยเยียวยาให้กับผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือผู้ได้รับความเสียหายจากการชุมนุมอย่างเป็นรูปธรรม เนื่องจากว่า การเรียกร้องดังกล่าว ต้องอาศัยกระบวนการทางศาลตามปกติอย่างการฟ้องคดีละเมิด เพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเมื่อขาดช่องทางการเรียกร้องการเยียวยาสำหรับในบริบทการชุมนุมสาธารณะเป็นการเฉพาะ การใช้กระบวนการทางศาลตามปกติก่อให้เกิดภาระหน้าที่เกินความจำเป็นที่ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ความเสียหายและพฤติการณ์แห่งการละเมิดว่า ใคร ทำอะไร ที่ไหน อย่างไร เมื่อไหร่ ด้วยตัวเองทั้งหมด โดยตามหลักการที่ควรจะเป็นในสังคมประชาธิปไตย ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองดูแล และเยียวยาความเสียหายจากการชุมนุมสาธารณะ ในฐานะที่มีอำนาจหน้าที่บริหารจัดการการชุมนุมสาธารณะให้เป็นไปอย่างสงบเรียบร้อย ตามหลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน

3. บทสรุป

ที่ผ่านมา รัฐไทยพยายามบัญญัติกฎหมายหรือแนวปฏิบัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะให้สอดคล้องกับหลักสากล เช่น การรับรองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ การกำหนดเหตุอันอาจนำไปสู่ข้อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม การใช้ระบบแจ้งไม่แจ้งการขออนุญาตการชุมนุม คู่มือการปฏิบัติตาม

พระราชบัญญัติการประชุมสมัชชาฯ พ.ศ. 2558 โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ก็กำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการประชุมสมัชชาฯ พัฒนาแนวปฏิบัติเพื่อให้มีการดูแลการประชุมให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นโดยเฉพาะหลักการใช้กำลัง

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ จะพยายามบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักการสากล แต่กฎหมายกลับเปิดโอกาสให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวางในการจำกัดหรือแทรกแซงเสรีภาพการประชุม เช่น การจำกัดพื้นที่ในการประชุมสมัชชาฯ โดยที่ตำรวจสามารถประกาศพื้นที่ห้ามชุมนุมได้อย่างกว้างขวาง การแจ้งการประชุมถูกปฏิบัติราวกับระบบขออนุญาต ประเด็นที่พึงพิจารณาจึงอยู่ที่การใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือการใช้อำนาจปกครองของพนักงานเจ้าหน้าที่ทั้งในระดับสั่งการและปฏิบัติการ โดยที่ใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจพิจารณาเพียงคำว่า กฎหมายให้อำนาจ กฎหมายที่บังคับใช้นั้นความชัดเจน และมุ่งเน้นที่ความสัมฤทธิ์ผลของภารกิจเท่านั้น⁶³ พนักงานเจ้าหน้าที่ยังต้องพิจารณาถึงหลักการอื่น ๆ คือ การใช้อำนาจทางปกครองต้องไม่เลือกปฏิบัติ ไม่กระทบต่อสิทธิของประชาชนเกินกว่าเหตุ และไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ

ดังนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ในระดับสั่งการที่มีอำนาจใช้ดุลยพินิจ นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักการของ ICCPR ข้อ 21 แล้ว ยังต้องคำนึงถึงหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนของคำสั่งและผลกระทบที่จะตามมา สามารถปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบได้ การแทรกแซงสิทธิของพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเริ่มมาตรการจากเบาไปหนักตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์ เมื่อเป็นการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายหรือสั่งการ จะต้องหลีกเลี่ยงการใช้กำลังหรือไม่ใช้ความรุนแรง การแทรกแซงการประชุมดังกล่าวทำได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติภายใต้ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจเท่านั้น โดยพิจารณาให้เกิดผลดีมากกว่าผลเสีย ขณะเดียวกัน การใช้อำนาจที่มีความร้ายแรงต่ำในการเข้าควบคุมหรือสลายการประชุม ก็จะต้องไปเป็นตามเงื่อนไข และขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในมาตรฐานสากล เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ชุมนุมให้ได้มากที่สุด ขณะที่พนักงานเจ้าหน้าที่ในระดับปฏิบัติการ ก็มีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ไม่อยู่ภายใต้หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีโดยเฉพาะที่เป็นคำสั่งที่ไม่จำเป็นและไม่ได้

⁶³ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐ ฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565, 150-157.

สัดส่วน และเมื่อคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือหลักการแล้วย่อมไม่มีผลผูกพันต่อผู้ได้รับคำสั่งเช่นกัน

เมื่อพิจารณาวิธีปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ตำรวจของไทยภายใต้กรอบมาตรฐานสากลเกี่ยวกับการดูแลการชุมนุมสาธารณะ พบว่า การกล่าวอ้างว่า เจ้าหน้าที่รัฐได้ปฏิบัติตามมาตรฐานสากลในการเข้าปราบปรามสลายการชุมนุมนั้น เป็นเพียงคำกล่าวฝ่ายเดียวของรัฐ เพื่อยืนยันความชอบธรรมให้แก่การกระทำหรือการใช้กำลังที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายของตนเองเท่านั้น ทั้งยังมีอ้างความชอบธรรมจากกฎหมายพิเศษหรือการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อยกเว้นหลักสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อเปิดช่องให้ฝ่ายรัฐใช้อำนาจอย่างล้นเกิน ซึ่งถือเป็นแนวทางที่ผิดไปจากหลักสากลอย่างมหันต์

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ปฏิบัติการของรัฐไทยในกรณีการเข้าควบคุมการชุมนุมยังคงปรากฏการใช้อำนาจที่เกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน โดยเฉพาะการมีปฏิบัติการการใช้กำลังที่ไม่สอดคล้องกับพฤติการณ์การชุมนุม ไม่ได้เรียงมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อความเสียหายจากน้อยไปมาก เป็นการใช้อำนาจแบบรวบรัดขั้นตอน เช่น การสั่งห้ามการชุมนุม หรือการใช้มาตรการสลายการชุมนุมก่อนมาตรการอื่น ๆ ในการบรรเทาความเสียหายและผลกระทบจากการชุมนุม ทำให้เกิดเป็นภาพการใช้อำนาจของรัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนประชาชนอย่างชัดเจน

นอกจากมาตรการความรุนแรง รัฐไทยได้มีมาตรการอีกหลายลักษณะที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายด้าน ทั้งการละเมิดความเป็นส่วนตัว การใช้มาตรการสอดส่องโดยไร้ขอบเขต ละเมิดเสรีภาพสื่อมวลชน เป็นต้น

ที่สำคัญ รัฐไทย ยังคงบกพร่องในการดำเนินมาตรการชดเชยเยียวยาและการแสดงความรับผิดชอบต่อประชาชนผู้เสียหายระหว่างการชุมนุมสาธารณะอยู่เสมอ เท่ากับว่าสังคมไม่สามารถมอบบทเรียนแก่เจ้าหน้าที่รัฐที่ใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นเหตุให้การใช้ความรุนแรงต่อประชาชนเกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า พลุกเร้าให้รัฐตัดสินใจใช้มาตรการความรุนแรงอย่างไม่ตะขิดตะขวงใจต่อไป

References

- Borgens, Richard Ben, and Peishan Liu-Snyder. "Understanding Secondary Injury." *The Quarterly Review of Biology* 87, no. 2 (2012): 89.
- United Nations. *10 Principles for the Proper Management of Assemblies*. United Nations Special Rapporteur. New York: United Nations, 2016.
- _____. *General Comment No. 37 (2020) on the Right of Peaceful Assembly (Article 21) Human Rights Committee*. New York: United Nations, 2020.
- _____. *Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*. United Nations Human Rights. New York and Geneva: United Nations, 2020.
- กรณพร เชษฐพยัคฆ์. “จับกุม ตามไปบ้าน โทรหาผู้ปกครอง รวมรูปแบบ ‘การคุกคาม’ เมื่อประชาชนแสดงออกทางการเมือง.” 14 สิงหาคม 2563. The Matter. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566. <https://thematter.co/social/intimidation-and-harassment/120346>.
- กองบรรณาธิการเวย์แม็กกาซีน. “แก๊สน้ำตาละคลั่ง มวลชนปะทะเดือด รัฐสภาถกแก้รัฐธรรมนูญ วุ่น.” 17 พฤศจิกายน 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566. <https://waymagazine.org/17-nov-2020/>.
- ฐานข้อมูลคดี. “วิ่งไล่ลุงกรุงเทพ.” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566. <https://freedom.ilaw.or.th/case/895>.
- ฐานเศรษฐกิจ. “ไฮโซลุนท์ “ผมโอเคมาก ๆ” อัปเดตอาการดวงต่ายังน่าเป็นห่วง.” 14 สิงหาคม 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565. <https://www.thansettakij.com/politics/491748>.
- ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์. “เตือนห้ามชุมนุมค้างคืนรอบรัฐสภา คมเข้มทางน้ำอย่าเข้าใกล้ 50 เมตร.” 17 พฤศจิกายน 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566. <https://mgronline.com/crime/detail/9630000118800>.
- ไทยพีบีเอส. “ภัยจากการรายงานข่าวชุมนุม สะท้อนเสรีภาพสื่อไทยอยู่ในอันดับที่น่ากังวล.” 19 กันยายน 2566. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566. <https://theactive.net/news/law-rights-20230919/>.

- ไทยพีบีเอส. “'เพนกวิ้น' นำเคลื่อนขบวนไปราบ 11 'ลักษณะ' เตือนอย่าล้ำแนวกัน.” 29 พฤศจิกายน 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566.
<https://www.thaipbs.or.th/news/content/298764>.
- ไทยรัฐออนไลน์. “ศาลแพ่งสั่ง ตร. ชดใช้เงิน 2 นักข่าว ถูกกระสุนยางบาดเจ็บขณะทำข่าวมีอบ.” 26 กันยายน 2566. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566.
<https://www.thairath.co.th/news/crime/2728283>.
- _____. “พล.อ.ประยุทธ์' ขอบคุณทุกฝ่าย ทำหน้าที่ระงับกลุ่มผู้ชุมนุมยึดหลักสากล.” 7 สิงหาคม 2564. ไทยรัฐออนไลน์. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566.
<https://www.thairath.co.th/news/politic/2160726>.
- แนวหน้า. “ชมภาพชุด 'สมรภูมิแยกปทุมวัน' ประมวลสถานการณ์ชุมนุม 16 ตุลาคม.” 16 ตุลาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565.
<https://www.naewna.com/politic/525625>.
- บีบีซีไทย. “โควิด-19: ครบ 1 ปีประกาศใช้ พ.ร.ก.ฉุกเฉิน คุมโรคระบาดหรือจำกัดการชุมนุมทางการเมือง.” 26 มีนาคม 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566.
<https://www.bbc.com/thai/thailand-56534501>.
- ประชาไท. “ตร.คุกคามสื่ออิสระ ‘LIVE REAL’ ถึงที่ปัก-ถ่ายรูปรอบคกรัว อ้างต้องการพบ ได้ถามข้อมูล.” 16 กุมภาพันธ์ 2565. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2565.
<https://prachatai.com/journal/2022/02/97272>.
- _____. “กสม.แถลงประเด็นเจ้าหน้าที่รัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพผู้ชุมนุม สื่อมวลชน และผู้พิการ.” 1 กันยายน 2565. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2565.
<https://prachatai.com/journal/2022/09/100323>.
- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. *หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐ ฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565.
- พัชร นิยมศิลป์. “การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบในประเทศไทย.” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 39, ฉ. 1 (มีนาคม 2564): 35–58.
- มติชนออนไลน์. “9 องค์การประชาสังคม จี้รัฐ หยุดทำ ‘วอตซ์ลิสต์’ เสนอ ส.ส.ตั้งกระทู้ตรวจสอบ.” 11 สิงหาคม 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2565.
https://www.matichon.co.th/politics/news_2879401.

มติชนออนไลน์. “แชร์สนั่นคลิป คฟ. ยิ่งกระสุนยางจ่อๆ ใส่คนขี่ จยย.หลายนัด-สาวออฟฟิศถูกยิงกลาง
หลัง.” 21 สิงหาคม 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565.

https://www.matichon.co.th/politics/news_2897237.

วอยซ์ออนไลน์. “ผู้ชุมนุมเผย ถูกกระสุนยางยิงโดนสันจมูก ขณะเดินถือป้ายไล่ตำรวจไปให้การ์ด 'Wevo'.”
21 กรกฎาคม 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2565.

<https://voicetv.co.th/read/J9Nv75F1x>.

ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน. “ศาลปรับ 9 พันบาท คดี 'เจมส์ ประสิทธิ์' ชุมนุมไม่ถอยไม่ทน ชี้
แคปซูลขว้างก็เข้าข่ายผู้จัด.” 5 พฤศจิกายน 2563.

<https://tlhr2014.com/archives/22845>.

ไอลอร์. “‘หลักสากล’ สำหรับการชุมนุมและการสลายการชุมนุม.” 17 ตุลาคม 2563. สืบค้นเมื่อวันที่
1 พฤศจิกายน 2565. <https://ilaw.or.th/node/5765>.

_____. “ไม่แออัด-ไม่ปลุกปั่น-ไม่มีหลักฐาน: ทบทวนคำสั่ง 'ไม่ฟ้อง-ยกฟ้อง' ในคดี พ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ
ตลอดปี 2564 - ต้นปี 2565.” 31 ธันวาคม 2564. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2566.
<https://freedom.ilaw.or.th/node/1011>.

_____. “ไล่เรียง ข้อกำหนด 'ห้ามชุมนุม' ตามพ.ร.ก.ฉุกเฉินฯ.” 13 มีนาคม 2565. สืบค้นเมื่อวันที่
17 พฤศจิกายน 2566. <https://ilaw.or.th/node/6101>.

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายขององค์การบริหารจัดการประมงระดับภูมิภาค
กรณีทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล¹
Problems concerning Law Enforcement of the Regional Fisheries
Management Organizations for the Straddling Stocks and the Highly
Migratory Species

โสภิต ชีวะพานิชย์

วิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

Sopit Cheevapanich

College of Politics and Governance, Mahasarakham University

E-mail: sopit.c@msu.ac.th

Received: October 17, 2023; Revised: February 13, 2024; Accepted: February 18, 2024

บทคัดย่อ

องค์การบริหารจัดการการทำประมงระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค (RFMO/As) เป็นกลไกทางกฎหมายในการควบคุมการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกล แต่การดำเนินการให้บรรลุผลตามเป้าหมายของความตกลงเพื่อการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล วันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1982 เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการจัดการสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่คร่อมเขตและย้ายถิ่นไกล ค.ศ. 1995 (UNFSA) ยังมีปัจจัยหลายประการที่ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย

¹ โครงการวิจัยนี้ได้รับการสนับสนุนจากเงินทุนอุดหนุนการวิจัยจากงบประมาณเงินรายได้ ประจำปี 2565 วิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม เรื่อง การบังคับใช้กฎหมายขององค์การบริหารจัดการประมงระดับภูมิภาคกรณีทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล (Law Enforcement of the Regional Fisheries Management Organizations for the Straddling Stocks and the Highly Migratory Species)

ผลการวิจัยพบว่า UNFSA อยู่บนหลักความร่วมมือของรัฐที่เกี่ยวข้องซึ่งมีความยืดหยุ่นและปรับตามความร่วมมือของรัฐแต่ละพื้นที่ ลักษณะดังกล่าวส่งผลดีในแง่การกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับบริบทของพื้นที่และชนิดพันธุ์สัตว์น้ำแต่ในขณะเดียวกันเผชิญความท้าทายจากระดับความร่วมมือที่แตกต่างกันของรัฐสมาชิกของ RFMO/As ในเขตพื้นที่ต่างๆ

นอกจากนั้น เงื่อนไขในการเข้าทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลตาม UNFSA เพื่อการเข้าถึงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรสัตว์น้ำนั้น ส่งผลต่อรัฐสมาชิก และรัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิก UNFSA แต่ให้ความร่วมมือกับ RFMO/As เนื่องจากเงื่อนไขในการเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพยากรสัตว์น้ำตาม UNFSA ถูกนำไปกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขการใช้ทรัพยากรใน RFMO/As ด้วย

ทั้งนี้ รัฐเจ้าของธงเป็นตัวแปรสำคัญในการดำเนินการให้มาตรการอนุรักษ์และจัดการของ RFMO/As ประสบผลสำเร็จ เนื่องจาก UNFSA และกฎหมายจัดการทำประมงผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุมเพิ่มภาระให้แก่อำนาจของรัฐเจ้าของธงในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำในระดับภูมิภาค ทั้งจากแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธงและการกำหนดให้รัฐเจ้าของธงต้องให้ความร่วมมือกับผู้อื่น รัฐเจ้าของธงที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาต้องรับภาระหนักในการดำเนินการดังกล่าว

การบังคับใช้กฎหมายตาม UNFSA พบว่า RFMO/As มีการปรับปรุงมาตรการขึ้นและตรวจเรือประมงโดยรัฐที่ไม่ใช่รัฐเจ้าของธงให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของ UNFSA มากขึ้น ปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายคือมาตรการขึ้นและตรวจเรือยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันในทุกเขตทางทะเล อย่างไรก็ตาม แนวโน้มการกำหนดให้มีมาตรการขึ้นและตรวจเรือโดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐเจ้าของธงของ RFMO/As ได้แรงให้เกิดการตรวจสอบการปฏิบัติตามและการบังคับใช้กฎหมายของ RFMO/As

นอกจากนั้น การให้ความร่วมมือของประเทศสมาชิกและประเทศที่มีใช้สมาชิกแต่ให้ความร่วมมือกับ RFMO/As ในการดำเนินการตามข้อกำหนดของ RFMO/As ตลอดจนความร่วมมือในการสร้างกลไกทางกฎหมายในระดับภูมิภาคหรืออนุภูมิภาคเพื่อตรวจสอบการทำประมงในเขตต่างๆทางทะเล เป็นปัจจัยสำคัญในการป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุมที่อาจพ้นจากการตรวจสอบได้

คำสำคัญ: องค์การบริหารจัดการระดับภูมิภาค, ทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกล, หน้าที่ให้ความร่วมมือ, การบังคับใช้กฎหมาย

Abstract

Regional Fisheries Management Organizations or Arrangements (RFMO/As) are main legal mechanism used to control the fisheries of straddling fish stocks and highly migratory species but the management of RFMO/As to achieve the objectives of Agreement for the Implementation of the Provisions of the UN Convention on the Law of Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (UNFSA) has been found to be related to law enforcement problems due to certain factors.

The research finding has found that UNFSA is based on the principle of cooperation among relevant states which it is flexible and can be adjusted to the state's cooperation in each region. This legal approach has advantages in setting conservation and management measures suitable for specific areas and species, at the same time it meets challenges from the different levels of state's cooperation among the RFMO/As.

In addition, the conditions to fish straddling stocks and highly migratory species according to UNFSA has an effect on the members and the non-member cooperating states of RFMO/As despite of not being parties to UNFSA. This is because the provisions of UNFSA regarding the right to fish have already been applied by RFMO/As.

With this regard, flag state is a key success actor for the implementation of conservation and management measures set by RFMO/As. Under UNFSA and other laws aiming at eliminating illegal, unreported and unregulated fishing, flag state bears most legal burdens in conserving and managing fish stocks at the regional level through the concepts of flag state responsibilities and state's cooperation. The developing countries as flag states bears a lot of burdens to meet such requirements.

Relating to the law enforcement measures, it has been found that RFMO/As have increasingly applied the boarding and inspecting measures by non-flag states stipulated in UNFSA. However, such boarding and inspection measures under UNFSA have not been similarly applied in all areas of high sea. Trend of applying the boarding and inspecting measures by non-flag state under UNFSA at the regional level at least stimulates the compliance and enforcement of RFMO/As conservation and management measures.

Besides, the cooperation from members and cooperating non-member of RFMO/As including the cooperation among RFMO/As in establishing legal mechanism at regional and sub-regional level in order to monitor fisheries in different parts of the ocean are crucial factors in preventing, deterring and eliminating the illegal, unreported and unregulated fishing in order not to be able to escape from the inspection.

Keywords: Regional Fisheries Management Organizations, Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, Duty to Cooperate, Law Enforcement

1. บทนำ

ทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขต (Straddling Stocks) และชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล (Highly Migratory Species) เป็นทรัพยากรสัตว์น้ำมีชีวิตที่มีวงจรชีวิตอยู่ในสองเขตทางทะเล คือ เขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งอยู่ในสิทธิอธิปไตยในการสำรวจ แสวงหาประโยชน์และอนุรักษ์ของรัฐชายฝั่ง และเขตทะเลหลวง ซึ่งไม่มีอำนาจอธิปไตยของรัฐใดรัฐหนึ่งดำรงอยู่² ทรัพยากรสัตว์น้ำ

² ทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขต (Straddling Stocks) ตามข้อ 63 (2) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (The United Nations Convention on the Law of the Sea: UNCLOS) ให้ความหมายว่า ประชากรสัตว์น้ำชนิดเดียวกัน (Stocks) หรือที่อยู่ในชนิดพันธุ์เดียวกัน (Species) ซึ่งมีวงจรชีวิตอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐชายฝั่งและเขตทะเลหลวง ในบริเวณที่ประชิดกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะ อย่างไรก็ตาม UNCLOS ไม่ได้กำหนดว่าทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นมีชนิดพันธุ์ใดบ้าง ทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตชนิดพันธุ์ที่จะได้รับความคุ้มครองตาม UNCLOS และ

ดังกล่าวมีลักษณะการเคลื่อนย้ายมวลประชากรในหลายลักษณะตามแต่ชนิดพันธุ์ การกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำสองกลุ่มนี้ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลจึงเป็นไปตามความตกลงระหว่างรัฐในระดับภูมิภาคหรืออนุภูมิภาคผ่านการดำเนินการขององค์การระดับภูมิภาคหรืออนุภูมิภาค ซึ่งควบคุมพื้นที่เขตต่างๆในทะเลหลวง³ กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกล ได้แก่ ความตกลงแห่งสหประชาชาติเพื่อการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล วันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1982 เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการจัดการสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ที่คร่อมเขตและย้ายถิ่นไกล (The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling and Highly Migratory: UNFSA)⁴

UNFSA จึงแตกต่างกันตามความตกลงระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค โดยขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างรัฐเป็นหลักว่าจะคุ้มครองชนิดพันธุ์ทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตชนิดพันธุ์ใดภายใต้ความตกลงในระดับภูมิภาคและอนุภาคนั้นซึ่งแตกต่างจากทรัพยากรสัตว์น้ำชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล (Highly Migratory Species) ตามข้อ 64 ที่กำหนดชนิดพันธุ์ที่ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนในภาคผนวก 1 ของ UNCLOS

³ RFMO/As ที่บริหารจัดการการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลครอบคลุมเขตต่างๆในทะเลหลวง จากข้อมูลของ FAO ดูเพิ่มเติม <https://www.un.org/oceancapacity/content/rfmoas-map> แยกได้เป็น หนึ่ง องค์การที่อนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกล Tuna และ Tuna-like species เช่น The International Convention for the Conservation of Atlantic Tunas (ICCAT), The Convention for the Establishment of an InterAmerican Tropical Tuna Commission (IATTC), Indian Ocean Tuna Commission (IOTC), The Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna (CCSBT), The Convention for the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean (WCPFC)

สอง องค์การที่อนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตเช่น Straddling Stocks เช่น Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO), Northwest Atlantic, South East Atlantic Fisheries Organization (SEAFO), The southeastern Atlantic Ocean, General Fisheries Commission for the Mediterranean (GFCM), The South Indian Ocean Fisheries Agreement (SIOFA), The South Pacific Regional Fisheries Management Organization (SPRFMO)

⁴ ได้รับการรับรองในวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ.1995 โดยที่ประชุม The United Nations Conference on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks มีผลบังคับใช้ในวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ.2001 ปัจจุบันมีรัฐภาคีเข้าร่วม 93ประเทศ

หลักการของ UNFSA ถูกนำไปปฏิบัติผ่านการดำเนินการขององค์การบริหารจัดการการทำประมงระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค (Regional Fisheries Management Organizations and Arrangement: RFMO/As)⁵ ในเขตทางทะเลต่างๆ ผ่านรัฐเจ้าของธง รัฐชายฝั่งที่มีเขตเศรษฐกิจจำเพาะประชิดทะเลหลวง และรัฐเจ้าของท่า ทั้งนี้ RFMO/As ที่ประสบความสำเร็จในการจัดการกับการทำประมงมักมีฐานมาจากความร่วมมือระหว่างรัฐในการดำเนินการต่อเรือประมงที่เข้าทำประมงในพื้นที่นั้นได้ในระดับเข้มข้น โดยหากการบริหารจัดการของ RFMO/As ในเขตพื้นที่ใดอ่อนแอ จะทำให้เกิดกองเรือประมงที่ทำประมงผิดกฎหมายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม (Illegal, Unreported and Unregulated Fishing: IUU fishing) หากมีการแสวงหาประโยชน์ในพื้นที่ซึ่งมี RFMO/As จัดการไม่เหมาะสมหรือขาดการบังคับใช้กฎหมายในเขตทางทะเลนั้น จะส่งผลต่อการแสวงหาประโยชน์⁶ ตัวอย่างเช่น ใน ค.ศ. 2015 ที่ประชุมทบทวนการดำเนินการตาม UNFSA พบว่า ในเขตมหาสมุทรแปซิฟิกตะวันตกและมหาสมุทรแปซิฟิกตอนกลาง (West and Central Pacific Ocean) และเขตมหาสมุทรอินเดีย (Indian Ocean) มีผลผลิตจากการทำประมงเกินควรซึ่งมาจากการกำหนดปริมาณการจับต่อหน่วยลงแรงประมงซึ่งมีมาตรวัดการคำนวณได้หลายแบบ (Fishing Effort) ที่ไม่สอดคล้องกับการใช้อย่างยั่งยืนหรือข้อมูลที่ไม่ถูกต้องตั้งแต่แรก ทำให้กองเรือประมงขนาดใหญ่อาศัยช่องว่างในการกำหนดผลผลิตการทำประมงที่เกินควรนั้นเข้าทำประมงในพื้นที่ต่างๆ ที่มีปัญหาในการกำหนด

⁵ องค์การบริหารจัดการการทำประมงระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค (Regional Fisheries Management Organizations and Arrangement) หมายถึง องค์การระหว่างรัฐบาลที่เกิดจากความตกลงระหว่างรัฐและมีอำนาจในการกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำในเขตพื้นที่ทางทะเล ทั้งนี้ UNFSA กล่าวถึงกลไกความร่วมมือระหว่างรัฐในรูปแบบอื่นๆ (Arrangement) ที่จัดตั้งขึ้นตาม UNCLOS และ UNFSA เพื่ออนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำพร้อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลด้วย ดูเพิ่มเติมความหมายของ RFMO/As <https://www.fao.org/in-action/vulnerable-marine-ecosystems/key-concepts/en/> และ ดูเพิ่มเติม การใช้ RFMO/As เป็นกลไกระดับภูมิภาคที่บริหารจัดการการทำประมงของสัตว์น้ำในเขตต่างๆ ทางทะเลใน Terje Løbach, Matilda Petersson, Eliana Haberkon, and Piero Mannini, *Regional Fisheries Management Organizations and Advisory Bodies Activities and Developments, 2000–2017*, FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 651 (FAO, 2020), accessed December 30, 2023, <https://www.fao.org/3/ca7843en/CA7843EN.pdf>.

⁶ High Seas Task Force, *Closing the Net: Stopping Illegal Fishing on the High Seas, Final Report of the Ministerially-Led Task Force on IUU Fishing on the High Sea*, March 2006, accessed December 30, 2023, <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2006-024.pdf>.

กฎเกณฑ์⁷ บทความชิ้นนี้มาจากงานวิจัยที่มุ่งศึกษาลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายของ RFMO/As ต่อเรือประมงที่เข้าทำการประมงในพื้นที่ภายใต้การดูแลของ RFMO/As ภายใต้หลักการความร่วมมือระหว่างรัฐและแสดงถึงปัญหาที่มีอยู่ในการดำเนินการตามหลักการดังกล่าวของ RFMO/As เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์ของ UNFSA

จากรายงานของ FAO ใน ค.ศ.2023 สะท้อนให้เห็นว่าสถานการณ์การทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลไม่มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญมาตั้งแต่ ค.ศ. 2005⁸ โดยการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกลส่วนใหญ่ร้อยละ 60 อยู่ในระดับผลผลิตสูงสุดที่ยั่งยืน (maximally sustainably fished)⁹ ในขณะที่การทำประมงปลาทูน่าร้อยละ 40 อยู่ในระดับเกินขีดจำกัด (overfished)¹⁰ ทำให้ผลผลิตต่ำและยากต่อการฟื้นฟูแล้ว¹¹ อย่างไรก็ตามการบริหารจัดการการประมงปลาชนิดพันธุ์ Atlantic Bluefin มีการพัฒนาไปในทางที่ดีขึ้น

วัตถุประสงค์ของการวิจัย ได้แก่ หนึ่ง ศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายของ RFMO/As และช่องว่างของมาตรการดังกล่าวในการอนุรักษ์และจัดการสัตว์น้ำคร่อมเขตและอพยพย้ายถิ่นไกล และ สอง เสนอแนวทางการบังคับใช้กฎหมายผ่าน RFMO/As ที่ทำให้เกิดการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพ การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ใช้การวิจัยเชิงเอกสาร โดยการศึกษาค้นคว้าเอกสารที่เกี่ยวข้อง เอกสารหลักที่จะใช้ในการศึกษา ได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศ เอกสารทางการขององค์การระหว่างประเทศ

⁷ Greenpeace, *Greenpeace Contribution to the Report of the Secretary-General to the Resumed Review Conference on the United Nations Fish Stocks Agreement*, July 2015, accessed December 30, 2023, http://www.savethehighseas.org/wp-content/uploads/2017/05/2016_Greenpeace-contribution-Sec-Gen-report-UNFSA-review.pdf.

⁸ United Nations, *FAO's Input to the UN Secretary-General's Comprehensive Report for the 2023 Resumed Review Conference on the UN Fish Stocks Agreement*, 2023, accessed December 30, 2023, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/ICSP16/2023_FAOinputSTOCKS_UNFSARRC.pdf.

⁹ Ibid., 9.

¹⁰ Ibid.

¹¹ United Nations, *FAO's Input to the UN Secretary-General's Comprehensive Report for the 2023 Resumed Review Conference on the UN Fish Stocks Agreement*, 31.

ระเบียบต่างๆ มติการประชุม รายงานประจำปี ข้อมูลสถิติและรายงานต่างๆขององค์การ เอกสารทางวิชาการ ตำรา บทความ ข้อมูลระบบฐานข้อมูลออนไลน์และเว็บไซต์ต่างๆ

ความหมายของการบังคับใช้กฎหมายของ RFMO/As ในงานศึกษานี้ มุ่งเน้นที่การศึกษาข้อกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ RFMO/As ในส่วนการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายต่อเรือประมงที่ชักธงของรัฐซึ่งเข้าทำประมงในเขตทะเลหลวง บทบัญญัติของ UNFSA ถูกเลือกมาบางข้อเพื่อการศึกษาและสะท้อนปัญหาและข้อถกเถียงทางวิชาการได้ งานศึกษานี้ไม่ได้ศึกษาถึงการกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำโดยเฉพาะซึ่งต้องอาศัยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เนื่องจากความแตกต่างของลักษณะของทรัพยากรสัตว์น้ำในแต่ละพื้นที่และขอบเขตการศึกษาไม่รวมไปถึงข้อกฎหมายภายในของรัฐซึ่งอาจต้องแยกเป็นอีกประเด็นหนึ่ง

2. ข้อค้นพบจากงานวิจัย

2.1 การดำเนินการของ RFMO/As สอดคล้องกับ UNFSA และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องมากขึ้นในกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำในแต่ละเขตทางทะเล

ข้อ 63 (2) และข้อ 64 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (The United Nations Convention on the Law of the Sea: UNCLOS) กำหนดให้รัฐชายฝั่งและรัฐที่เข้าทำการประมงมีหน้าที่ร่วมมือกันกำหนดมาตรการอนุรักษ์ระหว่างเขตทางทะเลที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐและทะเลหลวงผ่านองค์การระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค ข้อ 63 (2) และข้อ 64 ของ UNCLOS กำหนดกรอบทางกฎหมายอย่างกว้างแต่ยังไม่ได้ลงรายละเอียดมาตรการทางกฎหมายในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำดังกล่าว ในขณะที่ UNFSA กำหนดรายละเอียดของ RFMO/As และหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจนขึ้น รวมไปถึงการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายของรัฐเจ้าของธง (Compliance and Enforcement by Flag State) เช่น การบังคับใช้กฎหมายเมื่อมีการละเมิด การสืบสวนสอบสวน การให้ข้อมูล การดำเนินคดี การลงโทษ และกระบวนการยุติธรรม โดยเชื่อมโยงหน้าที่ของรัฐเจ้าของธงเข้ากับมาตรการของกฎหมายระดับภูมิภาค โดยภาพรวมแล้วกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำประมงมีทั้งที่

มีสภาพบังคับและไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งสองลักษณะต่างก็เป็นกรอบในการทำงานของผู้ดูแลการทำประมงใช้เป็นแนวทางในทางปฏิบัติทั้งสิ้น

กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ลักษณะที่เป็นกฎหมายมีผลผูกพันรัฐภาคีตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Hard law) เช่น UNCLOS, UNFSA, ความตกลงเพื่อส่งเสริมการปฏิบัติตามมาตรการสากลเพื่ออนุรักษ์และจัดการโดยเรือประมงในทะเลหลวง พ.ศ.2536 (Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas 1993) และกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (Soft Law) ไม่มีผลผูกพันบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติ (non-binding instrument) เช่น จรรยาบรรณในการทำประมงอย่างรับผิดชอบ พ.ศ.2538 (Code of Conduct of Conduct for Responsible Fisheries 1995) แผนปฏิบัติการระดับสากลเพื่อการป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำประมงผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม พ.ศ.2544 (The International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing 2001) และ ข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly Resolutions) เป็นต้น¹²

กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (Soft Law) ได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของรัฐที่เข้าทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล อย่างไรก็ตาม Soft Law ไม่มีค่านิยมที่เป็นทางการ โดยนักวิชาการได้ให้ความหมายของ Soft Law ว่าเป็นบรรทัดฐานทางสังคมที่ไม่อยู่ในลักษณะกฎหมาย มักหมายถึงตราสารระหว่างประเทศที่ไม่ใช้สนธิสัญญา ซึ่งประกอบด้วยหลักการ บรรทัดฐาน มาตรฐาน หรือข้อกำหนดพฤติกรรมที่คาดหวังให้เกิดขึ้น¹³ มีความเกี่ยวข้องกับพันธกรณีที่มีลักษณะกว้าง มุ่งเน้นให้เกิดการกระทำ มีการใช้สำนวนที่ยืดหยุ่น¹⁴

¹² Kevern L. Cochrane and Serge M. Garcia, eds., *A Fishery Manager's Guidebook*, 2nd ed. (Singapore: Blackwell Publishing, 2009), 108-113, accessed December 30, 2023, <http://www.fao.org/docrep/015/i0053e/i0053e.pdf>.

¹³ Dinah Shelton, "Soft Law," in David Armstrong, ed., *Routledge Handbook of International Law* (London: Routledge, 2011), 69.

¹⁴ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), 418-419.

และมีเป้าหมายในการส่งเสริมบรรทัดฐานที่เชื่อว่าดีและมีความเป็นสากล โดยมากมักพบในด้านเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม¹⁵

ในมิติด้านการจัดการประมงนั้น Soft Law มีบทบาทต่อรัฐที่เผชิญปัญหาวิกฤตด้านทรัพยากรการทำประมง โดยรัฐที่ประสบปัญหาจะพยายามผลักดันให้มีการบังคับใช้ Soft Law เพื่อควบคุมพฤติกรรมของรัฐที่ไม่ยอมเข้าร่วมพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดและเป็นผลให้ทรัพยากรสัตว์น้ำที่ลดลงอย่างมาก¹⁶

กลุ่ม Soft Law ที่มีผลควบคุมพฤติกรรมของรัฐในการทำประมง¹⁷ เช่น จรรยาบรรณเพื่อการประมงอย่างรับผิดชอบ พ.ศ.2538 (Code of Conduct for Responsible Fisheries 1995) และแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศเพื่อป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุม พ.ศ.2544 (International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing 2001) มีผลให้การกำหนดมาตรการของ RFMO/As ต้องสอดคล้องกับการทำประมงอย่างรับผิดชอบและการต่อต้านการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม พร้อมกับผลักดันให้รัฐเจ้าของธงต้องตรวจสอบตนเอง กฎหมายกลุ่มนี้ยังได้วางแนวปฏิบัติสำหรับรัฐและผู้เกี่ยวข้องทั้งหลายให้ดำเนินการทำประมงและควบคุมการทำประมงไปในทิศทางเดียวกัน¹⁸ หลังจากการพัฒนา Soft

¹⁵ Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2nd ed. (London: Cambridge University Press, 2010), 11.

¹⁶ Dinah Shelton, "Soft Law," in David Armstrong, ed., *Routledge Handbook of International Law*, 75-76.

¹⁷ Andrew T. Guzman, "A Compliance-Based Theory of International Law," *California Law Review* 90, no. 6 (December 2002): 1823-1887. กล่าวถึงการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมาย Soft law อาจมีผลมากกว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับที่มีผลต่อการปรับพฤติกรรมของรัฐได้ แต่ไม่ว่าเป็น hard law หรือ soft law ต้องมาจากเจตนาธรรม (Inner) ของรัฐและต้องไม่เป็นการบังคับสอดคล้องกับการจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อนกว่ากฎหมายภายในของรัฐ

¹⁸ ตัวอย่างเช่น ข้อ 6.11 ของ Code of Conduct 1995 กำหนดให้ รัฐที่อนุญาตให้เรือทำประมง ต้องดำเนินการอย่างน้อยคือ ต้องมีความสามารถในการควบคุมการทำประมงเหนือเรือประมงอย่างมีประสิทธิภาพ ประกันว่ากิจกรรมทำประมงไม่ขัดขวางประสิทธิภาพของมาตรการอนุรักษ์และจัดการตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายที่ออกมาในระดับภายในรัฐ อนุภูมิภาค และภูมิภาค และต้องประกันว่าจะมีการเก็บและให้ข้อมูลเกี่ยวกับการทำประมง

law ขึ้นมาเพื่อควบคุมการทำประมงแล้วโดยเฉพาะการจัดการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม (IUU) ทำให้เกิดการทบทวนบทบาทขององค์การประมงระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคและนำไปสู่แนวคิดการบริหารจัดการประมงในทะเลหลวง (Fisheries Management) แนวคิดเรื่องธรรมาภิบาลทางทะเล (Ocean Governance) เพื่อให้มีการบริหารจัดการทะเลหลวงที่ดีขึ้น¹⁹ RFMO/As จึงเป็นเครื่องมือหลักในการควบคุมการทำประมงในทะเลหลวงซึ่งได้รับการพัฒนาไปพร้อมกับแนวคิดต่างๆในกฎหมายระหว่างประเทศ

2.2 ข้อกำหนดในการเข้าทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลตาม UNFSA ส่งผลต่อการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคต่อรัฐที่เป็นภาคี UNFSA

องค์การ RFMO/As ซึ่งจัดตั้งขึ้นจากความตกลงระดับภูมิภาคหรืออนุภูมิภาคถูกใช้เป็นการไกลในการควบคุมการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลและเป็นตัวขับเคลื่อนให้เกิดการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายในระดับภูมิภาคและกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้อง UNFSA จึงทำให้เกิดการจัดการระดับภูมิภาคอย่างเป็นรูปธรรม

ข้อ 18 ของ IPOA-IUU กำหนดให้เป็นความรับผิดชอบของทุกรัฐในการดำเนินการหรือร่วมมือกับผู้อื่นเพื่อประกันว่าคนในชาติของรัฐนั้นจะไม่สนับสนุนหรือเกี่ยวข้องกับการทำประมงแบบผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม โดยข้อ 18 นี้ ยังกล่าวถึงความร่วมมือของทุกรัฐในการระบุนคนในชาติของรัฐซึ่งเป็นผู้ดำเนินการหรือเจ้าของเรือประมงที่เกี่ยวข้องกับการทำประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุมด้วย การกำหนดความรับผิดชอบของเจ้าของธง (Flag State Responsibilities) ในข้อ 34-50

¹⁹ คำว่า Management มาจากแนวคิดการบริหารจัดการการทำประมง หรือ Fisheries Management ซึ่งไม่มีนิยามที่เป็นสากล จากเอกสาร A Fishery Manger's Guidebook – Management Measures and Their Application <https://www.fao.org/3/y3427e/y3427e00.htm> Fisheries Management หมายถึง กระบวนการบูรณาการข้อมูล การวิเคราะห์ และการดำเนินการ ที่อาจมีกระบวนการบังคับใช้หากจำเป็นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ครอบคลุมกิจกรรมการทำประมงเพื่อประกันว่าทรัพยากรธรรมชาติจะผลิตได้ต่อเนื่องและบรรลุเป้าหมายของการทำประมง

ส่วน Ocean Governance เป็นแนวคิดของการจัดการทะเลที่ต้องการความร่วมมือและการมีส่วนร่วมจากทุกฝ่าย ในการนำเสนอเรื่อง Ocean Governance: Towards an Oceanic Circle โดย Dr.Francois Baillet ในงาน DOALOS/UNITAR Briefing on Developments in Ocean Affairs and the LOS- 20 years After the Conclusion of UNCLOS – UN-HQ, NY, September 25&26, 2002 ได้อธิบายว่า Ocean Governance หรือ ธรรมาภิบาลทางทะเล ประกอบด้วยสามองค์ประกอบ ได้แก่ กฎหมาย กรอบการบริหารองค์กร และการปฏิบัติการ ระดับท้องถิ่น ระดับชาติ ระดับภูมิภาคและระดับระหว่างประเทศ โดยมีเป้าหมายในการปกป้องสิ่งแวดล้อม การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรทางน้ำและชายฝั่งอย่างยั่งยืนและรักษาความหลากหลายทางชีวภาพ

(Regional-based management) พร้อมกับกำหนดสิทธิในการทำประมงไว้กับ RFMO/As ตามข้อ 8-17 ของ UNFSA ซึ่งกำหนดให้สิทธิการใช้และหน้าที่ในการอนุรักษ์ทรัพยากรที่ต่างกันในสองเขตทางทะเลมาบริหารจัดการผ่าน RFMO/As ถือเป็นความก้าวหน้าของการกำหนดสิทธิในการทำประมงไว้กับการควบคุมขององค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค

ภายใต้ UNFSA ทำให้รัฐที่เกี่ยวข้องในการทำประมงได้แก่ รัฐที่เป็นสมาชิกข้อตกลง รัฐซึ่งเข้าร่วมในข้อตกลง และรัฐที่เพียงตกลงที่จะปฏิบัติตามมาตรการอนุรักษ์และจัดการของ RFMO/As ที่ตั้งในภูมิภาคนั้น²⁰ ในกรณีที่ไม่มี RFMO/As รัฐที่เกี่ยวข้องอาจพิจารณาการจัดตั้ง RFMO/As ใหม่ขึ้นมา²¹ ซึ่งต้องเป็นไปตามกรอบของข้อ 9 วรรคหนึ่ง ของ UNFSA ได้แก่ ต้องมีความตกลงหลักในเรื่องชนิดพันธุ์ พื้นที่ ความสัมพันธ์กับองค์การที่มีอยู่แล้ว และกลไกความร่วมมือเรื่องข้อมูลวิทยาศาสตร์²² ในข้อ 9 นี้ การตั้งองค์การในระดับภูมิภาคหรืออนุภูมิภาคหรือการเข้าร่วมความตกลงดังกล่าวนั้น กำหนดให้รัฐต้องตกลงกันในเรื่องชนิดพันธุ์ปลาโดยพิจารณาจากลักษณะทางชีววิทยาและลักษณะการทำประมงประกอบด้วยตามข้อ 9 (a) พื้นที่บริหารจัดการตามข้อ 9 (b) ความเกี่ยวพันขององค์การที่ตั้งขึ้นใหม่กับองค์การบริหารจัดการการทำประมงที่มีอยู่เดิมตามข้อ 9 (c) จากข้อ 9 (a)-(c) จะเห็นได้ว่าการตั้ง RFMO/As ขึ้นมาอาจมีความทับซ้อนระหว่าง RFMO/As ในส่วนของชนิดพันธุ์หรือพื้นที่บริหารจัดการ จึงต้องคำนึงถึงการทำงานของ RFMO/As

²⁰ UNFSA, ข้อ 8 วรรคสาม กำหนดว่า หากรัฐมีความสนใจเป็นพิเศษ (a real interest) อาจเข้าร่วมโดยการเข้าเป็นสมาชิก (member) หรือผู้เข้าร่วมในกลไกความร่วมมือ (participants) ที่มีอยู่นั้น

²¹ UNFSA, ข้อ 8 วรรคห้า. ตัวอย่างขององค์การที่บริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำแบบคร่อมเขต (แบบ Non-Tuna) ที่เกิดขึ้นหลังจากการรับรอง UNFSA เช่น The South East Atlantic Fisheries Organization (SEAFO) ตั้งขึ้นในปี ค.ศ.2003 เพื่อบริหารจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตในเขต South East Atlantic Ocean, The Southern Indian Ocean Fisheries Agreement (SIOFA) ตั้งใหม่ในปี ค.ศ. 2006 มีภารกิจในการจัดการการทำประมงชนิดพันธุ์สัตว์น้ำที่ไม่ใช่ปลาทูน่าและต่อต้านการทำประมงอย่างผิดกฎหมายในพื้นที่ Southern Indian Ocean, The South Pacific Regional Fisheries Management Organization (SPRFMO) ตั้งขึ้นใน ค.ศ.2009 เพื่อดูแลการทำประมงทรัพยากรประมงในพื้นที่ South Pacific Ocean และระบบนิเวศวิทยาทางทะเล, The North Pacific Fisheries Commission (NPFCC) ตั้งขึ้นใน ค.ศ. 2012 เพื่อดูแลการทำประมงทรัพยากรประมงในพื้นที่ North Pacific Ocean และ The Southeast Pacific Framework Agreement for the Conservation of Living Marine Resources on the High Seas of the South Pacific (CCAMLR) ตั้งขึ้นใน ค.ศ.2000 เพื่อดูแลทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกลในพื้นที่ South Pacific Ocean

²² UNFSA, ข้อ 9 วรรคหนึ่ง.

ที่อาจมีอยู่ก่อนในพื้นที่นั้น²³ และข้อ 9 (d) กำหนดถึงกลไกที่สร้างขึ้นเพื่อการรับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และทบทวนสถานะของทรัพยากรสัตว์น้ำ ซึ่งอาจรวมถึงการตั้งหน่วยงานให้คำปรึกษาด้านวิทยาศาสตร์ (a scientific advisory body) ขึ้นมาประเมินสถานะของทรัพยากรสัตว์น้ำในเขตพื้นที่ที่ RFMO/As ดูแลอยู่ ดังนั้น รัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิก ผู้เข้าร่วม หรือไม่ได้ตกลงที่จะปฏิบัติตามกฎหมายของ RFMO/As จะไม่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรหรือไม่สามารถได้สิทธิเข้าทำประมงในพื้นที่ที่ได้รับการบริหารจัดการได้ตามข้อ 8 วรรคสี่ ของ UNFSA

UNFSA ส่งผลต่อการดำเนินการของ RFMO/As โดย RFMO/As ได้นำเงื่อนไขการเข้าถึงทรัพยากรหรือสิทธิการทำประมงตาม UNFSA ไปปรับใช้ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าการกำหนดสิทธิในการทำประมงตามแนวทางของ UNFSA ส่วนหนึ่งมาจากกระแสของกฎหมายระหว่างประเทศที่มุ่งขจัด IUU Fishing และอีกส่วนหนึ่งมาจากรัฐชายฝั่งที่เข้มแข็งหรือประเทศพัฒนาแล้วได้เข้าร่วมเป็นภาคีของ UNFSA และผลักดันให้เกิดการกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลให้สอดคล้องกับ UNFSA รัฐชายฝั่งที่เข้มแข็งที่เข้าร่วม UNFSA เช่น Australia, Canada, Denmark, European Union, India, Norway, the United States, the United States เป็นต้น²⁴

อย่างไรก็ตาม การนำข้อกำหนดต่างๆ ของ UNFSA ไปกำหนดเป็นข้อกำหนดของแต่ละ RFMO/As หรือเกิดการจัดตั้ง RFMO/As ขึ้นมาใหม่ในพื้นที่ที่ยังไม่มี RFMO/As ตั้งอยู่ มีความแตกต่างกันในรายละเอียดเนื่องจากความตกลงกันของรัฐในแต่ละ RFMO/As เช่น UNFSA ส่งผลต่อแผนดำเนินการของ CCSBT ซึ่งเป็นองค์การที่จัดตั้งในปี ค.ศ. 1994²⁵ หรือ การนำ

²³ ตัวอย่างเช่น กรณีทรัพยากรสัตว์น้ำชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล องค์การ CCSBT และ IOTC มีเป้าหมายอนุรักษ์ทรัพยากรชนิดพันธุ์ปลาทูน่า Bluefin Tuna จึงมีความทับซ้อนกันในพื้นที่และชนิดพันธุ์ที่อนุรักษ์ หรือกรณีทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขต องค์การ NAFO และ NEAFC ทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตในเขตทางทะเลติดกันจึงสร้างความร่วมมือในการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันเพื่อประเมินปริมาณการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำในเขตทะเลโดยรวมในเขตทะเล Atlantic Ocean

²⁴ United Nations Treaty Collection, *Status of Treaties*, accessed December 30, 2023, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-7&chapter=21&clang=_en.

²⁵ Serge M. Garcia and Holly R. Koehler, *Performance of the CCSBT 2009-2013*, 50, accessed December 30, 2023, www.tuna-org.org/Documents/2014_CCSBT_Independent_Performance_Review.pdf. เนื่องจาก CCSBT ตั้งก่อน UNFSA จึงมีข้อเสนอสองแบบ หนึ่งใน the CCSBT Convention ให้เป็นไปตาม UNFSA

UNFSA มาเป็นตัวชี้วัดในการทบทวนตนเองขององค์กรต่างๆ เช่น รายงานทบทวนตนเองของ IOTC ครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ.2015²⁶ รายงานประเมินการปฏิบัติการขององค์กร NAFO ในปี ค.ศ. 2018²⁷ เป็นต้น ภายใต้กติกาดังกล่าว แม้ว่า UNFSA จะไม่ได้มีผลบังคับทางกฎหมายให้ RFMO/As ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของ UNFSA แต่กฎหมายฉบับนี้ได้ส่งผลในทางอ้อม โดย RFMO/As ในพื้นที่ต่างๆ ได้นำวัตรกรรมทางกฎหมายที่กำหนดไว้ใน UNFSA ไปเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการหรือใช้เป็นแนวทางปฏิบัติ²⁸

2.3 รัฐเจ้าของธงต้องแบกรับภาระหน้าที่หลักในการดำเนินการตามมาตรการอนุรักษ์และจัดการของ RFMO/As

รัฐเจ้าของธงต้องรับภาระหลายประการในการดำเนินการตามกฎหมาย UNFSA และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น การพิสูจน์ความเกี่ยวข้องที่แท้จริงระหว่างรัฐกับเรือประมงที่ชักธงของรัฐนั้นและการควบคุมการทำประมงของเรือประมง การแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับมาตรการของ RFMO/As การบังคับใช้กฎหมายและการให้ความร่วมมือกับรัฐอื่น และ RFMO/As อีกทั้งความร่วมมือของประเทศที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นข้อท้าทายอีกประการหนึ่งสำหรับรัฐเจ้าของธงที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ภาระหน้าที่ของรัฐเจ้าของธงตาม UNFSA มาจากแนวคิดการทำประมงอย่างรับผิดชอบและหน้าที่ในการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายของ RFMO/As

provisions สอง พัฒนา strategic plan and a management plan ให้เป็นไปตาม UNFSA requirement, CCSBT เลือกแบบที่สอง ข้อเสนอจึงรวมถึงการปฏิบัติตามตราสารต่างๆ ที่อาจไกลไปกว่า UNCLOS และ UNFSA ด้วย

²⁶ Indian Ocean Tuna Commission, *Technical Committee on Performance Review*. Eden Island, Mahé, Seychelles 14– 15 March 2019. IOTC–2019–TCPR02–R[E], accessed December 30, 2023, <https://iotc.org/sites/default/files/documents/2019/11/IOTC-2019-TCPR02-RE.pdf>.

²⁷ Northwest Atlantic Fisheries Organization, *Report of the NAFO Performance Review Panel 2018*, (Nova Scotia: Northwest Atlantic Fisheries Organization: NAFO, 2018), accessed December 30, 2023, www.nafo.int/Portals/0/PDFs/Performance/NAFOPerformanceReviewPanelRpt2018.pdf. ตัวอย่างเช่น ตัวชี้วัดเรื่องหน้าที่ของรัฐเจ้าของธง การคำนึงถึงเงื่อนไขพิเศษของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดของ UNFSA หลักการ precautionary approach ตามข้อ 6 และ ภาคผนวก 2 ของ UNFSA

²⁸ Henriksen Tore, Honneland Geir, and Sydnese Are, *Law and Politics in Ocean Governance: The UN Fish Stock Agreement and Regional Fisheries Management Regimes*, Volume 52 (Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2006), 12-14.

ปัญหาสำคัญของรัฐเจ้าของธงที่ส่งผลถึงการควบคุมการทำประมงสามารถแบ่งได้เป็น

หนึ่ง การพิสูจน์จุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริง หรือ Genuine Link ระหว่างเรือประมงและรัฐที่อนุญาตให้เรือชักธง รัฐสมาชิกจึงต้องกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในสำหรับเรือประมงที่ชักธงของรัฐ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ดังกล่าวก็ยังยากต่อการพิสูจน์ โดยแต่เดิม UNCLOS ข้อ 91 กำหนดให้ต้องมีจุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริงระหว่างรัฐและเรือที่ชักธงของรัฐนั้น และข้อ 92 กำหนดหน้าที่ของรัฐเจ้าของธงต่อเรือที่ชักธงของรัฐ แต่ไม่มีการกำหนดคำนิยามของจุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริง (the genuine link) เอาไว้ ต่อมาได้มีแนวคิดความรับผิดชอบในการทำประมงมาเสริมความรับผิดชอบของรัฐในส่วนนี้ขึ้นอีก²⁹ เช่น ข้อ 18 ของ UNFSA ข้อ 3 ของความตกลงเพื่อส่งเสริมการปฏิบัติตามมาตรการสากลเพื่ออนุรักษ์และจัดการโดยเรือประมงในทะเลหลวง พ.ศ.2536 (Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas 1993) และข้อ 20 ของความตกลงของ FAO ว่าด้วยมาตรการของรัฐเจ้าของท่าเพื่อป้องกัน ยับยั้ง และจัดการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดรายงานและไร้การควบคุม พ.ศ.2552 (Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal Unreported and Unregulated Fishing 2009) การประชุมทบทวนการดำเนินการตาม UNFSA ในปี ค.ศ. 2016³⁰ และปี ค.ศ.2023³¹ ทั้งสองครั้งที่

²⁹ Ariella D'Andrea, "The Genuine Link Concept in Responsible Fisheries: Legal Aspects and Recent Developments," FAO Legal Papers Online #61, November 2006, accessed December 30, 2023, <https://www.fao.org/3/bb094e/bb094e.pdf>

³⁰ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, New York, 23-27 May 2016, A/CONF.210/2016/5, 1 August 2016, Annex Outcome of the Resumed Review Conference, 43, accessed December 30, 2023, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/244/06/PDF/N1624406.pdf?OpenElement>.

³¹ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, 22-27 May 2023, A/CONF.210/2023/6, 20 June 2023, Annex Outcome of Resumed Conference, 39, accessed December 30, 2023, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/178/62/PDF/N2317862.pdf?OpenElement>.

ประชุมยังคงเสนอให้มีตรวจสอบและขยายความความหมายของจุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริง (the genuine link) เนื่องจากเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของรัฐเจ้าของธงที่จะควบคุมเรือประมงที่ชักธงอย่างมีประสิทธิภาพ การตีความจุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริงจึงส่งผลต่อการจดทะเบียนและการควบคุมเรือของรัฐที่ชักธง

สอง ศักยภาพของรัฐเจ้าของธงในการออกกฎหมายภายในของรัฐเพื่อควบคุมคนชาติตน โดยกฎหมายภายในของรัฐต้องรวมถึงมาตรการลงโทษรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่มีการตกลงกันในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคด้วย³² อย่างไรก็ตาม ในข้อนี้พบว่ากฎหมายภายในรัฐอาจยังไม่เพียงพอต่อการควบคุมการทำประมงในทะเลหลวง โดยพิจารณาจากกฎหมายสาระบัญญัติ การปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรในทะเลหลวงและการบังคับใช้กฎหมาย³³ ตัวอย่างเช่น ใน ค.ศ. 2016 IOTC แจ้งว่าประเทศไทยการขาดการจัดให้มีเอกสารบนเรือ การทำสัญลักษณ์บนเรือและการทำสัญลักษณ์บนอุปกรณ์ในการทำประมง รัฐไทยแจ้งว่าปัญหาดังกล่าวมาจากกฎหมายประมงเดิมไม่ได้ให้อำนาจในบังคับใช้กฎหมาย³⁴ ทั้งนี้ แนวคิดความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธงทำให้รัฐต้องดำเนินการหลายประการ ซึ่งอาศัยการใช้เทคโนโลยี และบุคลากรเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อาจสร้างภาระให้กับประเทศกำลังพัฒนาหรือรัฐที่ยังไม่มีความพร้อมในด้านกฎหมายและการวิจัยทางทะเล ด้านเงินทุน เทคโนโลยี และบุคลากรของรัฐ ปัญหาข้อนี้ มติที่ประชุมสมัชชนใหญ่สหประชาชาติที่ 70/75 เรื่อง Sustainable Fisheries ย้ำว่าในการสร้างมาตรการอนุรักษ์และจัดการสำหรับทรัพยากรสัตว์น้ำ คร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกล ต้องคำนึงด้วยว่าจะไม่สร้างภาระที่ไม่เหมาะสมแก่

³² United Nations, *United Nations Conference on Straddling Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, New York, 12-30 July 1993, A/CONF.164/INF/5, 8 July 1993, Background Paper, para. 109, accessed December 30, 2023, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/392/28/PDF/N9339228.pdf?OpenElement>.

³³ ชุมพร ปัจจุสานนท์, “กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำประมงในทะเลหลวง: ผลกระทบต่อประเทศไทย,” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 20, no. 2 (2543): 264-265.

³⁴ Indian Ocean Tuna Commission, *IOTC Compliance Report for Thailand: IOTC-2016-CoC12-CR30 Rev1 [E]*, 16 April 2016.

ประเทศกำลังพัฒนา³⁵ ข้อมตินี้เป็นการยืนยันหลักการใน Fish Stock Agreement มาตรา 24(2) (C) ที่จะไม่สร้างภาระทางตรงหรือทางอ้อมให้แก่ประเทศกำลังพัฒนา

สาม ส่วนการดำเนินการตามมาตรการขึ้นและตรวจเรือของ UNFSA เป็นข้อท้าทายสำคัญของการบังคับใช้กฎหมายในเขตทะเลหลวง การเข้าตรวจสอบเรือประมงของรัฐเจ้าของธงโดยรัฐอื่นนอกจากรัฐเจ้าของธง จะทำได้เฉพาะกรณีได้รับความยินยอมจากรัฐเจ้าของธงหรือมีการทำความตกลงระหว่างรัฐไว้ ข้อนี้ UNFSA ได้พัฒนานวัตกรรมใหม่ในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายต่อเรือประมงโดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐเจ้าของธง ตามข้อ 21-22 UNFSA โดยใช้ฐานความเป็นภาคีของ UNFSA ให้รัฐภาคีสามารถตรวจสอบกันเองได้³⁶ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการตรวจสอบโดยรัฐอื่นยังคงต้องอาศัยความร่วมมือของรัฐเจ้าของธงในการให้ความยินยอม เช่น ข้อ 21 (5) รัฐที่เข้าตรวจสอบต้องแจ้งรัฐเจ้าของธงถึงสาเหตุที่เชื่อว่าการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับมาตรการอนุรักษ์และจัดการในเขตทางทะเลนั้น ข้อ 21 (6) เมื่อได้รับแจ้งแล้วรัฐเจ้าของธงอาจตรวจสอบเองหรืออนุญาตให้รัฐอื่นเข้าตรวจสอบเรือประมงได้ ข้อ 21 (7) โดยผลการสืบสวนสอบสวนต้องแจ้งให้รัฐเจ้าของธงทราบตามข้อ 21 (9) ด้วย นอกจากนั้น ข้อกำหนดของ RFMO/As ก็กำหนดให้รัฐเจ้าของธงให้ความยินยอมต่อมาตรการตรวจเรือ/การดำเนินคดีต่อเรือประมง ตัวอย่างเช่น The NEAFC Control and Enforcement Scheme ข้อ 38 Inspection at Sea, The NAFO Conservation and Enforcement Measures 2023 ข้อ 38 Additional Procedures for Serious Infringements และ The CCAMLR System of Inspection เป็นต้น

³⁵ United Nations, *United Nations General Assembly Resolution 70/75 on Sustainable Fisheries, Including Through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, and Related Instruments*, A/RES/70/75, 22 February 2016, para. 39.

³⁶ UNFSA, Art. 19 and Art. 21-22.

2.4 หลักการเรื่องการบังคับใช้กฎหมายต่อเรือประมงโดยรัฐที่มีรัฐเจ้าของธงของ UNFSA ยังไม่ได้รับการรับรองเป็นแนวทางเดียวกันในทุก RFMO/As และยังคงพบปัญหาในทางปฏิบัติที่ต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างรัฐ

ในขณะที่ข้อกำหนดว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายใน UNFSA (Compliance) ปรากฏเพียงครั้งเดียว ในข้อ 19 ต่างจากข้อกำหนดว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement) ที่ปรากฏชัดเจนในหลายข้อของ UNFSA ได้แก่ หน้าที่ของรัฐเจ้าของธงในข้อ 18 การปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายของรัฐเจ้าของธงในข้อ 19 การบังคับใช้กฎหมายจากความร่วมมือระหว่างรัฐในข้อ 20 และการบังคับใช้กฎหมายผ่าน RFMO/As ในข้อ 21 – 23 ทั้งนี้ การบังคับใช้กฎหมายในการขึ้นและตรวจเรือตามข้อ 20-21 UNFSA โดยรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐเจ้าของธง (non-flag state) ถือว่าเป็นนวัตกรรมของ UNFSA โดยรัฐอื่นที่มีรัฐเจ้าของธงอาจขึ้นตรวจสอบเรือประมงที่อาจกระทำผิดกฎหมายได้ โดยต้องเป็นรัฐภาคีของ UNFSA และต้องมีสถานะเป็นรัฐสมาชิกหรือเข้าร่วมกับ RFMO/As อย่างไรก็ตาม รัฐเจ้าของธงที่ถูกตรวจค้นเรือประมงอาจเป็นสมาชิกของ RFMO/As ดังกล่าวหรือไม่ก็ได้แต่ต้องเป็นรัฐภาคีของ UNFSA เช่นเดียวกับรัฐที่ทำการขึ้นและตรวจเรือ การขึ้นและตรวจเรือตามข้อ 21 จึงเป็นการตรวจสอบระหว่างรัฐภาคีด้วยกัน ส่วนขั้นตอนในการขึ้นและตรวจค้นเรือ UNFSA ได้กำหนดไว้ตามข้อ 22 เป็นข้อกำหนดพื้นฐาน เช่น การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจ อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ และการดำเนินการของรัฐเจ้าของธงและผู้ควบคุมเรือ³⁷

การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวต่อเรือประมงที่มีได้ชักธงของรัฐนั้นไม่เป็นการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น เพราะหลักการตาม UNFSA ยังคงต้องใช้ความยินยอมจากรัฐเจ้าของธง ซึ่งในอีกด้านหนึ่ง รัฐเจ้าของธงเอง ก็มีพันธกรณีในการให้ความร่วมมือกับรัฐอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับเพื่อประกันการอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรในทะเลหลวง³⁸ การประชุมทบทวนการดำเนินการตาม UNFSA ใน ค.ศ. 2023 ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมหลายท่านได้ย้ำความสำคัญของมาตรการขึ้นและตรวจเรือตาม UNFSA ว่าเป็นมาตรการที่มีคุณค่าในการปรับปรุงการปฏิบัติตามมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำของ RFMO/As และ

³⁷ UNFSA, Art. 22.

³⁸ Rosemary Rayfuse, *Non-Flag State Enforcement in High Seas Fisheries* (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 61.

ความจำเป็นของมาตรการดังกล่าวที่สอดคล้องกับ UNFSA³⁹ ข้อสรุปของการประชุมเสนอให้พัฒนามาตรการขึ้นและตรวจเรือในทะเลหลวงในพื้นที่ที่ยังไม่มีมาตรการดังกล่าว พัฒนาให้มาตรการดังกล่าวใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และทบทวนการใช้มาตรการดังกล่าวที่ดำเนินการอยู่ด้วย โดยมีเป้าหมายให้สอดคล้องกับ ข้อ 21-22 ของ UNFSA⁴⁰

นักวิชาการให้ความเห็นต่อแนวทางการขึ้นและตรวจเรือประมงตามข้อ 21-22 UNFSA ว่า ใน ค.ศ. 2002 องค์การประมงในระดับภูมิภาคบางองค์การไม่มีระบบในการตรวจสอบและบังคับใช้กฎหมายหรือมีแต่ไม่เข้มแข็ง แม้ว่า UNFSA จะกำหนดบทบัญญัติบังคับ (enforcement provision) แต่ยังไม่เห็นผลในการดำเนินการ⁴¹ ใน ค.ศ.2011 การขึ้นตรวจเรือที่มีประสิทธิภาพขึ้นอยู่กับกระแสน้ำของการดำเนินคดีของรัฐเจ้าของธงทำให้การขึ้นตรวจเรือที่ไม่ได้มีการประสานกับรัฐเจ้าของธงก่อนการดำเนินการดังกล่าวเกิดขึ้นน้อยและรัฐมักไม่สนใจการดำเนินการเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในน่านน้ำที่ห่างไกลจากเขตอำนาจรัฐ⁴² ใน ค.ศ.2014 พบว่า การขึ้นและตรวจเรือของ RFMO/As มีความก้าวหน้า เช่น มีการพัฒนาระบบการตรวจสอบในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคตามข้อ 21 และข้อ 22 แต่ยังมีแนวโน้มปฏิบัติที่ชัดเจนหรือไปทางเดียวกันในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค ทำให้การขึ้นและตรวจเรือตาม ข้อ 21 และข้อ 22 ยังคงต้องประสานและได้รับรัฐเจ้าของธงอยู่เป็นหลัก โดยการบังคับใช้กฎหมายตามข้อ 21 และข้อ 22 เกิดขึ้นในความเป็นจริงน้อยมาก⁴³

³⁹ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023, Annex Outcome of Resumed Conference*, 21.

⁴⁰ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023, Annex Outcome of Resumed Conference*, 41.

⁴¹ Jacqueline Alder and Gail Lugten, "Frozen Fish Block: How Committed Are North Atlantic States to Accountability, Conservation, and Management of Fisheries?" *Marine Policy* 26 (2002): 354-355.

⁴² Yoshifumi Tanaka, "The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law," *Heidelberg Journal of International Law* 70, no. 2 (2011): 318-320, accessed December 30, 2023, https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_2_a_291_330.pdf.

⁴³ Stuart Kaye, "Enforcement Cooperation in Combating Illegal and Unauthorized Fishing: An Assessment of Contemporary Practice," *Berkeley Journal of International Law* 2 (2014): 316-329. Stuart Kaye ได้แบ่งการบังคับใช้กฎหมายทางทะเลออกเป็นสามระดับ คือ หนึ่ง ระดับการแลกเปลี่ยนข้อมูลและการสังเกตการณ์ เช่น ในบาง RFMO/A ที่ตกลงกันให้อำนาจ observer ขึ้นเรือและเก็บข้อมูลแต่ไม่มีอำนาจใดๆ ในการบังคับใช้กฎหมายบนเรือ อำนาจในการบังคับใช้กฎหมายยังเป็นความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของแต่ผู้เดียว สอง ระดับการขึ้นตรวจและส่งเรื่องต่อไปยังรัฐเจ้าของธง เช่น ข้อ 21 ของ UNFSA และ สาม เป็นความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่รัฐหนึ่งให้อำนาจอีกรัฐ

ข้อวิพากษ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ามาตรการขึ้นและตรวจเรือตาม UNFSA ได้รับการดำเนินการก้าวหน้าขึ้นเป็นลำดับ

อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดเรื่องการขึ้นและตรวจเรือของ RFMO/As ได้ถูกรับรองโดย RFMO/As ต่างๆ⁴⁴ มีทั้งที่สอดคล้องกับ UNFSA และอยู่ระหว่างการปรับปรุง RFMO/As องค์การสมัยใหม่ เช่น Western and Central Pacific Fisheries Commission (WCPFC) ตั้งแต่ ค.ศ. 2004 กำหนดส่วนการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย การขึ้นและตรวจเรือและมาตรการของรัฐเจ้าของทำให้เป็นไปตาม UNFSA⁴⁵ ทั้งนี้ มาตรการขึ้นและตรวจเรือที่ของ WCPFC กำหนดกรอบการขึ้นและตรวจเรือตามองค์ประกอบของข้อ 21 และข้อ 22 ของ UNFSA⁴⁶ องค์การ Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO) แม้จะเป็นองค์กรเก่าแก่ แต่มีการดำเนินการที่สอดคล้องกับ UNFSA โดยมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจเรือและการเฝ้าระวัง (At-Sea Inspection and Surveillance Scheme) อยู่แล้ว ซึ่งได้รับการปรับปรุงทุกปี ล่าสุดคือ Conservation and Management Measures 2023 ทั้งนี้ รายงาน NAFO กล่าวถึง จำนวน at-sea inspections ลดลงจาก ค.ศ.2004-2015 เพราะว่ามีวิธีอื่นประกอบเช่น Vessel Monitoring System, observers and in-port inspections⁴⁷ รายงานทบทวนตนเองของ IOTC ชี้ว่าความตกลงของ IOTC นั้นไม่ได้กำหนดนโยบายขึ้นหรือกระบวนกรขึ้นและตรวจเรือในทะเลหลวงไว้ในความตกลงของ IOTC แต่มีการปรับปรุงโดยอ้างถึงกระบวนกรตามข้อ 22 ของ UNFSA ที่จะทำให้เกิดการขึ้นและตรวจเรือตามข้อ 20 และข้อ 22 ของ UNFSA⁴⁸

กระทำการแทนตนหรือดำเนินการในตำแหน่งของรัฐเจ้าของธง กรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ต้องมีความตกลงเฉพาะหรือเป็นการร้องขอจากรัฐเจ้าของธงเป็นกรณีเฉพาะ (ad hoc)

⁴⁴ Interpol, *International Law Enforcement for Cooperation in the Fisheries Sectors: A Guide for Law Enforcement Practitioners* (France: Interpol, 2018), 78-79.

⁴⁵ Western and Central Pacific Fisheries Commission, *Commission Eighth Regular Session, Tumon, Guam, USA, 26-30 March 2012, Review of Performance of the WCPFC, WCPFC8-2011/12*, 28 February 2012, 63, accessed December 30, 2023, www.tuna-org.org/Documents/WCPFC-PerformanceReviewRep.pdf.

⁴⁶ Ibid, 206.

⁴⁷ Northwest Atlantic Fisheries Organization, *Report of the NAFO Performance Review Panel 2018*, 31-32.

⁴⁸ Indian Ocean Tuna Commission, *Report of the 2nd IOTC Performance Review Mahé, Seychelles, 2-6 February & 14-18 December 2015, IOTC-2016-PRIOTC02-R[E]*, 77 and APPENDIX III

ในระดับโลก มีความเคลื่อนไหวให้เกิดความร่วมมือระหว่าง RFMO/As ของเขตทะเลต่างๆ มติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติต่อ UNFSA ใน ค.ศ.2016 มีข้อเสนอให้พัฒนาแนวปฏิบัติในระดับภูมิภาค (Regional Guidelines) ในการลงโทษเรือประมงที่ทำผิดกฎหมาย เพื่อให้รัฐนำแนวปฏิบัติดังกล่าวไปเป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของรัฐ ทำให้เกิดมาตรการที่มีความรุนแรงเพียงพอที่จะทำให้เรือประมงและคนของรัฐปฏิบัติตามกฎหมาย ป้องกันการละเมิด ทำให้ผู้กระทำผิดไม่ได้รับประโยชน์จากกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย รวมถึงการประเมินระบบการลงโทษว่ามีประสิทธิภาพในการประกันให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมายและป้องกันการละเมิดกฎหมายได้เพียงใด⁴⁹

นอกจากการบังคับใช้กฎหมายต่อเรือประมงในทะเลแล้ว การบังคับใช้กฎหมายต่อเรือประมงบนท่าเรือตามข้อ 23 ของ UNFSA⁵⁰ เสริมการบังคับใช้กฎหมายในทะเล ส่วนนี้ความตกลงว่าด้วยการของรัฐเจ้าของท่าเพื่อป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม (Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing: PSMA) ค.ศ.2009 ซึ่งมีผลใช้บังคับใน ค.ศ.2016 เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายในเรื่องการป้องกัน ยับยั้งและจัดการทำการประมงแบบผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม ความตกลงว่าด้วยการของรัฐเจ้าของท่าเพื่อป้องกัน ยับยั้ง และจัดการทำการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม เสริมให้บทบาทของรัฐเจ้าของท่ามีความโดดเด่นมากขึ้น เช่น เรือประมงหรือเรือที่เกี่ยวข้องกับการทำการประมงอาจถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าหรือใช้ท่าเรือ เรือที่ได้รับการร้องขอจากภาครัฐอื่นหรือจาก RFMO/As ว่ามีหลักฐานที่เกี่ยวข้องหรือสนับสนุนการทำการประมงแบบผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน

SUMMARY OF A LEGAL ANALYSIS OF THE IOTC AGREEMENT AGAINST THE UNFSA 2015, accessed December 30, 2023, https://iotc.org/sites/default/files/documents/2016/04/IOTC-2016-PRIOC02-RE_-_FINAL_0.pdf.

⁴⁹ United Nations General Assembly, *Resolution 70/75 Sustainable Fisheries, Including Through the 1995 Fish Stocks Agreement*, 22 February 2016, para. 154.

⁵⁰ UNFSA, ข้อ 23 วรรคสอง กำหนดให้เจ้าของท่าเรืออาจจะดำเนินการตรวจสอบเอกสาร เครื่องมือทำการประมง และสินค้าที่ได้จากการทำการประมงเมื่อเรือประมงเข้าเทียบท่าเรือหรือท่าเทียบเรือนอกชายฝั่งโดยสมัครใจ และ ข้อ 23 วรรคสาม กำหนดให้รัฐอาจออกกฎระเบียบให้อำนาจกับพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะห้ามการนำสัตว์น้ำขึ้นท่าและขนถ่ายสัตว์น้ำ ซึ่งการจับสัตว์น้ำที่อาจลดประสิทธิภาพของมาตรการอนุรักษ์และจัดการในระดับภูมิภาคและภูมิภาคและระดับโลก

และไร้การควบคุม และเรือที่มีหลักฐานชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกับการทำประมงหรือสนับสนุนการทำประมงในลักษณะดังกล่าว⁵¹

2.5 ปัญหาการต่อต้านการทำประมง IUU ในระดับภูมิภาคผ่านความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกและรัฐที่ให้ความร่วมมือกับ RFMO/As และความร่วมมือระหว่าง RFMO/As ด้วยกัน

ปัญหา IUU Fishing เป็นปัญหาที่ยังคงท้าทายการบริหารจัดการการทำประมงของ RFMO/As ที่ประชุม Resumed Conference ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมหลายท่านแสดงความกังวลอย่างมากที่ต้องมีการป้องกันการดำเนินการของเรือประมงที่ไม่ระบุตัวตนและการต่อสู้กับ IUU fishing ซึ่งอยู่ในส่วนความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธงในการประกันการปฏิบัติการของเรือประมงว่าไม่เกี่ยวข้องกับ IUU และประสานกับ RFMO/As⁵² อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกบางประเทศไม่ได้ให้ความร่วมมือในการติดตามกรณีที่ได้รับรายงาน IUU Vessels List รวมถึงการดำเนินการหรือการดำเนินคดีต่อผู้ควบคุมเรือหรือเจ้าของเรือ และการรายงานการละเมิดจากมาตรการตรวจสอบอื่นๆ เช่น โครงการ IOTC At-Sea Transshipment Programme และการกระทำความผิดซ้ำของเรือประมงขนาดใหญ่ที่ผู้สังเกตการณ์ได้บันทึกไว้จากเรือประมงขนาดใหญ่⁵³ บาง RFMO/As มีข้อเรียกร้องให้รัฐดำเนินการแก้ไข การห้ามไม่ให้เข้าทำประมงจนกว่าจะรัฐจะดำเนินการให้ข้อมูลหรือห้ามทำการประมงชนิดพันธุ์สัตว์น้ำที่ไม่ให้ข้อมูล⁵⁴ เช่น การตรวจสอบการละเมิดกฎหมาย องค์การ IOTC รายงานว่ารัฐสมาชิกขาดการติดตามคดีที่มีการละเมิดกฎหมายและมีข้อเสนอให้จัดทำกลไกการลงโทษสำหรับกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (Non-Compliance) และ

⁵¹ Food and Agriculture Organization, *Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, 31 December 2016, Art. 12.

⁵² United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023*, 20.

⁵³ Indian Ocean Tuna Commission, *Report of the 14th Session of the Compliance Committee*, Yogyakarta, Indonesia 15-17 May 2017, IOTC-2017-CoC14-R[E].

⁵⁴ United Nations, *Report of the Secretary-General, Review Conference on the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, 1 August 2016, 17.

ให้คณะกรรมการ Compliance Committee รับผิดชอบในการค้นหาแนวทางที่ชัดเจนในกรณีการละเมิดกฎหมาย (cases of infringement)⁵⁵

มาตรการ IUU Vessels List มีข้อถกเถียงว่า ความตกลงระดับภูมิภาคสามารถใช้กับรัฐที่ไม่เป็นสมาชิกได้เพียงใด (non-contracting states) เป็นการขยายสภาพบังคับไปยังรัฐที่ไม่เป็นภาคีหรือไม่ และเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการทำประมงในทะเลหลวงหรือไม่⁵⁶ ประเด็นนี้อาจต้องย้อนไปพิจารณาจากหลักการในเอกสาร Background paper ของการประชุมรับรอง UNFSA ที่อธิบายว่า สิทธิในการทำประมงในทะเลหลวงตาม UNCLOS เป็นสิทธิไม่เด็ดขาด (not absolute)⁵⁷ โดยรัฐเจ้าของธงต้องไม่อนุญาตให้เรือประมงที่ชักธงของตนเข้าไปทำการประมงทรัพยากรดังกล่าวที่อยู่ภายใต้มาตรการอนุรักษ์และจัดการของ RFMO/As ที่รับผิดชอบอยู่นั้น⁵⁸ ทั้งนี้ RFMO/As จึงไม่ใช่องค์กรที่ดำเนินการได้เองเพียงลำพัง แต่กลไกการทำงานของ RFMO/As ขึ้นอยู่กับรัฐสมาชิก ซึ่งรัฐอธิปไตยเหล่านั้นจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศผ่านทาง RFMO/As ด้วย⁵⁹

อย่างไรก็ตาม การให้ความร่วมมือโดยรัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ RFMO/As แต่เข้าร่วมกับ RFMO/As เพื่อเข้าถึงสิทธิในการทำประมงอาจทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินการของ RFMO/As

⁵⁵ Indian Ocean Tuna Commission, *1st Performance Review: Recommendations and Implementation Status*, 2015, accessed December 2023, https://iotc.org/sites/default/files/documents/2016/02/IOTC-2015-PRIOTC02-1-PR01_-_PRIOTC01_Recommendations_and_progress.pdf.

⁵⁶ Yoshifumi Tanaka, "The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law," *Heidelberg Journal of International Law* 70, no. 2 (2011): 328, accessed December 30, 2023, https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_2_a_291_330.pdf.

⁵⁷ United Nations, *United Nations Conference on Straddling Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, New York, 12-30 July 1993, A/CONF.164/INF/5, 8 July 1993, Background Paper, p. 10, para. 13, accessed December 30, 2023, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/392/28/PDF/N9339228.pdf?OpenElement>.

⁵⁸ UNFSA, Art. 17, para. 2.

⁵⁹ European Parliament Policy Department Structural and Cohesion Policies, *Perspective for the United Nations Fish Stocks Agreement* (Brussels: European Union, 2007), 55, accessed December 30, 2023, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2007/375320/IPOL-PECH_ET\(2007\)375320_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2007/375320/IPOL-PECH_ET(2007)375320_EN.pdf).

ได้ โดย UNFSA เปิดให้รัฐที่ให้ความร่วมมือแต่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ RFMO/As สามารถเข้าถึงสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรด้วย สถานะดังกล่าวมีข้อวิจารณ์จากสมาชิกของ RFMO/As เช่น IOTC กำหนดให้รัฐที่ร่วมมือแต่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ IOTC เรียกว่า Cooperating Non-Contracting Party สถานะดังกล่าวต้องอายุสถานะดังกล่าวทุก 1 ปี ทำให้รัฐนั้นไม่ต้องจ่ายเงินสมทบแก่องค์กร ไม่ได้รับสิทธิในการออกเสียง แต่ยังคงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกับสมาชิกเต็มขององค์กร⁶⁰ ในรายงานประเมินการปฏิบัติงานขององค์กรครั้งที่ 2 ของ IOTC ที่ประชุมได้มีการยกประเด็นเรือประมงที่ชักธงของรัฐซึ่งให้ความร่วมมือกับองค์กรแต่ไม่ได้เป็นสมาชิกว่าอาจได้รับประโยชน์เป็นปริมาณสัตว์น้ำจากการทำประมงในเขตที่ RFMO/As บริหารจัดการแต่ไม่ต้องผูกพันในการจ่ายงบประมาณให้องค์กร ที่ประชุมได้หารือว่าการพิจารณาต่อสถานะดังกล่าวควรเป็นแค่จุดเปลี่ยนผ่านไปสู่มหาสมุทรเต็มขององค์กร⁶¹

ในภาพรวม RFMO/As มีแนวโน้มในการเพิ่มความร่วมมือระหว่างกันข้ามภูมิภาคเพื่อกดดันเรือประมงของรัฐเจ้าของธงและเพิ่มการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่าง RFMO/As เช่น ข้อกำหนดในเรื่องขึ้นและตรวจเรือประมง (boarding and inspecting) มีพัฒนาการจากการพึ่งพิงมาตรการฝ่ายเดียวของรัฐเจ้าของธงในการบังคับสู่กฎหมายเป็นการใช้มาตรการระดับภูมิภาค ซึ่งการบังคับใช้มาตรการยังมีความซับซ้อน การพัฒนาการปรับใช้มาตรการในระดับโลก รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่าง RFMO/As⁶²

⁶⁰ Indian Ocean Tuna Commission, *Structure of the Commission*, accessed December 30, 2023, <https://iotc.org/about-iotc/structure-commission>.

⁶¹ Indian Ocean Tuna Commission, *Report of the 2nd IOTC Performance Review Mahé, Seychelles, 2–6 February & 14–18 December 2015, IOTC–2016–PRIOTC02–R[E]*, para. 189–190, accessed December 30, 2023, <https://iotc.org/sites/default/files/documents/2019/11/IOTC-2019-TCPR02-RE.pdf>.

⁶² A. Willock and M. Lack, *Follow the Leader: Learning from Experience and Best Practice in Regional Fisheries Management Organizations* (n.p., WWF International and TRAFFIC International, 2006), 30–31, accessed December 30, 2023, <https://www.traffic.org/site/assets/files/5156/best-practice-in-regional-fisheries.pdf>.

3. บทสรุป

ความก้าวหน้าในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศ ประกอบกับสถานะของทรัพยากรสัตว์น้ำทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลที่มีแนวโน้มการทำประมงเกินควร ทำให้ RFMO/As มีบทบาทสำคัญในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำชนิดดังกล่าวนี้ และกระตุ้นให้รัฐต้องเข้าร่วมกับ RFMO/As ในเขตทางทะเลต่างๆเพื่อการเข้าถึงประโยชน์ของทรัพยากร

ประการแรก กฎหมายระหว่างประเทศทั้งกฎหมาย Hard law และ Soft law สร้างข้อจำกัดในการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและอพยพย้ายถิ่นไกลเพิ่มขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับ UNFSA และกฎหมายที่มุ่งขจัด IUU fishing มีผลทำให้ RFMO/As ที่เกิดจากความตกลงระหว่างรัฐในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคเป็นศูนย์กลางของการกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการในเขตทางทะเลต่างๆ ให้เหมาะสมกับชนิดพันธุ์ของทรัพยากรสัตว์น้ำในพื้นที่นั้นๆ และควบคุมพฤติกรรมของรัฐให้เคารพกฎระเบียบในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคได้ อย่างไรก็ตาม กลไกของ RFMO/As ยังวางอยู่บนหลักความร่วมมือระหว่างรัฐที่เข้าร่วม RFMO/As ที่จะกำหนดมาตรการอนุรักษ์และจัดการที่เหมาะสมและดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย การให้ความร่วมมือของรัฐในการบริหารจัดการ RFMO/As จึงยังเป็นหลักการทางกฎหมายตาม UNCLOS และ UNFSA และระดับความร่วมมือของรัฐจะส่งผลต่อการดำเนินการของ RFMO/As ในแต่ละพื้นที่ให้เกิดผลที่แตกต่างกันได้

ประการที่สอง ข้อกำหนดในการเข้าทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์ย้ายถิ่นไกลตาม UNFSA ที่จำกัดสิทธิการทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำในพื้นที่ให้กับรัฐที่เป็นสมาชิกหรือเข้าร่วมกับ RFMO/As ในระดับภูมิภาคตามข้อ 8-17 ของ UNFSA ได้ถูกนำไปใช้ในระดับภูมิภาคผ่านการกำหนดสิทธิการทำประมงของรัฐที่เป็นสมาชิกหรือเข้าร่วมกับ RFMO/As ไม่ว่าจะเป็นรัฐสมาชิกหรือรัฐที่เข้าร่วมกับ RFMO/As นั้นจะเป็นภาคีของ UNFSA หรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้เกิดขึ้นพร้อมกับการปรับปรุงเนื้อหาของข้อกำหนดของ RFMO/As ในเขตทางทะเลต่างๆ ให้สอดคล้องกับ UNFSA ส่วนนี้เป็นการพัฒนาด้านบวก

ประการที่สาม การกำหนดภาระของรัฐเจ้าของธงตาม UNFSA และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ทำให้รัฐเจ้าของธงรัฐภาระหลักในการดำเนินการให้เกิดการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและอพยพย้ายถิ่นไกล ภาระหลักได้แก่ การควบคุมเรือที่ชักธงที่มีความ

เกี่ยวข้องกับรัฐตามหลักความเกี่ยวข้องที่แท้จริง ศักยภาพของรัฐเจ้าของธงโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการเข้าถึงทรัพยากรสัตว์น้ำและต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ RFMO/As ความยินยอมและให้ความร่วมมือในการขึ้นและตรวจเรือโดยเรือของรัฐอื่นไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการตาม UNFSA หรือ RFMO/As ก็ตาม หากรัฐเจ้าของธงไม่มีความพร้อมหลักกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคโดยเฉพาะต่อประเทศกำลังพัฒนาที่มีความพร้อมน้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว

ประการที่สี่ มาตรการขึ้นและตรวจเรือประมงของรัฐที่มีใช้รัฐเจ้าของธงหรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ กระบวนการขึ้นและตรวจเรือจนกระทั่งการกำหนดมาตรการลงโทษสำหรับการละเมิดกฎหมายตามข้อ 21-22 ของ UNFSA ได้รับการกำหนดโดย RFMO/As ในเขตทางทะเลต่างๆ ข้อกำหนดดังกล่าวเปิดให้รัฐภาคีของ UNFSA ตรวจสอบกันเองไม่ว่าจะเป็นสมาชิกของ RFMO/As หรือไม่ก็ตาม แต่ได้ถูกกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการอนุรักษ์และจัดการของ RFMO/As ในส่วนมาตรการบังคับใช้กฎหมายด้วย การดำเนินการดังกล่าวยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันทั่วทุกภูมิภาค ทำให้การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวอาจลักลั่นกันในแต่ละพื้นที่ RFMO/As อีกทั้งยังต้องได้รับความยินยอมหรือความร่วมมือของรัฐเจ้าของธงในทางปฏิบัติด้วยจึงจะสามารถดำเนินการขึ้นและตรวจเรือได้

ประการที่ห้า ปัญหาการทำประมงแบบ IUU ยังเป็นปัญหาหลักที่ท้าทายการดำเนินการของ RFMO/As ในเขตต่างๆ ทางทะเล เรือประมงที่ทำประมงเข้าข่าย IUU fishing ยังปรากฏให้เห็นอยู่และต้องอาศัยความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธงในการตรวจสอบเรือประมงที่ชักธงของตนว่าทำการประมงเข้าข่าย IUU fishing หรือไม่ RFMO/As กำหนดมาตรการหลายประการออกมาแก้ปัญหา IUU fishing เช่น กำหนด IUU Vessel list การดำเนินคดีกับเรือประมงที่กระทำผิดโครงการสังเกตการณ์ อย่างไรก็ตาม ยังต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศสมาชิก RFMO/As และประเทศที่ไม่เป็นสมาชิกแต่ให้ความร่วมมือในระดับภูมิภาค และพัฒนาแนวทางดังกล่าวสู่ระดับโลกต่อไป

จากผลการศึกษาดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) รัฐที่ประสงค์จะทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกลและรัฐชายฝั่ง ควรพิจารณาการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา UNFSA เนื่องจากมาตรการอนุรักษ์และจัดการในระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาคของ RFMO/As ทั้งองค์การที่จัดตั้งมาก่อนและหลังจากการรับรอง UNFSA ได้ปรับเปลี่ยนมาตรการทางกฎหมายและแนวทางการดำเนินการให้สอดคล้องกับ

ข้อกำหนดต่างๆ ใน UNFSA และกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกฎหมายในกลุ่มขจัดการทำประมงแบบ IUU⁶³

2) รัฐเจ้าของธง ควรเข้าเป็นสมาชิกของ RFMO/As ในเขตพื้นที่ที่ประสงค์จะทำประมงทรัพยากรสัตว์น้ำคร่อมเขตและชนิดพันธุ์อพยพย้ายถิ่นไกลชนิดพันธุ์นั้น ไม่ว่าจะเป็ภาคิของ UNFSA หรือไม่ก็ตาม เนื่องจากข้อกำหนดการใช้ทรัพยากรทรัพยากรสัตว์น้ำของ RFMO/As ต่างๆ ผูกพันกับการเป็นสมาชิกหรือเข้าร่วมกับ RFMO/As ในเขตพื้นที่นั้นๆ และเคารพมาตรการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำที่กำหนดโดย RFMO/As ในแต่ละพื้นที่⁶⁴

3) รัฐเจ้าของธง ควรเพิ่มช่องทางการตรวจสอบเรือประมง ติดตาม ลงโทษเรือที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และมีมาตรการในลักษณะต่างๆ ร่วมกับ RFMO/As สร้างมาตรการที่พิสูจน์ความเกี่ยวข้องอย่างแท้จริงระหว่างเรือที่ชักธงของรัฐนั้นกับรัฐเจ้าของธงหรือรัฐที่อนุญาตให้ทำประมงพิจารณากฎหมายในให้สอดคล้องกับเป้าหมายของการร่วมอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรในระดับสากล และให้ความร่วมมือกับ RFMO/As ในเขตทางทะเลต่างๆ ทั้งนี้รัฐอื่นๆ และองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องควรส่งเสริมศักยภาพของรัฐเจ้าของธงที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาไปพร้อมกับแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธง⁶⁵

4) มาตรการขึ้นและตรวจเรือโดยรัฐอื่นที่มีใช้รัฐเจ้าของธง ควรได้รับการกำหนดให้เป็นแนวทางเดียวกันในทุกเขตทางทะเลที่มี RFMO/As รับผิดชอบดูแลอยู่และสอดคล้องกับข้อ 21

⁶³ ดูเพิ่มเติมแนวโน้มการปรับใช้ UNFSA ของ RFMO/As หลังการรับรอง UNFSA ใน ค.ศ.1995 Terje Løbach, Matilda Petersson, Eliana Haberkon, and Piero Mannini, *Regional Fisheries Management Organizations and Advisory Bodies Activities and Developments, 2000–2017*, FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 651 (FAO, 2020), accessed December 30, 2023, <https://www.fao.org/3/ca7843en/CA7843EN.pdf>.

⁶⁴ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023, Annex Outcome of Resumed Conference*, 37. นอกจากนั้นข้อจำกัดในการทำประมงในทะเลหลวงตาม UNCLOS กำหนดไว้ใน ข้อ 116-118 และ 63(2),64 ของ UNCLOS และข้อ 8 ของ UNFSA เรื่องความร่วมมือในการอนุรักษ์และจัดการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรไว้กับการดำเนินการตามมาตรการอนุรักษ์และจัดการขององค์การบริหารจัดการการทำประมงระดับภูมิภาคและอนุภูมิภาค

⁶⁵ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023, Annex Outcome of Resumed Conference*, 38. (การควบคุมการทำประมงของรัฐเจ้าของธงในฐานะเป็นสมาชิกของ RFMO/As), 39 (การดำเนินการตามหลักความรับผิดชอบของรัฐเจ้าของธง), 40 (การประเมินการดำเนินการของรัฐเจ้าของธง), 44 (ประเทศกำลังพัฒนา).

และข้อ 22 ของ UNFSA พร้อมกับมาตรการตรวจสอบด้านอื่นๆ เช่น มาตรการรัฐเจ้าของท่า เพื่อเร่งให้รัฐเจ้าของธงให้ความร่วมมือกับมาตรการขึ้นและตรวจเรือดังกล่าว และควรพัฒนามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการระดับโลก⁶⁶

5) RFMO/As ควรเพิ่มความร่วมมือในระดับข้ามภูมิภาคและระดับโลกในการตรวจสอบและดำเนินการกับเรือประมงที่เข้าข่าย IUU Fishing โดยเพิ่มมาตรการอื่นๆ นอกจากมาตรการตรวจสอบของรัฐเจ้าของธงและรัฐเจ้าของท่าตาม UNFSA เพื่อป้องกันเรือที่ทำประมงแบบผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุมให้เกิดผลได้⁶⁷

⁶⁶ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023, Annex Outcome of Resumed Conference*, 42 (มาตรการขึ้นและตรวจเรือ), 79 (ความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ).

⁶⁷ United Nations, *Report of the Resumed Review Conference on UNFSA 2023, Annex Outcome of Resumed Conference*, 37.

References

- Alder, Jacqueline, and Gail Lugten. "Frozen Fish Block: How Committed Are North Atlantic States to Accountability, Conservation, and Management of Fisheries?" *Marine Policy* 26 (2002): 354-355.
- Aust, Anthony. *Handbook of International Law*. 2nd ed. London: Cambridge University Press, 2010.
- Cochrane, Kevern L., and Serge M. Garcia, eds. *A Fishery Manager's Guidebook*. 2nd ed. Singapore: Blackwell Publishing, 2009. Accessed December 30, 2023. <http://www.fao.org/docrep/015/i0053e/i0053e.pdf>.
- D'Andrea, Ariella. "The Genuine Link Concept in Responsible Fisheries: Legal Aspects and Recent Developments." *FAO Legal Papers Online* #61. November 2006. Accessed December 30, 2023. www.fao.org/3/bb094e/bb094e.pdf.
- European Parliament Policy Department Structural and Cohesion Policies. *Perspective for the United Nations Fish Stocks Agreement*. Brussel: European Union, 2007. Accessed December 30, 2023. [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2007/375320/IPOL-PECH_ET\(2007\)375320_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2007/375320/IPOL-PECH_ET(2007)375320_EN.pdf).
- Garcia, Serge M., and Holly R. Koehler. *Performance of the CCSBT 2009-2013*. Accessed December 30, 2023. www.tuna.org.org/Documents/2014_CCSBT_Independent_Performance_Review.pdf.
- Greenpeace. *Greenpeace Contribution to the Report of the Secretary-General to the Resumed Review Conference on the United Nations Fish Stocks Agreement*. July 2015. Accessed December 30, 2018. https://savethehighseas.org/wp-content/uploads/2017/05/2016_Greenpeace-contribution-Sec-Gen-report-UNFSA-review.pdf.

- Guzman, Andrew T. "A Compliance-Based Theory of International Law." *California Law Review* 90, no. 6 (December 2002): 1823-1887.
- Henriksen, Tore, Geir Honneland, and Are Sydnæs. *Law and Politics in Ocean Governance: The UN Fish Stock Agreement and Regional Fisheries Management Regimes*. Publications on Ocean Development, Vol. 52. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2006.
- High Seas Task Force. *Closing the Net: Stopping Illegal Fishing on the High Seas*. Final report of the Ministerially-led Task Force on IUU Fishing on the High Seas, March 2006. Accessed December 30, 2023.
<https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2006-024.pdf>.
- Indian Ocean Tuna Commission. *Compliance Report for Thailand: IOTC-2016-CoC12-CR30 Rev1 [E]*. 16 April 2016.
- Indian Ocean Tuna Commission. *Report of the 14th Session of the Compliance Committee*. Yogyakarta, Indonesia, 15-17 May 2017. IOTC-2017-CoC14-R[E].
- Indian Ocean Tuna Commission. *Report of the 1st Performance Review: Recommendations and Implementation Status*. 14 January 2015. IOTC-2015-PRIOTC02-PR01. Accessed December 30, 2023.
https://iotc.org/sites/default/files/documents/2016/02/IOTC-2015-PRIOTC02-1-PR01_-_PRIOTC01_Recommendations_and_progress.pdf.
- Indian Ocean Tuna Commission. *Report of the 2nd IOTC Performance Review*. Mahé, Seychelles, 2-6 February & 14-18 December 2015. IOTC-2016-PRIOTC02-R[E]. Accessed December 30, 2023.
https://iotc.org/sites/default/files/documents/2016/04/IOTC-2016-PRIOTC02-RE_-_FINAL_0.pdf.
- Interpol. *International Law Enforcement for Cooperation in the Fisheries Sectors: A Guide for Law Enforcement Practitioners*. France: Interpol, 2018.
- Kaye, Stuart. "Enforcement Cooperation in Combating Illegal and Unauthorized Fishing: An Assessment of Contemporary Practice." *Berkley Journal of International Law* 2 (2014): 316-329.

- Northwest Atlantic Fisheries Organization. *Report of the NAFO Performance Review Panel 2018*. Nova Scotia: Northwest Atlantic Fisheries Organization, 2018. Accessed December 30, 2023. www.nafo.int/Portals/0/PDFs/Performance/NAFOPerformanceReviewPanelRpt2018.pdf.
- Rayfuse, Rosemary. *Non-Flag State Enforcement in High Seas Fisheries*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Shelton, Dinah. "Soft Law." In *Routledge Handbook of International Law*, edited by David Armstrong, 68-85. London: Routledge, 2011.
- Tanaka, Yoshifumi. "The Changing Approaches to Conservation of Marine Living Resources in International Law." *Heidelberg Journal of International Law* 70, no. 2 (2011): 291-330. Accessed December 30, 2023. https://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_2_a_291_330.pdf.
- United Nations. *FAO's Input to the UN Secretary-General's Comprehensive Report for the 2023 Resumed Review Conference on the UN Fish Stocks Agreement*. 2023. Accessed December 30, 2023. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/ICSP16/2023_FAOinput_STOCKS_UNFSARRC.pdf.
- United Nations. *Report of the Resumed Review Conference on the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*. 23-27 May 2016. A/CONF.210/2016/5. 1 August 2016. Accessed December 30, 2023. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/244/06/PDF/N1624406.pdf?OpenElement>.

United Nations. *Report of the Resumed Review Conference on the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks.*

Prepared by the President of the Conference, 22-27 May 2023.

A/CONF.210/2023/6. 20 June 2023. Accessed December 30, 2023.

[https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/178/62/PDF/N2317862.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/178/62/PDF/N2317862.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/178/62/PDF/N2317862.pdf?OpenElement).

United Nations. *United Nations Conference on Straddling Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, New York. 12-30 July 1993. A/CONF.164/INF/5, 8 July 1993,*

Background Paper. Accessed December 30, 2023. [https://documents-dds-](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/392/28/PDF/N9339228.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/392/28/PDF/N9339228.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/392/28/PDF/N9339228.pdf?OpenElement).

United Nations. *United Nations General Assembly Resolution 70/75 on Sustainable Fisheries, Including Through the 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, and Related Instruments (A/RES/70/75).* 22 February 2016.

Western and Central Pacific Fisheries Commission. *Commission Eighth Regular Session, Tumon, Guam, USA. 26-30 March 2012. Review of the Performance of the WCPFC.* WCPFC8-2011/12. 28 February 2012. Accessed December 30, 2023.

<https://meetings.wcpfc.int/file/635/download>.

Willock, A., and M. Lack. *Follow the Leader: Learning from Experience and Best Practice in Regional Fisheries Management Organizations.* n.p.: WWF

International and TRAFFIC International, 2006. Accessed December 30, 2023.

<https://www.traffic.org/site/assets/files/5156/best-practice-in-regional-fisheries.pdf>.

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. *กฎหมายระหว่างประเทศ*. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ชุมพร ปัจจุสานนท์. “กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำประมงในทะเลหลวง: ผลกระทบต่อประเทศไทย.” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 20, ฉ. 2 (2543): 251-339.

เหตุแห่งการยกฟ้องกรณีผู้เสียหายเป็นโจทก์ ในคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริต

และประพฤติมิชอบ ภาค 6

Grounds for Dismissal in case of Criminal Prosecution by Injured Person in the Judgment of the Criminal Court for Corruption and Misconduct Cases, Region 6.

ณัฐชุตตา ผ่องโสภณรัตน์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Nattchuda Phongsoponratn
Faculty of Law, Chiang Mai University

E-mail: nattchuda.pspr@gmail.com

Received: October 14, 2023; Revised: December 2, 2023; Accepted: December 19, 2023

บทคัดย่อ

ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบที่มีผลกระทบต่อเสถียรภาพความมั่นคงทางสังคม ทั้งเป็นอุปสรรคสำคัญ ต่อการพัฒนาประเทศไทยอย่างยั่งยืน มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ถือว่าเป็นคดีทุจริตและประพฤติมิชอบตามกฎหมาย โดยเปิดกว้างให้ผู้เสียหายมีอำนาจในการฟ้องคดีด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามปรากฏว่าคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ กรณีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ส่วนใหญ่ศาลพิพากษายกฟ้อง ยิ่งไปกว่านั้นพบว่าศาลพิพากษายกฟ้องตั้งแต่ในชั้นตรวจคำฟ้อง ซึ่งอาจทำให้ผู้เสียหายไม่อาจเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและใช้สิทธิฟ้องคดีได้อย่างเต็มที่ ทั้งที่กฎหมายได้ให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดีอย่างเต็มที่โดยมิได้มีบทบัญญัติใดจำกัดอำนาจไว้ โดยผู้วิจัยได้ศึกษาสาเหตุสำคัญที่ศาลพิพากษายกฟ้องผ่านการให้เหตุผลทางกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 แบ่งเหตุแห่งการยกฟ้องออกได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้คือ 1. ยกฟ้องเนื่องด้วยจำเลยมิได้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด 2. ยกฟ้อง

เนื่องด้วยเหตุคำฟ้องโจทก์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 3. ยกฟ้องเนื่องด้วยเหตุอำนาจฟ้อง 4. ยกฟ้อง
เนื่องด้วยโจทก์ใช้สิทธิฟ้องคดีไม่สุจริต

คำสำคัญ: ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ, อาชญากรรมคอปกขาว, การดำเนิน
คดีอาญาโดยผู้เสียหาย, คำพิพากษาของศาล

Abstract

The Criminal Court for Corruption and Misconduct Cases was established in accordance with the Act Establishing the Criminal Court for Corruption and Misconduct, A.D. 2016, with the aim of preventing and suppressing corruption and misconduct that impact on social stability and sustainable national development. This court has the authority to consider and adjudicate cases of corruption and misconduct according to the law, allowing the injured person to have the power to prosecute their own case. However, it appears that in cases where the injured person is the plaintiff, most of them were dismissed by the court. Moreover, the court often dismissed cases even at the complaint examination stage. This situation may prevent the injured person from accessing the justice process and fully exercising their rights to prosecution, despite the law granting the injured person full power to prosecution without any provisions limiting their power. The researcher studied the significant causes for the court's dismissal the case through legal reasoning presented in the judgments of the Criminal Court for Corruption and Misconduct Cases, Region 6. The grounds for dismissal can be divided into 4 groups as follows: 1. The defendant did not commit an offense, or the defendant's actions were not an offense. 2. The plaintiff's complaint was unlawful. 3. Power to prosecute. 4. The plaintiff dishonestly exercised their right to prosecute.

Keywords: Criminal Court for Corruption and Misconduct Cases, White Collar Crime, Private Prosecution, Court Judgments

1. บทนำ

ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันในภาครัฐถือเป็นปัญหาที่สำคัญระดับโลกที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อทั้งทางด้านเศรษฐกิจและทางด้านสังคมซึ่งนับวันจะทวีความรุนแรงและซับซ้อนมากขึ้น โดยหนึ่งในปัญหาการทุจริตที่พบมากขึ้นในปัจจุบันก็คือ อาชญากรรมคอปกขาว (White Collar Crime)¹ ที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่การงานและได้ใช้ตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวไปในทางที่ไม่ชอบ ซึ่งเป็นปัญหาการทุจริตที่สามารถพบได้ในนานาประเทศทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน ในหลายเหตุการณ์อาจสร้างความเสียหายให้กับประเทศเป็นจำนวนมหาศาล เช่น กรณีอดีตนายกรัฐมนตรีของประเทศมาเลเซียซึ่งได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานทุจริตเกี่ยวกับโครงการ 1MDB² และความผิดฐานใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ³ หรือ อดีตประธานาธิบดีของประเทศเกาหลีใต้ ที่ถูกศาลตัดสินว่ามีความผิดเกี่ยวกับการเรียกรับสินบนและการใช้ตำแหน่งหน้าที่โดยไม่ชอบ⁴ เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ทำให้นานาประเทศต่างให้ความสำคัญและมีความพยายามที่จะร่วมมือกันปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐมากขึ้นจนเกิดแนวคิดในการจัดตั้งศาลที่มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในการพิจารณาคดีทุจริตเพื่อพิจารณาตีความผิดเกี่ยวกับการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

¹ เป็นคำศัพท์ที่ Mr. Edward Sutherland นักอาชญาวิทยาและนักสังคมวิทยาชาวอเมริกัน ในช่วงศตวรรษที่ 21 เป็นผู้คิดค้นขึ้น โดยได้ให้นิยามไว้ว่าเป็น อาชญากรรมที่กระทำโดยบุคคลมีสถานะทางสังคมระดับสูงและเป็นที่เคารพนับถือ โดยอาศัยโอกาสหรืออาชีพของตนในการกระทำความผิด, อนุวัฒน์ งามประเสริฐกุล, “อาชญากรรมคอปกสีขาว: แนวทางการป้องกันและดำเนินคดีภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล,” *วารสารกฎหมายนิติพัฒน์* ปีที่ 9, ฉบับที่ 2 (2563): 15.

² กองทุน 1MDB คือกองทุนที่รัฐบาลมาเลเซียก่อตั้งขึ้นเพื่อเอาเงินทุนสำรองของประเทศไปลงทุนในกิจการต่าง ๆ ทั้งในและนอกประเทศ โดยระดมทุนจากเงินมาจากภาษีของประชาชน การออกพันธบัตร รวมถึงการกู้เงิน ซึ่งต่อมาพบว่ามี การยักยอกออกจากกองทุนมูลค่ารวมถึง 4,500 ล้านดอลลาร์, TODAY, “สรุป คดี 1MDB กับประเทศไทย อธิบายแบบเข้าใจง่าย,” *workpointTODAY*, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2566, <https://workpointtoday.com/1mdb-thailand/>.

³ ไทยรัฐออนไลน์, “‘มูห์ยิดดิน ยัสซิน’ อดีตนายกฯ มาเลเซีย ถูกตั้งข้อหาทุจริตคอร์รัปชัน,” *ไทยรัฐออนไลน์*, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2566, <https://www.thairath.co.th/news/foreign/2650096>.

⁴ THE STANDARD TEAM, “10 มีนาคม 2017 – พัคกึนฮเย พันตำแหน่งประธานาธิบดีเกาหลีใต้ หลังศาลรับรองมติดอลอน,” *THE STANDARD*, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2566, <https://thestandard.co/onthisday10032017/>.

โดยเฉพาะ ดังเช่น ประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งได้จัดตั้งศาลที่มีชื่อว่า “Sandiganbayan”⁵ เพื่อให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรวมถึงความผิดฐานฟอกเงิน ความผิดฐานรับสินบน และความผิดฐานรับสินบนโดยอ้อมอีกด้วย หรือ ประเทศอินโดนีเซียได้จัดตั้งศาลต่อต้านการทุจริต (Anti-Corruption Court) โดยประธานศาลฎีกาเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งองค์คณะผู้พิพากษาเพื่อพิจารณาคดีในศาลดังกล่าว เป็นต้น⁶

ประเทศไทยเป็นอีกหนึ่งประเทศที่ให้ความสำคัญกับการปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐเช่นกันจึงได้มีการจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบขึ้น โดยมีอำนาจพิจารณาคดีความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานรัฐ หรือความผิดฐานฟอกเงิน รวมถึงความผิดเกี่ยวกับการยักยอกทรัพย์สินและหนี้สินอันเป็นเท็จ นอกจากนี้ยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คือ คดีร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะเหตุร่ำรวยผิดปกติอีกด้วย โดยผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลดังกล่าวนี้ อาจเป็นได้ทั้งอัยการสูงสุด ประธานกรรมการ ป.ป.ช. พนักงานอัยการ คณะกรรมการ ป.ป.ช. รวมถึงผู้เสียหายซึ่งหากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลนั้นย่อมเป็นผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดี โดยพิจารณาความเป็นผู้เสียหายดังเช่นคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไป กล่าวคือ ต้องเป็นผู้เสียหายพยานัน กล่าวคือ ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นโดยตรง และเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย กล่าวคือ ไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด⁷ นอกจากนี้ความผิดส่วนใหญ่เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการอันเป็นความผิดต่อรัฐซึ่งโดยหลักแล้วถือว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายบุคคลผู้มีสิทธิฟ้องคดีจึงต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำความผิดนั้นอีกด้วย ดังเช่นคำพิพากษาต่อไปนี้

⁵ กระทรวงยุติธรรม, กฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ระบบงาน และแนวปฏิบัติของกระทรวงยุติธรรม และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับระบบงานยุติธรรมของประเทศในอาเซียน (กรุงเทพฯ: สำนักนโยบายและยุทธศาสตร์ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม), 52, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กันยายน 2566, <https://www3.agco.go.th/center/wp-content/uploads/2022/06/ASEANLAW.pdf>.

⁶ เรื่องเดียวกัน, 140.

⁷ สหรัถ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์ปับลิชชิ่งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565), 30.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4881/2541⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เป็นบทบัญญัติที่ต้องการเอาโทษแก่เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ แต่กลับปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหาย แก่ผู้หนึ่งผู้ใดตอนหนึ่งและเอาโทษแก่เจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติ หรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตอีกตอนหนึ่ง ในตอนแรก คำว่าเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดนั้น หมายความว่ารวมถึง เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล หรือเอกชนผู้หนึ่งผู้ใดด้วย ดังนั้น หากการ ปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานโดยมิชอบเป็นการกระทำความ ต่อเอกชนผู้หนึ่งผู้ใด โดยตรง และเป็นการกระทำให้บุคคลดังกล่าว ได้รับความเสียหาย เอกชนผู้นั้นย่อมเป็นผู้เสียหาย ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3509/2549⁹ จำเลยซึ่งเป็นพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องบริษัท ส. และ ป. ที่ถูกกล่าวหาว่าหมิ่นประมาทโจทก์ ทั้งที่หนังสือพิมพ์ ด. ซึ่งบริษัท ส. เป็นเจ้าของและ ป. เป็นบรรณาธิการ ลงข้อความในหนังสือพิมพ์เป็นความเท็จ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ เป็นการใช้ดุลพินิจที่มีได้อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล แต่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ จึงเกินล้าออกนอกขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายและในฐานะที่จำเลยเป็นข้าราชการอัยการ ชั้นสูง จำเลยย่อมทราบดีถึงเกณฑ์วินัยมูลความผิดของพนักงานอัยการ การใช้ดุลพินิจผิดกฎหมายในกรณีนี้ จำเลยเห็นได้อยู่ในตัวแล้วว่าเป็นการมิชอบและมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหาย แก่โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย อีกทั้งเพื่อจะช่วยบริษัท ส. และ ป. มิให้ต้องโทษจากการกระทำความผิด ของตนอีกด้วย จำเลยจึงมีความผิดตาม ป.อ. มาตรา 157 และมาตรา 200 วรรคหนึ่ง การกระทำ ของจำเลยที่เป็นความผิดคือการใช้อำนาจในฐานะพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าหมิ่น ประมาทโจทก์ ผลของการกระทำของจำเลยคือ โจทก์ในฐานะผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาตาม กฎหมาย ดังนั้น โจทก์จึงเป็นผู้เสียหายจากการกระทำผิดของจำเลยโดยตรง โจทก์จึงเป็นผู้เสียหาย

แม้ความผิดเกี่ยวกับการปกครองหรือความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมตามประมวลกฎหมาย อาญาบางกรณีราษฎรอาจเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจในการฟ้องคดี แต่รัฐถือเป็นผู้เสียหายในฐานะ ความผิดนั้นด้วยเช่นกัน ดังนั้นหน่วยงานรัฐไม่ว่าจะเป็นอัยการสูงสุด ประธานกรรมการ ป.ป.ช.

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4881/2541. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2566. <https://deka.in.th/view-13085.html>.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3509/2549. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2566. <https://deka.in.th/view-267192.html>.

พนักงานอัยการ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมมีอำนาจดำเนินคดีในความผิดเดียวกันนั้นได้ แต่เนื่องจากขั้นตอนกระบวนการในการรวบรวมพยานหลักฐาน การไต่สวนข้อเท็จจริง รวมถึงการสำนวนส่งให้แก่อัยการสูงสุดเพื่อดำเนินการสั่งฟ้องนั้นใช้ระยะเวลานานทำให้คดีที่หน่วยงานรัฐเป็นโจทก์ถูกยื่นฟ้องคดีล่าช้าเกินสมควร โดยบางคดีอาจถึง 10 ปีนับจากขณะที่จำเลยกระทำความผิด¹⁰ หรือบางคดีอาจขาดอายุความในการดำเนินคดีอาญา แตกต่างจากคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ที่ยื่นฟ้องคดีห่างจากเวลาที่เกิดการกระทำความผิดไม่มาก¹¹ นอกจากนั้นยังพบว่าผู้เสียหายบางส่วนได้ผ่านขั้นตอนการดำเนินการร้องทุกข์มาก่อนแล้วด้วย แต่การดำเนินคดีเป็นไปอย่างล่าช้า ผู้เสียหายจึงต้องใช้สิทธิดำเนินคดีด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตามกลับพบว่าคดีที่ผู้เสียหายฟ้องต่อศาลอาญาคดีทุจริตนั้น ศาลกลับมีคำพิพากษายกฟ้องโจทก์ ผู้วิจัยมุ่งศึกษาเหตุแห่งการยกฟ้องในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ โดยพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริต ภาค 6 ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561-2565 เพื่อวิเคราะห์ว่าศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายด้วยเหตุใดบ้าง โดยมีได้มุ่งหวังว่าผลของการศึกษานั้นจะเป็นภาพแทนผลของคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบทั้ง 9 ภาค แต่ประการใด แต่เป็นไปเพื่อการแสวงหาแนวทางที่จะพัฒนากระบวนการดำเนินคดีในศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบให้เป็นไปด้วยความยุติธรรมต่อไป

โดยบทความนี้แบ่งออกเป็น 5 ส่วนด้วยกัน ได้แก่ 1. บทนำ กล่าวถึงความสำคัญของการแก้ไขปัญหาการทุจริตและปัญหาที่พบจากการใช้สิทธิฟ้องคดีโดยผู้เสียหาย 2. หลักการดำเนินคดีอาญา กล่าวถึงวิวัฒนาการของการดำเนินคดีอาญา 3. การดำเนินคดีต่อศาลอาญาคดีทุจริตและ

¹⁰ ดังเช่นในคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 12/2565 (คดีหมายเลขดำที่ อท. 27/2564) โดยในปี พ.ศ. 2564 อัยการสูงสุดเป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ทั้งที่การกระทำความผิดของจำเลยเกิดขึ้นในช่วงปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 หรือ คดีหมายเลขแดงที่ อท. 6/2565 (คดีหมายเลขดำที่ อท. 28/2564) ที่การกระทำความผิดของจำเลยเกิดขึ้นในช่วง ปี พ.ศ. 2550 แต่พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปราบปรามการทุจริต 1 ภาค 6 เป็นโจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานในฐานะความผิดตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2564.

¹¹ ดังเช่นในคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 5/2564 (คดีหมายเลขดำที่ อท. 109/2563) ซึ่งช่วงเวลากระทำความผิดที่ผู้เสียหายบรรยายในฟ้องเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2560-2562 และผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องจำเลยในปี พ.ศ. 2563 หรือ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 6/2564 (คดีหมายเลขดำที่ อท. 1/2564) ที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยเป็นคดีในปี พ.ศ. 2564 และได้บรรยายฟ้องว่ากระทำความผิดเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2561.

ประพฤติมิชอบ กล่าวถึงความเป็นมาของศาลดังกล่าว รวมถึงกระบวนการพิจารณาคดีโดยสังเขป 4. เหตุแห่งการยกฟ้อง กล่าวถึงสาเหตุที่ศาลพิพากษายกฟ้องซึ่งปรากฏในคำพิพากษาโดยถูกแบ่งออกเป็น 4 กลุ่ม 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะที่ผู้วิจัยพบจากการศึกษา

2. หลักการดำเนินคดีอาญา

แม้ว่าในปัจจุบันการดำเนินคดีอาญาเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษจะเป็นภารกิจที่สำคัญของรัฐก็ตาม แต่ในอดีตการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้นเป็นหน้าที่ของบุคคลผู้ต้องเสียหายจากการกระทำผิดนั้น โดยมุ่งหมายเพื่อแก้แค้นทดแทนสำหรับความเสียหายที่บุคคลนั้นได้ก่อขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงต้องได้รับผลร้ายในแบบเดียวกันเป็นการตอบแทนซึ่งเป็นไปตามหลักตาต่อตาฟันต่อฟัน อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมมีการพัฒนามากขึ้นจึงเกิดแนวความคิดว่าความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดทางอาญาไม่เพียงแต่กระทบต่อตัวผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนคนอื่นอีกด้วย ภายหลังจากนั้นความมุ่งหมายในการดำเนินคดีอาญาได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมุ่งเน้นในการแก้แค้นทดแทน เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงควรเป็นหน้าที่ของรัฐในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด ดังนั้นจึงอาจแบ่งหลักการดำเนินคดีอาญาได้เป็น 3 หลักการดังต่อไปนี้

2.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย

โดยหลักการนี้ถือกำเนิดขึ้นตั้งแต่ในสมัยดั้งเดิมซึ่งในขณะนั้นยังมิได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบทางอาญาและความรับผิดชอบทางแพ่งออกจากกัน ความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดในสมัยนั้นจึงมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อเป็นการตอบแทนการกระทำของผู้กระทำ เนื่องจากผู้กระทำสมควรได้รับโทษเพราะการกระทำนั้น โดยความยุติธรรมจะเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายในแบบเดียวกันเป็นการตอบแทน การดำเนินคดีอาญาโดยอาศัยหลักการนี้จึงถือว่าการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องของเอกชนผู้ต้องเสียหายจากการกระทำ ความผิดนั้นและเฉพาะผู้เสียหายเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องคดีจึงเป็นหน้าที่ของผู้เสียหายในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานมาดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลด้วยตนเอง

2.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

การดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนนั้นถือเป็นหลักการดั้งเดิมของประเทศอังกฤษที่ถือว่าการรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของประชาชนทุกคน เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าทุกคนต่างเป็นส่วนหนึ่งของสังคม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นประชาชนทุกคนจึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการกระทำความผิดนั้น ส่งผลให้ประชาชนทุกคนย่อมถือเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจฟ้องคดีแก่ผู้กระทำความผิดได้¹² แม้จะมีผู้ใช้ผู้เสียหายที่แท้จริงจากการกระทำความผิดนั้นก็ตาม โดยในการดำเนินคดีนั้นคู่ความในคดีมีฐานะที่เท่าเทียมกันในทางกฎหมายดังเช่นในการดำเนินคดีแพ่ง

2.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐถือว่ารรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม การดำเนินคดีอาญาตามหลักการดังกล่าวนี้จึงถือว่ารรัฐเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดและเจ้าพนักงานของรัฐอันได้แก่พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิด โดยรูปแบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนั้นมีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาขึ้นก่อนฟ้องเป็นหลัก ซึ่งในบางประเทศอาจถือว่าเจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียงผู้มีหน้าที่ช่วยเหลือพนักงานอัยการเท่านั้น โดยถือว่าการสอบสวนฟ้องร้องเป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้องที่ไม่อาจแบ่งแยกได้¹³ แต่ในบางประเทศอาจมีการแบ่งแยกความรับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญาได้ ดังเช่นในประเทศไทยที่หน้าที่ในการสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นของพนักงานสอบสวน ส่วนอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดนั้นเป็นของพนักงานอัยการ

อย่างไรก็ตามหลักการดำเนินคดีอาญาในแต่ละหลักการก็มีข้อบกพร่องที่แตกต่างกัน เช่น หากการดำเนินคดีอาญาเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างเคร่งครัดก็จะทำให้รัฐแต่เพียงผู้เดียวที่ผูกขาดอำนาจในการดำเนินคดีอาญาอันเป็นการตัดสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายหรือหากการดำเนินคดีอาญาเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายนั้นก็จะมีเพียงประโยชน์ส่วนตนในการเยียวยาความเสียหายเพียงอย่างเดียว โดยไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบต่อสังคม ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาของแต่ละประเทศนั้นมิได้ใช้หลักการใดหลักการหนึ่งเพียงอย่าง

¹² คณิต ญ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), 65.

¹³ เรื่องเดียวกัน, 66.

เดียว ดังเช่นในประเทศไทยที่ผสมผสานทั้ง 3 หลักการเข้าด้วยกันที่แม้จะถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลักเห็นได้จากการให้อำนาจพนักงานอัยการในการฟ้องคดีอาญา แต่ก็ไม่ได้ตัดสิทธิในการฟ้องคดีของผู้เสียหายแต่อย่างใด ทั้งยังมีการแบ่งแยกประเภทของความผิดอาญาออกเป็นความผิดต่อแผ่นดินซึ่งบุคคลซึ่งมิใช่ผู้เสียหายสามารถกล่าวโทษว่ามีผู้กระทำความผิดได้ และความผิดต่อส่วนตัวซึ่งเฉพาะแต่ผู้เสียหายและอัยการเท่านั้นที่มีอำนาจดำเนินคดีอาญาได้

3. การดำเนินคดีต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ

ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 เพื่อเป็นเครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในแวดวงราชการซึ่งมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากคดีอาญาทั่วไป การดำเนินคดีอาญาศาลดังกล่าวจึงใช้ระบบพิจารณาตัดสินที่ต่างจากวิธีพิจารณาตัดสินคดีอาญาทั่วไปตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาตัดสินคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 กล่าวคือ ใช้ระบบการพิจารณาตัดสินแบบระบบไต่สวนซึ่งศาลเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาตัดสิน ไม่เพียงแต่เป็นผู้ควบคุมกระบวนการพิจารณาและวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด ดังเช่นศาลในระบบกล่าวหาอีกต่อไป แต่ยังมีอำนาจหน้าที่ในการค้นหาความจริงอีกด้วย ผู้พิพากษาที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและพิพากษาคดีในศาลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างดี ทั้งยังมีประสบการณ์ในการพิจารณาและพิพากษาคดีสูง กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้พิพากษามาแล้วไม่ต่ำกว่า 10 ปีอีกด้วย¹⁴

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าประเทศไทยยึดถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก นอกจากนั้นเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วการกระทำที่เป็นการทุจริตต่อหน้าที่หรือประพฤติมิชอบนั้นกฎหมายมุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์ของตำแหน่ง¹⁵ เพื่อมิให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจโดยมิชอบให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือประชาชน จึง

¹⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 16 ในศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบทุกศาล ให้มีผู้พิพากษาหัวหน้าคณะศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบซึ่งแต่งตั้งจากผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและผู้พิพากษาศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบซึ่งแต่งตั้งจากผู้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้พิพากษามาแล้วไม่น้อยกว่าสิบปี

¹⁵ คณิศ วน นร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), 789.

มุ่งเน้นให้ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นผ่านการกลั่นกรองจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. เสียก่อน อย่างไรก็ตามมิได้ผูกขาดอำนาจฟ้องคดีไว้ที่หน่วยงานรัฐเพียงอย่างเดียว แต่ยังให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องได้อย่างกว้างขวาง ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจผู้เสียหายในการฟ้องคดีไว้อย่างชัดเจน แต่การที่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบบัญญัติให้ได้สวนมูลฟ้องในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าผู้เสียหายก็มีอำนาจฟ้องคดีได้เช่นเดียวกัน¹⁶ โดยต้องนำหลักความเป็นผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาพิจารณาเช่นกัน ดังนั้นคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบนั้นบางกรณีมาจากการที่หน่วยงานของรัฐตรวจพบการกระทำความผิดเสียหายเองจนนำมาสู่การไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือบางกรณีผู้เสียหายได้ทำการร้องเรียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนว่าพบการกระทำความผิดเกิดขึ้นจึงได้มีการสอบสวนและดำเนินคดีตามกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้จะส่งผลให้โจทก์ในคดีนั้นเป็นหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นอัยการสูงสุด พนักงานอัยการ หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. อย่างไรก็ตามดังกล่าวนั้นแล้วข้างต้นว่าผู้เสียหายอาจใช้สิทธิฟ้องคดีอาญาเองได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย ซึ่งอาจมีขั้นตอนในการดำเนินคดีที่แตกต่างจากกรณีโจทก์เป็นหน่วยงานของรัฐ โดยในบทความชิ้นนี้จะพิจารณาเพียงความแตกต่างในขั้นตอนหลังฟ้องคดี

ประการแรก คือ ในคดีที่โจทก์เป็นอัยการสูงสุด ประธานกรรมการ ป.ป.ช. พนักงานอัยการ หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. โจทก์มีหน้าที่ต้องนำตัวจำเลยมาศาลพร้อมการยื่นฟ้อง ทั้งต้องส่งรายงานการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงพร้อมสำเนาต่อศาล ในขณะที่ในคดีที่โจทก์เป็นผู้เสียหายกฎหมายกำหนดให้ทำคำฟ้องเป็นหนังสือโดยต้องมีรายละเอียดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158¹⁷ ซึ่งมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความ

¹⁶ สราธิ์ สุวรรณเสรี และอาคม ศรียาภัย, *ครบเครื่องเรื่องคดีอาญาทุจริต*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์, 2560), 151.

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 ฟ้องต้องทำเป็นหนังสือ และมี

(1) ชื่อศาลและวันเดือนปี

(2) คดีระหว่างผู้ใดโจทก์ ผู้ใดจำเลย และฐานความผิด

(3) ตำแหน่งพนักงานอัยการผู้เป็นโจทก์ ถ้าราษฎรเป็นโจทก์ ให้ใส่ชื่อตัว นามสกุล อายุ ที่อยู่ ชาติและบังคับ

(4) ชื่อตัว นามสกุล ที่อยู่ ชาติและบังคับของจำเลย

(5) การกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิด ข้อเท็จจริง และรายละเอียดเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้น ๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรเท่าที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้

ทุจริตและประพฤติมิชอบ¹⁸ บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาบังคับใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งดังเช่นในคดีอาญาทั่วไป และรวมถึงนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้ด้วย อย่างไรก็ตามคำฟ้องในคดีอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบนั้นต้องระบุชี้ชองพยานหลักฐานให้ชัดเจนเพียงพอที่ศาลจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้¹⁹ ซึ่งการชี้ชองพยานหลักฐานนั้นเป็นการระบุถึงพยานหลักฐานต่างๆที่โจทก์ประสงค์จะอ้างอิงเป็นพยานไม่ว่าพยานหลักฐานนั้นจะอยู่ในความครอบครองของตนหรือไม่ก็ตาม คล้ายคลึงกับการยื่นบัญชีระบุพยาน เพียงแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลทราบถึงพยานหลักฐานต่างๆที่น่าจะเกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงต่อไปได้²⁰

ประการต่อมาที่ทำให้การดำเนินคดีของผู้เสียหายเป็นโจทก์แตกต่างจากโจทก์ที่เป็นหน่วยงานของรัฐ คือ การไต่สวนมูลฟ้องซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากคดีอาญาทั่วไปเล็กน้อย โดยหลังจากผ่านขั้นตอนแรกคือการตรวจคำฟ้องแล้ว ในคดีผู้เสียหายเป็นโจทก์ศาลต้องทำการไต่สวนมูลฟ้องทุกคดีโดยศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ เว้นแต่ในกรณีที่อัยการสูงสุด ประธานคณะกรรมการ ป.ป.ช. พนักงานอัยการ หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยใน

ในคดีหมิ่นประมาท ถ้อยคำพูด หนังสือ ภาพเขียนหรือสิ่งอื่น อันเกี่ยวกับข้อหมิ่นประมาท ให้กล่าวไว้โดยบริบูรณ์หรือติดมาท้ายฟ้อง

(6) อ้าง มาตรา กฎหมายซึ่งบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็น ความผิด

(7) ลายมือชื่อโจทก์ ผู้เรียง ผู้เขียนหรือพิมพ์ฟ้อง

¹⁸ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2559 มาตรา 6 วิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้ใช้ระบบไต่สวนและเป็นไปโดยรวดเร็วตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อบังคับดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้

¹⁹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2559 มาตรา 15 ฟ้องต้องทำเป็นหนังสือมีข้อความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 158 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีข้อความที่เป็นการกล่าวหาเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นความผิดคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ และต้องระบุพฤติการณ์ที่กล่าวหาว่ากระทำความผิดพร้อมทั้งชี้ชองพยานหลักฐานให้ชัดเจนเพียงพอที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้

ในคดีที่อัยการสูงสุด พนักงานอัยการ ประธานกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ ในวันยื่นฟ้องให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาล และให้โจทก์ส่งรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงพร้อมสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ต่อศาลเพื่อใช้เป็นหลักในการพิจารณาและรวมไว้ในสำนวน

²⁰ สรรักษ์ สุวรรณเสรี และอาคม ศรียาภัย, *ครบเครื่องเรื่องคดีอาญาทุจริต*, 229-230.

ข้อหาอย่างเดียวกัน ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการไม่ไต่สวนมูลฟ้องก็ได้ ในขณะที่หากโจทก์เป็นพนักงานอัยการหรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. ศาลอาจใช้ดุลพินิจว่าจำทำการไต่สวนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลประทับฟ้องโดยไม่ทำการไต่สวนมูลฟ้อง เว้นแต่บางกรณีที่มีเหตุสมควร เช่น คดีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ เนื่องจากโดยหลักแล้วคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่มีอำนาจในการฟ้องคดีได้เอง แต่ในคดีดังกล่าวนั้นอัยการสูงสุดได้ตั้งข้อไม่สมบูรณ์ของสำนวนการไต่สวน จึงมีการตั้งคณะกรรมการร่วมเพื่อหาข้อยุติ แต่คณะกรรมการร่วมมีความเห็นไม่ตรงกันและไม่อาจหาข้อยุติได้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงมีอำนาจฟ้องคดีได้เอง²¹ อย่างไรก็ตามในคดีที่อัยการสูงสุดหรือประธานกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ กฎหมายบัญญัติให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อน²² กล่าวคือ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นเพื่อสั่งให้มีการไต่สวนมูลฟ้องได้

นอกจากนั้นในชั้นพิจารณาในคดีที่หน่วยงานของรัฐเป็นโจทก์กฎหมายกำหนดให้ศาลนำรายงานการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของโจทก์มาเป็นหลักในการแสวงหาความจริง²³ แต่ไม่ผูกมัดศาลให้ถือตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนดังกล่าว โดยศาลอาจมีคำสั่งเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร แม้ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำน้อยกว่า 5 ปีและจำเลย

²¹ เรื่องเดียวกัน, 240-241.

²² พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2559 มาตรา 15 ถ้าฟ้องถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ให้ศาลสั่งตั้งต่อไป

(1) ในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ ให้ไต่สวนมูลฟ้อง แต่ถ้าคดีนั้นพนักงานอัยการหรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ หรือคดีนั้นอัยการสูงสุดหรือประธานกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ได้ฟ้องจำเลยโดยข้อหาอย่างเดียวกันด้วยแล้ว ให้จัดการตาม (2) หรือ (3) แล้วแต่กรณี

(2) ในคดีที่พนักงานอัยการ หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ ไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้องแต่ถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนก็ได้

(3) ในคดีที่อัยการสูงสุด หรือประธานกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ ให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาโดยไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้อง

ในกรณีที่มีการไต่สวนมูลฟ้องตาม (1) หรือ (2) แล้ว ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพ ให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณา

²³ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาชญากรรม พ.ศ. 2559 มาตรา 22 ในคดีที่อัยการสูงสุด พนักงานอัยการ ประธานกรรมการ ป.ป.ช. หรือ คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นโจทก์ ให้ศาลนำรายงานและสำนวนการสอบสวนหรือสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของโจทก์ มาเป็นหลักในการแสวงหาความจริง และอาจสืบพยานเพิ่มเติมเพื่อหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานได้ตามที่เห็นสมควร

ให้การรับสารภาพ กฎหมายก็บัญญัติให้ศาลมีดุลพินิจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมได้ก็ตาม²⁴ แต่ไม่ปรากฏว่าศาลไม่ได้ใช้ดุลพินิจดังกล่าว โดยเฉพาะในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ เพราะคดีส่วนใหญ่ถูกยกฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ในเรื่องพยานหลักฐานนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ใดสำหรับผู้เสียหายไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นนอกจากพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องที่ผู้เสียหายได้รวบรวมมาแล้ว ศาลยังมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องมาสืบพยานซึ่งศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานจากที่ผู้เสียหายได้ชี้ช่องพยานหลักฐานในขณะยื่นฟ้อง

4. กรณีศึกษาเหตุแห่งการยกฟ้องจากคำพิพากษา

ประเด็นต่อมาจะเป็นการศึกษารายละเอียดของการดำเนินคดีโดยผู้เสียหายซึ่งจะทำการศึกษาคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 ในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นจำเลยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561-2564 โดยคดีทั้งหมดที่ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องคดีนั้น ศาลพิพากษายกฟ้องทั้งสิ้น ซึ่งคดีส่วนใหญ่ศาลยกฟ้องตั้งแต่ชั้นตรวจคำฟ้อง ส่วนคดีที่เหลือนั้นศาลยกฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง กล่าวคือ ไม่มีคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องคดีที่ศาลประทับรับฟ้องไว้พิจารณาเลย โดยในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงสาเหตุที่ศาลพิพากษายกฟ้องผ่านการให้เหตุผลทางกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาล ซึ่งผู้วิจัยได้แบ่งเหตุแห่งการยกฟ้องออกเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

4.1 ยกฟ้องเนื่องด้วยจำเลยมิได้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด

การยกฟ้องเนื่องจากจำเลยมิได้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดนั้นเป็นการยกฟ้องโดยใช้อำนาจตามมาตรา 185 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁵ โดยการยกฟ้องด้วยเหตุนี้ถือเป็นสาเหตุหลักที่ทำให้คดีส่วนใหญ่ที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ในศาลอาญา

²⁴ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2559 มาตรา 19 ในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง แม้ข้อหาที่จำเลยรับสารภาพนั้นกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำให้จำคุกน้อยกว่าห้าปี หรือโทษสถานที่เบากว่านั้น ศาลอาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบพยานต่อไปเพื่อทราบถึงพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดจนกว่าจะพอใจว่าจำเลยกระทำความผิดจริงก็ได้

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ตี การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดก็ตี คดีขาดอายุความแล้วก็ตี มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษก็ตี ให้ศาลยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป แต่ศาลจะสั่งจำเลยไว้หรือปล่อยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้

คดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 ถูกพิพากษายกฟ้อง ดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษาของศาลดังต่อไปนี้

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 69/2562²⁶ โจทก์ในคดีนี้ฟ้องจำเลยทั้งสี่ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าจำเลยนำหมายค้นและหมายจับซึ่งโจทก์ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานฟอกเงิน ร่วมกันตรวจค้นและยึดทรัพย์สินของโจทก์ อ้างว่าทรัพย์สินดังกล่าวได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งโจทก์ไม่เคยเกี่ยวข้องกับคดีเกี่ยวกับยาเสพติด โจทก์ทำหนังสือร้องขอความเป็นธรรมหลายครั้งแต่ไม่เป็นผล ข้อเท็จจริงจากการไต่สวนรับฟังได้ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมผู้ต้องหาฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองพร้อมด้วยของกลาง จากการสอบสวนขยายผลพบการโอนเงินไปยังบัญชีของโจทก์ซึ่งผู้ต้องหาให้การว่าเป็นการโอนเงินเพื่อชำระค่ายาเสพติด จนนำมาซึ่งการที่พนักงานอัยการฟ้องโจทก์ในคดีนี้ในความผิดฐานฟอกเงินภายหลังโจทก์ฟ้องคดีนี้เพียง 1 วัน จึงเป็นพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า จำเลยทั้งสี่ได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนขอด้วยกฎหมายแล้ว ทั้งทางไต่สวนของโจทก์ไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่อาจชี้ได้ว่า จำเลยทั้งสี่รู้หรือควรรู้ว่าข้อมูลที่ได้รับมานั้นเป็นความเท็จหรือโจทก์มิได้กระทำความผิดหรือเป็นการแกล้งให้โจทก์ต้องรับโทษหรือรับโทษหนักขึ้นหรือเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือโดยทุจริตดังที่โจทก์กล่าวอ้าง การใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นการกระทำไปตามอำนาจหน้าที่มิใช่การกระทำโดยมีเจตนาถ่วงถ่วงโจทก์ ทั้งก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยคนใดมีสาเหตุโกรธเคืองหรือมีเรื่องบาดหมางกับโจทก์อันจะเป็นมูลเหตุจูงใจให้มีเจตนาเช่นนั้น การกระทำของจำเลยทั้งสี่จึงไม่มีมูลความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 คดีโจทก์ไม่มีมูล พิพากษายกฟ้อง หรือในอีกคดีหนึ่ง

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 85/2564²⁷ โจทก์ในคดีนี้ฟ้องจำเลยทั้งสามว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นเจ้าพนักงาน พบว่ามีผู้บุกรุกครอบครองป่าโดยไม่ได้รับอนุญาต ต่อมาตรวจสอบได้ว่าจำเลยที่ 3 เป็นผู้อยู่อาศัยและขอใช้กระแสไฟฟ้าในพื้นที่ดังกล่าว แต่จำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่ดำเนินการตามกฎหมายแก่จำเลยที่ 3 กลับมาดำเนินคดีแก่โจทก์ซึ่งไม่เกี่ยวข้องด้วย แต่กลับมีชื่อโจทก์เป็นผู้ชำระเงินประกันเครื่องวัดกระแสไฟฟ้า โดยคดีนี้ศาลนัดไต่สวนมูลฟ้องคดีนี้ศาลนัดไต่สวนมูลฟ้องแล้วเห็นว่าข้อมูลเงินประกันที่ระบุชื่อโจทก์ สันนิษฐานว่าเครื่องวัดการใช้กระแสไฟฟ้าที่เอาไป

²⁶ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 69/2562.

²⁷ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 85/2564.

ติดตั้งอาจมีใช้เครื่องวัดใหม่ แต่เป็นเครื่องวัดที่แจ้งยกเลิกจากผู้ไฟฟ้ารายอื่น เมื่อจำเลยที่ 1 และที่ 2 เห็นว่ามีพยานหลักฐานน่าเชื่อว่าโจทก์เป็นผู้กระทำความผิด จึงให้ดำเนินคดีแก่โจทก์และมีความเห็นสั่งฟ้องโจทก์ อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในขอบเขตอำนาจของตน โดยสุจริตและเที่ยงธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครอง การวินิจฉัยสั่งคดีในชั้นนี้ของพนักงานสอบสวนมิใช่เป็นการวินิจฉัยว่าโจทก์มีความผิดหรือบริสุทธิ์ดังเช่นกระบวนการพิจารณาของศาล จำเลยที่ 1 และที่ 2 ในฐานะพนักงานสอบสวนได้ใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล มิใช่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจที่จะกลับแก้โจทก์ การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เมื่อการกระทำความผิดของจำเลยที่ 1 และที่ 2 ซึ่งเป็นตัวการไม่มีความผิด จำเลยที่ 3 ย่อมไม่มีความผิดคู่กัน ชอบที่ศาลจะพิพากษายกฟ้อง

โดยในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ส่วนใหญ่จะอ้างว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157²⁸ เป็นหลัก ซึ่งความผิดตามมาตราดังกล่าวมีองค์ประกอบความผิด 2 ลักษณะ ประการแรกผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดเป็นการเฉพาะ และผู้เสียหายได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำนั้น ประการที่สองผู้กระทำความผิดโดยมีเจตนาทุจริต จะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้นว่าโจทก์ได้กล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ อันถือเป็นการกล่าวอ้างว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำของจำเลย อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในขอบเขตอำนาจของเจ้าพนักงานโดยสุจริต จึงไม่มีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ เหตุผลสำคัญก็เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ให้อำนาจฟ้องอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติราชการ หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าพนักงานผู้นั้นมีเจตนาทุจริต เพื่อมิให้เจ้าพนักงานเกรงกลัวต่อการถูกฟ้องคดีให้รับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาจนไม่กล้าตัดสินใจบังคับใช้กฎหมายเท่าที่ควร

4.2 ยกฟ้องเนื่องด้วยเหตุคำฟ้องโจทก์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

สาเหตุประการสำคัญรองลงมาที่ทำให้ศาลพิพากษายกฟ้องคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ ได้แก่ การยกฟ้องเพราะคำฟ้องของโจทก์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในการฟ้องคดีอาญานั้น กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ของคำฟ้องไว้ซึ่งหากหลักเกณฑ์ในข้อที่เป็นสาระสำคัญที่สุด ได้แก่ หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) ที่อาจส่งผลได้ 2 ประการ กล่าวคือ หากเป็นกรณีโจทก์มิได้บรรยายในส่วนของ “บุคคลและสิ่งของ” ที่เกี่ยวข้องพอสมควร ด้วย เช่น อาจเป็นเพียงการบรรยายฟ้องโดยเพียงแต่ใช้ถ้อยคำที่ปรับตามบทบัญญัติตามกฎหมาย เท่านั้น ศาลอาจถือว่าการบรรยายฟ้องในลักษณะดังกล่าวเป็นฟ้องเคลือบคลุม กล่าวคือ เป็นคำฟ้องที่ไม่แน่ชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเพียงพอที่จะทำให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ อันถือเป็นฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน²⁹ ซึ่งศาลยกขึ้นวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องมีคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้าง อย่างไรก็ตามฟ้องเคลือบคลumnนั้นหากศาลตรวจพบในชั้นตรวจคำฟ้อง ศาลอาจสั่งให้โจทก์แก้ไขคำฟ้องให้ชัดเจนสมบูรณ์ขึ้นได้ รวมถึงโจทก์อาจใช้สิทธิยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องให้บริบูรณ์ได้ก่อนศาลพิพากษา อีกทั้งหากล่วงเลยเวลาที่แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องดังกล่าวข้างต้นจนถึงศาลพิพากษายกฟ้องก็ไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะนำคดีอาญามาฟ้องใหม่ เนื่องจากถือว่าเป็นการยกฟ้องโดยที่ศาลยังมิได้วินิจฉัยเนื้อหาของความผิดตามฟ้องจึงถือไม่ได้ว่าศาลได้มีคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องอันจะทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับ³⁰

แต่หากเป็นกรณีที่โจทก์มิได้บรรยายฟ้องถึงข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับ “เวลาสถานที่” ในการกระทำความผิด กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นฟ้องที่ขาดองค์ประกอบความผิดซึ่งศาลอาจสั่งให้โจทก์แก้ไขคำฟ้องหรือโจทก์อาจมีคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องได้ตามเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่นเดียวกันกับกรณีฟ้องเคลือบคลุม แต่หากล่วงเลยเวลาที่แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องได้แล้ว ศาลต้องพิพากษายกฟ้องและถือว่าศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องอันส่งผลให้สิทธิ

²⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่

(5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควรศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปได้

³⁰ ธาณิศ เกศพิทักษ์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559).

น้ำหนักอาญามาฟ้องในกรณีความผิดนั้นของผู้เสียหายรวมถึงของพนักงานอัยการระงับสืบไป³¹ อย่างไรก็ตามหากคำฟ้องนั้นถึงขนาดเป็นกรณีที่โจทก์ก็ได้บรรยายฟ้องในส่วนของการกระทำ” ทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยกระทำความผิด ย่อมส่งผลให้คำฟ้องของโจทก์ขาดองค์ประกอบความผิด เสียเลย ซึ่งศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องของโจทก์เช่นเดียวกันกับกรณีฟ้องที่ไม่มีเวลาและสถานที่ที่กระทำความผิด แต่มีความแตกต่างในสาระสำคัญคือหากเป็นฟ้องขาดองค์ประกอบความผิดนั้นศาลไม่อาจสั่งให้โจทก์แก้ไขและโจทก์ก็ไม่อาจยื่นคำร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องให้สมบูรณ์ขึ้นมาได้นอกจากนั้นแม้จำเลยจะให้การรับสารภาพตามฟ้องนั้นแล้วก็ตาม ย่อมเป็นการรับสารภาพตามฟ้องซึ่งไม่มีความผิด ศาลไม่อาจพิพากษาลงโทษจำเลยได้ และผลของการยกฟ้องในกรณีนี้ถือว่าศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องแล้วอันส่งผลให้สิทธิน้ำหนักอาญาฟ้องระงับ หากโจทก์นำคดีมาฟ้องใหม่โดยกล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำความผิดในมูลเหตุอย่างเดียวกันกับคดีก่อนย่อมเป็นฟ้องซ้ำ³² อันเป็นต้องห้ามตามกฎหมายและเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเช่นกัน³³

โดยคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 บางคดีปรากฏว่าหากเป็นกรณีที่คำฟ้องโจทก์ขาดการบรรยายในส่วนเป็นเวลาและสถานที่ที่กระทำความผิด ฟ้องเคลือบคลุม รวมทั้งกรณีคำฟ้องมิได้ระบุชี้ช่องพยานหลักฐานให้ชัดเจนเพียงพอ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2559 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง ศาลจะสั่งให้โจทก์ได้แก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องตั้งแต่ในชั้นตรวจฟ้อง อย่างไรก็ตามคดีหากล่วงเลยเวลาที่ศาลจะสั่งให้แก้ไขหรือมิใช่เป็นกรณีฟ้องไม่ถูกต้องที่ศาลมีอำนาจสั่งให้โจทก์แก้ไขได้ ศาลย่อมต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์โดยคดีที่มีการยกฟ้องด้วยเหตุคำฟ้องโจทก์ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นกรณีที่ศาลพิพากษายกฟ้อง

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 สิทธิน้ำหนักอาญาฟ้องย่อมระงับไปดังต่อไปนี้

(4) เมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง

³² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 148 คดีที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้วห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกันอีก ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันนับแต่ในกรณีต่อไปนี้

(1) เมื่อเป็นกระบวนพิจารณาชั้นบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

(2) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งได้กำหนดวิธีการชั่วคราวให้อยู่ภายในบังคับที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเสียได้ตามพฤติการณ์

(3) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นให้ยกคำฟ้องเสียโดยไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะนำคำฟ้องมายื่นใหม่ ในศาลเดียวกันหรือในศาลอื่น ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยอายุความ

³³ ธานิต เกศวพิทักษ์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2, 35-37.

เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิดซึ่งศาลไม่อาจสั่งให้มีแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องได้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาของศาลดังต่อไปนี้

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 33/2564³⁴ โดยโจทก์ทั้งสามฟ้องจำเลยทั้งแปดซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตำรวจในข้อหาเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ โดยบรรยายในคำฟ้องว่าจำเลยทั้งแปดร่วมกันเรียกเงินจากโจทก์ทั้งสามเพื่อจะไม่ได้ดำเนินคดีฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายแต่โจทก์ไม่ยินยอม ซึ่งศาลพิพากษายกฟ้องตั้งแต่ชั้นตรวจคำฟ้องโดยให้เหตุผลว่า ในการบรรยายฟ้องคดีอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบจะต้องมีรายละเอียดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) ประกอบพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง และประการสำคัญจะต้องบรรยายฟ้องให้ครบองค์ประกอบความผิดตามข้อหาด้วย ตามคำฟ้องของโจทก์บรรยายสรุปแต่เพียงว่าระหว่างการจัดกุมและควบคุมตัวโจทก์ จำเลยกับพวกร่วมกันเรียกร้องเงินจำนวน 200,000 บาท เพื่อแลกเปลี่ยนกับการไม่ต้องถูกดำเนินคดี แต่ไม่ได้บรรยายว่าจำเลยคนใดหรือบุคคลใดเป็นผู้เรียกร้องเงินจำนวนดังกล่าว และบุคคลที่เรียกร้องเงินเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งใด มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีกับโจทก์ทั้งสามอย่างไร อีกทั้งไม่ได้ชี้ช่องพยานหลักฐานให้ชัดเจนเพียงพอ ทั้งที่ศาลให้โอกาสโจทก์ทั้งสามทำการแก้ไขฟ้องแล้ว จึงเป็นคำฟ้องที่ไม่ชอบ หรือในอีกคำพิพากษาหนึ่ง

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 4/2562³⁵ โดยโจทก์ฟ้องคดีขอให้ลงโทษจำเลยกับพวกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ว่าจำเลยกับพวกซึ่งเป็นเจ้าพนักงานกลั่นแกล้งโจทก์โดยตั้งกรรมการสอบสวนวินัยหลายครั้งโดยโจทก์มิได้กระทำความผิด ซึ่งคดีมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพียงประการเดียว คือ คำฟ้องโจทก์ครบองค์ประกอบความผิดหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่า สำหรับความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ความสำคัญของความผิดจะต้องเป็นเจ้าพนักงานและการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานผู้นั้นและต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ อันเป็นองค์ประกอบของความผิดประการหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเป็นสาระสำคัญที่โจทก์ต้องบรรยายในคำฟ้อง แต่โจทก์ไม่ได้บรรยาย

³⁴ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 33/2564.

³⁵ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 4/2562.

ข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับวันเวลากระทำความผิดว่าจำเลยกลั่นแกล้งโจทก์หลายกรณีในการบริหารงานเมื่อวันเวลาใด ส่วนการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยกระทำความผิดต้องระบุรายละเอียดถึงการกระทำต่างๆที่กล่าวหาด้วยว่ามีการกระทำอย่างไรอันเข้าลักษณะความผิดโจทก์ไม่ได้บรรยายข้อเท็จจริงและรายละเอียดว่าจำเลยเป็นเจ้าพนักงานที่ได้รับแต่งตั้งโดยกฎหมายและมีหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายบัญญัติไว้หรือมีหน้าที่ตามที่ได้รับคำสั่งหรือได้รับมอบหมายจากผู้บังคับบัญชาหรือไม่ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการกระทำต่างๆตามที่โจทก์ฟ้องหรือไม่ มีพฤติการณ์อันมีลักษณะเป็นการร่วมรู้เห็น ร่วมกันคบคิด แบ่งหน้าที่กันปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบโดยอาศัยเหตุที่ตนมีอำนาจหน้าที่แล้วฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งอย่างไร และมุ่งร้ายต่อโจทก์ให้ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษอย่างไรอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 คำฟ้องโจทก์จึงไม่ชัดแจ้งเพียงพอที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อหาและต่อสู้คดีได้ถูกต้อง จึงเป็นฟ้องที่เคลือบคลุมและไม่ครบองค์ประกอบของความผิดที่ได้ฟ้อง ย่อมเป็นคำฟ้องที่ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) ชอบที่ศาลจะพิพากษายกฟ้องในชั้นตรวจฟ้องโดยไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 159 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161 และกรณีมิใช่เรื่องฟ้องไม่ถูกต้องที่ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้โจทก์แก้ฟ้องให้ถูกต้องได้ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 159 มาตรา 15 วรรคสาม พิพากษายกฟ้อง

4.3 ยกฟ้องเนื่องด้วยเหตุอำนาจฟ้อง

สาเหตุประการต่อมาเป็นการพิพากษายกฟ้องเนื่องจากเหตุอำนาจฟ้อง ซึ่งเป็นเหตุบกพร่องของผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกผู้ถูกฟ้องคดี โดยส่วนใหญ่แล้วผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตามในบางกรณีบุคคลทั่วไปก็อาจตกเป็นจำเลยในศาลดังกล่าวได้ เช่น กรณีบุคคลทั่วไปกระทำความผิดฐานเกี่ยวกับสินบนหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐ เป็นต้น นอกจากจะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ ยังต้องพิจารณาดังเช่นคดีอาญาทั่วไปว่าผู้ถูกฟ้องคดีนั้นเป็นคู่ความได้หรือไม่³⁶ กล่าวคือ ผู้ที่จะเป็น

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้ ถ้าข้อความมิได้แสดงให้เห็นเป็น

คู่ความได้นั้นต้องเป็นบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งอาจหมายถึงบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หากจำเลยมิได้มีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลอันอาจมีสิทธิหรือมีหน้าที่ตามกฎหมายย่อมไม่อาจตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดีได้ ดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษานี้

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 35/2561³⁷ คดีนี้โจทก์ฟ้องพนักงานอัยการเป็นจำเลยที่ 2 ว่าใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบสั่งฟ้องผู้ต้องหาเพียงบางคนและสั่งคดีล่าช้าเป็นเหตุให้โจทก์ต้องฟ้องคดีด้วยตนเอง และฟ้องสำนักงานอัยการจังหวัดเป็นจำเลยที่ 1 ในส่วนของจำเลยที่ 1 เห็นว่า “คู่ความ” หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล และคำว่าบุคคลนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แก่ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล สำหรับสำนักงานอัยการจังหวัดจำเลยที่ 1 นั้น ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 7 กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นนิติบุคคลและเป็นส่วนราชการมีหน่วยงานราชการภายในหนึ่งนั้นคือ สำนักงานอัยการจังหวัด ดังนั้นสำนักงานอัยการจังหวัดจึงเป็นเพียงหน่วยงานราชการภายในของสำนักงานอัยการสูงสุดเท่านั้น พระราชบัญญัติดังกล่าวหาได้บัญญัติรับรองให้สำนักงานอัยการจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลไม่ นอกจากนั้นก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดบัญญัติรับรองให้สำนักงานอัยการจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกัน ดังนี้ สำนักงานอัยการจังหวัดจึงมิใช่บุคคลธรรมดา และมีไฉ่นิติบุคคล ย่อมไม่อาจเป็นคู่ความในคดีได้ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องสำนักงานอัยการจังหวัดให้รับโทษทางอาญาได้

กรณีที่สองผู้ฟ้องคดี ดังกล่าวมาแล้วข้างต้นว่ากฎหมายกำหนดให้ทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหาย³⁸เป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้ ดังนั้นราษฎรทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลจึงอาจเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงและโดยนิตินัยจากการกระทำความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตามความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบนั้นส่วนใหญ่เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตต่อหน้าที่

อย่างอื่น

(11) “คู่ความ” หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง หรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้น ๆ ตามกฎหมาย หรือในฐานะทนายความ

³⁷ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 35/2561.

³⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

(4) “ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6

จึงเป็นการกระทำต่อรัฐ ซึ่งในบางฐานความผิดนั้นมิเฉพาะรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหาย โดยพิจารณาจากองค์ประกอบของความผิดและสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง เช่น ความผิดตามประมวลอาญา มาตรา 151³⁹ หรือมาตรา 158⁴⁰ ที่มีได้มีองค์ประกอบความผิดในทำนองว่าเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเหล่านั้นมุ่งที่จะคุ้มครองรัฐ ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้นจึงเกิดขึ้นแก่รัฐเท่านั้น ราษฎรย่อมไม่อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนั้นได้⁴¹ อย่างไรก็ตามในความผิดบางฐานนอกจากความเสียหายจะเกิดแก่รัฐอันส่งผลให้รัฐมีฐานะเป็นผู้เสียหายยังอาจมีบุคคลอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้นด้วย เช่น มาตรา 157⁴² ที่มีองค์ประกอบความผิดเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด บทบัญญัติความผิดตามมาตราดังกล่าวเฉพาะในส่วนแรกกฎหมายจึงเปิดกว้างให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้ โดยบุคคลนั้นไม่เพียงต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงและโดยนิตินัยเท่านั้น แต่ต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ด้วย⁴³ มิเช่นนั้นก็มีอาจมีอำนาจฟ้องในความผิดฐานดังกล่าวได้ ดังเช่นจะยกตัวอย่างตามคำพิพากษาดังต่อไปนี้

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 10/2562⁴⁴ โจทก์ฟ้องจำเลยทั้งสองซึ่งดำรงตำแหน่งปกครองคณะสงฆ์จำเลยที่ 1 ใช้อำนาจโดยมิชอบแต่งตั้งจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นพระภิกษุนอกเขตการปกครองของตนเป็นรักษาการเจ้าอาวาสฝ่ายนิกายเถรวาทตามมติของคณะสงฆ์เถรวาท

³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 151 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใด ๆ ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่รัฐ เทศบาล สุขาภิบาลหรือเจ้าของทรัพย์สินนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

⁴⁰ มาตรา 158 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ทำให้เสียหาย ทำลาย ข่มขืน เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสารใดอันเป็นหน้าที่ของตนที่จะปกครองหรือรักษาไว้ หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการเช่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท

⁴¹ ธาตุ เกศพิทักษ์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), 22-23.

⁴² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴³ สหรัถ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, 19.

⁴⁴ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 10/2562.

การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยศาลพิพากษายกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าเห็นว่าการที่จำเลยที่ 1 แต่งตั้งจำเลยที่ 2 เป็นรักษาการเจ้าอาวาส ไม่ว่าการแต่งตั้งดังกล่าวจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามก็ไม่ได้ทำให้โจทก์ทั้งสี่สืบหาค่าเสียหายโดยตรงจากการกระทำดังกล่าว โจทก์ทั้งสี่สืบหาค่าเสียหายจากผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4)

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 26/2561⁴⁵ โจทก์ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องของแสงสว่างทางเข้าบ้าน จึงทำหนังสือร้องเรียนถึงจำเลยที่ 1 ขอให้เปิดไฟฟ้าส่องสว่างทางเดินในซอย ต่อมาประสงค์ที่จะยื่นคำร้องขอคัดสำเนาเพื่อติดตามว่าจำเลยที่ 1 ได้สั่งการให้เจ้าหน้าที่คนใดรับผิดชอบ และเพื่อใช้เป็นหลักฐานประกอบในการดำเนินคดีอื่น แต่จำเลยที่ 1 มีหนังสือแจ้งกลับมามีไม่พบเอกสารคำร้องเพราะได้ส่งคำร้องให้แก่จำเลยที่ 3 เป็นผู้รับผิดชอบ โดยโจทก์ฟ้องให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 158 ซึ่งศาลพิพากษายกฟ้องเนื่องจากความผิดตามมาตราดังกล่าว ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ และทรัพย์สินหรือเอกสารใดนั้นอยู่ในหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้นที่จะปกครองรักษาไว้ เมื่อตนทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือทำให้ไร้ประโยชน์หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น ดังนี้ ย่อมเห็นได้ชัดเจนนว่ารัฐเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำของเจ้าพนักงานผู้นั้นและถือว่าเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย แม้คำร้องจะสูญหายหาไม่พบขณะอยู่ในความปกครองหรือรักษาของจำเลยที่ 1 ที่จะต้องปกครองหรือรักษาไว้ตามหน้าที่ของตน ทำให้โจทก์ไม่อาจขอคัดสำเนาคำร้องดังกล่าวได้ และโจทก์ได้รับความเสียหายเพราะต้องนำสำเนาเอกสารคำร้องดังกล่าวไปเป็นหลักฐานประกอบคดีอื่นก็ตาม โจทก์ก็เป็นเพียงผู้เสียหายโดยพฤตินัย มิใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย ไม่มีอำนาจฟ้องผู้กระทำความผิด แต่เป็นหน้าที่โดยเฉพาะของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเท่านั้นที่จะฟ้องร้องเอาโทษผู้กระทำความผิด

4.4 ยกฟ้องเนื่องด้วยการใช้สิทธิไม่สุจริต

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าประเทศไทยได้เปิดกว้างให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้อย่างเต็มที่โดยมิได้มีข้อจำกัด เป็นผลให้ในบางกรณีโจทก์ใช้สิทธิฟ้องคดีโดยไม่สุจริตเพื่อเป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งสร้างภาระให้แก่จำเลยหรือมุ่งผลอย่างอื่นยิ่งกว่าประโยชน์ที่พึงได้โดยชอบเพียงเพราะการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐหรือกระบวนการทางกฎหมายมิได้เป็นไปตามความคาดหวังของโจทก์ ซึ่งการดำเนินคดีในศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 โดยทั่วไปนั้นเป็นไปอย่าง

⁴⁵ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 26/2561.

สุจริต แต่ักพบว่าโจทก์บางส่วนใช้สิทธิในการฟ้องคดีอย่างไม่สุจริต โดยในอดีตนั้นคดีกว่าครึ่งของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบเป็นคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ แต่ในปัจจุบันเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161/1⁴⁶ โดยให้อำนาจศาลยกฟ้องและห้ามมิให้โจทก์ซึ่งเป็นราษฎรยื่นฟ้องในเรื่องเดียวกันนั้นอีก หากพบว่าโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต การฟ้องคดีโดยไม่สุจริตจึงมีแนวโน้มที่จะลดลงอย่างต่อเนื่องเห็นได้จากปริมาณคดีที่เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 ประจำเดือนมกราคม-สิงหาคม พ.ศ. 2566⁴⁷ มีเพียง 16 คดี จากทั้งหมด 440 คดี อย่างไรก็ตามยังคงพบการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 โดยมีพฤติการณ์ในการฟ้องคดีแบบเหมารวม คือ ในมูลคดีเดียวกันโจทก์ฟ้องทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องและไม่เกี่ยวข้องด้วยในคดีเดียวกัน รวมถึงแยกฟ้องออกเป็นหลายคดี ทั้งยังพบว่าเมื่อศาลพิพากษายกฟ้องแล้ว โจทก์นำคดีที่มีมูลเหตุอย่างเดียวกันซึ่งศาลวินิจฉัยแล้วกลับมาฟ้องใหม่ ดังเช่นในคำพิพากษานี้

คดีหมายเลขแดงที่ อท. 19/2564⁴⁸ โดยโจทก์ในคดีนี้ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในสหกรณ์ออมทรัพย์ครู รวมทั้งหมด 23 คน ว่ากลั่นแกล้งไม่จ่ายเงินบำนาญให้แก่โจทก์ ไม่อนุญาติให้โจทก์ไถ่ถอนที่ดินเพื่อขายชำระหนี้และปรับปรุงโครงสร้างหนี้ รวมถึงหักเงินบำนาญโจทก์โดยไม่ชอบ โดยขอให้ส่งโทษจำเลยในความผิดฐานอั้งยี่และช่องโจร ศาลพิพากษายกฟ้องในชั้นตรวจคำฟ้องโดยให้เหตุผลว่ามูลเหตุที่โจทก์นำมาฟ้องจำเลยทั้งยี่สิบสามคนในคดีนี้ โจทก์ได้ฟ้องจำเลยในคดีอื่นของศาลนี้ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าคดีไม่มีมูลพิพากษายกฟ้อง เท่ากับศาลมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเนื้อหาแล้วว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ถือว่าศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดตามฟ้องแล้ว แต่โจทก์กลับมายื่นฟ้องใหม่ฟ้องโจทก์คดีนี้จึงเป็นฟ้องซ้ำต้องห้ามตาม

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161/1 ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ หากความปรากฏต่อศาลเองหรือมีพยานหลักฐานที่ศาลเรียกว่าโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริตหรือโดยบิดเบือนข้อเท็จจริง เพื่อกลั่นแกล้งหรือเอาเปรียบจำเลยหรือโดยมุ่งหวังผลอย่างอื่นยิ่งกว่าประโยชน์ที่พึงได้โดยชอบ ให้ศาลยกฟ้อง และห้ามมิให้โจทก์ยื่นฟ้องในเรื่องเดียวกันนั้นอีก

การฟ้องคดีโดยไม่สุจริตตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการที่โจทก์จงใจ ฝ่าฝืนคำสั่งหรือ คำพิพากษาของศาลในคดีอาญาอื่นซึ่งถึงที่สุดแล้วโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรด้วย

⁴⁷ ส่วนระบบข้อมูลและสถิติ สำนักแผนงานและงบประมาณ, “ผลการดำเนินงานด้านคดีของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบทั่วราชอาณาจักรประจำปี พ.ศ. 2566 (มกราคม-สิงหาคม),” สำนักแผนงานและงบประมาณ, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2566, <https://oppb.coj.go.th/th/content/category/detail/8/cid/2089/iid/374198>.

⁴⁸ คำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 คดีหมายเลขแดงที่ อท. 19/2564.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) และการฟ้องคดีนี้ของโจทก์เพียงแต่มีการเพิ่มและเปลี่ยนข้อหาฐานความผิดที่ขอให้ลงโทษจำเลยเท่านั้น จึงเป็นการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตและศาลมีอำนาจยกฟ้องโดยไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161, 161/1 ประกอบพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ประเทศไทยจะมีแนวทางในการดำเนินคดีอาญาโดยยึดถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลักแต่ก็เปิดกว้างให้ผู้เสียหายมีอำนาจในการฟ้องคดีด้วยตนเอง เช่นเดียวกันกับในศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบที่มีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดข้อจำกัดอำนาจของผู้เสียหายไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ศาลพิพากษายกฟ้องทุกคดี ยิ่งไปกว่านั้นหลายคดีที่ศาลพิพากษายกฟ้องตั้งแต่ในชั้นตรวจคำฟ้อง

จากการศึกษาสาเหตุสำคัญที่ศาลพิพากษายกฟ้องผ่านการให้เหตุผลทางกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ภาค 6 ผู้วิจัยแบ่งเหตุแห่งการยกฟ้องที่สำคัญออกได้เป็น 4 กลุ่ม คือ

1. ยกฟ้องเนื่องด้วยจำเลยมิได้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ซึ่งถือเป็นสาเหตุหลักอันเป็นการยกฟ้อง โดยใช้อำนาจตามมาตรา 185 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2. ยกฟ้องเนื่องด้วยเหตุคำฟ้องโจทก์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคำฟ้องโจทก์มิได้บรรยายฟ้องในส่วนของการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยกระทำความผิด รวมถึงข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับเวลาสถานที่ในการกระทำความผิด ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5)

3. ยกฟ้องเนื่องด้วยเหตุอำนาจฟ้องทั้งในกรณีผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจเป็นคู่ความได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (11) และผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษหรือได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4)

4. ยกฟ้องเนื่องด้วยโจทก์ใช้สิทธิฟ้องคดีไม่สุจริต ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161/1

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่ากระบวนการหลังฟ้องของโจทก์ที่เป็นหน่วยงานของรัฐและโจทก์ที่เป็นผู้เสียหายมิได้มีความแตกต่างจนเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ผลของคำพิพากษามีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด แต่เป็นที่แน่นอนว่ากระบวนการก่อนฟ้องของโจทก์ที่เป็นหน่วยงานรัฐ

นั้นย่อมต้องผ่านการกลั่นกรองโดยการสอบสวนข้อเท็จจริงจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. คณะกรรมการ ป.ป.ท. หรือพนักงานสอบสวน รวมถึงผ่านการตรวจสอบจากอัยการสูงสุดมาแล้วขั้นหนึ่ง อันนำมาสู่สำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงซึ่งศาลสามารถใช้เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ในขณะที่กรณีผู้เสียหายเป็นโจทก์นั้นอาจมีความลำบากในการเข้าถึงพยานหลักฐานที่ไม่เพียงแต่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐแล้ว บางกรณีการกระทำผิดอยู่ในความรู้เห็นของผู้กระทำเพียงฝ่ายเดียว นอกจากนั้นผู้เสียหายยังขาดความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติของกฎหมาย รวมถึงอาจเข้าถึงความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการแต่งตั้งทนายความเพื่อดำเนินคดีต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบมีราคาสูง เป็นต้น ส่งผลให้คดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ศาลพิพากษายกฟ้องในที่สุด อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิฟ้องคดีของผู้เสียหายเสียทีเดียวอาจเป็นการลดทอนสิทธิของประชาชนจนเกินสมควร เนื่องจากการที่ผู้เสียหายสละทั้งเวลาและทุนทรัพย์ในการดำเนินคดีด้วยตนเองอาจส่อให้เห็นถึงความไม่เชื่อมั่นในกระบวนการดำเนินคดีอาญาโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นไปอย่างล่าช้า ประกอบกับการกระทำของจำเลยนั้นส่งผลกระทบต่อส่วนได้ส่วนเสียของตน เพียงแต่การกระทำนั้นจะเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่ผู้เสียหายอาจขาดความรู้ความเข้าใจในข้อกฎหมาย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจในเรื่องกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับคดีทุจริตและประพฤติมิชอบและเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงความเข้าใจในระบบราชการผ่านการเผยแพร่ความรู้ผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์และช่องทางอื่นๆ รวมถึงเพิ่มประสิทธิภาพในการเข้าถึงความช่วยเหลือทางกฎหมายได้อย่างทั่วถึง ได้แก่ การประชาสัมพันธ์โครงการทนายความอาสาซึ่งมีหน้าที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมายโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และเมื่อประชาชนได้มีความรู้ความเข้าใจกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับคดีทุจริตและประพฤติมิชอบมากขึ้น รวมถึงเข้าใจการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานมากขึ้น ย่อมทำให้การดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายมีประสิทธิภาพมากขึ้นได้ นอกจากนั้นยังมีส่วนช่วยในการลดการฟ้องคดีโดยไม่จำเป็นลงได้อีกด้วย

References

- THE STANDARD TEAM. “10 มีนาคม 2017 – พักกินฮเย พันตำแหน่งประธานาธิบดีเกาหลีใต้ หลังศาลรับรองมติถอดถอน.” *THE STANDARD*. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2566.
<https://thestandard.co/onthisday10032017/>.
- TODAY. “สรุป คดี 1MDB กับประเทศไทย อธิบายแบบเข้าใจง่าย.” *workpointTODAY*. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2566. <https://workpointtoday.com/1mdb-thailand/>.
- ไทยรัฐออนไลน์. “‘มูห์ยิดดิน ยัสซิน’ อดีตนายกา มาเลเซีย ถูกตั้งข้อหาทุจริตคอร์รัปชัน.” *ไทยรัฐออนไลน์*. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2566.
<https://www.thairath.co.th/news/foreign/2650096>.
- กระทรวงยุติธรรม. *กฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ระบบงาน และแนวปฏิบัติของกระทรวงยุติธรรม และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับระบบงานยุติธรรมของประเทศในอาเซียน*. กรุงเทพฯ: สำนักนโยบายและยุทธศาสตร์ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, 2552. สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กันยายน 2566. <https://www3.ago.go.th/center/wp-content/uploads/2022/06/ASEANLAW.pdf>.
- คณิต ฒ นคร. *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- คณิต ฒ นคร. *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2*. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. *คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบและวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- สราวัณ สุวรรณเสรี และอาคม ศรียาภัย. *ครบเครื่องเรื่องคดีอาญาทุจริต*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์, 2560.

ส่วนระบบข้อมูลและสถิติ สำนักแผนงานและงบประมาณ. “ผลการดำเนินงานด้านคดีของศาลอาญา

คดีทุจริตและประพฤติมิชอบทั่วราชอาณาจักรประจำปี พ.ศ. 2566 (มกราคม-สิงหาคม).”

สำนักแผนงานและงบประมาณ. สืบค้นเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2566.

<https://oppb.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/2089/iid/374198>.

สหรัฐ กิติ ศุภการ. *หลักและคำพิพากษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ:

อมรินทร์ปรี้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2565.

สุพิศ ปราณีตพลกรัง. *คดีทุจริตต่อหน้าที่ (มาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา) และกฎหมายจัดตั้ง*

ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559.

ช่องว่างรายได้ระหว่างเพศในวงการกีฬา: บทเรียนการจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมให้แก่
ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติ จากสหรัฐอเมริกาสู่ประเทศไทย
Gender Pay Gap in Sports: Lessons on Unequal Pay for the Women's
National Soccer Team from the U.S. to Thailand

ปีติเทพ อยู่ยืนยง
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Pedithep Youyuenyong
Faculty of Law, Chiang Mai University

E-mail: pedithep.y@cmu.ac.th

Received: January 16, 2024; Revised: March 22, 2024; Accepted: April 9, 2024

บทคัดย่อ

นักกีฬาอาชีพหญิงได้เข้าสู่วงการกีฬาสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก แต่กระนั้นนักกีฬาอาชีพชายมักได้รับค่าจ้างมากกว่านักกีฬาอาชีพหญิงในวงการกีฬาอาชีพสหรัฐอเมริกา ช่องว่างรายได้ระหว่างเพศในวงการกีฬาอาชีพและข้อวิตกกเกี่ยวกับประเด็นปัญหาดังกล่าวได้ถูกสะท้อนในบริบทระดับชาติ เมื่อเร็ว ๆ นี้ ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้ฟ้องร้องนายจ้างของตนเอง ได้แก่ สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา เพื่อเรียกร้องให้มีการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาคและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม กรณีศึกษาการจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมระหว่างทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้ถูกหยิบยกมาทำการศึกษาในบทความฉบับนี้ การเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างให้ชายและหญิงที่ปฏิบัติงานอย่างเดียวกันในอัตราที่แตกต่างกันภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาดำเนินการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1963 ในฐานะที่เป็นกฎหมายแรงงานที่วางหลักเกณฑ์ห้ามเลือกปฏิบัติทางเพศด้านค่าจ้างและกำหนดให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างให้ชายและหญิงที่ทำงานอย่างเดียวกันในอัตราที่เท่ากันได้ถูกหยิบยกมาศึกษาวิเคราะห์ในบทความฉบับนี้ ประสพการณ์ของสหรัฐอเมริกาย่อมกลายเป็นบทเรียนต่อประเทศไทยอันนำไปสู่ความท้าทายทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาคถ้าหาก

ปฏิบัติงานอย่างเดียวกันในอุตสาหกรรมกีฬา แล้วความท้าทายทางกฎหมายเช่นว่านี้ย่อมนำไปสู่การพัฒนา กีฬาฟุตบอลไทยในอนาคต

คำสำคัญ: ช่องว่างรายได้ระหว่างเพศ, การจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียม, ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา, กฎหมายว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค, กีฬาฟุตบอล

Abstract

Professional women athletes have entered the U.S. professional sports in unprecedented numbers, nevertheless professional women athletes have entered the U.S. professional sports in unprecedented numbers, nevertheless professional men athletes generally earn more than professional women athletes. Professional women athletes are found to be paid less professional men athletes. Gender pay gap in the U.S. professional sports and some relevant concerns have been echoed at national level. Recently, the U.S. Women's National Soccer Team (USWNT) sued its employer, the U.S. Soccer Federation, for unequitable pay and unfair treatment. A case study of unequal payment between the men's team and the women's team are examined in this article. Wage discrimination under the Equal Pay Act of 1963 (EPA), a federal employment law that prohibits sex-based compensation discrimination and mandates equal pay for equal work, are also examined. The U.S. experience identifies certain lessons for Thailand as it is on the legal challenges in offering equal pay for equal work in sports industry that will in particular affect future soccer development in Thailand.

Keywords: Gender Pay Gap, Unequal Pay, U.S. Women's National Soccer Team, Equal Pay Law, Soccer

1. บทนำ

กีฬาสหรัฐอเมริกา (U.S. Sports) ประกอบด้วยผู้คนหลากหลายที่เข้ามาเล่นกีฬาเพื่อร่วมกิจกรรมกีฬาหรือร่วมการแข่งขันในระดับชั้นต่าง ๆ ซึ่งการดำเนินกิจกรรมกีฬาหรือการจัดการแข่งขันกีฬานี้ ล้วนแล้วแต่ต้องเป็นไปตามกติกาการแข่งขันกีฬาหรือกฎระเบียบควบคุมบังคับให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในวงการกีฬาหันมาประพฤติตนให้สอดคล้องเป็นไปตามนโยบายหรือปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามระเบียบแบบแผนที่มีผลบังคับใช้ในวงการกีฬาสหรัฐอเมริกา ผู้คนหลากหลายที่เข้ามาสู่วงการกีฬาเหล่านี้ย่อมประกอบด้วยบุคคลที่มีเพศติดตัวมาแต่กำเนิด ได้แก่ บุคคลเพศชาย (Men) และบุคคลเพศหญิง (Women) บุคคลเพศชายหรือบุคคลเพศหญิงเหล่านี้อาจเข้ามาสู่วงการกีฬาในฐานะนักกีฬาอาชีพ (Professional Athletes) ซึ่งเล่นกีฬาอาชีพเป็นอาชีพเพื่อใช้การเล่นกีฬาเลี้ยงชีวิตตนเองหรือเพื่อการทำงานด้านกีฬาเพื่อหารายได้มาเลี้ยงครอบครัว โดยนักกีฬาอาชีพหญิง (Professional Women Athletes) และนักกีฬาอาชีพชาย (Professional Men Athletes) ต่างก็ต้องอาศัยความสามารถด้านกีฬาที่ตนเองทำการฝึกฝนสั่งสมประสบการณ์หรืออาศัยความรู้จากที่ได้รับการฝึกฝนเล่าเรียนอบรมบ่มเพาะมาเพื่อร่วมกิจกรรมกีฬาหรือการแข่งขันกีฬาที่ถูกจัดขึ้น บุคคลเช่นนี้นั้นล้วนต้องใช้ความพยายามในการฝึกซ้อมกีฬาก่อนลงทำการแข่งขันหรือออกแรงเล่นกีฬาในขณะกำลังทำการแข่งขัน อันมีเป้าหมายที่จะคว้าชัยให้กับตัวเองหรือทีม ซึ่งหากนักกีฬาอาชีพสามารถร่วมกิจกรรมกีฬาหรือคว้าชัยชนะจากการแข่งขันกีฬา ก็ย่อมที่จะได้รับค่าตอบแทน รายได้หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดเป็นการตอบแทน

ทั้งนี้ นักกีฬาอาชีพหญิงหรือนักกีฬาอาชีพชายในสหรัฐอเมริกาอาจตกลงยินยอมปฏิบัติงานภายใต้สังกัดให้แก่ทีมกีฬาอาชีพ (Professional Teams) ในขณะเดียวกันทีมกีฬาอาชีพก็ตกลงที่จะจ่ายค่าจ้าง มอบเงินตอบแทนหรือให้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดแก่นักกีฬาอาชีพแล้วความตกลงเช่นนี้อาจอยู่ภายใต้ข้อตกลงต่างตอบแทน (Reciprocal Agreements) กล่าวคือเป็นข้อตกลงที่ทีมกีฬาอาชีพและนักกีฬาอาชีพต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน นักกีฬาอาชีพมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานในฐานะที่เป็นนักกีฬาภายใต้สังกัดหรือเข้าร่วมการแข่งขันกีฬาในนามทีมกีฬาอาชีพ ส่วนทีมกีฬาอาชีพมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้าง ค่าตอบแทน หรือมอบประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดให้แก่แก่นักกีฬาอาชีพ

อย่างไรก็ตาม นักกีฬาอาชีพชายและนักกีฬาอาชีพหญิงที่ปฏิบัติงานด้านกีฬาเหมือนกันหรือลงทำการแข่งขันกีฬาระดับเดียวกันในสหรัฐอเมริกา มักได้รับค่าตอบแทน รายได้หรือ

ประโยชน์ทางเศรษฐกิจในอัตราที่แตกต่างกัน รวมทั้งยังได้รับการเลือกปฏิบัติในเรื่องอื่น ๆ เกี่ยวกับอัตราค่าจ้าง โดยนักกีฬาอาชีพชายที่ปฏิบัติงานด้านกีฬาเหมือนกันหรือลงทำการแข่งขันกีฬาระดับเดียวกันกับนักกีฬาอาชีพหญิง มักได้รับค่าตอบแทน รายได้หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจในอัตราที่สูงกว่านักกีฬาอาชีพหญิง เท่ากับว่าเกิดช่องว่างรายได้ระหว่างเพศ (Gender Pay Gap) ระหว่างนักกีฬาอาชีพชายกับนักกีฬาอาชีพหญิง ซึ่งนักกีฬาอาชีพชายและนักกีฬาอาชีพหญิงที่ต้องมีคุณสมบัติของการเป็นนักกีฬาอาชีพเหมือนกัน ต้องใช้เวลาในการฝึกซ้อมเหมือนกัน ต้องร่วมกิจกรรมกับทีมต้นสังกัดเหมือนกัน ต้องเข้าร่วมการแข่งขันในระดับเดียวกัน รวมทั้งต้องใช้ทักษะความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ที่แทบจะไม่แตกต่างกัน แต่นักกีฬาอาชีพหญิงกลับได้รับรายได้ไม่เท่ากันกับนักกีฬาอาชีพชายเพียงเพราะเพศที่ต่างกัน¹

สถานการณ์ช่องว่างรายได้ระหว่างเพศเคยเกิดขึ้นในวงการกีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา (U.S. Soccer) โดยทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา (U.S. Women's National Soccer Team หรือทีม USWNT) ได้รับค่าตอบแทนหรือรายได้ในอัตราน้อยกว่าทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา (U.S. Men's National Soccer Team หรือทีม USMNT) ทั้ง ๆ ที่ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาต้องใช้เวลาในการฝึกซ้อมไม่ต่างจากทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา ต้องร่วมกิจกรรมกีฬาฟุตบอลในนามสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา (U.S. Soccer Federation หรือสหพันธ์ USSF) ซึ่งเป็นต้นสังกัดเหมือนกันกับทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา ต้องเข้าร่วมการแข่งขันในระดับเดียวกันทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา รวมทั้งทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาก็สร้างชื่อเสียงให้กับสหรัฐอเมริกาและทำผลงานได้ไม่แพ้ทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา² ผลที่ตามมาทำให้นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา รวมตัวกันต่อสู้เรียกร้องให้ได้มาซึ่งการจ่ายค่าตอบแทนที่เท่าเทียมระหว่างเพศ (Equal Pay) และเรียกร้องให้สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาไม่เลือกปฏิบัติเพียงเพราะความแตกต่างระหว่างเพศ (Gender Discrimination)³ ต่อนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิง การเลือกปฏิบัติเช่นว่า

¹ Taylor Kennedy Gersch, "The Gender Pay Gap: Seeking Fairness for Women in Professional Sports," *Oregon Review of International Law* 30, no. 1 (2021): 147-196.

² Honey Campbell, "Superior Play, Unequal Pay: U.S. Women's Soccer and the Pursuit for Pay Equity," *University of San Francisco Law Review* 51, no. 5 (2017): 545-570.

³ บรรดาผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับกีฬาฟุตบอลหญิงในสหรัฐอเมริกาได้หันมาแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ ทั้งในสนามกีฬาและนอกสนามกีฬา สนับสนุนบรรดาการจ่ายค่าตอบแทนที่เท่าเทียมระหว่างเพศในวงการกีฬาฟุตบอล พร้อมทั้งทำสื่อ

นี้แล้วแต่เป็นบ่อเกิดแห่งความแตกต่างของค่าจ้างหรือค่าตอบแทนระหว่างทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา กับทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่ไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลในทางกฎหมายหรืออธิบายได้ด้วยคำกล่าวอ้างที่คลุมเครือปราศจากข้ออ้างอย่างสมเหตุสมผล การต่อสู้เรียกร้องของช่องว่างรายได้ของนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกานับเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งที่มีกฎหมายเฉพาะของสหรัฐอเมริการับรองหรือคุ้มครองให้ ได้แก่ รัฐบัญญัติของรัฐบาลสหรัฐอเมริกว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1963 (Equal Pay Act of 1963 หรือกฎหมาย EPA) ซึ่งถือเป็นหลักประกันว่าบุคคลเพศหญิงหรือบุคคลเพศชายก็มีสิทธิได้รับการจ่ายค่าจ้างที่เท่าเทียม โดยไม่ถูกกีดกันหรือเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน ทั้งสหรัฐอเมริกายังได้รับรองสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อต่อสู้เรียกร้องให้บุคคลเพศหญิงหรือบุคคลเพศชายได้รับการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างเท่าเทียม

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษาสถานการณ์การจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาในอดีตที่ผ่านมา บทความฉบับนี้ยังศึกษาการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างให้นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่ปฏิบัติงานอย่างเดียวกันกับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา แต่กลับได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนในอัตราที่แตกต่างกัน

รวมทั้งบทความฉบับนี้ได้ศึกษาวิเคราะห์รัฐบัญญัติของรัฐบาลสหรัฐอเมริกว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1963 ในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญที่ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อใช้บังคับหรือควบคุมความประพฤติของนายจ้างให้จ่ายค่าจ้างบุคคลเพศหญิงและบุคคลเพศชายที่ปฏิบัติงานอย่างเดียวกันอย่างเท่าเทียม พร้อมศึกษาทบทวนการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมด้านแรงงานเพื่อใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างเท่าเทียม ด้วยการที่นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกานำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่กระบวนการพิจารณายุติธรรมด้านแรงงานในสหรัฐอเมริกาเพื่อเรียกร้องให้สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาซึ่ง

โฆษณาประชาสัมพันธ์ให้สังคมได้ตระหนักรู้ถึงปัญหาที่เกิดขึ้น โปรดดู Alkhammash, Reem. "The Social Media Framing of Gender Pay Gap Debate in American Women's Sport: A Linguistic Analysis of Emotive Language." *Training, Language and Culture* 5, no. 4 (2021): 22-35.

เป็นนายจ้างและต้นสังกัดจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนให้แก่สมาชิกในทีมของตนอย่างเป็นระบบ บทเรียนสถานการณ์การจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมในวงการกีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาและการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องในบทความฉบับนี้จะสะท้อนประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาที่อาจกลายมาเป็นบทเรียนต่อประเทศไทยอันนำไปสู่ความท้าทายทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค ถ้าหากปฏิบัติงานอย่างเดียวกันในอุตสาหกรรมกีฬา แล้วความท้าทายทางกฎหมายเช่นนี้ย่อมนำไปสู่การพัฒนาภิพวงวงการฟุตบอลไทยในอนาคต

2. ความแตกต่างของการจ่ายค่าจ้างระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่ไม่เท่าเทียม

ไม่ว่าจะเป็นนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาล้วนแล้วแต่เป็นทีมที่เป็นตัวแทน (Represent) ให้กับสหรัฐอเมริกาเพื่อเข้าร่วมกิจกรรมกีฬาหรือการแข่งขันกีฬาในนามประเทศของตน ในการแข่งขันชนิดกีฬาฟุตบอลที่ถูกจัดขึ้นอย่างเป็นทางการและมีการจำแนกประเภทกีฬาตามเพศหญิงชายกันอย่างชัดเจน โดยสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา (U.S. Soccer) ในฐานะต้นสังกัดได้ทำข้อตกลงยอมรับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายเข้ามาร่วมทำกิจกรรมหรือลงทำการแข่งขันกีฬาในนามสหรัฐอเมริกา โดยตกลงจะจ่ายค่าตอบแทน (Remuneration) ตามที่ระบุในข้อตกลงเช่นว่านี้ อาทิ เงินเดือน (Salary) โบนัส (Bonuses) และค่าตอบแทนอื่นที่ระบุเงื่อนไขไว้ในข้อตกลง ข้อตกลงในทำนองนี้ถือเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Bargaining Agreement)⁴ เป็นข้อตกลงระหว่างสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาต้นสังกัดกับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายที่ตกลงเข้ามาอยู่ภายใต้สังกัด ระเบียบรายละเอียดของสภาพการจ้าง (Conditions of Employment)⁵ ที่ประกอบ

⁴ L. Elaine Halchin, *U.S. Women's Soccer Team and Equal Pay* (Washington, D.C: Congressional Research Service, 2019), 1-3.

⁵ Richard J. Hunter, Jr., Hector R. Lozada, and Gary H. Kritz, "Sex Discrimination, the Civil Rights Act of 1964, Equal Pay, and Title IX as Applied to the Women's National Soccer Team," *Journal of Politics and Law* 14, no. 4 (2021): 55-70.

ไปด้วยหลักเกณฑ์การทำกิจกรรมกีฬาหรือการแข่งขันกีฬาในนามสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาต้นสังกัดเอาไว้ พร้อมกำหนดเงื่อนไขการจ้างเอาไว้อย่างชัดเจน เช่น เงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง การยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ของลูกจ้าง และการแก้ไขเพิ่มเติมหรือการต่ออายุข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง

เหตุนี้เองข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างระหว่างสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาต้นสังกัดกับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายจึงถือเป็นข้อตกลงต่างตอบแทน (Reciprocal Agreement) ที่นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายตกลงร่วมกิจกรรมหรือการแข่งขันกีฬาในนามทีมชาติสหรัฐอเมริกา และสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาตกลงจะจ่ายค่าตอบแทนหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดให้ตลอดระยะเวลาที่นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายอยู่ภายใต้สังกัดและข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างยังมีผลบังคับใช้ ในขณะเดียวกันข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างระหว่างสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาต้นสังกัดกับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายจึงถือเป็นข้อตกลงที่มีค่าตอบแทน (Consideration Agreement) ซึ่งคู่ตกลงทั้งสองฝ่ายต่างฝ่ายต่างให้ทรัพย์สินหรือใช้แรงงานเป็นการตอบแทนแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกัน สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาตกลงจะจ่ายค่าตอบแทนหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจเพื่อตอบแทนที่นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายที่ร่วมกิจกรรมหรือปฏิบัติงานภายใต้สังกัด นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงหรือนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายก็ตอบแทนที่สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาต้นสังกัดด้วยการร่วมกิจกรรมหรือการแข่งขันกีฬาในนามทีมชาติสหรัฐอเมริกา

แม้สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเงื่อนไขการจ้างการทำงานและระยะเวลาในการปฏิบัติงานของนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่คล้ายคลึงกัน แต่สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาก็จ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนให้นักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายในอัตราที่แตกต่างกันอย่างมาก ตัวอย่างเช่น⁶ ในช่วงก่อนปี 2016 เงื่อนไขการการจ่ายเงินโบนัส (Bonus) ที่สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาตกลงจะจ่ายให้เป็นบำเหน็จรางวัลแก่

⁶ Andrew Das, "U.S. Soccer and Women's Players Agree to Settle Equal Pay Lawsuit," *The New York Times*, accessed January 16, 2024, <https://www.nytimes.com/2022/02/22/sports/soccer/us-womens-soccer-equal-pay.html>.

นักกีฬาฟุตบอลอาชีพภายใต้สังกัดนอกเหนือจากค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอื่น ๆ ซึ่งระบุเอาไว้ในข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างของนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมฟุตบอลชายทีมชาติอย่างเหมือนกัน แต่สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกากลับจ่ายเงินโบนัสภายใต้เงื่อนไขและอัตราที่แตกต่างกัน โดยระบุตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างระบุเอาไว้ว่าแม้นักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้ลงทำการแข่งขันในเกมกระชับมิตรหรือนัดอุ่นเครื่อง (Friendly Match) และแพ้ในการแข่งขัน (Loss) นักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาก็ยังได้รับเงินโบนัสเป็นจำนวนถึง 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ (\$5,000) ในทางตรงกันข้ามนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาก็ลงทำการแข่งขันในเกมกระชับมิตรหรือนัดอุ่นเครื่องและแพ้ (หรือเสมอ) ในการแข่งขันนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาก็จะไม่ได้รับเงินโบนัสแต่อย่างใด หากทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกแพ้ในการแข่งขัน ซึ่งหากนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกที่ลงทำการแข่งขันในเกมกระชับมิตรหรือนัดอุ่นเครื่องและชนะ (Wins) ในการแข่งขันก็จะได้รับเงินโบนัสเพียง 1,350 ดอลลาร์สหรัฐ (\$1,350) สิ่งเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่าโครงสร้างอัตราค่าจ้าง (Pay Structure) ของสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริการะหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายภายใต้ต้นสังกัดเดียวกันมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง⁷ เป็นต้น

การปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างนักกีฬาอาชีพหญิงชายในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน แม้ว่านักกีฬาอาชีพหญิงชายจะลงทำการแข่งขันกีฬาหรือทำกิจกรรมให้กับนายจ้างต้นสังกัดอย่างเดียวกัน ล้วนแล้วแต่เป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศด้วยการวางโครงสร้างอัตราค่าจ้างจำกัดสิทธิของนักกีฬาอาชีพหญิงที่จะได้รับค่าจ้างหรือจำกัดสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนอย่างเท่าเทียมเพียงเพราะความแตกต่างทางเพศ (หรืออันเนื่องมาจากเหตุแห่งเพศ)⁸ การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ไม่เหมือนกันระหว่างหญิงชายเช่นนี้ ย่อมแต่ส่งผลให้เกิดความเสียเปรียบต่อกลุ่มนักกีฬาฟุตบอล

⁷ Karen Yourish, Joe Ward, and Sarah Almukhtar, “How Much Less Are Female Soccer Players Paid?,” *The New York Times*, accessed January 16, 2024, <https://www.nytimes.com/interactive/2016/03/31/sports/soccer/us-women-soccer-wage.html>.

⁸ Lizzy Goodman, “The Best Women’s Soccer Team in the World Fights for Equal Pay,” *The New York Times*, accessed January 16, 2024, <https://www.nytimes.com/2019/06/10/magazine/womens-soccer-inequality-pay.html>.

อาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา ซึ่งการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างไม่เสมอภาคเหล่านี้เป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศ ตลอดจนขัดแย้งต่อหลักความเท่าเทียมของมนุษย์⁹ ด้วยเหตุนี้การนำเอากฎหมายมาปรับใช้เพื่อบังคับหรือควบคุม ความประพฤติของสถาบันหรือองค์กรนายจ้างต้นสังกัดของนักกีฬาอาชีพหญิงให้จ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม หากมีการฝ่าฝืนกฎหมายไม่ปฏิบัติตาม ก็ย่อมเป็นบ่อเกิดแห่งข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้ง (Labour Disputes) ระหว่างคู่กรณีที่ประกอบไปด้วยนักกีฬาอาชีพหญิงและองค์กรนายจ้างต้นสังกัดของนักกีฬาอาชีพหญิงเกิดขึ้น ข้อขัดแย้งระหว่างนักกีฬาอาชีพหญิงกับองค์กรนายจ้างต้นสังกัดของนักกีฬาอาชีพหญิงเกี่ยวกับสภาพการจ้างอาจสร้างผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างนักกีฬาหญิงภายใต้สังกัดกับองค์กรกีฬาต้นสังกัดต่อไปในอนาคต เพราะทีมกีฬาที่ดีย่อมต้องอาศัยความสมัครสมานสามัคคี และความสัมพันธ์ภาพที่ดีระหว่างนักกีฬาอาชีพหญิงกับองค์กรนายจ้างต้นสังกัดของนักกีฬาอาชีพหญิง อันนำไปสู่ความเข้าใจในการประสานการทำงานกิจกรรมกีฬาหรือการแข่งขันกีฬา ร่วมกันด้วยดี

ความแตกต่างระหว่างอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนระหว่างชายหญิงที่ไม่สามารถอธิบายได้จากคุณลักษณะที่แตกต่างกันของแรงงานชายหญิง นำไปสู่การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ไม่เท่าเทียม จนก่อให้เกิดช่องว่างรายได้ระหว่างเพศในวงการกีฬาฟุตบอลอาชีพสหรัฐอเมริกา ทั้งยังสะท้อนให้เห็นว่านักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงที่ยังมีรายได้น้อยกว่านักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายแม้ว่า จะต้องเล่นกีฬาในนามทีมชาติสหรัฐอเมริกาและภาระหน้าที่ที่ใกล้เคียงกัน อีกทั้งยังมีต้นสังกัดเดียวกันนั้นก็คือสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนโดยการแบ่งแยกอัตราการจ่ายเงินระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงชายที่ชัดเจนหรือการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต่อนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงโดยไม่ทัดเทียมกันกับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายและปราศจากเหตุผลที่สามารถอธิบายได้ เช่นนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้าง (Pay Discrimination)¹⁰ การเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงย่อมก่อให้เกิด

⁹ Iman Hussain, I. M. Jawahar, and Thomas H. Stone, "Wage and Gender Discrimination: An Analysis of the U.S. Women's National Soccer Team," *WorldatWork Journal* 29, no. 1 (2020): 14-27.

¹⁰ ในบางเอกสารเรียกการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างว่า "Wage Discrimination" โปรดดู Ashley English, "Is It a Four-star Movement? Policy Transformation and the U.S. Women's National Soccer Team's Campaign for Equal Pay," *Social Science Quarterly* 102, no. 4 (2021): 1966-1981.

ความไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างระหว่างเพศระหว่างกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา (Female Players) และสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา รวมทั้งยังก่อให้เกิดความไม่เห็นพ้องต้องกันเกี่ยวกับข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างในลักษณะที่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างสมาคมทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา (U.S. Women's National Team Players Association) (ในฐานะที่เป็นสหภาพแรงงาน (Labour Union) ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา) และสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา ข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลสองฝ่าย (หรือหลายฝ่าย) เกี่ยวกับสภาพการจ้างเช่นนี้ที่ยังไม่อาจหาข้อยุติร่วมกันระหว่างบุคคลทุกฝ่าย ย่อมนำไปสู่การนำข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างไปเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้านแรงงานของสหรัฐอเมริกา

ด้วยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างบรรดาผู้มีส่วนได้ส่วนเสียดังที่กล่าวมาในข้างต้น ในปี 2016 สมาคมทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลแขวงสหรัฐอเมริกา (U.S. District Court) เพื่อขอให้ศาลพิพากษาว่าการขยายระยะเวลาทำการตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (An extension of the collective bargaining agreement) ของสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาให้ตกเป็นโมฆะ (Void) ซึ่งข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างดังกล่าวประกอบด้วยเนื้อหาการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา แต่ในเวลาต่อมาศาลได้พิพากษาให้ข้อตกลงฉบับนี้มีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย (Valid) และสมาคมทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาก็ต้องยินยอมปฏิบัติตามข้อตกลงฉบับนี้

3. การพิจารณาวินิจฉัยคดีการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างแก่ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาของศาลสหรัฐอเมริกา ตามรัฐธรรมนูญของรัฐบาลสหรัฐอเมริกว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1963

รัฐธรรมนูญของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาว່ด้วยการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1963 (หรือกฎหมาย EPA) กำหนดห้ามไม่ให้ห้ามนายจ้างจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนให้หญิงและชายที่ปฏิบัติงานให้กับนายจ้างอย่างเดียวกันในอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่แตกต่างกัน รวมถึงป้องกันการเลือกปฏิบัติในเรื่องการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนด้วยการกำหนดโครงสร้างอัตราค่าจ้างที่ระบุอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนสำหรับการว่าจ้างผู้ปฏิบัติงานหญิงและชายในตำแหน่งงานต่าง ๆ อย่างชัดเจนว่าองค์กรนายจ้างจะตกลงที่จะจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนระหว่างหญิง

และชายในอัตราที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน¹¹ เพราะแม้ว่าการวางโครงสร้างอัตราค่าจ้างจะช่วยให้องค์กรนายจ้างมีมาตรฐานการจ่ายค่าตอบแทนอย่างชัดเจนและมีระเบียบแบบแผนที่แน่นอน แต่หากหญิงและชายที่ใช้แรงงานปฏิบัติงานเท่ากันในตำแหน่งเดียวกันหรือปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่เดียวกันกลับไม่ได้รับการจ่ายเงินที่เท่ากันแล้ว การดำรงอยู่ของโครงสร้างอัตราค่าจ้างในองค์กรนายจ้างก็ย่อมไม่สะท้อนให้เห็นว่าองค์กรนายจ้างส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดความเสมอภาคในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน อีกทั้งโครงสร้างอัตราค่าจ้างเช่นนี้ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน (Pay Fairness) ให้เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ ความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ และคุณค่าของงานที่ทำของผู้ปฏิบัติงาน ค่าโครงสร้างอัตราค่าจ้างเช่นนี้ก็ยังไม่ก่อให้เกิดความเสมอภาคในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน (Pay Equity)¹² ในทำนองที่เห็นว่าหญิงและชายมีศักยภาพในการใช้โอกาสที่ตนมีอยู่ในการปฏิบัติงานหรือการใช้แรงงานอย่างเท่าเทียมกัน¹³

กฎหมาย EPA วางหลักการสำคัญที่ว่า “Equal Pay for Equal Work” หรือ “การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ในการทำงานที่เหมือนกัน” นั้นหมายความว่า การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย สำหรับการจ้างงานหรือการใช้แรงงานที่มีลักษณะการปฏิบัติงาน ปริมาณงาน สภาพแวดล้อมในการทำงาน มาตรฐานการปฏิบัติงาน กฎเกณฑ์ของการปฏิบัติงานและคุณค่าของการทำงานที่เท่ากันและเหมือนกัน ทั้งนี้องค์กรนายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่องค์การนายจ้างต้องจ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุดและค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างที่

¹¹ Ali Jessani, “Shooting for Equality: An Analysis of the Market Force Defense As Applied to the U.S. Women’s Soccer Team’s Equal Pay Claim,” *Duke Journal of Gender Law & Policy* 25, no. 2 (2018): 221-248.

¹² Timothy O'Brien, “Take Time to Review Pay Equity Practices in Your Athletics Department,” *College Athletics & the Law* 13, no. 2 (2016): 1-12.

¹³ Diana Hughes Leiden and Jeanifer Parsigian, “‘We Will Never Stop Fighting’: The Story of the Women’s National Soccer Team’s Fight for Equal Pay,” *Litigation* 50, no. 1 (2023), accessed January 16, 2024, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/resources/litigation-journal/2023-fall/we-will-never-stop-fighting-story-the-womens-national-soccer-teams-fight-equal-pay/#:~:text=The%20six%2Dyear%20legal%20battle,and%20distribution%20of%20prize%20money.>

ทำงานอันมีลักษณะ คุณภาพ และปริมาณเท่ากัน หรืองานที่มีค่าเท่าเทียมกันในอัตราเท่ากันไม่ว่า ลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง¹⁴

เนื่องจากหลักนิติกรรมว่าด้วยข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่ใช้บังคับอยู่ในสหรัฐอเมริกาตั้งอยู่บนพื้นฐานมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) โดยรัฐมักไม่ใช้อำนาจเข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม แต่กฎหมาย EPA ได้กำหนดหลักการจ่ายค่าจ้างอย่างเสมอภาคเอาไว้ อย่างชัดเจนและการห้ามการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ด้วยเหตุนี้ การจ่ายค่าจ้างอย่างไม่เสมอภาคระหว่างหญิงชายและการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อหญิงจึงเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งหรือขัดต่อรัฐประศาสนโยบายที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมาย EPA เหตุนี้รัฐได้กำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของฝ่ายองค์กรนายจ้างเอาไว้ เพื่อให้ลูกจ้างหญิง (หรือผู้ปฏิบัติงานหญิง) ไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรมและขจัดการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อลูกจ้างหญิง (หรือผู้ปฏิบัติงานหญิง) หลักเกณฑ์ในกฎหมาย EPA ที่กล่าวมามีส่วนสำคัญการระงับข้อพิพาทในศาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทในกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักที่ต้องผ่านการตัดสินข้อพิพาทผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ศาลสหรัฐอเมริกายึดถือหลักเกณฑ์ในกฎหมาย EPA มากำหนดแนวทางให้แก่ศาลพิจารณาว่าการกระทำหรือข้อตกลงใดที่เป็นการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อลูกจ้างหญิงหรือผู้ปฏิบัติงานหญิงที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลสหรัฐอเมริกาที่จะสั่งให้ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างในส่วนของการจ่ายค่าจ้างอย่างไม่เสมอภาคระหว่างหญิงชายและไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างหญิงหรือผู้ปฏิบัติงานหญิงนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ

ในอดีตที่ผ่านมาศาลสหรัฐอเมริกาได้ทำหน้าที่ในฐานะองค์กรตุลาการที่มีหน้าที่ตีความ และพิจารณาวินิจฉัยคดีการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อกลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมฟุตบอล

¹⁴ Hannah L. E. Masters, “Red Card on Wage Discrimination: US Soccer Pay Disparity Highlights Inadequacy of the Equal Pay Act,” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 22, no. 4 (2022): 895-922.

หญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาอันฝ่าฝืนกฎหมาย EPA¹⁵ โดยศาลสหรัฐอเมริกาบัพบาทสำคัญในการจัดความแตกต่างระหว่างอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงชาย รวมทั้งยุติการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมชาติฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา การพิจารณาวินิจฉัยว่าข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย EPA หรือไม่ ตลอดจนพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย EPA หรือไม่ รวมทั้งพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างสมาคมทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาที่เกิดขึ้น ศาลสหรัฐอเมริกาจึงมีบทบาทที่สำคัญ เมื่อกฎหมาย EPA ได้รับรองคุ้มครองสิทธิของกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมชาติฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่จะได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนเท่าเทียมกันกับนักกีฬาฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาอย่างชัดเจน อีกทั้งการใช้อำนาจของศาลสหรัฐอเมริกาในฐานะสถาบันตุลาการของรัฐช่วยเกื้อหนุนให้เกิดการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานที่เกิดขึ้นในวงการกีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา จึงนำไปสู่การฟ้องร้องเพื่อให้ศาลสหรัฐอเมริกาพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ในช่วงปี 2019 ถึง 2022 เป็นระยะเวลาประมาณ 3 ปี ได้มีการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกาเพื่อให้ศาลสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ในปี 2019 กลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมชาติฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้รวมตัวกันฟ้องคดีแบบกลุ่ม (Class-Action Lawsuit) ต่อศาลชั้นต้นเขตอำนาจพิจารณาในแคลิฟอร์เนียกลาง (U.S. District Court for the Central District of California) เพื่อรักษาประโยชน์ของกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมชาติฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาในฐานะผู้เสียหายซึ่งมีผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างโดยตรง รวมทั้งรักษาประโยชน์ของนักกีฬาอาชีพหญิงคนอื่น ๆ ที่อาจตกอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเดียวกัน แล้ว

¹⁵ อีกทั้งศาลสหรัฐอเมริกาได้ทำหน้าที่ในฐานะสถาบันตุลาการที่มีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีที่มีข้อพิพาทด้านกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า กฎหมายเครื่องหมายทางการค้า ฯลฯ โปรดดูเพิ่มเติมใน Steven A. Bank, "FIFA, Forced Arbitration, and the U.S. Soccer Lawsuits," *Journal of Legal Aspects of Sport* 30, no. 1 (2020): 1-17.

สถานการณ์เกี่ยวกับสภาพการจ้างเชื่อนว่านี่ก็อาจเกิดขึ้นในวงการกีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา¹⁶ โดยกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาในฐานะลูกจ้างในสังกัด (หรือผู้ปฏิบัติงานภายใต้สังกัด) กล่าวหาว่าสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อกลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาอันฝ่าฝืนกฎหมาย EPA โดยเฉพาะอย่างยิ่งเลือกปฏิบัติด้วยการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ไม่เท่าเทียมกับกลุ่มนักกีฬาอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา โดยได้หยิบยกตัวอย่างของการจ่ายเงินโบนัสที่ไม่เท่าเทียม (ดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น) มาเป็นข้อต่อสู้คดี พร้อมแสดงหลักฐานว่าการทำงานที่มีลักษณะการลงทำการแข่งขันกีฬาในนามต้นสังกัด สภาพการร่วมกิจกรรมฝึกซ้อมกับต้นสังกัด การดูแลสุขภาพ และภาระงานอื่น ๆ ที่แทบไม่ต่างไปจากนักกีฬาอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา ในเวลาต่อมา (ในปี 2020) ผู้พิพากษา R. Gary Klausner ผู้พิพากษาแห่งศาลชั้นต้นเขตอำนาจพิจารณาในแคลิฟอร์เนียกลาง (Judge of District Court for the Central District of California) ได้ยกคำร้อง (Dismissed)¹⁷ ของกลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่กล่าวอ้างว่ากลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้รับค่าจ้างที่ต่ำกว่า (Underpaid) เมื่อเทียบกับกลุ่มนักกีฬาอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุว่า ศาลชั้นต้นเขตอำนาจพิจารณาในแคลิฟอร์เนียกลางได้รับฟังยานผู้เชี่ยวชาญจากฝั่งจำเลย (Defendants' Expert Witness) ซึ่งระบุว่าในช่วงก่อนปี 2019 ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้รับค่าตอบแทนรวมทั้งหมด 24.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (\$24.5 million) ในการลงทำการแข่งขันทั้งหมด 111 เกมการแข่งขัน โดยทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้รับค่าตอบแทนเป็นจำนวนโดยประมาณ 220,747 ดอลลาร์สหรัฐ (\$220,747) ต่อหนึ่งเกมการแข่งขัน ในทางตรงกันข้ามทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่ลงทำการแข่งขันทั้งหมด 87 เกมการแข่งขัน ได้รับค่าตอบแทนโดยเฉลี่ย 212,639 ดอลลาร์สหรัฐ (\$212,639) ต่อหนึ่งเกมการแข่งขัน ประกอบกับในช่วงที่มีการกล่าวอ้างสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาได้จ่าย

¹⁶ Mallory E. Hopkins, "Taking the Game Back: A Response to the District Court Ruling Against the United States Women's National Soccer Team under the Equal Pay Act," *The Elon Law Journal* 47, no. 4 (2020): 259-285.

¹⁷ Jill Martin and Amir Vera, *Judge Dismisses US Women's National Soccer Team's Equal Pay Claims* (Atlanta: CNN NewsSource Sales, Inc, 2020), accessed January 16, 2024, <https://edition.cnn.com/2020/05/01/us/uswnt-equal-pay-claims-dismissed/index.html>.

ค่าจ้างต่อกลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา (Contested Years) ศาลชั้นต้นสหรัฐอเมริกาพบว่าทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้รับการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต่อการลงทำการแข่งขันกีฬาในแต่ละครั้ง (Per Game) มากไปกว่าค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้รับต่อการลงทำการแข่งขันกีฬาในแต่ละครั้ง¹⁸ ในขณะเดียวกันศาลชั้นต้นสหรัฐอเมริกาได้มีความเห็นว่าการที่ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาส่งเสริมข้อเสนอที่ผ่านมาจากสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาที่จะใช้โครงสร้างอัตราค่าจ้างจากการลงทำการแข่งขัน (Pay-to-play structure) เช่นเดียวกับที่ใช้กับทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกา เช่นนี้ย่อมเท่ากับว่าทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาสละ (Forgo) โอกาสของทีมตนเองที่จะได้รับเงินโบนัสที่มากกว่าไปว่าทีมฟุตบอลชายทีมชาติสหรัฐอเมริกายังไรก็ตามในเวลาต่อมา (ในปี 2022) กลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นกลุ่มลูกจ้างได้ยื่นศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกาคณะ 9 (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit) เพื่อต่อสู้เรียกร้องเพื่อรักษาประโยชน์ของกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาในฐานะผู้เสียหายซึ่งมีผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างโดยตรงต่อไป ในทางกลับกันสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นองค์กรนายจ้างได้พยายามต่อสู้คดีในชั้นอุทธรณ์ รวมทั้งพยายามเจรจาต่อรองโน้มน้าวใจให้กลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกายอมรับเงื่อนไขในข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานฉบับต่อไป แทนที่ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานฉบับเดิมที่พึงหามาอยู่ไป (หมดอายุในช่วงปลายเดือนธันวาคม 2021)

ในอีกด้านของกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาได้พยายามยื่นเรื่องร้องเรียนต่อคณะกรรมการส่งเสริมโอกาสการจ้างงานอย่างเท่าเทียม (Equal Employment Opportunity Commission หรือคณะกรรมการ EEOC) กรณีการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อกลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาอันฝ่าฝืนกฎหมาย EPA ของสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา อันเป็นเหตุให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่กลุ่มนักกีฬาฟุตบอลหญิงทีมฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา¹⁹ ในเวลาต่อมาคณะกรรมการ EEOC ได้

¹⁸ Alex Culvin et al., "The Price of Success: Equal Pay and the US Women's National Soccer Team," *Soccer & Society* 23, no. 8 (2022): 920-931.

¹⁹ Joanna Kimbell et al., "Yellow Card: U.S. Women's Soccer Seeks Pay Equity," *The Case Journal*

จัดทำเอกสารหนังสือเพื่อนศาล (Amicus Curiae Brief) ในฐานะที่เป็นคำแถลงของบุคคลภายนอกที่เป็นอิสระและเป็นกลางปราศจากการครอบงำ (เอกสารมีจำนวน 47 หน้า)²⁰ ได้ให้ความคิดเห็นและมุมมองต่อประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งได้คณะกรรมการ EEOC ได้ตั้งข้อสังเกตในคดีที่ศาลชั้นต้นเขตอำนาจพิจารณาในแคลิฟอร์เนียกลางได้วินิจฉัยเอาไว้ในบางประเด็น อาทิ พยานผู้เชี่ยวชาญจากฝั่งจำเลย (สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา) ได้ให้ความเห็นผิดพลาดต่อลูกขุน (Jury) เกี่ยวกับการคำนวณอัตราค่าจ้างที่ไม่สมเหตุผล ข้อวิพากษ์หลักของคณะกรรมการ EEOC นั้นก็คือพยานผู้เชี่ยวชาญจากฝั่งจำเลยเพิกเฉยต่อข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เล่นจะได้รับค่าตอบแทนมากขึ้นในการแข่งขันที่มีเดิมพันสูง (High-Stakes Matches) ด้วยเพียงแค่หารจำนวนเกมที่เล่นด้วยจำนวนค่าตอบแทนที่ได้รับ แต่พยานผู้เชี่ยวชาญจากฝั่งจำเลยถือว่าเกมทุกนัดหรือเกมการแข่งขันทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นเกมการแข่งขันฟุตบอลโลกหรือเกมการแข่งขันนัดกระชับมิตรถูกนำมาใช้คิดคำนวณค่าตอบแทนที่ได้รับในอัตราที่เท่ากัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในปี 2022²¹ ที่ผ่านมาสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกากลางจะระงับข้อพิพาท (Settlement) ที่เกิดขึ้นด้วยการจ่ายเงิน 24 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (\$24 million) ให้แก่ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้พิพากษา R. Gary Klausner ผู้พิพากษาแห่งศาลชั้นต้นเขตอำนาจพิจารณาในแคลิฟอร์เนียกลางได้ทำการรับรองขั้นสุดท้ายในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้าง (Final approval for a pay discrimination resolution) โดยสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกากลางจ่ายเงิน 24 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ให้แก่กลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น²²

14, no. 3 (2018): 272-291.

²⁰ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *En Banc Brief of Amicus Curiae Equal Employment Opportunity Commission in Support of Plaintiffs/Appellants and in Favor of Reversal* (Washington, DC, 2021), accessed January 16, 2024, <https://clearinghouse.net/doc/92042/>.

²¹ Nicole A. Saharsky, "Historic Win for Female Athletes: An Equal Pay Victory for the U.S. Women's Soccer Team," *ABA Journal* 108, no. 3 (2022), accessed January 16, 2024, <https://www.abajournal.com/magazine/article/historic-win-for-female-athletes-an-equal-pay-victory-for-the-us-womens-soccer-team>.

²² แม้ว่าก่อนหน้านี้ได้มีความพยายามเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย แต่การเจรจาในอดีตที่ผ่านมา ก็ไม่ได้ช่วยให้คู่ความทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ โปรดดูเพิ่มเติมใน Anne-Marie Green, *Mediation Talks Between The U.S. Women's Soccer Team and The Soccer Federation Over Equal Pay*

จากที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่ากฎหมาย EPA เป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างหลักประกันให้กับนักกีฬาอาชีพหญิงว่า "การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ในการทำงานที่เหมือนกัน" นั้นหมายความว่านักกีฬาอาชีพหญิงที่เล่นกีฬาเพื่อแสวงหารายได้หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นใดในสหรัฐอเมริกา ต้องไม่ถูกรับเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างจากทีมกีฬาหรือองค์กรกีฬาที่เป็นต้นสังกัดของตนเอง ในทางเดียวกันทีมกีฬาหรือองค์กรกีฬาดำเนินกิจการของนักกีฬาในฐานะที่เป็นนายจ้างพึงกำหนดโครงสร้างอัตราค่าจ้างที่ตอบสนองแนวคิดและทิศทางของช่องว่างรายได้ระหว่างเพศในทีมกีฬาหรือองค์กรกีฬาของตน รวมทั้งยังต้องปฏิบัติตามกฎหมาย EPA อย่างเคร่งครัดด้วยการสร้างข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานที่เป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อนักกีฬาอาชีพหญิง ทั้งที่นักกีฬาอาชีพหญิงปฏิบัติงานอย่างเดียวกันกับนักกีฬาอาชีพชาย แต่กลับได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนในอัตราที่แตกต่างกันกับนักกีฬาอาชีพชาย แต่การให้สิทธิองค์กรกีฬาในการกำหนดโครงสร้างอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอย่างเป็นอิสระหรือการให้เสรีภาพแก่องค์กรกีฬาในการทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานที่ผูกพันระหว่างองค์กรของตนในฐานะนายจ้างกับนักกีฬาอาชีพหญิงในฐานะลูกจ้างภายใต้สังกัด ก็อาจเกิดปัญหาตามมาหากมีการกำหนดโครงสร้างอัตราค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ไม่เหมาะสม รวมทั้งกำหนดอัตราค่าจ้างหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นที่ไม่เป็นธรรมต่อนักกีฬาอาชีพหญิงที่อยู่ภายใต้สังกัด เพื่อให้ให้นักกีฬาอาชีพหญิงสามารถใช้กฎหมาย EPA เป็นเครื่องมือในการเรียกร้องให้องค์กรกีฬาดำเนินการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนให้เท่าเทียมกันระหว่างนักกีฬาอาชีพหญิงและนักกีฬาอาชีพชาย โดยไม่เลือกปฏิบัติต่อนักกีฬาอาชีพหญิง ศาลสหรัฐอเมริกาในฐานะองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้างที่ไม่เท่าเทียมที่ขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมาย EPA สามารถใช้อำนาจตุลาการของตนพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างองค์กรกีฬาในฐานะนายจ้างกับนักกีฬาอาชีพหญิงในฐานะลูกจ้าง ในทำนองที่สร้างหลักประกันความเป็นธรรมในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนให้เท่าเทียมกันระหว่างนักกีฬาอาชีพหญิงและนักกีฬาอาชีพชาย เพราะศาลสหรัฐอเมริกาจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีด้วยความเป็นกลางหรือไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ นักกีฬาอาชีพ

Ended Without An Agreement, CBS. (New York: CQ Roll Call, 2019), accessed January 16, 2024, <https://www.nytimes.com/2019/08/14/sports/uswnt-mediation-us-soccer.html#:~:text=Mediation%20talks%20between%20the%20United,the%20players%20earlier%20this%20year.>

หญิงคู่กรณีซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการจ่ายค่าจ้างอย่างไม่เสมอภาคระหว่างหญิงชายและการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างต่อหญิง อย่างไรก็ตามศาลสหรัฐอเมริกาเมื่ออิสระของตนในการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและการให้เหตุผลในการทำคำพิพากษา นั้นหมายความว่า การพิจารณาดีของศาลสหรัฐอเมริกาต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐาน ประกอบกับข้อกฎหมายในการพิจารณาและพิพากษาคดีเป็นสำคัญ ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาอาจวินิจฉัยพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่ายแล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น พยานหลักฐานสิ่งใช้ประกอบในการแสวงหาความเป็นธรรมให้แก่พนักงานกีฬาอาชีพหญิงที่ถูกเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน ทั้งยังเป็นนำไปสู่เป้าหมายในการระงับข้อพิพาทระหว่างนักกีฬาอาชีพหญิงและองค์กรกีฬาต้นสังกัด แต่ถ้าพยานหลักฐานดังกล่าวไม่เพียงพอหรือไม่มีน้ำหนักที่จะทำให้ศาลสหรัฐอเมริกาเชื่อว่านักกีฬาอาชีพหญิงที่ถูกเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน ศาลสหรัฐอเมริกาอาจพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุพยานหลักฐานไม่เพียงพอ จึงอาจยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่องค์กรกีฬานายจ้างต้นสังกัดก็เป็นได้ ในส่วนของคณะกรรมการ EEOC นั้นถือเป็นหน่วยงานอิสระของรัฐที่มีหน้าที่จัดการเลือกปฏิบัติในการทำงาน ด้วยการสืบสวน แสวงหาข้อเท็จจริงและดำเนินคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในการทำงานหรือการปฏิบัติเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานที่ไม่เป็นธรรม การที่คณะกรรมการ EEOC ทำเอกสารหนังสือเพื่อนศาลให้ความเห็นแย้งต่อคำพิพากษาของศาลชั้นต้นเขตอำนาจพิจารณาในแคลิฟอร์เนียกลาง แม้เอกสารเช่นว่านี้ก็ไม่มีผลโดยตรงต่อการวินิจฉัยคดีในชั้นอุทธรณ์ แต่เอกสารเช่นว่านี้ก็ให้ความเห็นในทางกฎหมายที่สำคัญดังที่กล่าวมาแล้วในช่วงต้น

4. วิเคราะห์การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนแก่นักกีฬาฟุตบอลหญิง (ทีมนักกีฬาฟุตบอลหญิง) ในระบบกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 ว่าด้วยเรื่อง สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 27 วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

จากที่หยิบยกมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มากล่าวอ้างในข้างต้นจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับนี้รับรองคุ้มครองให้สิทธิของหญิงและชายที่เท่าเทียมกัน รวมทั้งวางรัฐประศาสนนโยบายของรัฐในการเชิงปฏิบัติต่อการเลือกปฏิบัติ ด้วยเหตุมาจากการแตกต่างระหว่างเพศหญิงและชาย

มีคำถามตามมาว่าประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างที่เท่าเทียมเช่นเดียวกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาหรือไม่ คำตอบก็คือประเทศไทยไม่ได้บัญญัติกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการจ่ายค่าจ้างที่เท่าเทียมเหมือนกับสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศไทยได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วย “ความเท่าเทียมในการจ้างงาน” หรือ “Employment Equality” เอาไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 15 ที่ว่า “ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะหรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้”

ทั้งยังบรรจุหลักเกณฑ์ “Equal Pay for Equal Work” หรือ “การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ในการทำงานที่เหมือนกัน” เอาไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 53 ที่วางหลักเกณฑ์ “ให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุดและค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างที่ทำงานอันมี

ลักษณะ คุณภาพ และปริมาณเท่ากัน หรืองานที่มีค่าเท่าเทียมกันในอัตราเท่ากันไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง”

จากเนื้อหาของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่กล่าวมาในข้างต้นอาจพิจารณาได้ว่าการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย สำหรับการทำงานหรือการใช้แรงงานที่มีลักษณะการปฏิบัติงาน ปริมาณงาน สภาพแวดล้อมในการทำงาน มาตรฐานการปฏิบัติงาน โดยนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานมีหน้าที่จ่ายสินจ้าง เช่น ค่าจ้าง ค่าตอบแทน ให้แก่ลูกจ้างที่ตกลงทำงานให้แก่นายจ้างตลอดระยะเวลาที่ทำงานหรือปฏิบัติงานให้

อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายไทยถือว่าสัญญาว่าจ้างนักกีฬาฟุตบอลเป็นสัญญาทางแพ่งประเภทหนึ่งที่ไม่ได้เป็นทั้งสัญญาจ้างแรงงาน (Hire of Service) และสัญญาจ้างทำของ (Hire of Work) เพราะผลแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9202/2559 ที่วินิจฉัยเอาไว้ว่า “สัญญาว่าจ้างนักกีฬาฟุตบอลระหว่างโจทก์ (องค์กรกีฬา) กับจำเลย (นักกีฬาฟุตบอล) จึงเป็นสัญญาที่โจทก์ว่าจ้างจำเลยให้ฝึกซ้อม แข่งขัน ตลอดจนการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ฝึกสอน เจ้าหน้าที่ทีม หรือผู้บริหารทีมของจำเลย โดยมุ่งประสงค์ต่อความสำเร็จของงานที่รับจ้างซึ่งก็คือผลการแข่งขันและนำไปสู่การมีชื่อเสียงของผู้ว่าจ้างอันเป็นเป้าหมายสำคัญของจำเลย สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 หากแต่เป็นสัญญาในทางแพ่งประเภทหนึ่ง”²³

เหตุนี้สัญญาว่าจ้างนักกีฬาฟุตบอลระหว่างองค์กรกีฬาดันสังกัด กับนักกีฬาฟุตบอลภายใต้สังกัด จึงเป็นสัญญาทางแพ่งประเภทหนึ่งเพียงเท่านั้น ทำให้มีคำถามตามมาว่าสมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ ฯ (Football Association of Thailand หรือ FA Thailand) ซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชนประเภทสมาคมกีฬาและจดทะเบียนสมาคมกีฬากับการกีฬาแห่งประเทศไทย ทำหน้าที่กำกับดูแลและปกครองควบคุมทั้งทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติไทย (ทีมชาติหญิง) และทีมฟุตบอลชายทีมชาติไทย (ทีมชาติชาย) ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายที่ระบุเอาไว้กฎหมายแรงงานไทย ได้แก่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หรือไม่ คำตอบก็คือสมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทย

²³ กัมโพช ตราฐู. “ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของสัญญาจ้างนักฟุตบอลอาชีพ.” เอกสารวิชาการการท่องเที่ยวและกีฬาของคณะกรรมการกิจการ, กลุ่มงานคณะกรรมการการท่องเที่ยวและกีฬา สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561, 84-86.

ไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ ฯ ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานด้านแรงงานที่อยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพราะด้วยประกาศคณะกรรมการกึ่งอาชีพ เรื่อง มาตรฐานการจัดการแข่งขันกีฬาอาชีพและมาตรฐานความปลอดภัยการแข่งขันกีฬาอาชีพ. พ.ศ. 2560 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ. 2556 คณะกรรมการกึ่งอาชีพ ในการประชุมครั้งที่ 3/2560 เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 จึงออกประกาศข้อ 4 ที่วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า “สัญญาจ้างหรือความตกลงร่วมกันที่นายจ้างทำกับผู้รับจ้าง ต้องมีมาตรฐานการจ้าง หรือมาตรการในการคุ้มครอง ไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือระเบียบที่คณะกรรมการกึ่งอาชีพกำหนดตามมาตรา 11 (9) แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ. 2556 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 3 (2) ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 63/2559 เรื่อง การส่งเสริม สนับสนุน และปฏิรูปการกีฬาของประเทศ ลงวันที่ 12 ตุลาคม พุทธศักราช 2559” นั้นหมายความว่าสมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ ฯ และสโมสรกีฬาฟุตบอลอาชีพที่ดำเนินการในประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนต้องเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายที่ระบุเอาไว้กฎหมายแรงงานไทยอย่างเคร่งครัดด้วย เพื่อให้มีมาตรฐานขั้นต่ำของข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานสำหรับนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายให้มีมาตรฐานเดียวกันในด้านการกำหนดอัตราค่าจ้าง เงินโบนัส หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่นของนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายให้เท่าเทียมกัน พร้อมกับไม่ก่อให้เกิดช่องว่างรายได้ระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายในวงการกีฬาฟุตบอลไทย

5. บทสรุป

กล่าวโดยสรุป กรณีศึกษาความแตกต่างของการจ่ายค่าจ้างระหว่างนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาและนักกีฬาฟุตบอลอาชีพชายทีมชาติสหรัฐอเมริกาที่มิเท่าเทียมในวงการกีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาที่บทความฉบับนี้ได้หยิบยกมาศึกษาทบทวนย่อมสะท้อนให้เห็นว่ายุคสมัยหนึ่งได้เกิดสถานการณ์ช่องว่างรายได้ระหว่างเพศในวงการกีฬาสหรัฐอเมริกา เมื่อเกิดเหตุการณ์เช่นนี้กลุ่มนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกาเป็นลูกกระพกระเทือนสิทธิในการได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่เป็น

ธรรม หรือถูกกระทบกระเทือนสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนจากสหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกาต้นสังกัด เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนอันเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานย่อมเป็นกรณีที่กลุ่มนักกีฬาอาชีพหญิงสามารถใช้สิทธิในการฟ้องกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดยกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้มีการชดใช้เงิน หรือให้งดเว้นไม่เลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทน การดำเนินด้วยกลุ่มของนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงได้ดำเนินคดีถูกเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนเพื่อกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงในทีมเดียวกัน (ทีมฟุตบอลหญิงทีมชาติสหรัฐอเมริกา) ที่อยู่ในสถานการณ์ซึ่งต้นสังกัด (สหพันธ์กีฬาฟุตบอลสหรัฐอเมริกา) เลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนเหมือนกัน ย่อมเป็นการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมสหรัฐอเมริกาที่ประสงค์จะให้มีการตัดสินข้อพิพาทผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นสิทธิกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงที่จะนำข้อพิพาทมาฟ้องร้องต่อศาลสหรัฐอเมริกา แต่การฟ้องร้องต่อศาลสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้ตัดสินสิทธิกลุ่มนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงที่จะนำข้อพิพาทมาร้องต่อคณะกรรมการ EEOC ในเวลาต่อมา ซึ่งศาลสหรัฐอเมริกากับคณะกรรมการ EEOC อาจให้ความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปดังปรากฏในกรณีศึกษาที่หยิบยกขึ้นมากล่าวในข้างต้น อย่างไรก็ตามศาลสหรัฐอเมริกาได้มีส่วนช่วยในการรับรองการเจรจาไกล่เกลี่ยซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ทำให้กลุ่มนักกีฬาฟุตบอลอาชีพหญิงได้รับการเยียวยาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการถูกเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรม

References

- Alkhamash, Reem. "The Social Media Framing of Gender Pay Gap Debate in American Women's Sport: A Linguistic Analysis of Emotive Language." *Training, Language and Culture* 5, no. 4 (2021): 22-35.
- Bank, Steven A. "FIFA, Forced Arbitration, and the U.S. Soccer Lawsuits." *Journal of Legal Aspects of Sport* 30, no.1 (2020): 1-17.
- Campbell, Honey. "Superior Play, Unequal Pay: U.S. Women's Soccer and the Pursuit for Pay Equity." *University of San Francisco Law Review* 51, no.5 (2017): 545-570.
- Culvin, Alex, Ali Bowes, Sarah Carrick, and Stacey Pope. "The Price of Success: Equal Pay and the US Women's National Soccer Team." *Soccer & Society* 23, no.8 (2022): 920-931.
- Das, Andrew. "U.S. Soccer and Women's Players Agree to Settle Equal Pay Lawsuit." *The New York Times*. Accessed January 16, 2024.
<https://www.nytimes.com/2022/02/22/sports/soccer/us-womens-soccer-equal-pay.html>.
- English, Ashley. "Is It a Four-star Movement? Policy Transformation and the U.S. Women's National Soccer Team's Campaign for Equal Pay." *Social Science Quarterly* 102, no.4 (2021): 1966-1981.
- Gersch, Taylor Kennedy. "The Gender Pay Gap: Seeking Fairness for Women in Professional Sports." *Oregon Review of International Law* 30, no.1 (2021): 147-196.
- Goodman, Lizzy. "The Best Women's Soccer Team in the World Fights for Equal Pay." *The New York Times*. Accessed January 16, 2024.
<https://www.nytimes.com/2019/06/10/magazine/womens-soccer-inequality-pay.html>.

- Green, Anne-Marie. *Mediation Talks Between The U.S. Women's Soccer Team And The Soccer Federation Over Equal Pay Ended Without An Agreement*. New York: CQ Roll Call, 2019. Accessed January 16, 2024.
<https://www.nytimes.com/2019/08/14/sports/uswnt-mediation-us>.
- Halchin, L. Elaine. *U.S. Women's Soccer Team and Equal Pay*. [Library of Congress public edition]. Washington, D.C: Congressional Research Service, 2019.
- Hopkins, Mallory E. "Taking the Game Back: A Response to the District Court Ruling against the United States Women's National Soccer Team under the Equal Pay Act." *The Elon Law Journal* 47, no.4 (2020): 259-285.
- Hunter, Jr., Richard J., Hector R. Lozada, and Gary H. Kritz. "Sex Discrimination, the Civil Rights Act of 1964, Equal Pay, and Title IX as Applied to the Women's National Soccer Team." *Journal of Politics and Law* 14, no.4 (2021): 55-70.
- Hussain, Iman, I. M. Jawahar, and Thomas H. Stone. "Wage and Gender Discrimination: An Analysis of the U.S. Women's National Soccer Team." *WorldatWork Journal* 29, no.1 (2020): 14-27.
- Jessani, Ali. "Shooting for Equality: An Analysis of the Market Force Defense As Applied to the U.S. Women's Soccer Team's Equal Pay Claim." *Duke Journal of Gender Law & Policy* 25, no.2 (2018): 221-248.
- Kimbell, Joanna, Anne Macy, Emily Ehrlich Hammer, and Denise Philpot. "Yellow Card: U.S. Women's Soccer Seeks Pay Equity." *The Case Journal* 14, no. 3 (2018): 272-291.
- Leiden, Diana Hughes, and Jeanifer Parsigian. "'We Will Never Stop Fighting': The Story of the Women's National Soccer Team's Fight for Equal Pay." *Litigation* 50, no.1 (2023). Accessed January 16, 2024.
<https://www.americanbar.org/groups/litigation/resources/litigation-journal/2023-fall/we-will-never-stop-fighting-story-the-womens-national-soccer-teams-fight-equal-pay/#:~:text=The%20six%2Dyear%20legal%20battle,and%20distribution%20of%20prize%20money>.

- Martin, Jill, and Amir Vera. *Judge Dismisses US Women's National Soccer Team's Equal Pay Claims*. Atlanta: CNN Newsource Sales, Inc, 2020. Accessed January 16, 2024. <https://edition.cnn.com/2020/05/01/us/uswnt-equal-pay-claims-dismissed/index.html>.
- Masters, Hannah L. E. "Red Card on Wage Discrimination: US Soccer Pay Disparity Highlights Inadequacy of the Equal Pay Act." *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 22, no.4 (2022): 895-922.
- O'Brien, Timothy. "Take Time to Review Pay Equity Practices in Your Athletics Department." *College Athletics & the Law* 13, no.2 (2016): 1-12.
- Saharsky, Nicole A. "Historic Win for Female Athletes: An Equal Pay Victory for the U.S. Women's Soccer Team." *ABA Journal* 108, no.3 (2022). Accessed January 16, 2024. <https://www.abajournal.com/magazine/article/historic-win-for-female-athletes-an-equal-pay-victory-for-the-us-womens-soccer-team>.
- U.S. Equal Employment Opportunity Commission. *En Banc Brief of Amicus Curiae Equal Employment Opportunity Commission in Support of Plaintiffs/Appellants and in Favor of Reversal*. Washington, DC: Washington, DC, 2021. Accessed January 16, 2024. <https://clearinghouse.net/doc/92042/>.
- Yourish, Karen, Joe Ward, and Sarah Almukhtar. "How Much Less Are Female Soccer Players Paid?" *The New York Times*. Accessed January 16, 2024. <https://www.nytimes.com/interactive/2016/03/31/sports/soccer/us-women-soccer-wage.html>.
- กัมโพช ตราชู. "ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของสัญญาจ้างนักฟุตบอลอาชีพ." เอกสารวิชาการการท่งเที่ยวและกีฬาของคณะกรรมการธิการ, กลุ่มงานคณะกรรมการธิการการท่งเที่ยวและกีฬา สำนักกรรมการธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561, 84-86.

Reflection of Special Autonomy by Aceh Local Government Policy in Economics And Politics Based on Helsinki MOU

Rico Novianto Hafidz

Graduate Program, Institute for Peace Study, Prince of Songkla University

E-mail: noviantorico1@gmail.com

Received: December 2, 2023; Revised: February 14, 2024; Accepted: February 19, 2024

Abstract

After 1998, the Indonesian government proposed the creation of an autonomous territory in the Republic. Indonesia has four special autonomous provinces, one of which is Aceh, which was formed following the 2005 conflict resolution. This research will focus on the local government's execution of the Helsinki MoU to ensure Aceh's peace and progress. The Qualitative technique is a way to analyze this study based on a literature review and local government policy and regulation to measure the results and changes during Aceh Special Autonomy. One of the primary policies implementing the Special Autonomy under the MoU Helsinki is the Law of Governing Aceh (LoGA) No. 11 of 2006. However, the Aceh local administration has yet to handle certain fundamental political and economic issues necessary to ensure Aceh's prosperity.

Keywords: Helsinki MoU, Special Autonomy, LoGA.

Abbreviations

AMM	Aceh Monitoring Mission
ARB	Aceh Reconciliation Body
CMI	Crisis Management Institute
GAM	Gerakan Aceh Merdeka (Free Aceh Movement)
GOI	Government of Indonesia
LoGA	Law of Governing Aceh
MoU	Memorandum of Understanding
PA	Partai Aceh (Aceh Local Party)
SAF	Special Autonomy Fund
TRC	Truth and Reconciliation Commission
Qanun	Aceh Islamic Regulation

Introduction

Indonesia has a multi-ethnic society and culture. Indonesia gained independence in 1945; one of the regimes in Indonesia was the New Order Regime (1966–1998). The New Order administration argued that a strong state capable of eradicating religious and geographical animosities was necessary for Indonesia's industrialization and prosperity.¹ The government strongly restricted public engagement in politics and believed that a military strategy was the route to peace, and the military became the primary tool for destroying subversive and "destabilizing" forces within the society.²

Aceh is one of the New Order Era's conflict zones since its society has historically backed insurgency or the liberation movement. After all, they seek better lives,

¹ Defbry Margiansyah, "The Limits Of Industrialization In Post-Orde Baru Indonesia: State-Corporatism And Technological Inferiority," *Journal Indonesian Social Sciences and Humanities* 7, no. 2 (2017): 130.

² Bert Hofman, Ella Rodrick-Jones, and Kian Wie Thee, *Indonesia: Rapid Growth, Weak Institutions* (Jakarta: The World Bank Office Jakarta, 2004), 4.

independence, and peace. Development imbalances and centralist policy between the central province (Jakarta) and Aceh by the Government of Indonesia (GOI) are the key reasons for conflict in Aceh.³

Tengku Muhammad Hasan Tiro founded Gerakan Aceh Merdeka (Aceh Free Movement), or GAM, in 1976. The GAM declaration prompted the Central Government Army to respond with oppressive measures.⁴ Six years of operation, the military assassinated twenty-four of the Declaration of Independence's signers. President Soeharto did not complete Acehnese's goal to make Islam the dominant socio-political feature of Aceh, and Aceh became a conflict region for 22 years.⁵

After 1998, when the New Order already ended, a new era of central government called the reformation era attempted to resolve the conflicts with another approach through diplomacy. They focused on the transition to democracy and opened a space for the public to discuss the conflict and its root causes in Aceh. In addition, such a situation also led to new approaches to find a peaceful solution.⁶

Following the demise of the New Order-period administration, this marked the beginning of a new era of democratic governance. One of the key moments in negotiation is the Indonesian constitution, whose rules have altered the legal politics of Indonesian local governments. After the 2001 amendment, the 1945 Constitution now includes a

³ Zulhilmi and Ady Muzwardi, "Aceh Conflict Resolution by The Government Of Indonesia," *Jurnal Ilmu Pemerintahan: Kajian Ilmu Pemerintahan dan Politik Daerah* 1, no. 1 (2016): 158-167.

⁴ Damien Kingsbury, *Peace in Aceh: A Personal Account of the Helsinki Peace Process* (Singapore: Ecolnox Publishing Asia, 2006), 6.

⁵ Ann Michelle Miller, "What's special about special autonomy in Indonesia?" in *Verandah of Violence: The Background to the Aceh Problem*, ed. A. Reid (Singapore: University Press Singapore, 2006), 29.

⁶ Muhammad Bahrul Ulum, "Indonesian Democracy And Political Parties After Twenty Years Of Reformation: A Contextual Analysis," *Indonesia Law Review* 10, no. 1 (2020): 32, <https://doi.org/10.15742/ilrev.v10n1.577>.

paradigm of modern local government, which effectively strengthens the foundation of constitutional local government in Indonesia and reopens negotiations to meet Aceh desires for autonomy zones. The Gol and GAM began negotiations in May 2002, following the adoption of the 2001 Aceh Special Autonomy with Peace Process Negotiation.⁷

Marti Ahtisaari, the former Prime Minister of Finland who also served as the Director of the Crisis Management Institute (CMI), successfully convinced that the Aceh conflict should be treated as an asymmetric conflict while serving as the mediator nominated by the Crisis Management Institute. Special autonomy is proposed to end the conflict.⁸

Following five rounds of negotiations, it was obvious that in 2005, GAM and Gol achieved an extraordinarily good milestone in peacebuilding by signing the Memorandum of Understanding known as MoU Helsinki. After signing the MoU Helsinki, the new obstacle for GAM was that the Helsinki peace agreement required GAM to break up itself, in which the former GAM rebels transformed their movement into a democratic entity termed the Aceh Party (Partai Aceh).⁹

However, the ex-rebels worried that removing them from the next government would make peace too costly. To put it differently, the eradication of the prior combatant group will provide a huge hurdle to the smooth execution of the post-conflict local elections.¹⁰ Furthermore, Aceh society established a new period of self-government as mandated by the Law Governing Aceh (LoGA) in 2006. LoGA requires Aceh local civil

⁷ Jacques Bertrand, "Indonesia: 'Special autonomy' for Aceh and Papua," *Forum of Federations* (2019): 12, <https://doi.org/10.21201/1922-558X>.

⁸ Awaluddin H., *Peace in Aceh: Notes on the peace process between the Republic of Indonesia and the Aceh Freedom Movement (GAM) in Helsinki* (Jakarta: CSIS, 2009).

⁹ Edward Aspinall, *Islam and Nation: Separatist Rebellion in Aceh, Indonesia* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2009).

¹⁰ Edward Aspinall, *The Helsinki Agreement: A More Promising Basis for Peace in Aceh?* (Washington, DC: East-West Center, 2005), 5-6.

society to play a role alongside government officials, administrators, and businesses in rebuilding Aceh's government. Former GAM elites take on numerous local government responsibilities for them. As they navigate the new political environment and embark on a steep learning curve, their performance has been lackluster thus far.¹¹

Political and economic corridors are critical to the peacekeeping efforts in Aceh. Following the LoGA, the GoI honored its commitments to provide amnesties for imprisoned insurgents and establish regional autonomy agreements.¹² The Aceh peace process has quickly returned to peace in the province's social and security conditions. During the restoration phase, the old GAM elites were offered numerous jobs in politics and economic management.¹³

The interplay of political and economic prospects has played a vital role in Aceh's establishment of exceptional autonomy and stability.¹⁴ Many PA (Party of Aceh) cadres now hold positions in Aceh, including the governor, legislative and executive branches of the city, as a result of the former GAM's group win through the PA.¹⁵

The research focuses on economic and political progress, special autonomy, and local government policies in a peaceful era. How to manage welfare and governance difficulties is a key issue for maintaining stability in the country. Prosperity will become a

¹¹ Edward Aspinall, "Aceh's No-Win Election," *International Crisis Group (ICG)* no. 123 (June 2011): 15.

¹² Harison Citrawan, *The Promise of Reconciliation: The Limits of Amnesty Law in Post-Conflict Aceh* (Thailand: SHAPE SEA Research Project, 2019), 5.

¹³ Sofia Trisni, "The Performance of Free Aceh Movement as a Ruling Government 2007-2012," *Andalas Journal of International Studies* 3, no. 1 (2014): 26.

¹⁴ Helmi Dahlawi, Ade Mardiyah Qahar, et al., "Special Autonomy Fund Management and Strengthening Institutional Governance in Realizing Sustainable Development," *Journal of Governance and Public Policy* 10, no. 2 (2023): 259.

¹⁵ Taufik Abdullah and Mulyadi, "Study Of The Existence Local Parties From The Perspective Of Banda Aceh City Residents," *Jurnal Politik dan Pemerintahan* (2022): 127.

problematic issue if it is not managed correctly, such as Papua as in Indonesia and the recognition of Luhanks and Donesh as separate countries, triggering tense tensions in Europe.¹⁶ The granting of special autonomy is a reaction from the central government to regional governments as one solution to the regions' current development gaps, with the specificity of the regions being considered capable of being self-sufficient in their development. Furthermore, this research must investigate each party's dynamic roles in terms of future success, impediments, and potential disputes as a way to sustain Aceh's particular autonomy.

Research Question

How was the Helsinki MoU implemented by the local government in Aceh to ensure peace and prosperity of the province?

Literature Review

The data collection method gives information that improves understanding of the mechanism underlying the results and changes in Aceh's peacebuilding scenario. The secondary sources, which included papers and journals, detailed their experiences in governance, economics, and politics over the last 15 years. The research will focus on the application of the Helsinki MoU, which has already been applied in Aceh for politics and democracy.¹⁷

The purpose of this research is to assess how the local government has developed under the unusual autonomy granted by the agreement in the post-conflict

¹⁶ Dahlawi and Qahar, Op.cit., 253.

¹⁷ OECD, *Evaluating Peacebuilding Activities in Settings of Conflict and Fragility: Improving Learning for Results*, DAC Guidelines and References Series (OECD Publishing, 2012), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264106802-en>.

period. This study focuses on the implementation of the MoU Helsinki, specifically the reconstruction of political, social, and economic regions by local governments.¹⁸

The history and ideology influence how the Helsinki MoU is implemented by local governments. Local government may address issues such as organized crime and insecurity, human rights violations, religious and ethnic tensions, national instability, poverty, economic development, and political power.¹⁹

The article proposes four key determinants of whether local leaders can or cannot play a positive role in peace processes: (1) the actual legitimacy of Aceh local leaders; (2) political will for and interest in engaging in national peace processes; (3) their capacity or opportunities to engage; and (4) what local governance systems have to offer.²⁰ As observation sources, secondary resources that try to explain peacebuilding in Aceh. Also, there are widely recognized special autonomy ideas. Journals, newspaper reports, and other online sources were used to obtain accurate and statistical information about specific Aceh moments during the peacebuilding era.

Special Autonomy Institution After MoU Helsinki

Aceh is a sub-national corridor conflict that is mainly focused on controlling Aceh under totalitarian and authoritarian rule by the Central Government.²¹ After decades, the Helsinki MoU was signed as the conclusion of a negotiation process that took place

¹⁸ Ken Menkhaus, *Local Governance and Peacebuilding: Challenge of Legitimation and Representation* (London: Conciliation Resources, 2014), 74.

¹⁹ Robin Bush, "Regional Sharia Regulations in Indonesia: Anomaly or Symptom?" in *Expressing Islam: Religious Life and Politics in Indonesia*, ed. G. F. (Singapore: ISEAS Publishing, 2008), 181.

²⁰ Menkhaus, Op.cit., 74.

²¹ Stefan Wolff, Simona Ross, and Asbjorn Wee, *Subnational Governance and Conflict* (Washington, DC: The World Bank, 2020), 9.

between the decision-makers oriented towards finding formal resolution and settlement. The deal breaker issue from GAM's side is autonomy based on the Aceh approach.²²

Aceh is implemented using Islamic and customary law as the foundation for philosophy growth and is based on people's desires. Aceh sharia, which had been a historical ambition for decades, has been applied in four areas of Islamic law: cultures and traditions, education, and the function of ulama. Aceh's special autonomy endeavour involves establishing institutions based on its four ambitions. New institutions based on the LoGA lists shown below.²³

Table 1: Aceh's Special Autonomy Institution

No	Institution	Authority
1	Wali Nanggroe	Aceh Institution Center
2	Wilayatul Hisbah	Islamic Aceh Police
3	Aceh Indigenous Assembly	Root Indigenous Aceh Policy
4	Mahkamah Syariah	Aceh Islamic Court Institution
5	Ulama Consultative Board	Islamic Consultant Expert for Aceh Government
6	Gampong	Country or Village in Aceh
7	Aceh Independent Commission	Election Institution
8	House of Representative	Islamic Parliament Aceh

²² Amalia Sustikarini, *State-Led Peace-Building In Aceh, Indonesia: From Transition To Normalisation (2005-2018)* (Canterbury: University of Canterbury, 2019), 91.

²³ Abdul Manan, "Post-conflict Reconciliation in Aceh, Indonesia: Perspectives from the Victims," *Jurnal Ilmu Sosial dan Ilmu Politik* 25 (2020): 1, ISSN 1410-4946.

One of the Aceh Government's objectives is to prioritize Aceh's identity as a key value in building autonomy. In other words, it entails the establishment of the Wali Nanggroe institution, an indigenous leadership organization that acts as a communal unifier and protector of indigenous life, traditions, and culture.²⁴ Aceh institutions are organized into three institutions to enforce Islamic law: Dinas Syariah (Sharia Coordinator Body), Mahkamah Syariah (Sharia Court), and Wilayatul Hisbah (Sharia Police).

The Dinas Syariah, established at the provincial and district levels, is the primary organization in charge of regulating and organizing the execution of Sharia law. The Wilayatul Hisbah is a police entity tasked with monitoring compliance with Islamic law, namely sharia restrictions. Mahkamah Syariah, an Islamic court, assigns legal processes based on Qanun (Aceh Islamic Law). To summarize, Aceh's special autonomy has become a "center-versus-periphery legal contradictive."²⁵

Aceh Local Government After the Helsinki MoU

The GOI has a lengthy history of making promises regarding Sharia or Islamic institutions in Aceh. They have institutional and political systems based on Aceh and Islam, and the local government is the primary driver of their development. In Aceh, the GOI has kept a distance from internal concerns and actors. As a result, the roles of local players and governments are important for Aceh following the Helsinki MoU.²⁶

²⁴ Yunani Abiyoso et al., "Adat Institutions In Aceh Government: A Constitutional Perspective," *Journal of Islamic Law Studies* 4, no. 1 (2021): 3.

²⁵ Hans Ferdinand Illy, *Conflict Resolution, Political Decentralization, Disaster Risk Management and the Practice of Sharia Law: The Case of Aceh, Indonesia* (Freiburg: Southeast Asian Studies at the University of Freiburg, 2012), 9.

²⁶ Aguswandi and Wolfram Zunzer, *From Politics to Arms to Politics Again: The Transition of the Gerakan Aceh Merdeka (Free Aceh Movement – GAM)* (Berlin: Berghof Research Center for Constructive Conflict Management, 2008), 17.

Human rights dimensions of Aceh peacebuilding are establishing a prosperous livelihood for young ex-combatants. Unfortunately, the more than thirty-year violence in Aceh has impeded education. As a result, unless supported by qualified human resources, the special autonomy will be detrimental to Aceh's future. However, given the long-term commitment desperately needed to improve human conditions in Aceh, development players have an important role to play in the effort to sustain peace.²⁷

The Aceh authorities run and lead the reintegration and mechanism process. The Helsinki MoU additionally committed the GoI to ease the reintegration into society of both conflict-affected civilians and those who had participated in GAM activities. It is critical for Aceh to ensure that the peace agreement to rebuild New Aceh after the earthquake, tsunami, and fighting remains on track. Political will from national power is vital in ensuring Aceh peacebuilding.²⁸

One of the institutions ensuring the reintegration process is the TRC (Truth and Reconciliation Commission) Aceh, which began in 2013, eight years after the Helsinki MoU. Unfortunately, a lot of things changed throughout that time. Some have relocated, died, or are missing. The collection of victim data and the creation of institutional governance are the two finest initiatives that may be implemented in the five years following the TRC. However, achieving transitional justice remains a long way off. Obtaining some justice for victims is the first step, at least for the time being. Until now, two eras of TRC have struggled to respond to and follow up on the report's findings with relevant organizations.²⁹

²⁷ UNDP, *From Justice for the Past to Peace and Inclusion for the Future* (New York: United Nations Development Program, 2020), 58.

²⁸ Mohammad Hasan Ansori et al., *Post-Conflict Democracy, Violence, and Peace-Building in Aceh and Maluku National Violence Monitoring System (NVMS/SNPK)* (Jakarta: The Habibie Center, 2015), 40.

²⁹ Adri Jernih Miko, M. Adnan Madjid, and Nyoman Astawa, "The Role Of The Aceh Truth And Reconciliation Commission (TRC) In The Development Of Positive Peace In Aceh," *Journal Peace and Conflict Resolution* 6 (2020): 172.

In the political aspects, Aceh elections for district heads or city major and governors were a turning point in Aceh politics. The most significant question was whether independent candidates and local political parties would be permitted to run in provincial elections as specified by the Helsinki MoU. GAM vowed to boycott the elections if independent candidates were not permitted to complete.³⁰

Following extensive debate and multiple changes, the Gol agreed, based on LoGA, to allow the formation of local parties and independent candidates to run in provincial elections. Aceh province has allowed local parties to participate in local elections. Local parties make it possible for Aceh's local strongmen or organizations, such as GAM, to participate in the Aceh election.³¹

In addition, independent candidates may run for the Aceh election. All independent candidates must do is acquire the support of at least 3% of Acehnese citizens, as evidenced by identity cards. Originally, the objective of this Act was to provide a GAM candidate a grace period before forming local political parties and running on party lines. The requirements for running as an independent are somewhat less stringent than those for utilizing the party ticket. Independent candidacy is thus a means of increasing election participation.³²

Three elections in Aceh, held in 2006, 2012, and 2017, were critical to the advancement of democracy and peace. Representative groups, such as the former GAM or indigenous groups, were permitted and supported in politics. The leaders of GAM

³⁰ Craig Thorburn, *Building Block and Stumbling Blocks: Peacebuilding in Aceh, 2005-2009* (Ithaca, NY: Cornell University Southeast Asia Program), 108.

³¹ Sahrudin Lubis, *Aceh Party: Elections, Conflict, and Political Violence in Aceh* (Yogyakarta: Jusuf Kalla School of Government), 347.

³² Alfian, Zikri Muhammad, and Jumadil Saputra, "The Crisis of the Aceh Local Party's Hegemony Post Election 2019," *Advances in Social Science, Education and Humanities Research* 648 (2021): 70.

decided to deploy political weapons in the political sphere, abandoning their military and violent strategy to increasing political and ideological power.³³

In economic terms, the Gol allocated The Special Autonomy Fund (SAF) gets 2% of its funding from the National General Fund for economic sectors. The local government allocated SAF with the following distribution: at least 30% for education and 70% for other purposes. Furthermore, 60% goes toward monumental infrastructure and city/regional infrastructure.

To ensure that the special autonomy funds are used as intended, the local administration has drafted Governor's Regulation or Qanun No. 78 of 2015 concerning the Master Plan for the Utilization of the Aceh Special Autonomy Fund for 2008-2027, as indicated. This rule demonstrates the Aceh government's sincerity about developing sustainable development in Aceh.³⁴

Those engaging in participatory development projections from both the legislative and executive branches have yet to reflect on social development. However, most of the budget is allocated to infrastructure, with only a small percentage going to societal development. The management of special autonomy funds has not had an impact on the community.³⁵ The GOI must warn the Aceh government to maximize the special autonomy funds, which expire in 2027, and to preserve balance with other sectors contributing to Aceh's growth.

In general, Gol economic support encourages foreign and domestic investors who shunned the region during the conflict and have yet to return. The Gol and the Aceh

³³ Marcus Mietzner, *Local Elections and Autonomy in Papua and Aceh: Mitigating or Fueling Secessionism?* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 2007), 26.

³⁴ Akbar Hamdani, Muhammad Nasution, and M. Ekaputra, "Supervision Function of Local Parliament for Good Governance and Anti-Corruption (Study Case Parliament Aceh Timur)," *Iuris Studia: Jurnal Kajian Hukum* 2, no. 2 (2021): 285-293, <https://doi.org/10.55357/is.v2i2.134>.

³⁵ Dahlawi, Op.cit., 260.

government were aggressively courting investors by highlighting Aceh's potential natural riches and strategic location in the Indonesia-Malaysia-Thailand economic triangle. However, investors were still taking a "wait-and-see" approach to Aceh, particularly with regard to the implementation of Special Autonomy based on religious and cultural factors.³⁶

Many Acehnese people still work in agriculture and on traditional plantations. Aceh is unappealing to the private sector because it lacks strategic development in commerce, manufacturing, and investment. The Aceh government must reorient its fiscal priorities to encompass not only infrastructure development, but also poverty alleviation and long-term special autonomy.

In the previous 15 years, the Aceh government has received budget allocations from the Gol through special autonomy funds. However, SAF are still viewed as inefficient in terms of improving Aceh's wealth. Especially in the recent three years (2018-2021), when Aceh province experienced the slowest economic growth on Sumatra Island. As a result, the Aceh government must assess the overall management of budget allocation as well as the special autonomy fund, which has been in operation for the past five years. Given Aceh's extensive special autonomy jurisdiction and money, prosperity has fallen short of expectations.³⁷

Pending Programs in Aceh Special Autonomy Era

The Aceh government has vision and programs plan in the Helsinki MoU and LOGA. Aceh have own Qanun or Local Law for accommodations program based on MoU Helsinki and LoGA. One of Qanun is Aceh's official GAM flag with Qanun. However, the

³⁶ Thorburn, Op.cit., 91.

³⁷ Dahlawi, Op.cit., 256.

Gol issued Government Regulation number 77 of 2007 respecting Regional Symbols, which prohibited the use of the Aceh flag as a separatist symbol.³⁸

The Helsinki Memorandum (15 August) and the GAM's basis momentum (4 December) have been contentious during the last five years, with some former GAM members flying their flags during ceremonies. On August 15, 2020, the GAM flag flew in front of the Aceh Party office in Banda Aceh for one hour. On December 4, 2021, hundreds of former GAM cadres flew their flag in front of Banda Aceh's Grand Mosque Baiturahman.³⁹

According to the Local Government, Qanun has a legal right to fly the GAM flag under an order from the LoGA. In contrast, Gol police always remove the GAM flag from every GAM, Aceh community, or government event. According to a police official, hoisting the flag is subversive because the Gol has tighter laws than Qanun and is no longer in conformity with them. In Aceh, the GAM flag is still controversial and the status quo.

In terms of human rights, one of the reintegration initiatives is the establishment of the Aceh Reintegration Agency, which also has several programs for the reintegration of former GAM members. One of the initiatives outlined in point 3.2.3 of the MoU is to provide economic assistance to former fighters, pardoned political prisoners, and affected civilians. Until now, there has been no social security or job possibilities as promised. Furthermore, virtually little help for suitable agricultural areas has been granted as compensation to former combatants, political prisoners, or victims of the conflicts.⁴⁰

³⁸ Dedek Fakrizal, Marzuki, and Mustamam, "Analysis Of The Use Of The Flag And Symbol Of Aceh In Implementation Of Special Autonomy In Aceh According To Law Number 11 Of 2006 Concerning Aceh Government," *Journal Ilmiah Metadata* (2021): 889.

³⁹ CNN Indonesia, "Cunning GAM Flag Raising in Aceh December 4 Has Long Tails," accessed January 4, 2024, <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20211229160344-12-740179/pengibaran-bendera-bulan-bintang-di-aceh-4-desember-berbuntut-panjang>.

⁴⁰ M. Yakub Aiyub Kadir, "Peace Agreement Between The Government Of Indonesia And Free

Furthermore, the GoI fulfilled its obligations under the Helsinki MoU by creating four permanent human rights courts in Indonesia, one of which is located in Medan, which is physically close to Aceh but has jurisdiction over it. This was made possible by Law No. 26 of 2000, the Human Rights Court. There have been no Human Rights cases in Aceh as of yet. However, "ad hoc human rights courts" are established to address grave human rights violations committed during a conflict. Since the government has already given amnesty to GAM members, it would be inappropriate to execute the legislation against Indonesian soldiers suspected of committing violations during the same time period.⁴¹

Due to limited authority, Indonesia's Human Rights Court, TRC, which is the institution in charge of Aceh conflict justice, has not conducted any additional investigations. TRC took maximum action by thoroughly analyzing the results derived from sincere comments. In contrast, the TRC had taken no legal action in response to the findings of the parties accused of committing human rights violations.

TRC was one of the three commissions responsible with researching historical incidents, establishing an accurate picture of the pattern of abuses, and providing recommendations for addressing past wrongs, including referring cases to the Human Rights Court. If Aceh establishes its own TRC in the absence of a national institution, it will face a conundrum because the commission will only effect Aceh and have limited impact on national actors.

Prior to the 2009 legislative and presidential elections, the majority of national MPs indicated stronger interest in Indonesia's future than its past. This included their opposition to Aceh's plans to establish a Human Rights Court, or TRC, as well as any

Aceh Movement: Its Nature And Challenges," *Journal of Indonesia Law Review* (2018): 178.

⁴¹ Amnesty International, "Indonesia: Victims of the Aceh conflict still waiting for truth, justice and reparation," accessed January 4, 2024, <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2013/04/indonesia-victims-aceh-conflict-still-waiting-truth-justice-and-reparation/>.

national initiatives to try previous human rights abusers. The Truth and Reconciliation Commission has been constituted, but it has faced major objections from various sides due to the application of a weak local legislation (Qanun).

So far, the programs run by TRC under Aceh Reconciliation Body (ARB) are general treatment, such as the distribution of plant seed and tailor training, which are unrelated to the lives of each victim. There is no physical, psychological, or economic rehabilitation assistance according to the needs of the victim to develop themselves and implementation of MoU Helsinki and LOGA.

One endeavour for victims is the human rights cases court in the United States, Columbia District Court. The complaint, filed in June 2001, claims that oil and gas firm ExxonMobil is accountable for human rights crimes committed by Indonesian military soldiers, such as wrongful death, battery, and sexual abuse.

According to the lawsuit, the army was contracted to defend the ExxonMobil plant in Aceh in the late 1990s and was so under the control of ExxonMobil when the violations occurred.⁴² Human rights violations resulting from 20 years of struggle and nine District Court rejections between the Acehnese people and Exxon-Mobile. At least ten articles from Helsinki MoU still pending for implementation until now. Meanwhile, there is no exercise development or discussion to make sure special autonomy Aceh based on MoU Helsinki after LoGA.

⁴² Aisyah Llewellyn, "ExxonMobil Indonesia heads for trial after 20 years," accessed January 4, 2024, <https://asia.nikkei.com/Spotlight/Society/ExxonMobil-Indonesia-lawsuit-heads-for-trial-after-20-years>.

Table 2: Articles of MoU Helsinki Pending Programs

No	Article	General Content
1	1.1.3	Authority for Aceh Legislature for Aceh Name and the titles of senior elected officials.
2	1.1.4	The borders of Aceh based on 1 July 1956.
3	1.1.5	Aceh has the right to use regional symbols such as a flag, a crest and a hymn.
4	1.3.1	Aceh has the right to raise funds with external loans and to set interest rates beyond that set by the Central Bank of the Republic of Indonesia.
5	1.3.8	Gol commits to the transparency of the collection and allocation of revenues between the Central Government and Aceh by agreeing to outside auditors to verify and sharing the results to the Aceh Government
6	1.4.3	An independent and impartial court system, including a court of appeals, will be established for Aceh within the judicial system of the Republic of Indonesia.
7	1.4.5	All civilian crimes committed by military personnel in Aceh will be tried in civil courts.
8	3.2.5	Gol will allocate suitable farming land as well as funds to the authorities of Aceh for the former combatants and the compensation for political prisoners and affected civilians.

No	Article	General Content
9	3.2.6	Aceh and Gol will establish a joint Claims Settlement Commission to deal with unmet claims
10	3.2.7	Ex-GAM will have the right to seek the organic police and organic military forces in Aceh without discrimination with national standards.

As specified by the 2005 Helsinki MOU, the Aceh government must work with the Gol to execute LoGA; a minimum of four government rules are required, and six presidential regulations and additional regulations must be ratified by the Gol, with the Aceh Local Government providing the initial initiative.⁴³

According to the Aceh government, implementing the LoGA necessitates the creation of regulations in the form of Qanun, or Aceh local regulations, with a minimum of 59 qanuns. The formation of the qanun has continued until now, however it is still unable to fully answer the Helsinki MoU.

According to the Aceh government, implementing the LoGA necessitates the creation of regulations in the form of Qanun, or Aceh local regulations, with a minimum of 59 qanuns. The formation of the qanun has continued until now, however it is still unable to fully answer the Helsinki MoU.⁴⁴

⁴³ Ikrar Nusa Bhakti, *Beranda Perdamaian: Aceh Tiga Tahun Pasca MoU Helsinki* (Jakarta: P2P-LIPI; Pustaka Pelajar, 2008).

⁴⁴ Takdir Ali Mukti, Tulus Warsito, and Sidiq Ahmadi et al., "The Future Of Peace Between Aceh And Jakarta Under Helsinki Agreement 2005," *Humanities & Social Sciences Reviews* 8, no. 3 (2020): 661, <https://doi.org/10.18510/hssr.2020.8370>.

Conclusion and Recommendation

The major goal of the Helsinki MoU is to develop a sustainable economy, which will be hard to do unless Aceh is properly controlled by the local government. Potential tensions are emerging in the new Aceh as a result of disparities, strong cooperation between locals and GOIs, and civil society support for various successful programs. Local participation is required for special autonomy, and institutional legitimacy is crucial to Aceh's rebuilding efforts.

There are four key requirements to ensure that Aceh's local government plays a positive role. The first aspect is recognition from local authorities who have already established Islamic and customary law as the foundation for ideological development. Aceh's election allowed independent and local parties to participate and win. GAM movements have recently transitioned from combatants to political movements, and they always field candidates in Aceh elections. They gained significantly from their positions in the movement's hierarchical Aceh structure.

However, another factor outside GAM makes it difficult to expand their presence in Aceh. The former leader GAM, as a member of the Aceh people, must collaborate with various factions in Aceh. The Aceh political system could only serve the economic interests of the government and its loyalist elite.

The second aspect is that both the GoI and the Aceh government executed the MoU Helsinki to LoGA, transforming Aceh into a Special Autonomy with institutional and political systems based on Aceh and Islam, with the local government playing a key role in their growth. Furthermore, the GoI designated SAF for economic assistance following the conflict and tsunami recovery in Aceh. However, LOGA will terminate SAF in 2027.

The Aceh government must review its strategic plans for remaining SAF funding to ensure a sustainable Aceh. In Aceh, poverty is a serious problem. The poverty rate in Aceh has simply returned to pre-conflict levels from fifteen years ago. Even when

compared to the typical province in Indonesia, Aceh's poverty rate remains greater than that of the neighbouring Aceh area.

The third aspect is local leaders' ability to engage with society, which is determined by ideology and the Aceh special autonomy institution. Wali Nanggroe, as an Aceh icon, is essential for ensuring engagement between local leaders and Aceh society.

However, leaders and bureaucrats' management abilities must be strengthened. Institutions must recognize certain autonomy to function well. So far, the government has simply completed its agenda and split projects among politicians, rather than implementing the people's broad vision of converting Aceh's natural resources into a sustainable economy. As part of its unique autonomy, the Aceh administration must address issues such as governance, corruption, and poverty in the province.

The latest aspect is that local governments have focused on infrastructure building and the use of budget allocations since the Special Autonomy era began in 2006. Infrastructure development is critical during the first five years because of the tsunami and conflict. In the second five years, the local administration focuses on Aceh institutions in areas like as human rights, customs, and Islamic law.

Meanwhile, Aceh's budget allocation for human and community development is diametrically opposed to infrastructure investment. Aceh's government is concerned about victim trauma and human development, and greater effort is needed to create justice through a Human Rights Court, as well as psychosocial and economic recovery for conflict victims. Special autonomy will be useless unless exceptional socioeconomic development occurs, with the Acehnese people playing a crucial role.

Even though the TRC has already been established, human rights potential conflict is currently limited to transitional justice. Some limiting factors, such as authority, financial allocation, and human resources, cause the TRC to move slowly. The administration must resolve the pending programs Helsinki Memorandum of Understanding and potential social, political, and economic disputes. For example, the

Aceh emblem, reconciliation of conflict victims, and distributing funding for adequate farming land, jobs, and social security are all pending programs business from the Helsinki MoU. Furthermore, poverty remains a concern during a corruption investigation in the Aceh administration. The Acehnese people must also remind their leaders to work toward the vision of special autonomy and peacebuilding in Aceh.

References

- Abdullah Taufik, Mulyadi. *Study Of The Existence Local Parties From The Perspective Of Banda Aceh City Residents*. Indonesia: Jurnal Politik dan Pemerintah, 2022.
- Abiyoso, Yunani, Ali Abdillah, Ryan Muthiara Wasti, Ghurnarsa Sujatnika, and Mustafa Fakhri. "ADAT INSTITUTIONS IN ACEH GOVERNMENT: A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE." *Journal of Islamic Law Studies* 4, no. 1 (2021): Article 4.
- Aguswandi, Zunzer, Wolfram. *From Politics to Arms to Politics Again: The Transition of the Gerakan Aceh Merdeka (Free Aceh Movement – GAM)*. Berlin: Berghof Research Center for Constructive Conflict Management, 2008.
- Amnesty International. "Indonesia: Victims of the Aceh conflict still waiting for truth, justice and reparation." Accessed January 2024.
<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2013/04/indonesia-victims-aceh-conflict-still-waiting-truth-justice-and-reparation/>.
- Ansori, Mohammad Hasan, Johari Efendi, et al. *Post-Conflict Democracy, Violence, and Peacebuilding in Aceh and Maluku National Violence Monitoring System (NVMS/SNPK)*. Jakarta: The Habibie Center, 2015.
- Aspinall, Edward. "Aceh's No-Win Election." *International Crisis Group (ICG)*, Indonesia, 2011.
- Aspinall, Edward. "The Helsinki Agreement: A More Promising Basis for Peace in Aceh?" *East-West Center*, Washington DC, 2005.
- Aspinall, Edward. *Islam and Nation: Separatist Rebellion in Aceh, Indonesia*. USA: Studies in Asian Security Series, Stanford University Press, 2009.
- Bertrand, Jacques. *Indonesia: 'Special autonomy' for Aceh and Papua*. Canada: Forum of Federations, 2019. ISSN: 1922-558X (online ISSN 1922-5598).
- Bhakti, Ikrar Nusa. *Beranda perdamaian: Aceh tiga tahun pasca MoU Helsinki*. Jakarta: P2P-LIPI ; Pustaka Pelajar, 2008.

Citrawan, Harison. *The Promise of Reconciliation: The Limits of Amnesty Law in Post-Conflict Aceh*. Thailand: SHAPE SEA Research Project, 2019.

CNN Indonesia. "Cunning GAM Flag Raising in Aceh December 4 Has Long Tails."

Accessed January 4, 2024.

[https://www.cnnindonesia.com/nasional/20211229160344-12-](https://www.cnnindonesia.com/nasional/20211229160344-12-740179/pengibaran-bendera-bulan-bintang-di-aceh-4-desember-berbuntut-panjang)

[740179/pengibaran-bendera-bulan-bintang-di-aceh-4-desember-berbuntut-panjang](https://www.cnnindonesia.com/nasional/20211229160344-12-740179/pengibaran-bendera-bulan-bintang-di-aceh-4-desember-berbuntut-panjang).

Dahlawi, Helmi, Ade Mardiya Qahar, et al. "Special Autonomy Fund Management and Strengthening Institutional Governance in Realizing Sustainable Development." *Journal of Governance and Public Policy* 10, no. 2 (2023).

Fakrizal, Dedek, and Marzuki Mustamam. "Analysis Of The Use Of The Flag And Symbol Of Aceh In Implementation Of Special Autonomy In Aceh According To Law Number 11 Of 2006 Concerning Aceh Government." *Journal Ilmiah Metadata*, Medan, 2021.

Hamdani, Akbar, Muhammad Nasution, and Muhammad Ekaputra. "Supervision Function of Local Parliament for Good Governance and anti-corruption (Study Case Parliament Aceh Timur)." *Iuris Studia: Jurnal Kajian Hukum* 2, no. 2 (2021): 285–293. <https://doi.org/10.55357/is.v2i2.134>.

Hofman, Bert, Rodrick-Jones, Ella Thee, and Kian Wie. *Indonesia: Rapid Growth, Weak Institutions*. Jakarta: The World Bank Office Jakarta, 2004.

Illy, Hans Ferdinand. *Conflict Resolution, Political Decentralization, Disaster Risk Management and the Practice of Sharia Law: The Case of Aceh, Indonesia*. Freiburg: Southeast Asian Studies at the University of Freiburg, 2012.

Kadir, M. Yakub Aiyub. "Peace Agreement Between The Government Of Indonesia And Free Aceh Movement: Its Natures And Challenges." *Journal of Indonesia Law Review*, Depok, 2018.

Kingsbury, D. *Peace in Aceh: A Personal Account of the Helsinki Peace Process*. Singapore: Ecolnox Publishing Asia, 2006.

- Llewellyn, Aisyah. "ExxonMobil Indonesia heads for trial after 20 years." Accessed January 4, 2024. <https://asia.nikkei.com/Spotlight/Society/ExxonMobil-Indonesia-lawsuit-heads-for-trial-after-20-years>.
- Lubis, Sahrudin. *Aceh Party: Elections, Conflict, and Political Violence in Aceh*. Yogyakarta: Jusuf Kalla School of Government.
- Manan, Abdul. "Post-conflict Reconciliation in Aceh, Indonesia: Perspectives from the Victims." *Jurnal Ilmu Sosial dan Ilmu Politik* 25 (Jakarta). ISSN 1410-4946.
- Menkhaus, Ken. *Local Governance and Peacebuilding: Challenge of Legitimation and Representation*. London: Conciliation Resources, 2014.
- Mietzner, Marcus. "Local Elections and Autonomy in Papua and Aceh: Mitigating or Fueling Secessionism." Cornell University Press, 2007.
- Miko, Adri Jernih, Mohammad Adnan Madjid, and Nyoman Astawa. "The Role of The Aceh Truth And Reconciliation Commission (TRC) In The Development Of Positive Peace In Aceh." *Journal Peace and Conflict Resolution* 6 (2020).
- Miller, Ann Michelle. "What's special about special autonomy in Indonesia?" In *Verandah of Violence: The Background to the Aceh Problem*, edited by A. Reid, Singapore: University Press Singapore, 2006.
- Mukti, Takdir Ali, Tulus Warsito, and Sidiq Ahmadi, et al. "The Future of Peace Between Aceh And Jakarta Under Helsinki Agreement 2005." *Humanities & Social Sciences Reviews* 8, no. 3 (2020): <https://doi.org/10.18510/hssr.2020.8370>.
- OECD. *Evaluating Peacebuilding Activities in Settings of Conflict and Fragility: Improving Learning for Results*. DAC Guidelines and References Series. OECD Publishing, 2012. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264106802-en>.
- Sustikarini, Amalia. *State-Led Peace-Building In Aceh, Indonesia: From Transition To Normalisation (2005-2018)*. Canterbury: University of Canterbury, 2019.
- Thorburn, Craig. *Building Block and Stumbling Blocks: Peacebuilding in Aceh, 2005-2009*. Ithaca: Cornell University Southeast Asia Program, 2007.
- Trisni, Sofia. "The Performance of Free Aceh Movement as a Ruling Government 2007-2012." *Andalas Journal of International Studies* 3, no. 1 (2014).

- Ulum, Muhammad Bahrul. "Indonesian Democracy And Political Parties After Twenty Years Of Reformation: A Contextual Analysis." *Indonesia Law Review* 10, no. 1 (2020): Article 3. DOI: 10.15742/ilrev.v10n1.577.
- UNDP. *From Justice for the Past to Peace and Inclusion for the Future*. New York: United Nations Development Program, 2020.
- Wolff, Stefan, Simona Ross, and Asbjorn Wee. *Subnational Governance and Conflict*. Washington DC: The World Bank, 2020.
- World Bank. *Aceh Economic Development Financing Facility*. State Ministry for the Development of Disadvantaged Areas (KPDT) and Government of Aceh, Indonesia, 2008.
- World Bank. *GAM Reintegration Needs Assessment: Enhancing Peace through Community-level Development Programming*. Jakarta: World Bank, 2006.
- World Bank. *Village Survey in Aceh: An Assessment of Village Infrastructure and Social Conditions*. Jakarta: The World Bank, 2006.
- Zulhilmi, and Adi Muzwardi. "Aceh Conflict Resolution By The Government Of Indonesia." *JIP (Jurnal Ilmu Pemerintahan): Kajian Ilmu Pemerintahan dan Politik Daerah* 1, no. 1 (2016): 158-167.