

ปีที่ 41 ฉบับที่ 3 : พฤศจิกายน 2566



วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

คณะกรรมการการเลือกตั้ง : ข้อพิจารณาเรื่องสถานะ ที่มา และอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกตั้งเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

จิราภิตต์ แสงลี

บทความวิจัย

ปัญหาบางประการในมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการของไทย

ยศศจี คงบริรักษ์

ข้อจำกัดและข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกระบวนการคัดค้านภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทย

ปรีณภา ศิริพานิช

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร : กรณีมีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

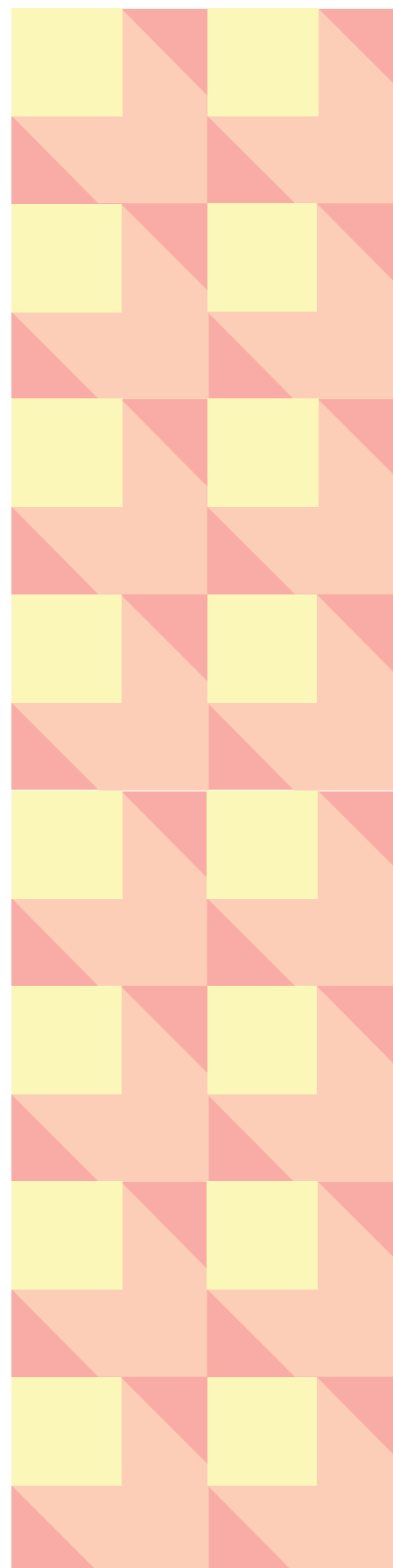
ณิชา ปันฐรัตน์กุล

การกำกับความเป็นเจ้าของสื่อ: กรอบทางกฎหมายในการกำหนดความหลากหลายของสื่อ

วรุฒม์ ทรงสุจริตกุล

ปัญหาการนิยามของความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565

จินห์จุฑา ตระกูลพิชยะชัย



ISSN: 2773-8604
ISSN (Online) : 2773-8736

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 41 ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2566)

คณะที่ปรึกษา

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

บรรณาธิการ

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

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริภิญญา โฆวิไลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรพงศ์ อัจฉรววงศ์ชัย	ศาลยุติธรรม
นางสนั่น ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวาทา โชติปัญญา ณัฏฐ	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จิณณวาโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	นภัสสร อยู่สำราญ

Chulalongkorn Law Journal

Volume 41 Issue 3 (November 2023)

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
Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor 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
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI	Faculty of Law Naresuan University
Dr.Worrawong ATCHARAWONGCHAI	Court of Justice
Mrs.Santanee DITSAYABUT	Office of the Attorney General
Dr.Suphanvasa Chotikajan TANG	Department of Treaties and Legal Affairs
	Ministry of Foreign Affairs
Dr.Apichon CHANTARASEN	Bank of Thailand

Management Team

Supicha CHINNAVASO	Vorraluk THONGBAI
Warintip SAIMONGKONPET	Naphatsorn YUSAMRAN

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 และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง 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 3 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 three 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 (พฤศจิกายน 2566) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวกับกฎหมายในสาขาต่างๆทั้งในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “คณะกรรมการการเลือกตั้ง : ข้อพิจารณาเรื่องสถานะ ที่มา และอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” เขียนโดย คุณจิราภรณ์ แสนลี นักวิชาการอิสระ

บทความที่สองเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาบางประการในมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการของไทย” เขียนโดย คุณยศจี้ คงบริรักษ์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ข้อจำกัดและข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกระบวนการคัดค้านภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทย” เขียนโดย คุณปริณภา ศิริพานิช นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร : กรณีมีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น” เขียนโดย คุณณิชา ปันฐรัตน์กุล นิสิตในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากรคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “Media Ownership Regulation: Legal Framework of Media Plurality Measurement” เขียนโดย อาจารย์ ดร.วรุตม์ ทรงสุจริตกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาการนิยามของความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565” เขียนโดย คุณจิณห์จุฑา ตระกูลพิชยะชัย นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการฯ ขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่มีส่วนในการดำเนินงานของวารสารตลอดปีที่ผ่านมา และผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 41 ฉบับที่ 3

(พฤศจิกายน 2566)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-37 คณะกรรมการการเลือกตั้ง : ข้อพิจารณาเรื่องสถานะ ที่มา และอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
จิราภิตต์ แสงลี

• บทความวิจัย

- 39-58 ปัญหาบางประการในมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการของไทย
ยศจี คงบริรักษ์
- 59-102 ข้อจำกัดและข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกระบวนการคัดค้านภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทย
ปริณภา ศิริพานิช
- 103-139 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร : กรณีมีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น
ณิชา ปันฐรัตน์กุล
- 141-175 การกำกับความเป็นเจ้าของสื่อ: กรอบทางกฎหมายในการกำหนดความหลากหลายของสื่อ
วรุตม์ ทรงสุจริตกุล
- 177-214 ปัญหาการนิยามของความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565
จิณห์จุฑา ตระกูลพิยะชัย

* บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.41 No.3

(November 2023)

Contents

- *Academic articles*

- 1-37 **The Election Commission of Thailand : Considerations on status, provenance, and authority to decide arguments for the election of members of the House of Representatives**

Jirakit Saenglee

- *Research articles*

- 39-58 **Problems concerning interim measures in Thai arbitration**

Yossajee Khongborirak

- 59-102 **Limitations and Proposals for Improvement of Opposition Proceedings under the Thai Patent Law**

Preenapha Siripanit

- 103-140 **Problems of the Application of the Customs law : In case of Collection of Anti-Dumping Duties, Countervailing Duties and Safeguard Duties**

Nisa Pantharattanakul

- 141-175 **Media Ownership Regulation: Legal Framework of Media Plurality Measurement**

Warut Songsujaritkul

- 177-214 **The Problems of Definition of Enforced Disappearance in Prevention and Suppression of Torture and Enforced Disappearance Act B.E. 2565**

Chinchutar Trakoonpitchayachai

* 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.

คณะกรรมการการเลือกตั้ง : ข้อพิจารณาเรื่องสถานะ ที่มา และอำนาจ
วินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร*

The Election Commission of Thailand : Considerations on
status, provenance, and authority to decide arguments for
the election of members of the House of Representatives

จिरากิตต์ แสงลี
Jirakit Saenglee

นักวิชาการอิสระ
ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
Independent Scholar
Chaeng Watthana Road, Thung Song Hong, Khet Laksi Bangkok 10210
Corresponding author Email: jirakit.sae@dome.tu.ac.th
(Received: May 24, 2023; Revised: July 11, 2023; Accepted: July 18, 2023)

บทคัดย่อ

คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระที่ถูกจัดตั้งขึ้นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และยังคงได้รับการบัญญัติเรื่อยมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และ 2560 มีหน้าที่หลักที่สำคัญคือ จัดและควบคุมการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ตลอดถึงวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง อย่างไรก็ตาม การบัญญัติถึงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้ในรัฐธรรมนูญอาจทำให้เกิดปัญหาสถานะความเป็นองค์กร และการถูกตรวจสอบได้ในระบบกฎหมาย อีกทั้งที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้งยังมีปัญหาเรื่องความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย นอกจากนี้ การกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหลายประการ โดยเฉพาะการจำกัดสิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งเป็นโทษอุปสรรค อาจนำมาซึ่งปัญหาการถูกตรวจสอบในทางตุลาการอีกด้วย

* ผู้เขียนขอขอบคุณนายจिरายุส สุริยวงศ์กุลการ ที่ได้เสนอแนะข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายเลือกตั้ง และช่วยตั้งข้อสังเกตต่อประเด็นต่าง ๆ ในบทความนี้ หากความผิดพลาดใดที่อาจมีขึ้น ย่อมตกเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียนเพียงผู้เดียว

คำสำคัญ : การเลือกตั้ง, คณะกรรมการการเลือกตั้ง, องค์การของรัฐ, การควบคุมการเลือกตั้ง, ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

Abstract

The Election Commission of Thailand is an independent organ first established by the Constitution of the Kingdom of Thailand 1997 and has continued with the Constitutions of 2007 and 2017 to have and control elections by ensuring honesty, fairness and decide on disputes arising from elections. However, the provision of the Election Commission in the constitution raises the question of its status as an organization and verifiability in the legal system. The source of the Election Commission of Thailand, democratic legitimacy problems remain. Restriction of the right of candidates to be elected may potentially lead to problems examined juridically.

Keywords : Election, Election Commission of Thailand, Government Body, Electoral Control, Democratic Legitimacy

1. ความนำ

การเลือกตั้งเป็นกลไกเชิงสถาบันของการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน และมีความสำคัญที่สุดอย่างหนึ่งในสังคม ด้วยเหตุว่าการเลือกตั้งเป็นกระบวนการแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนในการคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนผู้ออกเสียงเลือกตั้ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกิจกรรมที่ประชาชนแสวงหาทางเลือกในการปกครองและบำบัดความต้องการของตนเอง¹ การเลือกตั้งจึงเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สำคัญที่สุดและเป็นองค์ประกอบที่จำเป็น (necessary conditions) ต่อการมีประชาธิปไตย² เพราะประชาชนเป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตยและย่อมแสดงออก

¹ กระมล ทองธรรมชาติ, สมบูรณ์ สุขสำราญ และปรีชา หงส์ไกรเลิศ, **การเลือกตั้ง พรรคการเมือง และเสถียรภาพของรัฐบาล**, (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายวิจัย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 2.

² ประจักษ์ ก้องกีรติ, **รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ระบบเลือกตั้งเพื่อลดความขัดแย้งและส่งเสริมคุณภาพประชาธิปไตย**, (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า, 2565), หน้า 8.

ซึ่งเจตจำนงของตนผ่านการเลือกตั้ง³ ในแง่นี้ เราอาจกล่าวได้ว่าการเลือกตั้งเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ 4 ประการ⁴ คือ (1) เพื่อให้ได้มาซึ่งผู้แทนของประชาชน (2) เพื่อให้เกิดการหล่อหลอมเจตจำนงและสะท้อนความคิดเห็นทางการเมืองของประชาชนต่อผู้ปกครอง⁵ (3) เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครองในการใช้อำนาจอธิปไตย⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความชอบธรรมในทางการเมือง (political legitimacy)⁷ และ (4) เพื่อควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล จึงทำให้ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติมีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในข้อ 21 (1) และ (3) ความว่า “(1) ทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศตนโดยตรง หรือผ่านผู้แทนซึ่งได้รับเลือกตั้งโดยอิสระ” “(3) เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นพื้นฐานแห่งอำนาจการปกครอง ทั้งนี้ เจตจำนงจะต้องแสดงออกทางการเมืองเลือกตั้งตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริง ซึ่งต้องเป็นการออกเสียงอย่างทั่วถึงและเสมอภาค และต้องเป็นการลงคะแนนลับ หรือวิธีการลงคะแนนโดยอิสระในทำนองเดียวกัน”⁸

เมื่อการเลือกตั้งมีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตย การเลือกตั้งในแต่ละครั้งจึงต้องมี “คุณค่า” (value) หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut หรือ legal interest) ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ “เจตจำนง” ของประชาชน ซึ่งการทำให้ประชาชนแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตนอย่างตรงไปตรงมาผ่านการเลือกตั้งในแต่ละครั้ง จะต้องมียุทธศาสตร์หลักในการทำกับการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยเสรีและยุติธรรม (Free and Fair) หลักการเช่นนี้คือ “หลักพื้นฐานของการเลือกตั้ง” ประกอบไปด้วย⁹ หลักการเลือกตั้งทั่วไป หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค หลักการเลือก

³ บุญศรี มิ่งวงศ์ไชย, **การเลือกตั้งและพรรคการเมือง : บทเรียนจากเยอรมัน**, (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2542), หน้า 20.

⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตย”, **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 1, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2542), หน้า 97-98.

⁵ แบร์นาร์ ลาเวียร์ (Bernard Lavergne), **สิทธิทั่วไปในการออกเสียงเลือกตั้งและอำนาจของรัฐ**, แปลโดย พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย (กรุงเทพมหานคร: สภาวิจัยแห่งชาติ, 2513), หน้า 146.

⁶ ดู กระมล ทองธรรมชาติ, สมบูรณ์ สุขสำราญ และปรีชา หงส์ไกรเลิศ, **การเลือกตั้ง พรรคการเมือง และเสถียรภาพของรัฐบาล**, (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายวิจัย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 1-2.

⁷ ดู ลิขิต อีร์เวคิน, **ความถูกต้องตามกฎหมาย ความชอบธรรมทางการเมือง และธรรมแห่งอำนาจ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 12-19.

⁸ ดูคำแปลใน **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน**, (กรุงเทพมหานคร: กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, 2551), หน้า 26.

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย, 2564), หน้า 351-354. ในขณะที่ยุติ แสงอุทัย เห็นว่า หากพิจารณาในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จะพบว่าหลักการ

ตั้งโดยตรง หลักการเลือกตั้งโดยลับ และหลักการเลือกตั้งโดยเสรี ซึ่งจะทำให้การเลือกตั้งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการปกครองของระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง¹⁰ โดยระบบกฎหมายไทยเรียกหลักพื้นฐานของการเลือกตั้งรวม ๆ ว่า “**สุจริตและเที่ยงธรรม**”

การเลือกตั้งที่เกิดขึ้นในแต่ละครั้ง อาจจำแนกกระบวนการเลือกตั้ง ออกเป็น 4 ระยะ คือ¹¹ (1) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดทำบัตรเลือกตั้ง และส่วนประกอบอื่น ๆ เช่น จำนวนเขตเลือกตั้ง รายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้ง การรับสมัคร ที่ตั้งของหน่วยเลือกตั้ง ฯลฯ (2) การหาเสียงเลือกตั้ง (3) การดำเนินการลงคะแนนเสียงและการควบคุมการออกเสียงลงคะแนน (4) การประกาศผลการเลือกตั้ง การควบคุมการเลือกตั้งเป็นการทำให้กระบวนการเลือกตั้งทั้ง 4 ระยะมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย มีความชอบธรรม และสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชน ผ่านการใช้มาตรการทางกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ และหากการเลือกตั้งนำมาซึ่งข้อเคลือบแคลงสงสัยถึงความชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรมหรือไม่ กฎหมายจะเปิดโอกาสให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียจากการเลือกตั้ง เช่น ผู้สมัครรับเลือกตั้ง พลเมืองผู้ใช้สิทธิเลือกตั้ง ฯลฯ ได้แย้งคัดค้านการเลือกตั้งนั้น

นอกจากนี้ รัฐจะต้องมี “องค์กร” ที่มีความเป็นมืออาชีพในการทำหน้าที่จัดและควบคุมการเลือกตั้งให้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม โดยภายหลังจากประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย องค์กรแรกที่ทำหน้าที่ในการจัดและควบคุมการเลือกตั้งคือ กระทรวงมหาดไทย กระทรวงมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีองค์กรที่ทำหน้าที่จัดและควบคุมการเลือกตั้งโดยเฉพาะ คือ “**คณะกรรมการการเลือกตั้ง**” ซึ่งมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาและได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา รวมทั้งเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นกลาง (*neutralité du pouvoir public*)¹² และมีความอิสระจากฝ่ายบริหาร มาทำหน้าที่จัดและควบคุมการเลือกตั้งเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน นอกจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง

เลือกตั้งประกอบด้วย 7 หลักเกณฑ์ คือ หลักอิสระแห่งการเลือกตั้ง หลักการเลือกตั้งตามกำหนดเวลา หลักการเลือกตั้งอย่างแท้จริง หลักการออกเสียงทั่วไป หลักการเลือกตั้งอย่างเสมอภาค หลักการลงคะแนนเสียงลับ และหลักวิธีการออกเสียงลงคะแนนอื่น ๆ ดู หุต แสวงหทัย, **หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตรมหาวิทยาลัทยธรรมศาสตร์, 2513), หน้า 352-361.

¹⁰ ประพันธ์ นัยโกวิท, **บทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, 2551), หน้า 1.

¹¹ Benoît Camguilhem, **Le contrôle administratif des élections**, *Revue du droit public* n°6 du 1er Novembre 2017, p. 1505.

¹² สุภากร ศิริฤทธิ์วัฒนา, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2566), หน้า 278.

จะทำหน้าที่ในการจัดและควบคุมการเลือกตั้งแล้ว ระบบกฎหมายไทยยังได้กำหนดให้มีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งด้วย

ผลที่ตามมาคือ คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ถูกกำหนดให้มีลักษณะเฉพาะขึ้นในระบบกฎหมายไทยที่สำคัญอย่างน้อย 3 ประการ คือ (1) คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ถูกสถาปนาขึ้นในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ที่สำคัญไว้ (2) คณะกรรมการการเลือกตั้งมาจากการสรรหาและคัดเลือก จากนั้นให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้าย และ (3) นอกจากคณะกรรมการการเลือกตั้งจะมีอำนาจในการจัดและควบคุมการเลือกตั้งอันเป็นอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปขององค์กรการเลือกตั้งแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งด้วย จากลักษณะเฉพาะทั้ง 3 ประการ นำมาสู่ข้อพิจารณาว่า การจัดวางตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และการกำหนดให้มีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง เกิดเป็นปัญหาขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนหรือไม่อย่างไร และหากเกิดเป็นปัญหา คณะกรรมการการเลือกตั้งควรจัดวางสถานะ และที่มา ให้เหมาะสมกับระบอบประชาธิปไตยและเกิดความสอดคล้องกับสถาบันการเมืองอื่นของรัฐอย่างไร และอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งที่เหมาะสมควรเป็นเช่นไร ผู้เขียนจึงวางเค้าโครงการนำเสนอไปเป็นลำดับในแต่ละประเด็น คือ สถานะและที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้งตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบัน อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและบทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. สถานะและที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้งตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบัน

2.1 ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับองค์กรการเลือกตั้ง

เมื่อทำการพิจารณาการเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือการเลือกตั้งเป็นสาระสำคัญของระบอบ ได้นำภารกิจของการจัดและควบคุมการเลือกตั้งให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยให้รัฐมนตรีเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการเลือกตั้งและควบคุมการเลือกตั้งในฐานะ “ผู้อำนวยการทั่วไปของการเลือกตั้ง” (Direction générale des élections) แล้วเสนอรายงานต่อกระทรวงมหาดไทยในประเทศที่มีการปกครองระบบรัฐสภาหลายประเทศมีรูปแบบองค์กรการเลือกตั้งแบบนี้อยู่ เช่น ออสเตรเลีย อิตาลี เบลเยียม หรือแม้กระทั่งในประเทศฝรั่งเศส ฯลฯ ต่อมารูปแบบนี้ได้ถูกทำลายและเปลี่ยนแปลงให้อยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการที่มีความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา

ของรัฐมนตรี เราเรียกคณะกรรมการแบบนี้ว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้งที่มีความเป็นอิสระ” (commission électorale indépendante) เช่น สหราชอาณาจักร (Electoral Commission Electoral Commission)¹³ ออสเตรเลีย (Australian Electoral Commission (AEC))¹⁴ สหรัฐอเมริกา (Election Assistance Commission (EAC))¹⁵ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ในบรรดา คณะกรรมการที่จัดและควบคุมการเลือกรูปแบบนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งของอินเดียเป็น หน่วยงานที่มีความเก่าแก่ที่สุดประเทศหนึ่ง (ก่อตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1950)¹⁶ กล่าวคือเป็นหน่วยงานที่ มีความเป็นอิสระจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ มีทรัพย์สินและบุคลากรเป็นของตนเอง คุยเดียวกับหน่วยงานของราชการอื่น เมื่อองค์กรการเลือกตั้งรูปแบบนี้มีความประสบผลสำเร็จ ประเทศอื่น ๆ ได้นำมาใช้ในประเทศของตน ในกลุ่มประเทศอเมริกาใต้ มีการจัดตั้งคณะกรรมการ การเลือกตั้งแต่ต้นทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา เช่น โคลัมเบีย เวเนซุเอลา เอกวาดอร์ ฯลฯ หรือ แม้กระทั่งแต่ในยุโรปที่มีการพัฒนาขึ้นมาตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 1990 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศ ของอดีตสหภาพโซเวียตและยูโกสลาเวีย เช่น ลัตเวีย ลิทัวเนีย มอลโดวา สโลวาเกีย โครเอเชีย บอสเนีย หรือแม้กระทั่งสวีเดน ฯลฯ ส่วนแอฟริกาพัฒนาการมาตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 2000 เช่น เอธิโอเปีย กินี คองโก เซเนกัล ฯลฯ

ในขณะที่ประเทศไทยนั้น การเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบเฉพาะในการ จัดการเลือกตั้ง มีหน่วยงานภายในคือ กองการเลือกตั้ง กรมการปกครอง เป็นหน่วยธุรการและทำ หน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนี้เรื่อยมา มีหน้าที่ในการจัดการเลือกตั้ง เช่น การจัดเตรียมสถานที่ การตั้ง คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้ง การรับสมัคร เป็นต้น หากมีปัญหาในส่วนของการสมัครรับ เลือกตั้งและเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเลือกตั้ง กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย อย่าง ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอเป็นผู้วินิจฉัยขั้นต้นของปัญหานั้น ๆ หากวินิจฉัยแล้วได้ผลเป็น ที่ไม่พอใจ ผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดอาจยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจในเขต

¹³ จัดตั้งขึ้นโดยผลของพระราชบัญญัติพรรคการเมือง การเลือกตั้ง และประชามติ ค.ศ. 2000 (The Political Parties, Elections and Referendums Act 2000)

¹⁴ เป็นหน่วยงานอิสระของรัฐบาลกลางที่รับผิดชอบในการจัดการ ดำเนินการ และควบคุมดูแล การเลือกตั้งของ รัฐบาลกลาง การเลือกตั้งทั่วไป และการลงประชามติ รายละเอียดปรากฏในพระราชบัญญัติการเลือกตั้งเครือจักรภพ ค.ศ. 1918 (Commonwealth Electoral Act 1918)

¹⁵ จัดตั้งขึ้นโดยผลของรัฐบาลบัญญัติช่วยเหลือกิจการการเลือกตั้งอเมริกา ค.ศ. 2002 (Help America Vote Act 2002)

¹⁶ ดู ประณต นันทิยะกุล, “คณะกรรมการการเลือกตั้งกับการจัดการเลือกตั้งในอินเดีย”, วารสารธรรมศาสตร์ 3, 3 (กันยายน - ธันวาคม 2540), หน้า 91-97.

พื้นที่นั้นวินิจฉัย และให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุด ในขั้นนี้มีข้อสังเกตว่า ในเริ่มแรกที่มีการเลือกตั้งหลังการ
อภิวัฒน์สยาม 2475 ได้ไม่นาน หากมีกรณีโต้แย้งว่าการเลือกตั้งเป็นไปโดยมิได้ชอบ ผู้มีอำนาจ
หน้าที่ในการวินิจฉัยคือ “คณะกรรมการพิจารณาและไต่สวนเรื่องการคัดค้านการเลือกตั้งผู้แทน
ราษฎร ซึ่งมีเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย” ของสภาผู้แทนราษฎร ในระยะต่อมาได้เปลี่ยนไปเป็น
อำนาจของ “ศาลฎีกา” ในการวินิจฉัย ในแง่นี้ กระทรวงมหาดไทยจึงไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ใดที่จะ
เข้าไปวินิจฉัยข้อโต้แย้งใดในกระบวนการเลือกตั้ง กล่าวคือไม่สามารถยกเลิกเพิกถอน เปลี่ยนแปลง
หรือแม้กระทั่งสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ มีเพียงอำนาจหน้าที่เฉพาะการจัดการเลือกตั้งถึงการประกาศ
ผลการเลือกตั้งในขั้นสุดท้ายเท่านั้น

ผลที่เกิดขึ้นคือ เมื่อกระทรวงมหาดไทยในฐานะผู้จัดการเลือกตั้งตั้งแต่ต้นจนจบ หาก
พบเห็นการกระทำที่ไม่สุจริตหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กระทรวงมหาดไทยกล่าวให้
เจาะจงคือ พนักงานฝ่ายปกครองสามารถดำเนินคดีเป็นรายบุคคลได้ แต่ในระดับภาพรวมนั้น
กระทรวงมหาดไทยไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะรับเรื่องคัดค้านหรือกลั่นกรองให้การเลือกตั้งเกิดความ
สุจริตและเที่ยงธรรมได้ เพราะเมื่อการเลือกตั้งดำเนินลงเสร็จสิ้นแล้ว กระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่
ต้องประกาศผลการเลือกตั้ง ไม่มีอำนาจในการชะลอการประกาศผลการเลือกตั้ง แม้ตนจะเห็นว่า
การเลือกตั้งมิได้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรมก็ตาม เพราะศาลฎีกาเท่านั้นที่จะมีอำนาจใน
การวินิจฉัยชี้ขาดว่าการเลือกตั้งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในแง่ของกระบวนการพิจารณาของศาล การที่กฎหมายกำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม ทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดี เพราะคู่ความ
อาจใช้ประโยชน์ผ่านกฎหมายในการประวิงเวลา บางคดีต้องใช้เวลานานกว่าจะทำการพิจารณาคดี
ให้แล้วเสร็จ บางคดียังมีทันจะแล้วเสร็จก็มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรไปเสียก่อน ประกอบกับ ภาระ
ในการพิจารณาคัดสินคดีโดยทั่วไปของศาลมีปริมาณมาก การนำคดีเลือกตั้งเพิ่มเข้าไปอีกจึงเท่ากับ
เป็นการเพิ่มปริมาณงานของศาล เพราะฉะนั้น กระบวนการในการอำนวยความสะดวกผ่านศาล
ในกรณีนี้จึงค่อนข้างล่าช้าและไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควร

มีเพียงเท่านั้น ในส่วนขององค์กรผู้ทำหน้าที่ในการจัดและควบคุมการเลือกตั้ง เนื่องจาก
กระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยงานที่โดยสถานะขององค์กรไม่ได้มีความเป็นกลาง เพราะอยู่ภายใต้
การบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองที่อาจมีผลได้เสียกับ
การเลือกตั้งโดยตรงหรือมีความขัดแย้งกันทางผลประโยชน์ (conflict of interest) อาจทำให้สังคม
เกิดข้อกังขาในการปฏิบัติหน้าที่ที่อาจให้คุณให้โทษผู้ปฏิบัติได้ มีการดำเนินงานด้วยความไม่โปร่งใส
เอื้อประโยชน์ให้ฝ่ายการเมืองที่เป็นรัฐบาลรักษาการในเวลานั้น มีการกลั่นแกล้งฝ่ายตรงข้ามกับ

ผู้ที่ถืออำนาจรัฐ นำมาสู่ปัญหาเรื่องความชอบธรรมและความคลางแคลงใจในการปฏิบัติหน้าที่¹⁷ เช่น การกำหนดเขตเลือกตั้งที่มักกำหนดให้พรรคของตนได้ประโยชน์จากการกำหนดเขต โดยไม่คำนึงถึงเหตุผลทางภูมิศาสตร์หรือความเหมาะสมของพื้นที่ประกอบเป็นเขตเลือกตั้งเดียวกัน¹⁸ ปัญหาเรื่องบัญชีของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงหรือมีการย้ายเข้าออกจำนวนมากที่ผิดปกติ¹⁹ ปัญหาการตรวจสอบค่าใช้จ่ายในการเลือกตั้ง²⁰ หรือแม้แต่การปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปนั้น ข้าราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการเลือกตั้งเกรงกลัวอิทธิพลของนักการเมือง จนไม่อาจบังคับใช้กฎหมายเลือกตั้งและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่ ส่งผลให้การเลือกตั้งไม่ได้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม²¹

ปัญหาการจัดและควบคุมการเลือกตั้งภายใต้ระบอบมหาดไทยเป็นที่รับรู้แก่ประชาชนคนไทยเรื่อยมา ความพยายามอย่างแรกในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังการเกิดเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 กล่าวคือ ใน พ.ศ. 2519 รัฐบาลของ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช มีแนวคิดที่จะตรวจสอบการเลือกตั้ง²² จึงได้จัดตั้งองค์การกลาง คือ “คณะกรรมการควบคุมการเลือกตั้ง” มีศาสตราจารย์กำธร พันธูลภ เป็นประธาน ทำหน้าที่ควบคุมและดูแลการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2529 ให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและสุจริต ในขณะเดียวกันศูนย์กลางนิสิตนักศึกษาแห่งประเทศไทยก็ได้จัดตั้ง “คณะกรรมการสังเกตการณ์การเลือกตั้ง” เพื่อสังเกตการณ์ความเรียบร้อยของการเลือกตั้ง มีอาสาสมัครในครั้งนั้น จำนวน 5,500 คน นอกจากนี้ใน พ.ศ. 2529 มีการจัดตั้ง “กลุ่มอาสาประชามติ” ที่มีพลเอกสายหยุด เกิดผล เป็นประธานโดยจัดอาสาสมัครเข้ามาสังเกตการณ์การเลือกตั้งในปีนั้นและครั้งต่อ ๆ มา²³

¹⁷ สมาคมทนายความแห่งประเทศไทย, ข้อสังเกตและเหตุผลประกอบข้อยุติในการสัมมนาทางวิชาการกฎหมายเกี่ยวกับ “การเลือกตั้ง 2521”, (กรุงเทพมหานคร: การพิมพ์พระนคร, 2521), หน้า 23.

¹⁸ ดู ธงชัย วินิจจะกุล, การเมืองเรื่องกำหนดเขตเลือกตั้ง กรณีการเลือกตั้งกรุงเทพมหานคร เขต 12 และ 13 ในการเลือกตั้งทั่วไป พ.ศ. 2531, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อการศึกษาประชาธิปไตยและการพัฒนา, 2533), หน้า 60-62. และดู คณะกรรมการติดตามและสอดส่องการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 22 มีนาคม พ.ศ. 2535, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเวิลด์การพิมพ์, 2535), หน้า 47.

¹⁹ อภิสร จินตนะพัฒน์, รูปแบบและฐานะขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า 45-48.

²⁰ อ้างแล้ว, หน้า 48-51.

²¹ สิดา สอนศรี, รายงานวิจัย เรื่อง บทบาทของคณะกรรมการการเลือกตั้งของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 2-3.

²² สมยศ เชื้อไทย, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ฉบับใช้เรียน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), หน้า 59.

²³ อภิการรัตน์ นิยมไทย, “ที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้ง,” จุลนิติ 8, 5 (กันยายน - ตุลาคม 2554), หน้า 156-157.

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 วันที่ 7 มกราคม 2535 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้มีการตั้ง “คณะกรรมการกำกับและสอดส่องดูแลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” มีนายเกษม สุวรรณกุล เป็นประธานกรรมการ และกรรมการอื่นๆ อีก 33 คน เพื่อให้การเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2535 เป็นไปโดยสุจริต เทียงธรรม และถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายยิ่งขึ้น คณะกรรมการติดตามและสอดส่องดูแลการเลือกตั้งฯ นี้ เป็นที่รู้จักต่อสาธารณชนในชื่อ “คณะกรรมการองค์กรกลางการเลือกตั้ง” มีบทบาทในการสอดส่องดูแลการเลือกตั้งและการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน²⁴ คณะกรรมการดังกล่าวนี้มีบทบาทในการสอดส่อง ติดตาม ดูแล การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย สุจริต และยุติธรรมเรื่อยมา อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติองค์กรกลางนี้กลับประสบปัญหาในการดูแลการเลือกตั้ง กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายเลือกตั้งเกิดขึ้น ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการจับกุมและดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง การไม่ได้รับความร่วมมือจากข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะจากกระทรวงมหาดไทยที่มีการหวงอำนาจและมีทัศนคติไม่ดีที่จะต้องถูกตรวจสอบจากการปฏิบัติงาน²⁵

ด้วยเหตุนี้ จึงมีความพยายามในการผลักดันเพื่อให้องค์กรประเภทนี้เกิดขึ้นอย่างเป็นทางการและมีอำนาจตามกฎหมาย โดยนำไปบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญเมื่อครั้งที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2534 ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 115 วรรคสอง²⁶ พร้อมกันนี้ ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการการเลือกตั้งเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรหลายฉบับในสมัยนายบรรหาร ศิลปอาชา เป็นนายกรัฐมนตรี แต่ยังมีต้นจะประกาศใช้เป็นกฎหมายก็มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรไปเสียก่อน จึงส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติเป็นอันตกไป ต่อมาภายหลังจากการที่มีการเลือกตั้งใหม่ จึงมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาอีกครั้ง จนในที่สุดได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2540” เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2540²⁷ ในสมัยพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่ถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เมื่อ

²⁴ คณะกรรมการองค์กรกลางการเลือกตั้ง, รายงานการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2538, (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์ ไม่ปรากฏโรงพิมพ์ ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 31-33.

²⁵ ประชาธิปไตย, “องค์กรกลางกับการเลือกตั้ง : ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่”, รัฐศาสตร์ 44, 7 (กรกฎาคม 2539), หน้า 9-14.

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 112 ตอนที่ 7 ก หน้า 30.

²⁷ พระราชบัญญัติคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2540 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 48 ก วันที่ 18 กันยายน 2540 หน้า 9-21.

วันที่ 11 ตุลาคม 2540 เสียก่อน ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้งโดยให้จัดทำเป็นกฎหมายระดับ “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ขึ้น ซึ่งเป็นการอนุวัติไปตามผลการศึกษาของคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย หรือ คปป. (ซึ่งมีนายแพทย์ประเวศ วะสี เป็นประธาน) และคณะกรรมการพัฒนาการเมือง²⁸

ผลจากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กำหนดให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก ได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่สำคัญขึ้น 4 ฉบับที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีส่วนรับผิดชอบโดยตรงคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541²⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541³⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541³¹ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2541³²

ในหัวข้อนี้จะเป็นการเข้าไปสำรวจตรวจสอบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่ละฉบับ ว่าองค์กรคณะกรรมการการเลือกตั้งมีที่มาอย่างไร ตลอดถึงมีตำแหน่งหน้าที่ภายใต้โครงสร้างสถาบันการเมืองอย่างไร และด้วยข้อจำกัดของจำนวนหน้าในบทความ ผู้เขียนได้สรุปออกมาเป็นตาราง ดังนี้

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, รายงานผลการปฏิบัติงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2551 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, 2551), หน้า 4. ดูประกอบกับ คณะกรรมการปฏิรูปการเมือง, รายงานผลการทำงานของคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง (คปก) (8 สิงหาคม 2538 – 7 พฤศจิกายน 2538) (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการปฏิรูปการเมือง, 2538), หน้า 37-39.

²⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ราชกิจจานุเบกษา 9 มิถุนายน 2541 เล่ม 115 ตอนที่ 35 ก หน้า 39-70.

³⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 35 ก 9 มิถุนายน 2541 หน้า 25-38.

³¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 35 ก 9 มิถุนายน 2541 หน้า 1-24.

³² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2541 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 102 ก 31 ธันวาคม 2541 หน้า 1-8.

	คณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ 2540	คณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ 2550	คณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ 2560
ตำแหน่งแห่งที่ ของบทบัญญัติ	ในรัฐธรรมนูญ หมวด 6 รัฐสภา ส่วนที่ 4 คณะกรรมการการเลือกตั้ง	ในรัฐธรรมนูญ หมวด 11 องค์การ ตามรัฐธรรมนูญ ส่วนที่ 1 องค์การ อิสระตามรัฐธรรมนูญ 1. คณะ กรรมการการเลือกตั้ง	ในรัฐธรรมนูญ หมวด 12 องค์การ อิสระ ส่วนที่ 2 คณะกรรมการ การเลือกตั้ง
จำนวนคณะ กรรมการการ เลือกตั้ง	5 คน	5 คน	7 คน
ที่มาของคณะ กรรมการการ เลือกตั้ง กลุ่มที่ 1	คณะกรรมการสรรหากรรมการ การเลือกตั้ง ทำหน้าที่พิจารณา สรรหาผู้มีคุณสมบัติซึ่งสมควรเป็น กรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 5 คน เสนอต่อประธานวุฒิสภา	คณะกรรมการสรรหากรรมการ การเลือกตั้ง ทำหน้าที่สรรหาผู้มี คุณสมบัติซึ่งสมควรเป็นกรรมการ การเลือกตั้ง จำนวน 3 คน เสนอ ต่อประธานวุฒิสภา	คณะกรรมการสรรหากรรมการ การเลือกตั้ง ทำหน้าที่สรรหาผู้มี ความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขา วิชาการต่าง ๆ ที่จะยังประโยชน์ แก่การบริหารและจัดการการ เลือกตั้งให้เป็นไปโดยสุจริตและ เที่ยงธรรม จำนวน 5 คน แล้วให้ เสนอชื่อไปยังวุฒิสภาเพื่อ พิจารณาให้ความเห็นชอบ
องค์ประกอบ ของคณะ กรรมการสรรหา คณะกรรมการ การเลือกตั้ง	ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธาน ศาลปกครองสูงสุด อธิการบดีของ สถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็น นิติบุคคลทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้ เหลือสี่คน ผู้แทนพรรคการเมือง ทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่ง คน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน รวมจำนวน 10 คน	ประธานศาลฎีกา ประธานศาล รัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครอง สูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา คัดเลือกจำนวน 1 คน และบุคคล ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาล ปกครองสูงสุดคัดเลือกจำนวน 1 คน รวมจำนวน 7 คน	(1) ประธานศาลฎีกา เป็น ประธานกรรมการ (2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทน ราษฎร เป็นกรรมการ (3) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นกรรมการ (4) บุคคลซึ่งศาลรัฐธรรมนูญและ องค์กรอิสระที่มีใช้คณะกรรมการ การเลือกตั้ง แต่งตั้งจากผู้มี คุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้อง ห้าม และไม่เคยปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ในศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กร อิสระ องค์กรละ 1 คน เป็น กรรมการ
ที่มาของคณะ กรรมการการ เลือกตั้ง กลุ่มที่ 2	ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณา สรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการ เลือกตั้งจำนวน 5 คน เสนอต่อ ประธานวุฒิสภา	ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณา สรรหาผู้มีความรู้ คุณสมบัติ ซึ่งสมควรเป็น กรรมการการเลือกตั้งจำนวน 2 คน เสนอต่อประธานวุฒิสภา	ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาคัด เลือกผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านกฎหมาย มี ความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ และเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่า อธิบดีผู้พิพากษา หรือตำแหน่งไม่ ต่ำกว่าอธิบดีอัยการมาแล้วเป็น เวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี จำนวน 2 คน เสนอชื่อไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณา ให้ความเห็นชอบ

	คณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ 2540	คณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ 2550	คณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ 2560
องค์กรที่ทำหน้าที่ พิจารณาให้ความ เห็นชอบ	วุฒิสภา ประชุมเพื่อมีมติคัดเลือกผู้ ที่ได้คะแนนสูงสุด 5 คน	วุฒิสภา	วุฒิสภา
ที่มาขององค์กรที่ ทำหน้าที่พิจารณา ให้ความเห็นชอบ	มาจากการเลือกตั้งจำนวน 200 คน	มาจากการเลือกตั้งในแต่ละจังหวัด จังหวัดละหนึ่งคน และมาจากการ สรรหาเท่ากับจำนวน 150 คน	จำนวน 200 คน ซึ่งมาจากการ เลือกกันเอง แต่ในวาระเริ่มแรก วุฒิสภามีจำนวน 250 คนมาจากการ แต่งตั้งของคณะรักษาความ สงบแห่งชาติ

2.2 ข้อพิจารณาในเรื่องที่มาและสถานะองค์กรที่อาจถูกตรวจสอบได้ในระบบกฎหมาย

(1) ที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (principle of popular sovereignty) เป็นสาระสำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหลักที่ผู้ปกครองได้รับความเคารพเชื่อฟังจากประชาชน ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครอง และการปกครองดำเนินไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน³³ เพราะประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดในรัฐ การจัดโครงสร้างแห่งองค์กรของรัฐจึงถูกเรียกร้องให้คำนึงถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (democratic legitimacy) โดยองค์กรดังกล่าวจะต้องมีความยึดโยงกับประชาชนผ่านหลักห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (the great chain of legitimacy)³⁴ กล่าวคือ สามารถเชื่อมโยงกลับไปหาประชาชนไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม³⁵ อันจะนำมาซึ่งความสง่างามในระบอบประชาธิปไตย

ในต่างประเทศ องค์กรการเลือกตั้งในประเทศที่ได้รับการยอมรับในทางประชาธิปไตย ได้กำหนดให้องค์กรเลือกตั้งมีความยึดโยงกับประชาชน เช่น **ประเทศอังกฤษ** Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 กำหนดให้ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (Electoral Commission) มีจำนวน 9 ถึง 10 คน (แก้ไขเพิ่มเติมโดย Political Parties and Elections Act

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ”, *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 20, 60 (กันยายน-ธันวาคม 2561), หน้า 272.

³⁴ รชณัฐ มะโนแสน, “หลักประชาธิปไตยกับวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560”, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง* 6, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2566), หน้า 26. และดู รชณัฐ มะโนแสน, *ที่มาและปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทย*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564, หน้า 25.

³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย 2564), หน้า 338-339.

2009) มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎร (House of Commons) และลงนามแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ **ประเทศเยอรมนี** การเลือกตั้งในระดับสหพันธ์ (election to German Bundestag) นั้น ผู้อำนวยการการเลือกตั้งระดับสหพันธ์ (Federal Returning Officer) โดยธรรมเนียมปฏิบัติมาจากประธานสำนักงานสถิติแห่งสหพันธ์ แต่งตั้งโดยกระทรวงมหาดไทยแห่งสหพันธ์ จากนั้นผู้อำนวยการการเลือกตั้งระดับสหพันธ์จะแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมปฏิบัติงานอีก 8 คนซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งในพื้นที่ที่มีความเหมาะสม และตุลาการศาลปกครองแห่งสหพันธ์อีก 2 คน ประกอบขึ้นเป็นคณะกรรมการการเลือกตั้งระดับสหพันธ์ (Federal Electoral Committee) **ประเทศญี่ปุ่น** ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร องค์กรที่มีหน้าที่ในการจัดและควบคุมการเลือกตั้ง เรียกว่า Central Election Management Council (CEMC) แม้จะเป็นการสังกัด Ministry for Internal Affairs and communications แต่การปฏิบัติงานเป็นไปด้วยความอิสระตามกฎหมาย CEMC ประกอบด้วยสมาชิก 5 คน แต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรีที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา และสาธารณรัฐเกาหลี คณะกรรมการการเลือกตั้งเกาหลี (the National Election Commission : NEC) ประกอบด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งจำนวน 9 คน โดย 3 คนมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี 3 คนมาจากการเลือกโดยสมาชิกรัฐสภา และ 3 คนมาจากการเสนอชื่อโดยประธานศาลฎีกา

ในขณะที่คณะกรรมการการเลือกตั้งของไทยนั้น โดยสถานะแล้วถือเป็นองค์กรอิสระที่กฎหมายให้อำนาจดำเนินการต่าง ๆ ที่มีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งและอาจมีการสั่งยกเลิกเพิกถอนการเลือกตั้ง อันเป็นการใช้อำนาจรัฐปะทะกับการใช้สิทธิหน้าที่ของประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย โดยหลักย่อมต้องอาศัยความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในระดับสูง แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 2550 และ 2560 กลับพบว่ามีความชอบธรรมที่ลดลงตามลำดับ กล่าวคือ แม้คณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับจะมาจากการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาภายหลังกระบวนการสรรหา แต่วุฒิสภาในฐานะองค์กรที่ให้ความเห็นชอบกลับมีปัญหาเรื่องความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เพราะเดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ซึ่งการเลือกตั้งเป็นการสะท้อนถึงเจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การให้องค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอย่างวุฒิสภาให้การรับรองจึงทำให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีความชอบธรรมตามไปด้วย ต่อมาเมื่อมีการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2549 และจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ขึ้นมา วุฒิสภาเดิมมาจากการเลือกตั้งทั้งหมดได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นเลือกตั้งจังหวัดละหนึ่งคน ที่เหลือมาจากการสรรหา ความ

ชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ยึดโยงกับประชาชนจึงน้อยลง และต่อมามีการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2557 และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกกันเอง แต่ในวาระเริ่มแรกมาจากการสรรหาของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ซึ่งเป็นคณะผู้ก่อรัฐประหาร ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจึงแทบไม่มีเหลือ หรือแม้จะผ่านวาระเริ่มแรกกลับไปสู่บทบัญญัติปกติที่วุฒิสภามาจากการเลือกกันเอง ไม่ได้มาจากเจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยทำให้ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอยู่ดี เพราะหลักในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยมีอยู่ว่า ยิ่งองค์กรของรัฐมีอำนาจมากเพียงใด องค์กรของรัฐนั้นยิ่งต้องอาศัยความชอบธรรมในแง่ของการใช้อำนาจมากขึ้นเพียงนั้น

อย่างไรก็ดี หากแม้จะมีผู้เห็นว่า การให้วุฒิสภาเข้ามาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบเพื่อต้องการให้ปราศจากการเลือกข้างในทางการเมือง และเกิดความเป็นกลางทางการเมือง ไม่เอนเอียงหรือตกเป็นเครื่องมือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ซึ่งต่างจากสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเมือง แน่จนกว่าอาจมีผลได้เสียโดยตรงจากการเลือกตั้ง ถ้าให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบยอมทำให้สภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากเกิดความได้เปรียบ ผู้เขียนเห็นว่า การให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบองค์กรที่มีความสำคัญของรัฐไม่ได้เป็นเรื่องที่มีความเสียหาย เพราะหลายประเทศ อย่างเช่น เยอรมนี ให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การแก้ปัญหาโดยไม่ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่เป็นตัวแทนของฝ่ายการเมืองทำได้โดยการกำหนดคุณสมบัติให้เฉพาะ และออกแบบให้ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบในจำนวนที่สูง เพื่อให้ฝ่ายรัฐบาล ฝ่ายค้าน เจรจาและตกลงกันเพื่อหาผู้ที่เป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายได้

นอกจากนี้ ในแง่ของกระบวนการสรรหา รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการคัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอต่อวุฒิสภา ไม่ว่าจะเป็นการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา หรือการให้ประธานศาลฎีกาและศาลปกครองเข้าเป็นคณะกรรมการสรรหา ส่งผลทำให้คณะกรรมการการเลือกตั้งส่วนใหญ่จำกัดอยู่ในวงแคบเฉพาะนักกฎหมายหรือข้าราชการที่ดำรงตำแหน่งในฝ่ายตุลาการ ขาดการมีส่วนร่วมจากภาคอื่นในสังคม เช่น ภาคประชาชน ภาควิชาการ ภาควิชาชีพ ฯลฯ ทำให้ขาดมุมมองหรือมิติอื่นที่ช่วยเติมเต็มในการแสดงบทบาทองค์กรการเลือกตั้งได้อย่างมีประสิทธิภาพ³⁶ อีกทั้งจะทำให้ฝ่ายตุลาการต้องเข้ามายุ่งเกี่ยวในทางการเมืองผ่านการเลือกสรรบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งที่โดยสภาพแล้วฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีด้วยความเป็นกลาง ไม่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าคู่กรณีนั้นจะเป็นฝ่ายการเมืองหรือผู้ใช้อำนาจรัฐ และหากผู้ที่ได้รับการสรรหาปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบในภายหลัง อาจส่งผลต่อความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการในฐานะผู้สรรหาบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในระยะยาว

³⁶ ปัทมา สุภก่าปิง, “องค์กรอิสระ : ดุลแห่งอำนาจในระบบการเมืองการปกครองของไทย”, วารสารสถาบันพระปกเกล้า 13, 1 (มกราคม-เมษายน 2558), หน้า 159.

มีพักต้องกล่าวถึงกรณีที่มีการสรรหาอาจมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการสรรหาและต้องได้รับการถูกตรวจสอบในทางตุลาการ การมีคณะกรรมการสรรหาซึ่งโดยส่วนใหญ่มาจากฝ่ายตุลาการ อาจมีปัญหาในเรื่องความเป็นกลางขององค์กรตุลาการได้

(2) สถานะขององค์กรที่อาจถูกตรวจสอบได้ในระบบกฎหมาย

ภายหลังเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 ได้มีเสียงเรียกร้องให้มีการปฏิรูประบบการเมืองในเชิงโครงสร้างเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้น มีการระดมนักกฎหมายมหาชนศึกษาประเด็นต่าง ๆ ที่มีความสำคัญและเพื่อเป็นข้อเสนอในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในประเด็นเรื่อง “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” นั้น ทำการศึกษาวิจัยโดย รองศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ วรัญญู³⁷ ซึ่งในเวลานั้นเป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผลจากการศึกษาวิจัยส่งผลให้มีการบัญญัติบรรดาองค์กรต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ โดย “คณะกรรมการการเลือกตั้ง” ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (สื่อมวลชนให้ฉายาว่าเป็น “องค์กรอิสระ”) มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาองค์กรการเลือกตั้งเดิมคือกระทรวงมหาดไทยที่ไม่สามารถปฏิบัติภารกิจได้เต็มที่และมีประสิทธิภาพ ต้องการให้ระบบเลือกตั้งหรือการเข้าสู่อำนาจรัฐเป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม ด้วยการมีกลไกในการลดและขจัดการซื้อเสียง³⁸ วิชาญ วรัญญูกล่าวภายหลังถึงเหตุผลของการบัญญัติบรรดาองค์กรต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญว่า เป็นความประสงค์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการประกันสถานะขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้อำนาจสงัดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ยาก³⁹

ผลของการนำองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งไปบัญญัติไว้ ทำให้เกิดความพยายามในการอธิบายกันทางวิชาการว่าเป็น “องค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ กึ่งบริหาร และกึ่งตุลาการ” วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่าคำอธิบายแบบนี้เป็นคำอธิบายที่มีปัญหาในทางวิชาการ เพราะในรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจอธิปไตยมี 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ทั้ง 3 อำนาจ มีขึ้นเพื่อไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ตนเององค์กรเดียว ประกอบกับรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงอำนาจกึ่งนิติบัญญัติ กึ่งบริหาร และกึ่งตุลาการ หรือไม่ได้กล่าวถึงอำนาจที่ 4 นอกเหนือจากทั้ง 3 อำนาจเอาไว้ ในแง่นี้จึงสรุปได้ว่า องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐย่อมต้องใช้อำนาจในลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 3 อำนาจตาม

³⁷ ดู วิชาญ วรัญญู, **องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ Independent administrative body** : รายงานการวิจัย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538).

³⁸ ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2544), หน้า 49.

³⁹ วิชาญ วรัญญู, ปาฐกถา เรื่อง “รัฐธรรมนูญกับการสร้างธรรมาภิบาลและประชาธิปไตย” ในเวทีสัมมนา 15 ปี องค์กรอิสระของรัฐ, ณ โรงแรมพลาซ่าแอทธินี กรุงเทพฯ วันศุกร์ที่ 1 มีนาคม 2556.

กรอบของรัฐธรรมนูญ⁴⁰ และหากมีการอธิบายว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ กึ่งบริหาร และกึ่งตุลาการแล้ว การใช้อำนาจของรัฐมนตรีนี่คือการกระทรวงในการออกประกาศกระทรวง บังคับการให้เป็นไปตามประกาศกระทรวง ตลอดจนออกคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดตามประกาศกระทรวงนั้น คงจะเป็นการใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ กึ่งบริหาร และกึ่งตุลาการ⁴¹ ซึ่งไม่ถูกต้อง นี่จึงเป็นตัวอย่างปัญหาหนึ่งที่ถกเถียงในทางวิชาการ

แต่ปัญหาที่มีให้เห็นเป็นรูปธรรมผ่านคดีความที่เกิดขึ้นคือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (และองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่น) เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (constitutional organ) หรือไม่ โดยนักวิชาการส่วนหนึ่ง⁴² และจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่ง⁴³ เห็นว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ผลจากการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้สามารถเป็นคู่ความในคดีของศาลรัฐธรรมนูญได้⁴⁴ ซึ่งในเรื่องนี้เคยเกิดเป็นปัญหาว่าหากมีข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจ ศาลใดจะเข้ามามีอำนาจในการตรวจสอบคณะกรรมการการเลือกตั้งระหว่างศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง⁴⁵

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัย เรื่อง องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 16.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

⁴² เช่น สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ, เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 264 และมาตรา 266, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2543), หน้า 48 งานวิจัยฉบับนี้เห็นว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง ; เรวดีตร จันทร์ประเสริฐ และฤทัย หงส์ศิริ, “ความหมายของ “องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2542), หน้า 91. ; ธีระ สุธีวรารังกูร, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ”, จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ (พฤษภาคม-มิถุนายน 2542), หน้า 5 ; ปัญญา อุดชาชน, “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2542), หน้า 55 ; อุดม รัฐอมฤต, ชุดการเรียนรู้ด้วยตนเอง หลักสูตร การเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง : หมวดที่ 4 รัฐธรรมนูญ ชุดวิชาที่ 3 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี: สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน กพ., 2548), หน้า 25.

⁴³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2541, 15/2541, 53/2542, 5/2543, 6/2543, 13/2543, 52/2546

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 266 ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ในองค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

มาตรา 214 ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

⁴⁵ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 84/2544 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

ในชั้นนี้จึงมีประเด็นที่ควรได้รับการพิจารณาให้เป็นที่ยุติคือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (และองค์กรอิสระอื่น) เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ตามแนวทางการศึกษาในระบบกฎหมายเยอรมัน การวินิจฉัยว่าองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan) หรือไม่นั้น Otto Friedrich von Gierke และ Georg Jellinek เห็นว่าองค์กรนั้นจะต้องได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและองค์กรนั้นจะต้อง มีความเป็นอิสระจากองค์กรอื่น⁴⁶ โดย Klaus Stern เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือองค์กร สูงสุดของรัฐ ซึ่งการดำรงอยู่ สถานะ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวมิเพียงแต่จะได้รับการ กล่าวถึงในรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรนั้นจะต้องถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญเอง และรัฐธรรมนูญจะต้อง กำหนดรูปแบบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว รวมทั้งองค์กรนั้นจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมใน การใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ⁴⁷ ในขณะที่ Maunz เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรของ รัฐซึ่งการก่อตั้งขององค์กรดังกล่าวมีผลโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและมีความจำเป็นที่จะต้องมีการ ก่อตั้งเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้⁴⁸

กล่าวโดยสรุปแล้ว เกณฑ์ในทางทฤษฎีที่จะชี้ว่าองค์กรของรัฐองค์กรใดเป็นองค์กรตาม รัฐธรรมนูญหรือไม่ มี 2 ประการ คือ⁴⁹

- 1) เกณฑ์ในทางรูปแบบ : องค์กรของรัฐองค์กรนั้นต้องได้รับการก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ
- 2) เกณฑ์ในทางเนื้อหา : องค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดย อำนาจหน้าที่นั้นมีลักษณะที่เกี่ยวกับทิศทางการนำรัฐหรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่ทำให้องค์กรนั้นมี ส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ

ในการพิจารณาว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะพบว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นในรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, “ปัญหาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ”, วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, 3 (กันยายน - ธันวาคม 2544), หน้า 2.

⁴⁷ Klaus Stern, *Das Staatsrecht*, Band II, S. 34. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, “ปัญหาขององค์กรอิสระตาม รัฐธรรมนูญ”, วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, 3 (กันยายน - ธันวาคม 2544), หน้า 3.

⁴⁸ Theodor Maunz, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) – Kommentar*, Paragraph 1, S.3 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, “ปัญหาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ”, วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, 3 (กันยายน - ธันวาคม 2544), หน้า 3.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร: มิสเตอร์ก๊อปปี้, 2550), หน้า 81.

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 2550 และ 2560 ซึ่งสอดคล้องกับเกณฑ์พิจารณาในทางรูปแบบ แต่ในการพิจารณาอำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นเกณฑ์ในทางเนื้อหานั้น เบื้องแรกจะต้องพิจารณาว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมีธรรมชาติของการใช้อำนาจอย่างไร กล่าวให้เจาะจงยิ่งขึ้นคือ ผลผลิตของการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ หรือไม่อย่างไร

การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกิดขึ้นไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ (pouvoir législatif) เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ได้มีอำนาจเชิงรุกในการตรากฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในฐานะกฎหมายแม่บท แต่หากเป็นการตรากฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียดภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ) และไม่ใช่อำนาจตุลาการ (pouvoir judiciaire) ที่จะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้ถึงที่สุดได้ จากการให้เหตุผลในเชิงปฏิเสธดังกล่าว ผลผลิตของการใช้อำนาจที่เกิดขึ้นจึงเป็นการใช้อำนาจบริหาร (pouvoir exécutif) โดยอำนาจบริหารนั้น เราสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ⁵⁰ (1) อำนาจของฝ่ายการเมือง มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายซึ่งเป็นการใช้อำนาจในทางการเมือง (pouvoir politique) และ (2) อำนาจของฝ่ายประจำ ที่มีการนำนโยบายไปปฏิบัติ ซึ่งฝ่ายประจำนี้เราสามารถจำแนกแยกย่อยภารกิจได้เป็น 2 อย่าง คือ (1) ภารกิจในการให้บริการสาธารณะ (public service) และ (2) ภารกิจในการควบคุมหรือกำกับดูแล (regulator)⁵¹ ภารกิจของคณะกรรมการการเลือกตั้งถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อเป็นควบคุมการเลือกตั้งให้สุจริตและเที่ยงธรรมแทนกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นหน่วยควบคุมเดิม ดังนั้น โดยสถานะของเรื่องแล้ว ภารกิจของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นภารกิจของฝ่ายบริหารในการควบคุมหรือกำกับดูแลการเลือกตั้ง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลักษณะของ “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” ซึ่งเคยมีการศึกษาไว้และเป็นที่มาของการออกแบบบรรดาองค์กรอิสระต่าง ๆ ขึ้นในรัฐธรรมนูญ จะพบว่าองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ⁵²

⁵⁰ Jean RIVERO, *Droit Administratif*, (14e éd., Dalloz 1992), p. 289.

⁵¹ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์, *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 25-26. และ ดู พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐ ฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2565), หน้า 23-30.

⁵² วิษณุ วรรณุญ, *องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ Independent administrative body : รายงานการวิจัย*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 36.

1) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทำหน้าที่ดูแล (supervise) ควบคุม (control) วางกฎระเบียบ (regulate) ในการดำเนินกิจกรรมบางประเภทในรัฐทั้งที่เป็นกิจกรรมที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการและที่เป็นกิจกรรมที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ รวมถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนการมีหรือไม่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการนั้นไม่ใช่สาระสำคัญ

2) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระไม่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ แต่เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ (independent) ปลอดจากการแทรกแซงหรือการบังคับบัญชาจากหน่วยงานอื่น ทั้งมีอัตตาณัติ (autonomy) ในการดำเนินการองค์กรด้วยตนเอง

3) คำวินิจฉัยสั่งการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเป็นนิติกรรมทางปกครอง (administrative act) จึงอยู่ในข่ายที่จะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการอื่นได้ (judicial review)

เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากธรรมชาติของการใช้อำนาจและลักษณะขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระแล้ว จะพบว่าอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการจัดและควบคุมการเลือกตั้งตลอดจนสืบสวนไต่สวนเพื่อวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง เป็นการบังคับใช้กฎหมายอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครอง และบางกรณีเป็นอำนาจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเหตุนี้คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นฝ่ายบริหารในกิจการเฉพาะเรื่อง ที่องค์กรมีรูปแบบเป็น “องค์กรอิสระทางปกครอง” (Independent Regulatory Agency หรือ Autorité administrative indépendante) กล่าวคือเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร⁵³ และผลผลิตของการใช้อำนาจเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย จึงมีลักษณะเป็นอำนาจปกครอง⁵⁴ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจที่โดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นอำนาจในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยปกติทั่วไปแล้วเป็นอำนาจก่อตั้งสถาบันทางการเมือง จึงฝืนกับธรรมชาติของการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้⁵⁵

อย่างไรก็ดี การที่ศาลรัฐธรรมนูญ หรือความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวไว้ข้างต้น เห็นว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดปัญหาขึ้นในระบบกฎหมายว่าเมื่อมีปัญหาที่เกิดจากการใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจในทางปกครอง (administrative act) ที่กระทบสิทธิบุคคลแล้ว ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ด้วยกฎหมายและอุดมการณ์, (กรุงเทพมหานคร: ไชน่าพีลส์ซิงเกิ้ลส์, 2558), หน้า 182.

ตัวอย่างที่เกิดขึ้นปรากฏใน พ.ศ. 2544 ที่มีผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการรับรองผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขแดงที่ 47/2544 เห็นว่า เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องดังกล่าวไปตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นอำนาจหน้าที่ที่มีสภาพเด็ดขาด ศาลปกครองไม่มีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือพิพากษาเป็นอย่างอื่นได้ ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องของศาลปกครองกลางไปยังศาลปกครองสูงสุดว่าหากจะถือว่ามีความสภาพเด็ดขาดก็หมายความว่ามีความเด็ดขาดตามภาระหน้าที่หลักที่เกี่ยวกับการควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้ง อันเป็นการใช้อำนาจบริหารเท่านั้น ไม่อาจขยายความให้เป็นการตัดสินหรือจำกัดสิทธิของบุคคลที่จะใช้สิทธิทางศาล ทำให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งที่ 84/2544 ให้ศาลปกครองชั้นต้นรับคดีไว้พิจารณา

ต่อมาคณะกรรมการการเลือกตั้งได้เสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 52/2546 ว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 144 วรรคสอง เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันมีผลให้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ถือเป็นยุติมิใช่การใช้อำนาจทางบริหารหรือทางปกครองตามที่กล่าวอ้างแต่อย่างใด

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกิดเป็นปัญหาตามมาในระบบกฎหมาย ว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งกลายเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่สามารถถูกตรวจสอบในทางตุลาการได้ ถึงแม้การวินิจฉัยชี้ขาดจะกระทบกับสิทธิของบุคคลก็ตาม และเป็นที่น่าเสียดายที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วิเคราะห์การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ละเอียดและไม่ได้ชี้ให้เห็นว่าอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นอำนาจในลักษณะเช่นใด และทำไมถึงตรวจสอบไม่ได้⁵⁶ ผลที่เกิดขึ้นคือ ย่อมทำให้หลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีของการใช้และการตีความกฎหมายไม่มีอยู่⁵⁷

เมื่อเกิดปัญหาขึ้นเช่นนี้ ต่อมาเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญประสงค์จะแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นโดยได้ยกเว้นอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาไว้ในมาตรา 223 วรรคสอง ว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กร

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2562), หน้า 307.

ตามรัฐธรรมนูญนั้น” และยังนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 197 วรรคสาม ว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ”

อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญจะมีการบัญญัติ “ห้าม” ศาลปกครองเข้ามาพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับองค์กรในรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบันยังเกิดปัญหาคือเมื่อข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรอิสระในรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองจะเข้ามามีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทได้หรือไม่ เรื่องล่าสุดเกิดขึ้นในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 29/2566 ที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องศาลปกครองสูงสุดขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับการแบ่งเขตเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของกรุงเทพมหานคร คณะกรรมการการเลือกตั้งในฐานะผู้ถูกฟ้องคดีได้ให้การว่า คดีไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง แต่เป็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า หากมีการเพิกถอนดังกล่าว คำพิพากษาหรือคำสั่งมิใช่เป็นการสั่งระงับ ยับยั้ง แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกการเลือกตั้ง และสั่งให้ดำเนินการเลือกตั้งใหม่ในหน่วยเลือกตั้งบางหน่วย หรือทุกหน่วย หรือระงับการใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้เป็นการชั่วคราว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 224 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า “...อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมายของการใช้อำนาจในเรื่องนั้นสมบูรณ์ครบถ้วนในตัวเอง หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติแต่เพียงการใช้อำนาจโดยทั่วไปเท่านั้น ซึ่งการใช้อำนาจในกรณีดังกล่าวจะต้องมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติออกมากำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือกำหนดผลของการใช้อำนาจดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง กรณีเช่นนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด...” (เน้นข้อความโดยผู้เขียน)

หากถือตามแนวของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเช่นนี้ จะพบว่าอำนาจหน้าที่หลายอย่างของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนด้วยตนเอง เป็นการบัญญัติไว้ในทางทั่วไปทั้งสิ้น ส่วนเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลในทางกฎหมายของการใช้อำนาจเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง เมื่อเป็นเช่นนี้ผลจึงเกิดขึ้นว่า ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง ของคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ แต่หากเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยตรง ศาลปกครองจะไม่รับวินิจฉัย เช่น กรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พร.9/2562 ที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีมติ

ให้ระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้ฟ้องคดี (นายสุรพล เกียรติไชยากร) ไว้เป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลา 1 ปี (สื่อมวลชนเรียกว่า “ใบส้ม”) และมีมติสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ทั้งเขตเลือกตั้งที่ 8 ของจังหวัดเชียงใหม่ นั้น เป็นการดำเนินการตามมาตรา 225 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ การกระทำของผู้ฟ้องคดีที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้จึงเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาเนื้อหาคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ให้ระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง จะพบว่ามีลักษณะ 5 ประการ คือ (1) เป็นมาตรการที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐ (2) กระทำโดยเจ้าหน้าที่ (3) เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย (4) เกิดผลเฉพาะกรณี และ (5) มีผลบังคับโดยตรงออกไปฝ่ายนอกฝ่ายปกครอง จาก 5 ประการดังกล่าวจึงมีลักษณะของการเป็น “คำสั่งทางปกครอง”⁵⁸ แต่กลับเป็นศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครองที่มีอำนาจในการพิจารณาว่าเห็นควรระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือสิทธิเลือกตั้งหรือไม่ แต่ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างอื่นของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ทั้ง ๆ ที่วัตถุประสงค์เป็นคำสั่งทางปกครองเหมือนกัน กลับอยู่ในการพิจารณาของศาลปกครอง ผลที่เกิดขึ้นจึงมีความแปลกประหลาด

นอกจากกรณีของคำพิพากษาแล้ว ทำให้เกิดปัญหาตามมาในระบบกฎหมายคือ การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี และเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ต้องตกอยู่ภายใต้ “เกณฑ์” หรือ “มาตรฐาน” ในการปฏิบัติราชการตามกฎหมายอื่นเช่นเดียวกับหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองอื่นหรือไม่ เช่น ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ฯลฯ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญก็ดี คำพิพากษาศาลปกครองก็ดี หรือความเห็นต่อปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในระบบกฎหมายก็ดี เป็นผลมาจากความเข้าใจผิดของศาลและนักวิชาการบางส่วนต่อสถานะของคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือองค์กรอิสระอื่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้ต่อมาจะมีพยายามในการแก้ไขปัญหาโดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญห้ามศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบ แต่มีพักที่จะต้องพบเหตุที่ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบได้อยู่ดี ทั้ง ๆ ที่โดยสถานะขององค์กรแล้ว ควรถือว่าเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง (ดูเดียวกับกระทรวงมหาดไทยที่มีหน้าที่ในการจัดการเลือกตั้งก่อนปี 2540) ไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจแสดงเจตจำนงของรัฐหรือกำหนดทิศทางของรัฐ เช่น การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี หรือการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ฯลฯ แต่

⁵⁸ ดู มาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2554), หน้า 30-33.

เนื่องจากองค์กรมีภารกิจที่มีลักษณะเฉพาะจึงต้องประกันความเป็นอิสระเอาไว้ และผลิตผลของการใช้อำนาจก็เป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง ไม่ว่าผลนั้นจะมีลักษณะทั่วไปหรือลักษณะเฉพาะก็ตาม ความเข้าใจผิดที่เกิดขึ้น จึงนำมาซึ่งปัญหาในระบบกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่า การนำคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือแม้กระทั่งองค์กรอื่นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ควรเข้าใจเพียงว่า รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์เพียงการประกัน “สถานะ” ขององค์กรไว้เท่านั้น ดังเช่นสถาบันตรวจเงินแผ่นดินแห่งสหพันธ์ (Bundesrechnungshof) ในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้จะได้รับการกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญ แต่ก็ต้องถือว่าเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ และถึงแม้สมาชิกที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรดังกล่าวจะได้รับประกันความเป็นอิสระจากผู้พิพากษา แต่ไม่ถือว่าสถาบันตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรตุลาการแต่อย่างใด⁵⁹

3. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

เมื่อมีการเลือกตั้งเกิดขึ้น เป็นไปได้ว่าการเลือกตั้งอาจเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือเกิดความไม่สุจริตหรือเที่ยงธรรมขึ้น ไม่ว่าจะมิสาเหตุมาจากความบกพร่องในกระบวนการจัดการเลือกตั้งของรัฐหรือเกิดจากการทุจริตการเลือกตั้งของผู้สมัครหรือบุคคลอื่น กฎหมายจะต้องเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียกับการเลือกตั้ง เช่น ผู้สมัครรับเลือกตั้ง ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ฯลฯ ได้โต้แย้งการเลือกตั้งนั้น ซึ่งการเปิดโอกาสให้โต้แย้งการเลือกตั้งมีรากฐานความคิดมาจากการคุ้มครองเจตจำนงของประชาชนและหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งไม่ให้เกิดความบกพร่องหรือถูกบิดเบือนและให้เป็นไปโดยเสรีและยุติธรรม (Free and Fair)

คณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นอกจากจะมีอำนาจในการจัดและควบคุมการเลือกตั้ง อันเป็นการรับเอาภารกิจเดิมที่เคยเป็นของกระทรวงมหาดไทยเข้ามาแล้ว ยังมีภารกิจใหม่คือการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง ซึ่งเดิมอำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งอยู่ที่ศาลฎีกา ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และ 2560 รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลฎีกากลับเข้ามามีภารกิจวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง ด้วยเหตุนี้

⁵⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัย เรื่อง องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), เชิงอรรถที่ 10.

คณะกรรมการการเลือกตั้งและศาลฎีกาจึงมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเคียงคู่กัน เพราะฉะนั้น ในข้อหawnีจะเข้าไปศึกษาเฉพาะอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นสำคัญ และด้วยเหตุที่อำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งมีความแตกต่างกันไปตามรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้ ผู้เขียนจึงนำเสนอถึงอำนาจหน้าที่ของแต่ละช่วงเวลาของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร พร้อมจะให้ข้อพิจารณาในตอนท้าย

3.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกตั้งที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

(1) อำนาจหน้าที่ในการให้ “ใบแดง” ในการดำเนินการกรณีการเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้ง ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งสืบสวนสอบสวนแล้วเห็นว่าหลักฐานอันควรเชื่อว่า “ผู้สมัครผู้ใด” กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา หรือมีพฤติการณ์ที่เชื่อได้ว่าผู้สมัครผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความ สันนิษฐาน หรือรู้เห็นเป็นใจให้บุคคลอื่นกระทำการดังกล่าว หรือรู้ว่ามีกระทำความดังกล่าวแล้วไม่ดำเนินการระงับการกระทำนั้น ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าการกระทำนั้นน่าจะมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งผู้สมัคร⁶⁰ ที่กระทำการเช่นนั้นทุกรายเป็นเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่ง เมื่อมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิผู้สมัครคนใดแล้วให้พิจารณาดำเนินคดีอาญาแก่ผู้สมัครผู้นั้นด้วย นอกจากนี้ ถ้าเป็นกรณีการเพิกถอนสิทธิ

⁶⁰ อำนาจในการเพิกถอน “สิทธิเลือกตั้ง” นี้ กมลชัย รัตนสากววงศ์ เห็นว่าเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 โดยวินิจฉัยว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ที่มีการกำหนดว่าในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ให้ถือว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งอีกนั้น (เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กมลชัยเห็นว่า การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว “ดูจะขัดกับเหตุผลในทางนิติศาสตร์” เพราะหากผู้สมัครที่ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าได้รับเลือกตั้งมาโดยไม่สุจริตหรือเที่ยงธรรม ซึ่ง กกต.ไม่รับรองผลการเลือกตั้งถึง 2 ครั้งแล้วยังสามารถมาลงสมัครรับเลือกตั้งใหม่ได้ก็เท่ากับว่า “ไม่มีบทบัญญัติใดบังคับแก่ผู้สมัครดังกล่าว” ด้วยเหตุนี้ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเวลาต่อมาว่าเป็นการ “เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง” ซึ่งเป็นมาตรการที่แรงกว่า ดู กมลชัย รัตนสากววงศ์, “กว่าจะเป็นใบแดง,” ใน 4 ปี กกต. : เอกสารวิชาการเนื่องในงานวันสถาปนาสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, 2545), หน้า 19-20.

เลือกตั้งหลังวันลงคะแนนและผู้สมัครคนนั้นได้คะแนนสูงสุดในแบบแบ่งเขต ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่⁶¹ ผลจากการได้ใบแดง นอกจากจะมีโทษทางอาญาที่ถูกจำกัดสิทธิต่าง ๆ ตามมาแล้ว ยังอาจถูกดำเนินการในคดีแพ่งคือถูกฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลือกตั้งที่รัฐต้องจ่ายเพิ่มเติมด้วย⁶²

อย่างไรก็ดี เมื่ออำนาจในการให้ใบแดงของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการกระทบสิทธิอย่างกว้างขวาง กฎหมายได้แก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังให้มีคณะกรรมการกลั่นกรองเพื่อช่วยคณะกรรมการการเลือกตั้งในการดำเนินการตรวจสอบสำนวนการสืบสวนสอบสวน รวมทั้งรับฟังคำชี้แจงหรือพยานหลักฐานแทนคณะกรรมการการเลือกตั้งในชั้นหนึ่งก่อน⁶³ หากมติคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นเอกฉันท์ในการให้ใบแดง ให้ส่งเรื่องให้ประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาทุกคณะเป็นผู้ตรวจสอบอีกชั้นหนึ่งเป็นขั้นสุดท้าย ทั้งนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจมีความเห็นต่างจากคณะประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ แต่ต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งด้วย⁶⁴ จะเห็นได้ว่าการมีคณะกรรมการกลั่นกรองไม่มีผลเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(2) **อำนาจหน้าที่ในการให้ “ใบเหลือง”** เมื่อมีการนับคะแนนเลือกตั้งแล้ว ถ้าปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งใดมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้งจะงดประกาศผลการเลือกตั้งและจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ในเขตเลือกตั้งนั้นก็ได้ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งนี้เป็นการ “งด” ที่จะไม่ประกาศผลการเลือกตั้งให้แก่ผู้ที่ได้คะแนนสูงสุด เพราะการเลือกตั้งไม่สุจริตและเที่ยงธรรม กรณีนี้จะต้องมีการเลือกตั้งใหม่ อย่างไรก็ดี ผู้ที่ถูกไม่ประกาศการเลือกตั้งย่อมมีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งในครั้งต่อไปได้

⁶¹ มาตรา 85/1 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543

⁶² ดู กมลชัย รัตนสกววงศ์, “กว่าจะเป็นใบแดง,” ใน 4 ปี กกต. : เอกสารวิชาการเนื่องในงานวันสถาปนาสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, 2545), หน้า 22.

⁶³ มาตรา 85/2 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543

⁶⁴ มาตรา 85/3 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543

(3) อำนาจหน้าที่ในการ “สอย” หลังการประกาศผลเลือกตั้ง อำนาจในส่วนนี้เป็นอำนาจคัดค้านการเลือกตั้ง โดยภายหลังที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการเลือกตั้งในเขตใดแล้ว หากผู้มีสิทธิตามกฎหมายเห็นว่าการเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ย่อมมีสิทธิยื่นคัดค้านเพื่อให้เลือกตั้งใหม่ได้⁶⁵ การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งจะมีคำสั่งให้นับคะแนนใหม่หรือเลือกตั้งใหม่ในหน่วยเลือกตั้งหรือเขตเลือกตั้งใด การเลือกตั้งนั้นจะต้องมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม และมีเหตุสมควรที่จะให้นับคะแนนใหม่หรือเลือกตั้งใหม่

เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ให้สมาชิกสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งถูกคัดค้านสิ้นสุดลงนับแต่วันที่มีคำสั่ง⁶⁶ นอกจากนี้ ถ้าปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อว่าก่อนได้รับเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ใดกระทำการใด ๆ โดยไม่สุจริตเพื่อให้ตนเองได้รับเลือกตั้ง หรือได้รับเลือกตั้งมาโดยไม่สุจริตโดยผลของการที่บุคคลหรือพรรคการเมืองได้กระทำอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 คณะกรรมการการเลือกตั้งจะสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของสมาชิกผู้นั้นมีกำหนดหนึ่งปีก็ได้⁶⁷

(4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการพิจารณาไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือสั่งให้ยุติเรื่อง ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาแล้วเห็นว่าการเลือกตั้งใดไม่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้งย่อมมีอำนาจในการสั่งไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือสั่งให้ยุติเรื่อง แล้วแต่กรณี และกฎหมายให้อำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีความเป็นที่สุด ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ยื่นคำร้องดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งได้⁶⁸

⁶⁵ มาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541

⁶⁶ มาตรา 96 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541

⁶⁷ มาตรา 85/9 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543

⁶⁸ ดู มาตรา 95 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541

3.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกตั้งที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

(1) **อำนาจหน้าที่ในการให้ “ใบแดง”** ในการดำเนินการกรณีการเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้ง ถ้าคณะกรรมการเลือกตั้งสืบสวนสอบสวนแล้วเห็นว่ามีหลักฐานอันควรเชื่อว่า “ผู้สมัครผู้ใด” กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาฯ หรือระเบียบหรือประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือมีพฤติการณ์ที่เชื่อได้ว่าผู้สมัครผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด หรือรู้เห็นเป็นใจให้บุคคลอื่นกระทำการดังกล่าว หรือรู้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวแล้วไม่ดำเนินการระงับการกระทำนั้น ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าการกระทำนั้นน่าจะมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งผู้สมัคร ที่กระทำการเช่นนั้นทุกรายเป็นเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่ง เมื่อมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิผู้สมัครคนใดแล้ว ให้พิจารณาดำเนินคดีอาญาแก่ผู้สมัครผู้นั้นด้วย นอกจากนี้ ถ้าเป็นกรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหลังวันลงคะแนนและผู้สมัครคนนั้นได้คะแนนในลำดับซึ่งจะเป็นผู้ได้รับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนั้น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่⁶⁹ ผลจากการได้ใบแดง นอกจากจะมีโทษทางอาญาที่ถูกจำกัดสิทธิต่าง ๆ ตามมาแล้ว ยังอาจถูกดำเนินการในคดีแพ่งคือถูกฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลือกตั้งที่รัฐต้องจ่ายเพิ่มด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่ออำนาจในการให้ใบแดงของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการกระทบสิทธิอย่างกว้างขวาง กฎหมายได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกลั่นกรองเพื่อช่วยคณะกรรมการการเลือกตั้งในการดำเนินการตรวจสอบสำนวนการสืบสวนสอบสวน รวมทั้งรับฟังคำชี้แจงหรือพยานหลักฐานแทนคณะกรรมการการเลือกตั้งในชั้นหนึ่งก่อน⁷⁰ หากมติคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นเอกฉันท์ในการให้ใบแดง ให้ส่งเรื่องให้ประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาทุกคณะเป็นผู้ตรวจสอบอีกชั้นหนึ่งเป็นชั้นสุดท้าย ทั้งนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจมีความเห็นต่างจากคณะประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ แต่ต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งด้วย⁷¹

⁶⁹ มาตรา 103 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550

⁷⁰ มาตรา 104 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550

⁷¹ มาตรา 105 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550

(2) อำนาจหน้าที่ในการให้ “ใบเหลือง” เมื่อมีการนับคะแนนเลือกตั้งแล้ว ถ้าปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งใดไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม หรือการนับคะแนนเลือกตั้งเป็นไปโดยไม่ถูกต้อง คณะกรรมการการเลือกตั้งจะประกาศผลการเลือกตั้ง และจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือนับคะแนนใหม่ในหน่วยเลือกตั้งใดหน่วยเลือกตั้งหนึ่งหรือทุกหน่วยเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนั้นก็ได้ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งนี้เป็นการ “งด” ที่จะไม่ประกาศผลการเลือกตั้งให้แก่ผู้ที่ได้คะแนนสูงสุด เพราะการเลือกตั้งไม่สุจริตและเที่ยงธรรม กรณีนี้จะต้องมีการเลือกตั้งใหม่ อย่างไรก็ดี ผู้ที่ถูกไม่ประกาศการเลือกตั้งย่อมมีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งในครั้งต่อไปได้

(3) อำนาจหน้าที่ในการส่งเรื่องให้ศาลฎีกาวินิจฉัย “สอย” คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ภายหลังการประกาศผลการเลือกตั้งเหมือนรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า เพราะพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฯ บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁷² ที่บัญญัติกำหนดไว้ว่า ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด แต่ในกรณีที่ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าควรให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้ใด ให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลฎีกาได้รับคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้นั้นจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ จนกว่าศาลฎีกาจะมีคำสั่งยกคำร้อง ในกรณีที่ศาลฎีกามีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ในเขตเลือกตั้งใดหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ใด ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งนั้นสิ้นสุดลง⁷³

(4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีการสั่งไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือสั่งให้ยุติเรื่อง ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาแล้วเห็นว่าการเลือกตั้งใดไม่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้งย่อมมีอำนาจในการสั่งไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือสั่งให้ยุติเรื่อง แล้วแต่กรณี และกฎหมายให้อำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีความเป็นที่สุด ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ยื่นคำร้องดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้ง หรือนำข้อโต้แย้งการเลือกตั้งฟ้องเป็นคดีต่อศาลฎีกาได้⁷⁴

⁷² มาตรา 111 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550

⁷³ มาตรา 239 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

⁷⁴ ดู มาตรา 11 และมาตรา 116 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550.

3.4 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกตั้งที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

(1) **อำนาจในการให้ “ใบส้ม”** โดยก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง ถ้าคณะกรรมการสืบสวนหรือไต่สวนแล้วเห็นว่าหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้สมัครผู้ใดกระทำการอันเป็นเหตุให้การเลือกตั้งนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริตหรือเที่ยงธรรม หรือมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้สมัครผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำ สบสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจให้บุคคลอื่นกระทำการดังกล่าว หรือรู้ว่าการกระทำดังกล่าวแล้วไม่ดำเนินการเพื่อระงับการกระทำนั้น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้สมัครที่กระทำการเช่นนั้นทุกรายไว้เป็นการชั่วคราว เป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่ง และในกรณีที่ผู้ที่ได้คะแนนอยู่ในลำดับที่จะได้รับการเลือกตั้ง ให้สั่งยกเลิกการเลือกตั้งและให้มีการเลือกตั้งใหม่ ทั้งนี้ คำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้เป็นที่สุด⁷⁵ จากนั้น ถ้ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอันเป็นการทุจริตในการเลือกตั้ง หรือรู้เห็นกับการกระทำของบุคคลอื่น ให้คณะกรรมการยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อสั่งให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้นั้น⁷⁶

(2) **อำนาจหน้าที่ในการให้ “ใบเหลือง”** โดยก่อนหรือในวันเลือกตั้ง เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งสืบสวนหรือไต่สวนแล้วหรือพบเห็นการกระทำที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าการเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตหรือเที่ยงธรรมหรือกรรมการการเลือกตั้งแต่ละคนซึ่งพบเห็นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำใดอันอาจเป็นเหตุให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตหรือเที่ยงธรรมหรือเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้มีอำนาจสั่งระงับ ยับยั้ง แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกการเลือกตั้ง และสั่งให้ดำเนินการเลือกตั้งใหม่หรือนับคะแนนใหม่ในหน่วยเลือกตั้งบางหน่วยหรือทุกหน่วยเลือกตั้งได้⁷⁷

(3) **อำนาจหน้าที่ในการส่งเรื่องให้ศาลฎีกาวินิจฉัย “สอย”** เมื่อประกาศผลการเลือกตั้งแล้วปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า การเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งใดมิได้เป็นไปโดยสุจริตหรือเที่ยงธรรม แต่ไม่ได้ความชัดว่าเป็นการกระทำของผู้ได้รับเลือกตั้ง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อพิจารณา ในกรณีที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการเลือกตั้งนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริตหรือเที่ยง

⁷⁵ มาตรา 132 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

⁷⁶ มาตรา 138 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

⁷⁷ มาตรา 137 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2566

ธรรม ให้ศาลสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่สำหรับเขตเลือกตั้งนั้น และให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้รับเลือกตั้งจากเขตเลือกตั้งนั้นสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย และให้คณะกรรมการการเลือกตั้งดำเนินการให้มีการเลือกตั้งใหม่โดยเร็ว⁷⁸ จากนั้น ถ้ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอันเป็นการทุจริตในการเลือกตั้ง หรือรู้เห็นกับการกระทำของบุคคลอื่น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อสั่งให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้นั้น⁷⁹ มิเพียงเท่านั้น ในกรณีที่ศาลฎีกามีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งผู้สมัครหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ใดและเป็นเหตุให้ต้องมีการเลือกตั้งใหม่ ไม่ว่าจะมีความร้องขอหรือไม่ ให้ศาลฎีกาสั่งให้ผู้นั้นรับผิดชอบค่าใช้จ่ายสำหรับการเลือกตั้งครั้งที่เป็นเหตุให้ศาลฎีกามีคำสั่งเช่นนั้น จำนวนค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ศาลฎีกาพิจารณาจากหลักฐานการใช้จ่ายที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเสนอต่อศาล⁸⁰

อำนาจในเรื่องนี้ เป็นไปตามข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการกำหนดเอาไว้ว่าก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง ถ้ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งหรือการเลือกนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริตหรือเที่ยงธรรม ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจสั่งให้มีการเลือกตั้งหรือการเลือกใหม่ในหน่วยเลือกตั้งหรือเขตเลือกตั้งนั้น ถ้าผู้กระทำการนั้นเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกแล้วแต่กรณี หรือรู้เห็นกับการกระทำของบุคคลอื่น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้นั้นไว้เป็นการชั่วคราว โดยคำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด⁸¹ แต่ถ้าเป็นภายหลังการประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว หากมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการทุจริตในการเลือกตั้งหรือรู้เห็นกับการกระทำของบุคคลอื่น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อสั่งเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้นั้น⁸²

(4) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีการสั่งไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือสั่งให้ยุติเรื่อง ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาแล้วเห็นว่าการเลือกตั้งใดไม่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้งย่อมมีอำนาจในการสั่งไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือสั่งให้ยุติเรื่อง แล้วแต่กรณี และกฎหมายให้อำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีความเป็นที่สุด ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ยื่นคำร้องดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้ง หรือนำข้อโต้แย้งการเลือกตั้งฟ้องเป็นคดีต่อศาลฎีกาได้⁸³

⁷⁸ มาตรา 133 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

⁷⁹ มาตรา 138 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

⁸⁰ มาตรา 139 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

⁸¹ มาตรา 225 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

⁸² มาตรา 226 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

⁸³ ดู มาตรา 133 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

3.5 ข้อพิจารณาเรื่องอำนาจหน้าที่การวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง

ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กระทรวงมหาดไทยมีเพียงอำนาจในการจัดการเลือกตั้งและสิ้นสุดที่กระบวนการประกาศผลการเลือกตั้ง หากมีข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง ศาลฎีกาเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้ง กระทรวงมหาดไทยไม่มีอำนาจในการพิจารณาโต้ตรงเรื่องในชั้นต้นแต่อย่างใด ได้แต่ทำหน้าที่ส่งเรื่องให้ศาลยุติธรรมพิจารณาวินิจฉัย และในการพิจารณาของศาลยุติธรรมนั้น กฎหมายให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความด้วย ส่งผลให้ผู้ถูกกล่าวหาใช้โอกาสในการประวิงคดีและทำให้เกิดความล่าช้า ด้วยเหตุนี้จึงนำมาสู่ทางแก้ปัญหาโดยการจัดตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งขึ้นมา โดยนำอำนาจในการจัดและควบคุมการเลือกตั้งของกระทรวงมหาดไทยที่เคยมีมาแต่เดิม และอำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งมารวมไว้ที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง เพื่อแก้ปัญหาความล่าช้าที่เคยมีมาแต่เดิมและให้มีอำนาจเด็ดขาดในองค์กรเดียว ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นองค์กรที่มีอำนาจมากองค์กรหนึ่งและมากกว่าองค์กรที่จัดและควบคุมการเลือกตั้งหลายประเทศในโลก สื่อมวลชนถึงกับให้ฉายาคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าเป็น “ห้าเสือ กกต.”

อย่างไรก็ดี อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง โดยเฉพาะการใช้อำนาจที่กระทบบสิทธิอย่าง “การให้ใบแดง” ที่นำมาซึ่งการเพิกถอน “สิทธิเลือกตั้ง” ของผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นการกระทำที่ไม่ได้ตามหลักสัดส่วนของการกระทำ เพราะหากผู้กระทำความผิดกระทำความผิดเพียงการทุจริตการเลือกตั้ง ในสิทธิทางการเมืองที่ควรถูกจำกัดควรเป็นเพียง “สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง” เท่านั้น ซึ่งเป็นโทษที่มาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ทำให้การเลือกตั้งไม่สุจริตและเที่ยงธรรม การจำกัดไปถึงสิทธิเลือกตั้งจึงส่งผลให้เกิดการจำกัดสิทธิในทางการเมืองในฐานะพลเมืองผู้หนึ่ง นอกจากนี้ การให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในการให้ “ใบแดง” และมีแนวคำตัดสินของศาลฎีกา คือ คำสั่งศาลฎีกาที่ 35/2551 และคำสั่งศาลฎีกาที่ 78/2551 ที่จะไม่เข้าไปตรวจสอบการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงส่งผลให้คำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นเด็ดขาด และขัดกับอำนาจหลักนิติรัฐที่การกระทำในทางกฎหมายใดจะต้องสามารถถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการ มิพักจะต้องกล่าวถึงการ “สอย” ภายหลังที่ผู้ชนะการเลือกตั้งเข้าสู่ตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ถือเป็นการใช้อำนาจที่ไม่อาจถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการเช่นกัน

ประกอบ ข้อ 41ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการพิจารณาและวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561

ต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งหลังประกาศผลการเลือกตั้งเป็นของศาลฎีกา ซึ่งเป็นการย้อนกลับไปสู่หลักเกณฑ์ที่เคยใช้ก่อนปี 2540 ส่วนกรณีก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งเป็นอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งโดยแท้ และแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 และคำสั่งศาลฎีกาที่ 35/2551 ได้ยืนยันถึงการไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่วินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายยังให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในการให้ใบแดงและใบเหลืองก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งและให้เป็นที่สุดนั้น แสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายไทยยังวนเวียนอยู่ในกรอบปัญหาเดิมและที่สำคัญคือทำให้การกระทำในทางกฎหมายไม่สามารถถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการ

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับล่าสุด รัฐธรรมนูญได้วางหลักการพื้นฐานในการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ลดน้อยลง ที่สำคัญคือก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งให้อำนาจในการพิจารณาให้ “ใบส้ม” คือการสั่งให้มีการเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งชั่วคราว 1 ปี อย่างไรก็ตาม แม้โดยภาพรวมจะเป็นการลดอำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบได้ แต่ยังคงมีการสงวนอำนาจส่วนหนึ่งไว้ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งในการสั่งจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้ง

ในแง่นี้ แม้โดยภาพรวมจะเป็นเรื่องที่ดีที่ระบบกฎหมายให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีอำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งมากยิ่งขึ้น แต่ถึงอย่างไร ระบบกฎหมายยังคงมีช่องโหว่ในการถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการ ซึ่งหลักการตรวจสอบได้ในทางตุลาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ⁸⁴ เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรงจะไร้ความหมาย หากไม่ให้องค์กรตุลาการหรือศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่⁸⁵

⁸⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 285.

⁸⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 304.

เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะลักษณะการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจบริหารในฐานะของการเป็นองค์กรของรัฐ และไม่ได้ใช้อำนาจตุลาการ จึงต้องถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการ ซึ่งลักษณะทางตุลาการมีลักษณะสำคัญคือ เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาททางกฎหมาย การวินิจฉัยคดีมีผลผูกพันคู่ความในคดีเป็นเด็ดขาด การกระทำขององค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ใต้อำนาจของผู้ใด การกระทำทางตุลาการมีลักษณะที่เป็นปฏิกิริยา คือไม่สามารถเริ่มการหรือก่อตั้งการตัดสินใจต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง แต่เป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว และการกระทำทางตุลาการจะเริ่มขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีคำฟ้องหรือคำร้อง⁸⁶ และด้วยเหตุที่องค์กรตุลาการถูกสร้างขึ้นเพื่อพิจารณาวินิจฉัยประเด็นทางกฎหมาย จึงทำให้มีกระบวนการวิธีพิจารณาที่ได้มาตรฐาน เช่น การนำสืบข้อเท็จจริง การไต่ถามซึ่งพยานหลักฐาน ฯลฯ และที่สำคัญคือมีความเด็ดขาดเป็นที่สุด (Res judicata) อันเป็นการคุ้มครองคุณค่าอย่างหนึ่งในระบบกฎหมาย คือ การประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

ด้วยเหตุที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่องค์กรตุลาการ กระบวนพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานจึงยังมีมาตรฐานไม่เท่ากับศาล มิเพียงเท่านั้น การสืบสวนและการไต่สวนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น ถูกจำกัดด้วยกรอบระยะเวลา กล่าวคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2566 กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการเลือกตั้งภายใน 60 วัน (มาตรา 127) และหากมีเหตุที่จะต้องสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปี (ใบส้ม) คณะกรรมการการเลือกตั้งจะต้องใช้อำนาจให้เสร็จสิ้นก่อนมีการประกาศผลการเลือกตั้ง ซึ่งนอกจากจะมีการจำกัดกรอบระยะเวลาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว ยังถูกเร่งรัดกระบวนการทำงานด้วยพระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. 2565 ด้วย ย่อมทำให้การวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีรอบคอบและละเอียดถี่ถ้วนน้อยกว่าศาลฎีกา

มิเพียงเท่านั้น การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในการเข้ามาวินิจฉัยสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปี ทำให้เป็นปัญหาของการมีส่วนได้เสียและอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นกลาง ด้วยเหตุว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ในการจัดและควบคุมการเลือกตั้งแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่อง

⁸⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : มิสเตอร์ก๊อปปี, 2550), หน้า 7-8.

มาจากการเลือกตั้งอีกด้วย อีกทั้งในขณะที่ทำการสืบสวนหรือไต่สวนเพื่อวินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกตั้งและยังไม่มีผลการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองใด พรรคการเมืองนั้นอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้คะแนนเสียงของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการให้ความเห็นชอบเรื่องที่มีความสำคัญ เช่น การลงมติเลือกประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือการให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี ฯลฯ การออกแบบกฎหมายให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในลักษณะนี้ แม้ท้ายที่สุดคณะกรรมการการเลือกตั้งจะประกาศรับรองผลการเลือกตั้ง แต่ส่งผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นไม่อาจทำหน้าที่ลงคะแนนในเรื่องที่มีความสำคัญในเวลานั้นได้

นอกจากนี้ การกำหนดให้การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปีก่อนประกาศผลการเลือกตั้งและให้มีความเป็นที่สุดนั้น ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายอย่างน้อยสามประการ ประการแรก การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการสั่งระงับดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร ดังที่ผู้เขียนเคยวิเคราะห์ไว้แล้วก่อนหน้านี้ การกำหนดให้มีความเป็น “ที่สุด” จึงเป็นการนำลักษณะของอำนาจตุลาการเข้ามา เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเท่ากับว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจบริหารและตุลาการไปพร้อมกัน ซึ่งถือว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประการที่สอง หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 วรรคสาม ที่กำหนดว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” ไม่มีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติ และประการที่สาม ด้วยเหตุที่ประชาชนผู้ถูกระงับสิทธิไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และองค์กรตุลาการไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนการใช้อำนาจเช่นนั้นได้ แม้จะถือว่าถึงที่สุดแล้วแต่ช่วงเวลาหนึ่งไม่เกินหนึ่งปีก็ตาม แต่ในห้วงเวลาดังกล่าว ประชาชนที่ถูกระงับสิทธิย่อมไม่อาจเยียวยาการถูกระงับสิทธิจากองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการได้ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ เช่น อาจทำให้ประชาชนคนนั้นขาดคุณสมบัติในการสมัครรับเลือกตั้งในครั้งนั้น แต่ต่อมาศาลจะพิพากษากลับคำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ส่งผลทำให้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งที่เสียไปหรืออาจจะเสียโอกาสในการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในช่วงเวลานั้นด้วย

แม้ในแง่หนึ่งจะมองว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีลักษณะเหมือนกันกับอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายของฝ่ายบริหาร แต่อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งกลับมีลักษณะพิเศษยิ่งกว่านั้น กล่าวคือ การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

อาจไม่ได้ส่งผลเฉพาะตัวบุคคล แต่อาจมีผลกระทบต่อพลเมืองในภาพรวม เช่น บางครั้งอาจทำให้พลเมืองต้องใช้สิทธิเลือกตั้งใหม่ ฯลฯ จึงจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์การมาชี้ขาดให้เกิดข้อยุติ เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะของบุคคล ยิ่งไปกว่านั้น การออกแบบให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในการสั่งจำกัดสิทธิบางประการ ซึ่งเป็นโทษอุปสรรคในขณะที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาล ทำให้เป็นปัญหาในระบบกฎหมายคือเกิดความไม่มั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลขึ้น เพราะเมื่อเข้าสู่การพิจารณาของศาล ศาลอาจพิพากษาให้แตกต่างไปจากคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ได้ ดังเช่น กรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของนายสุรพล เกียรติไชยากร ผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งเขตเลือกตั้งที่ 8 จังหวัดเชียงใหม่ พรรคเพื่อไทย ไว้เป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาหนึ่งปี (ใบส้ม) ตามคำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 31/2562 วันอังคารที่ 23 เมษายน พ.ศ. 2562 ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4209/2563 พิพากษาได้ยกคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ยื่นคำร้องขอเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งและให้ชดใช้ค่าใช้จ่ายสำหรับการเลือกตั้ง มิเพียงเท่านั้น นายสุรพล เกียรติไชยากร ได้ฟ้องเรียกเงินจากสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลชั้นต้นพิพากษาให้สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง จำเลยที่ 1 ชำระเงินจำนวน 64,144,683.77 บาท พร้อมดอกเบี้ย ต่อมาเมื่อมีการอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่าให้จำเลยที่ 1 ชำระเงิน 56,792,568 บาท พร้อมดอกเบี้ยตามระยะเวลาและจำนวนที่ศาลชั้นต้นกำหนด ซึ่งในกรณีนี้ทำให้รัฐเสียประโยชน์ผ่านการชดใช้จากงบประมาณแผ่นดิน

ในทางกลับกัน หากคณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือยุติเรื่องแล้วแต่กรณี อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งย่อมมีความเป็นที่สุด กล่าวคือผู้สมัครรับเลือกตั้งและผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ อำนาจเช่นนี้จึงทำให้คณะกรรมการการเลือกตั้งผูกขาดการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและผูกขาดการริเริ่มกระบวนการพิจารณาไว้ที่องค์กรเดียว⁸⁷ บทบัญญัติในลักษณะนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 2550 และ 2560 ส่งผลให้ผู้คัดค้านถูกจำกัดสิทธิในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการการเลือกตั้งและไม่อาจถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการ หากคำร้องนั้นเป็นการร้องเรียนคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบหรือคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เช่น การจัดคูหาที่อาจส่งผลกระทบต่อหลักการออกเสียงโดยลับของการเลือกตั้ง จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งจะตรวจสอบการ

⁸⁷ สุภากร ศิริฤทธิ์วัฒนา, การคัดค้านผลการเลือกตั้งโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้ง, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2561), หน้า 165-166.

กระทำที่เป็นผลผลิตของตนเองอย่างไร ขัดกับความเป็นกลางหรือไม่ หรือหากมีการประกาศผลการเลือกตั้งแล้วจะส่งเรื่องให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ อย่างไร⁸⁸

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นองค์กรเดิมเกี่ยวกับการเลือกตั้งมีปัญหา นำมาสู่การจัดตั้ง “คณะกรรมการการเลือกตั้ง” ขึ้น โดยมีการประกันสถานะและความเป็นอิสระขององค์กรโดยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา เริ่มแรกมีความประสงค์เพียงการอาศัยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อประกันสถานะให้มีความมั่นคง ไม่ถูกยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญกลับทำให้เกิดความเข้าใจผิดว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจ “กึ่ง” นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ส่งผลให้เกิดปัญหาว่าจะสามารถตรวจสอบได้อย่างไรในระบบกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นทำให้เกิดความเข้าใจผิดขึ้นอย่างเป็นทางการ กล่าวคือรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทั้ง ๆ ที่ผลผลิตของการใช้อำนาจเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร ไม่ต่างจากฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ การออกแบบตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรที่สลับซับซ้อนประกอบกับความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในทางวิชาการ จึงนำมาสู่ปัญหาการถูกตรวจสอบได้ในระบบกฎหมายตามมา นอกจากนี้ ในแง่ของที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่มาจากพรรคการเมืองและถูกรับรองโดยวุฒิสภาซึ่งมีปัญหาในเรื่องความยึดโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย นำมาสู่ปัญหาเรื่องความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย สำหรับอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งให้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรมนั้น เดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจทั้งก่อนและหลังประกาศผลการเลือกตั้งในการให้ “ใบแดง” “ใบเหลือง” หรือ “การสอย” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง

⁸⁸ อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้ง ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ควรได้รับการทบทวนในอนาคตว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจนี้ เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้จัดและควบคุมการเลือกตั้ง อาจมีส่วนได้เสียในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งขึ้นมา ในต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้ประสงค์จะร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถยื่นคำร้องโดยตรงได้ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถยื่นคำร้องคัดค้านภายหลังการวินิจฉัยของสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgericht) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการทั้งสิ้น ผู้เขียนเห็นว่า การให้องค์กรตุลาการมีอำนาจรับคำคัดค้านการเลือกตั้งได้โดยตรง มีข้อดีในแง่ของการมีองค์กรที่ตัดสินเพียงองค์กรเดียว เป็นที่สุด และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากกว่า

มีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งและมีอำนาจให้ “ใบแดง” “ใบเหลือง” ก่อนมีการประกาศรับรองผลการเลือกตั้งเท่านั้น และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่และ/หรือสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปี และก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งเท่านั้น จะเห็นได้ว่าอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีลักษณะเป็นพลวัต ลดน้อยลงตามลำดับ แต่ถึงกระนั้น คณะกรรมการการเลือกตั้งก็ยังสามารให้โทษแก่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งมีปัญหาในเรื่องของการอาจถูกตรวจสอบได้ในทางตุลาการตามหลักนิติรัฐ

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะทางกฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบาทยุติคณะกรรมการการเลือกตั้งในเบื้องต้น ดังนี้

1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง หากแม้จะต้องมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ สมควรจะกล่าวถึงตัวองค์กรเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติแล้วแต่กรณี และควรออกแบบให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่นเดียวกับองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระอื่น เช่น คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ฯลฯ

2) ด้วยเหตุที่การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีความสำคัญสูง และอาจเกิดการปะทะกันกับการใช้สิทธิของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ที่มาของคณะกรรมการการเลือกตั้งควรจะต้องมีความยึดโยงกับประชาชน ด้วยการกำหนดว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมาจากการสรรหาและให้ความเห็นชอบโดยสภาผู้แทนราษฎร และการทำให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่ยอมรับสำหรับทุกกลุ่มการเมืองนั้น อาจมีการออกแบบให้คะแนนเสียงเห็นชอบค่อนข้างสูง

3) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยหลักควรเป็นไปในลักษณะของการจัดและควบคุมการเลือกตั้ง ส่วนอำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งอันเนื่องมาจากการเลือกตั้งนั้น หากประสงค์จะคงอำนาจนี้ไว้ที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจเฉพาะในการทำสำนวนเพื่อสืบสวนสอบสวนและไต่สวนหาผู้กระทำความผิดตลอดจนรายละเอียดของความผิด เช่นเดียวกับตำรวจและอัยการในการทำสำนวนและฟ้องคดีต่อศาล คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ควรมีอำนาจในการสั่งระงับสิทธิใด โดยเฉพาะการลงโทษที่เป็นโทษ “อุปกรณ์” ซึ่งยังไม่มีกรณีวินิจฉัยชี้ขาดจากศาลว่ามีการกระทำความผิดหรือไม่ ส่วนกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีการวินิจฉัยไม่รับคำร้อง ยกคำร้อง หรือยุติเรื่องแล้วแต่กรณี พลเมืองผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งควรมีอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง



ปัญหาบางประการในมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในการอนุญาโตตุลาการของไทย*

Problems concerning interim measures in Thai arbitration

ยศจจี คงบริรักษ์

Yossajee Khongborirak

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: yossajee_24_61@hotmail.com

(Received: December 9, 2022; Revised: January 26, 2023; Accepted: February 27, 2023)

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทั้งที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย จึงเกิดคำถามว่า “อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่” บทความนี้กล่าวถึงปัญหาบางประการของการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทย ได้แก่ ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายต่อไป

คำสำคัญ : มาตรการคุ้มครองชั่วคราว, อนุญาโตตุลาการ, กฎหมายแม่แบบ

* บทความนี้เรียบเรียงมาจากวิทยานิพนธ์เรื่อง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ ของหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

The Arbitration Act B.E. 2545 (2002) does not explicitly stipulate that the arbitral tribunal has power to grant interim measures despite the fact that the act is based on UNCITRAL Model law on International Commercial Arbitration 1985. Thus, the question arises as to whether the arbitral tribunal has the power to grant interim measures. This article will discuss the problems concerning usage of interim measure in arbitration under Thai arbitration law as follows: the unclear provision of interim measures in the Arbitration Act B.E. 2545 and the enforcement of interim measures granted by arbitral tribunals. This article aims to be used as a guideline for amendment of Thai arbitration law.

Keywords : Interim Measure, Arbitral Tribunal, Model Law

1.ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ คือ มาตรการชั่วคราวในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมี คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่พิพาท และในขณะเดียวกันมาตรการชั่วคราวนี้ก็ช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ¹ กล่าวคือ ในช่วงระยะเวลาก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทอาจร้องขอการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการได้ เช่น คู่พิพาทอาจร้องขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาท หรือสั่งห้ามมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดหรือผิดสัญญา เป็นต้น ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีความสำคัญ เพราะมาตรการดังกล่าวช่วยป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่พิพาท และทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ เพราะคู่พิพาทยังคงมีทรัพย์สินที่สามารถนำมาบังคับชำระหนี้ได้²

¹ Shalaan Wael, “Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law” (Doctoral dissertation, Department of Law, University of Stirling, 2013), p. 17.

² Stephen M. Ferguson, “Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results,” in INT’L TRADE L.J 12, 55 (2003).

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law) หรือเรียกสั้น ๆ ว่ากฎหมายแม่แบบ (Model Law) ค.ศ. 1985 และฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 ต่างบัญญัติให้อำนาจออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนดังปรากฏใน Article 17 (ฉบับ ค.ศ. 1985) หรือ Article 17 และ Article 17A (ฉบับ ค.ศ. 2006)³ ซึ่งหลายประเทศก็มีการนำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายภายในประเทศ และกำหนดให้อำนาจออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างชัดเจน เช่น ประเทศสิงคโปร์ (International Arbitration Act section 12(1)) ประเทศอาร์เจนตินา (Argentinian Law No. 27,449 on International Commercial Arbitration section 38) ประเทศเยอรมนี (The 10th book of the German Code of Civil Procedure section 1041) เป็นต้น⁴ ทั้งนี้ประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่นำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายด้วยเช่นกัน แต่กระนั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กลับไม่ได้บัญญัติให้อำนาจออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนดังเช่นประเทศที่กล่าวมา จึงนำไปสู่ปัญหาที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ประการที่สอง ปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

2. วัตถุประสงค์และสมมติฐานของการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ทั้งในฉบับ ค.ศ. 1985 และฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 และตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และ

³ United Nation, “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006,” [Online] Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration [16 October 2021]

⁴ United Nation, “Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006,” [Online]

Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status [21 October 2021]

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อเปรียบเทียบและวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยกับต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่เกิดขึ้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยตั้งข้อสมมติฐานว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพได้

3. ผลการศึกษาวิจัย

3.1 ปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

(1) ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 บัญญัติว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม...” เมื่อพิจารณามาตรา 16 โดยตรง จะเห็นว่ามาตรา 16 นี้ ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพียงแต่บัญญัติให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวได้หากคู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทร้องขอ โดยยื่นคำขอตั้งกล่าวก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นพระราชบัญญัติที่ถูกร่างขึ้นโดยนำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 1985 มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายแม่แบบฉบับดังกล่าว นั้น มีการบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ดังปรากฏใน Article 17 บัญญัติว่า “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the disputes. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure” แต่กระนั้น เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถูกร่างขึ้น ไม่ปรากฏบทบัญญัติดังกล่าวใน

พระราชบัญญัตินี้ แต่กลับปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะเช่นเดียวกับ Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งบัญญัติว่า “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.” จึงอาจสันนิษฐานได้ว่าการที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกที่จะร่างกฎหมายตาม Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบ และเลือกที่จะตัด Article 17 ออก เพราะผู้ร่างมีความประสงค์สงวนอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่ศาลเท่านั้น⁵ โดยเป็นที่เข้าใจได้ว่าแนวความคิดในยุคดั้งเดิม (traditional idea) ต้องการสงวนอำนาจบางประการให้กับศาล เช่น การออกหมายเรียกพยานหรือคำสั่งให้มีการส่งเอกสารหรือวัตถุใดต่ออนุญาโตตุลาการ การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ดังปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 18 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องอาศัยอำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยานให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างพิจารณา หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

อย่างไรก็ดี มีแนวความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าว เพราะแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้เช่นกัน อีกทั้ง อำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นอำนาจทั่วไปในตัวอนุญาโตตุลาการ (inherent power) ในเมื่ออนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงควรมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ อำนาจของศาลควรถูกนำมา

⁵ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://hi-in.facebook.com/taiarbitration/videos/317574953436203/?comment_id=317647650095600 [21 ตุลาคม 2564] และ พิศุทธิ์ อรรถกมล, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ”, 65 ปี เกียรติขจร: รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า 175.

ใช้เฉพาะกรณีที่อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้ได้เท่านั้น⁶ เช่น อำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาว่าอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการสามารถกระทำหรือไม่⁷

(2) ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ตามที่กล่าวมาในข้อ 1 นำไปสู่ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนี้⁸

หากยึดแนวความเห็นแรกว่าศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าว ศาลจะไม่สามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้

หากยึดแนวความเห็นที่สองว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แสดงว่ากฎหมายไม่ได้จำกัดขอบเขตหรืออำนาจ อีกทั้ง อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นอำนาจทั่วไป (inherent power) ที่อนุญาโตตุลาการมีและสามารถใช้ได้ หากคู่พิพาทตกลงยินยอมให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น กระนั้น หากเกิดกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอก็ต้องนำคำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวดังกล่าวไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ต่อไป ปัญหาที่ตามมา คือ ศาลจะบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการสั่งหรือไม่ หรือศาลจะใช้คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลเห็นสมควรเองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 253 มาตรา 254 และมาตรา 264

3.2 บทวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกับการอนุญาโตตุลาการไทย

(1) ประเด็นความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงทฤษฎีที่รองรับสนับสนุนอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงแนวคิดและมาตรฐานการเพิ่ม

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

ประสิทธิภาพในการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนข้อจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และจะขอกล่าวถึงประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกได้ หลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ การพิจารณาฝ่ายเดียวเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการและศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยกับกฎหมายแม่แบบฉบับปี ค.ศ. 2006 กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย และประเทศสิงคโปร์ เพื่อจะนำมาออกแบบเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

สำหรับประเด็นนี้ สิ่งที่จะต้องพิจารณาอันดับแรก คือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาทฤษฎีที่สนับสนุนอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พบว่ามีสามทฤษฎี⁹ ดังต่อไปนี้

ทฤษฎีแรก คือ ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional theory) อันเป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยว่ารัฐมีอำนาจในการควบคุมและออกกฎหมาย ระเบียบ หลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในเขตอำนาจหรือดินแดนของตน การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการจะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายในประเทศนั้น ๆ อนุญาตเท่านั้น¹⁰ ในทฤษฎีนี้อนุญาโตตุลาการอาจมีอำนาจหรืออาจไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรัฐ ซึ่งในที่นี้คือ ศาลซึ่งเป็นผู้ปรับใช้และตีความกฎหมายว่ามีความเห็นในการตีความต่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 อย่างไร

ทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีสัญญา (The Contractual theory) อันเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของสัญญา มุ่งเน้นในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา คู่สัญญาหรือคู่พิพาทจึงมีเสรีภาพที่จะตกลงกันได้¹¹ หากคู่สัญญาหรือคู่พิพาทตกลงให้อำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจดังกล่าว และ

ทฤษฎีที่สาม คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง (The theory of Competence-Competence) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจ

⁹ Shadat Mohamed, "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales" (Degree of Doctor of Philosophy in Law, Brunel University, 2014), p. 68-77.

¹⁰ เสาวนีย์ อัศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 33-34.

¹¹ Ibid.

ของตน ซึ่งอำนาจนี้รวมถึงการวินิจฉัยถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ เพราะฉะนั้น อนุญาโตตุลาการจะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายนี้ได้หากอนุญาโตตุลาการพิสูจน์ได้ว่ามีข้อสันนิษฐานอันไม่อาจโต้แย้งได้ว่าคู่พิพาทมอบอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ¹²

นอกจากนี้ยังมีแนวคิดเรื่องการเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดดังกล่าวแล้ว พบว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดี เมื่อเปรียบเทียบกับศาล อนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่จะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทมากกว่า อีกทั้งผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่ตนจะมาเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดคดีข้อพิพาท¹³ ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทรวมถึงการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว นอกจากนี้การให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เป็นอิสระและปราศจากการแทรกแซงของศาล ทำให้การพิจารณาคดีเสร็จสิ้นไปในคราวเดียวจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง¹⁴ ด้วยเหตุนี้เอง อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

อย่างไรก็ดี อำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดจากการที่คู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และมีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ รวมถึงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพราะฉะนั้น อำนาจอนุญาโตตุลาการจึงมีข้อจำกัด กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งที่บังคับได้แต่เฉพาะคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกคำสั่งที่มีผลไปบังคับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจในการกระทำใด ๆ หากยังไม่ได้รับการแต่งตั้ง และอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่กำหนดขึ้นหากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว¹⁵ ด้วยเหตุนี้เอง ศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

¹² Mohamed, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales," p 77.

¹³ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 12.

¹⁴ กนกพรรณ ชลชลิต, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ" [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th/> [14 ตุลาคม 2564]

¹⁵ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ"

เมื่อพิจารณากฎหมายแม่แบบฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 พบว่า Article 17 และ Article 17A ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พร้อมกำหนดประเภทของ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดย อนุญาโตตุลาการสามารถจำแนกออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ 1.) มาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท อันเป็นมาตรการที่สั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่าย กระทำการบางอย่างหรือห้ามกระทำการบางอย่าง อาทิ อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทซึ่งเป็น คู่สัญญาปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อไปในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การดำเนินการ ก่อสร้าง หรือสั่งให้ละเว้นการกระทำบางอย่างจนกว่าจะมีคำชี้ขาด หรือสั่งในลักษณะที่จะป้องกัน ความเสียหายหรือสูญหายของสินค้า เช่น คำสั่งให้ขายสินค้าที่เน่าเสีย เป็นต้น¹⁶ 2.) มาตรการที่ ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ 3.) มาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้ อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น คำสั่งยึดทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ คำสั่งห้ามมิให้คู่พิพาทยกย้าย ถ้ายาทรัพย์สิน เป็นต้น¹⁷ 4.) มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญ ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เช่น คำสั่งยึดเอกสารต่าง ๆ เป็นพยานหลักฐาน คำสั่งให้ตรวจสอบ สินค้า ทรัพย์สิน เครื่องจักร สถานที่ หรือเอกสารใด ๆ เป็นต้น¹⁸

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษอันเป็นประเทศที่ไม่ได้รับ เอาจกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย¹⁹ พบว่าอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตาม Arbitration Act 1996 มาตรา 38 มาตรา 39 และ มาตรา 48 กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันและคำสั่งให้ชำระเงินชั่วคราว (interim payment) คำสั่งให้จัดการ ทรัพย์สินใด ๆ อันเป็นประเด็นในกระบวนการพิจารณาและทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของหรืออยู่ใน

¹⁶ Expert-Evidence, “Kinds of Interim Measures in Arbitration,” [Online] Available from: <https://expert-evidence.com/kinds-of-interim-measures-in-arbitration/> [12 October 2021]

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Mika SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings,” in **Croat. Arbit. Yearb.** 23 (2016), p.77.

¹⁹ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, A Report on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1989), Chaired by The Rt Hon Lord Justice Mustill cited in Joseph Lee, “Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and Taiwan,” in **CONTEMP. Asia ARB. J** 6, 2 (2013), p.57.

ความครอบครองของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา คำสั่งให้คู่พิพาทสงวนรักษายานหลักฐานซึ่งอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของคู่พิพาทเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง คำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญา คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อการชำระหนี้หรือจำหน่ายทรัพย์สินระหว่างคู่พิพาท คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งจะให้อนุญาตตุลาการสามารถบังคับตามคำชี้ขาดในท้ายที่สุดได้ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ

อย่างไรก็ดี สำหรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอันเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน คือ คำสั่งขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Relief)²⁰ และคำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล (Mareva Injunction) ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจออกมาตรการดังกล่าวได้ คู่พิพาทจะต้องยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวประเภทดังกล่าวต่อศาลเท่านั้น²¹ ส่วนอีกความเห็นหนึ่ง หากคู่พิพาทให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาตตุลาการ อนุญาตตุลาการก็สามารถออกมาตรการดังกล่าวได้²² ซึ่งในทางปฏิบัติ หากคู่พิพาทจะขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรการประเภทนี้ คู่พิพาทส่วนใหญ่จะไปร้องขอต่อศาล เพราะคำสั่งประเภทดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก²³ ตัวอย่างเช่น คำสั่งให้ธนาคารอายัดเงินฝากในบัญชีคู่พิพาท และเป็นคำสั่งที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวประสงค์ให้ทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) เพื่อสร้างความประหลาดใจ (surprise) ให้กับคู่พิพาท

²⁰ คำสั่งขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน คือ คำสั่งที่คู่พิพาทค้นสถานที่เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี (County Court Remedies Regulations 1991/1222 Explanatory Note) หรือ คำสั่งให้คู่พิพาทอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาในสถานที่ของตนเพื่อตรวจสอบ (Steven Gee, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, 4 ed. (London: Sweet & Maxwell, 1998), p.2.) cited in Wael, S., “Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law,” p.100.

²¹ DAC Report 1996 para 201 states “These Draconian powers (Mareva injunction) are best left to be applied by the Courts, and the provisions of the Bill with respect to such powers have been adjusted accordingly.” cited in Wael, S., “Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law,” p.100.

²² Arbitration Act 1996 section 48 states that parties are free to agree on the powers exercisable by the tribunal as regards remedies. Section 48 (3) states that a tribunal can make a declaration as to any matter to be determined in the proceedings and section 48 (5) (a) states that the arbitral tribunal has the same powers as the courts to order or refrain from doing anything.

²³ Shaneen Parikh and Cyril Amarchand Mangaldas, “Obtaining Interim and Permanent Relief in International Ip Arbitration” [Online] Available from: <https://www.iam-media.com/global-guide/the-guide-ip-arbitration/1st-edition/article/obtaining-interim-and-permanent-relief-in-international-ip-arbitration> [6 November 2022]

อีกฝ่าย ทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่มีเวลาเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล หรือทำลาย หรือซ่อนพยานหลักฐาน²⁴

ส่วนมาตรการชั่วคราวประเภทห้ามมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการพิจารณาคดีในเขตอำนาจอื่นหากการดำเนินการดังกล่าวได้เริ่มต้นขึ้นในประเทศอังกฤษแล้ว หรือห้ามมิให้คู่พิพาทดำเนินคดีต่อศาลในประเทศอังกฤษเนื่องจากขัดกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (anti-suit injunction) คู่พิพาทส่วนใหญ่จะร้องขอต่อศาล เนื่องจากอำนาจดังกล่าวไม่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษ และอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ถูกมอบให้ศาลเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ²⁵

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์อันเป็นประเทศที่ได้รับกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย พบว่า International Arbitration Act มาตรา 12(1) ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก อนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลายกรณี อันได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คำสั่งให้แสดงเอกสารและข้อเท็จจริงใด ๆ คำสั่งให้ทำคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร คำสั่งให้สงวนรักษา พิกัดทรัพย์สินชั่วคราว หรือจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของประเด็นข้อพิพาท คำสั่งให้สงวนรักษา คุ้มครองชั่วคราวซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นประเด็นในการพิจารณา คำสั่งให้วางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาท คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการเพื่อมิให้คำชี้ขาดตามกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาทจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินออกไป และคำสั่งห้ามกระทำการใด ๆ เป็นการชั่วคราว หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใด เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวพบว่าศาลมีอำนาจน้อยกว่าอนุญาโตตุลาการเสียอีก เพราะศาลไม่มีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทจัดหาหลักประกัน และแสดงเอกสารใด ๆ²⁶ ซึ่งการจำกัดอำนาจนี้เป็นนโยบาย (long-standing policy) ของประเทศสิงคโปร์ที่ไม่ต้องการให้ศาลเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะคำสั่งทั้งสองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการพิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการโดยตรง อนุญาโตตุลาการจึงควรเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าว²⁷

²⁴ Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales," p.152.

²⁵ Ibid., p.150.

²⁶ International Arbitration Act section 12A (2) states that Subject to subsections (3) to (6), for the purpose of and in relation to an arbitration referred to in subsection (1), the General Division of the High Court has the same power of making an order in respect of any of the matters set out in section 12(1) (c) to (j) as it has for the purpose of and in relation to an action or a matter in the court.

²⁷ Ronald Wong, "Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration," in SAcLJ 24(2012), p. 528.

จะเห็นว่า ประเพณีของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ล้วนเป็นคำสั่งที่ใช้บังคับระหว่างคู่พิพาทด้วยกันทั้งสิ้น ไม่มีคำสั่งใดที่กระทบถึงบุคคลที่สาม และคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ เพราะฉะนั้น หากประเทศไทยจะบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว จะต้องกำหนดประเพณีของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอย่างน้อยอนุญาโตตุลาการจะต้องสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวทั้ง 4 ประเพณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบได้เป็นขั้นต่ำ

สำหรับหลักเกณฑ์การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายแม่แบบกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่า ประการแรก ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ (Harm not adequately reparable) โดยคำชี้ขาดของข้อพิพาท ซึ่งความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ หมายถึง ความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้²⁸ และความเสียหายที่ยากต่อการเยียวยา กล่าวคือ ความเสียหายที่สามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้ แต่หากรออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะกระทำได้ยาก²⁹ ประการที่สอง ความเสียหายร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหายเท่ากันหรือความเสียหายสามารถเยียวยาโดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ คู่พิพาทฝ่ายยื่นคำขอจะไม่ได้รับการคุ้มครองชั่วคราว³⁰ ประการที่สาม ความเป็นไปได้ตามควร (reasonable possibility) ที่คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะตามข้อเรียกร้อง ทั้งนี้ ความเป็นไปได้นี้จะต้องไม่ส่งผลต่อดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการต้องมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว³¹ ประการที่สี่ มีความจำเป็นเร่งด่วน (urgent) อนุญาโตตุลาการจะไม่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจนกว่าจะถึงเวลาที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นได้ หากความเสียหายดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นแม้อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรก้าวล่วงความสัมพันธ์ของคู่พิพาท³²

²⁸ “Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A., & Allan Fosk Kaplún V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2,” (2016).

²⁹ Stephen Benz, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration,” in Georgetown Journal of International Law 50(2019), p.157-158.

³⁰ Jose F. SANCHEZ, “Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration,” in Journal of International Arbitration 37, 1 (2020), p. 69-71.

³¹ Ibid., p.73-75.

³² Ibid., p.62-63.

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดบัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถพบได้ในคำตัดสินคดีต่าง ๆ เช่น คดี Clarke L.J. in Cetelem SA v Roust Holdings Limited ได้วางหลักว่า ความจำเป็นเร่งด่วนเป็นปัจจัยหนึ่งในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และหลักเกณฑ์อื่น ๆ เช่น ความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ คู่พิพาทยินยอมให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายสิงคโปร์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงเรื่องหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จึงมีการนำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติมปี ค.ศ 2006 มาเป็นแนวทางในการพิจารณา³³ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบมาปรับใช้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยได้

สำหรับการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) โดยหลักกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือสุจริตกระบวนการ (Due Process) กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการต้องรับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทหรือคู่ความทั้งสองฝ่าย โดยให้อีกฝ่ายในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตนอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่จำเป็นต้องให้เวลาเท่ากัน และคู่พิพาทต้องมีสิทธิโต้แย้งพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งเสนอโดยคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดตามพยานหลักฐานนั้น ๆ³⁴ เพราะฉะนั้น การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทมีความประสงค์จะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ต้องให้อีกฝ่ายในการโต้แย้งคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อน อย่างไรก็ตาม การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นในกรณีฉุกเฉิน หากจะต้องรอพิจารณาพยานหลักฐานจากทั้งสองฝ่าย อาจไม่ทันการ และส่งผลเสียต่อคู่พิพาทฝ่ายร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ได้กำหนดเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการดังปรากฏใน Article 17B และ 17C ใน section 2 ซึ่งกำหนดว่าคำสั่งเบื้องต้น (preliminary order) อันเป็นคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างที่รออนุญาโตตุลาการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว³⁵ อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้แม้ไม่ได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบ แต่การ

³³ John Choong, Mark Mangan, and Nicholas Lingard, in **A Guide to the SIAC Arbitration Rules** (Oxford: Oxford University Press, 2018), p.238.

³⁴ รุ่งระวี โสขมา, “แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม” วิทยานิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 80.

³⁵ Waraporn Thong-intr, “เรื่องไม่ใหม่ที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยไม่มี : มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.wcclawoffice.com/post/2013/05/01/this-is-the-title-of-your-first-blog-post> [27 ตุลาคม 2565]

ออกคำสั่งดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภายหลังจากอนุญาโตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งและสามารถแก้ไขยกเลิกคำสั่งได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้นำไปใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วย

เมื่อเปรียบเทียบเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีมาตราใดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ประกอบกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อ 25.1 กำหนดว่า “คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจตามที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวหลังจากที่อนุญาโตตุลาการให้โอกาสคู่กรณีทุกฝ่ายในการแก้ต่างต่อคำขอและเงื่อนไขที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรในพฤติการณ์นั้น...” แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวโดยอาศัยพยานหลักฐานจากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องฝ่ายเดียวได้

กฎหมายสิงคโปร์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ กฎหมายและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน SIAC ไม่ได้บัญญัติอนุญาตหรือห้ามอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวในเรื่องการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่สำหรับอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่สามารถยื่นไปยังอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินฝ่ายเดียวได้ เพราะฉะนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไม่สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ จึงมีผู้สันนิษฐานว่าอนุญาโตตุลาการในกรณีธรรมดาจะไม่สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้เช่นกัน³⁶ อย่างไรก็ตาม มีแนวความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า แม้กฎหมายทั้งสองประเทศไม่ได้บัญญัติเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ และไม่ได้บัญญัติห้ามศาลไม่ให้ใช้อำนาจดังกล่าวในขณะที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจ ทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลจึงมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียว (concurrent power)³⁷ เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาฝ่ายเดียวได้ และถึงแม้คู่พิพาทให้อำนาจอนุญาโตตุลาการพิจารณาฝ่ายเดียว แต่คู่พิพาทสามารถเลือกที่จะไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลฝ่ายเดียวได้เช่นกัน³⁸ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากประเทศไทยจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ ก็จะต้องระบุในกฎหมายไว้อย่างชัดเจนว่า ในภายหลังจากคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งการขอคุ้มครองชั่วคราวประสงค์จะยกเลิก หรือแก้ไขมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งนั้น

³⁶ Choong, J., Mangan, M. and Lingard, N., in A Guide to the Siac Arbitration Rules, p.239.

³⁷ Joseph Lee, “Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and Taiwan,” in CONTEMP. Asia ARB. J 6, 2 (2013), p. 231.

³⁸ Ibid.

เมื่อมีแนวคิดศาลและอนุญาโตตุลาการต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการได้ จึงต้องพิจารณาว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการควรมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใด กล่าวคือ ประการแรก ทั้งศาลและอนุญาโตตุลาการต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทสามารถเลือกได้ว่าจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวกับใคร (Free choice model) ดังปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้มีข้อดี คือ คู่พิพาทมีอิสระในการเลือกที่จะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาตามความเหมาะสมและพฤติการณ์แห่งคดี³⁹ ประการที่สอง ศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีบทบาทหลักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ส่วนศาลมีบทบาทรอง ทำหน้าที่เพียงเข้ามาช่วยเหลือและสนับสนุนให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (Court-subsidiary model) ดังปรากฏในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษ มาตรา 44(5) และกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ มาตรา 12A(6) ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้มีข้อดี คือ กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ ศาลจะเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่จำเป็น⁴⁰ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับรูปแบบนี้ เพราะการบัญญัติในลักษณะดังกล่าว ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียว อันเป็นการสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายแก่คู่กรณีอันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(2) ประเด็นการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมของคู่พิพาท คู่พิพาทมีอำนาจที่จะกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอันเป็นเรื่องของสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับศาล และกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาด⁴¹ เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามได้ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องนำคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไปยื่นต่อศาลให้บังคับให้ ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ ศาลจำเป็นต้องบังคับให้ตามท่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่

³⁹ กนกพรณ ชลชลิต, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ”

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาโตตุลาการ, หน้า. 35-36.

เมื่อเปรียบเทียบปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พบว่าประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีลักษณะปัญหาใกล้เคียงกับประเทศไทย แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสาธารณรัฐประชาชนจีนจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แล้วสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล⁴² แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าวได้ ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ไม่มีผลบังคับใช้ (binding-yet-unenforceable) เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้เอง คู่พิพาทจึงไม่นิยมใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน⁴³

ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์หรือประเทศอังกฤษไม่ปรากฏว่ามีปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการเนื่องจากในสองประเทศดังกล่าวมีการบัญญัติกฎหมายรองรับสภาพบังคับของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน

ประเทศสิงคโปร์บัญญัติให้คำสั่งหรือมาตรการที่สั่งโดยอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะต้องมีผลบังคับเสมือนคำสั่งหรือมาตรการนั้นถูกสั่งโดยศาล⁴⁴ เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจึงจำต้องเข้ามาบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว ส่วนประเทศอังกฤษ Arbitration Act 1996 มาตรา 41 บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจบางประการในกรณีที่คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยไม่มีเหตุสมควร อำนาจบางประการที่กล่าวถึง คือ อำนาจในการออก “Peremptory Order” ซึ่งในบทความนี้ จะขอแปลคำนี้ว่า คำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อันเป็นอำนาจที่ให้อนุญาโตตุลาการกำหนดระยะเวลาที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรให้

⁴² Arbitration Law of the People’s Republic of China section 28, 46 and 68

⁴³ RAYMOND GAO, “Bridging an Access-to-Justice Gap for International Commercial Dispute Resolution: Recent Developments of Interim Measures in Cross Border Chinese Arbitration,” in *Colombia Journal of Transnational Law* 59, 3 (2021), p.636-638.

⁴⁴ The International Arbitration Act: IAA article 12(6) states that in every case, the General Division of the High Court is to make an order under subsection (2) only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว กฎหมายก็ให้อำนาจแก่นอนุญาโตตุลาการที่จะปฏิบัติได้สองประการ ได้แก่

1.) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตามมาตรา 41(6) (7) กล่าวคือ หากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นมาตรการชั่วคราวประเภทกำหนดหลักประกันเพื่อชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดยกข้อเรียกร้องของผู้ร้อง แต่หากเป็นกรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทอื่น อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น หรือทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควร หรือดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว หรือให้จ่ายค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

2.) อนุญาโตตุลาการอาจร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ โดยมีการแจ้งไปยังคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 42

จะเห็นได้ว่าการบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลดีต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการประกันว่าศาลสามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการรองรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ศาลจึง “อาจ” ไม่บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ แม้ในทางปฏิบัติคู่พิพาทส่วนใหญ่จะยินยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพราะคู่พิพาทมีความเกรงว่าหากตนไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการอาจทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่พิพาท (the possibility of drawing adverse inferences by arbitrators)⁴⁵ หรือหากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอทำให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม คู่พิพาทอาจไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอีกครั้ง โดยนำคำสั่งอนุญาโตตุลาการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการไปยื่นเป็นหลักฐานประกอบ แต่ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรมิบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน นอกจาก

⁴⁵ Ali Yesilirmak, “Provisional Measures in International Commercial Arbitration” (Doctoral dissertation, University of London, 2003), p.309-310.

จะบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติให้อำนาจบางประการแก่อนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ เช่น จ่ายค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควร เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติให้อำนาจบางประการแก่อนุญาโตตุลาการ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเสร็จสิ้นไปในคราวเดียว ทำให้ศาลเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในการอนุญาโตตุลาการ

อีกประเด็นหนึ่งที่ควรพิจารณา คือ ศาลไม่สามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลที่สามได้ ตัวอย่าง คำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล (Mareva Injunction or freezing order) เนื่องจากคำสั่งประเภทดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามอันเป็นบุคคลภายนอก⁴⁶ เช่น คำสั่งให้ธนาคารอายัดเงินฝากในบัญชีของคู่พิพาท เพราะฉะนั้น คำสั่งประเภทดังกล่าว คู่พิพาทส่วนใหญ่จึงไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล⁴⁷

นอกจากนี้ ในกรณีที่ทรัพย์สินของคู่พิพาทที่จะถูกบังคับอยู่ต่างประเทศ แม้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการจะออกในรูปแบบของคำชี้ขาดอันเป็นคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว คู่พิพาทสามารถร้องขอให้ศาลในต่างประเทศบังคับให้ได้ หากปรากฏว่าในประเทศดังกล่าวมีกฎหมายบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตัวอย่าง ประเทศสิงคโปร์ International Arbitration Act มาตรา 27(1) กำหนดว่า คำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) หมายถึง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในดินแดนของประเทศที่ลงนามในอนุสัญญา (อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958: New York Convention) ส่วนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (arbitral award) หมายความว่าตามคำนิยามที่กำหนดในอนุสัญญา และยังหมายความรวมถึงคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) และมาตรา 29(1) กำหนดว่า ภายใต้อำนาจนี้ คำชี้ขาด

⁴⁶ Shaneen Parikh and Cyril Amarchand Mangaldas, "Obtaining Interim and Permanent Relief in International Ip Arbitration,"

⁴⁷ Mohamed, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales," p.152.

ต่างประเทศอาจถูกบังคับใช้ในศาลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำในประเทศ
สิงคโปร์ที่อาจถูกบังคับใช้ตามมาตรา 19 แสดงให้เห็นว่าคำสั่งหรือมาตรการตามมาตรา 12(1)(c)-(j)
อันรวมถึงคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด หากออกโดย
อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าวให้ถือว่าเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ (for-
eign award) ที่ศาลในประเทศสิงคโปร์จะยอมรับและบังคับให้หากคำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign
award) ไม่เข้ากรณีเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ
ตามมาตรา 31

ในกรณีประเทศที่คู่พิพาทร้องขอไม่ปรากฏกฎหมายในลักษณะดังกล่าว แม้ประเทศที่
คู่พิพาทร้องขอจะเป็นประเทศสมาชิกในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 (“New York Convention”)
ศาลในต่างประเทศอาจไม่บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งออกในรูปแบบของคำชี้ขาดอันเป็น
คำชี้ขาดระหว่างพิจารณาให้(interim award) เพราะในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้กำหนด
นิยามของคำชี้ขาด (Award) แต่จากการตีความมาตรา v(1)(e) ของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958
ซึ่งกำหนดให้ศาลมีอำนาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งไม่ผูกพันคู่พิพาท⁴⁸ แสดงให้เห็นว่า
คำชี้ขาดต้องไม่สามารถถูกยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือระงับในภายหลังได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง
คำชี้ขาดจะต้องมีลักษณะเสร็จเด็ดขาด (Final)⁴⁹ เพราะฉะนั้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า มาตรการ
คุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา ไม่สอดคล้องกับนิยาม “คำชี้ขาด” ใน
อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 เพราะคำชี้ขาดดังกล่าวไม่ได้ทำให้ข้อพิพาทระงับไปทั้งหมดหรือ
บางส่วน อีกทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลยังสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับมาตรการคุ้มครอง
ชั่วคราวในภายหลังได้⁵⁰

⁴⁸ Albert Jan van den Berg, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement,” in ICC International Court of Arbitration Bullentin 18, 2 (2007) p.26. cited in ศักรินทร์ บุญรอด, “การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 248.

⁴⁹ Martin J. Valasek and Jenna Anne de Jong, “Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions,” [Online] Available from: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/6651d077/enforceability-of-interim-measures-and-emergency-arbitrator-decisions> [4 December 2022]

⁵⁰ Albert Jan van den Berg, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement,” in ICC International Court of Arbitration Bullentin, 18, p.26. cited in ศักรินทร์ บุญรอด, “การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ,” หน้า 248.

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ประเทศที่บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน และกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ในเรื่องดังกล่าว ตลอดจนกำหนดให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ ในขณะที่บางประเทศจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แล้วสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล เช่น ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนจะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ไม่มีผลบังคับใช้ (binding-yet-unenforceable) ในทำนองเดียวกันกับที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้าในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าสมควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้เทียบเท่ากฎหมายแม่แบบเป็นอย่างน้อย เพื่อให้คู่พิพาท สถาบันการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ รวมถึงศาลมีความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวไปในแนวทางและมาตรฐานเดียวกัน อันส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ข้อจำกัดและข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกระบวนการคัดค้าน
ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทย*

Limitations and Proposals for Improvement of Opposition
Proceedings under the Thai Patent Law

ปรีณภา ศิริพานิช
Preenapha Siripanit

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: Preenapha.s@gmail.com
(Received: January 3, 2023; Revised: March 27, 2023; Accepted: April 7, 2023)

บทคัดย่อ

กระบวนการคัดค้านตามมาตรา 31 ถึงมาตรา 32 ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) และมาตรา 32/2 ตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ที่อยู่ระหว่างการพิจารณา มีเจตนารมณ์ให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตรวจสอบสิทธิบัตร และในทางกลับกัน เพื่อสร้างความแน่นอนให้กับคุณภาพของกระบวนการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร แต่ในประเทศไทย จำนวนการยื่นคำคัดค้านมีสัดส่วนค่อนข้างน้อยเมื่อเทียบกับปริมาณการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร ทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องยังไม่ชัดเจนทำให้การดำเนินการไม่แน่นอน บทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านในกฎหมายสิทธิบัตรไทยจึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษา ทบทวนถึงความสอดคล้องเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยในปัจจุบัน

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ข้อจำกัดของกระบวนการคัดค้านภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทย” หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เมื่อศึกษากระบวนการคัดค้านตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ ในต่างประเทศ โดยเลือกกฎหมายสิทธิบัตรออสเตรเลีย ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา อินเดีย และสิงคโปร์ มาเป็นกรณีศึกษา ประกอบกับคำวินิจฉัยของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาและคณะกรรมการสิทธิบัตร รวมถึงข้อมูลทางสถิติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านและข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิบัตร พบว่าบทบัญญัติของกฎหมายสิทธิบัตรไทยในปัจจุบันทำให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินการแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งร่างกฎหมายสิทธิบัตรยังอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่ทำให้การดำเนินการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกระบวนการ นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายยังขาดแนวทางที่ชัดเจนในการดำเนินการของคู่กรณีและการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่อีกด้วย

บทความนี้จึงเสนอให้ประเทศไทยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านเพื่อลดทอนข้อจำกัดอันสร้างความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีและเป็นอุปสรรคในการให้กระบวนการคัดค้านบรรลุเป้าหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อส่งเสริมให้กฎหมายสิทธิบัตรสนับสนุนให้เกิดการคิดค้นพัฒนา และเปิดเผยการประดิษฐ์สู่สาธารณชน อันจะนำไปสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน

คำสำคัญ : กระบวนการคัดค้าน, การคัดค้านสิทธิบัตร, กฎหมายสิทธิบัตร

Abstract

The purposes of an opposition proceeding according to Section 31 and 32 of the Patent Act B.E. 2522 (A.D. 1979) (with further amendments) and Section 32/2 of the Draft Amendment to the Patent Act which is during the legislative process is to allow third parties to participate in the examination procedure of patent applications, and on the other hand, to assure

the quality of patent registration procedure. However, in Thailand, the number of oppositions is rather a small proportion of the number of patent applications. Further, the relevant provisions are ambiguous resulting in inconsistencies in the proceeding. Thus, the Thai patent law relating to the opposition proceeding should be reviewed whether it is still appropriate in the context of present-day Thailand.

With the comparison of the Thai opposition proceeding with the opposition proceeding according to the patent law of Australia, Japan, United States, India, and Singapore, which are countries selected to represent each model of the opposition together with the analysis of decisions of the Director General of the Department of Intellectual Property and the Board of Patents, statistic data, and interview data, it is found that the current provisions hinder both parties' processes and the draft provisions also cause issues that deviate the proceeding from its major purposes. In addition, the law lacks clarity for parties' and officials' actions in the proceeding.

Therefore, this article proposes that Thailand amends its patent law, i.e., provisions relating to the opposition proceeding to alleviate limitations that put either party at a disadvantage and cause difficulties in the proceeding so that the purposes of the proceeding can be achieved. As a consequence, the provisions can help promote innovation and disclosure of such to the public for sustainable development.

Keywords : Opposition Proceeding, Patent Opposition, Patent Law

1. บทนำ

เนื่องจากการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรโดยเฉพาะการตรวจสอบทางเทคนิคเป็นกระบวนการที่ซับซ้อนและต้องใช้ทรัพยากรมาก ทำให้มีโอกาสเกิดข้อผิดพลาดในการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นได้ ซึ่งกระบวนการคัดค้านตามมาตรา 31 ถึงมาตรา 32 ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) และมาตรา 32/2 ตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ที่อยู่ระหว่างการพิจารณา เป็นกลไกหนึ่งในการโต้แย้งความสมบูรณ์ของคำขอรับสิทธิบัตร โดยมีเจตนารมณ์ให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตรวจสอบสิทธิบัตร และเพื่อสร้างความแน่นอนให้กับคุณภาพของกระบวนการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร อันเป็นการสร้างสมดุลในระบบสิทธิบัตร

ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการและเพื่อให้บรรลุตามเป้าประสงค์นั้น องค์ประกอบของกระบวนการคัดค้านควรมีความเหมาะสมและเป็นธรรมให้บุคคลภายนอกมีส่วนร่วม

ในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของสิทธิบัตรได้โดยไม่ยุ่งยาก และในขณะเดียวกัน เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์ยังดำเนินการปกป้องสิทธิอันชอบธรรมของตนได้อย่างเพียงพอ รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถดำเนินกระบวนการให้เป็นไปอย่างราบรื่น โดยกระบวนการคัดค้านควรเป็นกระบวนการที่ถูกนำมาใช้จริง และเมื่อถูกนำมาใช้แล้วมีผลเปลี่ยนแปลงการดำเนินการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร¹ เช่น คำขอรับสิทธิบัตรถูกแก้ไขให้ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำขอรับสิทธิบัตรถูกปฏิเสธ

อย่างไรก็ดี จากข้อมูลการคัดค้านในประเทศไทยระหว่างปี พ.ศ. 2554-2564 มีคำคัดค้านทั้งหมดประมาณ 75 เรื่อง ซึ่งมีผลการพิจารณาแล้ว 31 เรื่อง เป็นการยกคำขอรับสิทธิบัตร 8 เรื่อง และเป็นการยกคำคัดค้าน² 23 เรื่อง ในจำนวนนี้ มีประมาณ 4 เรื่องที่คำขอรับสิทธิบัตรถูกแก้ไข ในระหว่างกระบวนการคัดค้าน โดยในปี พ.ศ. 2564 มีการคัดค้านทั้งหมดประมาณ 10 เรื่อง ในขณะที่มีคำขอรับสิทธิบัตรจำนวน 8,242 คำขอ การคัดค้านคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 0.1³ เมื่อเปรียบเทียบกับสัดส่วนการคัดค้านในญี่ปุ่นในปีเดียวกัน ซึ่งอยู่ที่ร้อยละ 0.5⁴ จำนวนการยื่นคำคัดค้านในประเทศไทยมีสัดส่วนค่อนข้างน้อยเมื่อเทียบกับปริมาณการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร⁵ ส่วนผลของกระบวนการคัดค้านที่เปลี่ยนแปลงการรับจดทะเบียนนั้น กรณีคำขอรับสิทธิบัตรถูกแก้ไขเพื่อปรับลดขอบเขตความคุ้มครองหรือแก้ไขให้ชอบด้วยกฎหมายยังขาดความแน่นอนในการดำเนินการ เนื่องจากยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในกฎหมายสิทธิบัตรไทย

ดังนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านในกฎหมายสิทธิบัตรไทยจึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษาทบทวนถึงความสอดคล้องเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งกระบวนการคัดค้านควรมีองค์ประกอบที่เหมาะสมและเอื้อต่อการดำเนินการของผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการ

¹ Kimberlee Weatherall; Fiona Rotstein; Chris Dent; Andrew Christie, “Patent Oppositions in Australia: The Facts”, in **University of New South Wales Law Journal** 34, 1 (2011), p.123.

² ข้อมูลเกี่ยวกับการคัดค้านนี้เป็นข้อมูลที่ได้รับคามอนุเคราะห์จากกรมทรัพย์สินทางปัญญาจัดทำให้ประกอบกับข้อมูลที่เผยแพร่ในเว็บไซต์ของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

³ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, **รายงานประจำปี 2564**, (กรุงเทพมหานคร: กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 2564), หน้า 66.

⁴ ในปี พ.ศ. 2564 ประเทศญี่ปุ่นมีจำนวนคำขอรับสิทธิบัตร 289,200 คำขอ และมีคำคัดค้าน 1,398 เรื่อง อ้างอิงจาก Japan Patent Office, “Japan Patent Office Annual Report 2022 (in Japanese),” [online] Available from : <https://www.jpo.go.jp/resources/report/nenji/2022/document/index/all.pdf> [2 March 2023]

⁵ ผู้เขียนตระหนักว่าจำนวนการยื่นคำคัดค้านมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น สภาพสังคม เศรษฐกิจของประเทศ แนวทางการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการ วัฒนธรรมทางกฎหมายของประชาชน ข้อมูลนี้จึงอาจไม่ได้เป็นตัวชี้วัดถึงประสิทธิภาพของกระบวนการคัดค้านโดยตรง แต่น่าจะสามารถนำมาใช้เป็นข้อมูลที่ใช้ถึงประเด็นที่ทำให้เกิดข้อสงสัยถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ซึ่งไม่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงมาเป็นระยะเวลานาน

โดยวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการคัดค้านนั้นมีผลต่อการกำหนดช่วงเวลาที่สามารถคัดค้านได้ และช่วงเวลามีผลต่อการกำหนดองค์ประกอบอื่น ๆ ในกระบวนการคัดค้าน การกำหนดองค์ประกอบในกระบวนการคัดค้านนี้เป็นขั้นตอนที่ละเอียดอ่อน ซึ่งต้องอาศัยการวิเคราะห์เหตุปัจจัยหลายด้าน เช่น บริบททางสังคมเศรษฐกิจของประเทศ แนวทางความคุ้มครองสิทธิบัตร กระบวนการตรวจสอบสิทธิบัตร รวมถึงปัจจัยด้านการดำเนินงานของสำนักงานสิทธิบัตร

โดยบทความนี้เริ่มจากการนำเสนอระเบียบวิธีวิจัย (2) เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจกระบวนการศึกษาวิจัยอันเป็นที่มาของบทความนี้ แล้วจึงเข้าสู่ส่วนเนื้อหาซึ่งแบ่งเป็นห้าส่วน ส่วนที่หนึ่งอธิบายถึงทฤษฎีทางกฎหมายของกฎหมายสิทธิบัตรเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้าน (3) ส่วนต่อมาจึงอธิบายแนวทางการกำหนดกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตร (4) ส่วนที่สามเป็นการนำเสนอกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยและกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ ในต่างประเทศ (5) และส่วนสุดท้ายเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลที่แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดทางกฎหมายของกระบวนการคัดค้านตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรและร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (6) จากนั้นจึงเป็นการสรุปผลและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขเพื่อลดทอนข้อจำกัดของกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทย (7)

2. ระเบียบวิธีวิจัย

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการวิจัย (2.1) วิธีการศึกษาวิจัย (2.2) สมมติฐานการวิจัย (2.3) ขอบเขตของการศึกษา (2.4) ตามลำดับ

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ ดังนี้

(1) เพื่อศึกษาแนวทางการกำหนดระยะเวลาและการขยายระยะเวลาในการดำเนินการกระบวนการคัดค้าน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้คัดค้าน เหตุแห่งการคัดค้าน อำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน และสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี

(2) เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยและกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ ในระบบสิทธิบัตรต่างประเทศ

(3) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อให้กระบวนการคัดค้านมีความเป็นธรรมต่อเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์และบุคคลภายนอก

2.2 วิธีการศึกษาวิจัย

การวิจัยนี้กระทำด้วยวิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยการค้นคว้าและรวบรวมเอกสารตำรา หนังสือ วารสาร วิทยานิพนธ์ หรือสื่อสิ่งพิมพ์อื่น ๆ จากห้องสมุดและฐานข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งเผยแพร่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงใช้ข้อมูลทางสถิติและข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึกกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติงานด้านสิทธิบัตรในการศึกษาและวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางการแก้ไขที่เหมาะสมต่อไป

2.3 สมมติฐานของการวิจัย

กระบวนการคัดค้านภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทยมีข้อจำกัดที่ทำให้กระบวนการคัดค้านไม่เกินไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านในกฎหมายสิทธิบัตรให้เหมาะสมเพื่อความเป็นธรรมต่อเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์และบุคคลภายนอก

2.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งเน้นศึกษาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ซึ่งต่อไปนี้จะใช้คำว่า พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ และร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ฉบับที่อยู่ระหว่างการพิจารณาในปี พ.ศ. 2564 และข้อจำกัดของกระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในระบบสิทธิบัตรไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ ในระบบสิทธิบัตรต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์และหาแนวทางในการลดทอนข้อจำกัดของกระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

3. ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรและการคัดค้าน

ทฤษฎีดั้งเดิม (Classic) อันได้แก่ ทฤษฎีสถิตธรรมชาต (1) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (2) เป็นทฤษฎีที่ได้รับความนิยมในการนำใช้วิเคราะห์หรือกำหนดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาภายหลัง นักวิชาการได้เสนอทฤษฎีอื่น ๆ (3) ขึ้นเป็นทางเลือกจากสองทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น โดยทฤษฎีในช่วงหลังนี้ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในเชิงสังคม ทำให้ทฤษฎีแนวคิดส่วนใหญ่มุ่งเน้นพิจารณาถึงมุมมองด้านสังคมและสิทธิเสรีภาพของมนุษย์มากขึ้น เช่น ทฤษฎีการวางแผนสังคม (Social planning theory) แนวคิดสิทธิมนุษยชน (Human rights approach) แนวคิดเพื่อพัฒนาศักยภาพมนุษย์ (Capability approach)

(1) **ทฤษฎีสถิติธรรมชาติ** แนวคิดว่ามนุษย์มีสิทธิตามธรรมชาติในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นมาจากการใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนเป็นแนวคิดที่ถูกนำมาใช้โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (French Constitutional Assembly) แนวคิดทฤษฎีสถิติธรรมชาตินี้มองว่าสิทธิบัตรซึ่งเป็นการคุ้มครองการประดิษฐ์นั้นเป็นไปตามหลักกฎหมายธรรมชาติและแนวคิดในเรื่องทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล โดยบุคคลมีสิทธิในการประดิษฐ์และสังคมมีหน้าที่ทางศีลธรรมที่ต้องเคารพสิทธินั้น⁶ ในขณะเดียวกันผู้มีสิทธิในการประดิษฐ์ต้องสละสิทธิบางส่วนหรือแลกเปลี่ยนผลประโยชน์บางอย่างเพื่อให้ได้มาซึ่งการรับรองและความคุ้มครองจากรัฐ กล่าวคือ สิทธิโดยธรรมชาติของผู้ประดิษฐ์ที่เป็นเจ้าของความคิดในการประดิษฐ์อาจได้รับการรับรองโดยการให้เปิดเผยแนวคิดนั้นเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียว⁷

(2) **ทฤษฎีอรรถประโยชน์** ทฤษฎีอรรถประโยชน์ได้รับความนิยมในทางวิชาการและถูกนำมาใช้ในการออกแบบกฎหมายสิทธิบัตร โดยยึดหลักประโยชน์เพื่อคนส่วนใหญ่⁸ (Greatest good of the greatest number) นั่นคือ กฎหมายควรชักจูงให้บุคคลกระทำการในทางที่จะเป็นการเพิ่มพูนสินค้าและบริการที่มีคุณค่าทางสังคม และกระจายสินค้าและบริการในลักษณะที่จะสร้างความสุขของคนส่วนใหญ่โดยกฎหมายสิทธิบัตรในมุมมองของแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจด้วยการสร้างแรงจูงใจในการคิดค้น (Incentive to invent) และสร้างแรงจูงใจในการเปิดเผย (Incentive to disclose)

(3) **แนวคิดทฤษฎีอื่น ๆ** เช่น ทฤษฎีการวางแผนสังคม (Social planning theory) มองว่าทรัพย์สินทางปัญญาสามารถและควรที่จะช่วยให้สังคมมีวัฒนธรรมที่เป็นธรรมและเจริญ โดยนักทฤษฎีที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ได้รับแรงบันดาลใจจากปรัชญากฎหมายและการเมือง แบบสังคมนิยมรวมถึงแนวคิดแบบเจฟเฟอร์สัน หรือแนวคิดแบบมาร์กซ์ในช่วงแรกเริ่ม เป็นต้น⁹ ส่วนแนวคิดสิทธิ

⁶ Fritz Machlup and Edith Penrose, "The Patent Controversy in the Nineteenth Century", in *The Journal of Economic History* 10, 1 (1950), p.9.

⁷ Mark D. Janis, "Patent Abolitionism", in *Berkeley Technology Law Journal* 17, 2 (2002), p.932.

⁸ "Philosophic Perspectives on Intellectual Property," [online] Available from : <https://cyber.harvard.edu/bridge/Philosophy/ipphil.htm> [9 August 2022]

ปรัชญาแบบสังคมนิยมเป็นการศึกษากฎหมายและการเมืองที่เน้นความเป็นจริงและสิ่งที่เกิดขึ้นจริง ส่วนแนวคิดแบบเจฟเฟอร์สันเป็นแนวคิดที่เน้นความเท่าเทียม และสิทธิเสรีภาพอันชอบธรรมของมนุษย์ทุกคน ในขณะที่แนวคิดแบบมาร์กซ์ในช่วงแรกเริ่มเป็นแนวคิดแบบสังคมนิยมเชิงวิพากษ์ที่ศึกษาปัญหาในเชิงโครงสร้าง กล่าวคือ แนวคิดส่วนใหญ่เหล่านี้เป็นแนวคิดที่คำนึงถึงความเป็นจริงและสังคมมากขึ้น

⁹ William Fisher, "Theories of Intellectual Property," in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, ed. Stephen Munzer (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), p.172.

มนุษย์ชน (Human rights approach) มีมุมมองว่าสิทธิของปัจเจกบุคคลกับสิทธิของสมาชิกคนอื่นในสังคมควรถูกพิจารณาไปพร้อมกัน ดังนั้น การวิเคราะห์สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องกระทำโดยวิเคราะห์สิทธิอื่น ๆ ควบคู่กัน¹⁰ โดยให้ความสนใจกับความจำเป็นของบุคคลหรือชุมชนที่อยู่ในสถานะเสียเปรียบหรือชายขอบ (Marginalized)¹¹ และมุ่งสนับสนุนการพัฒนามนุษย์ (Human flourishing) ของสมาชิกทุกคนในสังคม¹²

นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดเพื่อพัฒนาศักยภาพมนุษย์ (Capability approach) เป็นแนวทางหนึ่งในการประเมินกฎหมายและการจัดสรรทางสังคมอื่น ๆ¹³ ริเริ่มพัฒนาขึ้นโดยอมรรตยา เสน (Amartya Sen) เพื่อให้เป็นทฤษฎีทางเลือกที่นอกเหนือจากการใช้ทฤษฎีอรรถประโยชน์ ซึ่งเดิมเป็นทฤษฎีที่ใช้ในการวิเคราะห์เชิงเศรษฐศาสตร์ แต่ก็ได้ขยายขอบเขตมาใช้ในการวิเคราะห์ศาสตร์อื่น ๆ รวมถึงนิติศาสตร์ด้วย¹⁴ ทฤษฎีนี้มีมุมมองต่อเสรีภาพในการได้มาซึ่งความเป็นอยู่ที่ดีกว่าว่าเป็นสิ่งที่บุคคลสามารถทำได้และสมควรได้มา อันจะทำให้บุคคลนั้นได้ใช้ชีวิตอย่างมีประสิทธิภาพ¹⁵ ศักยภาพคือเสรีภาพที่แท้จริงในลักษณะที่ข้อจำกัดหรืออุปสรรคถูกลดทอน แนวคิดเพื่อพัฒนาศักยภาพมนุษย์เห็นว่าควรมุ่งเน้นที่เป้าหมาย (End) ยิ่งเสียกว่าวิธีการ (Means) เนื่องจากบุคคลแต่ละคนมีความสามารถไม่เท่ากันในการแปลงโอกาสซึ่งเป็นศักยภาพ (Capabilities) ให้เป็นผลลัพธ์ ซึ่งเป็นการปฏิบัติการ (Functionings)¹⁶ โดยสมาชิกในสังคมก็มีหน้าที่ทางศีลธรรมในการสนับสนุนผลักดันการพัฒนาศักยภาพของสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคม ส่วนเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินก็มีหน้าที่ทางสังคมด้วยเช่นกัน เช่น การแบ่งปันทรัพยากร หรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่จำเป็นต่อการพัฒนามนุษย์ (Human flourishing)¹⁷

¹⁰ J. Janewa Osei Tutu, “Humanizing Intellectual Property: Moving Beyond the Natural Rights Property Focus”, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 20 (2017), p.211-212.

¹¹ Ibid., p. 232.

¹² Ibid., p. 252.

¹³ Brett M. Frischmann, “Capabilities, Spillovers, and Intellectual Progress: Toward a Human Flourishing Theory for Intellectual Property”, in *Review of Economic Research on Copyright Issues* 14 (1/2) (2017), p.19.

¹⁴ Ibid., p. 14.

¹⁵ Ingrid Robeyns and Morten Fibieger Byskov, “The Capability Approach,” [online] Updated: 3 December 2021. Available from : <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/capability-approach/> [22 August 2022]

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Brett M. Frischmann, “Capabilities, Spillovers, and Intellectual Progress: Toward a Human Flourishing Theory for Intellectual Property”, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, p.24-25.

4. แนวทางการกำหนดกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตร

แนวคิดทางกฎหมายในระบบเศรษฐกิจทุนนิยมสนับสนุนให้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์โดยการกำหนดให้ผู้มีสิทธิในการประดิษฐ์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประดิษฐ์ หรือผู้รับโอนสิทธิจากผู้ประดิษฐ์ เป็นต้น สามารถใช้สิทธิผูกขาดการประดิษฐ์แต่เพียงผู้เดียว เพื่อเป็นการตอบแทนให้กับการลงทุนในการประดิษฐ์คิดค้น¹⁸ ตามทฤษฎีการให้รางวัลและทฤษฎีการสร้างแรงจูงใจ และการสร้างสรรค์การประดิษฐ์ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าในตลาดอุตสาหกรรมและนวัตกรรม¹⁹ ด้วยอิทธิพลแนวคิดดังกล่าว พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับแรกของประเทศไทย ซึ่งเป็นฉบับปี พ.ศ. 2522 จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการค้นคว้า วิจัย และประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาศักยภาพของประเทศในด้านเทคโนโลยี รวมถึงเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิในการประดิษฐ์ของผู้ประดิษฐ์²⁰ ในขณะเดียวกัน กฎหมายสิทธิบัตรต้องสร้างความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรและสาธารณประโยชน์²¹

กระบวนการคัดค้าน (Opposition) ถูกนำมาบัญญัติไว้ตั้งแต่ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรก และยังคงลักษณะรูปแบบเดิมมาจนถึงฉบับปัจจุบัน อันเป็นการออกแบบเพื่อให้สอดคล้องกับระบบการตรวจสอบแบบรอการตรวจสอบ (Defer examination system) โดยมีการตรวจสอบเบื้องต้นเชิงเอกสารและพิธีการก่อน เพื่อเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายและเวลา รวมถึงเป็นการบรรเทาภาระงานของสำนักงานสิทธิบัตร หากคำขอรับสิทธิบัตรถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจึงทำการประกาศโฆษณา ภายหลังจากประกาศโฆษณาแล้ว จึงให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรดำเนินการยื่นคำขอให้ตรวจสอบการประดิษฐ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ส่วนบุคคลภายนอกก็มีสิทธิยื่นคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรภายในกำหนดระยะเวลา เมื่อผู้ขอรับสิทธิบัตรยื่นขอให้ตรวจสอบการประดิษฐ์แล้ว ผู้ตรวจสอบจึงดำเนินการตรวจสอบการประดิษฐ์ทางเทคนิคต่อไป

กระบวนการคัดค้านเป็นกลไกหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์ให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตรวจสอบสิทธิบัตร เพื่อลดข้อผิดพลาดที่รัฐให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ที่ขาดคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด และเพื่อลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากสิทธิบัตรที่ออกโดยไม่ชอบ

¹⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 158-159.

¹⁹ จิรศักดิ์ รอดจันทร์, *สิทธิบัตร: หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 29-33.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

ด้วยกฎหมายนั้น รวมถึงสร้างความแน่นอนให้กับการรับรองสิทธิในสิทธิบัตรตามที่มุ่งหมายในหลัก การและเหตุผลของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร กล่าวคือ เมื่อคำขอรับสิทธิบัตรผ่านกระบวนการตรวจสอบที่รอบคอบและครบถ้วนทั้งจากสำนักงานสิทธิบัตรและสาธารณชน สิทธิบัตรที่ออกมาจึงเป็น สิทธิบัตรที่คุ้มครองการประดิษฐ์ที่สมควรได้รับการรับรองอย่างแท้จริงทำให้ยากต่อการเพิกถอน ความคุ้มครอง ผู้เป็นเจ้าของสิทธิจึงมีความมั่นใจในสิทธิที่รัฐรับรองให้ กระบวนการคัดค้านจึง เป็นการป้องกันและแก้ปัญหาการออกสิทธิบัตรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การกำหนด วัตถุประสงค์ในการคัดค้านให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของผู้ที่ใช้กระบวนการคัดค้านเป็นแนวคิด หนึ่งในการออกแบบกระบวนการคัดค้าน เนื่องจากระบบสิทธิบัตรถูกออกแบบขึ้นเพื่อให้เป็น ประโยชน์แก่เศรษฐกิจและสังคมโดยรวม กระบวนการคัดค้านจึงอาจถูกกำหนดให้มีวัตถุประสงค์ เพื่อสังคมด้วย²² ดังนั้น กระบวนการคัดค้านมีจุดมุ่งหมายสำคัญในการรักษามลประโยชน์ของ สาธารณะโดยการให้บุคคลภายนอกมีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการประดิษฐ์ เนื่องจา การให้สิทธิความคุ้มครองการประดิษฐ์ได้ล้นเกินกระทบต่อสังคมโดยรวม ทั้งการปล่อยให้มีการให้สิทธิ ผูกขาดกับการประดิษฐ์ที่ไม่สมควรได้รับสิทธิบัตรอาจทำให้เกิดการบังคับใช้สิทธิที่ได้มาโดยไม่ชอบ นั้นกับบุคคลอื่นอย่างไม่เป็นธรรมและทำให้สังคมสูญเสียผลประโยชน์

ส่วนกรอบกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านกำหนดไว้ในความตกลง TRIPS ข้อที่ 62.4 ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับกระบวนการเพิกถอนโดยหน่วยงานทางปกครองและ กระบวนการหลายฝ่าย เช่น การคัดค้าน การเพิกถอน และการยกเลิก ให้ใช้หลักการทั่วไปตาม ข้อที่ 41 ที่กำหนดหน้าที่ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้สิทธิไว้ โดยรัฐภาคีจะต้องกำหนดให้มีกระบวนการที่ มีประสิทธิภาพ ซึ่งรวมถึงการเยียวยาที่รวดเร็วในการป้องกันและบรรเทาผลจากการละเมิด นอกจากนี้ การดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นธรรมและเสมอภาค รวมถึงจะต้องไม่สร้างภาระเกินควรแก่ผู้ดำเนินการทั้งในด้านค่าใช้จ่าย เวลา และความซับซ้อนใน การดำเนินการ และยังกำหนดอีกว่าหลักเกณฑ์การดำเนินการจะต้องเหมาะสมและชัดเจน อย่างไรก็ตาม ความตกลงในข้อนี้เขียนแถลงถึงความตระหนักในสิทธิแห่งการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละ ประเทศอื่นจะต้องเป็นไปตามหลักการทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศนั้น ๆ ความตกลงนี้จึงไม่ได้กำหนดหน้าที่โดยเฉพาะถึงระบบการพิจารณากรณีพิพาทแต่เน้นย้ำคุณลักษณะ ของการดำเนินการที่ควรจะรวดเร็วและเป็นธรรม โดยคู่กรณีมีสิทธิที่ได้รับโอกาสอย่างเพียงพอ ในการแสดงหลักฐานและโอกาสในการอุทธรณ์ ประเทศแต่ละประเทศจึงมีอำนาจกำหนดรูปแบบ

²² Chris Dent, "Opposing What - Nature, Purposes and Questions of Reform of the Opposition Decision in the Patent System", in *Flinders Law Journal* 12, 2 (2010), p.18.

รายละเอียดในการดำเนินการกรณีพิพาทให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศตน²³ ส่วนอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมในปี พ.ศ. 2551 และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตรใน ปี พ.ศ. 2552 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้าน

5. กระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยและต่างประเทศ

เมื่อประเทศต่าง ๆ มีอิสระในการออกแบบกระบวนการคัดค้านที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศตนภายใต้หลักการและคุณลักษณะที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศ ลักษณะกระบวนการคัดค้านจึงมีความแตกต่างในรายละเอียด โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในกระบวนการคัดค้านเป็นขั้นตอนที่มีความละเอียดอ่อน ซึ่งจะต้องศึกษาองค์ประกอบต่าง ๆ ในกระบวนการคัดค้านและการทำงานในภาพรวมเพื่อให้กระบวนการคัดค้านในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของระบบสิทธิบัตรมีประโยชน์สูงสุดต่อสังคม ผู้เขียนจึงศึกษากฎหมายสิทธิบัตรต่างประเทศโดยจัดรูปแบบกระบวนการคัดค้านที่ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันตามช่วงเวลาที่ยกกฎหมายให้สามารถดำเนินกระบวนการคัดค้านได้ แล้วจึงเปรียบเทียบองค์ประกอบของกระบวนการคัดค้านแต่ละรูปแบบ โดยศึกษาความสัมพันธ์ต่อกันและกันของแต่ละองค์ประกอบ

ดังนั้น หัวข้อนี้จึงเป็นการนำเสนอองค์ประกอบต่าง ๆ ในกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยและต่างประเทศตามลำดับ ได้แก่ ระยะเวลาและการขยายระยะเวลาในการคัดค้าน (5.1) ผู้คัดค้าน (5.2) เหตุแห่งการคัดค้าน (5.3) อำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน (5.4) และสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี (5.5)

5.1 ระยะเวลาและการขยายระยะเวลาในการคัดค้าน

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยกำหนดให้กระบวนการคัดค้านมีลักษณะเป็นการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร หรือการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียน (Pre-grant opposition) ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับระบบสิทธิบัตรออสเตรเลีย ระบบสิทธิบัตรเวียดนาม เป็นต้น กล่าวคือ กระบวนการคัดค้านเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการขอรับสิทธิบัตรในระบบสิทธิบัตรไทย²⁴ ซึ่งกระบวนการคัดค้านตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่บังคับใช้เป็นครั้งแรกนั้นกำหนดระยะเวลา

²³ Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement*, (London: Sweet & Maxwell, 1996), p.123-124.

²⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, “คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร ฉบับปี พ.ศ. 2562” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.ipthailand.go.th/images/3534/PATENT/PatentDocument.pdf> [2 มกราคม 2564]

การคัดค้านภายใน 180 วันนับแต่วันประกาศโฆษณาคำขอรับสิทธิบัตร แต่เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) ในปี พ.ศ. 2535 มาตรา 9 ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแก้ไขระยะเวลาจาก 180 วัน เป็น 90 วัน เนื่องจากแนวคิดที่ว่ากระบวนการคัดค้านที่มีระยะเวลานานอาจเป็นการทำให้การรับจดทะเบียนสิทธิบัตรล่าช้า ทั้งอาจยังมีการใช้สิทธิในการคัดค้านโดยไม่สุจริตเพื่อหน่วงการรับจดทะเบียนอีกด้วย ในปัจจุบัน กระบวนการคัดค้านจึงสามารถดำเนินการได้ภายใน 90 วัน นับแต่วันประกาศโฆษณาคำขอรับสิทธิบัตรภายหลังที่คำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าวผ่านการตรวจสอบเบื้องต้นโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว²⁵ โดยการยื่นคำคัดค้านจะต้องยื่นพร้อมแสดงหลักฐาน²⁶ ประกอบคำคัดค้านดังกล่าว หากผู้คัดค้านประสงค์จะนำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติมสามารถทำได้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ไต่ยื่นคำคัดค้าน²⁷ ทั้งนี้ กฎหมายสิทธิบัตรไทยไม่มีการกำหนดให้ผู้คัดค้านสามารถขอขยายระยะเวลาเพิ่มเติมได้

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับช่วงเวลาในการดำเนินกระบวนการคัดค้านกำลังมีการแก้ไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญ โดยย้ายช่วงเวลาในการคัดค้านไปภายหลังจากที่คำขอรับสิทธิบัตรผ่านการตรวจสอบเชิงลึกแล้ว กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้คัดค้านภายใน 90 วัน นับแต่วันประกาศโฆษณาครั้งที่สอง²⁸ ซึ่งเป็นการประกาศโฆษณาคำสั่งว่าจะรับจดทะเบียนการประดิษฐ์ กรรมทรัพย์สินทางปัญญาชี้แจงว่าการแก้ไขดังกล่าวโดยการเปลี่ยนให้กระบวนการคัดค้านซึ่งเป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการขอรับสิทธิบัตรไปอยู่เป็นขั้นตอนสุดท้าย เพื่อให้บุคคลภายนอกมีโอกาสได้ทราบรายละเอียดการประดิษฐ์ที่ผ่านกระบวนการตรวจสอบทางเทคนิคแล้ว ทั้งยังเป็นการเพิ่มระยะเวลาให้กับสาธารณะในการศึกษาคำขอรับสิทธิบัตรที่อยู่ระหว่างการตรวจสอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญาเมื่อคำขอรับสิทธิบัตรผ่านการตรวจสอบเบื้องต้นและได้รับการประกาศโฆษณาครั้งที่หนึ่ง รวมถึงจัดเตรียมเอกสารที่จำเป็นต้องใช้ในกระบวนการคัดค้านอีกด้วย การกำหนดช่วงเวลาเช่นนี้ยังเป็นการลดระยะเวลาที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องรอนกว่าจะสามารถยื่นคำขอให้ตรวจสอบการประดิษฐ์ ทำให้เป็นการลดระยะเวลาและลดความซ้ำซ้อนในการตรวจสอบการประดิษฐ์ในอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการมุ่งหมายให้กระบวนการคัดค้านสร้างความสมดุล

²⁵ มาตรา 31 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

²⁶ มาตรา 31 วรรคสาม พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

²⁷ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ ประกอบกับข้อ 10 และข้อ 11 ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง กำหนดแบบพิมพ์คำขอแก้ไขเพิ่มเติมคำคัดค้าน คำโต้แย้ง คำอุทธรณ์ เอกสารหลักฐานประกอบคำขอดังกล่าว และจำนวนสำเนา (ลงวันที่ 27 กันยายน 2542)

²⁸ มาตรา 32/2 ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

ระหว่างสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตรกับประโยชน์ของสาธารณชน²⁹ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวให้ความสำคัญกับการปรับช่วงเวลาให้ดำเนินกระบวนการคัดค้านได้ในฐานะที่เป็นกลไกหนึ่งในกระบวนการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร โดยคำนึงถึงความสอดคล้องต่อเนื่องในการตรวจสอบการประดิษฐ์ ส่วนจำนวนระยะเวลา 90 วัน ยังคงเป็นจำนวนเดิมที่กำหนดไว้ตั้งแต่เริ่มมีพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับที่สองจนถึงปัจจุบัน และยังคงไม่กำหนดให้มีการขอขยายระยะเวลาในการคัดค้านได้เช่นเดิม โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาอ้างอิงถึงการกำหนดกระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนที่คล้ายคลึงกับระบบสิทธิบัตรออสเตรเลีย ทั้งแสดงความเห็นว่าระยะเวลา 90 วัน และการไม่ให้มีการขอขยายระยะเวลานั้นเหมาะสมเพียงพอแล้วต่อการคัดค้าน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการออกสิทธิบัตรรับรองสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตรล่าช้าเกินสมควร³⁰

เมื่อศึกษารูปแบบของกระบวนการคัดค้านในกฎหมายต่างประเทศโดยจัดแบ่งรูปแบบของกระบวนการ พบว่า

(1) **รูปแบบแรก** ได้แก่ กระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร หรือรูปแบบก่อนรับจดทะเบียนจากกรณีศึกษาประเทศออสเตรเลีย กระบวนการคัดค้านรูปแบบนี้มีระยะเวลาในการเริ่มคัดค้านไม่มาก ซึ่งอาจเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการคัดค้านถูกนำไปใช้ในการประวิงเวลารับจดทะเบียนได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิบัตรออสเตรเลียได้กำหนดระยะเวลาเพิ่มเติมในการดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารประกอบการคัดค้านไว้ ทำให้ผู้คัดค้านมีระยะเวลาในการดำเนินการภายหลังที่ยื่นคำคัดค้านแล้ว การคัดค้านในรูปแบบนี้ไม่ทำให้สิทธิในสิทธิบัตรเกิดความลั้ลั่น เนื่องจากสิทธิบัตรยังไม่ได้รับจดทะเบียน ผู้ขอรับสิทธิบัตรยังไม่อาจใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้ ในขณะเดียวกัน ผู้ขอรับสิทธิบัตรสามารถมั่นใจได้ว่าสิทธิของตนจะไม่ถูกเพิกถอนได้ด้วยกระบวนการคัดค้าน ส่วนบุคคลภายนอกหรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถดำเนินการคัดค้านตั้งแต่วันที่เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์จะได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิตามสิทธิบัตรแล้ว

(2) **รูปแบบที่สอง** เป็นกระบวนการคัดค้านสิทธิบัตร หรือรูปแบบหลังรับจดทะเบียน ซึ่งในที่นี้ได้้นำประเทศญี่ปุ่นมาศึกษาเป็นตัวอย่าง เนื่องจากการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรสามารถดำเนินได้โดยไม่ต้องรอระยะเวลาให้บุคคลภายนอกคัดค้านจึงใช้เวลาน้อยกว่ารูปแบบแรก เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์สามารถบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้ เมื่อไม่มีข้อกังวลเรื่องการประวิงเวลาในการรับจดทะเบียน กระบวนการคัดค้านรูปแบบที่สองนี้มักจะมีระยะเวลาที่ให้บุคคลภายนอกคัดค้าน

²⁹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ.*, ลงวันที่ 14 พฤษภาคม 2564, หน้า 12.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

ได้นานกว่ารูปแบบที่หนึ่ง บุคคลภายนอกหรือผู้มีส่วนได้เสียจึงมีเวลามากขึ้นในการคัดค้าน อย่างไรก็ตาม ก็น่าดี เมื่อสิทธิบัตรได้รับจดทะเบียนแล้ว กระบวนการพิจารณาจึงมีความเข้มงวดมากขึ้น

(3) **รูปแบบที่สาม** เป็นกระบวนการคัดค้านที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของระบบสิทธิบัตรนั้น ๆ ดังเช่น การทบทวนหลังรับจดทะเบียน (Post-Grant Review: PGR) ของสหรัฐอเมริกา และกระบวนการคัดค้านก่อนและหลังรับจดทะเบียนในระบบสิทธิบัตรอินเดีย เป็นการออกแบบกระบวนการคัดค้านให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศมากขึ้น แต่หลักการในการกำหนดช่วงเวลาคัดค้านว่าเป็นก่อนหรือหลังรับจดทะเบียนก็มีแนวคิดและแนวทางที่คล้ายคลึงกับรูปแบบที่หนึ่งและรูปแบบที่สอง

(4) **รูปแบบที่สี่** เป็นระบบสิทธิบัตรที่ไม่มีกระบวนการคัดค้าน แต่มีการใช้กลไกอื่นแทน ซึ่งในการศึกษานี้ นำกระบวนการเพิกถอนสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ไปศึกษา รูปแบบนี้ไม่ได้มุ่งเน้นให้บุคคลภายนอกเข้าไปมีส่วนร่วมในการรับจดทะเบียนมากนัก เนื่องจากกระบวนการเพิกถอนเกิดขึ้นภายหลังรับจดทะเบียนสิทธิบัตรแล้วและมักจะมีหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อนและยุ่งยากกว่ากระบวนการคัดค้าน

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ระยะเวลาคัดค้าน

ประเทศ	ระยะเวลาคัดค้าน	ระยะเวลาส่งเอกสารประกอบการคัดค้าน	ระยะเวลาแสดงหลักฐานประกอบการคัดค้าน	ขอขยายระยะเวลาเพิ่มเติม
ไทย	ปัจจุบัน: 90 วัน นับแต่วันประกาศโฆษณา	—	30 วัน นับแต่วันที่ยื่นคำคัดค้าน	✗
	ร่างกฎหมาย: 90 วัน นับแต่วันประกาศจะรับจดทะเบียน	ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ
ออสเตรเลีย	3 เดือน นับแต่วันประกาศคำสั่งรับจดทะเบียนสิทธิบัตร	3 เดือนนับตั้งแต่วันที่ยื่นคำคัดค้าน	3 เดือน นับตั้งแต่วันที่ผู้คัดค้านยื่นคำแถลงเหตุผลและเอกสารอื่น ๆ	✓
ญี่ปุ่น	6 เดือน นับแต่วันประกาศโฆษณาสิทธิบัตรที่ได้รับการจดทะเบียน	—	—	✗
สหรัฐอเมริกา	9 เดือน นับตั้งแต่วันที่ออกสิทธิบัตร/ออกสิทธิบัตรใหม่	1 เดือน นับตั้งแต่วันที่กระบวนการ PGR เริ่มต้น	—	✓

ประเทศ	ระยะเวลาคัดค้าน	ระยะเวลาส่งเอกสารประกอบการคัดค้าน	ระยะเวลาแสดงหลักฐานประกอบการคัดค้าน	ขอขยายระยะเวลาเพิ่มเติม
อินเดีย	ก่อนรับจดทะเบียน : เวลาใด ๆ ภายหลังประกาศโฆษณา ก่อนรับ จดทะเบียน (อย่างน้อย 6 เดือน)	–	–	✗
	หลังรับจดทะเบียน : 1 ปี นับแต่ วันประกาศโฆษณาการรับ จดทะเบียนสิทธิบัตร	–	1 เดือน นับแต่ วันที่ได้รับคำตอบของ ผู้ทรงสิทธิบัตร	✓
สิงคโปร์	เวลาใด ๆ ภายหลังรับ จดทะเบียน ยกเว้นกรณีโต้แย้ง สิทธิขอรับสิทธิบัตร	–	3 เดือน นับแต่ วันที่ได้รับสำเนาเอกสารของ เจ้าของสิทธิบัตร	✓

5.2 ผู้คัดค้าน

กฎหมายสิทธิบัตรในปัจจุบันกำหนดให้บุคคลใดที่เห็นว่าตนมีสิทธิได้รับสิทธิบัตรดีกว่าผู้ขอรับสิทธิบัตร หรือเห็นว่าคำขอรับสิทธิบัตรใดไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรได้ กล่าวคือ ไม่มีเงื่อนไขข้อจำกัดเกี่ยวกับผู้ที่สามารถคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร ทั้งยังไม่มีข้อกำหนดในการเปิดเผยตัวตนของผู้คัดค้าน อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายสิทธิบัตรได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้คัดค้านไว้โดยเปลี่ยนจากการให้สิทธิแก่ “บุคคลใด” ในการคัดค้านเป็น “ผู้มีส่วนได้เสีย” ซึ่งหากกรมทรัพย์สินทางปัญญาปรับใช้แนวทางเดียวกับ “ผู้มีส่วนได้เสีย” ในการขอให้ตรวจสอบอนุสิทธิบัตร สิทธิในการคัดค้านจะจำกัดเฉพาะแต่ผู้ที่มีส่วนได้เสียตามที่นิยามไว้ในคู่มือการตรวจสอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่มีขอบเขตที่ค่อนข้างกว้าง³¹

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ผู้มีส่วนได้เสียคัดค้าน

ประเทศ	ผู้มีส่วนได้เสียคัดค้าน
ไทย	ปัจจุบัน: บุคคลใด
	ร่างกฎหมาย: ผู้มีส่วนได้เสีย
ออสเตรเลีย	บุคคลใด
ญี่ปุ่น	บุคคลใด
สหรัฐอเมริกา	บุคคลใดที่ไม่ถูกกฎหมายปิดปาก

³¹ ซึ่งกำหนดว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย หมายถึง ผู้มีนิติสัมพันธ์กับผู้ทรงอนุสิทธิบัตร หรือคู่แข่งทางการค้า หรือผู้ผลิตหรือจำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครอง ซึ่งสินค้าแบบเดียวกันกับอนุสิทธิบัตร หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากอนุสิทธิบัตร”

ประเทศ	ผู้มีสิทธิคัดค้าน
อินเดีย	ก่อนรับจดทะเบียน : บุคคลใด
	หลังรับจดทะเบียน : ผู้มีส่วนได้เสีย
สิงคโปร์	บุคคลใด ยกเว้นกรณีโต้แย้งสิทธิขอรับสิทธิบัตร

เมื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้คัดค้านประกอบกับรูปแบบการกำหนดช่วงเวลาที่ทำให้คัดค้านดังที่จัดกลุ่มไว้ในหัวข้อก่อนหน้า จะสังเกตได้ว่ากระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไม่ว่าจะรูปแบบใดส่วนใหญ่กำหนดให้ “บุคคลใด” เป็นผู้มีสิทธิคัดค้าน และมักจะไม่กำหนดเงื่อนไขในการเป็นผู้คัดค้าน เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการที่ให้มีการตรวจสอบความสมบูรณ์ของคำขอรับสิทธิบัตรหรือสิทธิบัตร แต่ถ้าหากกระบวนการคัดค้านมีวัตถุประสงค์เพิ่มเติมเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทด้วย กฎหมายสิทธิบัตรอาจกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้คัดค้านเพิ่มเติม เช่น กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกาที่มีบทกฎหมายปิดปากไม่ให้เป็นผู้ร้องขอให้ทบทวนสิทธิบัตรเพื่อป้องกันการใช้กลไกการโต้แย้งสิทธิบัตรซ้ำซ้อน ทั้งจากการศึกษากรณีตัวอย่างพบว่าทั้งออสเตรเลียและอินเดียต่างก็เคยแก้ไขกฎหมายโดยจำกัดให้ผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่สามารถคัดค้านได้ แต่ก็เปลี่ยนมาเปิดกว้างให้เป็นบุคคลใดในเวลาต่อมา

นอกจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้คัดค้านจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการแล้วยังสัมพันธ์กับกลไกอื่น ๆ ในระบบสิทธิบัตรนั้น ๆ ด้วย ในระบบสิทธิบัตรที่บุคคลภายนอกสามารถยื่นเอกสารเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสิทธิบัตรต่อสำนักงานสิทธิบัตรได้อาจลดทอนความจำเป็นในการกำหนดให้บุคคลใดคัดค้านได้ เนื่องจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียสามารถใช้การยื่นความเห็นโดยบุคคลที่สามได้อยู่แล้ว กระบวนการคัดค้านจึงอาจจำกัดเฉพาะให้ผู้มีส่วนได้เสียดำเนินการ และเมื่อให้สิทธิเฉพาะผู้มีส่วนได้เสีย การปกปิดตัวตนของผู้คัดค้านจึงไม่อาจกระทำได้³²

5.3 เหตุแห่งการคัดค้าน

การกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านมีความหลากหลาย โดยทั่วไปแล้ว เหตุที่กฎหมายสิทธิบัตรรับรองให้ยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อโต้แย้งการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรได้อาจจำแนกได้ตามที่มาของเหตุผล ประเภทแรก คือ ข้อคัดค้านเกี่ยวกับรูปแบบ ซึ่งเป็นการคัดค้านข้อบกพร่องของรูปแบบหรือพิธีการในกระบวนการขอรับสิทธิบัตร ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ การบรรยาย

³² สัมภาษณ์ ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์, วิชาการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมาย หัวหน้ากลุ่มงานยุทธศาสตร์ด้านสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานคัดค้านและกักการจดทะเบียน กองสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

ข้อถือสิทธิ การยื่นเอกสารที่จำเป็นต่อคำขอรับสิทธิบัตร การแก้ไขสิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งข้อคัดค้านเกี่ยวกับรูปแบบส่วนมากมักจะไม่ได้อาศัยพยานหลักฐานทางข้อเท็จจริงมากนัก ประเภทที่สอง คือ ข้อคัดค้านเกี่ยวกับสาระสำคัญ ซึ่งเป็นเรื่องคุณสมบัติของการประดิษฐ์ โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นข้อบกพร่องเชิงเทคนิคที่ต้องอาศัยเวลาและความเชี่ยวชาญในการจัดเตรียมพยานหลักฐานประกอบเหตุแห่งการคัดค้าน ประเภทที่สาม คือ ข้อคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับสิทธิบัตร อันเป็นการโต้แย้งสิทธิในการขอรับสิทธิบัตรของผู้ขอรับสิทธิบัตร มีลักษณะเป็นการพิพาทมากกว่าประเภทอื่น ๆ หรืออาจเป็นการคัดค้านคุณสมบัติเรื่องสัญชาติของผู้ขอรับสิทธิบัตร

บทบัญญัติที่กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรไทยยังคงเดิมตั้งแต่พระราชบัญญัติสิทธิบัตรบังคับใช้ครั้งแรก แม้ร่างกฎหมายสิทธิบัตรฉบับแรกเริ่มกำหนดมูลเหตุในการคัดค้านไว้เฉพาะการโต้แย้งเรื่องสิทธิในการขอรับสิทธิบัตรโดยใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลใดเห็นว่าตนมีสิทธิรับสิทธิบัตรดีกว่าผู้ขอรับสิทธิบัตร” แต่ต่อมาข้อคัดค้านเรื่องคุณสมบัติของการประดิษฐ์ก็ถูกเพิ่มเข้ามาในบทบัญญัติด้วย จนกระทั่งการพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านในปัจจุบัน ผู้จัดทำร่างกฎหมายมีความพยายามในการเพิ่มเติมเหตุแห่งการคัดค้านโดยอาศัยประเด็นกรณีบุคคลหลายคนต่างทำการประดิษฐ์อย่างเดียวกันโดยไม่ได้ร่วมกันตามมาตรา 16 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำขอรับสิทธิบัตรตามมาตรา 17 เช่น ข้อถือสิทธิโดยชัดแจ้ง ความเป็นเอกภาพ (Unity) ตามมาตรา 18 ซึ่งมาตราต่าง ๆ เหล่านี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณารับจดทะเบียนสิทธิบัตรโดยถ้าหากคำขอรับสิทธิบัตรใดไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว อธิบดีจะต้องสั่งยกคำขอรับสิทธิบัตรนั้น ทว่า ต่อมาภายหลัง เหตุแห่งการคัดค้านที่ได้เพิ่มเติมเข้ามาถูกตัดออกไปจากร่างกฎหมายฉบับปัจจุบัน โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญาให้เหตุผลว่าเพื่อให้เหตุแห่งการคัดค้านสอดคล้องกับเหตุแห่งการเพิกถอนสิทธิบัตรตามมาตรา 54³³ ทำให้เหตุแห่งการคัดค้านที่รับรองโดยกฎหมายยังคงเหมือนกับพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับแรกและที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น กฎหมายสิทธิบัตรไทยในปัจจุบันและร่างกฎหมายยังไม่ได้กำหนดให้ผู้คัดค้านกล่าวอ้างข้อคัดค้านเกี่ยวกับรูปแบบเป็นเหตุในการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร แต่กำหนดให้บุคคลใดสามารถคัดค้านในกรณีที่เห็นว่าตนมีสิทธิดีกว่า หรือเห็นว่าคำขอรับสิทธิบัตรไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ในเรื่องคุณสมบัติของการประดิษฐ์หรือคุณสมบัติของผู้ขอรับสิทธิบัตร

เมื่อศึกษาเหตุแห่งการคัดค้านของกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ ในระบบสิทธิบัตรต่างประเทศ พบว่า มูลเหตุในการคัดค้านของทั้งกระบวนการคัดค้านรูปแบบก่อนและหลังรับ

³³ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ., ลงวันที่ 14 พฤษภาคม 2564, หน้า 21.

จดทะเบียนไม่ได้สัมพันธ์โดยตรงกับช่วงเวลาที่สามารถคัดค้านได้ แต่มีความหลากหลายตามบริบทของกฎหมายสิทธิบัตรแต่ละประเทศ โดยเหตุแห่งการคัดค้านส่วนใหญ่มักจะเป็นสาระสำคัญในการขอรับสิทธิบัตร เช่น คุณสมบัติของการประดิษฐ์ การเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถขอรับความคุ้มครองได้ และรวมถึงหลักเกณฑ์รูปแบบในการดำเนินการขอรับสิทธิบัตร เช่น ความชัดเจนของข้อถ้อยสิทธิหรือรายละเอียดการประดิษฐ์ ทั้งนี้ ระบบสิทธิบัตรในบางเขตอำนาจ เช่น ออสเตรเลีย อินเดีย อาจให้ความสำคัญกับการให้กระบวนการคัดค้านเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาทด้วย ทำให้ปรากฏมูลเหตุในการคัดค้านในเรื่องสิทธิในการขอรับสิทธิบัตร หรือความชอบธรรมในการได้มาซึ่งสิทธิบัตร ส่วนความมีเอกภาพของการประดิษฐ์ (Unity) มักจะไม่ถูกกำหนดให้เป็นประเด็นที่นำมาคัดค้านหรือขอให้เพิกถอนสิทธิบัตรได้

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบเหตุแห่งการคัดค้าน

ประเทศ	ข้อคัดค้านเกี่ยวกับรูปแบบ ³⁴				ข้อคัดค้านเกี่ยวกับสาระสำคัญ	ข้อคัดค้านเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับสิทธิบัตร
	ความชัดเจนของคำขอรับสิทธิบัตร ³⁵	การเปิดเผยการประดิษฐ์อย่างเพียงพอ	การแก้ไขคำขอ	การเปิดเผยข้อมูลประกอบคำขอ		
ไทย ³⁶	×	×	×	×	✓	✓
ออสเตรเลีย	✓	✓	×	×	✓	✓
ญี่ปุ่น	✓	✓	✓	×	✓	(เฉพาะเรื่องสัญญา)
สหรัฐอเมริกา	✓	✓	×	×	✓	×
อินเดีย ³⁷	✓	✓	×	✓	✓	✓
สิงคโปร์	✓	✓	✓	✓	✓	✓

³⁴ ตารางนี้อาจไม่ครอบคลุมข้อคัดค้านทั้งหมดในรายละเอียดที่กฎหมายรับรองให้ดำเนินการได้ในแต่ละประเทศ เนื่องจากเลือกนำเสนอเฉพาะประเด็นที่ปรากฏร่วมกันในหลายประเทศในลักษณะสรุปภาพรวม

³⁵ ความชัดเจนของคำขอรับสิทธิบัตร เช่น ข้อถ้อยสิทธิ หรือรายละเอียดการประดิษฐ์ ซึ่งรายละเอียดหลักเกณฑ์เรื่องความชัดเจนนี้ในกฎหมายของแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกัน

³⁶ เหตุแห่งการคัดค้านตามกฎหมายไทยฉบับปัจจุบันและร่างกฎหมายเหมือนกัน

³⁷ เหตุแห่งการคัดค้านในกระบวนการคัดค้านทั้งก่อนและหลังรับจดทะเบียนของอินเดียเหมือนกัน

5.4 อำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน

กระบวนการคัดค้านตามกฎหมายสิทธิบัตรไทยในปัจจุบันเป็นการพิจารณาจากเอกสารที่คู่กรณียื่นต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาภายในระยะเวลาที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนด ซึ่งกรมทรัพย์สินทางปัญญามีหน้าที่ส่งสำเนาเอกสารของคู่กรณีไปยังคู่กรณีอีกฝ่าย³⁸ โดยมีผู้ตรวจสอบเป็นผู้สรุปสาระสำคัญและพยานหลักฐานที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเสนอโดยผู้ตรวจสอบไม่อาจพิจารณาพยานหลักฐานอื่นที่คู่กรณีไม่ได้เสนอเข้ามาได้ เมื่อจัดทำร่างคำวินิจฉัย³⁹ แล้วจึงเสนอต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อวินิจฉัยและมีคำสั่ง⁴⁰ ส่วนในร่างพระราชบัญญัติกำหนดชัดเจนมากขึ้นถึงการที่อธิบดีมอบหมายพนักงานเจ้าหน้าที่⁴¹ เป็นผู้พิจารณาคำคัดค้านและคำโต้แย้ง รวมถึงจัดทำรายงานผลการพิจารณาเสนอต่ออธิบดี⁴² เมื่อการพิจารณากระบวนการคัดค้านนี้เป็นการพิจารณาทางปกครอง⁴³ จึงต้องเป็นไปตามหลักการและบทบัญญัติในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดเรื่องเอกสารที่ยื่นต่อเจ้าหน้าที่⁴⁴ การแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณา⁴⁵ การดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องของคำขอและความครบถ้วนของเอกสาร⁴⁶ แนวทางการพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงและพิจารณาพยานหลักฐาน⁴⁷ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับปัจจุบันให้อำนาจอธิบดีกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการนำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติม ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงการกำหนดหลักเกณฑ์อื่น ๆ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาในกระบวนการคัดค้าน ในปัจจุบัน จึงยังไม่มีประกาศที่กำหนดรายละเอียดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ส่วนร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมขอบเขตให้รวมถึงการพิจารณาคำคัดค้านหรือคำโต้แย้งด้วย ทำให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข เพิ่มเติมได้ นอกจากนี้

³⁸ มาตรา 31 วรรคสอง พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

³⁹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, “คู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร ฉบับปี พ.ศ. 2562” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.ipthailand.go.th/images/3534/PATENT/PatentDocument.pdf> [2 มกราคม 2564]

⁴⁰ มาตรา 33 และ 34 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

⁴¹ พนักงานเจ้าหน้าที่ในที่นี้อาจเป็นผู้ตรวจสอบหรืออาจเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่อื่นตามแนวทางการปฏิบัติงานของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

⁴² มาตรา 32/2 วรรคท้าย ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

⁴³ มาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁴⁴ มาตรา 26 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁴⁵ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁴⁶ มาตรา 27 วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁴⁷ มาตรา 28 และ 29 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรเคยมีบทบัญญัติที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาที่ได้รับมอบหมายเป็นคณะบุคคลไม่น้อยกว่าสามคนแต่ไม่เกินห้าคน แต่การแก้ไขดังกล่าวก็ตกไป⁴⁸

เมื่อศึกษารูปแบบของกระบวนการคัดค้านในต่างประเทศพบว่าอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้านมีหลักเกณฑ์ในส่วนที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการคัดค้านและระยะเวลาในการคัดค้าน และส่วนอื่น ๆ ที่เป็นลักษณะเฉพาะของประเทศ ซึ่งการกำหนดจำนวนผู้พิจารณาค่อนข้างมีความสัมพันธ์กับช่วงเวลาที่ทำให้บุคคลภายนอกสามารถโต้แย้งความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร โดยการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนมักจะใช้การพิจารณาโดยผู้พิจารณาที่ได้รับมอบหมายบุคคลเดียว ส่วนการคัดค้านหลังรับจดทะเบียนจะเป็นการพิจารณาโดยคณะกรรมการ ทั้งนี้เนื่องจากกรณีภายหลังรับจดทะเบียนเป็นการพิจารณาที่เกิดขึ้นหลังจากเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์ได้รับความคุ้มครองแล้ว กระบวนการอันกระทบต่อสิทธิที่ได้มาโดยกระบวนการตามกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อเจ้าของสิทธิ เช่น กำหนดห้ามไม่ให้ผู้ตรวจสอบที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเป็นคณะกรรมการพิจารณากระบวนการคัดค้าน ส่วนกระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนโดยหลักการแล้วเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรทำให้มีแนวโน้มที่กฎหมายจะกำหนดให้ลักษณะการดำเนินการคล้ายคลึงกับการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรโดยทั่วไปเพื่อไม่ให้เป็นการประวิงเวลารับจดทะเบียนเกินสมควร

อย่างไรก็ดี กฎหมายสิทธิบัตรในแต่ละประเทศบัญญัติรายละเอียดเรื่องอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาไว้แตกต่างกัน ในบางระบบสิทธิบัตร เช่น อินเดีย สิงคโปร์ แยกบทบาทหน้าที่ของผู้ตรวจสอบที่พิจารณากระบวนการคัดค้านกับผู้มีอำนาจทำคำวินิจฉัยออกจากกัน กล่าวคือ ผู้ตรวจสอบเป็นผู้พิจารณาและทำรายงานเสนอต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยเพื่อทำการวินิจฉัยต่อไป ซึ่งคล้ายคลึงกับแนวทางการพิจารณาของประเทศไทยในปัจจุบัน หรือการที่ผู้พิจารณาในกระบวนการคัดค้านของญี่ปุ่นจะพิจารณาแต่เพียงพยานหลักฐานอันเป็นเอกสารเท่านั้นเพื่อให้กระบวนการไม่ซับซ้อนและดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว การจัดประชุมหารือการบริหารจัดการคดีในกระบวนการพิจารณาเพิกถอนสิทธิบัตรของสิงคโปร์ที่กำหนดให้มีขึ้นเพื่อให้มีการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างคู่กรณี การตรวจสอบเบื้องต้นเพื่อกันการรื้อคดีคัดค้านหรือคำร้องก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาของญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกา ซึ่งการกั้นการรื้อคดีคัดค้านในเบื้องต้นปรากฏชัดในบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านของเขตอำนาจที่ให้คัดค้านหลังรับจดทะเบียน เป็นต้น แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ มีจุดร่วมเรื่องการให้ความสำคัญกับการให้ฝ่ายผู้คัดค้านหรือผู้ร้องและฝ่ายผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ทรงสิทธิบัตรมีโอกาสรับทราบข้อมูลและได้รับการรับฟังอย่างเท่าเทียมกัน และเรื่องการรับฟัง

⁴⁸ ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ฉบับที่เปิดรับฟังความเห็นของประชาชนในปี พ.ศ. 2561 เสนอเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 32/3 ซึ่งต่อมา ในปี พ.ศ. 2563 ประเด็นเรื่องจำนวนของผู้พิจารณาถูกตัดทอนออกไปจากร่างพระราชบัญญัติ

ประเด็นและพยานหลักฐานในกระบวนการคัดค้าน และโดยส่วนใหญ่แล้ว ไม่ว่าจะในระบบสิทธิบัตรที่ใช้กระบวนการคัดค้านรูปแบบใด พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาของสำนักงานสิทธิบัตรมีอำนาจตามกฎหมายสิทธิบัตรในการออกคำสั่งหรือข้อกำหนดต่าง ๆ เพื่อควบคุมให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความเรียบร้อย เหมาะสม และเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้โดยสรุปว่า กฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละเขตอำนาจมุ่งเน้นกำหนดเรื่องอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาไว้ให้สัมพันธ์กับเจตนารมณ์ของกระบวนการ เช่น การกำหนดจำนวนผู้พิจารณา การรับฟังพยานหลักฐานของผู้พิจารณา การพิจารณาประเด็นที่นอกเหนือจากที่ผู้คัดค้านหรือผู้ร้องเสนอเพื่อเป็นการตรวจสอบความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร การควบคุมระยะเวลาในการพิจารณาให้ไม่ยาวนานเกินความจำเป็น การตรวจสอบคำคัดค้านหรือคำร้องเบื้องต้น

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณา

ประเทศ	คณะพิจารณา	การรับฟังถ้อยคำ
ไทย	ปัจจุบัน: ✕	✕
	ร่างกฎหมาย: ✕	ยังไม่ปรากฏ
ออสเตรเลีย	✕	✓
ญี่ปุ่น	✓	✕
สหรัฐอเมริกา	✓	✓
อินเดีย	ก่อนรับจดทะเบียน: ✕	✓
	หลังรับจดทะเบียน: ✕	✓
สิงคโปร์	✕	✓

5.5 สิทธิหน้าที่ของคู่กรณี

ในกระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรไทย ผู้ขอรับสิทธิบัตรมีหน้าที่ต้องยื่นคำโต้แย้งภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้าน โดยไม่สามารถขอขยายระยะเวลาได้ หากผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่ดำเนินการภายในกำหนดระยะเวลา จะถือว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรละทิ้งคำขอรับสิทธิบัตร⁴⁹ แต่ไม่ได้กำหนดกรณีที่น่าจะเป็นเหตุให้ถือว่าผู้คัดค้านละทิ้งคำคัดค้าน นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรไทยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำคัดค้านและคำโต้แย้งไว้ในเบื้องต้น⁵⁰ และยังกำหนดให้คู่กรณี

⁴⁹ มาตรา 31 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

⁵⁰ ตามที่กำหนดไว้ในประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง กำหนดแบบพิมพ์คำขอแก้ไขเพิ่มเติม คำคัดค้าน คำโต้แย้ง คำอุทธรณ์ เอกสารหลักฐานประกอบคำขอดังกล่าว และจำนวนสำเนา ซึ่งออกโดยอาศัยความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร

สามารถแสดงพยานหลักฐานหรือแถลงเพิ่มเติมได้ภายในกำหนดระยะเวลา⁵¹ รวมถึงวิธีการในการนำพยานหลักฐานแต่ละประเภทมาแสดง⁵² โดยเมื่อมีคำวินิจฉัยในกระบวนการคัดค้านแล้ว คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ⁵³ และศาล⁵⁴ ได้ตามลำดับ

การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีในกระบวนการคัดค้านนั้นสัมพันธ์กับลักษณะสำคัญของกระบวนการคัดค้านว่าเป็นการดำเนินการแบบฝ่ายเดียวหรือแบบหลายฝ่าย รวมถึงวัตถุประสงค์ของกระบวนการคัดค้าน เนื่องจากกระบวนการคัดค้านที่เป็นแบบฝ่ายเดียวนั้น การโต้ตอบระหว่างผู้คัดค้านกับผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือเจ้าของสิทธิบัตรและบทบาทของแต่ละฝ่ายในกระบวนการมีไม่มากนัก ส่วนกระบวนการคัดค้านที่มีลักษณะแบบหลายฝ่ายและมุ่งเน้นให้กระบวนการคัดค้านเป็นกลไกระงับข้อพิพาทนั้นจะให้โอกาสแก่คู่กรณีในการโต้ตอบกัน และแก้ไขข้อผิดพลาดในระหว่างดำเนินการมากกว่า นอกจากนี้ คู่กรณีมีสิทธิในการแก้ไขคำคัดค้านหรือรายละเอียดการประดิษฐ์ภายในระยะเวลาที่เหมาะสมหรือภายใต้เงื่อนไขอื่น ๆ ส่วนผลของการที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หรือคู่กรณีประสงค์จะไม่ดำเนินการในกระบวนการคัดค้านส่วนใหญ่แล้วจะไม่ทำให้กระบวนการสิ้นสุดลง เช่น กระบวนการคัดค้านของออสเตรเลีย กระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนของอินเดีย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ให้กระบวนการคัดค้านเป็นการตรวจสอบความสมบูรณ์ของคำขอรับสิทธิบัตร

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี

ประเทศ	ลักษณะการพิจารณา	แก้ไขคำคัดค้าน	แก้ไขคำขอ	โต้ตอบคำโต้แย้ง	ถอนคำคัดค้าน	อุทธรณ์ต่อหน่วยงาน	อุทธรณ์ต่อศาล
ไทย	หลายฝ่าย	ปัจจุบัน: ✗	✗	✗	✗	✓	✓
	หลายฝ่าย	ร่างกฎหมาย: ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ	✓	✓
ออสเตรเลีย	หลายฝ่าย	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ญี่ปุ่น	ฝ่ายเดียว	✓	✓	✓	✓	✗	✓

⁵¹ มาตรา 32 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

⁵² พระราชบัญญัติสิทธิบัตรกำหนดให้การนำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติมเป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด ทั้งนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ออกแนวทางปฏิบัติมาเป็นการเฉพาะในประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง กำหนดแบบพิมพ์คำขอแก้ไขเพิ่มเติมคำคัดค้าน คำโต้แย้ง คำอุทธรณ์ เอกสารหลักฐานประกอบคำขอดังกล่าว และจำนวนสำเนา (ลงวันที่ 27 กันยายน 2542)

⁵³ มาตรา 72 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

⁵⁴ มาตรา 74 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

ประเทศ	ลักษณะการพิจารณา	แก้ไข คำคัดค้าน	แก้ไข คำขอฯ	โต้ตอบ คำโต้แย้ง	ถอน คำคัดค้าน	อุทธรณ์ต่อหน่วยงาน	อุทธรณ์ต่อศาล
สหรัฐอเมริกา	หลายฝ่าย	✓	✓	✓	✓	✗	✓
อินเดีย	หลายฝ่าย	ก่อนรับจดทะเบียน: ✗	✗	✗	✗	✗	✓
	หลายฝ่าย	หลังรับจดทะเบียน: ✗	✗	✓	✗	✗	✓
สิงคโปร์	หลายฝ่าย	✗	✓	✓	✓	✗	✓

ตารางที่ 6 เปรียบเทียบระยะเวลาในการโต้แย้งคำคัดค้าน

ประเทศ	ระยะเวลาโต้แย้ง	ระยะเวลาการส่งเอกสารประกอบการโต้แย้ง	ระยะเวลาแสดงหลักฐานประกอบการโต้แย้ง	ขอขยายระยะเวลาเพิ่มเติม
ไทย	ปัจจุบัน: 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนา คำคัดค้าน	-	30 วัน นับแต่วันที่ได้ยื่นโต้แย้ง	✗
	ร่างกฎหมาย: คงเดิม	ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ	ยังไม่ปรากฏ
ออสเตรเลีย	1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำแถลงเหตุแห่งการคัดค้าน	-	3 เดือน นับแต่วันที่พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งพยานหลักฐานทั้งหมดให้กับผู้ขอรับสิทธิบัตร	✓
ญี่ปุ่น	60-90 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการวินิจฉัยจากคณะผู้ตัดสิน	-	✗	✓
สหรัฐอเมริกา	3 เดือน นับแต่วันที่สำนักงานสิทธิบัตรรับคำร้อง PGR และวันที่กระบวนการ PGR เริ่มต้น	1 เดือน นับแต่วันที่กระบวนการ PGR เริ่มต้น	✗	✓
อินเดีย	ก่อนรับจดทะเบียน: 3 เดือน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งผลการพิจารณา	-	✗	✗
	หลังรับจดทะเบียน: 2 เดือน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำแถลงของผู้คัดค้าน	-	✗	✓

ประเทศ	ระยะเวลาโต้แย้ง	ระยะเวลาการส่งเอกสารประกอบการโต้แย้ง	ระยะเวลาแสดงหลักฐานประกอบการโต้แย้ง	ขอขยายระยะเวลาเพิ่มเติม
สิงคโปร์	3 เดือน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำร้องและคำแถลง	-	3 เดือน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาพยานหลักฐานของเจ้าของสิทธิบัตร	✓

6. วิเคราะห์ข้อจำกัดในการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทย

กระบวนการคัดค้านในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยฉบับปัจจุบันยังคงมีลักษณะและหลักเกณฑ์ที่กำหนดในบทบัญญัติคล้ายคลึงเดิม นับแต่บังคับใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตรเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2522 โดยมีการแก้ไขแต่เพียงการลดระยะเวลาในการคัดค้านเท่านั้น และถึงแม้จะมีหลักเกณฑ์บางส่วนเขียนไว้เป็นประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา แต่ก็ยังขาดแนวทางที่ชัดเจน ทั้งยังมีขอบเขตที่ทำให้คู่กรณีดำเนินการตามกฎหมายได้อย่างจำกัด อันเป็นอุปสรรคต่อการใช้ประโยชน์จากระบบสิทธิบัตรได้อย่างเต็มที่ แม้ประเทศไทยมีแนวนโยบายที่จะดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติให้เป็นปัจจุบันมาตั้งแต่ประมาณ พ.ศ. 2549 ในช่วงที่มีการวางแผนพัฒนากฎหมายสิทธิบัตร⁵⁵ แต่ก็ยังไม่ได้ดำเนินการจนแล้วเสร็จจนถึงปัจจุบัน ทั้งร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรที่อยู่ระหว่างการศึกษาพิจารณาในปัจจุบันจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้าน แต่ก็ยังไม่เพียงพอต่อการตอบสนองต่อยุทธศาสตร์ในการพัฒนาประเทศหรือสร้างความเป็นธรรมแก่คู่กรณีเท่าที่ควร

เมื่อวิเคราะห์ระบบกฎหมายไทย ซึ่งกระบวนการคัดค้านในฐานะที่เป็นกลไกหนึ่งของระบบสิทธิบัตรควรมีลักษณะที่จะยังประโยชน์แก่เศรษฐกิจและสังคม โดยให้ออกาสแก่บุคคลภายนอกในการเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบสิทธิบัตร ทั้งนี้ เมื่อเป้าหมายของกระบวนการคัดค้านเป็นการให้บุคคลภายนอกสามารถคัดค้านการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรได้ ทว่า บุคคลธรรมดาทั่วไปหรือองค์กรขนาดเล็กอาจมีข้อเสียเปรียบในเชิงความเชี่ยวชาญหรือทุนทรัพย์ในการดำเนินการ ทำให้ไม่สามารถใช้โอกาสในการคัดค้านได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของประเทศไทยที่ค่าขอรับสิทธิบัตรส่วนใหญ่เป็นของบริษัทต่างชาติหรือผู้ประกอบการรายใหญ่ ในขณะที่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากสิทธิบัตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยส่วนหนึ่งเป็นผู้ประกอบการรายย่อย⁵⁶ หรือองค์กร

⁵⁵ ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์, “วิเคราะห์ระบบการคัดค้านสิทธิบัตรของต่างประเทศ”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 2, 1 (2554), หน้า 4.

⁵⁶ ผู้ประกอบวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม รวมถึงวิสาหกิจเริ่มต้น ต่างเป็นผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากกฎหมายสิทธิบัตร ทั้งนี้ อ้างอิงจากข้อมูลประกอบการรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ... ซึ่ง

ที่ไม่แสวงหากำไรที่มีข้อเสียเปรียบในการดำเนินการดังกล่าว ดังนั้น นอกเหนือจากการที่บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านควรจะคำนึงถึงความสมดุลในการดำเนินการระหว่างสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตรกับบุคคลภายนอก กฎหมายยังควรสนับสนุนและผลักดันให้บุคคลที่มีข้อเสียเปรียบสามารถใช้โอกาสตามกฎหมายและสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกระบวนการได้ในส่วนการวิเคราะห์นี้จะแยกหัวข้อตามองค์ประกอบของกระบวนการคัดค้าน ได้แก่ ข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลาและการขยายระยะเวลา (6.1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับผู้คัดค้าน (6.2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับเหตุแห่งการคัดค้าน (6.3) ข้อจำกัดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน (6.4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี (6.5)

6.1 ข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลาและการขยายระยะเวลา

การกำหนดช่วงเวลาในการคัดค้านให้เป็นกระบวนการคัดค้านรูปแบบก่อนหรือหลังรับจดทะเบียน หรือกระทั่งการกำหนดให้มีกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันในวงการวิชาการมาโดยตลอด เมื่อพิจารณาว่าวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยมุ่งหมายให้กระบวนการคัดค้านเป็นกลไกที่เสริมการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรของผู้ตรวจสอบ โดยเฉพาะในการนำเอกสารหรือข้อมูลที่อยู่นอกเหนือระบบที่ผู้ตรวจสอบใช้ในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร เพื่อให้กระบวนการคัดค้านช่วยให้กระบวนการตรวจสอบมีความสมบูรณ์มากขึ้น และเป็นการกลั่นกรองสิทธิบัตรที่จะได้รับจดทะเบียนให้เป็นที่น่าเชื่อถือต่อสาธารณชนว่าสิทธิบัตรนั้นชอบด้วยกฎหมายก่อนที่ผู้มีสิทธิในการประดิษฐ์จะสามารถบังคับใช้สิทธิในการประดิษฐ์ได้⁵⁷ ทั้งกระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนยังเป็นกลไกที่มีความยุ่งยากซับซ้อนน้อยกว่ากระบวนการคัดค้านหลังรับจดทะเบียนหรือกระบวนการเพิกถอน⁵⁸ และไม่สร้างภาระเกินควรแก่ผู้ที่มีสิทธิในการประดิษฐ์ กระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนจึงน่าจะเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยที่สำนักงานสิทธิบัตรมีทรัพยากรบุคคลและข้อมูลที่จำกัด รวมถึงสภาพสังคมที่ประกอบด้วยผู้ประกอบการที่มีทุนทรัพย์ไม่สูงและผู้ได้รับผลกระทบที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือหน่วยงานเพื่อสังคมแล้ว

จัดทำโดยกองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา ณ วันที่ 25 กันยายน 2563 นอกจากนี้ ข้อมูลการสัมภาษณ์ผู้ปฏิบัติงานด้านสิทธิบัตรยังมีส่วนที่คำนึงถึงมุมมองของผู้ประกอบการรายย่อย ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรและประสงค์จะดำเนินการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร

⁵⁷ สัมภาษณ์ ปาริชาติ โมโนกุล, ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา, 19 พฤษภาคม 2565.

⁵⁸ กระบวนการคัดค้านหลังรับจดทะเบียนเป็นการให้คัดค้านภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผลอาจนำไปสู่การเพิกถอนสิทธิบัตรเช่นเดียวกับกระบวนการเพิกถอน ทว่า กระบวนการเพิกถอนเป็นกระบวนการที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา สามารถดำเนินการ ณ เวลาใดก็ได้ ภายหลังจากสิทธิบัตรได้รับจดทะเบียนแล้ว ทั้งนี้ เมื่อทั้งสองกระบวนการเกิดขึ้นภายหลังการรับจดทะเบียน การดำเนินการจึงมักจะมีความยุ่งยากซับซ้อน

ส่วนประเด็นเกี่ยวกับจำนวนระยะเวลาที่สามารถคัดค้านได้ ซึ่งทั้งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรที่บังคับใช้ในปัจจุบันและร่างพระราชบัญญัติต่างก็กำหนดจำนวนระยะเวลาไว้ 90 วัน แม้การปรับเปลี่ยนช่วงเวลาที่ทำให้คัดค้านได้อาจทำให้บุคคลภายนอกมีระยะเวลามากขึ้นในการติดตามการยื่นขอรับสิทธิบัตรและการประกาศโฆษณาคำขอรับสิทธิบัตร ทว่า ระยะเวลา 90 วันยังคงอาจเป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างสั้น ในมุมมองของผู้ประกอบการรายย่อย⁵⁹ หรือในมุมมองขององค์กรพัฒนาเอกชน (Non-governmental organization) หรือองค์กรทางสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการคัดค้านสิทธิบัตรยา ข้อมูลที่เกี่ยวข้องมีปริมาณมากและต้องอาศัยการวิเคราะห์ที่ซับซ้อน ในขณะที่การรับจดทะเบียนสิทธิบัตรยานี้จะมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของประชาชนในการเข้าถึงยา⁶⁰ โดยเครือข่ายนักวิชาการและภาคประชาสังคมเสนอว่าควรเพิ่มระยะเวลาการยื่นคัดค้านเป็น 180 วัน เพื่อให้ผู้คัดค้านมีเวลามากขึ้นในการจัดเตรียมข้อมูลและเอกสาร ซึ่งในบางกรณีผู้คัดค้านต้องใช้เวลาในการแปลเอกสารประกอบคำคัดค้านที่เป็นภาษาอังกฤษให้เป็นภาษาไทย⁶¹ ในจำนวนคำขอรับสิทธิบัตรที่มูลนิธิเข้าถึงเอดส์ประสงค์จะคัดค้านทั้งสิ้นประมาณ 24 คำขอรับสิทธิบัตร มูลนิธิสามารถยื่นคัดค้านได้ภายในระยะเวลาเพียง 5 คำขอ ซึ่งปัจจุบันมูลนิธิใช้การยื่นเอกสารแสดงความเห็นต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาแทน⁶² การยื่นคัดค้านไม่ทันภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนี้อาจเกิดขึ้นจากปัจจัยหลายประการ เช่น การเตรียมข้อมูลคัดค้านต้องใช้เวลามาก หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือบุคคลภายนอกอาจยังไม่รู้ถึงการขอรับจดทะเบียนสิทธิบัตรหรือยังไม่อาจประเมินมูลค่าของการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตร ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินใจดำเนินกระบวนการคัดค้าน ระยะเวลาในการคัดค้านจึงเป็นข้อจำกัดหนึ่งสำหรับบุคคลภายนอกที่ต้องการจะคัดค้าน

นอกจากนี้ การกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านที่เริ่มนับแต่วันที่ประกาศโฆษณาจะรับจดทะเบียนสิทธิบัตรตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรเป็นแนวทางเดียวกับกรณีศึกษากระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรของออสเตรเลีย แม้ว่าระบบสิทธิบัตรออสเตรเลียจะกำหนดระยะเวลาให้คัดค้านภายใน 3 เดือนคล้ายคลึงกับของประเทศไทยที่กำหนดไว้ 90 วัน แต่ผู้คัดค้านในกระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรออสเตรเลียยังมีระยะเวลาเพิ่มเติมอีก 6 เดือน ซึ่งประกอบด้วยระยะเวลา

⁵⁹ สัมภาษณ์ อุษา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

⁶⁰ สัมภาษณ์ เฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล, ผู้จัดการโครงการรณรงค์การเข้าถึงยา มูลนิธิเข้าถึงเอดส์, 11 พฤษภาคม 2565.

⁶¹ ความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ที่ประกาศรับฟังความคิดเห็นผ่านเว็บไซต์ตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน 2563 ถึง 31 ตุลาคม 2563 โดยเครือข่ายนักวิชาการและองค์กรภาคประชาสังคมในเรื่องการเข้าถึงยา

⁶² สัมภาษณ์ เฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล, ผู้จัดการโครงการรณรงค์การเข้าถึงยา มูลนิธิเข้าถึงเอดส์, 11 พฤษภาคม 2565.

3 เดือนในการยื่นเอกสารประกอบการคัดค้าน และระยะเวลา 3 เดือนในการนำพยานหลักฐานมาแสดง⁶³ และสามารถขอขยายระยะเวลาเพิ่มเติมอีกได้⁶⁴ ซึ่งแม้มีประเด็นปัญหาเรื่องความจำเป็นของการอนุญาตให้ขยายระยะเวลา แต่การขยายระยะเวลาอาจมีความเหมาะสมในบางกรณี เช่น การรวบรวมและเสนอพยานหลักฐานที่สนับสนุนมูลเหตุแห่งการคัดค้านที่เป็นข้อบกพร่องเชิงเทคนิค⁶⁵

แม้กระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนอาจถูกใช้ในการประวิงเวลาการรับจดทะเบียนและบุคคลภายนอกก็มีระยะเวลาเตรียมการตั้งแต่ที่คำขอรับสิทธิบัตรประกาศโฆษณาเป็นครั้งแรกจนถึงการประกาศโฆษณาครั้งที่สองแล้วก็ตาม แต่ระยะเวลาที่กำหนดให้บุคคลภายนอกดำเนินการตั้งแต่นำคดีคัดค้านไปจนถึงการยื่นพยานหลักฐานโดยรวมไม่ควรเป็นระยะเวลาที่สั้นจนเกินไป เนื่องจากจะทำให้ผู้คัดค้านดำเนินการได้ไม่เต็มที่ ซึ่งระยะเวลาในการดำเนินการคัดค้านเป็นองค์ประกอบที่มีผลอย่างมากในกรณีกระบวนการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียน⁶⁶ กฎหมายควรกำหนดระยะเวลาอันเพียงพอแก่บุคคลภายนอกในการประเมินและวิเคราะห์คำขอรับสิทธิบัตร รวบรวมข้อมูล จัดเตรียมข้อมูลและเอกสารคัดค้าน ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ผู้คัดค้านส่งผลต่อพยานหลักฐานที่ผู้คัดค้านจะสามารถนำมาอ้างในกระบวนการพิจารณา ทั้งยังมีกรณีที่พยานหลักฐานอาจยังไม่ปรากฏหรือต้องใช้เวลาในการวิเคราะห์และรวบรวม เช่น พยานหลักฐานในการแสดงให้เห็นว่าการประดิษฐ์นั้นสามารถประยุกต์ใช้ได้จริง⁶⁷ หากบุคคลภายนอกมีระยะเวลาที่จำกัดเกินไปทำให้ไม่อาจเตรียมการคัดค้านได้อย่างเต็มที่ ส่งผลให้อาจมีการพิจารณาคัดค้านที่คลาดเคลื่อนจากความจริงหรือมีน้ำหนักน้อย ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกไม่สามารถใช้โอกาสทำให้เกิดศักยภาพได้ตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการ ทั้งนี้ การกำหนดระยะเวลาเพิ่มเติมในการดำเนินการเมื่อเริ่มกระบวนการคัดค้านแล้วเป็นการทำให้ผู้คัดค้านมีระยะเวลามากขึ้นในการจัดเตรียมเอกสารหรือข้อมูลประกอบการคัดค้าน โดยที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรได้รับผลกระทบจากระยะเวลาดำเนินการภายหลังยื่นคัดค้านแล้วไม่

⁶³ Regulations 5.5 (2) (3) of Patents Regulations 1991 made under the Patents Act 1990

Regulations 5.8 (1)(b) of Patents Regulations 1991 made under the Patents Act 1990

⁶⁴ Regulations 5.9 of Patents Regulations 1991 made under the Patents Act 1990

⁶⁵ Kimberlee Weatherall; Fiona Rotstein; Chris Dent; Andrew Christie, “Patent Oppositions in Australia: The Facts”, in **University of New South Wales Law Journal**, p.110.

⁶⁶ Carlos M. Correa, “Tackling the Proliferation of Patents to Avoid Limitations to Competition,” [online] Updated: August 2014. Available from : <https://www.southcentre.int/research-paper-52-august-2014/> [13 June 2022]

⁶⁷ Janet Freilich, “The Replicability Crisis in Patent Law”, in **Indiana Law Journal** 95, 2 (2020), p.436.

มากเท่ากับระยะเวลาที่ให้นัดคดีขึ้น เนื่องจากกรอบระยะเวลาในการคัดค้านยังคงเป็นระยะเวลาที่ไม่นานเพื่อไม่เป็นการประวิงเวลารับจดทะเบียน เพียงแต่เพิ่มเติมระยะเวลาให้ผู้คัดค้านมีระยะเวลาในการดำเนินการมากขึ้น เพื่อความสมบูรณ์ถูกต้องของการคัดค้าน

ดังนั้น การเพิ่มระยะเวลาให้บุคคลภายนอกดำเนินการจึงน่าจะทำให้กระบวนการมีความเป็นธรรมต่อบุคคลภายนอกมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บุคคลหรือองค์กรที่มีทุนทรัพย์น้อย เช่น ผู้ประกอบการรายย่อย มหาวิทยาลัย มูลนิธิ หรือองค์กรไม่แสวงหากำไร กระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยจึงควรกำหนดให้มีระยะเวลาเพิ่มเติมขึ้นจากเดิม โดยอาจเพิ่มระยะเวลาให้ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านในรายละเอียดและพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ต้องใช้เวลาในการรวบรวมและจัดเตรียม หากระยะเวลาในการคัดค้านเพิ่มขึ้นและบุคคลภายนอกมีโอกาสคัดค้านได้มากขึ้น กระบวนการคัดค้านน่าจะช่วยป้องกันการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรที่ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายได้มากขึ้น⁶⁸ และเป็นผลดีต่อสังคมโดยรวมด้วย

6.2 ข้อจำกัดเกี่ยวกับผู้คัดค้าน

บทบัญญัติเรื่องผู้คัดค้านตามกฎหมายสิทธิบัตรไทยในปัจจุบันกำหนดให้บุคคลใดคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรได้ ทว่า ในทางปฏิบัติ ผู้คัดค้านส่วนใหญ่เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับคำขอรับสิทธิบัตรที่คัดค้าน หากร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรได้บังคับใช้ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะต้องตรวจสอบก่อนว่าผู้คัดค้านเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่⁶⁹ การจำกัดให้ผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้นเป็นผู้คัดค้านน่าจะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการคัดค้านที่เจตนาประวิงเวลาการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร⁷⁰ การกำหนดเงื่อนไขการมีส่วนได้เสียอาจเป็นการลดข้อกั่วงวลในการป้องกันผู้ที่มีเจตนาไม่สุจริตยื่นคัดค้านเพื่อประวิงเวลาการได้รับการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของการประดิษฐ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี กระบวนการคัดค้านมีเจตนารมณ์ในการให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบสิทธิบัตร การกำหนดให้เป็น “บุคคลใด” จะเป็นการเสริมสร้างโอกาสให้กับบุคคลภายนอกในการพัฒนาชีวิตความเป็นอยู่หรือสังคมโดยการขจัดการผูกขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบัญญัติด้วยทศโดยใช้คำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” น่าจะเป็นการจำกัดให้ตีความรวมเฉพาะผู้มีส่วนได้เสียที่ได้รับผลกระทบโดยตรงและต้องอาศัยการตีความ ทำให้อาจเกิดความไม่ชัดเจนในกระบวนการ ทั้งการจำกัดเฉพาะแต่ผู้มีส่วนได้เสียเป็นการลดบทบาทของสาธารณะในการเข้าไปมี

⁶⁸ สัมภาษณ์ ผู้จัดการด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

⁶⁹ สัมภาษณ์ จักรกฤษณ์ เจริญพงศ์, เลขานุการคณะกรรมการสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานอุทธรณ์ 3 กองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

⁷⁰ สัมภาษณ์ ปาริชาติ โมโนกุล, ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา, 19 พฤษภาคม 2565.

ส่วนร่วมในกระบวนการตรวจสอบอันเป็นวัตถุประสงค์ของกระบวนการคัดค้าน และแม้ขอบเขตของการมีส่วนได้เสียตามที่เขียนไว้ในคู่มือการตรวจสอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะค่อนข้างกว้าง แต่การกำหนดเงื่อนไขการมีส่วนได้เสียน่าจะสร้างข้อจำกัดแก่บุคคลภายนอกในการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เพิ่มขึ้นตอนในการพิจารณารับคำคัดค้าน และทำให้กระบวนการคัดค้านมีความซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งขัดแย้งกับหลักการที่กระบวนการคัดค้านควรเป็นกระบวนการที่สามารถเริ่มต้นได้ง่าย

นอกจากนี้ ในทัศนะของผู้เชี่ยวชาญ บุคคลใด ๆ ในสังคมต่างเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการผูกขาดการประดิษฐ์ด้วยสิทธิบัตร การที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลใดคัดค้านเป็นการเปิดกว้างโอกาสในการคัดค้าน⁷¹ การกำหนดให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียเท่านั้นน่าจะเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ยื่นคัดค้าน⁷² กระบวนการคัดค้านจึงไม่ควรมียกข้อจำกัดในเรื่องคุณสมบัติของผู้ยื่นคำคัดค้านเพื่อเป็นการเปิดกว้างแก่สาธารณชนทั่วไปในการเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบสิทธิบัตร⁷³ ยิ่งไปกว่านั้น กระบวนการคัดค้านควรให้ความสำคัญกับพยานหลักฐานประกอบการคัดค้านมากกว่ามุ่งพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้คัดค้าน เนื่องจากในท้ายที่สุดแล้ว หากมีการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรที่ไม่สมควรได้รับจดทะเบียน ก็จะกระทบต่อสังคมโดยรวม จึงควรเปิดกว้างให้บุคคลใดมีสิทธิที่จะคัดค้านได้⁷⁴ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตรยังไม่ควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอันเป็นการเพิ่มเติมเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้คัดค้านให้มีความซับซ้อน เพื่อให้กระบวนการคัดค้านสามารถดำเนินการได้ง่ายและเปิดโอกาสให้สาธารณชนอย่างเต็มที่

6.3 ข้อจำกัดเกี่ยวกับเหตุแห่งการคัดค้าน

การกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านควรพิจารณาจากประเด็นที่กระทบหรืออาจกระทบต่อสิทธิอันชอบธรรมของเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์ และผลประโยชน์ของสังคมโดยรวม เช่น หลักการคุ้มครองสิทธิ หลักการแลกเปลี่ยน (Quid pro quo) ที่สังคมจะได้รับประโยชน์อย่างคุ้มค่าจากการให้เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์สามารถผูกขาดการประดิษฐ์ได้ หลักการเปิดเผยอย่างเพียงพอ (Sufficiency) ซึ่งผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิบัตรจากกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ในสังคมต่างเห็นว่าการกำหนดให้สามารถคัดค้านได้เฉพาะแต่ในประเด็นที่เป็นสาระสำคัญของการประดิษฐ์และสิทธิในการ

⁷¹ สัมภาษณ์ ที่ปรึกษาอาวุโสด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

⁷² สัมภาษณ์ อุษชา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

⁷³ ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์, “วิเคราะห์ระบบระบบการคัดค้านสิทธิบัตรของต่างประเทศ”, **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ**, หน้า 20.

⁷⁴ สัมภาษณ์ ผู้จัดการด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

ขอรับสิทธิบัตรเพียงพอแล้ว เนื่องจากข้อบกพร่องเชิงรูปแบบพิธีการในกระบวนการขอรับสิทธิบัตร น่าจะเป็นประเด็นที่ผู้ตรวจสอบสามารถตรวจสอบได้อยู่แล้ว ทั้งการเปิดให้คัดค้านในประเด็นที่ไม่ใช่สาระสำคัญโดยตรงอาจทำให้ผู้ใช้กระบวนการคัดค้านประวิงเวลารับจดทะเบียนสิทธิบัตร⁷⁵ ส่วนข้อบกพร่องเรื่องความขัดแย้งเป็นประเด็นที่พิจารณาโดยใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจสอบเป็นสำคัญ⁷⁶ ซึ่งอาจแตกต่างกันไปรายบุคคล ทำให้มาตรฐานการตัดสินมีความไม่แน่นอนและไม่ชัดเจน⁷⁷ นอกจากนี้ การกำหนดมูลเหตุแห่งการคัดค้านที่มีขอบเขตกว้าง เช่น การให้คัดค้านเรื่องความขัดแย้ง เป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตร⁷⁸ จึงอาจไม่เหมาะสมที่จะเปิดให้คัดค้านได้โดยง่าย

ในทางปฏิบัติ คำคัดค้านโดยมากมักจะอ้างถึงเรื่องความใหม่หรือขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น ซึ่งการพิสูจน์และพิจารณาความใหม่หรือขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นอาศัยพยานหลักฐานข้อมูลประกอบ เพื่อแสดงข้อเท็จจริง ส่วนการโต้แย้งเรื่องสิทธิขอรับสิทธิบัตรนั้นมีไม่มาก⁷⁹ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้รับรองให้ยกประเด็นระยะเวลาการถือสิทธิวันยื่นคำขอครั้งแรกตามมาตรา 19 ทวิ หรือความสมบูรณ์ รัศกุน ชัดแจ้งตามมาตรา 17 เป็นมูลเหตุในการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร⁸⁰ แต่ประเด็นดังกล่าวกลับปรากฏในคำคัดค้าน และยังเป็นประเด็นที่บุคคลภายนอกใช้อ้างอิงในหนังสือแสดงความเห็นต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา⁸¹ แสดงให้เห็นว่าประเด็นเหล่านี้มีความสำคัญในการดำเนินการสำหรับบุคคลภายนอก การจำกัดมูลเหตุแห่งการคัดค้านแต่เพียงหลักเกณฑ์สาระสำคัญของการประดิษฐ์หรือสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจไม่เพียงพอต่อการให้กระบวนการคัดค้านเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการเป็นกลไกที่ช่วยกลั่นกรองคำขอรับสิทธิบัตรที่จะรับจดทะเบียนให้มีความสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมายมากที่สุด และเป็นช่องทางให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบได้

⁷⁵ สัมภาษณ์ ปาริชาติ โมโนกุล, ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา, 19 พฤษภาคม 2565.

⁷⁶ สัมภาษณ์ จักรกฤษณ์ เจริญพงศ์, เลขานุการคณะกรรมการสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานอุทธรณ์ 3 กองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

⁷⁷ สัมภาษณ์ ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์, รักษาการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมาย หัวหน้ากลุ่มงานยุทธศาสตร์ด้านสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานคัดค้านและกักกับการจดทะเบียน กองสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

⁷⁸ สัมภาษณ์ อุษา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁰ ตัวอย่างกรณีการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 0801001634 ผู้คัดค้านอ้างมาตรา 19 ทวิ ประกอบมาตรา 14 เพื่อยกประเด็นว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่ใช่ผู้ขอรับสิทธิบัตรที่ขอถือสิทธิจึงไม่สามารถอ้างขอถือสิทธิวันยื่นคำขอครั้งแรกได้ อย่างไรก็ตาม การคัดค้านดังกล่าวยังไม่ได้ผลการพิจารณา จึงยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่ากรมทรัพย์สินทางปัญญามีแนวทางการพิจารณาหรือควินิจฉัยอย่างไรในกรณีนี้และการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1301004863 ผู้คัดค้านยกประเด็นเรื่องความสมบูรณ์ รัศกุน ชัดแจ้ง มาในคำคัดค้านด้วย และผู้ตรวจสอบก็ได้พิจารณาประเด็นดังกล่าวและอธิบดีฯ ได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 345/2561 ด้วย

⁸¹ สัมภาษณ์ เฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล, ผู้จัดการโครงการรณรงค์การเข้าถึงยา มูลนิธิเข้าถึงเอดส์, 11 พฤษภาคม 2565.

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำขอรับสิทธิบัตร เช่น ความสมบูรณ์ รัศุม ชัดแจ้ง เป็นข้อที่ผู้ตรวจสอบดำเนินการตรวจสอบตั้งแต่ในขั้นการตรวจสอบเบื้องต้น ทว่า ด้วยภาระงานและปริมาณคำขอรับสิทธิบัตรที่มีมากอาจทำให้เกิดช่องว่างในการตรวจสอบขึ้นได้ และแม้ความละเอียดรอบคอบของผู้ตรวจสอบในการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเป็นปัจจัยหนึ่งที่กระทบต่อคุณภาพสิทธิบัตร แต่ยังมีปัจจัยอื่น ๆ อีก เช่น แนวโน้มที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะร่างคำขอรับสิทธิบัตรที่กว้างและคลุมเครือเพื่อให้ได้มาซึ่งความคุ้มครองที่มีขอบเขตกว้าง⁸² หลักเกณฑ์เรื่องการเปิดเผยอย่างชัดเจนเพียงพอให้ผู้ที่มีความชำนาญในระดับสามัญสามารถปฏิบัติตามได้ควรถือว่าเป็นสาระสำคัญไม่ใช่เพียงรูปแบบการไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงไม่ควรเป็นเพียงเหตุที่เพิกคำขอรับสิทธิบัตรเท่านั้น แต่ยังคงควรเป็นเหตุที่เพิกถอนสิทธิบัตรได้อีกด้วย⁸³ เช่นเดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการขอถือสิทธิวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตรครั้งก่อน ซึ่งเดิมอธิบดีมีอำนาจสั่งยกคำขอรับสิทธิบัตรในกรณีที่เมื่อตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรแล้วพบว่าคำขอรับสิทธิบัตรไม่ชอบด้วยมาตรา 5 มาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 11 หรือมาตรา 14⁸⁴ เมื่อร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตรขยายขอบเขตโดยรวมถึงเพิ่มเติมมาตรา 16 และมาตรา 17 เข้ามา⁸⁵ แสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความสำคัญต่อความคุ้มครองสิทธิบัตร ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้กำหนดให้สามารถอ้างเหตุเหล่านี้ได้ในกระบวนการอื่น เช่น การรับฟังความเห็นบุคคลที่สาม หรือการเพิกถอนสิทธิบัตร แต่อย่างไรก็ตาม ทำให้บุคคลภายนอกที่สังเกตเห็นข้อบกพร่องเหล่านี้ไม่สามารถดำเนินการให้มีการแก้ไขหรือปรับปรุงคำขอรับสิทธิบัตรได้ อันส่งผลเสียต่อสาธารณะประโยชน์ หลักเกณฑ์เหล่านี้จึงสมควรถูกนำมาพิจารณาเพิ่มเติมเป็นเหตุในการคัดค้านด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ประเทศไทยอาจนำแนวทางในการกำหนดมูลเหตุในการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรในระบบสิทธิบัตรออสเตรเลียมาเป็นต้นแบบ เนื่องจากกระบวนการคัดค้านของไทยและออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกันหลายประการ ทั้งในเรื่องวัตถุประสงค์ของกระบวนการคัดค้าน อันนำไปสู่ระยะเวลาในการคัดค้านและมูลเหตุในการคัดค้านที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันที่ใกล้เคียงกัน

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบมูลเหตุในการคัดค้านตามกฎหมายสิทธิบัตรไทยกับมูลเหตุในการคัดค้านตามระบบสิทธิบัตรอื่น ๆ พบว่า มูลเหตุในการคัดค้านตามกฎหมายไทยค่อนข้างจำกัดแคบกว่าของประเทศอื่น ๆ รวมถึงประเทศออสเตรเลียที่ใช้กระบวนการคัดค้านรูปแบบเดียวกันกับประเทศไทย การจำกัดมูลเหตุแห่งการคัดค้านเป็นการลดทอนโอกาสของบุคคลภายนอกในการ

⁸² Greg Reilly, “Amending Patent Claims”, in *Harvard Journal of Law & Technology* 32, 1 (2018), p.30.

⁸³ *Biogen Inc v Medeva plc* [1997] RPC 1

⁸⁴ มาตรา 30 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

⁸⁵ มาตรา 32/1 ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ ...) พ.ศ.

คัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร แม้มูลเหตุแห่งการคัดค้านที่กว้างขึ้นอาจทำให้กระทบต่อสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตร หรืออาจเป็นการเพิ่มภาระงานของกรมทรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรเป็นการผูกขาดวิทยาการในช่วงหนึ่งอันกระทบต่อสังคมในการที่จะใช้วิทยาการนั้นได้ตามสมควร หากการผูกขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเด็นใดที่มีผลต่อสาธารณประโยชน์ บุคคลภายนอกควรมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านได้โดยชอบ อันเป็นการส่งเสริมโอกาสในการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ ซึ่งเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์มีหน้าที่ต่อสังคมในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดไว้ใน การขอรับสิทธิบัตร ทั้งกรมทรัพย์สินทางปัญญามีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักเกณฑ์นั้น โดยกฎหมายอาจมีมาตรการอื่นในการป้องกันหรือลงโทษผู้ที่คัดค้านโดยไม่มีมูลและโดยมีเจตนาไม่สุจริตเพื่อให้การคัดค้านที่มีมูลอย่างแท้จริงสามารถดำเนินการได้ ข้อบกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบพิธีการในกระบวนการขอรับสิทธิบัตร เช่น หลักเกณฑ์การบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์หรือข้อถ้อยสิทธิ หลักเกณฑ์การขอถ้อยสิทธิวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร จึงควรได้รับการพิจารณาเพิ่มเติมเข้าไปในบทบัญญัติเพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถยกขึ้นมาเป็นเหตุในการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรได้

6.4 ข้อจำกัดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายสิทธิบัตรต่างประเทศพบว่ากฎหมายสิทธิบัตรไทยไม่ว่าจะในระดับพระราชบัญญัติหรือประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญาไม่ได้กำหนดรายละเอียดการดำเนินการพิจารณากระบวนการคัดค้านหรืออำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้านไว้ โดยในปัจจุบันการพิจารณากระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทยเป็นการพิจารณาจากเอกสารเป็นหลักและไม่มีขั้นตอนพิจารณาวินิจฉัยกระบวนการคัดค้านระหว่างคู่กรณี ซึ่งกลุ่มผลประโยชน์เห็นว่าการพิจารณาจากเอกสารมีความเหมาะสมและเพียงพอกับบริบทของประเทศไทยแล้ว⁸⁶ เนื่องจากการไปให้ถ้อยคำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาในทางปฏิบัติไม่น่าค่อยเป็นนิยม แต่กฎหมายก็ควรกำหนดให้คู่กรณีมีโอกาสในการเข้าไปให้ถ้อยคำได้⁸⁷

ส่วนประเด็นเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณานั้น ตัวแทนกลุ่มผลประโยชน์ในระบบสิทธิบัตรมีความเห็นที่แตกต่างกัน ในมุมมองขององค์กรทางสังคม พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณามีหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ของประเทศชาติ ซึ่งรวมถึงการป้องกัน

⁸⁶ สัมภาษณ์ เฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล, ผู้จัดการโครงการรณรงค์การเข้าถึงยา มูลนิธิเข้าถึงเอดส์, 11 พฤษภาคม 2565.

สัมภาษณ์ อุษษา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

⁸⁷ สัมภาษณ์ ปาริชาติ โมโนกุล, ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา, 19 พฤษภาคม 2565.

การผูกขาดยารักษาโรคโดยไม่เป็นธรรมอันกระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงยารักษาโรคของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจึงควรดำเนินการคัดค้านโดยมุ่งให้เกิดความสุจริตยุติธรรมมากที่สุด หากมีเอกสารอื่นใดเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่คู่กรณีเสนอที่แสดงให้เห็นว่าคำขอรับสิทธิบัตรนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้พิจารณาควรพิจารณาเอกสารดังกล่าวด้วย⁸⁸ และการค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมอาจทำให้ผู้พิจารณาเข้าใจประเด็นในคำคัดค้านได้ดียิ่งขึ้นด้วย⁸⁹ แต่กลุ่มผลประโยชน์อื่น ๆ เห็นว่าการพิจารณากระบวนการคัดค้านควรจำกัดอยู่ที่ประเด็นที่คู่กรณียกขึ้นมา เนื่องจากกระบวนการคัดค้านและกระบวนการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเป็นกระบวนการต่างหากจากกัน⁹⁰ รวมถึงข้อกังวลว่าการอ้างอิงเอกสารเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่คู่กรณีใช้จะทำให้ขอบเขตการพิจารณากว้างและไม่ตรงประเด็น⁹¹ และอาจเป็นการทำให้กระบวนการตรวจสอบโดยรวมล่าช้า⁹² โดยถ้าหากผู้พิจารณาต้องการข้อมูลเพิ่มเติม กฎหมายควรกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณามีอำนาจในการเรียกเอกสารเพิ่มเติมจากคู่กรณี หรือเรียกให้คู่กรณีมาให้ถ้อยคำหรือชี้แจง⁹³ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณากระบวนการคัดค้านเคยมีกรณีที่ผู้พิจารณาค้นคว้าเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณาคำคัดค้านและคำโต้แย้ง ซึ่งแม้จะไม่ปรากฏในคำวินิจฉัย แต่ก็ถูกกล่าวถึงในรายงานความเห็นของผู้พิจารณา โดยผู้พิจารณาให้เหตุผลในการตรวจค้นเพิ่มเติมว่าเพื่อความรอบคอบในการพิจารณา⁹⁴ กรณีตัวอย่างนี้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการค้นหาข้อมูลเอกสารเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณา

แม้การพิจารณาเอกสารอื่น ๆ นอกเหนือจากที่คู่กรณีเสนอเข้ามาอาจเป็นการเพิ่มภาระงานของผู้พิจารณา และทำให้ระยะเวลาการพิจารณายาวนานมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อ

⁸⁸ สัมภาษณ์ เฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล, ผู้จัดการโครงการรณรงค์การเข้าถึงยา มูลนิธิเข้าถึงเอดส์, 11 พฤษภาคม 2565.

⁸⁹ สัมภาษณ์ อุษชา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

⁹⁰ สัมภาษณ์ ปาริชาติ โมโนกุล, ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา, 19 พฤษภาคม 2565.

⁹¹ สัมภาษณ์ ที่ปรึกษาอาวุโสด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

⁹² สัมภาษณ์ จักรกฤษณ์ เจริญพงศ์, เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานอุทธรณ์ 3 กองกฎหมายกรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

⁹³ สัมภาษณ์ อุษชา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

⁹⁴ เช่น การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1401000753 ผู้คัดค้านเสนอประเด็นว่าการประดิษฐ์ตามคำขอรับสิทธิบัตรไม่เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และไม่ขึ้นการประดิษฐ์สูงขึ้น ซึ่งผู้ตรวจสอบที่พิจารณากระบวนการคัดค้านได้บรรยายในรายงานที่เสนอต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่า ผู้ตรวจสอบได้ตรวจค้นฐานข้อมูลสิทธิบัตรเพิ่มเติมและพบว่าการประดิษฐ์ที่ถูกคัดค้านนั้นได้รับการจดทะเบียนสิทธิบัตรแล้วในประเทศญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ ซึ่งผลของการคัดค้านนี้ตามคำวินิจฉัยของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 333/2561 ปรากฏว่าอธิบดีฯ เห็นควรยกคำคัดค้าน

กระบวนการคัดค้านมีวัตถุประสงค์เพื่อถ่วงดุลอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ไม่ได้รับจดทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมทรัพย์สินทางปัญญาผู้ทำการพิจารณา มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบให้เป็นที่น่าพอใจว่าคำขอรับสิทธิบัตรที่จะรับจดทะเบียนสิทธิบัตรนั้นชอบด้วยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอย่างแท้จริง และเมื่อซึ่งน้ำหนักระหว่างการกระทบต่อสิทธิของเจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์ที่ถูกคัดค้านกับประโยชน์ของสาธารณชน การปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณชนน่าจะเป็นจุดมุ่งหมายประการสำคัญของกระบวนการคัดค้านเพื่อให้ระบบสิทธิบัตรสมดุล ผู้พิจารณาจึงควรตรวจสอบเอกสารข้อมูลอื่น ๆ เพิ่มเติมเท่าที่มีความจำเป็นและเหมาะสมแก่กรณีเพื่อขจัดข้อสงสัยในการรับจดทะเบียนสิทธิบัตร การพิจารณาตรวจสอบที่รอบคอบนี้ยังมีผลดีแก่ผู้ขอรับสิทธิบัตรด้วยเช่นกันในกรณีที่คำขอรับสิทธิบัตรนั้นชอบด้วยกฎหมายและสามารถรับจดทะเบียนได้ โดยทำให้สิทธิตามสิทธิบัตรของผู้ขอรับสิทธิบัตรมีความหนักแน่น ยิ่งไปกว่านั้น การพิจารณากระบวนการคัดค้านควรเป็นไปตามหลักการพิจารณาทางปกครองที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอาจตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณีตามความเหมาะสม⁹⁵ และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่เห็นว่าจำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นหลักการไต่สวน⁹⁶ ด้วยเหตุผลและหลักการเดียวกันนี้ ในกรณีที่ผู้พิจารณาพบว่าคำขอรับสิทธิบัตรมีข้อบกพร่องอื่นใดที่ผู้คัดค้านไม่ได้กล่าวอ้างในคำคัดค้าน⁹⁷ หรือในกรณีที่ผู้คัดค้านละทิ้งหรือขอยกเลิกคำคัดค้าน กฎหมายสิทธิบัตรควรกำหนดให้ผู้พิจารณาพิจารณากระบวนการคัดค้านต่อไปโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อสังคมโดยรวม และประโยชน์อันจะเกิดแก่ระบบสิทธิบัตรและประเทศ

ประเด็นต่อมา เรื่องอำนาจการเรียกให้คู่กรณีในกระบวนการคัดค้านนำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติม กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้กำหนดบทบัญญัติไว้ในการพิจารณาชั้นอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา แต่มีการบัญญัติไว้ในการพิจารณาชั้นคณะกรรมการ⁹⁸ แม้จะนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายปกครองมาบังคับใช้ เช่น กรณีเรียกให้คู่กรณีจัดทำคำแปลบางส่วน โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับภาษาที่ใช้ในเอกสารที่ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณา และให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาในการเรียกให้คู่กรณีในการพิจารณาจัดทำคำแปลเป็นภาษาไทยที่มีการรับรองความถูกต้องหรือเจ้าหน้าที่

⁹⁵ มาตรา 28 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁹⁶ มาตรา 29 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁹⁷ ซึ่งกฎหมายสิทธิบัตรไทยในปัจจุบันไม่ได้รับรองให้ผู้คัดค้านสามารถดำเนินการเช่นนั้นได้

⁹⁸ มาตรา 73 พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ

ผู้พิจารณาจะยอมรับเอกสารที่สร้างขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศก็ได้⁹⁹ นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ผู้คัดค้านนำเสนอคำแปลเอกสารประกอบคำคัดค้าน ภายหลังจากที่สิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดให้ผู้คัดค้านได้รวมถึงระยะเวลาที่กำหนดให้ผู้คัดค้านส่งเอกสารเพิ่มเติมได้ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาได้รับประกอบการพิจารณา และยังจัดส่งคำแปลดังกล่าวให้กับผู้ขอรับสิทธิบัตรด้วย¹⁰⁰ และกรณีที่ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านประกอบเอกสารอ้างอิงภาษาต่างประเทศ ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณา มีหนังสือแจ้งให้ผู้คัดค้านจัดทำคำแปลภาษาไทยเฉพาะแต่ส่วนที่มีความสำคัญในการพิจารณา ผู้คัดค้านจึงยื่นคำแถลงเพิ่มเติมประกอบคำคัดค้านเพื่อส่งคำแปลภาษาไทยดังกล่าว¹⁰¹ กรณีตัวอย่างเหล่านี้แสดงถึงความจำเป็นของเอกสารเพิ่มเติมต่อการพิจารณา ซึ่งคู่กรณีหรือผู้พิจารณาอาจทราบถึงความจำเป็นดังกล่าวภายหลังจากที่สิ้นสุดระยะเวลาที่ให้ผู้กรณียื่นเอกสารเพิ่มเติมได้ และทำให้มีข้อสังเกตได้ว่าการเรียกเอกสารเพิ่มเติมเป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในกระบวนการคัดค้าน ทว่าแนวทางการปรับใช้ในการพิจารณายังคงขาดความชัดเจนและไม่แน่นอน ทำให้เกิดความลักลั่นในการพิจารณาและไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีที่อาจเสียโอกาสในการนำเสนอเอกสารหลักฐานที่เป็นข้อมูลสำคัญต่อการพิจารณา อันเป็นการสร้างข้อจำกัดในการดำเนินการของทั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาและคู่กรณี จึงควรมีบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตรที่ชัดเจนถึงอำนาจของผู้พิจารณาในการเรียกเอกสารเพิ่มเติมจากคู่กรณี หรือพิจารณาเอกสารที่คู่กรณียื่นเข้ามาเพิ่มเติมภายหลังจากกำหนดระยะเวลา

ส่วนประเด็นเรื่องจำนวนผู้พิจารณา ด้วยภาระงานในปัจจุบันและข้อจำกัดเรื่องทรัพยากรบุคคลของกรมทรัพย์สินทางปัญญา ผู้พิจารณาคนเดียวน่าจะมีความเหมาะสมกับบริบทปัจจุบันของประเทศไทยแล้ว แม้ว่าอาจมีข้อเสนอให้กำหนดผู้พิจารณาเป็นองค์คณะ¹⁰² หรือให้ผู้ตรวจสอบที่รับผิดชอบตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการเพื่อให้เป็นการร่วมกันตรวจสอบ¹⁰³ โดยการร่วมกันพิจารณาเป็นคณะทำงานน่าจะทำให้มีการแสดงความเห็นและทัศนะที่หลากหลายในกระบวนการพิจารณา¹⁰⁴ อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุผลเรื่องทรัพยากรข้างต้น ประกอบกับ

⁹⁹ เช่น การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1301004863 พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรียกให้ผู้คัดค้านยื่นคำแปลภาษาไทยของเอกสารที่ผู้คัดค้านยื่นประกอบคำคัดค้านโดยให้แปลเฉพาะในส่วนที่ยกขึ้นมาอ้างอิงในคำคัดค้าน พร้อมกำหนดระยะเวลาให้ดำเนินการภายใน 30 วัน นอกจากนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณายังได้จัดส่งสำเนาเอกสารคำแปลให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรทราบอีกด้วย

¹⁰⁰ การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1201003585

¹⁰¹ การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1301002058

¹⁰² สัมภาษณ์ ผู้จัดการด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

¹⁰³ สัมภาษณ์ ที่ปรึกษาอาวุโสด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

¹⁰⁴ สัมภาษณ์ อุษษา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

รูปแบบของกระบวนการคัดค้านที่เกิดขึ้นก่อนรับจดทะเบียน และเพื่อความสะดวกรวดเร็วของกระบวนการ การพิจารณาโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายนายเดียวเสนอต่ออธิบดีเพื่อให้มีคำวินิจฉัยน่าจะเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยแล้ว ทว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาอาจกำหนดแนวทางการพิจารณาในลักษณะเป็นนโยบายการดำเนินการงานภายในให้มีการตั้งคณะทำงาน โดยไม่บัญญัติเป็นกฎหมาย¹⁰⁵ และเมื่อมีการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรแล้ว อาจกำหนดให้มีการตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนของคำคัดค้านและเอกสารหลักฐานเบื้องต้น¹⁰⁶ เพื่อลดทอนปัญหาคำคัดค้านที่ไม่สมควรแก่การนำมาพิจารณา¹⁰⁷ อันเป็นการช่วยลดภาระงานของของกรมทรัพย์สินทางปัญญาโดยการปฏิเสธคำคัดค้านที่ไม่ถูกต้องหรือไม่มีมูลอย่างแน่แท้

ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาควรมีความชัดเจนและมุ่งเน้นให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่ายโดยเท่าเทียมกัน โดยให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกระบวนการคัดค้านตามกฎหมายที่มุ่งหมายให้กระบวนการคัดค้านเป็นช่องทางให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการประดิษฐ์และป้องกันการรับจดทะเบียนสิทธิบัตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ตามแนวคิดเพื่อพัฒนาศักยภาพมนุษย์ รัฐมีบทบาทและหน้าที่ในการจัดสรรทรัพยากรทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้ผู้ที่ขาดแคลนทรัพยากรกว่าในสังคมสามารถพัฒนาศักยภาพของตนได้¹⁰⁸ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบันยังขาดความชัดเจนและรายละเอียด ทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาอาจดำเนินการกระบวนการคัดค้านได้อย่างไม่เต็มที่ และส่งผลต่อภาพรวมของกระบวนการคัดค้าน รวมถึงกระทบต่อการดำเนินการของคู่กรณี แม้อาจนำบทบัญญัติของกฎหมายปกครองมาปรับใช้ แต่การกำหนดรายละเอียดโดยเฉพาะสำหรับกระบวนการคัดค้านน่าจะก่อให้เกิดความชัดเจนและเหมาะสมกับการดำเนินการ หรืออาจบูรณาการกฎหมายปกครองประกอบกับกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเพิ่มเติมเท่าที่จำเป็น เพื่อให้ผู้ปฏิบัติงานสามารถดำเนินการให้กระบวนการมีความโปร่งใสและเป็นธรรม

¹⁰⁵ สัมภาษณ์ ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์, รัชการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมาย หัวหน้ากลุ่มงานยุทธศาสตร์ด้านสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานคัดค้านและกำกับการจดทะเบียน กองสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

¹⁰⁶ สัมภาษณ์ ผู้จัดการด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

¹⁰⁷ ดั่งเช่นกรณีการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1501004350 ซึ่งผู้ขอรับสิทธิบัตรโต้แย้งว่าผู้คัดค้านแนบรายละเอียดประกอบการคัดค้านไม่ครบถ้วน ทำให้เป็นเอกสารที่ไม่สมบูรณ์ โดยผู้ขอรับสิทธิบัตรยังกล่าวอ้างอีกว่าผู้คัดค้านอาจมีเจตนาใช้การคัดค้านประวิงเวลาตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตร

¹⁰⁸ Brett M. Frischmann, “Capabilities, Spillovers, and Intellectual Progress: Toward a Human Flourishing Theory for Intellectual Property”, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, p.24.

6.5 ข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี

สิทธิหน้าที่ของคู่กรณี เช่น สิทธิในการได้รับแจ้ง และโอกาสในการดำเนินการต่าง ๆ ไม่มีรายละเอียดมากนักในบทบัญญัติของกฎหมายไทย เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตรกำหนดไว้เพียงให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาส่งสำเนาคำคัดค้านไปยังผู้ขอรับสิทธิบัตร และแจ้งคำวินิจฉัยและคำสั่งไปยังผู้คัดค้านและผู้ขอรับสิทธิบัตร ซึ่งการแจ้งคำวินิจฉัยและคำสั่งในกรณียกคำคัดค้านนั้นยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติ ทั้งยังไม่ได้มีการบัญญัติถึงการส่งสำเนาคำโต้แย้งไปยังผู้คัดค้าน สำเนายานหลักฐานที่คู่กรณียื่นเข้ามาเพิ่มเติม รวมถึงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการถอนคำคัดค้านหรือถอนคำขอรับสิทธิบัตรระหว่างกระบวนการคัดค้าน และสิทธิในการแก้ไขคำคัดค้านหรือคำขอรับสิทธิบัตรในระหว่างกระบวนการคัดค้าน

นอกจากนี้ ระยะเวลาที่กำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรยื่นคำโต้แย้งนั้นค่อนข้างจำกัด ซึ่งผู้ขอรับสิทธิบัตรมีระยะเวลา 90 วัน นับจากวันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้าน ในการศึกษาวิเคราะห์คำคัดค้านและเตรียมคำโต้แย้ง ประกอบกับระยะเวลาที่ให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรส่งเอกสารหลักฐานเพิ่มเติมได้กำหนดไว้ 30 วันนับแต่วันที่ได้อ่านโต้แย้ง โดยที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่อาจขอขยายระยะเวลา หรือขออนุญาตยื่นเอกสารเพิ่มเติมเพื่อประกอบกระบวนการคัดค้านได้ในภายหลัง แม้ผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจยื่นเอกสารใด ๆ ประกอบการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรได้ในขณะที่คำขอรับสิทธิบัตรอยู่ระหว่างกระบวนการคัดค้าน¹⁰⁹ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติห้ามไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ยื่นภายหลังกำหนดระยะเวลา แม้การเพิ่มระยะเวลาในการโต้แย้งอาจเป็นการทำให้การรับจดทะเบียนใช้เวลานานขึ้น แต่ผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจเลือกที่จะได้รับระยะเวลาในการเตรียมคำโต้แย้งที่มากขึ้นเพื่อให้สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มที่ ทั้งการกำหนดให้การไม่ยื่นคำโต้แย้งภายในระยะเวลาถือว่าเป็นการที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรละทิ้งคำขอรับสิทธิบัตรเป็นผลที่ร้ายแรงเกินกว่าเหตุ การไม่โต้แย้งน่าจะเพียงแต่ทำให้สำนักงานสิทธิบัตรสามารถพิจารณาเฉพาะแต่เอกสารของผู้คัดค้านไปเพียงฝ่ายเดียวได้¹¹⁰

เมื่อเปรียบเทียบกับระยะเวลาที่คู่กรณีสามารถดำเนินการได้ในระบบสิทธิบัตรออสเตรเลีย ที่มีลักษณะของกระบวนการคัดค้านใกล้เคียงกัน ซึ่งกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรสามารถนำพยาน

¹⁰⁹ หากเป็นการดำเนินกระบวนการคัดค้านตามร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งการคัดค้านอยู่ภายหลังกระบวนการตรวจสอบ ผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจไม่สามารถยื่นเอกสารในลักษณะนี้ได้อีก

¹¹⁰ สัมภาษณ์ ทักษอร สมบูรณ์ทรัพย์, รัชการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมาย หัวหน้ากลุ่มงานยุทธศาสตร์ด้านสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานคัดค้านและกำกับการจดทะเบียน กองสิทธิบัตร กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

หลักฐานมาแสดงการโต้แย้งภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งพยานหลักฐานทั้งหมดให้กับผู้ขอรับสิทธิบัตร¹¹¹ ส่วนผู้คัดค้านต้องยื่นคำแถลงเหตุแห่งการคัดค้านและสำเนาเอกสารประกอบคำคัดค้านภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ยื่นคำคัดค้าน และนำพยานหลักฐานมาสนับสนุนการคัดค้านภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้คัดค้านยื่นคำแถลงเหตุผลและเอกสารอื่น ๆ¹¹² โดยคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถขอขยายระยะเวลาในการนำพยานหลักฐานมาแสดงได้¹¹³ ในขณะที่คู่กรณีในกระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรของประเทศไทยมีระยะเวลา 30 วันเท่านั้น นับแต่วันยื่นคำคัดค้านหรือวันยื่นคำโต้แย้งแล้วแต่กรณี ในการยื่นคำขอนำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติม¹¹⁴ ดังนั้น คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะผู้คัดค้าน มีระยะเวลาในดำเนินการที่ค่อนข้างจำกัด อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้ดำเนินการได้มีความสำคัญต่อคู่กรณีเนื่องจากมีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐาน และพยานหลักฐานเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการพิจารณาชี้คำวินิจฉัยของสำนักงานสิทธิบัตรในกระบวนการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร คู่กรณีอาจจำเป็นต้องใช้เวลาในการแสวงหาข้อมูลและจัดเตรียมพยานหลักฐาน รวมถึงอาจมีกรณีที่คู่กรณีมีความจำเป็นที่ต้องยื่นพยานหลักฐานภายหลังจากที่ระยะเวลาที่ให้ดำเนินการได้สิ้นสุดไปแล้ว เช่น กรณีทราบถึงพยานหลักฐานในภายหลัง ประเทศไทยจึงควรเพิ่มระยะเวลาที่ให้นำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติม¹¹⁵ โดยอาจเป็นการเพิ่มระยะเวลาให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย หรือกำหนดให้มีการขอขยายระยะเวลาได้

นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรไทยไม่ได้เปิดโอกาสให้ผู้คัดค้านสามารถโต้ตอบคำโต้แย้งได้ ทำให้ผู้คัดค้านไม่มีโอกาสในการโต้แย้งหรือให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำโต้แย้งนั้น¹¹⁶ ในขณะที่กระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรส่วนใหญ่ที่นำมาเป็นกรณีศึกษา ผู้คัดค้านสามารถตอบโต้ได้อีก ซึ่งการให้ผู้คัดค้านโต้ตอบคำโต้แย้งของผู้ขอรับสิทธิบัตรได้เป็นการให้โอกาสผู้คัดค้านได้นำเสนอประเด็นเพิ่มเติมเพื่อแก้ประเด็นของผู้ขอรับสิทธิบัตร สอดคล้องกับลักษณะของกระบวนการแบบหลายฝ่ายที่เป็นการดำเนินการแบบมีคู่กรณี และถ้าหากจะกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรสามารถ

¹¹¹ หรืออาจจะนับจากวันที่ผู้คัดค้านยื่นพยานหลักฐาน (Instalment) ครั้งสุดท้าย หรือวันที่ผู้พิจารณาแจ้งผู้ขอรับสิทธิบัตรว่าได้มีการนำพยานหลักฐานมาแสดงทั้งหมดแล้ว

Regulations 5.8 (2) of Patents Regulations 1991 made under the Patents Act 1990

¹¹² Regulations 5.8 (1)(b) of Patents Regulations 1991 made under the Patents Act 1990

¹¹³ Regulations 5.9 of Patents Regulations 1991 made under the Patents Act 1990

¹¹⁴ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ ประกอบกับข้อ 10 และข้อ 11 ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง กำหนดแบบพิมพ์คำขอแก้ไขเพิ่มเติมคำคัดค้าน คำโต้แย้ง คำอุทธรณ์ เอกสารหลักฐานประกอบคำขอดังกล่าว และจำนวนสำเนา (ลงวันที่ 27 กันยายน 2542)

¹¹⁵ สัมภาษณ์ ที่ปรึกษาอาวุโสด้านทรัพย์สินทางปัญญา หน่วยงานด้านการวิจัย, 25 พฤษภาคม 2565.

¹¹⁶ สัมภาษณ์ เฉลิมศักดิ์ กิตติตระกูล, ผู้จัดการโครงการรณรงค์การเข้าถึงยา มูลนิธิเข้าถึงเอดส์, 11 พฤษภาคม 2565.

ตอบโต้คำโต้ตอบของผู้คัดค้านได้อีกก็อาจมีความเหมาะสม ดังเช่นที่กำหนดในกระบวนการคัดค้าน คำขอรับสิทธิบัตรอสเตรเลีย เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสนำเสนอประเด็นของตนได้อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ การให้คู่กรณีสลับกันโต้ตอบซึ่งกันและกันเพิ่มเติมอาจทำให้ระยะเวลาของกระบวนการคัดค้าน ยาวนานขึ้น ซึ่งทำให้การรับจดทะเบียนล่าช้าเพิ่มเติมอีก การกำหนดระยะเวลาในการโต้ตอบจึงมีความสำคัญ รวมถึงการกำหนดขอบเขตประเด็นที่ให้โต้ตอบได้อาจมีความจำเป็น

ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการคัดค้านของประเทศไทยเป็นการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียน ในระหว่างที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร ผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคำขอรับสิทธิบัตรก็ได้ เช่น การยื่นสำเนาสิทธิบัตรต่างประเทศเพื่อประกอบการตรวจสอบ¹¹⁷ ซึ่งในกรณีนี้ แม้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ที่พิจารณากระบวนการคัดค้านจะไม่ได้อ้างถึงการยื่นเอกสารดังกล่าว แต่การอนุญาตให้มีการยื่นเอกสารเข้ามารวมในแฟ้มคำขอรับสิทธิบัตรที่อยู่ระหว่างกระบวนการคัดค้านอาจกระทบต่อการพิจารณาของผู้พิจารณา ซึ่งส่งผลต่อการมีคำวินิจฉัย และกระทบกับคู่กรณีที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณา เมื่อกระบวนการคัดค้านของประเทศไทย มีลักษณะเป็นการดำเนินการแบบหลายฝ่าย ผู้คัดค้านจึงควรได้รับทราบถึงเอกสารใด ๆ ที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรยื่นเข้ามาในระหว่างที่กระบวนการคัดค้านยังไม่เสร็จสิ้น และควรได้รับสำเนาเอกสารดังกล่าว

ประเด็นต่อมา เรื่องการแก้ไขคำคัดค้านโดยผู้คัดค้าน หรือการแก้ไขรายละเอียดการประดิษฐ์ของคำขอรับสิทธิบัตรโดยผู้ขอรับสิทธิบัตร ไม่ได้มีบัญญัติชัดเจนสำหรับกระบวนการคัดค้าน ในขณะที่กฎหมายสิทธิบัตรต่างประเทศมักจะกำหนดหลักเกณฑ์และระยะเวลาในการดำเนินการไว้ โดยในทางปฏิบัติ สำนักงานสิทธิบัตรมีแนวทางดำเนินการกรณีผู้ขอรับสิทธิบัตรขอแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรในระหว่างกระบวนการคัดค้านสามแนวทาง แนวทางแรก คือ สำนักงานสิทธิบัตรพิจารณากระบวนการคัดค้านด้วยข้อถ้อยสิทธิเดิมโดยไม่กล่าวถึงข้อถ้อยสิทธิที่ขอแก้ไข และแนวทางที่สองเป็นกรณีที่สำนักงานสิทธิบัตรอนุญาตให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแก้ไขข้อถ้อยสิทธิและพิจารณากระบวนการคัดค้านโดยใช้ข้อถ้อยสิทธิที่แก้ไขนั้น ส่วนแนวทางสุดท้ายนั้น สำนักงานสิทธิบัตรอนุญาตให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแก้ไขข้อถ้อยสิทธิโดยแจ้งให้ผู้คัดค้านทราบถึงการแก้ไขข้อถ้อยสิทธิ และให้โอกาสผู้คัดค้านยื่นความเห็นเพิ่มเติมได้¹¹⁸ ทั้งนี้ ความไม่ชัดเจนในการดำเนินการกรณีผู้ขอรับ

¹¹⁷ ตัวอย่าง การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 0901000364 ผู้ขอรับสิทธิบัตรยื่นหนังสือขอยื่นสำเนาเอกสารต่างประเทศ ได้แก่ สำเนาสิทธิบัตรญี่ปุ่น และสำเนาสิทธิบัตรเกาหลี พร้อมคำแปลภาษาไทยของข้อถ้อยสิทธิ ต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาในขณะที่กระบวนการคัดค้านยังดำเนินการอยู่

¹¹⁸ สัมภาษณ์ จักรกฤษณ์ เจริญพงศ์, เลขานุการคณะกรรมการสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานอุทธรณ์ 3 กองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

สิทธิบัตรขอแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรในระหว่างกระบวนการคัดค้านนี้อาจหมดไปในกรณีกระบวนการคัดค้านตามร่างพระราชบัญญัติ เนื่องจากกระบวนการคัดค้านเป็นการดำเนินการภายหลังจากกระบวนการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ขอรับสิทธิบัตรอาจไม่สามารถแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรได้อีก¹¹⁹ ทว่า เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์อาจมีความประสงค์แก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อตัดทอนส่วนที่มีปัญหา¹²⁰ การอนุญาตให้แก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรในระหว่างกระบวนการคัดค้านได้น่าจะเป็นธรรมแก่ผู้ขอรับสิทธิบัตร และอาจเป็นความประสงค์ที่แท้จริงของผู้คัดค้านด้วย¹²¹ ในขณะเดียวกัน ถ้าผู้ขอรับสิทธิบัตรสามารถแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรในระหว่างกระบวนการคัดค้านได้ ผู้คัดค้านสมควรได้รับแจ้งถึงการแก้ไขดังกล่าวนี้ หากผู้คัดค้านไม่ได้รับแจ้งถึงการขอแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตร ผู้คัดค้านไม่อาจดำเนินการโต้แย้งใดได้และเสียโอกาสในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรนั้น¹²² เช่นนี้ก็น่าจะไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้คัดค้าน

แม้การแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรหลังประกาศโฆษณาครั้งที่หนึ่งหรือครั้งที่สองซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เปิดให้คัดค้านตามกฎหมายสิทธิบัตรปัจจุบันหรือร่างกฎหมาย จะยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิตามสิทธิบัตร เนื่องจากยังไม่ได้มีการรับจดทะเบียน แต่อาจนำเอาข้อดีข้อเสียของการแก้ไขสิทธิบัตรมาใช้ประกอบการวิเคราะห์ได้ ดังนั้น การแก้ไขภายใต้เงื่อนไขแห่งการไม่เพิ่มเติมสาระสำคัญนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกระบวนการคัดค้าน มักจะเป็นการลดขอบเขตความคุ้มครองหรือทำให้ขอบเขตความคุ้มครองมีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งอาจทำให้เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์บังคับใช้สิทธิได้แคบกว่าเดิม แต่การกำหนดให้เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์สามารถแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรหรือสิทธิบัตรได้เป็นการรักษาสมดุลระหว่างการกระตุ้นให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นกับสิทธิของ

¹¹⁹ สัมภาษณ์ จักรกฤษณ์ เจริญพงศ์, เลขานุการคณะกรรมการสิทธิบัตร และหัวหน้ากลุ่มงานอุทธรณ์ 3 กองกฎหมาย กรมทรัพย์สินทางปัญญา, 31 พฤษภาคม 2565.

¹²⁰ สัมภาษณ์ ปาริชาติ โมโนกุล, ทนายความด้านทรัพย์สินทางปัญญา, 19 พฤษภาคม 2565.

¹²¹ ตัวอย่างกรณีที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรยื่นขอแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรมาพร้อมกับคำโต้แย้ง เช่น **การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1201002954** ซึ่งผู้ขอรับสิทธิบัตรยื่นคำโต้แย้งพร้อมกับขอแก้ไขข้อถ้อยสิทธิและรายละเอียดการประดิษฐ์ โดยผู้ขอรับสิทธิบัตรแสดงเหตุผลสนับสนุนการขอแก้ไขเพิ่มเติมว่า เพื่อระงับปัญหาที่ผู้คัดค้านยกขึ้นเป็นมูลเหตุในการขอให้เพิกถอนคำขอรับสิทธิบัตรและเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้นทั้งนี้ กรมทรัพย์สินทางปัญญายังไม่มีคำวินิจฉัยกรณีการคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตรนี้ หรือ**การคัดค้านคำขอรับสิทธิบัตร เลขที่ 1301002058** ที่ผู้คัดค้านบรรยายมาในคำคัดค้านว่า หากมีการแก้ไขข้อถ้อยสิทธิที่ 1 ให้ระบุเฉพาะเจาะจงมากยิ่งขึ้นว่าเป็นขยะของเสียร่วมกับกากตะกอน ข้อถ้อยสิทธิจะมีความชัดเจนยิ่งขึ้นและการประดิษฐ์จะมีความใหม่ ซึ่งผู้ขอรับสิทธิบัตรก็ได้ดำเนินการขอแก้ไขข้อถ้อยสิทธิมาพร้อมกับคำโต้แย้ง โดยในคำวินิจฉัยของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ 388/2562 ปรากฏการวินิจฉัยความใหม่ของการประดิษฐ์โดยพิจารณาจากข้อถ้อยสิทธิที่ 1 ที่แก้ไขนั้น และมีคำวินิจฉัยเห็นควรยกคำคัดค้าน

¹²² สัมภาษณ์ อุษา สุขแสนไกรสร, ผู้จัดการอาวุโส บริษัท กฎหมายเอสซีจี จำกัด, 29 มิถุนายน 2565.

สาธารณชน¹²³ ทั้งการแก้ไขโดยลดขอบเขตความคุ้มครองอาจใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการระงับข้อพิพาทหรือข้อถกเถียงโดยเร็วอันเป็นการลดค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดจากการดำเนินการ¹²⁴ ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายของคู่กรณีหรือค่าใช้จ่ายของรัฐในกระบวนการ เนื่องจากการแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตรอาจเป็นที่พอใจแก่คู่กรณีอันนำไปสู่การถอนคำคัดค้านหรือยกเลิกกระบวนการคัดค้าน การพิจารณากระบวนการคัดค้านจึงอาจไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป¹²⁵ อย่างไรก็ตาม การให้โอกาสแก้ไขได้อาจเป็นการส่งเสริมโดยอ้อมให้เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์ร่างข้อถ้อยสิทธิที่กว้างหรือคลุมเครือในการขอรับสิทธิบัตร¹²⁶ ทว่า เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์อาจจำเป็นต้องให้มีการแก้ไขข้อถ้อยสิทธิหรือส่วนอื่นของคำขอรับสิทธิบัตรเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในการร่างคำขอรับสิทธิบัตร ซึ่งการร่างสิทธิบัตรโดยละเอียดให้ปราศจากข้อผิดพลาดได้นั้นใช้ค่าใช้จ่ายสูง

ส่วนเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์นั้นไม่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายสิทธิบัตร แต่ในทางปฏิบัติ ผู้คัดค้านมีภาระการพิสูจน์ว่าเอกสารที่ใช้ในการอ้างอิงเป็นเอกสารที่เผยแพร่ก่อนวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร และพิสูจน์ให้สำนักงานสิทธิบัตรเห็นว่าการประดิษฐ์ตามคำขอรับสิทธิบัตรที่ถูกคัดค้านเป็นการประดิษฐ์อย่างเดียวกับที่เปิดเผยไว้ในเอกสารที่อ้างถึงในคำคัดค้าน นอกจากนี้ นอกเหนือจากเรื่องสิทธิในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อคณะกรรมการและศาลตามลำดับขั้นตอนซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนเหมาะสมแล้ว เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสิทธิเท่าเทียมกันในการอุทธรณ์โดยไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับผลการพิจารณา สิทธิอื่น ๆ ของคู่กรณีที่น่าจะช่วยให้เกิดความเป็นธรรมในกระบวนการคัดค้านดังเช่นที่กำหนดในกฎหมายสิทธิบัตรต่างประเทศ เช่น สิทธิในการให้ถ้อยคำหรือเข้าชี้แจงต่อสำนักงานสิทธิบัตร สิทธิในการได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในกระบวนการคัดค้าน ยังไม่ปรากฏชัดในกฎหมายสิทธิบัตรไทย โดยสิทธิในการเข้าชี้แจงหรือให้ถ้อยคำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอาจมีความจำเป็นในบางกรณี เช่น ประเด็นที่คัดค้านหรือประเด็นที่ได้แย้งมีความซับซ้อน

เมื่อกระบวนการคัดค้านมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการรับจดทะเบียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจึงควรส่งเสริมให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ เช่น การให้ยื่นพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณากรณีมีพฤติการณ์พิเศษ หรือการเพิ่มระยะเวลาที่ให้

¹²³ Greg Reilly, “Amending Patent Claims”, in *Harvard Journal of Law & Technology*, p.20.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁵ Chris Dent, “Opposing What - Nature, Purposes and Questions of Reform of the Opposition Decision in the Patent System”, in *Flinders Law Journal*, p.12.

¹²⁶ Greg Reilly, “Amending Patent Claims”, in *Harvard Journal of Law & Technology*, p.43.

สามารถยื่นพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ การอนุญาตให้แก้ไขคำคัดค้านหรือคำขอรับสิทธิบัตรในระหว่างกระบวนการคัดค้าน การให้โอกาสโต้ตอบเพิ่มเติมในกรณีต่าง ๆ เช่น กรณีผู้ขอรับสิทธิบัตรแก้ไขคำขอรับสิทธิบัตร หรือยื่นเอกสารเพิ่มเติมที่เสนอประเด็นใหม่นอกเหนือจากประเด็นในคำคัดค้าน การได้รับแจ้งถึงเอกสารที่คู่กรณีอีกฝ่ายยื่นเข้ามาในระหว่างการศึกษา การให้คู่กรณีเข้าชี้แจงหรือให้ถ้อยคำ

จึงอาจกล่าวได้โดยสรุปว่า ในเรื่องสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีในกระบวนการคัดค้าน หากพิจารณาจากมุมมองที่มุ่งพัฒนาศักยภาพของมนุษย์ ผู้ที่มีความสามารถน้อยกว่า เช่น หน่วยงานที่มีทุนทรัพย์ในการดำเนินกระบวนการคัดค้านไม่มาก ควรได้รับการสนับสนุนให้สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มที่ โดยกฎหมายควรลดทอนข้อจำกัดหรืออุปสรรคเพื่อให้กระบวนการคัดค้านนำไปสู่ผลลัพธ์ตามเจตนารมณ์ ในขณะที่เจ้าของสิทธิในการประดิษฐ์ก็สมควรได้รับความเป็นธรรมให้สามารถรักษาสิทธิอันชอบธรรมของตน โดยยังคงปฏิบัติหน้าที่ทางสังคมอันจำเป็นต่อการพัฒนากระบวนการคัดค้านจึงควรมีความชัดเจนและไม่ซับซ้อนยุ่งยากจนเกินไป แม้การพิจารณาในลักษณะใดส่วนโดยให้คู่กรณีไปปรากฏต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาพร้อมกันน่าจะเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย แต่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายควรได้รับโอกาสอย่างเพียงพอในการแสดงความคิดเห็นของตนโดยการได้รับแจ้งถึงข้อมูลสำคัญและได้รับโอกาสในการโต้ตอบต่าง ๆ ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาและมีคำวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อศึกษาแนวทางการกำหนดองค์ประกอบต่าง ๆ ในกระบวนการคัดค้านในระบบสิทธิบัตรไทย โดยเปรียบเทียบกับกระบวนการคัดค้านรูปแบบต่าง ๆ ในระบบสิทธิบัตรต่างประเทศ และวิเคราะห์ประกอบข้อมูลจากการสัมภาษณ์แล้ว ผู้เขียนจึงเสนอแนะแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรตามลำดับองค์ประกอบของกระบวนการคัดค้าน ดังนี้

(1) **ระยะเวลาในการคัดค้าน** ระยะเวลา 90 วันหลังประกาศโฆษณาและระยะเวลาที่ให้นำพยานหลักฐานมาแสดงหรือแถลงเพิ่มเติม เป็นระยะเวลาที่ค่อนข้างสั้น ทำให้ผู้คัดค้านไม่อาจดำเนินการได้อย่างเต็มที่ จึงควรแก้ไขบทบัญญัติโดยเพิ่มระยะเวลาโดยรวมที่กำหนดให้บุคคลภายนอกดำเนินการตั้งแต่นัดคัดค้านไปจนถึงการยื่นพยานหลักฐานให้เหมาะสมและเพียงพอ เช่น ระยะเวลาในการคัดค้าน หรือระยะเวลาในการยื่นเอกสารประกอบการคัดค้าน หรือระยะเวลาในการแสดงพยานหลักฐานเพิ่มเติม

(2) **ผู้คัดค้าน** การแก้ไขบทบัญญัติโดยเปลี่ยนผู้มีสิทธิคัดค้านจาก “บุคคลใด” เป็น “ผู้มีส่วนได้เสีย” จะเป็นข้อจำกัดทำให้กระบวนการมีความซับซ้อนมากขึ้นในการพิสูจน์และตรวจสอบว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และยังเป็นการจำกัดโอกาสของบุคคลภายนอก ผู้เขียนเห็นว่าควรคงถ้อยคำไว้ว่า “บุคคลใด” ที่ใช้อยู่ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฉบับปัจจุบัน และไม่ควรถูกแก้ไขถ้อยคำเป็น “ผู้มีส่วนได้เสีย” หรือเพิ่มเติมเงื่อนไขอื่นใดเกี่ยวกับผู้คัดค้าน

(3) **เหตุแห่งการคัดค้าน** การกำหนดเหตุแห่งการคัดค้านที่จำกัดเฉพาะเพียงข้อบกพร่องเกี่ยวกับคุณสมบัติของการประดิษฐ์และสิทธิของผู้ขอรับสิทธิบัตร โดยไม่ครอบคลุมกรณีอื่น ๆ ที่สมควรเป็นเหตุที่ให้คัดค้านได้ เช่น หลักเกณฑ์การบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์หรือข้อถ้อยสิทธิ หลักเกณฑ์การขอถ้อยสิทธิวันยื่นคำขอรับสิทธิบัตร ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกระบวนการ ดังนั้น ประเทศไทยควรพิจารณาเพิ่มเติมเหตุแห่งการคัดค้านโดยอาจกำหนดให้สอดคล้องกับเหตุที่อธิบดีอาจใช้ในการยกคำขอรับสิทธิบัตร หรือกำหนดข้อคัดค้านเกี่ยวกับรูปแบบเป็นเหตุแห่งการคัดค้านเพิ่มเติม

(4) **อำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณา** บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาในกฎหมายสิทธิบัตรไทยมีรายละเอียดไม่มาก ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน เช่น เรื่องการรับฟังถ้อยคำจากคู่กรณี การแสวงหาพยานหลักฐานของพนักงานเจ้าหน้าที่ การเรียกพยานหลักฐานเพิ่มเติม ซึ่งแม้จะอาจนำบทบัญญัติเรื่องคำสั่งทางปกครองและวิธีพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายปกครองมาปรับใช้ได้ แต่รายละเอียดในส่วนที่มีลักษณะเฉพาะกับกระบวนการคัดค้านควรมีบัญญัติไว้ต่างหากเพื่อความชัดเจน โดยอาจกำหนดเป็นระเบียบกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ซึ่งอาจระบุถึงอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาในกระบวนการคัดค้านได้แก่ การรับฟังพยานหลักฐานของผู้พิจารณา การพิจารณาประเด็นที่นอกเหนือจากที่ผู้คัดค้านเสนอเพื่อเป็นการตรวจสอบความสมบูรณ์ของสิทธิบัตร การควบคุมระยะเวลาในการพิจารณาให้ไม่ยาวนานเกินความจำเป็น หรือการตรวจสอบคำคัดค้านหรือคำร้องเบื้องต้น เป็นต้น

(5) **สิทธิหน้าที่ของคู่กรณี** บทบัญญัติเรื่องสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีมีข้อจำกัดในลักษณะที่คล้ายคลึงกับกรณีอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณากระบวนการคัดค้าน กล่าวคือ บทบัญญัติมีรายละเอียดไม่มากและขาดความชัดเจน เช่น การได้รับแจ้งคำวินิจฉัยและคำสั่งของอธิบดีพร้อมด้วยเหตุผล การแก้ไขคำคัดค้านหรือคำขอรับสิทธิบัตรระหว่างกระบวนการคัดค้าน การโต้ตอบคำโต้แย้ง การเข้าชี้แจงต่อผู้พิจารณา การได้รับแจ้งถึงการยื่นเอกสารใด ๆ ของคู่กรณีอีกฝ่ายและสำเนาเอกสารดังกล่าว การถอนคำคัดค้านหรือถอนคำขอรับสิทธิบัตรระหว่างกระบวนการคัดค้าน การได้รับ

ชดเชยค่าใช้จ่ายที่ไม่สมควรเกิดขึ้นจากกระบวนการ นอกจากนี้ การกำหนดระยะเวลาในการโต้แย้ง และผลของการไม่ดำเนินการนั้นไม่เหมาะสม ทั้งระยะเวลาที่ให้คู่กรณีสามารถแถลงหรือนำพยานหลักฐานมาแสดงเพิ่มเติมได้เป็นระยะเวลาที่สั้นทำให้จำกัดการดำเนินการของคู่กรณี ประเทศไทยจึงควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อให้สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีมีความชัดเจน และมีรายละเอียดมากขึ้นโดยลดข้อเสียเปรียบอันไม่เป็นธรรมในการดำเนินการของคู่กรณี

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร : กรณีมีการเรียกเก็บอากร
ตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการ
นำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น*

Problems of the Application of the Customs law :
In case of Collection of Anti-Dumping Duties,
Countervailing Duties and Safeguard Duties

ณิชา ปันธรัตน์กุล
Nisa Pantharattanakul

นิสิตในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M in Finance and Tax Laws Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: nisapantharattanakul@gmail.com
(Received: April 12, 2023; Revised: June 26, 2023; Accepted: July 3, 2023)

บทคัดย่อ

การเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น มีปัญหาการนำกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรดังกล่าว ทั้งในเรื่องความรับผิดชอบในการชำระอากรกรณีที่มีการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีศุลกากร การกำหนดเบี้ยปรับและเงินเพิ่ม การคืนอากร การอุทธรณ์การประเมินอากร การนำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับ และการเรียกเก็บอากรสำหรับเศษหรือของที่ด้อยคุณภาพ ซึ่งเป็นปัญหาการบังคับใช้กฎหมายระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง บทความ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร : กรณีมีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นี้จึงมุ่งศึกษาแนวความคิดและเจตนารมณ์ในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และนำเสนอข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร ภายใต้พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 โดยมีข้อเสนอแนะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกำหนดแนวทางปฏิบัติร่วมกัน โดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเป็นสำคัญ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และแก้ไขบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการของกรมศุลกากรในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ให้สอดคล้องและเป็นมาตรฐานเดียวกัน

คำสำคัญ : อากรตอบโต้การทุ่มตลาด, อากรตอบโต้การอุดหนุน, อากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น, กฎหมายว่าด้วยศุลกากร

Abstract

There are some problems in the application of the customs law among the relevant state agencies in collecting anti-dumping, countervailing and safeguard duties. In particular issue of the liability to pay the duties in the event that customs tax incentive is exercised, determination of penalties and surcharges, the duty refund, the appeal of duty assessment, the application of offense and sanction provisions under the customs law and the collection of duties of waste and scrap. Therefore, this article aims to study the concept and objective of collecting anti-dumping, countervailing and safeguard duties, and present considerations about the problem of the application of customs law under the Anti-Dumping and Countervailing Act B.E.2542 and the Safeguard Measures Against Increased Imports Act B.E.2550. With suggestions, the relevant state agencies should be clearly added for a common practice guideline by considering the objective of the Anti-Dumping and Countervailing Act B.E.2542 and the Safeguard Measures Against Increased Imports Act B.E.2550, to achieve by making them more efficiently. Together with some deficiently provisions that need to be amended, relating to the execution of the customs department in collecting anti-dumping, countervailing and safeguard duties to be complied and be the same standard.

Keywords : Anti-Dumping Duties, Countervailing Duties, Safeguard Duties, Customs Law

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) เป็นความตกลงพหุภาคีที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศให้เป็นไปอย่างเสรีและลดอุปสรรคทางการค้า จากการที่ประเทศต่าง ๆ ใช้มาตรการกีดกันทางการค้าเพื่อคุ้มครองเศรษฐกิจภายในประเทศของตน โดยในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบที่ 8 (รอบบูร์กวัย) ประเทศที่เข้าร่วมเจรจาได้เห็นพ้องต้องกันในการจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศด้านการค้า จึงได้มีการลงนามกรรมสารสุดท้าย (Final Act) จัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 มีฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศ มีหน้าที่กำหนดนโยบายและควบคุมการดำเนินงานของสมาชิก อีกทั้งเป็นเวทีในการเจรจาลดอุปสรรคและข้อยกีดกันทางการค้า โดยอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันที่เป็นธรรม ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ มีความโปร่งใส เท่าเทียม ใช้ระบบฉันทามติ เน้นการใช้ภาษีเพียงอย่างเดียวเป็นเครื่องมือในการปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศ รวมทั้งมีกระบวนการยุติข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ¹ โดยยังคงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์เดิมของ GATT คือ เพื่อให้การค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างเสรี ปราศจากอุปสรรคและข้อยกีดกันทางการค้า

อย่างไรก็ตาม ภายใต้ระบบการค้าเสรีทำให้ผู้ผลิตภายในประเทศต้องเผชิญกับสภาวะการแข่งขันที่สูงขึ้น หากอุตสาหกรรมภายในประเทศมีความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบน้อยกว่าสินค้าที่นำเข้า หรือมีต้นทุนในการผลิตที่สูงกว่า ทำให้สินค้าภายในประเทศไม่สามารถแข่งขันกับสินค้าที่นำเข้าได้ และเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศ WTO อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการคุ้มกันชั่วคราวในกรณีที่มีการนำเข้ามากผิดปกติจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศได้ โดยอาจใช้วิธีการขึ้นภาษีหรือจำกัดการนำเข้าสินค้า ภายใต้บทยกเว้นในกรณีฉุกเฉินและจำเป็น (necessary exceptions and emergency action) หรือในกรณีที่มีการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจากการทุ่มตลาดหรือการให้การอุดหนุนจากประเทศผู้ส่งออกจนก่อให้เกิด

¹ สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, “ข้อมูลพื้นฐานของต่างประเทศ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.nia.go.th> [5 กุมภาพันธ์ 2565]

ความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายใน ประเทศสมาชิกสามารถเก็บภาษีตอบโต้การทุ่มตลาดและภาษีตอบโต้การอุดหนุนจากสินค้านำเข้าได้

ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิก WTO ลำดับที่ 59 เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2537 มีสถานะเป็นสมาชิกร่วมก่อตั้ง โดยประเทศไทยให้ความสำคัญกับการเจรจาการค้าพหุภาคีในกรอบ WTO เนื่องจากการค้าระหว่างประเทศเป็นแหล่งรายได้สำคัญของประเทศ ซึ่งการเข้าร่วมเป็นสมาชิก WTO ทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากหลักการทั่วไปของ WTO เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ความโปร่งใส การคุ้มครองผู้ผลิตภายในด้วยภาษีศุลกากร รวมทั้งประโยชน์จากพันธกรณีที่สมาชิกผูกพันไว้ในความตกลงย่อยต่าง ๆ² ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศภายใต้กรอบ WTO ด้วย ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้รับผลกระทบจากการที่สินค้าทะลักเข้ามาในประเทศไทยอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามพันธกรณีในการลดภาษีศุลกากร และการขจัดอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (non-tariff barriers) ทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องตรากฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศภายใต้กรอบ WTO และเพื่อเยียวยาความเสียหายจากสินค้านำเข้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ผลิตหรือผู้บริโภคภายในประเทศ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศจากการที่มีสินค้าชนิดเดียวกันที่ถูกนำเข้าในราชอาณาจักรในราคาที่ต่ำกว่าราคาตลาดภายในประเทศหรือมีการอุดหนุนที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายใน การทุ่มตลาดและการอุดหนุนที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในเป็นการกระทำอันมิชอบที่อาจตอบโต้ได้ โดยกำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุนมีอำนาจในการพิจารณากำหนดให้มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน ส่วนพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศจากการที่มีสินค้าชนิดเดียวกันที่ถูกนำเข้าในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายใน โดยคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้องมีอำนาจในการพิจารณากำหนดมาตรการปกป้อง โดยการเรียกเก็บอากรตามอัตราที่กำหนดหรือการจำกัดปริมาณนำเข้า หรือมาตรการอื่นใดที่มีผลเป็นการลดหรือจำกัดปริมาณการนำเข้า เพื่อให้ผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรืออุตสาหกรรมภายในมีโอกาสดำเนินการตามแผนปรับตัว และในกรณี

² เรื่องเดียวกัน.

ที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุนจากสินค้าใด หรือในกรณีที่มีการกำหนดมาตรการปกป้องโดยการเรียกเก็บอากรให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากร และกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับแก่การเรียกเก็บอากรดังกล่าวเสมือนเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายนั้น³

เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร ในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ภายใต้พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่ขัดแย้งกับหลักการแห่งกฎหมายและความตกลงภายใต้ WTO งานวิจัยนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร รวมถึงอำนาจของกรมศุลกากรในการดำเนินการภายใต้กฎหมายดังกล่าว โดยรวบรวมปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น และศึกษากฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด กฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การอุดหนุน และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางการแก้ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความชัดเจน เหมาะสม และสามารถบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 ต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

(1) เพื่อศึกษาหลักการและแนวความคิดในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ตามความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายไทย รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

(2) เพื่อศึกษาประเด็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากรตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น รวมถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากรในการดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าว

³ มาตรา 49 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และมาตรา 28 พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

(3) เพื่อหาแนวทางการแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากรในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถบังคับใช้ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และเป็นมาตรฐานเดียวกัน

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ในการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น มีปัญหาที่เกิดขึ้นในแง่ของการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ไม่ว่าจะเป็นเกิดจากกรณีปัญหาการเรียกเก็บอากร การกำหนดเบี้ยปรับและเงินเพิ่ม การอุทธรณ์การประเมินอากร การคืนอากร ความรับผิดชอบทางอาญา รวมถึงมาตรการในการจัดเก็บอากรกับเศษหรือของที่ด้อยคุณภาพที่เกิดจากกระบวนการผลิต อันเป็นต้นเหตุที่มาของสภาพปัญหาการบังคับใช้กฎหมายระหว่างกรมศุลกากรและกรมการค้าต่างประเทศ ทำให้การจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นนั้นขาดความชัดเจนเพียงพอและไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบริหารการจัดเก็บอากรของรัฐ กรณีจึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 ตลอดจนอนุบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

1.4 ขอบเขตการศึกษา

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาปัญหาในการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยศุลกากรในการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน ตามพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และการจัดเก็บอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ตามพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 ประกอบกับศึกษาหลักกฎหมายและแนวปฏิบัติตามความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping Agreement) ความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) และความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง (Agreement on Safeguards) ภายใต้กรอบ WTO รวมถึงกฎหมายและแนวปฏิบัติของสหภาพยุโรป เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยศุลกากรในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

1.5 วิธีการศึกษา

งานวิจัยนี้เป็นการดำเนินการวิจัยทางเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากบทบัญญัติกฎหมาย ตำราและบทความ และเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ กฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยศุลกากรแก่การดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะศึกษาทั้งกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) ทำให้ทราบถึงหลักการและแนวความคิดในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ตามความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายไทย รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

(2) ทำให้ทราบถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากรตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น รวมถึงปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากรในการดำเนินการตามกฎหมายดังกล่าว

(3) ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากรในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สามารถบังคับใช้ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และเป็นมาตรฐานเดียวกัน

2. มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด มาตรการตอบโต้การอุดหนุน และมาตรการปกป้องตามความตกลงระหว่างประเทศ และกฎหมายไทย

2.1 การทุ่มตลาดและมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping Measure)

การทุ่มตลาดเป็นการแบ่งแยกราคาสินค้าในตลาดระหว่างประเทศ โดยเป็นกรณีที่ประเทศผู้ส่งออกส่งสินค้าไปขายยังประเทศผู้นำเข้าในราคาต่ำกว่าราคาที่เรียกเก็บจากผู้ซื้อสินค้านั้นภายในประเทศผู้ส่งออก⁴ การทุ่มตลาดที่ขัดกับกฎกติกาการค้าโลก คือ กรณีที่การกระทำการทุ่มตลาดนั้น

⁴ Krishna, Raj, "Antidumping in Law and Practice (September 1998)." [online] Available from: <https://ssrn.com/abstract=604967> [23 February 2022]

มีผลให้เกิดหรือคุกคามที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมของประเทศ ผู้นำเข้า หรือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมภายในประเทศ ประเทศผู้เสียหายย่อมกระทำการตอบโต้ได้ โดยการเก็บอากรเพื่อตอบโต้การทุ่มตลาด เพื่อให้ราคาสินค้านำเข้ากลับสู่ระดับมูลค่าปกติ และอากรที่เรียกเก็บนั้นต้องไม่เกินส่วนต่างระหว่างราคาที่แท้จริงกับราคาที่มีการทุ่มตลาด

ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด (Anti-Dumping Agreement: ADA)⁵ ประเทศสมาชิกจะใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดได้เฉพาะภายใต้พฤติการณ์ตามที่ระบุไว้ในข้อ VI ของ GATT 1994 และตามที่ได้มีการริเริ่มการไต่สวนและดำเนินการที่สอดคล้องกับ ADA ซึ่งประเทศผู้นำเข้าจะต้องมีหลักฐานในเบื้องต้นว่า (1) มีการทุ่มตลาดเกิดขึ้น (2) มีความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่ทุ่มตลาด ความเสียหายเช่นว่านั้น ได้แก่ ความเสียหายอย่างสำคัญ (material injury) การคุกคามที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างสำคัญ (threat of material injury) หรือ ก่อให้เกิดความชะงักงันอย่างรุนแรงในการก่อตั้งอุตสาหกรรมภายในเช่นว่านั้น (material retardation) และ (3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการทุ่มตลาด (causation)

เมื่อการไต่สวนขั้นสุดท้ายได้ข้อสรุปว่า มีการทุ่มตลาดเกิดขึ้น มีความเสียหายอย่างสำคัญ แก่อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่ทุ่มตลาด และความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการทุ่มตลาด บทบัญญัติข้อ VI ของ GATT 1994 ให้สิทธิประเทศผู้นำเข้าในการใช้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดได้ โดยการเก็บอากรการนำเข้าหรือค่าธรรมเนียมพิเศษจากสินค้าที่นำเข้าจากประเทศที่กระทำการทุ่มตลาด แต่อากรที่เรียกเก็บนั้นต้องไม่เกินส่วนเหลือของการทุ่มตลาด (dumping margin) และการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดจะอนุญาตให้กระทำได้ในอาณาเขตของสมาชิกทั้งหมด⁶

2.2 การอุดหนุนและมาตรการตอบโต้การอุดหนุน (Subsidies and Countervailing Measure)

โดยหลักการแล้วการอุดหนุนมีความคล้ายคลึงกับการทุ่มตลาดมาก เพียงแต่การอุดหนุนเป็นการที่รัฐบาลมีมาตรการช่วยเหลือโดยทั่วไปแก่ผู้ประกอบการในการผลิต โดยอาจอยู่ในรูปการลดหรือยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล การลดหรือยกเว้นภาษีนำเข้าวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต การลดค่ากระแสไฟฟ้า การให้สินเชื่ออัตราดอกเบี้ยต่ำเพื่อให้มีความได้เปรียบในการส่งออก ฯลฯ⁷

⁵ Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994

⁶ Article 9.1 of ADA

⁷ ทักษิณ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : GATT และ WTO : บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2560), หน้า 329.

ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ (Agreement on Subsidies and Countervailing Measure) การอุดหนุนที่เป็นการให้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ที่จะอยู่ภายใต้มาตรการตอบโต้การอุดหนุน⁸ โดยสมาชิกจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นทั้งหมดเพื่อประกันว่าการเรียกเก็บอากรตอบโต้กับสินค้าใด ๆ จากดินแดนของสมาชิกอื่นที่นำเข้ามาในดินแดนของตน สอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อ VI ของ GATT 1994 และข้อกำหนดของความตกลง โดยอากรตอบโต้การอุดหนุนจะถูกกำหนดตามที่ได้รับการไต่สวนและดำเนินการโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติของความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้

เมื่อประเทศสมาชิกมีค่าตัดสินขั้นสุดท้ายว่ามีการอุดหนุนและสินค้านำเข้าที่มีการอุดหนุนนั้นเป็นสาเหตุทำให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศ ประเทศสมาชิกอาจเรียกเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนได้ในอาณาเขตของสมาชิกทั้งหมด โดยจำนวนอากรตอบโต้การอุดหนุนที่เรียกเก็บควรเป็นจำนวนเต็มหรือต่ำกว่าจำนวนการอุดหนุน แต่ต้องไม่เกินกว่าการอุดหนุนที่พบว่ามีอยู่ตามที่ได้คำนวณการอุดหนุนต่อหน่วยของสินค้าที่ส่งออกและได้รับการอุดหนุน ขึ้นอยู่กับคำตัดสินของผู้มีอำนาจหน้าที่ของประเทศผู้นำเข้าโดยให้คำนึงถึงความเพียงพอที่จะทำให้เกิดความเสียหายของอุตสาหกรรมภายในหมดสิ้นไป⁹

2.3 มาตรการปกป้อง (Safeguards Measure)

มาตรการปกป้องเป็นมาตรการชั่วคราวในการคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าจากสินค้านำเข้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศที่ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือแข่งขันโดยตรงกับสินค้านำเข้า เพื่อให้อุตสาหกรรมภายในประเทศมีเวลาปรับตัวให้เข้ากับระบบเศรษฐกิจ โดยมีรากฐานมาจาก US Reciprocal Trade Agreement Act 1934 ในบทบัญญัติว่าด้วย “บทยกเว้น” (escape clause) ซึ่งอนุญาตให้รัฐใช้มาตรการชั่วคราวต่อสินค้านำเข้าได้ หากพิสูจน์ได้ว่าสินค้านำเข้านั้นได้สร้างความเสียหายต่อผู้ผลิตที่ผลิตสินค้านั้นภายในประเทศ¹⁰ และมีการบรรจุไว้ในข้อ XIX ของ GATT 1947 โดยข้อ XIX ได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้มาตรการ คือ (1) ต้องมีการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น (2) ต้องมีความเสียหายหรือคุกคามให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมโดยมีสาเหตุจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และ (3) สินค้าที่นำเข้าต้องเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน หรือแข่งขันโดยตรงกับสินค้าในประเทศ โดยมาตรการที่ใช้อาจจะเป็นมาตรการด้านภาษี หรือมาตรการจำกัดการนำเข้าที่ไม่ใช่ภาษีก็ได้¹¹

⁸ การอุดหนุนที่เป็นการให้โดยเฉพาะเจาะจง ดูมาตรา 2 ของความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้

⁹ Article 19 of Agreement on Subsidies and Countervailing Measure

¹⁰ ทักษิณ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ : GATT และ WTO : บททั่วไป, หน้า 379.

¹¹ วีซี ธาดาธารเวช, ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง (Agreement on Safeguards), (สวัสดิการกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2542), หน้า 3-4.

ภายใต้ความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้อง (Agreement on Safeguards) การบังคับใช้มาตรการปกป้อง ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของความตกลงว่าด้วยมาตรการปกป้องและ ข้อ XIX ของ GATT 1994¹² โดยประเทศสมาชิกอาจใช้มาตรการปกป้องได้เฉพาะกรณีที่มีการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก และปริมาณการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นสูงนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือคุกคามที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้า ซึ่งผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรือสินค้าที่แข่งขันกันโดยตรงกับสินค้าที่นำเข้า¹³ โดยไม่คำนึงถึงแหล่งที่มาของสินค้านั้น ทั้งนี้ การใช้มาตรการปกป้องจะใช้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายที่อุตสาหกรรมได้รับจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นอย่างมากและเพื่อเปิดโอกาสในการปรับตัวให้แก่อุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยการจำกัดการนำเข้าชั่วคราว มาตรการปกป้องจึงมักอยู่ในรูปของภาษีศุลกากรที่เพิ่มขึ้นหรือข้อจำกัดเชิงปริมาณ อย่างไรก็ตาม มาตรการปกป้องยังสามารถใช้ในรูปแบบอื่นได้ เนื่องจากมาตรการปกป้องไม่ได้จำกัดเฉพาะมาตรการบางประเภทเท่านั้น ซึ่งสมาชิกควรเลือกมาตรการที่เหมาะสมที่สุดเพื่อบรรลุดังกล่าว¹⁴ ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการปกป้องในรูปแบบของอากร อาจเป็นการเพิ่มขึ้นของอากรศุลกากรทั่วไป (ordinary customs duty) ที่ใช้บังคับอยู่ หรืออาจเป็นการเรียกเก็บอากรหรือค่าธรรมเนียมอื่น ๆ (other duty or charge) ซึ่งเชื่อมโยงกับข้อ II:1 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994¹⁵

2.4 พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2542 โดยมีความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติตามข้อ VI ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และ Council Regulation (EC) No 384/96 of 22 December 1995 on protection against dumped imports from countries

¹² Article 1 (Jurisprudence), para. 13 of WTO Analytical Index Agreement on Safeguards.

¹³ นภารัตน์ กรรณรัตน์สูตร, ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการปกป้องภายใต้แอกต์ และองค์การการค้าโลก: ศึกษากรณีกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543; หน้า 27.

¹⁴ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 647.

¹⁵ Fernando Pierola, *The Challenge of Safeguards in the WTO*, (Cambridge University Press, 2014), p. 308-309.

not member of the European Community ของสหภาพยุโรปเป็นแนวทางในการร่างกฎหมาย¹⁶ มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และมีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้¹⁷ และมี “คณะกรรมการพิจารณาการทຸ່มตลาดและการอุดหนุน” ทำหน้าที่พิจารณาตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุน โดยมีกรรมการค้าต่างประเทศเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนการทຸ່มตลาดและความเสียหาย และเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการพิจารณาการทຸ່มตลาดและการอุดหนุนเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ขณะเดียวกัน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของกรมศุลกากรนั้น ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้รักษาการและมีอำนาจออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับการค้ินอากรหรือหลักประกันการชำระอากร¹⁸

ต่อมาพระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของกรมศุลกากรในการดำเนินการกับผู้นำเข้าที่ไม่เสียอากรหรือเสียอากรไม่ครบถ้วน หรือค้างชำระค่าอากรดังกล่าว รวมทั้งอำนาจในการค้ินอากรให้แก่ผู้นำของเข้าที่ได้ส่งสินค้าที่ได้ชำระอากรตอบโต้การทຸ່มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุนกลับออกไปนอกราชอาณาจักร (re-export) โดยให้นำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรที่เกี่ยวข้องมาใช้กับการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อกำหนดอำนาจการดำเนินการของกรมศุลกากรให้ชัดเจนและลดปัญหาการตีความกฎหมายระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง¹⁹

ในส่วนของอากรตอบโต้การทຸ່มตลาด การกำหนดอัตราอากรตอบโต้การทຸ່มตลาดทำได้เพียงเพื่อช้ิตความเสียหาย และจะเกินกว่าส่วนเหลือของการทຸ່มตลาดมิได้ และในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทຸ່มตลาดให้นำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรดังกล่าวเสมือนอากรนั้นเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายนั้น กรมศุลกากรจึงทำหน้าที่ในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทຸ່มตลาดตามที่คณะกรรมการพิจารณาการทຸ່มตลาดและการอุดหนุนมีคำสั่งให้เรียกเก็บตามอัตราที่คณะกรรมการกำหนด อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี คณะกรรมการพิจารณาการทຸ່มตลาดและการอุดหนุนได้กำหนดข้อยกเว้นการเรียกเก็บ

¹⁶ วันดี สุชาติกุลวิทย์, “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายการตอบโต้การทຸ່มตลาดของไทย”, *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ* (2555), หน้า 505.

¹⁷ มาตรา 5 วรรคสอง และมาตรา 6 พระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542

¹⁸ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 11 พระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542

¹⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ 2021-2022/2561)

อากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรือให้เรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดในอัตราร้อยละ 0 ในกรณีที่นำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออก ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และกฎหมายว่าด้วยศุลกากร โดยการยกเว้นการเรียกเก็บอากรต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการยกเว้นอากรขาเข้าเพื่อการส่งออกตามที่กฎหมายว่าด้วยกาหนดนั้นกำหนดแล้วแต่กรณี

สำหรับอากรตอบโต้การอุดหนุน การคำนวณอากรตอบโต้การอุดหนุนให้คำนวณจากประโยชน์ที่ได้รับในช่วงระยะเวลาที่นำข้อมูลมาใช้ในการไต่สวนการอุดหนุน โดยกำหนดเป็นอัตราต่อหน่วยของสินค้าของผู้ที่ได้รับการอุดหนุนแต่ละราย ถ้าผู้รับการอุดหนุนมีภาระหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายส่วนใดให้แก่รัฐบาลที่ให้การอุดหนุน ผู้รับการอุดหนุนจะขอให้หักค่าใช้จ่ายดังกล่าวออกก็ได้ แต่ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นของผู้รับการอุดหนุน อากรตอบโต้การอุดหนุนนั้นให้กำหนดเพียเพื่อชดเชยความเสียหาย และจะเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้รับการอุดหนุนได้รับมิได้ โดยในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนนั้น พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 มาตรา 70 ให้นำบทบัญญัติในส่วนของการตอบโต้การทุ่มตลาดมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น ในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนจากสินค้าใด จึงต้องนำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรดังกล่าวเสมือนอากรนั้นเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายนั้น

ในกรณีที่ผู้นำเข้าไม่ชำระอากรหรือชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุนไม่ครบถ้วนหรือค้างชำระค่าอากรดังกล่าว ให้เป็นอำนาจของกรมศุลกากรในการเรียกเก็บอากร เงินเพิ่มและเบี้ยปรับ การกักของ การยึดหรืออายัดทรัพย์สิน การขายทอดตลาด และการดำเนินการเกี่ยวกับของตกค้าง รวมทั้งการลดเงินเพิ่ม งดหรือลดเบี้ยปรับ ทุเลาการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาด เงินเพิ่มและเบี้ยปรับ ในกรณีที่ผู้นำเข้าไม่เห็นด้วยกับการประเมินอากร เงินเพิ่มและเบี้ยปรับ การลดเงินเพิ่ม และงดหรือลดเบี้ยปรับ ของกรมศุลกากร ให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร และให้นำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับแก่การดำเนินการดังกล่าวทั้งหมดโดยอนุโลม แต่ไม่นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินสินบนหรือเงินรางวัลตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้ในการเก็บอากร เงินเพิ่ม และเบี้ยปรับ ที่จัดเก็บได้จากอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุน²⁰

²⁰ มาตรา 49/1 และมาตรา 70/1 พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

ในส่วนของการคีนอากร พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดเหตุแห่งการคีนอากรไว้ ในกรณีที่มีการส่งสินค้าที่ได้ชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุนกลับออกไปนอกราชอาณาจักร (re-export) ตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 (มาตรา 49/2 และมาตรา 70/2) อัตราอากรตอบโต้การทุ่มตลาดต่ำกว่าอัตราอากรชั่วคราวที่เรียกเก็บ (มาตรา 51) การคีนอากรชั่วคราวหรือหลักประกันอากร ในกรณีที่คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยขั้นที่สุดว่าไม่มีการทุ่มตลาดหรือไม่มีความเสียหาย (มาตรา 52) และในกรณีที่ผู้นำเข้าพิสูจน์ได้ว่าไม่มีส่วนเหลือมการทุ่มตลาดหรือส่วนเหลือมการทุ่มตลาดลดลงต่ำกว่าอากรตอบโต้การทุ่มตลาดที่ใช้บังคับ (มาตรา 59) นอกจากนี้ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ การคีนอากรหรือหลักประกันการชำระอากรตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 11)

ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยขั้นที่สุดของคณะกรรมการตามมาตรา 49 หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการในการขอให้ทบทวนตามมาตรา 56 มาตรา 57 มาตรา 58 และมาตรา 59 ให้ผู้ทรงศรัทธาคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำวินิจฉัยนั้น และการอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการเรียกเก็บหรือคีนอากรตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจะสั่งเป็นอย่างอื่น

2.5 พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2551 โดยอ้างอิงบทบัญญัติตามความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรการปกป้องเป็นแนวทางหลักของการพิจารณากำหนดมาตรการปกป้อง²¹ มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และมีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์ และมี “คณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง” มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดมาตรการปกป้อง โดยมีกรรมการต่างประเทศเป็นผู้มีหน้าที่ในการไต่สวนข้อมูลการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นและความเสียหาย และเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้องเพื่อพิจารณากำหนดมาตรการปกป้องต่อไป²² ขณะเดียวกัน ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของกรมศุลกากร ให้รัฐมนตรี

²¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ 462/2550)

²² มาตรา 18 และมาตรา 20 พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

ว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้รักษาการ และมีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลัง²³

ภายใต้พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 “มาตรการปกป้อง” หมายความว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันและเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และ “การนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น” หมายความว่า การนำเข้าในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งในปริมาณเพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มขึ้นอย่างชัดเจนหรือโดยการเปรียบเทียบกับการผลิตภายในประเทศ โดยในกรณีที่คณะกรรมการมีคำวินิจฉัยขั้นสุดท้ายว่าการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นและความเสียหาย ให้กำหนดมาตรการปกป้อง โดยจะกำหนดมาตรการใดมาตรการหนึ่งหรือหลายมาตรการพร้อมกันก็ได้ ดังต่อไปนี้

(1) **เรียกเก็บอากรตามอัตราที่กำหนด** ในกรณีกำหนดมาตรการปกป้องโดยการเรียกเก็บอากร อากรที่เรียกเก็บให้ถือเป็นอากรที่เพิ่มขึ้นจากอัตราที่พึงต้องเสียตามที่กำหนดในพิกัดอัตราศุลกากร หรือประกาศเรียกเก็บอากรตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรที่ใช้อยู่ในขณะนำเข้า และให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับแก่การเรียกเก็บอากรดังกล่าวเสมือนเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายนั้น²⁴ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี คณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง ได้กำหนดข้อยกเว้นการเรียกเก็บอากรปกป้องหรือให้เรียกเก็บอากรปกป้องในอัตราร้อยละ 0 ในกรณีที่นำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออก ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และกฎหมายว่าด้วยศุลกากร โดยการยกเว้นการเรียกเก็บอากรต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการยกเว้นอากรขาเข้าเพื่อการส่งออกตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นกำหนดแล้วแต่กรณี

(2) **จำกัดปริมาณนำเข้า** ในกรณีกำหนดมาตรการปกป้องโดยการจำกัดปริมาณการนำเข้าต้องไม่ทำให้ปริมาณการนำเข้าลดลงต่ำกว่าปริมาณการนำเข้าที่ผ่านมา เว้นแต่จะเป็นที่ปรากฏโดยชัดแจ้งว่ามีความจำเป็นต้องจำกัดปริมาณการนำเข้าจนทำให้ปริมาณการนำเข้าลดลงกว่าเดิม จึงจะป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายได้

(3) **มาตรการอื่นใดนอกเหนือจาก (1) และ (2)** ที่มีผลเป็นการลดหรือจำกัดปริมาณการนำเข้า เพื่อให้ผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรืออุตสาหกรรมภายในมีโอกาสดำเนินการตามแผนปรับตัวตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

²³ มาตรา 4 พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

²⁴ มาตรา 28 พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

ทั้งนี้ มาตรการปกป้องที่จะกำหนดขึ้นนั้นให้ใช้บังคับกับสินค้านำเข้าที่เพิ่มขึ้นโดยไม่คำนึงถึงแหล่งที่มาของสินค้า และให้ใช้เท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันหรือเยียวยาความเสียหายและเพื่อให้ผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันหรืออุตสาหกรรมภายในมีระยะเวลาในการปรับตัว

3. การเรียกเก็บอากรขาเข้าตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

“อากร” ตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 หมายความว่า “อากรศุลกากรที่จัดเก็บกับของที่นำเข้ามาในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรหรือกฎหมายอื่นที่กำหนดให้เป็นอากรศุลกากร”²⁵ โดยความรับผิดชอบในอันจะต้องเสียอากรสำหรับของที่นำเข้ามาในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรเกิดขึ้นในเวลาที่น่าจะนำเข้าหรือส่งออกสำเร็จตามมาตรา 50²⁶ และการคำนวณอากรสำหรับของที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรให้คำนวณตามสภาพแห่งของ ราคาศุลกากร และพิกัดอัตราศุลกากร ที่เป็นอยู่ในเวลาที่น่าจะนำเข้าสำเร็จ²⁷ เว้นแต่กรณีของที่เก็บไว้ในคลังสินค้าทัณฑ์บน ให้คำนวณอากรตามสภาพแห่งของ ราคาศุลกากร และพิกัดศุลกากร ที่เป็นอยู่ในเวลาที่น่าจะนำเข้าสำเร็จ แต่อัตราศุลกากรให้ถือตามอัตราศุลกากรที่ใช้อยู่ในเวลาซึ่งได้ปล่อยของเช่นนั้นออกไปจากคลังสินค้าทัณฑ์บน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะปล่อยของออกไปในสภาพเดิมที่นำเข้ามาหรือในสภาพอื่น²⁸ และกรณีของที่ปล่อยออกไปจากเขตปลอดอากรเพื่อนำเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ว่าของนั้นจะนำเข้ามาจากนอกราชอาณาจักรหรือจากในราชอาณาจักรให้คำนวณอากรตามสภาพแห่งของ ราคาศุลกากร และพิกัดอัตราศุลกากรที่เป็นอยู่ในเวลาที่ปล่อยของนั้นออกไปจากเขตปลอดอากร และหากเป็นการนำของที่มีอยู่ในราชอาณาจักรเข้าไปในเขตปลอดอากร โดยของที่น่าจะนำเข้าไปนั้นไม่มีสิทธิหรือไม่ได้ใช้สิทธิยกเว้นหรือคืนอากรเมื่อส่งออก ไม่ต้องนำของดังกล่าวมาคำนวณอากร²⁹

เมื่อพบว่าผู้มีหน้าที่เสียอากรไม่เสียอากรหรือเสียอากรไม่ครบถ้วน พนักงานศุลกากรมีอำนาจประเมินอากรตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ภายในสามปีนับแต่วันที่ไต่สวนใบขนสินค้า เว้นแต่กรณีมีเหตุจำเป็นไม่อาจประเมินอากรได้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ขอขยายระยะเวลาต่ออธิบดีได้อีกไม่เกินสองปี และในกรณีที่ปรากฏหลักฐานที่อธิบดีเชื่อได้ว่าผู้มีหน้าที่เสียอากรมีเจตนาในการฉ้ออากร พนักงานศุลกากรมีอำนาจประเมินอากรได้อีกภายใน

²⁵ มาตรา 4 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

²⁶ มาตรา 13 วรรคสอง พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

²⁷ มาตรา 14 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

²⁸ มาตรา 14(1) พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

²⁹ มาตรา 154 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

กำหนดห้าปีนับแต่วันที่พ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าว เมื่อได้รับแบบแจ้งการประเมินอากร ผู้นำของเข้าต้องเสียอากรให้ครบถ้วนภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแบบแจ้งการประเมินอากร³⁰ ในกรณีที่ผู้นำของเข้าไม่เสียอากรหรือเสียอากรไม่ครบถ้วน บทบัญญัติมาตรา 22 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ให้เรียกเก็บเงินเพิ่มในอัตราร้อยละหนึ่งต่อเดือนของอากรที่ต้องเสียหรือเสียเพิ่มโดยไม่คิดทบต้น นับแต่วันที่นำของออกไปจากอารักขาของศุลกากรหรือส่งของออกไปนอกราชอาณาจักรจนถึงวันที่นำเงินมาชำระ เศษของเดือนให้นับเป็นหนึ่งเดือน โดยเงินเพิ่มที่เรียกเก็บนี้ต้องไม่เกินอากรที่ต้องเสียหรือเสียเพิ่ม ซึ่งเงินเพิ่มอาจลดลงได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง และ ในกรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ส่งของออกไม่เสียอากรภายในกำหนดสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับแบบแจ้งการประเมินอากร มาตรา 22 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ให้เสียเบี้ยปรับร้อยละยี่สิบของอากรที่ต้องเสียหรือเสียเพิ่ม ซึ่งเบี้ยปรับอาจงดหรือลดลงได้ ตามระเบียบที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติของรัฐมนตรี ทั้งนี้ เงินเพิ่มและเบี้ยปรับให้ถือเป็นเงินอากร

กรณีที่ผู้มีหน้าที่เสียอากรไม่เสียอากรหรือเสียอากรไม่ครบถ้วน และพนักงานศุลกากรได้ประเมินอากรและส่งแบบแจ้งการประเมินอากรตามที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้นำของเข้าหรือผู้ส่งของออกไม่เสียอากรให้ครบถ้วนภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแบบแจ้งการประเมินอากร มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ให้อธิบดีกรมศุลกากรมีอำนาจกักของที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ส่งของออกที่ค้างชำระค่าอากรได้นำเข้าหรือส่งออกและกำลังผ่านพิธีการศุลกากร หรืออยู่ในความกำกับตรวจตราของศุลกากรได้ จนกว่าผู้นำของเข้าหรือผู้ส่งของออกจะเสียอากรที่ค้างให้ครบถ้วน และถ้าไม่เสียภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่กักของนั้น ให้อธิบดีกรมศุลกากรมีอำนาจสั่งให้นำของนั้นออกขายทอดตลาดได้ เมื่อได้ดำเนินการกักของตามมาตรา 23 แล้ว ปรากฏว่า ยังไม่ได้รับค่าอากรหรือได้รับไม่ครบถ้วน มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 บัญญัติให้อธิบดีกรมศุลกากรมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ต้องรับผิดชอบเสียอากรได้ทั่วราชอาณาจักร โดยมีต้องขอให้ศาลออกคำสั่ง

ในส่วนของการค้ำอากร ในทางศุลกากรอาจแบ่งการค้ำอากรได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การค้ำอากรทั่วไป และการค้ำอากรสำหรับของที่นำเข้าเพื่อผลิต ผสม ประกอบ บรรจุ หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อส่งออก ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 โดยการค้ำอากรทั่วไปหมายถึงการค้ำอากรในกรณีมีการเสียอากรไว้เกินจำนวนที่ต้องเสีย กรณีที่ได้เสียอากรเพื่อส่งของออกไปนอกราชอาณาจักรแล้วแต่ไม่ได้ส่งของนั้นออกไปนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 26 แห่ง

³⁰ มาตรา 20 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กรณีของนำเข้าที่ได้เสียอากรแล้วและได้ส่งของนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร (re-export) ตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กรณีของนำเข้าที่สูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย หรืออุบัติเหตุอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ที่อธิบดีอนุมัติให้คืนอากรได้ ตามมาตรา 128 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 และกรณีอื่น ๆ ที่มีใช้การคืนอากรตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560³¹

ในการประเมินอากรเพื่อเรียกเก็บอากรของพนักงานศุลกากร หากผู้นำของเข้าไม่เห็นด้วยกับการประเมินอากรของพนักงานศุลกากร ผู้นำของเข้ามีสิทธิอุทธรณ์การประเมินอากรต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแบบแจ้งการประเมินอากร โดยพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กำหนดให้มี “คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์” ทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ตามแบบแจ้งการประเมินอากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากร โดยต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่พนักงานศุลกากรได้รับอุทธรณ์และมีเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการอุทธรณ์นั้นครบถ้วน ในกรณีที่มิเหตุจำเป็น คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์อาจขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปอีกได้ แต่ต้องไม่เกินเก้าสิบวัน ซึ่งหากคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ไม่พิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้นำของเข้ามีสิทธินำคดีไปฟ้องต่อศาลได้ และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ยกอุทธรณ์ของผู้นำของเข้านั้น อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์การประเมินอากรดังกล่าวไม่เป็นเหตุทุเลาการเสียอากรตามที่พนักงานศุลกากรประเมินไว้ เว้นแต่ผู้อุทธรณ์ได้รับอนุญาตจากอธิบดีให้รอคำวินิจฉัยอุทธรณ์หรือคำพิพากษาถึงที่สุด ผู้อุทธรณ์ที่ได้รับอนุญาตให้ทุเลาการเสียอากรต้องเสียอากรให้ครบถ้วนภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับการจำหน่ายอุทธรณ์หรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือนับแต่วันได้รับทราบคำพิพากษาถึงที่สุด และในกรณีที่มิคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสียอากรเพิ่มขึ้น ผู้อุทธรณ์จะต้องเสียอากรภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับการจำหน่ายอุทธรณ์หรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือนับแต่วันได้รับทราบคำพิพากษาถึงที่สุดด้วยเช่นเดียวกัน เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาแบบแจ้งการประเมินอากรแล้ว คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด โดยให้ทำเป็นหนังสือและแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบ ทั้งนี้ หากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์มีสิทธิฟ้องเป็นคดีต่อศาลภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ เว้นแต่ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จะจำหน่ายอุทธรณ์เพราะเหตุที่ผู้อุทธรณ์ยื่นคำร้องขอถอนอุทธรณ์

³¹ ข้อ 1 ประกาศกรมศุลกากร ที่ 178/2560 เรื่อง การคืนอากรทั่วไป ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2560

ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดและบทกำหนดโทษ ฐานความผิดที่สำคัญตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ได้แก่ ความผิดฐานลักลอบหนีศุลกากร (มาตรา 242) ความผิดฐานหลีกเลี่ยงอากร (มาตรา 243) ความผิดฐานหลีกเลี่ยงข้อห้ามข้อจำกัด (มาตรา 244) ความผิดฐานสำแดงหรือยื่นเอกสารไม่ถูกต้อง (มาตรา 202) ความผิดฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ (มาตรา 203) ความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารหรือใช้เอกสารปลอม (มาตรา 204) ความผิดฐานทุจริตในการขอคืนอากรตามมาตรา 28 หรือตามมาตรา 29 (มาตรา 206) ซึ่งบางฐานความผิดได้บัญญัติระวางโทษไว้ในมาตรานั้น ๆ บางฐานความผิดได้บัญญัติแยกกันระหว่างบทบัญญัติกำหนดหลักปฏิบัติและบทบัญญัติบทลงโทษของการฝ่าฝืนหลักปฏิบัตินั้น ซึ่งโดยหลักทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ผู้ที่มีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาคือศาลหรือพนักงานสอบสวน (สำหรับความผิดอาญาเล็กน้อยบางกรณี) แต่ตามกฎหมายศุลกากรแล้วนอกจากหลักการปกติของกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่อธิบดีกรมศุลกากรและคณะกรรมการเปรียบเทียบที่จะงดการฟ้องร้องคดีศุลกากรในชั้นของกรมศุลกากรหรือชั้นของคณะกรรมการเปรียบเทียบได้³² โดยมีการกำหนดเกณฑ์การเปรียบเทียบงดการฟ้องร้องตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560³³

4. มาตรการป้องกันทางการค้าของสหภาพยุโรป

มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด มาตรการตอบโต้การอุดหนุน และมาตรการปกป้อง เป็นมาตรการป้องกันทางการค้า (trade defence instruments) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายการค้าร่วมกันของสหภาพยุโรป (common commercial policy) โดยมีคณะกรรมการธิการยุโรป (The European Commission) เป็นผู้มีหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและกำหนดมาตรการป้องกันทางการค้า และมีคณะกรรมการป้องกันทางการค้า (The Trade Defence Committee) ทำหน้าที่ช่วยเหลือและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการดำเนินการภายใต้มาตรการดังกล่าว และเมื่อคณะกรรมการธิการยุโรปออกข้อบังคับ (regulation) ให้เรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน หรืออากรปกป้อง จึงเป็นหน้าที่ของหน่วยงานศุลกากรของประเทศสมาชิกในการเรียกเก็บอากรดังกล่าว โดยหน้าที่ในการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้อง เกิดขึ้นพร้อมกับหน้าที่ในการชำระอากรศุลกากรของผู้นำเข้าเมื่อมีการปล่อยเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรีซึ่งสินค้าที่นำเข้าไปยังสหภาพยุโรป (release for free circulation)³⁴

³² มาโนช รอดสม, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิธีการศุลกากร, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: ธนอรุณการพิมพ์, 2564), หน้า 228.

³³ ข้อ 7 04 02 01 ประมวลระเบียบปฏิบัติศุลกากร พ.ศ. 2560

³⁴ มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ดู Regulation (EU) No. 2016/1036, มาตรการตอบโต้การอุดหนุน ดู

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยศุลกากรของสหภาพยุโรป³⁵ การปล่อยเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรี (release for free circulation) นำมาซึ่ง (1) การจัดเก็บอากรขาเข้าใด ๆ ที่ถึงกำหนด (2) การเรียกเก็บเงินตามความเหมาะสมของค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ตามที่กำหนดภายใต้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีผลบังคับใช้ที่เกี่ยวข้องกับการเรียกเก็บเงินเหล่านั้น (3) การใช้มาตรการนโยบายทางการค้า ข้อห้ามและข้อจำกัด และ (4) การปฏิบัติพิธีการอื่น ๆ ที่กำหนดไว้สำหรับการนำเข้าสินค้า³⁶ โดยมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด มาตรการตอบโต้การอุดหนุน และมาตรการปกป้อง ถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการนโยบายทางการค้า (commercial policy measures)³⁷ ดังนั้นบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเรียกเก็บอากรศุลกากรจึงนำมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้อง ภายใต้มาตรการนโยบายทางการค้า

โดยสินค้าที่ไม่ใช่ของสหภาพยุโรปที่นำเข้าภายในอาณาเขตศุลกากรของสหภาพยุโรป ผู้นำเข้ามีอิสระที่จะเลือกพิธีการทางศุลกากรสำหรับสินค้าที่นำเข้าภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ได้แก่ (1) ปล่อยเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรี (release for free circulation) หรือ (2) การดำเนินการภายใต้พิธีการเฉพาะ (special procedure)³⁸ หรือ (3) ส่งออก (export) ซึ่งสินค้าผ่านแดน สินค้าที่นำเข้าชั่วคราว หรือจัดเก็บในคลังสินค้าศุลกากรหรือเขตปลอดอากร หรือเพื่อการแปรรูปภายใน (inward processing) จะยังไม่อยู่ภายใต้มาตรการนโยบายทางการค้าจนกว่าจะมีการปล่อยเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรี และความรับผิดชอบในการชำระอากรสำหรับการนำเข้าเพื่อการหมุนเวียนอย่าง

Regulation (EU) No. 2016/1037 และ มาตรการปกป้อง ดู Regulation (EU) No. 2015/478.

³⁵ Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code (UCC)

³⁶ Article 201 of UCC

³⁷ มาตรการนโยบายทางการค้า (commercial policy measures) หมายถึง มาตรการที่ไม่ใช่ภาษี (non-tariff measures) ที่กำหนดขึ้นซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายการค้าร่วมกัน (common commercial policy) ในรูปแบบของบทบัญญัติของสหภาพที่ควบคุมการค้าระหว่างประเทศในสินค้า (มาตรา 5(36) ของ UCC)

³⁸ ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 210 ของ UCC ได้กำหนดขอบเขตของพิธีการเฉพาะ ซึ่งสินค้าอาจอยู่ภายใต้พิธีการเฉพาะประเภทใดประเภทหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) การผ่านแดน (transit)
- (2) การจัดเก็บ (storage) ประกอบด้วยคลังสินค้าศุลกากร (customs warehousing) และเขตปลอดอากร (free zones)
- (3) การใช้งานโดยเฉพาะ (specific use) ประกอบด้วยการนำเข้าชั่วคราว (temporary admission) และการใช้งานปลายทาง (end-use)
- (4) การแปรรูปสินค้า (processing) ประกอบด้วยการแปรรูปภายในสหภาพยุโรป (inward processing) และการแปรรูปภายนอกสหภาพยุโรป (outward processing)

เสรีจะเกิดขึ้นในขณะที่มีการยอมรับใบขนสินค้า³⁹ โดยคำนวณอากรตามการจำแนกประเภทพิกัดศุลกากรของสินค้า ราคาศุลกากร ปริมาณ สภาพ ถิ่นกำเนิดของสินค้า และอัตราอากรในเวลาที่มีความรับผิดชอบในการชำระอากรเกิดขึ้น⁴⁰ ทั้งนี้ หากในขณะที่น่าเข้า มีการกำหนดมาตรการนโยบายทางการค้ากับสินค้าที่นำเข้าสู่สหภาพยุโรป กรณีนำเข้าเพื่อการแปรรูปภายใน หากต่อมาได้ส่งสินค้านั้นกลับออกไปนอกสหภาพยุโรป สินค้าดังกล่าวก็จะไม่อยู่ภายใต้มาตรการนโยบายทางการค้าอีกต่อไป แต่หากสินค้านั้นได้ถูกแปรรูปเป็นสินค้าที่ไม่อยู่ภายใต้มาตรการนโยบายทางการค้า และถูกปล่อยเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรี เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงมาตรการนโยบายทางการค้า เจ้าหน้าที่ศุลกากรมีอำนาจกำหนดจำนวนอากรตามการจำแนกประเภทพิกัดศุลกากรของสินค้า ราคาศุลกากร ปริมาณ สภาพ และถิ่นกำเนิดของสินค้า ในขณะที่น่าเข้าเพื่อการแปรรูปภายใน โดยถือตามอัตราอากร ณ วันที่ยอมรับใบขนสินค้าเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรี⁴¹ ซึ่งในกรณีนี้จะไม่นำมาตรการนโยบายทางการค้ามาใช้บังคับกับส่วนสูญเสียและเศษซาก⁴²

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรการนโยบายทางการค้าจะไม่นำมาใช้บังคับกับสินค้าที่นำเข้าสู่สหภาพยุโรปเป็นการชั่วคราวเพื่อการแปรรูปภายใน แต่ในกรณี Pometon case⁴³ ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) ได้วางหลักว่า อากรตอบโต้การทุ่มตลาดอาจถูกใช้กับการแปรรูปภายในได้ในบางกรณี⁴⁴ ผู้นำเข้าที่ไม่มีเจตนาที่จะส่งออกอย่างแท้จริง โดยการส่งออกสินค้าที่นำเข้าเพื่อการแปรรูปภายในและนำเข้าใหม่หลังจากนั้นไม่นาน ไม่สามารถอยู่ภายใต้กระบวนการแปรรูปภายในโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศสมาชิกได้รับความเสียหาย ผู้นำเข้าจึงต้องชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาด

³⁹ Article 77 of UCC

⁴⁰ Article 85 of UCC

⁴¹ Article 86(3) of UCC and Article 76(1) of Commission Delegated Regulation (EU) 2015/2446 of 28 July 2015 supplementing Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council as regards detailed rules concerning certain provisions of the Union Customs Code (Delegated acts: DA)

⁴² Article 202 of UCC, ดู นิยาม “ส่วนสูญเสียและเศษซาก (waste and scrap)” ใน DA Article 1(41)

⁴³ ดู Case C-158/08 Agenzia Dogane Ufficio delle Dogane di Trieste (Trieste Customs Authority) (Italy) V Pometon SpA เป็นกรณีที่บริษัท Pometon SpA จัดทะเบียนในอิตาลี ได้นำเข้าแท่งแมกนีเซียมที่ไม่ผ่านการแปรรูปจากบริษัทในเครือที่จดทะเบียนในสโลวีเนีย โดยสินค้านี้มีถิ่นกำเนิดจากจีน และอยู่ภายใต้คำสั่งให้เรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดของประชาคมยุโรป เพื่อนำเข้าสู่กระบวนการแปรรูปภายใน (inward processing) แปรรูปเป็นเม็ดแมกนีเซียมซึ่งไม่อยู่ภายใต้การตอบโต้การทุ่มตลาด และส่งออกไปยังสโลวีเนีย จากนั้นเม็ดแมกนีเซียมส่วนใหญ่ที่ถูกส่งออกไปยังสโลวีเนียได้ถูกนำเข้าสู่ตลาดของประชาคมยุโรปอีกครั้ง

⁴⁴ Edwin Vermulst, *EU Anti-Dumping Law and Practice*, 2 ed. (Sweet & Maxwell, 2010), p. 141-142.

ในส่วนของการคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้อง นอกจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดที่กำหนดให้ผู้นำเข้ามีสิทธิขอคืน อากรตอบโต้การทุ่มตลาดได้ในกรณีที่แสดงให้เห็นว่าส่วนเหลือของการทุ่มตลาดได้ถูกขจัดหรือลดลง จนต่ำกว่าอากรที่เรียกเก็บ หรือกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การอุดหนุนที่กำหนดให้ผู้นำเข้ามีสิทธิขอคืนอากรตอบโต้การอุดหนุนได้ในกรณีที่แสดงให้เห็นว่าปริมาณการอุดหนุนได้ถูกขจัดหรือลดลง จนต่ำกว่าอากรที่เรียกเก็บ โดยให้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการยุโรปผ่านประเทศสมาชิกที่มีการปล่อยสินค้าเพื่อการหมุนเวียนอย่างเสรี กรณีอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับ⁴⁵ ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยศุลกากรมีการกำหนดเหตุแห่งการคืนอากรไว้ 4 กรณี คือ (1) อากรที่เรียกเก็บเกินจำนวนที่พึงต้องเสีย (2) สินค้าชำรุดหรือสินค้าไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญา (3) ข้อผิดพลาดโดยหน่วยงานที่มีอำนาจ และ (4) เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม⁴⁶ โดยเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ศุลกากรแห่งชาติสมาชิกในการพิจารณาคืนอากรกรณีดังกล่าว

นอกจากนี้ บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการของหน่วยงานศุลกากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ในการเรียกเก็บอากรภายใต้มาตรการนโยบายทางการค้า ในกรณีที่ผู้นำเข้าไม่ชำระอากรภายในระยะเวลาที่กำหนด เจ้าหน้าที่ศุลกากรจะต้องดำเนินการตามกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่เกี่ยวข้อง โดยดอกเบี้ยค้างชำระให้คิดตามจำนวนอากรนับแต่สิ้นระยะเวลาที่กำหนดจนถึงวันที่ชำระเงิน ตามอัตราที่กำหนดในวารสารทางการของสหภาพยุโรป⁴⁷ และสิทธิในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ศุลกากร รวมถึงการบังคับใช้บทลงโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ให้เป็นไปตามบทบัญญัติที่ใช้บังคับในประเทศสมาชิก⁴⁸

5. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร ในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

จากการศึกษาพบว่ามีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วย

⁴⁵ Commission Notice concerning the reimbursement of anti-dumping duties (2021/C 118/06)

⁴⁶ The provisions of Section 3 of Chapter 3 in Title III of the Union Customs Code

⁴⁷ Article 113 of UCC

⁴⁸ Article 42 and Article 44 of UCC

มาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยแยกพิจารณาเป็นประเด็นดังต่อไปนี้

5.1 การเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ในกรณีที่มีการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีศุลกากร

(1) กรณีที่มีการใช้สิทธิประโยชน์ของคลังสินค้าทัณฑ์บนตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ของที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรมีความรับผิดชอบในอันจะต้องเสียอากรในเวลาที่นำของเข้าสำเร็จ โดยให้คำนวณอากรตามสภาพแห่งของ ราคาศุลกากร และพิกัดอัตราศุลกากรที่เป็นอยู่ในเวลาที่นำของเข้าสำเร็จ เว้นแต่กรณีของที่เก็บไว้ในคลังสินค้าทัณฑ์บน ไม่ว่าจะปล่อยออกไปในสภาพเดิมที่นำเข้า หรือในสภาพอื่น ความรับผิดชอบในอันจะต้องเสียอากรเกิดขึ้นเวลาที่นำของเข้าสำเร็จ โดยให้คำนวณอากรตามอัตราศุลกากรในเวลาที่นำของออกจากคลังสินค้าทัณฑ์บน ทั้งนี้ ให้ยกเว้นอากรขาเข้าและอากรขาออกแก่ของที่ปล่อยออกจากคลังสินค้าทัณฑ์บนเพื่อส่งออกนอกราชอาณาจักร และหากเป็นการโอนเข้าไปในคลังสินค้าทัณฑ์บนอื่น หรือจำหน่ายให้แก่ผู้นำของเข้าตามมาตรา 29 หรือผู้มีสิทธิได้รับยกเว้นอากรตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรหรือกฎหมายอื่น ให้ถือว่าเป็นการส่งออกไปนอกราชอาณาจักร⁴⁹

ปรากฏว่าในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง ได้กำหนดข้อยกเว้นการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น สำหรับการนำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออก ตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และกฎหมายว่าด้วยศุลกากร มีการอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้ถือว่าเป็นการส่งออกไปนอกราชอาณาจักร เป็นช่องทางในการหลีกเลี่ยงอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยการโอนสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดหรือมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นจากคลังสินค้าทัณฑ์บนเข้าไปในเขตปลอดอากร และต่อมาได้นำออกจากเขตปลอดอากรเพื่อจำหน่ายภายในราชอาณาจักร กรมการค้าต่างประเทศจึงได้หารือประเด็นดังกล่าวไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ายกเว้นตามประกาศคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง เป็นการยกเว้นการเรียกเก็บอากรปกป้องหรืออากรตอบโต้การทุ่มตลาดสำหรับกรณีที่มีการนำสินค้าเข้ามาเพื่อการส่งออกนอกราชอาณาจักร โดยมุ่งหมายเฉพาะกรณีที่มีการส่งสินค้าออก

⁴⁹ มาตรา 13 มาตรา 14 และมาตรา 126 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

นอกราชอาณาจักรอย่างแท้จริงเท่านั้น เพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศ จึงไม่รวมถึงกรณี ที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นการส่งออกนอกราชอาณาจักรแต่ได้มีการส่งออกไปนอกราชอาณาจักรจริง เมื่อมิได้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักรจริง ผู้นำของเข้าจึงต้องชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรือ อากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นแล้วแต่กรณี⁵⁰

ประเด็นปัญหาต่อมาสำหรับคลังสินค้าทัณฑ์บน เมื่อความรับผิดชอบในอันจะต้องเสียอากร สำหรับของที่นำเข้าเกิดขึ้นในเวลาที่น่าขอเข้าสำเร็จ โดยคำนวณอากรตามอัตราศุลกากรในเวลา ที่นำออกจากคลังสินค้าทัณฑ์บน กรณีผู้นำของเข้านำของที่ต้องเสียอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรือ อากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นเข้าไปยังคลังสินค้าทัณฑ์บน แต่ต่อมาได้มีการนำออกมา จำหน่ายภายในราชอาณาจักร อัตราที่ใช้ในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้อง จากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นสำหรับสินค้าที่นำเข้าไปยังคลังสินค้าทัณฑ์บนจะต้องใช้อัตรา ณ วันนำเข้าสำเร็จ หรือ ณ วันซึ่งได้ปล่อยของออกไปจากคลังสินค้าทัณฑ์บน กรมศุลกากรได้หารือ ประเด็นดังกล่าวไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า การพิจารณาว่าจะต้องมีการคุ้มครองปกป้องอุตสาหกรรมภายในหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากวัน ที่มีการนำเข้า การเรียกเก็บอากรทั้งสองกรณีจึงต้องคิดในอัตราที่นำเข้าจริง หมายความว่า เป็นวัน ที่ปรากฏในใบขนสินค้าขาเข้าว่าได้มีการนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะมีการนำสินค้า ดังกล่าวเข้าคลังสินค้าทัณฑ์บนหรือเขตปลอดอากรหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น หากมีการประกาศกำหนด มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดหรือมาตรการปกป้องในขณะนำเข้า ผู้นำเข้ามีหน้าที่ที่จะต้องชำระ อากรนั้น ๆ ในอัตราที่ประกาศกำหนดในขณะนำเข้า มิใช่ชำระตามอัตราอากรที่กำหนดในขณะ ที่ปล่อยของออกจากคลังสินค้าทัณฑ์บน⁵¹

(2) กรณีที่มีการใช้สิทธิประโยชน์ของเขตปลอดอากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร
การนำของออกจากเขตปลอดอากรเพื่อใช้หรือจำหน่ายภายในราชอาณาจักร หรือเพื่อโอนเข้าไปใน คลังสินค้าทัณฑ์บน หรือจำหน่ายให้แก่ผู้นำของเข้าตามมาตรา 29 หรือผู้มีสิทธิได้รับยกเว้นอากร ตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรหรือกฎหมายอื่น ให้ถือว่าเป็นการนำเข้ามาในราชอาณาจักร และเป็น การนำเข้าสำเร็จในเวลาที่น่าขอเช่นนั้นออกจากเขตปลอดอากร โดยของที่ปล่อยออกไป จากเขตปลอดอากรเพื่อนำเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ว่าของนั้นจะนำเข้ามาจากนอกราชอาณาจักร

⁵⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจัดเก็บอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดกรณีการ ใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีศุลกากรนำสินค้าเข้าเก็บในคลังสินค้าทัณฑ์บนและเขตปลอดอากร (เรื่องเสร็จที่ 1748/2559)

⁵¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากรในการเรียกเก็บอากรปกป้องตาม กฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดตามกฎหมายว่า ด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (เรื่องเสร็จที่ 1148/2561 และเรื่องเสร็จที่ 1154/2561)

หรือจากในราชอาณาจักร ให้คำนวณอากรตามสภาพแห่งของ ราคาศุลกากร และพิกัดอัตราศุลกากร ที่เป็นอยู่ในเวลาที่ปล่อยของนั้นออกไปจากเขตปลอดอากร⁵²

ปรากฏว่าสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด มาตรการตอบโต้การอุดหนุน หรือมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรและนำเข้าไปยัง เขตปลอดอากร โดยได้รับยกเว้นการเรียกเก็บอากรตามประกาศคณะกรรมการพิจารณาการ ทุ่มตลาดและการอุดหนุนหรือคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง สำหรับสินค้าที่นำเข้ามา ผลิตเพื่อส่งออกนอกราชอาณาจักร ผู้นำของเข้าจึงยังไม่ต้องชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากร ตอบโต้การอุดหนุน หรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น แต่สินค้านั้นได้ถูกแปรสภาพในเขตปลอดอากร จนไม่มีพิกัดอัตราศุลกากรตามที่คณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุนหรือคณะ กรรมการพิจารณามาตรการปกป้องมีประกาศให้เรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้ การอุดหนุน หรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นสำหรับสินค้านั้นอีก จึงไม่สามารถ เรียกเก็บอากรดังกล่าวกับของนั้นได้

กรมศุลกากรได้หารือประเด็นดังกล่าวไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะ กรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่า ความรับผิดในอันจะต้องเสียอากรสำหรับของที่นำเข้ามาใน ราชอาณาจักรเกิดขึ้นในเวลาที่นำของเข้าสำเร็จ โดยในการคำนวณอากรสำหรับของที่นำเข้ามาใน ราชอาณาจักรให้คำนวณตามสภาพแห่งของ ราคาศุลกากร และพิกัดอัตราศุลกากร ที่เป็นอยู่ในเวลา ที่นำของเข้าสำเร็จ เว้นแต่เป็นการนำของเข้าไปในเขตประกอบการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไข ความรับผิดในอันจะต้องชำระอากรศุลกากรเป็นการเฉพาะ เช่น กรณีเขตปลอดอากรซึ่งความ รับผิดในการชำระอากรศุลกากรจะเกิดขึ้นในเวลาที่ปล่อยของออกจากเขตปลอดอากร เมื่อได้ พิจารณาเจตนารมณ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจาก ต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ในกรณีที่มีการนำของเข้าไปในเขต ปลอดอากรหรือเขตประกอบการอื่นที่ได้รับยกเว้นอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจาก การนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น แล้วไม่ได้ส่งของนั้นออกไปนอกราชอาณาจักร แต่นำของนั้นออกจากเขต ปลอดอากรหรือเขตประกอบการอื่น เพื่อนำมาใช้หรือจำหน่ายภายในราชอาณาจักร ไม่ว่าของนั้น จะได้มีการนำไปผลิตเป็นผลิตภัณฑ์อื่นแล้วหรือไม่ และไม่ว่าของนั้นจะมีการจำหน่ายโอนไปใน ระหว่างเขตประกอบการที่ได้รับยกเว้นอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้า

⁵² มาตรา 154 และมาตรา 155 พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

สินค้าที่เพิ่มขึ้นในลักษณะหลายต่อหลายทอดหรือไม่ก็ตาม เมื่อมิได้มีการส่งของดังกล่าวออกไปนอกราชอาณาจักรจริงแต่กลับนำมาใช้หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร กรณีจึงไม่เข้าเงื่อนไขการได้รับยกเว้นการชำระอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดตามประกาศคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้องหรือคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน ความรับผิดชอบในอันจะต้องเสียอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดสำหรับของที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรย่อมเกิดขึ้นในเวลาที่น่าจะสำเร็จและย่อมต้องใช้พิกัดศุลกากรของของในเวลาที่น่าจะสำเร็จในการจัดเก็บอากรดังกล่าว⁵³

จากประเด็นใน (1) และ (2) จะเห็นได้ว่า การนำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นที่มุ่งคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศ โดยที่ตามความตกลงระหว่างประเทศ WTO อนุญาตให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการเยียวยาทางการค้าได้ภายในดินแดนของตนทั้งหมด ดังนั้น ในกรณีที่มีการนำสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด มาตรการตอบโต้การอุดหนุน และมาตรการปกป้องเข้ามาในราชอาณาจักร โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากรในการหลีกเลี่ยงมาตรการต่าง ๆ จึงเป็นการกระทำอันมิชอบ ผู้เขียนจึงเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเห็นว่าทั้งในกรณีการใช้สิทธิประโยชน์คลังสินค้าทัณฑ์บนและเขตปลอดอากร เมื่อมิได้มีการส่งออกนอกราชอาณาจักรจริง โดยที่สินค้ายังคงหมุนเวียนอยู่ในประเทศ ความเสียหายที่เกิดแก่อุตสาหกรรมภายในประเทศจึงยังไม่ถูกขจัดไป แม้จะมีการแปรรูปเป็นผลิตภัณฑ์อื่นแล้วหรือไม่ก็ตาม ความรับผิดชอบในการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ย่อมเกิดขึ้นเมื่อมีการนำเข้าสำเร็จตามมาตรา 13 ประกอบมาตรา 50 และให้คำนวณอากรตามสภาพแห่งของ ราคา และพิกัดอัตราศุลกากรที่เป็นอยู่ในขณะที่นำเข้าสำเร็จ ตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 เพื่อป้องกันการอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากรในการหลีกเลี่ยงอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

⁵³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเรียกเก็บและการคืนอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาด และอำนาจการพิจารณาอุทธรณ์เกี่ยวกับการเรียกเก็บอากรปกป้อง (เรื่องเสร็จที่ 746/2564)

5.2 ปัญหาการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการประเมินเงินเพิ่มและเบี้ยปรับตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับ

เจ้าพนักงานศุลกากรมีอำนาจในการประเมินอากร รวมถึงอำนาจเรียกเก็บเงินเพิ่มและเบี้ยปรับ ในกรณีที่ผู้นำของเข้าไม่เสียอากรหรือเสียอากรไม่ครบถ้วน ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร แต่ทั้งนี้ เงินเพิ่มและเบี้ยปรับเป็นมาตรการลงโทษทางภาษีอากรอย่างหนึ่งซึ่งกระทบสิทธิประชาชน หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เจ้าหน้าที่รัฐหรือฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ได้⁵⁴

โดยในส่วนของอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 ให้อำนาจกรมศุลกากรในการเรียกเก็บอากร เงินเพิ่มและเบี้ยปรับ การกักของ การยึดหรืออายัดทรัพย์สิน การขายทอดตลาด และการดำเนินการเกี่ยวกับของตกค้าง รวมทั้ง การลดเงินเพิ่มหรือลดเบี้ยปรับ ทุเลาการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุน เงินเพิ่มและเบี้ยปรับ ในกรณีที่ผู้นำเข้าไม่ชำระอากรหรือชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุนไม่ครบถ้วน หรือค้างชำระค่าอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุน เพื่อกำหนดอำนาจดำเนินการของกรมศุลกากรให้ชัดเจนและลดปัญหาการตีความกฎหมายระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 มิได้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจกรมศุลกากรในการเรียกเก็บเงินเพิ่มและเบี้ยปรับ ดังเช่นอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน กรมศุลกากรจึงไม่มีอำนาจเรียกเก็บเงินเพิ่มและเบี้ยปรับสำหรับอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นได้ แต่ทั้งนี้ จุดประสงค์ของการเรียกเก็บเงินเพิ่มและเบี้ยปรับทางภาษีอากรก็เพื่อลงโทษผู้เสียภาษีในกรณีที่ผู้เสียภาษีผิดนัดไม่ชำระภาษีภายในเวลาที่กำหนด หรือในกรณีที่ผู้เสียภาษีไม่ยื่นรายการเสียภาษีหรือยื่นรายการแล้วแต่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ในบางกรณี⁵⁵ ดังนั้น เพื่อให้การเรียกเก็บอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และป้องกันการหลีกเลี่ยงการชำระภาษีอากร ย่อมต้องมีมาตรการบังคับ

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁵ จุฑาสินี สืบพิเศษ, กระบวนการระงับข้อพิพาททางภาษีอากรในส่วนของฝ่ายปกครองเปรียบเทียบระหว่างกรมสรรพากร กรมศุลกากร และกรมสรรพสามิต, วิทยานพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2559; หน้า 54-56.

ซึ่งตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ย่อมต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ และเพื่อให้การเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นมีมาตรฐานอย่างเดียวกัน จึงเห็นควรกำหนดให้กรมศุลกากรมีอำนาจในการเรียกเก็บเงินเพิ่มและเบี้ยปรับสำหรับอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น รวมถึงอำนาจดำเนินการกับอากรที่ค้างชำระได้ ให้สอดคล้องกับกรณีของอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน

5.3 ปัญหาการพิจารณาคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

(1) ของที่นำเข้ามาและส่งออกกลับออกไปตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กรณีมีปัญหาว่า การนำเข้าและส่งออกสินค้าในลักษณะการดำเนินพิธีการศุลกากรการส่งของกลับออกไป (re-export) ภายในอารักขาของศุลกากร ผู้นำของเข้ามีสิทธิขอคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาด และ/หรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นที่ชำระไว้หรือไม่

ในส่วนของอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน เนื่องจากเป็นปัญหาในทางปฏิบัติระหว่างหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 49/2 และมาตรา 70/2 โดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 กำหนดให้ผู้นำของเข้าอาจยื่นคำขอคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาดได้ในกรณีที่ได้นำสินค้าที่ได้ชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยให้นำมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 บทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้อง และบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเปรียบเทียบ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ผู้นำของเข้าจึงมีสิทธิขอคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุนที่ชำระไว้แล้วได้

ทั้งนี้ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้นำเข้ามีสิทธิในการขอคืนอากรได้ในสิบส่วนหรือส่วนที่เกินหนึ่งพันบาทของจำนวนที่ได้เรียกเก็บไว้ โดยคำนวณตามใบขนสินค้าขาออกแต่ละฉบับ แล้วแต่จำนวนใดจะสูงกว่า กรณีจึงมีปัญหว่า ผู้นำของเข้าที่ได้ส่งของนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และขอคืนอากรขาเข้าสำหรับของนั้น กรมศุลกากรจะต้องเรียกเก็บไว้อีกส่วนหนึ่งในสิบส่วนหรือหนึ่งพันบาทสำหรับส่วนของอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรตอบโต้การอุดหนุนด้วยหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ควรมีการเรียกเก็บในส่วนของอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุนอีก เนื่องจากการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุนต้องไม่เกินกว่าส่วนเหลือจากการทุ่มตลาดหรือการอุดหนุนที่พบว่ามีอยู่ตามที่ได้คำนวณการ

อุดหนุนต่อหน่วยของสินค้าที่ส่งออกและได้รับการอุดหนุน กรณีจึงทำได้เพียงเพื่อทำให้ความเสียหายของอุตสาหกรรมภายในประเทศหมดไป ซึ่งต่างจากอากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร และภายใต้เงื่อนไขในการขอคืนอากรตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ของที่นำเข้าไม่ได้มีการใช้ประโยชน์ภายในประเทศ อุตสาหกรรมภายในประเทศย่อมไม่ได้รับความเสียหาย กรณีจึงไม่มีอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุนที่ต้องชำระ

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 มิได้มีบทบัญญัติกำหนดเหตุแห่งการคืนอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น รวมถึงหลักเกณฑ์และวิธีการคืนอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นไว้แต่อย่างใด ซึ่งเห็นว่าในกรณีที่มีการนำเข้าสินค้าที่ต้องเสียอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นเข้ามาในราชอาณาจักรและได้ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน ผู้นำของเข้าย่อมมีสิทธิขอคืนอากรปกป้องที่ได้ชำระไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้นำของเข้า จึงเห็นควรเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยให้ผู้นำของเข้ามีสิทธิขอคืนอากรตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ได้เช่นเดียวกันกับอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุน

(2) ของที่นำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออกตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กรณีมีปัญหาว่า ในการพิจารณาคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น กรมศุลกากรจะสามารถพิจารณาคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า การคืนอากรทั้งในส่วนของอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดนั้น จำเป็นที่จะต้องมิบบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการคืนไว้อย่างชัดเจน โดยเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น และพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ มิได้กำหนดให้นำมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 มาใช้บังคับ การคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาดดังกล่าวจึงไม่รวมถึงกรณีการนำเข้าสินค้าที่นำมาผลิต ผสม ประกอบ บรรจุ หรือดำเนินการด้วยวิธีอื่นใดก่อนส่งออกนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 กรมศุลกากรจึงไม่สามารถคืนอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดให้แก่

ผู้ประกอบการที่น่าเชื่อถือซึ่งได้ชำระอากรปกป้องและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดไว้แล้วไปผลิตและส่งออกป้อนราชอาณาจักร โดยอาศัยมาตรา 29 เช่นเดียวกันกับการคืนอากรศุลกากรตามกฎหมายศุลกากรได้⁵⁶

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีประกาศคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง กำหนดให้ยกเว้นการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น สำหรับสินค้าที่นำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออกภายใต้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร โดยให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการยกเว้นอากรขาเข้าเพื่อการส่งออกตามที่กฎหมายว่าด้วยศุลกากรกำหนด ทั้งนี้ ภายใต้พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 มีมาตรการทางภาษีอากรเพื่อส่งเสริมการส่งออก ได้แก่ คลังสินค้าทัณฑ์บน เขตปลอดอากร และการคืนอากรตามมาตรา 29 โดยมีแนวคิดเดียวกันคือ ของใดที่มีได้มีการบริโภคภายในประเทศ ไม่ควรมีภาระภาษี (user pays principal)⁵⁷ เพียงแต่มาตรา 29 ต้องมีการเรียกเก็บอากรขาเข้าไว้ก่อน และเมื่อได้ดำเนินการผลิต ผสม ประกอบ บรรจุ หรือดำเนินการด้วยวิธีอื่นใด และส่งออกป้อนราชอาณาจักร จึงจะมีสิทธิขอคืนอากรที่เสียไว้ได้ ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ผู้เขียนจึงเห็นว่า สินค้าที่นำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออกภายใต้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร ตามประกาศคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง ย่อมรวมถึงการนำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออกตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ด้วย โดยผู้นำของเข้าต้องชำระอากรไว้ก่อน และเมื่อได้นำสินค้านั้นมาผลิตและส่งออกป้อนราชอาณาจักร ก็ย่อมมีสิทธิขอคืนอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการคืนอากรตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

5.4 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

ในกรณีที่มีการออกแบบแจ้งการประเมินอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น มีปัญหาว่าหน่วยงานใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามแบบแจ้ง

⁵⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 746/2564 วินิจฉัยกรณีที่มีผู้ประกอบการที่มีสิทธิคืนอากรตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ขอรื้อถอนจากผู้ประกอบกิจการภายในเขตปลอดอากรซึ่งกรมศุลกากรได้เรียกเก็บอากรปกป้องหรืออากรตอบโต้การทุ่มตลาดไว้แล้ว และผู้ประกอบการมีสิทธิคืนอากรตามมาตรา 29 นำวัตถุดิบนั้นไปผลิตและส่งออกป้อนราชอาณาจักร

⁵⁷ กฤติกา ปันประเสริฐ, คำอธิบายกฎหมายศุลกากร, พิมพ์ครั้งที่ 1 (2565), หน้า 152.

การประเมินอากรดังกล่าว โดยที่กรมศุลกากร เห็นว่า การอุทธรณ์การประเมินตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร เป็นกรณีที่ผู้นำของเข้าหรือผู้ส่งของออกอุทธรณ์การประเมินอากรของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อเรียกเก็บอากรที่เสียไว้ไม่ครบตามจำนวนที่ต้องเสียจริง ส่วนการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดเป็นการเรียกเก็บตามประกาศของคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุนที่มีคำวินิจฉัยให้เรียกเก็บ หากผู้ใดไม่พอใจคำวินิจฉัยดังกล่าว สามารถอุทธรณ์ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ตามมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542

แต่ทั้งนี้ กรมการค้าต่างประเทศ มีความเห็นว่า กรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรดังกล่าวเสมือนเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายนั้น ดังนั้น การประเมินเพื่อเรียกเก็บอากรและการออกแบบแจ้งการประเมินอากร การอุทธรณ์และการขอทูลเกล้าการชำระอากร เป็นเรื่องต่อเนื่องในการจัดเก็บอากร พนักงานศุลกากรจึงสามารถประเมินอากรตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 เพื่อเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นในกรณีที่ผู้มีหน้าที่เสียอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องไม่เสียอากรหรือเสียอากรไม่ครบถ้วน และกรมศุลกากรสามารถออกแบบแจ้งการประเมินอากรเพื่อเรียกเก็บตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร และผู้นำของเข้าย่อมอุทธรณ์การประเมินการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 37 และขอทูลเกล้าการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ได้

กรมศุลกากรจึงได้หารือเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์การออกแบบแจ้งการประเมินอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า กฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากรเกี่ยวกับการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นไว้ ดังนั้น กรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากรในฐานะที่เป็นผู้มีหน้าที่จัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นตามที่กฎหมายกำหนด ที่จะต้องพิจารณาข้อโต้แย้งนั้นให้เสร็จสิ้นเนื่องจากการพิจารณาข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากร

ปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดเก็บที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากร⁵⁸

การอุทธรณ์ข้อพิพาททางภาษีอากร โดยหลักแล้วเมื่อผู้เสียภาษีได้รับแจ้งการประเมินภาษีอากรและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของเจ้าพนักงานจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ในฝ่ายปกครองก่อนจึงจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้ ซึ่งหากผู้เสียภาษีไม่เห็นด้วยกับการประเมินภาษีอากรหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานมิได้ดำเนินการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนแล้วก็จะไม่มีสิทธินำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลได้⁵⁹ ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 ที่ให้นำกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรดังกล่าวเสมือนเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายนั้น ประกอบกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ผู้เขียนจึงเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งหน้าที่ในการเรียกเก็บอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นของกรมศุลกากรนั้น ย่อมรวมถึงการประเมินอากรและการพิจารณาอุทธรณ์การประเมินด้วย

อย่างไรก็ตาม ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 โดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรไว้โดยชัดแจ้ง ในกรณีที่ผู้นำเข้าไม่เห็นด้วยกับการประเมินอากร เงินเพิ่มและเบี้ยปรับ การลดเงินเพิ่ม และ จดหรือลดเบี้ยปรับ ของกรมศุลกากร ให้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร และให้นำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับ แต่ในส่วนของอากรปกป้องตามพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 นั้น มิได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศฯ ซึ่งพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับต่างเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจกรมศุลกากรในการเรียกเก็บอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นและอากรตอบโต้การทุ่มตลาดไว้เช่นเดียวกัน บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของกรมศุลกากรจึงควรมีมาตรฐานอย่างเดียวกัน ดังนั้น จึงเห็น

⁵⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1148/2560 และเรื่องเสร็จที่ 1154/2561 ประกอบเรื่องเสร็จที่ 746/2564

⁵⁹ จุฑาสินี สืบวิเศษ, กระบวนการรับข้อพิพาททางภาษีอากรในส่วนของฝ่ายปกครองเปรียบเทียบระหว่างกรมสรรพากร กรมศุลกากร และกรมสรรพสามิต. หน้า 46.

ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจดำเนินการของกรมศุลกากร ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขโดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

5.5 ปัญหาการนำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามกฎหมายศุลกากรมาใช้บังคับ

พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 บัญญัติให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น เสมือนเป็นอากรขาเข้าตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร โดยมีได้มีบทบัญญัติให้นำบทกำหนดความรับผิดและบทลงโทษตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับกับอากรดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีจึงมีปัญหว่าอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ถือเป็นอากรตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 หรือไม่ และหากมีการหลีกเลี่ยงการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดอากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น จะถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรหรือไม่

จากการศึกษาพบว่า แม้ว่าอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น จะถูกเรียกเก็บโดยหน่วยงานศุลกากร แต่ก็แตกต่างจากอากรศุลกากรอย่างสิ้นเชิง โดยอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรตอบโต้การอุดหนุนมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบโต้การค้าที่ไม่เป็นธรรม และเพื่อชดเชยความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติด้านราคาระหว่างประเทศที่กระทำโดยผู้ส่งออกหรือการให้การอุดหนุนโดยรัฐบาลต่างประเทศ ส่วนอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น เพื่อให้อุตสาหกรรมภายในประเทศมีเวลาปรับตัว ซึ่งทั้ง 3 กรณีเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการเยียวยาทางการค้า โดยมาตรการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปแบบของมาตรการทางภาษีเสมอไป ในขณะที่อากรศุลกากรมีไว้เพื่อเป็นช่องทางในการหารายได้และการพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวม อากรศุลกากรอยู่ในขอบเขตของนโยบายการค้าและการคลังของรัฐบาล และมีเป้าหมายเพื่อรายได้ของรัฐและการพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้น อากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น จึงไม่ใช่อากรศุลกากรตามนัยพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560

กรณีการนำบทกำหนดความรับผิดและบทลงโทษตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการนำบทกำหนดความรับผิดและบทลงโทษมาใช้บังคับโดยอนุโลม ต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าให้นำบทกำหนดความผิดอาญาและบทกำหนดโทษของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องนั้นมาใช้บังคับแก่การนั้น เพราะบุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญาเว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ เมื่อพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 มิได้บัญญัติให้นำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้ในกรณีที่มีการเรียกเก็บอากรตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว จึงไม่สามารถนำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับเมื่อมีการหลีกเลี่ยงการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นได้⁶⁰

ผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ไม่ใช่อากรศุลกากรตามนัยพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ประกอบกับพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 บัญญัติให้นำกฎหมายว่าด้วยศุลกากรและกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บ โดยมีได้บัญญัติให้นำบทกำหนดความรับผิดและบทกำหนดโทษมาใช้บังคับด้วย กรณีจึงไม่อาจนำบทกำหนดความรับผิดและบทกำหนดโทษตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตาม ภายใต้พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ในกรณีที่มีการสำแดงใบขนสินค้าที่เป็นเท็จ การจำแนกประเภทสินค้าไม่ถูกต้อง การใช้ราคาไม่ถูกต้อง หรือการใช้ถิ่นกำเนิดอันเป็นเท็จ เป็นความเป็นผิดฐานสำแดงหรือยื่นเอกสารไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร (มาตรา 202) การหลีกเลี่ยงอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยการสำแดงใบขนสินค้าที่เป็นเท็จ การจำแนกประเภทสินค้าไม่ถูกต้อง การใช้ราคาไม่ถูกต้อง หรือการใช้ถิ่นกำเนิดอันเป็นเท็จ จึงเป็นความเป็นผิดฐานสำแดงหรือยื่น

⁶⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การหลีกเลี่ยงการชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น (เรื่องเสร็จที่ 574/2560) เป็นการวินิจฉัยกรณีการนำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469 มาใช้บังคับ

เอกสารไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร แต่ไม่เป็นความผิดฐานหลักเลี่ยงอากร ดังนั้น การพิจารณาองค์ประกอบความผิดและบทกำหนดโทษทางอาญาจึงขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณี

5.6 ปัญหาการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น สำหรับเศษหรือของด้อยคุณภาพที่เกิดจากการนำของเข้ามาผลิตและส่งออกป้อนราชอาณาจักร

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยศุลกากร ของที่นำเข้ามาเพื่อผลิตและส่งออกโดยได้รับยกเว้นอากรขาเข้า แล้วปรากฏว่ายังมีเศษหรือของที่ด้อยคุณภาพที่ไม่ได้ส่งออกแต่นำมาใช้หรือจำหน่ายภายในราชอาณาจักร เศษหรือของที่ด้อยคุณภาพดังกล่าวยังคงมีภาระภาษีอากรที่ต้องชำระ โดยความหมายของคำว่าเศษหรือของที่ด้อยคุณภาพตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การลดอัตราอากรและยกเว้นอากรศุลกากรตามมาตรา 12 แห่งพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530 กำหนดคำว่า “เศษ” หมายความว่า ส่วนที่เหลือจากการผลิตซึ่งไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์เดิมที่นำเข้าได้ และคำว่า “ของที่ด้อยคุณภาพ” หมายความว่า วัตถุดิบหรือของที่ผลิตจากวัตถุดิบดังกล่าว ซึ่งมีตำหนิหรือมีคุณภาพไม่ได้มาตรฐานหรือไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์เดิมได้

อย่างไรก็ตาม ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า กรณีที่ผู้นำเข้ามีการผลิตและส่งออกแล้ว ยังมีเศษหรือเศษซากซึ่งไม่ได้ส่งออก แต่นำเข้ามาจำหน่ายหรือนำไปใช้ภายในราชอาณาจักร เศษหรือเศษซากนั้นเป็นของที่ไม่สามารถนำกลับไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์เดิมของการนำเข้าและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายใน ผู้นำของเข้าจึงไม่ต้องชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องสำหรับเศษหรือเศษซากดังกล่าว ส่วนของด้อยคุณภาพ ไม่ใช่เศษหรือเศษซากที่เหลือจากกระบวนการผลิตตามสูตร เป็นของที่สามารถนำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์เดิมในการนำเข้า จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมภายในที่ได้รับการคุ้มครองได้ การนำส่วนเหลือจากการผลิตเพื่อส่งออกเป็นของด้อยคุณภาพมาจำหน่ายหรือใช้ภายในราชอาณาจักร เป็นกรณีที่ผู้นำเข้ามาผลิตเพื่อส่งออกมิได้ ดำเนินการตามเงื่อนไขที่จะได้รับยกเว้นอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องตามประกาศคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และประกาศคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง ผู้นำของเข้าจึงต้องชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้อง⁶¹

⁶¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดและอากรปกป้องสำหรับ

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ก็เพื่อขจัดความเสียหายที่มีต่ออุตสาหกรรมภายในหรือเพื่อเยียวยาอุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายจากการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก ผู้เขียนจึงเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในส่วนของเศษหรือเศษซากซึ่งเป็นของที่ไม่สามารถนำกลับไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์เดิมของการนำเข้าและไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายใน ผู้นำของเข้าจึงไม่ต้องชำระอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องกับเศษหรือเศษซากดังกล่าว แต่มีความเห็นแย้งในส่วนของการที่ด้อยคุณภาพโดยเห็นว่า หากพิจารณาตามนิยามที่กำหนดในประกาศกระทรวงการคลัง ของที่ด้อยคุณภาพที่เกิดจากกระบวนการผลิต ซึ่งไม่สามารถนำกลับไปใช้ตามวัตถุประสงค์เดิมได้ ย่อมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในเช่นเดียวกับกรณีของเศษหรือเศษซาก จึงเห็นว่าไม่ควรมีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้อง กับของที่ด้อยคุณภาพที่ไม่สามารถนำกลับไปใช้ตามวัตถุประสงค์เดิมได้อีก และแม้ของที่ด้อยคุณภาพนั้น จะยังมีส่วนที่อาจนำกลับไปใช้ตามวัตถุประสงค์เดิมได้อยู่ ก็เป็นของซึ่งมีตำหนิหรือมีคุณภาพไม่ได้มาตรฐาน ย่อมทำให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของของนั้นลดลงและอาจส่งผลโดยตรงต่อระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่อุตสาหกรรมภายในจนลดต่ำลง จึงไม่ควรมีการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาดหรืออากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้ คณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง ควรกำหนดนิยามของคำว่าเศษและของที่ด้อยคุณภาพให้สอดคล้องกับนิยามตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การลดอัตราอากรและยกเว้นอากรศุลกากรตามมาตรา 12 แห่งพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530 เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันในทางปฏิบัติระหว่างหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย รวมถึงผู้ประกอบการซึ่งอยู่ภายใต้มาตรการดังกล่าว

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น ในแง่ของการนำกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาบังคับใช้กับการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น เนื่องจากทั้งพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

เศษ เศษซาก หรือของด้อยคุณภาพที่เกิดจากการนำสินค้ามาผลิตเพื่อการส่งออกตามประกาศคณะกรรมการพิจารณาการทุ่มตลาดและการอุดหนุน และประกาศคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง (เรื่องเสร็จที่ 724/2562)

และพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ต่างเป็นกฎหมายเฉพาะที่ต้องอาศัยความรู้และความเข้าใจในหลักการแห่งกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยกรมศุลกากรเป็นเพียงหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการเรียกเก็บอากรดังกล่าวตามที่คณะกรรมการพิจารณาการทຸ່มตลาดและการอุดหนุนหรือคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้องมีประกาศแล้วแต่กรณี แต่การพิจารณาว่าจะต้องมีการเสียอากรทั้ง 3 ประเภทหรือไม่ จะต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมการค้าต่างประเทศ ทำให้เกิดปัญหาในการตีความการบังคับใช้กฎหมายที่ต่างกันในแต่ละของหลักการ รวมถึงอำนาจการดำเนินการของกรมศุลกากรบางประการที่มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและลดปัญหาการตีความระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และเพื่อให้การจัดเก็บอากรตอบโต้การทຸ່มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นและมีมาตรฐานอย่างเดียวกัน ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางดังต่อไปนี้

(1) เห็นควรให้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน และเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น

(2) เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 โดยให้กรมศุลกากรมีอำนาจในการเรียกเก็บเงินเพิ่มและเบี้ยปรับ รวมถึงการดำเนินการกับอากรที่ค้างชำระ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

(3) เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 โดยให้ผู้นำเข้าที่มีสิทธิขอคืนอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นต่อกรมศุลกากรได้ หากภายหลังปรากฏว่ามีการส่งสินค้าที่ได้ชำระอากรตอบโต้การทຸ່มตลาดกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทຸ່มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 แต่ทั้งนี้ไม่ควรมีการเรียกเก็บไว้หนึ่งในสิบส่วนหรือหนึ่งพันบาท ในส่วนของอากรตอบโต้การทຸ່มตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นอีก

(4) ในกรณีคณะกรรมการพิจารณาการทุ่ทุตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้อง กำหนดข้อยกเว้นการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่ทุตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น สำหรับสินค้าที่นำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออก ย่อมรวมถึงกรณีที่มีการนำเข้ามาผลิตเพื่อการส่งออกตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ด้วย จึงเห็นควรให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังในการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคืนอากรในกรณีดังกล่าว ตามความในมาตรา 5 ประกอบมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่ทุตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550

(5) เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยบัญญัติให้อุทธรณ์การประเมินอากรต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่ทุตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่ทุตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562

(6) ในกรณีที่พระราชบัญญัติการตอบโต้การทุ่ทุตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น พ.ศ. 2550 มิได้มีบทบัญญัติให้นำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับ กรณีจึงไม่อาจนำบทกำหนดความผิดตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากรมาใช้บังคับกับการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ่ทุตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่ทุตลาด อากรตอบโต้การอุดหนุน และอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น ก็เพื่อจัดความเสียหายที่มีต่ออุตสาหกรรมภายใน หรือเพียงเพื่อเยียวยาอุตสาหกรรมที่ได้รับความเสียหายจากการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือจากการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นอย่างมากเท่านั้น มิได้มุ่งหมายในเชิงลงโทษ ดังนั้น ในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงควรเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งที่มีวัตถุประสงค์ให้มีการชดเชยความเสียหาย มิใช่การลงโทษในทางอาญา อย่างไรก็ตาม หากการกระทำของผู้นำของเข้ามีองค์ประกอบของการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องใด ก็ต้องพิจารณาตามบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ เป็นรายกรณี

(7) เห็นควรให้คณะกรรมการพิจารณาการทุ้มตลาดและการอุดหนุน และคณะกรรมการพิจารณามาตรการปกป้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการออกประกาศ ยกเว้นการเรียกเก็บอากรตอบโต้การทุ้มตลาดและอากรปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น สำหรับเศษหรือของด้อยคุณภาพที่เกิดจากกระบวนการผลิตเพื่อการส่งออกให้เกิดความชัดเจน โดยควรกำหนดนิยามของคำว่าเศษและของที่ด้อยคุณภาพให้สอดคล้องกับนิยามตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่องการลดอัตราอากรและยกเว้นอากรศุลกากรตามมาตรา 12 แห่งพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530

Media Ownership Regulation:
Legal Framework of Media Plurality Measurement*

การกำกับความเป็นเจ้าของสื่อ:
กรอบทางกฎหมายในการกำหนดความหลากหลายของสื่อ

Warut Songsujaritkul

วรุฒม์ ทรงสุจริตกุล

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Chiang Mai University

239 Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai, Thailand, 50200

Corresponding author E-mail: songsujaritkul.w@gmail.com

(Received: March 3, 2023; Revised: September 4, 2023; Accepted: October 19, 2023)

Abstract

Concerns about media plurality are at the heart of media law and policy. The concept of media plurality is based on the fact that, unlike other sectors, media are powerful gatekeepers of public communication; hence competition law is not sufficient to prevent media ownership concentration. Thus, a specific regulation is essential to safeguard the public interest by avoiding excessive power and concentration of media ownership. To control undue power and concentration of media, a specific regulation which enhances media plurality is necessary. This article studies various complicated factors concerning media plurality in the regulation of media

* This research project is supported by Faculty of Law, Chiang Mai University.

ownership. It analyzes the UK framework as an example model in comparison with other jurisdictions such as the US, Canada, and the Netherlands to recognize media plurality concerns. The article found that there is no single masterpiece for an accurate evaluation of market power. Policy concerns for achieving pluralism are distinctly complex from country to country depending on their history and context. It, therefore, provides guidelines on various factors that should be taken into consideration in media ownership regulation.

Keywords : Media Law, Media Ownership Regulation, Media Plurality

บทคัดย่อ

ความหลากหลายของสื่อจึงเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายกำกับดูแลสื่อ หลักว่าด้วยความหลากหลายของสื่อมีพื้นฐานจากข้อเท็จจริงที่ว่า สื่อเป็นผู้ทรงอิทธิพล ด้วยสื่อเป็นผู้คุมช่องทางในการสื่อสารของสาธารณชน กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจึงไม่เพียงพอต่อการป้องกันการกระจุกตัวของสื่อ ดังนั้น การวางกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลสื่อจึงมีความสำคัญในการพิทักษ์ประโยชน์สาธารณะด้วยการหลีกเลี่ยงไม่ให้สื่อบางรายมีอิทธิพลมากเกินไปและป้องกันไม่ให้เกิดการกระจุกตัวของความเป็นเจ้าของสื่อ บทความนี้ศึกษาปัจจัยที่หลากหลายในการวัดความหลากหลายของสื่อ โดยวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในสหราชอาณาจักรเปรียบเทียบกับประเทศอื่น เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และเนเธอร์แลนด์ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายของสื่อ บทความชิ้นนี้สรุปว่าไม่มีเครื่องมือใดที่จะเป็นเพียงมาตรการเดียวในการใช้วัดอิทธิพลของสื่อได้อย่างแม่นยำ มาตรการในการทำให้เกิดความหลากหลายของสื่อนั้นซับซ้อนและแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศโดยขึ้นอยู่กับบริบทและเรื่องราวเบื้องหลังของสื่อในประเทศนั้น บทความนี้จะเสนอปัจจัยในการวัดความหลากหลายของสื่อเพื่อเป็นแนวทางในการควบคุมความเป็นเจ้าของสื่อ

คำสำคัญ : กฎหมายสื่อ, การกำกับความเป็นเจ้าของสื่อ, ความหลากหลายของสื่อ

1. Introduction

1.1 Background and Problems

In the complex modern economic and democratic societies, the majority of available information which has influenced the decision-making of citizens is provided by the media. Although people can sometimes have direct access to information sources, they may not do so due to the lack of time and expertise.¹ Instead, they rely on the media as the window onto politics and public affairs. The effects of media are not only determining ‘what’ people perceive but also the way they perceive the world which have an impact on both personal and political activities.² With these positions, the media holds a considerable power and has been regarded as ‘the fourth estate’. As a result, the concentration of media can lead to a concentration of power. Authoritarian and totalitarian can stay in power by censorship, reducing political engagement and distorted propaganda. Although most media companies merely concentrate on maximizing profits, without guarantee, they may exploit their power to further other interests.³ Thus enhancing media plurality is necessary to control undue powerful media entities.

Therefore, the communication sector has been recognized as a distinguished sector with a great social impact.⁴ The capacity to speak effectively to a large number of people and influence public opinion was controlled by a few media owners. The concentration of power and control over the channels of communication lead to concentrated control over the content. As a consequence, the content made available was concentrated around mainstream preferences and marginal viewpoints

¹ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, “Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges,” in **Journal of Media Law** 4, no.1 (2012), p.35.

² Dan Bernhardt et al., “Political Polarization and the Electoral Effects of Media Bias,” in **Journal of Public Economics** 92, (2008), p.1092.

³ Rachael Craufurd Smith, “Rethinking European Union Competence in the Field of Media Ownership,” in **European Law Review** 29, no.5 (2004), p. 652.

⁴ Teresa La Porte et al., “Globalization and Pluralism,” in **The International Communication Gazette** 69, no.4 (2007), p. 377.

were ignored. Thus, a specific regulation is essential to safeguard the public interest by avoiding excessive power and concentration of media.⁵

However, competition law is not purposely created to protect media plurality, so it is neither efficient nor always protects every dimension of media plurality. The goals of competition law and media plurality are different. Competition law aims to ensure efficient competitive markets and (which leads to) consumer welfare. Consumer welfare relates to price, service, quality, and choice which can be determined by the efficiency of resources being allocated to satisfy consumers' desires and the efficiency of resources being used by particular companies. On the other hand, media plurality focuses on the diversity of viewpoints people choose and the influence of media entities and media owners. Competition law is concerned about the market power of the companies; whilst media plurality is concerned about the media power of media entities on the distortion of people's perception of the world. These two powers are not the same thing. Therefore, the achievement of media plurality requires other different approaches. To control the concentration of media ownership and undue power, media plurality regulation is at the heart of media law.

This article examines the principle of media plurality and media ownership rules in the UK. Part 2 provides the concept of media plurality as a foundation for media regulatory policy. In Part 3, the development of the existing UK regulation framework in promoting media plurality will be examined. Part 4 then analyzes the metrics of the UK Public Interest Test and other possible frameworks in regulating media ownership and influence. The article proposes guidelines on media ownership regulation and various complex factors concerning media plurality.

⁵ Gillian Doyle, "From 'Pluralism' to 'Ownership': Europe's Emergent Policy on Media Concentration Navigates the Doldrums," in **The Journal of Information, Law and Technology** 3, (1997).

1.2 Methodology, Objectives, and Scope of Research

This research has three major objectives as follows:

- (1) To study the principle of media plurality as a fundamental concept for regulating media ownership;
- (2) To analyze the legal framework of media ownership regulation in the UK in comparison to other frameworks in other jurisdictions; and
- (3) To propose a guideline on various complicated factors concerning media plurality in the regulation of media ownership.

This research adopts a doctrinal methodology based on studies and analyses of legislations, legal literature, research papers, policy documents, the resolutions of international and regional organizations and in the UK which is a country that has Office of Communications (Ofcom) who actively concerns and studies about media plurality, and documents from official websites pertinent to this issue of the study.

2. Media Plurality Principle

Media plurality is a concept which presents different voices of political opinions and cultures. This notion not only refers to a diversity of media made available to the public but also what the audience consumed.⁶ It is about encouraging people to access a variety of information in order to avoid any excessive influence dominating their opinions. Media plurality ensures that the public can access and consume a wide range of viewpoints and prevents too much influence over the political process being exercised by any media owner.⁷ Preventing this can

⁶ Peggy Valcke, “Looking for the User in Media Pluralism Regulation,” in **Journal of Information Policy** 1, (2011), p.287.

⁷ Ofcom, “Measurement Framework for Media Plurality: Ofcom’s Advice to the Secretary of State for Culture, Media and Sport,” November 2015, p.1, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0024/84174/measurement_framework_for_media_plurality_statement.pdf [27 February 2023]

be achieved by ensuring no one organization has a share of news consumption which is so high that it risks exposing people to a narrow set of viewpoints. The notion of media plurality is recognized to be a prerequisite for contribution to freedom of expression.⁸ According to Article 10(1) of the European Convention on Human Rights (ECHR), true freedom of expression is not only about the right to express an opinion but also includes the freedom to receive information that contributes to ideas and refers to the discovery of truth. To achieve this notion, it is essential to establish the marketplace of ideas where arguments between different points of view interact. This can also be seen in Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union which respects media plurality as well as the right to receive information.⁹ Thus, without media plurality, freedom of expression would not be existent.

The UK Parliament attaches particular significance of media plurality for the functioning of a healthy and informed democracy. In particular, Lord McIntosh of Haringey stated in the parliamentary debate around the Communications Act 2003 that “plurality is important for a healthy and informed democratic society. The underlying principle is that it would be dangerous for any person to control too much of the media because of his or her ability to influence opinions and set the political agenda”¹⁰. Democracy cannot exist without the environment of contrasted facts being presented to and tested by citizens. To enable participation in political decision making e.g. through free election, people must have free access to information concerning sufficient facts for making political choices and enlightened

⁸ European Commission, Media pluralism in the Member States of the European Union, Commission Staff Working Document, SEC(2007) 32, 2007, p.4.

⁹ Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides that: “1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. 2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.”

¹⁰ Lord McIntosh of Haringey (Parliamentary Under Secretary, DCMS) 2 July 2003, Hansard. [online] Available from : <http://hansard.millbanksystems.com/lords/2003/jul/02/communications-bill> [27 February 2023]

judgments.¹¹ Witnessing the impact of media on democracy during the Second World War, European states and organizations have guarded media against government influence and excessive concentration by private entities.¹²

Media plurality has two perspectives: external plurality and internal plurality. While internal plurality refers to ranges of contents, external plurality is about the diversity of suppliers, i.e., media ownership.¹³ External plurality relates to the structure of media ownership system as a whole through a range of media outlets and various services reflecting different points of view of culture and society. This framing not only applies to media owning by various entities but also includes different types of media ownership; state, private, minority, and non-profit organizations. It also embraces a range of aspects such as merger control rules applied to media entities, a proper relationship between media owners and politics, editorial freedom, and the independence of public service broadcasting.¹⁴

Furthermore, media plurality is not merely about expanding the opportunity to access various voices. It is also concerning being objective, truthful, unbiased, and high quality.¹⁵ Recommendation No. R (99) 1 on Measures to Promote Media Plurality emphasizes that both quantity and quality of voices are the center of the media plurality concept¹⁶, especially, news genres whose quality will affect the public sphere of the received citizen¹⁷. To safeguard media plurality, especially

¹¹ Vaira Vīķe-Freiberga et al., “A Free and Pluralistic Media to Sustain European Democracy,” in **Report of the High Level Group on Media Freedom and Pluralism**, 2013, p.10.

¹² Rachael Craufurd Smith et.al., “Regulating Media Plurality and Media Power in the 21st Century,” in **LSE Media Policy Project: Media Policy Brief 7**, (2012), p.6.

¹³ Thomas Gibbons, **Regulating the Media** (Sweet & Maxwell, 1998), p. 29-31.

¹⁴ EU Media Futures Forum, “Fast-forward Europe: 8 Solutions to Thrive in the Digital World,” September 2012, p.11-14, [online] Available from : http://ec.europa.eu/information_society/media_task-force/doc/pluralism/forum/report.pdf [27 February 2023]

¹⁵ Vaira Vīķe-Freiberga et al., “A Free and Pluralistic Media to Sustain European Democracy,” p. 11.

¹⁶ Council of Europe, “Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (99) 1 on Measures to Promote Media Pluralism,” adopted by the Committee of Ministers on 19 January 1999, [online] Available from : <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=399303&Site=CM> [27 February 2023]

¹⁷ Council of Europe, “Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to

a range of providers, sometimes states are required to restrict the free speech of private entities, such as by licensing systems. Due to Article 10(2) of the ECHR, European nations can restrict freedom of speech; regulation on media concentration is allowed to restrict free speech of private entities on the basis of media plurality.¹⁸ Conversely, in the US, the First Amendment seems to guarantee the competition of media corporations rather than the intervention by media ownership restriction.¹⁹

There are also risks to media plurality in an online world. The growth in online news and the consequent increase in the range of providers have the potential to strengthen plurality and reduce the influence of any one media owner. However, the rise of news online has not yet materially reduced the influence of traditional news providers and also presents new challenges to media plurality. Notably, news providers are also seeking to make money from their editorial content online, for example through the adoption of paywalls, which can constrain people's access to a range of opinions. The growth in online news has been particularly disruptive for the business model of newspapers, leading to closures and continuing to challenge the viability of some local and national titles.²⁰ Other risks include online intermediaries such as social media and search engines and their insufficiently transparent algorithms influencing public opinion by controlling what new stories people see through algorithms.²¹

Member States on a New Notion of Media," 2011, [online] Available from : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1835645&Site=CM> [27 February 2023]

¹⁸ *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH v. Austria* (2002) 34 E.H.R.R. 181.

¹⁹ *Sinclair Broadcasting Group* challenged the local ownership rule that its restrictions violate the First Amendment. The Court determined that the Commission had not provided a rational basis for local ownership rule. It remanded the rule for the Commission's further justification. (*Sinclair Broadcasting Group Inc v FCC*, 284 F 3d 148 (DC Cir 2002)).

²⁰ Ofcom, "The Operation of the Media Ownership Rules Listed under Section 391 of the Communications Act 2003," Ofcom's Report to the Secretary of State, November 2018, p.2, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0030/127929/Media-ownership-rules-report-2018.pdf [27 February 2023]

²¹ Ofcom, "Media Plurality and Online News," Discussion Document, November 2022, p.2, [online]

This phenomenon alerts the European Commission to recently propose the European Media Freedom Act (EMFA) in 2022 which would require Member States to establish substantive and procedural rules for assessing the impact of media market concentrations on media plurality and editorial independence.²² This proposed EMFA complements the EU competition rules which do not directly address the market concentration impacts on media plurality. Also, EMFA contains the right of recipients of media services to receive a plurality of news and current affairs content, produced with respect to editorial freedom of media service providers, to the benefit of the public discourse.²³

3. The Development of the UK Media Ownership Regulation

Involving the public interest, economy and technology, the regulation of media ownership is distinctly complicated and varied from country to country. Whereas these viewpoints are different, they share many overlapping objectives. Regarding media plurality, EU member states have adopted various criteria for media ownership rules. For example, some limit the number of licenses held by the same entity, others impose ceilings on audience shares. Besides the prevention of quantitative threshold concentration, most nations impose qualitative ownership rules by disqualifying categories of entities from controlling media. In some countries, public service broadcasters or some types of private broadcasters are obliged to represent various ideological groups within the management composition, e.g. staff and boards.²⁴

Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0030/247548/discussion-media-plurality.pdf [27 February 2023]

²² Proposal for a Regulation of The European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU, Article 21.

²³ Ibid, Article 3.

²⁴ Peggy Valcke and Eva Lievens, **International Encyclopaedia for Media Law**, Part III, ch 1, (Kluwer Law International, 2011).

In the UK, before the 1990s, the broadcaster was the regulator (Independent Television Authority (ITA) and its successor, Independent Broadcasting Authority (IBA)) by arranging contracts or franchises to transmit programs produced by companies. There were no specific ownership restrictions; however, the control of media ownership relied on discretion in the authority's hands.²⁵

The Broadcasting Act of 1990 was based on the government policy of reducing regulatory discretion.²⁶ The changes included the separation of regulator from broadcaster, replacing contract with license, disqualified persons to own media, and quantitative ownership restriction. The legislation prohibited the holding of licenses beyond certain limits; for instance, prohibiting the holding of more than two regional Channel Three licenses, and prohibiting newspapers from having more than 20 percent interest in Channel Five.²⁷

The 1996 reform proposal of media ownership measurement replaced the traditional division media market with the total media market and provided market measurement with audience or revenue share and weighting influence system.²⁸ The 1996 ownership rules were complex due to the overlap of the 1990 elements and the 1996 ownership regime.²⁹ For example, it combined accumulation limits and market share measured by total audience time for broadcasting and newspaper sale for press. For cross-media ownership, there were two types of rules: market share and the Public Interest Test. Public Interest Test did not specify the baseline or the level of holding interest to trigger intervention but leaving it to the regulator's

²⁵ Lesley Hitchen, **Broadcasting Pluralism and Diversity: A Comparative Study of Policy and Regulation** (Hart Publishing, 2006), p.88.

²⁶ Home Office, Broadcasting in the '90s: Competition, Choice and Quality: The Government's Plans for Broadcasting Legislation (Cm 517, 1988) paras 2.5-2.6.

²⁷ Broadcasting Act 1990 (UK), sch 2, Pt IV.

²⁸ Petros Iosifidis, "Pluralism and Concentration of Media Ownership: Measurement Issues," **Javnost** 17, no.3 (2010), p. 15.

²⁹ Lesley Hitchen, **Broadcasting Pluralism and Diversity: A Comparative Study of Policy and Regulation**, p.91-99.

determination.³⁰ Paradoxically, the 1996 reform reverses the 1990 attempt and moves back to regulatory discretion.³¹

The Communication Act 2003 has further relaxed media ownership restrictions. While the importance of media plurality is continually emphasized, the reason to compete in the international market supports the consolidation for encouraging the efficiency of economies of scale and scope.³² Moreover, the development of technology lowers the barrier and allows new and broader players to enter the media market. With the increase in the variety of services and consumer power, many existing ownership restrictions are no longer justifiable and are diminished.³³ Communication Act 2003 freed up media restrictions far more than expected. Unsurprisingly, after it came into force, it can be seen as the higher-up of considerable media consolidation.³⁴

Apart from the restriction on market shares, the UK media ownership rules do not restrict the number of outlets; for example, a certain market should have at least four voices in order to provide adverse sides and alternative perspectives. In comparison, in the US, for example, more than six independent voices are required in a certain context and the revision in 2007 specifies at least eight independent providers to be retained for permitting merger in the large market or dual ownership of local television.³⁵

During the consideration of Communication Bill 2012, competition law was proposed to be the measure of preventing undesirable media consolidation.

³⁰ Broadcasting Act 1996 (UK), sch 2, Pt IV.

³¹ Lesley Hitchen, *Broadcasting Pluralism and Diversity: A Comparative Study of Policy and Regulation*, p.92.

³² Petros Iosifidis, "Pluralism and Concentration of Media Ownership: Measurement Issues," in *Javnost* 17, no.3 (2010), p. 11.

³³ Antonio Ciaglia, "Pluralism of the System, Pluralism in the System," in *International Communication Gazette* 75, no.4 (2013), p.410.

³⁴ Petros Iosifidis, "Pluralism and Concentration of Media Ownership: Measurement Issues," p.8.

³⁵ Adam D Rennhoff and Kenneth C Wilbur, "Local Media Ownership and Viewpoint Diversity in Local Television News," (2011) FCC Study on Media Ownership, Federal Communications Commission, p.2.

However, Lord Puttnam, chair of the Joint Scrutiny Committee, issued that Competition Commission should not consider only competition but also the potential of media plurality.³⁶ The compromise led to the amendment of the Enterprise Act 2002 containing the ‘Public Interest Test’ based on media plurality ground.

Therefore, according to the Communication Act 2003 and the Enterprise Act 2002, most of the fixed limits ownership rules have been abolished. The current remained restriction subjects to three mechanisms. Taken together, the rules are intended to protect the public interest by promoting plurality and preventing undue influence by any certain media owner. First, the National Cross-media Ownership Rule, or the 20/20 principle, prohibits a newspaper operator with 20 percent interest or more of the newspapers market share from holding a Channel 3 license or a stake in a Channel 3 licensee that is greater than 20 percent interest.³⁷ The holder of a Channel 3 license is also prohibited from holding an interest of 20 percent interest or more in a large national newspaper operator.³⁸

Second, the Disqualified Persons Restrictions prevent certain bodies or persons from holding broadcast licenses to prevent undue influence over broadcasting services. For example, advertising agencies and political parties are prohibited from holding any broadcast licenses. Local authorities are disqualified from holding broadcast licenses except to operate a broadcast service solely to provide information on their functions and services within their area. Religious bodies are prohibited outright from holding licenses for Channel 3, Channel 5, sound broadcasting and multiplexes.³⁹

Lastly, the Public Interest Test authorizes the government to intervene in a media merger involving broadcasters or a newspaper enterprise when a plurality

³⁶ Joint Committee (House of Lords and Commons), Draft Communications Bill, Vol 1 (Report, HL 169-1/HC 876-1, 2002).

³⁷ Communication Act 2003 (UK), sch 14, Pt I.

³⁸ Ibid.

³⁹ Broadcasting Act 1990 (UK), sch 2, Pt II.

concern is raised. Thus, now, the key mechanism to control media ownership concentration in the UK is the Public Interest Test.

4. The UK Public Interest Test and Factors Concerning Media Plurality

Section 58(2A) to (2C) of the Enterprise Act sets out the Public Interest Test. The tests will be triggered when the proposed merger meets certain conditions which are distinct depending on different mediums involved in the merger.⁴⁰ When the Secretary of State (SOS) suspects that media plurality concern would be raised by any media merger, it can issue an intervention notice for initial investigation by The Office of Fair Trading (OFT) for competition aspect, and for initial investigation by The Office of Communications (Ofcom) for media plurality aspect.

The Enterprise Act 2002 and Communication Act 2003 provide no guidelines on how to interpret and assess the Public Interest Test. Consequently, it falls under the considerable discretion of relevant authority which undermines public confidence.⁴¹ Whereas the Public Interest Test fulfills narrow competition law aspects

⁴⁰ Sections 58(2A) - (2C) of Enterprise Act 2002, The existing media public interest grounds for referral under section 58 of the Enterprise Act 2002 include:

a) sub-section (2A)(a) & (b): The need for accurate presentation of news and free expression of opinion in newspapers.

b) sub-section (2B): The need for, to the extent that it is reasonable and practicable, a sufficient plurality of views in newspapers in each market for newspapers in the UK (or a part of the UK).

c) sub-section (2C) (a): The need, in relation to every different audience in the UK (or in a particular area or locality), for there to be a sufficient plurality of persons with control of the media enterprises serving that audience.

d) sub-section (2C) (b): The need for the availability throughout the UK of a wide range of broadcasting which (taken as a whole) is both of high quality and calculated to appeal to a wide variety of tastes and interests.

e) sub-section (2C) (c): The need for persons carrying on media enterprises, and for those with control of such enterprises, to have a genuine commitment to the attainment in relation to broadcasting of the standards objectives set out in section 319 of the Communications Act 2003.

⁴¹ Rachael Craufurd Smith, "Is the UK 'Media Plurality Test' Fit For Purpose," July 2011, [online] Available from : <https://cfom.org.uk/2011/07/15/is-the-uk-media-plurality-test-fit-for-purpose/> [27 February 2023]

with democratic and cultural considerations, the Department for Trade and Industry (DTI) guidance proposed that intervention should be in exceptional circumstances.⁴² In the merger case of News Corporation/BskyB in 2009 which relates to a convergent context that merged different media segments into one market, Ofcom for the first time set out a measurement framework for plurality and developed new metrics from a new perspective: in particular, the definition of relevant market and the method of assessment.⁴³ However, in July 2011, News Corporation withdrew its proposed undertakings, before withdrawing its bid altogether.

The following describes factors of the ‘Public Interest Test’ regulatory framework in controlling media ownership mergers. Since policy concerns for achieving pluralism are distinctly complex from country to country depending on their history and context, instead of comparing specific jurisdiction regime, the following considerations will be taken into account in comparison with the UK framework.

4.1 The Scope of Regulatory Framework

4.1.1 Content Genre

The primary consideration in forming a condition that triggered a media ownership intervention is the area that should be concerned, especially the genre of programs. Two controversial regimes are whether the consideration should cover merely news and current affairs, or expand to all types of content. For the UK, Ofcom narrows its focus merely on the domestic providers of news and current affairs and excludes international news services such as CNN.⁴⁴ From Ofcom’s

⁴² Department for Trade and Industry, “Enterprise Act 2002: Public Interest Intervention in Media Mergers,” Guidance Document, May 2004, p.5, [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/enterprise-act-2002-public-interest-intervention-in-media-mergers> [27 February 2023]

⁴³ Davide Morisi, “Measuring Media Pluralism in the Convergence Era: The Case of News Corp’s Proposed Acquisition of BskyB,” Media@LSE, 2012, pp.23-30, [online] Available from : <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/assets/documents/research/msc-dissertations/2011/74.pdf> [27 February 2023]

⁴⁴ Ofcom, “Measuring Media Plurality: Ofcom’s Advice to the Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport,” June 2012, p.12, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/

perspective, news causes the greatest ‘personal and social importance’ and forms public opinion which importantly affects the democratic process.⁴⁵ The Netherlands, like the UK, also applied media ownership regulation only to news and current affairs as the Dutch Media Authority emphasized that news has the ability directly to form an opinion and transfer its own agenda to the public which shapes its power and raises the essential concern of assessment.⁴⁶

In contrast, some European countries assess media concentration by looking to content as a whole; Germany, for instance, considers the general audience share of broadcasting outlets and does not divide data into content genres.⁴⁷ It should be noted that only success in possessing a large share of the entertainment market means having the ability via economic power to form the cultural agenda of the nation. This leads to another concern that excessive focus on news and current affairs can decrease the incentive for media entities to provide news and turn to spin-off this service to strategically avoid extended power control.⁴⁸

4.1.2 Relevant Market

Not only the scope of content, but the covered market is also under consideration on whether the regulator should focus solely on the entire combined market or should concern media concentration in each separate sector, and if so, which one.

The UK Public Interest Test covers all medium platforms into account: broadcasting, radio, newspapers, and online news media; since individuals

assets/pdf_file/0031/57694/measuring-media-plurality.pdf [27 February 2023]

⁴⁵ Ofcom, “Report on Public Interest Test on the Proposed Acquisition of British Sky Broadcasting Group plc by News Corporation,” November 2010, p.6, [online] Available from : <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-3/public-interest-test-nov2010> [27 February 2023]

⁴⁶ Commissariaat Voor De Media, “Mediamonitor: The Dutch Media in 2010,” February 2011, p.86 [online] Available from : <https://www.mediamonitor.nl/wp-content/uploads/2013/08/Mediamonitor-The-Dutch-media-in-20101.pdf> [27 February 2023]

⁴⁷ Andrea Czepek and Ulrike Klinger, “Media Pluralism between Market Mechanisms and Control: The German Divide,” in *International Journal of Communication* 4, (2010), p.841.

⁴⁸ Ibid.

increasingly avail themselves of news from a wide range of media.⁴⁹ However, the scope of these newspaper and broadcast sectors is inconsistent. For broadcasting, the conditions are: ‘the need for there to be a sufficient plurality of persons with control of the media enterprises serving that audience’ and ‘the need for the availability of a wide range of broadcasting which is both of high quality and calculated to appeal to a wide variety of tastes and interests’.⁵⁰ The criteria include structural plurality, content diversity, quality of content, and commitment to meet content standards set out in the Communications Act. Meanwhile, the conditions for newspaper are: ‘accurate presentation of news’, ‘free expression of opinion’, and ‘a sufficient plurality of views in newspapers in each market’.⁵¹ This regards the quality of content, freedom of expression, and content diversity. While the concern of ownership is identified in broadcasting, it is not clearly specified in regard to the press but leaving to further explanation in Explanatory Note Communication Act 2003.⁵² It is not apparent why they are different, but this causes an unsuitable and insufficient basis for considering newspapers and broadcasting as media markets and services convergence.

With the convergence of media platforms, the platform neutrality notion persuades us to not differentiate services due to the mode of transmission. While the Netherlands has no media restriction on specific sectors, many other countries have ownership rules imposing on sub-markets. This is because of the recognition that each type of platform (audio, text, and sounds) has its own presentational style and serves a different set of information.⁵³ Therefore, the scene in which one sector

⁴⁹ Ofcom, “Report on Public Interest Test on the Proposed Acquisition of British Sky Broadcasting Group plc by News Corporation,” November 2010, p.25, [online] Available from : <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-3/public-interest-test-nov2010> [27 February 2023]

⁵⁰ Section 58 (2C) of Enterprise Act 2002

⁵¹ Section 58 (2A) - (2B) of Enterprise Act 2002

⁵² “New subsection (2B) specifies...and for there to be a variety of outlets and publications in which they can be expressed.” (Communication Act 2003, Explanatory Note (The Stationery Office 2003) para 800).

⁵³ Co-ordinating Committee for Media Reform, “The Media and the Public Interest,” Preliminary

is exclusively dominated by a few players is still a crucial concern since it cannot be balanced or replaced by plurality in other outlets.

The current Public Interest Test is restrictedly able to regulate services with licenses (not fully reach to online providers) and online intermediaries are failed to recognize. With the increasing significance of the Internet as an influencing media platform, solely focusing on traditional media is inadequate. Online outlet should be counted in plurality regulation. Online media platform does not comprise of only content aggregators, but also search engines and social networks. Though these services do not play editorial role, it has power to form opinion through the distribution of content to audience.⁵⁴

Noteworthy, the Ofcom's report 2021 recommended that the existing Media Public Interest Test framework should broaden its scope to 'news creators' which replace newspapers and broadcasters.⁵⁵ The purpose is to reflect how audience access and consume news at the present and to address the range of media plurality concerns that might have from mergers or acquisitions involving media enterprises other than broadcasters and print newspapers. The term should be broad enough to encompass all entities, irrespective of platform, who have editorial control over the creation and publishing of news materials by journalists, i.e., online news providers.⁵⁶

Briefing Paper, November 2011, p.5, [online] Available from : https://www.mediareform.org.uk/wp-content/uploads/2015/11/The_Media_and_The_Public_Interest-Plurality_Briefing_Paper.pdf [27 February 2023]

⁵⁴ Lord Justice Leveson, "An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press: Report Volume III," The Stationary Office, November 2012, p.1464, [online] Available from : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/270942/0780_iii.pdf [27 February 2023]

⁵⁵ Ofcom, "The Future of Media Plurality in the UK: Ofcom's Report to the Secretary of State on the Media Ownership Rules and Our Next Steps on Media Plurality," November 2021, p.2, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0019/228124/statement-future-of-media-plurality.pdf [27 February 2023]

⁵⁶ Ibid. p.26-27

Regarding online news providers, Ofcom indicated that this would include online-only news providers, online versions of existing print sources, and wholesale news providers and magazines with a focus on news or current affairs. However, online intermediaries (such as Facebook or Twitter) are not certain to fall within the scope of this new term since a transaction of an online intermediary to acquire a large newspaper or significant broadcaster would probably be a current ‘relevant merger’ for the Secretary of State to intervene on public interest grounds.⁵⁷ Ofcom noted that any further changes to the Media Public Interest Test to bring online intermediaries within the scope are now under study and consideration in media ownership rules reviews.⁵⁸

4.1.3 The Condition to Trigger Media Ownership Intervention

The Public Interest Test covers only mergers and excludes other forms of expanding market power. In other words, the test can only be triggered when a merger or acquisition occurs but it does not include other types of market development such as organic growth.⁵⁹ Historically, plurality concerns take place when a merger occurs or a license changes hands, and it is appropriate to regulate at that point. The concern is that ‘organic growth’ control can cause a reduction of competitive incentives which is undesired in a competitive marketplace. Besides, the issue of remedy when company growth exceeds specified lines is problematic. In some situations, market share does not increase because of gaining company growth but due to other players losing and being out of the market. In a merger or acquisition case, a remedy can be applied by ceasing the transaction but this cannot be used in a normal organic growth case. However, Ofcom regards this inadequacy and

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ofcom, “Media Plurality and Online News,” Discussion Document, November 2022, p.56-57 [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0030/247548/discussion-media-plurality.pdf [27 February 2023]

⁵⁹ Ofcom, “Measuring Media Plurality: Ofcom’s Advice to the Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport,” June 2012, p.2, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0031/57694/measuring-media-plurality.pdf [27 February 2023]

recommends that ‘organic growth’ should be included when monitoring the threat of media plurality.⁶⁰

Canada, in contrast, adopted organic growth cap limit on 45 percent national audience share for television in 2008.⁶¹ However, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), Canada’s regulator, states that the rule will be restrictively applied when acquisition may establish a dominant position in the market, not when share rises due to normal competition or providing new service.⁶² This illustrates the difficulty to set a limit to normal growth. Though only imposing ownership restrictions on mergers is not sufficient and the regulatory framework should cover organic growth, the above concerns should be taken into account.

4.2 Methodology of Measurement

The key question is how to evaluate media plurality in the market. It is complicated to assess influence; simply counting the number of media providers is not sufficient to illustrate power concentration. The main problem is that there is no single standard for monitoring plurality across media platforms. Each sector has its own specific metric and the online news sector has no own measuring standard. This can be seen from an attempt by the European Commission to develop the ‘Media Pluralism Monitor’ containing more than 160 indicators; however, no member states are likely to adopt it.⁶³

⁶⁰ Ofcom, “Report on Public Interest Test on the Proposed Acquisition of British Sky Broadcasting Group plc by News Corporation,” November 2010, p.15, [online] Available from : <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-3/public-interest-test-nov2010> [27 February 2023]

⁶¹ Media Reform Coalition, “The Elephant Next Door: A Survey of International Media Ownership Regulations,” 2013, p.5, [online] Available from : <http://www.mediareform.org.uk/wp-content/uploads/2013/02/The-Elephant-Next-Door.pdf> [27 February 2023]

⁶² Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Regulatory Policy: Diversity of Voices, Broadcasting Public Notice CRTC 2008, para 84.

⁶³ K.U.Leuven Et al., “Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach,” April 2009, Prepared for the European Commission Directorate-General Information Society and Media SMART 007A 2007-0002; Centre for Media Pluralism and Media Freedom,

4.2.1 Common Indicators

Measurement can be considered on both sides: the supply side from providers and the demand side from consumers. The most common form of supply-side indicator is ‘revenue’. While measurement from the supply side benefits in being straightforward to the weight of each company’s power and size in a market, its flaw is the lack of pictures of its real influence reaching the audience. Conversely, the consumer side approach can represent media impact over public opinion, but it requires a metrical summary of many aspects such as usage, trust, engagement, and influence. The demand side indicators are such as audience share, share of reference, audience reach, and time-exposure share.⁶⁴

Table 1: the advantages and disadvantages of some of the various metrics of measurement that have been used, or proposed, in various European countries.⁶⁵

Indicator	Pros	Cons
1. Revenue shares: Indicates what proportion of revenues a media company holds within a specific media market E.g. Italy	- Revenue data easy to gather and compare - Focus on owners at the ‘whole level’	- Poor indicator of influence: media companies can have high revenues due to particular income sources (such as subscription) but reach only a small percentage of the audience

“Monitoring Media Pluralism in the Digital Era: Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union, Albania, Montenegro, the Republic of North Macedonia, Serbia and Turkey in the Year 2021,” 2022, [online] Available from : <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/74712/MPM2022-EN-N.pdf?sequence=1&isAllowed=y&fbclid=IwAR3hwSiTdvnNsXepWDbDR-O0pH05VNkOm1fOyMD2VhGqkmSd-dlv3q-AMcPk> [27 February 2023]

⁶⁴ Ofcom, “Measuring Media Plurality: Ofcom’s Advice to the Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport,” June 2012, p.21, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0031/57694/measuring-media-plurality.pdf [27 February 2023]

⁶⁵ Rachael Craufurd Smith et.al., “Regulating Media Plurality and Media Power in the 21st Century,” p.11.

Indicator	Pros	Cons
2. Standard industry indicators for ‘audience’ shares in each media sector (i.e. shares of TV views/ newspapers readers/ radio listeners/ Internet users): Indicate what proportion of the total of the users select a particular media item E.g. German, France, Belgium	- Long-standing and increasingly reliable metric for television, radio and newspapers - Can be easily used for particular media content (e.g. for television news program only) - Focus on the consumer side	- Poor indicators of influence: do not take into account the time spent accessing a particular media item, thus providing eventually misleading results - Difficult to combine different indicators developed for each media sector in one cross-media indicator - No standard industry measures for share of Internet users
3. Audience reach: Indicate how widespread exposure to a particular source is across users e.g. France	- Show how many consumers a media outlet is able to reach, thus providing the ‘penetration rate’ of a media outlet with in the entire audience - Focus on the consumer’s side	- Reaching many people means having potential influence, but not necessarily real influence (e.g. a TV program can be watched by many people, but only for a short time) - Must be combined with multi-sourcing: the more sources are used by a consumer, the less is the influence if a single source.

Indicator	Pros	Cons
4. Share of reference: Indicate how many times a news provider is cited by consumers as a regular source of news or current affairs. The share is obtained by calculating the proportion of references a news provider receives within the total number of references provided by consumers e.g. UK	- Considers the loyalty factor, focusing on the regularity of exposure - Overcomes all the methodological problems related to the different nature of each media platform - Focuses on the consumers' side	- No simple correlation between regular accessed influence: a source accessed infrequently but for extended periods could be more influence than sources accessed regularly but for short durations - Does not sufficiently take into account the relative importance attached to different media outlets Suitable for news content, but more difficult to apply to media content in general
5. Share of time exposure: Indicates the proportion of time spent by consumers on each media content provider e.g. Netherlands, UK	- Best proxy for media influence, assuming that time spent on a media outlet correlates with influence - New tech may offer more detailed time-based metrics - Focuses on the consumer side	- Relies on an equal impact assumption, implying that one minute of news consumption has the same impact across all media - Not easy to calculate the time spent reading newspapers or listening to radio

As described in the Table above, there is no perfect indicator; therefore, more than one metric should be used. To complete the picture of media plurality, two outcomes are sought: diversity of views and control of excessive power.⁶⁶ To measure the diversity of views, not only the proliferation of voices but also the variety of voices consumed should be concerned. To assess excessive power, revenue share is appropriate to measure the financial capacity of entities and share of time exposure should adopt for measurement of the consumer side. Other assessments such as audience reach and audience share should also be contributed to a better understanding of media influence figures.

For the UK Public Interest Test, Ofcom, in the merger case of News Corporation/BskyB, refers to ‘cross-media audience research’ (CMAR) and constructs four main indicators: audience reach, time-based consumption, specified main source, and share of references.

(1) Audience Reach

Audience reach can be defined as ‘the percentage of the total audience which is exposed to a specific news provider’. In other words, it shows the amount of audience that each provider reaches to. Ofcom develops the measure of cross-media reach metric based on the ‘regular use’ of specific sources from CMAR survey data.⁶⁷ However, this metric is unreliable since the thresholds for ‘regular use’ included in the reach data have a too low link to media influence such as seven-day-a-week viewer of television and once-a-week daily newspaper reader being counted as a ‘regular use’ and have no distinction.⁶⁸ Behavior of consumers using multi-sourcing media providers also makes this metric not precise.

⁶⁶ Lord Justice Leveson, “An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press: Report Volume III,” The Stationary Office, November 2012, p.1461.

⁶⁷ Ofcom, “Report on Public Interest Test on the Proposed Acquisition of British Sky Broadcasting Group plc by News Corporation,” November 2010, pp.27-28, [online] Available from : <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-3/public-interest-test-nov2010> [27 February 2023]

⁶⁸ Communications Management Inc, “Measuring Across Media: Key Issue in the United Kingdom”, Research Note, November 2011, p.6-7, [online] Available from : http://media-cmi.com/downloads/CMI_Research_Note_UK_Media_100411_111711.pdf [27 February 2023]

(2) Time-based Consumption

Time-based consumption directly analyzes individual audience spending time-consuming content across different providers. It shows the overview of each provider's influent weight in the average individual's public sphere.⁶⁹ This indicator has two flaws. First, different medium uses different measurements which cannot be compared to each other. Second, each medium has a different impact, one-minute consumption from watching television and from reading a newspaper does not cause an equal effect. However, this metric relies on the assumption of the same impact across all media.

(3) Specified Main Source

Main source specifies the media provider that audience considers to be their main source. Instead of referring to regular use of media, obtained data is based on consumers quoting their main source. This approach assesses influence from a subjective aspect. Whereas 'main source' can be interpreted divergently, only one source is allowed to be specified and the relative importance of other various used sources is ignored.⁷⁰ The relationship between media and audience is not simply to be embodied by indicating merely a single source. Thus, the diversity importance of each source should be differentiated. All sources which individuals consider to be important should be identified and should be classified due to a scale of influence such as ranging from less influential to very influential.⁷¹

(4) Share of Reference

Ofcom creates a share of reference approach calculated by consumer survey which involved respondents who were asked to list which sources they used.⁷²

⁶⁹ Davide Morisi, "Measuring Media Pluralism in the Convergence Era: The Case of News Corp's Proposed Acquisition of BSkyB," *Media@LSE*, 2012, pp.26-27.

⁷⁰ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, "Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges," p. 35.

⁷¹ Davide Morisi, "Response to Ofcom Consultation on Measuring Media Plurality," 2012, [online] Available from : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/measuring-plurality/responses/davide-morisi.pdf> [27 February 2023]

⁷² Ofcom, "News Consumption in the UK," June 2012, p.14, [online] Available from : <https://>

The survey includes both regular uses and which of these uses are regarded as their ‘main source’. The data, is then, weighted and summed to constitute the total number of overall references to be the basis for market proportion attributed to each provider across all platforms. The advantage of this indicator is that it emphasizes influence rather than market power. It also does not have problems with different indicators from different sectors and equal influence assumptions.⁷³

However, the relationship between regular access and influence is problematic. A source that has a long period of consumption though not regularly may have more influence than a source which frequently accessed but for a short time.⁷⁴ With the very particular method of analysis, it may not be an appropriate framework since the measure should be clear for all parties to see the line. By using the main source, it cannot simply overcome the problem of weighting different media impacts on public opinion, in particular, no distinction is made between those who read and watch seven days a week as audience reach.⁷⁵

In 2015, by consulting with the industry on the plurality measurement framework, Ofcom established a new framework for assessing media plurality. The measurement framework consists of three categories of quantitative metrics as well as qualitative or more contextual factors. The quantitative measures illustrate the availability of news sources, the consumption of these sources and provide proxies to help assess the impact, or influence, that these sources may have. Quantitative metrics are organized into three areas⁷⁶:

www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0018/55602/annex4.pdf [27 February 2023]

⁷³ Davide Morisi, “Measuring Media Pluralism in the Convergence Era: The Case of News Corp’s Proposed Acquisition of BSkyB,” *Media@LSE*, 2012, p.28.

⁷⁴ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, “Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges,” p.35.

⁷⁵ Media Reform Coalition, “The Elephant in the Room: A Survey of Media Ownership and Plurality in the United Kingdom,” April 2014, pp.19-20, [online] Available from : <https://www.mediareform.org.uk/wp-content/uploads/2014/04/ElephantintheroomFinalfinal.pdf> [27 February 2023]

⁷⁶ Ofcom, “Measurement Framework for Media Plurality: Ofcom’s Advice to the Secretary of State for Culture, Media and Sport,” November 2015, p.2-3.

(1) Availability: The number of different news sources available on each media platform and across all media is a relevant aspect of media plurality. Understanding the number of media providers gives a picture of the number of news sources that people can exploit. However, this metric does not measure how widely those sources are used. As such, availability metrics offer limited insight in isolation.

(2) Consumption: Ofcom measures consumption on television, radio, printed newspapers and online media using industry data for each platform. In particular, Ofcom examines cross-platform audience reach (the number of people using different news sources), and cross-platform share of consumption (how many people use different news sources) by using their invented ‘share of reference’ metric.

(3) Impact: Availability and Consumption metrics indicate what news sources are available and how much they are being used, but not how much impact these sources are having on audiences. While measuring the impact and influence of news sources on people’s attitudes is inherently complex, the proxy measurement for impact plays an important part in any plurality assessment. To assess media impact, Ofcom uses an individual’s assessment of the importance of a particular item of news, its impartiality, reliability, trustworthiness, and the extent to which a news source helps a particular individual to make up their mind about issues in the news.

Furthermore, there are also aspects of the market that cannot be measured quantitatively at all. Thus, Ofcom considers relevant qualitative factors as an integral part of measuring plurality. These factors will vary depending on the transaction which is different between news sources and the organizations that produce them. The examples of relevant factors include, but are not limited to internal plurality, funding models, editorial policy, impartiality requirements, market trends, and future market developments.⁷⁷ For example, in the proposed acquisition of Sky plc by 21st

⁷⁷ Ibid.

Century Fox case in 2017, Ofcom considered that there is a risk that the acquisition could weaken the editorial independence of Sky News and so the Murdoch Family Trust would have a greater effect on the influence over public opinion. Also, the transaction may increase the influence of the Murdoch Family Trust over the political process. Therefore, Ofcom considers that the acquisition raises public interest concerns arising from the risk that the Murdoch Family Trust will exert greater influence over the news agenda and the political process.⁷⁸

4.2.2 Multi-sourcing and Weighting System

Multi-sourcing is the average number of sources regularly used by an individual. The greater number of sources the audience consumes, the less influence a single outlet has on individuals. In an abundance of information environment, the impact of multi-sourcing consumption on the public sphere and media plurality should be analyzed for a better understanding of media influence.

The assessment of media plurality within a cross-media environment is not straightforward as in a submarket but is much more complex. Even if the indicator can be set and the measurement of multi-sourcing media can be found, another problem is how to weigh the influence of each media. This is because there are concerns that different media has a different degree of influence attached to an individual's public sphere.⁷⁹ In particular, certain time spent on television may not have the same impact as equivalent exposure spending on newspapers. Though the information presented in both images and sound is widely considered to be more influential than data presented by letter, there is no standard measurement of comparison.

⁷⁸ Ofcom, "Public Interest Test for the Proposed Acquisition of Sky plc by 21st Century Fox: Ofcom's Report to the Secretary of State," June 2017, p.3, [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0012/103620/public-interest-test-report.pdf [27 February 2023]

⁷⁹ Media Reform Coalition, "The Elephant in the Room: A Survey of Media Ownership and Plurality in the United Kingdom," April 2014, p.23.

Ofcom's indicators for UK Public Interest Test have no weighting system. The approach is based on the assumption that public opinion is influenced equally by every media platform.⁸⁰ Consequently, the metric does not consider each medium having a different weight of impact. The attempt to achieve this sophisticated approach in weighting influence of each outlet can be seen in the US and Germany.

In the US, the Hirschmann-Herfindahl Index (HHI) as part of the 'Diversity Index' has been generated by the Federal Communications Commission (FCC). It derived from concentration measurement in competition regime calculated in terms of share of revenue and was developed to be the metric for media merger considering different terms such as share of time exposure.⁸¹ It expresses the sum of the squares of the percentage market shares of all participants. Its range is between 10,000 points substituted monopoly scenes and 0 referred to many players with small market share. The market will be considered as less concentration when the HHI point is below 1000 and will be determined as high concentration if the HHI is over 1800 points. Weighting various media outlets have been used in the index based on the importance of each medium on audience consumption. This indicator is distinct from the share of reference of the UK in two points: it uses regular sources instead of a single main source in calculating the weight; and it considers the effect of different media platforms on both the audience side and among inter-media.⁸² The HHI can be criticized that its key problem in achieving plurality is the disregard for the number of voices in a market.⁸³

⁸⁰ Davide Morisi, "Measuring Media Pluralism in the Convergence Era: The Case of News Corp's Proposed Acquisition of BSkyB," *Media@LSE*, 2012, p.29.

⁸¹ Department of Justice of the United States, 'Horizontal Merger Guidelines (08/19/2010),' [online] Available from : <https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index> [27 February 2023]

⁸² Philip M Napoli and Nancy Gillis, "Media Ownership and Diversity Assessment," in **Media Ownership: Research and Regulation**, ed. Ronald E Rice, (Hampton Press, 2008), p.309.

⁸³ Eli M Noam, 'Are the American Media Becoming More Concentrated?' in **Media Ownership: Research and Regulation**, ed. Ronald E Rice, (Hampton Press, 2008), p.149.

In Germany, the German Communication Authority, KEK, generated a new weighting system to assess media influence in 2006.⁸⁴ The system considered the influence of each media and attempted to determine the equivalent share of different media platforms by converting press, radio, and online outlets into TV audience share. Unfortunately, the approach is too complicated to explore here in depth. This system was devised from the KEK review of the endeavor to take over Pro7/Sat1 Media AG, Germany's biggest private television company, by the Axel Springer publishing group. KEK exercised 2/3 weighting to change 26 percent of Springer's daily print market share to 17 percent of television market share and combined with Pro7/Sat1's market share to assess media concentration.⁸⁵ Besides, other Springer's interests such as holding in program guides, magazines, radio, and the Internet were considered by different conversion ratios.⁸⁶ However, the validity and manageability of the approach are under criticized.⁸⁷

4.3 Form and Intervention Process

4.3.1 Fixed Lines or Discretion Thresholds

Not only means of media plurality measurement that is various, but the form of intervention process after reaching the triggered line is also controversial, in particular, the degree of discretion power of the decision maker. Whereas discretion leads to wide consideration, it causes uncertainty for participants.⁸⁸ In forming an ownership regulatory framework, the balance between citizen and industry

⁸⁴ Petros Iosifidis, "Pluralism and Concentration of Media Ownership: Measurement Issues," in *Javnost* 17, no.3 (2010) p. 15.

⁸⁵ Andrea Czepek and Ulrike Klinger, "Media Pluralism between Market Mechanisms and Control: The German Divide," p.820.

⁸⁶ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, "Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges," p.35.

⁸⁷ Natascha Just, "Measuring Media Concentration and Diversity: New Approaches in Europe and the USA," in *Media, Culture & Society* 31, No. 1 (2009), p.97.

⁸⁸ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, "Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges," p.35.

interests and regulatory sophistication to examine all aspects have to be concerned. Therefore, the rules have to be clear and predictable as well as sufficiently practical.

(1) Fixed Lines

Fixed lines set specific limits or ceilings that ownership concentration can reach. It can be divided into two layers; the clear lines itself and fixed prohibition. Unlike the UK Public Interest Test which provides a wide range of assessments, the clear lines precisely specify the indicators by, for example, referring to various metrics mentioned. For instance, Italy's media ownership restriction and the 'clear bright lines' which has been used in the US until recently provides obvious limit in the legislation.⁸⁹ This does not mean that contextual factors cannot be taken into account. For example, the US clear bright lines have the flexibility to suitably respond to a particular circumstance. On the other hand, fixed prohibition places a strict ceiling such as prohibiting holding more than 20 percent of the SIC's total income in Italy.⁹⁰ The advantage of fixed lines is the certainty from limiting discretion: on the citizen and industry side, it is understandable and predictable; on the regulator side, it reduces political influence.⁹¹ However, it disregards other qualitative and quantitative factors affecting media plurality.⁹²

(2) Discretion Thresholds

Another approach is to set triggered thresholds for allowing the regulator to in-depth consider whether the proposed situation threatens diversity or address alternative safeguards before intervention.⁹³ These thresholds offer a chance for media entities to convince regulators that media plurality does not really be

⁸⁹ Ibid, p.56.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid, p.35.

⁹² Philip M Napoli and Nancy Gillis, "Media Ownership and the Diversity Index: Outlining a Social Science Research Agenda," McGannon Center Working Paper Series, Paper 5, (2008), p.8.

⁹³ Lesley Hitchens, "Media Regulatory Frameworks in the Age of Broadband: Securing Diversity," in *Journal of Information Policy* 1, (2011), p.217.

threatened or the proposed action actually benefits the media market. Though the activities triggered intervention cause a negative impact on media plurality, media companies can propose counterbalanced remedies such as independent directors and increasing additional nonmainstream content.⁹⁴ The thresholds can be exceeded if only the advantages to the public interest can be presented.

Compared to the UK Public Interest Test, the FCC rule has three prominent points.⁹⁵ First, it places positive and negative presumptions on the impact of a merger on public interest, for example, the merger of non-top four television companies and at least eight players remaining in the market are presumed that do not threaten media plurality.⁹⁶ The negative presumption puts the burden on the media company to show clear and convincing evidence that the merger will have positive outcomes such as increasing diversity or competition in the market.⁹⁷ Second, there are automatic reverses of negative presumption, with limited circumstances, such as the taken over firm economically failed.⁹⁸ Third, there are specified factors that will be considered to rebut those presumptions such as editorial independence, the financial state of the firms, and the level of concentration in the market.⁹⁹

The discretion thresholds, as with fixed lines, have two sides of a coin: advantages and drawbacks. While the approach is flexible to deal with the change of new technology and dynamic situation, it causes unpredictability and concerns about political influence in both the process of considering the threat to media plurality and negotiation of remedy.¹⁰⁰ Besides, in practice, discretion opens to

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, “Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges,” p.35.

⁹⁶ FCC, Report and Order and Third Further Notice of Proposed Rulemaking, 23 FCCR 5922, 2008 WL 612180, 18 December 2007.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Council of Europe, “Media Diversity in Europe,” Media Division, Directorate General of Human Rights, December 2002, p.15-16 [Online] Available from : <https://rm.coe.int/1680483b2c> [27 February 2023]

greater scope for other benefits, especially economic interest. Thus, large media entities take advantage of their resource to propose convincing evidence supporting this interest which is less difficult compared to societal organizations to show information about the negative impact on media plurality.¹⁰¹ Whereas multifaceted consideration may lead to more targeted and better decisions, it depends on the accurate form of measurement and it is complex, time-consuming, and pricey. The effectiveness of the proposed remedy can also be criticized.

The Media plurality measurement system has to compromise between certainty and responsiveness. Thus, the Co-ordinating Committee for Media Reform (CCMR) proposes to set two lines: the lower lines use discretion thresholds triggered when reaching specified indicators referred to metrics such as share of time exposure; and the upper lines use fixed lines that cannot be superseded.¹⁰² The periodical assessment can also be combined to strengthen discretion thresholds.

4.3.2 Periodical Assessment

Apart from fixed lines and discretion thresholds, Ofcom proposed a periodical assessment that automatically reviews the level of media concentration in a certain market at a certain specified time.¹⁰³ The Dutch Media Authority, for example, also recommended conducting a survey about media influence on an annual basis.¹⁰⁴ However, Ofcom suggested the gap of review at every four or five years to avoid incessant cycle problem.¹⁰⁵ Time-based trigger is better than discretion thresholds

¹⁰¹ Rachael Craufurd Smith and Damian Tambini, "Measuring Media Plurality in the United Kingdom: Policy Choices and Regulatory Challenges," p.35.

¹⁰² Co-ordinating Committee for Media Reform, "The Media and the Public Interest," Preliminary Briefing Paper, November 2011, p.11 [online] Available from : https://www.mediareform.org.uk/wp-content/uploads/2015/11/The_Media_and_The_Public_Interest-Plurality_Briefing_Paper.pdf [27 February 2023]

¹⁰³ Ofcom, "Measuring Media Plurality: Ofcom's Advice to the Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport," June 2012, p.2 [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0031/57694/measuring-media-plurality.pdf [27 February 2023]

¹⁰⁴ Commissariaat Voor De Media, "Mediamonitor: The Dutch Media in 2010," February 2011 [online] Available from : <https://www.mediamonitor.nl/wp-content/uploads/2013/08/Mediamonitor-The-Dutch-media-in-20101.pdf> [27 February 2023]

¹⁰⁵ Ofcom, "Measuring Media Plurality: Ofcom's Advice to the Secretary of State for Culture,

in terms of simplicity, transparency and certainty. Besides, this regular monitoring is useful to ameliorate the problem of discretion thresholds mentioned above. This approach is endorsed by the Lords Select Committee on Communications to be the additional assessment of the existing Public Interest Test.¹⁰⁶

5. Conclusion and Recommendations

The research found that media plurality is a fundamental concern in regulating media ownership. The media sector is a distinguished sector in which competition law is not sufficient to prevent media ownership concentration. Competition law is concerned about the market power of the companies; whilst media plurality is concerned about the media power of media entities on the distortion of people's perception of the world. These two powers are not the same thing. The concentration of media can lead to a concentration of power which has a great negative social impact. To control the concentration of media ownership and undue power, specific regulation is essential to enhance media plurality.

Media plurality is a concept which ensures that the public can access and consume a wide range of viewpoints and prevents too much influence over the political process by any media owner. One aspect of media plurality is external plurality which relates to the diversity of media ownership and media outlets. Even in the digital age, the importance of media plurality has been recognized in the UK, the EU, and other countries. Although each jurisdiction adopts different criteria of media ownership rules, they share many overlapping objectives. Media ownership regulation can be in various forms such as limiting the number of licenses held by the same entity, imposing ceilings of audience shares, preventing quantitative thresholds concentration, and disqualifying categories of entities from controlling media. To restrict media concentration, there is no single measurement or factor

Olympics, Media and Sport," June 2012, p.2 [online] Available from : https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0031/57694/measuring-media-plurality.pdf [27 February 2023]

¹⁰⁶ Media Reform Coalition, "The Elephant in the Room: A Survey of Media Ownership and Plurality in the United Kingdom," p.3.

for an accurate evaluation of media market power. In contrast, there are many complicated factors concerning media plurality and media power concentration which are distinct from country to country depending on contexts such as public interest, economy, market size, technology, history and policy.

The proposed guideline of the media ownership regulatory framework is recommended as a general guideline for any jurisdiction to take into consideration. They are as follows:

1. The scope of an assessment of media concentration should concern only news and current affairs. Although the entertainment market has the ability via economic power to form cultural agenda, the measurement of the whole market may be complicated and may not reflect media power in political issues.

2. The measurement of media ownership power should include all medium platforms via cross-media regime and both separate markets should divide the measurement into specific sub-sectors, i.e., television, radio, newspaper, and online platform. Moreover, the influence of online intermediaries such as search engines should be concerned with ownership restriction.

3. More than one metric should be used to assess media influence. Although the number of different news sources available on each media platform and across all media gives a picture of the number of news sources that people can exploit, other quantitative metrics should be combined. For example, revenue share is appropriate to assess excessive influence from the supply side. Share of time exposure should be applied to measure diversity of voices consumed and to measure excessive influence from the consumer side. Other assessments such as audience reach and audience share should also be contributed to a better understanding of media influence figures. The qualitative metrics such as funding models, editorial policy, impartiality requirements, political influence, and political divide should be counted to represent the impact of media sources.

4. The indicators can be strengthened by implementing a more sophisticated method to explore the impact of multi-sourcing consumption on the public sphere. Moreover, different levels of the effect on individuals' public sphere and among inter-media of each different media should be weighed and taken into account. It should be noted that more research on the relation between audience and multi-media should be provided before adopting a weighting system.

5. Media ownership restriction should set two triggered thresholds. The lower lines provide discretion thresholds with guidelines for the conditions and levels of concentration which are regarded problematic: for example, a presumption of a positive or negative impact of a merger on the public interest, or factors used in consideration to rebut those presumptions. The upper ceiling uses fixed lines that cannot be superseded. The periodical assessment can also be an additional assessment to strengthen discretion thresholds. Also, media ownership regulation should restrictively cover only merger and acquisition transactions, but not include organic growth in the regulatory framework.



ปัญหาการนิยามของความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายใน
พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและ
การกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565*

The Problems of Definition of Enforced Disappearance in
Prevention and Suppression of Torture and Enforced
Disappearance Act B.E. 2565

จันทจุฑา ตระกูลพิชยะชัย
Chinchutar Trakoonpitchayachai

นักศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
L.L.M Candidate
Faculty of Law, Thammasat University, Phrachan Road, Phra Nakhon, Bangkok 10200
Corresponding author e-mail: Chinchutar.tra@dome.tu.ac.th
(Received: June 1, 2023; Revised: July 20, 2023; Accepted: August 3, 2023)

บทคัดย่อ

การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและเป็นภัยคุกคามต่อมนุษยชาติที่เกิดขึ้นทั่วโลกมาเป็นระยะเวลานานแล้ว แต่เดิมอาชญากรรมนี้มักเกิดขึ้นในรูปแบบของการกักขังโดยลับ สงครามกลางเมือง และสงครามภายในที่เกิดจากการขัดกันทางอาวุธ ตามลำดับ โดยสาเหตุสำคัญที่นำมาสู่อาชญากรรมประเภทนี้คือความขัดแย้งทางความคิดไม่ว่าจะเป็นในด้านอุดมการณ์ทางการเมือง ด้านการปกป้องหรือเรียกร้องสิทธิต่าง ๆ โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหรือเป็นไปเพื่อปกปิดหลักฐานหรือความผิดอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มุ่งต่อกลุ่มเป้าหมาย ได้แก่ นักการเมือง ผู้นำชุมชน ผู้นำแรงงาน นักปกป้องสิทธิมนุษยชน ฯลฯ ซึ่งในทางระหว่างประเทศให้ความสำคัญในการมุ่งแก้ไขและจัด

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาการกำหนดนิยามของความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย” หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหาดังกล่าวโดยสร้างเครื่องมือทางกฎหมายขึ้นหลายฉบับ โดยประเทศไทยได้เล็งเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าวและมีความพยายามในการสนองรับนโยบายในการมีมาตรการป้องกันและคุ้มครองไม่ให้บุคคลสูญหายขึ้นใช้บังคับภายในประเทศโดยการรับหลักการและแนวทางจากเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศมาบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2566 นิยามของการกระทำทำให้บุคคลสูญหายในกฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำตามอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งบัญญัติกว้างเกินไปและมีอย่างน้อยหกประเด็นที่อาจยังกำหนดไม่ชัดเจนเพียงพอและครอบคลุมต่อบริบทของการกระทำความผิด เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและกฎหมายของต่างประเทศเพิ่มเติมแล้วจึงเห็นว่าควรบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการกระทำดังกล่าวให้ครอบคลุมและชัดเจนมากขึ้น

คำสำคัญ : การกระทำทำให้บุคคลสูญหาย, การนิยาม, องค์ประกอบความผิด

Abstract

Enforced disappearance, which is a brutal practice that violates a number of internationally recognized human rights, has long been a serious crime and a threat to humanity around the world. Originally, this crime often occurred in the form of secret detention, civil war and internal wars caused by armed conflict, respectively. The main causes that lead to this crime are the conflict of opinions, whether in terms of political ideology, protecting or claiming various rights, especially human rights protection or for concealing evidence or offenses arising from unlawful acts by unidentified state agents. Target groups of this crime include politicians, community leaders, labor leaders, human rights defenders and so on. The international community focuses on solving and eliminating such problems by creating several specific international instruments on Enforced disappearance. Thailand recognizes the Importance of this problem and has endeavored to respond to the provisions to have measures to prevent and protect persons from enforced disappearances within the country. By enacting the Prevention and Suppression of Torture and Enforced Disappearance Act 2022, which came into force on February 22, 2023. The definition of enforced disappearance in the said law is based on international convention wording, which is too broad and there are at least six issues

that may not be clearly defined enough and cover the context of the offence. After a comparative study of relevant international laws and other foreign laws, it was concluded that the definition of such action should be amended to be more comprehensive and clearer.

Keywords : Enforced Disappearance, Definition, The Elements of an Offense

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นิยามของการอาชญากรรมเป็นสิ่งสำคัญที่ผู้ร่างกฎหมายควรต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก เนื่องจากนิยามเป็นจุดตั้งต้นในการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติในส่วนต่อมาเพื่อจัดการกับอาชญากรรม หากนิยามที่ให้ไว้ไม่ชัดเจนเพียงพอหรือไม่ครอบคลุมการกระทำ ความผิดที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ย่อมทำให้เกิดช่องว่างที่ทำให้อาชญากรใช้เป็นช่องทางเพื่อหลบเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมาย หรือส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมาย หรือทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ ฯลฯ ประเทศไทยบัญญัติมาตรการป้องกันและปราบปรามการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2566 โดยยึดถืออนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการถูกกระทำให้สูญหาย ค.ศ. 2006 (The international convention For the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (ICPPED)) เป็นแม่แบบในการร่างกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศได้แสดงความเห็นโดยยังคงมีข้อถกเถียงและข้อแนะนำในประเด็นการร่างหลายประเด็น และเมื่อศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ทำให้เห็นข้อแตกต่างในการบัญญัติความผิดฐานนี้จากกฎหมายไทยไว้อย่างน่าสนใจ ดังนั้น เพื่อให้ นิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหายในกฎหมายไทยครอบคลุมความผิดและสอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ บทความนี้จะชี้ให้เห็นประเด็นที่สอดคล้องและไม่สอดคล้องกับ ICPPED ข้างต้น และแนวทางของคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศ

1.2 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย

เพื่อศึกษา และค้นหาคำประกอบของความผิดที่ควรเพิ่มเติมในการร่างนิยามของ “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ในกฎหมายไทยให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นและครอบคลุมในบริบทของการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

1.3 สมมติฐานของงานวิจัย

นิยามของการกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายที่บัญญัติในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำตามอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งบัญญัติกว้างเกินไปและมีบางประเด็นที่อาจยังกำหนดไม่ชัดเจนเพียงพอและครอบคลุมต่อบริบทของการกระทำความผิด

1.4 ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย

บทความนี้มุ่งศึกษาประเด็นปัญหาในส่วนนิยามของความผิดของอาชญากรรม “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” โดยศึกษานิยามในกฎหมายไทย กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศ (ในประเทศฝรั่งเศส กัวเตมาลา โคลอมเบีย เนปาล และฟิลิปปินส์) รวมถึงแนวความเห็นของคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศ เพื่อศึกษาเปรียบเทียบ วิเคราะห์ถึงความสอดคล้องและครอบคลุมแนวทางการบัญญัติและความเห็นในทางระหว่างประเทศ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ทำให้ทราบแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐาน ความหมายและองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรม “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ในกฎหมายไทย กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของต่างประเทศในบางประเทศที่มีกฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับกับความผิดฐานดังกล่าวแล้ว โดยสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหายและความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้ ทราบความเห็นของคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับนิยามของความผิด รวมถึงเข้าใจประเด็นปัญหาในเรื่องความสอดคล้องและไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นแม่แบบในการร่างกฎหมายของประเทศไทย

1.6 วิธีดำเนินการวิจัย

ผู้เขียนศึกษาด้วยวิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยรวบรวมข้อมูลจากตำราและหนังสือกฎหมาย คำพิพากษาของศาล รายงานการประชุม เอกสารทางวิชาการ บทความในวารสาร ฐานข้อมูลออนไลน์ ในประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง

2. กฎหมายระหว่างประเทศ ความเห็นคณะกรรมการในทางระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศต่าง ๆ

2.1 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการถูกบังคับให้สูญหาย ค.ศ. 2006 (the international convention For the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (ICPPED), 2006)

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการถูกบังคับให้สูญหาย ค.ศ. 2006 (ต่อไปจะเรียกว่า “ICPPED”) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติเห็นชอบเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006)¹ และต่อมามีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010)² โดย ICPPED นี้เป็นกฎหมายที่ประเทศไทยใช้เป็นแม่แบบในการร่างมาตรการป้องกันและปราบปรามการกระทำให้บุคคลสูญหาย ICPPED กำหนดนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหาย ในข้อ 2³ ว่า: “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญาฯ นี้ คำว่า “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” หมายถึง การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ที่เป็นการลิดรอนเสรีภาพโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการโดยได้รับอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายของรัฐ ตามมาด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่สูญหาย ซึ่งส่งผลให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายนอกการคุ้มครองของกฎหมาย⁴” โดยแบ่งได้เป็น 4 องค์ประกอบ ดังนี้

¹ Susan McCrory, “The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance” (Human Rights Law Review, Volume 7, Issue 3, 2007) [Online] Available from : <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/7/3/545/575686> [20 January 2021], P.547

² สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Office of the High Commissioner for Human Rights: OHCHR), “International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance” [Online] Available from : <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced> [10 May 2023]

³ Art 2 of ICPPED “For the purposes of this Convention, “enforced disappearance” is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.”

⁴ อัจฉรา ฉายากุล, การอนุวัติกฎหมายไทย ตามอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีและเพื่อเตรียมรองรับการเข้าเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานฯ รวมทั้งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย (สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2558), หน้า 70.

- (1) การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นการจำกัดเสรีภาพอันขัดต่อเจตจำนงของบุคคล
- (2) การกระทำให้บุคคลสูญหายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลหรือโดยการให้ความยินยอมโดยปริยายจากรัฐบาล
- (3) การกระทำให้บุคคลสูญหายตามมาด้วยการขาดข้อมูลและการปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งที่อยู่หรือชะตากรรมของผู้สูญหาย
- (4) การกระทำให้บุคคลสูญหายทำให้บุคคลผู้สูญหายอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย

ซึ่งองค์ประกอบดังกล่าวนี้คณะทำงานแห่งองค์การสหประชาชาติด้านการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยไม่สมัครใจ (UN Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances : WGEID) ได้ระบุในข้อแนะนำว่าเป็นสิ่งที่ควรบัญญัติไว้ในนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหาย⁵ โดย ICPPED กำหนดรับรองการห้ามกระทำให้บุคคลสูญหายอย่างเด็ดขาดไว้ในข้อ 1 ว่าไม่มีสถานการณ์พิเศษใด ไม่ว่าจะเป็นการขัดกันทางอาวุธ สถานการณ์ฉุกเฉินภายในรัฐ สถานการณ์ความขัดแย้งภายในหรือการรุกรานก็ไม่เป็นเหตุให้สามารถกระทำให้บุคคลสูญหายโดยไม่สมัครใจได้ และกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการมีมาตรการตรวจสอบการกระทำที่เป็นการกระทำให้บุคคลสูญหายตามที่ได้มีการนิยามไว้ในข้อ 2 ซึ่งถูกทำโดยผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐ อันเป็นบทบัญญัติบังคับไปยังผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐเอาไว้ในข้อ 3⁶ และในข้อ 6(1)(b) ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาให้ต้องรับผิดชอบเมื่อ (a) ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งบ่งชี้อย่างแน่ชัดว่าผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจและการควบคุมของตนกำลังกระทำความผิดหรือจะก่ออาชญากรรมในความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย (b) มีความรับผิดชอบในการควบคุมเหนือกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย และ (c) ล้มเหลวที่จะออกมาตรการที่เป็นเหตุเป็นผลและจำเป็นทั้งปวงภายใต้อำนาจของตนเพื่อที่จะปกป้องหรือระงับการกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย หรือเพื่อที่จะส่งเรื่องไปยังหน่วยงานที่มีความสามารถในการสอบสวนและดำเนินคดี และกำหนดในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้กระทำให้บุคคลสูญหายของผู้บังคับบัญชาได้โดยจะไม่ถูกลงโทษ ในข้อ 6(2) ว่า ไม่มีคำสั่งหรือคำแนะนำจากหน่วยงานของรัฐ พลเรือน ทหาร หรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่นำมาใช้อ้างความชอบธรรมในความผิดของการบังคับบุคคลให้สูญหายได้ และในข้อ 23(2) ว่า รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องรับรองว่าคำสั่งหรือคำแนะนำที่กำหนด อนุญาต หรือส่งเสริมการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นสิ่งต้องห้าม รัฐภาคีแต่ละรัฐจะรับประกันว่าบุคคลที่ปฏิเสธ

⁵ Citroni & Scovazzi, UNWGEID, Annual Report for 1995, E/CN.4/1996/38, (1996), p.271.

⁶ Philip Linghammar, "Time for Enforced Disappearance to Disappear. A Study of the International Legal Instruments Addressing Enforced Disappearance." (2nd Term Paper Human Rights Studies Autumn 2008, 2009) [Online] Available from : <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/1316380> [20 January 2021], p.15 – 16.

ที่จะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวจะไม่ถูกลงโทษ และสำหรับหน้าที่ในการลงโทษผู้กระทำความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหาย ข้อ 7(1) ได้กำหนดให้ความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหายควรถูกลงโทษด้วยอัตราโทษที่เหมาะสมโดยพิจารณาจากความร้ายแรงสูงสุดของความผิด โดยหากจะมีการกำหนดอายุความ ข้อ 8(1)(a) บัญญัติให้รัฐใช้กฎเกณฑ์ในเรื่องอายุความกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย ต้องแน่ใจว่าอายุความต้องเป็นระยะเวลายาวนานและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด

2.2 ความเห็นคณะกรรมการในทางระหว่างประเทศ

2.2.1 คณะทำงานแห่งองค์การสหประชาชาติด้านการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยไม่สมัครใจ (UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance -WGEID)

คณะทำงานแห่งองค์การสหประชาชาติด้านการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยไม่สมัครใจ (ต่อไปจะเรียกว่า “WGEID”) ได้ให้ความเห็นในส่วนนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ว่า กรณีจะเป็นความผิดฐานการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ต่อเมื่อการกระทำได้ถูกกระทำโดยผู้กระทำความผิดที่เป็นรัฐ หรือโดยเอกชนรายบุคคล หรือกลุ่มที่จัดตั้งเป็นองค์กร เช่น องค์กรกึ่งทหาร ที่กระทำโดยได้รับการสนับสนุนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือได้รับความยินยอมโดยปริยายจากรัฐบาล โดยการกระทำอาจเริ่มต้นจากการควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการจับกุมหรือการควบคุมตัวโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ การคุมขังที่ใช้ระยะเวลายืดเยื้อเกินสมควรหรือการคุมขังที่ผู้ถูกคุมขังไม่ได้รับการกล่าวโทษเพื่อให้ถูกนำตัวขึ้นสู่ศาลถือเป็นการละเมิด และไม่ได้หมายความว่า การคุมขังในระยะเวลาสั้น ๆ ได้รับการอนุญาตให้กระทำได้ แต่ถ้การคุมขังนั้นมีการประหารชีวิต นอกกระบวนการตามกฎหมายเกิดขึ้นร่วมด้วย จะถูกจัดให้เข้าเงื่อนไขที่มีผลเป็นการทำให้ผู้ถูกคุมขังอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมายทันที และหากพบว่ามีการทรมานหรือการปฏิบัติที่ร้ายแรงหลายจุดบนศพของเหยื่อ หรือพบว่ามีกรณีการฆาตกรรม พหุเหตุการณ์เหล่านี้แสดงให้เห็นได้ชัดว่าการคุมขังไม่ได้นำมาซึ่งการประหารชีวิตในทันที แต่มีการลิดรอนเสรีภาพเกิดขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง อย่างน้อยสองถึงสามชั่วโมงหรือหลายวัน สถานการณ์เหล่านี้ไม่เพียงเป็นการละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกทำให้สูญหายแต่เป็นการละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน สิทธิที่จะรับรู้ในฐานะบุคคลต่อหน้ากฎหมาย และสิทธิที่จะมีชีวิต ยกเว้นการคุมขังนั้นเป็นการควบคุมตัวก่อนฟ้องคดีหรือการควบคุมตัวในทางปกครอง จะไม่ถือเป็นการละเมิดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ⁷

⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, “General Comment on the definition of enforced disappearance” [Online] Available from : https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf [20 January 2021] และ General Assembly, “IMPLEMENTATION OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 60/251 OF 15 MARCH 2006 ENTITLED “HUMAN RIGHTS COUNCIL” (2007) A/HRC/4/NGO/93 [Online] Available from : <https://digitallibrary.un.org/record/595102?ln=en> [20 January 2021], para 26

WGEID ไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องกำหนดระยะเวลาว่าบุคคลที่ถูกสันนิษฐานว่าถูกคุมขังจะถูกพิจารณาว่าเป็นบุคคลผู้ถูกทำให้สูญหายเมื่อผ่านไปแล้วเป็นระยะเวลาเท่าใด เนื่องจาก WGEID ประสงค์ให้มีการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันล่วงหน้าจากการปฏิบัติทารุณโหดร้ายหรือการฆาตกรรมภายหลังจากการคุมขัง จึงเรียกร้องให้มีการดำเนินการที่รวดเร็ว และเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องค้นหาเจตนาที่จะวางเหี่ยวไว้นอกการคุ้มครองของกฎหมาย เนื่องจากการกำหนดเช่นนั้นไม่ได้ทำให้ค้นพบอย่างเป็นทางการว่ารัฐหรือบุคคลใดเป็นผู้กระทำบุคคลสูญหายในคดีใดคดีหนึ่ง⁸

เมื่อลักษณะตามธรรมชาติของการกระทำบุคคลสูญหายเป็นอาชญากรรมต่อเนื่อง การกระทำจึงเริ่มต้นขึ้นเมื่อผู้กระทำได้ลงมือลักพาตัวและขยายออกไปต่อเนื่องตราบเท่าที่อาชญากรรมยังไม่สิ้นสุดหรือจนกระทั่งรัฐได้รับรู้ถึงการคุมขังหรือปล่อยข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลผู้สูญหาย ซึ่งแม้ว่าการกระทำบุคคลสูญหายจะกระทบสิทธิหลายประการ กล่าวคือ สิทธิในฐานะบุคคลต่อหน้ากฎหมาย สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือกระทำทารุณโหดร้ายอื่น กระทำการลดคุณค่า กระทำโดยไร้มนุษยธรรมหรือลงโทษ และละเมิดหรือสร้างการคุกคามอย่างยั้งต่อสิทธิในชีวิตก็ตาม แต่ WGEID เห็นว่าการกระทำบุคคลสูญหายเป็นการกระทำอันเป็นอันหนึ่งอันเดียว ไม่ใช่การกระทำหลายอย่างรวมกัน ซึ่งแม้ว่าการคุกคามบางส่วนจะสำเร็จก่อนที่กฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องจะมีผลใช้บังคับ แต่หากการคุกคามในส่วนอื่น ๆ ยังคงดำเนินอยู่ จนกระทั่งในเวลาที่จะชะตากรรมหรือที่อยู่ของเหยื่อปรากฏ การกระทำจึงไม่ควรถูกแบ่งแยกออกจากกัน WGEID เห็นว่าเมื่อรัฐรับรู้ว่ามีการกระทำบุคคลสูญหายเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาที่เครื่องมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดมีผลใช้บังคับ รัฐควรมีความรับผิดชอบสำหรับการละเมิดทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการกระทำบุคคลสูญหาย ไม่ใช่เพียงในเวลาที่ยกกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีผลใช้บังคับเท่านั้น และในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบวิธีปฏิบัติดูเหมือนจะส่งผลเสียต่อหลักอาชญากรรมต่อเนื่อง หน่วยงานที่มีอำนาจควรตีความให้แคบที่สุดเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาและดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำบุคคลสูญหายได้ โดย WGEID เห็นว่าโทษจำคุก 25 – 40 ปี เป็นโทษที่สอดคล้องกับข้อกำหนดในเรื่อง “ความเหมาะสม”

⁸ Rodley Nigel S. และ Matt Pollard, “The treatment of prisoners under international law” (Oxford: Oxford University Press, 2009), p.368.

⁹ United Nations General Assembly, “Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances” (2011) A/HRC/16/48 [Online] Available from : https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/16/48 [10 May 2023] , p.11-12.

ของปฏิญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการกระทำที่สูญหาย¹⁰ ในข้อ 4¹¹ ซึ่งกำหนดว่า “ทุกการกระทำที่เป็นการกระทำให้บุคคลสูญหายต้องถูกลงโทษภายใต้กฎหมายอาญาด้วยโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดนั้น” ดังนั้น การกำหนดโทษประหารชีวิตในความผิดฐานนี้จึงเป็นการกำหนดโทษที่หนักเกินไป ประกอบกับบทติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและพิธีสารฉบับที่สองมุ่งประสงค์อย่างชัดเจนที่จะยกเลิกโทษประหารชีวิตไม่ว่ากรณีใดก็ตาม¹² และสำหรับการบัญญัติรวมถึงผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐในนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหายให้มีฐานะเป็นผู้กระทำความผิดได้ WGEID เห็นว่า อาจเป็นการคุ้มครองเหยื่อได้มากกว่า แม้ว่าการเขียนรวมผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐซึ่งได้กระทำโดยปราศจากการสนับสนุนหรือการให้ความยินยอมจากรัฐบาล อาจแสดงให้เห็นความก้าวหน้าของกฎหมายในแง่การครอบคลุมพื้นที่อาชญากรรมได้กว้าง (เช่น การลักพาตัวเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการเรียกค่าไถ่ (abductions) แต่ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ของ WGEID ถูกจำกัดเฉพาะกรณีอาชญากรรมการกระทำให้บุคคลสูญหายที่กระทำโดยรัฐเท่านั้น

2.2.2 คณะกรรมการการกฎหมายและสิทธิมนุษยชน (Committee on Legal Affairs and Human Rights)

คณะกรรมการการกฎหมายและสิทธิมนุษยชน ได้ให้ความเห็นในรายงานเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2548 ว่า นิยามควรจะกว้างเพียงพอที่จะครอบคลุมถึงการกระทำทั้งปวงที่ถูกกระทำโดยผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐ เช่น กองกำลังกึ่งทหาร หน่วยสังหาร นักสู้หัวรุนแรงต่อต้านทางการเมือง หรือกลุ่มองค์กรอาชญากร และไม่ควรรวมองค์ประกอบนามธรรมซึ่งยากแก่การพิสูจน์ในทางปฏิบัติ ซึ่งโดยเนื้อแท้ของความยากในการพิสูจน์การกระทำให้บุคคลสูญหายที่ต้องเผชิญ คือ การเกิดขึ้นของข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้เพื่อต่อต้านความรับผิดชอบที่เกี่ยวโยงกับรัฐ¹³

¹⁰ United Nations, “Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances” [Online] Available from : <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F16%2F48%2FAdd.3&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> [10 May 2023]

¹¹ Article 4 of The UN Declaration for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance “1. All acts of enforced disappearance shall be offences under criminal law punishable by appropriate penalties which shall take into account their extreme seriousness ...”

¹² General Assembly, “HUMAN RIGHTS COUNCIL’ IMPLEMENTATION OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 60/251 OF 15 MARCH 2006 ENTITLED” [Online] Available from : https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/a.res.60.251_en.pdf [30 June 2022] ,p.11-12.

¹³ Committee on Legal Affairs and Human Rights, “Enforced disappearance” Report (Doc. 10679) [Online] Available from : <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?fileid=11021&lang=EN> [28 April 2022]

2.2.3 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights หรือ UNCHR)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (ต่อไปจะเรียกว่า “UNCHR”) เห็นว่า ในทางระหว่างประเทศมองว่าการกระทำที่บุคคลสูญหายเป็นปัญหาที่ซับซ้อนมากและกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจำนวนมาก กล่าวคือ สิทธิในฐานะบุคคลต่อหน้ากฎหมาย สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกกระทำทรมานหรือกระทำทารุณอื่นใด การปฏิบัติหรือการลงโทษอันเป็นการลดทอนคุณค่าและรั้งมนุษยธรรม และยังเป็นสิ่งที่คุกคามอย่างยิ่งต่อสิทธิในชีวิต (ในปฏิญญาแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันบุคคลทุกคนจากการกระทำที่สูญหาย ข้อ 1.2¹⁴) ในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มในการกำหนดผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐร่วมด้วย เช่น กฎหมายอาญาระหว่างประเทศได้บัญญัตินิยามของการกระทำที่บุคคลสูญหายโดยคงไว้ซึ่งเรื่องผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐในบริบทขององค์การทางปกครอง ซึ่งต่างจากแนวคิดดั้งเดิมของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มองว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นรัฐไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเท่านั้นที่สามารถก่ออาชญากรรมที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนนี้ได้ ประเด็นนี้ก่อให้เกิดข้อสงสัยว่าความหมายแคบเช่นนี้ควรที่จะคงไว้ต่อไปหรือไม่ ซึ่งจากประสบการณ์ที่เกิดขึ้นในหลายรัฐ เช่น ในโคลอมเบีย แสดงให้เห็นว่าการกระทำที่บุคคลสูญหายเกิดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมจากรัฐ เช่น สมาชิกของกลุ่มทหารรับจ้างหรือที่เรียกกันว่ากองกำลังป้องกันตนเอง การเคลื่อนไหวกองโจร และกลุ่มกึ่งทหารที่ต่อสู้กับรัฐบาล สมาชิกของกลุ่มอาชญากรองค์กร และบ่อยครั้งมักเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด อาชญากรรมประเภทนี้มักดำเนินการโดยปกปิดข้อเท็จจริง บ่อยครั้งจึงเป็นการยากมากที่จะทราบว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยอำนาจ การสนับสนุนหรือการให้ความยินยอมโดยปริยายจากรัฐ หรือกระทำโดยปราศจากอำนาจ การสนับสนุนหรือการให้ความยินยอมโดยปริยายจากรัฐหรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้แน่ใจว่ามีการคุ้มครองอย่างเต็มที่จากการกระทำที่บุคคลสูญหาย เครื่องมือที่มีผลผูกพันในอนาคตอย่างน้อยที่สุดต้องมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายอาญภายในและควรใช้บังคับไปยังผู้กระทำแทนรัฐและผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐแต่ควบคุม

¹⁴ Article 1 of The UN Declaration for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance
“1. ... 2. Any act of enforced disappearance places the persons subjected thereto outside the protection of the law and inflicts severe suffering on them and their families. It constitutes a violation of the rules of international law guaranteeing, inter alia, the right to recognition as a person before the law, the right to liberty and security of the person and the right not to be subjected to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. It also violates or constitutes a grave threat to the right to life.”

โดยรัฐ¹⁵ และในส่วนวิธีการกระทำความผิด เห็นควรให้ประเทศต่าง ๆ ใช้รูปแบบที่แน่นอนในการจำกัดเสรีภาพ เช่น การจับกุม คမ်းขัง และลักพาตัว และจำเป็นที่จะต้องรักษากฎหมายที่เปิดเผย คือ การจำกัดเสรีภาพในรูปแบบอื่นใด เอาไว้ด้วย¹⁶

UNCHR เห็นตรงกับคำแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยการกระทำให้บุคคลสูญหาย (The Committee on Enforced Disappearances: CED) ว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดต่อเนื่องจากผู้กระทำความผิดยังคงปกปิดชะตากรรมและที่อยู่ของผู้ถูกทำให้สูญหาย และข้อเท็จจริงยังไม่กระจ่างชัด และไม่มีคำสั่งหรือคำแนะนำของหน่วยงานของรัฐใด ๆ ที่จะมาใช้ความชอบธรรมในเรื่องการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ ตลอดจนไม่มีข้อจำกัดทางกฎหมายใดที่จะนำมาใช้กับเรื่องการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ โดยผู้กระทำความผิดจะไม่ได้สิทธิประโยชน์ใด ๆ จากกฎหมายนิรโทษกรรมหรือมาตรการเดียวกัน และจะไม่มีสิทธิพิเศษ การคุ้มกัน หรือการยกเว้นพิเศษที่จะนำมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย¹⁷

นอกจากนี้ ในร่างเดิมของ ICPPED ในส่วนเจตนา มีถ้อยคำ“ด้วยเหตุนี้ (ainsi)” จากประโยค “ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการลอบออกจากความคุ้มครองตามกฎหมาย (la soustrayant ainsi à la protection de la loi)” ในภาษาฝรั่งเศสและภาษาสเปน แต่ต่อมาที่ประชุมได้ตัดถ้อยคำดังกล่าวออกไป ซึ่งอาจทำให้เกิดความกำกวมในการตีความกฎหมายในคำถามว่าการนำบุคคลออกจากความคุ้มครองตามกฎหมายเป็นผลมาจากการกระทำให้บุคคลสูญหายหรือไม่ หรือเป็นส่วนหนึ่งของนิยามด้วยตัวเองอยู่แล้ว ผู้แทนหลายคนคัดค้านการรวมองค์ประกอบในส่วนเจตนาเข้าไว้ในนิยาม โดยเน้นว่ากฎหมายอาญาภายในประเทศมีการกำหนดเรื่องเจตนาไว้เป็นการทั่วไปแล้ว การนำออกจากการคุ้มครองตามกฎหมายเป็นผลที่ตามมาของการกระทำให้บุคคลสูญหายและไม่ควรจัดว่าเป็นองค์ประกอบเพิ่มเติมในเรื่องเจตนา (เจตนาพิเศษ) การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ล่วงหน้าในเรื่องเจตนาส่งผลให้การพิสูจน์ทำได้ยากมากขึ้น¹⁸

¹⁵ United Nations Economic and Social Council, “Civil and Political Rights, Including Questions of: Disappearances and Summary Executions” [Online] Available from : <https://digitallibrary.un.org/record/459055?ln=en> [8 June 2021]

¹⁶ United Nations, “Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance”, [Online] Available from : https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=E/CN.4/2005/66 [10 May 2023], p.6.

¹⁷ Ibid, p.35.

¹⁸ United Nations, “Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance

ในส่วนประเด็นผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐ ผู้แทนคนหนึ่งเสนอให้มีการขยายนियามของการกระทำให้บุคคลสูญหายให้ครอบคลุมไปถึงผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐด้วย แต่ในท้ายที่สุดมีการเสนอให้มีการนิยามโดยอ้างอิงถึงผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับรัฐเท่านั้น ในการถกเถียงดังกล่าวก็มีผู้แทนหลายคนสนับสนุนในข้อเสนอให้มีการขยายนियามให้ครอบคลุมถึงผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐ โดยพวกเขาเห็นว่าเครื่องมือที่ใช้จัดการกับการกระทำให้บุคคลสูญหายควรมีบทบาทในสถานการณ์บนพื้นฐานที่ว่ารัฐไม่ใช่ผู้กระทำความผิดเพียงหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป และรัฐไม่สามารถรับผิดในความผิดซึ่งได้กระทำขึ้นโดยผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐได้¹⁹

2.2.4 สมัชชารัฐสภาของสภายุโรป (The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, PACE)

สมัชชารัฐสภาของสภายุโรปได้ให้ความเห็นเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2012 ในรายงานของคณะกรรมการกฎหมายและสิทธิมนุษยชน (report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights) ว่าควรที่จะแก้ไขคำนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหายให้รวมถึงผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐและกำหนดองค์ประกอบที่เป็นนามธรรมในเรื่องของเจตนาไว้ด้วย และควรกำหนดข้อจำกัดในเรื่องการนิรโทษกรรม เขตอำนาจและการคุ้มกันอื่น ๆ และทำให้เขตอำนาจชั่วคราวของคณะกรรมการว่าด้วยการกระทำให้บุคคลสูญหาย (The Committee on Enforced Disappearances: CED) กว้างขึ้น²⁰

2.3 กฎหมายของประเทศต่าง ๆ

2.3.1 ประเทศที่กำหนดให้การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา

2.3.1.1 ประเทศฝรั่งเศส (France)

ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญา โดย

Chairperson-Rapporteur: Mr. Bernard Kessedjian (France)” [Online] Available from : <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FCN.4%2F2005%2F66&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> [24 April 2022]

¹⁹ Ibid, p.8-9.

²⁰ The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, PACE, “Resolution 1868 (2012) Final version” (2012) [Online] Available from : <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?-fileid=18076&lang=EN> [24 April 2022] , para. 6.2

จัดเป็นความผิดร้ายแรงและบัญญัติโทษไว้สูงสุดคือโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือกักขังตลอดชีวิตเฉพาะเมื่อการกระทำให้บุคคลสูญหายเข้าองค์ประกอบของความผิดที่เป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติเท่านั้น กล่าวคือต้องเป็นการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยกระทำอย่างเป็นระบบและกว้างขวางเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีโดยทั่วไปไม่มีความผิดฐานนี้ ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับใน ICCPD แต่กำหนดสอดคล้องกับธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 โดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Code pénal)²¹ บัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ในมาตรา 212-1 ถึง มาตรา 212-3²² โดยมีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 212-1 “การขับไล่ การทำให้เป็นทาส หรือการประหารชีวิตที่ได้กระทำลงอย่างเป็นระบบและกว้างขวาง การลักพาตัวบุคคลอันส่งผลให้เกิดการหายสาบสูญ การทรมาน หรือการกระทำทารุณโหดร้ายไร้มนุษยธรรม ด้วยแรงจูงใจทางการเมือง หลักปรัชญา เชื้อชาติหรือแรงขับเคลื่อนทางศาสนา และร่วมมือกันในการแสวงหาแผนการร่วมกันเพื่อต่อต้านประชากรซึ่งเป็นพลเมือง มีโทษทางอาญาให้จำคุกตลอดชีวิต...”

²¹ Code pénal (ภาษาฝรั่งเศส) [Online] Available from : <https://codes.droit.org/PDF/Code%20p%C3%A9nal.pdf> , Penal Code (ภาษาอังกฤษ) [Online] Available from : https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french_penal_code_33.pdf [14 April 2023]

²² ARTICLE 212-1 to ARTICLE 212-3 of France Code pénal

FORCED DISAPPEARANCE

ARTICLE 212-1 Deportation, enslavement or the massive and systematic practice of summary executions, abduction of persons followed by their disappearance, of torture or inhuman acts, inspired by political, philosophical, racial or religious motives, and organised in pursuit of a concerted plan against a section of a civil population are punished by criminal imprisonment for life.

The first two paragraphs of article 132-23 governing the safety period are applicable to felonies provided for by the present article.

ARTICLE 212-2 Where they are committed during war time in execution of a concerted plan against persons fighting the ideological system in the name of which are perpetrated crimes against humanity, the actions referred to under article 212-1 are punished by criminal imprisonment for life.

The first two paragraphs of article 132-23 governing the safety period are applicable to felonies set out under the present article.

ARTICLE 212-3 Participation in a group formed or in an agreement established with a view to the preparation, as demonstrated by one or more material actions, of any of the felonies defined by articles 211-1, 212-1 and 212-2 is punished by criminal imprisonment for life.

The first two paragraphs of article 132-23 governing the safety period are applicable to the felony set out under the present article.

มาตรา 212-2 “ในช่วงระหว่างสงคราม ผู้ที่กระทำการประหารชีวิตโดยมีแผนร่วมกันในการต่อต้านกลุ่มบุคคลผู้ซึ่งต่อสู้เพื่อระบบอุดมการณ์ในชื่อใด ๆ ก็ตาม เป็นผู้กระทำอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ถือเป็นการกระทำภายใต้บทบัญญัติมาตรา 212-1 มีโทษทางอาญาให้จำคุกตลอดชีวิต...”

มาตรา 212-3 “การมีส่วนร่วมในกลุ่มที่ได้จัดตั้งขึ้นหรือการมีส่วนร่วมในข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นเพื่อเตรียมกระทำความผิดที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 212-1 และมาตรา 212-2 ไม่ได้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดหรือมากกว่านั้น มีโทษทางอาญาให้จำคุกตลอดชีวิต...”

2.3.1.2 ประเทศสาธารณรัฐกัวเตมาลา (Guatemala)

ประเทศสาธารณรัฐกัวเตมาลาเป็นประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องแรงจูงใจในการกระทำความผิดไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นการบัญญัติเพิ่มเติมนอกเหนือจากองค์ประกอบที่กำหนดใน ICCPD และศาลรัฐธรรมนูญกัวเตมาลาได้วางหลักเรื่องการนับอายุความของคดีการกระทำบุคคลสูญหายไว้ด้วย โดยประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐกัวเตมาลา (CODIGO PENAL DE GUATEMALA; The Guatemalan Criminal Code) ถูกตราขึ้นในปี ค.ศ. 1974 โดยในวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 ได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 48-1995 กำหนดให้การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญาไว้ในมาตรา 201 ตรี²³ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

²³ ARTICLE 201 TER of CODIGO PENAL DE GUATEMALA
FORCED DISAPPEARANCE

ARTICLE 201 TER. The crime of forced disappearance is committed by anyone who, by order, with the authorization or support of State authorities, deprive in any way the freedom of one or more persons, for political reasons, concealing their whereabouts, refusing to disclose their destination or acknowledge their detention, as well as the public official or employee, whether or not it belongs to the State security forces, that orders, authorizes, supports or consent to such actions.

It constitutes a crime of forced disappearance, the deprivation of the liberty of one or more people, even if there is no political motive, when it is committed by elements of the State security forces, while in the exercise of their position, when they act arbitrarily or with abuse or excessive force. Likewise, they commit the crime of forced disappearance, the members of organized groups with terrorist, insurgent, subversive or any other criminal aim, when they commit kidnapping or abduction, participating as members or collaborators of these groups.

The crime is considered permanent as long as the victim is not released. The prisoner of forced disappearance will be punished with imprisonment from twenty-five to forty years. The death penalty will be imposed instead of the maximum prison term, when due to or occasion of the forced disappearance, the victim will be seriously injured or very serious, permanent psychic or psychological trauma or death.”

[Online] Available from : https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM_codigo_penal.pdf [14 April 2023]

มาตรา 201 ตรี “ผู้ใดกระทำอาชญากรรมการกระทำให้บุคคลสูญหายโดยได้รับคำสั่ง การอนุญาตหรือการสนับสนุนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ลิดรอนเสรีภาพไม่ว่าในทางใดของบุคคลตั้งแต่หนึ่ง คนขึ้นไป ด้วยเหตุผลทางการเมือง ปกปิดที่อยู่ ปฏิเสธที่จะเปิดเผยจุดหมายปลายทางหรือให้ได้รับ ทราบถึงสถานที่คุมขัง รวมถึงเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างของรัฐไม่ว่าจะเป็นกองกำลังรักษาความมั่นคง ของรัฐหรือไม่ก็ตาม ที่ได้สั่งการ อนุญาต สนับสนุน หรือให้ความยินยอมในการกระทำความผิด ก่อเป็นอาชญากรรมการกระทำให้บุคคลสูญหาย การลิดรอนเสรีภาพของบุคคลหนึ่งคนหรือมากกว่า นั้น แม้ไม่มีแรงจูงใจทางการเมือง แต่เมื่อได้กระทำโดยตำแหน่งในขณะปฏิบัติหน้าที่ ในฐานะกอง กำลังรักษาความมั่นคงของรัฐ ปฏิบัติหน้าที่โดยพลการหรือข่มเหงหรือใช้กำลังบังคับเกินกว่าเหตุ หรือเป็นสมาชิกของกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นโดยประกอบด้วยผู้ก่อการร้าย ผู้ก่อความไม่สงบ โดยมีวัตถุประสงค์ ในการล้มล้าง หรือวัตถุประสงค์ทางอาญาอื่นใด เมื่อกระทำการลักพาไปเพื่อเรียกค่าไถ่หรือลักพา ไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่น มีส่วนร่วมในฐานะสมาชิกหรือทำงานร่วมกันกับกลุ่มเหล่านี้ เป็นความผิด ฐานกระทำให้บุคคลสูญหายเช่นเดียวกัน

อาชญากรรมดังกล่าวถือว่ามีความผิดต่อเนื่องจนกว่าเหยื่อจะได้รับการปล่อยตัว

นักโทษในความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ยี่สิบห้าถึงสี่สิบปี กรณีผู้เสียหาย ที่ถูกกระทำให้สูญหายได้รับอันตรายสาหัสหรือได้รับการกระหนาบกระเหินทางจิตหรือได้รับความ เสียหายทางจิตใจถาวรหรือเสียชีวิต ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิตแทนโทษจำคุกสูงสุด”

ในปี ค.ศ. 2003 ศาลรัฐธรรมนูญของกัวเตมาลาได้ตัดสินวางหลักในการตีความกฎหมาย ไว้ในประเด็นการนับอายุความของคดีการกระทำให้บุคคลสูญหาย ในคดีที่รู้จักกันในชื่อโชพูล์ม (Choatulum) โดยจำเลยในคดีนี้ (นายเฟลิเป เป้ คูซานเโร; Felipe Cusanero) ซึ่งถูกกล่าวหาว่า กระทำให้บุคคลสูญหาย ตามมาตรา 201 ตรี แห่งประมวลกฎหมายอาญากัวเตมาลา ได้ยกข้อต่อสู้ ในเรื่องกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (The principle of non-retroactivity) ขึ้นอ้างต่อศาล โดยศาลได้วางหลักว่า การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะเป็นความผิดต่อ เนื่องประเภทหนึ่ง ซึ่งจะสิ้นสุดเมื่อที่อยู่และชะตากรรมของเหยื่อได้ถูกเปิดเผยแล้ว เมื่อผู้กระทำ ความผิดยังคงปกปิดที่อยู่และชะตากรรมของเหยื่อ เท่ากับว่าการกระทำความผิดยังคงดำเนินต่อไป โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการทำให้สูญหายเสรีภาพได้เริ่มต้นเมื่อใด และในกรณีนี้ไม่เป็นการใช้กฎหมาย อาญาย้อนหลัง แม้กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญามีผล ใช้บังคับในภายหลังที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปแล้วก็ตาม แต่การกระทำให้บุคคล สูญหายนั้นก็ยังคงเป็นความผิดต่อเนื่องนับแต่วันที่ได้เริ่มลงมือกระทำความผิดนั้น²⁴

²⁴ วังพลอย นวลอ่อน. การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญารัฐการกระทำให้บุคคลสูญหาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหา บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556, หน้า 91.

2.3.1.3 ประเทศสาธารณรัฐโคลอมเบีย (Colombia)

ประเทศสาธารณรัฐโคลอมเบียเป็นประเทศที่ได้รับการกล่าวถึงในความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในประเด็นเรื่องผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐ จึงมีความน่าสนใจที่จะนำมาศึกษาเพิ่มเติม โดยประเทศนี้ได้รับรองสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำให้สูญหายไว้ในมาตรา 12 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโคลอมเบีย (The 1991 Colombian Constitution) และกำหนดให้การกระทำการอันเป็นการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา (Ley No.599 de 24 Julio 2000 : Código Penal (colombiano), Criminal Justice 24 July 2000 (Colombia)) ในมาตรา 165 – 167²⁵ ซึ่งบัญญัติดังนี้ มาตรา 165 “การกระทำให้บุคคลสูญหาย บุคคลผู้ซึ่งเป็นสมาชิกของกองกำลังติดอาวุธซึ่งอยู่นอกกฎหมายกระทำการจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่ว่าด้วยวิธีการใดก็ตาม โดยปกปิดและปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับการละเมิดหรือที่อยู่ของบุคคลดังกล่าว เพื่อทำให้บุคคลนั้นอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุก 20 – 30 ปี ปรับตั้งแต่ 1,000 – 3,000 วันตามอัตราค่าจ้างขั้นต่ำรายเดือนตามกฎหมายและให้ออกจากราชการและตัดสิทธิในการเข้ารับราชการ เป็นเวลา 10 -20 ปี โดยในวรรคสองกำหนดว่า โทษเดียวกันนี้ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลซึ่งกระทำการภายใต้การตัดสินใจหรือยินยอมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และได้กระทำการดังที่ได้บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง²⁶” และกำหนดเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในมาตรา 166 เป็นระวางโทษ 30-40 ปีและปรับตั้งแต่ 2,000 – 5,000 วันตามอัตราค่าจ้างขั้นต่ำรายเดือนตามกฎหมายและให้ออกจากราชการและตัดสิทธิในการเข้ารับราชการเป็นเวลา 15 -20 ปี เช่น ในเหตุกระทำให้บุคคลสูญหายโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่กระทำต่อผู้พิการ กระทำต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือมากกว่า 60 ปี หรือหญิงตั้งครรภ์ ฯลฯ

²⁵ เมธาวิ คงพิกุล. กฎหมายและมาตรการทางอาญาในกรณีเจ้าหน้าที่รัฐบังคับให้บุคคลสูญหาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556, หน้า 80-87.

²⁶ Colombian Government, “Ley 599 de 2000” [Online] Available from : <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388> [10 May 2023] เนื่องจากต้นฉบับเป็นภาษาสเปน ผู้เขียนจึงแปลเป็นภาษาอังกฤษ ดังนี้

Article 165 of Colombia Penal Code “Forced disappearance. An individual who, belonging to an illegal armed group, subjects another person to deprivation of liberty in any form, followed by concealment and the refusal to acknowledge said deprivation or to provide information on his whereabouts, removing it from the under the law, will be imprisoned for three hundred and twenty (320) to five hundred and forty (540) months, a fine of one thousand three hundred and thirty-three point thirty-three (1333.33) to four thousand five hundred (4500) legal monthly minimum wages in force and in interdiction of rights and public functions of one hundred and sixty (160) to three hundred and sixty (360) months.

The public servant, or the individual who acts under the determination or acquiescence of the former, and performs the conduct described in the preceding paragraph, will be subjected to the same penalty.”

โดยกำหนดเหตุผลหย่อนโทษในกรณีผู้กระทำความผิดจัดให้ผู้ถูกทำให้สูญหายได้รับเสรีภาพ หลังจากควบคุมตัวโดยที่ไม่ได้รับอันตรายแก่กายหรือใจ หรือให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการพบตัว ผู้ถูกทำให้สูญหาย (พบว่ามีชีวิต หรือพบศพของผู้ถูกทำให้สูญหาย) ในมาตรา 167 นอกจากนี้ โคลอมเบียยังกำหนดบทบัญญัติเอาผิดกับบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดด้วยในมาตรา 441 โดยเอาผิดกับบุคคลที่รู้ถึงแผนการเกี่ยวกับการกระทำให้สูญหายแต่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำ และไม่แจ้งแก่เจ้าหน้าที่ให้ทราบโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และในมาตรา 446 เอาผิดกับผู้ขัดขวาง การสอบสวนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2.3.1.4 ประเทศเนปาล (Nepal) หรือชื่ออย่างเป็นทางการว่า สหพันธ์สาธารณรัฐ ประชาธิปไตยเนปาล (Federal Democratic Republic of Nepal) หลังปี ค.ศ. 2018 (พ.ศ. 2561)

ประเทศเนปาลมีความพิเศษโดยกำหนดให้การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดในสอง ช่วงระยะเวลา คือ ก่อนปี ค.ศ. 2018 ในรูปกฎหมายพิเศษ (พระราชกำหนด) และต่อมาหลังปี ค.ศ. 2018 จึงมีการกำหนดเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา โดยหลังปี ค.ศ. 2018 ประมวล กฎหมายอาญานเนปาล (The National Penal (Code) Act, 2074 (2017)) ได้กำหนดนิยามของ การกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ในบทที่ 16 หมวดความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำให้บุคคลสูญหายซึ่ง เป็นไปตามข้อแนะนำขององค์กรทั้งภายในและในทางระหว่างประเทศที่กำหนดให้การกระทำ ให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่เป็นอิสระแยกต่างหาก²⁷ ในมาตรา 206 ที่กำหนดว่า “ข้อห้ามในการ กระทำให้บุคคลสูญหาย

(1) ห้ามมิให้กระทำให้บุคคลสูญหายหรือเป็นสาเหตุให้บุคคลถูกกระทำให้สูญหาย

(2) ตามวัตถุประสงค์ของอนุมาตรา (1) คำว่า “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” หมายถึงการ กระทำดังต่อไปนี้ (a) การจับกุม กักขัง หรือการควบคุมตัวด้วยวิธีการอื่นใด โดยบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ รักษาความมั่นคงที่มีอำนาจตามกฎหมายในการจับกุม สืบสวน หรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยไม่ส่งตัวบุคคลเช่นนั้นต่อหน้าผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาคดีภายใน 24 ชั่วโมงนับแต่วันที่ ได้มีการจับกุมหรือลิดรอนเสรีภาพเช่นนั้น แต่ไม่รวมถึงเวลาเดินทาง หรือปฏิเสธในการอนุญาต ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเข้าพบกับบุคคลนั้นและหรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ วิธีการและเหตุที่ผู้นั้นถูก ควบคุมตัว (b) การลักพาตัว การคุมตัว การควบคุมหรือการลิดรอนเสรีภาพบุคคลด้วยวิธีการอื่นใด

²⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, “General allegation 124th session (17–21 May 2021) : Nepal” [Online] Available from : www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/124-Nepal.pdf [15 April 2022]

โดยบุคคล องค์กร หรือกลุ่ม ไม่ว่าได้จัดตั้งเป็นองค์กรหรือไม่ก็ตาม โดยปกปิดข้อมูลถึงเหตุผลในการลิดรอนเสรีภาพและสถานที่ วิธีการและเงื่อนไขในการควบคุมตัวบุคคลนั้นแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง

(3) บุคคลผู้ซึ่งสั่งการให้ดำเนินการกระทำทำให้บุคคลสูญหายในระหว่างการจับกุม กักขัง หรือควบคุมบุคคลนั้น หรือผู้ดำเนินการตามคำสั่งเช่นว่านั้นจะถูกพิจารณาว่าเป็นตัวการในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

(4) การกระทำทำให้บุคคลสูญหายที่ได้กระทำขึ้นตามคำสั่งหรือเป็นไปตามทิศทางที่กำหนดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบในองค์กรหรือกลุ่มไม่ว่าได้มีการจัดตั้งเป็นองค์กรหรือไม่ก็ตาม บุคคลเหล่านี้มีความรับผิดชอบในฐานะตัวการในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย

(5) ผู้บังคับบัญชาซึ่งรู้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชา หน่วยงาน หรือกลุ่มของตนกำลังกระทำหรือจะกระทำทำให้บุคคลสูญหาย โดยเพิกเฉยข้อมูลเช่นนั้นหรือไม่จัดให้มีมาตรการที่จำเป็นที่จะป้องกันให้เกิดการกระทำเช่นนั้น จะถูกพิจารณาในฐานะผู้กระทำความผิดภายใต้มาตรานี้

(6) บุคคลที่ได้ร่วมกันกระทำทำให้บุคคลสูญหาย 2 คนหรือมากกว่านั้น ทุกคนที่เกี่ยวข้องในการกระทำเช่นนั้นมีความรับผิดชอบเท่ากันในฐานะตัวการ

(7) บุคคลที่ได้กระทำความผิดดังที่ได้ระบุไว้ในอนุมาตรา (1) มีความรับผิดชอบต่อไปนี้ (a) ตัวการในการกระทำความผิดฐานกระทำทำให้บุคคลสูญหายมีโทษจำคุกสำหรับการกระทำความผิดไม่เกิน 50 ปีและโทษปรับไม่เกิน 500,000 รูปีเนปาล ขึ้นอยู่กับระยะเวลาและสถานการณ์ของการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย (b) ในกรณีผู้สนับสนุนหรือผู้สมรู้ร่วมคิดในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย รับโทษเช่นเดียวกับตัวการ ส่วนผู้พยายามหรืออำนวยความสะดวกในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย รับโทษกึ่งหนึ่งของตัวการ

(8) บุคคลที่ได้กระทำความผิดตามที่บัญญัติที่อ้างในอนุมาตรา (1) ต่อผู้หญิงหรือเด็ก ต้องรับโทษจำคุกสำหรับความผิดเพิ่ม 2 ปี เพิ่มเติมจากโทษที่ได้บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (7)

(9) บุคคลที่ได้กระทำความผิดอื่นซึ่งมีโทษตามกฎหมายกระทำต่อผู้ที่ถูกกระทำให้สูญหายในระหว่างการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย ต้องได้รับโทษเพิ่มเติมนอกเหนือจากโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นภายใต้มาตรานี้

(10) บุคคลผู้ซึ่งกระทำทำให้บุคคลสูญหายโดยใช้พาหนะ อาวุธ อาวุธยุทธภัณฑ์ อาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งของของรัฐบาล ต้องรับโทษจำคุกเพิ่ม 1 ปีนอกเหนือจากโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้”²⁸

²⁸ Nepal Government, “The National Penal (Code) Act, 2074 (2017)” [Online] Available from :

คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (The International Commission of Jurists, The ICJ, ต่อไปจะเรียกว่า “The ICJ”) ได้ให้ความเห็นในส่วนคำนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหาย ในประมวลกฎหมายอาญาเนปาล ดังนี้ The ICJ ให้ความเห็นในเวลาที่เหมาะสมกฎหมายอาญายังคงเป็นร่างกฎหมาย แต่ถ้อยคำที่ใช้มีองค์ประกอบเช่นเดียวกันกับฉบับที่ประกาศใช้บังคับ ต่างกันเพียงการเพิ่มเติมรายละเอียดให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น) ว่า คำนิยามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเนปาลไม่สอดคล้องกับคำนิยามในข้อ 2 ของ ICCPED ในประการสำคัญหลายประการ หากบัญญัติเช่นนี้โดยไม่มีการแก้ไข การกระทำให้บุคคลสูญหายในหลายกรณีจะอยู่นอกกรอบของคำนิยามนี้ ส่งผลให้เกิดการไม่ต้องรับโทษและการปฏิเสธความยุติธรรมอย่างต่อเนื่องสำหรับเหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำให้บุคคลสูญหาย โดยเห็นว่า (1) ไม่ได้กำหนดองค์ประกอบที่สะท้อนให้เห็นถึงการปฏิเสธการลิดรอนเสรีภาพ (2) พันธกรณีระหว่างประเทศเรียกร้องให้เนปาลกำหนดความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดเดียว เป็นอิสระจากความผิดอื่น (3) การนิยามองค์ประกอบแตกต่างกันของการกระทำให้บุคคลสูญหายสำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นรัฐในทางหนึ่ง และผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐอีกทางหนึ่ง ไม่สอดคล้องกับ ICCPED เนื่องจาก ICCPED กำหนดองค์ประกอบเดียวกันของอาชญากรรมใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดที่เป็นรัฐ ทั้งทางตรงโดย “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” และทางอ้อมโดย “บุคคลหรือกลุ่มบุคคล” ที่กระทำโดยได้รับมอบหมาย ได้รับการสนับสนุนหรือยินยอมโดยปริยายจากรัฐ การนิยามองค์ประกอบที่แตกต่างกันสำหรับกลุ่มที่แตกต่างกันส่งผลให้องค์ประกอบบางอย่างของความผิดใช้บังคับกับกลุ่มเดียวเท่านั้น เช่น การไม่จัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับเหตุที่บุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นองค์ประกอบของอาชญากรรมภายใต้มาตรา 206 (2) (b) ใช้บังคับกับองค์กรหรือกลุ่ม โดยไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 206(2)(a) ที่ใช้บังคับกับบุคคลผู้ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการจับกุม นอกจากนี้ บทบัญญัติในร่างประมวลกฎหมายอาญาเนปาลควรที่จะยืนยันข้อห้ามในการกระทำให้บุคคลสูญหายอีกครั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติข้อ 1(2) และข้อ 6 (2) ของ ICCPED และระยะเวลาอายุความที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาเนปาล ในมาตรา 210²⁹ ว่า “อายุความ: การร้องเรียนที่ได้กระทำหลังพ้นกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่รู้ถึงการกระทำความผิดภายใต้บทนี้หรือนับแต่วันที่ผู้ถูกทำให้สูญหายปรากฏตัวหรือเปิดเผยตัวต่อสาธารณะไม่สามารถกระทำได้อีก...” ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความในเรื่องการกระทำให้บุคคลสูญหายนั้นไม่ได้รับการยอมรับภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในฐานะที่องค์การสหประชาชาติ

<https://www.moljpa.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/12/Penal-Code-English-Revised-1.pdf> [8 May 2022]

²⁹ Article 210 of The National Penal (Code) Act, 2074 (2017) “Statute of limitation: No complaint shall be entertained after expiry of six months from the date of having knowledge of commission of the offence under this Chapter or from the date of the disappeared person getting or being made public...”

ได้ปรับชุดหลักการในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านการดำเนินการต่อต้านการนิรโทษกรรมทำให้ชัดเจนว่า: “การกำหนดอายุความต้องไม่นำไปปรับใช้กับอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ตามธรรมชาติของอาชญากรรมไม่มีกำหนดอายุความ” มาตรฐานสากลและหลักนิติศาสตร์ได้อธิบายว่าไม่ควรนำกฎเกณฑ์ในเรื่องอายุความมาใช้เป็นการทั่วไปกับอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการกระทำที่บุคคลสูญหาย³⁰

WGEID ชี้ว่า “การกระทำที่บุคคลสูญหายเป็นการกระทำต่อเนื่อง การกระทำจะเริ่มต้นในเวลาที่เกิดการลักพาตัวและขยายต่อไปตลอดระยะเวลาที่อาชญากรรมยังไม่สิ้นสุด จนกระทั่งรัฐยอมรับการคุมขังหรือปล่อยข้อมูลเกี่ยวกับชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลนั้น” ทั้งนี้ ขอให้สังเกตข้อ 8(1)(a) ของ ICPPED ที่บัญญัติให้รัฐใช้กฎเกณฑ์ในเรื่องอายุความกับการกระทำที่บุคคลสูญหายต้องแน่ใจว่าอายุความต้องเป็นระยะเวลายาวนานและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด และเริ่มต้นในขณะที่ความผิดในการกระทำที่บุคคลสูญหายสิ้นสุดลงแล้ว โดยพิจารณาตามธรรมชาติที่ต่อเนื่องของอาชญากรรม³¹ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและมาตรฐานสากล เมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 2014 (พ.ศ. 2557) ศาลฎีกาของเนปาลจึงได้ยืนยันว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความไม่ควรนำมาใช้กับการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรงหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ นอกจากนี้ The ICJ ยังเห็นว่า ร่างประมวลกฎหมายอาญาเนปาลล้มเหลวในการกำหนดเรื่องอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติไว้ การละเลยส่วนสำคัญนี้ออกจากร่างฯ เท่ากับเป็นการไม่สร้างความรับผิดชอบทางอาญาหรือลงโทษการกระทำที่บุคคลสูญหายอย่างเป็นระบบหรืออย่างกว้างขวางในฐานะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติตามกฎหมายระหว่างประเทศ³²

³⁰ International Commission Of Jurists, “Serious Crimes in Nepal’s Criminal Code Bill, 2014 (2017)” [Online] Available from : www.icj.org/wp-content/uploads/2017/03/Nepal-Serious-Crimes-Bill-Advocacy-Analysis-Brief-2017-ENG.pdf [10 May 2023], p.7 – 8 ,11.

³¹ United Nations General Assembly, “Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances” (2011) A/HRC/16/48, p.12. [Online] Available from : https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/16/48 [7 July 2023]

³² International Commission Of Jurists, “Serious Crimes in Nepal’s Criminal Code Bill, 2014 (2017)” [Online] Available from : www.icj.org/wp-content/uploads/2017/03/Nepal-Serious-Crimes-Bill-Advocacy-Analysis-Brief-2017-ENG.pdf [10 May 2023], p.17.

2.3.2 ประเทศที่กำหนดการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดในกฎหมายเฉพาะ แยกต่างหากจากประมวลกฎหมายอาญา

2.3.2.1 ประเทศเนปาล (Nepal) หรือชื่ออย่างเป็นทางการว่า สหพันธ์สาธารณรัฐ ประชาธิปไตยเนปาล (Federal Democratic Republic of Nepal) ก่อนปี ค.ศ. 2018 (พ.ศ. 2561)

ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2549) รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเสนอให้มีการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดให้การกระทำให้บุคคลสูญหายและการลักพาตัวหรือจับเป็นตัวประกันเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการริเริ่มในเชิงบวก แต่องค์ประกอบหลายประการไม่สอดคล้องกับมาตรฐานและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ร่างกฎหมายนี้จึงถูกวิจารณ์อย่างมากจากกลุ่มนักสิทธิมนุษยชนหลายกลุ่ม เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2549) ศาลฎีกาของเนปาล (the Supreme Court of Nepal) ได้ออกคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีการกระทำให้บุคคลสูญหายจำนวนมากโดยมีคำสั่งอย่างเป็นทางการให้รัฐบาลออกกฎหมายอย่างเร่งด่วนที่กำหนดให้การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดทางอาญาและให้นิยามการกระทำให้บุคคลสูญหายสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ³³ ต่อมาในวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2550) รัฐบาลได้จัดทำ “ร่างกฎหมายว่าด้วยการกระทำให้บุคคลสูญหาย (อาชญากรรมและการลงโทษ) ค.ศ. 2008” กำหนดให้การกระทำอันเป็นการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดรัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2551) ตัดสินใจทำให้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวในรูปกฎหมายของฝ่ายบริหาร (the Bill by executive ordinance) โดยไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา เป็นพระราชกำหนดว่าด้วยการสูญหาย (อาชญากรรม และการลงโทษ) 2066 (Bill on Disappearances (Crime and Punishment) Act 2066 (ค.ศ. 2008) , ต่อไปจะเรียกว่า “พระราชกำหนดฯ” กำหนดนิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ในมาตรา 2 (a)³⁴ ว่า “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” หมายความว่า (1) บุคคลซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการจับกุม สืบสวนและดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือบุคคลผู้ทำหน้าที่รักษาความมั่นคง ไม่อนุญาตให้บุคคลผู้ซึ่งถูกจับกุม กักขัง หรือถูกควบคุมด้วยวิธีการอื่นใด ได้พบผู้มีส่วนได้เสีย แม้เป็นช่วงเวลาภายหลังที่บุคคลดังกล่าวอยู่ต่อหน้าศาลซึ่งพิจารณาคดีได้ผ่านพ้นไปแล้ว โดยไม่มีการจัดเตรียม

³³ ในคดี *Rabindra Prasad Dhakal v. the Government of Nepal* in June 2007 อ้างใน International Commission Of Jurists, “Serious Crimes in Nepal’s Criminal Code Bill, 2014” [Online] Available from : icj.org/wp-content/uploads/2017/03/Nepal-Serious-Crimes-Bill-Advocacy-Analysis-Brief-2017-ENG.pdf [10 May 2023], p. 4.

³⁴ The Nepal Constituent Assembly, “A Bill Relating to Providing for the Disappearances (2008)” [Online] Available from : <https://nefad.files.wordpress.com/2012/01/disappearance-bill.pdf> [14 May 2023]

ข้อมูลว่าบุคคลนั้นถูกจับกุม กักขัง หรือถูกควบคุมด้วยวิธีการอื่นด้วยเงื่อนไขอะไร ในสถานที่ใด และด้วยวิธีการอย่างไร หรือจำกัดบุคคลนั้นจากการคุ้มครองของกฎหมาย (2) การจับกุมหรือลักพาตัว การควบคุมหรือจำกัดเสรีภาพบุคคลไม่ว่าด้วยวิธีการใดก็ตาม โดยสมาคมหรือกลุ่มบุคคลที่มีจัดตั้งเป็นองค์กรหรือไม่มีจัดตั้งเป็นองค์กร โดยไม่มีการจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการควบคุมหรือจำกัดเสรีภาพเช่นนั้น เมื่อพ้นระยะเวลา 24 ชั่วโมงภายหลังถูกควบคุมหรือจำกัดเสรีภาพ หรือโดยไม่แสดงผลในการจำกัดเสรีภาพเช่นนั้น และไม่มีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ เงื่อนไขและวิธีการที่บุคคลถูกจำกัดเสรีภาพให้แก่ผู้มีส่วนได้เสีย”

นิยามนี้ กลุ่มสิทธิมนุษยชนในหลายภูมิภาคทั่วโลก ดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชน ในฐานะองค์กรระหว่างประเทศไม่แสวงกำไร, Human Right Watch (HRW) และ The ICJ เห็นว่า เป็นนิยามที่ไม่สอดคล้องกับ ICCPED³⁵ โดย The ICJ เห็นว่าไม่สอดคล้องในเรื่องดังนี้ (1) ในส่วนของผู้กระทำความผิด นิยามตามพระราชกำหนดครอบคลุมเพียงผู้กระทำความผิดที่เป็น “บุคคลซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายในการจับกุม หรือสืบสวนหรือดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย” ในขณะที่ ICCPED กำหนดครอบคลุมเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำการโดยได้รับมอบอำนาจ ได้รับการสนับสนุน หรือได้รับความยินยอมโดยปริยายจากรัฐ (2) ไม่ได้ระบุเป็นพิเศษถึงองค์ประกอบ “การปฏิเสธที่จะยอมรับการลิดรอนเสรีภาพ” (3) ในคำนิยามไม่ได้ใส่องค์ประกอบสำคัญเรื่องการทำให้บุคคลอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมายไว้ด้วย และการไม่บัญญัติในเรื่องอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติไว้เป็นปัญหาที่น่าหนักใจเมื่อเทียบกับขนาดปัญหาของการกระทำให้บุคคลสูญหายที่เกิดขึ้นในเนปาลในระหว่างการขัดกันทางอาวุธ³⁶

พระราชกำหนดฯ บัญญัติเรื่องอายุความในมาตรา 26 ว่า “(1) การร้องเรียนจะต้องยื่นภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ทราบว่าคุณได้ถูกกระทำให้สูญหายหรือนับแต่บุคคลผู้ถูกทำให้สูญหายปรากฏตัว นอกเหนือจากอนุมาตรา (1) การร้องเรียนจะต้องยื่นภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศใช้บังคับสำหรับบุคคลที่ถูกทำให้สูญหายก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ” ซึ่ง The ICJ เห็นว่า แสดงถึงความล้มเหลวในการรับรู้ถึงลักษณะเฉพาะที่เป็นอาชญากรรม

³⁵ Human Right Watch, “Nepal: Joint Memorandum on the Disappearances of Persons (Crime and Punishment) Bill” [Online] Available from : <https://www.amnesty.org/fr/documents/asa31/013/2009/en/> [14 May 2023]

³⁶ International commission of Jurists, “BRIEFING PAPER : DISAPPEARANCES IN NEPAL: ADDRESSING THE PAST, SECURING THE FUTURE,” [Online] Available from : <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/Nepal-Briefing-paper-on-Enforced-Disappearances-Analysis-briefs-2009.pdf>. [10 May 2023], p.8-9.

ต่อเนื่องและการกำหนดอายุความ 6 เดือนเป็นการกำหนดระยะเวลาที่สั้นเกินไป เมื่อพิจารณาจากสภาพความหวาดกลัวที่การกระทำให้บุคคลสูญหายได้เกิดขึ้นและส่งผลให้ผู้คนไม่กล้ารายงานการละเมิดต่อผู้มีอำนาจตามกฎหมายเนื่องจากกลัวการถูกแก้แค้นหรือตอบโต้จากกองกำลังความมั่นคงหรือผู้ก่อความไม่สงบ จึงเสนอแนะให้แก้ไขโดยเพิ่มอายุความในสัดส่วนที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม³⁷

พระราชกำหนดฯ มาตรา 4(3) กำหนดว่า“บุคคลที่จะถูกพิจารณาในฐานะตัวการผู้กระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย คือ ... (2) ผู้สั่งการให้จับกุม กักขังหรือควบคุมบุคคลแล้วทำให้บุคคลนั้นสูญหาย และบุคคลที่ดำเนินการตามคำสั่งนั้น (3) เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้สั่งการหรือบุคคลที่มีความรับผิดชอบในกลุ่มที่มีการจัดตั้งเป็นองค์กรหรือไม่ก็ตาม ผู้สั่งการให้กระทำให้บุคคลสูญหาย” The ICJ เห็นว่า เป็นการสร้างความรับผิดชอบให้แก่ผู้บังคับบัญชาแคบเกินไป เฉพาะผู้ควบคุมและผู้ที่สั่งการให้กระทำให้สูญหายเท่านั้น ต่างจากในข้อ 6(1)(b) ของ ICPPED ที่กำหนดขยายความความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชา และในมาตรา 4(2) ที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้กระทำการตามคำสั่ง มีข้อกังวลว่าข้อกำหนดนี้อาจถูกใช้เพื่อปกป้องผู้บังคับบัญชาออกจากความรับผิดชอบเนื่องมาจากการปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา สิ่งสำคัญคือการบัญญัติกฎหมายต้องชัดเจนแก่ผู้บังคับบัญชาว่าไม่ว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือคำแนะนำจากหน่วยงานของรัฐ พลเรือน ทหาร หรืออื่น ๆ ก็ไม่อาจนำมาใช้อ้างเพื่อพิสูจน์ในความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายได้ ซึ่งเป็นไปตามข้อ 6(2) และข้อ 23(2) ของ ICPPED The ICJ จึงเห็นว่าควรปรับแก้ไขมาตรา 4(2) เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาหลักป้องกันจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามาใช้เพื่อให้พ้นผิดจากการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ ซึ่งจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะเห็นได้ว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายมักเกิดจากการปฏิบัติตามคำสั่งทั้งสิ้น เนื่องจากพระราชกำหนดฯ ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้³⁸

มาตรา 6 ของพระราชกำหนดฯ นี้กำหนดอัตราโทษให้จำคุกไม่เกินห้าปี ซึ่ง The ICJ เห็นว่าควรเพิ่มโทษให้สมกับความร้ายแรงของความผิดโดยให้เท่ากับความผิดที่มีความร้ายแรงเท่ากันภายใต้กฎหมายของเนปาล เช่น การฆาตกรรม เพื่อให้สอดคล้องกับข้อ 7(1) ของ ICPPED ที่กำหนดให้ความผิดนี้ควรถูกลงโทษด้วยอัตราโทษที่เหมาะสมโดยพิจารณาจากความร้ายแรงสูงสุดของความผิด เนื่องจากโทษจำคุกสูงสุดห้าปีไม่สะท้อนถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยในมาตรา 6(4) ของพระราชกำหนดฯ “ไม่ว่าจะบัญญัติสิ่งใดในพระราชบัญญัตินี้ก็ตาม หากมีผู้กระทำความผิดอื่น ๆ นอกจากความผิดหลักที่เกี่ยวข้องกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย ช่วยงานคณะ

³⁷ Ibid, p. 9-10.

³⁸ Ibid, p. 10-11

กรรมการ, พนักงานสอบสวน, พนักงานอัยการหรือศาลเพื่อหาข้อเท็จจริงในระหว่างการสอบสวนของคณะกรรมการหรือการพิจารณาคดี ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นพิจารณาลดหย่อนโทษตามควรแก่กรณีตามพระราชกำหนดฯ นี้หรือยกเว้นโทษเสียทั้งหมด” The ICJ เห็นว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานสำหรับการบรรเทาโทษเอาไว้กว้างกว่ามาตรฐานในทางระหว่างประเทศที่กำหนดเหตุบรรเทาโทษหรือลดหย่อนโทษค่อนข้างจำกัดมาก (ข้อ 7(2) ของ ICPPED) และการกำหนดเช่นนี้ นำไปสู่การใช้ดุลยพินิจในทางที่ผิดส่งผลให้เกิดการให้อภัยแบบ “ประตูหลัง” (a “back door” pardon) หรือการนิรโทษกรรม³⁹

2.3.2.2 ประเทศฟิลิปปินส์ (Philippines)

ประเทศฟิลิปปินส์เป็นประเทศแรกในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำให้บุคคลสูญหาย โดยการเกิดปัญหาการกระทำให้บุคคลสูญหายในฟิลิปปินส์มักมีสาเหตุหลักมาจากปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง ส่งผลให้ผู้มีอำนาจภายในรัฐต้องการที่จะกำจัดผู้มีความเห็นต่างทางการเมือง (ส่วนมากเป้าหมายคือนักเคลื่อนไหวทางการเมืองและสื่อมวลชน) เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยฟิลิปปินส์กำหนดความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำให้บุคคลสูญหาย⁴⁰ (Anti-Enforced or Involuntary Disappearance Act of 2012 , ต่อไปจะเรียกว่า พระราชบัญญัติฯ) นิยามการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ในมาตรา 3 (b)⁴¹ ว่า “การกระทำให้บุคคลสูญหาย หมายถึง การจับกุมคุมขัง ลักพาตัว การลิดรอนเสรีภาพอื่นที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ซึ่งได้รับมอบอำนาจ การสนับสนุนหรือให้ความยินยอมโดยปริยายจากรัฐ ตามมาด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับการลิดรอนเสรีภาพนั้นหรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลผู้ถูกทำให้สูญหาย อันทำให้บุคคลนั้นอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย” ในส่วนผู้กระทำความผิด พระราชบัญญัติฯ

³⁹ Ibid, p. 11.

⁴⁰ The Lawphil Project, “REPUBLIC ACT NO. 10353 (AN ACT DEFINING AND PENALIZING ENFORCED OR INVOLUNTARY DISAPPEARANCE)” [Online] Available from : https://lawphil.net/statutes/repacts/ra2012/ra_10353_2012.html [26 April 2023]

⁴¹ Art.3(b) of Anti-Enforced or Involuntary Disappearance Act of 2012

“Enforced or involuntary disappearance refers to the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty committed by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which places such person outside the protection of the law.”

กำหนดขยายความของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ในมาตรา 3 (a)⁴² ว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง บุคคลผู้ซึ่งได้รับมอบอำนาจตามความสามารถหรือได้รับเลือกตั้งด้วยความนิยม ได้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการในรัฐบาล ปฏิบัติหน้าที่ในรัฐบาล หรือปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในส่วนใดก็ตามในฐานะลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ หรือพนักงานราชการ ไม่ว่าระดับหรือชั้นใด” พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดให้มีโทษจำคุกสถานเดียวในมาตรา 15 แต่กำหนดให้มีโทษจำคุกหลายระดับ เช่น ตามความร้ายแรงและความเกี่ยวข้องในการกระทำ คือ การจำคุกตลอดชีวิต (reclusion perpetua) ใช้กับบุคคลผู้ลงมือกระทำให้บุคคลสูญหายโดยตรง เป็นต้น สำหรับอายุความพระราชบัญญัติฯ มาตรา 20 กำหนดให้ยังไม่เริ่มนับจนกว่าจะพบว่าผู้ถูกทำให้สูญหายยังคงมีชีวิต ซึ่งเมื่อพบตัวแล้ว อายุความ 25 ปี จะเริ่มนับในวันที่เหยื่อปรากฏตัวอีกครั้ง⁴³

3. กฎหมายไทย

ประเทศไทยได้ลงนามรับรอง ICCPED เมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2555 ซึ่งคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ได้มีมติเห็นชอบในหลักการการให้สัตยาบันต่อ ICCPED เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2559 และเมื่อวันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2560 ตามลำดับ⁴⁴ ต่อมาเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2565 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมาน และการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 (ต่อไปจะเรียกว่า “พระราชบัญญัติฯ”) โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2566 เป็นต้นไป ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “การกระทำให้บุคคลสูญหาย” ไว้โดยเฉพาะ คงกำหนดนิยามของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” และ “ควบคุมตัว” ไว้เท่านั้นในมาตรา 3 ว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า บุคคลซึ่งใช้อำนาจรัฐหรือได้รับมอบอำนาจ หรือได้รับการแต่งตั้ง อนุญาต สนับสนุน หรือยอมรับโดยตรงหรือโดยปริยาย จากผู้มีอำนาจรัฐให้ดำเนินการตามกฎหมาย และ “ควบคุมตัว” หมายความว่า การจับ

⁴² Art.3(a) of Anti-Enforced or Involuntary Disappearance Act of 2012.

“Agents of the State refer to persons who, by direct provision of the law, popular election or appointment by competent authority, shall take part in the performance of public functions in the government, or shall perform in the government or in any of its branches public duties as an employee, agent or subordinate official, of any rank or class.”

⁴³ เมธาวิ คงพิกุล. กฎหมายและมาตรการทางอาญาในกรณีเจ้าหน้าที่รัฐบังคับให้บุคคลสูญหาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556, หน้า 89-93.

⁴⁴ กระทรวงการต่างประเทศ, “พัฒนาการของไทยต่อการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย” [ออนไลน์]แหล่งที่มา : <https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bd0c715e39c3060021430?cate=5d-5bcb4e15e39c306000683d> [10 พฤษภาคม 2566]

คุมตัว ชัง กักตัว กักขัง หรือกระทำได้ด้วยประการอื่นใดในทำนองเดียวกันอันเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกายของบุคคล และกำหนดองค์ประกอบความผิดฐานนี้ไว้ในมาตรา 7 ว่า ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมตัว หรือลักพาบุคคลใด โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธว่ามีได้กระทำการดังกล่าว หรือปกปิดชะตากรรมหรือสถานที่ปรากฏตัวของบุคคลนั้นซึ่งส่งผลให้บุคคลนั้นมิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหาย โดยให้ถือเป็นความผิดต่อเนื่องจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลนั้น พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดข้อยกเว้นอย่างเด็ดขาดไว้ในมาตรา 12 ว่า พฤติการณ์พิเศษใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาวะสงครามหรือภัยคุกคามที่จะเกิดสงคราม ความไม่มั่นคงทางการเมืองภายในประเทศ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินสาธารณะอื่นใด ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดอายุความไว้ในมาตรา 30 ว่ามิให้เริ่มนับอายุความจนกว่าจะทราบชะตากรรมของผู้ถูกกระทำให้สูญหาย โดยโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานนี้ คือ โทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสามแสนบาท (มาตรา 37 วรรคหนึ่ง) และหากการกระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัส ถึงแก่ความตาย (มาตรา 37 วรรคสองและสาม) หรือเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี หญิงมีครรภ์ ผู้พิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้เพราะอายุหรือความป่วยเจ็บ (มาตรา 38) ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่หากผู้กระทำกลับใจหรือชดเชยไม่ให้เกิดการกระทำความผิด (มาตรา 39 วรรคท้าย) หรือช่วยให้มีการค้นพบผู้ถูกกระทำให้สูญหายก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา โดยผู้นั้นมิได้รับอันตรายสาหัสหรือตกอยู่ในภาวะอันใกล้จะเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือให้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในการดำเนินคดี (มาตรา 41) กฎหมายให้อำนาจศาลในการลดโทษได้ สำหรับกรณีที่การกระทำให้บุคคลสูญหายเกิดจากการกระทำหรือเกิดจากปล่อยปละละเลยของผู้บังคับบัญชา กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับบัญชามีความรับผิดชอบ เนื่องจากกฎหมายมองว่าเป็นหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการดำเนินการที่จำเป็นและเหมาะสม เพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำความผิด (มาตรา 42)

4. บทวิเคราะห์

เพื่อให้เห็นประเด็นปัญหาในการนิยามอาชญากรรมการกระทำให้บุคคลสูญหายในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ที่ยังคงไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและแนวทางของคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงเสนอประเด็นดังต่อไปนี้

4.1 ประเด็นปัญหาในการกำหนดตัวผู้กระทำความผิด

ในทางระหว่างประเทศมีปัญหาถกเถียงกันในเรื่องที่ว่าควรบัญญัติผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐเป็นผู้กระทำในความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายด้วยหรือไม่ ซึ่งตามแนวคิดดั้งเดิมของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศให้นิยามอย่างแคบว่า เฉพาะรัฐเท่านั้นที่สามารถก่ออาชญากรรมการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ แนวคิดนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับการร่างคำนิยามดั้งเดิมของการทรมานที่ได้บัญญัติไว้ในข้อ 1 ของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่มีเป้าหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ให้รัฐใช้กฎหมายอาญาภายในต่อต้านผู้กระทำความผิดขึ้น ซึ่ง ICPPED ก็ได้เดินตามแนวทางนี้เช่นเดียวกัน แต่ทั้งนี้ก็มีผู้แทนในคณะกรรมการในทางระหว่างประเทศ (ในคณะกรรมการการกฎหมายและสิทธิมนุษยชน (Committee on Legal Affairs and Human Rights) UNCHR และ PACE) เห็นว่า เครื่องมือที่ใช้จัดการกับการกระทำให้บุคคลสูญหายควรมีบทบาทในสถานการณ์บนพื้นฐานที่รัฐไม่ใช่ผู้กระทำความผิดเพียงหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป แต่ควรนิยามกว้างโดยรวมผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐไว้ในนิยามด้วย เช่น กองกำลังกึ่งทหาร หน่วยสังหาร นักสู้หัวรุนแรงต่อต้านทางการเมือง หรือกลุ่มองค์กรอาชญากรรม เนื่องจากรัฐไม่ควรมีความรับผิดชอบจากการกระทำที่ผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐเป็นผู้ก่อขึ้น ประกอบกับพฤติการณ์ของอาชญากรรมนี้ที่มีการปกปิดข้อเท็จจริงแวดล้อมของอาชญากรรมทั้งหมด จึงเป็นเรื่องยากที่จะรู้ว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดโดย “อำนาจ การสนับสนุน หรือการให้ความยินยอมของรัฐ” หรือไม่ ทั้งนี้ WGEID ก็เห็นว่า การเขียนรวมผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐอาจแสดงให้เห็นความก้าวหน้าของกฎหมายในแง่การครอบคลุมพื้นที่อาชญากรรมได้กว้างกว่า ซึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการบัญญัติความผิดฐานนี้มีเพียงธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 (Rome Statute of the International Criminal Court 1998) ที่บัญญัติรวมถึงผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐเอาไว้อย่างชัดเจนในบริบทขององค์กรฝ่ายปกครอง⁴⁵

จากการศึกษากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่ยกมาวิเคราะห์พบว่าแต่ละประเทศมีการกำหนดผู้กระทำความผิดไว้ทั้งสองแบบ โดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐเป็นผู้กระทำความผิด เช่น ประเทศกัวเตมาลา ประเทศโคลอมเบีย และประเทศเนปาล แต่ก็มีบางประเทศที่ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐไว้เช่นกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศฟิลิปปินส์

⁴⁵ United Nations Economic and Social Council, “Civil and Political Rights, Including Questions of: Disappearances and Summary Executions”, UN DOC E/CN.4/2002/71, (2002), p.31.

สำหรับประเทศไทย เพื่อให้เกิดความแตกต่างจากกฎหมายภายในของประเทศไทยในประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติความรับผิดของผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่รัฐหรือบุคคลทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับรัฐไว้แล้ว ในความผิดฐานต่าง ๆ เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดต่อเจ้าพนักงานทำร้าย หรือฆาตกรรม ฯลฯ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้ความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายยึดโยงกับผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับรัฐเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับ ICCPED แล้ว แต่ส่งผลกระทบต่อไปในเรื่องการพิสูจน์ถึงความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อองค์ประกอบความผิดคือผู้กระทำต้องมีความเกี่ยวข้องกับรัฐ หากไม่อาจพิสูจน์ถึงความเกี่ยวข้องนั้นได้ ผู้กระทำก็ควรรับโทษตามฐานความผิดเท่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้นซึ่งกำหนดโทษไว้ต่ำกว่าความร้ายแรงของอาชญากรรมประเภทนี้ ทั้งนี้ ในส่วนผู้กระทำที่เกี่ยวข้องกับรัฐ พระราชบัญญัติฯ ไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงในเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งการให้ผู้ได้บังคับบัญชากระทำให้บุคคลสูญหาย ซึ่งเป็นหลักที่กำหนดใน ข้อ 6(2) และข้อ 23(2) ของ ICCPED โดยพระราชบัญญัติฯ มีการบัญญัติไว้เพียงความรับผิดของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น The ICJ แสดงความเห็นว่าการบัญญัติให้ชัดเจนว่า ไม่ว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือคำแนะนำจากหน่วยงานของรัฐ พลเรือน ทหาร หรืออื่น ๆ ก็ไม่อาจนำมาใช้อ้างเพื่ออ้างความชอบธรรมในการกระทำให้บุคคลสูญหายได้ เพื่อไม่ให้ผู้ได้บังคับบัญชาหลีกเลี่ยงจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามาใช้เพื่อให้พ้นผิดจากการกระทำการกระทำให้สูญหายได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายมักเกิดจากการปฏิบัติตามคำสั่งทั้งสิ้น การไม่บัญญัติยืนยันไว้อาจทำให้ผู้ได้บังคับบัญชาไม่กล้าปฏิเสธในการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ผู้เขียนจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติฯ ควรนำหลักการในเรื่องนี้ระบุไว้เพิ่มเติมให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

4.2 ประเด็นปัญหาในการกำหนดเจตนา

ICCPED ไม่ได้มีการกำหนดองค์ประกอบในส่วนเจตนาในนิยามการกระทำให้บุคคลสูญหายไว้ ในกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดความผิดฐานกระทำให้บุคคลสูญหายมีเพียงธรรมนูญฉบับเดียวเท่านั้นที่มีการกำหนดในเรื่องเจตนาเอาไว้ โดยกำหนดว่า “...ด้วยเจตนาที่จะนำบุคคลเหล่านั้นออกจากการคุ้มครองของกฎหมาย...” โดยในประเด็นเรื่องเจตนา คณะกรรมการในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้เห็นพ้องต้องกัน บางส่วนเห็นว่าควรใส่เจตนาในนิยามเพื่อการกำหนดโทษ แต่บางส่วนชี้ว่ากฎหมายอาญาภายในเรียกร้องถึงการมีอยู่ของเจตนาในการก่ออาชญากรรมอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นที่จะต้องระบุเรื่องเจตนาอีก การบัญญัติเจตนาหนี้ออกจากความคุ้มครองของกฎหมายในระยะเวลายาวนานเป็นองค์ประกอบนามธรรมและเป็นผลที่ตามมาของการกระทำให้บุคคลสูญหาย (WGEID) การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ล่วงหน้าในเรื่องเจตนาส่งผลให้ยากแก่การพิสูจน์

ในทางปฏิบัติและจะทำให้เกิดข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้เพื่อต่อต้านความรับผิดชอบที่เกี่ยวโยงกับรัฐ โดยไม่ใช่ผู้กระทำความผิดทุกคนที่จะรับรู้ถึงชะตากรรมของเหยื่อในท้ายที่สุดว่าจะเป็นเช่นไร ร่างเดิมของ ICCPED ในส่วนเจตนามีถ้อยคำว่า “ด้วยเหตุนี้” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงผลต่อเนื่อง แต่ภายหลังมีการตัดข้อความออกไปจึงทำให้เกิดความกำกวมว่าเป็นผลมาจากหรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำให้สูญหายหรือไม่ (UNCHR และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Committee on Legal Affairs and Human Rights))

จากกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่นำมาศึกษาวิเคราะห์ มีบางประเทศนำเรื่องแรงจูงใจและเหตุผลในการกระทำมากำหนดเป็นองค์ประกอบความผิดได้อย่างน่าสนใจ เช่น ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ต้องมีแรงจูงใจทางการเมือง หลักปรัชญา เชื้อชาติหรือแรงขับเคลื่อนทางศาสนา (ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 212-1) ประเทศกัวเตมาลากำหนดว่า กระทำให้บุคคลสูญหายด้วยเหตุผลทางการเมือง กรณีไม่มีแรงจูงใจทางการเมือง แต่เมื่อได้กระทำโดยตำแหน่งในขณะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกองกำลังรักษาความมั่นคงของรัฐ ปฏิบัติหน้าที่โดยพลการหรือข่มเหงหรือใช้กำลังบังคับเกินกว่าเหตุ หรือเป็นสมาชิกของกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นโดยประกอบด้วยผู้ก่อการร้าย ผู้ก่อความไม่สงบ โดยมีวัตถุประสงค์ในการล้มล้าง หรือวัตถุประสงค์ทางอาญาอื่นใด (ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐกัวเตมาลา มาตรา 201 ตรี)

พระราชบัญญัติฯ ของไทยไม่ได้กำหนดในเรื่องเจตนาเอาไว้ในนิยามของความผิดในการกระทำให้บุคคลสูญหาย แต่บัญญัติในลักษณะของผลที่เกิดขึ้นตามมาในภายหลัง ในถ้อยคำว่า “...ส่งผลให้บุคคลนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย...” ซึ่งการบัญญัติในส่วนนี้ไม่ได้ขัดหรือแย้งกับ ICCPED ที่ไม่ได้บัญญัติในส่วนเจตนาเอาไว้ เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในวงกว้างจึงมีข้อจำกัดในการใช้ถ้อยคำและยากที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมทุกบริบทของทุกประเทศทั่วโลก จึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศภาคีในขั้นตอนการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในได้มีการปรับถ้อยคำให้ใช้บังคับให้เข้ากับปัญหาอาชญากรรมและบริบทของสังคมของประเทศนั้น ๆ ซึ่งเมื่อสังเกตปัญหาอาชญากรรมและบริบทของสังคมของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าคดีคนหายหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายส่วนใหญ่เกิดจากปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองหรือต่อต้านรัฐบาลเป็นสำคัญ หากฝ่ายผู้กระทำเป็นรัฐบาลมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับรัฐ ได้รับการเอื้อหนุนทั้งทรัพยากร บุคลากร และมีอำนาจเหนือบุคคลซึ่งเป็นพลเมืองหรือประชากรของรัฐ ย่อมทำให้การนำบุคคลผู้เห็นแย้งหรือต่อต้านออกจากสังคมเป็นสิ่งที่กระทำได้ง่ายต่อการปกปิดการกระทำของตน ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินคดีของอาชญากรรมประเภทนี้มีแนวทางที่ชัดเจน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรบัญญัติในส่วนแรงจูงใจและเหตุผลของการกระทำด้วยดังเช่นในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศกัวเตมาลา

4.3 ประเด็นปัญหาในการกำหนดวิธีการที่ใช้ในกระทำ

ICPPED บัญญัติวิธีการที่ใช้ในการกระทำให้บุคคลสูญหายว่า “การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ที่เป็นการลิดรอนเสรีภาพ” โดยคณะกรรมการในทางระหว่างประเทศที่ให้ความเห็นในส่วนนี้ (UNCHR) เห็นว่าควรใช้รูปแบบที่แน่นอนในการจำกัดเสรีภาพ เช่น การจับกุม ค่อมขัง และลักพาตัว และจำเป็นที่จะต้องรักษาถ้อยคำที่เปิดกว้าง คือ การจำกัดเสรีภาพในรูปแบบอื่นใดเอาไว้ด้วย พระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทยในมาตรา 7 ประกอบมาตรา 3 ที่ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำ “ควบคุมตัว (หมายความว่า การจับ ค่อมขัง กักตัว กักขัง หรือกระทำด้วยประการอื่นใดในทำนองเดียวกันอันเป็นการจำกัดเสรีภาพในร่างกายของบุคคล) หรือลักพา” จึงสอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศและคณะกรรมการในทางระหว่างประเทศแล้ว โดยมีประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศเนปาลหลังปี ค.ศ. 2018 ที่บัญญัติตามแนวทางนี้ ส่วนประเทศฝรั่งเศสจะใช้ถ้อยคำระบุถึงวิธีการเฉพาะเจาะจงอย่างเดียว “การลักพาตัว” และประเทศกัวเตมาลา และประเทศโคลอมเบียจะใช้ถ้อยคำกว้างโดยไม่ระบุวิธีการเฉพาะเจาะจง “การลิดรอนเสรีภาพ ไม่ว่าในทางใด” หรือ “การจำกัดเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่ว่าด้วยวิธีใดก็ตาม” ตามลำดับ แต่ทั้งนี้เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ “ควบคุมตัวหรือลักพาตัว” อาจยังไม่ชัดเจนเพียงพอว่าเฉพาะการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างเดียวเท่านั้นหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับความเห็นของ WGEID ที่เห็นว่าการกระทำให้บุคคลสูญหายอาจเริ่มต้นจากการควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการจับกุมหรือการควบคุมตัวโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ แต่ต้องเป็นการกระทำความผิดอาญาซึ่งขัดกับเจตจำนงของเหยื่อ หรือเป็นการกระทำอันเป็นการลิดรอนเสรีภาพไม่ว่ารูปแบบใดก็ตาม โดยไม่จำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นการลิดรอนเสรีภาพที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เพื่อความชัดเจนและไม่เกิดประเด็นการตีความ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรระบุถ้อยคำว่า “ไม่ว่าได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม” เพิ่มเติมหลังถ้อยคำ “ควบคุมตัวหรือลักพาตัว”

4.4 ประเด็นปัญหาในการกำหนดช่วงระยะเวลาในการสูญหาย (the Question of prolonged period of time)

ระยะเวลาแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ระยะเวลาที่นำมาใช้กำหนดเป็นองค์ประกอบความผิด และระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีอาญาหรืออายุความ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) ระยะเวลาที่นำมาใช้กำหนดเป็นองค์ประกอบความผิด ประเด็นเรื่องระยะเวลาในทางทฤษฎีอาจเป็นไปได้ที่จะใช้องค์ประกอบนี้ในฐานะแง่มุมสำคัญของนิยาม แต่ปัญหาก็คือนิยามในลักษณะดังกล่าวไม่สามารถบอกว่าจะเกิดผลเสียมากเท่าๆ กับผลดีหรือไม่ ระยะเวลาสั้นยาวย่อมส่งผลถึงการแยกแยะความแตกต่างของการคุมขังประเภทอื่น เช่น การคุมขังตามอำเภอใจ

(arbitrary detention) จึงสุ่มเสี่ยงที่จะบ่อนทำลายข้อความคิดโดยทั่วไปของการคุมขังแต่ละประเภทไปเป็นเพียงเรื่องที่ขึ้นอยู่กับสาระสำคัญในเรื่องของจำนวนวัน⁴⁶ ในกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้มีการบัญญัตินิยามของการกระทำให้บุคคลสูญหายมีเพียงธรรมนูญฯ เท่านั้น ที่มีการกำหนดองค์ประกอบในเรื่องระยะเวลาเอาไว้ โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาในการกำจัดบุคคลให้พ้นจากการคุ้มครองของกฎหมาย “เป็นระยะเวลายาวนานติดต่อกัน” เพื่อให้เวลาผ่านไปประยะหนึ่งในระหว่างการจับกุมและการแจ้งเตือนการกักขัง ซึ่งมีผู้คัดค้านและโต้แย้งว่าการหายตัวไปเริ่มต้นตั้งแต่วันที่ที่เหยื่อถูกลักพาตัวและจะไม่เป็นประโยชน์ต่อนิยามที่จะใส่ถ้อยคำที่คลุมเครือเช่นนั้นลงไปด้วย เป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องให้ความสำคัญเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องและหน่วยงานตรวจสอบระดับชาติและระดับนานาชาติที่สามารถในการแทรกแซงทันทีที่การลิดรอนเสรีภาพเริ่มขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องรอรระยะเวลาหนึ่งได้ล่วงหน้า⁴⁷ WGEID ก็เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเวลาว่าบุคคลที่ถูกสันนิษฐานว่าถูกคุมขังจะถูกพิจารณาว่าเป็นบุคคลสูญหายเมื่อผ่านไปแล้วเป็นระยะเวลาเท่าใด โดยไม่ว่าการคุมขังมีระยะเวลาสั้นยาวเท่าใด หากผู้ถูกคุมขังไม่ได้รับการกล่าวโทษเพื่อให้ถูกนำตัวขึ้นสู่ศาลก็เป็นการละเมิดต่อปฏิญญาฯ ได้

นิยามในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติฯ ไม่มีองค์ประกอบในเรื่องระยะเวลากำหนดไว้ โดยกำหนดให้การกระทำความผิดให้บุคคลสูญหายถือเป็นความผิดต่อเนื่องจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลนั้น ซึ่งเป็นการบัญญัติที่สอดคล้องกับ ICCPED โดยคำนึงถึงธรรมชาติของการกระทำให้บุคคลสูญหายแล้ว ทั้งนี้ WGEID เห็นว่า อาชญากรรมการกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นความผิดที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยไม่อาจแบ่งแยก ดังนั้น สำหรับการกระทำให้บุคคลสูญหายที่เกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ก่อนวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2566 ซึ่งในปัจจุบันยังไม่อาจทราบชะตากรรมหรือที่อยู่ของผู้ถูกทำให้สูญหาย พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดบทเฉพาะกาลในมาตรา 43 ประกอบมาตรา 10 ให้ดำเนินการสืบสวนจนกว่าจะพบบุคคลซึ่งถูกกระทำให้สูญหายหรือปรากฏหลักฐานอันน่าเชื่อว่าบุคคลนั้นถึงแก่ความตายและทราบรายละเอียดของการกระทำ ความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เพื่อค้นหาความจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์การสูญหาย ส่วนการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดจะกระทำได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า ชะตากรรมของผู้สูญหายได้ปรากฏขึ้นแล้วหรือมีการเปิดเผยการกระทำความผิดโดยผู้กระทำความผิดหรือบุคคล

⁴⁶ Rodley Nigel S. and Pollard, *The treatment of prisoners under international law.*, p.332.

⁴⁷ United Nations, “Report of the Intersessional Open-Ended Working Group to Elaborate a Draft Legally Binding Normative Instrument for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance” [Online] Available from : <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FCN.4%2F2004%2F59&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> [10 May 2023], paras 22-23.

อื่นแล้วหรือไม่ ถ้ายังไม่มีข้อเท็จจริงข้างต้น การกระทำให้บุคคลสูญหายแม้จะเกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับก็ถือเป็นอาชญากรรมต่อเนื่องที่สามารถนำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ นี้มาใช้ได้ แต่หากมีข้อเท็จจริงข้างต้นปรากฏแล้วย่อมไม่อาจดำเนินคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากเมื่อปรากฏชะตากรรมของผู้สูญหาย หรือผู้กระทำความผิดได้เปิดเผยหรือยอมรับผิดว่าเป็นผู้กระทำให้บุคคลสูญหาย หรือมีการปล่อยตัวผู้ถูกทำให้สูญหายออกจากที่คุมขังอันทำให้ชะตากรรมของผู้ถูกทำให้สูญหายปรากฏ ย่อมทำให้อาชญากรรมสิ้นสุดลงหรือความผิดสำเร็จแล้ว จึงไม่อาจใช้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับภายหลังที่ความผิดเกิดขึ้นแล้วย้อนไปลงโทษผู้กระทำได้ อันจะขัดกับหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen, nulla poena sine lege)

(2) ระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีอาญาหรืออายุความ WGEID และ UNCHR เห็นว่า ในทางระหว่างประเทศไม่มีการนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความมาใช้บังคับกับอาชญากรรมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งโดยมากเป็นอาชญากรรมที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงหรืออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ (crime against humanity) รวมถึงการกระทำให้บุคคลสูญหายด้วย โดยหากจะมีการกำหนดอายุความไว้เฉพาะ WGEID เห็นว่าต้องแน่ใจว่าอายุความต้องเป็นระยะเวลายาวนานและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด และเริ่มต้นในขณะที่มีความผิดในการกระทำให้สูญหายสิ้นสุดลงแล้ว กล่าวคือ ให้อายุความเริ่มนับเมื่อความผิดเสร็จสิ้นแล้วและพบตัวบุคคล⁴⁸ โดยในส่วนจำนวนระยะเวลาที่แน่นอน คณะกรรมการชุดต่าง ๆ ไม่ได้ให้ความเห็นที่ชัดเจนไว้ว่าต้องมีกำหนดเท่าใด จึงจะเป็นระยะเวลายาวนานและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด แต่ทั้งนี้ สิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นสำคัญคือลักษณะที่เป็นความผิดต่อเนื่องของการกระทำให้บุคคลสูญหาย จึงไม่สามารถให้อายุความเริ่มนับก่อนที่ความผิดจะสิ้นสุดลงได้ สำหรับการกำหนดอายุความในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้อย่างหลากหลาย เช่น ประเทศโคลอมเบียกำหนดอายุความ 30 ปี นับแต่กระทำความผิดครั้งสุดท้าย ประเทศฟิลิปปินส์กำหนดอายุความ 25 ปี นับแต่วันที่ยื่นข้อกล่าวหาว่ามีชีวิตอีกครั้ง แต่พระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทยไม่ได้

⁴⁸ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, “General Comment on the definition of enforced disappearance” [Online] Available from : https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf, p. 15-19 และ General Assembly, “IMPLEMENTATION OF GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 60/251 OF 15 MARCH 2006 ENTITLED “HUMAN RIGHTS COUNCIL” [Online] Available from : <https://digitallibrary.un.org/record/594725?ln=en> [10 May 2023], para 26 และ United Nations, “CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, INCLUDING QUESTIONS OF: DISAPPEARANCES AND SUMMARY EXECUTIONS” [Online] Available from : <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FCN.4%2F2002%2F71&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> [10 May 2023], para 70.

กำหนดอายุความเฉพาะเอาไว้จึงใช้อายุความทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 95⁴⁹) โดยพิจารณาจากโทษที่กำหนดสำหรับความผิด ซึ่งพระราชบัญญัติฯ กำหนดโทษไว้ในมาตรา 37 – 42 ขึ้นอยู่กับประเภทของผู้กระทำ สำหรับผู้กระทำให้บุคคลสูญหายมีระวางโทษตั้งแต่ 5 -15 ปี ซึ่งมีกำหนดอายุความในการดำเนินคดีอาญา 10 ปี และ 15 ปี และในกรณีที่การกระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษ 25 – 30 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งจะมีอายุความในการดำเนินคดีอาญาได้ 20 ปี อันเป็นอายุความที่ยาวที่สุด ในประเด็นเรื่องกำหนดอายุความพระราชบัญญัติฯ จึงกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว แต่เมื่อพระราชบัญญัติฯ ไม่ได้กำหนดอายุความโดยเฉพาะไว้ แต่กำหนดอายุความทั่วไปโดยยึดโยงกับอัตราโทษ ซึ่งในส่วนอัตราโทษWGEID กล่าวว่าโทษจำคุก 25 – 40 ปี เป็นโทษที่สอดคล้องกับข้อกำหนดในเรื่อง “ความเหมาะสม” ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการเพิ่มโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดเป็นขั้นต่ำ 25 – 40 ปี ซึ่งจะส่งผลให้อายุความสูงขึ้นเป็น 20 ปี

4.5 ประเด็นปัญหาในการสันนิษฐานว่าเหยื่อเสียชีวิตแล้ว

ประเด็นนี้เป็นสถานการณ์ที่มักเกิดขึ้นในการกระทำให้บุคคลสูญหาย บุคคลที่ถูกกระทำให้สูญหายมักเสียชีวิตแล้วและอยู่ภายใต้การคุมขัง พวกเขาคือเหยื่อจากการละเมิดต่อสิทธิในชีวิตโดยลับ หากนำประเด็นในเรื่องนี้มาพิจารณาในการกำหนดนิยามจะพบอุปสรรคใหญ่ๆ⁵⁰ กล่าวคือการสันนิษฐานว่าเหยื่อเสียชีวิตเป็นการปลดเปลื้องภาระความรับผิดชอบของรัฐในการให้คำอธิบายต่อสาเหตุการเสียชีวิตของผู้ถูกทำให้สูญหายหรือสถานะความเป็นตายร้ายดีของผู้ถูกทำให้สูญหาย แม้ว่าอาจเป็นลดแรงจูงใจที่ทำให้รัฐไม่ฆ่าผู้ถูกทำให้สูญหายและนำเหยื่อกลับมาแบบมีชีวิต แต่ผลในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐจะไม่ได้รุนแรงเท่ากับกระทำโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย (an extra-legal execution) ซึ่งมีโทษประหารชีวิต และอาจไม่ค่อยเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการสันนิษฐานว่าผู้ถูกทำให้สูญหายเสียชีวิตแล้วอาจไม่ใช่เรื่องจริงเสียทั้งหมด พบว่ามี

⁴⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 “ในคดีอาญา ถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมาศาลภายในกำหนดดังต่อไปนี้ นับแต่วันกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ

- (1) ยี่สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี
- (2) สิบห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี
- (3) สิบปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี
- (4) ห้าปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกกว่าหนึ่งเดือนถึงหนึ่งปี
- (5) หนึ่งปี สำหรับความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนลงมา หรือต้องระวางโทษอย่างอื่น

ถ้าได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมาศาลแล้ว ผู้กระทำความผิดหลบหนีหรือวิกลจริต และศาลสั่งงดการพิจารณาไว้จนเกินกำหนดดังกล่าวแล้วนับแต่วันที่หลบหนีหรือวันที่ศาลสั่งงดการพิจารณา ก็ให้ถือว่าเป็นอันขาดอายุความเช่นเดียวกัน.”

⁵⁰ Rodley Nigel S. and Pollard, *The treatment of prisoners under international law*, p.333.

อย่างน้อยหนึ่งเหตุการณ์ที่มีผู้ถูกทำให้สูญหายจำนวนมากกลับมามีชีวิตอีกครั้งหลังผ่านไปแล้วเป็นเวลากว่า 18 ปี (ในกรณีนักโทษจำนวนมากถูกปล่อยตัวในปี 1991 หลังถูกบังคับให้สูญหายในโมร็อกโก ในปี 1973 เช่น พี่น้อง Bourequat, ชาวฝรั่งเศส, ที่ถูกคุมขังในป้อมปราการทะเลทรายอย่างลับๆ (Tazmamert) ตั้งแต่ปี 1981⁵¹) ในเรื่องนี้ WGEID เคยมีเพียงแนวทางการทำงานว่าในกรณีที่เหยื่อเสียชีวิตแล้ว WGEID จะไม่รับผิดชอบเพื่อส่งต่อไปยังรัฐบาลที่เกี่ยวข้องในทันที แต่จะดำเนินการต่อเมื่อมีการระบุที่อยู่ของบุคคลที่หายตัวไปอย่างชัดเจนโดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีชีวิตอยู่หรือเสียชีวิตเท่านั้น

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่นำมาศึกษา ได้กำหนดปัจจัยในเรื่องการตายของเหยื่อมาเป็นประเด็นในการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นเท่านั้น เช่น ในกรณีของประเทศกัวเตมาลา และโคลอมเบีย นอกจากจะกำหนดในเรื่องการตายของเหยื่อแล้ว ยังนำประเด็นกรณีได้รับอันตรายสาหัสหรือได้รับการกระทบกระเทือนทางจิตหรือได้รับความเสียหายทางจิตใจถาวร (ประเทศกัวเตมาลา) การทำต่อผู้หญิงหรือเด็ก กระทำต่อผู้ที่ถูกบังคับให้สูญหาย ทำโดยใช้พาหนะ อาคร อารุธยุทธภัณฑ์ อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งของของรัฐบาล (ประเทศเนปาล) มาเป็นเหตุเพิ่มโทษด้วย

สำหรับพระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทยไม่ได้นำเรื่องการตายมาบัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดแต่บัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษเช่นเดียวกันกับประเทศอื่น ๆ ในมาตรา 37 และกรณีกระทำแก่บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี หญิงมีครรภ์ ผู้พิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือผู้ซึ่งพึ่งตนเองไม่ได้ เพราะอายุหรือความป่วยเจ็บ (มาตรา 38) ซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยใช้พาหนะ อาคร อารุธยุทธภัณฑ์ อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งของของรัฐบาลเป็นเหตุเพิ่มโทษด้วย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจความสะดวกและข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชนภายในรัฐอยู่ในความครอบครอง การเข้าถึงและการใช้งานจึงสามารถกระทำได้อย่างอิสระ จึงส่งผลให้การกระทำความผิดสำเร็จลุล่วงและบรรลุผลได้อย่างง่ายดายและสะดวกมากกว่าบุคคลทั่วไปเป็นผู้กระทำ

4.6 ประเด็นปัญหาในการกำหนดเหตุยกเว้นโทษหรือยกเว้นความผิด

การกระทำให้บุคคลสูญหายเป็นประเด็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่กระทบต่อหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีมายาวนานแล้ว ซึ่งในทางระหว่างประเทศได้เรียกร้องให้ทุกประเทศมีมาตรการเพื่อคุ้มครองประชากรโลกจากการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ซึ่งสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The

⁵¹ Amnesty International, *Amnesty International report 1992* (London, United Kingdom)., p.191.

Universal Declaration of Human Rights 1948)⁵² และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)⁵³ เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในชีวิต เสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกระทำการทรมานหรือกระทำการหรือลงโทษด้วยประการอื่นใดที่รุนแรง ไร้มนุษยธรรม หรือเป็นการลดคุณค่าของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกจับกุมหรือกักขังโดยพลการ สิทธิในฐานะบุคคลต่อหน้ากฎหมาย ฯลฯ ซึ่งจัดเป็นหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาดที่มีอาจจะละเมิดได้หรือมีค่าบังคับเหนือกฎหมายระหว่างประเทศทั้งปวง ที่เรียกว่า “Jus Cogens” อันถือเป็นหลักสากลที่มีค่าบังคับสูงสุดและผูกพันนานาประเทศ⁵⁴ โดยในกฎหมายระหว่างประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นให้สามารถละเมิดสิทธิบางประการได้ในกรณีเวลาหรือสถานการณ์ฉุกเฉินโดยไม่จำเป็นต้องมีการขออนุญาตเสียก่อน ซึ่งบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคลอาจจะกำหนดข้อยกเว้นเช่นนี้ได้เช่นกัน เช่น ในข้อ 9 วรรค 2 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้กำหนดให้สามารถดำเนินการจับกุมบุคคลได้อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล แต่ต้องมีการแสดงเหตุผลของการจับกุมในเวลาจับกุมเสียก่อน (ต้องดำเนินการภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้แน่นอน) แต่ทั้งนี้จะไม่สามารถทำการละเมิดสิทธิ (ทำตามข้อยกเว้น) ได้หากสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคลทั้งหมดถูกทำให้ไร้ค่าเสียแล้ว แต่สำหรับสิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิที่ไม่อาจจะละเมิดได้ (Non-derogable right) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปมองว่าเป็นภาระในทางหนึ่งสากลที่ไม่ว่ารัฐนั้น ๆ จะเป็นภาคีในอนุสัญญาที่บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้หรือไม่ก็ตามต้องมีภาระในหนึ่งสากลนั้น ข้อยกเว้นภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) อาจไม่ได้กำหนดรายการสิทธิเด็ดขาดเอาไว้โดยเฉพาะ โดยในข้อ 4 ของกติกาฯ บัญญัติว่า รัฐต้องไม่กำหนดข้อยกเว้นในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือแบบแผนเด็ดขาดของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ผ่านการละเมิดสิทธิในเสรีภาพตามอำเภอใจ และศาลโลกก็ได้

⁵² The Universal Declaration of Human Rights 1948 (UDHR) [Online] Available from : <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [22 May 2023] (the provisions in particular article 3,5,9,10 and 11).

⁵³ International Covenant on Civil and Political Rights 1966 [Online] Available from : <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> [22 May 2023] (the provisions in particular article 6, 7, 9 and 10).

⁵⁴ ปณิษฐ์ ปทุมวัฒน์, “หลักสากล : มิติทางกฎหมายภายใต้โลกาภิวัตน์ (Universal Principles : Legal Aspect and Globalization)” [Online] Available from :

https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/13win/win74.pdf. [22 May 2023]

บรรยายในคดีว่าหนึ่งในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศคือการละเมิดต่อสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล รวมถึงในกฎหมาย The Restatement (Third) of Foreign Relations Law ของประเทศอเมริกาได้บัญญัติว่า การคุมขังตามอำเภอใจเป็นระยะเวลายาวนานเป็นการละเมิดต่อกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ดังนั้น สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคลอาจจะดูเหมือนเป็นกฎเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหนึ่งในสิทธิที่อาจถูกจำกัดได้ในเวลาสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวมักมีขอบเขตจำกัดเฉพาะในกรณีเหตุการณ์จำเป็นหรือเร่งด่วนเท่านั้น ซึ่งสำหรับการคุมขังบุคคลในที่ลับหรือการกระทำให้บุคคลสูญหายย่อมไม่สามารถกระทำได้เลยไม่ว่าในสถานการณ์ใด โดยในข้อ 7 ของปฏิญญาต่อต้านการกระทำให้สูญหาย (declaration against enforced disappearance) และข้อ 1 ของ ICPPED ได้รับรองว่าไม่มีสถานการณ์พิเศษใด ไม่ว่าจะเป็นการขัดกันทางอาวุธ สถานการณ์ฉุกเฉินภายในรัฐ สถานการณ์ความขัดแย้งภายในหรือการรุกรานก็ไม่เป็นเหตุให้สามารถกระทำการทำให้สูญหายโดยบังคับหรือไม่สมัครใจได้⁵⁵ สำหรับในพระราชบัญญัติฯ กำหนดข้อยกเว้นอย่างเด็ดขาดไว้ในมาตรา 12 ได้บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องกับแนวทางของข้อ 1 ของ ICPPED แล้ว

นอกจากประเด็นที่ได้กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติฯ ของประเทศไทยควรบัญญัติเรื่องอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติไว้ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย WGEID เห็นว่า การละเลยไม่บัญญัติเท่ากับเป็นการไม่สร้างความรับผิดชอบทางอาญาหรือลงโทษการกระทำให้บุคคลสูญหายอย่างเป็นระบบหรืออย่างกว้างขวางในฐานะอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติตามกฎหมายระหว่างประเทศ และ The ICJ ได้เสนอแนะให้มีการบัญญัติในกฎหมายภายในของรัฐให้การกระทำให้บุคคลสูญหายอย่างเป็นระบบเป็นอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติในกฎหมายอาญา รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการสืบสวน การดำเนินคดีและมาตรการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า แม้ว่า ICPPED จะได้กำหนดให้การกระทำให้บุคคลสูญหายที่ได้กระทำอย่างเป็นระบบหรือกว้างขวางเป็นความผิดต่อมวลมนุษยชาติ และมีผลตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกโดยการให้สัตยาบันในธรรมนูญฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดบทบัญญัติและมาตรการในการดำเนินการต่อความผิดต่อมวลมนุษยชาติ (รวมถึงการกระทำให้บุคคลสูญหายด้วย ในข้อ 7 ของธรรมนูญฯ) โดยประเทศไทยเพียงแต่ลงนามในธรรมนูญฯ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543)⁵⁶

⁵⁵ Rodley Nigel S. and Pollard, The treatment of prisoners under international law., p.344-347.

⁵⁶ United Nation Treaty Collection, “10. Rome Statute of the International Criminal Court Rome, 17 July 1998” [Online] Available from : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-VIII-10&chapter=18&clang=_en [10 July 2023]

ซึ่งการลงนามเป็นเพียงการแสดงเจตจำนงค์ทางการเมืองโดยยังไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายต่อประเทศไทย ดังนั้น ข้อเสนอในส่วนนี้จำเป็นที่จะต้องพิจารณาแนวทางปฏิบัติในการดำเนินการในทางระหว่างประเทศของประเทศไทยต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมร่วมด้วยว่า หากในอนาคตประเทศไทยประสงค์ที่จะให้สัตยาบันในธรรมนูญฯ จึงสามารถบัญญัติข้อเสนอนี้เพิ่มเติมในพระราชบัญญัติฯ ได้

5. ผลการวิจัย

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ส่วนใหญ่บัญญัติองค์ประกอบความผิดในการกระทำทำให้บุคคลสูญหายเอาไว้ได้สอดคล้องกับ ICCPED ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบในการร่างของประเทศไทยแล้ว แต่ทั้งนี้ เพื่อความชัดเจนสมบูรณ์ ครอบคลุมบริบทของการกระทำความผิดในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย และสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและความเห็นของคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. 2565 ดังนี้

5.1 เพิ่มเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ให้กระทำทำให้บุคคลสูญหายเพื่อให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบและเข้าใจว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือคำแนะนำจากหน่วยงานของรัฐ พลเรือน ทหาร หรืออื่น ๆ ก็ไม่อาจนำมาใช้อ้างเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย และเพื่อให้ผู้ใต้บังคับบัญชาหลักป้องกันจากการปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชามาใช้เพื่อให้พ้นผิดจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหายได้

5.2 เพิ่มเรื่องแรงจูงใจหรือเหตุผลในการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เพื่อให้การดำเนินคดีมีแนวทางที่ชัดเจน เนื่องจากปัญหาอาชญากรรมโดยเฉพาะคดีคนหายหรือการกระทำทำให้บุคคลสูญหายประเทศไทยส่วนใหญ่เกิดจากปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองหรือต่อต้านรัฐบาลเป็นสำคัญ

5.3 ขยายความวิธีการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย เพิ่มเติมถ้อยคำ “ไม่ว่าได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม” ภายหลังวิธีการ “ควบคุมตัวหรือลักพาตัวบุคคลใด” เพื่อให้เกิดความชัดเจน ไม่มีประเด็นตีความ เนื่องจากการกระทำทำให้บุคคลสูญหายอาจเริ่มต้นจากการควบคุมตัวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการจับกุมหรือการควบคุมตัวโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้

5.4 กำหนดอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดใหม่เป็นโทษจำคุก 25 – 40 ปี ซึ่งจะส่งผลให้อายุความของความผิดฐานนี้สูงขึ้นเป็น 20 ปี

5.5 เพิ่มเหตุเพิ่มโทษกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยใช้พาหนะ อาคร อาวุธยุทโธปกรณ์ อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งของของรัฐบาล เพื่อยับยั้งไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ ความผิด

5.6 เพิ่มความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ ในเงื่อนไขที่ว่าแนวปฏิบัติในการ ดำเนินการในทางระหว่างประเทศของประเทศไทยประสงค์ที่จะให้สัตยาบันในธรรมนูญฯ จึงสามารถ บัญญัติข้อเสนอนี้เพิ่มเติมในพระราชบัญญัติฯ ได้

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลล์ของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลล์ส่วนตัวหรืออีเมลล์ของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 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=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 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 กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ 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=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

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 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. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่สื่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
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 อุตวิสัย 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.