

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีที่ 39 ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2564)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌน์ เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์อติพนธ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวโกล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศิลปธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
-----------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริภิญญา โฆวโกล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์	ศาลยุติธรรม
นางสันหนิ ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติกาญจน์ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
กรณัฐ อัครธนบุลย์	ณัฐธิดา ดวงวิโรจน์
กุลทีรา ต๊ะกะกุล	บุญสิตา สังข์ศิลป์ชัย

Chulalongkorn Law Journal

Volume 39 Issue 3 (November 2021)

Advisory Board

Professor Emeritus Dr.Borwornsak UWANNO	Professor Dr.Pathachit EAGJARIYAKORN
Professor Emeritus Dr.Wissanu KREA-NGAM	Professor Dr.Narong JAIHARN
Professor Emeritus Vitit MUNTARBHORN	Associate Professor Thitiphan CHUABOONCHAI
Professor Dr.Surakiart SATHIRATHAI	Associate Professor Piset SETSATHIRA
Professor Prasit KOVILAIKOOL	Dean of Faculty of Law
Professor Dr.Jaturon THIRAWAT	(Assistant Professor Dr.Pareena SRIVANIT)

Editor-in-Chief

Dr.Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-------------------------	---

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Dr.Voraphol MALSUKHUM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI	Faculty of Law Thammasat University
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE	Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr.Wariya LAMLERT	Graduate School of Law
	National Institute of Development Administration
Dr.Penvipa LOYKULNANTA	Court of Justice
Mrs.Santanee DISAYABUTR	Office of the Attorney General
Dr.Suphanvasa CHOTIKAJAN TANG	Department of Treaties and Legal Affairs
	Ministry of Foreign Affairs
Dr.Apichon CHANTARASEN	Office of the Council of State

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Vorralluk THONGBAI
Koranutth AKRATHANABOON	Nuttida DOUNGWIROTE
Kunteera TEEKAKUN	Boonsita SANGSINCHAI

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

- ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม
- ฉบับที่ 3 เดือนพฤศจิกายน

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- **บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากงานวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Aim and Scope

“Chulalongkorn Law Journal” is an academic journal of Faculty of Law, Chulalongkorn University which publishes scholarly works within the scope of or relating to law. The aim is to disseminate academic articles and research articles that fall within the scope of the journal whose contents are, in the view of the editorial board, interesting, timely, creative, as well as containing recommendations which are useful for legal academia and the general public

Publication Frequency

Chulalongkorn Law Journal is published every four months as follows:

- Issue 1 March
- Issue 2 July
- Issue 3 November

Categories of Accepted Manuscripts

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts, which fall within the following categories:

- **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- **Research articles** must be based on legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), research scope, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.

Any opinions presented in Chulalongkorn Law Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

Language

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts in Thai and/or English language.

Peer Review

Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.

Methods of Publication

Chulalongkorn law journal is published in both printed and online versions.

Source of Support

Chulalongkorn Law Journal is supported by Faculty of Law, Chulalongkorn University.

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับที่ 3 ประจำปีที่ 39 (พฤศจิกายน 2564) เนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่างๆทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “Document Production in Japanese Strict Product Liability Cases” ซึ่งได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “การเรียกพยานเอกสารในคดีความรับผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในประเทศญี่ปุ่น” เขียนโดยคุณ Norman T. Braslow นักวิจัยอิสระ

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์วรพชร จันทร์ขันธ์ อาจารย์ประจำวิทยาลัยพัฒนามหานคร มหาวิทยาลัยนวมินทราธิราช

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง “อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกากับการแพร่ระบาดของ COVID-19” เขียนโดย คุณลดาวัลย์ ไยมณี ผู้พิพากษา

บทความที่สี่เป็นบทความวิชาการเรื่อง “มาตรการเสริมเพื่อการเข้าถึงโครงข่ายที่เสมอภาคและเท่าเทียมของผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของโครงข่าย (Third-Party Access - TPA) เพื่อส่งเสริมการแข่งขันและใช้พลังงานทดแทนภายใต้พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550” เขียนโดย คุณชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด

บทความที่ห้าเป็นบทความวิชาการเรื่อง “หลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ ศรีบุญโรจน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในฐานะการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม” เขียนโดย อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “การตีความเงื่อนไข “การถูกประหารชีวิตประหาร” ให้รวมถึง ผลกระทบจากการระบาดใหญ่ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย” เขียนโดย อาจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์ อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่แปดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้อง คำพิพากษาให้จำคุก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560)” เขียนโดย คุณวริศรา อีร์ทัตตานนท์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เก้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาและผลกระทบจากการสร้างธุรกรรม ในระบบภาษีอากร” เขียนโดย คุณสรพร สรรพชญา นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สิบเป็น “บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8820/2561 (ประชุมใหญ่) เรื่อง การให้สัตยาบันนี้ร่วมของสามภรรยา” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการฯ ขอขอบพระคุณ ผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่มีส่วนในการดำเนินงานของวารสารตลอดปีที่ผ่านมา และผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ ฉบับหน้า

บรรณาธิการ
อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 39 ฉบับที่ 3

(พฤศจิกายน 2564)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-29 การเรียกพยานเอกสารในคดีความรับผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในประเทศไทย
นอร์แมน ที บราสโลว์
- 31-52 แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
วรพชร จันทร์ขันธ์
- 53-74 อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกากับการแพร่ระบาดของ COVID-19
ลดาวัลย์ โยมนิ
- 75-104 มาตรการเสริมเพื่อการเข้าถึงโครงข่ายที่เสมอภาคและเท่าเทียมของผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของ
โครงข่าย (Third-Party Access - TPA) เพื่อส่งเสริมการแข่งขันและใช้พลังงานทดแทนภายใต้
พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550
ชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว
- 105-128 หลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
อานนท์ ศรีบุญโรจน์

• บทความวิจัย

- 129-181 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในฐานะการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม
กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์
- 183-216 การตีความเงื่อนไข “การถูกประทุษร้าย” ให้รวมถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ในการ
พิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย
ภาวิณี สัตยานุรักษ์
- 217-238 ลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรีกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
(พ.ศ. 2560)
วริสสรา อีรทัตตานนท์
- 239-263 ปัญหาและผลกระทบจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร
สรรพ สรรพชัย

• บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

- 265-271 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8820/2561 (ประชุมใหญ่) เรื่อง การให้สัตยาบันหนังสือของสามภรรยา
ไพโรจน์ กัมพูสิริ

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะคณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.39 No.3

(November 2021)

Contents

- *Academic articles*

- 1-29 Document Production in Japanese Strict Product Liability Cases
Norman T. Braslow
- 31-52 The Concept of Human Dignity Protection of the Elderly Under the Constitution of the Kingdom of Thailand
Worapach Chankhanti
- 53-74 Asian Hate Crimes in the United States and Covid-19 pandemic
Laddawan Yaimanee
- 75-104 The additional mechanisms for Third-Party Access in Energy Industry Act 2007 to facilitate competition and renewable energy usage
Chaiwat Muangkeaw
- 105-128 *Culpa in Contrahendo* in Conflict of Laws Rules
Arnon Sriboonroj

- *Research articles*

- 129-181 Replica Goods Offering as Unfair Commercial Practice
Kansak Bejrananda
- 183-216 Interpretation of “Being Persecuted” to Include Effects Caused by Pandemic in the Determination of Refugee Status
Pawat Satayanurug
- 217-238 Disqualification of minister in case of being sentenced by a judgment to imprisonment under the Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2560)
Varissara Teeratattanont
- 239-263 Problems and Implications from the Creation of Non-Genuine Transactions in Taxation
Sanporn Sanpatchaya

- *Case Review*

- 265-271 Supreme Court Decision Number 8820/2561 (General Assembly)
Piroj Kampusiri

*Any opinions presented in this edition of Chulalongkorn Law Journal solely belong to the respective authors, with which Faculty of Law Chulalongkorn University and the Editorial Board do not have to agree.

Document Production in Japanese Strict Product Liability Cases^{*}

การเรียกพยานเอกสารในคดีความรับผิดในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ในประเทศญี่ปุ่น

Norman T. Braslow^{**}

นอร์แมน ที บราสโลว์

Independent Researcher

นักวิจัยอิสระ

1910 130th Ave SE Bellevue, WA, 98005, The United States of America

Corresponding author Email: nbraslow@yahoo.com

(Received: July 19, 2021; Revised: September 2, 2021; Accepted: October 18, 2021)

Abstract

The 1994 Japanese product liability law was amended to eliminate the plaintiff's requirement to prove negligence or intent on the part of the defendant. However, the plaintiff still must prove the product was defective. Does the current law of civil procedure enable the plaintiff to do so effectively? Using a hypothetical automobile accident case wherein documents held by the manufacturer are essential to prove defective design or manufacture, we conclude it will be very difficult for the plaintiff to obtain the documents as prove the defect.

^{*} This essay is dedicated to the memory of Professor Yasuhiro Fujita.

^{**} J.D., 1985, Southwestern University School of Law, LL.M., 1993, Ph.D., 1997, Asian and Comparative Law, University of Washington School of Law. Trial practice in Hawaii, Washington State, and California. Affiliate Assistant Professor of Law, University of Washington School of Law, 1998-2000, Adjunct Professor of Law, University of Southern California School of Law, 2004.

Besides other production issues, the critical sections of the Code of Civil Procedure preventing effective document production are Sections 196 and 220 which shield documents from discovery containing “trade secrets” and documents created for the use of the holder. Some efforts to expand the scope of discovery as recommended in the 2001 Justice Reform Council have not effectively eliminated or reduced this problem.

We suggest significant modification and expansion of discovery in product liability cases is necessary, in particular regarding CCP sections 196 and 220. The underlying institutional opposition to wider discovery is partly the minimal role of the parties and the active role of the judges in Roman law based civil law jurisdictions. The other more important opposition is the fear of discovery abuse as thought to be in the United States. We believe these objections are surmountable.

United States experience indicates discovery abuse can be prevented in large part by coordinated actions by both the judiciary and the Bar Association. The judiciary would have to be given the power to impose sanctions of both contempt of court for egregious discovery abuse, as well as monetary penalties. The Bar Associations then would have to become active in imposing professional sanctions on attorneys based on judicial contempt orders.

Keywords: Discovery, Document production, Contempt of the court.

บทคัดย่อ

แม้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดจากสินค้าไม่ปลอดภัยของประเทศญี่ปุ่นจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1994 โดยยกเลิกบทบัญญัติซึ่งบังคับให้โจทก์ต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อจำเลยออกไปแล้ว แต่โจทก์ก็ยังคงต้องพิสูจน์ว่าสินค้าที่พิพาทนั้นมีความชำรุดบกพร่องอยู่ดี ประการนี้นำมาสู่ประเด็นปัญหาที่ว่าบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปัจจุบันเอื้อต่อการพิสูจน์ดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากอุทธรณ์เกี่ยวกับอุบัติเหตุ

ที่เกิดกับรถยนต์ ซึ่งเอกสารภายในของผู้ผลิตรถยนต์มีส่วนสำคัญมากต่อการพิสูจน์ความบกพร่องในการออกแบบรถยนต์ การนี้ทำให้เห็นว่าโจทก์จะมีความยากลำบากในการเรียกพยานเอกสารในกระบวนการพิสูจน์ความชำรุดบกพร่องไม่น้อย

นอกเหนือจากประเด็นดังกล่าวแล้ว ยังมีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่งที่เป็นอุปสรรคต่อการได้มาซึ่งเอกสารการพิสูจน์ความชำรุดบกพร่องอื่น ๆ อีก ได้แก่ มาตรา 196 และ 220 ซึ่งปกป้องการได้มาซึ่งเอกสารที่มีข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของปัจเจกชน ทั้งนี้ความพยายามในการขยายขอบเขตการเรียกพยานเอกสารให้ครอบคลุมกรณีเหล่านี้โดยความเห็นของคณะกรรมการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม (the Justice Reform Council) ในปี ค.ศ. 2001 ก็ยังไม่สามารถจัดปัญหาเหล่านี้ไปได้

บทความนี้นำเสนอความจำเป็นในการแก้ไขเพิ่มเติมและขยายขอบเขตของการเรียกพยานเอกสารในข้อพิพาทเกี่ยวกับสินค้าไม่ปลอดภัยข้างต้น โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 196 และ 220 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่ง โดยความคิดเห็นที่ได้แย้งแนวคิดดังกล่าว ได้แก่ ความพยายามจำกัดบทบาทหน้าที่ของผู้พิพากษาอันเป็นผลมาจากนิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากระบบกฎหมายโรมัน และการจำกัดขอบเขตในการอนุญาตให้คู่ความเข้าถึงเอกสารของผู้อื่นได้ ตลอดจนความกังวลว่าการเข้าถึงเอกสารเช่นนี้จะก่อให้เกิดการใช้สิทธิโดยมิชอบเพื่อเข้าถึงเอกสาร ดังที่คาดว่าจะเกิดขึ้นเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าข้อกังวลเหล่านี้เป็นข้อกังวลที่พอรับมือได้

ประสบการณ์จากประเทศอเมริกาบ่งชี้ว่าการใช้สิทธิโดยมิชอบเพื่อเข้าถึงเอกสารของผู้อื่นเช่นนี้เป็นสิ่งที่สามารถป้องกันได้ ทั้งนี้ โดยความร่วมมือกันระหว่างศาลและสภาวิชาชีพกฎหมายอาทิ การให้อำนาจศาลในการกำหนดสภาพบังคับอย่างจริงจัง ทั้งการกำหนดความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลและความผิดหลัโทษอื่น ๆ เพื่อลงโทษการใช้สิทธิโดยมิชอบเพื่อเข้าถึงเอกสารของผู้อื่น ส่วนสภาวิชาชีพกฎหมายนั้นก็ต้องมีความตื่นตัวในการกำหนดสภาพบังคับในทางวิชาชีพต่อกฎหมายที่ใช้สิทธิโดยมิชอบเพื่อเข้าถึงเอกสารของผู้อื่นตามที่ศาลสั่งด้วย

คำสำคัญ : การเรียกพยานเอกสาร, การทำและส่งสำเนาเอกสารให้คู่กรณีตามคำสั่งศาล, ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

Before the 1994 Japanese Product Liability Act¹ any person injured by defective consumer products was compelled to prove that the defendant acted either intentionally or negligently.² The 1994 Act in Article 3 introduced into Japanese tort law the principle of strict liability in tort, eliminating the necessity to prove negligence or intent.³ The two general purposes of the 1994 law were stated in Article 1 as follows:

The purposes of this Act are to protect victims of an injury to their lives, persons, or property which is caused by a defect in the product by establishing the liability of manufacturers, etc. for damages, and thereby contributing to the stabilization and improvement of the life of the citizens, and to the sound development of the national economy.⁴

The first purpose is justice for the injured citizen. The Act is intended to “protect the victim of an injury to lives, persons and property” by compensating the victim for all injuries. The universal symbol of justice is the “scales of justice” on the *bengoshi* badge worn by Japanese attorneys, wherein the facts and law of a controversy are impartially weighed. In order for the holder of the scales to render justice, the scales must contain all the relevant facts in contention, fairly derived and presented in full. To fail to include all the facts is to defeat the purpose of the scales to evaluate and weigh the evidence in order to determine the truth and render justice.

The 1994 law is also intended to “to contribute to the stabilization and improvement of the life of the citizens (国民生活) and to the sound development of the national economy (国民経済).” This second purpose of the statute deserves considerable thought. The drafters of the statute recognized that compensation for injured members of the public will contribute to the general welfare and thus

¹ Seijōbutsu Saikin Hō (Product Liability Law), Act No. 85 of 1994.

² MIMPŌ [CIVIL CODE] §709.

³ Article 3 of Seijōbutsu Saikin Hō (Product Liability Law)

⁴ Ibid., article 1

advance the economic development of the nation. The law balances the interests of the individual members of the general public (expressly not just those who are victims of defective products) with that of the industrial development of the nation.⁵ The Diet anticipated that protecting the interests of the injured party will have the secondary effect of contributing to the betterment of the general public, and promote the industrial development of the nation as a whole.

To test if the first purpose, that of protecting the interests of the injured citizen can be achieved, we will present a hypothetical product liability case of an automobile accident caused by manufacturing or design defect. The compensation of the plaintiff will also test the effectiveness of the statute to contribute to the stability of society and the economic development of the nation. This paper will discuss if the Code of Civil Procedure sections 163, 197, 220, 221, and 222 will enable this plaintiff to obtain evidence that will enable the plaintiff to identify the defect in the automobile.⁶ Our focus will be on what we consider the most important aspect of litigating a personal injury products liability action, namely obtaining documents held by the defendant regarding the design, testing and manufacturing of the automobile.

The 1994 Law of Product Liability

As in any product liability action, the product must be defective.⁷ Article 3 of the Act mandates that the product must be defective, therefore it naturally follows that the plaintiff must prove the existence of the defect that was the proximate or legal cause of the accident.

⁵ The duty of the attorney to both the client and society is also in the Attorney Act, Act No. 205 of June 1949, Article 1, that states the attorney is entrusted with protecting fundamental human rights and achieving social justice.

⁶ MINJI SHOSHÖHÖ (CODE OF CIVIL PROCEDURE) [MINSHÖHÖ] Act No. 109 of June 26, 1996.

⁷ It is interesting to note that, unlike Section 84 of the Thai Civil Procedure Code, the Thai law of product liability shifts the burden of proof and provides that the defendant must prove that the product was safe. (13 February 2551 B.E. Section 7: The entrepreneurs shall not be liable for damages arising from an unsafe product if it can be determined that . . . the product was not unsafe.) The author believes this approach can create more proof problems than it solves.

The manufacturer . . . shall be liable for damages arising from the infringement of life, body or property of others which is caused by the defect in the product⁸

The definition of a defect appears to have been influenced by United States product liability law, in that Section 2 (2) of the Act provides that,

The term “defect” as used in this Act shall mean a lack of safety that the product ordinarily should provide, taking into account the nature of the product, the ordinarily foreseeable manner of use of the product, the time the manufacturer, etc. delivered the product, and other circumstances concerning the product.⁹

Defining the defect in the product and then determining if that the defect was the proximate cause of the injuries is, in the final analysis, the single most important element of any product liability action. The best, and in many cases the only proof of the defect is in the defendant’s written records. By way of illustration, we will present the following hypothetical product liability lawsuit litigated in Japan. A defectively designed or manufactured automobile caused an accident that resulted in the plaintiff being seriously injured. The design and engineering of the automobile involved highly sophisticated cutting-edge technology developed in secrecy by the research and development department. We will assume that the defendant is in possession of documents proving the defect, and crash tests that confirmed the defect. The automobile was completely destroyed and reverse engineering is now impossible.¹⁰ Without the research, engineering and manufacturing records, the plaintiff will be unlikely to prove any defect, and thus be unable to meet the burden of proof under the Product Liability Act of 1994.¹¹

⁸ Article 3 of Seijōbutsu Saikin Hō (Product Liability Law)

⁹ Ibid., article 2 (2)

¹⁰ We will also ignore examining another identical car to determine a design fault. If the car was defectively manufactured, such an examination would be of no probative value.

¹¹ The fact of the accident cannot be relied upon to base a claim. We note in one case the Osaka District court did just that. In *Osaka Taishi Kensetsu Kōgō KK v. Denki Sangyō Osaka Chihō Saibansho* [Osaka Dist. Ct.] March 29, 1994, 842 HANREI TAIMUZU [HANTA] 69 (Osaka Dist. Ct. March 29, 1994) a television set caught fire. The court held that if the television was used in a reasonable manner, there was a presumption of a defect. The holding in *Osaka Taishi* bears a passing similarity to the American tort doctrine of *res ipsa loquitur*. However,

The Obligation to Establish an Effective Procedure

By enacting the new product liability law, the Diet assumed the affirmative duty to the injured citizen and the nation to assure that procedural law will be effective in implementing the law.¹² In this paper we argue that the current Code of Civil Procedure has structural impediments to production of the documents proving the defect, thus preventing injured persons from obtaining a remedy. The failure to do justice to the injured party has the secondary effect of defeating the other purpose of the law to promote public stability and economic development. To enact substantive law without an adequate procedural law would be, as Winston Churchill commented, like “a battleship being launched without a bottom.”¹³ We suggest that a more assertive discovery regime is required to achieve both purposes in complex product liability claims.¹⁴ Yet, for reasons that are in part justified, there is substantial resistance within the Japanese judicial system against expanding discovery within the Code of Civil Procedure. As the Diet has recognized that defective products have a deleterious impact on the general public and the national economy alike and provided a remedy, it follows that in like manner the procedural means to effectuate that remedy is also needed.

Our conclusion is that given a vigorous defense the likelihood of the plaintiff obtaining the documents that will prove the defect is quite unlikely to the point of near impossibility. We submit that without the documents as foundational evidence, other efforts to identify the defect will be limited in usefulness. Consequently, our plaintiff with a factually valid case will be less likely to obtain any remedy, much

nothing like *res ipsa* was codified in The Code of Civil Procedure, or in the new Product Liability Law of 1994.

¹² The statute identifies the interests of both individual citizens and the development of the national economy, or industry, which can be in conflict. The Diet should determine how to balance these interests.

¹³ Sir Winston Churchill, *The Hinge of Fate*, (Boston : Houghton Mifflin Company, 1950), Chapter III, Penalties of Malaya p.92. Churchill as Prime Minister of Great Britain at the outbreak of World War II made this observation when he was told that Fortress Singapore, although superbly prepared for naval assault, had no effective landward defenses. Thus, Singapore fell.

¹⁴ We are drawing a distinction between complex product liability claims and other types of litigation. It can be argued that current procedural practices may be sufficient in mundane tort and contract cases.

less a full measure of damages. This result is directly contrary to the first purpose of the 1994 Product Liability Law to provided justice for the injured person, and cannot “contribute to the stabilization and improvement of the life of the citizens and to the sound development of the national economy.”

Documents as the Foundation of Product Liability Litigation

Our study focuses primarily on the obtaining of documents from the manufacturer that tend to prove that a product was defectively designed. In United States litigation experience demonstrates without documents to serve as a “reality check” interrogatory responses can be, and usually are, incomplete and misleading. Pretrial depositions, unknown in Japan, are likewise ineffective without documents and accurate interrogatory answers. Interrogatory answers are not the words of the party, but rather the carefully crafted words of the responding party’s attorney, thus they can be quite misleading.¹⁵ In trial, original documents created by the parties without the assistance of counsel can serve as the concrete foundation for examination by the parties and the judge, which will strongly encourage the witnesses to be more truthful and non-evasive.

Documents and contemporary records are essential to adequately prepare a product liability case for trial. The oral testimony of witnesses, in particular corporate officers, can be inherently unreliable without documents and records as a foundation. Academics and legal professionals who are not involved in litigation generally live in an “ivory tower” of legal theory, and do not fully grasp two essential realities of litigation.¹⁶ First is that being human, we are all prone to error and faulty memories, thus the general doctrine that eyewitnesses can be unreliable, regardless of their sincerity. The second is the simple and irreducible fact of human nature that humans will often hide the truth, twist the truth, and not infrequently outright lie.

¹⁵ American lawyers pride themselves on the ability to interpret and answer interrogatory questions in such a manner as to avoid disclosing any relevant information. Japanese lawyers, many who have earned LL.M. degrees in the United States, will not be slow in developing this lawyerly skill.

¹⁶ In the United States, even though law professors are admitted to practice law it is unusual for most law professors to have actually done so.

Witnesses will misrepresent the truth or outright lie for a multitude of reasons. They will do so to avoid embarrassment, to avoid liability, to falsely brag, or whatever. In cases involving major corporations, executives may lie to protect the corporation, to defend the public image of the corporation in order to maintain its stock value and retain its customers, or to maintain personal credibility with their board of directors. Corporate parties in particularly contentious litigation with substantial financial exposure will not voluntarily disclose information that is harmful to corporate interests, and it is equally inconceivable that a corporation will freely hand over information that is beneficial to plaintiffs. In short, it is too much to expect of human nature that the parties, or independent and non-interested witnesses for that matter, will be upright and strictly honest. Documents created before the onset of litigation will act to forestall this at times unconscious bias of witnesses.

In 2001, the Justice Reform Council made a number of recommendations for a justice system to support Japan in the 21st century.¹⁷ In the preface, the Council stated that the “fundamental philosophy” of the reform of the judicial system is to define clearly “what we must do to transform both the spirit of the law and the rule of law into the flesh and blood of this country, so that they become “the shape of our country” and do “what is necessary to realize, in the true sense, respect for individuals (Article 13 of the Constitution).”¹⁸ “Justice is expected to correct illegal actions and to provide a remedy for injured persons’ rights in concrete cases.”¹⁹ “The concept of the rule of law, most clearly appears in the fundamental nature of the justice system” where “an impartial third party makes a decision based on fair and clear legal rules and principles through fair procedures.”²⁰

¹⁷ The Justice System Reform Council, Recommendations of the Justice System Reform Council, For a Justice System to Support Japan in the 21st Century, June 12, 2001, [online] Available from: <https://japan.kantei.go.jp/judiciary/2001/0612report.html> [19 June 2021]

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

The Council made some pointed recommendations on evidence: “with regard to litigation, the aim is to reduce the current duration of proceedings by about half . . . with the intention that users can obtain proper, prompt and effective remedies. For that purpose . . . the process to collect evidence shall be expanded.”²¹ “Examples of such measures to reinforce and speed up proceedings include... expanded procedures for collection of evidence are expansion of the order to produce documents and introduction of a system for interrogatories to the parties concerned.”²²

Document Production Process

Does the current Code of Civil Procedure meet these goals of the Justice Reform Council? Article 219 states that the party seeking the production of the document must request that the court order the production of the document.²³ Article 220 identifies four situations where a party cannot refuse to produce the document to the requesting party.²⁴ If the party refers to the document in the litigation²⁵ if the requesting party has the right to inspect the document²⁶ if the document was prepared for the benefit of the requesting party²⁷ and if the document is not subject to several itemized exceptions.²⁸ There are two relevant exceptions to this study. The first exception is if the document was created for the use of the possessor.²⁹ The second exception, referred to in section 220 (iv), is if the document falls into a privilege cited in Article 196 that excludes trade secrets.³⁰

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Article 219 of MINJI SHOSHŌHŌ (CODE OF CIVIL PROCEDURE) [MINSHŌHŌ]

²⁴ Ibid., article 220

²⁵ Ibid., article 220 (i)

²⁶ Ibid., article 220 (ii)

²⁷ Ibid., article 220 (iii)

²⁸ Ibid., article 220 (iv)

²⁹ Ibid., article 220 (iv)(d)

³⁰ Ibid., article 197 (iii)

Article 221 sets forth the format of the Article 219 request to the judge to order the production of the documents.³¹ First, the plaintiff must identify in general what the document indicates.³² Second, they will have to present a summary or essence of the document.³³ In the event the plaintiff cannot adequately identify the document or provide its summary, the plaintiff may provide such details as much as possible to allow the responding party to do so.³⁴ This provision would require the responding party to, in effect, assist the requesting party, which is highly unlikely. Then, the plaintiff must identify who possesses the document.³⁵ The plaintiff must state the facts that the document will prove.³⁶ Finally, the grounds for the duty to produce the document.³⁷ These requirements beg the question: how can a party comply without seeing the documents?

The Code recognizes that this is a legitimate problem. As stated above, Article 222 would allow the plaintiff to cite any particulars that would indicate to the defendant the identity of the document, and the general contents of the document.³⁸ In our opinion this provision is of little practical value, and expects too much from human nature. Competent corporate counsel would be reluctant to consider whatever information to be sufficient to enable them to respond. Even if the judge could intervene, without the judge having knowledge of the corporation and the nature of the corporate documents there is little possibility that the judge could deem the information is enough and order the document to be produced.

In order to obtain some information from the opposing party as to the documents, the requesting party would submit “inquires” pursuant to Article 163 to the opposing party. These inquiries could include questions that could satisfy

³¹ Ibid., article 221

³² Ibid., article 221 (i) (*bunsho no hyōji*, 文書の表示).

³³ Ibid., article 221 (ii) (*bunsho no shushi*, 文書の趣旨).

³⁴ Ibid., article 222 (1)

³⁵ Ibid., article 221 (iii)

³⁶ Ibid., article 221 (iv)

³⁷ Ibid., article 221 (v)

³⁸ Ibid., article 222 (1)

the requirements for production in Article 221.³⁹ This addition to the Code was intended, apparently, to be similar to interrogatories in the United States. However, there are serious, if not fatal, defects.

The parties are under no compulsion by the court to answer the questions. The answers are not under oath. Thus, accuracy may be questionable. Here, we are compelled to remind the reader of the observations above regarding the human tendency, to put it bluntly, not to tell the truth, the whole truth, and nothing but the truth. Even with that said, the inquiries are subject to several limitations under Article 163. Some of which are similar to some of the “objections” in American practice when the party declines to answer the question. There are (i) when the inquiry is not specific (vague, ambiguous or unintelligible)⁴⁰ (ii) where the inquiry is embarrassing or insulting (calls for irrelevant information not reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence)⁴¹ (iii) where the inquiry has been asked before (asked and answered)⁴² (iv) the inquiry asks for an opinion (calls for speculation)⁴³ and (v) responding to the inquiry would be time consuming and expensive (unduly burdensome and vexatious).⁴⁴ The final and, in our study, fatal flaw is that Article 163 excludes information protected from disclosure under Articles 196 and 197.⁴⁵

These may appear to be similar to the United States interrogatories but are far weaker and subject to easy avoidance. Questions that may embarrass the responding party, or confuses them or ask for an opinion can be refused. Inventive defense counsel will have little difficulty in seeking shelter under those excuses. Also, if responding to the inquiry is “expensive” that may act to avoid answering.

³⁹ Ibid., article 163

⁴⁰ Ibid., article 163 (i)

⁴¹ Ibid., article 163 (ii)

⁴² Ibid., article 163 (iii)

⁴³ Ibid., article 163 (iv)

⁴⁴ Ibid., article 163 (v)

⁴⁵ Ibid., article 163 (v)

Excessive costs could almost always be pled as a reason not to respond because in complex product liability cases it is frequently absolutely true. Finally, and this is critical to our study, if the information is “privileged” as defined by Section 196 or 197, that will preclude responding. Article 197 (1)(3) provides that confidential data and occupational, technical or trade secrets need not be disclosed.⁴⁶ These provisions shielding trade, industrial secrets and documents for internal use are in product liability cases the most mischievous privileges possible, because that is precisely where the documents proving the defect will be found.

Exemptions to Production

The documents in our hypothetical will certainly fall into one or more of the categories that will allow the defendant to decline to produce the documents. The documents were without doubt “prepared exclusively for the use of the person in possession . . .” and thus need not be produced.⁴⁷ In our hypothetical, the design, manufacturing and marketing documents can legitimately be claimed to be prepared for the benefit of the corporation. The same could be said about any crashworthy tests where the automobile failed. That these documents would be considered as prepared for the benefit of the manufacturer is confirmed in the seminal case of *Maeda v Fuji Bank*.⁴⁸ In *Maeda*, the plaintiff sought the production of the bank’s “*ringisho*” which was the loan application documents. The Supreme Court held that production of the *ringisho* was exempt in that it was an internal document as defined by Section 220. Counsel for the defendant corporation would likely insist that the design plans, the report concerning corporate knowledge of the defect, and the crash test documents were intended for internal use.

The conclusive obstacle to our plaintiff in the hypothetical that would prevent him from obtaining the design, manufacturing and crash-worthy tests is that technical and professional secrets are not subject to production. The exclusions to

⁴⁶ Ibid., article 196 (1)(3)

⁴⁷ Ibid., article 220 (4)(d)

⁴⁸ Saikō Saibansho [Sup. Ct. 2nd Bench] Nov. 12, 1999, Heisei 11 (kyo) 1695 HANREI JIHŌ [HANJ] 49.

production listed in Article 220 (4)(d) references Section 197, including subsection (3) that excludes “technical or professional secrets.”⁴⁹ In our hypothetical, the automobile crash tests could, quite legitimately, be classed as trade or industrial secrets. Case law indicates that such claims will be recognized as legitimate and the documents need not be produced. In 2000 the Supreme Court agreed that an electrical circuit diagram constituted a technical secret and was not subject to production.⁵⁰

Probability of Production

To answer our question as to the actual possibility of the critical documents in our hypothetical product liability action in Japan, we think the most likely conclusion is that the defendant would not disclose the existence or the identity of the documents. There is even less possibility that the defendant would actually produce the critical documents. The reason is simple and quite convincing: the critical documents will certainly be considered by the defendant as technical or professional secrets, and intended for their own internal use. The Code provision regarding technical and trade secrets, acting in concert with the internal use document exception, will prevent the effective implementation of the 1994 Product Liability Act. This cannot be considered unjust in the technical sense as the Code of Civil Procedure gives the defendant the express right to withhold the information in the documents and decline to produce the documents. Consequently, in our hypothetical the plaintiff will likely not be able to prove the existence of the defect, and will not be compensated for his damages. As a result, the other purpose of the statute to promote the stability of society and the development of the economy will not be achieved. In regard to complex product liability claims, the goals of the Justice Reform Council have not been met. To paraphrase Sir Winston Churchill, because of the current Code of Civil Procedure the 1994 Products Liability Act is a “battleship without a bottom.”

⁴⁹ Ibid., article 220 (4)(d), article 197 (3).

⁵⁰ Saikō Saibansho [Sup. Ct.] March 10, 2000, Hei 12, no. 20, 54 SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ] 1073.

Expanding Discovery in Product Liability Cases

Japanese legal professionals are well aware of this seemingly intractable problem with product liability and other complex cases as the Justice Reform Council recommendations recognized. One obvious answer would be to expand the scope of discovery within the Code of Civil Procedure to enable product liability plaintiffs more options to identify and obtain critical documents. There is the possibility that the Diet could amend the 1994 Act to achieve the two stated purposes of the Act, without amending the Code of Civil Procedure itself.⁵¹ However, there is considerable institutional opposition to broadening discovery, namely that discovery as in the United States is not within the Roman based Civil Law Tradition, that any expansion of current discovery will lead to much greater litigation costs, and the possibility of abuse that is supposedly a major problem in the United States.

Objections Founded on the Civil Law Tradition

Much opposition to more expansive discovery is derived from the adoption of the German and French civil law tradition principles during the period Japan modernized the legal system at the time of the Meiji Restoration. French and German legal principles were in turn based on Roman law and legal procedure, wherein discovery was absent. Let us first examine Roman law procedure, such as it was.

The Roman law of *damun iniuria datum* (essentially a tort action) was broad enough to include disputes that would have warranted discovery if the case required. However, that does not appear to have occurred. In a simple case like damage to persons or property we can safely assume that the elements of the claim and assessment of the damage was pretty straightforward. An oxcart ran over the plaintiff's foot, the plaintiff fell in a well dug by the defendant, the parties got drunk and into a fight, and so on. Such cases do not need much discovery.

⁵¹ If enacted, this proposal would be a kind of "trial run" which would enable the legal community to evaluate the advisability of expanding discovery to general litigation procedure.

After reviewing Roman law, we are compelled to conclude that there was no systematic or even informal discovery scheme. Officials called *Praetors* accepted the filing of a dispute and determined the applicable law.⁵² Then the *Praetor* selected an individual who had expertise or knowledge regarding the general nature of the claim who would function as a fact-finding judge, called the “*iudex*”. The *iudex* was expected to discover the facts through personal inquiry in an inquisitional manner much as the judges in Japan. The *iudex* would conduct a kind of informal discovery of the facts, and render his decision. This somewhat informal discovery system appears to have functioned adequately, and, most importantly, it set historical precedent restricting the power and authority to conduct discovery to the *iudex*, a citizen appointed by the government. The judicial control of the litigation in Japan fits comfortably within the Roman system of control by the *iudex*.

The absence of a discovery regime in Roman law cannot, however, provide an entirely rational academic or practical basis for the rejection of more extensive product liability discovery in Japan. The doctrine of strict products liability in the United States developed in tandem with advances in manufacturing complex products. The foundational products liability case was *Greenman v Yuba Power Products*.⁵³ In *Greenman*, the nature of the defect was an improperly designed retaining screw on a wood lathe that allowed the wood to fly off the lathe and strike the plaintiff. Perhaps the best-known product liability case was the Ford Pinto, where the defective design on the fuel system caused the automobile to catch fire in otherwise minor traffic accidents.⁵⁴ In *Grimshaw*, extensive discovery as to

⁵² The *Praetor* in Republican Rome was an official elected by the senate to function as a magistrate to administer the law. Under the Empire he served as an imperial administrator. There were not nearly as many *Praetors* as one would expect, being only twelve under Augustus (27 BC to AD 14) and sixteen under Tiberius (AD 14 to 37 AD). This may indicate that lawsuits were not all that common.

⁵³ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal.2d 57, 377 P.2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (Cal.1963).

⁵⁴ See *Grimshaw v. Ford*, 119 Cal. App3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981). It should be noted that the technical nature of the defect, that is the fuel tank being improperly positioned behind the rear axle, was not uncommon with other automobile manufacturers. The lawsuit and ensuing publicity caused recalls of the defective cars, and was instrumental in improving the designs of cars to be much safer.

the defect was essential in the litigation. More importantly, the publication of the Ford interoffice memoranda regarding the prior knowledge of the defect exerted a powerful and continuing impact to this day in the development of safer automobiles.⁵⁵

In Rome the most technically advanced objects were such objects as aqueducts, apartment buildings and merchant ships. The failure of an aqueduct could hardly generate an action against the state for obvious reasons. In regard to apartments, the owner and builder as responsible parties was clear. As for ships, maritime law developed in an independent manner that an experienced maritime merchant *ludex* could deal with. The basic point is that without widespread consumer-unfriendly complex objects, there apparently was little need for discovery thus the concept never developed. Given that the Romans were imminently practical, if there was a need it is more than reasonable that they would have developed a responsive doctrine that would have met the needs of Roman society. In Japan, however, the Diet has determined the need for strict products liability, which is unlike any Roman legal doctrine. The absence of any discovery in Roman law, therefore, cannot be relied upon as justification for restricting discovery in Japanese product liability cases.

Discovery Abuse

Abuse of discovery can be defined as any discovery proceeding not intended to discover the truth but to force the opposing party to spend an inordinate amount of time and expense, in order to get the opposing party to drop the action entirely, to drop claims, or to “encourage” settlement.⁵⁶ The usual tactics are to propound far too many interrogatories than the nature of the claim or defense justifies, request for the production of voluminous records, propounding unnecessary requests for admissions, conducting unnecessary and lengthy depositions, and about anything

⁵⁵ The interoffice memo was an estimation of the costs of all possible litigation and the cost to recall and correct the defective design. The costs of recalling and correcting the defect were determined to be greater than the costs of litigation, so Ford executives decided not to recall the automobiles.

⁵⁶ Another goal is to increase “billable hours.”

that inventive counsel can think of. Abuse can also be in responding to requests to produce by producing masses of unorganized documents, intentional destruction of documents, intentional delay in answering interrogatories, and filing of multiple protective orders.

Without being quite this direct, it seems an unstated fear amongst Japanese legal professionals that if lawyers have more discovery power and responsibility, they will abuse that power as freely as lawyers in the United States reputedly do. There seems to be a general consensus amongst lawyers that discovery abuse is rampant across the United States.⁵⁷ This may not be the case. A 1975 study by the Federal Judicial Center cited by Abraham Sofaer has some interesting data.⁵⁸ In the city of Atlanta, Georgia, in some 2055 cases in 55% there were no discovery disputes, and of those 73% were resolved with no difficulty. In the city of Chicago, of some 2,569 cases in 62% there were no discovery disputes, and of those 72% were amicably resolved.

The roots of discovery abuse may be found in the benchmark Supreme Court case of *Hickman v. Taylor*, where the plaintiffs sought independent witness statements gathered by the defendant's counsel. The plaintiff had the ability to interview the same witnesses, but presented no argument or proof that they could not do so. Without these witness statements, the plaintiff claimed the defendant could use the statements to "ambush" the plaintiff in the trial with surprise testimony.⁵⁹ The request was denied as the statements were privileged attorney

⁵⁷ See, e.g., Maurice Rosenberg, Warner King, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, BYU L. REV. Vol 1981, Issue 3, 9-1-81; Richard W. Sherwood, *Curbing Discovery Abuse: Sanctions under the Federal Rules and California Code of Civil Procedure*, SANTA CLARA L. REV. Vol 21, Number 3 1-1-81; Abraham Sofaer, *Sanctioning Attorneys for Discovery Abuse under the New Federal Rules: on the Limited Utility of Punishment*, ST. JOHN'S L. REV. Vol 59, Summer 1983, Number 4; John H. Beisner, *Discovering a Better Way, the Need for Effective Civil Discovery Reform*, 60 DUKE L.J. 547, (2010).

⁵⁸ Abraham Sofaer, *Sanctioning Attorneys for Discovery Abuse under the New Federal Rules: on the Limited Utility of Punishment*, ST. JOHN'S L. REV. Vol 59, Summer 1983, Number 4, at 697, and footnote 67, citing C. ELLINGTON, A STUDY OF SANCTIONS FOR DISCOVERY ABUSE, 17, (1979).

⁵⁹ 329 U.S. 495 (1947). Why the plaintiff did not interview the witness is not in the opinion.

work product, but the court stated that it was “essential to proper litigation” for the parties to obtain all the facts possible from the opposing party without violating appropriate privileges.⁶⁰ The court did not foresee this theoretical ideal to avoid the unjust results of “trial by ambush” could lead to the extent of abuse that could occur.⁶¹ If the *Hickman* court thought that attorneys would exercise restraint in seeking discovery, that notion was ill-founded.

Judges in the United States have the authority to firmly deal with discovery abuse, if they elect to exercise that authority.⁶² In *Waller v. United Parcel Service* the court prohibited the taking of duplicate depositions.⁶³ In *Frost v. Williams* the court restricted the extent of discovery to be proportional to the nature of the case.⁶⁴ The court can impose monetary and procedural sanctions for violations as well. In *Hockey League v. Metropolitan Hockey Club* the Supreme Court approved the use of sanctions for both remedial purposes and as a deterrent.⁶⁵ In *Laclede Gas v. Warnecke Corp.* and *Dependahl v. Flagstaff Brewing Corp.* the court dismissed a counterclaim for willful refusal to answer interrogatories.⁶⁶ In *Malautea v. Suzuki Motors, Inc.*, the defendant refused to produce documents that showed knowledge of a deadly defect, and the defendants were ordered to pay \$5,000.00, and the attorneys were ordered to pay \$500.00.⁶⁷ In *Kane v. The Grande Holdings, Ltd.*, a party submitted a massive amount of documents in complete disorder, and was assessed \$75,000.00 in costs for the opposing party to organized the documents.⁶⁸ Monetary sanctions were quite remarkable in what is known as the Du Pont Benlate

⁶⁰ Ibid., 507. The court did indicate that there were limits to discovery without elaboration.

⁶¹ *Hickman* is a cautionary tale for the Japanese system in the event discovery is expanded in product liability cases, and for litigation in general.

⁶² FRCP 26.

⁶³ 87 F.R.D. 360 (E.D. Pa. 1980).

⁶⁴ 46 F.R.D. 484 (D. Md. 1969).

⁶⁵ 427 U.S. 639 (1976). *Confirmed in* *Roadway Express, Inc. v. Piper*, 477 U.S. 752, 764-65, (1980).

⁶⁶ 604 F2d 561, 566 (8th Cir, 1979); 84 F.R.D. 416 (E.D. Mo. 1979).

⁶⁷ 987 F2d 1536 (1993).

⁶⁸ 198 Cal. App. 4th 1476, 130 C. Rptr. 3rd 751 (2001).

files or The Bush Ranch Litigation, regarding a weed killer chemical that was improperly marketed.⁶⁹ Counsel conspired with the defendant to withhold documents subject to court order, and counsel lied to the judge about the existence of the documents. Some \$13,687,675.06 to pay for the plaintiff's costs were ordered, as well as over \$100,000.00 in sanctions.⁷⁰

Abuse can occur when a party complies with discovery requests so inadequately so as to render the responses meaningless. One common answer is that "discovery is continuing" (whether it is or not) so disclosure cannot be made at the time the answers are submitted to the opposing party. This can be seen as either the "art" of pretrial litigation, or simple obstruction of the process commonly called "hiding the ball" until the last possible moment. The result is that the opposing party must bring a "Motion to Compel" before the judge, requesting that the judge issue an affirmative order to the obstinate party. Continued refusal to respond can result in a default judgment, the party's defenses or claims being case being dismissed, costs of the motions, exclusion of evidence, holding the non-responding party and their lawyer in contempt, or any other relief that the judge deems just and appropriate.⁷¹ In contrast to the federal rules, the current Japanese code provides for no such draconian sanctions, sanctions which will in the end usually succeed in compelling the responding party to respond properly to the discovery requests.

Commentators in the United States agree that a key issue in curbing discovery abuse could be the intervention of the trial judge.⁷² However, the courts seem

⁶⁹ In re: E.I. Du Pont de Nemours & Co, v. The Bush Ranch, et al., Number 95-9059 (1996).

⁷⁰ The sanctions were overturned on the basis that they were in reality punitive in nature, and not a civil sanction.

⁷¹ This process takes time, as the moving party must upon the other party's refusal to respond to the order seek an "order to show cause" why the responding party should not be held in contempt of court, which results in another hearing.

⁷² Maurice Rosenberg, Warner King, CURBING DISCOVERY ABUSE IN CIVIL LITIGATION: ENOUGH IS ENOUGH Brigham Young University Law Review Vol 1981, Issue 3, 9-1-81,

John H. Beisner, DISCOVERING A BETTER WAY, THE NEED FOR EFFECTIVE CIVIL DISCOVERY REFORM, 60 Duke L.J. 547, (2010), Dominick W. Savaiano, EXCESSIVE DISCOVERY IN FEDERAL AND ILLINOIS COURTS: A TOOL OF HARASSMENT AND DELAY? Loyola

reluctant to do so. First, there are legitimate Constitutional issue of due process if sanctions go too far. *In People ex. rel. General Motors Corp. v. Bu* a 1961 a defectively designed model Corvair automobile caused an accident.⁷³ The plaintiff requested voluminous records on the design manufacturing and testing of all Corvair automobile models from 1962 through 1965, to which defendant failed to comply as irrelevant. The plaintiff moved to hold GM in contempt and for default judgment. Defendant filed a writ of mandamus for review. In granting review, the Illinois Supreme Court held that sanctions were improper as there was no finding that the records were relevant, and to do so would constitute a deprivation of constitutional rights of due process.⁷⁴ Second, although the United States Supreme Court in *Hockey League v. Metropolitan Hockey Club*⁷⁵ approved of sanctions as deterrence, there is the question of at what point will deterrent sanctions against the client and the attorney become criminal sanctions. In that situation, constitutional criminal rights of due process would apply.⁷⁶

Most discovery abuse is directly attributable to the unethically aggressive behavior of some American attorneys that violates their “duty of loyalty to the ‘procedures and institutions’ the adversarial system is intended to serve.”⁷⁷ This violation of the attorney’s primary obligation to the judicial system they are sworn to uphold can subject the attorney to professional state Bar discipline and ignominy, which in the final analysis may be the best solution to discovery abuse.⁷⁸ Several state Bars have imposed discipline for giving false information to the court regarding

University of Chicago Law Journal, Vol 11, Issue 4 Summer Discovery Symposium, 1980. “A major cause of abuse is the lack of judicial intervention in the discovery process.” p.816.

⁷³ 37 Ill.2d 180, 226 N.E.2d 6 (1967).

⁷⁴ See Karl W. Kristoff, PEOPLE EX.REL., GENERAL MOTORS V BUA: DISCOVERY SANCTIONS-THE PROBLEM OF OVERKILL, 1.J. MARSHALL J. OR PRAC. & PRO. 325 (1968), The John Marshall L. Rev. Volume 1, Issue 2 (1968).

⁷⁵ 427 U.S. 639 (1976). *Confirmed in* Roadway Express, Inc. v. Piper, 477 U.S. 752, 764-65, (1980).

⁷⁶ See Rosenberg, *supra* note (77) p.583.

⁷⁷ *Mancia v. Mayform Textile Servs. Co.*, 253 F.R.D. 354, 362, 363, (C. Md. 2018). The attorney filed “boilerplate” form interrogatories and submitted evasive answers for the purpose of overwhelming the opponent.

⁷⁸ *In re Abbott*, 925 A2d 482 488 (Del. 2007).

discovery requests,⁷⁹ counseling a client to destroy evidence,⁸⁰ suppressing evidence or failing to produce documents,⁸¹ obstructing the opposing party's access to evidence,⁸² and submitting false or altered documents.⁸³

The author believes that some aspects of the nature of the American legal profession are such that this abuse came to be in the first place, and is too often tolerated.⁸⁴ The ethical obligation of "zealously" representing the client is used as an excuse for all kinds of excesses, forgetting that the advocacy must be within the bounds of social decency as well as the law. Observing some attorneys misbehaving in depositions, and at times in court, can be like watching immature children fighting in a grade school playground hurling insults at each other. Some of this bravado is to impress the client, some to try and intimidate opposing counsel and adverse witnesses, and some just because of the attorney's enjoyment of the fight for the personal satisfaction of the fight itself. These attorneys have a tendency to internalize their client's case and make it their own, and forget that they can only play the cards the client holds and cannot "stack the deck" by unethical behavior.

The reasons for this are beyond the scope of this paper, but we can postulate that it may partly be that there are too many attorneys in the United States chasing too few clients. Many lawyers in the United States come to the Bar not because of any deep interest or commitment to the law but simply because it is a business that had, at least at one time, the promise of financial stability and some

⁷⁹ In re Ivy 374 P.3d 374 (Alaska 2016), The Florida Bar v. Whitney, 132 So.3d .1095 (FL 2013), The Florida Bar v Budnitz, 690 So.2d 1239 (FL 1997) disbarment for false statement to grand jury.

⁸⁰ Attorney Grievance Com'm v. White, 354 Md. 346, 731 A2d 447 (1999).

⁸¹ In re Eisenstein 485 S.W. 3d 759 (Mo. 2016), Sullins v. State Bar, 15 Cal.3d 609, 125 Cal. Rptr. 471, 542 P.3d 631 (1975).

⁸² Matter of Geisler, 614 N.E.2d 939 (Ind. 1993), In re Discipline of Turnow, 835 S.D. 61, 835 N.W. 2d 912 (2013), The Florida Bar v. Whitney, 132 So.3d .1095 (FL 2013).

⁸³ In re Disciplinary Action Against McDonald, 2000 ND 87, 609 N.W.2d 418 (N.D. 2000), Disciplinary Counsel v. Neirmayer, 119 Ohio St. 3rd 99, 2008-Ohio-3824, 892 N.E. 2d 434(2008).

⁸⁴ The following critique is based on the author's own experience as a trial lawyer and discussions with other lawyers and law professors.

degree of social prestige. The graduates of second rate law schools that have an abysmally low Bar passage rate (top tier law schools have pass rates above 85%, whereas some of these lower tier schools may have a 5% or lower pass rate) put further pressure on the quality of the Bar.⁸⁵ The practice of law is supposed to be a “learned profession” but many attorneys see the practice as merely a profession like any other business. Financial sanctions imposed by the courts for misbehavior are seen as just a cost of doing business, which the client will in the end reimburse.⁸⁶

State Bar discipline, on the other hand, if imposed, can act to deter discovery abuse, if the Bar deems that the misbehavior was serious enough. Deterrence can be in the form of admonitions and public censure, with the possibility temporary or permanent disbarment. Even the lowest level of bar discipline, admonitions and censure, will likely result in lost clients and dismissal from the attorney’s law firm. Disbarment, suspended or temporary, will certainly result in the attorney being unemployed, as well as embarrassment within the legal community. Even the lowest level of discipline would also act to prevent the attorney’s future employment in major law firms or corporations. However, this remedy is not widely used as state Bars will only take action if a particularly irate opposing counsel or annoyed judge files a grievance with the state Bar.

2004 Changes to the Japanese Bar

As a consequence of the 2004 changes to the Japanese Bar, the Bar may have inadvertently introduced into the legal system what the author believes is one of the fundamental reasons for the corruption of the American Bar: the excess number of lawyers. The goal of the 2004 changes to the Japanese Bar examination was to increase the number of lawyers, supposedly to provide more available legal

⁸⁵ California has particularly lax standards for state (not ABA) accredited law schools, most of which fail within a few years of operation. For graduates of these law schools it is not uncommon to fail the Bar over twenty (20) times.

⁸⁶ Many retainer agreements provide for this reimbursement.

services outside of the major metropolitan centers.⁸⁷ The 2001 Justice System Reform Council recommended that by the year 2004 there should be 1,500 new bar admission, with that number increased to 3,000 per year by the year 2020.⁸⁸ Data from the Japanese Federation of Bar Associations indicate that in 2006 new Bar admissions were 1,009, increasing to a peak of 2,044 in 2012, and steadily declined to 1,253 in 2017.⁸⁹ Bar membership increased from 22,021 in 2006 to 38,980 in 2017.⁹⁰

Even though the projected increase in the Japanese Bar did not materialize, the damage to the legal profession might have been done. In a 2016 article by Mitsuru Obe in the Wall Street Journal entitled, “Japanese lawyers can’t make case for why they are needed in low litigation climate” Obe notes that the civil claims have not increased “in decades”, that the crime rate is falling, and as a result lawyers are losing income.⁹¹ Moreover, he quotes Kozo Fujita, a former president of the Hiroshima High Court, that “Fewer people and especially fewer high quality people, are coming to the legal profession. This is a very serious problem.” This observation mirrors to a certain extent the situation in the United States regarding many American attorneys who regard the law merely as a means of livelihood and not a “learned profession”.

This recent development in Japan may give rise to a more competitive attitude that could result in Japanese lawyers more aggressive in attracting and

⁸⁷ Recommendations of the Justice System Reform Council - For a Justice System to Support Japan in the 21st Century - June 12, 2001, The Justice System Reform Council, p.12: “In order to achieve the above roles in the 21st century, the existence of a larger stock of legal professionals, sharing the concept of the rule of law.” And “. . . the necessity to redress the imbalance in lawyer population across geographical regions, referring to the “zero-one regions” with regions with one lawyer or no lawyer at all. p.51.

⁸⁸ Ibid., p.14.

⁸⁹ White Paper on Attorneys, 2017, Japan Federation of Bar Associations, p.12.

⁹⁰ Ibid., p.17.

⁹¹ Mitsuru Obe, “*Japanese lawyers can’t make case for why they are needed in low litigation climate*,” (The Wall Street Journal, April 3, 2016). Obe also refers to the lack of discovery, “so it is difficult for people suing a corporation to find incriminating evidence.”

retaining clients as lawyers in the United States.⁹² If so, unless there are other institutional restraints, the possibility of improper behavior, including discovery abuse if wider discovery is allowed, may well increase. From a cultural viewpoint, it seems unlikely that Japanese attorneys would intentionally disobey direct court orders as occasionally happens in the United States. As we noted above, the disobedience of court orders (with the excuse of zealous representation) in the United States really only results in rather modest financial sanctions. Even Bar discipline for violating court orders in regard to discovery or other matters, although in the end effective in that it can result in the removal of the attorney from practice, is not really all that effective in that so few grievances for disobeying court orders (contempt) are filed. For the year 2015 in California, out of an attorney population of about 270,000, there were 15,796 grievances, with 421 disbarments.⁹³ The vast majority of grievances concern financial improprieties, with less than 6% contempt or disobedience of judicial orders.⁹⁴

A review of Bar data in the 2017 White Paper on Attorneys published by the Japanese Federation of Bar Associations indicates that although the number of lawsuits initiated from 2006 to 2010 represented a sharp increase from approximately 143,000 to 212,000 cases, the number dropped to what appears to be the statistical standard of 148,000 in the year 2015.⁹⁵ Attorneys were involved in about 75% to 80% of the cases. This tells us is that Obe and Judge Fujita may well be correct: there is a growing number of attorneys but no commensurate growth in the litigation rate. Of importance to this study is the Bar discipline data. We can observe that the numbers of grievances have risen since 2006 at 1,367 to 2012 at 3,890, and leveling off at that level to 3,480 in the year 2016. Bar sanctions have

⁹² We note that many Japanese lawyers are obtaining LL.M. degrees in American law schools and cannot avoid being exposed to this behavior.

⁹³ California State Bar Office of the Executive Director, Annual Disciplinary Report of the State Bar of California, April 30, 2016.

⁹⁴ Ibid., p.19. The actual percentage is not given, but a chart roughly indicates this amount.

⁹⁵ White Paper, *supra* note 94 p.50.

increased likewise: admonitions rose from 31 to 60, suspensions from 33 to 49, but disbarments were quite rarely imposed, only 3 in 2006, 5 in 2011, 6 in 2014, and 4 in the year 2016. If the Code of Civil Procedure or the Product Liability Act included sanctions for discovery abuse, this data does not indicate that the Japanese Bar would be any more likely than the state Bars in the United States to be assertive in disciplining abusive attorneys.

Publication of the names of attorneys who have been disciplined by the Japanese Bar for discovery abuse may well be in itself an effective deterrence. In a recent article on the effect of the increase of lawyers in Japan on Bar discipline, Prof. Kyoko Ishida cites a revealing interview regarding the deterrent impact of Bar discipline.

Public notice of disciplinary decisions in the JFBA journal has a tremendous impact on lawyers. Every month they read that part first. Everyone thinks it is a shame to have his/her name published in such a way. Lawyers also learn what particular types of conduct can be subject to discipline through this public notice.⁹⁶

Applying the consensus in the United States that the key to controlling discovery abuse is the intervention of the judge, we should consider if this would be possible in Japan. On one hand, it is said that the caseload of the judges is quite heavy, and that additional responsibility for sanctioning the lawyers would only add to the burdens of the judge. On the other hand, if the Product Liability Act relieved the judges of some of the discovery duties with the judge becoming involved only if there are discovery disputes, this might result in freeing up more of the judge's time. However, human experience indicates that simple exhortation by the judge may not be sufficient to encourage the attorneys to avoid abusing discovery. To accomplish this the judge may have to be given the power to hold the attorney in

⁹⁶ Kyoko Ishida, *Detriment or refinement? Impacts of an increasing number of lawyers on the lawyer discipline system in Japan*, INT'L J. LEGAL. PROF., 10, published online 11 May 2017, DOI:10.1080/09695958.207.1324557. In the author's experience, this is what happens in the United States: attorneys will first read the list of disciplined attorneys, looking for anyone they know.

contempt of court, and to assess meaningful sanctions against the attorney. If the judges can hold the attorney in contempt, this contempt order could then be the basis for effective bar discipline.⁹⁷ The concerted action of both the Bar and the bench would in our view be an effective means to deter discovery abuse in both Japan and the United States.

Conclusion

Technical design and testing and marketing documents that are in the control and possession of the defendant are critical to the plaintiff's prosecution of a complex product liability claim. We believe that some degree of modification of the current document discovery process in product liability actions is essential to achieve the stated goal as set forth in the 1994 Product Liability Act of individual justice to the injured person, and the concurrent goals of stabilization of the lives of the public and the advancement of the national economy. However, although the current Code of Civil Procedure Sections 219 *et. seq.* in theory grant the plaintiff the right to obtain documents from the defendant, the documents will most likely never be produced or put into evidence.

The defendant will object to the identification and production of any documents that were drafted for internal use of the defendant under 220 (4)(d), and will object to the production of any documents that contain trade or professional secrets under 197 (3). It goes without saying that the critical documents that would prove the existence of the defect in design, manufacturing and marketing would, quite correctly, fall into one or both of these categories.

It appears that to enable the 1994 Act to succeed, some expansion of document discovery ought to be undertaken. Amending the Code of Civil Procedure to allow wider discovery in general litigation might be excessive and have a deleterious

⁹⁷ The grounds for Bar discipline are somewhat general, but would doubtless include contempt of court. The Attorney Act Section 56 includes behaving in a manner that damages the reputation of the Bar or behaves in a manner that impairs the attorney of the integrity of the Bar. Attorney Law [Law No. 205 of June 10, 1949].

impact. However, recognizing the specific need for documents in the possession of the defendant, production in product liability cases, consideration could be given to amending the 1994 Product Liability Act to provide for wider document discovery. We would suggest that the amendments in the Product Liability Act include the following. First, the strict requirements in section 221 regarding the identification and description of the requested documents should be relaxed to enable a general request for information. As for the “Inquiries” the provisions in Section 163 (iv) in reference to privileged information under Articles 197 could be revised allowing discovery of industrial secrets. Article 220 (4)(d) regarding the exclusion for documents intended for internal use would not be exempt from production. The trade secrets exclusion in Article 197 (3) should be removed or restructured to give the judge the authority to issue protective orders regarding safeguarding legitimate trade and industrial secrets. The Act should give the judge the authority to impose severe sanctions against both the client and the attorney to ensure enforcement of the protective order. In summary, the Product Liability Law should remove or significantly modify the impediments of the internal use and industrial and trade secrets exception to production.

The possibility of potential abuse if discovery is expanded is a serious issue which must be given considerable thought. Although not as pervasive in the United States as commonly believed, it does reflect poorly on United States litigation. Control of discovery abuse in the United States cannot be said to be much of a success. Even though American judges have considerable contempt power and can order financial sanctions against both the abusing attorneys and their clients, this does not appear to be as effective as it should. Although the state Bar associations can, and on occasion will, discipline an abusive attorney with sanctions including disbarment for repeated violations of court orders, state Bar discipline is quite rare.

In the event amendment of the 1994 Act to include wider discovery is considered, the lessons of United States discovery abuse could be instructive. Any amendment of the 1994 Act expanding discovery could give judges the power and

authority to impose significant civil sanctions and contempt citations against an abusive attorney. The Japanese Bar could be more assertive and pursue disciplinary action on attorneys who have been cited for contempt for discovery abuse. As Ishida's research implies, the potential of being held in contempt by a judge and then being disciplined by the Bar might well be an effective deterrent to discovery abuse. As in the United States, an effective combination of active judicial intervention and Bar discipline should act to prevent discovery abuse.

A carefully thought through amendment to the 1994 Product Liability Act providing for more effective production of documents to place on the Scales of Justice should materially enhance the Act's purpose of rendering justice to the injured victim. Doing so will thereby promote the wider goal of stabilizing and improving the life of the citizens and contributing to the sound development of the national economy.

แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุ
ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

The Concept of Human Dignity Protection of the Elderly
Under the Constitution of the Kingdom of Thailand

วรพชร จันทร์ขันตี

Worapach Chankhanti

อาจารย์ประจำ

วิทยาลัยพัฒนามหานคร มหาวิทยาลัยนวมินทราธิราช

อาคารนวมินทร์ 1 198 สามเสนซอย 13 ถนนสามเสน แขวงวชิรพยาบาล เขตดุสิต กรุงเทพฯ 10300

Full-time lecturer

Institute of Metropolitan Development Navamindradhiraj University

Navamindra 1 Building, 198 Samsen Soi 13 Samsen Road, Wachira Phayaban, Dusit, Bangkok 10300

Corresponding author Email: pachlawmfu@gmail.com

(Received: February 2, 2021; Revised: March 27, 2021; Accepted: May 20, 2021)

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาแนวคิดการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จากการศึกษาพบว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะยอมรับให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งปวง และโดยที่ประเทศไทยเป็นสังคมสูงอายุแล้ว การจัดสวัสดิการสำหรับผู้สูงอายุจึงเป็นวาระสำคัญที่รัฐดำเนินการผ่านกฎหมาย นโยบายและแผน รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ แต่การดำเนินการดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุที่รัฐธรรมนูญรับรองด้วย

คำสำคัญ: ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ผู้สูงอายุ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

Abstract

This article aims to study the concept of human dignity protection of the elderly under the Constitution of the Kingdom of Thailand. The study found that the Constitution of the Kingdom of Thailand recognizes human dignity as a fundamental value which is implicated with exercising of all state power. As an aging society, providing welfare for the elder is an important agenda for the state to pass laws, policies, plans, as well as measures. Yet, in order to do so, the state should take into account the concept of human dignity of the elder which is certified by the Constitution.

Keywords: Human Dignity, Elderly Person, The Constitution of the Kingdom of Thailand

1. บทนำ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) หมายถึง คุณค่าในความเป็นมนุษย์อันเป็นลักษณะเฉพาะที่ผูกพันกับความเป็นมนุษย์¹ เป็นแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติที่มุ่งคุ้มครองคุณค่าของความเป็นมนุษย์ซึ่งตามธรรมชาติแล้วมนุษย์ทุกคนย่อมมีคุณค่าในตนเอง มนุษย์ทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติในฐานะที่เป็นมนุษย์ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนอย่างเสมอกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยไม่ต้องคำนึงถึงถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง เจอเนอไซด์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็คือความเป็นมนุษย์ ไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะมีสภาพบุคคลอยู่ ยังไม่มีสภาพบุคคล หรือสิ้นสภาพบุคคลไปแล้วก็ตาม² โดยสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือมนุษย์ทุกคนมีความชอบธรรมที่จะปกป้องรักษาชีวิตและร่างกายของตนเองไม่ว่ามนุษย์ผู้นั้นจะมีความแตกต่างกันในด้านใด ๆ ก็ตาม

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 89.

² นิตยา จงแสง, การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษากรณีการกำหนดสถานะของสภาพบุคคล, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า ๙.

เพื่อให้แนวคิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการเคารพ ปกป้องคุ้มครอง และมีการดำเนินการให้แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นได้จริง เอกสารระหว่างประเทศและรัฐธรรมนูญของรัฐสมัยใหม่จึงได้นำแนวคิดดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและถือเป็นสาระสำคัญ³ ดังเช่นที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่บัญญัติให้มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรี⁴ กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่บัญญัติในมาตรา 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้ อำนาจอรัฐทั้งหลายมีความผูกพันที่จะต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”⁵ หรือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 ที่บัญญัติให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ⁶ และยืนยันคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะเป็นรากฐานของสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และประชาธิปไตย⁷ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน (human rights) ที่รัฐจะละเมิดมิได้ มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองและสามารถยกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อให้ได้รับการคุ้มครองได้โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน⁸ อันเป็นความชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับ ซึ่งเป็นการคุ้มครองจากการกระทำหรือการละเว้นจากการกระทำโดยไม่คำนึงถึงธรรมชาติของมนุษย์ เห็นได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นแนวคิดที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นเกราะคุ้มครองป้องกันมนุษย์มิให้ถูกละเมิดทั้งจากการกระทำของรัฐและปัจเจกชนด้วยตนเอง โดยใช้กลไกของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในดังเช่นรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐเป็นเครื่องมือในการรับรองและให้ความคุ้มครอง เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีสถานะเป็นหลักการพื้นฐานและค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญผูกพันรัฐให้ต้องเคารพและมีหน้าที่ต้องกระทำการหรือละเว้นกระทำการเพื่อให้การคุ้มครอง และหลีกเลี่ยงการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่จะเป็นการละเมิด รวมทั้งต้องป้องกันมิให้ปัจเจกชนกระทำการอันจะเป็นการละเมิดกันเองด้วย โดยการสร้างมาตรการทางกฎหมาย มาตรการและกลไกอื่น ๆ ที่จำเป็นในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อทำให้แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นได้จริง

³ Aharon Barak, *Human Dignity: the Constitutional Value and the Constitution Right*, (United Kingdom: Cambridge University, 2015). p.105.

⁴ Article 1 of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁵ Article 1 (1) of the Basic Law of the Federal Republic of Germany 1949

⁶ Chapter 1 Founding provisions of the Constitution of the Republic of South Africa 1996

⁷ Chapter 2 Bill of Rights of the Constitution of the Republic of South Africa 1996

⁸ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), หน้า (2).

บทความนี้เป็นการศึกษาจากเอกสาร ได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญต่างประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 แผนปฏิบัติการด้านผู้สูงอายุ ระยะที่ 2 (พ.ศ. 2545-2565) หนังสือ วิทยานิพนธ์ และบทความทางวิชาการ โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 6 ส่วน คือ 1. บทนำ 2. แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 3. การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุในกฎหมายระหว่างประเทศ 4. การเป็นสังคมสูงอายุของประเทศไทย 5. การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ 6. บทสรุป

2. แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สำหรับแนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นอาจพิจารณาได้เป็นสองกรณี กรณีแรก คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยตรง แต่หากพิจารณาในแง่สาระัตถะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาคแล้ว แม้รัฐธรรมนูญจะมิได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยตรง แต่ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นสาระัตถะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ซึ่งก็เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยปริยายด้วยนั่นเอง ทั้งนี้เพราะชีวิตร่างกายและความเสมอภาคเป็นสิทธิมนุษยชนที่นำไปสู่เป้าหมายคือการมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521¹⁶ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534¹⁷

⁹ มาตรา 12 และมาตรา 14 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

¹⁰ มาตรา 12 และมาตรา 14 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

¹¹ มาตรา 21 และมาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490

¹² มาตรา 27 และมาตรา 31 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

¹³ มาตรา 24 และมาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495

¹⁴ มาตรา 25 และมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

¹⁵ มาตรา 27 และมาตรา 33 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

¹⁶ มาตรา 23 และมาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

¹⁷ มาตรา 25 และมาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

กรณีที่สอง คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยตรง หากพิจารณาในแง่การบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยบัญญัติรับรองว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”¹⁸ และบัญญัติหลักประกันว่าการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย¹⁹ โดยบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้²⁰ และรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ได้ เว้นแต่การจำกัดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้²¹ เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีสถานะเป็นคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (fundamental constitutional value) หรือคุณค่าสูงสุดที่การใช้อำนาจรัฐจะต้องเคารพและจะละเมิดมิได้ เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง²² เช่นเดียวกันกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550²³ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560²⁴ ฉบับปัจจุบัน ก็ยังได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยมีหลักการเช่นเดียวกัน โดยบัญญัติรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แยกออกจากสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงมีสถานะเป็นตัวเองโดยแท้ ไม่ใช่สิทธิ เสรีภาพ หรือความเสมอภาค แต่เป็นรากฐานให้แก่สิทธิมนุษยชนทั้งหลาย²⁵

¹⁸ มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

¹⁹ มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

²⁰ มาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

²¹ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

²² อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), หน้า 176.

²³ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 28 และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

²⁴ มาตรา 4 มาตรา 25 วรรคสาม และมาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “คุณค่าของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 45.

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ทั้งโดยตรงและโดยปริยาย²⁶ แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องหลักประกันของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เนื่องจากรัฐธรรมนูญที่มีได้บัญญัติรับรองไว้โดยตรงก็จะมีบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันไว้ด้วย ส่วนรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองไว้โดยตรง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 และพุทธศักราช 2560 จะมีบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้เอาไว้ด้วย²⁷ ซึ่งหลักประกันดังกล่าวก่อให้เกิดความผูกพันต่อรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ (respect) คือไม่แทรกแซงขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย²⁸ ต้องปกป้องคุ้มครอง (protect) คือป้องกันมิให้ผู้อื่นรบกวนหรือละเมิด และต้องตอบสนองหรือเติมเต็ม (fulfill) คือทำให้แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นได้จริงอย่างเป็นรูปธรรม²⁹ และมีคุณค่าต่อประชาชน อันจะส่งผลให้ประชาชนในฐานะผู้ทรงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคเกิดความหวงแหนและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของตนเองร่วมกันด้วย³⁰

²⁶ ยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวฉบับที่มีได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค อันเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ ได้แก่ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 อันอาจเนื่องมาจากมีเจตนารมณ์จะบังคับใช้เป็นการชั่วคราว แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวในจำนวนนี้บางฉบับจะมีระยะเวลาการบังคับใช้ยาวนานกว่ารัฐธรรมนูญฉบับถาวรก็ตาม นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติรับรองไว้อย่างกว้างอยู่ในมาตรา 3 และมาตรา 4 ตามลำดับ โดยใช้ถ้อยคำในการบัญญัติไว้เช่นเดียวกันว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเพียงสองฉบับที่บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แม้จะเป็นเพียงการรับรองไว้อย่างกว้างไม่มีบทบัญญัติอันเป็นหลักประกันของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁷ มาตรา 26 มาตรา 28 และมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 มาตรา 28 และมาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 25 และมาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

²⁸ กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ หมายถึง พระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 81 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา...” และมาตรา 114 บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย...”

²⁹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Key concepts on ESCRs - What are the obligations of States on economic, social and cultural rights?” [online]. Available from : <https://bit.ly/3dUWJOE> [31 January 2021]

³⁰ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), หน้า 19.

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคแก่ปัจเจกบุคคลโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรผ่านบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ บุคคลแต่ละคนก็เป็นผู้ทรงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญให้การรับรองก็เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องคุ้มครองมิให้ผู้อื่นซึ่งในที่นี้หมายรวมถึงตัวหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเอง หรือปัจเจกบุคคลอื่น ๆ มาล่วงละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนั้น อำนาจอรัฐไม่ว่าจะปรากฏอยู่ในรูปแบบใดย่อมต้องเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเสมอ³¹ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจอรัฐในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย หรือการตีความกฎหมาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงผูกพันการใช้อำนาจอรัฐทั้งปวง ทั้งการใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรอง การใช้อำนาจอรัฐไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น กล่าวคือไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจอรัฐในระดับใด หากไม่ให้การเคารพ ไม่คำนึงถึง หรือไม่ให้การคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมเท่ากับว่ารัฐซึ่งมีหน้าที่ต้องให้การเคารพและคุ้มครองกลับเป็นผู้ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เสียเอง และมีผลให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้น ๆ เป็นอันใช้บังคับมิได้³² เพราะขัดหรือแย้งต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐจึงเท่ากับเป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชน อันจะทำให้แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เกิดขึ้นได้จริง ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบป้องกัน คือการควบคุมก่อนที่จะมีการกระทำอันเป็นการละเมิด หรือการควบคุมตรวจสอบแบบแก้ไขเยียวยา คือการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐ การควบคุมตรวจสอบภายในองค์กรหรือการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก³³ การควบคุมทั้งสองรูปแบบล้วนมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง อันเป็นสาระสำคัญของ

³¹ K. Stern, aaO., S.17. อ้างใน บุญศรี มีวงศ์ไข่มุข, **หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), หน้า 39.

³² มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 5 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principles of Administrative Law)**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 65-68.

หลักนิติรัฐ³⁴ ที่เรียกร้องให้มีการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนในรัฐธรรมนูญ กรณีที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำโดยกฎหมายและกฎหมายดังกล่าวต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ เพื่อเป็นหลักประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนซึ่งถือเป็นสาระสำคัญที่สุดหรือเป็นมโนทัศน์ของหลักนิติรัฐ เพราะสาระสำคัญประการอื่นของหลักนิติรัฐล้วนมีขึ้นเพื่อให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคเกิดขึ้นได้จริงและมีประสิทธิภาพ³⁵

ดังที่กล่าวมานั้นเป็นการพิจารณาในแง่ของการกระทำหรือการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งหมายถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงหน่วยงานหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจแทนรัฐ แต่ถ้าพิจารณาในแง่การกระทำของเอกชนหากมีการกระทำอันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ระหว่างกัน การควบคุมตรวจสอบจะต้องเป็นไปตามกฎหมายอื่น ๆ ในระดับพระราชบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติเฉพาะและกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ทั้งนี้ การที่จะปฏิบัติตามแนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องมีผู้รับผิดชอบ (duty bearers) ในการให้ความเคารพ (respect) ปกป้องคุ้มครอง (protect) และทำให้เกิดขึ้นจริงได้ แต่ในขณะเดียวกันปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้ทรงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญรับรองสามารถเรียกร้องให้รัฐเคารพ ปกป้องคุ้มครอง และทำให้เกิดขึ้นจริงได้ แต่ในขณะเดียวกันปัจเจกชนก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นด้วยเช่นเดียวกัน³⁶ ซึ่งการให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองก็คือขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพที่จะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นนั่นเอง³⁷

³⁴ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 120.

³⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” **รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี สมิติเลิศไพฑูรย์ รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์**, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 79 - 80.

³⁶ แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ประเทศไทย, **สิทธิมนุษยชน...ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, (ม.ป.ท. : ม.ป.ป.), หน้า 15.

³⁷ มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 25 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

3. การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุในกฎหมายระหว่างประเทศ

ในประเด็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุ สืบเนื่องจากสังคมโลกกำลังประสบกับการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างประชากรครั้งสำคัญในการก้าวไปสู่การเป็นสังคมแห่งผู้สูงอายุ อันเนื่องมาจากอัตราการเกิดต่ำและความก้าวหน้าทางการแพทย์ทำให้ประชากรมีอายุยืนยาวขึ้น จากรายงานขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 2020 พบว่าโลกยังมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากรอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน สัดส่วนประชากรผู้สูงอายุเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยในปี ค.ศ. 2020 ทั่วโลกมีประชากรที่มีอายุ 65 ปีขึ้นไปจำนวน 727 ล้านคน และคาดการณ์ว่าในปี ค.ศ. 2050 หรืออีกประมาณสามทศวรรษข้างหน้าจะมีประชากรสูงอายุเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าคือมากกว่า 1.5 พันล้านคน ซึ่งการเพิ่มสัดส่วนของประชากรสูงอายุเกิดขึ้นไปพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจ การเตรียมการเพื่อให้ผู้สูงอายุมีความเป็นอยู่และสุขภาพที่ดีทั้งทางร่างกายและจิตใจจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง และเมื่อต้นปี ค.ศ. 2020 ทั่วโลกยังต้องเผชิญกับการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาหรือ COVID-19 และยังคงแพร่ระบาดอยู่ในขณะนี้ เนื่องจากเป็นโรคอุบัติใหม่และอยู่ระหว่างการศึกษถึงการแพร่ระบาดอยู่จึงยังไม่สามารถสรุปผลกระทบของการแพร่ระบาดที่มีต่อผู้สูงอายุได้ แต่จากการวิเคราะห์เบื้องต้นของอัตราการเสียชีวิตของผู้สูงอายุจากโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาที่แต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอย่างมาก เนื่องจากมีปัจจัยที่แตกต่างกัน โดยปัจจัยหลักคือความสามารถของประเทศต่าง ๆ ในการควบคุมการแพร่ระบาด ดังนั้น การเตรียมความพร้อมทั้งในด้านความเป็นอยู่และสุขภาพ รวมทั้งกลไกการสนับสนุนครอบครัวจึงทวีความสำคัญมากขึ้นสำหรับผู้กำหนดนโยบาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่มีสัดส่วนประชากรสูงอายุจำนวนมาก³⁸

เพื่อรับมือกับสถานการณ์สังคมสูงอายุ องค์การสหประชาชาติได้ประกาศหลักการขององค์การสหประชาชาติสำหรับผู้สูงอายุ ค.ศ. 1991 รับรองสิทธิผู้สูงอายุใน 5 ด้าน คือ ด้านความเป็นอิสระ ด้านการมีส่วนร่วม ด้านการดูแลเอาใจใส่ ด้านการบรรลุความต้องการของตนเอง และด้านศักดิ์ศรี³⁹ และแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศมาดริดว่าด้วยผู้สูงอายุ ค.ศ. 2002⁴⁰ ที่มีสาระ

³⁸ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division. *World Population Ageing 2020 – Highlights*, (New York: United Nations, 2020), pp. 1-2.

³⁹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “United Nations Principles for Older Persons” [online]. Available from: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OlderPersons.aspx> [31 January 2021]

⁴⁰ The Madrid International Plan of Action on Ageing: MIPAA 2002.

สำคัญเกี่ยวกับผู้สูงอายุกับการพัฒนา การสูงวัยอย่างสุขภาพดีและมีสุขภาวะ และการสร้างสภาพแวดล้อมที่เกื้อหนุนและเหมาะสม ซึ่งเป็นพันธกรณีด้านผู้สูงอายุขององค์การสหประชาชาติที่ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องให้ความร่วมมือในการปฏิบัติ⁴¹ ประกอบกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่บัญญัติให้มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรี⁴² การละเมิดศักดิ์ศรีจะกระทำมิได้⁴³ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต⁴⁴ มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย⁴⁵ มีสิทธิในหลักประกันทางสังคม⁴⁶ สิทธิในการทำงาน⁴⁷ สิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความอยู่ดีของตนและครอบครัว รวมทั้งอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย การดูแลสุขภาพทางการแพทย์ การบริการทางสังคมที่จำเป็น และมีสิทธิในหลักประกันในวัยชรา⁴⁸ นอกจากนี้ในระดับภูมิภาคยังมีปฏิญญาและแผนปฏิบัติการมาเก๊าว่าด้วยการดำเนินงานด้านผู้สูงอายุในภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก ค.ศ. 1999⁴⁹ และแผนปฏิบัติการเซี่ยงไฮ้ว่าด้วยการดำเนินงานด้านผู้สูงอายุ ค.ศ. 2002⁵⁰ ส่วนในภูมิภาคอาเซียนมีกรอบความร่วมมือที่เกี่ยวข้องกับผู้สูงอายุหลัก ๆ จำนวน 4 ฉบับ ได้แก่ ปฏิญญาบรูไนดารุสซาลามว่าด้วยการเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัว : การดูแลผู้สูงอายุ ค.ศ. 2010⁵¹ ซึ่งมีสาระสำคัญในการสร้างความร่วมมือกันส่งเสริมคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดีของผู้สูงอายุ รวมถึงการลดความเสี่ยงทางสังคมของผู้สูงอายุ ปฏิญญากัวลาลัมเปอร์ว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุ : การเพิ่มขีดความสามารถของผู้สูงอายุในอาเซียน ค.ศ. 2015 ที่สนับสนุนการปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมซึ่งนำไปสู่การเพิ่มขีดความสามารถ

⁴¹ กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และคณะ, สรุปรายงานการประชุมสมัชชาโลก ว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุ ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และคณะ, 2555), หน้า 1.

⁴² Article 1 of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴³ Article 5 of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁴ Article 3 of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁵ Article 7 of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁶ Article 22 of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁷ Article 23 (1) of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁸ Article 25 (1) of Universal Declaration of Human Rights 1948

⁴⁹ Macao Declaration on Ageing for Asia and the Pacific 1999, The Macao Plan of Action on Ageing for Asia and the Pacific 1999

⁵⁰ The Shanghai Regional Implementation Strategy on Ageing 2002

⁵¹ The ASEAN Secretariat, "Brunei Darussalam Declaration on Strengthening Family Institution: Caring for the Eldery, Bandar Seri Begawan, 25 November 2010," [online]. Available from : <https://asean.org/brunei-darussalam-declaration-on-strengthening-family-institution-caring-for-the-eldery-bandar-seri-begawan-25-november-2010/>. [28 November 2018]

ผู้สูงอายุ⁵² ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยเรื่องการเสริมสร้างความเข้มแข็งมาตรการการคุ้มครองทางสังคม ค.ศ. 2015⁵³ ซึ่งกำหนดให้ผู้สูงอายุต้องได้รับสิทธิเข้าถึงการคุ้มครองทางสังคม ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานโดยไม่เลือกปฏิบัติ การเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัวและชุมชนในฐานะสถาบันขั้นพื้นฐานในการสนับสนุนและให้บริการด้านการคุ้มครองทางสังคม และปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 2012 ที่มีเจตจำนงในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁵⁴ จากหลักการ แผนปฏิบัติการ ปฏิญญาสากลขององค์การสหประชาชาติและกรอบความร่วมมือของภูมิภาคอาเซียนด้านผู้สูงอายุดังกล่าวจึงอาจจำแนกสิทธิผู้สูงอายุได้เป็น 4 ด้านตามความต้องการที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของผู้สูงอายุอย่างมีศักดิ์ศรี ได้แก่ ด้านชีวิตและร่างกาย (ปัจจัย 4 คือ อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และการดูแลสุขภาพ) ด้านการบริการทางสังคมและสิ่งอำนวยความสะดวก ด้านหลักประกันเมื่อสูงวัย และด้านสภาพจิตใจ ซึ่งส่งผลต่อการกำหนดนโยบาย กฎหมาย และมาตรการปฏิบัติด้านผู้สูงอายุภายในของประเทศไทยด้วย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับผู้สูงอายุ แผนปฏิบัติการด้านผู้สูงอายุ ระยะที่ 2 (พ.ศ. 2545-2565) และพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ผู้สูงอายุมีสิทธิได้รับการคุ้มครองในด้านต่าง ๆ ทั้งนี้ก็เพื่อให้แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุเกิดขึ้นได้จริง

4. การเป็นสังคมสูงอายุของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยเข้าสู่สังคมสูงอายุ (ageing society) แล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548⁵⁵ และคาดการณ์ว่าจะเป็นสังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์ (complete aged society) ในปี พ.ศ. 2565⁵⁶ และจะเป็นสังคมสูงวัยระดับสุดยอด (super aged society) ในปี พ.ศ. 2574⁵⁷ สถานการณ์ผู้สูงอายุจากรายงานสถานการณ์ผู้สูงอายุไทย พ.ศ. 2563 ซึ่งเป็นรายงานประจำปีของคณะกรรมการ

⁵² Kuala Lumpur Declaration on Ageing: Empowering Older Persons in ASEAN 10 2015

⁵³ ASEAN Declaration on Strengthening Social Protection 2015

⁵⁴ กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration - AHRD), (กรุงเทพมหานคร : กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, 2556), หน้า 7.

⁵⁵ สังคมสูงอายุ (aged society) หมายถึง ประเทศที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 10 ของประชากรทั้งประเทศ หรือมีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 7 ของประชากรทั้งประเทศ ใน มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย (มส.ผส.), สังคมสูงวัย, (ม.ป.ท. : ม.ป.ป.), หน้า 2.

⁵⁶ สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์ (completed aged society) หมายถึง ประเทศที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปมากกว่าร้อยละ 20 ของประชากรทั้งประเทศ หรือมีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 14 ของประชากรทั้งประเทศ

⁵⁷ สังคมสูงวัยระดับสุดยอด (super aged society) หมายถึง ประเทศที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 28 ของประชากรทั้งประเทศ หรือมีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 20 ของประชากรทั้งประเทศ

ผู้สูงอายุแห่งชาติ (กผส.) พบว่าเมื่อปี พ.ศ. 2563 ประเทศไทยมีประชากรทั้งหมด 66.1 ล้านคน⁵⁸ เป็นประชากรผู้สูงอายุ (อายุ 60 ปีขึ้นไป) 12.0 ล้านคน หรือร้อยละ 18.0 ของประชากรทั้งประเทศ⁵⁹ ส่วนทางกับอัตราการเกิดที่มีเพียงร้อยละ 0.12 เท่านั้น⁶⁰ การเพิ่มขึ้นของประชากรผู้สูงอายุอย่างรวดเร็วมีประเด็นท้าทายที่ตามมาคือการจัดสวัสดิการให้แก่ผู้สูงอายุ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องรับมือกับสังคมสูงอายุตามการคาดการณ์ที่กำลังจะยกระดับเป็นสังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์ ในปี พ.ศ. 2565 และสังคมสูงอายุนี้อาจสำเร็จได้โดยการดำเนินการของรัฐโดยลำพัง เพราะอุปสรรคทางการเมือง เศรษฐกิจ และความพร้อมด้านการเงินการคลังของประเทศ หากแต่ต้องเกิดจากการร่วมมือกันทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน ชุมชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถาบันครอบครัวและระดับบุคคล โดยมีภาครัฐเป็นเจ้าภาพหลักในการขับเคลื่อนนโยบาย กฎหมาย แผนปฏิบัติการและมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี อันได้แก่ มาตรการด้านปัจจัยที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต มาตรการด้านรายได้ มาตรการด้านสุขภาพ มาตรการด้านสภาพจิตใจ และมาตรการป้องกันการละเมิดผู้สูงอายุ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้รัฐพึงช่วยเหลือและสงเคราะห์ผู้สูงอายุให้มีสุขภาพ กำลังใจ และความหวังในชีวิตเพื่อสามารถดำรงตนอยู่ได้ตามสมควร⁶¹ แต่ได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ในแนวนโยบายแห่งรัฐในหมวด 5 มิได้บัญญัติให้เป็นสิทธิและเสรีภาพในหมวด 3 แต่อย่างใด และจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อาจสะท้อนแนวคิดที่รัฐมองผู้สูงอายุเป็นภาระที่รัฐพึงให้การสงเคราะห์ช่วยเหลือโดยมิได้มีแนวคิดว่าการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐเป็นสิทธิของผู้สูงอายุ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเรื่องผู้สูงอายุไว้ในแนวนโยบายแห่งรัฐก็เป็นเพียงแนวทางในการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน มิได้มีสภาพบังคับที่ผูกพันรัฐให้ต้องดำเนินการ และผู้สูงอายุก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการใด ๆ ได้⁶² เนื่องจากมิได้บัญญัติให้เป็นสิทธิของผู้สูงอายุ ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาก็คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

⁵⁸ ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง จำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักร ตามหลักฐานการทะเบียนราษฎร ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2563 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2564

⁵⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย (มส.ผส.), สถานการณ์ผู้สูงอายุไทย พ.ศ. 2563, (นครปฐม : สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2564), หน้า 7.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

⁶¹ มาตรา 89 ทวิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

⁶² มาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

2540 ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และรับรองสิทธิผู้สูงอายุที่ไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยเป็นครั้งแรก⁶³ เมื่อการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐได้รับการรับรองให้เป็นสิทธิจึงมีสภาพบังคับให้รัฐต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้สูงอายุได้รับประโยชน์ตามสิทธิดังกล่าว ซึ่งการรับรองสิทธิของผู้สูงอายุในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นความพยายามเพื่อตอบสนองหลักการขององค์การสหประชาชาติสำหรับผู้สูงอายุ ค.ศ.1991⁶⁴ ต่อมาในปี พ.ศ. 2542 คณะรัฐมนตรีจึงได้ให้ความเห็นชอบปฏิญญาผู้สูงอายุไทยเป็นพันธกรณีที่กำหนดให้ผู้สูงอายุต้องมีปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตอย่างมีคุณค่าและศักดิ์ศรีได้รับการพิทักษ์และคุ้มครองให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง และการละเมิดสิทธิโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ๖⁶⁵ มีแผนปฏิบัติการด้านผู้สูงอายุ ระยะที่ 2 (พ.ศ. 2545-2565) เป็นแผนยุทธศาสตร์หลักในการดำเนินงานด้านผู้สูงอายุ⁶⁶ และในปี พ.ศ. 2546 รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในการตราพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ตามที่คณะรัฐมนตรีเสนอ⁶⁷ เพื่อให้การดำเนินงานเกี่ยวกับการคุ้มครอง การส่งเสริม และการสนับสนุนต่อสิทธิและประโยชน์ของผู้สูงอายุเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้สูงอายุให้มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ⁶⁸ และต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะถูกยกเลิกไปและได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบันก็ยังบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิผู้สูงอายุไว้เช่นเดียวกัน⁶⁹ ซึ่งการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายว่าด้วยผู้สูงอายุก็เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างหนึ่งที่

⁶³ มาตรา 4 และมาตรา 54 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁴ หลักการขององค์การสหประชาชาติสำหรับผู้สูงอายุ ค.ศ. 1991 เป็นผลสรุปจากการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1991 (พ.ศ.2534) ใน ณัฐภัทร ถวัลย์โพธิ์, “ผู้สูงอายุในกฎหมายไทย”, *ดุลพาท*, 55,3 (กันยายน-ธันวาคม 2551) : 140.

⁶⁵ กรมประชาสัมพันธ์ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, *ปฏิญญาผู้สูงอายุไทย*, (กรุงเทพมหานคร: กรมประชาสัมพันธ์ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, 2542), หน้า 1-2.

⁶⁶ คณะกรรมการผู้สูงอายุแห่งชาติ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, *แผนผู้สูงอายุแห่งชาติ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2545-2564) ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 2 พ.ศ. 2561*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2561)

⁶⁷ ประกาศสภาผู้แทนราษฎร เรื่อง ตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 2545

⁶⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546

⁶⁹ มาตรา 4 และมาตรา 53 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง และมาตรา 48 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ เพื่อให้การตรากฎหมาย การบังคับใช้และการตีความกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรอง จึงควรพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมาย การดำเนินการตามกฎหมายโดยหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ความเคารพ ปกป้องคุ้มครอง และทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุเกิดขึ้นได้จริงหรือไม่ และหลักเกณฑ์หรือขอบเขตในการพิจารณาสำหรับการใช้อำนาจรัฐที่ให้การเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของสังคมไทยควรเป็นอย่างไร

5. การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อาจพิจารณาได้เป็นสองแนวทาง คือ แนวทางแรก พิจารณาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไป หมายถึง การคุ้มครองผู้สูงอายุทั้งในด้านชีวิต ร่างกาย และจิตใจ อันเป็นลักษณะที่แท้จริงของความเป็นมนุษย์ ซึ่งก็คือสิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค ในที่นี้หมายถึงปัจจัยที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของผู้สูงอายุ อันได้แก่ อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม การดูแลสุขภาพ และสิทธิในความเสมอภาค คือการที่ผู้สูงอายุสามารถเข้าถึงปัจจัยดังกล่าวได้อย่างเสมอภาคปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม

แนวทางที่สอง พิจารณาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นอกจากการคุ้มครองผู้สูงอายุตามหลักการทั่วไปของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังที่กล่าวในแนวทางแรกแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้สะท้อนเจตนารมณ์ของรัฐซึ่งแสดงออกผ่านบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญเอง การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้เป็นหลักการทั่วไปในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 4 วรรคหนึ่งว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ผู้สูงอายุก็เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 48 วรรคสอง บัญญัติสิทธิของผู้สูงอายุว่า “บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งสิทธิของผู้สูงอายุดังกล่าวอยู่ภายใต้แนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในมาตรา 4 ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปว่าถ้าผู้สูงอายุเป็นบุคคลที่ไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพจะต้องได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้สูงอายุ

ได้รับสิทธิซึ่งเป็นประโยชน์ตามที่กฎหมายบัญญัติและได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นหลักการพื้นฐานหรือเป้าหมายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวเป็นการกำหนดกรอบอย่างกว้างเป็นหลักการทั่วไป ไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐไว้ในหมวด 5 เหมือนเรื่องการจัดการศึกษา⁷⁰ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดำเนินการ หรือการบริการสาธารณสุข⁷¹ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้เป็นสิทธิของประชาชนและเป็นหน้าที่ของรัฐเช่นกัน ซึ่งทั้งสองตัวอย่างดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นกรณีของการสร้าง พัฒนา บำรุงรักษาทรัพยากรมนุษย์ที่เป็นกำลังการผลิต และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว พบว่ามีความสัมพันธ์กันระหว่าง การที่รัฐมุ่งส่งเสริมพัฒนาทรัพยากรมนุษย์กับการเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัว กล่าวคือในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ กำหนดให้รัฐพึงเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัวอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสังคม⁷² ส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นพลเมืองที่ดีมีคุณภาพและมีความสามารถสูงขึ้น⁷³ ให้ความช่วยเหลือผู้สูงอายุให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้ผู้สูงอายุถูกใช้ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม⁷⁴ ซึ่งอาจมองได้ว่าท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากรสู่การเป็นสังคมสูงอายุ และกำลังยกระดับไปสู่สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์และสังคมสูงอายุระดับสุดยอดในระยะเวลาอันใกล้ อันนำมาซึ่งปัญหาการขาดแคลนแรงงาน ปัญหาด้านการคลัง ภาระงบประมาณรายจ่ายภาครัฐ ประกอบกับประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่สามารถทุ่มงบประมาณเพื่อจัดสวัสดิการให้แก่ผู้สูงอายุได้อย่างเต็มที่ รัฐธรรมนูญจึงออกแบบแนวนโยบายแห่งรัฐให้ส่งเสริมการพัฒนาบุคคล ซึ่งเป็นทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นผู้มีความรู้ มีคุณภาพและมีความสามารถสูงขึ้นหรือเป็นแรงงานมีทักษะเพื่อให้ได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานสูงขึ้น กล่าวคือมุ่งส่งเสริมพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ที่จะเติบโตเป็นกำลังการผลิตเพื่อสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจให้กับตนเองและประเทศ เพื่อให้บุคคลสามารถพึ่งพาตนเองได้ เมื่อบุคคลมีความสามารถในการพึ่งพาตนเองได้แล้วรัฐก็ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลดังกล่าวดูแลครอบครัวซึ่งรวมถึงผู้สูงอายุด้วย เพราะสถาบันครอบครัวน่าจะเป็นผู้ที่ดูแลผู้สูงอายุในครอบครัวได้ดีและเหมาะสมอันจะทำให้ผู้สูงอายุดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรีทั้งทางร่างกายและจิตใจมากกว่าการดูแลโดยรัฐ เพียงแต่รัฐจะต้องเป็นผู้ให้การส่งเสริมสนับสนุน

⁷⁰ มาตรา 54 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁷¹ มาตรา 47 และมาตรา 55 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁷² มาตรา 71 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁷³ มาตรา 71 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁷⁴ มาตรา 71 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ผ่านนโยบาย กฎหมาย และมาตรการต่าง ๆ ซึ่งแนวนโยบายแห่งรัฐในเรื่องของการส่งเสริมสถาบันครอบครัวนี้อาจส่งผลต่อการกำหนดนโยบายหรือกฎหมายอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น ประมวลรัษฎากรในเรื่องการหักค่าลดหย่อนภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาในกรณีค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา⁷⁵ หรือค่าเบี้ยประกันสุขภาพบิดามารดาของผู้มีเงินได้⁷⁶ เป็นต้น จึงเห็นได้ว่ากรอบของรัฐธรรมนูญเองเป็นแนวทางให้รัฐในการตรากฎหมายอื่น ตลอดจนกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินด้วย⁷⁷ และดังที่กล่าวแล้วว่าเนื่องจากสภาวะการณ์ของประเทศไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องมุ่งส่งเสริมและพัฒนาบุคคลซึ่งเป็นกำลังการผลิตมากกว่าการดูแลบุคคลที่ไม่ได้เป็นกำลังการผลิต จึงเป็นการยากที่โดยลำพังรัฐจะสามารถดำเนินการคุ้มครองดูแลผู้สูงอายุได้อย่างมีประสิทธิภาพ การดำเนินการเพื่อให้เกิดการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุจึงต้องกระทำในหลายมิติไปพร้อมกันทั้ง มิติด้านตัวบุคคล ที่จะต้องส่งเสริมพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นบุคคลที่มีคุณภาพมีความสามารถในการพึ่งตนเอง และมีการเตรียมความพร้อมให้บุคคลแต่ละคนมีความพร้อมที่จะเข้าสู่การเป็นผู้สูงอายุได้อย่างมั่นคงมีคุณค่า มิติด้านสถาบันครอบครัว ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของสังคมที่ต้องมีความเข้มแข็ง มีความสามารถในการพึ่งตนเองและการดูแลผู้สูงอายุในครอบครัว⁷⁸ มิติด้านชุมชน ที่ต้องช่วยเหลือหรือร่วมมือกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการจัดระบบสวัสดิการที่เหมาะสมแก่ผู้สูงอายุและคนทุกวัยภายในชุมชนของตนเอง⁷⁹ มิติด้านภาคเอกชน อาทินายจ้างที่ต้องมีบทบาทส่งเสริมสนับสนุนการจ้างงานผู้สูงอายุที่มีความสามารถทำงานต่อไปได้ เพื่อให้ผู้สูงอายุมีรายได้และพึ่งพาตนเองได้ และมิติด้านภาครัฐ ทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น⁸⁰

⁷⁵ ประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 136) เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการหักลดหย่อนค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ตามมาตรา 47 (1) (ญ) แห่งประมวลรัษฎากร ลงวันที่ 14 มกราคม 2548 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 230) เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการหักลดหย่อนค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ตามมาตรา 47 (1) (ญ) แห่งประมวลรัษฎากร ลงวันที่ 31 มกราคม 2556

⁷⁶ ประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 162) เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ เพื่อกำหนดวงเงินภาษีเงินได้สำหรับเงินได้เท่าที่ผู้มีเงินได้จ่ายเป็นเบี้ยประกันภัย สำหรับการประกันสุขภาพบิดามารดาของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2549

⁷⁷ มาตรา 64 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁷⁸ มาตรา 71 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁷⁹ มาตรา 43 วรรคหนึ่ง (4) และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 250 ประกอบกับพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 รวมทั้งพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546

ที่ต้องสนับสนุนส่งเสริมทั้งด้านนโยบาย กฎหมาย และมาตรการต่าง ๆ ที่สามารถเอื้ออำนวยให้บุคคล ครอบครัว ชุมชน ภาคเอกชน รวมทั้งรัฐเองสามารถประสานการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถตอบสนองความต้องการของผู้สูงอายุได้อย่างแท้จริง อันจะนำไปสู่การดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพและมีคุณค่าซึ่งเป็นเป้าหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การที่รัฐธรรมนูญรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิผู้สูงอายุ รัฐซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อให้ผู้สูงอายุได้รับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยการตราพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 กำหนดรายละเอียดสิทธิผู้สูงอายุที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ ในการดำเนินการด้านผู้สูงอายุ แต่ปรากฏว่ากฎหมายและมาตรการดังกล่าวยังอาจมีข้อบกพร่องอันเกิดจากทั้งตัวบทบัญญัติของกฎหมาย การบังคับใช้และการตีความกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นอาจยังไม่สอดคล้องกับสภาพความจำเป็นและความต้องการของผู้สูงอายุที่มีอยู่หลายกลุ่ม ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นผู้สูงอายุที่มีความสามารถในการพึ่งพาตนเอง ผู้สูงอายุมีรายได้น้อย ผู้สูงอายุที่อยู่ตามลำพังคนเดียวหรืออยู่ตามลำพังกับผู้สูงอายุด้วยกัน ผู้สูงอายุที่อยู่ในภาวะพึ่งพิง หรืออาจแบ่งตามหลักการช่วยเหลือตนเองในกิจวัตรประจำวันของผู้สูงอายุ ได้แก่ กลุ่มผู้สูงอายุติดสังคม กลุ่มผู้สูงอายุติดบ้าน และกลุ่มผู้สูงอายุติดเตียง ผู้สูงอายุในแต่ละกลุ่มย่อมมีความต้องการในปัจจัยพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตและการดูแลสุขภาพจิตใจแตกต่างกัน การให้สิทธิและการดำเนินการจะต้องคำนึงถึงความแตกต่างและอยู่บนพื้นฐานของการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

นอกจากนี้ยังพบสถานการณ์การละเมิดผู้สูงอายุของประเทศไทยที่พบว่ามี ความรุนแรง และการละเมิดผู้สูงอายุที่พบมากที่สุด 5 อันดับคือ ปัญหาความรุนแรงด้านจิตใจ ปัญหาการถูกทอดทิ้ง ไม่ดูแลหรือการดูแลที่ไม่เหมาะสม ปัญหาการแสวงหาประโยชน์ในด้านทรัพย์สิน ปัญหาความรุนแรงจากการทำร้ายร่างกาย และปัญหาความรุนแรงทางเพศ⁸¹ สถานการณ์ดังกล่าวสะท้อนถึงการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุซึ่งมีแนวโน้มมากขึ้นเนื่องจากการเพิ่มจำนวนของผู้สูงอายุ จึงอาจกล่าวได้ว่าความจริงแล้วศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอาจเป็นเพียงหลักการที่บัญญัติตามแนวทางของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่เท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติอาจมิได้มีสถานะเป็นคุณค่าพื้นฐานหรือคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก

⁸¹ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “สถานการณ์สิทธิผู้สูงอายุไทย สู่สังคมสูงวัยอย่างมีศักดิ์ศรี”, มุมมองสิทธิ, 17,4 (เมษายน 2561) : 1.

ทัศนคติทั้งของรัฐและประชาชนเองที่มีต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งการไม่มียุทธศาสตร์ นโยบาย กฎหมาย และมาตรการในการคุ้มครองที่ชัดเจน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสิทธิผู้สูงอายุตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 กรณีสิทธิได้รับเงินเบี้ยยังชีพรายเดือนของผู้สูงอายุ⁸² ซึ่งโดยเจตนารมณ์แล้วประสงค์ช่วยเหลือในการดำรงชีพของผู้สูงอายุ หากแต่มีวิธีดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความจำเป็นและความต้องการที่แท้จริงของผู้สูงอายุ เนื่องจากจ่ายให้กับผู้สูงอายุทุกคน⁸³ โดยที่ผู้สูงอายุบางกลุ่มไม่ได้มีความจำเป็นและความต้องการแท้จริงในเงินเบี้ยยังชีพดังกล่าว อาทิ กลุ่มที่เป็นผู้สูงอายุที่มีความสามารถในการพึ่งตนเอง หรือกลุ่มผู้สูงอายุที่ยังสามารถทำงานและมีรายได้อยู่ ซึ่งความไม่มีประสิทธิภาพในวิธีการจ่ายเงินเบี้ยยังชีพสะท้อนโดยการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้ดำเนินโครงการบริจาคเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุเข้ากองทุนผู้สูงอายุ ตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2560 โดยจะนำเงินบริจาคมาจ่ายเป็นเงินช่วยเหลือให้แก่ผู้สูงอายุที่มีรายได้น้อยในโครงการลงทะเบียนเพื่อสวัสดิการแห่งรัฐ⁸⁴ การให้ผู้สูงอายุที่ได้รับเบี้ยยังชีพนำเงินที่ได้รับกลับมาบริจาคเข้ากองทุนผู้สูงอายุ ปรากฏว่าตั้งแต่เริ่มโครงการเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2560 จนถึงเดือนธันวาคม 2561 มีผู้สูงอายุเข้าร่วมโครงการเพียง 400 คน จากที่รัฐตั้งเป้าว่าจะมีผู้สูงอายุเข้าร่วมโครงการ 500,000 คน คิดเป็นเบี้ยยังชีพที่คาดว่าผู้สูงอายุบริจาคประมาณ 4,000 ล้านบาท⁸⁵ กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการที่รัฐให้สิทธิเบี้ยยังชีพแก่ผู้สูงอายุโดยมิได้จำแนกตามความเหมาะสม ความจำเป็นและความต้องการที่แท้จริงของผู้สูงอายุ เป็นการดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติให้ผู้สูงอายุที่ไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐ⁸⁶ นอกจากนี้ ในปัจจุบันยังพบปัญหาการจ่ายเงินเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุซ้ำซ้อนกับการจ่ายเงินประเภทอื่น อาทิ เงินบำนาญ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งรับผิดชอบจ่ายเงินเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุจึงเรียกคืนเงินเบี้ยยังชีพที่จ่ายให้แก่ผู้สูงอายุไปแล้ว แต่ผู้สูงอายุได้รับความเดือดร้อนจากการที่ไม่สามารถ

⁸² มาตรา 11 วรรคหนึ่ง (11) พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546

⁸³ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยหลักเกณฑ์การจ่ายเงินเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2552 และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยหลักเกณฑ์การจ่ายเงินเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2561

⁸⁴ คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2560 วันที่ 1 สิงหาคม 2560 และวันที่ 7 พฤศจิกายน 2560 เห็นชอบให้ดำเนินโครงการบริจาคเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุเข้ากองทุนผู้สูงอายุ ใน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, คู่มือการรับแจ้งบริจาคเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุเข้ากองทุนผู้สูงอายุผ่านสถาบันการเงินของรัฐ ธนาคารพาณิชย์ และคณะผู้บริหารการคลังประจำจังหวัด, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2560), หน้า 1.

⁸⁵ โพสต์ทูเดย์, “คลังเผย 1 ปีมีผู้สูงอายุสละเบี้ยยังชีพแค่ 400 ราย,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.post-today.com/finance-stock/news/573442> [31 มกราคม 2564]

⁸⁶ มาตรา 48 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นำเงินไปคืนแก่ทางราชการได้⁸⁷ หรือการลงทะเบียนในโครงการเราชนะของรัฐบาลที่สนับสนุนเงินช่วยเหลือค่าครองชีพเพื่อบรรเทาภาระของประชาชน⁸⁸ ที่ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) กรณีผู้ประสงค์รับสิทธิในโครงการแต่ไม่มีสมาร์ตโฟนสำหรับลงทะเบียนจะต้องไปลงทะเบียนและแสดงตนด้วยตนเอง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้สูงอายุที่พบว่าต้องไปลงทะเบียนเข้าร่วมโครงการที่ธนาคารเป็นเวลาานาน ประกอบกับผู้สูงอายุมีสภาพร่างกายที่อ่อนแอเพราะชราภาพ มีโรคประจำตัว หรือบางรายเป็นผู้ป่วยติดเตียงที่ต้องไปลงทะเบียนเพื่อให้ได้สิทธินำเงินมาช่วยบรรเทาภาระค่าใช้จ่าย แม้ว่าต่อมาจะได้มีการแก้ไขโดยการเพิ่มช่องทางการลงทะเบียนแก่ผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือเป็นพิเศษและการรับลงทะเบียนถึงที่บ้านกรณีผู้ป่วยติดเตียง⁸⁹ แต่ปัญหาดังกล่าวสะท้อนถึงทัศนคติและวิธีการปฏิบัติของรัฐต่อผู้สูงอายุที่อาจไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคและไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุด้วย

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของต่างประเทศนั้น ผู้เขียนใคร่ขอยกตัวอย่างกรณีของประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นสังคมสูงอายุระดับสุดยอด (super aged society) ที่มีประชากรประมาณเกือบ 126 ล้านคน⁹⁰ เป็นประชากรสูงอายุ (บุคคลที่มีอายุ 65 ปีขึ้นไป) ประมาณ 36.17 ล้านคน หรือสูงถึงร้อยละ 28.7 ของประชากรทั้งประเทศ และคาดการณ์ว่า จะเพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 35.3 ในปี ค.ศ. 2040⁹¹ ประเทศญี่ปุ่นจึงต้องสร้างมาตรการรับมือกับปัญหาที่ตามมาจากการเป็นสังคมสูงอายุ อาทิ ปัญหาด้านการขาดแคลนแรงงาน ปัญหาด้านการจัดสวัสดิการ

⁸⁷ ต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาข้อหารือของกรมกิจการผู้สูงอายุ ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจ่ายเงินเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 โดยมีความเห็นว่า “...เงื่อนไขที่กำหนดว่าผู้สูงอายุที่จะได้รับเงินเบี้ยยังชีพต้องไม่เป็นผู้รับสวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์อื่นใดจากหน่วยงานของรัฐ ฯลฯ เป็นเงื่อนไขที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติผู้สูงอายุฯ เงื่อนไขนั้นจึงใช้บังคับไม่ได้ การจ่ายเงินเบี้ยยังชีพให้แก่ผู้สูงอายุที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขดังกล่าว จึงเป็นการจ่ายเงินให้โดยชอบแล้ว ในกรณีที่ผู้สูงอายุผู้ใดนำเงินมาคืนให้ทางราชการ หน่วยงานของรัฐที่รับเงินคืนไว้ย่อมมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินนั้นคืนให้ผู้สูงอายุผู้นั้นต่อไป...มีข้อเสนอแนะว่า หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบควรรับดำเนินการแก้ไขระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยหลักเกณฑ์การจ่ายเงินเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น...เพื่อให้การจ่ายเงินเบี้ยยังชีพแก่ผู้สูงอายุสอดคล้องกับมาตรา 48 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 11 (1) และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติผู้สูงอายุฯ”

⁸⁸ ข่าวกระทรวงการคลัง ฉบับที่ 9/2564 วันที่ 19 มกราคม 2564

⁸⁹ ประชาชาติธุรกิจ, “คลังเพิ่มจุดลงทะเบียน เราชนะ 3,500 แห่ง เริ่ม 22 ก.พ.นี้,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.prachachat.net/finance/news-617164> [22 กุมภาพันธ์ 2564]

⁹⁰ The Government of Japan, “About Japan,” [online], Available from : <https://www.japan.go.jp/japan/> [15 April 2021]

⁹¹ The Japan Times, “Older people account for record 28.7% of Japan’s population,” [online], Available from : <https://www.japantimes.co.jp/news/2020/09/21/national/elderly-japan-population-record/> [17 April 2021]

ปัญหาด้านงบประมาณ⁹² สำหรับมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับมือกับการเป็นสังคมสูงอายุมีหลายประการ ที่สำคัญได้แก่ กฎหมายพื้นฐานว่าด้วยมาตรการสำหรับสังคมสูงอายุ ค.ศ. 1995⁹³ ที่บัญญัติหลักการพื้นฐานสำหรับการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในการรับมือกับสังคมสูงอายุเพื่อสร้างสังคมที่เป็นธรรมและประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดี⁹⁴ โดยกำหนดนโยบายพื้นฐานด้านการทำงานและรายได้ สุขภาพและสวัสดิการ การเรียนรู้และการมีส่วนร่วมทางสังคม สภาพแวดล้อมที่อยู่อาศัย การส่งเสริมการวิจัย และระบบการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อนโยบายของรัฐบาลเกี่ยวกับมาตรการสำหรับสังคมสูงอายุ⁹⁵ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการละเมิดผู้สูงอายุฯ ค.ศ. 2005⁹⁶ เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อป้องกันการละเมิด การทารุณกรรมผู้สูงอายุ และการสนับสนุนผู้ดูแลผู้สูงอายุโดยเฉพาะโดยถือว่าการละเมิดผู้สูงอายุเป็นเรื่องร้ายแรง⁹⁷ ในส่วนของการจัดสวัสดิการการดูแลผู้สูงอายุของประเทศญี่ปุ่นมีระบบสวัสดิการที่ครอบคลุมสำหรับการดำรงชีวิต ได้แก่⁹⁸ ด้านการทำงานและรายได้มีกฎหมายว่าด้วยบำนาญ กฎหมายว่าด้วยความมั่นคงด้านการจ้างงานผู้สูงอายุ⁹⁹ ด้านการดูแลมีกฎหมายประกันการดูแลระยะยาว (Long-term Care Insurance) ด้านสิ่งแวดล้อมสำหรับผู้สูงอายุมีกฎหมายควบคุมการก่อสร้างอาคาร ด้านสวัสดิการมีกฎหมายว่าด้วยสวัสดิการสังคมสำหรับผู้สูงอายุ¹⁰⁰ เป็นต้น ซึ่งมาตรการรับมือกับสังคมสูงวัยของญี่ปุ่นมีพัฒนาการและได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางด้านประชากรที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ดังนั้น ประสบการณ์การรับมือกับสังคมสูงอายุของประเทศญี่ปุ่นจึงน่าจะใช้เป็นบทเรียนให้กับประเทศไทยนำมาปรับใช้เพื่อรับมือกับสังคมสูงอายุได้ แม้ว่าทั้งสองประเทศจะมีความแตกต่างกันทั้งในด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคม ซึ่งผู้เขียนจะขอเสนอในโอกาสต่อไป

⁹² วรพชร จันทรันต์, “มาตรการทางกฎหมายในการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุของประเทศไทย ประสบการณ์จากประเทศญี่ปุ่น,” รัฐสภาสาร 64,3 (มีนาคม 2559): 61.

⁹³ The Basic Law on Measures for the Aging Society 1995

⁹⁴ Article 2 of the Basic Law on Measures for the Aging Society 1995

⁹⁵ Article 9 - 14 of the Basic Law on Measures for the Aging Society 1995

⁹⁶ Act on the Prevention of Elder Abuse, Support for Caregivers of Elderly Persons and Other Related Matters 2005

⁹⁷ Article 1 of Act on the Prevention of Elder Abuse, Support for Caregivers of Elderly Persons and Other Related Matters 2005

⁹⁸ วรพชร จันทรันต์, “มาตรการทางกฎหมายในการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุของประเทศไทย ประสบการณ์จากประเทศญี่ปุ่น,” รัฐสภาสาร 64,3 (มีนาคม 2559): 65-68.

⁹⁹ Act on Stabilization of Employment of Elderly Persons 1971

¹⁰⁰ Act on Social Welfare for the Elderly 1963

6. บทสรุป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งโดยตรงและโดยปริยายสามารถแบ่งออกได้เป็นสองช่วง ช่วงแรกตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ที่ไม่ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยตรง แต่ก็ได้บัญญัติสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาคไว้ จึงถือได้ว่าเป็นการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยโดยปริยาย ช่วงที่สองตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน ที่ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้โดยชัดแจ้งรวมทั้งบัญญัติหลักประกันของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เอาไว้ด้วย ส่วนแนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นอาจแบ่งพิจารณาได้เป็นสองกรณี กรณีแรก พิจารณาการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุตามหลักการทั่วไป หมายถึง การคุ้มครองผู้สูงอายุทั้งในด้านชีวิต ร่างกายและจิตใจ อันเป็นลักษณะที่แท้จริงของความเป็นมนุษย์ ซึ่งก็คือสิทธิในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในความเสมอภาค ในที่นี้หมายถึงปัจจัยที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของผู้สูงอายุอันได้แก่ อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม การดูแลสุขภาพ และการที่ผู้สูงอายุสามารถเข้าถึงปัจจัยดังกล่าวได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ส่วนกรณีที่สอง พิจารณาการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุภายใต้บริบทของประเทศไทย หมายถึง การคุ้มครองผู้สูงอายุโดยคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมไทย เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนาและเป็นสังคมสูงอายุแล้วและกำลังก้าวไปสู่สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์และสังคมสูงอายุนี้อาจจะประสบกับปัญหาในเวลาที่ประเทศไทยมีอัตราการเกิดต่ำ เกิดภาวะขาดแคลนแรงงานที่เป็นกำลังการผลิตแต่ประชากรผู้สูงอายุกลับเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากความก้าวหน้าทางด้านการแพทย์และสาธารณสุข รัฐจึงต้องรับภาระด้านงบประมาณมากขึ้นในขณะที่ประชากรวัยทำงานที่จะสร้างรายได้ให้ประเทศกลับลดลง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงวางรูปแบบกลไกในการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์เพื่อให้เป็นทรัพยากรที่มีคุณภาพสูง สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีค่าตอบแทนสูง อันจะนำไปสู่การพึ่งพาตนเองและดูแลสถาบันครอบครัวและผู้สูงอายุต่อไปได้ ซึ่งจะเป็นการลดภาระทั้งด้านงบประมาณและบุคลากรของภาครัฐ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังวางกลไกในการส่งเสริมให้สถาบันครอบครัวและชุมชนมีความเข้มแข็งเพื่อให้สามารถดูแลกันเองได้โดยรัฐเป็นผู้ส่งเสริมสนับสนุนผ่านนโยบาย กฎหมาย และมาตรการต่าง ๆ โดยเชื่อว่าการเสริมสร้างให้ทรัพยากรบุคคล สถาบันครอบครัวและชุมชนมีความเข้มแข็งสามารถดูแลผู้สูงอายุภายใน

ครอบครัวและภายในชุมชนของตนเองได้ ก็จะเป็นวิธีการในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุได้อย่างมีประสิทธิภาพภายใต้บริบทของสังคมไทย แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพ ปกป้องคุ้มครอง และทำให้เกิดขึ้นจริง แต่ในทางปฏิบัติศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจถูกละเมิดหรือถูกกลั่นแกล้งอันเนื่องมาจากปัจจัยทางด้านการเมือง ปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจ ปัจจัยทางด้านสังคมและวัฒนธรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุ ประกอบกับการที่รัฐยังไม่ได้มีนโยบาย กฎหมาย หรือมาตรการที่เป็นรูปธรรมเกี่ยวกับการสร้างความเข้มแข็งให้กับสถาบันครอบครัวหรือการส่งเสริมให้ชุมชนจัดระบบสวัสดิการชุมชนซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการดูแลผู้สูงอายุตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ รัฐจึงต้องมีนโยบาย กฎหมาย และมาตรการที่เป็นรูปธรรมในการป้องกันการละเมิดและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้สูงอายุซึ่งเป็นบุคคลที่มีความเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจที่สอดคล้องกับบริบททางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมไทยตามความเหมาะสม ความจำเป็นและความต้องการที่แท้จริงของผู้สูงอายุ ซึ่งจะต้องดำเนินการในหลายมิติไปพร้อมกัน ทั้งมิติด้านตัวบุคคล มิติด้านสถาบันครอบครัว มิติด้านชุมชน มิติด้านภาคเอกชน และมิติด้านภาครัฐทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น เพื่อให้ผู้สูงอายุในฐานะที่เป็นกลุ่มประชากรของประเทศที่กำลังเพิ่มจำนวนขึ้นอย่างรวดเร็ว ได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ไม่เป็นเพียงอุดมการณ์หรืออุดมคติที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จะต้องทำให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติด้วย แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วรัฐจะมีข้อจำกัดด้านงบประมาณ เศรษฐกิจ หรือการเมือง แต่ข้อจำกัดเหล่านั้นก็ไม่อาจเป็นข้ออ้างของรัฐที่จะเพิกเฉยไม่ดำเนินการเพื่อให้การคุ้มครอง หากแต่รัฐยังคงมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความก้าวหน้าในการปฏิบัติภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวตามความจำเป็น ความเหมาะสม และตามลำดับความสำคัญ และไม่ว่ารัฐจะดำเนินการภายใต้ข้อจำกัดอย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่อาจดำเนินการหรือละเลยจนกระทบกระเทือนกับสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันได้แก่สิทธิในชีวิตและร่างกายและสิทธิในความเสมอภาคได้ ในแง่นี้สาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐต้องดำเนินการให้ผู้สูงอายุได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การกระทำทั้งหลายของรัฐจะต้องสอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ต้องเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หลักความเสมอภาคและหลักแห่งความได้สัดส่วน ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้สูงอายุจะได้รับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้บรรลุเจตนารมณ์ทั้งตามพันธกรณีระหว่างประเทศและตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกา กับการแพร่ระบาดของ COVID-19

Asian Hate Crimes in the United States and Covid-19 pandemic

ลดาวัลย์ ไยมนี

Laddawan Yaimanee

ผู้พิพากษา

ศาลจังหวัดหัวหิน ตำบลหัวหิน อำเภอหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ 77110

Judge

Huahin Provincial Court, Huahin, Huahin District, Prachuap Khiri Khan 77110

Corresponding author Email: ruk21us@yahoo.com

(Received: June 6, 2021; Revised: July 5, 2021; Accepted: October 12, 2021)

บทคัดย่อ

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2020 ทวีตโลกเผชิญหน้ากับการระบาดของเชื้อไวรัสโรคระบาด COVID-19 ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตของผู้คนและเศรษฐกิจในภาพรวมอย่างมหาศาล โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีสถิติผู้เสียชีวิตเป็นอันดับหนึ่ง การเกิดการแพร่ระบาดดังกล่าวทำให้สถิติอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวจีนหรือชาวเอเชียสูงขึ้นถึงร้อยละ 145 เนื่องจากถูกมองว่าเป็นต้นตอของไวรัสดังกล่าว นำไปสู่การทำร้ายในลักษณะต่าง ๆ อาทิเช่น การทำร้ายร่างกาย หรือการดูถูกเหยียดหยามด้วยประทุษวาจา (Hate Speech) แม้ในสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังบังคับใช้ทั้งในระดับประเทศและระดับมลรัฐอยู่แล้ว แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะจัดการกับอาชญากรรมในช่วงการแพร่ของโรคระบาดได้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีการผ่านร่างกฎหมาย COVID-19 Hate Crime Act เพื่อดำเนินการกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังในช่วงการแพร่ระบาดของโรค COVID-19 เป็นการเฉพาะเจาะจง โดยกฎหมาย

ดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่งานราชการในการเก็บข้อมูลไปจนถึงการให้ความรู้ และจัดโปรแกรมเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด

คำสำคัญ : อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง, คนเอเชีย, โควิด19, โคโรนาไวรัส

Abstract

Since 2020, around the world has faced a viral pandemic, the COVID-19, and it caused tremendous damage to people's lives and the economy, especially in the United States. They have gotten the number one death record. Because of the outbreak, hate crime against Chinese or Asians in the United States has raised 145 percent as they were viewed as the source of the virus. This has led to various types of harm such as physical harms and verbal abuses. Even in the United States, hate crime laws have enforced both the national and state level, it still has not been enough to deal with hate crime during the pandemic. Therefore, the Congress has passed the COVID-19 Hate Crime Act to specifically address hate crimes during the COVID-19 pandemic. The aforementioned law gives government agencies the power to collect information, to educate and to organize a program to change the behavior of offenders.

Keywords : Hate Crime, Asian, COVID-19, Coronavirus

บทนำ

เมื่อกล่าวถึงอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังหรือ Hate Crime นั้นเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่มุ่งเน้นคุ้มครองคนกลุ่มน้อยหรือผู้ที่มีความแตกต่างและมีเอกลักษณ์ (Stereotypes) บางอย่างต่างไปจากคนส่วนใหญ่ในสังคม ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้มักเป็นเรื่องของความแตกต่างทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ศาสนา ความเชื่อ เพศทางกายภาพ เพศสภาพ ชนชั้น สถานะทางสังคมหรือแม้แต่ความคิดเห็นทางการเมือง ในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่มีความหลากหลายของประชากรและวัฒนธรรม อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังสามารถพบเห็นได้ชัดเจน และอยู่ในความตระหนักของประชาชนรวมทั้งหน่วยงานภาครัฐ อาทิเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลจากอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังทั้งในระดับประเทศและมลรัฐ

อาจกล่าวได้ว่าในสหรัฐอเมริกา อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังนั้นแพร่หลายไปในวงกว้างในฐานะอาชญากรรมประเภทหนึ่ง แต่ลักษณะของอาชญากรรมและประเภทย่อยต่าง ๆ รวมถึงมูลเหตุจูงใจอันก่อให้เกิดอาชญากรรมนั้นจะมากหรือน้อย ย่อมแล้วแต่สิ่งแวดล้อมในประเภทต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดอาชญากรรม

ในช่วงปี ค.ศ. 2020 จนถึง ค.ศ. 2021 ในปัจจุบันนั้น ภายหลังจากการแพร่ระบาดของโรคไวรัส COVID-19 ประเทศทั่วโลกมีสถิติการเติบโตของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกานั้น ในปี ค.ศ. 2020 มีรายงานอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียถึง 3,800¹ กรณี โดยมีหลากหลายรูปแบบ อาทิ การคุกคามทางวาจา (Verbal Harassment) การผลักไสไม่แยแส (Shunning) และการทำร้ายแบบอื่น ๆ อาทิเช่น การทำร้ายร่างกายทางกายภาพ การไอหรือถ่มน้ำลายใส่ การเหยียดในสถานที่ทำงานหรือในสื่อออนไลน์ การกีดกันในสถานประกอบการและขนส่งสาธารณะ ตลอดจนการทำลายทรัพย์สิน

แม้แต่ในประเทศไทยเองก็เช่นกัน ในช่วงที่มีการแพร่ระบาดของของไวรัส COVID-19 ก็เกิดกระแสหวาดกลัวชาวจีนในประเทศไทย หวาดกลัวชาวยุโรปที่เข้ามาในประเทศ เนื่องจากการแพร่ระบาดของเชื้อในต่างประเทศ และต่อมาเมื่อเกิดสถานการณ์แพร่ระบาดของเชื้อไวรัสในจังหวัดสมุทรสาคร ก็นำไปสู่ความเกลียดชังหวาดกลัวต่อชาวมียนมาและประชาชนที่มีถิ่นที่อยู่ในจังหวัดสมุทรสาครด้วย แม้ความเกลียดชังที่มีต่อเชื้อชาติหรือพื้นเพของบุคคลจะไม่ใช่อุบายใหม่

¹ CONGRESS.gov, “S.937 — 117th Congress (2021-2022),” [online] Available from : <https://www.congress.gov/bills/117th-congress/senate-bill/937> [13 May 2021]

แต่การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสกลับเป็น “เหตุผล” และ “ข้ออ้าง” ที่ทำให้ผู้คนเกิดความเกลียดชังหรืออคติต่อเชื้อชาติของบุคคลในสังคม

บทความนี้มีวัตถุประสงค์อธิบายสถานการณ์ความเกลียดชังที่มีต่อชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกา ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของไวรัส มาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางสังคมที่เกิดขึ้นเพื่อรองรับกับสถานการณ์ดังกล่าว เพื่อที่จะทำให้รู้เท่าทันต่อสถานการณ์และนำมาประยุกต์ใช้หากเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นรุนแรงในประเทศไทยด้วย

1. เหตุการณ์ความเกลียดชังที่มีต่อชาวเอเชีย

ประเทศที่ยังมีความหลากหลายของอัตลักษณ์ของบุคคลย่อมเกิดความขัดแย้ง การเหยียดและนำไปสู่อคติระหว่างกลุ่มคนที่มีอัตลักษณ์แตกต่างกัน ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศต้นกำเนิดของคำว่า Hate Crime ในประวัติศาสตร์ของประเทศนั้น การก่อตั้งประเทศเป็นการหลอมรวมผู้คนจากทุกสารทิศ ทุกเชื้อชาติ ศาสนา ในลักษณะของ Melting Pot คือหลอมหลากวัฒนธรรมมาอยู่ร่วมกัน อย่างไรก็ตามไม่ใช่ว่าทุกเชื้อชาติจะสามารถหลอมรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้โดยปราศจากอคติใด ๆ กล่าวกันว่าในยุคแรกนั้นมีการต่อต้านคนผิวดำ เนื่องจากกลุ่มคนผิวขาวรู้สึกสูญเสียสถานภาพทางสังคมและความมั่นคงของตนเอง เกิดกลุ่มความเกลียดชัง (Hate Groups) ขึ้นหลายกลุ่ม อาทิ คลุคลักแคลน (Ku Klux Klan) ที่มีชื่อเสียงอย่างมาก

อย่างก็ตามกลุ่มเหล่านี้ไม่ได้มุ่งความเกลียดชังไปที่คนผิวดำเท่านั้น แต่ยังเจตนาให้ความเกลียดชังมีความหมายถึงชาวยิว ผู้อพยพจากยุโรปตะวันออกและเอเชีย เป็นต้น สำหรับชาวเอเชียนั้นเป็นกลุ่มคนที่เริ่มอพยพเข้าไปยังสหรัฐอเมริกาเป็นกลุ่มใหม่ และต่อมาตั้งรกรากเป็นชาวอเมริกันเชื้อสายเอเชียอยู่จำนวนมาก กับทั้งชาวเอเชียก็นิยมส่งลูกหลานไปศึกษาต่อ ในประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริการ่วมสมัยก็มีเหตุทำร้ายชาวเอเชียอยู่หลายกรณี อาทิ การฆาตกรรมชาวอเมริกันเชื้อสายจีนโดยกลุ่มคลุคลักแคลนในเท็กซัส เป็นต้น

จนกระทั่งการระบาดของโรค COVID-19 ซึ่งเริ่มมีการระบาดที่เมืองอู่ฮั่น สาธารณรัฐประชาชนจีน ทำให้ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น คือนายโดนัลด์ ทรัมป์ (Donald Trump) ใช้ประทุษวาจา (Hate Speech) เรียกไวรัสชนิดนี้ว่า “ไวรัสอู่ฮั่น” “ไวรัสจีน” หรือ “กังฟลู” (Kung Flu) ซึ่งคำพูดของนายทรัมป์นำไปสู่การสร้างแนวคิดว่า คนจีนหรือคนเอเชียนั้นเป็นพาหะเชื้อไวรัสที่นำพาไวรัสเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้ชาวอเมริกันจำนวนมากเกิดภาพความเกลียดกลัวและเกิดอคติต่อชาวจีน หรือชาวเอเชีย เป็นอคติต่อเชื้อชาติ (Xenophobia) ซึ่งก็สอดคล้องกับเหตุทำร้ายชาวเอเชียที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องภายหลังจากนั้น

เหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้น อาทิเช่น เหตุการณ์กราดยิงที่ร้านสปา 3 แห่งในเมืองแอตแลนตามลรัฐจอร์เจีย ทำให้มีผู้เสียชีวิต 8 ราย โดย 6 รายนั้นเป็นผู้หญิงชาวเอเชีย² ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวได้จุดกระแสแรงต่อต้านความเกลียดชังต่อคนเชื้อสายเอเชีย ซึ่งนำไปสู่แฮชแท็ก #StopAsianHate นอกจากนี้ยังมีอีกหลายเหตุการณ์ เช่น กรณีการถูกทำร้ายร่างกายจนเสียชีวิตของนายวิชารัตนภักดี ชาวไทยวัย 84 ปี ในซานฟรานซิสโก³ หรือเหตุการณ์หญิงเชื้อสายเวียดนามวัย 64 ปี ถูกขโมยเงิน 1,000 เหรียญสหรัฐในแคลิฟอร์เนีย⁴ ส่วนที่นิวยอร์กก็มีกรณีผู้หญิงอเมริกันเชื้อสายฟิลิปปินส์ถูกทำร้ายร่างกายในสถานีรถไฟใต้ดิน⁵ ฯลฯ

โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่าภายหลังการระบาดของไวรัส COVID-19 นั้น สร้างกระแสความเกลียดชังต่อชาวเอเชียมากขึ้นเป็นประวัติการณ์ และเหตุการณ์เหล่านั้นมีทั้งเหตุการณ์เล็กน้อยในระดับการพูดจาเหยียดหยาม หรือแสดงพฤติกรรมก้าวร้าวใส่ ไปจนถึงการทำร้ายร่างกาย ที่สำคัญคือเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งควรเป็นผู้รักษากฎหมายก็อยู่ในกลุ่มของบุคคลที่มีอคติต่อชาติพันธุ์ ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมด้วย

2. สถิติอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกา

ในการศึกษาตัวเลขจากสถิติโดยรายงานระดับชาติเรื่อง “อคติและอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังที่มีต่อชาวเอเชีย” (Report to the Nation: Anti-Asian Prejudice & Hate Crime) โดยสำรวจจากใน 18 เมืองในสหรัฐอเมริกา โดยภาพรวมนั้น ในปี ค.ศ. 2020 อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังลดลงร้อยละ 6 แต่อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียนั้นเพิ่มขึ้นร้อยละ 145 โดยสามารถศึกษาแนวโน้มได้จากตารางนี้

² The Guardian, “Authorities name all eight victims in Atlanta spa shootings,” [online] Available from : <https://www.theguardian.com/us-news/2021/mar/19/atlanta-spa-shootings-victims-named> [13 May 2021]

³ มติชนสุดสัปดาห์, “การเสียชีวิตของวิชา รัตนภักดี กับปัญหาเหยียดผิวในสังคมอเมริกัน,” [online] Available from : https://www.matichonweekly.com/column/article_401697 [13 May 2021]

⁴ FOX KTVU, “Asian community feels targeted by crime ahead of Lunar New Year celebrations,” [online] Available from : <https://www.ktvu.com/news/asian-community-feels-targeted-by-crime-ahead-of-lunar-new-year-celebrations> [13 May 2021]

⁵ The New York Times, “Brutal Attack on Filipino Woman Sparks Outrage: ‘Everybody Is on Edge’,” [online] Available from : <https://www.nytimes.com/2021/03/30/nyregion/asian-attack-nyc.html> [13 May 2021]

ตารางที่ 1 แสดงอัตราการเกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง⁶

City Population	Total Hate Crimes 2019	Total Hate Crimes 2020	% of Change for Total Hate Crimes 2019-2020	% of Population - AAPI	Percent of Change Anti-Asian Hate Crimes	2019 Anti-Asian	2020 Anti-Asian
New York City, NY 8,336,817	428	265	-38%	14.5%	833%	3	28
Los Angeles, CA 3,979,537	326	355	9%	11.6%	114%	7	15
Chicago, IL 2,693,959	100	81	-19%	6.9%	0%	2	2
Houston, TX 2,316,797	25	47	88%	6.5%	-	0	3
Phoenix, AZ 1,680,988	156	204	31%	4.2%	50%	2	3
Philadelphia, PA 1,584,064	35	17	-51%	7.5%	200%	2	6
San Antonio, TX 1,508,083	9	38	322%	2.8%	0%	0	0
San Diego, CA 1,423,852	30	25	-17%	17.2%	-	0	1
Dallas, TX 1,343,565	31	62	100%	3.40%	-	0	6
San Jose, CA 1,021,786	34	89	162%	38.0%	150%	4	10
San Francisco, CA 881,549	64	52	-19%	35.0%	50%	6	9
Seattle, WA 753,655	114	126	11%	16.9%	33%	9	12
Denver, CO 727,211	88	71	-19%	3.7%	-	0	3
Washington, DC 705,749	203	132	-35%	4%	-83%	6	1
Boston, MA 694,295	170	146	-14%	9.7%	133%	6	14
Long Beach, CA 462,645	23	18	-22%	12.3%	-	NA	0
Cleveland, OH 380,989	116*	NA	-	2.4%	200%	2	6
Cincinnati, OH 303,954	41	45	10%	2.3%	-	0	1
TOTALS	1877	1773	-6%	N/A	145%	49	120

จากตารางนี้จะเห็นได้ว่าทั้งที่ตัวเลขในแต่ละเมืองในส่วนของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังโดยภาพรวมลดลง แต่อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียกลับเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะในเมืองใหญ่นิวยอร์ก ถึงกับเพิ่มขึ้นร้อยละ 833 ซึ่งนับเป็นตัวเลขที่น่าตระหนกอย่างยิ่ง เพราะเท่ากับว่าเป็นในเมืองใหญ่ ก็ยังมีโอกาสอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังสูงขึ้น และความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของชาวเอเชียลดน้อยลง

ในลำดับต่อไปจะแสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่แสดงออกถึงความเกลียดชังที่พบได้ทั่วไปที่แม้บางพฤติกรรมยังไม่ถึงขนาดเป็นอาชญากรรม แต่ก็ถือว่าเป็น Hate Incidence หรือเหตุการณ์ที่แสดงออกถึงความเกลียดชัง และสามารถพัฒนาเป็นอาชญากรรมได้ในอนาคต

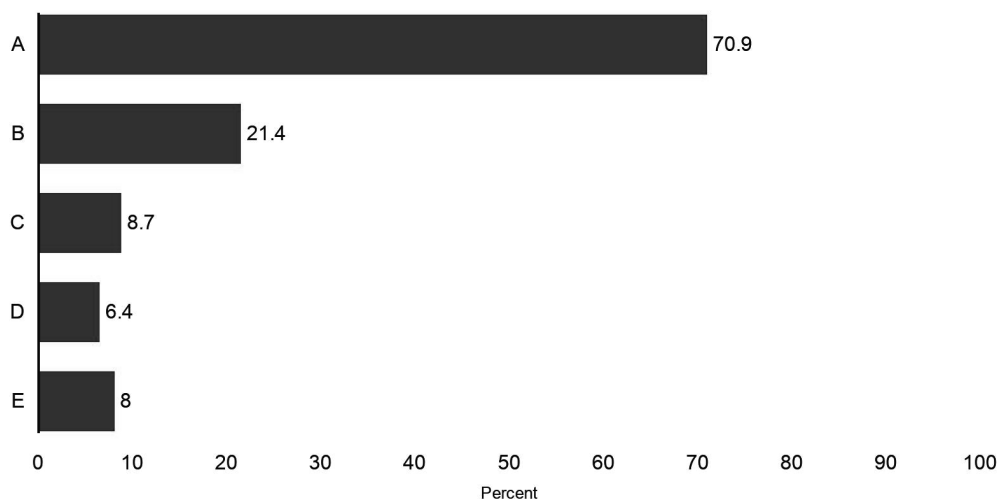
⁶ Center of the Study of Hate & Extremism (CSUSB), "Fact Sheet: Anti-Asian Prejudice March 2021," [online] Available from : <https://www.csusb.edu/sites/default/files/FACT%20SHEET-%20Anti-Asian%20Hate%202020%20rev%203.21.21.pdf> [13 May 2021]

กราฟที่ 1 แสดงการกระทำที่แสดงออกถึงความเกลียดชัง⁷

What kinds of discrimination have been reported?

Percentage of 2,808 reported incidents from March-December 2020

A - Verbal harassment B - Shunning C - Physical assault
D - Coughed/spat on E - Workplace discrimination or refusal of service



Source: Stop AAPI Hate Reporting Center

BBC

จากกราฟนี้แสดงให้เห็นว่า จาก 2,802 กรณีที่เกิดขึ้นในระหว่างเดือนมีนาคม ถึงธันวาคม ค.ศ. 2020 สามารถแบ่งประเภทของการทำร้ายออกได้เป็น 5 ประเภทด้วยกัน ประเภทแรก que พบมากที่สุดคือ การใช้ประทุษวจา (Hate Speech) ร้อยละ 70.9 การพลักไล่ไม่แยแส (Shunning) ร้อยละ 21.4 การทำร้ายร่างกาย ร้อยละ 8.7 การไอหรือถ่มน้ำลายใส่ ร้อยละ 6.4 การเหยียดในที่ทำงานหรือการปฏิเสธไม่ให้บริการ ร้อยละ 8

โดยสรุปแล้วสามารถเห็นได้ชัดว่าจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค COVID-19 นั้น ส่งผลกระทบให้อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียนั้นเพิ่มขึ้นอย่างก้าวกระโดด และมีลักษณะที่หลากหลายตั้งแต่พฤติกรรมการเหยียดในชีวิตประจำวันไปจนถึงการก่ออาชญากรรมขนาดใหญ่อย่างการกราดยิง เป็นต้น

⁷ Stop AAPI Hate Reporting Center cited in BBC NEWS, "COVID 'hate crimes' against Asian Americans on rise," [online] Available from : <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-56218684> [13 May 2021]

3. สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชีย

อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษทางอาญา ในทางอาชญาวิทยานั้นจำเป็นที่จะต้องค้นหาถึงสาเหตุที่ทำให้ประชาชนเกิดอคติหรือความเกลียดชังต่อชาติพันธุ์ใดชาติพันธุ์หนึ่งขึ้น ซึ่งในที่นี้จะขอยกทฤษฎีทางอาชญาวิทยาขึ้นอธิบาย 2 ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่างกัน ของ เอ็ดวิน ชัทเธอร์แลนด์ (Sutherland's Differential Associations Theory)⁸ และ ทฤษฎีกดดันทั่วไปของ โรเบิร์ต แอแกน (Strain Theory (GST) by Robert Agnew)⁹

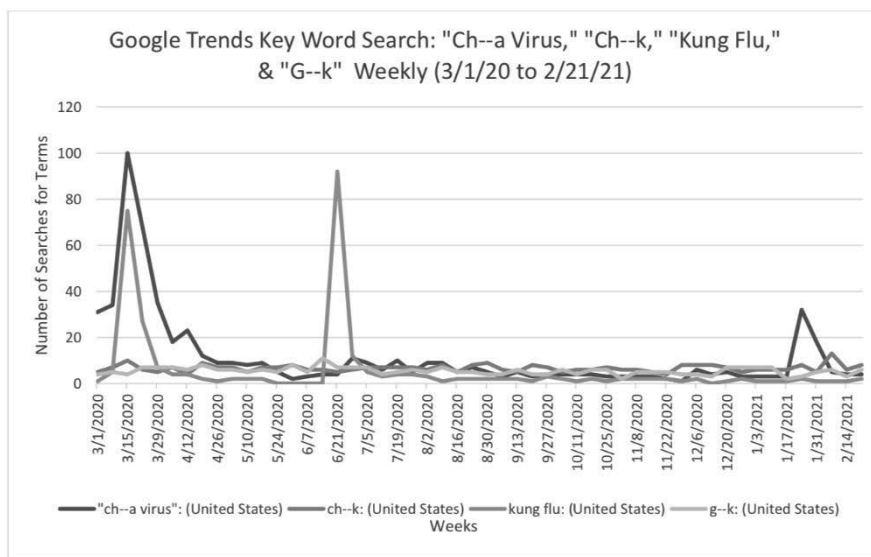
เริ่มต้นที่ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่างกันซึ่งมักจะใช้อธิบายการกระทำความผิดในเด็กและเยาวชน แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีในกลุ่มทฤษฎีการเรียนรู้ทางจิตวิทยา และสามารถนำมาใช้อธิบายพฤติกรรมการเรียนรู้และการลอกเลียนแบบของมนุษย์ได้ด้วย เอ็ดวิน ชัทเธอร์แลนด์ ผู้เป็นผู้ริเริ่มทฤษฎีนี้ถือว่า พฤติกรรมเกิดจากการเรียนรู้ พฤติกรรมอาชญากรรมเองก็เกิดจากการเรียนรู้ในการคบหากับบุคคลที่มีแนวโน้มเป็นอาชญากร โดยเรียนรู้ถึงเทคนิคในการกระทำความผิด ทิศทางเฉพาะของแรงดลใจ แรงผลักดัน การใช้เหตุผล ทักษะเกี่ยวกับการกระทำความผิด ท้ายที่สุดความเห็นด้วยกับการละเมิดกฎหมายย่อมมีมากกว่าความเห็นด้วยกับการไม่ละเมิด

ในภาวะการระบาดของโรค COVID-19 นั้น เป็นที่ชัดเจนว่าสื่อต่าง ๆ แพร่หลายและเสนอข่าวว่าไวรัสเริ่มต้นที่ประเทศจีน จากนั้นก็ขยายความในทำนองว่าคนจีนคือพาหะของไวรัส เมื่อมีการเสฟสื่อต่าง ๆ ที่มีลักษณะเช่นนี้ผ่านทางหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ สื่อออนไลน์ รวมทั้งการสนทนาในบ้าน โรงเรียน หรือกลุ่มเพื่อน รวมทั้งการที่ประธานาธิบดีซึ่งเป็นบุคคลสำคัญและเป็นต้นแบบแก่คนจำนวนมากพูดตำหนิชาวจีนในลักษณะเหมารวม ย่อมจะทำให้ผู้คนซึมซาบ เรียนรู้ และเกิดความเกลียดชัง ผ่านต้นแบบดังกล่าวจนเกิดค่านิยมขึ้น เกิดแรงผลักดันให้มุ่งร้ายต่อคนจีน และคนที่มีลักษณะทางกายภาพคล้ายคลึงกันอย่างคนเอเชีย และเมื่อมีคนจำนวนมากเข้าที่เห็นดีเห็นงามด้วย กับทั้งเจ้าหน้าที่รัฐเองก็ไม่ได้ห้ามปราม กับทั้งบางกรณียังเป็นแรงสนับสนุน ผู้คนก็พร้อมจะประกอบอาชญากรรมที่มาจากแรงผลักดันทางความเชื่อและการเรียนรู้ของตนเอง

⁸ Sutherland, Edwin H., "The Theory of Differential Association" In *Readings in Criminology and Penology* edited by David Dressler, (New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 1972), pp. 365-371.

⁹ Agnew, R, "Building on the Foundation of General Strain Theory: Specifying the Types of Strain Most Likely to Lead to Crime and Delinquency," *Journal of Research in Crime and Delinquency* 38,4 (November 2001): 319 - 361.

กราฟที่ 2 แสดงความนิยมของการสืบค้นข้อมูลของกูเกิลคำว่า
 “Ch—a Virus”, “Ch—k” “Kung Flu” และ “G—k”
 ระหว่างวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ.2020 ถึง 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2021 รายสัปดาห์¹⁰



Source: CSHE/Google Trends Searchable Database (2021)

จากกราฟดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าในช่วงเวลาดังกล่าว มีการสืบค้นคำที่เป็นประทุษวาจา (Hate Speech) โดยขึ้นความนิยมหรือเทรนรายสัปดาห์มาโดยตลอดระยะเวลา 1 ปีที่เกิดการระบาดของโรค COVID-19 ยิ่งมีการเรียนรู้โดยการสืบค้น ยิ่งสื่อต่าง ๆ ให้ข้อมูลในแง่ลบ นำเสนอความขัดแย้ง บุคคลสำคัญหรือบุคคลที่มีชื่อเสียงให้ความเห็นในเชิงสนับสนุนก็จะยิ่งเกิดการเสริมแรงทางบวกให้แก่ผู้กระทำความผิด ทำให้ไม่เกรงกลัวกฎหมาย และยังไม่อาจยับยั้งการกระทำความผิดได้

สำหรับทฤษฎีที่น่าสนใจทางอาชญวิทยาอีกหนึ่งทฤษฎีก็คือ ทฤษฎีกดดันของ โรเบิร์ต แอคนิว (Strain Theory (GST) by Robert Agnew) ในทฤษฎีนี้แอคนิวกล่าวว่า ความกดดันที่นำไปสู่อาชญากรรมมี 3 ประเภทคือ ความกดดันจากการไม่ได้รับสิ่งที่คาดหวัง ความกดดันที่เกิดจากการถูกทอดถอนหรือสูญเสียสิ่งที่มีค่าของบุคคลและความกดดันที่เกิดจากการประสบกับเหตุการณ์ที่ร้ายแรง ซึ่งก็สอดคล้องกับวิกฤติของ COVID-19 ที่นำไปสู่สภาวะล็อกดาวน์ (lockdown) ทำให้

¹⁰ Center of the Study of Hate & Extremism (CSUSB), "Fact Sheet: Anti-Asian Prejudice March 2021," [online] Available from : <https://www.csusb.edu/sites/default/files/FACT%20SHEET-%20Anti-Asian%20Hate%202020%20rev%203.21.21.pdf> [13 May 2021]

คนจำนวนมากสูญเสียอาชีพกลายเป็นคนว่างงาน หรือสูญเสียโอกาสในการทำงานหรือการศึกษาเล่าเรียน ในขณะที่เดียวกันก็อาจสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักจากโรคภัย แม้แต่ตัวเองก็อาจเจ็บป่วยประสบเหตุรุนแรงจนถึงแก่ชีวิต ซึ่งทั้งหมดนี้ก็นำไปสู่ภาวะกดดันของบุคคลที่ทำให้ต้องหาบางสิ่งบางอย่างเป็นแพะรับบาปในความสูญเสียของตนเอง ซึ่งในที่นี้ก็คือ “คนเอเชีย” หรือคนที่มีอัตลักษณ์ทางกายภาพเป็นคนเอเชีย เป็นที่ระบายความกดดันหรือความคับข้องใจในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั่นเอง

4. กฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังในสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรก ๆ ที่ให้ความสำคัญกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังมาก มีกฎหมายที่สำคัญ อาทิ The Civil Rights Acts ปี ค.ศ. 1871 (18 U.S.C. §241 และ 242) ในมาตรา 241 และ 242 กฎหมาย The Federal Civil Rights Act ในมาตรา 245 ต่อมาในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังอย่างชัดเจนเป็นฉบับแรกคือ Hate Crimes Statistics Act (HCSA) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ไม่มีบทลงโทษในทางอาญาอะไร เพียงแต่เป็นกฎหมายเชิงนโยบาย โดยให้อำนาจ กระทรวงยุติธรรมมีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลสถิติของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง และการบังคับใช้กฎหมายท้องถิ่นของมลรัฐและทำการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว

ต่อมาในปี ค.ศ. 1994 สภาคองเกรสจึงผ่านร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาเพิ่มโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดคือ Hate Crime คือ Hate Crimes Sentencing Enhancement Act แม้กฎหมายฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้อย่างจำกัดด้วยอำนาจของรัฐบาลกลางที่น้อยกว่าของระดับมลรัฐ แต่ก็แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าและนโยบายของรัฐบาลกลางที่เปลี่ยนแปลงไป จนถึงในช่วงปี ค.ศ. 1998 สหรัฐอเมริกาต้องเผชิญกับคดีสะเทือนขวัญสองคดีติด ๆ กัน คดีแรกคือ คดี Matthew Shepard เด็กหนุ่มรักร่วมเพศอายุเพียง 21 ปีที่ถูกวัยรุ่นที่รังเกียจเกย์สองคนฆาตกรรมกลางทุ่งนาอย่างโหดเหี้ยม และในปีเดียวกันนั้นก็ James Byrd Jr. ชาวแอฟริกันอเมริกัน ถูกพวกนิยมคนผิวขาว (The White Supremacists) สามคนทารุณกรรมอย่างโหดเหี้ยมและฆาตกรรม คดีทั้งสองคดีเป็นคดีสะเทือนขวัญที่ทำให้หลายมลรัฐต้องออกกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังอย่างเร่งด่วน

ในที่สุดในปี ค.ศ. 2009 ในสมัยของประธานาธิบดี บารัค โอบามา (Barack Obama) สภาคองเกรสก็ผ่านกฎหมายที่ชื่อว่า The Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes

Prevention Act¹¹ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายเชิงนโยบายและเป็นสัญลักษณ์ว่ารัฐบาลจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้คนจากการแบ่งแยกกลุ่มอัตลักษณ์ ทว่า แม้จะให้ความคุ้มครองถึง เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ชาตินิยม¹²

ตามกฎหมาย The Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act มาตรา 249 คือการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate crime acts) ในข้อ (a) (1) กำหนดว่าผู้ใดกระทำความผิดทางอาญาที่มีมูลเหตุจูงใจมาจากเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา หรือชาติกำเนิด จงใจทำให้ร่างกายของบุคคลใด ๆ ได้รับความอันตรายหรือพยายามทำให้ร่างกายของบุคคลใดได้รับความเจ็บปวดโดยการใช้อาวุธปืน อาวุธอันตราย วัตถุระเบิดหรือเครื่องจุดไฟ พยายามทำให้ร่างกายของบุคคลใดได้รับความเจ็บปวด อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา หรือชาติกำเนิด ตามที่แท้จริงหรือตามที่ตนเข้าใจ ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี อาจจะมีโทษปรับหรือไม่ก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย หรือมีการลักพาตัว พยายามลักพาตัว การล่วงละเมิดทางเพศ หรือพยายามล่วงละเมิดทางเพศ หรือพยายามฆ่า ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุก หรือจำคุกตลอดชีวิต อาจจะมีโทษปรับหรือไม่ก็ได้

ส่วนใน (a) (2) กรณีที่กระทำความผิดโดยเหตุจากศาสนา ชาติกำเนิด เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือความพิการ จงใจทำให้ร่างกายของบุคคลใด ๆ ได้รับความอันตรายหรือพยายามทำให้ร่างกายของบุคคลใดได้รับความเจ็บปวด ได้รับความอันตรายโดยการใช้อาวุธปืน อาวุธอันตราย วัตถุระเบิดหรือเครื่องจุดไฟ อันเนื่องมาจากศาสนา ชาติกำเนิด เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ หรือความพิการ ตามที่แท้จริงหรือตามที่ตนเข้าใจ ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี อาจจะมีโทษปรับหรือไม่ก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย หรือมีการลักพาตัว พยายามลักพาตัว การล่วงละเมิดทางเพศ หรือพยายามล่วงละเมิดทางเพศ หรือพยายามฆ่า โดยต้องได้รับโทษจำคุก หรือจำคุกตลอดชีวิต อาจจะมีโทษปรับหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้จะสามารถเอาผิดตาม (a) (2) ได้ จะต้องมีการข้ามอาณาเขตระหว่างรัฐ ส่งผลกระทบต่อการค้าและการพาณิชย์ระหว่างรัฐ กฎหมายทะเล และเขตแดน ซึ่งจะเห็นได้ว่า (a) (2) นั้นจะเป็นการใช้กฎหมายปกป้องกลุ่มบุคคลที่มีหลายคุณลักษณะมากกว่า แต่ก็มีข้อจำกัดในการบังคับใช้มากกว่าว่าต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการข้ามพรมแดนระหว่างมลรัฐ

¹¹ CONGRESS.gov, “S.909 — 111th Congress (2009-2010),” [online] Available from : <https://www.congress.gov/bills/111th-congress/senate-bill/909/text> [6 June 2021]

¹² ลดาวัลย์ โยมณี. การกระทำความผิดทางอาญากับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (HATE CRIME) ในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562 ; หน้า 65-68.

และการค้าระหว่างรัฐหรือการค้าระหว่างประเทศ¹³

¹³ “§ 249. Hate crime acts

“(a) In General.—

“(1) OFFENSES INVOLVING ACTUAL OR PERCEIVED RACE, COLOR, RELIGION, OR NATIONAL ORIGIN.—

Whoever, whether or not acting under color of law, willfully causes bodily injury to any person or, through the use of fire, a firearm, a dangerous weapon, or an explosive or incendiary device, attempts to cause bodily injury to any person, because of the actual or perceived race, color, religion, or national origin of any person—

“(A) shall be imprisoned not more than 10 years, fined in accordance with this title, or both; and

“(B) shall be imprisoned for any term of years or for life, fined in accordance with this title,

or both, if—

“(i) death results from the offense; or

“(ii) the offense includes kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill.

“(2) OFFENSES INVOLVING ACTUAL OR PERCEIVED RELIGION, NATIONAL ORIGIN, GENDER, SEXUAL ORIENTATION, GENDER IDENTITY, OR DISABILITY.—

“(A) IN GENERAL.—Whoever, whether or not acting under color of law, in any circumstance described in subparagraph (B) or paragraph (3), willfully causes bodily injury to any person or, through the use of fire, a firearm, a dangerous weapon, or an explosive or incendiary device, attempts to cause bodily injury to any person, because of the actual or perceived religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity or disability of any person—

“(i) shall be imprisoned not more than 10 years, fined in accordance with this title, or both; and

“(ii) shall be imprisoned for any term of years or for life, fined in accordance with this title, or both, if—

“(I) death results from the offense; or

“(II) the offense includes kidnapping or an attempt to kidnap, aggravated sexual abuse or an attempt to commit aggravated sexual abuse, or an attempt to kill.

“(B) CIRCUMSTANCES DESCRIBED.—For purposes of subparagraph (A), the circumstances described in this subparagraph are that—

“(i) the conduct described in subparagraph (A) occurs during the course of, or as the result of, the travel of the defendant or the victim—

“(I) across a State line or national border; or

“(II) using a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce;

“(ii) the defendant uses a channel, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce in connection with the conduct described in subparagraph (A);

“(iii) in connection with the conduct described in subparagraph (A), the defendant employs a firearm, dangerous weapon, explosive or incendiary device, or other weapon that has traveled in interstate or foreign commerce; or

“(iv) the conduct described in subparagraph (A)—

แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีความพยายามในการคุ้มครองเหยื่อซึ่งเป็นผู้ถูกระทำ แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยในการพิจารณาคดีของศาลต้องคำนึงถึงพยานหลักฐานการกระทำที่ถือว่าเป็นอันตรายหรือก็คือมูลเหตุจูงใจที่ทำให้ผู้กระทำความผิดลงมือกระทำความผิด การปกป้องสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน และอิสระในการแสดงออกทางความคิดของประชาชน¹⁴ เหตุที่ต้องตีความโดยเคร่งครัดและคำนึงถึงองค์ประกอบอย่างหลากหลายนั้นก็เพราะกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังนั้นเป็นกฎหมายที่มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางและหมิ่นเหม่ต่อการกระทบเสรีภาพในการแสดงออกของผู้คนมาก ดังนั้นการออกกฎหมายจึงต้องพยายามสร้างความสมดุลในการปกป้องสิทธิของบุคคลในแต่ละกลุ่ม ไม่ให้กระทบไปถึงสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญด้วย

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า เนื้อหาในกฎหมายฉบับนี้มีจุดประสงค์หลัก คือ การออกกฎหมายพื้นฐานที่ปกป้องคุ้มครอง “เอกลักษณะ” ที่เป็นมูลเหตุจูงใจหลักของการกระทำความผิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง เช่น เรื่องเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา หรือชาติกำเนิด ซึ่งไม่ได้เน้นเฉพาะเจาะจงว่า

“(I) interferes with commercial or other economic activity in which the victim is engaged at the time of the conduct; or

“(II) otherwise affects interstate or foreign commerce.

“(3) OFFENSES OCCURRING IN THE SPECIAL MARITIME OR TERRITORIAL JURISDICTION OF THE UNITED STATES.—Whoever, within the special maritime or territorial jurisdiction of the United States, commits an offense described in paragraph (1) or (2) shall be subject to the same penalties as prescribed in those paragraphs.

¹⁴ SEC. 10. RULE OF CONSTRUCTION.

For purposes of construing this Act and the amendments made by this Act the following shall apply:

(1) RELEVANT EVIDENCE.—Courts may consider relevant evidence of speech, beliefs, or expressive conduct to the extent that such evidence is offered to prove an element of a charged offense or is otherwise admissible under the Federal Rules of Evidence. Nothing in this Act is intended to affect the existing rules of evidence.

(2) VIOLENT ACTS.—This Act applies to violent acts motivated by actual or perceived race, color, religion, national origin, gender, sexual orientation, gender identity or disability of a victim.

(3) CONSTITUTIONAL PROTECTIONS.—Nothing in this Act shall be construed to prohibit any constitutionally protected speech, expressive conduct or activities (regardless of whether compelled by, or central to, a system of religious belief), including the exercise of religion protected by the First Amendment and peaceful picketing or demonstration. The Constitution does not protect speech, conduct or activities consisting of planning for, conspiring to commit, or committing an act of violence.

(4) FREE EXPRESSION.—Nothing in this Act shall be construed to allow prosecution based solely upon an individual’s expression of racial, religious, political, or other beliefs or solely upon an individual’s membership in a group advocating or espousing such beliefs.

หมายถึงเชื้อชาติหรือชาติกำเนิดใด เพียงแต่ระบุไว้กว้าง ๆ เท่านั้น ซึ่งโดยปกติตามวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ของชาวอเมริกันก็จะตีความโดยอัตโนมัติว่า เป็นการคุ้มครองคนผิวดำหรือคนแอฟริกันอเมริกัน หรือชาวยิว ไม่ค่อยจะให้ความสนใจกับชาวเอเชียหรือชาวผิวเหลืองมากนัก ในขณะเดียวกันกับเรื่องการลงโทษ กฎหมายฉบับนี้ยังคงมุ่งเน้นไปที่โทษปรับและโทษจำคุกตามความนิยมของกฎหมายอาญาในระบบเก่า ที่ยึดโยงโทษกับการลงโทษต่อเนื่องตัวร่างกายและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งในเวลาต่อมาก็ได้รับการพิสูจน์ว่า ปัญหาของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากอาชญากรรมอื่น ไม่อาจแก้ไขด้วยการลงโทษจำคุกแต่เพียงอย่างเดียว แต่จำเป็นต้องแก้ที่ “ทัศนคติ” ของบุคคล ส่วนในประเด็นการป้องกันการเกิดอาชญากรรมนั้น แทบไม่มีการกล่าวถึงในกฎหมายฉบับนี้เลย ในเวลาต่อมาเมื่อเล็งเห็นถึงข้อบกพร่องหลายประการ ในกฎหมายฉบับนี้ เมื่อเกิดภาวะการระบาดของโรค COVID-19 จึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไข ออกกฎหมายที่คุ้มครองกลุ่มบุคคลในลักษณะที่แคบลงและเจาะจงยิ่งกว่าเดิม และเพิ่มมาตรการทางสังคมทั้งการป้องกันและการปรับพฤติกรรมของบุคคล

5. กฎหมายคุ้มครองอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชีย

ในปัจจุบันนั้นรัฐบาลมลรัฐต่าง ๆ ยกเว้นไวโอมิง ต่างมีกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังบังคับใช้ ซึ่งปกติกฎหมายประเภทนี้จะให้ความคุ้มครองกลุ่มคนเฉพาะบางกลุ่มซึ่งเป็นมูลเหตุจูงใจในการก่ออาชญากรรม ในที่นี้ขอยกตัวอย่างการจัดกลุ่มความคุ้มครองในบางมลรัฐดังนี้

ตารางที่ 2 กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง
ยกตัวอย่างเฉพาะบางมลรัฐ¹⁵

มลรัฐ	กลุ่มที่ได้รับความคุ้มครอง
แคลิฟอร์เนีย	เชื้อชาติ, ชาติพันธุ์, ศาสนา, สัญชาติ, ความพิการ, เพศ, รสนิยมทางเพศ
ไอดาโฮ	เชื้อชาติ, สีดผิว, ศาสนา, บรรพบุรุษ, หรือประเทศถิ่นกำเนิด

¹⁵ Gerstenfeld. P., HATE CRIMES Causes, Controls, and Controversies, 4ed. (California: SAGE Publication, 2018), p 57.

ไอโอวา	เชื้อชาติ, สีดผิว, ศาสนา, บรรพบุรุษ, ประเทศถิ่นกำเนิด, สังกัดทางการเมือง, เพศ, รสนิยมทางเพศ, อายุ และ ความพิการ
หลุยเซียนา	เชื้อชาติ, อายุ, เพศ, ศาสนา, สีดผิว, ลัทธิ, ความพิการ, รสนิยมทางเพศ, ประเทศถิ่นกำเนิด และบรรพบุรุษ
มิชซูรี	เชื้อชาติ, สีดผิว, ศาสนา, ประเทศถิ่นกำเนิด, เพศ, รสนิยมทางเพศ, และความพิการ
นิวยอร์ก	เชื้อชาติ, สีดผิว, ประเทศถิ่นกำเนิด, บรรพบุรุษ, เพศ, ศาสนา, แนวปฏิบัติทางศาสนา, อายุ, ความพิการ และ รสนิยมทางเพศ
นอร์ท ดาโกตา	เพศ, เชื้อชาติ, สีดผิว, ศาสนา และ ประเทศถิ่นกำเนิด
โอไฮโอ	เชื้อชาติ, สีดผิว, ศาสนา และประเทศถิ่นกำเนิด
โอเรกอน	เชื้อชาติ, สีดผิว, ศาสนา, รสนิยมทางเพศ, ความพิการ และประเทศถิ่นกำเนิด

หากพิจารณาจากตารางข้างต้นจะเห็นว่า ทุกมลรัฐให้ความสำคัญคุ้มครองอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังที่มีมูลเหตุจูงใจมาจาก เชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ ซึ่ง “ความเป็นเอเชีย”¹⁶ ซึ่งมีลักษณะภายนอกที่คล้ายคลึงกัน โดยทางกายภาพและชีวภาพต่างเป็นชาติพันธุ์ในกลุ่มมองโกลอยด์ มีลักษณะผิวสีเหลือง ผมดำ ใบหน้าแบนกว้าง ศีรษะกลมเล็ก โหนกแก้มสูง จมูกเล็ก ตาเรียว ซึ่งลักษณะทางกายภาพดังกล่าวเป็นความคล้ายคลึงกันของผู้ที่ตั้งถิ่นฐานอยู่แถบเอเชียตะวันออก เช่น จีน เกาหลีเหนือ เกาหลีใต้ มองโกเลีย ญี่ปุ่น เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เช่น พม่า ไทย ลาว เวียดนาม เป็นต้น ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงความเป็นเอเชียก็จะหมายถึงประชากรในกลุ่มชาติพันธุ์นี้ทั้งหมด

แม้กฎหมายของสหรัฐอเมริกาทั้งในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐจะบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เชื้อชาติและชาติพันธุ์ซึ่งรวมถึงความเป็นชาวเอเชียแล้วดังที่ได้อธิบายข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ย่อมยังไม่เพียงพอที่จะสร้างความเชื่อมั่นในช่วงภาวะที่มีโรคระบาด COVID-19 กระทั่งล่าสุดในปี ค.ศ. 2021 ประเทศสหรัฐอเมริกามีความเคลื่อนไหวในส่วนของการกฎหมายฉบับใหม่

¹⁶ Facts and Details. 2017, “ASIAN PHYSICAL CHARACTERISTICS,” [online] Available from : <http://factsanddetails.com/asian/cat62/sub407/item2608.html> [30 June 2021]

คือ COVID-19 Hate Crime Act¹⁷ ที่เป็นกฎหมายป้องกันอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังที่มีต่อชาวเอเชีย-อเมริกัน ชาวเอเชียและหมู่เกาะแปซิฟิก ในช่วงการระบาดของโรค COVID-19 เป็นการเฉพาะเจาะจง

กฎหมายฉบับนี้นับว่าน่าสนใจอย่างยิ่ง เนื่องจากกระบวนการผ่านวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นไปอย่างรวดเร็วคือ เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2021 กฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภา เมื่อวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 2021 ผ่านการลงคะแนนผ่านร่างของวุฒิสภาด้วยคะแนน 94 ต่อ 1 ต่อมาเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 2021 ผ่านการลงคะแนนผ่านร่างของสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนน 364 ต่อ 62 เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 2021 เสนอต่อประธานาธิบดี และเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2021 ออกเป็นกฎหมายใช้บังคับ จะเห็นได้จากการลงคะแนนคะแนนของทั้งสองสภากฎหมายฉบับนี้ผ่านด้วยคะแนนเสียงท่วมท้น และได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกของทั้งสองสภากันจำนวนมาก อีกทั้งยังได้รับการสนับสนุนจากประธานาธิบดีโดยตรง จึงเห็นได้ว่าอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวนั้นเป็นภาวะเร่งด่วนของสหรัฐอเมริกาในขณะนี้¹⁸

กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้สล้าง Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act แต่มุ่งเน้นที่จะเสริมและอุดรอยรั่วของกฎหมายฉบับเดิม ดังที่อารัมภบทของกฎหมายฉบับนี้ได้เขียนไว้ชัดเจนว่า เป็นการตรากฎหมายที่สืบเนื่องมาจากความรุนแรงที่เกิดกับชาวเอเชีย-อเมริกัน ชาวเอเชียและหมู่เกาะแปซิฟิก¹⁹ อีกทั้งในช่วงการแพร่ระบาดของโรค COVID-19 ในระหว่างวันที่

¹⁷ CONGRESS.gov. 2021. S.937 — 117th Congress (2021-2022).

¹⁸ Ibid.

¹⁹ SEC. 2. FINDINGS.

Congress finds the following:

(1) Following the spread of COVID-19 in 2020, there has been a dramatic increase in hate crimes and violence against Asian-Americans and Pacific Islanders.

(2) According to a recent report, there were nearly 3,800 reported cases of anti-Asian discrimination and incidents related to COVID-19 between March 19, 2020, and February 28, 2021, in all 50 States and the District of Columbia.

(3) During this time frame, race has been cited as the primary reason for discrimination, making up over 90 percent of incidents, and the United States condemns and denounces any and all anti-Asian and Pacific Islander sentiment in any form.

(4) Roughly 36 percent of these incidents took place at a business and more than 2,000,000 Asian-American businesses have contributed to the diverse fabric of American life.

(5) More than 1,900,000 Asian-American and Pacific Islander older adults, particularly those older adults who are recent immigrants or have limited English proficiency, may face even greater challenges in dealing with the COVID-19 pandemic, including discrimination, economic insecurity, and language isolation.

19 มีนาคม ค.ศ. 2020 ถึงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2021 มีการเพิ่มขึ้นของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังต่อชาวเอเชียถึง 3,800 กรณี²⁰ ซึ่งจากอาร์มภพนี้ชัดเจนว่ากฎหมายฉบับนี้จะเป็นการคุ้มครองชาวเอเชียในสหรัฐอเมริกาอย่างเฉพาะเจาะจงนั่นเอง โดยในส่วนของคำจำกัดความต่าง ๆ ยังคงอ้างอิงกับที่ปรากฏใน มาตรา 249 ในกฎหมายฉบับเดิม และการลงโทษต่าง ๆ ก็ยังคงอ้างอิงจากกฎหมายเดิม

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ที่เกิดขึ้นใหม่ คือให้อำนาจัยการสูงสุดในการออกแนวทางการปฏิบัติเพื่อให้เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายทั้งในระดับรัฐและท้องถิ่น และชุมชนที่ได้รับรายงานการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังจะต้องจัดให้มีการแจ้งข้อร้องเรียนของผู้เสียหาย การเก็บข้อมูลการกระทำความผิด รวมถึงการรณรงค์ให้การศึกษาและความตระหนักแก่ประชาชน และให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมในการถูกกระทำดังกล่าว

โดยในการเก็บข้อมูลนั้น ให้มีการรายงานอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังผ่านทางออนไลน์ได้มีการเก็บข้อมูลให้ครอบคลุมถึงคนกลุ่มต่าง ๆ (อาทิ ตามเชื้อชาติ และประเทศต้นทางการอพยพ) นอกจากนี้ กระทรวงยุติธรรมและกระทรวงการให้บริการสาธารณสุข (DOJ and the Department of Health and Human Services) ต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังที่เพิ่มขึ้นในระหว่างการแพร่ระบาดของ COVID-19²¹

นอกจากนี้ใน SECTION 5 กำหนดให้มัฐรัฐต่าง ๆ จะต้องมีย่อตไลน์ (hotlines) สำหรับแจ้งการเกิดอาชญากรรม ทั้งรัฐบาลท้องถิ่นและรัฐบาลกลางจะต้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด

²⁰ CONGRESS.gov. 2021. S.937 — 117th Congress (2021-2022).

²¹ SEC. 4. GUIDANCE.

(a) Guidance For Law Enforcement Agencies.—The Attorney General shall issue guidance for State, local, and Tribal law enforcement agencies, pursuant to this Act and other applicable law, on how to—

(1) establish online reporting of hate crimes or incidents, and to have online reporting that is equally effective for people with disabilities as for people without disabilities available in multiple languages as determined by the Attorney General;

(2) collect data disaggregated by the protected characteristics described in section 249 of title 18, United States Code; and

(3) expand public education campaigns aimed at raising awareness of hate crimes and reaching victims, that are equally effective for people with disabilities as for people without disabilities.

(b) Guidance Relating To COVID-19 Pandemic.—The Attorney General and the Secretary of Health and Human Services, in coordination with the COVID-19 Health Equity Task Force and community-based organizations, shall issue guidance aimed at raising awareness of hate crimes during the COVID-19 pandemic.

และจัดโปรแกรมในการลด ป้องกัน และตอบสนอง ไม่ให้เกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง²² ซึ่งฮอตไลน์นี้มีใช้แค่ศูนย์แจ้งเรื่องราวร้องทุกข์เท่านั้น แต่จะต้องเป็นศูนย์ที่ได้รับการสนับสนุนจากท้องถิ่น ผู้ให้ข้อมูลต้องมีความรู้ในเรื่องกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังทั้งในระดับประเทศ ระดับมลรัฐ และระดับท้องถิ่น ทั้งยังต้องอำนวยความสะดวกแก่บุคคลที่สื่อสารด้วยภาษาอังกฤษไม่คล่องและคนพิการด้วย ข้อมูลที่ได้รับจะต้องเก็บเป็นความลับ ยกเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูล

ลักษณะของการตรากฎหมายฉบับนี้มีความพิเศษที่มุ่งเน้นไปมุ่งเน้นที่การสื่อสาร การเก็บข้อมูล การปรับพฤติกรรม และการสร้างความเข้าใจในระดับประเทศ มลรัฐ และชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งเป็นมาตรการทางสังคมในเชิงป้องกันการเกิดอาชญากรรมหรือป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงมากยิ่งขึ้นกว่าจะเป็นการลงโทษด้วยโทษจำคุกหรือโทษปรับเท่านั้น ซึ่งในสถานการณ์ปกติของการบังคับใช้กฎหมายนั้น กรณีของอาชญากรรมที่เกิดกับชาวเอเชียมีน้อย

²² (e) Grants For State-Run Hate Crime Hotlines.—

(1) GRANTS AUTHORIZED.—

(A) IN GENERAL.—The Attorney General shall make grants to States to create State-run hate crime reporting hotlines.

(B) GRANT PERIOD.—A grant made under subparagraph (A) shall be for a period of not more than 5 years.

(2) HOTLINE REQUIREMENTS.—A State shall ensure, with respect to a hotline funded by a grant under paragraph (1), that—

(A) the hotline directs individuals to—

(i) law enforcement if appropriate; and
(ii) local support services;

(B) any personally identifiable information that an individual provides to an agency of the State through the hotline is not directly or indirectly disclosed, without the consent of the individual, to—

(i) any other agency of that State;
(ii) any other State;
(iii) the Federal Government; or
(iv) any other person or entity;

(C) the staff members who operate the hotline are trained to be knowledgeable about—

(i) applicable Federal, State, and local hate crime laws; and
(ii) local law enforcement resources and applicable local support services; and

(D) the hotline is accessible to—

(i) individuals with limited English proficiency, where appropriate; and
(ii) individuals with disabilities.

ต้องใช้กฎหมายฉบับใหม่ในการขับเคลื่อนนโยบายในเชิงป้องกัน เพราะได้กำหนดนโยบายไว้อย่างละเอียดและมีงบประมาณต่าง ๆ ทั้งมีความพร้อมในการพัฒนาบุคลากรมากกว่า แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นแล้ว หากเป็นระดับมลรัฐก็ต้องใช้กฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังของมลรัฐนั้น ๆ บังคับใช้ ส่วนกรณีที่เข้าข่ายกฎหมายของรัฐบาลกลางตาม มาตรา 249 ของ The Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act ย่อมต้องใช้บทลงโทษ ตามมาตราดังกล่าว

กฎหมายฉบับใหม่นั้นได้แก้ไข มาตรา 249 เกี่ยวกับเรื่องมาตรการทางสังคมเพิ่มเติม จากในกฎหมายเดิมเพื่อให้มีความเข้ากับยุคสมัยและแนวการลงโทษทางอาญาที่เปลี่ยนแปลงไป (ALTERNATIVE SENTENCING) คือ ไม่จำกัดเฉพาะการลงโทษจำคุกอย่างเข้มงวดตามกำหนดระยะเวลาเท่านั้น โดยหากผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามที่กำหนดในมาตรา 249 แล้ว และเข้าข่ายที่จะ ได้รับการปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 3583 (Inclusion of a term of supervised release after imprisonment) ก็ให้อำนาจศาลในการปล่อยตัวพร้อมสั่งให้มีเงื่อนไขคุมประพฤติ โดยให้เข้าร่วม การเรียนการสอนในชั้นเรียน หรือกิจกรรมบริการสังคมในชุมชนได้²³ โดยสรุปจึงเห็นได้ว่ากฎหมาย ฉบับใหม่นั้นเป็นการตราขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ชาวเอเชียอย่างเฉพาะเจาะจง เพิ่มมาตรการ ป้องกันการเกิดอาชญากรรม มาตรการช่วยเหลือ และมาตรการปรับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด ให้มีความหลากหลายยิ่งกว่าเดิม

ทั้งนี้เนื่องจากอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังหาใช่เป็นเรื่องของการใช้มาตรการทาง กฎหมายลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว แต่คือกระบวนการทางสังคม ปรากฏการณ์ทางสังคม ซึ่งต้องใช้ ทั้งมาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางสังคมร่วมกัน

6. กฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังในประเทศไทย

สำหรับในประเทศไทยนั้น ในปัจจุบันยังคงไม่มีกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังโดยตรง แต่มีกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน ได้แก่

²³ (h) Alternative Sentencing.—Section 249 of title 18, United States Code, is amended by adding at the end the following:

“(e) Supervised Release.—If a court includes, as a part of a sentence of imprisonment imposed for a violation of subsection (a), a requirement that the defendant be placed on a term of supervised release after imprisonment under section 3583, the court may order, as an explicit condition of supervised release, that the defendant undertake educational classes or community service directly related to the community harmed by the defendant’s offense.”.

6.1 รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เรื่องของการห้ามเลือกปฏิบัติอยู่ในหมวดที่ 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

“มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”²⁴

เมื่อพิจารณาตามลายลักษณ์อักษรจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติเรื่องของการเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนกล่าวคือ เป็นการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจากเหตุผลบางประการ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ คล้ายกับในกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังของสหรัฐอเมริกา ซึ่งส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติในที่ทำงานหรือการใช้บริการต่าง ๆ ทว่าความแตกต่างคือ สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องทางแพ่งและทางปกครอง ไม่มีบทลงโทษทางอาญาแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศในการสอบเข้ารับราชการ หรือการคัดเลือกเข้าศึกษาในสถาบันการศึกษาต่าง ๆ ผู้ถูกล่วงละเมิดก็ทำได้เพียงใช้สิทธิตามกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองเท่านั้น เป็นต้น

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นมีหลัก “ความเสมอภาค” อยู่ แม้การเลือกปฏิบัติเพราะเพศ สีผิว ชาติพันธุ์ หรือศาสนา จะเป็นการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ผิดกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ก็

²⁴ มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ไม่ใช่กฎหมายอาญา เพราะไม่มีโทษทางอาญาแต่อย่างใด เมื่อไม่มีการบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาย่อมไม่เป็นอาชญากรรม ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง

6.2 ประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีฐานความผิดที่ใกล้เคียงกับประทุษวาจา หรือ Hate Speech ซึ่งเป็นสาเหตุของการเกิดอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง คือ เรื่องการดูหมิ่นซึ่งหน้าและหมิ่นประมาท จึงต้องมาพิจารณาว่าทั้งสองฐานความผิดนั้นเข้าข่ายเป็นกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังหรือไม่

การดูหมิ่นซึ่งหน้านั้นถูกบัญญัติเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 ว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”²⁵

ส่วนการหมิ่นประมาทนั้นมาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”²⁶

แม้กฎหมายทั้งสองฐานความผิดจะเกี่ยวข้องกับการแสดงออกที่เป็นการเหยียดหยามผู้อื่น แต่เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดก็สามารถจำแนกได้ว่าทั้งสองฐานไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบความผิดของความเกลียดชังหรืออคติ หรือการเหยียดหยามอัตลักษณ์ของเหยื่อเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้นจึงยังไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ ประทุษวาจา (Hate Speech) และอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime) ตามนัยเช่นในกฎหมายต่างประเทศที่ยอมรับกันทั่วไป

จึงสามารถสรุปได้ว่า ประเทศไทยนั้นในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังโดยตรง ซึ่งการที่ไม่มีกฎหมายโดยตรงนี้หากเกิดเหตุการณ์ที่คล้ายคลึงกับในสหรัฐอเมริกา อย่างเช่น การหยามเหยียดอัตลักษณ์ของบุคคลอันเนื่องมาจากเชื้อชาติหรือรูปลักษณ์ทางกายภาพก็จะสามารถฟ้องร้องเอาผิดได้แต่เพียงตามกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญาดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือหมิ่นประมาทเท่านั้น ไม่สามารถที่จะขยายผลและสร้างมาตรการช่วยเหลือ มาตรการติดตาม หรือมาตรการเฝ้าระวังได้เช่นที่ทำในสหรัฐอเมริกา ทั้งยังไม่สามารถสร้างจิตสำนึกร่วมของชุมชนและสังคมให้เห็นถึงความร้ายแรงของปัญหาในวงกว้างได้ด้วย

²⁵ มาตรา 393 ประมวลกฎหมายอาญา

²⁶ มาตรา 326 ประมวลกฎหมายอาญา

บทสรุป

ในสภาวะการแพร่ระบาดของโรคระบาด COVID-19 นั้น สิ่งที่ไม่อาจคาดคิดถึงก็คือ การขยายตัวและเพิ่มจำนวนของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังโดยมีชาวเอเชียเป็นเหยื่อ ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นผลมาจากการแพร่ของข่าวสารในเชิงเสริมแรงทางบวกให้ผู้คนรู้สึกเกลียดชัง ประกอบสภาวะการณ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาเองที่เศรษฐกิจตกต่ำและผู้คนเผชิญหน้ากับความสูญเสีย “ชาวเอเชีย” จึงเสมือนเป็นสัญลักษณ์ของแพะรับบาปที่เป็นเครื่องรองรับความโกรธเกลียดชังของผู้คน โดยสามารถวิเคราะห์ได้จากข้อมูลทางสถิติในคำค้นของเว็บไซต์กูเกิลกับสถิติข้อมูลทางอาชญากรรมที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วโดยเฉพาะในเมืองใหญ่

แม้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายลงโทษอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังเป็นการเฉพาะ ทั้งในระดับประเทศและมลรัฐ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะใช้ควบคุมอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังในภาวะโรคระบาดซึ่งมีลักษณะจำเพาะแตกต่างไปจากในภาวะปกติ รัฐสภาจึงได้ผ่านร่างกฎหมาย COVID-19 Hate Crime Act ซึ่งเป็นกฎหมายใหม่ที่ตามขึ้นเพื่ออุดช่องโหว่ของ Matthew Shepard Hate Crimes Prevention Act โดยต้องการให้มีการเก็บข้อมูลและมีมาตรการทางสังคมทั้งที่ใช้ในทางป้องกันอาชญากรรมและการแก้ปัญหาด้วยวิธีการที่หลากหลาย

ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรถอดบทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องกฎหมาย และการใช้มาตรการในเชิงป้องกัน เพื่อสนับสนุนให้สังคมมีความเข้มแข็งและมีความเข้าใจในอาชญากรรมประเทศนี้มากยิ่งขึ้น ทั้งยังสามารถเข้าช่วยเหลือผู้ที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมได้อย่างรวดเร็วและทัน่วงที ซึ่งจะสามารถช่วยให้ลดปัญหาอาชญากรรมที่มีมูลเหตุจูงใจมาจากอคติต่าง ๆ ที่นำไปสู่การประกอบอาชญากรรมได้

มาตรการเสริมเพื่อการเข้าถึงโครงข่ายที่เสมอภาคและเท่าเทียมของ
ผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของโครงข่าย (Third-Party Access - TPA)
เพื่อส่งเสริมการแข่งขันและใช้พลังงานทดแทนภายใต้พระราชบัญญัติ
ประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

The additional mechanisms for Third-Party Access
in Energy Industry Act 2007 to facilitate competition
and renewable energy usage

ชัยวัฒน์ ม่วงแก้ว

Chaiwat Muangkeaw

อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด
สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายการอนุญาตตุลาการ 2 สำนักงานยุติการดำเนินคดีแพ่งและอนุญาตตุลาการ
สำนักงานอัยการสูงสุด
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ชั้น 5 ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติฯ ถนนแจ้งวัฒนะ เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

Provincial Chief Public Prosecutor *attached to the Office of the Attorney General*
The Executive Director's Office of Arbitration 2, Department of Civil Dispute Settlement
and Arbitration,
Office of the Attorney General Rajaburi Direkridhi Building (5th fl), Government Complex,
Chaeng Watthana Road, Lak Si, Bangkok 10210, Thailand
Corresponding author E-mail: c.muangkeaw@gmail.com

(Received: May 5, 2021; Revised: September 21, 2021; Accepted: October 15, 2021)

บทคัดย่อ

การศึกษาชิ้นนี้มีจุดประสงค์เพื่อเสนอแนะมาตรการเสริมการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงโครงข่ายพลังงานของผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยที่ไม่มีโครงข่ายไฟฟ้าเป็นของตนเอง ที่ได้รับการรับรองไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 80 จากการศึกษาข้อมูลของธนาคารโลกพบว่าการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงโครงข่ายพลังงานของผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยที่

ไม่มีโครงข่ายไฟฟ้าเป็นของตนเองมีขึ้นเพื่อสนับสนุนและคุ้มครองการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการอื่นควบคู่ไปด้วย กล่าวคือ การแบ่งแยกอำนาจความเป็นเจ้าของที่สามารถควบคุมโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าในส่วนอื่น (Unbundling) เช่น การผลิต หรือ จัดเก็บไฟฟ้า เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการการแข่งขันของกิจการไฟฟ้า¹ และการสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนที่เป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ การแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นมาตรการหนึ่งที่น่านำมาใช้เพื่อส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า จากการศึกษาพบว่านอกจากการเพิ่มระบบผู้ซื้อไฟฟ้าหลายราย การแยกอำนาจในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการอย่างอื่น โดยการโอนกรรมสิทธิ์ในโครงข่ายไฟฟ้าให้แก่หน่วยงานอื่นเป็นผู้รับผิดชอบ จากนั้นจึงให้เอกชนเข้ามาประมูลใบอนุญาตเพื่อให้สิทธิเป็นผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้าภายใต้การกำกับกิจการของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ในฐานะเป็นหน่วยงานควบคุมกำกับกิจการไฟฟ้า นอกจากเป็นแนวทางที่ทำให้รัฐได้รับประโยชน์จากรายได้ในการประมูลใบอนุญาตบริหารโครงข่ายแล้ว ในขณะเดียวกันก็เป็นการลดภาระการกำกับกิจการของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน โดยใช้กลไกตลาดที่ผู้ได้รับใบอนุญาตต้องบริหารโครงข่ายให้ได้รับประโยชน์สูงสุด นอกจากนั้นแล้วการสร้างข้อบังคับในการควบคุมโครงข่ายไฟฟ้าที่มีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนให้ประโยชน์เพิ่มเติมหากสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด เช่น ส่งเสริมให้ผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนจ่ายไฟฟ้าเข้าระบบมากขึ้น หรือในทางกลับกันหากไม่สามารถบรรลุเป้าหมายที่กำหนด ผู้บริหารโครงข่ายอาจต้องรับผิดชอบในเบี้ยปรับ เป็นต้น² เพื่อจูงใจให้ผู้บริหารโครงข่ายสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เพิ่มเติมด้านสิ่งแวดล้อม หรือด้านอื่น ๆ ที่กำหนดได้โดยใช้งบประมาณอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด

คำสำคัญ : พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550, การเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยที่ไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง (TPA), คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, พลังงานทดแทน, การแข่งขัน, การควบคุมกำกับแบบจูงใจ

¹ Ignacio Anchustegui, “Transmission Networks in Electricity Competition: Third-Party Access and Unbundling – A transatlantic Perspective (2017)” [online] Available from : <https://ssrn.com/abstract=3159458>. [30 April 2021], p.1.

² OFGEM, “Guide to the RIIO-ED1 electricity distribution price control (2017)” [online] Available from : https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2017/01/guide_to_riioed1.pdf. [16 June 2021], p.35.

Abstract

The purpose of this study is to suggest measures to enhance the protection of Third-Party Access (TPA) rights of non-grid power producers, that has been certified in Section 80 of the Energy Industry Act, B.E. 2550 (2007). The study from World Bank papers found that merely the Third-Party Access (TPA) provisions are not adequate to promote the competition in the electricity industry. In parallel, the provisions might not support electricity generation from renewable energy as recognised internationally. Separation of ownership in the electricity network from the Electricity Generating Authority of Thailand (EGAT) is one of the measures utilised to promote the competition in the electricity industry. Apart from establishing a multi-buyer model, the study showed that such an approach could allow private individuals to bid for a license to grant the right to be a network operator under the Energy Regulatory Commission (ERC) supervision as regulator authority. The paradigm will enable the state to benefit from revenues in the auction of network management licenses. Simultaneously, the regime reduces the regulatory burden of the Energy Regulatory Commission (ERC) through a market mechanism that the licensee must manage the network cost-efficiently to get the most profitable outcome. The network regulations, in addition, are required to provide additional benefits if different objectives could be achieved, such as encouraging generators from renewable energy and vice versa. Network administrators may be responsible for a penalty in such a situation. The regime aims to motivate network operators to achieve additional environmental objectives and other aspects that can be determined using the most cost-effective manner.

Keywords: Energy Industry Act 2007, Third Party Access (TPA), Energy Regulatory Commission (ERC), Renewable Energy, Competition, Incentive regulation

1. บทนำ

สถานการณ์ที่ทุกประเทศต้องประสบคือการเลือกทิศทางการพัฒนากิจการพลังงานว่าจะมุ่งเน้นที่ด้านของ ความมั่นคงทางพลังงาน (Energy Security) หรือสงวนรักษาคุณภาพของสิ่งแวดล้อม (Environmental Sustainability) เป็นสำคัญ ต้นทุนทางพลังงานที่ถูกที่สุดอาจนำมาซึ่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ยากจะทำให้กลับคืนมาดังเดิม ซึ่งความเสื่อมถอยของสิ่งแวดล้อมนี้เองไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น เพราะผลกระทบในเรื่องดังกล่าวมีอยู่ในวงกว้าง (Transboundary Effect) พันธกรณีระหว่างประเทศจึงเข้ามามีความสำคัญ ทำให้แนวทางการใช้พลังงานของประเทศต่าง ๆ ในโลกเปลี่ยนแปลงไปจากการใช้พลังงานไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานแบบดั้งเดิม (Conventional Energy) ไปสู่การผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน (Renewable Energy) ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อยกว่าเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งการปรับเปลี่ยนแนวความคิดเกี่ยวกับการใช้พลังงานดังกล่าวย่อมอนุมานได้ว่าทำให้ต้นทุนผลิตพลังงานไฟฟ้าเพิ่มสูงขึ้น³ สำหรับประเทศไทยนั้น คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เป็นหน่วยงานที่กำกับกิจการไฟฟ้าของประเทศ ซึ่งมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่งคือการควบคุมโครงข่ายไฟฟ้า (Transmission Network) อันเป็นระบบโครงสร้างพื้นฐานของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตที่มีความสำคัญในการนำพลังงานไฟฟ้าจากผู้ผลิตไปยังผู้บริโภค โดยลักษณะของการผูกขาด (Monopolies) โครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว การมีแนวทางในการควบคุมการเข้าถึงโครงข่ายที่เสมอภาคและเท่าเทียมของผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของโครงข่าย (Third-Party Access - TPA) จึงมีความสำคัญ⁴ เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติ หรือขัดขวางการเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ผลิตไฟฟ้ารายอื่นที่ไม่ได้มีโครงข่ายไฟฟ้าเป็นของตนเอง โดยการรับประกันสิทธิในการเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าที่เท่าเทียมนี้เองอาจเป็นการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าโดยพลังงานทดแทนอีกประการหนึ่งด้วย⁵ ซึ่งปกติแล้วผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยจากพลังงานทดแทนมักจะใช้โครงข่ายต่อกับระบบส่งของการไฟฟ้า

³ R.E.H. Sims et al, "Energy Supply: The Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change 2007" [online] Available from: <https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg3/ar4-wg3-chapter4.pdf> [16 June 2021], p. 265.

⁴ GRÄPER, F., SCHOSER, C., "Third Party Access" in **EU Energy Law, - The Internal Energy Market Vol 1**, eds, Jones C. (Claeys & Casteels 2016), para. 3.2 and PFAFFENBERGER, W., SIOSHANSI, F.P., "A Comparison of Market Structure and Regulation Between US and European Utility Markets" in **Handbook Utility Management**, eds. Bausch, A., Schwenker, B. (Springer, 2009), p. 633-634.

⁵ OECD, "Competition Policy in the Electricity Sector (2002)", [online] Available from: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/6095721.pdf>. [16 June 2021], p.68.

ฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) แต่เป็นระบบจำหน่ายของการไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) อย่างไรก็ตามการควบคุมการเข้าถึงโครงข่ายที่เสมอภาคและเท่าเทียมเพื่อผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของโครงข่าย (Third-Party Access - TPA) แต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอในการเสริมสร้างการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าได้อย่างแท้จริง แม้แต่ในระบบของการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าที่เป็นกิจการของรัฐ การแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ (Ownership Unbundling) ในโครงข่ายไฟฟ้าและการเปลี่ยนผ่านระบบซื้อขายไฟฟ้าแบบเดิม คือ ระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียว ไปสู่ผู้ซื้อไฟฟ้าหลายรายจึงมีความจำเป็นที่ต้องนำมาปรับใช้ในฐานะมาตรการเสริมควบคู่กับการออกแบบข้อบังคับที่ใช้ควบคุมการบริหารจัดการโครงข่ายไฟฟ้า (Network Regulation) เพื่อส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าและช่วยพัฒนาโครงข่ายไฟฟ้าให้สามารถสมฤทธิ์เป้าหมายในการใช้ไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนโดยหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อผู้ใช้ไฟฟ้าในระยะยาวให้เหลือน้อยที่สุด⁶

2. ความสัมพันธ์ระหว่างโครงข่ายไฟฟ้า การแข่งขัน และอำนาจหน้าที่ของ กกพ.

โครงข่ายไฟฟ้าถือเป็นโครงสร้างพื้นฐานอย่างหนึ่งที่รัฐให้เงินอุดหนุน หรือลงทุนก่อสร้างเองเป็นหลัก โดยจะมีหน่วยงานของรัฐเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้างดงามภายใต้ความคิดพื้นฐานที่ว่ากิจการดังกล่าวเป็นการจัดหาบริการสาธารณะปโภคอย่างหนึ่งที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงได้ในราคาที่เป็นธรรม⁷ ประกอบกับกิจการดังกล่าวต้องการเงินลงทุนสูงยากที่จะหาจุดคุ้มค่าทางเศรษฐกิจในเวลาอันสั้น ทำให้เอกชนไม่มีความต้องการเข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนหน่วยงานของรัฐ หรือคู่ขนานไปกับหน่วยงานของรัฐ⁸ ด้วยลักษณะการผูกขาดทางธรรมชาติเช่นนี้ทำให้รัฐจำเป็นต้องใช้อำนาจทางมหาชนเข้ามาควบคุมเพื่อให้บริการสาธารณะดังกล่าวมีความเสมอภาค⁹ และป้องกันมิให้ผู้ประกอบการได้กำไรมากเกินไปจนสมควรโดยอาศัยโอกาสในการเป็นเจ้าของมีอำนาจควบคุมโครงข่ายไฟฟ้า โดยให้ผู้บริโภคแบกรับภาระดังกล่าว กล่าวคือ รัฐต้องคุ้มครองให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงบริการด้านไฟฟ้าอย่างทั่วถึงและเพียงพอ โดยควบคุมราคาให้ใกล้เคียงกับราคาตลาดที่มีการแข่งขัน พร้อมไปกับการสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการมาลงทุนในกิจการดังกล่าว

⁶ มาตรา 7 พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

⁷ อาจเห็นแนวความคิดดังกล่าวได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 56

⁸ Ignacio Anchustegui, n1, p.1.

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 44.

ที่ต้องใช้เงินจำนวนมาก อันจะเป็นการผลักดันให้ผู้ประกอบการลงทุนในการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิต และบริการให้เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจอย่างถึงที่สุดอีกด้วย¹⁰

โดยทั่วไปแล้วหากผู้ผลิตไฟฟ้าเป็นเจ้าของระบบโครงข่ายไฟฟ้าด้วย ผู้ผลิตไฟฟ้ายรายดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะใช้ความได้เปรียบทางธุรกิจจากการเป็นเจ้าของโครงข่ายเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้ผลิตไฟฟ้ายรายอื่น หรือกีดกันมิให้ผู้ผลิตไฟฟ้ายรายอื่นเข้ามาแข่งขันแสวงหากำไร¹¹ อันจะส่งผลต่อราคาต่อหน่วยของไฟฟ้าถูกลง¹² กล่าวคือ เมื่อมีผู้เข้ามาแข่งขันในกิจการไฟฟ้ามากขึ้น จะทำให้ผู้ประกอบการแต่ละรายจำเป็นต้องพัฒนาและบริหารการดำเนินกิจการให้มีความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจมากที่สุด ซึ่งเมื่อพิจารณาตามระบบโครงสร้างตลาดไฟฟ้าของประเทศไทยจะพบว่า การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นผู้ซื้อไฟฟ้ายรายเดียว ที่มีใบอนุญาตเป็นผู้ผลิตและเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าในเวลาเดียวกัน¹³ จากข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจเห็นได้ว่าการบัญญัติรับรองให้ผู้ประกอบการกิจการผลิตไฟฟ้าที่ไม่มีโครงข่ายของตนเองสามารถเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) นั้นในทางปฏิบัตินอกจากเป็นการยากที่ผู้ขายไฟฟ้ายรายย่อยจะร้องเรียนการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เกี่ยวกับปัญหาการเข้าถึงโครงข่ายของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ต่อ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) แล้วกระบวนการดังกล่าวยังไม่อาจส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าอีกทั้งไม่ได้ส่งเสริมให้มีการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนมากขึ้นอีกด้วย

2.1 ความสัมพันธ์ของการควบคุมการเชื่อมต่อโครงข่ายไฟฟ้าภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 กับระบบผู้ซื้อไฟฟ้ายรายเดียว (Single Buyer Model)

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 80 บัญญัติว่า “ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานต้องประกอบกิจการพลังงานอย่างเป็นธรรม และจะเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมไม่ได้” และ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 81 ก็ยังบัญญัติรับรองให้ “ผู้ประกอบการกิจการพลังงานที่ไม่มีโครงข่ายของตนเองมีสิทธิใช้และ

¹⁰ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างกิจการไฟฟ้าในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2556, หน้า 22.

¹¹ David Parker and Sally Van Siclen, “OECD Perspective on Competition Policy and Regulatory Reform in the Electricity Market,” in *Oil-Gas and Energy Law Intelligence* (2003), p.49.

¹² Ignacio Anchustegui, n1, p.1.

¹³ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, “รายชื่อผู้ได้รับอนุญาตระบบส่งไฟฟ้า กุมภาพันธ์ 2564” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://app04.erc.or.th/ELicense/Licenser/05_Reporting/504_ListLicensing_Columns_New.aspx?LicenseType=2 [27 เมษายน 2564]

เชื่อมต่อโครงข่ายของผู้รับใบอนุญาตที่มีโครงข่ายพลังงาน ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดที่ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานกำหนด”

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) พิจารณาแล้วเห็นว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้บริการระบบโครงข่ายพลังงาน ระบบเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงาน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการระบบโครงข่ายพลังงานไม่เป็นไปตามหลักการตามมาตรา 81¹⁴ ให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) มีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตที่ออกข้อกำหนดดังกล่าวแก้ไขหรือปรับปรุงข้อกำหนดให้เป็นไปตามมาตรา 81 ได้¹⁵ ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการพลังงานหรือผู้รับใบอนุญาตประสงค์จะใช้หรือเชื่อมต่อโครงข่ายพลังงานเห็นว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงาน ข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้บริการระบบโครงข่ายพลังงาน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการระบบโครงข่ายพลังงานไม่เป็นไปตามหลักการในมาตรา 81 ให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบกิจการพลังงานยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ได้¹⁶

การออกระเบียบภายในของหน่วยงานเพื่อให้สอดคล้องกับอำนาจของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ตามกฎหมายอาจเห็นได้ในกรณีของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) ที่เป็นหน่วยงานรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับประกาศของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) กล่าวคือ เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 81 การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) จึงได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 มาตรา 31 (2) ที่ให้อำนาจ

¹⁴ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 มาตรา 81 วรรคสอง บัญญัติว่า “ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งต้องประกอบด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้บริการระบบโครงข่ายพลังงาน และข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติการระบบโครงข่ายพลังงาน โดยข้อกำหนดต้องยึดถือหลักการ ดังต่อไปนี้

- (1) ไม่กระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัย และคุณภาพของระบบพลังงาน
- (2) ไม่ทำให้ผู้ใช้พลังงานและส่วนรวมเสียประโยชน์
- (3) ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม หรือกีดกันผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบกิจการพลังงานรายอื่น
- (4) ข้อกำหนดทางเทคนิค ณ จุดที่มีการใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานต้องชัดเจนมีความเป็นไปได้ในทางเทคนิค และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานเกินสมควร
- (5) มีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขอใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานและผู้ให้ใช้หรือเชื่อมต่อระบบโครงข่ายพลังงานที่ชัดเจน
- (6) ลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสองต้องไม่ทำให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีระบบโครงข่ายพลังงานเสียประโยชน์หรือเกิดความเสียหายเปรียบในการแข่งขันกับผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ประกอบกิจการพลังงานรายอื่น

¹⁵ มาตรา 81 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

¹⁶ มาตรา 82 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

ผู้ว่าการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีอำนาจระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค โดยไม่ขัดหรือแย้งกับข้อบังคับที่คณะกรรมการกำหนดไว้ ซึ่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) ได้ยกเลิกระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่าด้วยข้อกำหนดการเดินเครื่องกำเนิดไฟฟ้าขนานกับระบบไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2546 และได้ออกระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่าด้วยการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายไฟฟ้า พ.ศ. 2551 มีผลบังคับใช้ในวันที่ 25 ธันวาคม 2551 แทนระเบียบเดิม ซึ่งระเบียบนี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นต่อด้านเทคนิคการออกแบบ รายละเอียดทางเทคนิคของอุปกรณ์ไฟฟ้า และมาตรฐานการติดตั้ง สำหรับผู้ขอใช้บริการที่จะต้องปฏิบัติตาม หากมีความประสงค์จะเชื่อมต่อกับระบบโครงข่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค¹⁷ ได้แก่ ผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็ก, ผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็กมาก, ผู้ใช้ไฟฟ้าที่มีเครื่องกำเนิดไฟฟ้า และผู้ประกอบการไฟฟ้ารายอื่น¹⁸

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยไม่มีการแข่งขันในกิจการค้าส่งไฟฟ้า ด้วยเหตุว่าภายใต้ระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวในเขตพื้นที่นครหลวงและส่วนภูมิภาคตามลำดับ ผู้ผลิตไฟฟ้าต้องขายไฟฟ้าให้แก่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) ผ่านสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาว¹⁹ อีกทั้งภายใต้ระบบกฎหมายปัจจุบัน ประเทศไทยไม่มีการแข่งขันอย่างแท้จริงในกิจการค้าปลีกไฟฟ้า เนื่องจากผู้ใช้ไฟฟ้าส่วนใหญ่ของประเทศไทยไม่มีทางเลือกในการซื้อไฟฟ้าจากผู้ค้าปลีกหลายรายโดย การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) เป็นเจ้าของสายส่ง และประกอบกิจการค้าปลีกไฟฟ้า²⁰ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) จะเป็นผู้รับซื้อไฟฟ้าหลักจากเอกชนแต่เพียงผู้เดียว²¹ หรืออาจกล่าวได้ว่าเอกชนไม่อาจซื้อขายไฟฟ้าระหว่างกันเองได้โดยตรง จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงอาจเห็นได้ว่าแม้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 80 จะรับรองสิทธิให้ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนมีสิทธิใช้สายส่งไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) หรือการรับรองสิทธิให้ผู้ค้าปลีกไฟฟ้ามีสิทธิใช้และเชื่อมต่อสายส่งไฟฟ้าของการไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) ย่อมไม่อาจทำให้เกิดการแข่งขันในกิจการผลิต การค้าส่งและการค้าปลีกไฟฟ้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ

¹⁷ ข้อ 2.1 ระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่าด้วยข้อกำหนดการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายไฟฟ้า พ.ศ.2551

¹⁸ ข้อ 2.2 ระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคว่าด้วยข้อกำหนดการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายไฟฟ้า พ.ศ.2551

¹⁹ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างกิจการไฟฟ้าในประเทศไทย. หน้า 92.

²⁰ เรื่องเดียวกัน

²¹ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, “ข้อมูลเกี่ยวกับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.egat.co.th/index.php?option=com_content&view=article&id=140&Itemid=178 [28 เมษายน 2564]

2.2 ข้อจำกัดของระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวและเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าก่อให้เกิดปัญหาด้านการแข่งขันที่ส่งผลกระทบต่อราคาพลังงาน

กิจการสายส่งและโครงข่ายไฟฟ้าเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติ จึงจำเป็นต้องอาศัยหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่กำกับกิจการไฟฟ้าและกำกับกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าเพื่อให้กิจการที่มีลักษณะโดยพื้นฐานเป็นการผูกขาดเช่นนี้สามารถดำเนินการต่อไปได้โดยไม่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าโดยเฉพาะในกิจการผลิตไฟฟ้า²² ซึ่งการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนใด มีส่วนสำคัญต่อผลประโยชน์ที่จะตกแก่ผู้บริโภคในระยะยาวทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นในรูปของการลดราคาค่าไฟ ส่งเสริมนวัตกรรม เพิ่มประสิทธิภาพของการบริการ เร่งการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของกิจการไฟฟ้า และส่งเสริมการใช้พลังงานทดแทน²³ นอกจากนี้การแข่งขันในระดับค้าส่งไฟฟ้าย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้กรอบของระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวในปัจจุบัน²⁴ แม้ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าแก่ กฟผ. ภายใต้สัญญาซื้อขายไฟฟ้าระยะยาว (Power Purchasing Agreement : PPA) และเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีการประกันรายได้แก่นักลงทุนเอกชน โดยมีการประกันราคาผ่าน การกำหนดโครงสร้างในการรับซื้อไฟฟ้า ซึ่งจะมีการจ่ายค่าพลังงานให้เท่ากับต้นทุนส่วนที่เพิ่มขึ้น (Marginal Cost) ของโรงไฟฟ้าที่ดำเนินการอยู่เดิม และจะมีการจ่ายค่าความพร้อมในการจำหน่าย (Availability Payment) ให้กับผู้ผลิตไฟฟ้า²⁵

นอกจากนี้ในแง่ของโครงสร้างค่าไฟฟ้าของประเทศไทยก็ประกอบด้วยค่าไฟฟ้าพื้นฐาน (Base Tariff) ซึ่งมีที่มาจากค่าลงทุนการก่อสร้างโรงไฟฟ้า ระบบสายส่ง ระบบจำหน่าย ค่าบำรุงรักษา ค่าบริหารจัดการ (OM and A) และค่าตอบแทนการลงทุนของการไฟฟ้า²⁶ และค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติ (FT) ซึ่งประกอบด้วยประมาณการการใช้เชื้อเพลิงโรงไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ประมาณการค่าซื้อไฟฟ้าจากเอกชน และประมาณการค่าใช้จ่ายตามนโยบายรัฐ เช่น เงินส่วนเพิ่มราคารับซื้อไฟฟ้า (Adder) และเงินนำส่งเข้ากองทุนพัฒนาระบบ

²² D. Bauknecht and J-P Voß, “Network Regulation”, Chapter 8 in *Innovation for Sustainable Electricity Systems: Exploring the Dynamics of Energy Transitions*, eds. Praetorius, B. et al, (Physica-Verlag: Heidelberg, 2009), p.191.

²³ OECD, n5, p.68.

²⁴ ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างกิจการไฟฟ้าในประเทศไทย. หน้า 92.

²⁵ เรื่องเดียวกัน

²⁶ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, “ค่า FT กับการปรับปรุงอัตราไฟฟ้าใหม่” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.egat.co.th/index.php?option=com_content&view=article&id=364&Itemid=217 [28 เมษายน 2564]

ไฟฟ้าเพื่อการพัฒนาหรือพื้นที่ลงทุนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของโรงไฟฟ้า²⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่าค่าไฟฟ้ารวมที่ผู้ใช้ไฟฟ้าของประเทศไทยต้องรับผิดชอบจะประกอบด้วยค่าไฟฟ้าฐานมารวมกับค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติและภาษีมูลค่าเพิ่ม²⁸

จากองค์ประกอบของค่าไฟฟ้างี้ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงสามารถตั้งสมมุติฐานได้ว่าหากมีผู้ผลิตไฟฟ้าและผู้ซื้อไฟฟ้าหลายรายจะเป็นการเพิ่มการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า โดยการแข่งขันในกิจการไฟฟ้านี้เองจะมีความสำคัญในการคิดคำนวณอัตราค่าไฟฟ้า ตลอดจนคุณภาพของการบริการซึ่งล้วนแต่จะมีผลต่อค่าไฟฟ้าต่อหน่วยที่อาจสูงขึ้นหรือต่ำลง อันจะเป็นภาระที่ผู้บริโภคต้องแบกรับในท้ายที่สุด²⁹ โดยผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 3.1

พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 กำหนดแนวทางในการปรับเปลี่ยนกรอบอัตราค่าบริการไว้หลายประการ เช่น ในส่วนของค่าไฟฟ้านั้น เมื่อคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (กพข.) เห็นชอบในแนวทางหรือแนวนโยบายอย่างใดแล้ว คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) มีอำนาจในการควบคุมกำกับอัตราค่าบริการให้เป็นไปตามนโยบายและแนวทางดังกล่าว³⁰ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม การลงทุน เทคโนโลยี หรือเหตุอื่นและผู้รับใบอนุญาตได้ยื่นคำร้องขอปรับอัตราค่าบริการต่อ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ในกรณีดังกล่าว คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) มีดุลยพินิจพิจารณาปรับอัตราค่าบริการให้เหมาะสมได้³¹ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับผู้รับใบอนุญาตและผู้ใช้พลังงาน ไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม สะท้อนต้นทุนของการประกอบกิจการพลังงานที่มีประสิทธิภาพ คำนึงถึงผู้ด้อยโอกาส กระจายความเจริญด้านกิจการไฟฟ้าสู่ภูมิภาค มีวิธีการคิดคำนวณอัตราค่าบริการที่ชัดเจน โปร่งใส และมีประกาศเผยแพร่³² ทั้งห้ามมิให้ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการไฟฟ้าเรียกเก็บอัตราค่าบริการเกินกว่าที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ได้กำหนดไว้³³

²⁷ เรื่องเดียวกัน

²⁸ ปิติ เอี่ยมจรรย์ลาภ. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างกิจการไฟฟ้าในประเทศไทย. หน้า 92.

²⁹ ไทยพีบีเอส, “กกพ. ผู้ขาดการผลิตไฟฟ้าคือทางออก? (9 กรกฎาคม 2562)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://news.thaipbs.or.th/content/281546> > [15 มิถุนายน 2564]

³⁰ มาตรา 66 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

³¹ มาตรา 69 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

³² มาตรา 65 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

³³ มาตรา 71 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

กรณีดังกล่าวเห็นได้จากการประชุมของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ครั้งที่ 47/2561 (ครั้งที่ 548) ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2561 ที่เห็นชอบกับแนวทางในการปรับประมาณการค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติให้สอดคล้องกับภาวะการณปัจจุบันและแนวโน้มในอนาคต และกำหนดให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ดำเนินมาตรการเสริมประสิทธิภาพในการบริหารจัดการต้นทุนเชื้อเพลิงที่จำเป็นในการผลิตไฟฟ้า (Generation MIX) โดยให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ศึกษาประเด็นความเสี่ยงของสัญญาซื้อขายก๊าซธรรมชาติที่มีเงื่อนไข Take or Pay³⁴ และการประชุมของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ครั้งที่ 52/2561 (ครั้งที่ 553) ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2561 คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ได้เห็นชอบให้นำค่าใช้จ่ายจากการลงทุนที่ต่ำกว่าแผนของการไฟฟ้าทั้งสามแห่ง ปี 2557 - 2558 มาปรับลดค่าไฟฟ้าแก่ประชาชนผ่านค่าไฟฟ้าตามสูตรการปรับอัตราค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติที่เรียกเก็บในเดือนมกราคมถึงเมษายน 2562³⁵

จากข้อเท็จจริงข้างต้น แม้ว่ารัฐมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญที่พึงต้องจัดหาบริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชน ซึ่งการจัดหาไฟฟ้าถือเป็นบริการสาธารณูปโภคอย่างหนึ่งที่รัฐไม่ได้มุ่งเน้นเรื่องการแสวงหากำไรเช่นกลไกตลาดในภาคเอกชน แต่รัฐมีแนวคิดของงานบริการสาธารณะรวมอยู่ด้วยเพื่อให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะได้อย่างเท่าเทียมในราคาที่เป็นธรรม³⁶ โดยรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการสร้างและบริหารโครงข่ายพลังงาน³⁷ แต่ค่าไฟฟ้าที่ไม่ได้กำหนดโดยอาศัยกลไกตลาดย่อมไม่สะท้อนต้นทุน และไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคในระยะยาวอย่างเต็มที่ เพราะการกำหนดค่าไฟฟ้าในปัจจุบันอาศัยเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) จัดทำเพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) มีสภาพคล่องทางการเงินที่เพียงพอในการพัฒนางานในความรับผิดชอบต่อไปในอนาคต และมีเงินทุนเพียงพอในการจ่ายคืนหนี้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ย ซึ่งอาจอนุมานได้ว่าการดำเนินการของการไฟฟ้าของประเทศไทยขาดประสิทธิภาพ หรือต้องมีการอุดหนุนค่าไฟฟ้าผ่านมาตรการของรัฐบาล หน่วยงานก็ยังคงได้รับความคุ้มครอง โดยผู้รับผิดชอบต่อภาระทางการ

³⁴ สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, “สรุปการประชุมของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานประจำปีงบประมาณ 2562” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.erc.or.th/ERCWeb2/Upload/Document/สรุปผลการประชุมปี%202562.pdf> [28 เมษายน 2564]

³⁵ เรื่องเดียวกัน

³⁶ มาตรา 56 และ 75 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ประกอบ มาตรา 8 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

³⁷ Ignacio Anchustegui, n1, p.3.

เงินของหน่วยงานก็คือประชาชนผ่านทางภาษีที่รัฐเป็นผู้จัดเก็บแล้วนำมาจ่ายเป็นเงินอุดหนุนให้แก่หน่วยงานด้วยการออกพระราชกำหนด³⁸ ตลอดจนการผลักระยะค่าใช้จ่ายผ่านการปรับราคาค่าไฟที่เพิ่มขึ้น³⁹

2.3 ปัญหาการส่งเสริมผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนภายใต้การกำกับของ กกพ.

พระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 มาตรา 8 ได้วางแนวนโยบายพื้นฐานว่าด้วยกิจการพลังงาน “ให้รัฐมีหน้าที่ในการ

(1) จัดหาพลังงานให้เพียงพอกับความต้องการ มีคุณภาพ มีความมั่นคง และมีระดับราคาที่เหมาะสมและเป็นธรรม โดยเน้นการใช้ประโยชน์และพัฒนาแหล่งพลังงานหมุนเวียนและพลังงานที่มีอยู่ภายในประเทศ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน ทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม รวมทั้งลดการพึ่งพาพลังงานนำเข้าจากต่างประเทศ

(2) ส่งเสริมให้มีการใช้พลังงานอย่างประหยัด มีประสิทธิภาพ และคุ้มค่า รวมถึงส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพและระบบกระจายศูนย์ในการผลิตไฟฟ้าเพื่อลดการลงทุนในการใช้พลังงาน ลดต้นทุนทางด้านเชื้อเพลิงในกิจกรรมการผลิต และลดผลกระทบต่อด้านสุขภาพและผลกระทบต่อข้างเคียงอื่น ๆ จากการผลิตและใช้พลังงาน รวมทั้งเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประเทศ.....”

การส่งเสริมการใช้พลังงานไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานทดแทนนอกจากจะเป็นการขยายการเข้าถึงไฟฟ้าในท้องที่ห่างไกล เช่น การผลิตก๊าซชีวภาพจากท้องที่เลี้ยงปศุสัตว์ การใช้โรงไฟฟ้าจากพลังงานน้ำ การใช้กังหันปั่นไฟฟ้าจากพลังงานลม หรือการใช้แสงแดดในการผลิตไฟฟ้าจากแผงเซลล์แสงอาทิตย์ (Photovoltaic Cell) แล้ว ยังเป็นการสร้างความมั่นคงทางพลังงานอีกประการหนึ่ง เนื่องจากการใช้ทรัพยากรที่หลากหลายในการผลิตกระแสไฟฟ้า ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานเกี่ยวกับพลังงานของรัฐ แต่ในจำนวนพลังงานที่เท่ากันปกติแล้ว การผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนจะมีต้นทุนที่สูงกว่าการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแบบดั้งเดิม⁴⁰ เช่น ถ่านหิน หรือก๊าซธรรมชาติ ดังนั้นการที่จะทำให้สามารถผลิตไฟฟ้าด้วยพลังงานทดแทนได้

³⁸ ไทโยสต์, “เคาะแล้ว รัฐช่วยค่าน้ำ-ไฟฟ้าต่ออีก 2 เดือนหนุนทำงานที่บ้าน (5 พฤษภาคม 2564)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.thaipost.net/main/detail/101847> [15 มิถุนายน 2564]

³⁹ Ignacio Anchustegui, n1, p.3.

⁴⁰ Volker Oschmann, “Renewable Energy Sources in European Law: An Overview”, (2006) 6 JEEPL, p.478-479.

มากขึ้นจำเป็นที่ภาครัฐต้องมีกระบวนการในการส่งเสริมการลงทุน⁴¹ อันจะเห็นได้จากมาตรการการคุ้มครองราคาไฟฟ้าที่ผลิตจากแหล่งพลังงานทดแทนโดยผู้ผลิตโรงไฟฟ้าขนาดเล็ก และขนาดเล็กมาก⁴² โดยผู้ผลิตไฟฟ้าดังกล่าวจะได้รับ “ส่วนเพิ่มราคารับซื้อไฟฟ้า (Adder)” เพิ่มจากค่าไฟฟ้าปกติ ในกรอบระยะเวลาประมาณ 7 ปี⁴³ โดยส่วนเพิ่มราคารับซื้อไฟฟ้านี้ จะเป็นการกำหนดราคารับซื้อไฟฟ้าต่อหน่วยที่ให้เพิ่มเติมจากอัตราค่าไฟฟ้าพื้นฐานตามระเบียบการรับซื้อไฟฟ้ารวมกับค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติซึ่งฝ่ายนโยบายพลังงานจะมีการกำหนดอัตราส่วนเพิ่มราคารับซื้อไฟฟ้าให้เหมาะสมในแต่ละเทคโนโลยีเพื่อส่งเสริมการลงทุนของเอกชน⁴⁴

อย่างไรก็ดี การส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนตามมาตรการส่วนเพิ่มราคารับซื้อไฟฟ้า จะส่งผลให้ค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติสูงขึ้น ในขณะที่เดียวกันค่าไฟฟ้าที่ผู้ประกอบการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนได้รับก็จะรวมค่าไฟฟ้าผันแปรอัตโนมัติอยู่แล้ว ทำให้ภาระของผู้บริโภคเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า ในประเด็นนี้คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติจึงมีข้อเสนอแนะให้ กำหนดราคาขายไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานทดแทน (Feed-in Tariffs) โดยกำหนดเป็นราคาขายไฟฟ้ารวมต่อหน่วยที่สอดคล้องกับต้นทุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในแต่ละเทคโนโลยี⁴⁵

ทั้งนี้ จากที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าต้นทุนของการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนสูงกว่าการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแบบดั้งเดิม⁴⁶ เมื่อประกอบกับอัตราค่าบริการในการใช้หรือการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายของการไฟฟ้า (Wheeling Charge) ที่ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนต้องชำระหากต้องการใช้โครงข่าย

⁴¹ R.E.H. Sims et al, n3, p.265.

⁴² สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน, “ผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็กมาก” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.eppo.go.th/index.php/th/electricity/private/vspp> [30 เมษายน 2564]

⁴³ สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน, “การรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็กมาก” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.eppo.go.th/images/Power/pdf/vsppHistory.pdf> [30 เมษายน 2564]

⁴⁴ สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน, “แนวทางการรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในรูปแบบ Feed-in Tariffs” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : http://www.eppo.go.th/images/Power/pdf/FT-history/FiT_2558.pdf [30 เมษายน 2564]

⁴⁵ มติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ครั้งที่ 2/2553 (ครั้งที่ 131) วันที่ 28 มิถุนายน 2553 เห็นควรให้ความเห็นชอบในหลักการปรับปรุงแบบการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจาก พลังงานหมุนเวียนแบบ Adder เป็นแบบ Feed-in Tariff โดยกำหนดเงินสนับสนุนไว้ในโครงสร้างค่าไฟฟ้าฐานโดยกำหนดให้มีราคาส่วนเพิ่มของไฟฟ้าจากเทคโนโลยีเซลล์พลังงานแสงอาทิตย์ทั่วไป 6.50 บาทต่อหน่วย มีระยะเวลาการสนับสนุน 10 ปี ราคาส่วนเพิ่มของไฟฟ้าจากเทคโนโลยีเซลล์พลังงานแสงอาทิตย์ขนาดใหญ่ 9.50 บาทต่อหน่วย มีระยะเวลาการสนับสนุน 10 ปี และ ราคาส่วนเพิ่มของไฟฟ้าจากเทคโนโลยีการใช้ความร้อนใต้พิภพ (Thermal) 12.8 บาทต่อหน่วย มีระยะเวลาการสนับสนุน 10 ปี

⁴⁶ R.E.H. Sims et al, n3, p.265.

ไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.)⁴⁷ ตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 80 ย่อมทำให้ผู้ผลิตไฟฟ้ารายเล็กจากพลังงานทดแทนต้องนำค่าใช้จ่ายดังกล่าวไปรวมคำนวณและแบกรับเป็นต้นทุนของการผลิตไฟฟ้าที่สูงขึ้นอีกด้วย ซึ่งทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นระบบการอุดหนุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนบนฐานของราคาในรูปแบบใด กลับไม่ปรากฏแนวทางที่ชัดเจนในพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 นอกเหนือจากมาตรา 80 ในการส่งเสริมการเข้าถึงระบบโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายเล็ก หรือเล็กมากจากพลังงานทดแทนที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อลดภาระในค่าใช้จ่ายในส่วนนี้อันเป็นทางหนึ่งในการสนับสนุนและส่งเสริมการเข้าถึงระบบโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน

นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วการตรวจสอบว่าการกระทำของเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 80 หรือไม่ อาจเป็นการยากที่จะตรวจสอบแม้จากคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เอง เช่น การที่ผู้ผลิตไฟฟ้ารายเล็ก หรือเล็กมาก ไม่สามารถเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าได้ ภายใต้ข้อจำกัดทางเทคนิคของสายไฟฟ้าที่สามารถส่งผ่านพลังงานไฟฟ้าได้จำกัดในช่วงเวลาหนึ่ง เนื่องจากการเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าในช่วงเวลาที่โครงข่ายมีความหนาแน่นของการส่งพลังงานไฟฟ้า (Congested Transmission Line)⁴⁸ หรือการที่เจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าทำให้เกิดความล่าช้าในขั้นตอนการเชื่อมต่อทางเทคนิคของโครงข่ายไฟฟ้า หรือไม่ใช่โครงข่ายไฟฟ้าของตนอย่างเต็มความจุ⁴⁹ เป็นต้น

จึงอาจสันนิษฐานได้ว่าการกระทำเหล่านี้ย่อมเป็นข้อเสียเปรียบของผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายเล็ก หรือเล็กมาก เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ผลิตไฟฟ้ารายใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ผลิตไฟฟ้าที่มีโครงข่ายไฟฟ้าเป็นของตนเอง หากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายเล็ก หรือเล็กมากดำเนินการแจ้งตามแนวทางของพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 มาตรา 80 โดยร้องเรียนต่อคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ก็มีข้อสังเกตว่าในทางปฏิบัติแล้วผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนเหล่านั้นจะเกิดปัญหาในการทำงานร่วมกับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ในฐานะเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าในอนาคตหรือไม่อย่างไร การคุ้มครองการเข้าถึงโครงข่ายที่เสมอภาคและเท่าเทียม

⁴⁷ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน, “การรับฟังความคิดเห็น เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดอัตราค่าบริการในการใช้หรือการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายไฟฟ้า ของการไฟฟ้าในภูมิภาคอุตสาหกรรม (วันที่ 5 -19 ตุลาคม 2560)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.erc.or.th/ERCWEB2/Upload/PublicHearing/05292017022943Hearingหลักเกณฑ์อัตราค่าบริการ-WheelingCharge.pdf> [15 มิถุนายน 2564], หน้า 4-5.

⁴⁸ Ignacio Anchustegui, n1, p.3.

⁴⁹ Philip Lowe et al., “Effective Unbundling of Energy Transmission Network: Lessons from the Energy Sector Enquiry” in *Competition Policy Newsletter* 1 (2007), p.25.

ของผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของโครงข่าย (Third-Party Access) ตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 มาตรา 80 แต่อย่างเดียวนั้นจึงไม่เพียงพอ จำเป็นต้องใช้มาตรการอื่นควบคู่ไปด้วยเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการแข่งขันในตลาดพลังงาน⁵⁰ ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตลอดจนไปถึงการพัฒนาจากระบบการควบคุมกิจการโครงข่ายไฟฟ้าให้ส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน

3. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับวิธีการเพิ่มเติมเพื่อสนับสนุนการเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ผลิตไฟฟ้าที่ไม่ได้เป็นเจ้าของโครงข่ายพลังงานตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550

นอกเหนือจากการรับประกันสิทธิของผู้ประกอบการผลิตไฟฟ้าซึ่งไม่มีโครงข่ายของตนเองที่สามารถเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าได้แล้ว ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในหัวข้อที่ 2 ทำให้เห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องใช้มาตรการเสริมอื่นควบคู่ไปกับการรับประกันเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ประกอบการผลิตไฟฟ้าเอกชนรายย่อยอันจะส่งผลถึงการแข่งขันในตลาดไฟฟ้าอันอาจทำได้โดยการแบ่งแยกความเป็นเจ้าของในโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าอย่างอื่น เปลี่ยนระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวไปสู่ระบบผู้ซื้อไฟฟ้าหลายรายและวางระบบการควบคุมกำกับกิจการโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อเพิ่มแรงจูงใจให้แก่ผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้าให้ส่งเสริมการใช้ไฟฟ้าที่ผลิตจากพลังงานทดแทนนอกเหนือจากการมุ่งเน้นผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจแต่เพียงประการเดียว

3.1 เพิ่มระบบการแข่งขันโดยการแยกความเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าประเภทอื่น และเปลี่ยนแปลงระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียว

การแยกการดำเนินการด้านโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าอย่างอื่น (Unbundling) เป็นหลักประกันความเท่าเทียมในการแข่งขันด้านกิจการไฟฟ้า การเปิดกว้างในการเข้าถึงโครงข่ายตลอดจนการส่งเสริมการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้โครงข่ายไฟฟ้ามีประสิทธิภาพและความมั่นคงที่มากขึ้น⁵¹ ซึ่งในปี พ.ศ. 2547 ได้มีความพยายามในการแปรรูปการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) โดยเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นและกระจายเข้าตลาดหลักทรัพย์ เช่นเดียวกับการถือครองการแปรรูปการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยไปเป็นบริษัท ปตท.จำกัด (มหาชน) ซึ่งนายกรัฐมนตรีทักษิณ ชินวัตร ได้ให้เหตุผลหลักที่ต้องแปรรูปมี 3 ข้อ คือ (1) เพื่อความมีประสิทธิภาพและให้เกิดการแข่งขัน (2) เพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ (3) เพื่อให้เกิดการระดมทุน

⁵⁰ Ignacio Anchustegui, n1, p.1.

⁵¹ Philip Lowe et al., n49, p.24.

ในการลงทุนเพื่อสร้างโรงไฟฟ้าใหม่ต่อไป โดยรัฐบาลจะไม่ต้องค้ำประกันเงินกู้ให้ หรือไม่ต้องการเพิ่มหนี้สาธารณะให้แก่ประเทศอีก⁵² เกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเป็นคดีหมายเลขแดงที่ พ.5/2549 ว่า

“....การให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 28, 29 และ 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจเพราะการโอนอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ทำให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ซึ่งไม่มีอำนาจมหาชน เช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักแห่งความเท่าเทียมอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจตามมาตรา 30 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ...”

จะเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดมีมุมมองเรื่องอำนาจมหาชนที่อาจทำให้การเข้าสู่ตลาดทุนของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) เป็นการเอาเปรียบเอกชนอื่น เพราะ บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจมหาชนที่ขัดต่อความเสมอภาคในการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า จากการให้เหตุผลดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุดจึงอาจตีความได้ว่า การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) มีความจำเป็นที่จะต้องคงความเป็นเจ้าของของรัฐไว้ ไม่อาจแปรรูปเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ได้ เนื่องจากหน่วยงานยังคงมีอำนาจมหาชนที่เฉพาะแต่องค์กรของรัฐเท่านั้นที่ทรงอำนาจดังกล่าวได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งยังเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 56 วรรคสอง ที่กำหนดให้ “โครงสร้างหรือโครงข่ายขั้นพื้นฐานของกิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐ อันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐ จะกระทำด้วยประการใด ให้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดมิได้”

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หากพิจารณาถึงหลักการแบ่งแยกในความเป็นเจ้าของ (Ownership Unbundling) ในโครงข่ายไฟฟ้า จะหมายถึงการแยกกิจการในโครงข่ายไฟฟ้าทุกอย่างออกจากกิจการอย่างอื่น⁵³ จะไม่มีผู้ผลิตหรือผู้ค้าปลีกรายใดมีอำนาจครอบงำผู้บริหารหรือเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้า⁵⁴ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะ

⁵² ประสาท มีแต้ม, “การแปรรูป กฟผ. บทเรียนจาก ปตท.” หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์ ฉบับวันที่ 31 ตุลาคม 2548 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://mgronline.com/daily/detail/9480000150453> [2 พฤษภาคม 2564]

⁵³ Philip Lowe et al., n49, p.28.

⁵⁴ Ibid.

ขจัดปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาคในการแข่งขันและการขัดกันของผลประโยชน์ของผู้ผลิตไฟฟ้าที่เป็นเจ้าของโครงข่ายให้หมดไป ซึ่งจะทำให้ผู้บริหารหรือเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าที่รับโอนมาจากการไฟฟ้าทั้งสามรายสามารถพัฒนาในหน้าที่หลักของตน คือการพัฒนาประสิทธิภาพของการให้บริการ และส่งเสริมการลงทุนด้านโครงข่ายไฟฟ้าได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น⁵⁵ การแบ่งแยกในความเป็นเจ้าของของโครงข่ายไฟฟ้ากับกิจการไฟฟ้าอื่น จึงไม่จำกัดอยู่ที่การแปรรูปการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นบริษัทมหาชน แต่กระบวนการดังกล่าวอาจทำได้ในรูปของการคงไว้ซึ่งความเป็นรัฐวิสาหกิจภายใต้การกำกับของกระทรวงการคลังอยู่⁵⁶ เพียงแต่โอนความเป็นเจ้าของหรืออำนาจหน้าที่ในการจัดการโครงข่ายไฟฟ้าไปเป็นของหน่วยงานรัฐ หรือหน่วยงานอื่นในกำกับของรัฐ เช่น ในบางประเทศได้แยกหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านความเป็นเจ้าของ หรือการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าออกจากหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการผลิตไฟฟ้า ตลอดจนการแยกการบริหารหรือเป็นเจ้าของโครงข่ายให้รับผิดชอบโดยท้องถิ่นในบางกรณี ส่วนการผลิตไฟฟ้าให้เป็นส่วนการรับผิดชอบของรัฐบาลกลาง เป็นต้น⁵⁷ จะเห็นได้ว่าการกระทำได้กล่าวไม่เป็นการต้องห้ามตามแนวที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาไว้

การแบ่งแยกความเป็นเจ้าของในโครงข่ายไฟฟ้า จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อทั้งผู้แข่งขันในกิจการไฟฟ้าเอง รวมถึงเจ้าของหรือผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้าด้วย⁵⁸ กล่าวคือ ในส่วนของผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายย่อยที่ถือว่าเป็นผู้แข่งขันในกิจการไฟฟ้าคนหนึ่งก็จะสามารถเข้าถึงประสิทธิภาพสูงสุดเต็มความจุของโครงข่าย เพราะ เจ้าของหรือผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้าต้องการค่าตอบแทนสูงสุดในการใช้ทรัพยากรของตน⁵⁹ ในขณะที่เจ้าของหรือผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้านั้นเอง เมื่อได้รับค่าตอบแทนจากผู้ผลิตไฟฟ้าที่เข้าใช้โครงข่ายก็จะมีแรงจูงใจในการขยายหรือพัฒนาโครงข่ายไฟฟ้าของตน เพื่อให้ได้รับค่าตอบแทนที่มากขึ้น⁶⁰ ซึ่งจะเป็นการใช้กลไกตลาดในการควบคุมความประพฤติของเจ้าของหรือผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้า อันเป็นการลดภาระของหน่วยงานตรวจสอบ⁶¹ หรือคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) อีกทางหนึ่งด้วย

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย, “ข้อมูลเกี่ยวกับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย”

⁵⁷ Philip Lowe et al., n49, p.29.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

หนทางประการหนึ่งที่ผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นไปได้ในการแยกความเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าประเภทอื่น พร้อมกับการสร้างผลประโยชน์ตอบแทนให้รัฐสูงที่สุดคือการประมูล (Auction)⁶² ใบอนุญาตหรือสิทธิในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้า โดยเทียบเคียงกับกรณีการประมูลใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)⁶³ ซึ่งอาจเป็นไปได้ในรูปแบบที่ให้กรรมสิทธิ์ในความเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้ายังเป็นของหน่วยงานรัฐอื่นนอกเหนือจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ซึ่งวิธีการที่มีประสิทธิภาพทางหนึ่ง คือ การตั้งหน่วยงานที่มีความรู้ด้านกิจการไฟฟ้าขึ้นใหม่⁶⁴ และโอนความเป็นเจ้าของและอำนาจบริหารเฉพาะโครงข่ายไฟฟ้าที่เดิมเป็นของกฟผ. ไปให้หน่วยงานใหม่เป็นผู้รับผิดชอบในฐานะผู้ประกอบการกิจการ (Operator) อันเป็นฐานะเช่นเดียวกับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ซึ่งหน่วยงานเหล่านี้จะอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ในฐานะหน่วยงานกำกับกิจการ (Regulator) ตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ.2550 มาตรา 11⁶⁵ การให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมกำกับนโยบายและการดำเนินการ⁶⁶ โดยเทียบเคียงกับกรณีของคณะกรรมการกิจการกระจาย

⁶² รพีพัฒน์ อิงคสิทธิ์, “รู้จักทฤษฎีการประมูล : การออกแบบตลาดฉบับนักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบล” ฉบับวันที่ 13 มกราคม 2564 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.the101.world/auction-theory/> [3 พฤษภาคม 2564]

⁶³ ปกป้อง จันวิทย์, “อ่านเกมส์ประมูลความถี่ กับพรเทพ เภญญาอภิกุล” ฉบับวันที่ 18 มิถุนายน 2561 [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.the101.world/pornthep-interview/> [3 พฤษภาคม 2564]

⁶⁴ เช่น การตั้งการไฟฟ้าฝ่ายส่งและโครงข่ายแห่งชาติ เพื่อรับผิดชอบเฉพาะงานด้านโครงข่ายและสายส่งไฟฟ้าเท่านั้น โปรดดู US Department of Energy, “National Transmission Grid Study” [online] Available from : <https://www.ferc.gov/sites/default/files/2020-04/transmission-grid.pdf> [16 June 2021], p.48.

⁶⁵ แม้ว่าการกำกับกิจการโครงข่ายพลังงานจะต้องการหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระซึ่งอาจมองได้ว่าคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ก็มีความเหมาะสมเมื่อนำมาเทียบเคียงกับกรณีของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 แล้วพบว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ให้อำนาจ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เข้าเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้า และดำเนินการเองในฐานะผู้ประกอบการอย่างกรณีของการไฟฟ้าทั้งสามแห่งของประเทศแต่อย่างใด คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) คงมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบการดำเนินการเท่านั้น อันอาจเห็นได้จากในกรณีของการออกคำสั่งให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิต (กฟผ.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) รับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน ตามคำสั่งของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานที่ 61/2555 เรื่องกำหนดแนวทางกำกับรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน ซึ่งจะสอดคล้องกับหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ที่ให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เพื่อกำกับนโยบายกิจการพลังงานและป้องกันการผูกขาด

⁶⁶ เหตุผลที่ควรเป็นหน่วยงานรัฐที่เป็นองค์กรอิสระในการกำกับกิจการพลังงานของประเทศ เพราะต้องการให้นโยบายการกำกับกิจการโครงข่ายไฟฟ้ามีความแน่นอนในระยะยาวสามารถผ่านการเปลี่ยนผ่านช่วงเลือกตั้งได้ ซึ่งปกติแล้วนโยบายของรัฐจะสะดุดลงเนื่องมาจากการเปลี่ยนรัฐบาล ความแน่นอนของนโยบายบริหารโครงข่ายดังกล่าวจะสอดคล้องกับเม็ดเงินที่นักลงทุนต้อง

เสี่ยง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ซึ่งวิธีการที่รัฐจะได้ผลตอบแทนสูงสุดอาจเป็นไปได้ในรูปแบบหน่วยงานรัฐที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่ในการประกอบกิจการโครงข่ายไฟฟ้า ไม่ต้องบริหารโครงข่ายไฟฟ้าด้วยตนเอง แต่ให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้หน่วยงานรัฐที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่ในการประกอบกิจการโครงข่ายไฟฟ้าเปิดการประมูลการบริหารโครงข่ายไฟฟ้า และคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) จะเป็นผู้ออกใบอนุญาตให้เอกชนเข้าประมูลใบอนุญาตในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้า⁶⁷ ภายในกรอบเวลาที่กำหนด เช่นเดียวกับการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) โดยจัดแบ่งประเภทของใบอนุญาตบริหารโครงข่ายไฟฟ้าออกเป็นหลายประเภทแก่หลายบริษัท เพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้นในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้า วิธีการดังกล่าวจะทำให้รัฐจะได้ทั้งผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบของค่าใบอนุญาตประกอบกิจการโครงข่ายไฟฟ้าไปพร้อมกับการบริหารและพัฒนาโครงข่ายโดยเอกชนผู้รับใบอนุญาตที่คำนึงถึงการประกอบกิจการที่คุ้มทุนและมีประโยชน์ทางเศรษฐศาสตร์อย่างสูงสุด

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีการแยกอำนาจหน้าที่ในการควบคุมโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการอื่นแล้วก็ตาม หลาย ๆ ประเทศก็ยังให้อำนาจกับรัฐผ่านหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านกิจการโครงข่ายหรือเป็นเจ้าของสายส่งไฟฟ้าให้เป็นหน่วยงานเดียวที่มีอำนาจเป็นผู้รับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนรายอื่นเพื่อรัฐจะนำไปจำหน่ายแก่ผู้บริโภคต่อไป⁶⁸ ภายใต้สมมุติฐานที่ต้องการใช้ระบบ

ใช้ในการบริหารจัดการโครงข่ายในอนาคต โปรดดู D. Bauknecht and J-P Voß, n22 , p.199.

⁶⁷ ในประเด็นนี้อาจมีข้อโต้แย้งว่าการแบ่งแยกให้หลายหน่วยเป็นผู้รับผิดชอบในกิจการไฟฟ้าแยกต่างหากจากกันจะทำให้การบริหารโครงข่ายเินยื้อหรือชักช้ากว่าที่เป็นอยู่เดิมหรือไม่ ผู้เขียนขอเรียนว่าจากประสบการณ์ของสหราชอาณาจักร และสหภาพยุโรป แสดงให้เห็นว่าการผูกขาดและมีอำนาจบริหารจัดการแบบเบ็ดเสร็จโดยองค์กรของรัฐองค์กรเดียว โดยมีข้อกฎหมายที่จะคุ้มครองผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยอย่างกรณีพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน มาตรา 80 แต่ประการเดียวนั้น ไม่เพียงพอที่จะส่งเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าได้อย่างแท้จริง และในระยะยาวยิ่งจะส่งผลเสียต่อระบบตลาดไฟฟ้า และค่าใช้จ่ายที่ยังเพิ่มขึ้นอันเกิดจากความไม่มีประสิทธิภาพของกระบวนการดังกล่าวที่บางขั้นตอนไม่มีความจำเป็นหรือซ้ำซ้อนกัน เนื่องมาจากการขาดการแข่งขันอันนำมาซึ่งแรงจูงใจในการลงทุนพัฒนากิจการไฟฟ้าทั้งระบบ การจัดตั้งหน่วยงานขึ้นรับผิดชอบระบบโครงข่ายไฟฟ้าต่างหากจากกิจการไฟฟ้าส่วนอื่นๆ นอกเหนือจะส่งเสริมการพัฒนาในกิจการโครงข่ายไฟฟ้าแล้วยังเป็นการปลดปล่อยภาระในกิจการไฟฟ้าส่วนอื่นๆ ตลอดจนขั้นตอนที่ไม่จำเป็นในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าออกไป การแยกความรับผิดชอบดังกล่าวยังทำให้หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเพื่อบริหารจัดการโครงข่ายไฟฟ้าสามารถบริหารจัดการโครงข่ายไฟฟ้าได้อย่างมีประสิทธิภาพในระยะยาว ซึ่งอาจเห็นได้จากค่าไฟฟ้าต่อหน่วยที่ถูกลงและปริมาณการลงทุนที่มากขึ้น โปรดดู Philip Lowe et al. , n49, p.29-32.

⁶⁸ Lovei Laszlo. "The Single-Buyer Model : A Dangerous Path toward Competitive Electricity Markets Viewpoint". [online] Available from : <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/11409> [5 June 2021], p.2.

ผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวแก้ปัญหาการป้องกันมิให้มีการกีดกันการเข้าถึงโครงข่ายพลังงาน ระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวเช่นนี้สามารถพบได้ในหลายประเทศที่อยู่ในช่วงริเริ่มให้มีการเปิดเสรีในกิจการไฟฟ้า ซึ่งแม้จะมีข้อดีหลายประการ เช่น ในด้านความสะดวกในการคำนวณความต้องการพลังงานไฟฟ้ารวมของประเทศโดยพิจารณาควบคู่ไปกับปริมาณพลังงานไฟฟ้าที่ผลิตได้มีอยู่ (Facilitate balancing of electricity demand and supply) ความสะดวกของการควบคุมราคาขายส่งไฟฟ้า (Simplifying Price Regulation) และทำให้โครงการพัฒนาหรือลงทุนด้านการผลิตไฟฟ้ามีความเสี่ยงต่ำจากความต้องการรับซื้อพลังงานไฟฟ้า อันจะส่งผลให้นักลงทุนเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวกขึ้น (Making the investment commercially bankable) เป็นต้น⁶⁹ แต่ระบบการรับซื้อไฟฟ้าโดยผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวนี้อีกกลับมีผลเสียต่อตลาดพลังงานไฟฟ้าทางเศรษฐกิจในระยะยาว กล่าวคือ เจ้าหน้าที่รัฐที่กำหนดนโยบายความต้องการกำลังการผลิต (Generation capacity) ที่สูงเกินความต้องการของประเทศไม่ต้องรับผิดชอบในภาระทางการเงินที่อาจเป็นผลกระทบตามมาจากการตัดสินใจดังกล่าว ทั้งระบบราคาจากการรับซื้อไฟฟ้าของรัฐในระยะยาวแบบ Take or Pay Quotas จะเป็นการการันตีรายได้ที่ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนจะได้รับโดยไม่คำนึงถึงความต้องการของตลาด กล่าวคือ หากความต้องการไฟฟ้าในประเทศลดลง ราคาของไฟฟ้าต่อหน่วยจะไม่สะท้อนต้นทุนที่แท้จริงของตลาด ทำให้ราคาไฟฟ้าต่อหน่วยสูงเกินความเป็นจริงในเวลาที่ปริมาณกระแสไฟฟ้าในตลาดเกินความต้องการของผู้บริโภค ซึ่งการที่หน่วยงานรัฐเป็นผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวในระบบนี้จึงต้องมีการตรึงราคาพลังงานให้ถูกลงก่อนขายไปให้ผู้บริโภคโดยการที่หน่วยงานรัฐที่รับซื้อไฟฟ้านั้นต้องนำเงินภาษีมาสนับสนุนส่วนต่างของราคานี้ ในขณะที่หากเปรียบเทียบกับระบบตลาดที่มีผู้ซื้อไฟฟ้าหลายราย ราคาไฟฟ้าต่อหน่วยจะผันแปรโดยตรงกับความต้องการพลังงานรวมของประเทศโดยเมื่อความต้องการไฟฟ้าลดลงในเวลาใดเวลาหนึ่งราคาของพลังงานไฟฟ้าในช่วงนั้นจะถูกกลืนเป็นการกระจายความเสี่ยงที่รัฐอาจต้องรับไปสู่นักลงทุนในกิจการพลังงานไฟฟ้าซึ่งจะสอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจมหภาค (Macroeconomic) ของประเทศ⁷⁰ อีกทั้งระบบ Take or Pay Quotas ดังกล่าวยังส่งผลให้มีโรงไฟฟ้าที่ไม่เดินเครื่องหรือเดินเครื่องไม่เต็มประสิทธิภาพอยู่เป็นจำนวนมากอีกด้วย⁷¹

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า นอกเหนือจากการแยกการดำเนินการด้านโครงข่ายไฟฟ้าออกจากกิจการไฟฟ้าอย่างอื่นแล้ว การเปลี่ยนระบบการรับซื้อไฟฟ้าจากระบบรัฐเป็นผู้ซื้อไฟฟ้า

⁶⁹ Ibid. p.1-2.

⁷⁰ Ibid. p.2-3

⁷¹ ประสาท มิแต้ม “ภาระค่าไฟฟ้าอันเนื่องมาจากนโยบาย (ที่ไม่ปกติ) ของรัฐบาล (21 พฤษภาคม 2564)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thaipublica.org/2021/05/prasart02/> [15 มิถุนายน 2564]

รายเดียวเป็นการอนุญาตให้ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนสามารถขายไฟฟ้าให้กับผู้ซื้อไฟฟ้าเอกชนรายย่อยอื่นๆ นอกเหนือจากการไฟฟ้าทั้งสามแห่งของประเทศได้ หรือให้ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนสามารถขายไฟฟ้าต่อผู้บริโภคไฟฟ้าได้โดยตรงนอกจากจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ภาษีอุดหนุนค่าไฟฟ้าส่วนที่เกินความต้องการของประเทศ และยังเป็นการเพิ่มการแข่งขันในกิจการค้าส่งไฟฟ้าอันจะทำให้ราคาต่อหน่วยของไฟฟ้าถูกลงอีกด้วย⁷²

3.2 เสริมระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจ (Incentive Regulation) ให้กับผู้บริหารจัดการโครงข่ายไฟฟ้า

จากที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 3.1 ว่าแนวทางที่ควรจะเป็นคือการใช้เอกชนเข้ามามีส่วนในการบริหารโครงข่ายพลังงาน และการใช้กลไกตลาดอาจรดภาระของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ให้น้อยลงได้ แต่ Dr.Olivia Wooley ยังให้ความเห็นว่าการพึ่งพาแต่กลไกตลาดเพียงอย่างเดียวจะเป็นการประมาทต่อลักษณะของความเป็นมนุษย์มากเกินไป⁷³ จึงมีความจำเป็นที่ต้องสร้างข้อบังคับเพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าของหรือผู้ดูแลโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้การบริหารโครงข่ายเป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยรวมมากที่สุดภายในเวลาที่น่าเชื่อถือ⁷⁴ ป้องกันความล้มเหลวของตลาด (Market Failure)⁷⁵ และการควบคุมดูแลให้เป็นไปตามหลักในการจัดการบริการสาธารณะที่ต้องมีการปรับปรุงให้เหมาะสมกับวิวัฒนาการของสังคมส่วนรวม⁷⁶ ระบบการกำกับกิจการโครงข่าย (Networks regulation) จึงมีความจำเป็นเพื่อมิให้มีการฉวยโอกาสของผู้ควบคุมดูแลโครงข่าย ทั้งยังเป็นการรับประกันว่าโครงข่ายไฟฟ้าจะมีความเสถียร และมีประสิทธิภาพ⁷⁷ อันเป็นการเพิ่มแรงจูงใจแก่เอกชนให้เข้ามาแข่งขันในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าอีกด้วย มิเช่นนั้นแล้วผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายอาจฉวยโอกาสในการเพิ่มค่าการเข้าถึงและใช้โครงข่ายโดยไม่มีเหตุผลตลอดจนการผลกระทบในการพัฒนาขยายโครงข่ายให้ประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้าเป็นผู้รับผิดชอบผ่านราคาไฟฟ้าที่สูงขึ้นเกินสมควร ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้จะทำให้ประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้าถูกบีบบังคับ

⁷² Lovei Laszlo., n68, p.3-4.

⁷³ Olivia Woolley, “Reforming Gas Sector Governance to Promote Biomethane Injection”, (2013) 3 RELP, p.188.

⁷⁴ Sanford V. Berg, “Methods of Incentive Regulation: Applications to Electricity” [online] Available from : <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.494.1765&rep=rep1&type=pdf> [15 June 2021], p.2.

⁷⁵ Paul Joskow, “Lessons Learned from Electricity Market Liberalization” (2008) 29 (special issue 2) *The Energy Journal*, p.25.

⁷⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, หน้า 50.

⁷⁷ D. Bauknecht and J-P Voß, n22, p.193.

ให้ใช้ไฟฟ้าในราคาแพง อันอาจแปลความได้ว่าทำให้การดำเนินการบริการสาธารณะไม่อาจเข้าถึงประชาชนทุกระดับได้อย่างต่อเนื่อง⁷⁸

ระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจ (Incentive Regulation) เป็นเครื่องมือที่ถูกนำมาปรับใช้เป็นอันดับต้นในการควบคุมผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้า นอกเหนือจากระบบการกำกับอย่างอื่น เช่น การกำกับราคาพื้นฐาน หรือ Cost-Based Regulation⁷⁹ ในระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจ ราคาหรือรายได้จะถูกจำกัดไว้ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง⁸⁰ ในช่วงเวลาดังกล่าวผู้บริหารจัดการโครงข่ายจะได้กำไรแบบมีเพดานจากการใช้โครงข่ายโดยการลดค่าใช้จ่ายให้อยู่ภายใต้ราคาที่ถูกลำดับจำกัด⁸¹ ระบบข้างต้นจะทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างผู้บริหารจัดการโครงข่ายแต่ละราย โดยมุ่งหมายว่าผู้บริหารจัดการโครงข่ายเหล่านั้นจะบริหารจัดการโครงข่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพและราคาสมเหตุสมผลที่สุด ระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจที่ได้รับการยอมรับในความสำเร็จนี้⁸² วางอยู่บนสมมุติฐานที่ว่าผู้ประกอบการที่ควบคุมดูแลโครงข่ายจะบริหารจัดการโครงข่ายไฟฟ้าได้อย่างมีประสิทธิภาพทางราคา (Cost efficiency) และได้รับความนิยมนตลอดจนการยอมรับจากประเทศที่พัฒนาแล้วต่างๆ อันจะเห็นได้จากระบบ RPI-X ในประเทศสหราชอาณาจักร และระบบตัวแทนอิสระ (Independent Agency) ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁸³

การจูงใจผ่านกลไกการควบคุมราคา (Price cap) เป็นกระบวนการที่มีการใช้เป็นการทั่วไปในระบบอุตสาหกรรมโครงข่ายพลังงานนับแต่มีการเปิดเสรีของตลาดพลังงาน ในช่วงเริ่มต้นระบบโครงข่ายไฟฟ้ามีลักษณะการผูกขาดเนื่องมาจากเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ เช่น ขนาดและความครอบคลุมของโครงข่าย รายจ่ายเริ่มต้นที่สูง และใช้เวลามากในการคืนทุน ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานที่ต่ำ⁸⁴ อันอาจจะกล่าวได้ว่าระบบโครงข่ายไม่มีความคุ้มค่าหรือดึงดูดทางเศรษฐกิจ

⁷⁸ กรพจน์ อัศวินวิจิตร, **หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ : รายงานวิจัยหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4** (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2560), หน้า 7.

⁷⁹ D. Bauknecht and J-P Voß, n22, p.196. อันอาจเห็นได้จากที่กล่าวไว้แล้วเรื่องปัจจัยการควบคุมค่าไฟฟ้าในหัวข้อ 2.2 และ 2.3

⁸⁰ ในประเทศสหราชอาณาจักรจะมีกรอบเวลาโดยปกติประมาณแปดปี โปรดดู OFGEM, “Press Release” [online] Available from : <https://www.ofgem.gov.uk/sites/default/files/docs/2011/03/riio-strategy-release-18-march.pdf> [15 June 2021]

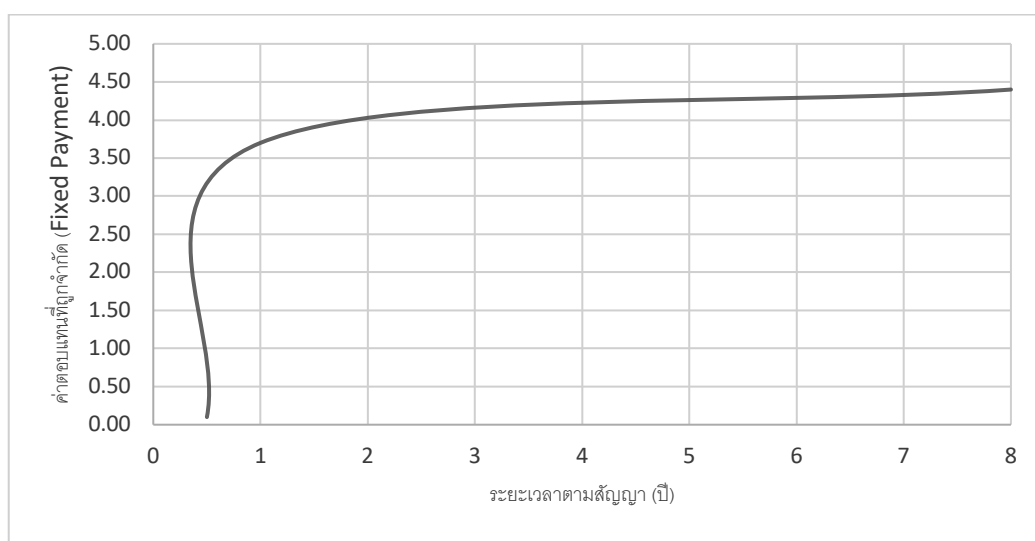
⁸¹ D. Bauknecht and J-P Voß, n22, p.194.

⁸² Paul Joskow, n75, p.15.

⁸³ McHarg, “Evolution and Regulation in British Energy Network Regulation: From RPI-X to RIIO” in **Energy Networks and the Law: Innovative Solutions in Changing Markets**, eds. Roggenkamp, M. et al (Oxford University Press, 2012), p.314.

⁸⁴ Tooraj Jamasb and Rabindra Nepal, “Incentive Regulation and Utility Benchmarking for Electricity Network Security”, (2004) **EPRG Working Paper**, p.4.

หากต้องมีการแข่งขันทั้งการสร้างโครงข่ายคู่ขนาน (Parallel Networking) ก็อาจนำมาสู่ความเสียหายด้านเงินทุน (Capital Destruction) อันจะส่งผลกระทบในระยะยาว⁸⁵ ด้วยลักษณะของการผูกขาดในระบบโครงข่ายดังกล่าวจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายต้องถูกตรวจสอบ⁸⁶ พร้อมให้แรงจูงใจผ่านระบบราคาภายใต้รายได้ที่ถูกจำกัดเพื่อที่จะให้ผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายบริหารจัดการโครงข่ายอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ในขณะเดียวกันระบบการควบคุมกำกับโดยกำหนดเพดานราคายังมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายใช้อำนาจเหนือโครงข่ายไฟฟ้าไปแสวงหาประโยชน์อีกด้วย⁸⁷



ตัวอย่างแสดงประสิทธิภาพการบริหารภายใต้ระบบการควบคุมกำกับโครงข่ายไฟฟ้าแบบจูงใจ⁸⁸

จากแผนภาพข้างต้นจะเห็นว่าผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้าจะบริหารโครงข่ายไม่ให้ต้นทุนสูงไปกว่าเพดานราคาในแนวตั้งตลอดอายุของสัญญาเพื่อให้ได้ส่วนต่างของต้นทุนและเพดานราคา

⁸⁵ Rolf W. Künneke, “Electricity networks: how ‘natural’ is the monopoly”, (1999) 8 *Utilities Policy*, p.104.

⁸⁶ Nida Broughton, “Economic rationales for regulating markets” [online] Available : <http://www.parliament.uk/documents/commons/Scrutiny/Rationale-for-regulating-markets.pdf> [16 June 2021]

⁸⁷ McHarg, n83, p.315.

⁸⁸ Paul L. Joskow, “Incentive Regulation in Theory and Practice: Electricity Distribution and Transmission Networks” in *National Bureau of Economic Research Conference on Economic Regulation* (MIT: January 2006), p.13.

มาเป็นกำไร⁸⁹ กล่าวคือ ภายใต้ระบบการควบคุมเพดานราคา ผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้าจะได้รับอนุญาตให้หารายได้จากการใช้ประโยชน์โครงข่ายภายใต้ราคาและช่วงเวลาที่กำหนด⁹⁰ ปกติแล้วเป็นเวลาประมาณแปดปี⁹¹ ระบบดังกล่าวผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้าถูกจูงใจให้ต้องดำเนินการบริหารจัดการตลอดจนใช้ประโยชน์โครงข่ายให้มีประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อที่จะได้รับผลประโยชน์จากการใช้โครงข่ายลำเลียงไฟฟ้าสู่ผู้บริโภค ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ผู้บริหารโครงข่ายจำเป็นต้องใช้นวัตกรรมและเทคโนโลยีมาปรับใช้เพื่อลดต้นทุนและในขณะเดียวกันก็เป็นการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคไปพร้อมกัน⁹² กระบวนการดังกล่าวทำงานภายใต้ข้อสันนิษฐานว่าผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้าดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้บริโภคก็จะได้รับการปันประโยชน์จากการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพด้วยการลดราคาค่าไฟฟ้า ค่าธรรมเนียมการใช้โครงข่ายที่เป็นเหตุเป็นผล หรือการแก้ไขเพดานราคาเมื่อสิ้นระยะเวลาของข้อกำหนดแต่ละรอบไป⁹³ โดยเพดานราคาดังกล่าวจะถูกกำหนดโดยนำค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการบริหารจัดการโครงข่าย ค่าบริหารความเสี่ยงมารวมคำนวณด้วยเพื่อให้ผู้ประกอบการมีสภาพคล่องทางการเงินและสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁹⁴

นวัตกรรมกำกับแบบจูงใจไม่ว่าจะมีรายละเอียดแตกต่างกันอย่างไร จะมีลักษณะร่วมกันประการหนึ่ง คือ การลดค่าใช้จ่ายภายใต้ช่วงเวลาจำกัด ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อสงสัยในเรื่องคุณภาพของบริการ และกระบวนการคิดริเริ่ม (Service quality and Innovation) ที่ได้จากการบริหารจัดการระบบดังกล่าว⁹⁵ เนื่องจากโดยปกติแล้วคุณภาพในการบริหารหรือจัดหาบริการเกี่ยวกับโครงข่ายโรงไฟฟ้าผันแปรโดยตรงกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการลดค่าใช้จ่ายในการควบคุมโครงข่ายพลังงานมีแนวโน้มที่จะทำให้คุณภาพของการบริหารจัดการ

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ D. Bauknecht and J-P Voß, n22, p.196.

⁹¹ OFGEM, n80.

⁹² Western Power Distribution, “Business Plan 2023-2028” [online] Available from : <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewi9x8WuZzxAhWMYDgGHYkrDt-gQFjABegQIAxAE&url=https%3A%2F%2Fyourpowerfuture.westernpower.co.uk%2Fdownloads%2F40392&usg=AOvVaw3PGH5Alf8E2I5GujsA5Pa1> [16 June 2021], P.10.

⁹³ McHarg, n83, p.317.

⁹⁴ OFGEM, “Level of Energy Price Cap” [online] Available from: [ofgem.gov.uk/energy-price-cap/level-energy-price-cap](https://www.ofgem.gov.uk/energy-price-cap/level-energy-price-cap) [16 June 2021]

⁹⁵ Ajodhia V. Hakvoort R, “Economic regulation of quality in electricity distribution networks”, (2005) 13 (3) *Utilities Policy*, p.213.

โครงข่ายพลังงานลดน้อยลงเช่นเดียวกัน⁹⁶ ข้อที่ต้องพิจารณากำกับอีกประการหนึ่ง คือ การมุ่งเน้นแต่การลดค่าใช้จ่ายให้ต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ภายใต้ระบบควบคุมแบบจูงใจส่งเสริมการพัฒนาตลอดจนความคิดริเริ่มหรือไม่ อย่างไร เหตุผลภายใต้ข้อพิจารณาดังกล่าวเนื่องมาจากกระบวนการวิจัยและพัฒนา (Research and Development) มีลักษณะของผลประโยชน์สาธารณะ (Public Good) ร่วมอยู่ด้วย ซึ่งปกติแล้วจะเห็นผลในระยะยาว อย่างไรก็ตามการลงทุนในด้านของการวิจัยและพัฒนาจะมีความเสี่ยงสูงกว่าการลงทุนในกิจการรูปแบบเดิม ซึ่งอาจนำมาซึ่งความไม่แน่นอนอันเป็นสิ่งที่นักลงทุนต้องนำมาพิจารณาว่าสมควรหรือไม่ที่จะเข้าลงทุนและรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ปัจจุบันดังกล่าวทำให้การลงทุนในด้านของการวิจัยและพัฒนา มีอัตราต่ำกว่าที่ควรจะเป็น⁹⁷ จากเหตุผลที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า ระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจถือได้ว่าเป็นกรอบพื้นฐานที่มุ่งเน้นเรื่องการลดค่าใช้จ่ายเหนือข้อพิจารณาด้านอื่น ๆ เช่น ในด้านของสิ่งแวดล้อม และเป้าหมายด้านสังคมอย่างอื่น⁹⁸ จากข้อบกพร่องดังกล่าวทำให้เกิดข้อโต้แย้งถึงควมมีประสิทธิภาพของระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจที่เห็นประจักษ์ในประเทศพัฒนาแล้ว ว่ากระบวนการดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงด้านนโยบายของรัฐสมัยใหม่ที่เปลี่ยนผ่านไปสู่การใช้ไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน⁹⁹

จากระบบที่โลกต้องการที่จะใช้พลังงานสะอาด เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืน ระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจจึงจำเป็นต้องถูกปรับปรุงหรือไม่ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการบรรลุวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากความมุ่งหมายด้านเศรษฐศาสตร์ โดยความยั่งยืนในระบบโครงข่ายไฟฟ้า (Sustainability in Electricity Network) จะมีความเกี่ยวข้องกับการเชื่อมโยงโรงไฟฟ้าพลังงานสะอาดเข้าสู่โครงข่าย จึงอาจกล่าวได้ว่าการก่อสร้างโครงข่าย (Grid) ใหม่ หรือการพัฒนาโครงข่ายเดิมมีความจำเป็นเพื่อส่งเสริมให้ผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานสะอาดสามารถเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าได้เท่าเทียมโดยไม่กีดกันการเข้าถึงโครงข่ายของผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแบบดั้งเดิมอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อให้แนวทางดังกล่าวสัมฤทธิ์ผลจึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการปรับกระบวนการทัศน์ของผู้ดูแลโครงข่ายไฟฟ้าให้เปลี่ยนจากการลดค่าใช้จ่ายเป็นมาเป็นการส่งเสริมการลงทุนให้มากขึ้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายการพัฒนาโครงข่ายไฟฟ้าอย่างยั่งยืน¹⁰⁰

⁹⁶ Paul Joskow, "Incentive Regulation and Its Application to Electricity Networks", (2008) Vo.7 Review of Network Economics, p 555.

⁹⁷ Jamasb T Pollit M, *Deregulation and R&D in Network Industries: The case of the Electricity Industry*. (University of Cambridge CaE, 2005), p.2.

⁹⁸ D. Bauknecht and J-P Voß, n22, p.194.

⁹⁹ McHarg, n83, p.314.

¹⁰⁰ Ibid, p.323.

เพื่อแก้ไขข้อด้อยของระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจ จึงสมควรที่จะแสวงหากระบวนการทางเลือกอื่นที่มีความยืดหยุ่น และช่วยให้ผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้าสามารถบริหารจัดการโครงข่ายไฟฟ้าไปสู่เป้าหมายการสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน¹⁰¹ การสร้างแนวทางเป็นกรอบของระบบที่สร้างแรงจูงใจที่มากขึ้นควบคู่ไปกับการกำหนดเบี้ยปรับเป็นโทษหากผู้บริหารจัดการโครงข่ายไม่สามารถบรรลุเป้าหมายที่กำหนดได้เป็นอีกแนวทางหนึ่งที่สามารถกระตุ้นการบริหารจัดการของผู้ควบคุมโครงข่ายไฟฟ้าได้¹⁰² กระบวนการจูงใจและกำหนดโทษในลักษณะเช่นนี้จะเห็นได้จากกระบวนการ RIIO ที่ใช้ในประเทศสหราชอาณาจักร¹⁰³ กระบวนการดังกล่าวเป็น

¹⁰¹ Tooraj Jamasb and Michael Pollit, "Security of supply and regulation of energy networks", (2008) ELSEVIER, p. 4588.

¹⁰² OFGEM, n80.

¹⁰³ RIIO (REVENUE = INCENTIVES + INNOVATION + OUTPUTS) เป็นรูปแบบการกำกับกิจการตามผลงานที่สร้างขึ้นโดยสำนักงานตลาดก๊าซและไฟฟ้าแห่งสหราชอาณาจักร (OFGEM) โดย RIIO พยายามที่จะให้รางวัลแก่สาธารณูปโภคสำหรับนวัตกรรมและเพื่อส่งมอบผลงานที่ตอบสนองความคาดหวังที่เปลี่ยนแปลงไปของผู้บริโภคและสังคม ซึ่งมีรายละเอียดโดยย่อต่อไปนี้

1. เป็นแผนการควบคุมการบริหารโครงข่ายในระยะยาว: OFGEM กำหนดรายได้พื้นฐานที่สาธารณูปโภคสามารถรวบรวมได้เป็นระยะเวลาแปดปี แผนดังกล่าวรวมถึงกลไกการปรับรายได้ที่ขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของระบบสาธารณูปโภคเทียบกับเป้าหมายที่ตั้งไว้ล่วงหน้า ตลอดจนแผนการบริหารความเสี่ยงหากมีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ภายในกรอบระยะเวลาที่กำหนด ระบบดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อจูงใจให้ผู้บริหารโครงข่ายยอมลงทุนระยะยาวเพื่อให้ได้ผลตอบแทนหรือกำไรที่เหมาะสม ในขณะที่เดียวกันผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์จากโครงข่ายที่ทันสมัย ซึ่งส่วนต่างที่เกิดขึ้นจะเป็นผลกำไรที่ผู้บริหารโครงข่ายได้รับเนื่องมาจากบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพอันทำให้โดยต้นทุนต่ำลง และผู้บริโภคก็จะได้ใช้ไฟฟ้าในราคาที่สมเหตุสมผล อันเป็นการแบกรับภาระและความเสี่ยงตามกลไกตลาดระหว่างผู้บริหารโครงข่ายและผู้บริโภค

2. ระบบดังกล่าวจะนำค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนต่างๆ เช่น ค่าบริหารจัดการโครงข่าย ค่าบริหารความเสี่ยง มารวมคำนวณเพื่อกำหนดเป็นเพดานราคาเพื่อสร้างแรงจูงใจให้ผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้า

3. นอกจากจะจูงใจให้ผู้บริหารโครงข่ายบรรลุบริหารโครงข่ายอย่างคุ้มค่าโดยมีต้นทุนต่ำที่สุด ระบบดังกล่าวยังกำหนดให้ผู้บริหารโครงข่ายแสวงหาแนวทางที่คุ้มค่าที่สุดในการบริหารโครงข่ายให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านอื่นๆ หลายประการ เช่น ด้านคุณภาพของการบริหารโครงข่าย ความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อม และความปลอดภัยของสังคม เป็นต้น ภายใต้เพดานราคาที่กำหนด หากผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้าไม่สามารถบรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้จะถูกลดแต้มการประเมินการทำงานตามที่ OFGEM กำหนด และนำไปสู่การได้โบนัสหรือเบี้ยปรับโดยถูกกำหนดเพดานไว้ในอัตราบวกหรือลบร้อยละ 1 ของค่าตอบแทนพื้นฐานที่ผู้บริหารโครงข่ายจะได้รับ

4. นอกจากจะมุ่งเน้นในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าในปัจจุบันแล้ว OFGEM จัดตั้งกองทุนเพื่อสนับสนุนนวัตกรรมสำหรับระบบสาธารณูปโภคเพื่อทดสอบเทคโนโลยีใหม่ ๆ และการดำเนินงานและการจัดการเชิงพาณิชย์ตลอดจนกลไกในการรวมนวัตกรรมที่ประสบความสำเร็จในโครงการขนาดใหญ่เพื่อนำมาใช้ในอนาคตเพื่อลดความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับโครงการใหม่ที่ได้ประโยชน์ต่อสิ่งแวดล้อมและสังคมโดยรวม ซึ่งในปี 2019 มีค่าใช้จ่ายของกองทุนประมาณ 120 ล้านดอลลาร์ต่อปีสำหรับไฟฟ้าและ 25 ล้านดอลลาร์ต่อปีสำหรับเครือข่ายก๊าซ และยังมีงบประมาณเพื่อโครงการระดมทุนนวัตกรรมเครือข่าย ประมาณ 80 ล้านดอลลาร์ต่อปี เพื่อจุดมุ่งหมายในการปรับปรุงระบบสาธารณูปโภคให้ทันสมัย ตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทันต่อสถานการณ์

โปรดดู Coley Girouard, "UK RIIO SETS OUT TO DEMONSTRATE HOW A PERFORMANCE-BASED REGULATORY MODEL CAN DELIVER VALUE" [online] Available from : <https://www.utilitydive.com/news/uk-riio-sets-out-to-demonstrate-how-a-performance-based-regulatory-model-ca/555761/> [16 June 2021] และ OFGEM, n2, p.35.

วิวัฒนาการของระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจในรูปแบบดั้งเดิมที่มุ่งเน้นแต่ผลสัมฤทธิ์ด้านการลดต้นทุนเพียงอย่างเดียวโดยไม่สนใจเป้าหมายด้านอื่น โดยยังคงไว้ซึ่งแนวคิดจากฐานความต้องการทางเศรษฐศาสตร์ในรูปแบบของการควบคุมราคาที่อ้างอิงตามแรงจูงใจทางรายได้พิจารณาประกอบกับอัตราเงินเฟ้อ จะเห็นได้ว่าระบบแบบใหม่ดังกล่าวนี้จะไม่ใช้สิ่งที่มาทดแทนการแข่งขัน (Competition Substitute) อีกต่อไป แต่จะเป็นการกรอบของการควบคุมกำกับกิจการโครงข่ายที่ใช้องค์ความรู้หลายศาสตร์ประกอบกัน¹⁰⁴ ซึ่งการประกอบกันขององค์ความรู้หลายด้านนี้ก็เพื่อใช้ในการแก้ไขข้อบกพร่องของระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจในรูปแบบดั้งเดิมให้สอดคล้องกับรูปแบบการพัฒนาโครงข่ายไฟฟ้าสมัยใหม่¹⁰⁵

ในประเด็นนี้สำนักงานตลาดก๊าซและไฟฟ้าแห่งสหราชอาณาจักร (OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS หรือ OFGEM) ในฐานะหน่วยงานควบคุมกำกับโครงข่ายไฟฟ้าได้ให้ความเห็นว่าแนวทางของ RIIO ถูกกำหนดเพื่อให้แนวทางที่ชัดเจนในการพัฒนาโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อให้แน่ใจได้ว่าการปรับเปลี่ยนระบบการควบคุมกำกับกิจการไฟฟ้าของรัฐเกี่ยวกับการดูแลโครงข่ายไฟฟ้าไม่ว่าจะเป็นไปในทางใดจะไม่เป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการบังคับใช้ข้อบังคับ (Regulatory Risk)¹⁰⁶ ระบบการควบคุมกำกับแบบ RIIO ดังกล่าวจะกำหนดระยะเวลาการควบคุมราคาที่ยาว คือ 8 ปี ส่วนการปรับปรุงเป้าหมายนอกเหนือไปจากการกำกับในรูปแบบเดิม คือ การลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการสามารถเห็นได้จากการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ควบคุมระบบต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จในแต่ละรอบระยะเวลาของการควบคุมกำกับ ยกตัวอย่างเช่น การบรรลุเป้าหมายด้านการควบคุมคุณภาพของการดำเนินการ หรือการบรรลุเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อม และสังคม ซึ่งผู้บริหารโครงข่ายไฟฟ้าจะได้แรงจูงใจจากผลกำไรที่ได้จากการบรรลุเป้าหมายทางสิ่งแวดล้อม เช่น การป้องกันการสูญเสียพลังงานไฟฟ้าจากสายส่งไฟฟ้า¹⁰⁷ การส่งเสริมการให้ผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนส่งไฟฟ้าเข้าในระบบได้มากขึ้น¹⁰⁸ ตลอดจนเบี่ยงปรับจากการไม่สามารถบรรลุเป้าประสงค์

¹⁰⁴ McHarg, n83, p.330.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ โดยทั่วไปความเสี่ยงด้านกฎระเบียบหมายถึงความเสี่ยงของการถูกเพิกถอน ‘ใบอนุญาตในการดำเนินงาน’ โดยหน่วยงานกำกับกิจการหรือมีการใช้เงื่อนไข (ย้อนหลังหรือในอนาคต) ที่ส่งผลเสียต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจขององค์กร

¹⁰⁷ เนื่องจากพลังงานไฟฟ้าส่วนใหญ่ยังผลิตด้วยเชื้อเพลิงแบบดั้งเดิมที่มีสารประกอบคาร์บอนสูง เมื่อลดการสูญเสียพลังงานไฟฟ้าก็เท่ากับเป็นการลดการใช้เชื้อเพลิงแบบดั้งเดิมที่มีสารประกอบคาร์บอนสูงอันเป็นการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Greenhouse Gas (GHG) Emissions) ไปพร้อมกัน หรือการใช้ระบบ Carbon Footprint มาเป็นแรงจูงใจในรูปแบบของการประเมินเพื่อให้ผู้ผลิตไฟฟ้าที่จ่ายไฟฟ้าเข้าในระบบเปลี่ยนไปใช้พลังงานทดแทนผลิตไฟฟ้าแทนเชื้อเพลิงแบบดั้งเดิมที่มีสารประกอบคาร์บอนสูง โปรดดู OFGEM, n2, p.24 – 28.

¹⁰⁸ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าอาจทำได้โดยการลดค่าใช้จ่าย (Wheeling Charge) ที่ผู้บริหารโครงข่ายต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าหากมีการนำไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนตามจำนวนที่กำหนด เนื่องจากการศึกษาพบว่าหากเพิ่มค่าใช้จ่ายให้เท่ากับสำหรับแหล่งพลังงานทุกชนิดแล้วจะทำให้มีการใช้เชื้อเพลิงแบบดั้งเดิมที่มีสารประกอบคาร์บอนสูง

เป็นสิ่งกระตุ้นในการลงทุนระยะยาวตลอดจนการพัฒนานวัตกรรมเพื่อให้สามารถบริหารจัดการโครงข่ายได้ดีขึ้น¹⁰⁹ นอกจากนั้นกระบวนการดังกล่าวยังได้มีกระบวนการในการลดความเสี่ยงอันเกิดจากการลงทุนโดยการแบ่งปันผลประโยชน์และความเสี่ยงกับผู้ให้บริการโครงข่ายไฟฟ้าร่วมกับการสนับสนุนแหล่งเงินทุนให้กับผู้ควบคุมโครงข่ายไฟฟ้าเพื่อใช้ในการลงทุนด้านพัฒนาโครงข่าย¹¹⁰ โดยหลีกเลี่ยงผลกระทบต่อผู้ใช้ไฟฟ้าในทางเศรษฐกิจให้น้อยที่สุด¹¹¹

4. บทสรุป

ระบบการซื้อขายไฟฟ้าของประเทศไทยอยู่ภายใต้ระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวอันมีลักษณะผูกขาดโดยผู้ผลิตไฟฟ้าของรัฐที่ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นผู้รับซื้อไฟฟ้าจากเอกชนเพื่อนำมาจำหน่ายแก่ผู้บริโภค ในขณะเดียวกันการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ก็เป็นหน่วยงานที่เป็นเจ้าของสายส่งไฟฟ้า หรือโครงข่ายพลังงานอีกด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 80 ก็ได้วางแนวทางป้องกันการกีดกันการเข้าถึงโครงข่ายพลังงานเพื่อรักษาสิทธิให้ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนให้สามารถเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ได้อย่างเท่าเทียมปราศจากการเลือกปฏิบัติ อันเป็นอุปสรรคประการหนึ่งของการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า เนื่องมาจากปกติแล้วผู้ผลิตไฟฟ้ารายย่อยจากพลังงานทดแทนมักจะใช้โครงข่ายต่อกับระบบส่งของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) แต่เป็นระบบจำหน่ายของการไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) อย่างไรก็ตามคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ไม่สามารถอาศัยอำนาจเพียงแต่พระราชบัญญัติดังกล่าวแก้อุปสรรคที่ขัดขวางการแข่งขันในกิจการไฟฟ้าให้หมดไปได้ เนื่องจากการพัฒนาหรือปรับปรุงด้านกิจการพลังงานของประเทมิปจยหลายประการที่ต้องนำมาพิจารณาไม่ว่าจะเป็นทางด้านผลตอบแทนทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม อันจะเห็นได้จากภาพรวมของแผนพลังงานแห่งชาติ การปรับปรุงระบบการซื้อขายไฟฟ้าจำเป็นต้องอาศัยการสร้างและผลักดันทางนโยบายซึ่ง

ในการผลิตไฟฟ้าเข้าสู่ระบบมากขึ้นโปรดดู Lingyan Xu et al, “Decisions in Power Supply Chain with Emission Reduction Effort of Coal-Fired Power Plant under the Power Market Reform : Sustainability 2020” [online] Available from : <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/16/6582/pdf> [16 June 2021], p.16.

¹⁰⁹ OFGEM, “RIIO – A New Way to Regulate Energy Network” Factsheet 93 [online] Available from : <https://www.ofgem.gov.uk/ofgem-publications/64031/re-wiringbritainfs.pdf> [3 May 2021]

¹¹⁰ McHarg, n83, p.327.

¹¹¹ OFGEM, n109. และ หลักการเปลี่ยนแปลงในเงื่อนไขการดำเนินการของบริการสาธารณะด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้า ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวไว้ว่า รัฐต้องหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดต่อสาธารณะ แม้วิธีการดังกล่าวอาจอยู่นอกเหนือสัญญาของรัฐและเอกชนก็ตาม โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญฤทธิ์ที่ 9, หน้า 48.

คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าต้องได้รับแรงผลักดันจากฝ่ายบริหาร¹¹² เพื่อปรับโครงสร้างในตลาดไฟฟ้าให้ตอบสนองต่อการแข่งขันที่เพิ่มมากขึ้นอันจะส่งผลต่อราคาไฟฟ้าที่ผู้บริโภคต้องรับภาระ ไปพร้อมกับการสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนที่อาจมีต้นทุนที่สูงกว่าการใช้เชื้อเพลิงแบบดั้งเดิม เช่น ถ่านหิน หรือพลังงานน้ำ เป็นต้น

นอกเหนือจากการสนับสนุนด้านส่วนเพิ่มของราคาเพื่อจูงใจให้ผู้สนใจลงทุนผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนมากขึ้นตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 2.2 อันเป็นวิธีการประกันราคาอย่างหนึ่งแล้ว มาตรการเพิ่มเติมหรือทางเลือกอีกประการหนึ่งที่น่านำมาปรับใช้เพื่อสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนควบคู่ไปกับการเพิ่มประสิทธิภาพของการเข้าถึงโครงข่ายไฟฟ้าของผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนที่ไม่มีโครงข่ายไฟฟ้าของตนเอง พร้อมไปกับเสริมการแข่งขันในกิจการไฟฟ้า คือ การสร้างระบบการควบคุมกำกับแบบจูงใจในการควบคุมกำกับกับการบริหารโครงข่ายพลังงาน อันอาจเห็นได้จากกรณีของประเทศสหราชอาณาจักรผ่านระบบการควบคุมกำกับกิจการที่เรียกว่า RIIO ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับกรณีของประเทศไทยได้หากเมื่อมีการแยกเปลี่ยนโครงสร้างการรับซื้อไฟฟ้าจากระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวเป็นผู้ซื้อไฟฟ้าหลายราย และแยกอำนาจในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าหรือความเป็นเจ้าของโครงข่ายออกจากกิจการไฟฟ้าส่วนอื่น ซึ่งนอกเหนือไปจากการเปลี่ยนผ่านระบบผู้ซื้อไฟฟ้ารายเดียวไปสู่การเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน สามารถขายไฟฟ้าแก่ผู้บริโภคหรือผู้ค้าไฟฟ้ารายย่อยอื่นได้โดยตรงอันเป็นการเพิ่มการแข่งขันในตลาดค้าปลีกไฟฟ้าแล้ว การโอนความเป็นเจ้าของในโครงข่ายไฟฟ้าให้หน่วยงานรัฐอื่นเป็นผู้รับผิดชอบ อาจเป็นทางออกหนึ่งที่จะเพิ่มการแข่งขันในระบบโครงข่ายไฟฟ้าโดยไม่เป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในกรณีดังกล่าวสามารถเปรียบเทียบกับกรณีการประมูลใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ซึ่งอาจเป็นได้ในรูปแบบที่ให้กรรมสิทธิ์ในความเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้ายังเป็นของหน่วยงานรัฐนอกเหนือจากหน่วยงานที่รับผิดชอบเดิมโดยตรง (ในที่นี้หมายถึงการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย หรือ กฟผ.) ซึ่งวิธีการที่มีประสิทธิภาพทางหนึ่ง คือ การจัดตั้งหน่วยงานที่มีความรู้ด้านกิจการโครงข่ายไฟฟ้าเป็นเจ้าของและมีอำนาจบริหารโครงข่ายไฟฟ้าโดยตรงแล้วจึงให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เป็นผู้รับผิดชอบในการเปิดประมูลใบอนุญาตบริหารโครงข่ายไฟฟ้า¹¹³ โดยเทียบเคียงกับกรณีของ

¹¹² Ian Bartle, "Independent Economic Regulation: A reassessment of its role in sustainable development", (2007) ELSEVIER, p. 264.

¹¹³ D. Bauknecht and J-P Voß, n22, p.199.

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ซึ่งวิธีการที่รัฐจะได้ผลตอบแทนสูงสุดอาจเป็นไปได้ในรูปแบบที่หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นเจ้าของโครงข่ายไฟฟ้าไม่ต้องบริหารโครงข่ายไฟฟ้าด้วยตนเอง แต่ให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) เป็นผู้ที่มีอำนาจออกใบอนุญาตให้เอกชนเข้าประมูลใบอนุญาตในการบริหารโครงข่ายไฟฟ้าภายในกรอบเวลาที่กำหนด ซึ่งเหตุผลที่ควรเป็นหน่วยงานรัฐที่เป็นองค์กรอิสระมาควบคุมกำกับกิจการเหล่านี้ เพราะต้องการให้นโยบายการควบคุมโครงข่ายมีความแน่นอนในระยะยาวสามารถผ่านการเปลี่ยนผ่านช่วงเลือกตั้งได้ ซึ่งปกติแล้วนโยบายของรัฐจะสะดุดลงเนื่องมาจากการเปลี่ยนรัฐบาล ความแน่นอนของนโยบายบริหารโครงข่ายดังกล่าวจะสอดคล้องกับเม็ดเงินที่นักลงทุนต้องใช้ในการบริหารจัดการโครงข่ายในอนาคต ทั้งยังเป็นการสอดคล้องต่ออำนาจอำนาจของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาตรา 11 อีกด้วย

อย่างไรก็ดี การมุ่งเน้นแต่เพียงให้ผู้ควบคุมดูแลโครงข่ายไฟฟ้ากระทำการในทุก ๆ ทางที่จำเป็นเพื่อตอบสนองต่อแนวทางเกี่ยวกับการใช้พลังงานที่เปลี่ยนไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ และสภาพของสังคมโดยรวมก็อาจไม่ทำให้เป้าหมายสำเร็จเป็นที่ประจักษ์ได้หากปรากฏว่าผู้ผลิตไฟฟ้ายังคงใช้ถ่านหิน หรือเชื้อเพลิงแบบดั้งเดิมอื่น ๆ ที่เป็นเชื้อเพลิงที่มีสารประกอบคาร์บอนสูงในการผลิตไฟฟ้าเพื่อตรึงให้ธุรกิจของตนมีต้นทุนต่ำต่อไป แรงผลักดันจากนโยบายที่ชัดเจนของรัฐบาลจึงมีความจำเป็นอย่างมากในส่วนนี้ อันจะเห็นได้จากนโยบายการสนับสนุนก๊าซธรรมชาติในภาคขนส่ง (NGV) ที่มีความไม่แน่นอนในระยะยาว จนทำให้ราคาต่อหน่วยสูงกว่าเชื้อเพลิงหุงต้ม (LPG) ที่ถูกนำมาใช้ในภาคขนส่ง ทำให้ก๊าซธรรมชาติในภาคขนส่ง (NGV) ไม่ได้ได้รับความนิยม หากรัฐบาลหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่กำหนดแนวทางเกี่ยวกับการบริหารจัดการพลังงานให้ชัดเจนทั้งระบบไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่งเพียงเพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับผลที่มีประสิทธิภาพที่สุดย่อมเสมือนว่าเป้าหมายในการพัฒนาระบบพลังงานให้เป็นระบบที่ยั่งยืนก็เลือนหายไปด้วย¹¹⁴ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวอาจทำได้ผ่านการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน หรือการทำแผนนโยบายพลังงานแห่งชาติ¹¹⁵ ที่ชัดเจนในระยะยาวเพียงพอเพื่อกำหนดแนวทางการใช้พลังงานหลักของประเทศให้มาจากพลังงานทดแทนให้ได้มากที่สุด พร้อมๆ กับการสนับสนุนทางการเงินของรัฐต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกิจการไฟฟ้า ก็จะทำให้การพัฒนากิจการโครงข่ายไฟฟ้าให้ตอบสนองต่อการใช้พลังงานทดแทนเพื่อผลิตไฟฟ้าสัมฤทธิ์ผลเป็นรูปธรรม

¹¹⁴ McHarg, n83, p.332.

¹¹⁵ Ibid.

หลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

Culpa in Contrahendo in Conflict of Laws Rules

อานนท์ ศรีบุญโรจน์

Arnon Sriboonroj

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

140 ถนนกาญจนวนิช หมู่ 4 ตำบลเขารูปช้าง อำเภอเมือง จังหวัดสงขลา 90000

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Thaksin University

140 Kanjanavanich Road, Moo 4, Khao-Roob-Chang, Maung, Songkhla, 90000

Corresponding author Email: themis.lawtu@gmail.com

(Received: July 2, 2021; Revised: October 11, 2021; Accepted: November 8, 2021)

บทคัดย่อ

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยความรับผิดก่อนสัญญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ปัจจุบันที่กระบวนการเจรจาต่อรองในระหว่างคู่กรณีฝ่ายก่อนที่จะได้มีการทำสัญญาต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศ ดังนั้นเมื่อปรากฏความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างกระบวนการเจรจา กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทในฐานะเครื่องมือสำหรับค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญา แต่อย่างไรก็ดีในการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญานั้นก็ไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากแต่ละประเทศต่างให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่อรรถเจตจำนงในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้แตกต่างกัน ส่งผลให้กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญานั้นมีความแตกต่างกันตามไปด้วย

คำสำคัญ: ความรับผิดก่อนสัญญา, กฎหมายขัดกัน, องค์ประกอบต่างประเทศ

Abstract

The conflict of laws on pre-contractual liability is an important issue. Especially, in the current situation in which the negotiation process between the parties before a contract is concluded involving the law of many countries. Therefore, when damage is occurred by the act of either party in the negotiation process. The conflict-of-laws rules play a significant role as an instrument for ascertaining the law applicable to pre-contractual liability. However, it is not easy to apply the choice-of-law rules with pre-contractual liability, because each country classifies different legal characteristics of pre-contractual liability. As a result, the choice-of-law rules are differently determined by the law applicable to pre-contractual liability.

Keywords: Pre-contractual Liability, Conflict of Laws, Foreign Element

1. บทนำ

หลักความรับผิดก่อนสัญญา (pre-contractual liability) หรือที่นักนิติศาสตร์รู้จักกันในชื่อว่า “*culpa in contrahendo*” นั้น เป็นหลักกฎหมายสมัยใหม่ที่เพิ่งได้รับการพัฒนาขึ้นเมื่อราวกลางศตวรรษที่ 19¹ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า เมื่อได้มีการเข้าสู่กระบวนการเจรจาย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์กึ่งสัญญา (quasi-contractual relationship) ในระหว่างคู่กรณีฝ่ายซึ่งนำไปสู่หน้าที่ต่อกันในอันที่จะต้องอาศัยความระมัดระวังซึ่งแม้ว่าในท้ายที่สุดแล้วการเจรจานั้นจะไม่ประสบความสำเร็จก็ตาม² ตามนัยนี้หากคู่กรณีที่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้กระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย เช่น การยกเลิกหรือระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือกระทำการโดยไม่สุจริต (bad faith) อันเป็นเหตุให้ไม่สามารถนำไปสู่การเกิดขึ้นของสัญญาได้ ฝ่ายที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมจะต้องมีความรับผิดในความเสียหายเช่นนั้นต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแม้ว่าสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม³

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดก่อนสัญญาในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws rules) นั้น โดยที่ในปัจจุบันด้วยความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร การคมนาคมขนส่ง ประกอบกับที่โลกได้ก้าวเข้าสู่ยุคแห่งความไร้พรมแดน (globalization) ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ได้ส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อกระบวนการในการเจรจาเพื่อทำสัญญา ทำให้กระบวนการเจรจานั้นมิได้จำกัดขอบเขตอยู่แต่เฉพาะภายในดินแดนของรัฐใดรัฐหนึ่งแต่เพียงรัฐเดียว หรือจำกัดอยู่แต่เฉพาะคู่เจรจาที่มีสัญชาติเดียวกันอีกต่อไป ในทางตรงกันข้ามกระบวนการเจรจาในการทำสัญญาอาจต้องเกี่ยวพันกับข้อเท็จจริงที่ทำให้การเจรจากลายเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign element) เช่น คู่เจรจาหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการเจรจามีสัญชาติแตกต่างกัน คู่เจรจามีภูมิลำเนา (domicile) หรือถิ่นที่อยู่ (habitual residence) ที่แตกต่างกัน การเจรจาได้เกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือกระบวนการเจรจาได้เกิดขึ้น

¹ Dário Moura Vicente, “Culpa in Contrahendo,” in *Encyclopedia of Private International Law*, eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio (UK: Edward Elgar Publishing Ltd, 2016), p. 491.

² Howard D. Fisher, *The German Legal System and Legal Language*, 3rd ed., (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), p. 262.

³ E.g. Bolivian Civil Code 1975, Article 465; Chinese Contract Law 1999, Article 42; German Civil Code 1896 (amended 2001), Section 241 (2), 311 (2), (3); Greek Civil Code 1940, Article 197; Italian Civil Code 1942, Article 1337, 1338; Lithuanian Civil Code 2000, Article 6.163 par. 3; Paraguayan Civil Code 1985, Article 689-690; Portuguese Civil Code 1966, Article 227 (1).

ระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในประเทศที่แตกต่างกัน ดังนั้นเป็นต้น ส่งผลให้การเจรจานั้นต้องเกี่ยวพันกับกฎหมายของหลายประเทศ ตามนัยนี้หากคู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในกระบวนการเจรจาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศแล้ว ย่อมก่อให้เกิดเป็นความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศตามไปด้วย

ซึ่งในการที่จะพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศใดควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศนั้น ย่อมเป็นภารกิจของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws) แต่อย่างไรก็ดีข้อความคิดทางนิติศาสตร์ที่มีต่อประเด็นในเรื่อง “ความรับผิดก่อนสัญญา” ของแต่ละประเทศยังคงมีความไม่ลงรอยกัน โดยมีทั้งประเทศที่พิจารณาความรับผิดในลักษณะดังกล่าวว่ามีพื้นฐานมาจากสัญญา ในขณะที่บางประเทศได้จัดให้ความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญานั้นอยู่ในปริมณฑลของเรื่องละเมิด หรือจัดว่าเป็นความเสียหายในลักษณะอื่น⁴ ซึ่งการจัดลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันเช่นว่านี้ไม่เพียงแต่จะส่งผลถึงจุดเกาะเกี่ยว (connecting factor) ที่ใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ ยังอาจส่งผลกระทบต่ออายุความในการฟ้องเรียกร้องความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาอีกด้วย

บทความนี้จะได้นำเสนอประเด็นความรับผิดก่อนสัญญาในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยมุ่งพิจารณาถึงแนวทางในการค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับปัญหาในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ซึ่งจะเริ่มจากการพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดก่อนสัญญาเพื่อเป็นการทำความเข้าใจในเบื้องต้น หลังจากนั้นจะได้พิจารณาถึงการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของความรับผิดก่อนสัญญา อันเป็นปัญหาสำคัญซึ่งกระทบถึงกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ ก่อนที่จะนำไปสู่การพิจารณาถึงประเด็นการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสหภาพยุโรป ต่อจากนั้นจะได้พิจารณาถึงหลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย และบทสรุปต่อไป

⁴ จำปี โสถิพันธุ์, **หลักความรับผิดก่อนสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 39-40; Marco Torsello, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements,” in **International Sales Law: A Global Challenge**, ed. Larry A. DiMatteo (New York: Cambridge University Press, 2014), p. 631.

2. ความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา

สำหรับความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหลักการดังกล่าวเป็นแนวคิดที่เพิ่งได้รับการพัฒนาขึ้นเมื่อราวกลางศตวรรษที่ 19 ที่ผ่านมานี้เอง ซึ่งผู้เสนอแนวคิดในเรื่องนี้เป็นคนแรกได้แก่ Rudolph von Jhering (1818-1892) นักกฎหมายชาวเยอรมัน โดยเขาเสนอว่า ในระหว่างการเจรจาคู่กรณีซึ่งเป็นฝ่ายที่ทำให้สัญญาไม่อาจเป็นผลบังคับได้อันเนื่องมาจากความผิดของตนแล้วย่อมจะต้องชดใช้ความเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง⁵ ซึ่ง Jhering ได้พัฒนาต่อยอดทางความคิดมาจากกฎหมายโรมัน โดยเขาพบว่าในกฎหมายโรมันนั้นการใช้ความระมัดระวัง “*diligentia*”⁶ ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วเท่านั้นหากแต่ยังรวมถึงในตอนที่ได้มีการเจรจาด้วย โดยในกรณีของสัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่ในอันที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนับตั้งแต่ที่ได้เข้าสู่การเจรจา⁷ และในเวลาต่อมา Raymond Saleilles (1855-1912) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้อธิบายเพิ่มเติมว่า หลังจากที่ย้ายต่าง ๆ เข้าสู่การเจรจาแล้ว ทั้งสองฝ่ายต้องกระทำการโดยสุจริต และไม่อาจยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลโดยไม่ต้องชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากความไว้วางใจให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้⁸

นอกจากนี้ ข้อความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบก่อนสัญญายังได้รับการอธิบายจากนักนิติศาสตร์ทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติอีกหลายต่อหลายครั้งในเวลาต่อมา อาทิ Najib Hage-Chahine ได้แสดงทัศนะไว้ว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญานั้นเป็นผลมาจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งได้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา⁹

⁵ Dário Moura Vicente, “Culpa in Contrahendo,” in *Encyclopedia of Private International Law*, p. 491; Friedrich Kessler and Edith Fine, “Culpa in Contrahendo, Beginning in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study,” *Harvard Law Review* 77, 3 (1964): 401.

⁶ โดยใน Guide to Latin in International Law ได้ให้ความหมายของ “*diligentia*” ไว้ว่า (1) Observance or fulfillment of one’s legal responsibilities, (2) Diligence; vigilance; due care. *Contrast with Culpa*. โปรดดู Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 81.

⁷ Yoav Ben-Dror, “The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo,” *The American Journal of History* 27, 2 (1983): 152.

⁸ E. Allan Farnsworth, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiation,” *Columbia Law Review* 87, 2 (1987): 240.

⁹ Najib Hage-Chahine, “Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation,” *Northwestern Journal of International Law & Business* 32, 3 (2012): 451.

ในขณะที่ Geoffrey Samuel เห็นว่า ความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นหลักการที่วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า คู่กรณีที่ได้มีการเจรจาทำสัญญาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ขั้นต่ำระหว่างกัน บางประการอันเกิดจากสัญญานั้นเอง¹⁰

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงทางปฏิบัติของศาลภายในก็จะเห็นได้ว่า ศาลของหลายประเทศต่างได้ให้การยอมรับข้อความคิดในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาด้วยเช่นเดียวกัน ดังที่จะเห็นได้จากศาลเยอรมัน ซึ่งเดิมทีแม้ว่าข้อความคิดในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาจะได้รับการสถาปนาจากนักนิติศาสตร์เยอรมันก็ตามหากแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี (ในเวลานั้น) ก็มิได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้แต่อย่างใด¹¹ แต่อย่างไรก็ดีศาล *Bundesgerichtshof* ของประเทศเยอรมนีก็ได้ให้การยอมรับว่า ความรับผิดชอบในการเจรจาทำสัญญาที่เกิดจากความผิดของฝ่ายหนึ่งสำหรับความเสียหายต่ออีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถเกิดขึ้นได้ ในเมื่อฝ่ายนั้นได้ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเชื่อมั่นว่าจะได้มีการทำสัญญา แต่ในท้ายที่สุดแล้วสัญญามิได้ทำขึ้นและเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย¹²

ในทำนองเดียวกันศาลสูงสุดของเนเธอร์แลนด์ในคดี *Baris v. Riezenkamp* ก็ได้ให้การยอมรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาด้วยเช่นเดียวกันแม้ว่าในขณะที่ได้มีการตัดสินคดีนี้ ประเทศเนเธอร์แลนด์จะยังมิได้มีการบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า คู่กรณีเมื่อได้มีการเจรจาทำสัญญาย่อมก่อให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมายอันเป็นไปตามหลักของความสมเหตุสมผลและความยุติธรรม¹³

ขณะที่ ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์ ได้แสดงทัศนะไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ *Culpa in Contrahendo* นี้ หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง (*libertà negoziale*) กล่าวคือ บุคคลนั้น ๆ ได้รับความเสียหายต่อประโยชน์

¹⁰ Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies*, 2nd ed., (London: Cavendish Publishing Limited, 2001), p. 314.

¹¹ ประเทศเยอรมนีเพิ่งได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) เมื่อคราวการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งในปี 2001 โปรดดู Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd ed., (Oxford: Hart Publishing, 2006), p. 92.

¹² Rodrigo Novoa, “Culpa in Contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG),” *Arizona Journal of International & Comparative Law* 22, 3 (2005): 585.

¹³ *Baris v. Riezendamp*, Hoge Raad (HR), 15-11-1957, cited by Michael Tegethoff, “Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – A Comparison of Precontractual Liability,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5, 4 (1998): 345.

ที่เขาจะเจรจาตกลงได้อย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น (*neminem laedere*)”¹⁴

ส่วน ศาสตราจารย์ไพจิตร บุญญพันธุ์ เห็นว่า “ที่ว่าเป็นความรับผิดก่อนสัญญานั้น ในที่นี้หมายความว่า อาจเป็นความรับผิดโดยไม่มีสัญญาต่อกันก็ได้ เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมเป็นความรับผิดตามสัญญา คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องชำระต่อกันตามสัญญา”¹⁵

ซึ่งจากความเห็นของนักนิติศาสตร์ตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในดังกล่าวข้างต้น ทำให้อาจพอสรุปถึงความหมายและลักษณะของหลักความรับผิดก่อนสัญญาได้ว่า เป็นความรับผิดต่อความเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นผลมาจากความไม่สุจริต หรือความจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งได้เกิดขึ้นในระหว่างการเจรจาก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ในทางตรงกันข้ามหากความเสียหายได้เกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาหรือสัญญาได้มีผลบังคับแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมจะต้องอาศัยสัญญาเป็นฐานแห่งการตั้งสิทธิเรียกร้องเพื่อความเสียหายเช่นนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าขอบเขตที่เป็นเครื่องแบ่งแยกระหว่างความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดตามสัญญาก็คือ ช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสัญญา โดยจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของคู่กรณีว่ามีเจตนาที่จะเข้าผูกนิติสัมพันธ์ในระหว่างกันหรือไม่อันเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ทั้งนี้อาจพอสรุปได้ว่า ลำพังแต่เพียงขั้นตอนที่เป็นการทาบถามหรือเชื้อเชิญให้ทำสัญญานั้นยังถือไม่ได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน และด้วยเหตุนี้เองแม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวคู่กรณีก็ไม่ควรได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ในส่วนระหว่างการเจรจาและการทำคำเสนอแม้ในช่วงเวลานี้สัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม หากแต่ในระหว่างคู่กรณีต่างมีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญากันต่อไป¹⁶ อันเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ที่ถึงขนาดหากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในช่วงเวลานี้เสียแล้ว ฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของความรับผิดก่อนสัญญา

¹⁴ จำปี พยกอบูล, “หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 21, 1 (2534): 119.

¹⁵ ไพจิตร บุญญพันธุ์, “ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดชอบกัน,” ดุลพาห 47, 3 (2543): 17.

¹⁶ วิศรา มวลโคสูง, หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีการล้มเลิกการเจรจา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555 ; หน้า 10, 20.

แต่อย่างไรก็ดีมิได้หมายความว่ากฎหมายตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในของแต่ละประเทศจะมีทัศนะต่อประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ในทางตรงกันข้ามกลับได้มีการให้ลักษณะข้อกฎหมายกับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่แตกต่างกัน ซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับถัดไป

3. การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของความรับผิดก่อนสัญญา

การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของเรื่องความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ เนื่องจากเมื่อพิจารณาในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (classification) ที่แตกต่างกันย่อมจะกระทบถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ ซึ่งจะมีความแตกต่างกันตามไปด้วย โดยที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละเรื่องแต่ละประเด็นได้ให้การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกัน และจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกันนี้อาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่แตกต่างกันได้ในที่สุด

ซึ่งหากจะพิจารณาถึงการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่เรื่องความรับผิดก่อนสัญญานั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในต่างได้จัดลักษณะข้อกฎหมายแก่เรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้แตกต่างกัน ซึ่งอาจพอแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ กล่าวคือ จัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญา จัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องละเมิด และจัดให้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดอย่างอื่น

3.1 การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของสัญญา

การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของสัญญานั้นเป็นแนวคิดที่ตั้งอยู่บนการสันนิษฐานถึงการมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งหมายถึงโดยปริยายว่าจะต้องมีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่เรียกว่าการชำระหนี้¹⁷ ภายใต้แนวคิดนี้ได้ให้ความสำคัญกับหลักสุจริต (good faith) โดยแม้ว่าสัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม หากแต่คู่เจรจาก็มีหน้าที่ “หนี้” ต่อกันในอันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตเสมือนหนึ่งเป็นหนี้ตามสัญญา¹⁸

ซึ่งแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจากประเทศอิตาลี โดยในมาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1942 ได้กำหนดหน้าที่ของคู่เจรจาไว้อย่างชัดเจนว่า ในการเจรจาและ

¹⁷ จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 41.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

การทำสัญญานั้นคู่เจรจาท้องกระทำการโดยสุจริต¹⁹ และในมาตรา 1338 กฎหมายฉบับเดียวกันนี้ยังได้กำหนดต่อไปด้วยว่า คู่สัญญาซึ่งรู้หรือควรจะรู้ซึ่งเหตุที่ทำให้สัญญาไม่มีผลสมบูรณ์ และมีได้เปิดเผยเหตุเช่นนั้นแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับอันเนื่องมาจากความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยปราศจากความผิด²⁰ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่วางอยู่บนพื้นฐานของสัญญา (contractual basis)²¹

ในขณะที่ทางปฏิบัติของศาลอิตาลีได้มีการอธิบายเพิ่มเติมต่อไปด้วยว่า การเจรจาเพื่อที่จะนำไปสู่การทำสัญญานั้นโดยตัวเองแล้วไม่มีผลผูกพัน แต่การยกเลิกการเจรจาอาจก่อให้เกิดความรับผิดก่อนสัญญาได้หากครบองค์ประกอบ 3 ประการ กล่าวคือ คู่เจรจามีความคาดหวังว่าจะได้มีการทำสัญญา มีการยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผล และมีผลให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง²²

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความรับผิดก่อนสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายของอิตาลีนั้นได้วางอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริตอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ได้มีการเจรจาเพื่อทำสัญญา แม้ว่าสัญญาเช่นนั้นจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม

ในทำนองเดียวกัน ประเทศจีนก็ได้จัดลักษณะของเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญาด้วยเช่นเดียวกัน โดยในมาตรา 42 แห่งกฎหมายสัญญา ค.ศ. 1999 ได้วางหลักการเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้ว่า ในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสัญญา คู่เจรจาที่มีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย ย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเช่นนั้น กล่าวคือ (1) หลอกลวงให้มีการทำสัญญาและเจรจาโดยไม่สุจริต (2) จงใจปกปิดข้อเท็จจริงที่สำคัญเกี่ยวกับการทำสัญญาหรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ²³

¹⁹ Italian Civil Code 1942, Article 1337 provided that: In the conduct of negotiations and in the formation of a contract the parties must conduct themselves according to good faith.

²⁰ Italian Civil Code 1942, Article 1338 provided that: The party that knew or should have known of a reason for in validity of the contract and did not disclose it to the other party, is responsible for the damage the latter has sustained in relying without fault on its validity.

²¹ Marco Torsello, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements," in *International Sales Law: A Global Challenge*, p. 633.

²² Sylviane Colombo, "The Present Differences between the Civil Law and Common Law Worlds with Regard to Culpa in Contrahendo," *Tulburg Foreign Law Review* 2, 4 (1992-1993): 357.

²³ โดยมาตรา 42 (2) แห่งกฎหมายนี้ ค.ศ. 1999 ของจีนนี้ ผู้ร่างได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 1338 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1942, โปรดดู Han Shiyuan, "Culpa in Contrahendo in Chinese Contract Law," *Tsinghua China Law Review* 6 (2014): 160.

หรือ (3) กระทำการอื่นใดที่ขัดต่อหลักสุจริต²⁴

ในขณะที่เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติของศาลจีนพบว่า ศาลได้มีการปรุงแต่งมาตรา 42 กฎหมายสัญญา ค.ศ. 1999 ให้มีความละเอียดมากยิ่งขึ้นด้วยการกำหนดองค์ประกอบของความรับผิดก่อนสัญญา โดยในคดี *Sichuan Yafeng Construction Engineering Company, Ltd., v. Sichuan Green Pharmaceutical Technology Development, Inc.* ศาลได้กำหนดให้ฝ่ายที่กล่าวอ้างประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา (โจทก์) มีหน้าที่ในอันที่จะต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบของความรับผิดก่อนสัญญา 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า จำเลยได้มีการฝ่าฝืนหน้าที่อันมีอยู่ก่อนสัญญา ประการที่สองการฝ่าฝืนหน้าที่เช่นนั้นเป็นความผิดของจำเลย และประการที่สามโจทก์ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องพิสูจน์ให้ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ มิฉะนั้นแล้วย่อมถือไม่ได้ว่ามีความรับผิดก่อนสัญญาเกิดขึ้น²⁵

3.2 การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของละเมิด

สำหรับการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของละเมิดนั้น เป็นแนวคิดที่วางอยู่บนพื้นฐานของหน้าที่หรือหนี้โดยทั่วไปในอันที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น²⁶ ภายใต้แนวคิดนี้เห็นว่า ความรับผิดก่อนสัญญาไม่อาจจัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญาได้ เพราะเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา²⁷

ซึ่งการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องละเมิดหรือความรับผิดนอกสัญญา (extra-contractual basis) ดังกล่าวนี้นี้ได้รับการยอมรับจากประเทศสเปน โดยภายใต้ระบบกฎหมายของสเปนไม่ได้มีการบัญญัติประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา (*culpa in contrahendo*) ไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดีความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญา

²⁴ Chinese Contract Law 1999, Article 42 provided that: In the course of negotiations, the party that falls under any of the following circumstances, thus causing losses to the other party, shall be liable for the losses:

(1) pretending to conclude a contract and negotiating in bad faith;

(2) deliberately concealing important facts relating to the contract conclusion or providing false information; or

(3) taking any other act contrary to the principle of good faith.

²⁵ *Sichuan Yafeng Construction Engineering Company, Ltd., v. Sichuan Green Pharmaceutical Technology Development, Inc.*, Pengzhou City People's Court, Sichuan Province Pengzhou Mingchu No. 511, cited by Mo Zhang, *Chinese Contract Law: Theory and Practice* (Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp. 87-89.

²⁶ จำปี โสติพันธ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา*, หน้า 40.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ตามกฎหมายของประเทศสเปนนั้นได้วางอยู่บนพื้นฐานของเรื่องละเมิด²⁸ ในทำนองเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส²⁹ โดยตามมาตรา 1902 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนได้กำหนดให้ผู้ใดซึ่งได้กระทำหรือดเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ย่อมจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเช่นนั้น³⁰

ตามนัยของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว การกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดแก่คู่เจรจาฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (good faith) อาทิ การยกเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรจนเป็นเหตุให้คู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหาย ดังนี้ เป็นต้น ซึ่งอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความรับผิดก่อนสัญญาหรือไม่นั้น ในทางวิชาการและทางปฏิบัติของศาลสเปนได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้ 4 ประการ³¹ กล่าวคือ ต้องปรากฏพฤติการณ์ที่สมเหตุสมผลของความไว้วางใจในการทำสัญญา มีการล้มเลิกการเจรจาโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของคู่เจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายกับความไว้วางใจที่จะได้มีการทำสัญญานั้น

3.3 การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของความรับผิด อย่างอื่น

การจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาให้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดอย่างอื่นนี้ สืบเนื่องมาจากข้อความคิดที่ว่า ลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญานั้นไม่อาจจัดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องสัญญาได้เนื่องจากเป็นความรับผิดซึ่งได้เกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจจัดให้ความรับผิดก่อนสัญญาอยู่ในขอบเขตของละเมิดได้ด้วยเช่นเดียวกัน โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันได้อธิบายว่า เนื่องจากความรับผิดก่อนสัญญาได้กำหนดหน้าที่ไว้เป็นพิเศษให้คู่เจรจาต้อง

²⁸ Francisca Hernanz, "Spain," in *Precontractual Liability in European Private Law*, eds. John Carwright and Martijn Hesselink (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 53.

²⁹ Marco Torsello, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements," in *International Sales Law: A Global Challenge*, p. 633; เดิมทีประเทศฝรั่งเศสก็มิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ จนกระทั่งในคราวแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 2016 ฝรั่งเศสจึงได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ (มาตรา 1112 – 1112-2) และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 1112 อีกครั้งในปี ค.ศ. 2018 ผู้สนใจโปรดดู Isabel Zuloaga, *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in Comparative Perspective* (Cambridge: Intersentia Ltd., 2019), pp. 55-56.

³⁰ Spanish Civil Code 1889, Article 1902 provided that: A person who, as a result of an action or omission, causes damage to another through his fault or negligence shall be obliged to repair the damaged caused.

³¹ Francisca Hernanz, "Spain," in *Precontractual Liability in European Private Law*, p. 54.

อาศัยความระมัดระวัง (duty of care) อันเป็นหน้าที่ที่มีต่อเฉพาะผู้ที่เข้าร่วมการเจรจาในการทำสัญญาเท่านั้น มิได้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลทั่วไปเหมือนอย่างกรณีความรับผิดเพื่อละเมิด³² และด้วยเหตุนี้จึงได้จัดให้อยู่ในกลุ่มของความรับผิดก่อนสัญญาเป็นการเฉพาะ

ซึ่งการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญาไว้อย่างเป็นเอกเทศเช่นนี้ได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายเยอรมัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเดิมทีประเทศเยอรมนีไม่ได้มีการบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2001 เมื่อประเทศเยอรมนีได้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่ง จึงได้มีการรับรองหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในกฎหมาย โดยถือเป็นหน้าที่กฎหมายกำหนด (obligation imposed by law) อันเป็นความสัมพันธ์ที่วางอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ (reliance-based relationship)³³ ที่ผู้เข้าร่วมการเจรจาแต่ละฝ่ายสามารถไว้วางใจได้ว่าผู้ที่เข้าร่วมการเจรจาฝ่ายอื่นจะไม่ฝ่าฝืนหน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ก่อนสัญญา³⁴

โดยมาตรา 241 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ โดยการชำระหนี้อาจรวมถึงการดเว้นการกระทำการบางประการ และใน (2) ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้อาจรวมถึงภาระหน้าที่ที่แต่ละฝ่ายต้องคำนึงถึงสิทธิ ส่วนได้เสียตามกฎหมายหรือประโยชน์อื่นใดของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย³⁵ และในมาตรา 311 (2) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้กำหนดต่อไปด้วยว่า หน้าที่อันเกิดจากมูลหนี้ตามมาตรา 241 (2) ซึ่งเป็นผลมาจาก

1. การเจรจาเพื่อเข้าทำสัญญา

2. การริเริ่มทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะผูกพันกันตามสัญญาต่อไป หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งยินยอมให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อื่น ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรือกระทบต่อความไว้วางใจต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

³² วริศรา มวลโคกสูง. หลักความรับผิดก่อนสัญญาในสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ: ศึกษากรณีการล้มเลิกการเจรจา. หน้า 26-27.

³³ Basil S. Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, p. 92.

³⁴ Isabel Zuloaga, *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in Comparative Perspective*, p. 25.

³⁵ German Civil Code 1896 (amended 2001), Section 241 provided that: (1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.

(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.

3. การทำสัญญาในทางธุรกิจ

นอกจากนี้มาตรา 311 (3) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังได้กำหนดเพิ่มเติมว่า หน้าทีอันเกิดจากมูลหนี้ภายใต้มาตรา 241 (2) อาจครอบคลุมไปถึงบุคคลภายนอกที่มีได้มีเจตนาเข้ามาเป็นคู่สัญญา แต่ได้รับความไว้วางใจจากคู่สัญญา หรือมีอิทธิพลต่อการเจรจาก่อนทำสัญญาหรือในการทำสัญญาด้วย³⁶

ซึ่งจากการจัดลักษณะข้อกฎหมายของเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่แตกต่างกันเช่นนี้ทำให้การพิจารณาปัญหาดังกล่าวในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละเรื่องต่างได้ให้การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกัน โดยความไม่ลงรอยของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศย่อมจะนำไปสู่ปัญหาการเลือกฟ้องคดีต่อศาลที่ฝ่ายตนจะได้เปรียบในเชิงคดี (forum shopping) ได้ในที่สุด

4. การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของสหภาพยุโรป

เมื่อปรากฏว่านิติสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาต้องมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าในทางใดทางหนึ่ง ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยในที่นี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา

³⁶ German Civil Code 1896 (amended 2001), Section 311 (2), (3) provided that: (2) An obligation with duties under section 241 (2) also come into existence by

1. the commencement of contract negotiation

2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or

3. similar business contract.

(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation come into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.

เมื่อพิจารณาฎีกาเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสหภาพยุโรป เป็นที่ชัดเจนว่า กฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปไม่ได้จัดให้ประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาอยู่ในขอบเขตของหนี้ที่เกิดจากสัญญา ดังที่จะเห็นได้จากกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา (Rome I)³⁷ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หนี้ที่เกิดก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้³⁸ ในทางตรงกันข้ามประเด็นดังกล่าวกลับได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (Rome II)³⁹ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างฎีกาเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการปรับใช้ฎีกาเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (non-contractual obligations)⁴⁰

ภายใต้ Rome II ในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่ได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญา และกรณีที่มิได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาไว้

กรณีแรก การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญา โดยในมาตรา 14 ของ Rome II ได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy) ของคู่กรณีในอันที่จะเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญาได้ด้วยการตกลงกันหลังจากที่เหตุการณ์อันเป็นเหตุแห่งความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว หรือเมื่อคู่กรณีทุกฝ่ายต่างเป็นผู้ดำเนินกิจการในทางการค้าด้วยการตกลงก่อนที่เหตุการณ์อันเป็นเหตุแห่งความเสียหายจะเกิดขึ้น⁴¹

³⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

³⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Recital (10), Article 1 par. 2 (i).

³⁹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

⁴⁰ Bart Volders, "Culpa in Contrahendo in the Conflict of laws A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation," *Yearbook of Private International law* 9 (2007): 128.

⁴¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 14 par. 1 provided that: The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:

(a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred; or

(b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiation before the event giving rise to the damage occurred.

ตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 14 ดังกล่าวนี้นี้ แม้จะมีได้กล่าวถึงการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาไว้โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อคำนึงว่าความรับผิดก่อนสัญญาจัดอยู่ใน “หนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา” รูปแบบหนึ่งภายใต้ขอบเขตการบังคับของกฎหมายฉบับนี้⁴² ดังนั้นคู่กรณีจึงสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับหนี้ที่เกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาได้⁴³ โดยการแสดงเจตนาเช่นนี้อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง (express choice) หรือโดยปริยาย (tacit choice) ด้วยการหยั่งทราบจากพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดีก็ได้ ทั้งนี้ต้องไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอก⁴⁴ ซึ่งในการค้นหาเพื่อหยั่งทราบเจตนาโดยปริยายของคู่กรณีดังกล่าวนี้ศาลเยอรมันได้เคยอาศัยพฤติการณ์ที่คู่กรณีไม่ยกประเด็นในเรื่องการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงเจตนาโดยปริยายของคู่กรณีที่ประสงค์ให้กฎหมายของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น (*lex fori*) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์⁴⁵

กรณีที่สอง เมื่อไม่ปรากฏการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่กรณีเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญา การพิจารณาค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับประเด็นดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 12 กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา โดยบทบัญญัติมาตรา 12 นี้ได้วางกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาทั้งในส่วนของกฎเกณฑ์ทั่วไป (general rule) และกฎเกณฑ์ลำดับรองที่ช่วยในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาในกรณีที่กฎเกณฑ์ทั่วไปไม่อาจค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาได้ (auxiliary rule)⁴⁶

⁴² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Recital (30) provided that: Culpa in contrahendo for the purposes of this Regulation is an autonomous concept and should not necessarily be interpreted within the meaning of national law. It should include violation of the duty of disclosure and the breakdown of contractual negotiation.

⁴³ Najib Hage-Chahine, Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation, 497.

⁴⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 14 par. 1 provided that: The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

⁴⁵ Thomas Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Article 14 and 4(3) of the Rome II Regulation,” in *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, eds. John Ahern and William Binchy (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 119-120.

⁴⁶ Najib Hage-Chahine, Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation, 498.

สำหรับกฎเกณฑ์ทั่วไปในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้น มาตรา 12 ได้กำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญาซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่ได้มีการทำสัญญาโดยไม่คำนึงว่าสัญญานั้นจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม ให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาหรือที่จะใช้บังคับกับสัญญาเมื่อสัญญานั้นได้ทำขึ้น⁴⁷ ซึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาโดยอาศัยกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (*lex contractus*) หรือที่จะใช้บังคับกับสัญญา (*lex hypothetici contractus* or *lex contractus putativus*) เช่นนี้เป็นเทคนิคที่เรียกว่า “accessory connection” อันมีรากฐานมาจากข้อความคิดที่ว่า การร่างสัญญา การเกิดขึ้นของสัญญา และการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (single unit) ดังนั้นจึงต้องใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาบังคับไม่ว่าในที่สุดแล้วสัญญาจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม⁴⁸ และด้วยวิธีนี้ทำให้ความไม่แน่นอนอันเกิดจากความแตกต่างของหนี้ที่เกิดจากสัญญาและหนี้ที่เกิดจากความรับผิดก่อนสัญญานั้นลดน้อยลง⁴⁹

จากกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญานั้นผูกติดอยู่กับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาหรือก็คือ กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา โดยบรรดาบทบัญญัติทั้งหลายที่ใช้ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับหนี้ตามสัญญาซึ่งได้กำหนดไว้ใน Rome I ย่อมจะต้องนำมาใช้ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับหนี้อันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาด้วยนั่นเอง โดยไม่คำนึงว่าสัญญานั้นจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม

⁴⁷ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 1 provided that: The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into.

⁴⁸ Dário Moura Vicente, “Culpa in Contrahendo,” in *Encyclopedia of Private International Law*, p. 495; Luboš Tichý, “Article 12: Culpa in contrahendo,” in *European Commentaries on Private International Law (EC PIL), Volume III: Rome II Regulation – Commentary*, eds. Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Germany: Otto Schmidt, 2019), p. 427.

⁴⁹ Ivo Bach, “Article 12 Culpa in contrahendo,” in *Rome II Regulation Pocket Commentary*, ed. Peter Huber (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), pp. 319-320; Bart Volders, Culpa in Contrahendo in the Conflict of laws A Commentary on Article 12 of the Rome II Regulation, 132.

ภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา หรือ Rome I มาตรา 3 ได้กำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา⁵⁰ และในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าได้มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาไว้ การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายอันเป็นถิ่นที่อยู่ของลูกหนี้ (habitual residence) ซึ่งเป็นฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นลักษณะเฉพาะของสัญญา (characteristic performance) และหลักความใกล้ชิดและแท้จริงที่สุดของนิติสัมพันธ์ (closest and most real connection)⁵¹

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่า การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาของคู่กรณีตามมาตรา 14 Rome II และการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาภายใต้มาตรา 3 Rome I นั้นถึงแม้ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาเหมือนกันก็ตาม แต่ทั้งสองกรณีนี้ก็เป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกัน โดยการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญามาตรา 14 Rome II นั้น เป็นเรื่องที่คู่กรณีได้แสดงเจตนากำหนดกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากความรับผิดชอบก่อนสัญญาโดยตรง ในขณะที่การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาภายใต้มาตรา 3 Rome I นั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายให้มีผลบังคับกับสัญญาซึ่งอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรา 12 Rome II เมื่อไม่ปรากฏการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาเท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายที่คู่กรณีเลือกให้มีผลบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญากับกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกให้มีผลบังคับกับสัญญานั้นอาจเป็นกฎหมายของประเทศเดียวกันหรือคนละประเทศกันก็ได้⁵²

⁵⁰ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 3 par. 1 provided that: A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstance of the case.

⁵¹ ผู้สนใจกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาภายใต้มาตรา 4 แห่งกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญา โปรดดูเพิ่มเติมใน Peter Stone, *EU Private International Law*, 2nd ed., (UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2010), pp. 309-322; Geert van Calster, *European Private International Law*, 2nd ed., (UK: Hart Publishing, 2016), pp. 217-221.

⁵² Najib Hage-Chahine, *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*, 500.

อย่างไรก็ดีต้องไม่ลืมว่าบทบัญญัติมาตรา 12 กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญานั้นได้กำหนดให้ในการพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้อันเกิดจากความรับผิดก่อนสัญญาไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าสัญญาจะได้ทำขึ้นหรือไม่ก็ตาม ซึ่งผู้ปรับใช้กฎหมายอาจไม่ประสบกับความยุ่งยากมากนักในกรณีที่สัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว เนื่องจากสามารถพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาได้จากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นเอง (*lex contractus*) ในทางตรงกันข้ามผู้ปรับใช้กฎหมายอาจต้องประสบกับความยุ่งยากในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดก่อนสัญญาในกรณีที่สัญญานั้นไม่ได้มีการทำขึ้น ซึ่งอาจเป็นผลมาจากที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ยกเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริตเป็นเหตุให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งต้องได้รับความเสียหาย ในกรณีหลังนี้เมื่อไม่ปรากฏว่าได้มีการทำสัญญา การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาจึงต้องอาศัยกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับกับสัญญาหากสัญญานั้นได้ทำขึ้น (*lex hypothetici contractus* or *lex contractus putativus*)

ซึ่งในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่จะมีผลบังคับกับสัญญาหากว่าสัญญาได้ทำขึ้นนั้นเป็นการสันนิษฐานถึงกฎเกณฑ์ที่จะมีผลบังคับกับสัญญาหากสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ (*law of the putative contract*) โดยศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีหรือผู้ปรับใช้กฎหมายอาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์แห่งกรณี อาทิ ก่อนที่จะได้มีการยกเลิกการเจรจาก่อนคู่กรณีได้มีการตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้แล้วหรือไม่ หากคู่สัญญาได้ตกลงกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้แล้วก่อนที่จะยกเลิกการเจรจาก็ย่อมพอที่จะคาดหมายได้ว่าหากสัญญาได้มีการทำขึ้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ได้ตกลงกันไว้นั้น หรือแม้กระทั่งทางปฏิบัติในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ผ่าน ๆ มาว่ามักจะได้ตกลงเลือกให้กฎหมายของประเทศใดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ก็อาจพอคาดหมายได้ว่าหากได้มีการทำสัญญาคู่กรณีก็จะใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับกับสัญญา ดังนี้เป็นต้น⁵³

ส่วนในกรณีที่ไม้อาจคาดหมายหรือหยั่งทราบได้ว่าคู่กรณีมีเจตนาที่จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญา การค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ทั้งหลายซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 4 Rome I เสมือนหนึ่งสัญญานั้นได้ทำขึ้นโดยปราศจากการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา⁵⁴

⁵³ Luboš Tichý, “Article 12: Culpa in contrahendo,” in *European Commentaries on Private International Law (ECPIIL), Volume III: Rome II Regulation – Commentary*, pp. 428-429.

⁵⁴ Najib Hage-Chahine, *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*, 506-507.

แต่อย่างไรก็ดีหากเป็นสัญญาที่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะไม่ว่าจะเป็นสัญญารับขน⁵⁵ สัญญาผู้บริโภคร⁵⁶ สัญญาประกันภัย⁵⁷ และสัญญาจ้างแรงงาน⁵⁸ การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของสัญญาแต่ละประเภท

สำหรับกฎเกณฑ์ลำดับรองที่ช่วยในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกรณีที่กฎเกณฑ์ทั่วไปไม่อาจค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้นั้น มาตรา 12 วรรคสอง Rome II ได้กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น (*lex loci damni*)⁵⁹ แต่หากคู่กรณีมีถิ่นที่อยู่ในประเทศเดียวกันในเวลาที่เหตุการณ์อันเป็นเหตุแห่งความเสียหายได้เกิดขึ้น กฎหมายแห่งประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่อันร่วมกัน (*lex domicilii communis*) นั้นบังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา⁶⁰ แต่ถ้าโดยพฤติการณ์แห่งกรณีได้ปรากฏอย่างชัดเจนว่านี่ที่เกิดจากความรับผิดชอบก่อนสัญญามีความใกล้ชิดกับประเทศอื่นมากกว่าประเทศที่ความเสียหายได้เกิดขึ้นและประเทศที่คู่กรณีมีถิ่นที่อยู่อันร่วมกันดังกล่าวข้างต้น กฎหมายของประเทศนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา⁶¹ ซึ่งการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะ

⁵⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 5.

⁵⁶ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 6.

⁵⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 7.

⁵⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, Article 8.

⁵⁹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 2 (a) provided that: the law of the country in which the damage occurs, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occurred.

⁶⁰ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 2 (b) provided that: where the parties have their habitual residence in the same country at the time when the event giving rise to the damage occurs, the law of that country.

⁶¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, Article 12 par. 2 (c) provided that: where it is clear from all the circumstance of the case that the non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in points (a) and (b), the law of that other country.

ที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อค้นหากฎหมายที่มีความใกล้เคียงที่สุดกับนิติสัมพันธ์เช่นนี้ เรียกว่า “escape clause”⁶²

5. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

สำหรับประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายขัดกันของไทยนั้น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศก็เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมิได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ ประกอบกับยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าทางปฏิบัติของศาลไทยได้เคยวินิจฉัยปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงอาจพอที่จะกล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศในกฎหมายขัดกันของไทยยังมีความไม่ชัดเจน

ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ หากศาลไทยจะต้องวินิจฉัยปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ศาลจะอาศัยกฎเกณฑ์ใดในการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ปัญหาประการสำคัญที่ศาลไทยจะต้องเผชิญในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้แก่ การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (classification) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันย่อมมีผลกระทบถึงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับแก้กรณี ซึ่งย่อมจะมีความแตกต่างกันตามไปด้วย เมื่อคำนึงว่าในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการบัญญัติรับรองหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นในการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของศาลจึงอาจเป็นไปได้ใน 3 กรณี กล่าวคือ ให้ลักษณะว่าเป็นเรื่องสัญญา ให้ลักษณะว่าเป็นเรื่องละเมิด และให้ลักษณะว่าเป็นเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งผลของการให้ปัญหาข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละลักษณะล้วนมีข้อที่น่าพิจารณาถึงปัญหาการปรับใช้กฎเกณฑ์ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังนี้

⁶² ผู้สนใจประเด็นในเรื่อง “escape clause” โปรดดูเพิ่มเติมใน Jürgen Basedow, “Escape Clauses,” in *Encyclopedia of Private International Law*, eds. Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio (UK: Edward Elgar Publishing Ltd, 2016), pp. 668-674.

โดยหากพิจารณาว่าเป็นเรื่องสัญญา กฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญาย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁶³ ซึ่งได้กำหนดให้การค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้เป็นไปตามเจตนาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายของคู่สัญญา สัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญากรณีคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น และกฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรา 13 ได้จำกัดขอบเขตในทางเนื้อหาไว้แต่เฉพาะ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา” ในขณะที่ปัญหาความรับผิดก่อนสัญญานั้นเป็นผลมาจากความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะได้มีการทำสัญญา ตามนัยนี้การปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 13 กับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาจึงอาจเท่ากับเป็นการขยายขอบเขตในทางเนื้อหาของมาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 อันเป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

ประกอบกับหากพิจารณาถึงจุดเกาะเกี่ยวตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 13 ก็จะได้เห็นว่าลักษณะเครื่องครัดตายตัว ไม่ยืดหยุ่น ไม่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถค้นหากฎหมายที่อาจมีความใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญามากยิ่งขึ้นกว่ามาปรับแก้กรณีได้ อาทิ กฎหมายแห่งถิ่นที่ได้มีการเจรจาทำสัญญา ดังนั้นเป็นต้น ซึ่งส่งผลให้การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 13 กับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาอาจไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายขัดกันที่ต้องปรับใช้กฎหมายของประเทศซึ่งมีความสัมพันธ์ที่แท้จริงและใกล้ชิดที่สุดกับนิติสัมพันธ์⁶⁴

ในขณะที่หากพิจารณาว่าเป็นเรื่องละเมิด กฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

⁶³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 13 บัญญัติว่า ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่วางยังทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญานั้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม่วางยังทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น.

⁶⁴ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “อำนาจอธิปไตยของรัฐและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 23, 4 (2536): 738.

พ.ศ. 2481⁶⁵ โดยได้กำหนดให้กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้การละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น (*lex loci delicti commissi*) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ ทั้งนี้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการละเมิดที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้นต้องเป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยด้วย มิฉะนั้นแล้วศาลจะพิพากษาว่าเป็นละเมิดหาได้ไม่ การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า “double action-ability” ซึ่งกฎหมายขัดกันของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายขัดกันของประเทศอังกฤษ⁶⁶

ด้วยผลของการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะ double action-ability นี้เองได้นำไปสู่ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กับประเด็นความรับผิดก่อนสัญญา เนื่องจากต้องไม่ลืมว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้แตกต่างกัน ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่กฎหมายของประเทศหนึ่งได้ให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอันเป็นความรับผิดก่อนสัญญาว่าเป็นเรื่องของสัญญา หรือเป็นเรื่องของความรับผิดก่อนสัญญาโดยเฉพาะ ในขณะที่กฎหมายไทยพิจารณาข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ว่าเป็นเรื่องละเมิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการกระทำบางลักษณะอาจเป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยแต่อาจไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายของต่างประเทศ ในทางกลับกันอาจเป็นการละเมิดตามกฎหมายของต่างประเทศแต่ไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทยก็ได้⁶⁷ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาตามหลัก double action-ability จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งทีอาจมีความแตกต่างกันได้

แต่หากพิจารณาว่าเป็นเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่มีกฎเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาโดยตรง ดังนั้นหากศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นแห่งคดีว่าเป็นเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ศาลจะค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้นอย่างไร

⁶⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, มาตรา 15 บัญญัติว่า หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิดให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนมิใช่แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายสยาม กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมายสยามยอมรับให้เรียกร้องได้.

⁶⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 264.

⁶⁷ นิติ จันจิระสกุล, การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558; หน้า 64.

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ได้บัญญัติกฎเกณฑ์ที่อาจนำมาปรับแก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาได้ ศาลอาจอาศัยกลไกแห่งมาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่บัญญัติว่า **“เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล”** มาปรับใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ซึ่งในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามมาตรา 3 ดังกล่าวนี้น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แสดงทัศนะไว้ว่า ศาลอาจทำได้โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลอาจพิจารณาจากบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติถึงในกรณีเรื่องอื่นแต่ได้แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ทั่ว ๆ ไป ถ้ายังไม่อาจค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปขึ้นปรับแก้คดีได้ ศาลจะใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของต่างประเทศก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย⁶⁸

อย่างไรก็ดีไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่จะนำมาปรับใช้ในการค้นหากฎหมายเพื่อบังคับกับความรับผิดก่อนสัญญานั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศยังคงมีความแตกต่างกัน ซึ่งความยากในการค้นหากฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลดังกล่าวนี้น่าทนศาสตราจารย์ ดร.สมปอง สุจริตกุล ถึงขนาดเปรียบเปรยไว้ว่า “ลำบากไม่น้อยไปกว่าการงมเข็มในมหาสมุทร”⁶⁹ เลยทีเดียว

จากปัญหาการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับประเด็นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่สามารถรองรับกับนิติสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาได้อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นอยู่เองที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งได้มีผลบังคับใช้มาอย่างยาวนานให้ครอบคลุมถึงเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาตลอดจนนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศในรูปแบบใหม่ ๆ ที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบันด้วย

⁶⁸ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย: หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 (พระนคร: โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2482), หน้า 167.

⁶⁹ สมปอง สุจริตกุล, “ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” บทบัณฑิตย 20, 1 (2505): 79.

6. บทสรุป

กล่าวโดยสรุป ปัญหาความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้สภาพการณ์ปัจจุบันที่โลกได้เข้าสู่ยุคแห่งความไร้พรมแดน ส่งผลให้นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนซึ่งรวมถึงประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา มีแนวโน้มที่จะต้องพัวพันกับกฎหมายของหลายประเทศเพิ่มมากขึ้น การที่จะพิจารณาว่าในบรรดา กฎหมายของหลายประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้น กฎหมายของประเทศใดควรเป็น กฎหมายที่ใช้บังคับกับความรับผิดชอบก่อนสัญญา ย่อมเป็นหน้าที่ของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาเพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับปัญหาความรับผิดชอบ ก่อนสัญญานั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เนื่องจากแม้ว่าข้อความคิดในเรื่องดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย จากนานาอารยประเทศก็ตาม แต่การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของความรับผิดชอบ ก่อนสัญญานั้นยังคงมีความแตกต่างกัน โดยมีทั้งประเทศที่ได้จัดลักษณะให้ความรับผิดชอบก่อนสัญญา อยู่ ในขอบเขตของเรื่องสัญญา ละเมิด และความรับผิดชอบก่อนสัญญาแยกต่างหากอย่างเป็นเอกเทศ ซึ่ง แน่แน่นอนว่าการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่แตกต่างกัน นี้อย่อมจะกระทบถึงกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในแต่ละเรื่องนั้นต่างให้การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวที่ แตกต่างกันไป

ความไม่ลงรอยในการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ตลอดจนความแตกต่างของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศนี้เอง ได้นำ ไปสู่ความพยายามในการประสานกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบ ก่อนสัญญาในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งตัวอย่างที่สามารถเห็นได้อย่างเป็นรูปธรรมได้แก่ สหภาพยุโรป โดยภายใต้กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (Rome II) ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการค้นหากฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่มีองค์ ประกอบต่างประเทศไว้เป็นการเฉพาะ

ในขณะที่เมื่อพิจารณาจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยก็จะพบว่า ระบบกฎหมายขัดกันของไทยไม่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้โดยตรง ซึ่งนำไปสู่ปัญหาการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันกับประเด็นใน เรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจน ประเทศไทยจึงควรพิจารณาถึงความเป็น ไปได้ในการบัญญัติกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการ ขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในอนาคต

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในฐานะการกระทำทางการค้า อันไม่เป็นธรรม*

Replica Goods Offering as Unfair Commercial Practice

กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์

Kansak Bejrananda

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330

Full-time lecturer

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

Corresponding author Email: kansak.b@chula.ac.th

(Received: August 24, 2021; Revised: October 1, 2021; Accepted: October 12, 2021)

บทคัดย่อ

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการกระทำทางการค้าที่สามารถพบได้ในชีวิตประจำวัน ในหลายกรณีการกระทำทางการค้าดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อถูกหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้า ในบางกรณีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอาจเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม หรือเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม ในบางโอกาสการเสนอขายสินค้าเลียนแบบยังมีความเชื่อมโยงกับการได้ข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบมาโดยมิชอบอีกด้วย การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีตามที่กล่าวมาเหล่านี้ ล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบทั้งสิ้น กระนั้นเอง การกระทำทางการค้าดังกล่าวอาจไม่ได้เข้าข่ายเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุผลบางประการ เช่น การหมดอายุความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของสินค้าต้นแบบ เป็นต้น จึงเป็นที่มาสู่

* บทความวิจัยฉบับนี้ เรียบเรียงขึ้นโดยการสกัดสาระสำคัญของรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในฐานะการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม เสนอ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2564

ปัญหาว่า จะมีกลไกทางกฎหมายอื่นใดที่จะช่วยป้องกันและลดใช้ความเสียหายในกรณีดังกล่าวได้บ้างหรือไม่

วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้เสนอว่า มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการห้ามการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้นสามารถนำมาใช้ป้องกันการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในพฤติการณ์ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นได้ ทั้งนี้ ในวิจัยฉบับดังกล่าวได้นำเสนอแนวทางในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการกระทำทางการค้าดังกล่าว รวมทั้งเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อให้สามารถต่อต้านการกระทำทางการค้าเช่นว่าได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ : การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ, การกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม, พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

Abstract

Replica goods offering is a commercial practice which can be found in daily life. In many instances this commercial practice causes deception of purchasers regarding the commercial origin of goods. In certain cases it can unreasonable exploit or impair goodwill of original goods as well. Occasionally it associates with dishonest acquisition of the knowledge from original goods producers. Replica goods offering in aforementioned circumstances could cause damages to producers of original goods. Nonetheless, it may not be considered as infringement of intellectual property rights for particular reasons, e.g., expiration of intellectual property rights of original goods. This leads to the question whether there is any other law which could prevent and compensate for such damages.

The research, which is the groundwork of this research article, suggests that Section 57 of the Trade Competition Act B.E. 2560, which prohibits unfair commercial practices, can prevent replica goods offering in abovementioned circumstances. That research also proposes guidelines on the application of

Section 57 of the Trade Competition Act B.E. 2560 to this commercial practice and recommendations on revision of the Trade Competition Act B.E. 2560 in order to prevent such commercial practice appropriately.

Keywords : Replica goods offering, unfair commercial practices, The Trade Competition Act B.E. 2560

ส่วนที่ 1 บทนำ: ความเป็นมา ความสำคัญของปัญหา สมมติฐาน วัตถุประสงค์ ขอบเขตของการวิจัยและวิธีดำเนินการวิจัย

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการกระทำทางการค้าที่สามารถพบได้ในชีวิตประจำวัน ทั้งนี้ การเลียนแบบอาจจะเป็นการเลียนแบบตัวผลิตภัณฑ์โดยตรงหรือเลียนแบบบรรจุภัณฑ์ของสินค้า หรือเลียนแบบลักษณะต่าง ๆ ของสินค้า ไม่ว่าจะเป็นลักษณะเชิงเทคนิค ลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์และลักษณะที่แสดงแหล่งที่มาก็ตาม ในบางกรณีพฤติกรรมดังกล่าวอาจทำให้ผู้ซื้อสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าได้ และส่งผลให้ผู้ซื้อทำการซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบ นอกจากนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณี แม้ว่าจะไม่ได้ทำให้ผู้ซื้อสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาก็ตาม แต่อาจทำให้ผู้ซื้อเกิดแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบได้ กรณีดังกล่าวถือว่า ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ทำการใช้ประโยชน์จากความนิยมของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ในอีกทางหนึ่งการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณีอาจทำให้ผู้ซื้อมีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าต้นแบบลดลง อันจะถือได้ว่าเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบลงนั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้น ในบางกรณีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบยังมีความเชื่อมโยงกับการได้ข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบมาโดยมิชอบอีกด้วย

ทั้งนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านี้นั้นล้วนแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบทั้งสิ้น แต่อาจไม่ได้เข้าข่ายเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุผลบางประการ เช่น การหมิ่นอายความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของสินค้าต้นแบบ เป็นต้น จึงเป็นที่มาสู่ปัญหาว่า จะมีกลไกทางกฎหมายอื่นใดที่จะช่วยป้องกันและชดเชยความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้บ้างหรือไม่

วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้มีสมมติฐานว่า การเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นในบางกรณีอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ หากการกระทำในกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมทางการค้าและทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตสินค้าที่ถูกเลียนแบบ ด้วยเหตุนี้เอง วัตถุประสงค์ประการสำคัญของวิจัยฉบับดังกล่าว ก็คือ การวิเคราะห์ว่าการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นจะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขใด

ทั้งนี้ ในการที่จะได้มาซึ่งคำตอบดังกล่าว วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตการศึกษาไว้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ศึกษาลักษณะพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจในการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นและกรอบของกฎหมายที่ใช้ในการจัดการกับการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบของสินค้าผู้อื่นตามกฎหมายอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมนีและประเทศไทย

ประการที่สอง ศึกษาบทบัญญัติที่ห้ามการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนีในเชิงลึก ในฐานะที่เยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทยและมีประสบการณ์ในการใช้กฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมมาจัดการกับพฤติกรรมดังกล่าวมาเป็นเวลานาน

ประการที่สาม ศึกษาเจตนารมณ์ แนวคิด และหลักการของการห้ามการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และวิเคราะห์ว่าการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้อื่นเข้าข่ายต้องห้ามตามบทบัญญัตินี้หรือไม่ และมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเช่นไรในการวินิจฉัยบ้าง

ทั้งนี้ วิธีดำเนินการวิจัยของวิจัยฉบับดังกล่าว อยู่ในรูปแบบของการวิจัยเชิงคุณภาพโดยการค้นคว้าเอกสาร

ส่วนที่ 2 เนื้อหาสำคัญของวิจัย

ในส่วนที่ 2 ของบทความวิจัยฉบับนี้ จะเป็นการอธิบายเนื้อหาของวิจัยโดยสังเขป ซึ่งสกัดมาเฉพาะในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของวิจัยเท่านั้น สำหรับการอธิบายและการวิเคราะห์โดยละเอียดตลอดจนแหล่งอ้างอิงอย่างสมบูรณ์ โปรดศึกษาจากรายงานฉบับสมบูรณ์ของวิจัย

ทั้งนี้ ส่วนที่ 2 ของบทความวิจัยฉบับนี้ จะเริ่มจากการอธิบายว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดบ้าง ที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม (หัวข้อที่ 1.) หลังจากนั้น จะทำการอธิบายต่อไปว่า เหตุใดจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ และทำการวิเคราะห์ว่า จะสามารถนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาใช้กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้หรือไม่ อย่างไร (หัวข้อที่ 2.)

1. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีฐานะเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ก่อนที่จะพิจารณาว่า จะนำมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการห้ามการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม มาใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้หรือไม่ อย่างไร ในเบื้องต้นจะต้องทราบเสียก่อนว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายฉบับใดเลย ที่ระบุอย่างแจ้งชัดว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม และเป็นพฤติกรรมต้องห้าม ด้วยเหตุนี้เอง จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษากฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนีซึ่งวางกฎเกณฑ์ในเรื่องการห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบไว้อย่างชัดเจนว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดถือว่าเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมและเข้าข่ายเป็นพฤติกรรมต้องห้าม หลังจากนั้น จะทำการพิจารณาต่อไปว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นมีสถานะทางกฎหมายเช่นไรตามมุมมองทางกฎหมายของประเทศอื่น รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

1.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีฐานะเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันของเยอรมนี

กฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนี (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb หรือ ย่อว่า UWG) มีบทบัญญัติที่ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม นั่นคือ มาตรา 4 no. 3 UWG โดยบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดเสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเป็นการเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ร่วมแข่งขันผู้นั้นกระทำการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม หากเขา

a) ทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

b) ใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมหรือทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

c) ได้รับข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา ดังกล่าวมีองค์ประกอบสองประการ กล่าวคือ ประการแรก จะต้องมีการเลียนแบบสินค้าหรือ บริการของผู้ร่วมแข่งขันและมีการเสนอขายสินค้าหรือบริการดังกล่าว และประการที่สอง จะต้อง มีพฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำทางการค้ามีความไม่เป็นธรรมตามที่ระบุไว้ในข้อ a) b) และ c) ของ มาตราดังกล่าว

ทั้งนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ทำให้ผู้ซื้อถูกหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้าตาม มาตรา 4 no. 3 lit. a UWG อาจเกิดขึ้นเมื่อการเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้า เลียนแบบนั้นคือสินค้าต้นแบบ (การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าโดยตรง)¹ หรืออาจ เกิดขึ้นเมื่อการเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่า สินค้าเลียนแบบนั้น เป็นสินค้าที่มีที่มา จากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ (การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าในความหมายอย่างกว้าง) เช่น กรณีที่ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นหนึ่งในสินค้ายี่ห้อรอง (Zweitmarke) ที่ผู้ผลิต สินค้าต้นแบบนำออกมาขายในตลาด หรือ กรณีที่ผู้ซื้อเข้าใจว่า ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบและผู้ผลิตสินค้า เลียนแบบนั้นมีความสัมพันธ์ทางองค์กรหรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจต่อกัน เป็นต้น²

ส่วนการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของผู้ผลิต สินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG จะเกิดขึ้นเมื่อ การเสนอขายสินค้า เลียนแบบทำให้สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมาย (angesprochene Verkehrskreise) ถ่ายโอนความ นิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบ หรือที่เรียกกันว่า “การถ่ายโอนภาพลักษณ์” (Imag- etransfer)³ อนึ่ง การถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบนั้นอาจเกิดขึ้นได้ แม้การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวไม่ได้ทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเกิดความสับสนในแหล่ง ที่มาทางการค้าของสินค้าแต่อย่างใด⁴ ในทางตรงข้าม ในกรณีเช่นว่า ผู้ซื้อทราบดีว่าสินค้านี้

¹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7th edition (München: C.H. Beck, 2016), § 4.3 UWG, para 3/53; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016), para 1183.

² BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 Rn. 15 – Knoblauchwürste; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, 10th edition (München: C.H. Beck, 2016), § 11, para 24; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1183.

³ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 353 – Klemmbausteine III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 30/07 Rn. 22 – Beta Layout; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/67; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1200; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 36th edition (München: C.H. Beck, 2018), § 4 UWG, para 3.53.

⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31. Januar 2012 - I-20 U 175/11 Rn. 107.

เป็นสินค้าเลียนแบบ แต่ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบดังกล่าว เนื่องจากผู้ซื้อมองว่า การที่ตนใช้สินค้าเลียนแบบนั้นสามารถทำให้บุคคลที่สามเข้าใจผิดว่า ตนกำลังใช้สินค้าต้นแบบอยู่นั่นเอง⁵

สำหรับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่าง ไม่เหมาะสม ตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ความนิยมของสินค้าต้นแบบ เป็นผลมาจากการที่สินค้าต้นแบบมีคุณภาพพิเศษหรือมีมาตรฐานความปลอดภัยระดับสูง และผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ทำการเลียนแบบสินค้าจนเกือบเหมือน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสน กับสินค้าต้นแบบได้ แต่ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบกลับไม่สามารถทำให้สินค้าของตนมีคุณภาพ เหมือนกับสินค้าต้นแบบ หรือเทียบเท่ากับสินค้าต้นแบบได้อย่างมีนัยสำคัญ หรือไม่สามารถทำให้ สินค้าของตนมีระดับความปลอดภัยได้เท่ากับสินค้าต้นแบบ⁶ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การเสนอขายสินค้า เลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบในกรณีเช่นว่า ก็อาจเข้าลักษณะ เป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าตาม มาตรา 4 no. 3 lit. a UWG ได้เช่นกัน⁷

นอกจากนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ อย่างไม่เหมาะสม ตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน เมื่อมีการเสนอขายสินค้า เลียนแบบจำนวนมาก ในราคาถูก จนถึงขนาดที่ทำให้ความเฉพาะตัว (Exklusivität) หรือภาพลักษณ์ หูหุรา (Luxusimage) ของสินค้าต้นแบบถูกทำลายหรือเลือนหายไป⁸ ทั้งนี้ในกรณีเช่นว่า ไม่จำเป็น

⁵ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 - Tchibo/Rolux I; Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31. Januar 2012 - I-20 U 175/11 Rn. 107; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1203.

⁶ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 49 und 51 – Femur-Teil; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1206; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/70; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.59.

⁷ Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 36.

⁸ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolux I; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 48 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/70; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1205; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, 2nd edition (München: C.H. Beck, 2016), § 9, para 65; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.59.

ต้องได้ความว่า ผู้ซื้อเข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบเป็นสินค้าต้นแบบแต่อย่างใด⁹

สำหรับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้ข้อมูลสำคัญที่ใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบมาโดย มิชอบตามมาตรา 4 no. 3 lit. c UWG นั้น อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ได้มาซึ่งข้อมูลสำคัญดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดทางอาญา¹⁰ (เช่น การได้มาซึ่งข้อมูลโดยการขโมยเอกสารจากลูกจ้างของผู้ร่วมแข่งขัน ซึ่งเข้าข่ายเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์¹¹) หรืออาจเกิดขึ้นในกรณีที่การได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายความลับทางการค้า เป็นต้น¹²

ทั้งนี้ นอกจากองค์ประกอบที่ว่าด้วยการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบ และ องค์ประกอบที่ว่าด้วยพฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำทางการค้ามีความไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็น องค์ประกอบที่ปรากฏในตัวบทแล้ว ตามแนวคำพิพากษาของศาลได้มีการปรุงแต่งองค์ประกอบเพิ่มขึ้นมาอีกประการหนึ่งด้วย กล่าวคือ สินค้าหรือบริการของผู้ร่วมแข่งขันที่ถูกเลียนแบบนั้นจะต้องมี “ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน” (wettbewerbliche Eigenart)¹³ กล่าวคือ สินค้าดังกล่าวจะต้องมีลักษณะบางประการ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากมุมมองของสาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายแล้ว ลักษณะดังกล่าวสามารถแสดงให้เห็นถึงแหล่งที่มาทางการค้า หรือแสดงให้เห็นความพิเศษของสินค้าได้¹⁴

⁹ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 352-353 – Klemmbausteine III; BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 45 – Femur-Teil; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/70; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1205; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 65.

¹⁰ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.61.

¹¹ BGH, Urteil vom 07. November 2002 - I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 357-358 – Präzisionsmessgeräte; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 38; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1208; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/73.

¹² Christian Alexander, “Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG”, WRP 2019, 673, 675.

¹³ BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 199/06 Rn. 10 – Ausbeinmesser; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 21 – LIKEaBIKE.

¹⁴ BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 22-23 – LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 19 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 10 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/32; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1133; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 14; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, paras 3.24 and 3.33.

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตประการสำคัญว่า ตามแนวคำพิพากษาของศาลองค์ประกอบทั้งสามข้อนี้ จะมีปฏิสัมพันธ์ (Wechselwirkung) ต่อกัน กล่าวคือ ยิ่งระดับของลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้า และระดับของความรุนแรงของการเลียนแบบมีมากเท่าใด พฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำทางการค้ามีความไม่เป็นธรรมก็ยิ่งมีความสำคัญในการพิจารณาน้อยลงเท่านั้น¹⁵

อนึ่ง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้น จะถูกต้องห้ามตามมาตรา 3 (1) UWG ทั้งนี้ ในกรณีเช่นว่านั้น ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบจะมีสิทธิ 2 ประการ ประการแรก คือ สิทธิในการเรียกร้องให้ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบงดเว้นและปลดปล่อย การกระทำการดังกล่าวตามมาตรา 8 (1) UWG และ ประการที่สอง คือ สิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบตามมาตรา 9 UWG¹⁶

1.2 ข้อสังเกตจากมุมมองทางกฎหมายของประเทศอื่นและกฎหมายระหว่างประเทศ

ดังที่กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้วว่า ตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนี การเสนอขายสินค้าเลียนแบบภายใต้พฤติการณ์พิเศษตามข้อ a) b) และ c) ของมาตรา 4 no. 3 UWG จะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม ประเด็นที่ต้องทำการศึกษาต่อไปก็คือ เมื่อพิจารณาจากมุมมองทางกฎหมายของประเทศอื่นและกฎหมายระหว่างประเทศ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม หรือการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม หรือเป็นพฤติกรรมที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

อนึ่ง จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศอื่น ๆ และกฎหมายระหว่างประเทศ จะพบข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1.2.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่ก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

นอกจากมาตรา 4 no. 3 lit. a UWG ของเยอรมนี ที่มองว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ

¹⁵ BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 Rn. 42 – Seilzirkus; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 14 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 15 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/26; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 72; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 19; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.2a.

¹⁶ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1222; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 46.

ซึ่งก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ เป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมแล้ว Article 10 bis (3) (i) อนุสัญญากรุงปารีสก็มองว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความสับสนกับสินค้าของคู่แข่งนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (unfair competition) เช่นกัน ในทำนองเดียวกัน หากพิจารณาจาก Article 2 ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition ซึ่งจัดทำขึ้นโดย International Bureau of WIPO ในปี ค.ศ. 1996 จะพบว่า Article ดังกล่าวมองว่า การเสนอขายสินค้าที่เลียนแบบลักษณะของสินค้าต้นแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าก็เป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น แม้เรื่องการลงขายจะถูกบัญญัติห้ามไว้ในมาตรา 43 (a) Lanham Act (15 U.S. Code § 1125 (a)) อันถือว่าเป็นกฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ตาม แต่ตามความเห็นทางวิชาการก็มองว่า มาตราดังกล่าว ก็คือการนำคอมมอนลอว์ว่าด้วยการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมโดยการลงขายมาบัญญัติไว้ให้เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง¹⁷

ส่วนในสหราชอาณาจักร แม้จะพบว่า คอมมอนลอว์อังกฤษปฏิเสธแนวคิดเรื่องการแข่งขันที่ซื้อสัตย์¹⁸ ซึ่งเป็นรากฐานของแนวคิดเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมก็ตาม แต่ตามคอมมอนลอว์อังกฤษก็ยังมองว่าการลงขายเป็นละเมิดประการหนึ่ง ซึ่งถือเป็นพฤติกรรมต้องห้ามด้วย¹⁹

1.2.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม นอกจากจะเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 no. 3 lit. b UWG ของเยอรมนีแล้ว เมื่อพิจารณาจากวงการนิติศาสตร์อเมริกัน จะพบว่า ตามคอมมอนลอว์ของสหพันธ์ ในคดี International News Service v. Associated Press ก็มองว่า การใช้ประโยชน์จากคุณค่าของสินทรัพย์ที่ผู้อื่นสร้างสรรค์โดยมิชอบเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน เพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อมโนสำนึกที่ดี (misappropriation doctrine)²⁰ อย่างไรก็ดี

¹⁷ Catherine Romero Wright, "Reverse Passing Off: Preventing Healthy Competition," 20 *Seattle University Law Review* (1997): 785, 787-789.

¹⁸ *Hodgkinson & Corby Ltd. v. Wards Mobility Services Ltd.* [1994] 1 W.L.R. 1564, 1570.

¹⁹ Rogier W. de Vries, *Towards a European Unfair Competition*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 233.

²⁰ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 239-240 (1918).

ด้วยผลของคำพิพากษาในคดี *Erie Railroad Co. v. Tompkins*²¹ (ค.ศ. 1938) ซึ่งวางหลักว่า ศาลของสหพันธ์ไม่มีอำนาจในการสร้างคอมมอนลอว์ทั่วไปของสหพันธ์ (general federal common law)²² จึงทำให้หลัก misappropriation doctrine ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นในคดี *International News Service v. Associated Press* ถูกลดบทบาทลง²³

ในทางตรงกันข้าม สำหรับคอมมอนลอว์อังกฤษ ลำพังเพียงแค่การเลียนแบบลักษณะภายนอกของสินค้า แม้จะถูกมองได้ว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากอัตลักษณ์ของสินค้าของคู่แข่งโดยมิชอบ (misappropriation) ก็ตาม แต่ก็มิใช่พฤติกรรมที่ถูกต้องห้ามตามคอมมอนลอว์อังกฤษแต่อย่างใด เว้นเสียแต่ว่า หากการกระทำดังกล่าวได้ทำให้ผู้ซื้อถูกหลอกลวงในแหล่งที่มาด้วยการกระทำนั้นก็จะเข้าข่ายเป็นการลวงขายซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามคอมมอนลอว์อังกฤษดังที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วนั่นเอง²⁴ กระนั้นเอง ดูเหมือนว่า ในระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักร การห้ามการใช้ประโยชน์จากอัตลักษณ์หรือความนิยมของสินค้าของผู้อื่น (โดยมิต้องคำนึงถึงประเด็นเรื่องการหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้า) จะปรากฏอยู่ในบริบทของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ดังจะเห็นได้จากการที่มาตรา 10 (3) Trade marks Act ได้บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการใช้สัญลักษณ์ที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วและเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในสหราชอาณาจักร ไม่ว่าการใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้กับสินค้าใดก็ตาม หากได้ความว่า การใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวเป็นการฉวยเอาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมจากลักษณะบ่งเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผล ในกรณีเช่นว่าถือว่ามี การละเมิดเครื่องหมายการค้า

1.2.3 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม นอกจากจะถูกมองว่าเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนีแล้ว (มาตรา 4 no. 3 lit. b UWG) เมื่อพิจารณา Article 3 ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition จะพบว่าบทบัญญัติ

²¹ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

²² *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 78 (1938).

²³ *Confold Pacific, Inc. v. Polaris Indus., Inc.*, 433 F.3d 952, 960 (7th Cir. 2006).

²⁴ Hogan Lovells International LLP, *Hogan Lovells Final Report on Parasitic Copying for the European Commission* (2011), para. 65.

ดังกล่าวระบุว่า การกระทำทางการค้าที่ทำลายชื่อเสียงหรือความนิยมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น เป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน โดยมีพิกัดต้องพิจารณาเลยว่า การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความสับสนในแหล่งที่มาหรือไม่ ทั้งนี้ Article 3 (2) ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition ได้ระบุว่า การทำให้ชื่อเสียงหรือความนิยมที่ยึดโยงอยู่กับลักษณะของสินค้า (appearance of a product) เจือจางลง (dilution of the goodwill or reputation) เป็นตัวอย่างประการหนึ่งของการกระทำทางการค้าที่ทำลายชื่อเสียงหรือความนิยมของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา จะพบว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นก็จะพอจะเทียบเคียงได้กับ “การทำให้เครื่องหมายการค้าเจือจาง” (dilution) ซึ่งถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมประการหนึ่งได้เช่นกัน²⁵ ทั้งนี้ พฤติกรรมดังกล่าวถูกต้องห้ามตามมาตรา 43 (c) Lanham Act (15 U.S.C. § 1125(c)) ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง (famous mark) จากการทำให้ความบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้านั้นไม่ชัดเจน (Dilution by blurring) หรือการทำให้ชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้นมีความมัวหมอง (dilution by tarnishment)

ในทำนองเดียวกัน ตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร การทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมจะปรากฏอย่างชัดเจนในบริบทของกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดย Trade marks Act ของสหราชอาณาจักรมองว่า การทำให้เครื่องหมายการค้าเจือจาง (dilution) เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามมาตรา 10 (3) Trade marks Act ทั้งนี้ มาตราดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่บุคคลใดใช้สัญลักษณ์ที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วและเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในสหราชอาณาจักร ไม่ว่าการใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้กับสินค้าใดก็ตาม หากได้ความว่า การใช้สัญลักษณ์ดังกล่าวเป็นการทำลายลักษณะบ่งเฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผล ก็ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเช่นกัน อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการละเมิดเครื่องหมายการค้าในกรณีดังกล่าว ไม่จำเป็นจะต้องได้ความว่าเกิดการหลอกลวงในแหล่งที่มาของสินค้าขึ้นหรือไม่ แต่อย่างใด

²⁵ Charles R. McManis, *Intellectual Property and Unfair Competition in a nutshell* (St. Paul, Minnesota: West Group, 2000), pp. 6-10; Joseph P. Bauer, “A Federal Law of Unfair Competition: What Should Be the Reach of Section 43(a) of the Lanham Act?”, 31 UCLA L. Rev. 671, 753 (1983-1984).

ยิ่งไปกว่านั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าของผู้อื่นนั้นอาจถูกห้ามภายใต้คอมมอนลอว์อังกฤษว่าด้วยการลงขายได้อีกด้วย หากได้ความว่าการทำลายความนิยมของสินค้าผู้อื่นนั้นเป็นผลมาจากการที่จำเลยลงว่า สินค้าของตนมีความเชื่อมโยงบางประการกับสินค้าของโจทก์ และผู้ซื้อเองเข้าใจเช่นนั้น ดังที่ปรากฏใน คดี Taittinger SA v. Allbev Ltd²⁶ ในคดีดังกล่าว ศาลมองว่า การที่ผู้เสนอขายสินค้าทำการขายสินค้าที่ไม่ใช่ Champagne แต่กลับเรียกสินค้านี้ว่า Champagne เป็นการกีดกีดร่อนความเป็นหนึ่งและความเฉพาะตัว (singularity and exclusiveness) ของคำว่า Champagne²⁷ ทั้งนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีดังกล่าวไม่ได้อยู่ในรูปแบบของการสูญเสียยอดขาย แต่จะอยู่ในรูปแบบของการทำลายค่าความนิยมนั้นเอง²⁸

1.2.4 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

นอกจากกฎหมายต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมของเยอรมนี (มาตรา 4 no. 3 lit. c UWG) ที่มองว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้นเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมแล้ว เมื่อพิจารณาจากบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างความตกลง TRIPs จะเห็นได้ว่า Article 39 (2)²⁹ ของความตกลงดังกล่าวก็มองว่า การเปิดเผย การได้มา หรือการใช้ความลับทางการค้า โดยที่เจ้าของความลับทางการค้าไม่ยินยอม และโดยขัดต่อการกระทำทางการค้าที่ซื่อสัตย์ (ตัวอย่าง การกระทำที่ขัดต่อการกระทำ

²⁶ Taittinger SA v. Allbev Ltd. [1994] 4 All E.R. 75, 84-85.

²⁷ Taittinger SA v. Allbev Ltd. [1994] 4 All E.R. 75, 95.

²⁸ Taittinger SA v. Allbev Ltd. [1994] 4 All E.R. 75, 91.

²⁹ Article 39 TRIPS Agreement

“1. ...

2. *Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:*

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

(b) *has commercial value because it is secret; and*

(c) *has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.*

3. ...”.

ทางการค้าที่ซื่อสัตย์ ได้แก่ การละเมิดความไว้วางใจ และการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยรู้อยู่ว่ามีการละเมิดความไว้วางใจ เป็นต้น³⁰) นั้น ก็เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน ในแง่ตัวเอง จึงอาจตีความต่อไปได้ว่า ในมุมมองของความตกลง TRIPs การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบสินค้าโดยมิชอบนั้นเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ในทำนองเดียวกัน เมื่อพิจารณาจาก Article 6 ของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition 1996 จะพบได้ว่า การเปิดเผย การได้มา หรือการใช้ซึ่งข้อมูลที่เป็นความลับ (secret information) โดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล และขัดต่อการกระทำทางการค้าที่ซื่อสัตย์ ถือว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน ด้วยเหตุนี้เอง ก็อาจตีความได้ว่า ในมุมมองของ The Model Provisions on Protection Against Unfair Competition นั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้นเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา จะพบว่าการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยบุคคลที่เคยใช้วิธีการที่มีชอบในการได้มาซึ่งความรู้เกี่ยวกับความลับทางการค้าดังกล่าวนั้นเป็นการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าโดยมิชอบ ซึ่งต้องห้าม Defend Trade Secrets Act (2016) เช่นนี้ จึงอาจตีความต่อไปได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้น ก็อาจจะถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าโดยมิชอบประการหนึ่งได้เช่นกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้ในสหรัฐอเมริกาจะมองว่าความลับทางการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งก็ตามแต่หากถือตาม Restatement Third, Unfair Competition, 1995 ซึ่งจัดทำโดย The American Law Institute จะพบได้ว่าการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้นถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม³¹ และถือว่าเป็นวิธีการในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม³² ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถสรุปได้ว่าในระบบกฎหมายอเมริกัน การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งความลับทางการค้าโดยมิชอบนั้น ก็ถูกมองได้ว่า เป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม และเป็นวิธีการในการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมเช่นกัน

³⁰ ในเชิงอรรถที่ 10 ของ TRIPs Agreement ได้อธิบายความหมายของการกระทำที่ขัดต่อการกระทำทางการค้าที่ซื่อสัตย์ไว้ว่า “For the purpose of this provision, “a manner contrary to honest commercial practices” shall mean at least practices such as breach of contract, breach of confidence and inducement to breach, and includes the acquisition of undisclosed information by third parties who knew, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition.”.

³¹ ดู Chapter 4 Appropriation of Trade Values, Restatement (Third) of Unfair Competition.

³² ดู § 1, Restatement (Third) of Unfair Competition.

สำหรับสหราชอาณาจักร แนวคิดเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้าจะมีรากฐานอยู่บนคอมมอนลอว์ว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ และรากฐานดังกล่าวนี้ก็ยังปรากฏใน The Trade Secrets (Enforcement, etc) Regulations 2018 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกด้วย โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ห้ามการได้มา การใช้ หรือการเปิดเผยความลับทางการค้า หากการได้มา การใช้ หรือการเปิดเผยดังกล่าวก่อให้เกิดการละเมิดความไว้วางใจในข้อมูลที่เป็นความลับ (a breach of confidence in confidential information) เช่นนี้ จึงสามารถตีความได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้ามาโดยมิชอบเนื่องจากการทำลายความไว้วางใจเกิดขึ้น เป็นการกระทำที่ต้องห้าม The Trade Secrets (Enforcement, etc) Regulations 2018 ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาตามมุมมองทางวิชาการ จะเห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องการละเมิดความไว้วางใจในสหราชอาณาจักรนั้นก็เทียบเคียงได้กับแนวคิดเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมที่ปรากฏในประเทศอื่น ๆ นั่นเอง³³

1.3 บทสรุป

จากที่ได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศอย่างเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร สามารถกล่าวในภาพรวมได้ว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังต่อไปนี้ แสดงให้เห็นถึง “ความไม่เป็นธรรม” ของการกระทำทางการค้า อันจะทำให้การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นนั้น เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้

กรณีแรก การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่ก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

กรณีที่สอง การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

กรณีที่สาม การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

กรณีที่สี่ การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

³³ Sandra Müller, “Länderbericht England,” in Martin Schmidt-Kessel and Silvan Schubmehl (Eds), *Lauterkeitsrecht in Europa* (München: sellier european law publishers, 2011), pp. 163-164 and 176.

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า แม้พฤติกรรมเหล่านั้นจะถูกเรียกโดยใช้คำที่แตกต่างกันออกไปก็ตาม ไม่ว่าจะเป็น “การกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม” หรือ “การแข่งขันอันไม่เป็นธรรม” หรือ แม้แต่ “การปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม” แต่นั่นเป็นเพียงการเรียกขานชื่อที่แตกต่างกันเท่านั้น แท้จริงแล้ว สารสำคัญอยู่ที่สิ่งที่พฤติกรรมเหล่านั้นมีร่วมกัน ซึ่งนั่นก็คือ “ความไม่เป็นธรรม” ที่ปรากฏตัวอยู่ในพฤติกรรมนั่นเอง

2. การปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

2.1 เหตุผลและความจำเป็นในการนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาใช้กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ก่อนอื่นจำเป็นต้องท้าวความเสียก่อนว่า กลไกในการต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในประเทศไทยมี 2 ประเภท กล่าวคือ กลไกตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งให้การคุ้มครองลักษณะต่าง ๆ ของสินค้ารวมทั้งคุ้มครองความลับทางการค้า และกลไกตามกฎหมายละเมิดซึ่งศาลนำมาใช้ต่อต้านการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรูปแบบของการลวงขาย อย่างไรก็ตามทั้งสองอาจจะไม่เหมาะสมกับการจัดการกับปัญหาการเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

อย่างที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความอิสระโดยตรงผ่านเครื่องมือของการสถาปนาสิทธิเด็ดขาด³⁴ ดังนั้น โดยหลักแล้ว กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเองไม่ได้มุ่งคุ้มครองความเป็นธรรมในการแข่งขันหรือความเป็นธรรมในทางการค้าแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบและความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเองจึงไม่ครอบคลุมทุกกรณีที่เป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

ที่ผ่านมาศาลไทยได้จัดการกับปัญหาการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมในบางรูปแบบ เช่น การลวงขาย โดยใช้กฎหมายละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป แต่กระนั้นเอง มาตราดังกล่าวก็ไม่เหมาะสมในการใช้จัดการกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรม

³⁴ Horst-Peter Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9th edition (München: C.H. Beck, 2010), § 6, para 21; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1236.

เนื่องจาก การนำมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ต่อต้านการกระทำทาง การค้าอันไม่เป็นธรรม อาจประสบกับข้อโต้แย้งทางวิชาการได้อย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน ประเด็นเรื่องความเสียหายต่อสิ่งที่มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องการคุ้มครอง อาทิ การอ้างว่าการลงขายให้ทำยอดขายของโจทก์ลดลง และเป็นการทำให้เกิดความเสียหายแก่ “ทรัพย์สิน” อาจถูกโต้แย้งจากความคิดที่ว่า การทำให้ทรัพย์สินเสียหายอันจะเข้าข่ายละเมิดตาม มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นั้น หมายถึง การทำให้ทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วใน ปัจจุบันลดน้อยถอยลงเท่านั้น

นอกจากนี้ การอ้างว่าการลงขายกระทบต่อโอกาสที่จะได้ยอดขายและถือว่าเป็นความเสียหายต่อ “ทรัพย์สิน” นั้น อาจถูกโต้แย้งในทางวิชาการจากแนวคิดที่ว่า แท้จริงแล้ว คำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความหมายจำกัดเพียงแค่ “กรรมสิทธิ์” ได้เช่นกัน³⁵

ยิ่งไปกว่านั้น การอ้างว่า การลงขายทำให้สิทธิในการประกอบธุรกิจ อันถือว่าเป็น “สิทธิ อย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียหายนั้น ก็อาจถูกโต้แย้ง จากความคิดที่ว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จำกัดเฉพาะสิทธิเด็ดขาด³⁶ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่า ไม่มีกฎหมายใด ในระบบกฎหมายไทยที่ยอมรับว่าสิทธิในการประกอบธุรกิจเป็นสิทธิเด็ดขาด โดยมีการระบุเนื้อหา แห่งสิทธิไว้เป็นการเฉพาะทั้งในส่วนที่เป็นการให้อำนาจผู้ทรงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำการ ไต และในส่วนที่เป็นการให้อำนาจผู้ทรงสิทธิในการขัดขวางบุคคลอื่นมิให้กระทำการใด

ในทำนองเดียวกัน ฐานความคิดที่ว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องเป็นสิทธิเด็ดขาดนั้น ทำให้การอ้างว่า การลงขายทำให้สิทธิใน ชื่อเสียง อันเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เสียหาย ถูกโต้แย้งได้เช่นกัน ทั้งนี้ แม้ว่าเมื่อพิจารณามาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พ.ศ. 2560 แล้วจะพบว่า มาตราดังกล่าวได้บัญญัติว่าบุคคลมีสิทธิในชื่อเสียงและห้ามบุคคลใด กระทำการละเมิดสิทธิดังกล่าวก็ตาม แต่มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เองก็ได้ระบุเนื้อหาแห่งสิทธิอย่างชัดแจ้งว่า ผู้ทรงสิทธิในชื่อเสียงมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวใน การกระทำการใด และมีอำนาจในการห้ามผู้อื่นมิให้กระทำการใดบ้าง อันจะแสดงให้เห็นถึงลักษณะ ของสิทธิเด็ดขาด

³⁵ คณิต ณ นคร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 213-214.

³⁶ คณิต ณ นคร, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, หน้า 213-214.

นอกจากนี้ การอ้างว่า การลงขายทำให้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน อันเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียหาย อาจถูกโต้แย้งจากความคิดที่ว่า แท้จริงแล้ว ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด มาตรา 46 วรรคสอง พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หาได้สถาปนาสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน บทบัญญัติดังกล่าวเพียงแค่ชี้แจงว่า บทบัญญัติตามมาตรา 46 วรรคแรก พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้กระทบสิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนในการฟ้องลงขายเท่านั้น

ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมานี้เอง จึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาว่าจะนำมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะมาใช้จัดการกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้หรือไม่ อย่างไร

2.2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ

มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นหนึ่งในมาตรการสำคัญของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า 2560 โดยมาตราดังกล่าวห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

ประการแรก กีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ประการที่สอง ใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 57 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ประการที่สาม กำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา 57 (3) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ประการที่สี่ กระทำการในลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด (มาตรา 57 (4) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560)

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ความเสียหายอันเกิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจตามนัยของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นสามารถตีความได้ถึงโอกาสในการประกอบ

ธุรกิจที่ถูกทำลายไปนั่นเอง ไม่ว่าจะเป็นโอกาสในการซื้อ ผลิต จำหน่ายสินค้า โอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน³⁷ โอกาสที่จะประกอบธุรกิจโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุผล โอกาสที่จะได้รับเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่ก่อภาระให้มากเกินไปอย่างไม่มีเหตุผล หรือโอกาสในการประกอบธุรกิจโดยอิสระ เป็นต้น

หลังจากทราบถึงองค์ประกอบของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แล้ว ขั้นตอนต่อไปจำเป็นต้องพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นมีแนวโน้มจะเข้าข่ายองค์ประกอบของอนุมาตราใดในมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บ้าง

ทั้งนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น มีอาจเข้าองค์ประกอบของมาตรา 57 (3) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างแน่นอน เนื่องจากการเสนอขายสินค้าเลียนแบบไม่ใช่กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งกำหนดเงื่อนไขทางการค้ากับผู้ประกอบธุรกิจอีกรายจนเกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจอีกรายแต่อย่างใด ตรงกันข้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวของผู้ประกอบธุรกิจที่เสนอขายสินค้าเลียนแบบเสียมากกว่า

ในทำนองเดียวกัน การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นไม่อาจจะเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากโดยสภาพแล้ว การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น มิได้มีฐานมาจากการที่ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้ผลิตสินค้าต้นแบบแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบ

ยิ่งไปกว่านั้น โดยสภาพแล้ว การเสนอขายสินค้าเลียนแบบก็ไม่เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจตลาดที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจากในการเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบมีจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจตลาดที่เหนือกว่าผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ในทางตรงกันข้ามผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบอาจมีอำนาจตลาดต่ำกว่าผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ แต่ก็ยังทำให้เกิดความเสียหายแก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้

อย่างไรก็ดี ในเบื้องต้น สามารถมองได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตามนัยของมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขัน

³⁷ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 188/13 Rn. 16 - Uhrenankauf im Internet; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 998.

ทางการค้า พ.ศ. 2560 เนื่องจาก “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถตีความได้ว่า คือ การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน³⁸ โดยการทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขันอาจอยู่ในรูปแบบของการจำกัดโอกาสในการขาย การซื้อ การโฆษณา การผลิต และการเข้าถึงเงินทุน เป็นต้น³⁹ ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเป็นการทำให้โอกาสในการจำหน่ายสินค้าต้นแบบนั้นลดลง ก็ถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน และถือได้ว่า เป็น “การกีดกัน” นั้นเอง นอกจากนี้ การที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้โอกาสในการจำหน่ายสินค้าต้นแบบลดลงนั้น ก็ถือได้ว่าการกระทำความผิดกล่าวเป็นการทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบนั้นถูกทำลาย อันจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เช่นกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 การกระทำทางการค้าที่จะถูกต้องห้ามนั้น นอกจากจะต้องได้ความว่าการกระทำความผิดกล่าวเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นแล้ว ยังต้องได้ความอีกว่า การกระทำความผิดกล่าวเป็นการกีดกัน “อย่างไม่เป็นธรรม” ด้วย

ทั้งนี้ ความไม่เป็นธรรมตามนัยของมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อาจหมายถึงพฤติกรรมที่ขัดต่อจารีตประเพณีทางการค้า⁴⁰ พฤติกรรมที่ขัดต่อความ

³⁸ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 188/13 Rn. 16 - Uhrenankauf im Internet; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 998.

³⁹ BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 188/13 Rn. 16 - Uhrenankauf im Internet; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 998.

⁴⁰ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 3. Februar 1988 - I ZR 222/85, GRUR 1988, 614, 615 - BTX – Werbung; Rogier W. de Very, **Towards a European Unfair Competition**, pp. 167–168; Deutscher Bundestag, **Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Drucksache 15/1487, p. 16; Neil W. Averitt, “The Meaning of „Unfair Methods of Competition“ in Section 5 of the Federal Trade Commission Act”, 21 B.C.L. Rev. 227, 229 (1980); ข้อ 11 ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น พ.ศ. 2561; เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, เสาวลักษณ์ ชิวสทธิยานนท์ และมาเรียม กรรณี, **โครงการศึกษาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่างๆ เพื่อการพัฒนาแนวปฏิบัติตามมาตรา 29 ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าตามโครงการส่งเสริมระบบการแข่งขันทางการค้าที่เกื้อหนุนต่อการส่งออก** (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 2544), หน้า 3-11; เปรียบเทียบ ญัฐนันท์ ยนต์วิทย์, “หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศึกษาเฉพาะกรณีพฤติกรรมการแข่งขันประเภทการส่งเสริมการขาย” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 94.

ข้อสัถยทางการค้า⁴¹ พฤติกรรมที่สร้างภาระแก่คู่กรณีอย่างไม่เหมาะสมเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ⁴² พฤติกรรมที่ก่อผลกระทบต่อผลประโยชน์ของคู่กรณีอย่างไม่เหมาะสม⁴³ และพฤติกรรมที่ปราศจากเหตุผลอันอาจกล่าวอ้างได้⁴⁴ ทั้งนี้ ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องพิจารณาความไม่เป็นธรรมของพฤติกรรมโดยยึดโยงกับพฤติการณ์แห่งคดีด้วย

ก่อนที่จะทำการพิจารณาโดยเฉพาะเจาะจงในลำดับถัดไปว่า การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ การเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม และการเสนอขายสินค้าหรือบริการเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้น เข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามนัยมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ อย่างไรนั้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเสียก่อนในที่นี้ ก็คือ กรณีเช่นใดที่จะถือได้ว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบเกิดขึ้น

แน่นอนว่า ก่อนที่จะมีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้นั้น ในขั้นแรกจะต้องมีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบเสียก่อน ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า ในกรณีใดที่จะถือได้ว่าการเลียนแบบสินค้าต้นแบบ และหลังจากนั้นจึงค่อยพิจารณาต่อไปว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเกิดขึ้นได้อย่างไร

⁴¹ เปรียบเทียบ Article 10 bis Paris Convention for the Protection of Industrial Property; BGH, Urteil vom 3. Februar 1988 - I ZR 222/85, GRUR 1988, 614, 615 - BTX – Werbung; Rogier W. de Vry, *Towards a European Unfair Competition*, pp. 167–168; ฌูร์นันท์ ยนต์วิทย์, *หลักเกณฑ์การวินิจฉัยพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ศึกษาเฉพาะกรณีพฤติกรรมการแข่งขันประเภทการส่งเสริมการขาย*, หน้า 123.

⁴² เปรียบเทียบ ข้อ 5 (2) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการค้าส่งค้าปลีกกับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่าย พ.ศ. 2562.

⁴³ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 36 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 33 – Exzenterzähne; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1194 and 1196; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 26; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁴⁴ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 4. März 2004 - I ZR 221/01, JR 2005, 148, 149 - Direktansprache am Arbeitsplatz; Federal Trade Commission, “Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act” (13 August 2015), “ข้อ 11 (3) และ 11 (4) ของประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณาการกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น พ.ศ.2561” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf [27 มีนาคม 2564]

อนึ่ง ในเบื้องต้น มีข้อที่ต้องตระหนักเป็นพื้นฐานเสียก่อนว่า สินค้าต้นแบบที่ควรค่าที่จะได้รับการปกป้องจากการเสนอขายสินค้าเลียนแบบนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์บางประการที่ทำให้สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายสามารถรับรู้ได้ถึงแหล่งที่มาทางการค้าหรือความพิเศษของสินค้า หรือ ที่เรียกกันในงานนิติศาสตร์เยอรมันว่า “ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน”⁴⁵ ทั้งนี้ ก็เนื่องจากว่า หากสินค้าต้นแบบมีเพียงลักษณะที่เป็นลักษณะที่พบได้ทั่วไปของสินค้าชนิดนั้น ๆ ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบก็ไม่ได้มีความชอบธรรมอันใดที่จะห้ามผู้ผลิตสินค้ารายอื่นในการที่จะใช้ลักษณะดังกล่าวมาผลิตสินค้าและเสนอขาย โดยอ้างว่าการกระทำของผู้ผลิตสินค้ารายอื่นนั้นเป็นกระทำการค้าอันไม่เป็นธรรม⁴⁶ ในแง่นี้เอง อาจกล่าวได้ว่า เงื่อนไขเรื่องลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันนั้นทำหน้าที่ในทำนองเดียวกันกับเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มักจะกำหนดคุณสมบัติของสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะนั่นเอง⁴⁷

ทั้งนี้ ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันอาจปรากฏในรูปแบบของลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์ของสินค้า (ซึ่งมองเห็นได้จากภายนอก) อันทำให้สินค้านั้นมีความแตกต่างไปจากลักษณะที่พบได้ทั่วไปของสินค้าประเภทนั้น ๆ⁴⁸ หรืออาจจะปรากฏในรูปแบบของลักษณะเชิงเทคนิคของสินค้าที่แตกต่างไปจากลักษณะเชิงเทคนิคของสินค้าของผู้ผลิตรายอื่นในตลาดอย่างชัดเจน⁴⁹ หรือ

⁴⁵ BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 22 – LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 19 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 10 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/32; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1129 and 1133; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 14; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, paras 3.24 and 3.33.

⁴⁶ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1129; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/32.

⁴⁷ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/32.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 - Tchibo/Rolux I; BGH, Urteil vom 10. Dezember 1986 - I ZR 15/85, GRUR 1987, 903, 905 - Le Corbusier-Möbel; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 26 - Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/40; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1145; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.27.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 17-20 – Exzenterzähne; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.28.

อาจปรากฏในรูปแบบของลักษณะที่สามารถแสดงแหล่งที่มาของสินค้าได้ อาทิ ชื่อทางการค้า⁵⁰ หรือรูปร่างของสินค้าที่ทำให้ผู้ที่ได้สัมผัสสินค้านั้นสามารถจำแนกแหล่งที่มาของสินค้าได้⁵¹ อนึ่ง มีข้อพึงระลึกว่า ในการพิจารณาลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันนั้น จะต้องพิจารณาจากความประทับใจโดยรวมที่สาธารณชนมีต่อสินค้านั้นเป็นสิ่งสำคัญ⁵²

ทั้งนี้ ในกรณีใดก็ตามที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ทำการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบ นั้นก็จะถือในเบื้องต้นได้ว่า มีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบแล้ว⁵³ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบมีความตั้งใจที่จะเลียนแบบหรือไม่⁵⁴ ทั้งนี้ จะถือว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบมีความตั้งใจเลียนแบบ ก็ต่อเมื่อ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบทำการเลียนแบบโดยรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสินค้าต้นแบบนั่นเอง⁵⁵ อนึ่ง การที่สินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบมีความต้องตรงกันอย่างน้อยมีนัยสำคัญก็พอจะถือเป็นหลักฐานในเบื้องต้นที่แสดงได้ว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสินค้าต้นแบบ⁵⁶

ทั้งนี้ ความต้องตรงกันหรือความคล้ายกันของสินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบนั้น จะต้องพิจารณาผ่านมุมมองของผู้บริโภคโดยเฉลี่ยซึ่งมีข้อมูลโดยปานกลางและมีความระมัดระวังพอสมควรแก่พฤติการณ์ว่า หากเขาไม่เห็นสินค้าทั้งสองวางข้างกันและไม่สามารถทำการเปรียบเทียบสินค้า

⁵⁰ BGH, Urteil vom 15. Juni 2000 - I ZR 90/98, GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/42.

⁵¹ BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 199/06 Rn. 14 – Ausbeinmesser; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, paras 1148-1149.

⁵² BGH, Urteil vom 22. März 2012 - I ZR 21/11 Rn. 31 – Sandmalkasten; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1135; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 38; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.24.

⁵³ BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 32 – Handtaschen; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 21; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.34.

⁵⁴ Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 22.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - I ZR 170/05 Rn. 24 – ICON; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/46; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1165; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.34.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 23. Mai 1991 - I ZR 286/89, GRUR 1991, 914, 916 – Kastanienmuster; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/46.

ทั้งสองได้โดยตรง เขาจะระลึกได้หรือไม่ว่าสินค้าทั้งสองมีความสัมพันธ์กัน⁵⁷ ทั้งนี้ ในการพิจารณา ดังกล่าวจะให้ความสำคัญกับความประทับใจโดยรวมที่ผู้บริโภคมีต่อสินค้าทั้งสองเป็นสำคัญ⁵⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ในการพิจารณาว่า มีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบหรือไม่นั้น ไม่จำเป็นต้องได้ความว่า สินค้าเลียนแบบนั้นมีความเหมือนกับสินค้าต้นแบบทุกประการแต่อย่างใด ลำพัง การเลียนแบบจนเกือบเหมือนหรือเลียนแบบโดยมีการปรับปรุง ก็ถือได้ว่า มีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นแล้ว⁵⁹

เมื่อได้ความว่ามีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบแล้ว ขั้นตอนต่อไปจะต้องพิจารณาว่ามีการนำสินค้าเลียนแบบดังกล่าวไปเสนอขายหรือไม่ อนึ่ง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบก็คือ การนำสินค้าเลียนแบบไปเสนอขายต่อสาธารณชนนั่นเอง⁶⁰ ทั้งนี้ การนำสินค้าเลียนแบบไปเสนอขายต่อสาธารณชนนั้น อาจจะเป็นการเสนอขายต่อ ผู้จัดจำหน่าย ผู้ซื้อรายใหญ่ หรือผู้ซื้อคนสุดท้ายก็ได้⁶¹

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า โดยสภาพ “ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ” ย่อมต้องเป็น “ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบ” อยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการเสนอขายให้แก่ผู้จัดจำหน่าย ผู้ซื้อรายใหญ่ หรือผู้ซื้อคนสุดท้ายก็ตาม แต่ “ผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบ” นั้นอาจจะไม่จำเป็นต้องเป็น “ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ” ก็ได้ เช่น ผู้จัดจำหน่ายสินค้าเลียนแบบที่ไม่ได้ผลิตสินค้านั้นด้วยตนเอง ถือว่า มีฐานะเป็นผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ หากได้ความว่า เขาทราบว่าเป็นสินค้าที่ตนเสนอขายนั้นเป็นสินค้าเลียนแบบ⁶²

จากที่อธิบายมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเด็นที่ว่า สินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน หรือไม่ กับประเด็นที่ว่า มีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบเกิดขึ้นหรือไม่ นั้น จะมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ ถ้าสินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน การที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ

⁵⁷ BGH, Urteil vom 14. September 2017 - I ZR 2/16 Rn. 29 - Leuchtbalken; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.37a.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 14. September 2017 - I ZR 2/16 Rn. 29 - Leuchtbalken; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.37a.

⁵⁹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/47 -3/49; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.34b.

⁶⁰ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/50.

⁶¹ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 15 – Exzenterzähne.

⁶² Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 48.

ทำการเลียนแบบลักษณะดังกล่าว ก็จะได้ว่ามีการเลียนแบบสินค้าต้นแบบเกิดขึ้น และหากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบนำสินค้าเลียนแบบไปเสนอขายต่อสาธารณชนก็จะถือว่า การกระทำดังกล่าว เป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า โดยปกติวิสัยแล้ว ผู้ผลิตสินค้าแต่ละรายย่อมต้องเสนอขายสินค้าของตนโดยทำให้สินค้าของตนมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน เพื่อที่จะสร้างความแตกต่างจากสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นได้ ดังนั้น ยิ่งได้ความว่าสินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันมากเท่าไร ประกอบกับ ยิ่งได้ความว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบทำการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบจนเหมือนมากเท่าไร โอกาสที่จะถือว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นพฤติกรรมต้องห้ามตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น⁶³

2.3 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

การเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบ อาจทำให้ผู้ซื้อเข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบนั้นเป็นสินค้าต้นแบบ และทำการซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบได้ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้น จึงเป็นการทำให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยลง และถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน และเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ⁶⁴

⁶³ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 Rn. 42 – Seilzirkus; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 14 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 15 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitzer, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/26; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 72; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 19; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.2a.

⁶⁴ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน.

อย่างไรก็ดี จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามนัยของมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่⁶⁵

ทั้งนี้ โดยปกติวิสัยทางการค้าแล้ว เมื่อผู้ประกอบการรายหนึ่งขายสินค้าของตนให้แก่ลูกค้าผู้ประกอบการรายดังกล่าวย่อมแสดงตนว่าเป็นเจ้าของสินค้านั้น และลูกค้าก็จะเข้าใจว่าสินค้าเช่นว่าเป็นสินค้าของผู้ประกอบการรายดังกล่าว มิใช่สินค้าของผู้อื่น หากสินค้านั้นมีคุณภาพดี ผู้ประกอบการรายดังกล่าวก็จะได้รับประโยชน์อันเป็นผลจากความอดสาเหของคนที่ผลิตสินค้าที่คุณภาพดี ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในรูปแบบของการรักษาสถานลูกค้าเดิม หรือได้มาซึ่งฐานลูกค้าใหม่ แต่หากสินค้านั้นคุณภาพไม่ดี ผู้ประกอบการรายดังกล่าวก็ต้องรับผลร้ายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในรูปแบบของการเสียฐานลูกค้าเดิม หรือ ไม่สามารถที่จะสร้างฐานลูกค้าใหม่ได้ เป็นต้น อันทำให้เขาต้องพยายามปรับปรุงคุณภาพสินค้าของตนเพื่อจะได้อยู่รอดในตลาดต่อไป

ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า (เช่น การที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบเสนอขายสินค้าเลียนแบบในประการที่ทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าของตนเป็นสินค้าของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ หรือทำให้ผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าของตนมาจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ เป็นต้น) ทั้ง ๆ ที่ การหลอกลวงดังกล่าวนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยใช้มาตรการที่เหมาะสมและสมเหตุสมผล (เช่น อันที่จริงแล้ว ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบสามารถติดเครื่องหมายการค้าของตนที่แตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าของสินค้าต้นแบบให้ปรากฏเด่นชัดบนสินค้าได้ หรือสามารถใช้บรรทัดที่แตกต่างอย่างชัดเจนจากสินค้าต้นแบบได้) จึงเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อประเพณีทางการค้า อีกทั้งการหลอกลวงดังกล่าวยังสะท้อนความไม่ซื่อสัตย์ของพฤติกรรมอยู่ในตัวอีกด้วย⁶⁶ นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกินแรง (free ride) ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบที่มีความอดสาเหในการสร้างและรักษาคุณภาพของสินค้าอีกด้วย จึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสร้างผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบโดยไม่เหมาะสม ยิ่งไปกว่านั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มา ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ก็ไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ทางเศรษฐกิจ หรือทางเทคนิคอันอาจกล่าวอ้างได้

⁶⁵ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จาริตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบต่อเกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

⁶⁶ ดู Article 10 bis Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

อีกด้วย เช่นนี้ จึงสามารถจะถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้น เป็นการกระทำทางการค้าที่มี “ความไม่เป็นธรรม” แฝงอยู่

ด้วยเหตุผลข้างต้น สามารถจะวินิจฉัยได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้น เข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ นอกจากนี้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้ จึงถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลายลง อันจะเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้เช่นกัน⁶⁷

ในการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้นั้นจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง คือ การพิจารณาว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้านั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่

ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของขั้นตอนทั้งสองดังกล่าว ในลำดับต่อไป

2.3.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า

สำหรับการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีที่เกิดขึ้นทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าหรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

⁶⁷ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

ข้อพิจารณาที่ 1 สินค้าต้นแบบเป็นที่รู้จักอย่างแน่นอน

ในเบื้องต้นต้องได้ความเสียก่อนว่า สินค้าต้นแบบนั้นเป็นที่รู้จักอย่างแน่นอนในหมู่สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายแล้ว โดยจะต้องเป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายในสัดส่วนที่ไม่ใช่สัดส่วนที่ไม่มีนัยสำคัญด้วย เนื่องจาก โดยตรรกะแล้ว ถ้าสินค้าต้นแบบไม่เป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชนผู้ซื้อเสียก่อนแล้ว ก็คงไม่อาจจะถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวเป็นการหลอกลวงผู้ซื้อว่า สินค้าเลียนแบบนั้นมีแหล่งที่มาจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ⁶⁸

ข้อพิจารณาที่ 2 สินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบมีความคล้ายกัน

ในลำดับต่อไป จะต้องได้ความว่า เมื่อพิจารณาจากความประทับใจโดยรวมของสินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบแล้ว สาธารณชน ณ เวลาซื้อสินค้า มองว่าสินค้าทั้งสองมีความคล้ายกัน⁶⁹ ทั้งนี้ ให้พิจารณาจากความเข้าใจของสมาชิกโดยเฉลี่ยของสาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายผู้ซึ่งมีข้อมูลระดับปานกลาง มีเหตุผลและมีความระมัดระวังตามควรแก่กรณี⁷⁰ โดยในแต่ละคดี ระดับความระมัดระวังของผู้ซื้ออาจแตกต่างกันออกไปได้ตามประเภทสินค้าและพฤติการณ์แวดล้อมในเวลาซื้อสินค้า⁷¹

⁶⁸ BGH, Urteil vom 24. März 2005 - I ZR 131/02, GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; BGH, Urteil vom 15. September 2005 - I ZR 151/02 Rn. 35 – Jeans; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, paras 1191-1192; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/56; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, paras 53 and 57 ; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, paras 15 and 18; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.41a.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 - I ZR 124/06 Rn. 39-41 – LIKEaBIKE; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, paras 1184 and 1186; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, paras 3/55 and 3/56; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, paras 54 and 57; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, paras 24 - 25.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, paras 3/52 and 3/54; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 25; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.42.

⁷¹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/54; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.41.

ทั้งนี้ หากปรากฏว่า ณ เวลาซื้อสินค้า สาธารณชนต้องใช้ความพยายามเป็นอย่างมากในการจำแนกความแตกต่างของสินค้าทั้งสอง กรณีดังกล่าวถือได้ว่ามีความเป็นไปได้ในการเกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า⁷² แต่สำหรับกรณีที่ ณ เวลาซื้อสินค้า เพียงแค่สาธารณชนใช้ความพยายามเพียงเล็กน้อยก็สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างสินค้าทั้งสองได้แล้ว กรณีดังกล่าวจะถือว่า ไม่มีความเป็นไปได้ในการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า⁷³ ด้วยเหตุนี้เอง จึงกล่าวได้ว่า กรณีที่มีระดับการเลียนแบบสูง เช่น เลียนแบบจนเหมือน โอกาสที่จะทำให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ก็จะมีสูงเช่นกัน⁷⁴

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้านั้น มิได้จำกัดแค่การทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเข้าใจว่าสินค้าเลียนแบบนั้นคือสินค้าต้นแบบ (หรือ ที่เรียกกันในวงการนิติศาสตร์เยอรมันว่า “การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าโดยตรง”) เท่านั้น⁷⁵ อันที่จริงแล้ว การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้ายังมีความหมายรวมถึงการทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเข้าใจว่า สินค้าเลียนแบบนั้นเป็นสินค้าที่มีที่มาจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ (หรือที่เรียกกันในวงการนิติศาสตร์เยอรมันว่า “การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าในความหมายอย่างกว้าง”) ด้วย⁷⁶ ในกรณีเช่นว่านี้เอง แม้ผู้ซื้อจะใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาความแตกต่างของสินค้าแล้วก็ตาม แต่การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าของสินค้าก็ยังสามารถเกิดขึ้นได้ หากผู้ซื้อเข้าใจว่าผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบกับผู้ผลิตสินค้าต้นแบบมีความสัมพันธ์กันทางสัญญาหรือธุรกิจ เป็นต้น⁷⁷

⁷² BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - I ZR 101/97, GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst I; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/57; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 54.

⁷³ BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 41 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/57; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 25; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.43.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - I ZR 104/04 Rn. 36 – Gartenliege; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.43.

⁷⁵ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/53; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1183.

⁷⁶ Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1183.

⁷⁷ Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 9. November 2007 - 6 U 9/07 Rn. 35; BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 Rn. 15 – Knoblauchwürste; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, paras 3/53-3/54; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 55; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 24.

2.3.2 การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สามารถหลีกเลี่ยงได้

ในการพิจารณาว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าเป็นสิ่งที่สามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ ในเบื้องต้น จะต้องทำการพิจารณาว่า ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบสามารถใช้มาตรการในการป้องกันการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลได้แต่ละเลยที่จะใช้มาตรการดังกล่าว ใช่หรือไม่ ในกรณีที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบสามารถใช้มาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลได้ (เช่น การติดเครื่องหมายการค้าของตนบนสินค้าเลียนแบบให้ชัดเจน การใช้บรรจุภัณฑ์ที่แตกต่างไปจากสินค้าต้นแบบ และการใช้การออกแบบสินค้าที่แตกต่างจากสินค้าต้นแบบ เป็นต้น⁷⁸) แต่เขาละเลยที่จะได้ใช้มาตรการดังกล่าว ก็จะต้องถือว่า การหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้านั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้⁷⁹ ทั้งนี้ ยิ่งระดับการเลียนแบบของสินค้าสูงเท่าไร ระดับของมาตรการที่จะใช้ในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าก็ยิ่งต้องสูงขึ้นเท่านั้น⁸⁰

อนึ่ง ในการพิจารณาความเหมาะสมและความสมเหตุสมผลของมาตรการในการป้องกันการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ประการแรก ความเหมาะสมของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าจะต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้ซื้อ ณ เวลาซื้อสินค้าประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดี

ในการพิจารณาความเหมาะสมของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าให้พิจารณาจากมุมมองของผู้ซื้อโดยเฉลี่ย ณ เวลาซื้อสินค้า ประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดี เช่น ลักษณะของสินค้า ลักษณะของมาตรการ และสถานการณ์ต่าง ๆ ในการซื้อสินค้า⁸¹ ทั้งนี้ มาตรการใดสามารถทำให้ผู้ซื้อโดยเฉลี่ยรู้ในขณะที่มีการซื้อสินค้าได้ว่า สินค้า

⁷⁸ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/60.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2004 - I ZR 326/01, GRUR 2005, 166, 167 – Puppenausstattung; BGH, Urteil vom 15. September 2005 - I ZR 151/02 Rn. 19 – Jeans; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1194; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 58; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁸⁰ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/60.

⁸¹ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

เลียนแบบนั้นไม่ใช่สินค้าต้นแบบ ก็ถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เหมาะสม⁸²

ประการที่สอง ความสมเหตุสมผลของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อ ในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าจะต้องทำการพิจารณาโดยมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์

ในการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าให้พิจารณาโดยนำผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ และผลประโยชน์ของผู้ซื้อสินค้า ตลอดจนผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมมาชั่งน้ำหนักกัน อาทิ ในกรณีที่สินค้าต้นแบบไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ให้นำผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบที่ไม่ต้องการให้เกิดการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้า ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบที่จะนำลักษณะของสินค้าที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ในการผลิตสินค้า และผลประโยชน์ของผู้ซื้อที่จะได้รับจากการแข่งขันด้านราคาและคุณภาพมาชั่งน้ำหนักกัน⁸³

ตัวอย่างการพิจารณาความสมเหตุสมผลของมาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าโดยการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ เช่น ในกรณีที่ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบเป็นลักษณะเชิงเทคนิคที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา (เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์การใช้งาน โอกาสในการขายสินค้า และความคาดหวังของผู้บริโภค) และไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ในกรณีเช่นว่ามาตรการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สมเหตุสมผลจะไม่ใช้การให้ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบเลี่ยงไปใช้ลักษณะเชิงเทคนิคอื่น⁸⁴ เนื่องจากการให้ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบเลี่ยงไปใช้ลักษณะเชิงเทคนิคอื่นนั้นเท่ากับเป็นการสถาปนาอำนาจผูกขาดในลักษณะเชิงเทคนิคที่เหมาะสมให้แก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบทั้ง ๆ ที่ลักษณะเชิงเทคนิคดังกล่าวไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ซึ่งการสถาปนาอำนาจผูกขาดในลักษณะเชิงเทคนิคดังกล่าวมิได้เป็นวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ใช้

⁸² Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁸³ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 36 – Regalsystem; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1194 and 1196; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 26; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.45.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 35 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/62; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.49.

ในการต่อต้านการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมอย่างมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560⁸⁵ ด้วยเหตุนี้เอง ในกรณีเช่นว่า มาตราการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สมเหตุสมผล จึงเป็นเพียงแค่การที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบใช้เครื่องหมายการค้าของตนติดบนสินค้าอย่างชัดเจนเท่านั้น⁸⁶

ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่ลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบเป็นลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์โดยหลักแล้ว ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบจะมีทางเลือกอย่างกว้างขวางในการออกแบบ⁸⁷ ดังนั้น มาตราการในการหลีกเลี่ยงการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าที่สมเหตุสมผล ก็คือ การใช้ลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์ที่ต่างออกไปจากลักษณะเชิงสุนทรียศาสตร์ของสินค้าต้นแบบนั่นเอง⁸⁸

2.4 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

การเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบในบางกรณีอาจทำให้ผู้ซื้อเกิดแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบเพิ่มขึ้น เนื่องจากผู้ซื้อมองว่าสินค้าเลียนแบบเองก็มีลักษณะที่สะท้อนคุณภาพที่ดีหรือสะท้อนรสนิยมได้ในทำนองเดียวกันกับสินค้าต้นแบบ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นว่าถือได้ว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม⁸⁹

⁸⁵ เปรียบเทียบ Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 26.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 35 - Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/62.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 38 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 42 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 34 - Exzenterzähne; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 - I ZR 176/14 Rn. 68 - Herrnhuter Stern; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 28; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.48.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 38 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 42 – Einkaufswagen III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 34 - Exzenterzähne; BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 - I ZR 176/14 Rn. 68 - Herrnhuter Stern; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 28; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.48.

⁸⁹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/67.

ด้วยเหตุที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในลักษณะดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบเพิ่มมากขึ้นนี้เอง ย่อมส่งผลสะท้อนให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยลงด้วย ซึ่งนั่นก็ถือว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน ดังนั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบซึ่งเป็นใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นจึงเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้⁹⁰

ในขั้นต่อไป จะต้องพิจารณาว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้⁹¹

โดยทั่วไปแล้ว ผู้ผลิตต่างก็มุ่งหวังจะให้สินค้าของตนได้รับความนิยม ในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ตามปกติวิสัยทางการค้าแล้ว เขาจำเป็นต้องลงทุนและความอดสาหะในการออกแบบลักษณะของสินค้าของตนให้สะท้อนถึงคุณภาพที่ดีหรือสะท้อนเอกลักษณ์เฉพาะตัวโดดเด่นอย่างใดก็ตาม ด้วยเหตุที่ลักษณะบางประการของสินค้าสามารถสะท้อนคุณภาพหรือเอกลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้า หรือสะท้อนรสนิยมได้นี้เอง ผู้ประกอบธุรกิจบางรายจึงเลือกที่จะทำให้สินค้าของตนมีลักษณะใกล้เคียงกับลักษณะสินค้าต้นแบบซึ่งผลิตโดยผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น โดยไม่ลงทุนและความอดสาหะในการออกแบบสินค้าด้วยตนเอง ทั้ง ๆ ที่ตนสามารถใช้การออกแบบอื่น ๆ ที่ต่างไปจากสินค้าต้นแบบได้โดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ กรณีเช่นนี้อาจทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเกิดแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าเลียนแบบแทนที่จะซื้อสินค้าต้นแบบได้ พฤติกรรมดังกล่าวนอกจากจะไม่เป็นไปตามประเพณีการค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจต่างรายต่างลงทุนและความอดสาหะในการพัฒนาสินค้าของตนให้มีคุณภาพดีหรือมีเอกลักษณ์หรือมีคุณสมบัติในการสะท้อนรสนิยมแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมอีกด้วย เนื่องจากพฤติกรรมดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบกินแรง (free ride) ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบซึ่งได้ลงทุนและความอดสาหะในการพัฒนาสินค้าของตนให้มีคุณภาพดีหรือมีเอกลักษณ์ หรือมีคุณสมบัติในการสะท้อนรสนิยมจนได้รับความนิยมจากสาธารณชนนั่นเอง นอกจากนี้ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นว่า

⁹⁰ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน.

⁹¹ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จารัตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

ยังไม่มีเหตุผลอันอาจกล่าวอ้างได้อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลทางกฎหมาย เศรษฐกิจ หรือเทคนิคก็ตาม ดังนั้น การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางการค้าที่มีความไม่เป็นธรรมแฝงตัวอยู่

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เอง จึงนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้นี้เอง จึงถือว่าการกระทำเช่นว่าทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลายไป อันจะเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้เช่นกัน⁹²

ในการวินิจฉัยว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดเข้าข่ายเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง คือ การพิจารณาว่า การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบนั้นมีความไม่เหมาะสมหรือไม่

ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของขั้นตอนทั้งสองในลำดับถัดไป

2.4.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบ

ในการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่ มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

⁹² ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

ข้อพิจารณาที่ 1 สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยม

ในเบื้องต้น จะต้องได้ความว่าสินค้าต้นแบบในคดีดังกล่าวได้รับความนิยมจากสาธารณชนแล้ว⁹³ กล่าวคือ สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงที่ดี และภาพลักษณ์ที่ติดนั่นเอง⁹⁴ โดยความนิยมของสินค้าต้นแบบนี้มีมาจากการรักษาคุณภาพอย่างยาวนาน ภาพลักษณ์เฉพาะตัว หรือความหรูหราสง่างาม เป็นต้น⁹⁵ ทั้งนี้ หลักฐานประการสำคัญที่สามารถแสดงได้ว่าสินค้าต้นแบบได้รับความนิยม ได้แก่ ยอดขายที่ดี⁹⁶ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การที่จะถือว่าสินค้าต้นแบบได้รับความนิยมนั้น ต้องปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่าสินค้าต้นแบบดังกล่าวเป็นที่รู้จัก “อย่างแน่นนอน” ในหมู่สาธารณชน⁹⁷ โดยอาจพิจารณาได้จากระดับของส่วนแบ่งตลาด ระดับการลงทุนด้านโฆษณา หรือระยะเวลาที่มีการเสนอขายสินค้าต้นแบบ เป็นต้น⁹⁸

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ยิ่งระดับของความเป็นที่รู้จักหรือระดับของความนิยมของสินค้าต้นแบบสูงมากเท่าไร โอกาสที่จะถือว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมก็จะยิ่งสูงขึ้นเท่านั้น⁹⁹

⁹³ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁴ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, paras 1197-1198; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, paras 3/64 and 3/65; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 61.

⁹⁵ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1198; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁶ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁷ Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 6 U 87/09 Rn. 41-42; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/66; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁸ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

⁹⁹ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

ข้อพิจารณาที่ 2 ผู้ซื้อได้ถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบ

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบจะเข้าข่ายเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบ ก็ต่อเมื่อ สาธารณชนผู้ซื้อที่เป็นเป้าหมายได้ถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบ¹⁰⁰ ทั้งนี้ การถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวทำให้สาธารณชนผู้ซื้อรู้สึกว่ สินค้าเลียนแบบมีความน่าดึงดูดใจในการซื้อมากยิ่งขึ้น โดยมีใช้แค่เพียงกรณีที่ผู้ซื้อเกิดความคิดเชื่อมโยงไปยังสินค้าต้นแบบและเกิดเพียงแค่ความสนใจในสินค้าเลียนแบบเท่านั้น¹⁰¹

การถ่ายโอนความนิยมนั้นจะมีความสัมพันธ์กับการแอบอิงสินค้าต้นแบบซึ่งก็คือการที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบทำให้สินค้าของตนมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับลักษณะของสินค้าต้นแบบที่เป็นที่รู้จักในหมู่สาธารณชนนั่นเอง¹⁰² ทั้งนี้ ยิ่งระดับของการแอบอิงสูงเท่าไร ระดับของการถ่ายโอนความนิยมก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น¹⁰³ อนึ่ง มีข้อที่พึงระลึกไว้ว่า หากการแอบอิงสินค้าต้นแบบในกรณีใดได้ก่อให้เกิดการถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบแล้ว ในกรณีดังกล่าวนั้นก็ถือว่า มีการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นแล้ว โดยมีพักต้องพิจารณาอีกว่า ในกรณีดังกล่าว นั้น มีการหลอกลวงผู้ซื้อในเรื่องแหล่งที่มาทางการค้าหรือไม่¹⁰⁴

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, GRUR 2005, 349, 353 - Klemmbausteine; BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 30/07 Rn. 22 - Beta Layout; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1200; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.53.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 38 - Einkaufswagen III; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1204; Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 33; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.53.

¹⁰² BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42 - Femur-Teil; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1201; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), **Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht**, § 9, para 62; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolex I; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 38 - Einkaufswagen III; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55.

มีข้อสังเกตว่า การแอบอิงสินค้าต้นแบบในบางกรณี แม้จะไม่ได้ทำให้ผู้ซื้อสับสนในแหล่งที่มาของสินค้าก็ตาม แต่อาจทำให้บุคคลที่สาม (เช่น บุคคลที่พบเห็นผู้ซื้อกำลังใช้สินค้าเลียนแบบ) เข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบดังกล่าวเป็นสินค้าต้นแบบได้ และกรณีเช่นว่านี้เอง อาจทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าเลียนแบบ อันนำไปสู่การถ่ายโอนความนิยมในสินค้าต้นแบบไปยังสินค้าเลียนแบบและถือได้ว่าการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นได้เช่นกัน¹⁰⁵ ทั้งนี้ ยิ่งการแอบอิงสินค้าต้นแบบอยู่ในระดับสูง โอกาสที่จะทำให้บุคคลที่สามมีความสับสนระหว่างสินค้าต้นแบบกับสินค้าเลียนแบบ (post-sale confusion) และโอกาสที่จะเกิดการถ่ายโอนความนิยมก็ยิ่งสูงขึ้น¹⁰⁶

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บุคคลที่สามซึ่งได้เห็นสินค้าเลียนแบบเพียงแค่เกิดการเชื่อมโยงทางความคิดไปถึงสินค้าต้นแบบเท่านั้น ยังไม่อาจจะถือได้ว่าการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบเกิดขึ้นแต่อย่างใด¹⁰⁷ นอกจากนี้ หากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนสินค้าอย่างชัดเจนจนบุคคลที่สามสามารถสังเกตได้โดยทันทีแล้ว ก็ถือว่าโอกาสที่จะทำให้บุคคลที่สามเกิดความสับสนในแหล่งที่มาของสินค้าอันจะนำไปสู่การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบนั้นได้ถูกทำลายลงแล้ว¹⁰⁸

อนึ่ง มีข้อสังเกตที่ท้าทายว่า นอกเหนือจากกรณีที่มีการถ่ายโอนความนิยมของสินค้าต้นแบบมายังสินค้าเลียนแบบดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว อันที่จริงแล้ว การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบอาจเกิดขึ้นได้เช่นกันในกรณีที่การแอบอิงสินค้าต้นแบบทำให้สาธารณชนผู้ซื้อเกิดความสับสนว่า สินค้าเลียนแบบคือสินค้าต้นแบบ และทำการซื้อสินค้าเลียนแบบเพราะคิดว่าเป็นสินค้าต้นแบบ เนื่องจากความสับสนของสาธารณชนผู้ซื้อในกรณีดังกล่าวทำให้ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้รับผลประโยชน์นั่นเอง¹⁰⁹ อย่างไรก็ดี หากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ใช้เครื่องหมายการค้า

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 877 - Tchibo/Rolux I; Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 31. Januar 2012 - I-20 U 175/11 Rn. 107; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.55; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1203.

¹⁰⁶ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitzer, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4.3 UWG, para 3/67.

¹⁰⁷ Volker Emmerich, **Unlauterer Wettbewerb**, § 11, para 35.

¹⁰⁸ Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 24. Juli 2012 - I-20 U 35/12 Rn. 13; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1203.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 41 - Femur-Teil; Christian Alexander, **Wettbewerbsrecht**, para 1199; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, § 4 UWG, para 3.54.

ของตนอย่างชัดเจนแล้ว ก็ถือว่าการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ทำลายโอกาสในการก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ซื้ออันเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบแล้ว¹¹⁰

2.4.2 การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสม

ในการพิจารณาว่า การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสมหรือไม่ ผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดีจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์โดยรวมในคดีเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับของชื่อเสียงหรือความนิยมของสินค้าต้นแบบและระดับของการแอบอิง เป็นต้น¹¹¹ นอกจากนี้ ผู้ใช้กฎหมายยังจะต้องนำผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบ ผลประโยชน์ของผู้ซื้อ และผลประโยชน์ของส่วนรวมมาชั่งน้ำหนักกัน และในกรณีที่ลักษณะที่ถูกเลียนแบบนั้นหมดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว ก็จำเป็นต้องนำหลักเสรีภาพในการเลียนแบบมาพิจารณาประกอบด้วย¹¹²

ทั้งนี้ โดยหลักแล้ว ยิ่งได้ความว่าสินค้าต้นแบบมีความนิยมมากเพียงใด ยิ่งระดับของการแอบอิงสูงทั้ง ๆ ที่สามารถเลี่ยงไปใช้การออกแบบอื่นได้มากเพียงใด ยิ่งต้นทุนในการวิจัยและพัฒนาสินค้าต้นแบบสูงแต่ต้นทุนในการเลียนแบบต่ำมากเพียงใด ก็ยิ่งจะถือได้ว่า การใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสมมากขึ้นเท่านั้น¹¹³ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า หากสินค้าต้นแบบไม่มีความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จะต้องนำหลักเสรีภาพในการเลียนแบบมาพิจารณาประกอบด้วย อาทิ ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีการออกแบบที่มีความ

¹¹⁰ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.54.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42 – Femur-Teil; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 Rn. 66 – Bodendübel; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1199; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.51a; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/68.

¹¹² BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42-43 – Femur-Teil; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 33-36 und 39-41 – Exzenterzähne; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.51a; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1199; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 34.

¹¹³ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.51a; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/68.

เหมาะสมในการใช้งาน แต่การออกแบบดังกล่าวหมดความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว หากได้ความว่าผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ใช้เครื่องหมายการค้าของตนบนสินค้าซึ่งมีความแตกต่างไปจากเครื่องหมายการค้าของสินค้าต้นแบบอย่างชัดเจนแล้ว¹¹⁴ เช่นนี้จะต้องถือว่า ผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบในการเลียนแบบการออกแบบของสินค้าต้นแบบอันปราศจากความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบที่จะเสนอขายสินค้าที่มีการออกแบบดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียวต่อไป¹¹⁵ ด้วยเหตุนี้เอง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าต้นแบบโดยไม่เหมาะสม¹¹⁶

2.5 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

ในบางกรณีการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันของสินค้าต้นแบบนั้นอาจทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าต้นแบบลดลง¹¹⁷ เนื่องจากผู้ซื้อที่เข้าใจผิดว่าสินค้าเลียนแบบคือสินค้าต้นแบบ อาจสำคัญผิดไปได้ว่าสินค้าต้นแบบนั้นมีคุณภาพต่ำ หรือผู้ซื้ออาจมองว่าการมีอยู่อย่างดาษดื่นของสินค้าเลียนแบบทำให้สินค้าต้นแบบสูญเสียความสามารถในการสะท้อนคุณภาพพิเศษ หรือรสนิยม หรือสูญเสียอัตลักษณ์ไปแล้ว เป็นต้น¹¹⁸ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีตามที่กล่าวมานั้น ถือว่าเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม¹¹⁹ อนึ่ง ด้วยเหตุที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวนี้ส่งผลให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าต้นแบบลดลงนี้เอง ทำให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนี้ลดน้อยถอยลงด้วยตามไปด้วย การกระทำดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตน

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42-43 – Femur-Teil; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.53.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 43 – Femur-Teil.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 42 – Femur-Teil.

¹¹⁷ เปรียบเทียบ Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 65.

¹¹⁸ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70.

¹¹⁹ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70.

ในเชิงการแข่งขัน และเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้¹²⁰

ต่อไปจะเป็นการพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่¹²¹

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ว่า ตามปกติวิสัยทางการค้า ผู้ผลิตต่างต้องลงทุนและมีความอดสาหะในการออกแบบสินค้าของตนให้มีลักษณะที่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงคุณภาพที่ดีหรือเอกลักษณ์เฉพาะตัวที่โดดเด่น หรือสะท้อนรสนิยม เพื่อที่จะทำให้สินค้าของตนได้รับความนิยมจากผู้ซื้อ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้ประกอบการบางรายกลับเลือกที่จะทำการเสนอขายสินค้าซึ่งเลียนแบบสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งได้รับความนิยมจากสาธารณชนอยู่แล้ว อันส่งผลเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม อาทิ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบบางรายทำการเลียนแบบสินค้าต้นแบบจนเหมือน แต่ไม่สามารถทำให้สินค้าเลียนแบบมีคุณภาพเทียบเท่าสินค้าต้นแบบได้ จนส่งผลให้ผู้ซื้อสำคัญผิดว่าสินค้าต้นแบบนั้นมีคุณภาพต่ำ หรือผู้ประกอบการบางรายได้เลียนแบบลักษณะที่สะท้อนคุณภาพพิเศษ หรือสะท้อนรสนิยม หรือแสดงเอกลักษณ์เฉพาะตัวของสินค้าต้นแบบ และนำสินค้าเลียนแบบดังกล่าวมาจำหน่ายเป็นจำนวนมากและในราคาถูก จนส่งผลให้ความสามารถในการสะท้อนคุณภาพพิเศษ หรือสะท้อนรสนิยม หรือแสดงเฉพาะตัวของสินค้าต้นแบบนั้นถูกทำลายลง เป็นต้น

การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสมดังที่กล่าวมานั้น นอกจากจะไม่สอดคล้องกับประเพณีทางการค้าซึ่งผู้ประกอบการต้องลงทุนและความอดสาหะในการออกแบบสินค้าของตนเองแล้ว ยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้า ต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมอีกด้วย เนื่องจากการที่การกระทำดังกล่าวส่งผลให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าต้นแบบลดลง ก็เท่ากับว่าการกระทำดังกล่าวทำให้ศักยภาพในการขายสินค้าต้นแบบ ซึ่งถือว่าเป็นผลประโยชน์ของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตกต่าลงนั่นเอง เช่นนี้จึงถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเช่นว่าเป็นการกระทำทางการค้าที่มีความไม่เป็นธรรมแฝงตัวอยู่

¹²⁰ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนานวัตกรรมในการแข่งขัน.

¹²¹ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จารัตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบต่อที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

ด้วยเหตุผลตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้เอง สามารถสรุปได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมนั้นเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่น “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยิ่งไปกว่านั้น ด้วยเหตุที่การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้ จึงถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลาย อันเข้าข่ายเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามนัยของมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อีกด้วย¹²²

อนึ่ง ในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีใดเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม อันจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้น มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง คือ การพิจารณาว่า การทำลายความนิยมดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของขั้นตอนทั้งสองในลำดับถัดไป

2.5.1 การเสนอขายสินค้าเลียนแบบเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ

การพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในคดีที่กำลังพิจารณาเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบหรือไม่ มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

ข้อพิจารณาที่ 1 สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยม

ในเบื้องต้น จะต้องได้ความว่า สินค้าต้นแบบในคดีที่กำลังพิจารณาได้รับความนิยมจากสาธารณชน¹²³ หรือกล่าวอีกแง่หนึ่งก็คือ สาธารณชนจะต้องมองว่าสินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงที่ดี และภาพลักษณ์ที่ดีนั่นเอง¹²⁴ ทั้งนี้ ปัจจัยที่จะทำให้สินค้าต้นแบบได้รับความนิยมนั้นอาจ

¹²² ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

¹²³ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹²⁴ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1197-1198; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, paras 3/64 and 3/65; Horst-Peter Götting

เป็นผลมาจากการที่สินค้าต้นแบบสามารถรักษาคุณภาพได้อย่างยาวนาน มีภาพลักษณ์เฉพาะตัว หรือมีความหรูหราสง่างาม เป็นต้น¹²⁵ อนึ่ง การที่จะถือว่า สินค้าต้นแบบได้รับความนิยมาจากสาธารณชนนั้น ในเบื้องต้นจะต้องได้ความเสียก่อนว่าสินค้าต้นแบบดังกล่าวเป็นที่รู้จัก “อย่างแน่นนอน” ในหมู่สาธารณชนแล้ว¹²⁶

ข้อพิจารณาที่ 2 ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจในการที่จะเลือกซื้อสินค้าต้นแบบลดลง

เมื่อได้ความแล้วว่า สินค้าต้นแบบเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยมาจากสาธารณชน ในการวินิจฉัยว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้ทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ซื้อที่มีแรงจูงใจที่จะซื้อสินค้าต้นแบบลดลงหรือไม่¹²⁷ ถ้าใช่ ก็แสดงว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบดังกล่าวทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ

2.5.2 การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบมีความไม่เหมาะสม

ในการพิจารณาว่า การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบนั้นมีความไม่เหมาะสมหรือไม่ ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์โดยรวมในแต่ละกรณี ในที่นี้จะตัวอย่างพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เหมาะสมของการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ 2 กรณีดังต่อไปนี้

ก) กรณีสาธารณชนเกิดการเข้าใจผิดในคุณภาพของสินค้าต้นแบบ

ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีคุณภาพสูง แต่สินค้าเลียนแบบนั้นมีคุณภาพต่ำ การเลียนแบบลักษณะของสินค้าต้นแบบจนเหมือนหรือเกือบเหมือนทำให้ผู้ซื้อเกิดความสับสนได้ว่า สินค้าเลียนแบบนั้นเป็นสินค้าต้นแบบ และทำให้ผู้ซื้อสำคัญผิดว่า สินค้าต้นแบบมีคุณภาพต่ำ กรณีเช่นนี้ถือว่าการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบ

and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 61.

¹²⁵ Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1198; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹²⁶ Oberlandesgericht Frankfurt, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 6 U 87/09 Rn. 41-42; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/66; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹²⁷ เปรียบเทียบ Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 65.

อย่างไม่เหมาะสม¹²⁸ ข้อสังเกตสำคัญก็คือ ยิ่งการเลียนแบบอยู่ในระดับสูงเท่าไร ยิ่งสินค้าต้นแบบมีความนิยมเนื่องจากคุณภาพที่ดีเพียงใด ยิ่งคุณภาพของสินค้าต้นแบบกับสินค้าเลียนแบบต่างกันมากเพียงใด ก็ยิ่งมีโอกาสในการเกิดความเข้าใจผิดในคุณภาพของสินค้าต้นแบบอันนำไปสู่การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมมากขึ้นเท่านั้น¹²⁹

ข) กรณีเกิดการทำลายความเฉพาะตัว หรือภาพลักษณ์ของสินค้าต้นแบบ

ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีอัตลักษณ์สูง หรือมีภาพลักษณ์ที่สะท้อนรสนิยมที่หรูหรา สง่างาม หากปรากฏว่ามีการขายสินค้าที่เลียนแบบลักษณะของสินค้าต้นแบบในจำนวนมาก ในราคาถูกลง แม้ผู้ซื้อจะไม่สับสนว่าสินค้าเลียนแบบเป็นสินค้าต้นแบบก็ตาม แต่ในมุมมองของผู้ซื้ออาจมองได้ว่าสินค้าต้นแบบสูญเสียความเฉพาะตัวหรือภาพลักษณ์เช่นว่าไปแล้ว การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวก็ถือได้ว่า เป็นการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมเช่นกัน¹³⁰

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ยิ่งสินค้าต้นแบบมีความนิยมเนื่องจากมีอัตลักษณ์หรือมีภาพลักษณ์ที่ดีเพียงใด ยิ่งมีการเสนอขายสินค้าเลียนแบบจำนวนมาก ในราคาต่ำ เพียงใด ก็ยิ่งจะถือได้ว่า มีการทำลายความเฉพาะตัวหรือเอกลักษณ์ของสินค้าต้นแบบอันนำไปสู่การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมมากขึ้นเท่านั้น¹³¹

อนึ่ง ระดับของความคล้ายกันระหว่างสินค้าต้นแบบและสินค้าเลียนแบบก็มีความสำคัญในการพิจารณาว่ามีการทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่ เช่นกัน กล่าวคือ

¹²⁸ BGH, Urteil vom 15. April 2010 - I ZR 145/08 Rn. 49 und 51 – Femur-Teil; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1206; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.59.

¹²⁹ เปรียบเทียบ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82, GRUR 1985, 876, 878 - Tchibo/Rolux I; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 48 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1205; Horst-Peter Götting and Sven Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, § 9, para 65; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 36; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.59.

¹³¹ เปรียบเทียบ Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.52.

ในกรณีที่สินค้าเลียนแบบมีลักษณะแตกต่างจากสินค้าต้นแบบเป็นอย่างมาก จนสาธารณชนจำแนกสินค้าทั้งสองออกจากกันได้อย่างแน่ชัดและไม่เกิดความสับสนในแหล่งที่มาของสินค้า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการทำลายความเฉพาะตัวของสินค้าต้นแบบอันเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่จะนำไปสู่การทำลายความนิยมของสินค้าต้นแบบอย่างไม่เหมาะสม¹³²

2.6 ข้อพิจารณาในการปรับใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

ในกรณีที่สินค้าต้นแบบมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันเนื่องจากได้ถูกผลิตขึ้นโดยอาศัยข้อมูลสำคัญบางประการ หากผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าวโดยมิชอบ และนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการผลิตสินค้าเลียนแบบเพื่อนำมาเสนอขายแก่ผู้ซื้อ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวนี้ อาจทำให้โอกาสในการขายสินค้าต้นแบบนั้นลดน้อยลง เพราะผู้ซื้ออาจทำการเลือกซื้อสินค้าเลียนแบบแทนสินค้าต้นแบบ การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการทำลายโอกาสของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน และเข้าข่ายเป็น “การกีดกัน” การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ¹³³

สำหรับประเด็นที่ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบโดยมิชอบนั้น เป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้¹³⁴

ตามปกติวิสัยทางการค้า ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องลงทุนและใช้ความอดสาหะในการวิจัยและพัฒนาสินค้า และข้อมูลที่ได้จากการวิจัยและพัฒนานี้เองถือว่าเป็นสิ่งสำคัญในการผลิตสินค้า ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจรายใดได้ข้อมูลที่เป็นในการผลิตสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมา

¹³² BGH, Urteil vom 5. März 1998 - I ZR 13/96, GRUR 1998, 830, 833 – Les-Paul-Gitarren; BGH, Urteil vom 11. Januar 2007 - I ZR 198/04 Rn. 48 – Handtaschen; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/70; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.59.

¹³³ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 คำว่า “การกีดกัน” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า การทำลายโอกาสของผู้ร่วมแข่งขันในการพัฒนาตนในเชิงการแข่งขัน.

¹³⁴ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 เกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นธรรมของการกระทำทางการค้า ได้แก่ จารีตประเพณีทางการค้า ความซื่อสัตย์ทางการค้า ความเหมาะสมของภาระของคู่กรณีเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่เขาได้รับ ความเหมาะสมของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ของคู่กรณี และเหตุผลของการกระทำ.

โดยมิชอบ ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม และนำข้อมูลเช่นว่ามาผลิตสินค้าเลียนแบบ พฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวย่อมถือว่าขัดต่อประเพณีการค้า อีกทั้งการกระทำดังกล่าวยังขัดกับความซื่อสัตย์ในทางการค้าอีกด้วย นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกีดกันผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของข้อมูล อันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ก่อผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นเจ้าของข้อมูลอย่างไม่เหมาะสมอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น พฤติกรรมดังกล่าวก็อาจจะถูกอธิบายด้วยเหตุผลเชิงภววิสัยประการใดได้เลย ไม่ว่าจะเป็นในทางกฎหมาย ในทางเทคนิค หรือในทางเศรษฐกิจ ในแง่หนึ่ง จึงมองได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ โดยมีการได้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้น เป็นการกระทำทางการค้าที่มีความไม่เป็นธรรมแฝงอยู่

ด้วยเหตุตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบโดยมิชอบนั้นถือได้ว่าเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ “อย่างไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นอกจากนี้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อโอกาสในการขายของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบได้เช่นกัน เช่นนี้ จึงถือได้ว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่มีการได้ข้อมูลหรือเอกสารที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้น ทำให้โอกาสในการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบถูกทำลายลงได้ อันจะเข้าข่ายเป็นการกระทำอันก่อให้เกิด “ความเสียหาย” แก่การประกอบธุรกิจของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบตามมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560¹³⁵

อนึ่ง ในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นเป็นการเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบ อันจะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ มีขั้นตอนในการพิจารณา 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก คือ การพิจารณาว่า ข้อมูลที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มานั้นเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง ก็คือ การพิจารณาว่า ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบหรือไม่

ทั้งนี้ จะได้อธิบายรายละเอียดของข้อพิจารณาทั้งสองในลำดับถัดไป

¹³⁵ ดูหัวข้อ 2.2 ของส่วนที่ 2 ความเสียหายแก่ผู้ประกอบการอื่น ก็คือ โอกาสในการประกอบธุรกิจที่ถูกทำลายไป.

2.6.1 ข้อมูลที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบ

ในการวินิจฉัยว่า ข้อมูลที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบหรือไม่นั้น ให้พิจารณาว่า หากปราศจากข้อมูลดังกล่าว ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบก็อาจจะผลิตสินค้าซึ่งมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันเช่นเดียวกันกับสินค้าต้นแบบได้ ใช่หรือไม่ ถ้าใช่ ก็แสดงว่า ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่จำเป็นต่อการผลิตสินค้าเลียนแบบ ทั้งนี้ ข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบ จะอยู่ในรูปแบบใดลักษณะใดก็ได้ ไม่จำกัด ขอเพียงแต่ได้ความว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นสิ่งที่จำเป็นในการผลิตสินค้าเลียนแบบเท่านั้น¹³⁶ ยกตัวอย่าง ในกรณีทีสินค้าต้นแบบ คือ ขนมเค้กที่มีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน กล่าวคือ เป็นขนมเค้กที่มีเนื้อสัมผัสที่เนียนนุ่มเป็นพิเศษและมีรสชาติเป็นเอกลักษณ์ต่างจากขนมเค้กทั่วไปในท้องตลาด จนสาธารณชนผู้ซื้อต่างก็ให้คุณค่ากับลักษณะดังกล่าวของขนมเค้กนั้น และต่างก็ทราบว่า ขนมเค้กที่มีลักษณะดังกล่าวนี้มีแหล่งที่มาจากผู้ผลิตรายหนึ่งเท่านั้น และไม่สามารถหาซื้อขนมเค้กที่มีลักษณะดังกล่าวได้จากผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ในกรณีเช่นว่า ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบก็คือ “สูตรและวิธีการทำ” ของขนมเค้กดังกล่าวนั่นเอง

ทั้งนี้ ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบดังกล่าวไม่จำเป็นจะต้องมีฐานะเป็นความลับทางการค้าตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 แต่อย่างไรก็ตาม กระนั้นเองก็ต้องมีใช้ข้อมูลที่ถูกเปิดเผยเป็นการทั่วไปในหมู่สาธารณชน¹³⁷ จากตัวอย่างที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ หากได้ความว่า ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบไม่ได้มีมาตรการที่เหมาะสมที่จะรักษา “สูตรและวิธีการทำ” ของขนมเค้กดังกล่าวไว้เป็นความลับ สูตรและวิธีการทำขนมเค้กดังกล่าวก็จะมีฐานะเป็นความลับทางการค้า แต่ก็ยังอาจจะมีฐานะเป็นข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบได้ หากได้ความว่า ถ้าปราศจากข้อมูลดังกล่าว ก็ไม่มีผู้ใดที่สามารถจะผลิตเค้กที่มีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขันเช่นเดียวกับสินค้าต้นแบบได้

2.6.2 ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบโดยมิชอบ

สำหรับการพิจารณาว่า ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบ หรือไม่นั้น มีข้อพิพาทในเบื้องต้นว่า การได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบนั้นอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ โดยอาจจะเป็นการกระทำที่เข้าข่ายความผิดอาญาก็ได้¹³⁸

¹³⁶ Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/72.

¹³⁷ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 10. Juli 1963 - Ib ZR 21/62, GRUR 1964, 31, 32 - Petromax II; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/72.

¹³⁸ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 07. November 2002 - I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 357-358 - Präzision-

เช่น ในการที่จะได้มาซึ่งข้อมูลที่เป็นในการผลิตสินค้าเลียนแบบ ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ขโมยสมุดที่ใช้บันทึกข้อมูลดังกล่าวไปจากผู้ผลิตสินค้าต้นแบบ เป็นต้น

นอกจากนี้ ในกรณีที่ข้อมูลที่เป็นในการเลียนแบบดังกล่าวนี้มีฐานะเป็นความลับทางการค้าการได้ข้อมูลที่เป็นในการเลียนแบบมาโดยมิชอบอาจจะอยู่ในรูปแบบของการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้¹³⁹ เช่น ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบได้ข้อมูลที่เป็นในการเลียนแบบและมีฐานะเป็นความลับทางการค้ามาจากการกระทำที่มีลักษณะขัดต่อแนวทางปฏิบัติในเชิงพาณิชย์ที่สุจริตต่อกัน อาทิ การจารกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือจากการจู่โจมจ้างของ ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบให้เปิดเผยข้อมูล ทั้ง ๆ ที่ผู้ผลิตสินค้าเลียนแบบรู้หรือควรจะรู้ว่าลูกจ้างของผู้ผลิตสินค้าต้นแบบมีหน้าที่ต้องไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าว เป็นต้น

ส่วนที่ 3 บทสรุปและข้อเสนอแนะของวิจัย

1. บทสรุป

วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้ พบว่า มีความเป็นไปได้ที่จะนำบทบัญญัติมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการจากการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมบางประการมาใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีดังต่อไปนี้ อาจเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายอื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้

1. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบอันก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มา ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

2. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

smessgeräte; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 38; Christian Alexander, *Wettbewerbsrecht*, para 1208; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/73.

¹³⁹ เปรียบเทียบ Christian Alexander, “Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG”, WRP 2019, 673, 675.

3. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นทำลายความนิยมของสินค้าที่ถูกเลียนแบบอย่าง
ไม่เหมาะสม และ

4. การเสนอขายสินค้าเลียนแบบโดยมีการได้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ

ในทุกกรณีข้างต้น มีองค์ประกอบพื้นฐานที่ต้องพิจารณาเช่นเดียวกัน ก็คือ สินค้าต้นแบบ
นั้นจะต้องมีลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน ทั้งนี้ หากสินค้าต้นแบบมีระดับของลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน
ที่สูงและสินค้าเลียนแบบมีระดับการเลียนแบบที่สูง โอกาสที่การเสนอขายสินค้าเลียนแบบใน
กรณีเช่นนี้จะเข้าข่ายเป็นการกีดกันการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นพฤติกรรม
ต้องห้ามตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น¹⁴⁰

2. ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณีเข้าข่ายเป็นการกีดกันการ
ประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมตามมาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
พ.ศ. 2560 ได้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการใช้มาตรา 57 (1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
พ.ศ. 2560 กับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้น คณะกรรมการอาจนำขั้นตอนในการ
พิจารณาและข้อพิจารณาต่าง ๆ ที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.2-2.6 ของส่วนที่ 2 ไปใช้เป็นฐานความ
คิดในการออกประกาศตามมาตรา 17 (3) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อ
วางแนวทางในการใช้มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับการเสนอ
ขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นได้ หรือ คณะกรรมการอาจจะออกประกาศตามมาตรา 57 (4)
ประกอบมาตรา 17 (2) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพื่อกำหนดให้การเสนอ
ขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้นถูกต้องห้ามตามมาตรา 57 เป็นการเฉพาะก็ได้

อย่างไรก็ดี เพื่อให้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถใช้ต่อต้านการ
เสนอขายสินค้าเลียนแบบได้อย่างเหมาะสมกับสภาพของปัญหา วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความ

¹⁴⁰ เปรียบเทียบ BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 Rn. 42 – Seilzirkus; BGH, Urteil vom 24. Jan-
uar 2013 - I ZR 136/11 Rn. 14 – Regalsystem; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 Rn. 15 – Einkaufswagen
III; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 Rn. 9 – Exzenterzähne; Ansgar Ohly in Ansgar Ohly and Olaf
Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4.3 UWG, para 3/26; Horst-Peter Götting and Sven
Hetmank in Horst-Peter Götting and Helmut Kaiser (Eds), *Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsprozessrecht*, §
9, para 72; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, § 11, para 19; Helmut Köhler in Helmut Köhler, Joachim
Bornkamm and Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, § 4 UWG, para 3.2a.

วิจัยฉบับนี้ เสนอให้มีการบัญญัติมาตราในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เพิ่มขึ้นหนึ่งมาตราเพื่อห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้น โดยอาจกำหนดให้เป็น มาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

“มาตรา 57/1 ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มา ทั้งที่ การหลอกลวงดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้

(2) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันเป็นการใช้ประโยชน์จากความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

(3) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น อันเป็นการทำลายความนิยมของสินค้าหรือบริการที่ถูกเลียนแบบอย่างไม่เหมาะสม

(4) เสนอขายสินค้าหรือบริการซึ่งเลียนแบบสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจอื่น โดยมี การได้ข้อมูลที่ใช้มาเพื่อการเลียนแบบมาโดยมิชอบ”

สำหรับเหตุผลที่วิจัยฉบับดังกล่าวเสนอให้บัญญัติมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นมาใหม่ แยกออกมาจากมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เป็นการเฉพาะนั้น มีดังต่อไปนี้

เหตุผลข้อแรก การห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีเหล่านั้น เป็นการจำกัด เสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ในทำนองเดียวกันกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต่าง ๆ ก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจที่จะเสนอขายสินค้าเลียนแบบเช่นกัน ดังนั้น หากรัฐต้องการที่จะห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากกรอบของ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จึงจำเป็นต้องอยู่เองที่จะต้องทำให้การห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้นปรากฏให้เห็นเป็นประจักษ์อยู่อย่างแจ่มชัด ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกันกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้ อย่างน้อยที่สุด หากฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมบัญญัติมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ดังที่วิจัยที่เป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้เสนอ นั่นก็ หมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมให้มีการจำกัดเสรีภาพในการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่ เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากกรอบของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งการ

แข่งขันอย่างเป็นธรรมนั่นเอง¹⁴¹

เหตุผลข้อที่สอง ในเบื้องต้นจะต้องท้าวความเสียก่อนว่า ผลทางกฎหมายของการฝ่าฝืน มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มี 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ฝ่าฝืนมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ตามมาตรา 69 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งต้องฟ้องร้อง ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประการที่สอง คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืน มาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ชำระค่าปรับทางปกครองให้แก่รัฐได้ ตามมาตรา 82 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และประการที่สาม คณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้ามีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนหรือจะฝ่าฝืนมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หยุดหรือระงับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 60 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

จากที่กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า องค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้า เลียนแบบนั้น ฝ่าฝืนมาตรา 57 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันจะนำไปสู่ การปรับทางปกครองหรือมีการสั่งให้หยุดหรือระงับการกระทำนั้น ก็คือ คณะกรรมการการแข่งขัน การค้านั่นเอง และหากมีการโต้แย้งคำสั่งเหล่านั้น องค์กรต่อไปที่ต้องวินิจฉัยคดีดังกล่าว คือ ศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี มีข้อพึงตระหนักว่า ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเสนอขายสินค้า เลียนแบบอันเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมนั้น โดยเนื้อหาแห่งคดีแล้ว ผู้วินิจฉัยจำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวมีการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิงการแข่งขัน ของสินค้าต้นแบบจริงหรือไม่ อย่างไร และเมื่อได้ความแล้วว่า มีการเลียนแบบลักษณะเฉพาะเชิง การแข่งขันของสินค้าต้นแบบ ผู้วินิจฉัยจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ดังกล่าวเข้าลักษณะของการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ อาทิ การเสนอขายสินค้า เลียนแบบดังกล่าวก่อให้เกิดการหลอกลวงแหล่งที่มาทางการค้าของสินค้า ทั้งที่ การหลอกลวง

¹⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อ รักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครอง ผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่อยุติการที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่าย การจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”.

ดังกล่าวสามารถหลีกเลี่ยงได้ หรือไม่ เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น ในบางกรณีผู้วินิจฉัยยังอาจต้องนำคุณค่าของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งการวินิจฉัยในประเด็นเหล่านั้นไม่ใช่ความเชี่ยวชาญของคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และอยู่นอกเหนือความเชี่ยวชาญของศาลปกครองเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้เอง วิจัยซึ่งเป็นรากฐานของบทความวิจัยฉบับนี้จึงเสนอให้มีการบัญญัติบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ขึ้นใหม่เพิ่มเติมขึ้นหนึ่งมาตราเพื่อใช้ในการห้ามการเสนอขายสินค้าเลียนแบบในบางกรณีซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมเป็นการเฉพาะ โดยบัญญัติเป็นมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 และกำหนดให้การฝ่าฝืนมาตราดังกล่าวมีสภาพบังคับเป็นเพียงแค่การเรียกค่าเสียหายเท่านั้น เนื่องจากการให้สิทธิแก่ผู้ผลิตสินค้าต้นแบบในการเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบก็เพียงพอที่จะป้องกันการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางการค้าอันไม่เป็นธรรมได้และได้สัดส่วนกับผลเสียของพฤติกรรมแล้ว ทั้งนี้ ที่ผ่านมศาลไทยก็จัดการกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบที่เป็นการลงขาย โดยใช้มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเช่นกัน และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับผลทางกฎหมายของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ต่อต้านการเสนอขายสินค้าเลียนแบบได้เช่นเดียวกัน ก็จะพบว่าผลทางกฎหมายหลักของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็อยู่ในรูปแบบของการให้สิทธิแก่ผู้ทรงสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเช่นกัน

ในการนี้ จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขมาตรา 69 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วย โดยบัญญัติให้ผู้เสียหายจากการฝ่าฝืนมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ และเมื่อมีการแก้ไขให้ผู้เสียหายจากการฝ่าฝืนมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้แล้ว ผู้เสียหายก็มีอำนาจดำเนินคดีไปยังศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้ฝ่าฝืนได้ตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 รวมทั้งสามารถร้องขอให้ผู้ฝ่าฝืนหยุดการกระทำได้อีกด้วยตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ประกอบมาตรา 254 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ตามข้อเสนอดังกล่าว จะเห็นได้ว่า องค์การที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยว่า การเสนอขายสินค้าเลียนแบบในกรณีที่

เกิดขึ้นนั้น เจ้าของประกอบเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 57/1 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หรือไม่ และผู้เสนอขายสินค้าเลียนแบบต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและหยุดการเสนอขายสินค้าเลียนแบบหรือไม่ เพียงใด นั้นจะมีเพียงองค์กรเดียว คือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นองค์กรที่โดยสภาพแล้วมีความชำนาญที่สุดในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องการดำรงอยู่ของการเลียนแบบ และดำรงอยู่ของความไม่เป็นธรรมของการเสนอขายสินค้าเลียนแบบ ซึ่งในบางคดีจะต้องนำคุณค่าของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาประกอบการพิจารณาด้วย

การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมถึง
ผลกระทบจากการระบาดใหญ่ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย*

Interpretation of “Being Persecuted” to Include Effects
Caused by Pandemic in the Determination of Refugee Status

ภาววัฒน์ สัตยานุรักษ์
Pawat Satayanurug

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

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

Corresponding author Email: pawat.s@chula.ac.th

(Received: October 11, 2021; Revised: November 17, 2021; Accepted: November 19, 2021)

บทคัดย่อ

การระบาดใหญ่ของโรค COVID-19 ที่มีความรุนแรงอย่างต่อเนื่องและมีรายงานผู้ติดเชื้อและผู้เสียชีวิตจำนวนมาก เป็นปรากฏการณ์ที่ส่งผลกระทบในเชิงลบและเพิ่มความเสี่ยงต่อการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพออันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุคคล และทำให้บุคคลบางกลุ่มจำเป็นต้องย้ายถิ่นจากรัฐต้นทางเพื่อแสวงหาที่ลี้ภัยในรัฐอื่นที่น่าจะให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ได้มีประสิทธิภาพมากกว่าเนื่องจากไม่อาจขอรับความคุ้มครองจากรัฐต้นทางให้พ้นจากผลกระทบในเรื่องนี้ได้ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขหนึ่งในการพิจารณารับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยคือการพิจารณาว่าบุคคลที่ยื่นเรื่องนั้นได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่ในลักษณะที่เข้าข่าย “ถูกประหัตประหาร” ในรัฐต้นทางหรือไม่ ซึ่งที่ผ่านมาพบว่าเงื่อนไขนี้มักได้รับการตีความให้หมาย

* บทความวิจัยนี้ สรุปลงจากโครงการวิจัยเรื่อง “การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย” โดยได้รับทุนสนับสนุนโครงการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีงบประมาณ 2564

ถึงการละเมิดสิทธิทางพลเรือนของบุคคล จนอาจทำให้ผลกระทบจากการระบาดใหญ่ไม่เข้าข่ายเงื่อนไขนี้ ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งวิเคราะห์การตีความเงื่อนไขดังกล่าวโดยคำนึงถึงหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาว่าน่าจะสามารถตีความให้รวมถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ได้ โดยคำนึงถึงข้อท้าทายในทางปฏิบัติด้วย

คำสำคัญ: ผู้ลี้ภัย, การถูกประหัตประหาร, สิทธิมนุษยชน, การตีความสนธิสัญญา

Abstract

The COVID-19 pandemic is an unprecedented global phenomenon, which causes widespread infections and deaths. Its extended surge of severity continues to have negative impact on the maintenance of the adequate standard of living, which is a fundamental human right. As a result, some people, whose countries of origin are unable or unwilling to provide protection against the COVID-19, decide to seek asylum in other countries believed to provide more effective protection. Nevertheless, one of the key conditions to determine the refugee status of applicants is the proof of, or the risk of, “being persecuted” in the country of origin. As this condition has typically been associated with the violations of civil rights, the effects caused by the pandemic may fall outside the scope of this condition. Therefore, this research article aims to analyze the interpretation of the condition “being persecuted”, utilizing the general rule of treaty interpretation, to potentially include the effects caused by the pandemic, while acknowledging certain practical challenges.

Keywords: Refugees, Being Persecuted, Human Rights, Treaty Interpretation

1. ความนำ

ตั้งแต่พบการระบาดใหญ่ของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (โรค COVID-19) เป็นครั้งแรกของโลกเมื่อปลาย ค.ศ. 2019 และองค์การอนามัยโลกได้ประกาศให้การระบาดใหญ่นี้เป็นภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระหว่างประเทศ (Public Health Emergency of International Concern – PHEIC)¹ นั้น อาจกล่าวได้ว่าบุคคลทุกคนล้วนได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่ครั้งนี้ด้วยกันทั้งสิ้น การที่การระบาดใหญ่ของโรค COVID-19 ยังคงมีความรุนแรงอย่างต่อเนื่องและมีรายงานผู้ติดเชื้อและผู้เสียชีวิตจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบในเชิงลบและเพิ่มความเสี่ยงต่อการมีชีวิตอยู่และการดำรงไว้ซึ่งมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพออันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของบุคคลจำนวนมาก² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มบุคคลที่มีข้อจำกัดในการเข้าถึงบริการสาธารณสุขที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันหรือรักษาโรค COVID-19 ของรัฐตน³

ความสามารถของแต่ละบุคคลในการเข้าถึงบริการสาธารณสุขของรัฐโดยทั่วไปมักขึ้นอยู่กับสัญชาติและสถานะพำนักอาศัยของบุคคล โดยบุคคลที่ถือสัญชาติหรือมีสถานะพำนักอาศัยในรัฐที่มีการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ เช่น มีการให้บริการฉีดวัคซีนป้องกันโรค COVID-19 ที่กระจายอย่างทั่วถึงและไม่เลือกปฏิบัติ มีการตรวจหาเชื้ออย่างเป็นระบบโดยไม่สร้างภาระด้านค่าใช้จ่าย หรือมีระบบการเข้าถึงการรักษาพยาบาลที่รวดเร็ว ก็อาจมีความเสี่ยงที่จะได้รับผลกระทบจากโรค COVID-19 น้อยกว่าบุคคลในกลุ่มอื่น เช่น บุคคลที่เป็นคนไร้สัญชาติ ถือสัญชาติอื่น หรือมีสถานะเป็นบุคคลเข้าเมืองที่ผิดกฎหมายของรัฐนั้น หรือเมื่อเทียบกับบุคคลที่ถือสัญชาติหรือมีสถานะพำนักอาศัยในรัฐอื่นที่มีการบริหารจัดการที่ด้อยประสิทธิภาพกว่า ดังนั้น เมื่อผลกระทบจากการระบาดใหญ่อาจส่งผลถึงขั้นทำให้บุคคลเสียชีวิตหรือเจ็บป่วยในระยะยาว จึงอาจเป็นปัจจัยทำให้บุคคลที่มีข้อจำกัดในการขอรับความคุ้มครองจากรัฐตนเพื่อเข้าถึงบริการสาธารณสุขที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันหรือรักษาโรค COVID-19 ตัดสินใจย้ายถิ่นจากรัฐต้นทางเพื่อแสวงหาที่ลี้ภัยในรัฐที่น่าจะให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ได้มีประสิทธิภาพมากกว่า อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณารับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยนั้น บุคคลที่ยื่นเรื่องขอลี้ภัยจะต้องพิสูจน์ต่อเจ้าหน้าที่พิจารณาเรื่องราวพฤติกรรมของตนนั้น

¹ World Health Organization (WHO), COVID-19 Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) Global Research and Innovation Forum [online] Available from: [https://www.who.int/publications/m/item/covid-19-public-health-emergency-of-international-concern-\(pheic\)-global-research-and-innovation-forum](https://www.who.int/publications/m/item/covid-19-public-health-emergency-of-international-concern-(pheic)-global-research-and-innovation-forum) [1 July 2021]

² Asbjorn Eide, “Adequate Standard of Living,” in *International Human Rights Law*, eds. Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran (Oxford University Press, 2018), p. 196.

³ Ibid, p. 197.

เป็นไปตามเงื่อนไขของคำนิยาม “ผู้ลี้ภัย”⁴ ซึ่งรวมถึงการพิสูจน์ว่าตนได้รับผลกระทบจากการระบอบใหญ่ในลักษณะที่เข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” (Being Persecuted) ในรัฐต้นทาง ดังนั้น ในบริบทนี้ จึงมีประเด็นพิจารณาว่า การให้เหตุผลว่าตนได้รับผลกระทบจากการระบอบใหญ่ และหากยังอาศัยอยู่ในรัฐต้นทางต่อไปนั้น ตนจะไม่สามารถเข้าถึงบริการสาธารณสุขได้และทำให้ตนมีความเสี่ยงที่จะเสียชีวิตจากโรค COVID-19 จะเป็นเหตุผลที่รับฟังได้หรือไม่ และสอดคล้องกับคำนิยาม “ผู้ลี้ภัย” โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” หรือไม่

1.1 ข้อมูลพื้นฐานและปัญหาวิจัย

โดยหลักแล้ว ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย (Refugee Status Determination – RSD) ภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 (อนุสัญญา 1951) นั้น จะต้องพิจารณาจากคำนิยาม “ผู้ลี้ภัย” ที่อนุสัญญา 1951 กำหนด ซึ่งข้อ 1(A)(2) ของอนุสัญญา 1951 บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ว่า

“เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “ผู้ลี้ภัย” จะใช้กับบุคคลที่:

ด้วยผลจากเหตุการณ์ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 และด้วยความหวาดกลัวซึ่งมีมูลเหตุอันจะกล่าวอ้างได้ว่าจะถูกประหัตประหารด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง บุคคลนั้นอยู่นอกอาณาเขตของรัฐแห่งสัญชาติตน และไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะขอรับความคุ้มครองจากรัฐนั้นเพราะความหวาดกลัวดังกล่าว หรือบุคคลที่เป็นคนไร้สัญชาติและอยู่นอกอาณาเขตรัฐที่ตนพำนักอาศัยประจำ อันเป็นผลมาจากเหตุการณ์เช่นว่า ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะเดินทางกลับไปยังรัฐนั้นเพราะความหวาดกลัวดังกล่าว”⁵

⁴ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, February 2019, HCR/1P/4/ENG/REV. 4, p. 18.

⁵ United Nations General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, UNTS Vol. 189, 1951, p. 137. (Refugee Convention), Art. 1(A)(2).

“As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. In the case of a person who has more than one nationality, the term “the country of his nationality” shall mean each of the countries of which he is a national, and a person shall not be deemed to be lacking the

เนื่องจากอนุสัญญา 1951 ได้ถูกร่างขึ้นเพื่อสนองตอบต่อผลกระทบที่เกิดขึ้นภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง ที่ภัยจากสงครามทำให้ประชากรยุโรปจำนวนมากต้องหลบหนีออกจากถิ่นเดิมของตนและกระจัดกระจายอยู่ทั่วภูมิภาคยุโรป⁶ การกำหนดนิยามคำว่า “ผู้ลี้ภัย” ภายใต้อนุสัญญา 1951 จึงสะท้อนบริบททางการเมืองและสังคมระหว่างประเทศในขณะนั้น ด้วยการกำหนดเงื่อนไขด้านเวลาและด้านภูมิศาสตร์ไว้ในคำนิยาม กล่าวคือ กำหนดว่าขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญาจะต้องเป็นเหตุการณ์ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 ที่เกิดขึ้นในยุโรปเท่านั้น⁷ อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา เมื่อพบว่าเงื่อนไขดังกล่าวกลายเป็นข้อจำกัดในการที่จะนำอนุสัญญา 1951 ไปปรับใช้กับเหตุการณ์อื่น ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 และที่เกิดขึ้นนอกภูมิภาคยุโรป สหประชาชาติจึงได้ดำเนินการออกพิธีสารว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1967 (พิธีสาร 1967) เพื่อขจัดเงื่อนไขดังกล่าวออกไป ซึ่งข้อ 1(2) ของพิธีสาร 1967 บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ว่า

“เพื่อวัตถุประสงค์ของพิธีสารฉบับนี้ คำว่า ผู้ลี้ภัย หมายถึง บุคคลภายใต้คำนิยามตามข้อ 1 แห่งอนุสัญญา 1951 ประหนึ่งว่าถ้อยคำ “ด้วยผลจากเหตุการณ์ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951” และถ้อยคำ “ผลจากเหตุการณ์ดังกล่าว” แห่งข้อ 1(A)(2) ได้ถูกตัดออกไป ยกเว้นการปรับใช้ตามวรรคสามของข้อนี้”⁸

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามภายใต้อนุสัญญา 1951 ประกอบพิธีสาร 1967 ข้างต้น ทำให้ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญา 1951 ได้รับการขยายให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1951 และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนอกภูมิภาคยุโรป และสามารถสรุปเงื่อนไขในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยได้ ดังนี้

(1) ต้องอยู่นอกอาณาเขตของรัฐต้นทาง ไม่ว่าจะเป็นรัฐแห่งสัญชาติหรือรัฐที่พำนักอาศัยประจำ

protection of the country of his nationality if, without any valid reason based on well-founded fear, he has not availed himself of the protection of one of the countries of which he is a national.”

⁶ Marjoleine Zieck, “The European Refugee Crisis from a Vantage Point of View,” in *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (2016), p. 45.

⁷ *Supra* Note 5, Refugee Convention, Art. 1(B)(1)(a).

⁸ United Nations General Assembly, **Protocol Relating to the Status of Refugees**, UNTS Vol. 606, 1967, p. 267 (Refugee Protocol), Art. 1(2).

“2. For the purpose of the present Protocol, the term “refugee” shall, except as regards the application of paragraph 3 of this article, mean any person within the definition of article I of the Convention as if the words “As a result of events occurring before 1 January 1951 and...” and the words “...as a result of such events”, in article 1 A (2) were omitted.”

- (2) ต้องมีความหวาดกลัวอันมีมูลเหตุที่จะกล่าวอ้างได้
- (3) ต้องพิสูจน์ถึงการถูกประหัตประหาร
- (4) ต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง
- (5) รัฐแห่งสัญชาติหรือรัฐที่พำนักอาศัยประจำล้มเหลวที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลนั้น

จากเงื่อนไขข้างต้นจะเห็นได้ว่า “การถูกประหัตประหาร” เป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย⁹ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา 1951 มิได้ให้คำจำกัดความหรือคำอธิบายเพิ่มเติมเพื่อช่วยในการพิจารณาเงื่อนไขนี้แต่อย่างใด เนื่องจากในระหว่างการร่างอนุสัญญานั้น ผู้ร่างอนุสัญญา 1951 (ผู้ร่างฯ) ไม่อาจหาข้อสรุปเกี่ยวกับคำจำกัดความหรือคำอธิบายที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปได้¹⁰ เพราะต่างเห็นตรงกันว่า การคาดการณ์หรือการสรุปล่วงหน้าเพื่อกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำที่ส่งผลร้ายต่อบุคคลในลักษณะใดบ้างที่อาจเข้าข่ายเป็นการถูกประหัตประหารจนทำให้บุคคลต้องขอรับความคุ้มครองในทางระหว่างประเทศได้นั้น เป็นสิ่งที่แทบจะเป็นไปไม่ได้เลยในทางปฏิบัติ¹¹ นอกจากนี้ การไม่ระบุคำจำกัดความหรือคำอธิบายของเงื่อนไขนี้ ยังสอดคล้องกับแนวทางการตีความแบบยืดหยุ่นและสอดคล้องกับถ้อยคำในอารัมภบทของพิธีสาร 1967 ที่ได้ระบุว่าให้นับถึงสถานการณ์ใหม่ด้านผู้ลี้ภัย (“new refugee situations”) ที่อาจเกิดขึ้นภายหลังและอาจอยู่ภายนอกขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา 1951 อีกด้วย¹²

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าในระยะเวลาที่ผ่านมาองค์การระหว่างประเทศและศาลในต่างประเทศบางแห่งมีแนวปฏิบัติที่ดีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้หมายถึงผลกระทบต่อสิทธิทางพลเรือนของบุคคล ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในกรณีองค์การระหว่างประเทศ คือ หลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรป ซึ่งรัฐสมาชิกทั้ง 27 รัฐต่างเป็นภาคีทั้งอนุสัญญา 1951 และพิธีสาร 1967 ได้ออก EU Council Directive 2011/95EU “Qualification Directive” ขึ้นเพื่อเป็นแนวทางให้แก่รัฐสมาชิกในการพิจารณาเรื่องนี้ โดยข้อ 9(2) ระบุตัวอย่างการกระทำที่ถือว่าเป็น “การถูกประหัต

⁹ James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, (Cambridge University Press, 2018), p. 182.

¹⁰ *Supra* Note 4, UNHCR Handbook, p. 51.

¹¹ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, (Vol I Sijthoff, 1966), p. 193.

¹² *Supra* Note 8, Refugee Protocol, Preamble.

“Considering that new refugee situations have arisen since the Convention was adopted and that the refugees concerned may therefore not fall within the scope of the Convention”

ประหาร” ในลักษณะที่ครอบคลุมเพียงสิทธิทางพลเรือนที่ไม่อาจถูกรอนสิทธิได้ (Non-derogable Civil Rights) เท่านั้น เช่น 1) การกระทำรุนแรงต่อร่างกายหรือจิตใจซึ่งรวมถึงความรุนแรงทางเพศ 2) มาตรการทางกฎหมาย มาตรการทางปกครอง มาตรการทางตำรวจ และ/หรือ มาตรการเกี่ยวกับการศาล ที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติหรือที่บังคับใช้อย่างเลือกปฏิบัติ 3) การลงโทษในลักษณะที่ไม่ได้สัดส่วนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ 4) การปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในลักษณะที่ไม่ได้สัดส่วนหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ และ 5) การลงโทษอันเป็นผลมาจากการปฏิเสธไม่เข้าทำหน้าที่ทางการทหารในสถานการณ์ความขัดแย้ง¹³ นอกจากนี้ แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศพบว่าการให้น้ำหนักการตีความเงื่อนไขให้ขึ้นอยู่กับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิตและร่างกายของบุคคล เช่น ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในแนวทางที่ว่า “การถูกประหารชีวิต” จะต้องเป็นการกระทำที่โหดร้ายต่อร่างกาย (Cruelty)¹⁴ มีลักษณะที่รุนแรงสุดขีด (Extreme)¹⁵ และสามารถเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ (Lethal)¹⁶ และในเรื่องเดียวกันนี้ศาลเยอรมันได้ตัดสินในแนวทางที่ว่า “การถูกประหารชีวิต” จะต้องเป็นการกระทำที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง (Severe)¹⁷ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติที่ตีความในลักษณะนี้ อาจส่งผลทำให้ผลกระทบจากการระบอบาใหญ่ไม่เข้าข่ายเงื่อนไข “การถูกประหารชีวิต” ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย

1.2 ระเบียบวิธีวิจัย

ด้วยเหตุที่กล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงได้จัดทำบทความวิจัยนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์การตีความเงื่อนไข “การถูกประหารชีวิต” ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย ว่าสามารถตีความให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบอบาใหญ่ได้หรือไม่ โดยมีสมมติฐานว่า การตีความเงื่อนไข “การถูกประหารชีวิต” ตามหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาที่ปรากฏในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (อนุสัญญา VCLT) ซึ่งรวมการคำนึงถึง

¹³ European Union (EU), Council of the European Union, Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), 2011, OJ L. 337/9-337/26; 20.12.2011, 2011/95/EU, Art.9(2).

¹⁴ *Sirbu v. Holder*, 718 F.3d 655 (USCA, 7th Cir., 2013).

¹⁵ *Ghali v. Immigration and Naturalization Service*, 2000 U.S. App LEXIS 19156 (USCA, 9th Cir., 2000).

¹⁶ *Wackowski v. Immigration and Naturalization Service*, 1999 U.S. App LEXIS 26590 (USCA, 7th Cir., 1999).

¹⁷ BVerwG (Federal Administrative Court of Germany), Decision of 9 December 2010 - 10 C 19.09 - para. 16.

วัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 ด้วย จะสามารถตีความให้รวมไปถึงผลกระทบต่อนิติมนุษยชนในด้านอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงผลกระทบต่อนิติมนุษยชนอันเนื่องมาจากการระบาดใหญ่ได้

บทความวิจัยนี้ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากตัวบทของตราสารระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ตำรา หนังสือ บทความ หลักการชี้แนะ ตลอดจนความเห็นขององค์การระหว่างประเทศ ความเห็นของนักวิชาการ และแนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศ โดยจำกัดขอบเขตการวิจัยเฉพาะประเด็นการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ซึ่งเป็นหนึ่งในเงื่อนไขการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย

2. หลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาเพื่อตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร”

ด้วยเหตุที่ผู้ร่างฯ ไม่ได้ระบุคำจำกัดความหรือคำอธิบายของเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ไว้ในตัวบทของอนุสัญญา 1951 การศึกษาวิเคราะห์การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญา ซึ่งปรากฏในข้อบทที่ 31-33 ของอนุสัญญา VCLT เป็นสำคัญ โดยแม้ว่าอนุสัญญา VCLT ได้มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1969 ซึ่งเป็นช่วงเวลาภายหลังที่อนุสัญญา 1951 มีผลใช้บังคับ แต่เนื้อหาสาระบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญา เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นการสะท้อนกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว และเพียงแต่เป็นการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น¹⁸ ด้วยเหตุนี้ หลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาที่ปรากฏในอนุสัญญา VCLT จึงสามารถนำมาปรับใช้ในการตีความอนุสัญญา 1951 ได้

ข้อ 31 ของอนุสัญญา VCLT ระบุหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา ดังนี้¹⁹

- (1) ต้องกระทำโดยสุจริต (Good Faith)
- (2) สอดคล้องกับความหมายปกติธรรมดา (Ordinary Meaning)
- (3) คำนึงถึงบริบทของสนธิสัญญา (Context)

¹⁸ *Sarvin*, Full Federal Court of Australia (FFC), 2000, pp. 187-188.

¹⁹ United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, UNTS Vol. 1155, 1969, p. 331 (VCLT), Art. 31.

(4) คำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา (Object and Purpose)

โดยในการตีความสนธิสัญญานั้น คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้อธิบายว่าผู้ตีความต้องปรับใช้หลักการทั้ง 4 ประการนี้ในลักษณะที่เป็นหนึ่งเดียว (Single Combined Operation)²⁰ เนื่องจากอนุสัญญา VCLT ใช้คำว่า General Rule (ไม่เติม “s”) of Interpretation สำหรับหลักการทั้งหมดที่ปรากฏในข้อ 31 อันเป็นการสะท้อนถึงเจตนารมณ์ที่มุ่งให้การตีความสนธิสัญญาต้องกระทำอย่างบูรณาการในทุกหลักการ²¹

ในกรณีที่เมื่อตีความโดยปรับใช้หลักการพื้นฐานในข้อ 31 แล้วยังพบว่าผลการตีความมีความเคลือบคลุมหรือคลุมเครือ หรือมีความเหลวไหลหรือไม่สมเหตุสมผลอย่างชัดเจน ข้อ 32 ของอนุสัญญา VCLT ได้กล่าวถึงวิธีการเสริมต่าง ๆ เพื่อนำมาช่วยตีความสนธิสัญญาได้ (Supplementary Means of Interpretation) โดยวิธีการเสริมอาจกระทำได้โดยการศึกษางานเตรียมร่าง (Preparatory Work / *Travaux Preparatoire*) เช่น ร่างสนธิสัญญา เอกสารประกอบการประชุม บันทึกการประชุม ถ้อยแถลงของผู้เข้าร่วมประชุม ตลอดจนพิจารณาจากพฤติการณ์หรือสถานะแวดล้อมในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา เช่น มูลเหตุและความเป็นมาในการทำสนธิสัญญา บรรยากาศทางการเมือง และธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างรัฐภาคี²²

นอกจากนี้ เนื่องจากอนุสัญญา 1951 เป็นสนธิสัญญาที่ได้รับรองความถูกต้องแท้จริงเป็น 2 ภาษา คือ ภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการระบุให้ภาษาใดมีอำนาจบังคับมากกว่าในกรณีที่ตีความมีความหมายแตกต่างกัน ข้อ 33 ของอนุสัญญา VCLT ให้ถือว่าตัวบทของแต่ละภาษานั้นย่อมมีอำนาจบังคับเสมอกัน และให้รัฐภาคียอมรับความหลากหลายของความหมาย หากไม่สามารถตีความตัวบททั้ง 2 ภาษาให้เป็นอย่างเดียวกันได้²³

3. ข้อสนับสนุนการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่

ในการศึกษาวิเคราะห์เพื่อตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จะต้องยอมรับในขั้นต้นเสียก่อนว่าอนุสัญญา 1951 เป็นอนุสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

²⁰ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge University Press, 2013), p. 234.

²¹ International Law Commission (ILC), *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, Yearbook of International Law Commission, 1966 Vol. II 187 (Draft Articles Treaties), p. 219.

²² *Supra* Note 19, VCLT, Art. 32.

²³ *Ibid*, VCLT, Art. 33.

ของบุคคลที่ขอรับความคุ้มครองในทางระหว่างประเทศ (International Protection) ทั้งบุคคลที่ได้รับการรับรองสถานภาพแล้ว คือ “ผู้ลี้ภัย” และบุคคลที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาสถานภาพหลังจากที่ได้ยื่นเรื่องมาแล้ว คือ “ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย” โดยเนื้อหาแห่งสิทธิมนุษยชนนั้นมีวิวัฒนาการตามกาลเวลา ตลอดจนพฤติกรรมและบริบทสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป²⁴ ดังนั้น ในการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรคำนึงถึงมิติด้านสิทธิมนุษยชนในบริบทของพฤติกรรมที่ตีความด้วย โดยในบริบทของการศึกษาวิจัยนี้ เนื่องจากการระบาดใหญ่เป็นพฤติกรรมที่สามารถส่งผลกระทบต่อความสามารถในการอุปโภคสิทธิมนุษยชนของบุคคลได้ในหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิทางพลเรือนและการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม²⁵ การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ได้ด้วย ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า เมื่อพิจารณาจากหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาของอนุสัญญา VCLT สามารถมีข้อสนับสนุนแนวทางดังกล่าว โดยผู้วิจัยจะแบ่งอธิบาย ดังนี้

3.1 สอดคล้องกับหลักการตีความที่ต้องกระทำโดยสุจริต

การตีความสนธิสัญญาที่ต้องกระทำโดยสุจริตนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบให้ผู้ตีความต้องดำเนินการตีความโดยคำนึงถึงทั้งเจตนารมณ์และตัวบทของสนธิสัญญาควบคู่กัน²⁶ และถ้าผลของการตีความมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อเจตนารมณ์และตัวบท ตลอดจนไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาแล้ว ก็ไม่อาจถือว่าการตีความนั้นเป็นการตีความที่ได้กระทำโดยสุจริต ดังนั้น เพื่อให้การตีความอนุสัญญา 1951 เป็นไปในลักษณะที่ได้กระทำโดยสุจริต ผู้ตีความควรดำเนินการโดยคำนึงถึงข้อพิจารณา 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก การตีความควรส่งเสริมประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญา 1951 ซึ่งข้อพิจารณาที่สอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์ Hersch Lauterpacht ผู้ได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายระหว่างประเทศระดับโลก²⁷ และความเห็นของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศที่อธิบายไว้ว่าหากตัวบทของสนธิสัญญาสามารถตีความได้

²⁴ Council of Europe, *The Evolution of Human Rights* [online] Available from : <https://www.coe.int/en/web/compass/the-evolution-of-human-rights> [8 July 2021].

²⁵ United Nations Office of the High Commissioner of Human Rights (OHCHR), *COVID-19 Guidance* [online] Available from: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_Guidance.pdf [9 July 2021].

²⁶ Gerald Fitzmaurice, “Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points,” in 28 *British Yearbook of International Law* 1 (1951), p. 2488.

²⁷ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court (Grotius Classic Reprint Series)*, (Cambridge University Press, 1958), p. 203.

มากกว่าหนึ่งแนวทาง ให้เลือกแนวทางการตีความที่ส่งผลให้มีการบังคับใช้สนธิสัญญานั้นอย่างเหมาะสม จึงจะสอดคล้องกับหลักการตีความที่ต้องกระทำโดยสุจริต²⁸ ดังนั้น เมื่อการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ จะส่งผลให้บุคคลมีโอกาสดำเนินการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทางระหว่างประเทศอันเป็นคุณต่อการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยของผู้แสวงหาที่ลี้ภัยมากขึ้น จึงมีลักษณะที่ส่งเสริมประสิทธิภาพในการการบังคับใช้สนธิสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ประการที่สอง การตีความควรสะท้อนกับความเป็นจริงในสังคมและบริบททางกฎหมายในขณะที่ยังดำเนินการตีความ ซึ่งข้อพิพาทนี้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี South West Africa ที่ได้ยืนยันว่า ตราสารระหว่างประเทศจะต้องได้รับการตีความและปรับใช้ภายใต้กรอบทางกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะที่ยังดำเนินการตีความ²⁹ และสอดคล้องกับความเห็นของผู้พิพากษา Lord Bingham ที่อธิบายว่า อนุสัญญา 1951 เป็นตราสารที่มีลักษณะ “มีชีวิต”³⁰ โดยแม้ว่ามูลเหตุในการเกิดขึ้นของอนุสัญญา 1951 จะยังคงเดิม แต่การตีความและการปรับใช้ควรที่จะสามารถปรับเปลี่ยนไปตามกาลเวลาได้ มิฉะนั้นแล้วอนุสัญญา 1951 ก็จะกลายเป็นตราสารที่ล้าสมัยไปในที่สุด³¹ ดังนั้น การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรตีความให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ เนื่องจากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบันและส่งผลกระทบต่อความสามารถในการอุปถัมภ์สิทธิมนุษยชนของบุคคลในขณะที่ยังดำเนินการตีความ

ประการที่สาม การตีความสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะต้องดำเนินการในลักษณะที่ไม่ปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งข้อพิพาทนี้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Gabčíkovo–Nagymaros ที่ได้ยืนยันว่า สนธิสัญญาใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจะต้องได้รับการตีความและปรับใช้ในลักษณะที่ไม่กระทบและไม่เป็นการปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนบนพื้นฐานของความเข้าใจด้านสิทธิมนุษยชนในขณะ

²⁸ *Supra* Note 21, Draft Articles Treaties, p. 219.

²⁹ *South-West Africa, Ethiopia v. South Africa, Second Phase*, [1966] ICJ Rep 6, 18th July 1966, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], p. 31.

“An international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation.”

³⁰ *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Adan*, CO/872/98, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 2 April 1998.

³¹ *Sepet (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2003] UKHL 15, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 20 March 2003, p. 862.

ดำเนินการตีความ³² ดังนั้น เนื่องจากอนุสัญญา 1951 เป็นสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงจะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคล และต้องตีความในลักษณะที่ไม่ปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบุคคลนั้นได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่

3.2 สอดคล้องกับหลักการตีความตามความหมายปกติธรรมดา

การตีความสนธิสัญญาตามความหมายปกติธรรมดาเป็นการตีความโดยอาศัยความหมายที่โดยปกติธรรมดาแล้วจะใช้กับถ้อยคำนั้น ๆ อันมีฐานความคิดมาจากการยอมรับว่า ถ้อยคำที่ผู้ร่างฯ ได้เลือกมาใช้ในตัวบทสนธิสัญญาย่อมเป็นหลักฐานที่ชัดเจนที่สุดในการที่จะสื่อถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างฯ³³ โดยในอนุสัญญา 1951 ผู้ร่างฯ ใช้คำว่า “การถูกประหัตประหาร” ซึ่งมาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “being persecuted” และภาษาฝรั่งเศสว่า “d’être persécutée” โดยที่ทั้ง 2 ภาษาเป็นภาษาที่อนุสัญญา 1951 รับรองความถูกต้องแท้จริงและมีอำนาจบังคับเสมอกัน³⁴ ทั้งนี้ ในการค้นหาความหมายปกติธรรมดา ผู้ตีความมักค้นหาจากความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรม ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติที่ศาลในสหราชอาณาจักรยึดถือมาโดยตลอด ดังที่ศาล House of Lords ในคดี Horvath ที่ผู้พิพากษา Lord Lloyd ระบุว่าเป็นการตีความคำว่า “persecution” ตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมเป็นแนวปฏิบัติอันเป็นที่ยุติแล้ว³⁵ อย่างไรก็ตามในการตีความคำว่า “persecution” ตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรม ผู้ตีความควรดำเนินการโดยคำนึงถึงข้อพิจารณา 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก การตีความไม่ควรยึดติดกับการตีความตามตัวอักษร (Literalist Approach) มากจนเกินไป โดยไม่คำนึงถึงบริบทและความมุ่งประสงค์เพื่อประโยชน์ด้านมนุษยธรรมของอนุสัญญา 1951³⁶ ซึ่งข้อพิจารณานี้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลสูงออสเตรเลียในคดี Khawar ที่ได้ยืนยันว่าการตีความจากความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมเพียงอย่างเดียวเป็นสิ่งที่อันตราย

³² *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Hungary v. Slovakia, Judgment, Merits [1997] ICJ Rep 7, 25th September 1997, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], pp. 114-115.

“Treaties that affect human rights cannot be applied in such a manner as to constitute a denial of human rights as understood at the time of their application.”

³³ *Supra* Note 20, p. 234.

³⁴ *Supra* Note 5, Refugee Convention, Art. 46.

³⁵ *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, [2000] UKHL 37, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 6 July 2000.

³⁶ *R v. Asfaw*, [2008] UKHL 31, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 21 May 2008.

อย่างยิ่ง³⁷ โดยการตีความในประเด็นนี้ ผู้ตีความควรคำนึงถึงรูปแบบการใช้ถ้อยคำที่ผู้ร่างฯ ได้สื่อไว้จากการเลือกใช้ถ้อยคำในรูปแบบ Passive Voice “being persecuted” ที่เน้นไปที่กรรม (Object) ของประโยค กล่าวคือ ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ถูกกระทำ แทนที่จะใช้รูปแบบ Active Voice “persecution” ตามที่ปรากฏทั่วไปในพจนานุกรม³⁸ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่า “persecution” ที่ให้ไว้โดย Oxford Advanced Learner’s Dictionary ว่า “the act of treating somebody in a cruel and unfair way, especially because of their race, religion or political beliefs” (การกระทำต่อบุคคลอื่นอย่างโหดร้ายและไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา หรือความเห็นทางการเมือง)³⁹ จะพบว่ามโนัยของเงื่อนไขที่จะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาและการกระทำอันชั่วร้าย (Enmity) ของผู้กระทำ⁴⁰ ซึ่งเป็นการให้น้ำหนักแก่การพิจารณาที่การกระทำของผู้กระทำมากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ถูกกระทำ อันมีลักษณะที่อาจไม่สอดคล้องกับบริบทและความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 ดังนั้น การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรตีความในลักษณะที่เน้นผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ถูกกระทำ ซึ่งรวมไปถึงผลกระทบจากการระบอบใหญ่ด้วย

ประการที่สอง การตีความควรคำนึงถึงความแตกต่างทางรากฐานความคิดระหว่างกฎหมายอาญาระหว่างประเทศและกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ลี้ภัย ซึ่งข้อพิพาทนี้สอดคล้องกับความเห็นในที่ประชุมผู้เชี่ยวชาญ Expert Meeting ว่าการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ในอนุสัญญา 1951 ตามแนวทางของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมีความสับสนเสี่ยงที่จะขัดกับวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้ลี้ภัยในทางระหว่างประเทศของอนุสัญญา 1951⁴¹ ทั้งนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของฐานความผิด “persecution” ตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ คือ การลงโทษบุคคลผู้กระทำผิด (Persecutor) ดังนั้นจึงต้องกำหนดมาตรฐานในการตีความไว้สูงและต้องตีความอย่างเคร่งครัด และในขณะเดียวกันบุคคลผู้ถูกกระทำจะต้องมีภาระในการนำสืบและแสดงหลักฐาน

³⁷ *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, [2002] HCA 14, Australia: High Court, 11 April 2002.

³⁸ Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, (Oxford University Press, 4th Edition, 2021), p. 94-97.

³⁹ Oxford Learner’s Dictionary, *Persecution* [online] Available from: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/persecution?q=persecution> [12 July 2021].

⁴⁰ Refugee Review Tribunal (Australia, V97/07049), 1997 RRTA 3341, 3 September 1997.

⁴¹ Expert Meeting on Complementarities between International Refugee Law, International Criminal Law and International Human Rights Law, “Summary Conclusions,” in *International Journal of Refugee Law* Vol. 23 (2011), p. 863.

ที่พิสูจน์ได้ถึงเจตนาภายใน (*Mens Rea*) ของบุคคลผู้กระทำความผิด⁴² ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นการสร้างภาระอย่างยิ่งให้แก่บุคคลผู้ถูกระงับ และไม่สอดคล้องต่อบริบทและความมุ่งประสงค์เพื่อประโยชน์ด้านมนุษยธรรมของอนุสัญญา 1951 ดังนั้น การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรระมัดระวังไม่นำรากฐานความคิดระหว่างกฎหมายอาญาระหว่างประเทศมาปรับใช้ แต่ควรตีความในลักษณะที่เน้นผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้ถูกระงับเป็นสำคัญ

3.3 สอดคล้องกับหลักการตีความโดยคำนึงถึงบริบทของสนธิสัญญา

การตีความสนธิสัญญาโดยคำนึงถึงบริบทของสนธิสัญญา กำหนดให้ผู้ตีความไม่เพียงแต่พิจารณาเฉพาะตัวถ้อยคำหรือตามตัวอักษรเท่านั้น แต่จะต้องคำนึงถึงบริบทของสนธิสัญญาในภาพรวมด้วย⁴³ โดยข้อ 31(2) และข้อ 31(3) ของอนุสัญญา VCLT ได้ระบุแนวทางต่าง ๆ ในการค้นหบริบทของสนธิสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาจากอารัมภบทและภาคผนวกของสนธิสัญญา ตลอดจนพิจารณาจากความตกลงระหว่างรัฐภาคีที่ได้ทำขึ้นในขณะที่เข้าทำสนธิสัญญา⁴⁴ นอกจากนี้เพื่อยืนยันหลักการที่บริบทของสนธิสัญญาสามารถเปลี่ยนแปลงได้ภายหลังตามกาลเวลา ผู้ตีความสามารถค้นหบริบทของสนธิสัญญาได้จากความตกลงเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาระดับดังกล่าวที่รัฐภาคีได้ทำขึ้นภายหลัง⁴⁵ และจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับกับรัฐภาคี⁴⁶

เมื่อพิจารณาบริบทจากอารัมภบทของอนุสัญญา 1951 แล้ว จะพบว่าบริบทของอนุสัญญา 1951 นั้นมีความเชื่อมโยงและเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชน โดยอารัมภบท 2 ย่อหน้าแรก ระบุว่า

“รัฐภาคี

พิจารณาว่า กฎบัตรสหประชาชาติ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้รับการอนุมัติจากสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ได้ยืนยันในหลักการที่ว่า มนุษย์สามารถอุปโภคสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

⁴² Gerhard Werle and Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, (Oxford University Press, 4th Edition, 2020) p. 893.

⁴³ Humphrey Waldock, “Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 1964,” in 2 Yearbook of International Law Commission Vol. 5, p. 14.

⁴⁴ *Supra* Note 19, VCLT, Art. 31(2).

⁴⁵ *Ibid*, VCLT, Art. 31(3)(a)-(b).

⁴⁶ *Ibid*, VCLT, Art. 31(3)(c).

พิจารณาว่า สหประชาชาติได้แสดงความห่วงใยอย่างยิ่งต่อผู้ลี้ภัยในหลากหลายสถานการณ์ และแสวงหาการรับรองและการอุปโภคสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้กับผู้ลี้ภัยให้ครอบคลุมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้”⁴⁷

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับวิวัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับและมีรัฐเข้าเป็นภาคีจำนวนมาก จนกระทั่งสามารถพัฒนาเป็นระบอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ครอบคลุมและเป็นสากลในปัจจุบันได้⁴⁸ การตีความอนุสัญญา 1951 จึงต้องคำนึงถึงบริบทในเรื่องนี้ด้วย เพื่อส่งเสริมการตีความในลักษณะที่บูรณาการอย่างเป็นระบบ (Systemic Integration)⁴⁹ และสอดคล้องกับบรรทัดฐานทางด้านสิทธิมนุษยชนในขณะที่ยังดำเนินการตีความ (Normative Consistency)⁵⁰

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาจากการออกพิธีสาร 1967 ซึ่งเป็นความตกลงเกี่ยวกับการตีความอนุสัญญา 1951 ที่รัฐภาคีได้ทำขึ้นภายหลังเพื่อขจัดเงื่อนไขด้านเวลาและด้านภูมิศาสตร์ในคำนิยาม “ผู้ลี้ภัย” อันส่งผลให้การปรับใช้อุสัญญา 1951 สามารถดำเนินการได้ในขอบเขตที่กว้างขึ้น⁵¹ ประกอบกับข้อความในกรรมสารสุดท้าย (Final Act) ของที่ประชุมผู้แทนทางการทูตว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและคนไร้สัญชาติ ที่สนับสนุนให้ขยายการคุ้มครองให้รวมไปถึงบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้กรอบการบังคับใช้ของอนุสัญญา 1951 ด้วย จึงสะท้อนในลักษณะเดียวกันว่าบริบทของอนุสัญญา 1951 นั้นมีความมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยที่ประชุมระบุว่า

⁴⁷ *Supra* Note 5, Refugee Convention, Preamble.

“The High Contracting Parties,

Considering that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination,

Considering that the United Nations has, on various occasions, manifested its profound concern for refugees and endeavoured to assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms”

⁴⁸ Jack Donnelly, “International Human Rights: A Regime Analysis,” in *International Organization* Vol. 40 Issue 3 (1986), p. 599-600.

⁴⁹ Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of Vienna Convention on the Law of Treaties,” in *International & Comparative Law Quarterly* Vol. 54 (2005), p. 279.

⁵⁰ Philippe Sands, “Treaty, Custom and the Cross-Fertilization of International Law,” in *Yale Human Rights and Development Law Journal* Vol. 1 (1998), p. 87.

⁵¹ โปรดดูหัวข้อ 1.1

“ที่ประชุม:

แสดงความหวังว่าอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยจะมีคุณค่าในฐานะที่เป็นตัวอย่างตราสารที่สามารถปรับใช้เกินขอบเขตที่ตกลงไว้ได้ และรัฐทุกรัฐจะคำนึงถึงคุณค่านี้ในการรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยและการคุ้มครองบุคคลดังกล่าวที่ได้ปรากฏตัวในอาณาเขตของตนแล้ว แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของอนุสัญญาก็ตาม”⁵²

ความเห็นที่ว่าบริบทของอนุสัญญา 1951 มีความมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นสะท้อนได้จากการนำมาปฏิบัติในเวลาต่อมา ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบการออกเอกสารคู่มือหรือแนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย เช่น สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees) (สำนักงาน UNHCR) ได้จัดทำคู่มือว่าด้วยการคุ้มครองในทางระหว่างประเทศ (Guidelines on International Protection) ในประเด็นต่าง ๆ เช่น มิติทางเพศ⁵³ และมิติทางศาสนา⁵⁴ ที่สำนักงาน UNHCR ได้สอดแทรกและอ้างอิงตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนมากไว้ในคู่มือ และคำพิพากษาของศาลหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการหรือองค์กรในรัฐต่าง ๆ ที่อ้างอิงตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนในการให้เหตุผลเช่นกัน เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยสวีตเซอร์แลนด์⁵⁵ คำพิพากษาของศาลสูงสเปน⁵⁶ ตลอดจนคำพิพากษาศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกา⁵⁷ ดังนั้น การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรตีความในลักษณะที่คำนึงถึงความมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นบริบทของอนุสัญญา 1951 ด้วย

⁵² United Nations, *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, UNTS, Vol. 189, 1951, p. 137.

“Expresses the hope that the Convention relating to the Status of Refugees will have value as an example exceeding its contractual scope and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides.”

⁵³ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection No.1: Gender-related Persecution within the Context of Art.1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, May 2002, HCR/GIP/02/01, p. 5-9.

⁵⁴ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection: Religion-based Refugee Claims under Art.1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, May 2002, HCR/GIP/04/06, p. 2-11.

⁵⁵ *WH v. Athiopien* [2006] 2006/32-336 (Sw. ARK/CRA) [Swiss Asylum Appeal Commission], 9 October 2006.

⁵⁶ STS No. 2781/2009 (Spanish Supreme Court), May 11, 2009.

⁵⁷ *Stenaj v. Gonzales*, 227 Fed Appx 429 (USCA, 6th Cir., 2007).

3.4 สอดคล้องกับหลักการตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา

การตีความสนธิสัญญาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา ทำหน้าที่กำหนดขอบเขตการตีความสนธิสัญญา โดยการค้นหาวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์นั้นส่วนมากมักเริ่มจากการพิจารณาถ้อยคำในอารัมภบทของสนธิสัญญาเช่นเดียวกับการค้นหาบริบทของสนธิสัญญา ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี *Guinea-Bissau v. Senegal* โดยผู้พิพากษา Judge Weeramantry ได้ยืนยันว่าอารัมภบทเป็นแหล่งที่มาหลักในการที่จะค้นหาวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา⁵⁸ สำหรับอนุสัญญา 1951 นั้น สำนักงาน UNHCR ได้อธิบายว่า การที่อารัมภบทของอนุสัญญา 1951⁵⁹ เลือกใช้ถ้อยคำที่สะท้อนถึงขนาดว่าเป็น “ภาษาสิทธิมนุษยชนที่หนักแน่น” (“strong human rights language”) เป็นการแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของผู้ร่างฯ ที่มุ่งสอดแทรกคุณค่าด้านสิทธิมนุษยชนในการบังคับใช้อนุสัญญา 1951 และเพื่อเป็นแนวทางในการตีความในอนาคต⁶⁰

นอกจากอารัมภบทแล้ว มีความเห็นว่าผู้ตีความสามารถพิจารณาแหล่งที่มาอื่นเพื่อช่วยตีความได้อีกด้วย แม้ว่าอนุสัญญา VCLT จะระบุว่าการพิจารณาจากแหล่งที่มาอื่น เช่น งานเตรียมร่าง ประวัติการเจรจา พฤติการณ์หรือสภาวะแวดล้อมในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา เป็นเพียงวิธีการเสริมเพื่อนำมาช่วยตีความสนธิสัญญาในกรณีเมื่อปรับใช้หลักการพื้นฐานแล้วยังพบว่าความเคลือบคลุมหรือคลุมเครือ หรือมีความเหลวไหลหรือไม่สมเหตุสมผลอย่างชัดเจนเท่านั้นก็ตาม⁶¹ โดยในเรื่องนี้ ผู้พิพากษา Brennan C.J. แห่งศาลสูงออสเตรเลียได้ให้ความเห็นว่า แม้ว่าอารัมภบทและตัวบทจะเป็นตัวชี้วัดหลักที่แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญา แต่ผู้ตีความก็ควรที่จะค้นหาเพิ่มเติมจากแหล่งที่มาภายนอก (Extrinsic Sources) อีกด้วย เช่น ประวัติการร่างและการเจรจาสนธิสัญญา ความเห็นของผู้ร่างฯ และบันทึกการประชุมต่าง ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการตีความที่สะท้อนวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาอย่างแท้จริง⁶²

⁵⁸ *Arbitral Award of 31 July 1989, Guinea-Bissau v. Senegal, Judgment, Merits* [1991] ICJ Rep 53, 12 November 1991, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ].

⁵⁹ *Supra* Note 47.

⁶⁰ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), “The International Protection of Refugees: Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees,” in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 20, Issue 3, (2001), p. 77.

⁶¹ *Supra* Note 22.

⁶² *A v Minister for Immigration & Ethnic Affairs* [1997] (Australia High Court HCA 4), p. 231.

จากการศึกษาเอกสารต้นร่างและประวัติการร่างอนุสัญญา 1951 บางส่วน สามารถสรุปแนวทางการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” เพื่อประกอบการพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ผู้ร่างฯ เห็นว่า “การถูกประหัตประหาร” ควรตีความแบบครอบคลุมเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงความหลากหลายของพฤติกรรมที่สามารถก่อให้เกิดการย้ายถิ่นโดยไม่สมัครใจ (Involuntary Migration) ซึ่งรวมถึงการลี้ภัยได้ เนื่องจากยังไม่ปรากฏว่ามีมาตรฐานกลางหรือแนวคิดที่เป็นที่ยุติแล้วในการกำหนดลักษณะการกระทำที่เข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร”⁶³ ด้วยเหตุนี้จึงสามารถอนุมานได้ว่ามาตรการหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่มีขึ้นโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ เป็นต้นว่า การกระทำต่อชีวิต การจำกัดเสรีภาพ ตลอดจนการละเมิดสิทธิและเสรีภาพทางพลเรือนและการเมือง จึงสามารถเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ได้ทั้งสิ้น⁶⁴

(2) นอกจากสิทธิและเสรีภาพทางพลเรือนและการเมืองแล้ว ผู้ร่างฯ ยังเห็นว่าผลกระทบอย่างร้ายแรงทางด้านเศรษฐกิจและสังคมสามารถเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ได้ด้วย โดยในเรื่องนี้เคยปรากฏในการแลกเปลี่ยนความเห็นในที่ประชุมผู้ร่างฯ โดยผู้แทนจากสมาคมแรงงานอเมริกันให้ความเห็นว่าบุคคลอาจตัดสินใจหนีออกจากภูมิลำเนาด้วยเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจและสังคมได้ และผู้แทนจากฝรั่งเศสได้กล่าวเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า “การถูกประหัตประหาร” ควรได้รับการตีความอย่างกว้างและควรครอบคลุมกรณีผลกระทบอย่างร้ายแรงทางด้านเศรษฐกิจและสังคมด้วยได้⁶⁵

(3) ผู้ร่างฯ เห็นว่า “การถูกประหัตประหาร” ไม่มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายหรือถึงขั้นต้องมีการเสียชีวิตเท่านั้น หากแต่พิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีความเสี่ยงที่จะได้รับภัยอันตรายอย่างร้ายแรงในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นหรือไม่ก็ถือว่าเพียงพอแล้ว⁶⁶ ซึ่งแนวทางนี้ได้ถูกนำไปใช้ในการตีความโดยหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ เช่น ประเทศแคนาดาในคดี *Arguello-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* ที่ศาลสูงแคนาดายอมรับว่า การคุกคาม (Harassment) หรือการกระทำไม่ดี (Ill-treatment) ในลักษณะที่จะเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” นั้นสามารถเกิดขึ้นในรูปแบบ

⁶³ *Supra* Note 9, p. 183.

⁶⁴ Paul Weis, “The Concept of the Refugee in International Law,” in *Journal of International Law* Vol. 928 (1960), p. 87.

⁶⁵ United Nations *Ad Hoc* Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems, E/AC.32/SR.17, 31 January 1950, pp. 3-4.

⁶⁶ *Supra* Note 9, p. 184.

ต่าง ๆ ได้ โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย⁶⁷ และประเทศออสเตรเลียในคดี Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs ที่ผู้พิพากษา McHugh J. แห่งศาลสูงออสเตรเลียได้ระบุความเห็นไว้ในคำพิพากษาว่า การกระทำในรูปแบบต่าง ๆ ที่อาจไม่ถึงกับเป็นการกระทบต่อชีวิตและเสรีภาพ แต่มีลักษณะเป็นการไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ อาจเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ได้ เช่น การปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงการจ้างงานหรือการศึกษา การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการรวมกลุ่ม หรือการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย⁶⁸

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากแนวทางข้างต้น การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” จึงควรตีความในลักษณะที่สะท้อนวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 ที่มุ่งสอดแทรกคุณค่าด้านสิทธิมนุษยชนในการบังคับใช้อนุสัญญา 1951

4. ผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนจากการระบาดใหญ่

การระบาดใหญ่สามารถส่งผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนต่อบุคคลได้ในหลายรูปแบบด้วยกัน แต่ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นผลกระทบที่เห็นได้อย่างชัดเจนมี 2 ประการ คือ 1) ผลกระทบต่อสิทธิในการมีชีวิต (Right to Life) และ 2) ผลกระทบต่อสิทธิด้านสุขภาพ (Right to Health) ของบุคคล

ประการแรก สิทธิในการมีชีวิตเป็นสิทธิทางพลเรือนที่รับรองว่าบุคคลไม่พึงถูกกระทำหรืองดเว้นกระทำในลักษณะที่จงใจหรือคาดหมายได้ว่าจะก่อให้เกิดการเสียชีวิตอย่างไม่เป็นธรรมชาติ (Unnatural) หรือเสียชีวิตก่อนวัยอันควร (Premature) และรวมถึงความสามารถในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี⁶⁹ โดยกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางพลเรือนและการเมือง (กติกา ICCPR) ข้อ 6 กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องรับรองสิทธิในการมีชีวิตของบุคคลซึ่งมีมาแต่กำเนิด คู่คุ้มครองโดยกฎหมาย และบุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ (“no one shall be arbitrarily deprived of his life”)⁷⁰ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้อธิบายเพิ่มเติมใน General Comments No. 36 เกี่ยวกับการไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ ว่า

⁶⁷ *Arguello-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1993] FCJ 635 (Can. FC), 23 June 1993.

⁶⁸ *Chan v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs* [1989] 169 CLR 379 (Australia High Court), 9 December 1989.

⁶⁹ United Nations Human Rights Committee, **General Comment No. 36: The Right to Life (Art. 6 of the Covenant)**, CCPR/C/GC/35, 2019, para. 3.

⁷⁰ United Nations General Assembly, **International Covenant on Civil and Political Rights**, UNTS Vol. 999, 1966, p. 171 (ICCPR), Art. 6.

- (1) มีการเจตนา (Intentional) หรือมีพฤติการณ์ที่คาดหมายได้ (Foreseeable)
- (2) มีกระทำให้หรือดเว้นกระทำจนก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต (Life-terminating Harm)
- (3) ภัยอันตรายเช่นนั้นสามารถป้องกันได้ (Preventable)⁷¹

การตีความผลกระทบจากการระบาดใหญ่ต่อสิทธิในการมีชีวิตว่าอาจเข้าข่ายเป็น “การถูกประหารชีวิต” ได้นั้น อาจทำได้โดยไม่มีประเด็นโต้แย้งในเชิงหลักการพื้นฐานมากนัก เนื่องจากสิทธิในการมีชีวิตเป็นสิทธิทางพลเรือนประเภทหนึ่งซึ่งที่ผ่านมาสิทธิทางพลเรือนมักได้รับการตีความโดยองค์การระหว่างประเทศและศาลในต่างประเทศว่าเป็น “การถูกประหารชีวิต” อยู่แล้ว

ประการที่สอง สิทธิด้านสุขภาพ เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมที่กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (กติกา ICESCR) ข้อ 12 กำหนดให้รัฐภาคีจะต้องรับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีสุขภาพกายและสุขภาพจิตตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่เป็นไปได้ (“the highest attainable standard of health”)⁷² อย่างเท่าเทียมกันและให้ครอบคลุมกลุ่มที่ต้องการความช่วยเหลือเป็นพิเศษด้วย⁷³ และกำหนดให้รัฐภาคีต้องดำเนินการหลายประการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการป้องกัน รักษาและควบคุมโรคระบาด โรคประจำถิ่น โรคจากการประกอบอาชีพ และโรคอื่น ๆ ตลอดจนการสร้างสภาวะที่ประกันบริการทางแพทย์และการให้การดูแลรักษาพยาบาลแก่ทุกคนในกรณีเจ็บป่วย⁷⁴

นอกจากนี้ คณะกรรมการเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (CESCR) ได้อธิบายเพิ่มเติมใน General Comments No. 14 ว่าพันธกรณีในเรื่องนี้ของรัฐภาคีมีองค์ประกอบ 4 ประการที่จะต้องดำเนินการ คือ

- (1) รัฐภาคีจะต้องจัดให้สิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขมีอยู่ในปริมาณที่เพียงพอ
- (2) รัฐภาคีจะต้องจัดให้ทุกคนสามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยคำนึงถึงข้อจำกัดทางกายภาพ ความสามารถทางเศรษฐกิจ และการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร

⁷¹ *Supra* Note 69, para. 6.

⁷² United Nations General Assembly, **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, UNTS Vol. 993, 1966, p. 3 (ICESCR), Art. 12(1).

⁷³ *Supra* Note 2, p. 196.

⁷⁴ *Supra* Note 72, ICESCR, Art.12(2).

(3) รัฐภาคีจะต้องจัดให้สิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขมีมาตรฐานที่เคารพจรรยาบรรณทางการแพทย์ เหมาะสมกับวัฒนธรรม คำนึงถึงประเด็นทางเพศและวงจรชีวิตตลอดจนเคารพความเป็นส่วนตัวและสถานะทางสุขภาพของบุคคล

(4) รัฐภาคีจะต้องจัดให้สิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขที่มีคุณภาพดีและได้มาตรฐานทางการแพทย์และทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งรวมถึงการมีแพทย์ที่มีความชำนาญสูง มีเวชภัณฑ์ที่ได้รับการรับรองทางวิทยาศาสตร์และยังไม่หมดอายุ มีอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม มีน้ำดื่มที่สะอาด และมีสุขอนามัยที่เพียงพอ⁷⁵

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาแห่งพันธกรณีในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการระบาดใหญ่เกิดขึ้น อาทิ กรณีโรค COVID-19 รัฐภาคีจะต้องจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขที่มีคุณภาพดีและได้มาตรฐานเพื่อป้องกัน ควบคุม และรักษาโรคระบาด ตลอดจนดำเนินการเพื่อให้บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขดังกล่าวได้อย่างเพียงพอและไม่เลือกปฏิบัติ อันจะเป็นการช่วยลดการติดเชื้อ ลดความเสี่ยงต่อการเจ็บป่วยรุนแรง และลดความเสี่ยงที่จะเสียชีวิตได้ ดังนั้น บุคคลที่ไม่สามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขเพื่อรักษาชีวิตของตนได้จนถึงขนาดที่ส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิด้านสุขภาพของตนอย่างมีนัยสำคัญ อาจใช้เหตุนี้เพื่ออ้างเพื่อสนับสนุนการตีความว่าผลกระทบจากการระบาดใหญ่เป็น “การถูกประหารชีวิต” ภายใต้อนุสัญญา 1951 ได้

5. ข้อพิจารณาการตีความเงื่อนไข “การถูกประหารชีวิต” ให้รวมถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่

แม้ว่าเมื่อได้พิจารณาจากหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญาของอนุสัญญา VCLT แล้วจะสามารถมีข้อสนับสนุนให้การตีความเงื่อนไข “การถูกประหารชีวิต” ครอบคลุมไปถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ได้ แต่จากการศึกษาพบว่าข้อสนับสนุนดังกล่าวยังมีข้อพิจารณาหลายประการที่อาจเป็นอุปสรรคในการตีความในแนวทางนี้ โดยผู้วิจัยจะแบ่งอธิบาย ดังนี้

5.1 การพิสูจน์เจตนาละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของรัฐ

ข้อพิจารณาประการแรก คือ การพิสูจน์เจตนาละเมิดสิทธิในการมีชีวิตของรัฐ โดยแม้ว่าสิทธิในการมีชีวิตในฐานะที่เป็นสิทธิทางพลเรือนประเภทหนึ่งมักได้รับการตีความว่าเป็น “การถูก

⁷⁵ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)**, E/C.12/2000/4, 2000, para. 12.

ประหัตประหาร” อยู่แล้ว แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาแห่งสิทธิประกอบกับคำอธิบายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนข้างต้น จะพบว่าบุคคลที่จะอ้างผลกระทบต่อสิทธิในการมีชีวิตในบริบทการระบาดใหญ่นั้น มีภาระการพิสูจน์ที่ค่อนข้างสูงและในทางปฏิบัติทำได้ยาก เพราะบุคคลจะต้องแสดงให้เห็นถึงขนาดที่ว่ารัฐต้นทางของบุคคลจะต้องมีเจตนากระทำหรือดเว้นกระทำการใด ๆ หรือมีพฤติกรรมที่คาดหมายได้ว่าการกระทำหรือดเว้นกระทำการนั้น จะส่งผลทำให้บุคคลเสียชีวิตอย่างไม่เป็นธรรมชาติหรือก่อนวัยอันควรจากโรค COVID-19 เช่น มีเจตนาที่ปฏิเสธไม่ให้บุคคลเข้าถึงวัคซีน ทั้งที่ข้อมูลทางการแพทย์จะระบุสอดคล้องกันว่าการเสียชีวิตจากโรค COVID-19 เป็นสิ่งที่สามารถป้องกันได้หากบุคคลนั้นสามารถเข้าถึงวัคซีนได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้น หากบุคคลสามารถแสดงให้เห็นได้ตามแนวทางดังกล่าวนี้ ผลกระทบจากการระบาดใหญ่ต่อสิทธิในการมีชีวิตอาจเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ภายใต้อนุสัญญา 1951 ได้

5.2 คุณลักษณะการบังคับใช้พันธกรณีสิทธิด้านสุขภาพที่ขึ้นอยู่กับศักยภาพและปริมาณทรัพยากร

ข้อพิจารณาประการที่สอง คือ การคำนึงถึงคุณลักษณะการบังคับใช้สิทธิด้านสุขภาพในฐานะที่เป็นสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมภายใต้กติกา ICESCR ทั้งนี้ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการบังคับใช้สิทธิมนุษยชนมีคุณลักษณะเป็นพันธกรณีที่มีผลกำหนดให้รัฐภาคีต้องกระทำทันที (Immediate Effect) เช่น สิทธิทางพลเรือนและการเมืองตามกติกา ICCPR กำหนด⁷⁶ เพราะเนื้อหาแห่งพันธกรณีมีลักษณะที่กำหนดห้ามมิให้รัฐกระทำการในลักษณะที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐสามารถทำได้ทันที ในขณะที่พันธกรณีภายใต้กติกา ICESCR นั้น มีคุณลักษณะเป็นพันธกรณีที่รัฐสามารถดำเนินการในลักษณะที่ค่อยเป็นค่อยไป (Progressive Realization) โดยความสามารถในการดำเนินการจะขึ้นอยู่กับศักยภาพและปริมาณของทรัพยากรที่มีอยู่สูงสุด (“maximum of its available resources”) ของรัฐภาคีนั้น ๆ⁷⁷ เพราะเนื้อหาแห่งพันธกรณีนี้มีลักษณะที่กำหนดให้รัฐต้องจัดหาหรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้บุคคลสามารถอุปโภคสิทธิมนุษยชนได้ดียิ่งขึ้นซึ่งในการจัดหาหรือกระทำการนั้นจำเป็นจะต้องอาศัยทรัพยากรที่รัฐมีเป็นสำคัญ

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาในบริบทการระบาดใหญ่ ผู้ตีความจึงต้องคำนึงถึงศักยภาพและปริมาณทรัพยากรของรัฐภาคีในการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขที่มี

⁷⁶ John Tasioulas, *Minimum Core Obligations: Human Rights in the Here and Now* [online] Available from: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29144/122563-WP-Tasioulas2-PUBLIC.pdf> [20 July 2021].

⁷⁷ Ibid.

คุณภาพดีและได้มาตรฐานเพื่อป้องกัน ควบคุม และรักษาโรคระบาดด้วย เช่น จำนวนโรงพยาบาล สถานพยาบาล ตลอดจนบุคลากรทางการแพทย์ ยาและเวชภัณฑ์ที่มีอยู่ นอกจากนี้ ผู้ตีความยังอาจต้องคำนึงถึงศักยภาพของรัฐที่สามารถผลิตยาและ/หรือเวชภัณฑ์ขึ้นใช้เองภายในรัฐได้หรือไม่ หรือหากผลิตใช้เองได้แต่ยังไม่เพียงพอก็ต้องคำนึงถึงศักยภาพและอำนาจต่อรองในการจัดหาหรือซื้อยา และเวชภัณฑ์จากผู้ผลิตหรือรัฐบาลในต่างประเทศ ทั้งนี้ ประการสำคัญคือรัฐจะต้องแสดงให้เห็นด้วยว่ารัฐได้ใช้ศักยภาพเช่นว่านั้นอย่างสูงสุดด้วย เนื่องจากรัฐที่กล่าวอ้างว่าตนไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องนี้ได้มีการการพิสูจน์ถึงข้อจำกัดด้านทรัพยากรว่าต้องมีอยู่ถึงในระดับที่ไม่สามารถควบคุมได้และรัฐต้องได้ร้องขอความช่วยเหลือจากประชาคมระหว่างประเทศแล้ว⁷⁸ ดังนั้น หากรัฐสามารถพิสูจน์ได้ว่าการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขนั้นเป็นการดำเนินการที่เต็มศักยภาพสูงสุดของรัฐแล้ว ก็อาจทำให้การที่บุคคลไม่อาจเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขได้พันที่ยังไม่เข้าข่าย “การถูกประหัตประหาร” ได้

5.3 การให้น้ำหนักกับประเด็นการเลือกปฏิบัติ

ข้อพิจารณาประการที่สาม คือ การที่ผู้ตีความให้น้ำหนักกับประเด็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในการพิจารณาพฤติการณ์ที่บุคคลประสบเพื่อประกอบการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” โดยผู้ตีความจะต้องพิจารณาว่าพฤติการณ์ดังกล่าวว่าเป็นเหตุมาจาก “การถูกประหัตประหาร” โดยผู้ตีความจะต้องพิจารณาว่าพฤติการณ์ดังกล่าวว่าเป็นเหตุมาจาก (“for reasons of”) สาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ตามที่อนุสัญญา 1951 กำหนดหรือไม่

ในประเด็นนี้ ศาลสูงออสเตรเลีย ได้มีคำพิพากษาไปในแนวทางที่ให้น้ำหนักกับประเด็นการเลือกปฏิบัติ โดยผู้พิพากษา McHugh J. ได้อธิบายว่า แม้ “การถูกประหัตประหาร” จะสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ แต่การตีความจะต้องไม่ขึ้นอยู่กับลักษณะหรือสภาพของการกระทำหรือพฤติการณ์แต่เพียงอย่างเดียว เพราะในความเป็นจริงแล้ว ความหมายของ “การถูกประหัตประหาร” ในบริบทของอนุสัญญา 1951 จะต้องพิจารณาประกอบกับเงื่อนไขที่ว่าบุคคลนั้นได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือจากพฤติการณ์ดังกล่าวเนื่องจากถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ ความคิดเห็นทางการเมือง หรือสมาชิกภาพของกลุ่มทางสังคมหรือไม่⁷⁹ ทั้งนี้ คำอธิบายนี้สอดคล้องกับถ้อยแถลงของผู้แทนจากอิสราเอลในที่ประชุมผู้แทนทางการทูตว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยและคนไร้สัญชาติ ที่ได้ให้ความเห็นว่า ตัวบทในอนุสัญญาคงไม่สามารถตีความให้ขยายไปถึง

⁷⁸ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)**, E/C.12/1999/5, 1999, para. 17-18.

⁷⁹ *Supra* Note 68, p. 258.

เหตุการณ์ที่โดยสภาพแล้วมีลักษณะไม่เลือกปฏิบัติ เช่น ภัยพิบัติ ได้ เพราะการที่จะสรุปว่ากรณีไฟไหม้ น้ำท่วม แผ่นดินไหว ภูเขาไฟระเบิด ฯลฯ จะเลือกส่งผลกระทบต่อบุคคลเฉพาะกลุ่มจะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจินตนาการว่าจะเกิดขึ้นจริงได้⁸⁰ และสอดคล้องกับความเห็นของนาย Antonio Guterres เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งหัวหน้าสำนักงาน UNHCR ที่กล่าวว่า ลักษณะการส่งผลกระทบต่ออย่างไม่เลือกปฏิบัติ (Indiscriminate Nature of Impact) เช่น กรณีภัยพิบัติที่ส่งผลกระทบต่อทุกคนในพื้นที่เป็นเหตุการณ์ที่ไม่สอดคล้องและไม่รวมอยู่ในคุณลักษณะของผู้ลี้ภัยในบริบทของอนุสัญญา 1951⁸¹ นอกจากนี้ แนวทางนี้ยังสะท้อนโดยนัยให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับตัวกระทำการที่เป็นมนุษย์ (Human Agency) เพราะในการพิจารณาประกอบว่า “การถูกประหัตประหาร” เป็นผลมาจากการเลือกปฏิบัติหรือไม่นั้น ผู้ตีความเสียงไม่ได้ที่จะต้องระบุตัวผู้ที่กระทำการเลือกปฏิบัติ หรือที่อาจเรียกได้ว่า “ผู้กระทำการประหัตประหาร” (Persecutor)⁸² ซึ่งย่อมสื่อความหมายถึงถึงมนุษย์หรือบุคคลที่กระทำการดังกล่าว

ดังนั้น การตีความที่ให้น้ำหนักกับประเด็นการเลือกปฏิบัติ จะส่งผลให้เหตุการณ์ที่โดยสภาพแล้วส่งผลกระทบต่อบุคคลอย่างไม่เลือกปฏิบัติและที่ไม่สามารถระบุ “ผู้กระทำการประหัตประหาร” ให้ชัดเจนได้ เช่น การระบาดใหญ่ที่ทุกคนต่างสามารถได้รับเชื้อด้วยกันได้ทั้งสิ้น และไม่สามารถระบุตัวได้ว่าผู้ใดเป็นผู้ที่กระทำการเลือกปฏิบัติ จึงอาจยังไม่เข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ภายใต้อนุสัญญา 1951⁸³

5.4 ความเกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองแทนรัฐ

ข้อพิจารณาประการที่สี่ คือ การที่ผู้ตีความตระหนักถึงรากฐานของระบบการคุ้มครองผู้ลี้ภัยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองแทนรัฐ (Principle of Surrogacy Protection) ซึ่งหมายถึง การที่รัฐแห่งสัญชาติของบุคคลหรือรัฐที่บุคคลพำนักอาศัยประจำประสบความล้มเหลวในการคุ้มครองบุคคลดังกล่าว⁸⁴ จนส่งผลให้ความผูกพัน ความไว้นื้อเชื่อใจ

⁸⁰ United Nations, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Summary Record of the Twenty-Second Meeting (26 November 1951), UN Doc. A/CONF.2/SR.22.

⁸¹ Antonio Guterres, Migration, Displacement and Planned Relocation [online] Available from: <https://www.unhcr.org/news/editorial/2012/12/55535d6a9/migration-displacement-planned-relocation.html> [27 July 2021].

⁸² Matthew Scott, Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention (Cambridge University Press, 2020), p. 6.

⁸³ Jane McAdam, Climate Change, Forced Migration, and International Law (Oxford University Press, 2021), p. 46.

⁸⁴ Andrew E. Shacknove, “Who is a Refugee?,” in Ethics Vol. 95 No. 2 (1985), p. 277.

ตลอดความคุ้มครองและความช่วยเหลือระหว่างบุคคลกับรัฐนั้นได้สิ้นสุดลง⁸⁵ และทำให้บุคคลนั้นไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะขอรับความคุ้มครองจากรัฐดังกล่าวเพราะเหตุแห่งความหวาดกลัวอันมีมูลเหตุที่จะกล่าวอ้างได้⁸⁶ จึงทำให้ประชาคมระหว่างประเทศมีความจำเป็นต้องเข้ามาให้ความคุ้มครองบุคคลนั้นในลักษณะแทนรัฐดังกล่าว

ในประเด็นนี้ ศาล House of Lords ในคดี Horvath ผู้พิพากษา Lord Hope ได้อธิบายว่า ขอบเขตของการตีความอนุสัญญา 1951 นอกจากจะถูกจำกัดโดยประเด็นการเลือกปฏิบัติแล้วยังถูกจำกัดโดยหลักการคุ้มครองแทนรัฐอีกด้วย โดยในการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ผู้ตีความจะต้องพิจารณาด้วยว่ารัฐแห่งสัญชาติของบุคคลนั้นหรือรัฐที่บุคคลนั้นพำนักอาศัยประจำมีพฤติการณ์ในลักษณะที่ไม่สมัครใจหรือไม่สามารถที่จะทำหน้าที่คุ้มครองบุคคลดังกล่าวหรือไม่⁸⁷ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากการที่รัฐปฏิเสธหรือมีการลดทอนระดับการคุ้มครองจากระดับที่โดยปกติแล้วบุคคลควรคาดหวังได้จากรัฐ⁸⁸ จนส่งผลให้บุคคลนั้นไม่อาจอุปโภคสิทธิที่พึงได้รับในฐานะที่เป็นคนชาติได้⁸⁹ ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Lord Hope เห็นว่าหากรัฐนั้นได้พยายามอย่างดีที่สุดแล้วตามความสามารถที่รัฐมีในการที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลก็ไม่จำเป็นที่บุคคลนั้นจะต้องมาขอรับความคุ้มครองในทางระหว่างประเทศแทนรัฐแต่อย่างใด⁹⁰ นอกจากนี้ คำอธิบายนี้ยังสอดคล้องกับแนวทางของผู้ร่างฯ ดังจะเห็นได้จากต้นร่างของผู้แทนอังกฤษที่ใช้คำว่า “บุคคลที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง” (“unprotected person”)⁹¹ และต้นร่าง ของผู้แทนฝรั่งเศสที่ใช้คำว่า “บุคคลที่ไม่เต็มใจหรือไม่อาจเรียกร้องความคุ้มครองจากรัฐตนได้” (“unwilling or unable to claim the protection of their country”)⁹² อีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาในบริบทการระบาดใหญ่ ผู้ตีความจึงต้องพิจารณาว่ารัฐต้นทางได้เกิดความล้มเหลวในการให้ความคุ้มครองจนบุคคลต้องมาขอรับความคุ้มครองในทางระหว่าง

⁸⁵ Ibid, p. 275.

⁸⁶ *Supra* Note 5, Refugee Convention, Art. 1(A)(2).

⁸⁷ *Supra* Note 35.

⁸⁸ Guy S. Goodwin-Gill, “Non-Refoulement and the New Asylum Seekers” in *Virginia Journal of International Law* Vol. 26 No. 4 (1986), p. 901.

⁸⁹ United Nations *Ad Hoc* Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems, “Memorandum from the Secretary-General”, E/AC.32/2, 3 January 1950.

⁹⁰ *Supra* Note 35.

⁹¹ United Nations *Ad Hoc* Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems, “United Kingdom: Draft Proposal for Article 1”, E/AC.32/L.2) 17 January 1950.

⁹² United Nations *Ad Hoc* Committee on Refugees and Stateless Persons, *Ad Hoc* Committee on Statelessness and Related Problems, “France: Proposal for a Draft Convention”, E/AC.32/L.3) 17 January 1950.

ประเทศแทนรัฐหรือไม่ ทั้งนี้ มีความเห็นว่าพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะเกินกว่าที่รัฐจะสามารถควบคุมในทางสังคม (Social Control) ได้ เช่น พายุ แผ่นดินไหว หรือการระบาดใหญ่ น่าจะไม่ทำให้ความผูกพันระหว่างรัฐกับบุคคลนั้นสิ้นสุดลง⁹³ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของรัฐแต่เป็นผลมาจากธรรมชาติหรือเหตุอื่น ดังนั้น หากรัฐสามารถพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดแล้วตามความสามารถที่รัฐมีในการที่จะให้ความคุ้มครองหรือช่วยเหลือบุคคลนั้น ก็อาจทำให้การที่บุคคลไม่อาจขอรับความคุ้มครองจากรัฐได้ เช่น การที่บุคคลไม่อาจเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขได้ทันที ยังไม่เข้าข่าย “การถูกประหัตประหาร”

5.5 การกำหนดให้พฤติการณ์มีขอบเขตด้านระยะเวลา

ข้อพิจารณาประการที่ห้า คือ การที่ผู้ตีความมีทัศนคติต่อเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ในลักษณะที่ยึดโยงกับการคงอยู่ (Existence) ของพฤติการณ์ กล่าวคือ เป็นการกำหนดขอบเขตด้านระยะเวลาไว้จำกัดเฉพาะในขณะซึ่งพฤติการณ์ซึ่งทำให้เกิดภัยยังคงปรากฏอยู่เท่านั้น และเมื่อพฤติการณ์นั้นได้สิ้นสุดลงไปแล้วก็จะไม่ถือว่าบุคคลนั้น “ถูกประหัตประหาร” อีกต่อไป

จากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปใน Qualification Directive⁹⁴ ได้สะท้อนแนวทางการตีความตามข้อพิจารณานี้ โดยเห็นได้จากการที่ข้อ 9(2) ได้อธิบายคำว่า “การประหัตประหาร” (ใช้คำว่า “Persecution”) ว่าหมายถึง “การกระทำ” (Acts) ที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายตามที่หลักเกณฑ์กำหนด ทำให้เมื่อต้องตีความเงื่อนไขนี้ ผู้ตีความจึงต้องพิจารณาว่ามีการกระทำเกิดขึ้นหรือไม่และพฤติการณ์ซึ่งเป็นผลจากการกระทำนั้นยังคงอยู่หรือไม่ แนวทางนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักวิชาการหลายรายที่เห็นว่า “การประหัตประหาร” จะต้องมีการกระทำเกิดขึ้น โดยสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น การทรมาน การประตักต้อนบุคคลอย่างโหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือการลงโทษอย่างอำมหิตที่กระทบต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์⁹⁵ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการกระทำดังกล่าวนี้เกิดขึ้นก็จะถือว่า “การประหัตประหาร” ได้เกิดขึ้นในช่วงเวลาหรือขณะ (“the moment”) ที่บุคคลกำลังประสบภัยอันตรายเช่นว่า⁹⁶ โดยพิจารณาประกอบกับระดับความรุนแรง (Intensity) และระยะเวลา (Duration) ของการกระทำดังกล่าว⁹⁷

⁹³ *Supra* Note 84, p. 279.

⁹⁴ *Supra* Note 13.

⁹⁵ *Supra* Note 11, p. 193.

⁹⁶ *Supra* Note 38, p. 90.

⁹⁷ Andreas Zimmermann and Claudia Mahler, “Article 1A, para. 2 (Definition of the Term ‘Refugee’),” in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: Commentary*, eds. Andreas Zimmermann (Oxford University Press, 2011), p. 348.

ดังนั้น การตีความโดยคำนึงถึงขอบเขตด้านระยะเวลาของเหตุการณ์ จะส่งผลให้เมื่อเหตุการณ์เฉพาะเรื่องที่คุณคลประสบได้สิ้นสุดลงแล้ว เช่น การที่องค์การอนามัยโลกประกาศว่าการระบาดใหญ่ได้ยุติลงแล้ว อาจทำให้ผู้ตีความเห็นว่าบุคคลนั้นไม่ “ถูกประหัตประหาร” อีกต่อไป และไม่เข้าเงื่อนไขในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัย

5.6 การคำนึงถึงภาระของรัฐผู้รับ

ข้อพิจารณาประการสุดท้ายเป็นข้อพิจารณาในทางปฏิบัติ คือ การที่รัฐภาคีในฐานะรัฐผู้รับ (Host State) คำนึงถึงภาระของตนที่อาจเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากจากการที่ต้องจัดสรรและใช้ทรัพยากรของตนที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อดูแลและคุ้มครองผู้ลี้ภัยตามพันธกรณีที่อนุสัญญา 1951 กำหนด ดังนั้น รัฐภาคีจึงมีแนวโน้มที่จะตีความเงื่อนไขต่าง ๆ อย่างเคร่งครัดเพื่อจำกัดขอบเขตในการดำเนินการตามพันธกรณีดังกล่าวของตน

ในประเด็นนี้ ผู้พิพากษา Dawson J. ในคดี *Matter of Acosta* ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการขับไล่บุคคลออกจากสหรัฐอเมริกา ได้ชี้ประเด็นว่า แม้อนุสัญญา 1951 จะเป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ด้านมนุษยธรรม ดังจะเห็นได้จากอารัมภบทที่เรียกร้องให้รัฐทั้งหลายตระหนักถึงลักษณะทางสังคมและมนุษยธรรมของปัญหาผู้ลี้ภัย⁹⁸ แต่ในขณะเดียวกัน อนุสัญญา 1951 ก็ได้สร้างภาระอย่างหนักแก่รัฐผู้รับในการที่จะต้องดูแลและคุ้มครองสิทธิบางประการให้แก่ผู้ลี้ภัย ดังนั้น ในการตีความเงื่อนไขนี้รัฐจึงต้องคำนึงถึงข้อพิจารณานี้ด้วย⁹⁹ ในเรื่องนี้ ศาลสูงออสเตรเลียได้เคยตัดสินตามแนวทางนี้ว่า ไม่ควรตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้ขยายออกไปจนกลายเป็นการคุ้มครองบุคคลในทุก ๆ เรื่อง (Universal Protection) เพราะจะเป็นการสร้างภาระให้แก่รัฐผู้รับ ทั้งที่จริงแล้วหน้าที่และความรับผิดชอบหลักควรจะเป็นของรัฐแห่งสัญชาติของบุคคลนั้น ดังนั้น หากตีความให้ขยายไปรวมถึงสถานการณ์ที่หลากหลาย เช่น ภัยพิบัติ ความอดอยาก หรือการระบาดใหญ่ จะทำให้รัฐผู้รับอาจต้องแบกรับภาระมากเกินไป¹⁰⁰

6. ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาจากข้อสนับสนุนและข้อพิจารณาข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยพบว่าแนวทางของสำนักงาน UNHCR และศาลต่างประเทศในการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” นั้น ได้มี

⁹⁸ *Supra* Note 5, Refugee Convention, Preamble.

⁹⁹ *Matter of Acosta*, A-24159781, United States Board of Immigration Appeals, 1 March 1985

¹⁰⁰ *Supra* Note 62, p. 248.

การดำเนินการอย่างระมัดระวังโดยคำนึงถึงผลกระทบทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าในเชิงหลักการนั้นผู้ตีความสามารถตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบอบใหญ่ได้ เนื่องจากสอดคล้องกับถ้อยคำในอารัมภบทของพิธีสาร 1967 ที่ได้ระบุว่าให้คำนึงถึงสถานการณ์ใหม่ด้านผู้ลี้ภัย (“new refugee situations”)¹⁰¹ และหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญา แต่ผู้ตีความควรจะต้องปรับการให้เหตุผลเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขอื่นที่ใช้ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยตามอนุสัญญา 1951 กำหนดด้วย โดยมีข้อสังเกตและข้อเสนอแนะ ดังนี้

6.1 พิจารณาประเด็นการเลือกปฏิบัติในฐานะที่เป็นผลกระทบจากการกระทำของรัฐต้นทาง

จากการศึกษาพบว่า รัฐตีความประเด็นการเลือกปฏิบัติในมิติที่พิจารณาจากลักษณะโดยสภาพของพฤติกรรม ว่าพฤติกรรมที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลกระทบอย่างเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ตามที่อนุสัญญา 1951 กำหนดหรือไม่¹⁰² จนทำให้การตีความสำหรับพฤติกรรมบางประการที่โดยสภาพส่งผลกระทบอย่างไม่เลือกปฏิบัติ เช่น การระบอบใหญ่เพราะทุกคนต่างสามารถรับเชื่อได้ทั้งสิ้น ไม่เข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ภายใต้อนุสัญญา 1951

อย่างไรก็ดี เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 ที่มุ่งสอดแทรกคุณค่าด้านสิทธิมนุษยชนในการบังคับใช้¹⁰³ ผู้ตีความอาจมีข้อสนับสนุนหรือการให้เหตุผลเพื่อตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบอบใหญ่ได้ โดยเสนอให้อธิบายประเด็นการเลือกปฏิบัติในฐานะที่เป็นผลกระทบจากการกระทำของรัฐต้นทาง กล่าวคือ พิสูจน์ให้เห็นว่ารัฐมีการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบ (Systemic Discrimination) ด้วยการปฏิเสธ ถอดถอน หรือพรากไปซึ่งความสามารถของบุคคลในการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขของรัฐ เพราะสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ตามที่อนุสัญญา 1951 กำหนด¹⁰⁴

¹⁰¹ *Supra* Note 8, Refugee Protocol, Preamble.

¹⁰² โปรดดูหัวข้อ 5.3

¹⁰³ โปรดดูหัวข้อ 3.4

¹⁰⁴ Niall Crowley, *Identifying and Preventing Systemic Discrimination at the Local Level* [online] Available from <https://rm.coe.int/policy-study-identifying-and-preventing-systemic-discrimination-at-the/1680a00ef4> [2 August 2021]

ข้อสนับสนุนนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า แม้ลักษณะโดยสภาพของพฤติการณ์จะส่งผลกระทบต่อบุคคลทุกคนอย่างไม่เลือกปฏิบัติก็ตาม แต่ด้วยสถานะทางสังคมเฉพาะตัวของบุคคลบางกลุ่ม ทำให้บุคคลกลุ่มนี้มีความเสี่ยงมากกว่าที่จะได้รับการเลือกปฏิบัติจนเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงการแก้ไขเยียวยาหรือการบรรเทาผลกระทบจากพฤติการณ์เมื่อเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่นในสถานการณ์เดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อลักษณะฉุกเฉินของพฤติการณ์เป็นปัจจัยที่ทำให้บุคคลที่ถือว่าอยู่ในกลุ่มชายขอบของสังคมอยู่แล้วได้รับผลกระทบที่รุนแรงมากขึ้นกว่าบุคคลกลุ่มอื่น¹⁰⁵ ทั้งนี้ ข้อสนับสนุนนี้สอดคล้องกับคำอธิบายของผู้แทนพิเศษสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของผู้พลัดถิ่น ที่อธิบายว่า นโยบายและมาตรการของรัฐที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งส่งผลกระทบต่อการอุปถัมภ์ของบุคคลบางกลุ่มเพราะเหตุแห่งชาติพันธุ์หรือศาสนา ทำให้ความเปราะบางที่บุคคลกลุ่มนี้เผชิญอยู่เดิมนั้นมีความรุนแรงมากขึ้น¹⁰⁶ เนื่องจากนโยบายและมาตรการเช่นว่าทำให้บุคคลกลุ่มนี้มีข้อจำกัดในการเข้าถึงทรัพยากรและการได้รับการเยียวยา

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่าคำพิพากษาของศาลที่สนับสนุนแนวทางการตีความนี้อยู่บ้าง ตัวอย่างเช่น คณะมนตรีรัฐธรรมแห่งเนเธอร์แลนด์ (Dutch Council of State) ในคดี *A v. Staatssecretaris van Justitie* ได้วินิจฉัยว่า การยกเว้นในลักษณะเลือกปฏิบัติ (Discriminatory Exclusion) อันส่งผลให้บุคคลไม่สามารถเข้าถึงการรักษาพยาบาลได้ มีลักษณะเป็น “การถูกประหัตประหาร”¹⁰⁷ และศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกาในคดี *Tchoukhrova v. Gonzales* ได้วินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่า แม้ข้อจำกัดทางเศรษฐกิจของรัฐจนส่งผลให้รัฐล้มเหลวในการจัดให้คนชาติสามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขได้จะทำให้ความล้มเหลวเช่นว่าไม่เป็น “การประหัตประหาร” แต่ข้อจำกัดดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้เพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนการพรางไปซึ่งบริการสาธารณสุขที่สำคัญต่อความสามารถในการอยู่รอดและพัฒนาของบุคคล เมื่อการพรางไปเช่นว่านั้นมีขึ้นเพราะเหตุแห่งการที่บุคคลนั้นเป็นสมาชิกกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง¹⁰⁸

ดังนั้น หากพิจารณาตามแนวทางนี้ บุคคลที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าตนได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่ที่รุนแรงกว่าบุคคลกลุ่มอื่นเพราะมีการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบโดยรัฐ เช่น

¹⁰⁵ International Federation of Red Cross And Red Crescent Societies (IFRC), *World Disasters Report 2007: Focus on Discrimination*, 2007, p. 12.

¹⁰⁶ United Nations Human Rights Council (UNHRC), *Racial and Xenophobic Discrimination and the Use of Digital Technologies in Border and Immigration Enforcement*, Report of Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, A/HRC/48/76, 2021, para. 24, 42.

¹⁰⁷ *A v. Staatssecretaris van Justitie*, 200805/1 (Netherlands Raad van State – Rvs), 19 May 2009.

¹⁰⁸ *Tchoukhrova v. Gonzales*, 2005, 404 F.3d 1181 (USCA, 9th Cir., 2005).

ไม่สามารถเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขของรัฐได้เพราะสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ก็อาจเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ภายใต้เงื่อนไขนี้

6.2 พิจารณาจากความเสี่ยงที่จะมีการเลือกปฏิบัติในอนาคตจากการกระทำของรัฐ ต้นทาง

จากการศึกษาพบว่า มีหลักเกณฑ์และความเห็นของนักวิชาการบางส่วนที่กำหนดขอบเขตด้านระยะเวลาไว้สำหรับการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” โดยจะพิจารณาว่า พฤติการณ์ที่บุคคลกำลังประสบและเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” นั้นยังคงอยู่หรือไม่ และเมื่อพฤติการณ์นั้นได้สิ้นสุดลงไปแล้วก็จะไม่ถือว่าบุคคลนั้น “ถูกประหัตประหาร” อีกต่อไป¹⁰⁹ จนทำให้การตีความสำหรับพฤติการณ์บางประการ เช่น การระบอบใหญ่ที่โดยสภาพสามารถยุติลงได้จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการแพทย์ ไม่เข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ภายใต้อนุสัญญา 1951

อย่างไรก็ดี เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 ที่มุ่งสอดแทรกคุณค่าด้านสิทธิมนุษยชนในการบังคับใช้ ผู้ตีความอาจมีข้อสนับสนุนเพื่อตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมไปถึงผลกระทบจากการระบอบใหญ่ได้ โดยเสนอให้อธิบายต่อยอดมาจากประเด็นการเลือกปฏิบัติในฐานะที่เป็นผลกระทบจากการกระทำของรัฐต้นทางว่านอกจากจะพิสูจน์ว่ารัฐมีการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบ (Systemic Discrimination) เพราะสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ตามที่อนุสัญญา 1951 กำหนดแล้ว ยังพบว่ามีความเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะมีการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบต่อบุคคลนั้นอีกในอนาคต

ข้อสนับสนุนนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า แม้ลักษณะโดยสภาพของพฤติการณ์จะส่งผลกระทบต่อบุคคลในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้นก็ตาม แต่ด้วยสถานะทางสังคมเฉพาะตัวบางประการของบุคคลบางกลุ่ม ทำให้บุคคลกลุ่มนี้มีความเสี่ยงมากกว่าที่จะถูกเลือกปฏิบัติได้อีกเมื่อเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่นในสถานการณ์เดียวกันหากเกิดเหตุการณ์เช่นเดียวกันนี้ขึ้นอีกในอนาคต ดังนั้น トラบใดที่ยังคงปรากฏว่าบุคคลมีความเสี่ยงที่จะถูกเลือกปฏิบัติได้อีกเพราะการเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นอย่างเป็นระบบ การพิจารณาเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ควรจะต้องพิจารณาในมิติของความเสี่ยงที่จะถูกประหัตประหาร (“risk of being persecuted”) ด้วย ในฐานะที่ความเสี่ยงเช่นว่านั้น

¹⁰⁹ โปรดดูหัวข้อ 5.5

มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเป็นเหตุมาจากสถานะทางสังคมเฉพาะตัวบางประการของบุคคล¹¹⁰ ในเรื่องนี้ มีคำวินิจฉัยขององค์คณะว่าด้วยคนเข้าเมืองและการคุ้มครองแห่งนิวซีแลนด์ (New Zealand Immigration and Protection Tribunal – NZIPT) ในคดี DS (Iran) ที่อธิบายว่า ความล้มเหลวของระบบการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายของรัฐต้นทางในปัจจุบันจะเป็นปัจจัยที่ทำให้สามารถคาดการณ์ในอนาคตได้ว่าการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบสามารถเกิดขึ้นได้อีก และเป็นสิ่งที่เตือนใจผู้ตีความว่าพฤติการณ์ที่บุคคลประสบนั้นอาจมีลักษณะที่คงทนถาวร (“enduring nature”) ได้¹¹¹ ซึ่งคำวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาประเด็นความเสี่ยงที่บุคคลจะถูกเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบในอนาคตในการตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” นั้นเอง

นอกจากนี้ ข้อสนับสนุนนี้ยังเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการพิจารณาเงื่อนไข “ความหวาดกลัวอันมีมูลเหตุที่จะกล่าวอ้างได้” ซึ่งเป็นอีกเงื่อนไขหนึ่งในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยอีกด้วย¹¹² เพราะการที่บุคคลจะกล่าวอ้างว่าตนมีความกลัวถึงขนาดที่มีมูลเหตุอันจะกล่าวอ้างได้นั้น บุคคลนั้นอาจแสดงให้เห็นให้ผู้ตีความเห็นว่าพฤติการณ์ที่บุคคลประสบนั้นมี “โอกาสที่แท้จริง” (Real Chance)¹¹³ หรือมี “ความเป็นไปได้อย่างสมเหตุสมผล” (Reasonable Likelihood)¹¹⁴ ที่ตนจะต้องเผชิญกับ “การถูกประหัตประหาร” ในอนาคต ซึ่งเทียบเคียงได้กับการให้น้ำหนักกับความเป็นไปได้หรือความเสี่ยงที่จะเกิดพฤติการณ์ขึ้นอีกในอนาคตภายหลังจากที่พฤติการณ์เดิมได้สิ้นสุดลงแล้ว ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าการปรับใช้แนวทางการประเมินความเสี่ยง (Risk Assessment) ในเรื่องนี้อยู่บ้าง ตัวอย่างเช่น การพิจารณาโดยดูจากทิศทางการไหลของผู้ลี้ภัย (Refugee Flows) ว่ามีกรณีที่บุคคลบางกลุ่มลี้ภัยเป็นจำนวนมากเพราะเหตุเดียวกันหรือไม่¹¹⁵ หรือการพิจารณาจาก “การถูกประหัตประหาร” ที่เกิดขึ้นในอดีต (Past Persecution) ว่ามีลักษณะที่เกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำอีกหรือไม่¹¹⁶

ดังนั้น หากพิจารณาตามแนวทางนี้ บุคคลที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า หากในอนาคตมีการระบอบใหญ่เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันนี้อีก ตนจะมีความเสี่ยงหรือมีความเป็นไปได้

¹¹⁰ *Supra* Note 9, p. 195.

¹¹¹ *DS (Iran)*, New Zealand Immigration and Protection Tribunal – NZIPT, 800788, 2016.

¹¹² *Supra* Note 5, Refugee Convention, Art.1(A)(2).

¹¹³ *Supra* Note 68.

¹¹⁴ *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Sivakumaran and Conjoined Appeals (UNHCR Intervening)* [1988] AC 958, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 16 December 1987.

¹¹⁵ Gilbert Jaeger, “On the History of the International Protection of Refugees,” in *International Review of The Red Cross* Vol. 83 No. 843 (2001), p. 727.

¹¹⁶ Theodore N. Cox, “Well-founded Fear of Being Persecuted: The Sources and Application of a Criterion of Refugee Status,” in *Brook Journal of International Law* Vol. 10 (1984), p. 333.

สมเหตุสมผลที่จะได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่ที่รุนแรงกว่าบุคคลกลุ่มอื่นเนื่องจากการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบโดยรัฐเพราะสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมืองของตน ก็อาจเข้าข่ายเป็น “การถูกประหัตประหาร” ภายใต้เงื่อนไขนี้

7. สรุป

สถานการณ์การระบาดของโรค COVID-19 ที่ยังคงมีความรุนแรงอย่างต่อเนื่องและส่งผลร้ายแรงถึงขั้นเสียชีวิตได้ ส่งผลกระทบต่อบุคคลทุกคนอย่างถ้วนหน้า อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง บุคคลแต่ละคนอาจได้รับผลกระทบของเรื่องนี้ในระดับความรุนแรงที่ไม่เหมือนกันเนื่องจากมีปัจจัยหรือบริบทแวดล้อมที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยเกี่ยวกับความสามารถและประสิทธิภาพในการป้องกันและควบคุมโรคของแต่ละรัฐ การถือสัญชาติหรือการมีสถานะพำนักอาศัยในรัฐ และรวมไปถึงปัจจัยเกี่ยวกับสถานะส่วนตัวทางด้านเศรษฐกิจหรือสังคม ตลอดจนเหตุอื่น ๆ ของแต่ละบุคคลด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ซึ่งเป็นเหตุที่อนุสัญญา 1951 กำหนด

ด้วยเหตุนี้ การที่บุคคลบางกลุ่มจำเป็นต้องตัดสินใจย้ายถิ่นจากรัฐต้นทางเพื่อแสวงหาที่ลี้ภัยเพราะเหตุที่ตนได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่จึงเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ แต่การที่รัฐผู้รับจะรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยให้แก่บุคคลนั้นจะต้องพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยโดยคำนึงถึงเงื่อนไขที่อนุสัญญา 1951 กำหนด ซึ่งรวมถึงเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากข้อมูลข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยพบว่า การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ให้รวมถึงผลกระทบจากการระบาดใหญ่ อาจเป็นแนวทางที่สามารถกระทำได้ ด้วยเหตุผลที่สามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

(1) สอดคล้องกับหลักการทั่วไปในการตีความสนธิสัญญา – เนื่องจากการตีความที่ส่งเสริมประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญา 1951 ให้สามารถสะท้อนกับความเป็นจริงในสังคมและบริบททางกฎหมายในขณะที่ดำเนินการตีความ และไม่ส่งผลเป็นการปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดใหญ่ นอกจากนี้ ยังเป็นการตีความที่ไม่ขัดติดกับตัวอักษรมากเกินไป หากแต่เป็นการตีความที่คำนึงถึงบริบทของอนุสัญญา 1951 ที่มีวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองและสอดแทรกคุณค่าด้านสิทธิมนุษยชน ดังที่สะท้อนอย่างชัดเจนในอารัมภบทของอนุสัญญา 1951 ตลอดจนที่ปรากฏในงานเตรียมร่างประวัติการร่างและการเจรจาต่าง ๆ ในขณะที่มีการจัดทำอนุสัญญา 1951

(2) สนับสนุนการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติที่เป็นผลกระทบจากการกระทำของรัฐต้นทาง – เนื่องจากการตีความที่ไม่จำกัดกรอบการตีความประเด็นการเลือกปฏิบัติให้อยู่เฉพาะประเด็นลักษณะของพฤติกรรม กล่าวคือ หากพฤติกรรมนั้นมีลักษณะการส่งผลกระทบอย่างไม่เลือกปฏิบัติก็จะมีถือว่ามีการเลือกปฏิบัติเกิดขึ้น แต่เป็นการตีความที่คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลในทางความเป็นจริงโดยการพิจารณาว่ารัฐต้นทางมีการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นระบบอันส่งผลให้บุคคลถูกปฏิเสธ ถอดถอน หรือพรากไปซึ่งความสามารถของบุคคลในการเข้าถึงสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการสาธารณสุขของรัฐ เพราะสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ตามที่อนุสัญญา 1951 กำหนดหรือไม่

(3) ส่งเสริมการมองสถานการณ์ด้วยการประเมินความเสี่ยงที่จะมีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล – เนื่องจากการตีความที่ไม่จำกัดขอบเขตด้านระยะเวลาให้อยู่เฉพาะขณะที่พฤติกรรมที่ทำให้เกิดภัยยังคงปรากฏอยู่เท่านั้นอันส่งผลให้มีการปฏิเสธการคุ้มครองเมื่อพฤติกรรมนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว แต่เป็นการตีความที่พิจารณาจากความเสี่ยงที่บุคคลนั้นมีโอกาสที่จะถูกเลือกปฏิบัติได้อีกเมื่อเทียบกับบุคคลกลุ่มอื่นในสถานการณ์เดียวกันหากเกิดเหตุการณ์เช่นเดียวกันขึ้นอีกในอนาคต

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการในเรื่องนี้ตั้งแต่ ค.ศ. 1951 จนถึงปัจจุบันจะพบว่าระบบการคุ้มครองผู้ลี้ภัยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองบุคคลแทนรัฐต้นทางจะได้รับการพัฒนาขึ้นมากจนส่งผลให้ผู้ลี้ภัยบุคคลที่อยู่ในความห่วงใย (Persons of Concern) ของสำนักงาน UNHCR ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น แต่ข้อท้าทายที่สำคัญยิ่งในการดำเนินการคุ้มครองผู้ลี้ภัยคือทางปฏิบัติของรัฐที่ไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการตีความเงื่อนไขการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยที่อนุสัญญา 1951 กำหนด เพราะหน่วยงานหรือผู้ตีความของแต่ละรัฐต่างตีความเงื่อนไขการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยการตีความจะขึ้นอยู่กับทัศนคติ นโยบาย และท่าทีในเรื่องการจัดการปัญหาผู้ลี้ภัย ตลอดจนขีดจำกัดด้านทรัพยากรและภาระของรัฐบาล ซึ่งกำกับดูแลหน่วยงานหรือผู้ตีความนั่นเอง ดังนั้น เมื่อรัฐและสำนักงาน UNHCR ต่างมีส่วนร่วมในการสร้างบรรทัดฐานในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการตีความเงื่อนไขการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยนั้นจึงควรสะท้อนข้อพิจารณานี้ด้วย

ดังนั้น เนื่องจากในบริบทการระบาดใหญ่ที่บุคคลบางกลุ่ม โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเปราะบาง มีความเสี่ยงที่จะได้รับผลกระทบมากกว่าบุคคลกลุ่มอื่นเพราะถูกเลือกปฏิบัติด้วยสาเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทางสังคม หรือความคิดเห็น

ทางการเมือง ซึ่งเป็นเหตุที่อนุสัญญา 1951 กำหนด การตีความเงื่อนไข “การถูกประหัตประหาร” ในการพิจารณาสถานภาพผู้ลี้ภัยจึงควรดำเนินการในลักษณะที่ให้อรรถาธิบายถึงผลกระทบจากการระบอบใหญ่ ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญา 1951 และพิธีสาร 1967 ที่ต้องการให้การคุ้มครองผู้ลี้ภัยคำนึงถึงสถานการณ์ใหม่ด้านผู้ลี้ภัยที่นอกเหนือไปจากสถานการณ์ และบริบทดั้งเดิมในขณะที่ยกทำอนุสัญญา 1951

ลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560)*

Disqualification of minister in case of being sentenced
by a judgment to imprisonment under the Constitution
of the Kingdom of Thailand (B.E. 2560)

วริสสรา อีรทัตตานนท์
Varissara Teeratattanont

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

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

Corresponding author E-mail: rosevarissara@gmail.com

(Received: May 30, 2021; Revised: July 13, 2021; Accepted: July 22, 2021)

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาเรื่องความชอบธรรม ความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาการตีความบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (7) และบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7), (9) และ (10) รวมถึงศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนว

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560): ศึกษาผลของคำพิพากษาศาลต่างประเทศ” หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยได้รับทุนสนับสนุนการจัดทำวิทยานิพนธ์ ระดับปริญญาโทจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ประจำปีงบประมาณ 2564

บรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงหลักการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับกรณีที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีท่านหนึ่ง ซึ่งถูกกล่าวหาว่าเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในคดียาเสพติดของศาลในประเทศออสเตรเลีย อันนำไปสู่ปัญหาในเรื่องความชอบธรรม ความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

คำสำคัญ: รัฐมนตรี, ลักษณะต้องห้าม, ต้องคำพิพากษาให้จำคุก, รัฐธรรมนูญ

Abstract

This article focuses on the problem of legitimacy, proportionality, and interpretation of provisions relating to the disqualification of minister in case of being sentenced by a judgment to imprisonment under section 160 (7) of the Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2560) and having been sentenced by a judgment to imprisonment under section 160 (6) in conjunction with section 98 (7), (9) and (10) of the Constitution, including study and analysis of precedent in the decision of the Constitutional Court in order to understand the principles of constitutional interpretation in accordance with intendment of the Constitution. The study includes the law and the facts relating to the case in which the President of the House of Representatives submitted a request to the Constitutional Court to decide the ministership of the Deputy Agriculture and Cooperatives Minister who was accused of having been sentenced by a judgment to imprisonment in Australia in a drug case that leading to the problem of legitimacy, proportionality, including the problem of interpretation of the provisions of this Constitution.

Keywords: Minister, Disqualification, Being sentenced by a judgment to imprisonment, Constitution

1. บทนำ

คณะรัฐมนตรีไทยเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งในขณะนั้นเรียกว่า “คณะกรรมการราษฎร” และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จึงเปลี่ยนมาใช้คำว่า “คณะรัฐมนตรี” และการกำหนดลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้น ได้รับการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 155 (3) โดยบทบัญญัติดังกล่าวให้นำคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตาม มาตรา 96 (5) มาใช้บังคับ¹ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก จะต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “ลักษณะต้องห้าม” ก่อน โดยคำว่า “คุณสมบัติ” และ “ลักษณะต้องห้าม” นี้ มีความหมายแตกต่างกัน² กล่าวคือ “คุณสมบัติ” หมายถึง คุณสมบัติที่รัฐมนตรี “ต้องมี” จึงจะเป็นรัฐมนตรีได้ ส่วน “ลักษณะต้องห้าม” หมายถึง สิ่งที่ต้องห้ามมิให้รัฐมนตรีมีหรือกระทำการดังกล่าว ซึ่งต่างก็ถูกกำหนดไว้เพื่อ “ผล” อย่างเดียวกัน คือ เพื่อให้ได้รัฐมนตรีที่มีลักษณะอันพึงประสงค์ อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกลั่นกรอง ผู้ที่จะเข้าสู่ตำแหน่งรัฐมนตรีให้เป็นผู้ที่มีความประพฤติเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญยิ่ง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวคิดเรื่องการกำหนดลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก ซึ่งรวมถึงกรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกด้วยนั้น จะได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ตั้งแต่ พ.ศ. 2521 จวบจนปัจจุบันนับเป็นเวลากว่า 4 ทศวรรษแล้วก็ตาม แต่ในปัจจุบัน ก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องความชอบธรรม ความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาการตีความบทบัญญัติดังกล่าวอยู่หลายประการ ซึ่งพอสรุปได้ทั้งหมด 4 ประการ³ ได้แก่

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 155 (3) วางหลักว่า “ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว เมื่อมีลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 96 (5)”

มาตรา 96 (5) วางหลักว่า “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง คือ เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชดเชยด้วยกฎหมายให้จำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป โดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปีในวันเลือกตั้ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท”

² ศรีณยู โพธิ์ราชทวาร. **คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภา. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 4.**

³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2564 เรื่องประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบ มาตรา 160 (6) และมาตรา 98 (10) หรือไม่

1) กรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แต่คดียังไม่ถึงที่สุดหรือศาลกำหนดเงื่อนไขให้รอการลงโทษ จะทำให้เป็นบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหรือไม่ และในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีเป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก จะต้องพ้นจากตำแหน่งหรือไม่

2) กรณีที่ต้องคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศให้จำคุก ถือว่าเป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกที่จะทำให้พ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีหรือไม่ และการที่ศาลไทยยอมรับคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ จะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลไทยหรือไม่ นอกจากนี้ ในประเด็นเรื่องการกีดกันแก่ลังทางการเมือง จำเลยได้มีสิทธิต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ในศาลต่างประเทศแล้วหรือไม่⁴

3) กรณีบุคคลผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกซึ่งได้รับการอภัยโทษ การล้างมลทินและการนิรโทษกรรมแล้ว จะถือว่าไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกหรือไม่ และการจะได้รับการอภัยโทษ การล้างมลทิน และการนิรโทษกรรมนั้น จะต้องเป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลไทยเท่านั้นหรือไม่ ในกรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศ จะได้รับการอภัยโทษ การล้างมลทิน และการนิรโทษกรรมตามกฎหมายไทยหรือไม่

4) ปัญหาในเรื่องความชอบธรรมและความได้สัดส่วนของบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก กล่าวคือ ระยะเวลาในการตัดสิทธิทางการเมืองและเหตุผลในการตัดสิทธิทางการเมืองของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีนั้นมีความชอบธรรมและมีความได้สัดส่วนหรือไม่

จากปัญหาที่กล่าวมานี้ สะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่ทำให้บทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรีกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกมีขอบเขตการบังคับใช้ที่ชัดเจน โดยปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวล้วนเกิดขึ้นจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว รวมถึงการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จึงเกิดปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่องของการตีความบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ทำให้อาจมีบุคคลที่มีมลทินเข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ไม่ต้องการให้รัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีสถานะสูงในทางการเมืองมีมลทินแม้แต่น้อยในขณะดำรงตำแหน่ง

ดังนั้น เมื่อมีปัญหาสำคัญดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงมุ่งเน้นศึกษาวิจัยปัญหาในเรื่องความชอบธรรม ความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาการตีความบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรีกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก ให้บรรลุเจตนารมณ์ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ตลอดจนคำวินิจฉัย

⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 276/2525, เรื่องเสร็จที่ 562/2554 และเรื่องเสร็จที่ 1271/2563

ของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตีความบทบัญญัติดังกล่าว และรวบรวมแนวบรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น และครอบคลุมในทุกประเด็นปัญหาทางกฎหมายซึ่งยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อยกระดับลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีให้สูงขึ้นตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงจำเป็นที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้มีความเหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น

2. แนวคิดเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก

รัฐมนตรีเป็นตำแหน่งที่มีสถานะสูงและมีหน้าที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง เป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำนวนมาก ดังนั้น เมื่อรัฐมนตรีมี “ตำแหน่ง” ในระดับสูง ย่อมมี “หน้าที่” และ “ความรับผิดชอบ” ตามมาเช่นกัน รัฐมนตรีจึงต้องมีมาตรฐานแห่งความประพฤติที่สูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป จึงต้องมีแนวคิดเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกได้แก่ แนวคิดตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่ แนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมอง แนวคิดการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน และแนวคิดการล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม

2.1 แนวคิดตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่

แนวคิดตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่ (position of authority) นั้น พัฒนามาจากหลักการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคล⁵ หรือหลักการจัดสถาบันของอำนาจทางการเมือง (institutionalization of political power) ในรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ซึ่งเป็นหลักการที่แยก “ตัวบุคคล” ซึ่งมีประโยชน์ส่วนตัว (personal interest) ออกจาก “อำนาจ” ซึ่งในกรณีนี้ คือ อำนาจทางการเมือง (political power) ของ “รัฐ” ซึ่งอยู่ในลักษณะของ “สถาบัน” ที่ประกอบด้วย “ตำแหน่ง” ที่มี “ภาระหน้าที่” (function and duties) ที่ต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเพื่อให้ภาระหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติแทนรัฐนั้นลุล่วงไปได้ด้วยดี ตำแหน่งดังกล่าวก็จะต้องมี “อำนาจ” (power) เหนือบุคคลธรรมดาทั่วไป เพื่อที่จะสามารถสั่งให้ผู้อื่นต้องกระทำตามได้ เช่นนี้ “ตำแหน่งสาธารณะ” (public office) จึงไม่ใช่สถานะส่วนตัว หรือ “เอกสิทธิ์” (privilege) ส่วนตัวของผู้มีตำแหน่งอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม “ตำแหน่ง” (position) เป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น จึงยังคงต้องอาศัย “คน” เข้าไปดำรง

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การสร้างธรรมาภิบาลในสังคมไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), หน้า 51-56.

ตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ให้เกิดผลสำเร็จในความเป็นจริง จึงเกิดหลักการแยกเรื่อง “ส่วนตัว” ออกจาก “ตำแหน่งหน้าที่” หรือที่เรียกว่า “หลักการห้ามการขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตัวกับตำแหน่งหน้าที่” (conflict of interest) กล่าวคือ ผู้ที่ดำรงตำแหน่งสาธารณะมี 2 สถานะ ได้แก่ 1) สถานะที่เป็นบุคคลธรรมดา การกระทำที่เข้าไปในฐานะส่วนตัวย่อมไม่ผูกพันรัฐ และ 2) สถานะของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ การกระทำที่เข้าไปในฐานะดังกล่าวย่อมผูกพันรัฐ เพราะเป็นการปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ ดังนั้น ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะจะต้องไม่นำเรื่องส่วนตัวหรือผลประโยชน์ส่วนตัวมาปะปนกับผลประโยชน์สาธารณะ (public interest)

เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมี “หน้าที่” ที่จะต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีบทบาทและหน้าที่ของผู้ได้รับมอบหมายความเชื่อถือและไว้วางใจ (fiduciary trust) ของสาธารณะ โดยกระทำในนามของผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เปรียบเสมือนเป็นทรัสตี (trustee)⁶ สอดคล้องกับทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก (John Locke) ที่ว่า ประชาชนทั้งหลายคือผู้ก่อตั้ง (trustor) และผู้รับประโยชน์ (beneficiary) รัฐบาลซึ่งเป็นผู้รับมอบหมายอำนาจจากประชาชนจึงมีพันธะฝ่ายเดียวที่ต้องทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน⁷ รัฐบาลจึงเป็นเพียงผู้ที่ถืออำนาจสูงสุดไว้แทนประชาชนและใช้อำนาจนั้นในนามของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะกระทำการใดเพื่อประโยชน์ส่วนตัว รวมถึงหลีกเลี่ยงไม่กระทำการใดในหน้าที่ของตนด้วย⁸ ก็อาจมีผลกระทบต่อความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ และอาจเป็นการทำลายความเชื่อถือและไว้วางใจของสาธารณชนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ⁹ ซึ่งหลักความเชื่อถือและไว้วางใจของสาธารณะ (public trusteeship) ที่ใช้กับผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะนี้ มีความสัมพันธ์กับจริยธรรม (ethics)¹⁰ คือ มาตรฐานแห่งความประพฤติ (standard of

⁶ Edict J. Barrett, “The Role of Public Opinion in Public Administrative,” *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 537 (January 1995): 158-161. อ้างถึงใน วุฒิพงษ์ พาณิชยสว. การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 21.

⁷ Dennis F. Thompson, *Political ethics and public office* (Cambridge: Harvard University Press, 1987), p. 83.

⁸ W. Noel Keyes, *Government Contracts* (St. Paul: West Publishing, 1990), pp. 43-44.

⁹ Patrick Boyer, “ข้อพิจารณาขั้นต้นเพื่อออกกฎหมายใหม่ว่าด้วยการกระทำความผิดของข้าราชการตำแหน่งสาธารณะ,” เอกสารประกอบการประชุมว่าด้วยผลประโยชน์ที่ขัดกับตำแหน่งหน้าที่, 22 พฤษภาคม 2541, กรุงเทพมหานคร, หน้า 7-12.

¹⁰ Norman Lewis and Diana Longley, “Ethics and the public service,” in *Public Law (Winter 1994)*, p. 601.

behavior)¹¹ ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะด้วย กล่าวคือ เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะเป็นผู้ที่ได้รับความเชื่อถือและไว้วางใจของสาธารณะ จึงจำเป็นต้องถูกบังคับด้วยมาตรฐานทางจริยธรรมหรือมาตรฐานความประพฤติที่สูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ดังนั้น จึงต้องมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าสู่ตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง ดังเช่น คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรีกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกไว้อย่างชัดเจนแน่นอน

2.2 แนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมอง

คำว่า “มลทินมัวหมอง” ตามความหมายของพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “มลทิน หมายถึง ความมัวหมอง ความต่างพร้อย ความไม่บริสุทธิ์” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า มลทินมัวหมอง คือ ความล้มละลายทางสังคม หรือหมดความน่าเชื่อถือในหน้าที่ราชการ โดยแนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมองนั้น เกิดจากพื้นฐานของแนวความคิดที่ว่า รัฐมนตรีมีสองสถานภาพ กล่าวคือ สถานภาพหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดา และอีกสถานภาพหนึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีสถานะสูงและมีหน้าที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง เป็นตำแหน่งที่ได้รับความเคารพเชื่อถือและไว้วางใจจากประชาชน รวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีซึ่งมีอำนาจสูงสุดในฝ่ายบริหาร รัฐมนตรีจึงมีสถานภาพแตกต่างจากบุคคลธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจึงต้องไม่มีมลทินมัวหมองแม้แต่น้อย ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการ คือ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “เนื่องจากในทางการเมือง รัฐมนตรีเป็นผู้มีสถานะสูง เป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำนวนมาก จึงไม่ควรมีมลทินแม้แต่น้อยในขณะดำรงตำแหน่ง”¹²

แนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมองนี้ ได้สะท้อนผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ คำวินิจฉัยที่ 36/2542¹³ ที่ได้วินิจฉัยว่า “รัฐมนตรีเป็นบุคคลที่มีสถานะอันสูงและมีหน้าที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดเรื่องการพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ

¹¹ Robert Braucher, “Conflict of interest in Massachusetts,” in *Prospectives of Laws*, ed. Roscoe Pound (Boston: Little, Brown and Co., 1964), p. 3. อ้างถึงใน ศิริฐา ดาราสร, “ปัญหาการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศึกษาเฉพาะกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์สาธารณะ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 15.

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ปฏิวัติเคราะห์การสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรีตามมาตรา 216 (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540,” *วารสารนิติศาสตร์* 29,2 (มิถุนายน 2542): 322-324.

¹³ คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยของนายชวน หลีกภัย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของนายประเสริฐ นาสกุล, นายสุจินดา ยงสุนทร, นายสุวิทย์ อธิพงษ์, นายอนันต์ เกตุวงศ์ และ นายอุระ หวังอ้อมกลาง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ของบุคคลเหล่านี้แตกต่างไปจากบุคคลกลุ่มอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ถูกศาลพิพากษาให้รับโทษถึงจำคุก ก็ไม่ต้องรอให้คดีถึงที่สุด” นอกจากนี้ แนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมองยังได้สะท้อนผ่านเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญจากเอกสารการประชุมคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมอง โดยพิจารณาได้ดังนี้

ที่ประชุมคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ¹⁴ ได้สรุปสาระสำคัญของแนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมองไว้ว่า

“ตำแหน่งรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งที่สำคัญและมีเกียรติ การกระทำความผิดจนถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก ก็เป็นมลทินต่อตำแหน่งหน้าที่อยู่แล้ว”

นายพงษ์เทพ เทพกาญจนา¹⁵ กรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ได้ให้คำอธิบายว่า

“ความเป็นรัฐมนตรีแห่งรัฐนั้น เป็นสิ่งที่สำคัญและสถานะที่สูงส่ง แม้แต่เพียงต้องคำพิพากษาให้จำคุก ก็พ้นจากความเป็นรัฐมนตรี”

แสดงให้เห็นว่า เหตุผลในบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้น มีความมุ่งหมายสำคัญ คือ ต้องการให้รัฐมนตรีเป็นผู้ที่เหมาะสมในการทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร โดยเป็นผู้ที่ปราศจากความต่างพร้อยใด ๆ อันจะทำให้ประชาชนเสื่อมความศรัทธาในตัวบุคคลและสถาบันทางการเมือง ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องไม่มีมลทินมัวหมอง

2.3 แนวคิดการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน

อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) หมายถึง อำนาจอสูงสุดของรัฐ โดยที่รัฐมีสิทธิใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของตนได้อย่างเด็ดขาดและบริบูรณ์ ดังที่ ฌอง โบแดง (Jean Bodin) นิยามคำนี้ไว้ว่า “อำนาจอธิปไตยนั้นเป็นอำนาจอสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ อันไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใด ๆ อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอเด็ดขาดและเป็นนิรันดร์”¹⁶ อันเป็นไปตามหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Principle of Territorial Sovereignty) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่คัดค้าน

¹⁴ การประชุมคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24/2521 วันที่ 12 พฤษภาคม 2521

¹⁵ รายงานการประชุมสภาการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 12 (เป็นพิเศษ) วันที่ 8 พฤษภาคม 2540

¹⁶ ดร.ปรีดี เภมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 164-166.

โต้แย้งกับแนวคิดการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยมองว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่ในดินแดนของตน ไม่ต้องขึ้นแก่รัฐอื่นใดทั้งสิ้น โดยเฉพาะในเรื่องอำนาจอธิปไตยทางการศาลนั้น รัฐยอมผูกพันตามคำพิพากษาของศาลภายในประเทศเท่านั้น แต่จะไม่ยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยถือว่าคำพิพากษาของศาลในรัฐอื่นยอมไม่มีผลผูกพันรัฐตน ทำให้เกิดแง่คิดในมุมกลับว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐก็เป็นอุปสรรคที่จะทำให้เกิดความร่วมมือทางกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศได้ เพราะสังคมโลกในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมากขึ้น การติดต่อคมนาคมสะดวกขึ้น รัฐมีความสัมพันธ์กันมาก ปัญหาต่าง ๆ ก็มีมากขึ้นเป็นเงาตามตัว รัฐไม่สามารถอยู่โดดเดี่ยวแก้ปัญหาได้เองตามลำพัง ในสภาพความเป็นจริงของสังคมโลกปัจจุบันบีบบังคับให้รัฐต่าง ๆ มีความจำเป็นที่จะต้องร่วมมือกันในเรื่องของระบบศาล จึงเกิดแนวคิดการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เช่น การขาดความไม่เป็นเอกภาพของสถาบันศาล ซึ่งแต่ละรัฐตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีความของตน¹⁷ ซึ่งมีประเทศที่ยอมรับหลักการนี้ เช่น ประเทศสิงคโปร์¹⁸ และประเทศแอฟริกาใต้¹⁹ เป็นต้น

ดังนั้น หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนจึงต้องมีข้อจำกัด โดยหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Principle of Territorial Sovereignty) เป็นหลักการที่รัฐยึดถือเป็นหลัก แต่ก็มีแนวคิดการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศเป็นข้อยกเว้นของหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน กล่าวคือ การยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น หากไม่ทำให้รัฐสูญเสียอำนาจอธิปไตยก็ย่อมกระทำได้ โดยเป็นการที่รัฐยอมจำกัดอำนาจอธิปไตยเพื่อประโยชน์ของรัฐเอง อันเป็นการผสมผสานระหว่างผลประโยชน์ของรัฐที่จะยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน เช่นนี้ แนวคิดการยอมรับคำพิพากษาศาลต่างประเทศจึงเกิดการพัฒนาเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐไปในทางที่สร้างสรรค์ให้เกิดประโยชน์มากกว่าเกิดผลร้ายหรือเกิดโทษ

¹⁷ โปรดรูอาลละเฮียดิน พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา, “การจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529): 182-203.

¹⁸ ดูคำอธิบายในหัวข้อ 3.2

¹⁹ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 หมวดสถานิติบัญญัติแห่งชาติ (The National Assembly) มาตรา 47 (e) วางหลักว่า “บุคคลที่ถูกกลั่นแกล้งจากตั้งแต่ 12 เดือนขึ้นไป ไม่ว่าโทษจำคุกนั้นจะเกิดขึ้นในประเทศหรือนอกประเทศก็ตาม ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของแอฟริกาใต้ บุคคลนั้นไม่มีคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร”

2.4 แนวคิดการล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น²⁰

การล้างมลทินเป็นวิธีการเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับคืนสู่สังคมได้โดยการล้างประวัติการถูกลงโทษหรือล้างไปซึ่งมลทิน หรือผลร้ายอันเกิดจากคำพิพากษาให้ลงโทษทั้งปวงของผู้กระทำความผิดที่อาจมีผลต่อการดำเนินชีวิตต่อไปในอนาคต ภายหลังจากที่ผู้นั้นได้รับโทษและพ้นโทษแล้ว เป็นการทำให้กลับคืนดีดังเดิมโดยให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยถูกลงโทษในความผิดนั้นมาก่อน เพื่อให้สามารถกลับเข้ามาใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน เพราะการล้างมลทินจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดที่ได้รับการล้างมลทินเปรียบเสมือนบุคคลที่ไม่เคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน สิทธิและความสามารถใด ๆ ที่ผู้กระทำความผิดได้สูญเสียไปเนื่องจากการกระทำความผิดหรือการลงโทษ ผู้กระทำความผิดก็จะได้รับกลับคืนมา²¹ ทำให้บุคคลเหล่านี้มีสิทธิดำเนินชีวิตได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปให้มีชีวิตใหม่ได้รับโอกาสกลับคืนสู่สังคมอีกครั้ง²²

แนวคิดการล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้นนี้ ได้สะท้อนผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ คำวินิจฉัยที่ 8/2563 โดยมีประเด็นแห่งคดีว่า การที่ผู้ถูกร้องได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ แล้ว มีผลให้ผู้ถูกร้องไม่เป็นบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยโดยอาศัยแนวคิดการล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้นไว้ โดยได้วินิจฉัยว่า การล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ เป็นการล้างมลทินให้ผู้ที่เคยถูกลงโทษทางวินัยให้เป็นผู้ที่ไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยในกรณีความผิดนั้น ๆ อีกต่อไป แต่ไม่มีผลเป็นการลบล้างการกระทำความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว ซึ่งเป็นเหตุให้ถูกลงโทษทางวินัย หรือลบล้างความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดีจากการกระทำ ดังนั้น การล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ จึงให้ล้างมลทินให้แก่บรรดาผู้ต้องโทษในกรณีความผิดต่าง ๆ โดยให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยถูกลงโทษหรือถูกลงโทษทาง

²⁰ พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 มาตรา 7 วางหลักว่า “การล้างมลทินไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น”

²¹ คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการล้างมลทิน จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายประมวลกฎหมาย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

²² สำนักงานการประชุมและขอเลข สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร (สมัยสามัญ ครั้งที่หนึ่ง) เล่ม 1 (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2475), หน้า 655.

วินัยเท่านั้น แต่ไม่มีผลเป็นการลบล้างคำพิพากษาหรือคำสั่งลงโทษทางวินัยว่าได้มีการกระทำความผิดอันเป็นเหตุให้ถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ด้วย อันแสดงให้เห็นว่า กฎหมายล้างมลทินมีผลทำให้ผู้ที่ได้รับการล้างมลทินได้รับสิทธิที่ต้องสูญเสียไปโดยผลของคำพิพากษากลับคืนมา โดยสิทธิดังกล่าวหมายถึงเฉพาะสิทธิหรือประโยชน์ที่เสียไปเพราะการถูกลงโทษตามคำพิพากษา แต่ไม่หมายความรวมถึงสิทธิหรือประโยชน์ที่พึงจะได้รับภายหลังการล้างมลทินแล้ว ดังนั้น การล้างมลทินเป็นการลบล้างโทษ แต่ไม่ล้างการกระทำความผิด และไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น

3. ปัญหาในเรื่องความชอบธรรม ความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาการตีความบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (7)²³ และมาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7), (9) และ (10) ที่ได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก และกรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกไว้ ยังคงมีปัญหาในเรื่องความชอบธรรม ความได้สัดส่วน รวมถึงปัญหาการตีความบทบัญญัติดังกล่าวอยู่หลายประการ ซึ่งพอสรุปได้ทั้งหมด 4 ประการ โดยพิจารณาได้ดังนี้

3.1 กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก

ในประเด็นเรื่องการเป็นที่สุดของคำพิพากษาให้จำคุกนั้น เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542 คำว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” หมายความว่า เพียงแต่ต้องคำพิพากษาให้จำคุก ไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด เพราะหากพิจารณาจากถ้อยคำตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญประกอบกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ สะท้อนให้เห็นว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ให้ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีโดยที่คำพิพากษานั้นไม่จำเป็นต้องถึงที่สุด เนื่องจากในทางการเมือง รัฐมนตรีเป็นผู้มีสถานะสูงและมีหน้าที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง จึงต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจึงไม่ควรมีมลทินแม้แต่น้อยในขณะดำรงตำแหน่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” เป็นถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนในตัวอยู่แล้วว่าหมายถึงคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว ประกอบกับเมื่อมีการกล่าวถึง

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 วางหลักว่า “รัฐมนตรีต้อง

(7) ไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุด หรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท”

“การพ้นโทษตามคำพิพากษา” ขยายความเข้ามาในบทมาตราเดียวกันอีก ก็ยิ่งทำให้ความหมายของว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ที่หมายถึงคำพิพากษาอันถึงที่สุด เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นไปอีก นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 98 (7) ก็ยิ่งเป็นการที่รัฐธรรมนูญเปลี่ยนไปใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจนยิ่งขึ้นว่า “เคยได้รับโทษจำคุก” อันหมายความว่า คำพิพากษานั้นต้องถึงที่สุดแล้ว นอกจากนี้ ในมาตรา 98 (10) ก็ได้ใช้คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่ากระทำความผิด” ซึ่งแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุคนั้น จะต้องเป็นคำพิพากษา “ถึงที่สุด” แล้ว ดังนั้น คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” นั้น จึงหมายความว่า ต้องเป็นคำพิพากษาอันถึงที่สุด

ส่วนประเด็นเรื่องการที่ศาลกำหนดเงื่อนไขให้รอกการลงโทษนั้น คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7) ย่อมหมายรวมถึงการรอกการลงโทษด้วย กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกแล้ว แม้ศาลจะรอกการลงโทษไว้ โดยไม่ได้ถูกจำคุกจริง ก็ถือว่าศาลพิพากษาว่ามีความผิดแล้ว จึงเป็นบุคคลที่มีมลทินมัวหมองหรือมีความต่างพร้อย อันเป็นผู้ที่มีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีแล้ว เพราะบุคคลซึ่งจะเป็นรัฐมนตรีได้นั้น นอกจากจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ และมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว บุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชน ได้รับความเชื่อถือศรัทธาจากประชาชน ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติให้บุคคลที่มีความมัวหมองบางประการ ไม่สามารถดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีได้ เพราะรัฐมนตรีจะต้องเป็นผู้ที่ประชาชนมีความศรัทธา หมายความว่า จะต้องเป็นผู้ที่มีความประพฤติดีพร้อมทุกด้าน ปราศจากมลทินมัวหมอง จึงจะเป็นผู้ได้รับความเชื่อถือไว้วางใจจากประชาชน (Public office is a public trust)²⁴ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” หรือ “เคยได้รับโทษจำคุก” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7) นั้น หมายความว่า ศาลได้พิพากษาให้จำคุก ไม่ว่าบุคคลนั้น ๆ จะถูกจำคุกจริง หรือศาลจะรอกการลงโทษไว้ก็ตาม คำพิพากษานั้นย่อมหมายความว่ารวมถึงการรอกการลงโทษด้วย ซึ่งในกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกก็ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก ดังนั้น คำว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” จึงหมายความว่า ศาลได้พิพากษาให้จำคุก ไม่ว่าบุคคลนั้นจะถูกจำคุกจริงหรือรอกการลงอาญา

²⁴ อมร รักษาสัตย์, “การยึดทรัพย์สินจากการเมืองจากทัศนะทางการเมืองและรัฐศาสตร์,” วารสารนิติศาสตร์ (23 มิถุนายน 2536): 310-311.

3.2 กรณีผู้ต้องคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศให้จำคุก

ในประเด็นเรื่องการกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2564 เรื่อง ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของร้อยเอก ชรินทร์ พรหมเดชะ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 160 (6) และมาตรา 98 (10) หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยไว้ ดังนี้

“ตามหลักอธิปไตยของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาลรัฐใดก็จะมีผลในดินแดนของรัฐนั้น ในบางกรณีรัฐใดรัฐหนึ่งอาจให้การรับรองคำพิพากษาของศาลอีกรัฐหนึ่งและอาจบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้นได้ ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงคำพิพากษา จึงต้องหมายถึงคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐหรือประเทศนั้นเท่านั้น ไม่รวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

การตรากฎหมายอาญาของแต่ละประเทศ กำหนดการกระทำที่เป็นความผิด องค์ประกอบของความผิด ฐานความผิด และเงื่อนไขการลงโทษ ไว้แตกต่างกัน อีกทั้งหากตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) ว่า “เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุด” หมายความว่ารวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย ก็จะมีผลความหมายกว้างขวางครอบคลุมถึงคำพิพากษาอันถึงที่สุดในความผิดตามกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับที่มาตรา 98 (10) ระบุ จะทำให้ขอบเขตการยอมรับอำนาจศาลของรัฐอื่นขยายออกไปอย่างกว้างขวางอีกด้วย อันทำให้อำนาจอธิปไตยทางศาลของไทยถูกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญ”

ประกอบกับ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 562/2554 ที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“การตรากฎหมายหรือกฎเพื่อใช้บังคับภายในประเทศใด ย่อมต้องอยู่ในขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกล่าวถึงคำพิพากษาของศาล ย่อมหมายถึงคำพิพากษาของศาลไทยเท่านั้น ไม่อาจตีความให้รวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้ เพราะจะขัดกับหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ เว้นแต่หากผู้ตรากฎหมายประสงค์จะยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้มีผลต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายไทยด้วย ย่อมต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น กรณีที่บุคคลใดเป็นผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกโดยศาลต่างประเทศหรือเคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลต่างประเทศจึงไม่ต้องด้วยลักษณะต้องห้ามในการขอรับพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์”

แสดงให้เห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2564 และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 562/2554 ยึดหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน จึงได้วินิจฉัยว่า การถือว่าผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในต่างประเทศเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีนั้น ย่อมจะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลไทย

ด้วยความเคารพต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า คำว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ย่อมหมายความว่ารวมถึงคำพิพากษาให้จำคุกของศาลในต่างประเทศด้วย เนื่องจากการกำหนดเรื่องนี้ไว้เป็นลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรีย่อมมีเหตุผลมาจากการห้ามบุคคลที่มีความประพฤติไม่เหมาะสมเข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ดังนั้น เมื่อบุคคลดังกล่าวไปประพฤติเช่นนั้นในต่างประเทศ หากแต่ยังกำหนดให้ถือเอาเฉพาะการถูกจำคุกในประเทศ ก็จะเกิดการลักลั่นไม่เป็นธรรม จึงต้องหมายรวมถึงการถูกจำคุกในประเทศไทย และการถูกจำคุกในต่างประเทศด้วย²⁵ ดังปรากฏในความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 276/2525 ทั้งนี้ กรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้น จะต้องพิจารณาประกอบกับการพ้นโทษมาไม่ถึง 10 ปี นับถึงวันเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (7) ด้วย กล่าวคือ หากเคยได้รับโทษจำคุกโดยได้พ้นโทษมาถึง 10 ปีแล้ว หรือเกิน 10 ปี นับถึงวันเลือกตั้ง ก็ย่อมไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี

นอกจากนี้ การนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาใช้ในการวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นมีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีเพราะเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศหรือไม่นั้น ไม่ใช่เรื่องการบังคับโทษในทางอาญา กล่าวคือ ไม่ใช่เรื่องการบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพราะกรณีที่บุคคลใดเคยต้องคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศให้จำคุกนั้น เป็นเพียงข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การวินิจฉัยเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรียุติกรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกเท่านั้น หาใช่การบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไม่ จึงไม่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลไทย ประกอบกับ เมื่อนำคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาปรับใช้ในกรณีที่รัฐมนตรีท่านหนึ่งถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศในคดียาเสพติดแล้วนั้น พิจารณาได้ว่า ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดนั้น เป็นความผิดตามกฎหมายไทยด้วย จึงไม่ใช่การบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ดังนั้น กรณีจึงไม่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลไทย ดังเช่นความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 1271/2563 ซึ่งได้ให้ความเห็นว่า “การจะถือว่าคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเป็นกรณีคดีถึงที่สุด

²⁵ คณะกรรมการร่างกฎหมาย, บันทึก เรื่อง หากบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ปัญหาการตีความ มาตรา 96 (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย), เรื่องเสรีที่ 276/2525, กรกฎาคม 2525.

ที่สามารถนำมาใช้ดำเนินการตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการสั่งให้ข้าราชการทหาร
พักราชการ พ.ศ. 2528 ได้นั้น เป็นกรณีที่ใช้ผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมารับฟังเป็น
พยานหลักฐานในฐานะข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นการรับฟังคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในฐานะ
ข้อเท็จจริง มิใช่การรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาบังคับโทษในประเทศไทย ดังนั้น คำว่า
“คดีถึงที่สุดแล้ว” จึงรวมถึงคดีถึงที่สุดตามคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาด้วย”

ทั้งนี้ ในประเด็นเรื่องการกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลในประเทศนั้น ผู้วิจัยพบข้อมูล
ว่าประเทศสิงคโปร์ได้บัญญัติถึงเรื่องการรับฟังคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในฐานะข้อเท็จจริง
ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีเคยต้องคำพิพากษา
ให้จำคุก โดยบัญญัติไว้ในหมวด Council of Presidential Advisers ซึ่งมีผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี
เป็นสมาชิกในสภาดังกล่าว ซึ่งได้กำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้บุคคลได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกในกรณี
ที่บุคคลนั้นเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกไว้ พิจารณาได้ดังนี้

Constitution of the Republic of Singapore: Part VA Council of Presidential Advisers: Article 37E²⁶

“มาตรา 37E ลักษณะต้องห้ามมิให้บุคคลได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิก หาก

(c) ถูกศาลยุติธรรมในสิงคโปร์หรือในต่างประเทศตัดสินว่ามีความผิดและเคยต้องคำ
พิพากษาให้จำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปีหรือปรับไม่น้อยกว่า 2,000 ดอลลาร์และยังไม่ได้รับการอภัยโทษ

โดยมีเงื่อนไขว่าในกรณีที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดโดยศาลในต่างประเทศ บุคคลนั้น
ย่อมไม่เป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามหรือถูกตัดสิทธิในการแต่งตั้งเป็นสมาชิก เว้นแต่ความผิดนั้น
จะเป็นความผิดอย่างหนึ่งตามกฎหมายสิงคโปร์ด้วย ซึ่งหากได้กระทำในสิงคโปร์ ก็ย่อมต้องได้รับ
โทษโดยศาลในสิงคโปร์”²⁷

²⁶ Constitution of the Republic of Singapore, Singapore Statutes Online, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>.

²⁷ Constitution of the Republic of Singapore: Part VA Council of Presidential Advisers
Article 37E A person shall be disqualified for appointment as a member if he —
(c) has been convicted of an offence by a court of law in Singapore or a foreign country and
sentenced to imprisonment for a term of not less than one year or to a fine of not less than \$2,000 and has
not received a free pardon:

Provided that where the conviction is by a court in a foreign country, the person shall not be so
disqualified unless the offence is also one which, had it been committed in Singapore, would have been
punishable by a court of law in Singapore.

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศอันเกิดจากการกลั่นแกล้งทางการเมืองนั้น จะต้องพิจารณาต่อไปว่า คำพิพากษานั้นได้เกิดจากกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นไปตามหลักประกันสิทธิการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ของจำเลยหรือไม่ หากในการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองของศาลต่างประเทศ ได้เป็นไปตามหลักประกันสิทธิการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ของจำเลยตามมาตรฐานตามหลักสากลแล้ว กล่าวคือ ผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศให้จำคุกนั้นได้ใช้สิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ในศาลต่างประเทศแล้ว ย่อมสามารถนำคำพิพากษาให้จำคุกของศาลต่างประเทศมาใช้เป็นข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกได้ จึงถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกอันจะเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7) แต่หากการพิจารณาคดีลับหลังจำเลยในศาลต่างประเทศไม่ได้เป็นไปตามหลักประกันสิทธิการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ของจำเลยตามมาตรฐานตามหลักสากล ก็ไม่สามารถนำคำพิพากษาให้จำคุกของศาลต่างประเทศมาปรับใช้ในกรณีนี้ได้ จึงถือไม่ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกอันจะเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี

3.3 กรณีผลของการอภัยโทษ การล้างมลทิน และการนิรโทษกรรม

ในกรณีผลของการล้างมลทินนั้น การล้างมลทินมีผลเป็นการลบล้างโทษที่บุคคลผู้กระทำความผิดได้รับโทษมาครบถ้วนและพ้นโทษแล้ว มีผลทางกฎหมายเท่ากับบุคคลนั้นไม่เคยได้รับโทษมาก่อน แต่ไม่ได้ล้างการกระทำที่เป็นความผิด กล่าวคือ ผลทางกฎหมายของผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา ให้ถือเป็นว่าผู้นั้นไม่เคยได้รับโทษจำคุก ทำให้บุคคลดังกล่าวไม่มีมลทินติดตัวต่อไปเท่านั้น แต่ไม่มีผลล้างการกระทำที่เป็นความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว กล่าวคือ การกระทำความผิดกับการลงโทษ ถือเป็นคนละเรื่องกัน ดังนั้น การกระทำความผิดดังกล่าวยังคงมีอยู่²⁸ กฎหมายล้างมลทินมีผลทำให้ผู้ที่ได้รับการล้างมลทินได้รับสิทธิที่ต้องสูญเสียไปโดยผลของคำพิพากษากลับคืนมา โดยสิทธิดังกล่าวหมายถึงเฉพาะสิทธิหรือประโยชน์ที่สูญเสียไปเพราะการถูกลงโทษตามคำพิพากษา แต่ไม่หมายความรวมถึงสิทธิหรือประโยชน์ที่จะได้รับภายหลังการล้างมลทินแล้ว เช่น สิทธิการรับเบี้ยหวัดและบำเหน็จบำนาญ

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 72/2546 และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ใหญ่บ้าน ตามมาตรา 12 (11) และ (15) แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 และการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 (เรื่องเสรีจี้ที่ 77/2552)

เป็นต้น เช่นนี้ ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกที่ได้รับโทษและพ้นโทษแล้ว เมื่อได้รับการล้างมลทินโทษ ย่อมต้องถือว่าบุคคลนั้นไม่เคยรับโทษมาก่อน จึงไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7)

เพื่อให้เกิดความเข้าใจความหมายของการล้างมลทินมากยิ่งขึ้น จะต้องเปรียบเทียบความหมายของการล้างมลทิน การนิรโทษกรรมและการอภัยโทษ โดยพิจารณาได้ดังนี้²⁹

“การล้างมลทิน” คือ การลบล้างโทษที่บุคคลผู้กระทำความผิดได้รับโทษและพ้นโทษแล้ว มีผลทางกฎหมายเท่ากับบุคคลนั้นไม่เคยได้รับโทษมาก่อน แต่ไม่ได้ล้างการกระทำที่เป็นความผิด กล่าวคือ ยังคงเป็นผู้ที่มีความประพฤติไม่เหมาะสมอยู่ และไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับการล้างมลทินในอันที่จะเรียกร้องสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น โดยการล้างมลทินต้องออกเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

“การนิรโทษกรรม” คือ การลบล้างการกระทำความผิดอาญาในอดีต โดยถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษ และให้ถือว่าเป็นผู้ไม่เคยต้องคำพิพากษา การนิรโทษกรรมสามารถกระทำได้ก่อนหรือหลังมีคำพิพากษา โดยการนิรโทษกรรมต้องออกเป็นกฎหมาย จะออกเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดก็ได้

“การอภัยโทษ” คือ การให้อภัยแก่ผู้ต้องโทษที่กำลังได้รับโทษอยู่ ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องถูกลงโทษต่อไป การอภัยโทษนั้นอาจจะยกโทษให้ทั้งหมดหรือลดโทษให้บางส่วนก็ได้ และการอภัยโทษจะใช้ในกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว การอภัยโทษเกิดขึ้นได้โดยการทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษจากพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะราย หรือโดยการตราพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเป็นการทั่วไปตามการถวายคำแนะนำของฝ่ายบริหารต่อพระมหากษัตริย์

ส่วนในกรณีผลของการอภัยโทษและการนิรโทษกรรมนั้น ผู้ที่ได้รับการอภัยโทษ ยังคงมีความผิดอยู่ เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษ ผู้ที่ได้รับการอภัยโทษจึงยังคงเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญอยู่ ส่วนผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมอันเป็นการยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำความผิด ย่อมส่งผลให้ได้รับสิทธิที่เคยสูญเสียไปโดยผลของคำพิพากษากลับคืนมา เช่น สิทธิที่จะกลับเข้ารับราชการ สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง หรือสิทธิในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง

²⁹ จุฬารัตน์ ยะปะนัน, เกร็ดกฎหมายน่ารู้ เรื่อง นิรโทษกรรม พระราชทานอภัยโทษ และการล้างมลทิน, สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, หน้า 163-166.

ดังนั้น ผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมแล้ว ย่อมไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากที่กล่าวมาจึงสรุปได้ว่า กรณีผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้จะได้รับการอภัยโทษแล้ว ก็ยังคงเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ส่วนผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมหรือล้างมลทินโทษแล้ว ย่อมไม่เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (7) และมาตรา 160 (6)³⁰ ประกอบมาตรา 98 (7), (9) และ (10)

ส่วนประเด็นเรื่องผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศจะได้รับการอภัยโทษ การล้างมลทิน และการนิรโทษกรรมตามกฎหมายไทยหรือไม่นั้น หากพิจารณาโดยอาศัยหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน อาจพิเคราะห์ได้ว่า ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศ ถือไม่ได้ว่าเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกเพราะศาลไทยเท่านั้นที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาลงโทษจำคุก เช่นนี้ เมื่อไม่ได้เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก จึงไม่ต้องอภัยโทษ ล้างมลทินโทษ และนิรโทษกรรมเลย หรืออาจพิเคราะห์ได้เป็นอีกความเห็นหนึ่งว่า พระราชบัญญัติล้างมลทินฯ ไม่ครอบคลุมไปถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ กล่าวคือ หากผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศได้รับโทษจำคุกและพ้นโทษแล้ว กฎหมายไทยย่อมไม่ครอบคลุมถึงในกรณีนี้ ซึ่งการอภัยโทษและการนิรโทษกรรมก็ใช้หลักการเช่นเดียวกับการล้างมลทิน ดังนั้น จึงไม่สามารถอภัยโทษ ล้างมลทินโทษ และนิรโทษกรรม ให้แก่ผู้ที่เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามกฎหมายต่างประเทศได้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สามารถล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ ให้แก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้ เพราะกฎหมายไทยซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศย่อมต้องใหญ่กว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามหลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน กล่าวคือ จากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่ในดินแดนของตน กฎหมายไทยย่อมอยู่เหนือคำพิพากษาของรัฐอื่น ประกอบกับหากจะล้างมลทินให้เฉพาะผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลไทยเท่านั้น ย่อมจะเกิดความลักลั่นไม่เป็นธรรมแก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศ ดังนั้น เมื่อการอภัยโทษ ล้างมลทิน และนิรโทษกรรม อาศัยหลักการอย่างเดียวกัน จึงสามารถอภัยโทษ ล้างมลทินโทษ และนิรโทษกรรมให้แก่ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศได้

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 วางหลักว่า “รัฐมนตรีต้อง (6) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 98”

3.4 ปัญหาในเรื่องความชอบธรรมและความได้สัดส่วนของบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 98 วางหลักว่า “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ...

(7) เคยได้รับโทษจำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงสิบปีนับถึงวันเลือกตั้ง เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(9) เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกเพราะกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(10) เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำโดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน กฎหมายว่าด้วยยาเสพติดในความผิดฐานเป็นผู้ผลิต นำเข้า ส่งออก หรือผู้ค้า กฎหมายว่าด้วยการพนันในความผิดฐานเป็นเจ้ามือหรือเจ้าสำนัก กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในความผิดฐานฟอกเงิน”

มีประเด็นปัญหาในเรื่องความชอบธรรมและความได้สัดส่วนของบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก กล่าวคือ ระยะเวลาในการตัดสิทธิทางการเมืองและเหตุผลในการตัดสิทธิทางการเมืองของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีนั้นมีความชอบธรรมและมีความได้สัดส่วนหรือไม่ โดยพิจารณาได้ดังนี้

ในประเด็นเรื่องความชอบธรรมนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 98 (9) เป็นบทบัญญัติที่ตัดสิทธิทางการเมืองของนักการเมืองที่โกงชาติบ้านเมือง “ตลอดชีวิต” ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มุ่งปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันทุกรูปแบบ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความชอบธรรมแล้ว ส่วนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 98 (10) เป็นบทบัญญัติที่ตัดสิทธิทางการเมืองตลอดชีวิต ทั้งที่ความผิดที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะที่กว้างขวางมาก ย่อมเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความชอบธรรม โดยเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 98 (7) ที่ใช้คำว่า “เคยได้รับโทษจำคุก” ซึ่งโทษจำคุกนี้รวมถึงความผิดฐานกบฏด้วย แต่ตัดสิทธิทางการเมืองเพียง 10 ปี ทั้งที่ในต่างประเทศตัดสิทธิทางการเมืองตลอดชีวิต เพราะเรื่องความมั่นคงของรัฐ อันเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐดำรงคงอยู่ได้ต่อไป

ย่อมสำคัญกว่าเรื่องการทุจริตคอร์รัปชัน จึงทำให้เกิดความสับสนไม่เป็นที่ชัดเจน ส่วนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 160 (7) ที่วางหลักว่า “รัฐมนตรีต้องไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุด หรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่ในความผิดฐานหมิ่นประมาท” ซึ่งในกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้น ไม่ต้องคำนึงถึงความเป็นที่สุดของคำพิพากษาและไม่ต้องคำนึงถึงเงื่อนไขในการรอการลงโทษ เนื่องจากรัฐมนตรีซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีบทบาททางการเมืองที่สำคัญยิ่ง เมื่อเป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกก็ถือว่าเป็นผู้มีมลทินมัวหมองอันอาจกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนแล้ว จึงต้องพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรี ตามมาตรา 160 (7) จึงเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรม นอกจากนี้ การที่มาตรา 160 (7) ได้ยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ ย่อมทำให้บทบัญญัตินี้มีความชอบธรรมยิ่งขึ้น เพราะคนที่อยู่ในวงการเมืองย่อมต้องตอบโต้หรือชี้แจงในทางการเมือง ซึ่งมีโอกาสพาดพิงถึงบุคคลอื่นสูงมาก จึงมีความเสี่ยงต่อการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ เช่นนี้ ในความผิดฐานหมิ่นประมาทจึงต้องถูกจำคุกจริง โดยไม่รอการลงโทษด้วย ดังนั้น มาตรา 160 (7) จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความชอบธรรมแล้ว

ส่วนประเด็นเรื่องความได้สัดส่วน จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 98 (10) เป็นบทบัญญัติที่ตัดสิทธิทางการเมืองตลอดชีวิต ทั้งที่ความผิดที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัตินี้กล่าวว่ามีลักษณะที่กว้างขวางมาก ประกอบกับความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกักขังเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ หรือกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในความผิดฐานฟอกเงินนั้น ไม่ใช่ความผิดที่กระทำโดยทุจริตต่อชาติบ้านเมือง แต่กลับตัดสิทธิทางการเมืองตลอดชีวิต จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน เช่นนี้ จึงต้องพิจารณาให้เป็นตามหลักความได้สัดส่วนที่พอเหมาะพอควรระหว่างพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการกระทำกับโทษที่จะได้รับซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลดังที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ จึงควรเพิกถอนสิทธิทางการเมือง โดยกำหนดเวลาไว้เพียง 10 ปี ตามหลักความได้สัดส่วน

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เจตนารมณ์ของบทบัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น มุ่งประสงค์ให้ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีไม่ว่าจะต้องคำพิพากษาให้จำคุกในประเทศหรือต่างประเทศก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องถูกจำคุกจริง และคำพิพากษานั้นไม่จำเป็นต้องถึงที่สุด เนื่องจากในทางการเมือง รัฐมนตรีเป็นผู้มีสถานะสูงและมีหน้าที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง จึงไม่ควรมีมลทินแม้แต่เพียงน้อยในขณะดำรงตำแหน่ง

แต่ในกรณีเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก คำพิพากษานั้นต้องถึงที่สุดโดยสภาพ และในกรณีผลของการอภัยโทษ การล้างมลทิน และการนิรโทษกรรมนั้น ผู้ที่ได้รับการนิรโทษกรรมและล้างมลทินโทษแล้วยังคงเป็นรัฐมนตรีได้ ส่วนผู้ที่ได้รับการอภัยโทษยังคงเป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 160 (7) และมาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7), (9) และ (10)

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 98 (7) ในส่วนของคำว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ให้มีถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยบัญญัติเพิ่มเป็นอีกอนุมาตราหนึ่ง มีใจความว่า “(7/1) เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกหมายความว่ามีความรวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย” เทียบเคียงจากรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ ซึ่งเป็นประเทศที่วางหลักการในเรื่องนี้ไว้ได้อย่างเหมาะสมและชัดเจน โดยควรกำหนดเงื่อนไขไว้ในลักษณะดังต่อไปนี้

1) การกำหนดอัตราโทษจำคุก โดยยึดตัวอย่างจากรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ ที่กำหนดลักษณะต้องห้ามมิให้บุคคลได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิก หากถูกศาลยุติธรรมภายในประเทศหรือในต่างประเทศตัดสินว่ามีความผิดและเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี เป็นกรณีที่กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ชัดเจนว่า “เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี” ซึ่งสามารถนำมาเป็นต้นแบบในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยอาจกำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ 3 ปีขึ้นไปในความผิดอาญาร้ายแรงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2) การได้รับอภัยโทษ โดยยึดตัวอย่างจากรัฐธรรมนูญสิงคโปร์ กล่าวคือ ถ้าได้รับอภัยโทษแล้ว ก็ถือว่าไม่ใช่ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก ซึ่งสามารถนำมาเป็นต้นแบบในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยอาจกำหนดไว้ว่า ถ้าได้รับอภัยโทษ ล้างมลทินโทษ และนิรโทษกรรมตามกฎหมายไทยแล้ว ก็จะพ้นจากลักษณะต้องห้ามนี้ กล่าวคือ ถือว่าไม่ใช่ผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก

3) การจะถือว่าบุคคลใดเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศ จะต้องให้โอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ และต้องมีความตกลงระหว่างประเทศหรือมีทางปฏิบัติที่เป็นถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกันระหว่างประเทศที่มีคำพิพากษาให้จำคุกกับประเทศไทย

4) การจำกัดการตัดสิทธิทางการเมืองไว้ กล่าวคือ ถ้าเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในศาลต่างประเทศยังไม่ถึง 5 ปี จึงจะถือว่าเป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยเหตุผลที่กำหนดไว้เพียง 5 ปี เพราะการตัดสิทธิทางการเมืองตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น ไม่ควรกำหนด

ระยะเวลาไว้นานเท่ากับคำพิพากษาของศาลไทยที่ตัดสินสิทธิทางการเมืองเป็นเวลา 10 ปี เนื่องจากคำพิพากษาของศาลไทยย่อมมีความสำคัญกว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามหลักเรื่องอำนาจอธิปไตย

ทั้งนี้ เพื่อยกระดับลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีให้สูงขึ้นตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกที่มุ่งประสงค์ให้ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรี ไม่ว่าจะต้องคำพิพากษาให้จำคุกในประเทศหรือต่างประเทศก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องถูกจำคุกจริง เนื่องจากในทางการเมืองรัฐมนตรีเป็นผู้มีสถานะสูงและมีหน้าที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง จึงไม่ควรมียกเว้นแม้แต่น้อยในขณะดำรงตำแหน่ง

นอกจากนี้ หากต้องการจะตัดสินสิทธิทางการเมืองของรัฐมนตรีผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก “ตลอดชีวิต” ก็ควรบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นอีกมาตราหนึ่งต่างหาก เพราะการจะนำมาตรา 235 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่วางหลักว่า “ผู้ใดถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งไม่ว่าในกรณีใด ผู้นั้นไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือสมัครรับเลือกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตลอดไป และไม่มีสิทธิดำรงตำแหน่งทางการเมืองใด ๆ” มาบังคับใช้กับเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุก ย่อมไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากมาตรา 235 วรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่บังคับใช้กับกรณีที่มีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำความผิดเฉพาะที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเท่านั้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 235 วรรคสี่ จึงไม่ใช่ผลของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 160 (7) และ มาตรา 160 (6) ประกอบมาตรา 98 (7), (9) และ (10) เช่นนี้ การเพิกถอนสิทธิในการเป็นรัฐมนตรี ซึ่งเป็นสิทธิทางการเมือง “ตลอดชีวิต” จึงต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นอีกมาตราหนึ่งต่างหาก

ปัญหาและผลกระทบจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร*

Problems and Implications from the Creation of Non-Genuine Transactions in Taxation

สรพร สรรพัชญา

Sanporn Sanpatchaya

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

J.S.D. Candidate

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

Corresponding author E-mail: sanpornsan@gmail.com

(Received: May 30, 2021; Revised: September 10, 2021; Accepted: November 9, 2021)

บทคัดย่อ

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรเป็นพฤติกรรมที่ถือเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีอากรและไม่ถูกยอมรับโดยประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน เนื่องจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจและมุ่งแต่เพียงการรับเอาสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรนี้มิได้จำกัดแต่เพียงธุรกรรมในประเทศเท่านั้น แต่รวมถึงธุรกรรมระหว่างประเทศด้วย สาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการสร้างธุรกรรมทางภาษีอากรเกิดจากความสมัครใจของผู้เสียภาษีที่อยู่ในระดับต่ำ การปฏิบัติตามกฎหมายภาษีอากรมีต้นทุนที่สูง และความสามารถในการจัดเก็บภาษีและบังคับใช้กฎหมายภาษีไม่มีประสิทธิภาพ จากการศึกษาพบว่าการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบหลายประการ กล่าวคือ ผลกระทบต่อรายได้ของรัฐ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการนำหลักวัตถุประสงค์หลักมาใช้ในประเทศไทย” หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปัญหาความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้เสียภาษี ปัญหาการขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน
และปัญหาการเป็นอุปสรรคต่อการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ

คำสำคัญ: กฎหมายภาษีอากร, การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร, การหลีกเลี่ยงภาษีอากร

Abstract

Many countries now consider the fabrication of non-genuine transactions to be an undesirable form of tax avoidance. This is due to the fact that the establishment of non-genuine transactions has no business or economic purpose and is only aiming for obtaining tax benefits. Non-genuine transactions are not limited to domestic transactions but also international transactions. The main causes for this include low level of voluntary tax compliance, high compliance costs and weak enforcement of tax law. The author discovered that the creation of non-genuine transactions has a number of negative consequences, including a reduction in state revenue, a problem with tax fairness, a problem with being against the purpose of Double Taxation Agreement and a problem with being barrier to reciprocity between states.

Keywords: Taxation law, Non-genuine transactions in tax, Tax avoidance

1. บทนำ

แนวความคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมทางภาษีซึ่งมักถูกหยิบยกขึ้นอธิบายตามตำราภาษีที่มีชื่อเสียงส่วนใหญ่สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ อันได้แก่ การวางแผนภาษี (Tax planning) การหลีกเลี่ยงหรือการเลี่ยงภาษี (Tax avoidance) และการหนีภาษี (Tax evasion)

การวางแผนภาษี (Tax planning) คือ การกำหนดวิธีปฏิบัติไว้ล่วงหน้าหรือการเตรียมการเพื่อเสียภาษีให้ถูกต้องครบถ้วนและประหยัด ซึ่งวิธีการที่ใช้ในการวางแผนภาษีจะต้องไม่ผิดกฎหมาย¹ โดยเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัด (Strict compliance) จะต้องไม่มีแม้แต่การอาศัยช่องว่าง (loopholes) หรือความคลุมเครือของกฎหมาย (ambiguity) เช่น การเลือกองค์การธุรกิจในการประกอบธุรกิจเพื่อประหยัดภาษี การซื้อประกันชีวิตเพื่อนำเบี้ยประกันมาลดหย่อนภาษี การใช้สิทธิหักจ่ายเพิ่มจากรายจ่ายบางประเภทที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น

การหลีกเลี่ยงหรือการหลบเลี่ยงภาษี (Tax avoidance) คือ การกระทำตามกฎหมายด้วยวิธีการใด ๆ ที่ผู้เสียภาษีประสงค์ให้เกิดผลเพื่อทำให้ภาษีลดลง โดยปกติแล้วการหลีกเลี่ยงหรือการหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) จะมีลักษณะต่างจากการวางแผนภาษี เนื่องจากการใช้ช่องว่าง (loopholes) และความคลุมเครือ (ambiguity) ของกฎหมายภาษีในการทำให้ภาระภาษีลดลง² การหลีกเลี่ยงหรือการหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) จะเริ่มต้นจากการกำหนดผลทางภาษีเป็นหลักแล้วจึงใช้ช่องว่างหรือความคลุมเครือของกฎหมาย รวมถึงอาศัยกฎหมายอื่น ๆ เป็นตัวช่วยในการกำหนดธุรกรรมหรือโครงสร้างของการหลีกเลี่ยงหรือการหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) ดังกล่าว ซึ่งผลลัพธ์ของการหลีกเลี่ยงหรือการหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) นั้น คือ การมีความรับผิดชอบทางภาษีเกิดขึ้น แต่ไม่มีโทษทางอาญา ในบางตำราบางเล่มอาจแบ่งรูปแบบของผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นออกเป็น การหลีกเลี่ยงภาษีที่ยอมรับได้ (acceptable tax avoidance) และการหลีกเลี่ยงภาษีที่ยอมรับไม่ได้ (unacceptable tax avoidance) ตัวอย่างของการหลีกเลี่ยงหรือการเลี่ยงภาษี เช่น การใช้แนวคำพิพากษาในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาเพื่อให้หลุดพ้นจากภาระภาษีบางประเภท หรือการแยกสัญญาออกเป็นสัญญาเช่าและสัญญาบริการ หรือการจัดโครงสร้างองค์กรใหม่ (corporate reorganization) เพื่อจะได้ไม่ต้องเสียภาษีในประเทศหนึ่ง เป็นต้น

¹ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, *การวางแผนภาษีอากร*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ T. Training Center, 2553), หน้า 2.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

การหลีกเลี่ยงภาษีหรือการหลบเลี่ยงภาษี (Tax avoidance) นี้แม้จะไม่มีผลทางอาญา ซึ่งถือว่าไม่ผิดกฎหมายก็ตาม แต่ในเชิงภาพลักษณ์หรือภาพพจน์นั้น จะมีภาพลักษณ์หรือภาพพจน์ในทางลบ³ นอกจากนี้ การหลีกเลี่ยงภาษีหรือการหลบเลี่ยงภาษีนี้นั้นมีความหมายและรูปแบบใกล้เคียงกับคำว่า การวางแผนภาษีเชิงรุก (aggressive tax planning) ซึ่งในรายงานฉบับสมบูรณ์เกี่ยวกับตัวชี้วัดในการวางแผนภาษีเชิงรุก (aggressive tax planning indicators) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสหภาพยุโรป (European Commission) ได้ให้นิยามว่า “เป็นการถือเอาประโยชน์จากเทคนิค (techniques) ต่าง ๆ ในระบบภาษี หรือความไม่สอดคล้องกันระหว่างระบบภาษีตั้งแต่สองระบบขึ้นไปเพื่อให้ภาระภาษีลดลง⁴” ซึ่งมีลักษณะของการกระทำที่กำหนดในรายงานฯ ดังกล่าว เหมือนกับการหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance)

การหนีภาษี (Tax evasion) คือ การที่ผู้เสียภาษีใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายเพื่อที่จะไม่ต้องเสียภาษี เช่น การจัดทำบัญชีสองเล่ม การไม่รับรู้รายได้ หรือการสร้างรายจ่าย เป็นต้น⁵ สำหรับประเทศไทยการหนีภาษีตามเข้าใจของนักวิชาการและตำราเกี่ยวกับกฎหมายภาษีมักมีความผิดตามมาตรา 37 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้

(1) โดยเจตนาแจ้งข้อความเท็จ หรือให้ถ้อยคำเท็จ หรือตอบคำถามด้วยถ้อยคำอันเป็นเป็นเท็จ หรือนำพยานหลักฐานเท็จมาแสดง เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรหรือเพื่อขอคืนภาษีอากรตามลักษณะนี้ หรือ

(2) โดยความเท็จ โดยฉ้อโกงหรืออุบาย หรือโดยวิธีการอื่นใดทำนองเดียวกัน หลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรหรือขอคืนภาษีอากรตามลักษณะนี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองแสนบาท”

ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำว่าหลีกเลี่ยงภาษีที่ใช้ในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีของการหนีภาษี (Tax Evasion) มิใช่การหลีกเลี่ยงภาษี (Tax Avoidance) เนื่องจากเป็นเจตนาของผู้เสียภาษีที่แสดงออกเป็นการกระทำโดยความเท็จ กล่าวคือผู้เสียภาษีต้องแสดงไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น การแจ้งเจ้าหน้าที่ว่าไม่มีรายได้ แต่จริง ๆ แล้วผู้เสียภาษามีรายได้เกิดขึ้น

³ พนิต ธีรภาพวงศ์, ภาษีบริษัทข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552), หน้า 74-75.

⁴ European Commission, **Aggressive tax planning indicators: Final Report**, (Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2018), p. 23.

⁵ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ T. Training Center, 2553), หน้า 3.

หรือการที่ผู้เสียภาษีไม่มีรายจ่ายแต่แจ้งกับเจ้าหน้าที่ว่าผู้เสียภาษีมียรายจ่ายเกิดขึ้น เป็นต้น สิ่งที่ผู้เขียนยกตัวอย่างมาเป็นการแสดงเท็จทั้งสิ้น และจะต้องเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากร ซึ่งการแสดงความจริงเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นการหนีภาษี (Tax Evasion) ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากคำว่าหลีกเลี่ยงภาษีหรือการหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) ซึ่งเป็นการอาศัยช่องว่างหรือความคลุมเครือหรือความไม่ชัดเจนของกฎหมายในการตีความเพื่อให้เกิดประโยชน์กับธุรกรรมที่ตนสร้างขึ้นโดยไม่มีความผิดทางอาญา ดังนั้นการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการแสดงความจริงตามมาตราดังกล่าว คือลักษณะของการหนีภาษี (tax evasion) ซึ่งมีความผิดทางอาญา⁶ นอกจากนี้การใช้คำว่าหลีกเลี่ยงภาษีในมาตราดังกล่าว อาจเพราะว่าคำแปลภาษาไทยของคำว่า evasion กับ avoidance สามารถแปลความหมายได้เหมือนกันนั่นก็คือ การหลีกเลี่ยง ส่วนฉบับภาษาอังกฤษซึ่งผู้เขียนค้นพบในเว็บไซต์กรมสรรพากรใช้คำว่า evade ซึ่งสื่อให้เห็นว่าการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวคือการหนีภาษี

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร (non-genuine transactions) ในบริบทของบทความฉบับนี้ หมายถึง นิติกรรมหรือสัญญาใด ๆ ที่ผู้เสียภาษีจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่จะเลี่ยงการเสียภาษีอากรโดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ ซึ่งความหมายดังกล่าว ผู้เขียนได้ทำการเทียบเคียงกับข้อบทที่ 6 (Article 6) ของ Council Directive (EU) 2016/1164 เนื่องจากคำดังกล่าวมิได้มีการกำหนดนิยามไว้ในภาควิชาการภาษีของประเทศไทย

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร (non-genuine transaction) ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำรูปแบบใหม่ที่แยกออกจากการวางแผนภาษี (tax planning) การหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) หรือการหนีภาษี (tax evasion) แต่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) กล่าวคือ การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร (non-genuine transactions) เป็นการกระทำที่ผู้เสียภาษีต้องการหลีกเลี่ยงภาษี จึงได้สร้างธุรกรรมอันจะก่อให้เกิดผลทางภาษีอากรดังที่ได้วางแผนไว้ โดยธุรกรรมดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหรือมีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจแก่ผู้เสียภาษีนั่นเลย แต่ทั้งนี้ ธุรกรรมที่ผู้เสียภาษีได้กระทำขึ้นต้องมีใช้ธุรกรรมเท็จ กล่าวคือเป็นธุรกรรมที่ไม่มีอยู่จริงแต่ผู้เสียภาษีอ้างว่ามีจริง หรือธุรกรรมที่มีจริงแต่ผู้เสียภาษีอ้างว่าไม่มีอยู่จริง ซึ่งจะกลายเป็นการแสดงความจริงอันมี

⁶ ในหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร หรือประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น ก็อาศัยความรับผิดทางอาญาเป็นจุดตัดระหว่างการหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) และการหนีภาษี (tax evasion) กล่าวคือ หากเป็นการหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) ผู้เสียภาษีจะไม่มี ความรับผิดทางอาญาแต่มีความรับผิดทางภาษี แต่หากเป็นการหนีภาษี (tax evasion) ผู้เสียภาษีจะมีความรับผิดทางอาญา โปรดดู K.B. Brown, A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance, Comparative Perspectives on Law and Justice 12, (Springer, 2012).

ความรับผิดทางอาญา เช่น มาตรา 37 ทรี แห่งประมวลรัษฎากร เป็นต้น

สาเหตุที่ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรนั้น ซึ่งถือว่าแปลไม่ตรงตัว จากคำว่า non-genuine transactions เนื่องมาจากความไม่แท้จริงของธุรกรรม อันมีวัตถุประสงค์ ในทางภาษีเป็นหลักนั้น มักมีลักษณะ “ถูกสร้าง (create or fabricate)” ขึ้นจากผู้เสียภาษี ดังนั้น ผู้เขียนจึงใช้คำว่า การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร เพื่อสื่อให้เห็นว่า ธุรกรรมดังกล่าวถูกสร้างขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทางภาษีอากรเท่านั้น โดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร (non-genuine transactions) ไม่ได้รับการยอมรับ จากนานาประเทศในปัจจุบัน เนื่องจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรปราศจากวัตถุประสงค์ ทางเศรษฐกิจหรือการค้าอันถือว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักที่ก่อให้เกิดธุรกรรมในทางเศรษฐศาสตร์ ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น การทำธุรกรรม คือการที่คู่สัญญาได้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ และในขณะ เดียวกันไม่มีผลทำให้คนอื่นเสียประโยชน์หรือเสียหายตามหลักประสิทธิภาพของพาเรโต (Pareto Efficiency)⁷ แต่การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร (non-genuine transactions) นั้น คู่สัญญา มิได้มีประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากขึ้น เพราะธุรกรรมดังกล่าวปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ และรัฐย่อมเป็นบุคคลที่เสียประโยชน์ เพราะไม่สามารถจัดเก็บภาษีได้ ทั้งนี้ ประโยชน์ทางภาษีจาก ธุรกรรมที่ผู้เสียภาษีได้ทำขึ้นอาจเป็นได้ทั้งประโยชน์โดยตรงและโดยอ้อม และรวมถึง การไม่ต้อง เสียภาษี หรือการชะลอการเสียภาษีด้วย

2. สาเหตุของการสร้างธุรกรรมขึ้นในระบบภาษีอากร

ในรายงานซึ่งจัดทำโดยกระทรวงการร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศเยอรมัน⁸ ได้กล่าวถึงสาเหตุของการหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) สำหรับประเทศที่กำลัง พัฒนา โดยได้จำแนกสาเหตุออกเป็น 3 สาเหตุ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 ความสมัครใจในการเสียภาษีของผู้เสียภาษีอยู่ในระดับต่ำ (Low tax morale)

ในรายงานฉบับดังกล่าวได้ระบุสาเหตุประการแรกของการสร้างธุรกรรมในระบบภาษี อากร คือ ความสมัครใจในการเสียภาษีของผู้เสียภาษีอยู่ในระดับต่ำ โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายของ

⁷ ธรรมนิติ สมันตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ : กฎหมายทรัพย์สิน สัญญา ละเมิด และสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 74.

⁸ GIZ Sector Programme Public Finance, Administrative Reform, Addressing tax evasion and tax avoidance in developing countries, (Federal Ministry for Economic Cooperation and Development: 2011), p. 13-18.

แต่ละประเทศมักกำหนดหน้าที่ให้พลเมืองของประเทศต้องเสียภาษีให้กับประเทศนั้น ๆ ดังนั้นการเสียภาษีจึงเป็นถือเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของพลเมือง อย่างไรก็ตาม ความสมัครใจของผู้เสียภาษีเป็นสิ่งที่ยาก เนื่องจากมีลักษณะเป็นนามธรรม เป็นสิ่งที่อยู่ในใจของบุคคล ในการวัดความเต็มใจของผู้เสียภาษีนี้นั้นจะต้องอาศัยปัจจัยแวดล้อมอื่นเป็นตัวชี้วัดแนวโน้มของความสมัครใจในการเสียภาษีของผู้เสียภาษี ซึ่งในรายงานฉบับดังกล่าวได้กล่าวถึง ปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลต่อความสมัครใจของผู้เสียภาษีอื่นได้แก่ 1. ปัจจัยเรื่องความด้อยคุณภาพของบริการเมื่อเทียบกับภาษีที่จ่ายไป 2. ปัจจัยเรื่องระบบภาษีและความเป็นธรรม 3. ปัจจัยด้านความโปร่งใสและความรับผิดชอบของสถาบันของรัฐอยู่ในระดับต่ำ 4. ปัจจัยด้านการเพิ่มขึ้นของการทุจริต และ 5. ปัจจัยเรื่องการขาดหลักนิติธรรมและอำนาจของศาลที่อ่อนแอ

2.2 การปฏิบัติตามกฎหมายภาษีมีต้นทุนที่สูง (High compliance cost)

สาเหตุประการที่สอง คือ การที่ต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายภาษีอยู่ในอัตราที่สูงและต้นทุนนั้นประชาชนผู้เสียภาษีต้องเป็นผู้รับภาระ เช่น การที่กฎหมายภาษีมีความซับซ้อนและยากต่อการเข้าใจทำให้ผู้เสียภาษีจำเป็นต้องปรึกษาที่ปรึกษาอันทำให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูง การใช้ต้นทุนทางด้านเวลาที่สูง เป็นต้น ในดัชนีการพัฒนาโลกประจำปี 2019 ของธนาคารโลกสำหรับ “เวลาในการเตรียมและจ่ายภาษี”⁹ แสดงให้เห็นความแตกต่างอย่างมากของแต่ละประเทศในขณะที่มีการเตรียมและการจ่ายภาษี โดยประเทศในกลุ่ม OECD¹⁰ ที่มีรายได้สูงต้องใช้เวลาโดยเฉลี่ยไม่เกิน 150 ชั่วโมง ในขณะที่ประเทศที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่ม OECD ซึ่งเป็นประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างโบลิเวียต้องใช้เวลาถึง 1,025 ชั่วโมง ในประเทศอย่างบราซิลต้องใช้เวลาโดยเฉลี่ย 1,501 ชั่วโมง และในประเทศพม่าและประเทศไทย ใช้เวลาราว 200 ชั่วโมง ซึ่งเป็นต้นทุนทางเวลาที่สูงมาก

สถานการณ์เช่นนี้ทำให้ผู้ประกอบการหรือองค์กรธุรกิจกังวลเกี่ยวกับภาระการบริหารภาษีมากกว่าภาระภาษี ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้สามารถสันนิษฐานได้ว่าค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎระเบียบนั้นสูงมากและความเป็นไปได้ที่ผู้เสียภาษีจะปฏิบัติตามกฎหมายในการเสียภาษีจะยิ่งต่ำลง โดยเฉพาะกลุ่มผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก (Small and Medium Enterprises - SMEs) ที่ต้องแบกรับต้นทุนราคาสูงในการปฏิบัติตามกฎระเบียบทางภาษี

⁹ The World Bank, “Time to prepare and pay taxes (hours)”, Doing Business Project, [Online] Available from: https://data.worldbank.org/indicator/IC.TAX.DURS?end=2019&most_recent_value_desc=true&start=2005&view=chart [2021, May 21]

¹⁰ ประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การเพื่อพัฒนาความร่วมมือทางเศรษฐกิจและสังคม (The Organization for Economic Co-operation and Development - OECD) ประกอบไปด้วย 37 ประเทศสมาชิก ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศออสเตรีย ประเทศเบลเยียม ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลี เป็นต้น

2.3 ความสามารถที่ไม่เพียงพอในการจัดเก็บภาษีและการบังคับใช้กฎหมายภาษี

สาเหตุประการสุดท้าย คือ การที่รัฐไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะจัดเก็บภาษี ปัญหานี้ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นในกลุ่มประเทศที่ด้อยพัฒนาหรือกำลังพัฒนา เนื่องจากเศรษฐกิจของประเทศที่ด้อยพัฒนาหรือกำลังพัฒนาส่วนใหญ่เน้นขับเคลื่อนโดยเศรษฐกิจนอกระบบ (Informal Economy)¹¹ ซึ่งบุคคลหรือหน่วยธุรกิจที่ทำงานนอกระบบมักไม่จ่ายภาษีเงินได้หรือจ่ายน้อยกว่าความเป็นจริง ในกรณีดังกล่าวการที่รัฐหรือหน่วยงานจัดเก็บภาษีของรัฐไม่สามารถที่จะนำบุคคลหรือธุรกิจนอกระบบเข้ามาอยู่ในระบบและจัดเก็บภาษีได้นั้น ส่งผลให้บุคคลหรือธุรกิจที่อยู่ในระบบรู้สึกว่าเป็นธรรมและเกิดการหลีกเลี่ยงที่จะจ่ายภาษีแก่รัฐ นอกจากนี้การบังคับใช้กฎหมายภาษีอย่างไม่ประสิทธิภาพยิ่งถือรวมเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร เนื่องจากหากรัฐตีความโดยเคร่งครัดและปราศจากการคำนึงถึงเจตนารมณ์ของตัวกฎหมาย ย่อมทำให้เกิดการสร้างธุรกรรมที่สอดคล้องกับผลในทางภาษีที่เกิดจากการที่รัฐตีความโดยเคร่งครัดด้วย

ในรายงานดังกล่าวได้สรุปว่าสาเหตุทั้งสามประการที่ระบุไว้ข้างต้น ไม่ได้เป็นสาเหตุที่เกิดขึ้นโดยแยกออกจากกัน บ่อยครั้งการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรเพื่อการหลีกเลี่ยงภาษีเกิดจากหลายสาเหตุรวมกัน

เมื่อพิจารณาสาเหตุในการหลีกเลี่ยงภาษีตามที่รายงานฉบับดังกล่าวได้หยิบยกขึ้นกล่าวถึง ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายตามกับสาเหตุทั้งสามประการว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงภาษีหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) และการหนีภาษี (tax evasion) ได้ เช่น ในสาเหตุประการแรกเรื่องความสมัครใจในการเสียภาษี เมื่อพิจารณาปัจจัยที่รายงานดังกล่าวได้กล่าวถึงแสดงให้เห็นว่าความโปร่งใสของภาครัฐ และความมีประสิทธิภาพของภาครัฐ เป็นปัจจัยที่สำคัญต่อความสมัครใจในการเสียภาษีของผู้เสียภาษี กล่าวคือ หากรัฐไม่มีความโปร่งใสและมีการทุจริตที่เพิ่มมากขึ้น รวมถึงการให้บริการสาธารณะขาดประสิทธิภาพ ย่อมลดทอนความสมัครใจของผู้เสียภาษีในการจ่ายภาษี สำหรับสาเหตุประการที่สอง ได้แก่ ต้นทุนที่สูงในการปฏิบัติตามกฎหมายภาษี เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนพบว่า หากภาคเอกชนหรือผู้เสียภาษีต้องใช้ต้นทุนที่สูงในการปฏิบัติตามกฎหมายภาษีย่อมส่งผลให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภาษีแทน เนื่องจากภาคเอกชนย่อมต้องคำนึงถึงผลกำไรเป็นอันดับแรก หากภาคเอกชนต้องรับภาระจากต้นทุนที่สูงอาจทำให้ภาคเอกชนกระทำการสร้างธุรกรรมขึ้นในระบบภาษีอากรเพื่อหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี

¹¹ OECD ได้ให้ความหมายว่า เศรษฐกิจที่อยู่นอกระบบ (Informal Economy) หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ไม่อยู่ภายใต้ระบบตลาด (Market) และไม่อยู่ในระบบบัญชีประชาชาติ (GDP) มีลักษณะคือเป็นกิจกรรมขนาดเล็กและไม่ผิดกฎหมาย เช่น ธุรกิจการผลิตขนาดเล็กที่ใช้บริโภคภายในชุมชน เป็นต้น

(tax avoidance) หรือหนีภาษี (tax evasion) ได้ และสาเหตุประการสุดท้ายคือการที่รัฐไม่มีความสามารถเพียงพอในการจัดเก็บภาษีและการบังคับใช้กฎหมายภาษี สิ่งที่คุณเขียนเห็นได้ชัดที่สุดคือการที่ประเทศไทยมีเม็ดเงินที่หมุนเวียนในเศรษฐกิจนอกระบบเป็นจำนวนมาก ซึ่งรัฐไม่อาจใช้อำนาจจัดเก็บภาษีอย่างเท่าเทียมได้ ซึ่งทำให้ภาคเอกชนที่เป็นเศรษฐกิจในระบบเกิดความรู้สึกที่ไม่เป็นธรรมซึ่งอาจนำไปสู่การหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) หรือหนีภาษี (tax evasion) ได้ นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีความเห็นว่าสาเหตุทั้งสามมีความเชื่อมโยงกัน เช่น การที่ไม่สามารถนำเศรษฐกิจนอกระบบเข้ามาอยู่ในระบบได้เนื่องจากผู้ที่อยู่ในเศรษฐกิจนอกระบบขาดความสนใจในการเสียภาษี ซึ่งอาจเกิดจากความไม่เป็นธรรมหรือต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายภาษีที่สูง

3. วิธีการสร้างธุรกรรมในระบบภาษี

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีมิได้จำกัดเพียงธุรกรรมในประเทศเท่านั้น แต่ยังรวมถึงธุรกรรมระหว่างประเทศด้วย ซึ่งผู้เขียนสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 วิธี ได้แก่ การสร้างรายจ่ายและรายได้ การสร้างธุรกรรมผ่านการกำหนดราคาโอน การเปลี่ยนประเภทของเงินได้ และการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ในการอธิบายถึงลักษณะของวิธีการนั้น ผู้เขียนจะยกตัวอย่างบทบัญญัติในประมวลรัษฎากร และกรณีศึกษาที่มาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่คุณเขียนเห็นว่าเป็นกรณีตามวิธีการนั้น ๆ

3.1 การสร้างรายจ่ายและรายได้

การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลโดยทั่วไปแล้วมักจัดเก็บจากฐานกำไรสุทธิของกิจการ กล่าวคือ เป็นการนำรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการมาหักออกจากรายได้ที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการ¹² วัตถุประสงค์หลักของการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรโดยการสร้างรายจ่ายนั้นก็เพื่อนำเอามาคหักออกจากรายได้ ยังมีรายจ่ายเยอะกำไรสุทธิก็จะเหลือน้อยลง ส่วนการสร้างรายได้นั้น โดยทั่วไปมักจะกระทำเมื่อมีผลขาดทุนสะสม เมื่อมีผลขาดทุนสะสม

โดยทั่วไปแล้ว รายจ่ายที่เกิดขึ้นในการประกอบกิจการอาจไม่ใช่รายจ่ายทางภาษีอากรทั้งหมด เนื่องจากรายจ่ายที่ประมวลรัษฎากรอนุญาตให้ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลนั้นจะต้อง 1) รายจ่ายจากการประกอบกิจการ เช่น รายจ่ายที่เป็นต้นทุนค่าสินค้า รายจ่าย

¹² ยกตัวอย่างเช่นมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจะต้องเสียภาษีจากกำไรสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีโดยนำเอารายจ่ายที่เกิดจากการประกอบกิจการมาหักออกจากรายได้ที่เกิดจากการประกอบกิจการ

ค่าทำบัญชีกิจการ เป็นต้น และ 2) ไม่เป็นรายจ่ายต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด¹³ เช่น ค่าปรับในทางภาษีอากร หรือ เงินเดือนของผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนเฉพาะส่วนที่จ่ายเกินสมควร เป็นต้น สาเหตุที่กฎหมายต้องกำหนดลักษณะของรายจ่ายก็เพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการนำรายจ่ายที่ไม่เกี่ยวข้องกับกิจการมาถือเป็นรายจ่ายของกิจการเพื่อให้กำไรสุทธิน้อยลงหรือมีผลขาดทุนเกิดขึ้น ซึ่งมีผลทำให้เสียภาษีน้อยกว่าความเป็นจริงหรือไม่ต้องเสียภาษีเลย¹⁴

ในส่วนของรายได้นั้น นอกเหนือจากรายได้ที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการดังที่กำหนดในมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรแล้ว ยังมีการกระทำที่กฎหมายกำหนดว่าลักษณะดังกล่าวถือว่าเป็นรายได้เกิดขึ้นอันได้แก่ 1) การที่บริษัทได้รับการปลดหนี้จากเจ้าหนี้ 2) การใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน 3) มีภาษีที่ผู้อื่นออกแทนให้ และ 4) ได้รับเงินช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือจากการให้โดยเสนหา

ดังนั้น วิธีการสร้างรายได้และรายจ่ายคือการสร้างธุรกรรมที่มีผลลัพธ์เป็นการเพิ่มรายได้เพื่อใช้หักกลับกับผลขาดทุนสุทธิ หรือการสร้างรายจ่ายเพื่อนำมาหักออกจากรายได้ ทั้งนี้เพื่อให้ผลลัพธ์สุดท้ายนำมาซึ่งการลดภาระภาษีหรือการไม่มีภาระภาษีเลย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการสร้างธุรกรรมในทางภาษีอากรที่มีผลเป็นการสร้างรายได้และรายจ่ายจากคำพิพากษากฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 123/2540

ในคดีนี้ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า บริษัท บิลิตัน ไทยแลนด์ จำกัด (“โจทก์”) และบริษัท ไทยแลนด์ เอ็กพลอเรชั่น แอนด์ ไมนิ่ง จำกัด (“เพิ่มโค”) ต่างเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย นอกจากนี้ ทั้งโจทก์และเพิ่มโคต่างก็เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน เนื่องจากมีผู้ถือหุ้นรายใหญ่เป็นบริษัทเดียวกันซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศเนเธอร์แลนด์ โจทก์และเพิ่มโคได้ตกลงกันทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินและสัญญาเพิ่มเติมเพื่อขายและซื้อทรัพย์สินและหนี้สิน โดยโจทก์เป็นผู้ซื้อและเพิ่มโคเป็นผู้ขาย เนื่องจากสัญญาสัมปทานของเพิ่มโคในการขุดแร่ได้ถูกเพิกถอน ซึ่ง ณ เวลาที่ซื้อขายทรัพย์สินฯ นั้น เพิ่มโคมีผลขาดทุนจำนวน 120 ล้านบาท และมีทรัพย์สินได้แก่ เรือขุดเจาะอุปกรณ์ เครื่องจักรที่ประดิษฐ์ขึ้นจากแท่นเหล็กเพื่อใช้งาน ราคาตามบัญชีรวมจำนวน 100 ล้านบาท ทั้งโจทก์และเพิ่มโคตกลงมูลค่าของการซื้อขายกิจการนี้รวมมูลค่า 332,800,000 บาท เมื่อโจทก์ได้ซื้อกิจการของเพิ่มโคแล้ว โจทก์ก็นำเอามูลค่าการซื้อขายกิจการมารวมเป็นต้นทุนในการหักค่าเสื่อมราคาของโจทก์

¹³ มาตรา 65 ตรี แห่งประมวลรัษฎากร

¹⁴ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนโสม และ สาโรช ทองประคำ, คำอธิบายประมวลรัษฎากร ภาษีสรรพากร เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ บริษัท สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพ) จำกัด, 2561), หน้า 20-63.

กรมสรรพากรไม่เห็นด้วยกับราคาที่ซื้อขายกิจการเนื่องจากการซื้อขายกิจการดังกล่าวมีมูลค่าเกินบัญชี ซึ่งทำให้เต็มโคไม่ต้องเสียภาษีเงินได้จากการขายกิจการ เพราะมีผลขาดทุนสะสมที่ยกมา ในขณะที่โจทก์ที่นำเอามูลค่าการซื้อขายกิจการที่สูงเกินจริงมาบันทึกเป็นต้นทุนเพื่อหักค่าเสื่อมราคา กรมสรรพากรจึงปฏิเสธราคาที่โจทก์นำเอามูลค่าการซื้อขายกิจการมาบันทึกเป็นต้นทุนตามมาตรา 65 ตรี (15) แห่งประมวลรัษฎากร และประเมินภาษีโจทก์เพิ่ม

ศาลภาษีอากรกลางยกฟ้องโจทก์และศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลภาษีอากรกลางโดยศาลฎีกามีความเห็นดังนี้

1. การที่โจทก์อ้างว่าเหตุที่ราคาสูงเป็นเพราะเต็มโคมีอำนาจต่อรองในการกำหนดราคาขายทรัพย์สินมากกว่าโจทก์ ศาลฎีกาเห็นว่าเรือชุดแรกของเต็มโคเป็นเรือที่ประกอบมาเพื่อใช้ชุดแร่โดยเฉพาะ เมื่อสัมปทานของเหมืองถูกเพิกถอน เรือชุดแร่นี้จึงไม่มีประโยชน์และไม่สามารถนำไปใช้ในการทำไปได้ เต็มโคจึงไม่สามารถอยู่ในฐานะที่จะต่อรองอะไรกับโจทก์ได้

2. โจทก์ได้มีรับใบแจ้งราคาเรือที่ต่อใหม่จากบริษัท ไมนิ่ง แอนด์ ทรานสปอร์ต เอ็นจิเนียริง เอ็นทีอี ซึ่งมีมูลค่าประมาณ 450 ล้านบาท โจทก์อ้างว่าราคาเรือที่ต่อใหม่มีมูลค่าสูงกว่าการซื้อเรือจากเต็มโค ศาลฎีกาเห็นว่า หนังสือแจ้งราคาเรือที่ต่อใหม่ได้มาถึงโจทก์หลังจากที่โจทก์ได้ทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินไปแล้ว การยืนยันราคาเรือก็เป็นการยืนยันย้อนหลังแสดงว่าในการทำหนังสือสอบถามราคาก็เพียงแค่เป็นการสร้างหลักฐานประกอบการซื้อทรัพย์สินเท่านั้น ไม่มีเจตนาที่จะให้มีการต่อเรือกันจริง หลักฐานข้างดังกล่าวศาลฎีกามองว่าไม่น่าเชื่อถือ

3. โจทก์อ้างว่าภายหลังจากที่โจทก์ได้ซื้อทรัพย์สินจากเต็มโคแล้ว โจทก์ได้นำไปประกันภัย ซึ่งผู้รับประกันก็รับประกันภัย เมื่อเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินที่เอาประกันภัยผู้รับประกันภัยได้ชำระค่าเสียหายให้เป็นจำนวนเงินสูงกว่าที่โจทก์ได้เอาประกันไว้ จึงสามารถกล่าวได้ว่ามูลค่าที่โจทก์ซื้อทรัพย์สินนั้นใกล้เคียงกับมูลค่าตามความเป็นจริง เพราะไม่อย่างนั้นบริษัทผู้รับประกันภัยจะไม่รับประกันในมูลค่าดังกล่าว ศาลฎีกาเห็นว่าการที่โจทก์อ้างดังกล่าว โจทก์อ้างเพียงลอย ๆ โดยไม่สามารถแสดงหลักฐานใด ๆ นอกจากนี้การกำหนดราคาเอาประกันภัยไม่อาจถือเป็นราคาอันสมควรได้ เพราะคู่สัญญาประกันภัยสามารถตกลงวงเงินเอาประกันเท่าใดก็ได้ เพียงแต่หากเกิดความเสียหายก็จะชดเชยให้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ราคาดังกล่าวจึงไม่อาจจะนำมาถือเป็นราคาตลาดของทรัพย์สินที่เอาประกันภัยและไม่อาจเชื่อถือได้

4. ศาลเห็นว่ามูลค่าตามบัญชีของทรัพย์สินมีการหักค่าใช้จ่ายในอัตราต่ำอยู่แล้ว การที่โจทก์ซื้อทรัพย์สินของเต็มโคมาในราคาดังกล่าว จึงเป็นราคาที่สูงเกินปกติโดยไม่มีเหตุอันสมควร

ในกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเพิ่มโคผู้ขายมีผลขาดทุนอยู่แล้ว ต้องการสร้างรายได้เพื่อมาหักลบกับผลขาดทุนสะสมที่ตนเองมีอยู่ รายได้ดังกล่าวจึงไม่ต้องเสียภาษี เนื่องจากบริษัทไม่มีกำไร ในส่วนของผู้ซื้อนั้น ผู้ซื้อสามารถนำเอาค่าใช้จ่ายที่ซื้อทรัพย์สินไปหักค่าเสื่อมราคาเพื่อจะได้เสียภาษีน้อยลงหรือไม่มีการเสียภาษีที่ต้องเสียเลยเช่นกัน

3.2 การสร้างธุรกรรมผ่านการกำหนดราคาโอน

การสร้างธุรกรรมในทางภาษีอากรผ่านการกำหนดราคาโอน คือ การที่บริษัทหรือนิติบุคคลจำนวนสองบริษัทหรือมากกว่านั้นที่มีความสัมพันธ์กันสร้างธุรกรรมที่มีการกำหนดราคาเพื่อถ่ายโอนผลกำไร (Profit Shifting) หรือ ผลขาดทุน (Losses) ระหว่างกัน วิธีการดังกล่าวจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับการสร้างรายได้และรายจ่าย เพียงแต่วิธีนี้จะไม่มีความซับซ้อนและสมเหตุสมผลขึ้น และส่วนมากจะเป็นธุรกรรมที่ถูกสร้างขึ้นโดยบริษัทหรือนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือเป็นบริษัทหรือนิติบุคคลในเครือเดียวกัน ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และเป็นธุรกรรมระหว่างประเทศระหว่างประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำและประเทศที่มีอัตราภาษีสูง

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรผ่านการกำหนดราคาโอน โดยทั่วไปแล้วจะก่อให้เกิดผล 2 ประการคือ 1) เป็นการโอนกำไรจากประเทศที่มีภาระภาษีสูงไปยังประเทศที่มีภาระภาษีต่ำหรือไม่มีเลย (low tax jurisdiction or tax haven) และ 2) เป็นการทำให้รายจ่ายของบริษัทหรือนิติบุคคลที่ตั้งอยู่ประเทศที่มีอัตราภาษีสูงสูงขึ้น เพื่อจะได้เสียภาษีน้อยลงหรือไม่ต้องเสียภาษีเลย เช่น บริษัท เอ ในประเทศสิงคโปร์ ขายสินค้าในราคาสูงกว่าราคาตลาดให้แก่บริษัท ก. ที่อยู่ในประเทศไทย เนื่องจากอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในประเทศสิงคโปร์ต่ำกว่าประเทศไทย¹⁵ ซึ่งมิใช่เป็นการกักเก็บภาษีในบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำกว่า หรืออาจจะอยู่ในทางกลับกัน หากบริษัท ก. ที่อยู่ในประเทศไทย มีผลขาดทุนสะสม ขายสินค้าในราคาสูงกว่าราคาตลาดให้แก่บริษัท บี ในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งการกระทำในทางกลับกันนี้ มีผลทำให้บริษัท ก. ไม่ต้องเสียภาษี เนื่องจากมีผลขาดทุนสะสมในการมาหักกับรายได้

เมื่อปี พ.ศ. 2545 ประเทศไทยได้มีการออกคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 113/2545 เรื่อง การเสียภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กรณีการกำหนดราคาโอนให้เป็นไปตามราคาตลาด ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับการกำหนดราคาโอนระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน แต่คำสั่งกรมสรรพากรฯ ฉบับดังกล่าว มิได้มีสถานะเป็นกฎหมายจึงใช้บังคับไม่ได้ ใช้เป็นเพียงแนวทางให้เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรตรวจสอบเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน

¹⁵ อัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศสิงคโปร์อยู่ที่ร้อยละ 17 ส่วนอัตราภาษีเงินได้ของประเทศไทยอยู่ที่ร้อยละ 20

ประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอน¹⁶ เพื่อกำหนดแนวทางในการป้องกันการสร้างธุรกรรมในทางภาษีอากรโดยวิธีการกำหนดราคาโอน ซึ่งยังไม่มีกรณีศึกษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมากนักเนื่องจากเป็นกฎหมายที่ออกมาใหม่ การสร้างธุรกรรมผ่านการกำหนดราคาโอนมิได้มีโครงสร้างธุรกรรมที่ซับซ้อนเช่นวิธีอื่น ๆ หากแต่ความซับซ้อนอยู่ที่ราคาที่แตกต่างกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งหากเป็นการซื้อขายสินค้า เช่น เครื่องจักร หรือ ผลิตภัณฑ์ที่มีตัวเปรียบเทียบ ย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหามากนัก แต่หากเป็นสิ่งที่เปรียบเทียบยาก ก็จะเปิดโอกาสให้มีการตีความได้ เช่น กรณีของทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) เป็นต้น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจ่ายค่าทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ค่าลิขสิทธิ์ หรือ ค่าวิทยาการ (Know-how) ไปยังบริษัทในเครือที่ต่างประเทศ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาแก่หน่วยงานทางภาษีว่าราคาใดจะถือว่าเป็นราคาระหว่างคู่สัญญาที่อิสระต่อกัน (Arm's Length) อีกทั้งการตรวจสอบมิได้มีวิธีการตายตัว โดยแนวทางการกำหนดราคาโอนที่จัดทำโดย OECD นั้น กำหนดให้การพิสูจน์ว่าราคามูลค่าของธุรกรรมระหว่างกันเป็นราคา Arm's length หรือไม่ ต้องพิจารณาจากวิธีในการคำนวณ¹⁷ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนของประเทศไทยก็ยึดถือแนวทางการกำหนดราคาโอนตามแนวทางของ OECD

3.3 การเปลี่ยนประเภทของเงินได้

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรโดยการเปลี่ยนประเภทของเงินได้ คือ การเปลี่ยนแปลงสภาพของธุรกรรมซึ่งมีผลทางภาษีอย่างหนึ่ง ไปสู่ธุรกรรมที่มีผลทางภาษีอีกอย่างหนึ่ง เช่น กรณีของประเทศไทย การหักภาษี ณ ที่จ่ายจะขึ้นอยู่กับประเภทของเงินได้ซึ่งมีทั้งหมด 8 ประเภท¹⁸ หากเป็นการซื้อขายจะไม่มีภาระภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย¹⁹ แต่หากเป็นการให้บริการจะมีภาระภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 3²⁰ ซึ่งผู้เสียภาษีได้ใช้การเปลี่ยนประเภทเงินได้ในการชะลอการเสียภาษีหัก ณ ที่จ่าย กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นการซื้อขายพร้อมการให้บริการ ผู้เสียภาษีจะแยกสัญญาหรือแยกใบเสร็จรับเงิน เพื่อแสดงให้เห็นว่ามีธุรกรรมการซื้อขายและธุรกรรมการให้บริการ ธุรกรรมการซื้อขายจะไม่ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย แต่ธุรกรรมการให้บริการจะถูกหัก ณ ที่จ่ายที่อัตราร้อยละ 3 เป็นต้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5812/2557 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2050/2559

¹⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 47) พ.ศ. 2561

¹⁷ วิธีในการคำนวณราคา Arm's Length Price มีทั้งหมด 5 วิธีได้แก่ วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่มีได้มีการควบคุม (Comparable Uncontrolled Price - CUP), วิธีราคาขายต่อ (Resale Price), วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost Plus), วิธีหาราคากำไรขั้นต้นสุทธิของธุรกรรม (Transactional Net Margin - TNMM) และวิธีแยกกำไร (Profit Split)

¹⁸ มาตรา 40 (1) - (8) แห่งประมวลรัษฎากร

¹⁹ เว้นแต่กรณีการซื้อขายสินค้าบางประเภทตามข้อ 3 แห่ง คำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528

²⁰ ข้อ 12/1 แห่งคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528

คำพิพากษาที่ 5812/2557

คดีนี้เป็นคดีระหว่าง บริษัท สยาม อิเล็คโทรเคมีคอล จำกัด (“โจทก์”) และกรมสรรพากร (“จำเลย”) โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า โจทก์มีทุนจดทะเบียน 722,000,000 บาท แบ่งเป็นหุ้น 7,220,000 หุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท โจทก์มีผลประกอบการขาดทุนติดต่อกันหลายปี โจทก์มีผลขาดทุนสะสมเกินทุนมากกว่า 1,567,000,000 บาท โจทก์มีหนี้สินจำนวนมากและเป็นหนี้ธนาคารต่างประเทศรายหนึ่ง 30,219,000 ดอลลาร์สหรัฐ โจทก์ ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ และบริษัท อ็อกซิเดนทอล เคมิคอล คอร์ปอเรชั่น จำกัด (“บริษัท อ.”) ร่วมกันทำสัญญาปลดปล่อยและชดใช้หนี้ (Release and Settlement Agreement) เพื่อประนอมหนี้ ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ตกลงที่จะปลดหนี้เดิมที่มีอยู่ 30,219,000 ดอลลาร์สหรัฐ โดยมีเงื่อนไขว่า บริษัท อ. ซึ่งถือหุ้นร้อยละ 48.987 ของทุนจดทะเบียนของโจทก์จะต้องนำเงิน 20,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ เข้ามาเป็นทุนในบริษัทโจทก์มาให้แก่โจทก์เพื่อชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ อย่างไรก็ตาม ที่ปรึกษากฎหมายของโจทก์ให้คำแนะนำว่า โจทก์ไม่สามารถเพิ่มทุนโดยการออกเป็นหุ้นสามัญทั้งหมดเป็นมูลค่าหุ้น 20,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ เพื่อจำหน่ายให้แก่บริษัท อ. ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างประเทศ และเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของโจทก์โดยไม่มีส่วนล้ามูลค่าหุ้น เพราะการดำเนินการดังกล่าวจะมีผลทำให้โจทก์มีสถานะกลายเป็นคนต่างด้าว ส่งผลให้บริษัท อ.ถือหุ้นในบริษัทโจทก์เกินกว่าจำนวนที่ประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนดไว้ มีผลให้โจทก์ต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่อาจประกอบธุรกิจโดยชอบด้วยกฎหมายได้

โจทก์จึงทำตามคำแนะนำของที่ปรึกษากฎหมายของโจทก์ โจทก์จึงดำเนินการเพิ่มทุนโดยบริษัท อ. ที่เป็นผู้ถือหุ้นเดิมของโจทก์เข้าซื้อหุ้นเพิ่มทุนทั้งหมดในราคาสูงกว่ามูลค่าหุ้นที่ตราไว้ โดยบริษัท อ.จะต้องชำระค่าหุ้นให้แก่โจทก์ 20,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ สูงกว่าราคาหุ้นตามมูลค่าที่ตราไว้ 100,000 บาท มีผลทำให้เกิดส่วนล้ามูลค่าหุ้น 906,296,000 บาท โจทก์จดทะเบียนการเพิ่มทุนกับกระทรวงพาณิชย์ วันเดียวกันบริษัท อ. ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาชำระค่าหุ้นพร้อมส่วนที่โจทก์อ้างว่าเป็นส่วนล้ามูลค่าหุ้นจำนวนดังกล่าวให้แก่โจทก์ และโจทก์ชำระหนี้เงินกู้ 20,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ให้แก่ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ผ่านตัวแทนรับอนุญาตสำนักงานสาขากรุงเทพมหานคร และโจทก์ได้จดทะเบียนเลิกบริษัทและเลิกกิจการต่อเจ้าพนักงานของจำเลย

จำเลยไม่เห็นด้วยและประเมินว่าส่วนล้ามูลค่าหุ้นนั้นเป็นเงินให้เปล่าหรือเงินช่วยเหลือ ซึ่งถือเป็นรายได้ที่ต้องนำมาคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล อันเป็นผลทำให้โจทก์ต้องนำเอาส่วนล้ามูลค่าหุ้นนั้นมาบวกกลับเป็นรายได้ของโจทก์ซึ่งต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยเหตุผลที่ว่าสัญญาปลดปล่อยและชดใช้หนี้ระหว่างโจทก์ ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์และบริษัท อ. เป็นข้อตกลง

ที่ถูกทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้บริษัท อ. ชำระหนี้บางส่วนให้แก่ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ เพื่อให้ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ปลดหนี้ให้แก่โจทก์ แต่การที่บริษัท อ. ชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์โดยตรง จะถือได้ว่าเป็นเงินให้เปล่าหรือเป็นการให้เงินช่วยเหลือแก่โจทก์อันเป็นประโยชน์อย่างอื่นที่โจทก์ได้รับ ซึ่งอาจคิดคำนวณได้เป็นเงินตามความหมายของเงินได้พึงประเมินที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 ประมวลรัษฎากร และเป็นรายได้เนื่องจากการประกอบกิจการตามมาตรา 65 วรรค 1 ประมวลรัษฎากรที่โจทก์จะต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวมารวมเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรขาดทุนสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีพิพาท

ในประเด็นดังกล่าว ศาลฎีกาเห็นด้วยกับกรมสรรพากรและพิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า การเพิ่มทุนของโจทก์เป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้แก่ธนาคารเพื่อเลิกบริษัท โดยอ้างการเพิ่มทุนเพื่อหลีกเลี่ยงการชำระภาษีจากจำนวนเงินที่โจทก์ได้รับโดยอ้างว่าเป็นทุน ทั้งที่ตามความจริงถือเป็นรายได้เนื่องจากการประกอบกิจการที่ต้องนำไปรวมคำนวณกำไรขาดทุนสุทธิเพื่อเสียภาษีตามกฎหมาย การกระทำของโจทก์ที่กล่าวมาทั้งหมดจึงเป็นการสร้างขั้นตอนที่ซับซ้อนขึ้นมาก่อนที่จะมีการทำสัญญาปลดปล่อยและชดใช้หนี้หรือเป็นการบิดเบือนข้อเท็จจริงเพื่อให้เงินส่วนล้ามูลค่าหุ้น 906,296,000 บาท ที่โจทก์จะได้รับจากบริษัท อ. หลุดพ้นจากนิยามคำว่าเงินได้พึงประเมินหรือรายได้ เป็นผลให้ไม่เกิดภาระภาษีเงินได้นิติบุคคลจากเงินได้จำนวนดังกล่าวแก่โจทก์ พฤติการณ์ของโจทก์ย่อมแสดงให้เห็นว่า สัญญาปลดปล่อยและชดใช้หนี้ถูกทำขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีให้แก่เจ้าเลย การเพิ่มทุนยังหมายถึงการที่บริษัท อ. ไม่ต้องการให้โจทก์รับภาระภาษีเงินได้นิติบุคคลจากเงินกินเปล่าซึ่งจะถือเป็นรายได้ของโจทก์จากการจ่ายชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์โดยตรง โจทก์จึงแปลงรายได้จากบริษัท อ. ให้กลายเป็นทุนของโจทก์เสียก่อน ที่จะนำไปชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเจ้าหนี้ของโจทก์ นอกจากนี้ ที่ประชุมไม่ได้มีมติเพียงแค่ว่าให้เพิ่มทุนแต่ยังมีมติให้เลิกกิจการ แสดงให้เห็นว่า แม้โจทก์จะมีการเพิ่มทุนแล้วแต่โจทก์จะไม่ประกอบกิจการต่อไป เหตุผลจึงไม่สัมพันธ์กับความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มทุนโดยมีส่วนล้ามูลค่าหุ้นเพื่อไม่ให้เป็นการฝายฝืนบทบัญญัติของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและประมวลกฎหมายที่ดิน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2050/2559²¹

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า บริษัท เอ็นอีซี (ประเทศไทย) จำกัด โจทก์ประสบภาวะขาดทุนอย่างหนัก จึงประสบปัญหาขาดสภาพคล่องเนื่องจากขาดเงินทุนหมุนเวียนในการประกอบธุรกิจ โดยโจทก์มีอัตราหนี้สินต่อทุนในอัตราส่วนร้อยละ 40.36 ต่อ 1 โจทก์จึงจำเป็นต้องหาแหล่งเงินทุน

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ยังมีประเด็นข้อพิพาทอื่นอีก แต่ผู้เขียนจะขอนำเฉพาะประเด็นเรื่องส่วนเกินมูลค่าหุ้นมาวิเคราะห์

เพิ่มเติม ดังนั้น โจทก์จึงเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นบริมสิทธิ 1 หุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท และมีส่วนเกินมูลค่าหุ้น 409,999,000 บาท โดยเสนอขายให้แก่ บริษัท เอ็นอีซี คอร์ปอเรชั่น ซึ่งเป็นบริษัทในเครือจดทะเบียน ณ ประเทศญี่ปุ่น เมื่อเพิ่มทุนแล้วจึงนำเอาทั้งมูลค่าหุ้นและส่วนเกินมูลค่าหุ้นมาบันทึกเป็นส่วนของเจ้าของในบัญชีของโจทก์ โจทก์ได้ดำเนินการเอาเงินที่เพิ่มทุนและส่วนเกินมูลค่าหุ้นไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ และนำเงินส่วนที่เหลือจากการชำระหนี้ไปฝากและซื้อตั๋วเงินจากสถาบันการเงินและได้รับดอกเบี้ย

กรมสรรพากรซึ่งเป็นจำเลยในคดีนี้ไม่เห็นด้วยโดยให้เหตุผลว่า โจทก์ประกอบธุรกิจขาดทุนเป็นจำนวนมากเป็นเหตุให้มูลค่าหุ้นที่แท้จริงติดลบ การที่โจทก์เพิ่มทุนจำนวน 1 หุ้น โดยมีส่วนเกินมูลค่าหุ้นย่อมผิดวิสัยของวิญญูชน แต่เหตุที่บริษัท เอ็นอีซี คอร์ปอเรชั่น เข้าซื้อหุ้นพร้อมชำระส่วนเกินมูลค่าหุ้นดังกล่าว เนื่องจากเป็นบริษัทแม่ของโจทก์ที่ต้องการจะช่วยเหลือโจทก์โดยนำเงินที่อ้างว่านำมาลงทุนไปให้โจทก์ชำระหนี้และลดผลขาดทุนสะสมที่มีจำนวนมาก อีกทั้งโจทก์มิได้นำเงินไปลงทุนในโครงการใหม่แต่กลับเอาไปฝากและซื้อตั๋วเงินจากสถาบันการเงิน ดังนั้น จำเลยจึงเห็นว่าส่วนเกินมูลค่าหุ้นดังกล่าวเป็นเงินอุดหนุนหรือเงินกินเปล่าที่บริษัท เอ็นอีซี คอร์ปอเรชั่น ให้แก่โจทก์ถือเป็นเงินได้พึงประเมินตามประมวลรัษฎากรตามมาตรา 39 โจทก์จึงต้องถือเป็นรายได้ของบริษัทฯ และนำมาคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคล

ศาลภาษีอากรกลางตัดสินให้จำเลยชนะ โจทก์และจำเลยอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาตัดสินให้ยกอุทธรณ์โจทก์ โดยให้เหตุผลว่า การออกหุ้นโดยมีราคาสูงกว่ามูลค่าหุ้นที่ตั้งไว้นั้น มูลค่าหุ้นและส่วนล้ำมูลค่าหุ้นจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของมูลค่าทรัพย์สินและหนี้สินของกิจการหรือสะท้อนถึงมูลค่าทรัพย์สินและหนี้สินของกิจการที่แท้จริง รวมทั้งแนวโน้มของกิจการที่จะเจริญเติบโตก้าวหน้าต่อไปในภายภาคหน้า ซึ่งเป็นมูลค่าของหุ้นที่ควรจะเป็นด้วยเพื่อให้กิจการนำเงินที่ได้จากการเพิ่มทุนไปลงทุนในการประกอบกิจการ โดยมุ่งหวังแบ่งปันกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการนั้นในรูปของเงินปันผลและได้รับเงินที่ลงทุนคืนกลับมาเมื่อมีการเลิกกิจการในรูปของนิติบุคคล อย่างไรก็ตามโจทก์ไม่ได้นำเสนอให้เห็นว่า มูลค่าหุ้นที่ควรจะเป็นสำหรับหุ้นของโจทก์ในขณะที่มีการเพิ่มทุนมีปัจจัยอื่นนอกเหนือจากผลประกอบการหรือตัวเลขทางบัญชี เช่น ค่าความนิยม ชื่อทางการค้า เครื่องหมายทางการค้าหรือบริการ ประสบการณ์หรือโนว์ฮาว (Know-how) เทคโนโลยี บุคลากรที่มีคุณภาพ ตลาดและลูกค้า พื้นฐานการรองรับความเจริญเติบโต และความก้าวหน้าในอนาคต จึงไม่มีเหตุให้เชื่อว่าหุ้นเพิ่มทุนพร้อมส่วนเกินมูลค่าหุ้นคือมูลค่าของหุ้นที่ควรจะเป็นตามสถานะของโจทก์ในขณะเพิ่มทุน นอกจากนี้ การเข้าซื้อหุ้นเพิ่มทุนของบริษัท เอ็นอีซี คอร์ปอเรชั่น ประเทศญี่ปุ่น เป็นการกระทำผิดวิสัยของนักลงทุนทั่วไป จึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์เพิ่มทุนเพื่อแสวงหาผลกำไร

จากการประกอบกิจการ และการที่ผู้ถือหุ้นเดิมของโจทก์ถือหุ้นมีเจตนาเพื่อหวังผลกำไรจากโจทก์

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5812/2557 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2050/2559 เป็นตัวอย่างคดีที่ศาลเห็นว่าผู้เสียภาษีพยายามจะเปลี่ยนประเภทเงินได้จากการให้เงินกินเปล่าที่จะถือเป็นรายได้ของบริษัทในทางภาษี เป็นการเพิ่มทุนซึ่งไม่ถือเป็นเงินได้ในทางภาษี

3.4 การแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

การแสวงประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เป็นกรณีการสร้างธุรกรรมโดยผู้เสียภาษี ซึ่งธุรกรรมนี้เป็นธุรกรรมระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน²² ผู้เสียภาษีซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศที่ไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศเป้าหมาย จะสร้างธุรกรรมผ่านนิติบุคคลที่ตั้งอยู่ในประเทศที่เป็นคู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศเป้าหมายเพื่อทำธุรกรรมกับนิติบุคคลในประเทศเป้าหมาย โดยมีวัตถุประสงค์ในการเข้ารับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน

วิธีการของการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบมีหลายวิธี ผู้เขียนสามารถสรุปวิธีการที่พบเห็นได้บ่อยได้ 3 วิธี โดยสองวิธีแรกผู้เขียนนำมาจากรายงานเกี่ยวกับการใช้บริษัทตัวกลาง (Conduit Company) ของ OECD²³ และวิธีที่สามนำมาจากรายงานคณะกรรมการ OECD เรื่องการให้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแก่โครงการจัดการลงทุน (Collective Investment Vehicle)²⁴

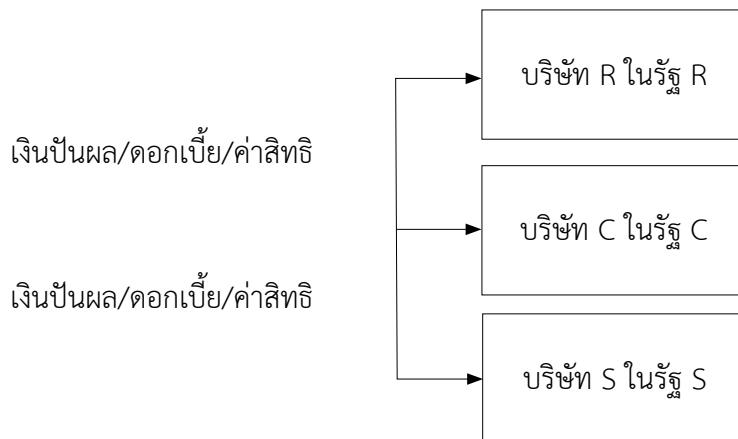
3.4.1 การจัดตั้งบริษัทตัวกลาง (Conduit Company)

การจัดตั้งบริษัทตัวกลางเป็นวิธีที่ไม่ซับซ้อนและง่ายต่อการอธิบายที่สุด กล่าวคือ ผู้เสียภาษีจะจัดตั้งบริษัทตัวกลางในรัฐคู่สัญญาหนึ่งเพื่อให้บริษัทตัวกลางนั้นมีสิทธิใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน การประกอบกิจการที่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจะกระทำผ่านบริษัทตัวกลางทั้งสิ้น เนื่องจากวิธีดังกล่าวเป็นวิธีที่ไม่ซับซ้อนที่สามารถพบได้บ่อยที่สุด ซึ่งสามารถอธิบายได้ตามภาพประกอบด้านล่าง

²² อนุสัญญาภาษีซ้อน เป็นเครื่องมือในการจัดภาษีซ้อนเชิงอำนาจอธิปไตยหลายฝ่าย ซึ่งประเทศคู่สัญญาจะเข้าเจรจาเพื่อกำหนดสิทธิในการจัดเก็บภาษีให้แก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายจะไม่มีสิทธิจัดเก็บภาษีเว้นแต่ในการเจรจาจะอนุญาตให้ประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเก็บภาษีได้ ทั้งนี้เฉพาะเงินได้บางประเภท เช่น ค่าสิทธิ ดอกเบี้ย เงินปันผล เป็นต้น

²³ OECD (2017), “R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies”, in Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), (OECD Publishing: Paris), p. 3-4.

²⁴ OECD, *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, adopted by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 April 2010, p. 13-20.

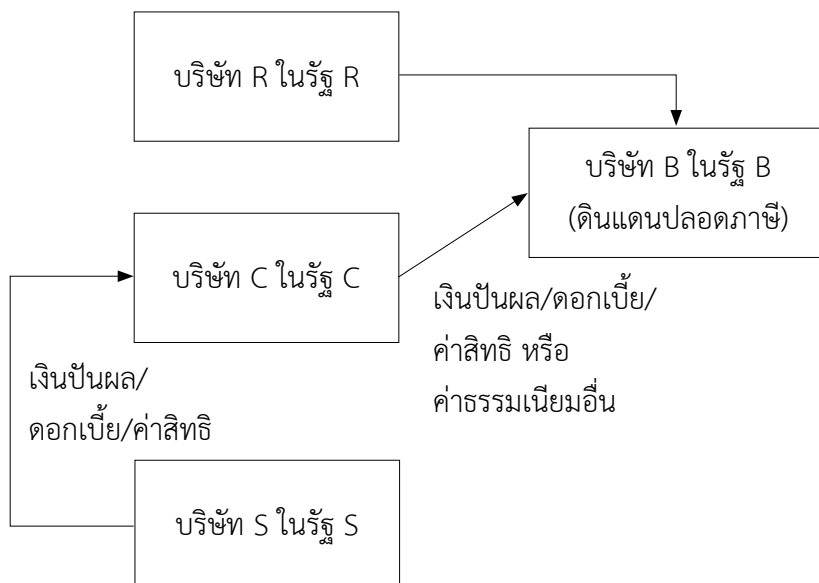


ภาพประกอบ 1 ตัวอย่างการใช้บริษัทตัวกลาง

จากภาพประกอบข้างต้นบริษัท R ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ R ประสงค์จะเข้าไปลงทุนในรัฐ S ซึ่งรัฐ R และรัฐ S มิได้มีอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกันทำให้เกิดภาษีซ้อนขึ้น ส่งผลให้บริษัท R ไม่มีสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าว อย่างไรก็ตามรัฐ S และรัฐ C มีอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกัน ซึ่งโดยผลของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ S และรัฐ C อาจเกิดสิทธิประโยชน์ในการลดหรือยกเว้นภาษี ซึ่งโดยส่วนมากธุรกรรมจะเกี่ยวข้องกับเงินปันผล ค่าสิทธิ และดอกเบี้ย ดังนั้นบริษัท R จึงจัดตั้งบริษัท C ขึ้นในรัฐ C ในฐานะบริษัทตัวกลาง (Conduit Company) เพื่อเข้ารับเอาสิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ S และรัฐ C ซึ่งในกรณีทั่วไป กำไรจะถูกส่งผ่านจากบริษัท C ในรัฐ C มายังบริษัท R ในรัฐ R ในรูปแบบของเงินปันผล ดอกเบี้ย หรือค่าสิทธิ สิ่งที่ต้องพิจารณาในการส่งกำไรกลับมายังบริษัทแม่คือ รัฐ R และรัฐ C ต้องมีอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกัน ในทางปฏิบัติผู้เขียนพบว่า บริษัท C ในรัฐ C อาจจะเป็นบริษัทที่ไม่มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ ไม่มีพนักงาน ไม่มีสินค้า ไม่มีที่เก็บสินค้า โดยการประกอบกิจการทุกอย่างทำผ่านเอกสารและผ่านบุคคลผู้ที่ถูกตั้งไว้เป็นกรรมการแต่ไม่ได้เข้ามาอาศัยอยู่ในรัฐ C

3.4.2 Stepping-Stone Conduit Company

วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่คล้ายกับวิธีการแรกคือการจัดตั้งบริษัทตัวกลาง หากแต่มีการส่งผ่านเงินได้จากบริษัทตัวกลางไปยังบริษัทในเครือในต่างประเทศอีกชั้นหนึ่งเพื่อนำเงินได้ไปกักเก็บโดยบริษัทที่จัดตั้งขึ้นยังต่างประเทศบริษัทหนึ่งจะตั้งอยู่ในดินแดนปลอดภาษี (Base Company) ซึ่งถูกใช้กำกับบริษัทแม่ที่แท้จริงที่อยู่ต่างประเทศอีกทอดหนึ่ง ซึ่งเห็นได้วิธีการ Stepping Stone Conduit Company จะมีความซับซ้อนมากกว่าวิธีการแรก



ภาพประกอบ 2 ตัวอย่างการใช้ Stepping Stone Conduit Company

จากภาพประกอบดังกล่าว บริษัท R ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ R ต้องการการลงทุนในรัฐ S แต่รัฐ R และรัฐ S ไม่ได้มีอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกัน บริษัท R จึงเลือกที่จะจัดตั้งบริษัทตัวกลางซึ่ง (Conduit Company) ซึ่งก็คือบริษัท C ซึ่งอยู่ในรัฐ C เนื่องจากรัฐ S และรัฐ C มีอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกัน นอกจากนี้บริษัท R ยังจัดตั้งบริษัท B ที่รัฐ B ซึ่งถือได้ว่าเป็นดินแดนปลอดภาษี (Tax Haven) ขึ้นเพื่อรับเอาการโยกย้ายกำไรจากบริษัทตัวกลางในรัฐ C ไปเก็บไว้ยังบริษัท B อีกด้วย สมมติว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ S และรัฐ C กำหนดให้รัฐ C เป็นผู้มีสิทธิเก็บภาษีเงินได้จากค่าสิทธิ ซึ่งแปลว่ารัฐ S ไม่มีสิทธิจัดเก็บภาษีเงินได้ค่าสิทธินี้ ในขณะที่ระหว่างรัฐ C และรัฐ B จะมีอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกันหรือไม่ก็ได้ โดยบริษัท C ในรัฐ C จะทำการกู้ยืมเงินบริษัท B ในรัฐ B พร้อมทั้งดอกเบี้ย เพื่อที่จะโยกย้ายเงินได้ที่ได้รับออกในรูปแบบของดอกเบี้ยที่จ่ายจากรัฐ C ไปรัฐ B ซึ่งเป็นดินแดนปลอดภาษี ผลของวิธีการดังกล่าวคือเมื่อบริษัท C จ่ายเงินได้ที่ได้รับมาในรูปแบบของดอกเบี้ย บริษัท C จะนำมาบันทึกเป็นรายจ่ายเนื่องจากการประกอบกิจการและนำไปหักออกจากรายได้ ทำให้ไม่มีภาระภาษีเงินได้นิติบุคคล ส่วนบริษัท B อาจยอมโดนหักภาษี ณ ที่จ่ายของดอกเบี้ยก็ได้ หรือเลือกรัฐที่ไม่มีภาระภาษีหัก ณ ที่จ่ายของดอกเบี้ยก็ได้ อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวบริษัทในรัฐ R จะต้องพิจารณาการเลือกสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน และกฎหมายภายในให้มีสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแบบที่ตนต้องการ และต้องมีกฎหมายในที่อนุญาตให้บริษัท C นำเอาดอกเบี้ยที่จ่ายไปมาหักเป็นรายจ่ายของบริษัทได้

3.4.3 การใช้โครงการจัดการลงทุน (Collective Investment Vehicle)

โครงการจัดการลงทุน (Collective Investment Vehicle) คือ เครื่องมืออย่างหนึ่งซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยสถาบันทางการเงิน (รวมไปถึงบริษัทหลักทรัพย์ ธนาคาร และบริษัทประกันภัย) บริษัทที่ก่อตั้งส่วนมากจะถูกมอบหมายให้เป็นผู้จัดการกองทุนหรือโครงการจัดการลงทุน²⁵ เช่น กองทุนรวม (Mutual Funds) กองทุนป้องกันความเสี่ยง (Hedge Funds) ธุรกิจเงินร่วมลงทุน (Venture Capital Funds) หน่วยลงทุนส่วนบุคคล (Private Equity) เป็นต้น วิธีการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดด้านผู้รับผลประโยชน์ (Beneficial Owner) และเป็นที่ใช้กันอย่างแพร่หลายซึ่งแตกต่างจากสองวิธีการแรกซึ่งหลีกเลี่ยงข้อจำกัดด้านบุคคล

วิธีการดังกล่าวเริ่มจากสถาบันการเงินจะจัดตั้งโครงการจัดการลงทุนขึ้นในประเทศของตนหรือของประเทศอื่นก็ได้ แต่จะต้องแน่ใจว่าโครงการจัดการลงทุนนี้มีสถานะเป็นนิติบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ทางภาษีในประเทศนั้น ๆ โครงการจัดการลงทุนนี้จะเข้าลงทุนในตลาดหลักทรัพย์หรือตราสารอนุพันธ์ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งประเทศที่จะเข้าไปลงทุนนั้นจะต้องเป็นประเทศที่มีการตีความว่าโครงการจัดการลงทุนนี้เป็นผู้รับผลประโยชน์อย่างแท้จริง (Beneficial Owner) ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับนั้น ๆ ซึ่งหลังจากนั้นโครงการจัดการลงทุนจะเสนอขายหน่วยลงทุนต่อบุคคลหรือนิติบุคคลภายนอก ซึ่งเงินได้จากการลงทุนที่โครงการจัดการลงทุนได้รับนั้นจะได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนเนื่องจากการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศนั้น ๆ ถ้าวินิจฉัยโครงการจัดการลงทุนเป็นผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง และเมื่อโครงการจัดการลงทุนนำเงินได้ที่ได้รับไปจำหน่ายออกแก่ผู้ถือหน่วยลงทุนในรูปแบบของส่วนแบ่งกำไรหรือเงินปันผล อาจได้รับการยกเว้นภาษีไม่ต้องนำไปคำนวณรวมกับเงินได้แล้วแต่รูปแบบการจัดตั้ง

หากมองโดยผิวเผินอาจพิจารณาว่าการได้รับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนของโครงการจัดการลงทุนถือว่าเหมาะสมแล้วเนื่องจากเป็นผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแล้วต้องถือว่าผู้ถือหน่วยลงทุนต่างหากที่เป็นผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง การกระทำดังกล่าวจึงอาจถือว่าเป็นการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

จากรูปแบบการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรที่ผู้เขียนได้กล่าวมา จะเห็นได้ว่าการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรมีวัตถุประสงค์ในทางภาษีเป็นหลัก โดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือธุรกิจ เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5812/2557 เป็นต้น คำพิพากษาฎีกาฉบับดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการเข้าทำสัญญาสามฝ่ายโดยมีเงื่อนไขให้บริษัทแม่เพิ่มทุนแก่ผู้เสียภาษีก่อน แล้ว

²⁵ Ibid., p. 5.

ผู้เสียภาษีจึงนำเงินที่ได้จากการเพิ่มทุนมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางธุรกิจใดแก่บริษัทแม่ โดยผู้เขียนเห็นว่าการเข้าทำสัญญาสามฝ่ายเป็นไปเพียงเพื่อเป็นการสร้างหลักฐานในกรณีเจ้าหน้าที่สรรพากรตรวจสอบว่าเป็นการกระทำตามสัญญา ส่วนการเพิ่มทุนโดยมีส่วนล้ามูลค่าหุ้นตามสัญญาเพื่อให้ผู้เสียภาษีชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เห็นว่าเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการถือเอาส่วนล้ามูลค่าหุ้นมาเป็นรายได้ของผู้เสียภาษี ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับผลของคำพิพากษาในคดีดังกล่าว แม้ศาลฎีกาจะมีได้ยกหลักกฎหมายขึ้นกล่าวอ้าง ผู้เขียนเห็นว่าศาลมีการนำหลักเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายภาษีของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ในคดีนี้ด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวจะพิจารณาธุรกรรมที่ผู้เสียภาษีสร้างขึ้นจากฐานเนื้อหาทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ หน่วยงานจัดเก็บภาษีหรือศาลจะตั้งคำถามว่าธุรกรรมดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษีหรือไม่ หากไม่มีผลดังกล่าว จะถือว่าธุรกรรมดังกล่าวขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจ หน่วยงานจัดเก็บภาษีและศาล สามารถที่จะปฏิเสธผลทางภาษีที่ผู้เสียภาษีได้รับ และประเมินภาระภาษีตามธุรกรรมที่ควรจะเป็นได้ นอกจากนี้ การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ตั้งแต่บทนำของบทความฉบับนี้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมิได้มีการสร้างธุรกรรมอันเป็นเท็จ เป็นธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริง เพียงแต่ธุรกรรมที่สร้างขึ้นไม่ถูกยอมรับจากเจ้าหน้าที่กรมสรรพากรและศาล เนื่องจากปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจและเจตนาของผู้เสียภาษีมีเพียงความต้องการที่จะหลีกเลี่ยงหรือหลบเลี่ยงภาษี (tax avoidance) เท่านั้น ผู้เสียภาษีจึงมีเพียงความรับผิดในทางภาษีซึ่งเป็นตัวเงินจากการถูกประเมินเท่านั้น มิได้มีความรับผิดทางอาญา สุดท้ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการสร้างธุรกรรมขึ้นในระบบภาษีอากรมิใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมภายในประเทศเท่านั้น แต่รวมถึงธุรกรรมระหว่างประเทศดังที่ผู้เขียนได้ใช้คำว่า การแสวงประโยชน์ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบด้วย ซึ่งการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบนี้ ก็มีรูปแบบของการจัดวางธุรกรรมของผู้เสียภาษีที่มีวัตถุประสงค์ทางภาษีเป็นหลักเช่นกัน ซึ่งการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรนี้เป็นเรื่องที่สำคัญที่นำไปสู่ความร่วมมือในระดับสากลภายใต้กรอบของ OECD และ G20 รวมถึงการแก้ไขกฎหมายของสหภาพยุโรป (EU) เพื่อกำหนดมาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีในรูปแบบของการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร

4. ปัญหาและผลกระทบของการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรมีผลกระทบทั้งในบริบทในประเทศและระหว่างประเทศ ในบริบทกฎหมายภายในนั้นประเทศต่าง ๆ มักจะไม่ยอมให้เกิดการสร้างธุรกรรมในระบบ

ภาษีเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษี แต่ในบริบทระหว่างประเทศนั้น แต่ละประเทศมีความเห็นแตกต่างกันออกไป ในบริบทในประเทศ ฝ่ายที่มองว่าการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรเพื่อให้สอดคล้องกับผลทางภาษีเป็นสิทธิที่ผู้เสียภาษีพึงจะได้เพื่อกำหนดผลลัพธ์ของภาระภาษีของผู้เสียภาษีเอง อันเป็นสอดคล้องกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นนักวิชาการด้านกฎหมายแพ่ง²⁶ ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมองว่าการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรมีผลเสียต่อรัฐในภาพรวม ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นนักวิชาการด้านภาษีและกฎหมายมหาชน ส่วนในบริบทระหว่างประเทศนั้น ในปัจจุบัน ประเทศส่วนใหญ่มองว่าการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรซึ่งรวมถึงการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนในทางลบ เนื่องจากถือว่าเป็นการเจตนาบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมาย (spirit of law) ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่าการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรจะก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบดังต่อไปนี้

4.1 ผลกระทบต่อรายได้ของรัฐ

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรส่งผลให้รัฐที่ควรจะได้เก็บภาษีได้อย่างชอบธรรมเก็บภาษีไม่ได้ การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรก่อให้เกิดปัญหาการหลีกเลี่ยงภาษีและการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในระดับระหว่างประเทศ เมื่อรัฐเก็บภาษีไม่ได้ส่งผลให้รัฐขาดรายได้ที่จะนำไปใช้ในการบริการสาธารณะ อีกทั้งเป็นการกัดกร่อนฐานภาษี (Base Erosion) อีกด้วย เช่น ในปี ค.ศ. 1993 ประเทศแคนาดาสูญเสียรายได้จากการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยผู้เสียภาษีสูงถึง 425 ล้านดอลลาร์แคนาดา²⁷ ซึ่งคิดเป็นเงินไทยประมาณ 10,625 ล้านบาท หรือในรายงานการลงทุนจากต่างประเทศที่ส่งผลกับอนุสัญญาภาษีซ้อน²⁸ ได้กล่าวถึงงานวิจัยชิ้นหนึ่งซึ่งระบุว่า การแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบด้วยกฎหมายส่งผลกระทบต่อรายได้ของรัฐ โดยในงานวิจัยระบุว่าประเทศเนเธอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก ฮังการี และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นกลุ่มประเทศที่มีการเข้าไปลงทุนในประเทศอื่นเยอะที่สุดโดยวัดจากผลรวมของหุ้นทั้งหมดที่มีในโลก (Share in World GDP)²⁹ หรือ

²⁶ เช่น ผู้พิพากษา Lord Atkin ในคดี Duke of Westminster ซึ่งคดีดังกล่าวมีการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงภาษี แต่ผู้พิพากษา Lord Atkin ได้กล่าวว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะกระทำการเพื่อให้ภาษีที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องน้อยกว่าที่ควรจะเป็น” ซึ่งในคดีดังกล่าวผู้เสียภาษีเป็นฝ่ายชนะคดี ผู้สนใจโปรดศึกษา *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster* [1936]

²⁷ United Nations, *Case Study: GAAR and Treaty Abuse*, UN on 9 November 2017, p. 4.

²⁸ Arjan Lejour, *The Foreign Investment Effects of Tax Treaties* (February 2014), p. 18.

²⁹ ในรายงานดังกล่าวระบุว่าได้รวมถึงประเทศที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศปลอดภาษี (Tax Havens) เนื่องจากประเทศในกลุ่มประเทศปลอดภาษียังกล่าวมิได้ยื่นข้อมูลต่อ IMF อย่างไรก็ตามกลุ่มประเทศปลอดภาษีที่ส่งออกการลงทุนเยอะที่สุด 3 อันดับแรกได้แก่ หมู่เกาะบริติช เวอร์จิน (British Virgin Island) ประเทศเบอร์มิวด้า (Bermuda) และหมู่เกาะเคย์แมน (Cayman Islands)

ในเอกสาร Measuring Tax Gap ซึ่งจัดทำโดยหน่วยงานจัดเก็บภาษีของสหราชอาณาจักรเมื่อปี ค.ศ. 2019 ได้ระบุว่าประเทศสหราชอาณาจักรสูญเสียการจัดเก็บรายได้จากการหลีกเลี่ยงภาษีในรอบปีภาษี ค.ศ. 2017-2018 เป็นเงินจำนวน 1,800 ล้านปอนด์ หรือประมาณ 8.1 หมื่นล้านบาท เป็นต้น

จากสถิติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้เก็บได้โดยชอบธรรมไปเป็นจำนวนมากซึ่งส่งผลต่อการนำรายได้เหล่านี้มาพัฒนาประเทศ อันจะส่งผลกระทบต่อประเทศนั้น ๆ ในระยะยาว

4.2 ปัญหาความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้เสียภาษี

หลักความเป็นธรรมในทางภาษีอากรในบริบททั่วไปนั้นมีสาระสำคัญคือ การจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ คนในบังคับของรัฐ (The Subjects of the State) ทุกคนพึงจ่ายเงินค่าจุนรัฐบาลตามส่วนกับความสามารถของตน นั่นคือ ตามส่วนกับประโยชน์ที่ตนได้รับภายใต้การคุ้มครองของรัฐ ซึ่งหมายถึงหากบุคคลมีรายได้มากก็ควรเสียภาษีเป็นจำนวนมากกว่าบุคคลที่มีรายได้น้อย³⁰ ความเป็นธรรมในทางภาษีอากรสามารถแบ่งออกได้เป็นหลักความเป็นธรรมสัมบูรณ์ ซึ่งหมายถึงคนทุกคนต้องเสียภาษีในอัตราส่วนที่เท่ากัน และหลักความเป็นธรรมสัมพัทธ์ซึ่งหมายถึงคนทุกคนจะเสียภาษีตามความสามารถในการชำระภาษีของตน (Ability to pay) ส่วนในบริบทของภาษีระหว่างประเทศนั้น หลักความเป็นธรรมอาจแบ่งการพิจารณาได้เป็นความเป็นธรรมระหว่างบุคคล และความเป็นธรรมระหว่างประเทศ ความเป็นธรรมระหว่างบุคคลพิจารณาจากหลักความเป็นธรรมในแนวนอน (Horizontal) กล่าวคือการที่บุคคล 2 คนทำธุรกรรมอย่างเดียวกัน แต่คนหนึ่งทำธุรกรรมระหว่างประเทศ ส่วนอีกคนทำธุรกรรมภายในประเทศ เงินได้ที่เท่ากันจากการทำธุรกรรมเดียวกันของทั้งสองคนควรถูกจัดเก็บภาษีโดยรวมแล้วเป็นจำนวนภาษีที่เท่ากัน เพราะผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจเท่ากันควรจะเสียภาษีในจำนวนที่เท่ากันตามหลักความเป็นธรรมในแนวนอน ส่วนความเป็นธรรมระหว่างประเทศ คือ การที่รัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมระหว่างประเทศนั้นจะต้องแบ่งอำนาจการจัดเก็บภาษีจากธุรกรรมระหว่างประเทศตามความเหมาะสมและเป็นธรรมต่อประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาหลักความเป็นธรรมในแนวตั้ง (Vertical) คือ เกี่ยวข้องน้อยก็ควรจัดเก็บน้อยตามความเหมาะสม เป็นต้น

³⁰ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, the Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, vol. II, edited by R.H. Campbell and A.S. Skinner. (Oxford University Press, 1976), p. 639-640.

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียภาษี เนื่องจากผู้เสียภาษีที่มีรายได้เท่ากันควรจะต้องถูกจัดเก็บภาษีในอัตราที่เท่ากัน³¹ หรือแม้แต่ในบริบทระหว่างประเทศ การมีเงินได้ประเภทใด หากมีอนุสัญญาภาษีซ้อนยอมเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดปัญหาภาษีซ้อน หากไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนยอมต้องเสียภาษีซ้อน หากบุคคลผู้อยู่ในประเทศที่สามซึ่งมิได้อนุสัญญาภาษีซ้อนสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรเพื่อเข้ารับและได้รับประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น

4.3 ปัญหาการขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนอ้างอิงจากร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนต้นแบบของ OECD และ UN พบว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนมีวัตถุประสงค์ 4 ประการ คือ การจัดภาษีซ้อน การป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษี เพื่อความร่วมมือทางภาษีระหว่างประเทศ และเพื่อการไม่เลือกปฏิบัติทางภาษี³² ซึ่งหากปล่อยให้มีการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร (รวมถึงการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ) จะขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนในข้อที่เกี่ยวกับการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากร และความร่วมมือระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่า หากปราศจากมาตรการที่ใช้ในการพิสูจน์ความแท้จริงของธุรกรรมในระบบภาษีอากร ย่อมเป็นการส่งเสริมให้มีการกระทำเช่นนั้น เพื่อการหลีกเลี่ยงภาษี และอีกประการหนึ่ง เมื่อเกิดการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแล้ว แรงจูงใจในการเข้าอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศต่าง ๆ ย่อมลดลง ซึ่งส่งผลกระทบต่อความร่วมมือทางภาษีระหว่างประเทศไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ด้วย

4.4 เป็นอุปสรรคในการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ

หลักการพื้นฐานภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนประการหนึ่งคือหลักการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ (The Principle of Reciprocity) ซึ่งหลักการดังกล่าวจะถูกละเมิดเมื่อบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐภาคีของอนุสัญญาภาษีซ้อนเข้ารับสิทธิประโยชน์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน³³

³¹ Ibid., p. 817-820.

³² วัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ว่าจะเป็นฉบับที่จัดทำโดย OECD หรือ UN หรือ US จะถูกกำหนดไว้ในอารัมภบท (Preamble) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ อันมีข้อความดังนี้

“มีความประสงค์จะจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อการจัดภาษีซ้อนเกี่ยวกับภาษีที่เก็บจากเงินได้และทุน โดยไม่ประสงค์จะก่อให้เกิดการไม่เสียภาษีหรือการลดภาระภาษีผ่านทางภาษีและการหลีกเลี่ยงภาษี (รวมถึงผ่านทาง การแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งมุ่งประสงค์จะรับสิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนสำหรับสิทธิประโยชน์โดยทางอ้อมจากผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่สาม”

³³ โกสินทร์ เจริญสวัสดิ์กิจ. แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Anti-Treaty Shopping Measure) มาใช้ในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 89-92.

ซึ่งเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐคู่สัญญาย่อมประสงค์จะให้บุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศภาคีอย่างแท้จริงเป็นผู้ใช้สิทธิประโยชน์ดังกล่าว ในกรณีทั่วไป หากรัฐใดประสงค์จะทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับอีกรัฐหนึ่งย่อมต้องมีการเจรจา ซึ่งพื้นฐานในการเจรจาย่อมมีผลประโยชน์ของรัฐเป็นตัวรองรับ เช่น รัฐ ก. และรัฐ ข. ประสงค์จะทำอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างกัน เนื่องจากมีรัฐ ก. มีการให้สิทธิในลิขสิทธิ์แก่รัฐ ข. เป็นจำนวนมาก และรัฐ ข. มีการให้กู้ในรัฐ ก. เป็นจำนวนมาก พื้นฐานของการเจรจาก็คือ การที่รัฐ ก. เจรจาให้รัฐ ข. ยกเว้นหรือลดอัตราภาษีค่าสิทธิลง และรัฐ ข. เจรจาให้รัฐ ก. ยกเว้นหรือลดอัตราภาษีดอกเบี้ยลง เพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ และจุดมุ่งหมายมากขึ้น เมื่อมีการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ จากบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ ค. ซึ่งเป็นรัฐที่สาม ใช้วิธีการตั้งบริษัทตัวกลางเพื่อเข้ารับประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ ก. และรัฐ ข. เช่นนี้ หากต้องการป้องกันการแสวงประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบดังกล่าว รัฐ ก. และ/หรือรัฐ ข. ย่อมต้องตัดแรงจูงใจของบุคคลผู้แสวงประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบออกไป ซึ่งจะเห็นได้หากปรับเปลี่ยนอัตราภาษีในเรื่องค่าสิทธิหรือดอกเบี้ย อาจไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจต่อนักลงทุนที่จะลงทุนในเงินได้ประเภทดังกล่าวต่อไป อันถือได้ว่าเป็นอุปสรรคในการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรเป็นปัญหาหลักในปัจจุบัน ผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร ส่งผลให้รัฐขาดรายได้ที่พึงจะได้จัดเก็บได้ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้เสียภาษีด้วยกัน ขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน เป็นอุปสรรคต่อการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ และลดแรงจูงใจในการเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อน

ดังนั้น ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวรัฐควรมีมาตรการที่สามารถพิสูจน์ถึงความแท้จริงของธุรกรรมนั้น ๆ ว่าเป็นธุรกรรมที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเข้ารับเอาประโยชน์ทางภาษีเป็นหลักหรือไม่ โดยมาตรการดังกล่าวควรมีผลเป็นการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ในทางภาษีจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากรหาก และในการออกมาตรการใด ๆ รัฐควรคำนึงถึงสิทธิของผู้เสียภาษี กล่าวคือ รัฐไม่ควรออกมาตรการที่มีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของผู้เสียภาษีมากเกินไปจนเกินควร เช่น การให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐโดยไม่มีข้อจำกัดเพื่อปฏิเสธสิทธิประโยชน์ของผู้เสียภาษีหากพบว่ามีธุรกรรมในระบบภาษีอากรขึ้น เพราะว่าจะเกิดความไม่แน่นอนซึ่งขัดกับสิทธิของผู้เสียภาษี เป็นต้น

บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8820/2561 (ประชุมใหญ่)
เรื่อง การให้สัตยาบันนี้ร่วมของสามีภรรยา

ไพโรจน์ กัมพูสิริ
Piroj Kampusiri

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง พระนคร กรุงเทพมหานคร 10200
Faculty of Law, Thammasat University,
2 Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding author Email: paioj_kp@hotmail.com

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8820/2561 (ประชุมใหญ่) - หนึ่งร่วมของสามีภริยาตาม ป.พ.พ. มาตรา 1490 (4) อันได้แก่ หนึ่งที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นในระหว่างสมรสเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียว แต่อีกฝ่ายได้ให้สัตยาบัน

ส. ทำสัญญาค้ำประกันจำเลยที่ 1 ไม่ใช่ในนิติกรรมที่ ส. จำต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส เมื่อจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นภริยาให้ความยินยอมไว้เป็นการทั่วไปจึงเป็นการแสดงเจตนารับรู้และไม่คัดค้านที่ ส. สามีไปทำนิติกรรม หาใช่เป็นการให้สัตยาบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1490 (4) ไม่ เนื่องจากจำเลยที่ 2 มิได้รับรองการที่ ส. ก่อหนี้ขึ้นแล้วตามมูลหนี้ที่มีการทำสัญญาค้ำประกัน จำเลยที่ 1 คงปรากฏเฉพาะจำเลยที่ 2 รับรู้ถึงการเข้าทำสัญญาค้ำประกันของ ส. เท่านั้น เมื่อจำเลยที่ 2 ไม่ได้ให้สัตยาบันการก่อหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่คู่สมรสได้กระทำไป จำเลยที่ 2 จึงไม่ต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1490 (4)

จำเลยที่ 5 ซึ่งเป็นคู่สมรสของจำเลยที่ 3 ผู้ค้ำประกันได้ทำหนังสือให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมเช่นเดียวกับจำเลยที่ 2 ซึ่งถือไม่ได้ว่าเป็นการให้สัตยาบันการก่อหนี้ตามสัญญาค้ำประกันที่คู่สมรสได้กระทำไปอันจะทำให้จำเลยที่ 5 ต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกับจำเลยที่ 3 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1490 (4) แม้จำเลยที่ 5 ไม่ได้ฎีกา แต่หากให้จำเลย

ที่ 5 ซึ่งเป็นคู่สมรสของจำเลยที่ 3 ต้องร่วมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมยอมเป็นผลให้จำเลยที่ 5 รับผิดชอบโดยไม่ชอบ เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาขอที่จะแก้ไขคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 7

คำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นเป็นการประชุมใหญ่ ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ ชัดเจน สามารถยึดถือเป็นแนวทางต่อไป ทั้งจะเป็นการยุติข้อสงสัยที่ถกเถียงกันในวงวิชาการและผู้ใช้กฎหมายเสียที่ปัญหาที่เป็นประเด็นนำขึ้นสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา คือการที่ภริยาให้ความยินยอมแก่สามีในการทำสัญญาค้ำประกันบุคคลอื่นจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการให้สัตยาบันแก่หนี้ดังกล่าวตามมาตรา 1490 (4) ซึ่งศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า ในส่วนที่สามีทำสัญญาค้ำประกันบุคคลอื่นไม่ใช่นิติกรรมที่จำต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส เมื่อภริยาให้ความยินยอมไว้เป็นการทั่วไปจึงเป็นการแสดงเจตนารับรู้และไม่คัดค้านที่สามีไปทำนิติกรรม หาใช่เป็นการให้สัตยาบันตามนัยของบทบัญญัติมาตรา 1490 (4) ไม่ เนื่องจากไม่มีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แต่อย่างใดว่าภริยารับรองการที่สามีก่อหนี้ขึ้นแล้วตามมูลหนี้ที่มีการทำสัญญาค้ำประกัน จึงไม่ต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม

ความจริงบรรทัดฐานข้างต้นเป็นไปตามความเห็นของท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัยที่ได้คัดค้านบรรทัดฐานเดิม ๆ ที่มีมา (โดยตลอดระยะเวลา 67 ปีที่ผ่านมา) โดยในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 521/2494 ท่านได้เขียนไว้ว่า...คำว่า “หนี้ที่สามีหรือภริยาก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ฝ่ายเดียว แต่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้สัตยาบัน” จึงต้องตีความตรงไปตรงมาตามถ้อยคำว่าหมายถึงกรณีที่สามีหรือภริยาได้ให้สัตยาบันที่จะยอมเป็นลูกหนี้ร่วมกัน คือมาให้การรับรองที่จะเป็นลูกหนี้ร่วมกันในเวลาภายหลังเท่านั้น เช่น เมื่อเจ้าหนี้เร่งรัดการชำระหนี้จากภริยา สามีก็แสดงว่ายินยอมที่จะเป็นลูกหนี้ร่วม การตีความคำว่า “สัตยาบัน” ให้หมายความว่าเพียงแต่การอนุญาตให้ภริยาทำนิติกรรมมาแต่แรกย่อมจะทำให้ประมวลแพ่งฯ มาตรา 37 (ตัวเลขในบรรพ 5 เดิม) ไร้ความหมาย ประมวลแพ่งฯ จัดให้มีระบบสินส่วนตัวของสามีหรือภริยาก็ก็น่าจะไม่มีประโยชน์และต่อไปสามีที่จะระมัดระวังตัวก็ย่อมจะไม่อนุญาตให้ภริยาทำนิติกรรมเพราะเกรงจะมีผลผูกมัดสินส่วนตัวของเขา และให้ภริยาไปขอต่อศาล ศาลให้อนุญาตตามประมวลแพ่งฯ มาตรา 43 (ตัวเลขในบรรพ 5 เดิม) ซึ่งการอนุญาตศาลย่อมจะไม่ทำให้นิติกรรมที่ภริยาทำขึ้นผูกมัดทรัพย์สินส่วนตัวของสามี¹ ในขณะที่ท่านอาจารย์เพริช หุตางกูร และท่านอาจารย์จิตติ ติงศักทีย กลับเห็นว่าการ

¹ มาตรา 38 ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติทั้งหลายต่อไปนี้ หญิงมีสามี ถ้ามิได้รับอนุญาตของสามีหาอาจทำการอันหนึ่งอันใดที่จะผูกพันสินบริคมที่ได้ไม่

การใดอันกระทำให้ฝ่าฝืนกฎหมายอันนี้ ท่านว่าเป็นโมฆียะ

มาตรา 43 ถ้าสามีทวงถามการอนุญาตโดยประกาศจากเหตุอันสมควร หญิงมีสามีจะร้องต่อเพื่อสั่งอนุญาตให้ตนจัดการแก่ส่วนของตนในสินบริคมก็ได้

ที่สามียอมรับผูกพันตนในการกระทำของภริยาไว้ล่วงหน้า ก็ย่อมมีผลเหมือนกันกับปล่อยให้ภริยาทำไปแล้ว สามียอมให้สตัยบันในภายหลังย่อมอยู่ในความประสงค์ของกฎหมายให้เป็นหนึ่งรวมเหมือนกัน การยินยอมล่วงหน้ากับสตัยบันภายหลัง จึงไม่ทำให้มีผลแตกต่างกัน (หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2594/2516)

สำหรับการให้สตัยบันแก่นิติกรรมที่เป็นโมฆียะโดยทั่วไป ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า หมายถึงกรณีที่การกระทำในขณะที่กระทำลงเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจ แต่ภายหลังได้มีการรับรองเพื่อให้การนั้น ๆ มีผลใช้บังคับได้ (หมายเหตุท้ายฎีกาเดียวกัน) สำหรับท่านอาจารย์ศันต์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ การให้สตัยบันคือการรับรองความบกพร่องต่าง ๆ **ที่เกิดขึ้น** เป็นเหตุแห่งโมฆียกรรมนั้นเสมือนกับเป็นการยอมรับความบกพร่องต่าง ๆ เหล่านั้น² โดยสรุป การให้สตัยบันจะกระทำล่วงหน้าก่อนนิติกรรมนั้น ๆ จะเกิดขึ้นและตกเป็นโมฆียะไม่ได้

ในทางตรงข้าม ศาลฎีกาได้ยึดแนวทางว่า หากภริยาได้ให้ความยินยอมแก่สามีในการทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอก (ซึ่งส่วนใหญ่เป็นธนาคารและสถาบันการเงิน) ถือได้ว่า “ร่วมรับรู้และเป็นการให้สตัยบันโดยปริยาย” ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างล่างที่แม้สามีจะลงลายมือชื่อเป็นพยาน ก็ถือได้ว่าเป็นการที่สามีให้สตัยบันโดยปริยาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 486/2516 สามีได้ลงชื่อเป็นพยานรู้เห็นในสัญญาจะซื้อจะขายยอมถือได้ว่าสามีได้ยินยอมหรือให้สตัยบันโดยปริยายในสัญญาแล้ว หนี้ที่เกิดขึ้นเพราะภรรยาผิดสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจึงเป็นหนี้ร่วมระหว่างภรรยา กับสามีตาม ป.พ.พ.1482(2) สามีต้องรับผิดชอบร่วมกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1026/2513 จำเลยก่อนนี้ขึ้นในระหว่างที่เป็นภริยาของผู้ร้อง เมื่อผู้ร้องลงชื่อเป็นพยานในสัญญา ก็ยอมถือได้ว่าผู้ร้องเห็นและให้สตัยบัน หนี้สินรายนี้จึงเป็นหนี้ร่วมระหว่างสามีภริยา

ที่หนักกว่านั้น ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมแก่คู่สมรสอีกฝ่ายในการทำนิติกรรมเกี่ยวกับสินสมรสตามมาตรา 1476 ว่า **สามารถให้ความยินยอมเป็นการล่วงหน้าและตลอดไปได้** ดังนั้น เมื่อภริยายินยอมให้สามีทำนิติกรรมในการกู้เงิน กู้เบิกเงินเกินบัญชี

เวลาพิจารณาคำร้องต้องเรียกสามีมาสู่ศาลด้วย

เมื่อศาลเห็นว่าการนั้นจะเป็นคุณประโยชน์แก่หญิงนั้น จะออกคำสั่งอนุญาตก็ได้ และศาลจะถอนจากัดข้อคำสั่งอนุญาตนั้นเมื่อใดก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร

² ศันต์ภรณ์ โสติพิพันธุ์, **คำอธิบายนิติกรรมสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 23 (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2563), น.222

คำประกัน ฯลฯ หรือทำนิติกรรมอื่นใดที่เกี่ยวข้อง โดยปริยัตกลงให้ความยินยอมในการกระทำนั้นตลอดไป แสดงว่าปริยามีเจตนาให้ความยินยอมสามีในการทำนิติกรรมที่ระบุในหนังสือให้ความยินยอมและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้องกับธนาคารได้ตลอดไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3186/2538) ปริยาจึงไม่มีอำนาจขอให้ศาลเพิกถอนสัญญาคำประกันที่สามีได้ทำไปตามมาตรา 1480 ได้

วกกลับมาเรื่องของการที่ศาลฎีกาถือว่า การที่ปริยาให้ความยินยอมสามีก่อนนี้ในระหว่างสมรสเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียว ถือว่าเป็นการร่วมรับรู้และเป็นการให้สัตยาบันล่วงหน้าโดยปริยาย ได้มีคำพิพากษาลงตลอดระยะเวลาเกือบ 70 ปีที่ผ่านมาโดยตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงปี พ.ศ. 2541-พ.ศ.2545 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2829/2551 ซึ่งธนาคารเป็นโจทก์แทบทั้งสิ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2568/2541³ หนี้ตามสัญญากู้ตามฟ้องเป็นหนี้ที่จำเลยที่ 1 สามีจำเลยที่ 2 ก่อให้เกิดขึ้นในระหว่างสมรส แม้หนี้ตามสัญญากู้เงินและสัญญาจำนองที่ดินเฉพาะส่วนของจำเลยที่ 1 และสัญญาต่อท้ายหนังสือสัญญาจำนองจะเป็นหนี้ที่จำเลยที่ 1 ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียว แต่หนังสือให้ความยินยอมของจำเลยที่ 2 เป็นหนังสือที่ให้ความยินยอมในการที่จำเลยที่ 1 ทำนิติกรรมทุกอย่างกับโจทก์ กรณีจึงถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ได้รับรู้ถึงหนี้เงินกู้ที่จำเลยที่ 1 ได้ก่อให้เกิดขึ้นตามสัญญากู้เงินและจำเลยที่ 2 ได้ให้สัตยาบันในหนี้ดังกล่าวแล้ว หนี้ตามสัญญากู้เงินตามฟ้องที่จำเลยที่ 1 ทำไว้กับโจทก์ดังกล่าว จึงเป็นหนี้ที่สามีปริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1490 (4) จำเลยที่ 2 ในฐานะปริยาจึงต้องร่วมกับจำเลยที่ 1 ผู้เป็นสามีรับผิดชอบหนี้ดังกล่าวแก่โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2161/2542 แม้หนี้เงินกู้จำนวน 3,500,000 ซึ่ง อ. สามีจำเลยกู้ยืมจากโจทก์ เป็นหนี้ที่ อ. ก่อขึ้นในระหว่างสมรสเพื่อประโยชน์ของ อ. ฝ่ายเดียวก็ตาม แต่จำเลยก็ยินยอมเป็นหนังสือให้ อ. กู้ยืมเงินดังกล่าวจากโจทก์ การที่จำเลยได้ร่วมรับรู้ถึงหนี้เงินกู้ที่ อ. ได้ก่อให้เกิดขึ้นและจำเลยได้ให้สัตยาบันในหนี้ดังกล่าว หนี้จึงเป็นหนี้ที่สามีปริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1490 (4) จำเลยในฐานะปริยาจึงต้องร่วมกับ อ. ผู้เป็นสามีรับผิดชอบหนี้เงินกู้ดังกล่าวให้แก่โจทก์

³ ก่อนหน้านั้นในคำพิพากษาศาลฎีกา 339/2540 ได้มีนักวิชาการ (คุณพิสิษฐ เดชโชติศักดิ์) หมายเหตุท้ายฎีกาเตือนไว้ว่า “...1.คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นบรรทัดฐานที่สำคัญยิ่ง เนื่องจากในปัจจุบันนี้คู่สมรสเป็นจำนวนมาก ทั้งฝ่ายชายและหญิงต่างต้องทำงานหาเลี้ยงครอบครัว โดยเฉพาะชีวิตนักธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินเป็นจำนวนมาก ซึ่งปกติสถาบันการเงินมักจะขอให้คู่สมรสของผู้กู้ทำหนังสือให้ความยินยอม ดังนั้น คู่สมรสที่มีผู้กู้จึงต้องใคร่ครวญให้รอบคอบก่อนทำหนังสือให้ความยินยอม...”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2107/2543 จำเลยที่ 1 ทำสัญญากู้เงินไปจากโจทก์ โดยจำเลยที่ 3 สามีมียอดจำเลยที่ 1 ลงลายมือชื่อในหนังสือให้ความยินยอม ซึ่งมีข้อความว่าตนยินยอมให้จำเลยที่ 1 ทำนิติกรรมทุกอย่างกับโจทก์ได้ ดังนี้ ถือว่าจำเลยที่ 1 ร่วมรับรู้หนี้ที่จำเลยที่ 1 ก่อให้เกิดขึ้น และให้สัตยาบันในหนี้ดังกล่าว จึงเป็นหนี้ร่วมซึ่งจำเลยที่ 1 และที่ 3 ต้องรับผิดชอบร่วมกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2065/2544 จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นภริยาจำเลยที่ 1 ได้ลงชื่อในหนังสือให้ความยินยอมซึ่งระบุว่า ยินยอมให้จำเลยที่ 1 ทำนิติกรรมเกี่ยวกับการซื้อและจำนองที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างและกู้ยืมเงินจากโจทก์ได้โดยไม่คัดค้าน ถือว่าจำเลยที่ 2 ได้ร่วมรับรู้หนี้กู้ยืมเงินที่จำเลยที่ 1 ผู้เป็นสามีได้ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ตนฝ่ายเดียวในระหว่างสมรส และจำเลยที่ 2 ได้ให้สัตยาบันในหนี้ดังกล่าวแล้ว หนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินจึงเป็นหนี้ร่วมระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 ตาม ป.พ.พ.มาตรา 1490 (4) จำเลยที่ 1 และที่ 2 จะต้องรับผิดชอบหนี้ดังกล่าวร่วมกันต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 2065/2545 การที่จำเลยที่ 2 ลงชื่อเป็นพยานและเป็นผู้ให้ความยินยอมในฐานะภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่ 1 ผู้ค้าประกันหนี้ของบริษัท ส. แม้ว่าจำเลยที่ 1 จะมีได้มีส่วนรับเงินไปใช้เป็นการส่วนตัวหรือกิจการของครอบครัวก็ตาม แต่หนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการที่จำเลยที่ 1 สามีก่อขึ้นในระหว่างสมรสเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวโดยจำเลยที่ 2 ผู้ภริยาได้ให้สัตยาบันแล้ว จึงเป็นหนี้ร่วมตาม ป.พ.พ. มาตรา 1490 (4) จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ชำระหนี้ให้แก่โจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 6829/2551 จำเลยที่ 1 ทำสัญญากู้เงินโจทก์และทำสัญญาจำนองที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างเป็นประกันหนี้ดังกล่าว โดยมีข้อสัญญาต่อท้ายสัญญาจำนองว่า หากโจทก์บังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ จำเลยที่ 1 ยินยอมรับผิดชอบชำระหนี้ส่วนที่ขาดจนครบ จำเลยที่ 2 เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยที่ 1 ลงชื่อให้ความยินยอมในการที่จำเลยที่ 1 ทำสัญญากู้เงินดังกล่าว เป็นการรับรู้ถึงหนี้เงินกู้ที่จำเลยที่ 1 ได้ก่อให้เกิดขึ้นและได้ให้สัตยาบันในหนี้ดังกล่าว หนี้จึงเป็นหนี้ที่สามีภริยาเป็นลูกหนี้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1490 (4) จำเลยที่ 2 ในฐานะภริยาต้องร่วมกับจำเลยที่ 1 เป็นสามีรับผิดชอบชำระหนี้ดังกล่าวให้แก่โจทก์ด้วย

ในฎีกาใหม่ที่กลับบรรทัดฐานเดิม ศาลฎีกาได้เขียนไว้ว่า ในส่วนที่สามีค้าประกันจำเลยที่ 1 ไม่ใช่นิติกรรมที่จำต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรส ตรงนี้ต้องเข้าใจว่า การให้สัตยาบันหนี้ที่สามีภริยาได้ก่อขึ้นในระหว่างสมรสที่จะกลายเป็นหนี้ร่วมตามมาตรา 1490 (4) นั้น ตัวบทมิได้จำกัดว่า หนี้ดังกล่าวจะต้องเกิดจากนิติกรรมที่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสตามมาตรา 1476 หรือจะเป็นการก่อหนี้ส่วนตัวที่ทำได้โดยลำพัง ตัวบทคงระบุแต่ว่า เป็นหนี้ที่ก่อขึ้นในระหว่างสมรส

เพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวเท่านั้น การที่สามีหรือภริยาแอบไปทำหนี้เพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวยิ่งน่าจะเป็นนิติกรรมที่ฝ่ายหลังนี้มีอำนาจจัดการโดยลำพังตามมาตรา 1473 อันหมายถึงนิติกรรมเกี่ยวกับสินส่วนตัว หรือนิติกรรมเกี่ยวกับสินสมรสที่ไม่อยู่ในกรอบ 8 กรอบที่ต้องขอความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายในมาตรา 1476 นอกจากนี้ หนี้ร่วมในมาตรา 1490 ที่บทความนี้พูดถึงจะมีที่เกี่ยวเนื่องกับสินสมรสก็เพียงหนี้ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (2) อันได้แก่หนี้ที่เกี่ยวเนื่องกับสินสมรสเป็นคนละเรื่องกับการจัดการสินสมรสในมาตรา 1476 ที่สามีและภริยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกัน หรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง แยกเด็ดขาดออกไปจากหลักการจัดการสินส่วนตัวในมาตรา 1473 ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสินส่วนตัวของคู่สมรสฝ่ายใดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้จัดการ

ความจริงแล้ว การตีความพฤติกรรมการร่วมรับรู้ โดยการลงลายมือชื่อของภริยาให้ความยินยอมหรือลงลายมือชื่อซึ่งเป็นพยานในการทำนิติกรรมของสามีที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายหลังนี้ฝ่ายเดียวว่าเป็นการให้สัตยาบันล่วงหน้า อันมีผลให้ภริยาต้องร่วมรับผิดชอบจากสินส่วนตัวและสินสมรสส่วนของตนในฐานะที่เป็นหนี้ร่วมของสามีภริยาตามมาตรา 1489 นั้น ควรจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ที่จะเสียในมูลหนี้ (มาตรา 11) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ธนาคารหรือสถาบันการเงินเป็นโจทก์ซึ่งภริยาจำต้องลงลายมือชื่อในแบบฟอร์มของธนาคาร ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น (มาตรา 4 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)

สุดท้าย ในแง่เศรษฐศาสตร์และการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ธนาคารหรือสถาบันการเงินน่าจะปรับเปลี่ยนแนวปฏิบัติในการทำสัญญาใด ๆ กับคู่สมรส ให้ง่าย ชัดแจ้งและโปร่งใส โดยสอบถามสามีและภริยาว่าจะให้ภริยามาเป็นลูกหนี้ร่วมในสัญญาที่สามีจะทำหรือไม่ เช่นนี้ย่อมจะไม่มีปัญหาที่จะต้องไปตีความว่าการลงชื่อเป็นพยานหรือการให้ความยินยอมของภริยาเป็นการให้สัตยาบันล่วงหน้าแก่หนี้ที่ให้ประโยชน์แก่สามีฝ่ายเดียวหรือไม่? อย่างไร?

แผนผังการให้สัตยาบันใน ป.พ.พ.

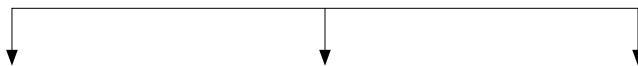
ม.179

ให้สัตยาบันภายหลังเวลาที่มูลเหตุแห่งโมฆียะกรรมหมดสิ้นไปแล้ว



ม.823

ตัวการให้สัตยาบันการนอกเหนืออำนาจของตัวแทน



ม.1480

สามีหรือภริยาให้สัตยาบัน
การจัดการสินสมรสที่
ไม่ได้รับความยินยอม

ม.1490(4)

สามีหรือภริยาให้สัตยาบัน
หนี้ที่คู่สมรสอีกฝ่ายก่อเพื่อ
ประโยชน์ตนเองฝ่ายเดียว

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครบถ้วน และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงาน อย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
- 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ

2. รูปแบบผลงาน

- 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
- 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
- 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
- 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

- 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
- 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

โสภณ รัตนกร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9lcl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (ภาษาอังกฤษ)
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
 - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
 - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
 - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
 - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
 - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
 - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
 - 2) ผลงานอื่นๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
 - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
 - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้าตามแต่กรณีดังนี้
 - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาไม่ได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

1. Required information:
 - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
 - 2) Author's name, both in Thai and in English.
 - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
 - 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
 - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
 - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
 - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
 - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
 - 2) Type written on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
 - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
 - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
 - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
 - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
 - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (English)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submitting Manuscript

1. Chulalongkorn Law Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:

<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>

2. Online submission process

- 1) Visit the journal website at (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)
- 2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.
- 3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.
- 4) Submit the manuscript
- 5) For more information, please visit:

<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fJNT5OPxZ2aaZ/view>

Review Process

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
 - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
 - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.
 - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
 - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and

perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

Other Requirements

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it is under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date here of on wards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่ส่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflict of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารกฎหมาย บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อดวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้นๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใดๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Chulalongkorn Law Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.