



วารสารวิชาการ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๑ มิถุนายน - พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ISSN 2286 - 6965

Vol.5 No.1 (June 2014 - November 2014)

บทความวิชาการ

สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย

ปัญญา อุดชาชน

กฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

: ศึกษากรณีความรับผิดของผู้จัดหาเลื่อยยนต์

เอมอมรา กฤษณะโลม

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน

: ศึกษาความเหมาะสมและผลกระทบทางกฎหมายในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบัน

รัชต์ บุราทร และวริยา ล้ำเลิศ

โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising? แข่งขัน หรือ หลอกลวง)

ลักกพันธุ์ จิตรจง และภัทรพร เย็นบุตร

ข้อสังเกตบางประการในการคุ้มครองงานดนตรีกรรม

ภัทรพร เย็นบุตร

มูลเหตุการกระทำผิดของแฟรงค์ วิลเลียม อบานเอนในมุมมองเชิงอาญาวิทยา

วุฒิชัย เต็งพงศธร

International Legal Regime of the Deep Seabed Mineral Resources Exploration

Peerapon Jaderojananont



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๑ (มิถุนายน - พฤศจิกายน ๒๕๕๗) ISSN 2286-6965

Vol.5 No.1 (June 2014 - November 2014)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ตำบลบางโคลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ ๑๖๙๐ โทรสาร ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๙

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ ไชวโกลกุล

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

อาจารย์พรพล เจตโรจนานนท์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรษา สิงห์สงบ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวิธ กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยันตร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

อาจารย์ภัทรวดี ยั่งยืน

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยนเรศวร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรียญกษาปณ์

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอัครา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ (มิถุนายน - พฤศจิกายน และ ธันวาคม - พฤษภาคม)

พิมพ์ที่

บริษัท จามจุรีโปรดักส์ จำกัด ๒๖ ถนนพระรามที่ ๒ ซอย ๘๓ แขวงสามยุค เขตบางขุนเทียน กรุงเทพฯ ๑๐๑๕๐ โทร. ๐๘๑-๘๑๒-๓๖๙๔, ๐๒-๔๑๕-๘๓๒๐ - ๑



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบความวารสารวิชาการ (Peer review)

ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส

สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ ดร.กิจบดี ก้องเบญจกุล

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ





สารบัญ

บทความวิชาการ

สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย ปัญหา อุดชาชน	๑
กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย: ศึกษากรณีความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือกมนุษย์ เอมอมรา กฤษณะโสม	๓๓
อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่า สำหรับคนงานทำงานบ้าน: ศึกษาความเหมาะสมและผลกระทบทางกฎหมาย ในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบัน รัชต์ บุราทร และ วริยา ล้ำเลิศ	๕๐
โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) แข่งขัน หรือ หลอกลวง ? ลักกพันธุ์ จิตรจง และ ภัทรพร เย็นบุตร	๖๑
ข้อสังเกตบางประการในการคุ้มครองงานดนตรีกรรม ภัทรพร เย็นบุตร	๗๐
มูลเหตุการกระทำความผิดของแฟรงค์ วิลเลียม อบาเนล ในมุมมองเชิงอาชญาวิทยา วุฒิชัย เต็งพงศธร	๘๗
International Legal Regime of the Deep Seabed Mineral Resources Exploration Peerapon Jaderojananont	๑๐๐



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เป็นปีที่ ๕ ฉบับที่ ๑ ปีการศึกษา ๒๕๕๗ ประจำเดือนมิถุนายน - พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ซึ่งคณะได้จัดทำขึ้นเพื่อรวบรวมบทความที่เป็นผลงานสร้างสรรค์ด้านวิชาการของคณาจารย์ประจำ อีกทั้งยังได้รับความอนุเคราะห์บทความด้านกฎหมายจากผู้ทรงคุณวุฒิ และบุคคลภายนอกผู้ที่มีความประสงค์จะร่วมเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมาย โดยภายในวารสารฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความที่มีเนื้อหาสาระน่าสนใจเช่นเดิม และยังมีบทความวิชาการอื่น ๆ อีกมากมาย อาทิ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับงานดนตรีกรรม ซึ่งเป็นประเด็นที่แพร่หลายในยุคปัจจุบัน และยังมีความเกี่ยวข้องกันอย่างน่าสนใจอีกด้วย เพื่อมุ่งพิทักษ์สิทธิในความคิดสร้างสรรค์ของนักดนตรี บทความเกี่ยวกับความรับผิดชอบในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งหยิบเอาประเด็นเรื่อง เลือดมนุษย์ ในฐานะสินค้าอย่างหนึ่งมาใช้เป็นกรณีศึกษา นอกจากนี้ ยังมีบทความด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นบทความที่ให้ความรู้เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของพลเมืองชาวอเมริกัน ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการประกันสิทธิเสรีภาพอย่างไร จึงได้ถูกขนานนามว่าเป็นดินแดนแห่งเสรีภาพ เป็นต้น

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณท่านผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ ที่ให้การสนับสนุนบทความมาโดยตลอดและขอขอบคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ ในโอกาสนี้ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ จึงขอเชิญชวนท่านที่สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไป เพื่อเป็นการพัฒนางานวิชาการด้านนิติศาสตร์ และแบ่งปันเผยแพร่ความรู้สู่สังคม อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งทางคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ โดยสามารถติดต่อได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ หรือ ๑๖๙๐

พิรพล เจตโรจนานนท์
บรรณาธิการ



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๑ (มิถุนายน - พฤศจิกายน ๒๕๕๗) ISSN 2286-6965
Vol.5 No. 1 (June 2014 - November 2014)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ตำบลบางโคลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ ๑๖๙๐ โทรสาร ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๙

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

อาจารย์พิรพล เจตโรจนานนท์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวิทย์ กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยันต์ เพ็ชฌไพลิน

อาจารย์ภัทรวดี ยั่งยืน

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยนครสวรรค์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรียญกษาปณ์

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ (มิถุนายน - พฤศจิกายน และ ธันวาคม - พฤษภาคม)



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบความวารสารวิชาการ (Peer review)

ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส

สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ ดร.กิลบดี ก้องเบญจกุล

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ทัชชฌัย ทองอุไร

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ





สารบัญ

บทความวิชาการ

สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย ปัญญา อุดชาชน	๑
กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย: ศึกษากรณีความรับผิดชอบของผู้จัดหาเล็ดมนุษย์ เอมอมรา กฤษณะโลม	๓๓
อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ ๑๘๘ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่า สำหรับคนงานทำงานบ้าน: ศึกษาความเหมาะสมและผลกระทบทางกฎหมาย ในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบัน รัชต์ บุราทร และ วริยา ล้ำเลิศ	๕๐
โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) แข่งขัน หรือ หลอกลวง ? สัณณิษฐ์ จิตตรง และ ภัทรพร เย็นบุตร	๖๑
ข้อสังเกตบางประการในการคุ้มครองงานดนตรีกรรม ภัทรพร เย็นบุตร	๗๐
มูลเหตุการกระทำความผิดของแฟรงค์ วิลเลียม อบาเนล ในมุมมองเชิงอาชญาวิทยา วุฒิชัย เต็งพงศธร	๘๗
International Legal Regime of the Deep Seabed Mineral Resources Exploration Peerapon Jaderojananont	๑๐๐



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เป็นปีที่ ๕ ฉบับที่ ๑ ปีการศึกษา ๒๕๕๗ ประจำเดือนมิถุนายน - พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ซึ่งคณะได้จัดทำขึ้นเพื่อรวบรวมบทความที่เป็นผลงานสร้างสรรค์ด้านวิชาการของคณาจารย์ประจำ อีกทั้งยังได้รับความอนุเคราะห์บทความด้านกฎหมายจากผู้ทรงคุณวุฒิ และบุคคลภายนอกผู้ที่มีความประสงค์จะร่วมเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมาย โดยภายในวารสารฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความที่มีเนื้อหาสาระน่าสนใจเช่นเดิม และยังมีบทความวิชาการอื่น ๆ อีกมากมาย อาทิ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญากับงานดนตรีกรรม ซึ่งเป็นประเด็นที่แพร่หลายในยุคปัจจุบัน และยังมีความเกี่ยวข้องกันอย่างน่าสนใจอีกด้วย เพื่อมุ่งพิทักษ์สิทธิในความคิดสร้างสรรค์ของนักดนตรี บทความเกี่ยวกับความรับผิดชอบในสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ซึ่งหยิบเอาประเด็นเรื่อง เลือดมนุษย์ ในฐานะสินค้าอย่างหนึ่งมาใช้เป็นกรณีศึกษา นอกจากนี้ ยังมีบทความด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นบทความที่ให้ความรู้เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของพลเมืองชาวอเมริกัน ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการประกันสิทธิเสรีภาพอย่างไร จึงได้ถูกขนานนามว่าเป็นดินแดนแห่งเสรีภาพ เป็นต้น

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณท่านผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ ที่ให้การสนับสนุนบทความมาโดยตลอดและขอขอบคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ ในโอกาสนี้ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ จึงขอเชิญชวนท่านที่สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไป เพื่อเป็นการพัฒนางานวิชาการด้านนิติศาสตร์ และแบ่งปันเผยแพร่ความรู้สู่สังคม อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งทางคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ โดยสามารถติดต่อได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๔๙ หรือ ๑๖๕๐

พีรพล เจตโรจนานนท์
บรรณาธิการ



สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกัน ภายใต้หลักประชาธิปไตย

ปัญญา อุดชาชน*

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นลัทธิที่เกิดขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๙๑ โดยได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อให้มีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด การยอมรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการมีส่วนร่วมของประชาชนและการถ่วงดุลและคานอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งกันและกัน รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของแต่ละประเทศจะแสดงถึงหลักสัญญาประชาคมที่ประชาชนยินยอมสละอำนาจของแต่ละคนที่มีอยู่ตามกฎหมายธรรมชาติ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ที่ได้ยึดหลักการปกครองโดยความยินยอมของประชาชน โดยองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน เช่น รัฐสภา ประธานาธิบดี เป็นต้น หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐในกระบวนการยุติธรรมเมื่อถูกกล่าวหาและสิทธิของประชาชนในการถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) โดยผ่านองค์กรทางวุฒิสภา เป็นต้น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ มีการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ๒๗ ครั้ง

ประเด็นที่น่าสนใจของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๕ อันเนื่องมาจากหลักนิติธรรมนี้เอง ได้เกิดหลัก The Miranda warning ขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องอ่านคำเตือนก่อนที่จะจับกุมให้ผู้ต้องหาฟัง หากไม่พูดจะถือว่าการจับกุมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักดังกล่าวนี้ คือ

๑. คุณมีสิทธิที่จะพูดหรือไม่พูดก็ได้
๒. คำพูดของคุณจะผูกมัดในชั้นศาล
๓. คุณมีสิทธิที่จะมีทนายระหว่างถูกสอบสวน
๔. หากไม่มีทนาย เราจะจัดหาให้

* ที่ปรึกษาสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ๑๑ ขช.

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญอย่างยิ่ง ทางด้านกฎหมายมหาชน โดยสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีจุดเด่นที่มีลักษณะสำคัญ เช่น หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและหลักนิติธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยอย่างเด็ดขาดระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ หลักประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอริปไตย และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ดังนั้น จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ จึงเป็นแม่แบบของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก

คำสำคัญ: รัฐธรรมนูญนิยม, การแจ้งเตือนก่อนจับกุมผู้ต้องหา, หลักนิติธรรม, หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาล, เราคือประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกา

Abstract

The Constitutionalism is the theory that affected by the Constitution of the United States of America in ๑๗๘๗ and the Constitution of France Republic in 1791 in the concept of the supremacy of law, the rights and liberties protection, the people participation and the check and balance powers. It presents to the civil law, the social contract, the natural law and the human rights in each country. The Constitution of the United States of America in ๑๗๘๗ holds the liberal democracy, rights, liberties, human rights and the equality before the law.

This Constitution is amended in twenty – seven times within ๒๒๗ years especially in the fifth amendment that sets up the rule of law so called “The Miranda Warning”. Therefore, the Constitution of the United States of America is the first of public law that consists of the check and balance powers between the federal government and the local government, the public interest, the rights and liberties protection, the equality before the law, the rule of law, the liberal democracy, the supremacy of law and the Constitutional review. Because of these reasons, the Constitution of the United States of America in 1787 is the model of the Constitution in all countries.

Key words: Constitutionalism, The Miranda warning, The Rule of Law, Judge Made Law, We are the people of the United State of America

บทนำ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่มีการศึกษาเกี่ยวกับลัทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้ เนื่องจากมีรัฐธรรมนูญที่ได้ชื่อว่าเป็นเอกสารสำคัญด้านกฎหมายมหาชน แล้วยังเป็นประเทศอภิมหาอำนาจที่มีประชากรอาศัยอยู่ร่วมกันได้อย่างหลากหลายทั้งในด้านเชื้อชาติ ได้แก่ ชาวอเมริกัน และผู้อพยพต่างชาติ เช่น เม็กซิกัน จีน สหภาพโซเวียต ฟิลิปปินส์ อัฟริกัน และอินเดีย เป็นต้น รวมทั้งสิ้นประมาณ ๒๘๐ ล้านคน และในด้านลัทธิ เช่น ศาสนาคริสต์ และอื่นๆ เป็นต้น แต่ความเป็นพหุสังคมดังกล่าวหาได้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศ การเคารพกฎหมาย การมีวินัยในธรรมเนียมปฏิบัติ วิถีชีวิต ตลอดจนการพัฒนาการเมือง ด้วยเหตุนี้จึงเป็นมูลเหตุที่ผู้เขียนนำมาศึกษา

๑. รากฐานแนวความคิดว่าด้วยลัทธิและเสรีภาพ

หากพิจารณาที่มาของแนวความคิดว่าด้วยลัทธิและเสรีภาพจะมีที่มา ๓ ทาง คือ มาจากนักปรัชญาการเมือง มาจากการปฏิวัติทางการเมืองการปกครอง และมาจากรัฐธรรมนูญนิยม

๑.๑ แนวความคิดมาจากนักปรัชญาการเมือง

ปรัชญาการเมือง (Political Philosophy) หมายถึง ความพยายามที่จะทดแทนความเห็นในเรื่องธรรมชาติของสิ่งที่เป็นการเมืองที่ยังเป็นความพยายามที่จะรู้ทั้งธรรมชาติของสิ่งที่เป็นการเมือง

และระเบียบทางการเมืองที่ถูกที่ติดด้วยพร้อม ๆ กัน^๑ นักปรัชญาการเมืองที่มีอิทธิพลกับแนวความคิดในลัทธิและเสรีภาพ เช่น ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย และทฤษฎีอนุรักษนิยม เป็นต้น

๑) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ เช่น เซนต์ออกัสติน (Saint Augustin) ได้แบ่งสังคมมนุษย์ออกเป็น ๒ ประเภท คือ นครของพระเจ้า (The city of god) โดยคนดีจะอาศัยอยู่ในนครนี้ และนครของโลกนี้ (The city of thin world) โดยเป็นนครของคนเลว แต่อย่างไรก็ตามสำหรับนครของโลกนี้ อำนาจทุกอย่างจะมาจากพระเจ้าทั้งหมด ผู้ปกครองมีหน้าที่ปกครองโดยการออกคำสั่งปกครองด้วยความดีและความยุติธรรมและอำนาจต้องได้รับการยอมรับจากคนในสังคม^๒ จะเห็นได้ว่าถึงแม้ว่าผู้ปกครองจะปกครองในฐานะที่เป็นตัวแทนของพระเจ๋าก็ตามแต่ประชาชนยังมีสิทธิเสรีภาพในการปกครองโดยการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องเกิดจากการยอมรับของประชาชนด้วย แสดงให้เห็นว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพทางการเมือง นักทฤษฎีการเมืองที่สำคัญอีกท่านหนึ่งคือ เซนต์โทมัส อควีนาส (Saint Thomas A' Aquinus) ซึ่งมีแนวความคิดได้รับอิทธิพลจากอริสโตเติล ที่กล่าวว่ามนุษย์เป็นสัตว์สังคมมีความจำเป็นที่จะอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นในสังคม ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติ รัฐจะออกกฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพที่จะขัดขืนและไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หากกฎหมายที่ออกมาขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ แสดงให้เห็นว่า

^๑ Aristotle. Politics. Benjamin Sowett (Trans ; New York : Random Howa, 1943, Book 1, ch.2.) 55.

^๒ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๑ (สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๘) ๕๑.

ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติที่พระเจ้าให้มาอยู่แล้ว การที่รัฐจะออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลตามธรรมชาติ ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม ดังนั้น จึงถือได้ว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติมาแล้วตั้งแต่กำเนิด ได้รับการคุ้มครองในสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติโดยเป็นรากฐานของการจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้รัฐออกกฎหมายตามอำเภอใจของตนเองได้

๒) ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย เช่น จอห์น ล็อก (John Lock)ฌองฌาคส์ รูสโซ (Jean Swan Jacques Rousseau) และมองเตสกีเออ (Montesquieu) เป็นต้น จอห์น ล็อก ได้ปฏิเสธลัทธิเทวสิทธิ์และเชื่อว่าโดยธรรมชาติมนุษย์จะมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ ทุกคนมีเสรีภาพจะทำอะไรก็ได้ภายในขอบเขตของกฎหมายธรรมชาติ เช่น สิทธิในทรัพย์สินและมีความเสมอภาคกัน จากสิทธิและเสรีภาพที่แต่ละคนมีอยู่ตามธรรมชาติ แต่ละคนจะสละสิทธิและเสรีภาพของตนเองเพื่ออยู่ภายใต้อำนาจรัฐโดยลักษณะสัญญาประชาคม (Social Contract) และขณะเดียวกันรัฐจะต้องปกครองด้วยความชอบธรรมเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามธรรมชาติ ดังนั้น หากรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตตามที่ได้กำหนดไว้ประชาชนก็มีสิทธิที่จะขัดขืนการใช้อำนาจรัฐได้จากอิทธิพลตามแนวความคิดของล็อกดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อการปฏิวัติในอเมริกาและฝรั่งเศสต่อมาและเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยฌองฌาคส์ รูสโซ มองว่าประชาชน

ทุกคนได้มอบสิทธิและเสรีภาพของตนให้อยู่ภายใต้เจตจำนงทั่วไป (General Will) กล่าวคือ อยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะของส่วนรวมและแต่ละคนจะมีภาระผูกพันกันทั้งหมดในประชาคมความเสมอภาคกัน ดังนั้น ฌองฌาคส์ รูสโซ จะให้ความสำคัญกับเจตจำนงร่วมกันของประชาชน จึงส่งผลให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพโดยตรงในรูปลักษณะการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง ส่วนมองเตสกีเออเชื่อว่าเสรีภาพในการกระทำสิ่งใดที่ปราศจากความรับผิดชอบมิใช่เสรีภาพที่แท้จริงเสรีภาพในความหมายที่แท้จริงคือเสรีภาพภายใต้กฎหมายที่อนุญาตให้กระทำในสิ่งที่ควรกระทำและห้ามกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ" ดังนั้น รัฐจึงสามารถออกกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นกรณีจำเป็นและเหมาะสมเท่านั้น เขาจึงเชื่อมั่นในทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย

๓) ทฤษฎีอนุรักษนิยม เช่น เอ็ดมัน เบอร์ก (Edmund Burke) ได้ให้ทรรศนะว่า หากสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือระเบียบของสังคมโดยสามารถทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจจะเป็นสิ่งที่อันตรายและไร้ค่า สิทธิและเสรีภาพที่มีคุณค่าและสมควรรักษาเอาไว้จะต้องเป็นสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และระเบียบของสังคม โดยสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิ่งที่จะนำมาสู่ประโยชน์ของส่วนรวม เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ เอ็ดมัน เบอร์ก มองว่าสิทธิและเสรีภาพที่เกิดขึ้นจะต้องอยู่ในกรอบของสังคมการเมืองเท่านั้น ดังนั้น จะเห็น

^๙ จักรกฤษณ์ กาญจนศุภย์. "การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย" (วิทยานิพนธ์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๔) ๓๑.

ได้ว่าเขาได้ปฏิเสธสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ สิทธิตามธรรมชาตินั่นเอง ถือได้ว่าเป็นการทำลาย ทฤษฎีธรรมชาตินิยมที่ได้ยึดถือกันมาเป็นเวลานาน

๑.๒ แนวความคิดมาจากการปฏิวัติ การเมืองการปกครอง

การปฏิวัติการเมืองการปกครองที่สำคัญ ที่ถือได้ว่าเป็นรากฐานแนวความคิดว่าด้วยสิทธิ และเสรีภาพ ได้แก่ การประกาศเอกราชและ ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ เหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ดังกล่าว ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของจอห์น ล็อก เกี่ยวกับแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยอีกทาง หนึ่ง การประกาศเอกราชและร่างรัฐธรรมนูญของ สหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ มีคำประกาศอิสรภาพ ของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) เป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่มีความสำคัญมากทางด้านกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ เนื่องจากได้พูดถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชน สาเหตุของการประกาศอิสรภาพ ของสหรัฐอเมริกามาจาก ๑๓ มลรัฐ อาณานิคม ไม่ยอมขึ้นกับอังกฤษซึ่งเป็นเมืองแม่ จึงเกิดสงคราม ขึ้นระหว่างทหารของอังกฤษกับทหารของมลรัฐ อาณานิคม สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครอง ตาม คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ดังตัวอย่างดังนี้ เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นที่ ประชาชนชาติหนึ่งจะต้องเลิกล้มความสัมพันธ์ ทางการเมืองที่เคยมีกับประชาชนอีกชาติหนึ่ง เพื่อ ที่จะแยกทางเดินและเป็นอิสระเท่าเทียมกับชาติ ทั้งหลายในโลก ตามสิทธิในกฎหมายธรรมชาติและ

กฎของพระผู้เป็นเจ้า ดังนั้น จึงจำต้องประกาศ สาเหตุซึ่งทำให้ตัดสินใจประกาศเอกราช เพื่อให้ มนุษยชาติทั้งหลายได้รับรู้ เราทั้งหลายเชื่อมั่นโดย ปราศจากข้อสงสัยในความจริงที่ว่า มนุษย์ทุกคน เกิดมาโดยเท่าเทียมกันและพระผู้สร้างได้ให้สิทธิ บางประการที่ไม่อาจลบล้างได้กับมนุษย์เหล่านี้ ซึ่ง ในบรรดาสิทธิเหล่านี้มีสิทธิ ในชีวิต เสรีภาพและ สิทธิในการแสวงหาความสุข รัฐบาลทั้งหลาย ตั้งขึ้นก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเหล่านี้และอำนาจ อันเป็นธรรมชาติของรัฐบาลทั้งหลายนั้นก็มาจากการ ความยินยอมของผู้อยู่ใต้ปกครองทุกครั้ง ที่รูปแบบการ ปกครองใดก็ตามกลับทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าว แล้วนี้ ประชาชนมีสิทธิที่จะเปลี่ยนรูปแบบการ ปกครองนั้นหรือทำลายเสีย แล้วสถาปนารูปแบบ การปกครองใหม่ขึ้นตามหลักการและรูปแบบที่ ประชาชนเห็นว่า เหมาะสมที่สุดที่จะก่อให้เกิดความ มั่นคงและผาสุกได้...^๔ จะเห็นได้ว่า จากตัวอย่าง ข้อความของคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ได้พูดถึงสิทธิตามธรรมชาติ ความเท่าเทียมกัน ความยินยอม ที่จะอยู่ภายใต้ปกครองและสิทธิที่จะ ล้มล้างรัฐบาลหากรัฐบาลไม่มีความชอบธรรม แล้ว สถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นมา หลักการต่าง ๆ ดังกล่าว นี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการมีสิทธิและเสรีภาพของ บัณฑิตชนตามธรรมชาติอย่างแท้จริง

ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ เป็นเอกสารทางกฎหมายที่มีความสำคัญ อย่างยิ่งภายหลังจากมีคำประกาศอิสรภาพของ สหรัฐอเมริกา เมื่อสงครามระหว่างอังกฤษและ มลรัฐอาณานิคมของสหรัฐอเมริกาได้สิ้นสุดลง ได้มี

^๔ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๑. (สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๔) ๖๖-๖๗.

การจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาโดยได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นในปี ค.ศ. ๑๗๘๗ และได้มีการประกาศใช้ในเวลาต่อมา รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับรองสิทธิต่างๆ หลายประการ ดังจะเห็นได้ว่าเหตุผลของการร่างรัฐธรรมนูญได้กล่าวว่าเราประชาชนแห่งสหรัฐเพื่อที่จะจัดตั้งสหภาพที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อที่จะสถาปนาความยุติธรรมเพื่อที่จะประกันความสงบภายใน เพื่อที่จะทำให้นั่นคงซึ่งเสรีภาพที่ได้รับมาแต่ตัวของตนเองและชนชั้นหลัง จึงได้บัญญัติและสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ไว้สำหรับสหรัฐอเมริกา...^๕ รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนพลเมืองอเมริกันหลายประการ เช่น การออกกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมิได้มีการพิจารณาคดีในศาล (Bill of Attainder) หรือออกกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง (Expost Facto Law) ไม่ได้ ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้ทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยมิให้มิทาสหรือการรับใช้โดยไม่สมัครใจในสหรัฐและในปี ค.ศ. ๑๘๖๔ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ทาสมีฐานะเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ทำให้ทาสได้มีสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้งในฐานะเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาได้ นอกจากนั้นเพื่อไม่ให้รัฐบาลรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ รัฐธรรมนูญยังได้แบ่งแยกอำนาจออกเป็น ๓ ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของมองเตสกีเออ โดยมี ๓ องค์กร เป็นผู้ใช้อำนาจได้แก่ รัฐบาล รัฐบาล และศาล ตามลำดับ

จากคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐ อเมริกาและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ดังกล่าว ได้แสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลังจากความยินยอมของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตยและการถ่วงดุลอำนาจ ตลอดจนการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

๑.๓ แนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญนิยม

รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นลัทธิที่เกิดขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๙๑ โดยได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อให้มีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด การยอมรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการมีส่วนร่วมของประชาชนและการถ่วงดุลและคานอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งกันและกัน รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของแต่ละประเทศจะแสดงถึงหลักสัญญาประชาคมที่ประชาชนยินยอมสละอำนาจของแต่ละคนที่มีอยู่ตามกฎหมายธรรมชาติ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ที่ได้ยึดหลักการปกครองโดยความยินยอมของประชาชน โดยองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน เช่น รัฐสภา ประธานาธิบดี เป็นต้น หลักการคุ้มครองสิทธิและ

^๕ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ : ที่มาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, (๒๕๒๗) ๑๙.

เสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐ ในกระบวนการยุติธรรมเมื่อถูกกล่าวหาและสิทธิของประชาชนในการถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) โดยผ่านองค์กรทางวุฒิสภา เป็นต้น

๒. หลักประชาธิปไตย

ประกอบด้วย แนวความคิดประชาธิปไตย ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย ความหมายและรูปแบบของประชาธิปไตย และลักษณะของประชาธิปไตย

๒.๑ แนวคิดประชาธิปไตย

ประชาธิปไตย (Democracy) คำว่าประชาธิปไตย มีความหมายกว้างที่สุดซึ่งก่อให้เกิดการถกเถียงและความสับสนอยู่เสมอ การให้คำอธิบายง่ายๆ เช่น วาทะของประธานาธิบดี अब्राहัม ลินคอล์น ประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ว่า ประชาธิปไตยเป็น “การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน” แนวความคิดประชาธิปไตยสมัยใหม่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ ๑๗ เมื่อพ้นสมัยกลาง (Middle Ages) และเข้าสู่สมัยเรอเนซอง (Renaissance) และยุคฟื้นฟูปฏิรูป (Reformation) โดยพื้นฐานสำคัญของแนวความคิดประชาธิปไตยสมัยใหม่มีลักษณะดังนี้

๑) การมีศรัทธาในความสามารถของมนุษย์ในสติปัญญา การรู้จักใช้หลักเหตุผล การยึดหลักเหตุผลด้วยวิธีการทดสอบค้นหาคำตามแบบ

วิทยาศาสตร์ ตลอดจนการมองมนุษย์ในแง่ที่ว่าสามารถร่วมมือกันทำงานเพื่อความสุขส่วนรวมได้ ความคิดในเรื่องเหตุผลนี้มาจากข้อคิดเห็นของจอห์น ล็อก (John Locke) ที่เรียกว่า ความรู้ทั้งหลายทั้งปวงของคนเราได้มาจากประสบการณ์ในโลกนี้ ไม่มีความจริง อันเดียวที่เป็นสัจธรรมสมบูรณ์แบบ (Absolute Truth) แต่สิ่งที่เราเรียกว่า “ความจริง” นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ มีลักษณะชั่วคราว และขึ้นอยู่กับ การตรวจสอบดูว่าเป็นจริงหรือไม่ มิใช่ยึดมั่นอยู่ว่าเป็นความจริงตลอดกาลโดยไม่ตั้งข้อสงสัย

๒) ความเชื่อในความเป็นอิสระและเสรีภาพของมนุษย์ ความคิดที่สนับสนุนเสรีภาพทางด้านต่างๆ เช่น เสรีภาพในการเลือกใช้ชีวิต เสรีภาพทางการแสดงความคิดเห็นทางการพูด การพิมพ์โฆษณาเผยแพร่ การประชุม การรวมกลุ่ม จัดตั้งเป็นสมาคม ฯลฯ ดังที่ จัง จาค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เขียนไว้ในหนังสือ The Social Contract ว่า “การสละละทิ้งเสรีภาพเท่ากับเป็นการสละละทิ้งความเป็นคน เท่ากับการยอมเสียสิทธิของมนุษยชน และแม้แต่หน้าที่ของเรา การสละละทิ้งเช่นนี้เป็นการขัดต่อธรรมชาติของมนุษย์ การที่นำเอาเสรีภาพทั้งหลายออกไปจากเจตจำนงของคนก็เท่ากับการนำเอาศีลธรรมออกไปจากการกระทำของคนนั่นเอง”

๓) การยอมรับให้ความเท่าเทียมกันของคน หมายถึงความเสมอภาคตามกฎหมายและทางการเมือง คนทุกคนควรได้รับการปฏิบัติจาก

^๖ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ประชาธิปไตย สังคมนิยม คอมมิวนิสต์กับการเมืองไทย (๒๕๑๙) ๑-๑๔.

^๗ Jean Jacques Rousseau. The Social Contract, translated and Introduced by Maurice Cranston (London: Penguin Books, 1968). ๕๒ อ้างถึงใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ประชาธิปไตย สังคมนิยมคอมมิวนิสต์. ๗.

เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย โดยเท่าเทียมกัน และมีสิทธิเสรีภาพทางการเมือง และโอกาสต่างๆ ที่จะใช้ชีวิตในสังคมอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ กำเนิด เพศ หรือฐานะทางเศรษฐกิจ สังคม ความเสมอภาคนี้หมายถึง การได้รับโอกาสในการแสวงหาการศึกษา การทำงาน ที่เท่าเทียมกันด้วย

๔) อำนาจอสูงสุดในการปกครอง ในการตัดสินใจปัญหาสำคัญของสังคมอยู่ที่อำนาจอสูงสุดมาจากปวงชน (Popular Sovereignty) เมื่อมีการเสนอความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ย่อมจะมีความหมายว่าประชาชนก็คือรัฐ โดยมีการมอบอำนาจอให้กับตัวแทน เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์การ เช่น รัฐสภา เป็นต้น

๕) อำนาจอันชอบธรรมในการปกครอง ของรัฐบาลเกิดจากความยินยอม (Consent) ของประชาชน แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ การปกป้องสิทธิเสรีภาพของมนุษย์โดยรัฐบาลที่มาจากความยินยอมของคนในสังคม เพื่อดำเนินการปกครองตามจุดมุ่งหมายอย่างเดียว คือการคุ้มครองสิทธิด้านต่างๆ ที่คนมีมาแต่เดิมก่อนที่จะเข้ามายอมอยู่ใต้อำนาจการปกครองโดยมีที่มาจากทฤษฎีว่าด้วยกฎธรรมชาติ (Natural Law)

๖) สิทธิในการคัดค้านและล้มล้างรัฐบาล (The right to dissent the right to revolt) เนื่องจากรัฐเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ช่วยให้คนในสังคมบรรลุถึงความสุขสมบูรณ์และรัฐอยู่ได้โดยมีวัตถุ

ประสงค์ในการคุ้มครองชีวิตทรัพย์สินและช่วยให้คนสามารถแสวงหาความสุขได้ ดังนั้น ประชาชนจึงมีสิทธิเต็มที่ในการต่อต้านรัฐบาลที่ไม่ปฏิบัติตามจุดมุ่งหมายดังกล่าว เมื่อใดที่ผู้ปกครองละเลยหรือไม่สามารถที่จะช่วยรักษาหรือส่งเสริมสิทธิต่างๆ ของคนในสังคมก็เท่ากับว่ารัฐบาลหรือผู้ปกครองนั้นไม่ได้ทำหน้าที่อันควร ประชาชนย่อมมีสิทธิหรือเป็นหน้าที่ที่จะล้มล้างเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองเสียใหม่ ดังที่ จอห์น ล็อก (John Locke) เขียนไว้ว่า

“เมื่อใดที่ผู้ออกกฎหมายพยายามที่จะแย่งและทำลายสิทธิของประชาชนเท่ากับว่า ผู้ออกกฎหมายนั้นนำตัวเข้าไปสู่สภาพสงครามกับประชาชน ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ประชาชนก็จะไม่ให้ความเชื่อฟังอีกต่อไป และมีสิทธิที่จะนำเอาเสรีภาพดั้งเดิมของเขากลับคืนมาใหม่ และโดยการจัดตั้งสภาผู้แทนราษฎรใหม่ตามที่เห็นสมควร เพื่อให้ความมั่นคงและปลอดภัยซึ่งเป็นจุดหมายในการเข้ามาอยู่ร่วมกันในสังคม”^๔

๒.๒ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

๑) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ เช่น

(๑)ฌอง โบแดง (Jean Bodin) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศส เป็นผู้คิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (Theory of Sovereignty) โดยได้อธิบายไว้ในหนังสือสาธารณรัฐใน ๖ บรรพ (Six livres de la Rpublique) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้^๕

^๔ John Locke, Second Treatise of Civil Government, edited by J.W. Gough (London: Basil Blackwell 1960) อ้างใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ประชาธิปไตย สังคมนิยมคอมมิวนิสต์. หน้า ๑๐.

^๕ วิชาญ เครืองาม, ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา (๒๕๓๐) ๒๒๑-๒๒๒.

(๑.๑) อำนาจอธิปไตยคืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ตามความหมายนี้ แสดงว่า โบแดงต้องการจะลบล้างแนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้า (The Supremacy) เพราะตามทฤษฎีนี้ ผู้ใช้อำนาจสูงสุดมีอำนาจล้นพ้นเกินไปจนไม่มีขอบเขตจำกัด เช่น พระผู้เป็นเจ้าย่อมมีอำนาจทั่วสากลโลก พระสันตะปาปาย่อมมีอำนาจทั่วอาณาจักรทั้งปวง แต่โบแดงต้องการจะจำกัดอำนาจสูงสุดเพียงแค่การปกครองในประเทศนั้นๆ เท่านั้น ที่โบแดงอธิบายเช่นนี้ เพราะโบแดงต้องการเข้าใจความหมายของคำว่า “รัฐ” เป็นอย่างดีและต้องการจะสร้างความสัมพันธ์ระหว่าง “รัฐ” กับ “รัฐอธิปไตย” ของรัฐนั้นเท่านั้น โดยไม่เกี่ยวกับรัฐอื่น

(๑.๒) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the State) โบแดงได้คำอธิบายองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐที่ว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น โบแดงจึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร

(๑.๓) ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยควรเป็นพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) เพราะพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐและผู้นำราษฎรทั้งหลาย

(๑.๔) รัฐอธิปไตย คือ ผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน สามารถออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามได้ แต่ตนไม่อยู่ใต้คำสั่งของผู้ใด (majestas est summa in civis ac subditog legibusque solute potestas) นอกจากนั้นโบแดงยังได้อธิบาย

อีกด้วยว่า “ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่า สารสำคัญของความเป็นรัฐอธิปไตยของกษัตริย์... คือการมีอำนาจตรากฎหมายบังคับใช้แก่พสกนิกรทั้งหลายโดยไม่คำนึงว่า พสกนิกรเหล่านั้นยินยอมหรือไม่... ถ้าจะให้รัฐอธิปไตยปกครองรัฐได้อย่างถูกต้องดีงามแล้ว จำต้องให้รัฐอธิปไตยอยู่เหนือกฎหมาย”

ความเห็นนี้ได้รับการยอมรับอย่างมากในทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งถือว่าความเป็นอิสระเป็นหัวใจสำคัญของต้นกำเนิดแห่งรัฐและนำมาซึ่งหลักว่าด้วยการไม่แทรกแซงกัน และรัฐจะยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจอื่นได้ก็เพราะความสมัครใจของรัฐนั่นเอง เช่น การยอมรับในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลโลกในปัญหาระหว่างประเทศ แนวความคิดนี้มีที่มาจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสที่เน้นถึงความมีอำนาจเหนือของกษัตริย์ต่อเจ้าศักดินาและความเป็นอิสระของราชบัลลังก์จากอำนาจทางศาสนา^{๑๐}

(๒) จัง จ้าค รูสโซ (Jean Jaques Rousseau) นักนิติปรัชญาชาวสวิสเซอร์แลนด์ และต่อมาย้ายมาพำนักในฝรั่งเศส ได้เขียนหนังสือเรื่อง สัญญาประชาคม (Social Contract) โดยถือว่า รัฐเกิดจากคนหลายคนมาอยู่รวมกัน โดยแต่ละคนสละสิทธิและเสรีภาพของตนเองเพื่อประโยชน์ส่วนใหญ่ และรัฐจะเป็นผู้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนส่วนใหญ่ที่อาศัยอยู่ร่วมกัน ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ สำหรับกฎหมายนั้นต้องมาจากเจตจำนงร่วมของประชาชน

^{๑๐} โบคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงวงศ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (๒๕๔๙) ๕๑.

และมีผลบังคับใช้กับคนทั่วไป นอกจากนั้น กฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนที่ไม่อาจโอนให้กับผู้แทนได้ ดังนั้น แนวความคิดของรูสโซจึงเป็นหลักของประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy)^{๙๙} สำหรับในด้านกฎหมาย รูสโซ มีความคิดว่า กฎหมายคือ เจตจำนงของประชาชนในชาติซึ่งแสดงออกร่วมกัน เนื่องจากเมื่อปวงชนจะออกกฎหมายในเรื่องใด ราษฎรย่อมแสดงเจตจำนงออกมาว่าจะออกกฎหมายในเรื่องนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง รูสโซให้ความสำคัญการออกกฎหมายโดยเจตนารมณ์ร่วมกันมี ๒ วิธีคือ วิธีแรก ประชาชนออกเอง หรือวิธีที่สอง มีผู้เสนอแล้วให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดังกล่าว ส่งผลให้เกิดระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้น และถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั้งภายในและระหว่างประเทศที่สำคัญหลักการหนึ่งในระยะต่อมา

๒) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เช่น

(๑) จอห์น ล็อก (John Locke) นักนิติปรัชญาชาวอังกฤษ ได้เขียนหนังสือเรื่อง หนังสือสองเล่มว่าด้วยการปกครอง (Two Treatises of

Government) โดยเห็นว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติ กฎหมายเกิดจากเหตุผล กฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายนั้นจะถูกยกเลิกโดยรัฐบาล ส่วนการปกครองนั้นเห็นว่า เสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครองและสถาบันทางการเมือง ถูกสร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ ดังนั้น แนวความคิดของล็อกจึงถือว่าเป็นผู้ให้กำเนิดลัทธิเสรีนิยมประชาธิปไตย (Democratic Liberalism) นอกจากนั้น จอห์น ล็อก ยืนยันว่าเสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครองและสร้างสถาบันทางการเมืองขึ้นมาคุ้มครองเสรีภาพประกอบด้วย ดังนี้

๑. ต้องใช้หลักเสียงส่วนใหญ่

๒. ต้องมีการแยกหน้าที่ขององค์กร โดยแยกเป็นการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การปฏิบัติตามกฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ และการทำความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ อำนาจออกกฎหมายกับอำนาจปฏิบัติตามกฎหมายต้องแยกองค์กรใช้อำนาจออกจากกันโดยเด็ดขาด ส่วนอำนาจปฏิบัติตามกฎหมายและการทำความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกันได้ จอห์น ล็อก สรุปว่าอำนาจทุกชนิดในสังคมมีข้อจำกัด ข้อจำกัดที่สำคัญของอำนาจ คือ การคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ ดังนั้น ถือได้ว่า จอห์น ล็อก เป็นผู้ให้กำเนิดลัทธิปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยม^{๑๐๐}

^{๙๙} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๑: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (๒๕๓๘) ๕๗.

^{๑๐๐} เพิ่งอ้าง ๕๕.

(๒) ซีเอเยลส์ (Siys) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศสได้เขียนหนังสือเรื่องความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์ (Essai sur les privileges) และอะไรคือสามัญชน (Qu'est - ce que le Tiers Etat ?) เป็นผู้คิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ โดยถือว่าชาติ (Nation) เกิดขึ้นจากการรวมกันของคนทุกคน เจตนารมณ์ของชาติจึงเป็นเจตนารมณ์ที่ชอบด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์ของชาติอาจมอบให้ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์การทางการเมืองในการปกครองประเทศ ดังนั้นแนวความคิดของซีเอเยลส์จึงเป็นหลักของประชาธิปไตยโดยอ้อม (Indirect Democracy) ซีเอเยลส์ ถือว่าชาติมีอยู่ก่อนสิ่งอื่นใดและเป็นที่มาของทุกสิ่งเจตนารมณ์ของชาติจึงเป็นเจตนารมณ์ที่ชอบด้วยกฎหมายและชาติเกิดขึ้นจากการรวมกันของพลเมืองทุกคน สามัญชนคือคนทุกคนซึ่งรวมเป็นชาติเท่านั้นที่ออกกฎหมายได้โดยผ่านสภาที่ผู้แทนสามัญมีจำนวนเป็นสัดส่วนกับจำนวนที่แท้จริงของสามัญชนในชาติ ดังนั้น เจตนารมณ์ของชาติจะแสดงออกได้ก็แต่โดยชาติโดยผ่านผู้แทนของชาติที่ได้รับเลือกจากประชาชน และเมื่อผู้แทนของชาติได้รับเลือกแล้ว จะไม่ใช่ผู้แทนของราษฎรที่เลือกแต่เป็นผู้แทนของชาติ จึงมีความเป็นอิสระไม่ถูกผูกมัดโดยสัญญาใด ๆ กับประชาชนผู้เลือกแต่มีอิสระที่จะทำแทนชาติได้เต็มที่

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติดังกล่าว ได้ส่งผลให้เป็นที่ยอมรับในหลาย ๆ ประเทศ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ

ฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๔ และรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. ๑๙๕๔ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ มาตรา ๓ วรรคแรก บัญญัติว่า หลักของอำนาจอธิปไตย คืออำนาจอธิปไตยเป็นของชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือโดยการออกเสียงประชามติ (Referendum)^{๑๓} เป็นต้น

๓) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ด้วยอิทธิพลของการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๘๙ แนวความคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนได้แพร่หลายไปสู่ประเทศต่าง ๆ โดยยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นของประชาชนมิใช่อยู่กับคนใดคนหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ประชาชนทุกคนย่อมไม่สามารถเข้าร่วมกันใช้อำนาจอธิปไตยทุกคนได้ จึงมีการเลือกผู้แทนของตนเองโดยมอบอำนาจและความไว้วางใจให้กับผู้แทน ดังนั้นการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรจึงเป็นหลักการสำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประธานาธิบดีอับราฮัม ลินคอล์น (Abraham Lincon) ประธานาธิบดีคนที่ ๑๖ ของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายของคำว่าประชาธิปไตยว่าเป็นการปกครองของประชาชนโดยประชาชนและเพื่อประชาชน ในพิธียกย่องวีรชนในสงครามกลางเมือง เมื่อวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๘๖๓ ณ สุสานแห่งชาติเกตตีส์เบิร์ก (The Gettyburg National Cemetery)

^{๑๓} เพิ่งอ้าง ๖๒.

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนดังกล่าวมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. ๑๙๕๔ บัญญัติว่า อิตาลีเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยและอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓ บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทยพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

๒.๓ ความหมายและรูปแบบของประชาธิปไตย^{๑๔}

๑) คำว่าประชาธิปไตยแปลมาจากภาษาอังกฤษคำว่า Democracy คำว่า Democracy มีรากศัพท์มาจากภาษากรีก ๒ คำรวมกัน คือ Demo แปลว่า ประชาชน และ Kratei แปลว่า การปกครอง เมื่อรวมกันแล้ว Demokratein คือ การปกครองโดยประชาชน ดังนั้น ประชาธิปไตยจึงมาจากคำว่า ประชา แปลว่า ประชาชน และ อธิปไตย แปลว่า อำนาจอสูงสุด

๒) โจเซฟ ชุมปีเตอร์ (Joseph Schumpeter) ชาวออสเตรีย ได้ให้ความหมายของประชาธิปไตยในหนังสือ Capitalism Socialism and Democracy ว่า วิธีจัดระบบที่มีลักษณะเป็นสถาบัน เพื่อให้ได้มาซึ่งการตัดสินใจทางการเมืองที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจทางการเมืองนั้น

ได้อำนาจมาโดยวิธีการต่อสู้แข่งขันเพื่อให้ได้คะแนนเสียงของประชาชน

๓) โรเบิร์ต ดาห์ล (Robert Dahl) ชาวอเมริกัน ได้ระบุถึงการปกครองระบอบประชาธิปไตยในหนังสือ Polyarchy : Participation and Opposition ว่าต้องมีลักษณะ ดังนี้

- (๑) ประชาชนมีสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง
- (๒) ประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้ง
- (๓) ผู้นำทางการเมืองมีสิทธิที่จะลงแข่งขันในการเลือกตั้งเพื่อให้ได้การสนับสนุนและคะแนนเสียงจากประชาชน
- (๔) มีการเลือกตั้งที่เสรีและมีความยุติธรรม

(๕) ประชาชนมีเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือจัดตั้งเป็นสมาคม

(๖) ประชาชนมีเสรีภาพที่จะแสดงออกได้แก่ พูด อ่าน เขียน และเผยแพร่ข่าวสารข้อมูล

(๗) ประชาชนสามารถเข้าถึงข่าวสารข้อมูล แหล่งอื่นนอกจากข่าวสารของราชการ

(๘) สถาบันที่มีอำนาจอันชอบธรรมในการกำหนดนโยบายสาธารณะต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือการออกเสียงประชามติ^{๑๕}

ดังนั้น ประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองที่ประชาชนมีอำนาจอสูงสุด ประชาชน มีส่วนร่วมในการปกครองโดยผ่านตัวแทนด้วยวิธีการเลือกตั้งทั้งในการเลือกตั้งระดับ ชาติและระดับท้องถิ่น

^{๑๔} Chinyang Li, The Tao Encounters the West (1999) 165.

^{๑๕} Arend Lijphart. Patterns of Democracy (1999) 48 - 49.

๔) รูปแบบของประชาธิปไตย รูปแบบของประชาธิปไตยแบ่งออกได้เป็น ๒ รูปแบบ คือ^{๙๖} (๑) ประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy) (๒) ประชาธิปไตยโดยการเลือกตั้งตัวแทน (Representative democracy)

(๑) ประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy) ประชาธิปไตยโดยตรงเกิดขึ้นได้ในชุมชนเล็ก ๆ ในสมัยกรีกโบราณ ซึ่งสามารถจะเรียกประชุมประชาชนทุกคนได้และลงมติโดยการชูมือหรือโดยวิธีอื่น เช่น การนำก้อนหินไปใส่ในภาชนะบรรจุขี้หรือขว้า หรือเห็นด้วย ไม่เห็นด้วย จำนวนก้อนหินคือคะแนนเสียงซึ่งถือว่าเป็นประชาธิปไตยโดยตรง กระบวนการประชาธิปไตยโดยตรงมีกรณีที่มีการเรียกประชุมบุคคลที่เกี่ยวข้องที่มีจำนวนไม่มาก เช่น ประมาณ ๑๐๐-๒๐๐ คน มีการอภิปรายถกเถียง จากนั้นก็ลงคะแนนเสียงเพื่อหาข้อยุติ จึงถือได้ว่าเป็นประชาธิปไตยโดยตรง แต่ถ้าชุมชนขนาดใหญ่ เช่น จังหวัด หรือประเทศชาติ การใช้ระบบประชาธิปไตยโดยตรงจะกระทำไม่ได้ ต้องใช้ลักษณะประชาธิปไตยโดยการเลือกตั้งตัวแทน

(๒) ประชาธิปไตยโดยการเลือกตั้งตัวแทน (Representative democracy) ประชาธิปไตยโดยการเลือกตั้งตัวแทน เกิดจากข้อเท็จจริงว่าจะให้คนเป็นจำนวนมากมาประชุมกันเพื่อตัดสินใจนโยบายไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้นจึงต้องใช้วิธีเลือกตั้งตัวแทนหรือผู้แทนของตนเข้าทำ

หน้าที่แทนตนในรัฐสภา เมื่อผู้แทนของตนทำหน้าที่ในการออกกฎหมายจะเท่ากับว่าตนทำหน้าที่ด้วย โดยผ่านตัวแทนที่ตนได้มอบหมายให้ความไว้วางใจ ประชาธิปไตยโดยการเลือกตั้งตัวแทนมี ๓ ระบบ คือระบบรัฐสภา ระบบประธานาธิบดี และระบบรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี ระบบรัฐสภามีอังกฤษเป็นแม่แบบ ส่วนระบบประธานาธิบดีมีสหรัฐอเมริกาเป็นแม่แบบ และระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีมีฝรั่งเศสเป็นแม่แบบ โดยแต่ละระบบจะมีจุดเด่นและจุดด้อยแตกต่างกัน แต่ที่สำคัญทั้ง ๓ ระบบ จะมีพรรคการเมืองที่เป็นสถาบันทางการเมืองที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน

๒.๔ ลักษณะของประชาธิปไตย

๑) แนวความคิดและหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยมีหลักการอยู่ ๒ ประการคือ หลักการที่ว่า การตัดสินใจของหมู่คณะภายใต้การควบคุมของปวงประชา และหลักการของสิทธิเสมอภาคในการดำเนินการควบคุม^{๙๗} การที่จะจัดว่าอะไรเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับหลักการทั้งสองประการดังกล่าวว่าจะได้รับการเคารพยึดถือเพียงใด แต่หากมองในแง่ของอุดมการณ์และหลักการแล้ว ลักษณะสำคัญของประชาธิปไตย มีดังนี้^{๙๘}

(๑) ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เป็นผู้ทรงอำนาจอิสระสูงสุด

(๒) รัฐบาลได้อำนาจมาจากประชาชน หรือโดยความยินยอมของประชาชน

^{๙๖} ลิขิต วีระเวทิน. ลัทธิเสรีนิยมกับระบอบประชาธิปไตยตัวแทน (๒๕๓๗) ๓ - ๔.

^{๙๗} ม.ร.ว. พุทธิสาน ชุมพล, ขั้วสองสัณฐานประชาธิปไตย (๒๕๔๑) ๑ - ๒.

^{๙๘} อมร รักษาสิทธิ์ และคณะ, อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ (๒๕๕๓) ๓๒-๓๓.

(๓) ในประเทศขนาดใหญ่ในสมัยใหม่ ที่ต้องใช้ประชาธิปไตยทางอ้อมนั้นจะต้องมีการเลือกตั้งผู้แทนและพนักงานของรัฐอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม โดยประชาชนสามารถใช้สิทธิเลือกตั้งได้อย่างอิสระ

(๔) สถาบันทางการเมืองที่ทำหน้าที่ตัดสินใจทางการเมืองหรือวางนโยบายสาธารณะ ต้องตั้งขึ้นด้วยวิถีทางแห่งการแข่งขันเพื่อให้ได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากประชาชน

(๕) ประชาชนต้องมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศตลอดเวลาผ่านกลไกต่างๆ หรือใช้สิทธิที่จะแสดงบทบาทต่าง ๆ ได้โดยตรง

(๖) รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของรัฐบาลตลอดเวลา และมีสิทธิ์เปลี่ยนแปลงรัฐบาลตามวิธีการที่กำหนดไว้

(๗) อำนาจในการปกครองประเทศต้องไม่อยู่ในกำมือของคนคนเดียวหรือกลุ่มเดียว ต้องมีการแบ่งอำนาจปกครองประเทศอย่างน้อยในระดับหนึ่ง

(๘) รัฐบาลต้องมีอำนาจจำกัด มีการแบ่งและกระจายอำนาจ มีการตรวจสอบและถ่วงดุล หรือคานอำนาจซึ่งกันและกัน

(๙) หน้าที่หลักของรัฐบาลคือการส่งเสริมปัจเจกชน เสรีภาพ ความเสมอภาค มาตรฐานของพลเมือง

(๑๐) การตัดสินใจสำคัญต้องเป็นไปตามเสียงข้างมาก โดยคำนึงถึงสิทธิของฝ่ายข้างน้อย

(๑๑) ประชาชนมีความเสมอภาคกันในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะความเสมอภาคในสายตาของกฎหมาย และความมีโอกาสเท่าเทียมกันในด้านต่างๆ ทุกคนมีศักดิ์ศรีและไม่มีใครมีอภิสิทธิ์เหนือผู้อื่น

(๑๒) ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ อย่างกว้างขวางโดยรัฐบาลให้หลักประกันและคุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นอย่างน้อยในสิทธิเสรีภาพพื้นฐานที่สำคัญ

(๑๓) ประชาชนต้องมีอิสระในการพูด การพิมพ์ การแสดงความคิดเห็น การร่วมชุมนุม การตั้งพรรคการเมืองเพื่อให้สามารถมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศได้จริงและอย่างมีข้อมูลข่าวสาร

(๑๔) รัฐบาลต้องใช้หลักการปกครองโดยกฎหมาย หรือหลักนิติธรรมไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ เช่น บุคคลจะถูกจับกุมคุมขังหรือถูกลงโทษได้ก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายกำหนดว่ามีความผิด และจะต้องได้รับการพิจารณาโดยรวดเร็วเปิดเผยโดยคณะตุลาการที่ไม่ลำเอียง ฯลฯ

๒) หลักการของประชาธิปไตย หากมองในแง่ของระบบการเมืองแบบประชาธิปไตยแล้ว อาจสรุปได้ว่ามีหลักการที่สำคัญ ดังนี้^{๙๙}

(๑) หลักอำนาจอธิปไตย เป็นของมวลชนหรือมาจากประชาชน

(๒) หลักสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(๓) หลักการปกครองของกฎหมาย (The Rule of Law)

^{๙๙} วิชัย ตันศิริ, วิวัฒนาการของระบอบประชาธิปไตย (๒๕๔๔) ๓๐๒ - ๓๑๖.

(๔) หลักการแยกอำนาจและการคาน
อำนาจ

๓. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่
บัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและ
รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกายังเป็นต้นแบบของ
รัฐธรรมนูญสมัยใหม่ให้กับหลายประเทศในการ
คุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน
รวมทั้งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกที่ได้นำ
ความคิด ทฤษฎีการเมืองต่าง ๆ มาสังเคราะห์และ
ออกแบบโครงสร้างการเมืองการปกครองให้เหมาะสม
กับประเทศ^{๒๐} ผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอเป็นเนื้อหา
ของรัฐธรรมนูญ (Constitution Context) เดิม
และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitution
Amendment)

๓.๑ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ
รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ได้ประกาศ
ใช้ในปี ค.ศ. ๑๗๘๘ จนถึงปัจจุบัน ค.ศ. ๒๐๑๔
มีอายุยาวนานถึง ๒๒๗ ปี แรกเริ่มดั้งเดิมมีเนื้อหา
เพียง ๗ มาตราเท่านั้น ประกอบด้วย

มาตรา ๑ ข้อที่ ๑ กำหนดเรื่องโครงสร้าง
และหน้าที่ของสภาองเกรสโดยให้ทำหน้าที่ทาง
นิติบัญญัติ ซึ่งประกอบไปด้วยสภาสูง (Senate)
และสภาผู้แทนราษฎร (House of Represent-
atives)

มาตรา ๑ ข้อที่ ๒ ถึงข้อที่ ๗ เป็นการ
กำหนดจำนวนผู้แทนในแต่ละสภา คุณสมบัติ ของ
ผู้ที่จะเป็นผู้แทน การเลือกสมาชิกสภาองเกรส
กระบวนการที่ใช้ในการตรารัฐธรรมนูญ วิธีการ
พิจารณาถอดถอนเจ้าหน้าที่ของรัฐให้พ้นจาก
ตำแหน่ง (Impeachment)

มาตรา ๑ ข้อที่ ๙ และข้อที่ ๑๐ เป็นบท
จำกัดอำนาจบางอย่างของสภาองเกรสและมลรัฐ
ต่างๆ

มาตรา ๒ ข้อที่ ๑ ถึงข้อที่ ๔ เป็นการจัด
ตั้งองค์กรฝ่ายบริหาร กำหนดอำนาจฝ่ายบริหาร
โดยให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี รวมทั้ง
คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นประธานาธิบดี และรอง
ประธานาธิบดี วิธีการเลือกตั้ง การสาบานตนเข้า
รับตำแหน่ง วิธีการและข้อหาอันเป็นมูลฐานที่จะ
ทำให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่ง

มาตรา ๓ ข้อที่ ๑ เป็นการกำหนดอำนาจ
ตุลาการให้อยู่กับศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา และ
ศาลชั้นรองอื่น ๆ ตามที่สภาองเกรสเห็นสมควร
จัดตั้งขึ้น

มาตรา ๓ ข้อที่ ๒ การกำหนดอำนาจ
ของฝ่ายตุลาการและขอบเขตอำนาจของศาลชั้น
ต้น และขอบเขตอำนาจของศาลอุทธรณ์และการ
ฎีกาของศาลสูง

มาตรา ๔ กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์
ระหว่างมลรัฐต่างๆ ที่พึงมีต่อกันและความสัมพันธ์
ระหว่างมลรัฐทั้งหลายกับรัฐบาลกลาง

^{๒๐} ประเสริฐ สุขสบาย นักกฎหมายกฤษฎีกา ๘ ว เรียบเรียงจากรายงานการศึกษาวิจัยเรื่องกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับ
รัฐธรรมนูญ, โดยมูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย.

มาตรา ๔ ข้อที่ ๑ การยอมรับและศรัทธาต่อสิทธิที่บุคคลได้มาโดยกฎหมายระหว่างมลรัฐ (Full Faith and Credit)

มาตรา ๔ ข้อที่ ๒ การให้เอกสิทธิ (Privileges) และความคุ้มครองพลเมืองของมลรัฐอื่นๆ และการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างมลรัฐต่าง ๆ

มาตรา ๔ ข้อที่ ๓ บทบัญญัติว่าด้วยการรับมลรัฐใหม่เข้ามารวมอยู่ในสหพันธรัฐด้วยอำนาจการตัดสินใจของสภาองเกรสในการจัดการเกี่ยวกับดินแดนและทรัพย์สินอื่น ๆ

มาตรา ๔ ข้อที่ ๔ การที่รัฐบาลกลางจะต้องเป็นผู้ดูแลว่าทุกมลรัฐต้องมีการปกครองแบบสาธารณรัฐ การคุ้มครองมลรัฐต่าง ๆ ให้ปลอดภัยจากการรุกรานภายนอก และการที่รัฐบาลกลางจะช่วยเหลื่อมลรัฐต่าง ๆ ในการระงับความไม่สงบเรียบร้อยภายในแต่ละมลรัฐ

มาตรา ๕ ว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญรวมทั้งวิธีการดำเนินการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๖ เป็นผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเช่นเรื่องหนี้สิน สัญญา และอื่น ๆ ศักดิ์สูงสุดของกฎหมายซึ่งกำหนดให้รัฐธรรมนูญกฎหมายและสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดในแผ่นดิน และผู้พิพากษาทั้งหลายในมลรัฐต่าง ๆ จะต้องปฏิบัติตามโดยไม่ต้องจำแนกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นภายในแต่ละมลรัฐจะกำหนดไว้ในทางตรงกันข้ามหรือไม่ก็ตาม ในมาตรา ๖ นี้กำหนดต่อไปว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการ

ของสหรัฐอเมริกาหรือของมลรัฐต่าง ๆ ต้องสาบานตน (Oath) ในการเข้ารับตำแหน่งและจะต้องสนับสนุนรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา ๗ มาตราสุดท้าย เกี่ยวกับการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ

๓.๒ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกบัญญัติไว้ในหมวด ๕ ของรัฐธรรมนูญ (Article v Amendment of Constitution) โดยการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำเนินได้ ๒ กรณี คือ กรณีแรกโดยรัฐสภา (The Congress) ด้วยคะแนนเสียง ๒ ใน ๓ ของทั้งสองสภาเสนอ และกรณีที่สองโดยรัฐสภาของมลรัฐจำนวน ๒ ใน ๓ ขึ้นไปของหลาย ๆ มลรัฐประชุมเพื่อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้รับการให้สัตยาบันจากสภาของมลรัฐตั้งแต่ ๓ ใน ๔ ของมลรัฐทั้งหมดได้ให้สัตยาบัน ด้วยเหตุนี้การให้สัตยาบันของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละครั้งจึงใช้ระยะเวลาที่แตกต่างกัน

๓.๒.๑ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ ๑ เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาและการเมือง (Religions and political freedom) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. 1791 กล่าวคือ รัฐสภาคงตรากฎหมายสถาปนาศาสนาไม่ได้ หรือจะตรากฎหมายห้ามการปฏิบัติศาสนกิจไม่ได้ หรือจะตัดทอนเสรีภาพในการพูด การตีพิมพ์ หรือการที่ประชาชนจะชุมนุมโดยสงบ และการร้องทุกข์ต่อรัฐบาลเพื่อขจัดความทุกข์ร้อนของประชาชนไม่ได้

๓.๒.๒ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๒ เกี่ยวกับสิทธิในการถืออาวุธ (Right to bear arm) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ กองกำลังอาสาสมัครที่มีวินัยดีเป็นสิ่งจำเป็นในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ดังนั้น สิทธิของประชาชนที่จะมีและถืออาวุธจะต้องไม่ถูกล่วงละเมิด

๓.๒.๓ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๓ เกี่ยวกับการไม่ให้ทหารเข้าพักในบ้าน (Quartering soldiers) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ การห้ามทหารเข้ามาพักในบ้านในยามสงบเด็ดขาดโดยปราศจากการยินยอมของเจ้าของบ้าน แม้กระทั่งในยามสงครามก็ตาม แต่อาจยกเว้นได้ตามบทบัญญัติของกฎหมาย

๓.๒.๔ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๔ เกี่ยวกับการห้ามค้นและยึดสิ่งของโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ (Unreasonable searches and seizures) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ สิทธิของประชาชนในการรักษาความปลอดภัยของตนเอง บ้านเรือน เอกสารและสิ่งของ จะต้องไม่ถูกค้นหรือถูกยึดโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ รวมทั้งหมายค้น เว้นแต่มีเหตุผลเพียงพอ โดยการสาบานหรือการยืนยันและระบุสถานที่ที่จะค้น รวมถึงระบุการจับบุคคลและยึดสิ่งของอย่างชัดเจน

๓.๒.๕ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๕ เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักนิติธรรม และค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Criminal actions – Provisions concerning – Due process of law and just compensation dances) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑

กล่าวคือ การดำเนินคดีอาญาจะกระทำมิได้ถ้าไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากคณะลูกขุนใหญ่ เว้นแต่กรณีที่เกิดขึ้นในกองทัพบก กองทัพเรือ หรือ กองกำลังอาสาสมัครในขณะสงครามหรือ ในขณะที่มีภัยอันตรายต่อสาธารณะ นอกจากนั้นบุคคลจะต้องไม่ถูกพิจารณาโทษในเรื่องเดียวกัน ๒ ครั้ง บุคคลจะต้องไม่เป็นพยานกล่าวโทษตนเองในคดีอาญา บุคคลจะไม่ถูกกีดกันหรือถูกกลั่นแกล้งสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากหลักนิติธรรม และเมื่อทรัพย์สินถูกนำไปใช้ประโยชน์สาธารณะแล้ว ย่อมได้รับค่าชดเชยที่เป็นธรรม

ประเด็นที่น่าสนใจของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๕ อันเนื่องมาจากหลักนิติธรรมนี้เอง ได้เกิดหลัก The Miranda Warning ขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องอ่านคำเตือนก่อนที่จะจับกุมผู้ต้องหาฟัง หากไม่พูดจะถือว่า การจับกุมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักดังกล่าวนี้ คือ

๑. คุณมีสิทธิที่จะพูดหรือไม่พูดก็ได้
๒. คำพูดของคุณจะถูกมัดในชั้นศาล
๓. คุณมีสิทธิที่จะมีทนายระหว่างถูกสอบสวน
๔. หากไม่มีทนาย เราจะจัดหาให้

The Miranda Warning นี้ ได้ชื่อมาจากคดีที่นายเอเนลโต มิแรนดา ชาวอริโซนา อายุ ๒๓ ปี ถูกจับที่บ้านตนเองในข้อหาลักพาและข่มขืนสตรีครั้งแรกมิแรนดาปฏิเสธ แต่หลังจากถูกสอบสวน ๒ ชั่วโมง เขาก็สารภาพและลงนามในหนังสือสารภาพว่าได้กระทำผิดจริง เขาถูกตัดสินลงโทษจำคุก คดีนี้ไปถึงศาลฎีกาสหรัฐใน ค.ศ. ๑๙๖๖ ศาลฎีกาสหรัฐพิพากษาว่าตำรวจทำผิดละเมิดสิทธิใน

บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ ๕ โดยไม่ได้แจ้งให้
มิแรนดาทราบถึงสิทธิที่จะไม่พูดและสิทธิที่จะมีทนาย
ในระหว่างการให้การสอบสวน ศาลฎีกาสหรัฐ
พิพากษาให้ปล่อยตัวนายมิแรนดา ตั้งแต่นั้นมา
ตำรวจในสหรัฐจะมีใบคำเตือนมิแรนดาติดตัวเอาไว้
อ่านให้ผู้ต้องหาฟังทุกครั้งที่มีการจับกุมตัวผู้ต้องหา

The Miranda Warning

Police Department

STANDARD POLICE INTERROGATION CARD

WARNING TO BE GIVEN ACCUSED

We are questioning you concerning
the crime of (state specific crime).

We have a duty to explain to you and to
warn you that you have the following legal
rights :

- A. You have a right to remain silent and
do not have to say anything at all.
- B. Anything you say can and will be used
against you in court.
- C. You have a right to talk to a lawyer of
your own choice before we ask you any
questions, and also to have a lawyer
here with you while we ask questions.
- D. If you cannot afford to hire a lawyer,
and you want one, we will see that you
Have one provided to you free of charge
before we ask you any questions.
- E. If you are willing to give us a statement.
You have a right to stop any time you
wish.

๓.๒.๖ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๖ เกี่ยวกับสิทธิของผู้ที่ถูกกล่าวหา (Rights
of the accused) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.
๑๗๙๑ กล่าวคือ กระบวนการฟ้องร้องทางอาญา
ทุกคดี ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดี
ในศาลโดยเปิดเผยและรวดเร็ว โดยมีคณะลูกขุน
ที่เป็นกลางในเขตหรือมลรัฐที่เกิดคดีอาญา ผู้ถูก
กล่าวหาต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาโดยละเอียด
มีสิทธิเจอลูกขุนที่กล่าวหาตน มีสิทธิเรียกพยาน
ฝ่ายตนมาให้การและมีสิทธิที่จะมีทนายว่าความให้

๓.๒.๗ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๗ เกี่ยวกับสิทธิการมีคณะลูกขุนในคดีแพ่ง
(Trial by Jury in Civil Cases) โดยได้รับการให้
สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ ตามกฎหมาย
Common Law ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินราคาเกิน
๒๐ เหรียญสหรัฐ คู่กรณีมีสิทธิที่จะมีคณะลูกขุน
ดำเนินคดี เมื่อคณะลูกขุนได้พิจารณาคดีไปแล้ว
ห้ามมิให้ศาลสหรัฐอื่นใดไปพิจารณาอีก

๓.๒.๘ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๘ เกี่ยวกับการประกันตัวและการลงโทษ
(Bail – Punishment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน
ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ ห้ามตั้งราคาประกันไว้สูงเกิน
เหตุ การปรับก็ห้ามปรับจนเกินเหตุ และห้าม
ลงโทษด้วยวิธีการที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ

๓.๒.๙ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ครั้งที่ ๙ เกี่ยวกับสิทธิที่ควรมีอยู่ของพลเมือง
(Rights retained by people) โดยได้รับการให้
สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ สิทธิที่รัฐธรรมนูญ
บัญญัติไว้ให้กับพลเมืองแล้วนั้น ห้ามนำมาตีความที่
จะยกเลิกหรือลดลงโดยเด็ดขาด

๓.๒.๑๐ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ ๑๐ เกี่ยวกับอำนาจที่สงวนไว้ให้มลรัฐและประชาชน (Powers reserved to states or people) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ อำนาจใดที่มีได้มอบให้รัฐบาลสหรัฐ และมีได้ห้ามให้บรรดา มลรัฐที่มีอยู่ อำนาจทั้งหลายเหล่านี้ย่อมต้องเป็นของมลรัฐและประชาชน

๓.๒.๑๑ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ ๑๑ เกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตุลาการศาลสหรัฐ (Suits against states-Restriction of Judicial Power) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๗๙๑ กล่าวคือ อำนาจของฝ่ายตุลาการสหรัฐจะไม่ครอบคลุมไปถึงคดีความที่พลเมืองสหรัฐหรือพลเมืองของมลรัฐ รวมทั้งพลเมืองของต่างประเทศมาฟ้องร้องต่อมลรัฐได้

๓.๒.๑๒ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ ๑๒ เกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี (Election of the President and Vice-President) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๘๐๔ กล่าวคือ คณะผู้เลือกตั้งจะประชุมพร้อมกันในมลรัฐของตนเองและลงคะแนนเสียงเลือกประธานาธิบดีกับรองประธานาธิบดี ซึ่งคนหนึ่งในสองตำแหน่งนี้จะต้องไม่อาศัยอยู่ในมลรัฐเดียวกัน การลงคะแนนเสียงต้องกำหนดไว้ในบัตรลงคะแนนแต่ละใบว่าเลือกประธานาธิบดีใบหนึ่งและเลือกรองประธานาธิบดีอีกใบหนึ่ง เมื่อได้ผลการเลือกตั้งออกมาแล้วก็ให้คณะผู้เลือกตั้งลงนามรับรองและส่งมอบโดยฉันทาของส่งต่อรัฐบาลสหรัฐ โดยส่งถึงประธานวุฒิสภา ประธานวุฒิสภাজัดเรียกประชุมทั้งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร เพื่อเปิดและนับคะแนนทั้งหมด ผู้ที่ได้คะแนนมากที่สุดสำหรับ

ตำแหน่งประธานาธิบดีจะได้เป็นประธานาธิบดี แต่ต้องเป็นคะแนนเสียงข้างมาก หากไม่มีผู้ใดได้คะแนนเสียงข้างมากก็ให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกประธานาธิบดีจากรายชื่อของผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดไม่เกิน ๓ คน โดยให้ทุกมลรัฐมีคะแนนเสียงเพียงคะแนนเดียวเท่านั้น การลงคะแนนเสียงนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีจำนวนมลรัฐที่เข้าร่วมประชุมตั้งแต่สองในสามขึ้นไป และใช้คะแนนเสียงข้างมาก ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถเลือกประธานาธิบดีได้จนกระทั่งวันที่ ๔ ของเดือนมีนาคม ก็ให้รองประธานาธิบดีปฏิบัติหน้าที่เป็นประธานาธิบดีเช่นในกรณีที่ประธานาธิบดีตายหรือปราศจากความสามารถตามรัฐธรรมนูญ สำหรับผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงมากที่สุดในตำแหน่งรองประธานาธิบดีและโดยคะแนนเสียงข้างมากก็เป็นรองประธานาธิบดี หากไม่มีผู้ใดได้รับคะแนนเสียงข้างมากก็ให้วุฒิสภาเลือกรองประธานาธิบดีจากรายชื่อของผู้ที่ได้คะแนนสูงสุด ๒ คน องค์ประชุมในการเลือกตั้งนี้ต้องมีจำนวนตั้งแต่สองในสามของจำนวนวุฒิสภาทั้งหมดและเลือกรองประธานาธิบดีโดยคะแนนเสียงข้างมาก อนึ่ง บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนในการเป็นประธานาธิบดีก็ย่อมไม่มีสิทธิที่จะได้เป็นรองประธานาธิบดีแห่งสหรัฐด้วย

๓.๒.๑๓ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ ๑๓ เกี่ยวกับการเลือกทาส (Slavery prohibited) และอำนาจในการรักษากฎหมายของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Power to enforce amendment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๘๖๕ กล่าวคือ ห้ามการมีทาสและการเกณฑ์แรงงานภายในเขตอำนาจของสหรัฐ เว้นแต่เป็นการลงโทษอาชญากรรมตามกฎหมายเท่านั้น รวมถึง

รัฐสภามีอำนาจที่จะบังคับใช้มาตรานี้ โดยการตราเป็นกฎหมายตามความเหมาะสม

๓.๒.๑๔ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๔ เกี่ยวกับสิทธิพลเมืองสหรัฐ (Citizens of the United States) การแบ่งสัดส่วนและลดจำนวนผู้แทนราษฎร (Representatives-Power to reduce apportionment) การขาดคุณสมบัติดำรงตำแหน่ง (Disqualification to hold office)หนี้สาธารณะ หนี้และค่าเสียหายจากการจลาจล (Public debt not to be questioned-Debts of the Confederacy and claims not to be paid) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๘๖๘ บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๔ นี้ ต้องเป็นบทที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพราะรองรับสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค (The Equality) และหลักวิถีทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law) ซึ่งหมายถึง กระบวนการและวิถีทางตามกฎหมายที่การปฏิบัติใด ๆ จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ปี ค.ศ. ๑๙๕๔ ระหว่าง Linda Brown และ Board of Education เนื่องจาก Linda Brown เด็กหญิงผิวดำถูกปฏิเสธมิให้เข้าเรียนเกรด ๕ ในโรงเรียนเมือง Topeka มลรัฐ Kansas ศาลสูงสุดสหรัฐตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดกับหลักความเสมอภาค

๓.๒.๑๕ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๕ เกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งของพลเมืองจากเชื้อชาติและสีผิว (Right of Citizens to vote-Race or color not to disqualify) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๘๗๐ กล่าวคือ สหรัฐหรือมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือตัดสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้งของ

พลเมืองสหรัฐเนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว หรือเงื่อนไขเคยเป็นเข้ารับใช้มาก่อนไม่ได้

๓.๒.๑๖ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๖ เกี่ยวกับภาษีเงินได้โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๑๓ กล่าวคือ รัฐสภา (The Congress) มีอำนาจกำหนดและเก็บภาษีเงินได้ไม่ว่าจะมีแหล่งที่มาอย่างไร โดยไม่ต้องแบ่งส่วนระหว่างมลรัฐต่าง ๆ และไม่ต้องคำนึงถึงสามะโนประชากรหรือการนับจำนวนพลเมืองอย่างใด

๓.๒.๑๗ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๗ เกี่ยวกับที่มาจำนวนคะแนนเสียงและคุณสมบัติสมาชิกวุฒิสภา โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๑๓ กล่าวคือ วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจากแต่ละมลรัฐ ๆ ละ ๒ คน ดำรงตำแหน่งคราวละ ๖ ปี โดยแต่ละคนมีคะแนนเสียงได้ ๑ เสียงสำหรับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาเหมือนกับคุณสมบัติผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติของมลรัฐ

๓.๒.๑๘ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๘ เกี่ยวกับการห้ามของมึนเมา (National prohibition-Intoxicating liquors) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๑๙ กล่าวคือ ภายหลัง ๑ ปีหลังจากการให้สัตยาบันแล้ว ให้ถือว่าการผลิต การขาย การขนส่งภายใน การนำเข้าหรือส่งออก ซึ่งเครื่องดื่มของมึนเมาภายในสหรัฐหรือดินแดนในอำนาจของสหรัฐเพื่อการบริโภคถือเป็นการกระทำที่ต้องห้าม

๓.๒.๑๙ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๙ เกี่ยวกับสิทธิสตรีออกเสียงเลือกตั้ง (Women Suffrage) โดยได้รับการให้สัตยาบัน

ค.ศ. ๑๙๒๐ กล่าวคือ สหรัฐหรือมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือตัดสิทธิออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองสหรัฐอันเนื่องมาจากเพศไม่ได้

๓.๒.๒๐ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๐ เกี่ยวกับการดํารงตำแหน่งของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ (Executive and Legislative departments-terms of elective officers) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๓๓ กล่าวคือ วาระการดํารงตำแหน่งของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีสิ้นสุดลงเวลาเที่ยงของวันที่ ๒๐ มกราคม และวาระการดํารงตำแหน่งของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดเวลาเที่ยงของวันที่ ๓ มกราคมแห่งปีที่วาระการดํารงตำแหน่งเหล่านี้ควรจะสิ้นสุดลงแม้ว่ามาตรานี้จะไม่ได้รับการให้สัตยาบัน และให้วาระการดํารงตำแหน่งของผู้สืบทอดเริ่มต้นต่อไป

๓.๒.๒๑ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๑ เกี่ยวกับการยกเลิกบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๘ (Repeal of Eighteenth Amendment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๓๓ กล่าวคือ ให้ยกเลิกบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑๘

๓.๒.๒๒ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๒ เกี่ยวกับสมัยดํารงตำแหน่งของประธานาธิบดี (Terms of Office of the President) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๕๑ กล่าวคือ บุคคลใดจะได้รับเลือกตั้งให้ดํารงตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่าสองครั้งไม่ได้ และบุคคลใดเมื่อดํารงตำแหน่งประธานาธิบดีหรือรักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่าสองปีในวาระดํารง

ตำแหน่งของผู้อื่นที่ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีแล้ว จะได้รับเลือกตั้งให้ดํารงตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่าอีกหนึ่งครั้งไม่ได้ มาตรานี้ไม่มีผลบังคับใช้แก่บุคคลที่ได้ดํารงตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่แล้ว ในขณะที่รัฐสภาได้เสนอมাত্রานี้อยู่และจะบังคับใช้มาตรานี้ป้องกันบุคคลที่ดํารงตำแหน่งประธานาธิบดีหรือรักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่แล้วไม่ให้ดํารงตำแหน่งหรือรักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดีต่อไปจนครบวาระที่เหลืออยู่ไม่ได้

๓.๒.๒๓ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๓ เกี่ยวกับผู้ออกเสียงเลือกตั้งเขต District (Representation in the electoral college to the District of Columbia) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๖๑ กล่าวคือ ให้เขต District อันเป็นที่ตั้งรัฐบาลแห่งสหรัฐ มีอำนาจวิธีการตามที่รัฐสภากำหนด ผู้มีหน้าที่เลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีให้มีจำนวนเท่ากับจำนวนสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรวมกันตามที่เขต District จะพึงมีในรัฐสภาเสมือนเป็นมลรัฐหนึ่ง แต่จะต้องมีไม่เกินจำนวนผู้มีหน้าที่เลือกตั้งของมลรัฐที่มีพลเมืองน้อยที่สุด ผู้มีหน้าที่เลือกตั้งของเขต District นี้ เป็นจำนวนเพิ่มเติมผู้มีหน้าที่เลือกตั้งที่ได้รับแต่งตั้งจาก มลรัฐต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี ให้ถือว่าผู้มีหน้าที่เลือกตั้งของเขต District นี้ ได้รับแต่งตั้งจากมลรัฐให้มาร่วมประชุมในเขต District และกระทำหน้าที่ดังที่บัญญัติไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมบทที่ ๑๒

๓.๒.๒๔ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๔ เกี่ยวกับคุณสมบัติผู้เลือกตั้ง (Qualifi-

cation of electors) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๖๔ กล่าวคือ สหรัฐและมลรัฐใดจะปฏิเสธ หรือรอนสิทธิประชาชนแห่งสหรัฐในอันที่จะออกเสียงเลือกตั้งชั้นต้น หรือการเลือกตั้งอื่นเพื่อเลือกประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี หรือเพื่อเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎรในรัฐสภา ด้วยเหตุที่เป็นผู้ขาดชำระภาษีเลือกตั้งหรือภาษีอื่นมิได้

๓.๒.๒๕ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๕ เกี่ยวกับการสืบทอดตำแหน่งประธานาธิบดี (Succession to Office of President) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๖๗ กล่าวคือ กรณีประธานาธิบดีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง ตาย หรือลาออก ให้รองประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี

๓.๒.๒๖ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๖ เกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งของผู้มีอายุ ๑๘ ปี (Eighteen year old voting rights) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๗๑ กล่าวคือ สหรัฐและมลรัฐจะปฏิเสธหรือรอนสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของประชาชนที่มีอายุ ๑๘ ปีขึ้นไปมิได้

๓.๒.๒๗ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๗ เกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวข้องกับอัตราเงินเดือน (The Compensation) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. ๑๙๙๒ กล่าวคือ กฎหมายใดๆ อันเกี่ยวข้องกับอัตราเงินเดือนของสมาชิกวุฒิสภา และสภาผู้แทนราษฎรจะมีผลบังคับใช้ไม่ได้ จนกว่าภายหลังการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมัยต่อไป

๔. ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย

๔.๑ คำปรารภ (Preamble) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗

คำประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกัน (The Declaration of Independence) ค.ศ. ๑๗๗๖ ได้มีอิทธิพลต่อคำปรารภของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ โดยมีประโยคที่แสดงความรู้สึกของคนอเมริกันว่าตนเองเป็นพวกเดียวกันถึงแม้จะอยู่ต่างมลรัฐ มีความหลากหลายทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สีผิว ภาษาและวัฒนธรรม ดังจะเห็นได้จากคำปรารภ ดังนี้

“เราประชาชนแห่งสหรัฐ เพื่อจะก่อตั้งสหภาพให้สมบูรณ์มากขึ้น สถาปนาความยุติธรรม รักษาความสงบภายใน จัดหาการป้องกันประเทศ ส่งเสริมสวัสดิการโดยทั่วไป และสร้างความมั่นคงในเสรีภาพอันศักดิ์สิทธิ์แก่พวกเราและอนุชนรุ่นหลังต่อไป จึงบัญญัติและสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ขึ้นสำหรับสหรัฐอเมริกา”

ด้วยความสำคัญของคำปรารภของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาดังกล่าว คำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. ๑๘๑๙ คดี Mc Culloch Maryland โดยนาย John Marshall ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้อ้างคำปรารภในคำพิพากษาดังกล่าว การกระทำของรัฐบาลกลาง (Federal Government) สามารถกลบล้างการกระทำของรัฐบาลมลรัฐ (State Government) ได้ จึงถือได้ว่าเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนอเมริกัน

๔.๒ บิล อ็อฟ ไรท์ : บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ๑๐ บทแรก (Bill of Rights : Amendments 1-10)

บิล อ็อฟ ไรท์ เป็นสิทธิของพลเมืองอเมริกันที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนโดยเป็นบทของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ๑๐

บทแรก และได้รับการให้สัตยาบันพร้อมกันในปี ค.ศ. ๑๗๙๑ นอกจากบิล อ็อฟ ไรท์ ทั้ง ๑๐ มาตรานี้แล้ว ยังมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อ ๆ มา จึงถือได้ว่าทั้งบิล อ็อฟ ไรท์ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อมาเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของอเมริกันชนเหมือนกัน ซึ่งสามารถสรุปขอบเขตสิทธิและเสรีภาพได้ดังนี้

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	มาตรา	ประเด็น
ครั้งที่ ๑ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๑	- เสรีภาพในการนับถือศาสนา - เสรีภาพในการพูด - เสรีภาพในการร่วมชุมนุมกันโดยสงบ - เสรีภาพในการยื่นร้องทุกข์ต่อรัฐบาล
ครั้งที่ ๒ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๒	- สิทธิและเสรีภาพในการถือศาสตราวุธ
ครั้งที่ ๓ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๓	- สิทธิและเสรีภาพในเคหสถาน
ครั้งที่ ๔ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๔	- สิทธิและเสรีภาพในความปลอดภัยทางร่างกาย - สิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สิน
ครั้งที่ ๕ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๕	- สิทธิที่จะถูกพิจารณาคดีด้วยคณะลูกขุน - สิทธิและเสรีภาพในการได้รับความคุ้มครองการลงโทษซ้ำในความผิดเดียวกันจากรัฐไม่ได้ - สิทธิและเสรีภาพในการไม่ถูกบังคับให้กลับคำให้การตนเองในคดีอาญา
ครั้งที่ ๖ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๖	- สิทธิและเสรีภาพในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผย
ครั้งที่ ๗ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๗	- สิทธิและเสรีภาพในการได้รับการพิจารณาคดีจากลูกขุนแล้วจะมีการพิจารณาใหม่เป็นอย่างอื่นไม่ได้

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	มาตรา	ประเด็น
ครั้งที่ ๘ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๘	- สิทธิที่จะไม่ได้รับการลงโทษอย่างโหดร้ายและทารุณหรือผิดปกติวิสัย
ครั้งที่ ๙ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๙	- สิทธิในการตีความรัฐธรรมนูญจะตีความไปในการตีตรอนสิทธิของผู้อื่นไม่ได้
ครั้งที่ ๑๐ ปี ค.ศ. ๑๗๘๗-๑๗๙๑	๑๐	- สิทธิที่รัฐธรรมนูญมิได้มอบหมายไว้ให้เป็นของสหรัฐแต่ให้เป็นของมลรัฐและประชาชน
ครั้งที่ ๑๓ ปี ค.ศ. ๑๘๖๕	๑๓	- สิทธิและเสรีภาพในหลักประกันความไม่เป็นทาสโดยไม่สมัครใจ
ครั้งที่ ๑๔ ปี ค.ศ. ๑๘๖๕	๑๔	- สิทธิในการได้รับความคุ้มครองว่ามลรัฐจะออกกฎหมายใดๆ ที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองของสหรัฐไม่ได้
ครั้งที่ ๑๕ ปี ค.ศ. ๑๘๗๐	๑๕	- สิทธิในหลักประกันเรื่องเชื้อชาติและสีผิว
ครั้งที่ ๑๙ ปี ค.ศ. ๑๙๒๐	๑๙	- สิทธิและเสรีภาพในการออกเสียงเลือกตั้งโดยไม่มีกีดกันทางเพศ
ครั้งที่ ๒๐ ปี ค.ศ. ๑๙๓๓	๑	- วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี
ครั้งที่ ๒๑ ปี ค.ศ. ๑๙๓๓	๒	- การห้ามการขนส่งหรือนำเข้าเครื่องตีของมีนเมา
ครั้งที่ ๒๒ ปี ค.ศ. ๑๙๕๑	๑	- การดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีเกินกว่า ๒ ครั้งไม่ได้
ครั้งที่ ๒๓ ปี ค.ศ. ๑๙๖๑	๑	- ผู้มีหน้าที่เลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีในเขต District
ครั้งที่ ๒๔ ปี ค.ศ. ๑๙๖๔	๑	- การรอนสิทธิประชาชนแห่งสหรัฐในการออกเสียงมิได้

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	มาตรา	ประเด็น
ครั้งที่ ๒๕ ปี ค.ศ. ๑๙๖๗	๑ และ ๒	- การสืบทอดตำแหน่งประธานาธิบดี และรองประธานาธิบดี
ครั้งที่ ๒๖ ปี ค.ศ. ๑๙๗๑	๑	- สิทธิผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งที่มีอายุ ๑๘ ปี
ครั้งที่ ๒๗ ปี ค.ศ. ๑๙๙๒	๑	- อัตราเงินเดือนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

๕. วิเคราะห์รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญไทย

๕.๑ หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๕ และครั้งที่ ๑๔ ได้วางหลักสำคัญที่เรียกว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หรือคกุนิติกระบวนการ (Due Process of Law) เช่น สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น กล่าวคือบุคคลมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็วและทั่วถึง มีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็วและ เป็นธรรม ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ได้รับคำตอบแทนค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นด้วยความเป็นธรรม นอกจากนั้นในคดีอาญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความที่เรียกว่า Miranda Warning โดยเนื้อหาของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมีปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ส่วนที่ ๔ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา ๓๐ ถึงมาตรา ๔๐

กรณีดังกล่าวรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๕๖ เรื่องพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๓๖ มาตรา ๓๗ มาตรา ๓๘ มาตรา ๓๙ และมาตรา ๔๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๑ ซึ่งบัญญัติให้บรรดาพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานและเอกสารที่รับฟังได้ตามกฎหมายนั้น เป็นบทบัญญัติที่มีได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอน และกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน แต่เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้จำเลยต้องถูกผูกมัดตามพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาจากการสืบพยานของโจทก์ในศาลต่างประเทศที่จำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบพยานหลักฐานหรือต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ แม้ว่าการรับฟังพยานหลักฐานของศาลต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๗ และมาตรา ๒๒๗/๑ ที่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนัก

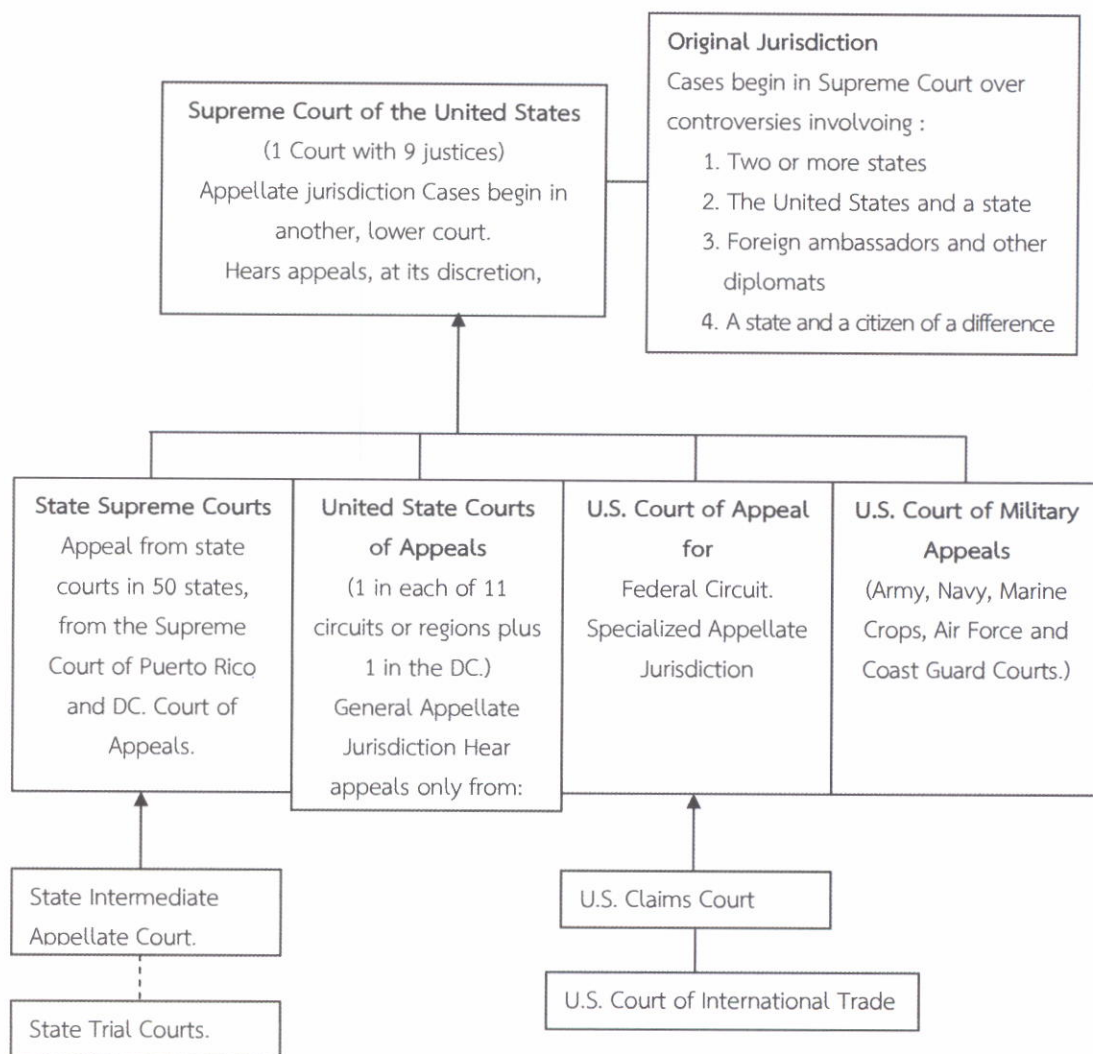
พยานหลักฐานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้าน ด้วยความระมัดระวังและไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานดังกล่าวโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้เป็นข้อห้ามเด็ดขาดโดยยังเปิดโอกาสให้ศาลนำพยาน หลักฐานเช่นนี้ไปใช้ประกอบกับพยานหลักฐานอื่นได้ จึงไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๐ (๒) (๓) (๔) (๗) ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม การได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม การมีโอกาสนในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ และการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ ๑๔.๓ อันเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยาน ซึ่งเป็นประปักษ์ต่อตน พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔๑ จึงเป็นบทบัญญัติแห่ง

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ และมาตรา ๔๐ (๒) (๓) (๔) (๗) ทั้งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ พรรคสอง

๕.๒ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาล (Judge Made Law)

ด้วยเหตุจากที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างสั้นๆ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) จึงมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากคดีประวัติศาสตร์ในปี ค.ศ. ๑๘๐๓ คือคดี Marbury Madison ที่ศาลได้วางหลักว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Judicial Review) ทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง จึงเป็นการวางบรรทัดฐานว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ และนับจากนั้นมาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตีความในความหมายของรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นใหม่จากคำพิพากษาของศาล เช่น

ระบบศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา



คำว่า Freedom of Speech ใน รัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาแทนที่จะตีความคำว่า Speech แปลว่าคำพูดเท่านั้น กลับตีความให้หมายความรวมถึงการเขียน (Writing)

การกระจายเสียง (Broadcasting) การแพร่ภาพทางโทรทัศน์ (Televising) วิดีโอ อินเทอร์เน็ต และอื่นๆ อีกที่จะเกิดขึ้นในอนาคต^{๒๑} ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงมีความยืดหยุ่น

^{๒๑} วิษณุ เครืองาม, วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพ ฯ, ๒๕๔๙) ๓๒-๓๓.

ด้วยหลักอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลเสมือนหนึ่งว่าศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย (Judge Made Law) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยหลักดังกล่าวนี้ มีปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๗ ที่บัญญัติว่า “สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง”

กรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑๘-๒๒/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ๒๕๕๕ เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๖๘ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง ที่จะใช้สิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ โดยมีสิทธิสองประการ คือ ๑) ประการที่หนึ่ง เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และ ๒) ประการที่สอง สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้ เพราะอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา ๖๘ วรรคสองนี้ เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่

มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้น และยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หากได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ แม้ผู้ร้องได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบแล้ว ก็ไม่ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะใช้สิทธิในประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เห็นว่าการแปลความดังกล่าวนี้จะสอดคล้องต่อเจตนารมณ์ในมาตรา ๖๘ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และเป็นไปเพื่อการรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๘ ที่ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้” เนื่องจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำที่อาจเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่และยังไม่บังเกิดผล ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีคำวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำนั้นได้ หากไม่แล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๖๘ วรรคสองนี้ ก็จะพ้นวิสัยไม่สามารถใช้บังคับได้ ทั้งสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา ๖๘ นี้ มีหลักการสำคัญมุ่งหมายให้ชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มิให้ถูกล้มล้างโดยสภาพจึงเป็นมาตรการในการป้องกันไว้ล่วงหน้า เพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการ

กระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครอง และการล้มล้างรัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เพราะ หากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อ รัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ ขึ้นแล้ว ย่อมสุทธวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนได้ เช่นนี้ แล้ว ประชาชนผู้ทราบเหตุตามมาตรา ๖๔ วรรค สอง ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยตรง ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนใช้สิทธิของตนต่อต้าน การกระทำนั้นได้โดยสันติวิธี

๕.๓ หลักการถอดถอนออกจาก ตำแหน่ง (Impeachment)

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามาตรา ๒ วรรค ห้า และมาตรา ๓ วรรคหก ได้บัญญัติเกี่ยวกับการให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจถอดถอนเจ้าหน้าที่ อื่น ๆ (Other Officers) ไว้ กล่าวคือ สภาผู้แทน ราษฎรมีอำนาจฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ระดับสูงของสหรัฐ แต่อำนาจในการถอดถอน (Impeachment) เป็น อำนาจของวุฒิสภาโดยใช้คะแนนเสียง ๒ ใน ๓ ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าประชุม (two-thirds of the members present) สำหรับ ประธานในการพิจารณาถอดถอนออกจากตำแหน่ง นั้น ถ้าเป็นหัวหน้าที่ระดับสูงอื่น ๆ ประธานวุฒิสภา จะเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าเป็นประธานาธิบดี ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจะเป็น ประธานในที่ประชุม ถ้าเป็นประธานาธิบดีที่เคยถูก ถอดถอนมี ๒ คนคือ ปี ค.ศ. ๑๘๖๘ ประธานาธิบดี แอนดรู จอห์นสัน และปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ประธานาธิบดี บิล คลินตัน ทั้งสองกรณีคะแนนวุฒิสภาไม่ถึง ๒ ใน ๓ จึงไม่สามารถปลดประธานาธิบดีได้ โดย เนื้อหาของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมี อิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญไทย เพื่อให้มีการถอดถอน

ออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราช- อาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๗๐ ถึงมาตรา ๒๗๔

๕.๔ หลักความเสมอภาคและหลักการ ห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (The Equality and The Prohibition of Unjust Discrimination)

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ ๑๔ ได้วางหลักความเสมอภาคและหลักการ ห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมโดยพลเมืองชาว อเมริกันทุกคนจะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย อย่างเท่าเทียมกัน (Equal protection of the laws) นอกจากนั้น ยังมีรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ ๒๖ ได้บัญญัติสิทธิผู้พลเมือง เลือกตั้งที่มีอายุตั้งแต่ ๑๘ ปีขึ้นไป โดยหลักการ ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมีปรากฏใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐

กรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำ วินิจฉัยที่ ๑๕/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๕๕ เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาล รัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ (๑) ว่าพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) มีปัญหาเกี่ยวกับความ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ ได้บัญญัติเป็นหลักการ ว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย และได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติ

โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการมิได้ และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ ได้บัญญัติเป็นหลักการว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น ทั้งจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ ที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองคนพิการเพื่อ มิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุสภาพทางกายหรือสุขภาพ รวมทั้งให้คนพิการมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ ตลอดจนให้รัฐต้องสงเคราะห์คนพิการให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและพึ่งตนเองได้ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้ทั้งหน่วยงานภาครัฐและเอกชน และมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดความหมายของคนพิการ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ พฤติกรรมสติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ ตามประเภทและหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ประกาศกำหนด ซึ่งความหมายของคนพิการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีความ

สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ วรรคสาม

๖. บทสรุป

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญอย่างยิ่งทางด้านกฎหมายมหาชน โดยสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีจุดเด่นที่มีลักษณะสำคัญ คือ

๑. หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและหลักนิติธรรม

๒. หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยอย่างเด็ดขาดระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

๓. หลักประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอริปไตย

๔. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

๕. ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีบทบาทสำคัญในการตีความรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง ๆ ที่ถือว่าเป็นความก้าวหน้าของรัฐธรรมนูญ

๖. หลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยรัฐสภามลรัฐ

๗. หลักการแบ่งสรรอำนาจระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลมลรัฐ

๘. หลักเสรีนิยมแบบประชาธิปไตย

๙. หลักการอยู่ร่วมกันของพหุบุคคลที่มีความแตกต่างด้านเชื้อชาติและธรรมเนียมปฏิบัติ

๑๐. หลักความเป็นเอกภาพของคนอเมริกันภายใต้คำที่ว่า “เราคือประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกา (we are the people of the United State of America)”

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกและเก่าแก่ที่สุดในโลก ประกอบด้วยคำปรารภและเนื้อหาว่าด้วยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ การปกครองรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การใช้หนี้ของรัฐบาล และการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ และถือได้ว่าเป็นความทันสมัยและก้าวหน้าอันเนื่องมาจากบทบาทของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในการตีความรัฐธรรมนูญด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ จึงเป็นแม่แบบของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก



บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนกับสภาพประชาชน : ที่มาของปฏิกูญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ ฯ, ๒๕๒๗)

ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ประชาธิปไตย สังคมนิยม คอมมิวนิสต์กับการเมืองไทย (กรุงเทพฯ ฯ, ๒๕๑๙)

ลิขิต วีรเวทิน, ลัทธิเสรีนิยมกับระบอบประชาธิปไตยตัวแทน (กรุงเทพฯ ฯ, ๒๕๔๗)

โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพฯ ฯ, ๒๕๔๙)

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๑ (สำนักนิติธรรม, ๒๕๓๘)

พฤทธิสถาน ชุมพล, ขั้วข้อสงสัยประชาธิปไตย (กรุงเทพฯ ฯ, ๒๕๔๑)

วิชัย ตันศิริ, วิวัฒนาการของระบอบประชาธิปไตย (กรุงเทพฯ ๑, ๒๕๔๘)

วิษณุ เครืองาม, วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ ๑, ๒๕๔๙)

วิทยานิพนธ์และงานวิจัย

จักรกฤษณ์ กาญจนศุภย์, วิทยานิพนธ์ “การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย” (ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๔)

ประเสริฐ สุขสบาย, เรียบเรียงจากรายงานการศึกษาวิจัยเรื่องกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, กรุงเทพฯ ๑)

ภาษาต่างประเทศ

Aristotle. *Politics*, Benjamin Sowett Translated (New York, U.S.A., 1943)

Arend Lijphart, *Patterns of Democracy* (1999)

Chioryang Li, *The Fao Encounters the west* (1999)

Jean Jacques Rousseau. *The Social Contract*, Maurice Cranston Translated (London, 1968)

John Lock, *Second Treatise of Civil Government* J.W. Gough edited (London, 1960)

The Constitution of the United States of America 1787.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๕/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๕๕

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๘-๒๒/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ๒๕๕๕

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๔/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๑๓ มีนาคม ๒๕๕๖





กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก สินค้าที่ไม่ปลอดภัย ศึกษากรณีความรับผิด ของผู้จัดหาเลือดมนุษย์

Liability for Damages Emerging from Unsafe Product: A Study of Liability of Human Blood Providers

เอมอมรา กฤษณะโถม*

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความรับผิดของผู้จัดหาเลือด ภายใต้กฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยศึกษาความเป็นมา แนวคิดเกี่ยวกับการให้หรือถ่ายเลือด สถานภาพทางกฎหมายของเลือด และพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ทั้งนี้ เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดขอบเขตความหมายของสินค้า เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ ว่าผู้จัดหาเลือดจะต้องรับผิดภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด ตลอดจนเสนอมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากเลือดที่ไม่ปลอดภัย

ปัจจุบัน การให้หรือถ่ายเลือดถือเป็นวิธีรักษาพยาบาลรูปแบบหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการรักษาอาการเจ็บป่วยของมนุษย์ เนื่องจากยังไม่มีสิ่งอื่นใดที่สามารถทดแทนเลือดได้ ในขณะเดียวกัน หากเลือดที่ให้หรือถ่ายให้ผู้ป่วยมีความไม่ปลอดภัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีเชื้อโรคร้ายแรงปนเปื้อนอยู่ ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต อนามัย และร่างกายของผู้ป่วยได้ แม้ว่าในปัจจุบัน การฟ้องร้องให้บุคลากรทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการให้หรือถ่ายเลือดรับผิดชอบนั้น อาจฟ้องร้องโดยอาศัยกฎหมายละเมิด กฎหมายสัญญา หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้ก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวนั้นก็ไม่ได้ให้การคุ้มครองและเยียวยาแก่ผู้เสียหาย

* นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

เท่าที่ควร เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ พบว่ามีบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้เสียหายได้มากกว่ากฎหมายอื่น ๆ ซึ่งนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้บังคับ อันเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัตินิยามของ “สินค้า” ซึ่งมีความหมายอย่างกว้าง โดยเปิดโอกาสให้นักกฎหมายตีความคำว่า “สินค้า” อยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ว่าหมายรวมถึงเลือดด้วย ซึ่งหากเลือดมีความไม่ปลอดภัยแล้ว อาจนำไปสู่ความรับผิดของบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเข้าลักษณะของผู้ประกอบการด้วย จากการศึกษากฎหมายและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น พบว่า กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์จะใช้บังคับกับสินค้าที่ผลิตในเชิงอุตสาหกรรมเป็นจำนวนมาก ๆ โดยในกรณีที่เกี่ยวข้องเลือดนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับกับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการถ่ายเลือดที่ไม่ปลอดภัย โดยผู้จัดหาเลือดไม่ต้องรับผิดภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ส่วนกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้เลือดเป็นสินค้า และผู้จัดหาเลือดต้องรับผิดภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มีเจตนารมณ์คุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ถูกผลิตในเชิงอุตสาหกรรม อีกทั้ง การให้หรือการถ่ายเลือดเป็นการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่งที่มีผลต่อชีวิตมนุษย์ ทำให้บทบาทของบุคลากรทางการแพทย์เทียบไม่ได้กับบทบาทของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าแต่อย่างใด โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการออกกฎกระทรวง เพื่อยกเว้นไม่ให้เลือด และผลิตภัณฑ์จากเลือดเป็นสินค้าที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจจะต้องมีการตีความในอนาคต หากมีกรณีพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเลือดที่ไม่ปลอดภัย

Abstract

The purpose of this research is to determine the liability of human blood providers under the liability for damages arising from unsafe products act. This was done by surveying background, concept of a blood transfusion, the legal status of blood, and the development of law for damages arising from unsafe products in order to analyze the problem of defining the scope of the product definition for the purpose of product liability legislation, the so-called “Liability for Damage Arising from Unsafe Products Act B.E. 2551(2008)” whether a blood provider is liable under the Act or not and to what extent if the blood is unsafe as well as offering appropriate legal measures to remedy the damage caused by unsafe blood.

Currently, blood transfusion is a form of vital treatment of human illness since there is nothing that can be replaced. In the meantime, if a blood transfusion to patients is insecure, in particular, there is a serious pathogen contamination. It may cause damage to patients' life, body, and health. Although at present, the claim that the medical staff involved in a blood transfusion or a liability may claim by tort law, contract law, or consumer protection law, these kinds of law did not provide protection and remedies to victims as they should. Considering the Liability for Damage Arising from Unsafe Products Act B.E. 2551, it was found that the Act has come into full force and effect that apply more strict liability than other laws, thereby reducing the victim's burden of proving. Besides the law's definition of "goods" is broadly defined, giving a lawyer the opportunity for a legal interpretation of blood in terms of "goods" under this Act. Therefore, if blood is unsafe, it could lead to the liability of the medical staff, which has the characteristics of entrepreneurs.

From the study of law and the judgements of the courts of foreign countries including the United States, European Union, and Japan, it was found that the product liability law mostly claims upon goods manufactured in the industry. In the case of blood, the United States has a specific legal applicable to the damage caused by unsafe blood transfusions, defining that a blood provider is not liable under strict liability. In contrast, the European Union and Japan require blood products and the blood providers to be liable under strict liability. However, when considering Thailand's product liability legislation, Liability for Damage Arising from Unsafe Products Act B.E. 2551, this law extends the area of tort law by applying the doctrine of "Strict Liability" which claims upon any products being produced in industry as well as blood transfusion that is claimed to be such a treatment which affects human life. Consequently, the role of medical personnel is not comparable to the role of entrepreneurs who produce products.

In conclusion, the author recommends that there should be Ministry Rules issued to exclude blood and blood products from the Act, Liability for Damage Arising from Unsafe Products Act B.E. 2551 and to avoid problems that may need to be interpreted whether there is a dispute in relation to the damage caused by unsafe blood in the future.

๑. บทนำ

เลือดหรือโลหิตที่ไหลเวียนอยู่ทั่วร่างกายของมนุษย์เปรียบเสมือนสายธารที่หล่อเลี้ยงชีวิต หากวันใดสายธารเหือดแห้ง ชีวิตก็ถึงกาลอวสาน และดับสูญ จากความสำคัญของเลือดนี้ ทำให้วงการทางด้านวิทยาศาสตร์และทางด้านการแพทย์ เริ่มต้นศึกษาความรู้เกี่ยวกับเลือด รวมถึงแนวความคิดในการถ่ายเลือดจากมนุษย์สู่มนุษย์ ก้าวหน้ามาตลอดระยะเวลาหลายร้อยปี และมีส่วนช่วยรักษาชีวิตผู้คนให้รอดพ้นจากความเจ็บป่วยและความตาย

เมื่อพิจารณาส่วนประกอบของเลือด พบว่าเลือดประกอบด้วย ๓ ส่วนสำคัญ ได้แก่ ๑. เซลล์เม็ดเลือดแดง (red blood cell) ๒. บัฟฟิโคท (buffy coat) ซึ่งมีส่วนประกอบ ๒ ส่วน ได้แก่ เม็ดเลือดขาว (white blood cell) และเกล็ดเลือด (platelet) และ ๓. น้ำเลือด (plasma)* เลือดจึงเป็นตัวกลางในการพา น้ำ สารอาหาร สารพิษ เชื้อโรคที่แปลกปลอมไปยังอวัยวะส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย ในขณะเดียวกัน เลือดก็รับเอาสารที่ปล่อยออกมาจากอวัยวะต่าง ๆ ทั้งที่ปกติและไม่ปกติ^๑ การถ่ายเลือด (blood transfusion) จึงอาจส่งผ่านทั้งเชื้อโรค สารพิษ และสิ่งแปลกปลอมต่าง ๆ ไปยังอวัยวะทุกส่วนของร่างกาย และอาจก่อให้เกิดความผิดปกติของร่างกายได้โดยง่ายและรวดเร็ว โดยเฉพาะการถ่ายเลือดที่มีการปนเปื้อนหรือมีโรคแฝงอยู่ เช่น เลือดที่มีโรคเอดส์ หรือโรคไวรัสตับอักเสบ เป็นต้น นอกจากนี้ ในการถ่ายเลือด ผู้ป่วย

ที่ต้องการเลือด ก็ยังไม่มีโอกาสคัดเลือกเลือดที่จะเข้าสู่ร่างกายของตนด้วย ซึ่งหากบุคลากรทางการแพทย์ใช้วิทยาการทางวิทยาศาสตร์อย่างถูกวิธี ก่อนการถ่ายเลือด โดยการคัดเลือกและถ่ายเลือดที่เหมาะสมและดีที่สุด อาจป้องกันปัญหาจากการถ่ายเลือดได้

ในสมัยก่อนนั้น ยังไม่มีวิธีการตรวจสอบที่สามารถยืนยันได้ว่าเลือดนั้นมีการปนเปื้อนหรือมีโรคแฝงอยู่หรือไม่ จึงทำให้เกิดปัญหาการติดเชื้อโรคร้ายแรงต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการติดเชื้อเอดส์ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการขายเลือดให้แก่โรงพยาบาลเป็นจำนวนมาก เมื่อคดีขึ้นสู่ศาล โดยในระยะแรก ศาลตัดสินให้โรงพยาบาลผู้จำหน่ายเลือดต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัดเช่นเดียวกับการขายสินค้าประเภทอื่น แม้ว่าโรงพยาบาลจะไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าเลือดนั้นติดเชื้อโรคก็ตาม ซึ่งส่งผลทำให้การรวบรวมเลือดและการซื้อขายเลือดลดน้อยลง ต่อมาในระยะหลังนี้ วงการแพทย์ได้ค้นพบวิธีการตรวจสอบหาเชื้อโรคเอดส์ในเลือดที่เชื่อถือได้ หากบุคลากรทางการแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (due care) ในการตรวจสอบหาเชื้อโรคเอดส์ในเลือด ประกอบกับด้วยเหตุที่เลือดเป็นสิ่งสำคัญต่อสุขภาพอนามัยและชีวิตของมนุษย์ ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา จึงได้ออกกฎหมายเฉพาะเพื่อยกเว้นความรับผิดโดยเคร่งครัดของผู้จัดหาเลือด และในปัจจุบัน รัฐจำนวน ๔๘ รัฐของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้มาใช้บังคับแล้ว โดย

* ธีรบุษ วิทยานันต์, “กลุ่มเลือดสำคัญต่อชีวิตอย่างไร” (๒๕๔๙) ๒๓:๒ วารสารรวมคำแห่ง ๑๑๗, ๑๑๗-๑๒๒.

^๒ ชูชาติ อาริจิตรานุสรณ์, “การตรวจเลือด” (๒๕๓๖) ๑:๑ วารสารศูนย์การศึกษาต่อเนื่อง มหาวิทยาลัยขอนแก่น ๓๐, ๓๐-๓๓.

กำหนดให้การจัดหาเลือดเป็น “บริการ” ไม่ใช่การขายสินค้า เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับประเด็นการถ่ายเลือดที่ติดเชื้อโรคเอดส์ขึ้น ศาลจึงพิจารณาความรับผิดของผู้จัดหาเลือดเฉพาะประเด็นความประมาทเลินเล่อ (negligence) เท่านั้น^๓ ส่วนในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น ก็มีปัญหาเกี่ยวกับการถ่ายเลือดที่มีเชื้อโรคเอดส์เช่นเดียวกัน ซึ่งกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ประกอบกับความเห็นทางวิชาการได้ตีความให้เลือดและผลิตภัณฑ์ที่ทำจากเลือดเป็นสินค้าด้วย จึงทำให้เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้จัดหาเลือดจึงต้องรับผิดโดยเคร่งครัดภายใต้กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์^๔ ซึ่งทั้ง ๓ กลุ่มประเทศนี้ถือเป็นต้นแบบที่ดีและมีความชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมายกับกรณีข้อพิพาทอันเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดจากเลือดที่ไม่ปลอดภัย สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับแก่กรณีความเสียหายที่เกิดจากเลือดที่ไม่ปลอดภัย เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น การฟ้องร้องบุคลากรทางการแพทย์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักความผิด โดยกำหนดให้โจทก์มีการพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก เพราะขั้นตอนหรือกระบวนการเกี่ยวกับการจัดเตรียมและการถ่ายเลือดอยู่ในความรู้เห็นของบุคลากรทางการแพทย์แต่ฝ่ายเดียว ส่วนหลักความรับผิดทางสัญญา โดยเฉพาะสัญญาซื้อขาย ในประเด็นความ

รับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องก็มุ่งคุ้มครองเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายกันเท่านั้น ไม่ได้คุ้มครองไปถึงความเสียหายแก่ชีวิตร่างกาย ทรัพย์สินอื่นนอกจากตัวทรัพย์สินที่ชำรุดบกพร่องนั่นเอง อีกทั้งก็มีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายด้วย ขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ ก็ไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภค แม้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภคในทางแพ่งได้ แต่การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายแทนผู้บริโภคก็ใช้หลักการของการดำเนินคดีละเมิดทั่วไป จึงไม่อาจให้การเยียวยาแก่ผู้เสียหายได้อย่างเป็นธรรม นอกจากนี้ แม้ผู้เสียหายอาจฟ้องร้องบุคลากรทางการแพทย์ เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๕๑ ก็ตาม แต่ก็เป็นการฟ้องร้องบังคับตามสัญญาให้บริการทางการแพทย์ และต้องพิสูจน์ข้อพิพาทว่าด้วยวิธีการรักษาของแพทย์ ซึ่งแม้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นนี้จะตกแก่ฝ่ายบุคลากรทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๒๙ ก็ตาม แต่ก็ยังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับความสามารถของผู้เสียหายในการหักล้างหรือถามค้านถึงความถูกต้องแท้จริงของกระบวนการรักษา ซึ่งในความเป็นจริงย่อมมีเพียงบุคคลในสังกัดแพทย์สภาเท่านั้นที่อาจจะสนับสนุนหรือคัดค้านกันเองได้ หลักกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงต่างมีข้อจำกัดที่ไม่อาจให้ความคุ้มครองและเยียวยาแก่

^๓ Lauren Rosner, “Seeing Red: An Examination of Blood Shield Statutes” (2012) *Trial Bar News* ๙ : 9-10.

^๔ ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายและคำพิพากษาเปรียบเทียบกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๒) ๖๔.

ผู้เสียหายได้ดีเท่าที่ควร เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ พบว่า มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ผู้เสียหายอย่างมาก กล่าวคือ กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม อันเป็นการนำหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้บังคับเพื่อบรรเทาภาระแก่ผู้เสียหายในการพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ประกอบการ โดยผู้เสียหายมีหน้าที่เพียงพิสูจน์ว่าความเสียหายที่ตนได้รับเกิดจากสินค้าของผู้ประกอบการเท่านั้น ซึ่งหากผู้ได้รับบาดเจ็บที่ไม่ปลอดภัยสามารถใช้สิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ ก็อาจได้รับความคุ้มครองได้อย่างดียิ่ง สำหรับประเด็นแรกที่ต้องพิจารณาก่อนนำไปสู่การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือดอันเป็นประเด็นปัญหาหลักของงานวิจัยนี้ คือ สถานภาพทางกฎหมายของเลือดว่าเป็นสินค้า ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ หรือไม่ โดยต้องนำสภาพและลักษณะเฉพาะของเลือดประกอบกับบทบาทในการรักษาเปรียบเทียบกับบทบาทในทางพาณิชย์เพื่ออธิบายสถานภาพทางกฎหมายของเลือดให้มีความชัดเจน ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ได้บัญญัติคำนิยามของ “สินค้า” หมายความว่า สิ่งหรือทรัพย์สินทุกชนิดที่ผลิตหรือนำเข้าเพื่อขาย..... และคำนิยามของ “ผลิต” หมายความว่า ทำ ผสม ประสาน ประกอบ ประดิษฐ์ แปรสภาพ เปลี่ยนรูป ดัดแปลง คัดเลือก แบ่งบรรจุ แยกเยือกแข็ง หรือฉายรังสี รวมถึงการกระทำใด ๆ ในลักษณะทำนองเดียวกัน อีกทั้งคำนิยาม “ขาย” หมายความว่า จำหน่าย

จ่าย แจก หรือแลกเปลี่ยน เพื่อประโยชน์ทางการค้า และให้หมายความรวมถึงให้เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหาตลอดจนเสนอ ชักชวน หรือนำแสดงออกเพื่อการดังกล่าว จะเห็นว่า นิยามดังกล่าว ไม่ได้มีความหมายเช่นคำสามัญ หากแต่เป็นการกำหนดคำที่มีความหมายเฉพาะในทางกฎหมาย จึงเป็นการสื่อความหมายในทางกว้างและเปิดโอกาสให้มีการตีความคำว่า “สินค้า” โดยอาจหมายรวมถึงเลือดที่ให้หรือถ่ายแก่ผู้ป่วยด้วย กล่าวคือ ตามแนวความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะทรัพย์สินนั้น แม้ปกติอวัยวะทุกส่วนในร่างกายตลอดจนเลือดที่ประกอบกันเป็นร่างกายมนุษย์ จะไม่ถือเป็นทรัพย์สินก็ตาม แต่หากอวัยวะบางส่วนแยกออกจากร่างกายแล้ว ก็อาจเป็นทรัพย์สินตามสภาพของวัตถุนั้น ๆ ได้ เลือดที่นำออกจากร่างกายมนุษย์ย่อมมีลักษณะเดียวกัน เลือดจึงอาจเป็นสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ เมื่อมีการถ่ายเลือดให้แก่ผู้ที่ต้องการเลือด จำต้องมีกระบวนการในการจัดหา คัดเลือก และแบ่งบรรจุ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการผลิตและการแจกจ่าย แม้ไม่ได้นำเลือดนั้นแลกรวบรวมมาโดยตรงก็ตาม แต่การผลิตดังกล่าวย่อมมีต้นทุน เนื่องจากผู้จัดหาเลือด จะต้องสูญเสียทรัพยากรหลายประการ ทั้งที่เป็นของตนเองหรือขององค์กรกลางเกี่ยวกับการจัดการเลือด อีกทั้งการให้เลือดนับเป็นประโยชน์ส่วนหนึ่งในทางธุรกิจหรือกิจการของสถานพยาบาล จึงอาจถือเป็นการขายเช่นกัน หากเลือดที่ได้ถ่ายไปนั้น มีเชื้อโรคหรือสิ่งแปลกปลอมรวมอยู่ด้วย จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้รับการถ่ายเลือดได้ ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงสนใจศึกษาปัญหาหลักว่า พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.

๒๕๕๑ มีเจตนารมณ์ให้ผู้จัดหาเลือดต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ โดยมีความจำเป็นที่ต้องวิเคราะห์นัยคำว่า “สินค้า” ว่ามีความหมายรวมถึงเลือดด้วยหรือไม่ อันจะเป็นแนวทางวิเคราะห์ขอบเขตของการกำหนดประเภทของสินค้า และความรับผิดของผู้จัดหาเลือด เพื่อเป็นประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายและเสนอมาตรการทางกฎหมายสนับสนุนที่เหมาะสมในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากเลือดที่ไม่ปลอดภัยได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

๒. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิดเกี่ยวกับการให้หรือถ่ายเลือด และสถานภาพทางกฎหมายของเลือด

๒. เพื่อศึกษาที่มา แนวคิด และพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

๓. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดขอบเขตความหมายของสินค้า เพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑

๔. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ความรับผิดของผู้จัดหาเลือดว่าจะต้องรับผิดชอบภายใต้กฎหมายใดเพียงใด

๕. เพื่อเสนอมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการเลือดที่ไม่ปลอดภัย

๓. วิธีดำเนินงานวิจัย

การศึกษาวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษาด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (documents research) โดยจะใช้วิธีการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงจากหนังสือ บทความวารสาร รายงานการประชุมในการร่างหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง และเอกสารอื่นๆ ทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ ตลอดจนอ้างอิงหลัก แนวคิด และความเห็นของนักนิติศาสตร์

๔. ผลของการวิจัย

มีปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ ดังนี้

๔.๑ ขอบเขตความหมายของ “สินค้า” กรณีเลือด

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศต่างๆ สามารถแบ่งสถานภาพทางกฎหมายของเลือดได้เป็น ๒ กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ ๑ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ (Restatement (Third) of Torts : Products Liability (๑๙๙๗)) ซึ่งได้บัญญัตินิยามของ “สินค้า” ไว้ชัดเจน โดยไม่มีความหมายรวมถึงเลือดและเนื้อเยื่อของมนุษย์ด้วย นอกจากนี้ แม้จะมีกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับแก่กรณีความเสียหายที่เกิดจากเลือดที่ไม่ปลอดภัย (Blood Shield Statute) ก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าว ก็ไม่ได้บัญญัติให้เลือดเป็นสินค้าแต่อย่างใด

กลุ่มที่ ๒ กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น สำหรับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เมื่อพิจารณาข้อกำหนดสหภาพยุโรปที่ ๘๕/๓๗๔ ในข้อ ๒ พบว่า ไม่ได้ให้นิยามของสินค้าว่าให้หมายความรวมถึงเลือดอย่างชัดเจน แต่จากการ

ศึกษาค้นคว้า ปรากฏในคดี A and Others v. National Blood Authority ที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับติดเชื้อไวรัสตับอักเสบบีจากการถ่ายเลือด ซึ่งในคดีนี้ไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าเลือดเป็นสินค้าหรือไม่ หากแต่มีประเด็นในการวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์ความไม่ปลอดภัยของสินค้าเท่านั้น เนื่องจากคู่ความทั้งสองฝ่ายต่างยอมรับว่าเลือดเป็นสินค้า โดยศาลพิพากษาว่าเลือดที่ปนเปื้อนเชื้อเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ดังนี้ เลือดจึงเป็นสินค้าที่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดสหภาพยุโรปที่ ๘๕/๓๗๔ ด้วยสำหรับประเทศญี่ปุ่น ซึ่งได้รับอิทธิพลในการบัญญัติกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์มาจากข้อกำหนดสหภาพยุโรปที่ ๘๕/๓๗๔ เมื่อพิจารณานิยามของ “สินค้า” ในข้อ ๒ (๑) ตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของญี่ปุ่น หมายถึง “สังหาริมทรัพย์ใดๆ ซึ่งถูกผลิตหรือแปรรูป” ประกอบกับเอกสารอธิบายกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศญี่ปุ่นแล้ว พบว่า “สินค้า” ย่อมมีความหมายรวมถึงเลือดเนื้อเยื่อมนุษย์ และผลิตภัณฑ์จากเลือดและเนื้อเยื่อมนุษย์ด้วย เนื่องจากผลิตภัณฑ์ที่ทำจากเลือดและวัคซีนต้องผ่านกระบวนการเติมสารกันเสีย (preservatives) อันเข้าลักษณะเป็นการแปรรูป ดังนั้น กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น จึงถือว่าเลือดเป็นสินค้า ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาสถานภาพทางกฎหมายของเลือดว่าเป็นสินค้าหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัตินิยามของสินค้าอย่างกว้าง อันมีข้อความครอบคลุมความหมาย

ของเลือดด้วยเช่นเดียวกับกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ได้ให้นิยามของ “สินค้า” อันประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ ๓ ประการ ซึ่งได้แก่

๑. สินค้าต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งต้องพิจารณาลักษณะและสภาพของเลือดว่าเป็นสังหาริมทรัพย์หรือไม่ เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ให้นิยามของสังหาริมทรัพย์ไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำกฎหมายลักษณะทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในการพิจารณา เมื่อพิจารณามาตรา ๑๓๗ มาตรา ๑๓๘ และมาตรา ๑๔๐ ประกอบกันแล้ว เห็นว่า สิ่งใดจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือไม่ นั้น สิ่งนั้นย่อมจะต้องเป็นทรัพย์สิ้นเสียก่อน สำหรับนิยามของทรัพย์สิ้นนั้น ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งกันอยู่ในประเด็นบริบทที่ว่า “...ซึ่งอาจมีราคา และอาจถือเอาได้” บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์จะนำบริบทนั้นมาขยายความคำว่าทรัพย์ด้วยหรือไม่ ซึ่งนักกฎหมายหลายท่าน มีความเห็นแตกต่างกันไปเป็น ๒ แนวทาง โดยแนวความเห็นแรก กล่าวว่า นอกจากทรัพย์จะเป็นวัตถุมีรูปร่างแล้ว ทรัพย์จะต้องเป็นสิ่งที่อาจมีราคา และอาจถือเอาได้อีกด้วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นเป็นอย่างเดียวกับความเห็นที่สอง ที่กล่าวว่า หากตีความให้ขยายความความหมายของทรัพย์ ว่าต้องเป็นวัตถุซึ่งอาจมีราคา และอาจถือเอาได้อีกด้วยนั้น ก็คงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกบัญญัติความหมายของทรัพย์ไว้เป็นอีกมาตราหนึ่งต่างหาก

แต่จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลเบื้องต้นในทางวิทยาศาสตร์ พบว่า เลือดย่อมจัดเป็นทรัพย์ได้ตามความหมายของทั้งสองแนวความเห็นข้างต้น เนื่องจากเลือดเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง รวมทั้งอาจมีราคา และอาจถือเอาได้อีกด้วย กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงการได้มาหรือการเข้าถึงเอาซึ่งเลือดนั้นย่อมต้องมีราคาหรือภาระค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการเข้าถึงเอาด้วย ซึ่งแบ่งได้เป็น ๓ วิธีการใหญ่ ๆ ได้แก่ วิธีการแรก เป็นขั้นตอนระหว่างผู้ให้เลือดกับผู้จัดหาเลือด ซึ่งผู้จัดหาเลือด ได้แก่ ศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย มีสถานะเป็นองค์กรกลางในการจัดหาเลือดที่ใหญ่ที่สุดของประเทศ โรงพยาบาล และสถานพยาบาล สำหรับประเภทของผู้ให้เลือดนั้นมีหลายประเภทด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ให้เลือดที่ได้รับสิ่งตอบแทนซึ่งในอดีต สิ่งตอบแทนมักจะเป็นเงิน เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศไทย ไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการบริจาคเลือดและเกรงกลัวว่าจะเกิดผลเสียแก่สุขภาพได้ ส่งผลให้ปริมาณเลือดที่มีอยู่ไม่เพียงพอกับความต้องการ จึงทำให้เกิดการซื้อขายเลือดกันขึ้น แต่ในปัจจุบัน การบริการโลหิตของประเทศไทย มีนโยบายที่สอดคล้องกับนโยบายขององค์การอนามัยโลกโดยให้มีการบริจาคเลือดจากผู้สมัครใจและไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ตอบแทน ทำให้การซื้อขายเลือดลดน้อยลง และได้รับเลือดที่มีคุณภาพดี อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่ได้มีการซื้อขายเลือดกันโดยให้สิ่งตอบแทนเป็นเงินก็ตาม แต่ก็คงจะปฏิเสธไม่ได้ว่ามีการให้ผลประโยชน์อย่างอื่น เช่น การให้เข็มที่ระลึก เหรียญกาชาดสมนาคุณ เป็นต้น ซึ่งองค์กรต่างๆที่เป็นผู้จัดหาเลือดจะมอบสิ่งตอบแทนเหล่านั้นให้แก่ผู้บริจาคเลือด โดย

พิจารณาจากปริมาณเลือดหรือจำนวนครั้งที่บริจาคเท่านั้น ไม่ได้คำนึงถึงคุณภาพหรือความปลอดภัยของเลือดที่บริจาคแต่อย่างใด

วิธีการที่สอง เป็นขั้นตอนระหว่างผู้จัดหาเลือดด้วยกัน เนื่องจากในปัจจุบันปริมาณเลือดที่มีอยู่ในธนาคารเลือดของโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลมีไม่เพียงพอกับความต้องการ จึงต้องขอแบ่งปันเลือดมาจากศูนย์บริการโลหิตแห่งชาติ สภากาชาดไทย ซึ่งการเข้าถึงเอาหรือการแบ่งปันเลือดระหว่างผู้จัดหาเลือดด้วยกัน ย่อมมีค่าใช้จ่ายหรือค่าต้นทุนที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เกิดขึ้น

วิธีการที่สาม เป็นขั้นตอนระหว่างผู้จัดหาเลือดกับผู้ป่วยที่ได้รับเลือด ย่อมมีค่าต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ มากมาย ตั้งแต่ขั้นตอนการจัดเตรียมเลือด การเก็บรักษาเลือด การคัดเลือกหรือการตรวจหมู่เลือดในเลือดนั้นให้ตรงกับหมู่เลือดของผู้ป่วย ปริมาณยูนิตของเลือดที่ได้ใช้ไป รวมทั้งค่าบริการของบุคลากรทางการแพทย์ แม้ในปัจจุบันหน่วยงานต่างๆจะเล็งใช้คำในรูปแบบของ “การให้บริการ” หรือ “ค่าบริการ” เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายขององค์การอนามัยโลกก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้ว การเข้าถึงเอาเลือดของผู้ป่วยที่ต้องการเลือด ก็ต้องชำระเงินสำหรับเป็นค่าบริการเลือดหรือส่วนประกอบของเลือดที่ผู้ป่วยต้องจ่ายให้แก่โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลนั่นเอง

ดังนั้น นอกจากเลือดจะเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแล้ว ยังอาจมีราคา และอาจถือเอาได้ตามเหตุผลข้างต้น อันมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน เลือดจึงเป็นสิ่งห้ามทรัพย์ได้ตามกฎหมาย

๒. สินค้าต้องถูกผลิตหรือถูกนำเข้า ผู้เขียนมุ่งเน้นในการวิเคราะห์คำว่า “ผลิต” อันเกี่ยวกับประเด็นศึกษากรณีเลือดเป็นสำคัญ ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔ วรรคสี่ ได้ให้นิยามของคำว่า “ผลิต” เป็นการเฉพาะ การปรับใช้กฎหมายดังกล่าว จึงต้องพิจารณาตามความหมายที่กำหนดไว้เป็นสำคัญ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาขั้นตอนในการเตรียมเลือดสำหรับให้หรือถ่ายแก่ผู้ป่วยนั้น พบว่า บุคลากรทางการแพทย์ผู้รับผิดชอบทางโลหิตวิทยา ต้องนำเลือดมาใส่สารกันเลือดแข็ง แบ่งใส่ภาชนะที่เหมาะสม แล้วนำไปแช่ตู้ในอุณหภูมิที่สามารถรักษาความสดหรือคุณภาพของเลือด อีกทั้ง เมื่อมีการถ่ายเลือด ก็ต้องคัดเลือกเลือดที่เหมาะสมกับผู้ป่วยที่ต้องการเลือด โดยตรวจสอบหมู่เลือดของผู้ให้เลือดและผู้รับเลือดให้ตรงกันด้วย การกระทำต่างๆดังกล่าว จึงเป็นการ “ผสม” สารกันเลือดแข็งเข้ากับเลือด ดำเนินการ “แบ่งบรรจุ” “แช่เยือกแข็ง” ให้เลือดอยู่ในอุณหภูมิที่เหมาะสม และ “คัดเลือก” เลือดให้เข้ากับผู้ป่วย อันเข้าลักษณะแห่งความหมายของการผลิตตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ทั้งสิ้น และ

๓. สินค้าต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อขาย พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔ วรรคสอง ได้ให้นิยามของคำว่า “ขาย” ซึ่งสามารถแยกสาระสำคัญได้เป็น ๒ ประการ กล่าวคือ ประการแรก การขาย ต้องเป็นการจำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน เช่า ให้เช่าซื้อ จัดหาเสนอชักชวน หรือนำออกแสดง และประการที่สอง การขาย ต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า

ในประการแรกนี้ หากพิจารณาภูมิหลังของการให้หรือถ่ายเลือดของประเทศไทย มีหลักฐานที่แสดงถึงการเสียค่าใช้จ่ายเป็นค่าเลือดและส่วนประกอบของเลือดที่โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาล เรียกเก็บในการรักษาพยาบาล อันเป็นเงินประเภทหนึ่งของสวัสดิการค่ารักษาพยาบาล ตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. ๒๕๒๓ และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่า ในอดีตนั้น โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลเคยเรียกเก็บเงินค่าเลือดอย่างเปิดเผยเพื่อเป็นหลักฐานในการเบิกสวัสดิการดังกล่าว แต่เหตุที่ในปัจจุบันนี้ แม้โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาล ซึ่งเป็นผู้จัดหาเลือดจะไม่ได้เรียกเก็บเงินค่าเลือดอย่างเปิดเผยดังเช่นในอดีตก็ตาม แต่จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูล พบว่า ผู้จัดหาเลือดมักจะเรียกเก็บเป็นค่าบริการในการจัดการเกี่ยวกับเลือดและส่วนประกอบของเลือด โดยคำนวณจากปริมาณยูนิตของเลือดที่ผู้ป่วยใช้ ซึ่งปรากฏหลักฐานตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่องอัตราค่าบริการสาธารณสุขเพื่อใช้สำหรับการเบิกจ่ายค่ารักษาพยาบาลในสถานพยาบาลของทางราชการ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๙ และตามหลักเกณฑ์การคิดค่าบริการในการใช้เลือดของธนาคารเลือดในโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลต่าง ๆ ผู้รับการถ่ายเลือดจึงมีค่าใช้จ่ายที่ต้องชำระแก่โรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลที่ได้ให้เลือดให้แก่เขา โดยปรากฏในใบเสร็จหรือใบรับเงินค่าใช้จ่ายนั้นว่าเป็นค่าวัสดุ อุปกรณ์ ค่าบริการทางการแพทย์ โดยไม่ปรากฏว่าเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับมูลค่าของเลือดนั้นโดยตรง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญา โดยเปรียบเทียบระหว่างสัญญาซื้อขายกับ

สัญญาให้บริการทางการแพทย์ พบว่า ผู้รับการให้หรือถ่ายเลือด มีจุดประสงค์ในการรับมอบเลือดยิ่งกว่าการรับบริการการให้เลือดหรือวัสดุอุปกรณ์นั้น ทำให้การให้หรือถ่ายเลือด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับการจำหน่าย แจกจ่ายเลือด

ในประการที่สอง การขายต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าเท่านั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นกฎหมายสาขาหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผู้เสียหายต้องเสนอคดีเป็นคดีผู้บริโภค อันเป็นการจัดประเภทคดีโดยคำนึงถึงความไม่เท่าเทียมกันของคู่ความ นอกจากนี้ ความหมายของผู้ประกอบการหรือผู้ประกอบการธุรกิจ ยังมีความหมายอย่างกว้างกว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการโดยมีค่าตอบแทนและกระทำเป็นทางค้าปกติอีกด้วย ดังนั้น การให้บริการทางการแพทย์ แม้ผู้ให้บริการจะเป็นหน่วยงานของเอกชนหรือของรัฐก็ตาม หากมีการเรียกค่าตอบแทน ย่อมถือว่าโรงพยาบาลหรือสถานพยาบาลเหล่านั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งการพิจารณาถึงความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนี้ควรต้องตีความกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนี้ การให้เลือดจึงถือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าตามความหมายนี้ด้วย มิฉะนั้น อาจทำให้กฎหมายที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน มีผลทางกฎหมายที่หลวมล่าไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์กฎหมาย

ดังนี้ เลือด จึงเข้าลักษณะของสินค้าตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑

๔.๒ ขอบเขตความหมายของ “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” กรณีความไม่ปลอดภัยที่เกิดจากเลือด จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศต่างๆ การพิจารณาลักษณะของสินค้าที่ไม่ปลอดภัยของทุกกลุ่มประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยพิจารณาถึงความคาดหวังของบุคคลทั่วไปในความปลอดภัยของสินค้า โดยไม่ได้พิจารณาถึงความคาดหวังในสินค้าของผู้เสียหายแต่อย่างใด สำหรับในกรณีของเลือด เมื่อบุคคลมีความจำเป็นต้องรับการให้หรือถ่ายเลือด มักมีความคาดหวังว่าเลือดที่ตนจะได้รับย่อมมีความปลอดภัยโดยปราศจากการปนเปื้อนสิ่งแปลกปลอมต่างๆ เนื่องจากผู้จัดหาเลือดเป็นองค์กรหรือบุคลากรทางการแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ ย่อมต้องตรวจสอบถึงความปลอดภัยของเลือดมาเป็นอย่างดีแล้ว ก่อนจะให้หรือถ่ายเลือดให้แก่ผู้ป่วยได้ ซึ่งความไม่ปลอดภัยของเลือดนั้น มักมีสาเหตุส่วนใหญ่ที่ตรงกัน คือ เลือดมีการปนเปื้อนเชื้อโรคต่างๆ อย่างไรก็ตาม หากต้องพิจารณาว่าเลือดที่มีการปนเปื้อนเชื้อโรคเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ผู้เขียนขอแบ่งเป็น ๒ กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ ๑ ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ (Restatement (Third) of Torts : Products Liability (๑๙๙๗)) และกฎหมายเฉพาะ (Blood Shield Statute) ก็ได้บัญญัติให้เลือดเป็นสินค้าแต่อย่างใด ทำให้เลือดที่มีการปนเปื้อนเชื้อโรค

ต่างๆ โดยเฉพาะโรคเอดส์ จึงไม่อาจเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้

กลุ่มที่ ๒ กลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น สำหรับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ข้อกำหนดสหภาพยุโรปที่ ๘๕/๓๗๔ ไม่ได้ให้นิยามของ“สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้ปรากฏคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับความไม่ปลอดภัยของเลือดในคดี A and Others v. National Blood Authority ที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยศาลให้เหตุผลว่า ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะคาดหวังว่าเลือดปลอดเชื้อ เลือดที่ปนเปื้อนเชื้อจึงเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัย สำหรับประเทศญี่ปุ่น กฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของญี่ปุ่น ได้ให้นิยามของ “ความบกพร่องหรือความไม่ปลอดภัย” ในข้อ ๒ (๒) ประกอบกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความบกพร่องหรือความไม่ปลอดภัยของผลิตภัณฑ์จากเลือด ซึ่งนำมาใช้ในการให้หรือถ่ายเลือด โดยมีเงื่อนไข ๓ ประการ ดังนี้

ประการแรก มีการนำผลิตภัณฑ์จากเลือดมาใช้ในการรักษาพยาบาลชีวิตมนุษย์โดยไม่มีการรักษาพยาบาลวิธีอื่นใดที่จะแทนที่การใช้ผลิตภัณฑ์จากเลือด

ประการที่สอง มีการให้คำเตือนถึงผลความเป็นไปได้จากการติดเชื้อไวรัสหรือผลข้างเคียงอันเกิดจากปฏิกิริยาเกี่ยวกับภูมิคุ้มกัน

ประการที่สาม ไม่มีวิธีการตรวจสอบใดๆ ที่สามารถจัดความเสี่ยงเกี่ยวกับการติดเชื้อไวรัส

หรือผลข้างเคียงอันเกิดจากปฏิกิริยาเกี่ยวกับภูมิคุ้มกันได้

ซึ่งหากเข้าเงื่อนไขทั้ง ๓ ประการข้างต้น เมื่อการปนเปื้อนของเชื้อไวรัสและผลข้างเคียงอันเกิดจากปฏิกิริยาเกี่ยวกับภูมิคุ้มกันที่เทคนิคทางวิทยาศาสตร์ไม่สามารถป้องกันได้ จึงไม่ควรแปลความให้ผลิตภัณฑ์จากเลือดนั้นมีความบกพร่อง^๔

ดังนี้ หากเลือดมีการปนเปื้อนเชื้อโรคร้ายแรงที่อาจตรวจสอบได้แล้ว เลือดจึงเข้าลักษณะของสินค้าที่ไม่ปลอดภัยตามกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ของประเทศญี่ปุ่น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาว่าเลือดเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัตินิยามของสินค้าที่ไม่ปลอดภัยอย่างกว้างเช่นเดียวกับกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้ให้นิยามของ “สินค้าที่ไม่ปลอดภัย” ไว้ในมาตรา ๔ วรรคเจ็ด ซึ่งต้องประกอบด้วยลักษณะ ๒ ประการ กล่าวคือ ประการแรก ต้องมีความบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งใน ๓ ลักษณะ อันได้แก่ ความบกพร่องในการผลิต หรือการออกแบบ หรือไม่ได้กำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษาคำเตือนหรือ

^๔ Thomas Leo Madden, “An Explanation of Japan’s Product Liability Law” (๑๙๙๖) ๕:๒ *Pacific Rim Law & Policy Journal* ๓๐๕, ๓๐๕-๓๐๖.

ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือกำหนดไว้แต่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชัดเจนตามสมควร และประการที่สอง ความบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งใน ๓ ลักษณะต้องก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหาย นอกจากนี้ไม่ว่าสินค้านั้นจะมีความบกพร่องในลักษณะใดก็ตาม ก็ใช้หลักเกณฑ์ความคาดหวังของผู้บริโภคในการวัดความไม่ปลอดภัยของสินค้าทั้งสิ้น

สำหรับความไม่ปลอดภัยของเลือดสามารถแบ่งได้เป็น ๓ กลุ่มสำคัญ ได้แก่

๑. ความไม่ปลอดภัยอันเนื่องมาจากการจัดเก็บ ซึ่งหากจัดเก็บในอุณหภูมิที่ไม่เหมาะสมอาจทำให้เกิดการตกตะกอนหรือเม็ดเลือดแตกสลายได้

๒. ความไม่ปลอดภัยอันเนื่องมาจากเลือดที่ให้ไม่เข้ากันกับเลือดของผู้ป่วย กล่าวคือเมื่อให้เลือดที่มีหมู่เลือดไม่ตรงกับหมู่เลือดของผู้ป่วยแล้ว ผู้ป่วยจะมีอาการไข้ หนาวสั่น ปวดศีรษะ คลื่นไส้ อาเจียน เจ็บหรือแสบบริเวณตำแหน่งที่ให้เลือด ปวดตามข้อต่างๆ และหากอาการรุนแรงมากก็อาจทำให้ผู้ป่วยมีภาวะช็อกถึงขั้นเสียชีวิตได้

๓. ความไม่ปลอดภัยอันเนื่องมาจากเลือดมีสิ่งแปลกปลอมปนเปื้อนอยู่ เช่น เชื้อไวรัส ตับอักเสบบางชนิด เชื้อโรคเอดส์ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า ความไม่ปลอดภัยอันเกิดจากเลือดที่ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่ได้รับการให้หรือถ่ายเลือด ล้วนเกิดจากความบกพร่องอันถือได้ว่าเป็นขั้นตอนการผลิตทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ในการวัดความไม่ปลอดภัยของสินค้าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็น

ความบกพร่องประเภทใดก็ตาม ได้ใช้เกณฑ์ความคาดหวังของวิญญูชนที่ใช้สินค้าว่าสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ว่าสินค้านั้นมีความไม่ปลอดภัยอันเห็นได้ชัด ซึ่งในกรณีของการให้หรือถ่ายเลือดนั้น ขั้นตอนต่างๆ เกี่ยวกับการจัดหา จัดเตรียมเลือดล้วนแล้วแต่อยู่ในความรู้เห็นของบุคลากรทางการแพทย์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับโลหิตวิทยา เมื่อการให้หรือถ่ายเลือดอันถือเป็นวิธีการรักษาพยาบาลอย่างหนึ่ง ผู้ป่วยโดยทั่วไปมักไม่ได้คาดเห็นได้ชัดว่าเลือดที่ตนจะได้รับหรือได้รับมีความไม่ปลอดภัยอยู่ด้วย ในทางตรงกันข้าม ผู้ป่วยมักคาดหวังว่าเลือดนั้นมีความปลอดภัย เพราะผู้ทำการรักษาพยาบาลย่อมจัดหา จัดเตรียม และตรวจสอบคุณภาพของเลือดมาเป็นอย่างดีว่ามีความปลอดภัยก่อนที่จะให้หรือถ่ายเลือดแก่ผู้ป่วย

ดังนั้น เลือดจึงเข้าลักษณะของสินค้าที่ไม่ปลอดภัยอันเนื่องมาจากการบกพร่องในการผลิตของผู้จัดหาเลือด

๔.๒ ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือด

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศต่าง ๆ ข้างต้น สามารถแบ่งความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือดได้เป็น ๒ กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ ๑ ผู้จัดหาเลือดที่ไม่ต้องรับผิดชอบหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อยู่ในกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์ หากแต่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายเฉพาะ โดยมีประเด็นพิจารณาเฉพาะความประมาทเลินเล่อเท่านั้น ได้แก่ ในประเทศสหรัฐอเมริกา

กลุ่มที่ ๒ ผู้จัดหาเลือดที่ต้องรับตามหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่อยู่ในกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ ได้แก่ ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป และประเทศญี่ปุ่น กฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ของทั้งสองกลุ่มประเทศจึงมีหลักการค่อนข้างคล้ายกัน สำหรับในหัวข้อ ๔.๑ ได้วิเคราะห์สถานภาพทางกฎหมายของเลือดมาแล้ว จึงไม่มีปัญหาในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือดมากนัก เพราะเมื่อเลือดถือเป็นสินค้าตามกฎหมายแล้ว หากเกิดความเสียหายที่เกิดจากเลือดที่ไม่ปลอดภัย ผู้จัดหาเลือดในฐานะผู้ผลิตจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว ซึ่งความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือดในกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์ของญี่ปุ่น ได้บัญญัติให้ผู้ผลิตหรือบุคคลซึ่งอยู่ในสถานะเดียวกับผู้ผลิตต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยในข้อ ๓ ผู้ผลิตในความหมายที่แคบที่สุด จึงหมายถึงบุคคลที่ผลิต หรือแปรรูปสภาพสินค้าในเชิงธุรกิจ ผู้จัดหาเลือดย่อมอยู่ในสถานะเดียวกัน สำหรับกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ผู้ผลิตจะต้องรับผิดชอบเมื่อความไม่ปลอดภัยของสินค้ามีอยู่ก่อนการส่งมอบ ซึ่งต้องตีความ “การนำสินค้าออกวางตลาด” ว่ามีความหมายเพียงใด โดยสามารถเทียบเคียงกับคดี C-๑๒๗/๐๔ เกี่ยวกับการนำวัคซีนชนิดหนึ่งออกวางตลาด ซึ่งศาลถือว่าสินค้าวางตลาดเมื่อสินค้านั้นได้พ้นจากกระบวนการผลิตแล้วและเข้าสู่ขั้นตอนทางการตลาดในสภาพที่เสนอต่อสาธารณชนเพื่อใช้หรือบริโภคได้ เลือดก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับวัคซีน เมื่อเลือดพ้นจากกระบวนการอันอาจถือได้ว่าเป็นการผลิตแล้วเข้าสู่ขั้นตอนที่พร้อมจะให้หรือถ่ายแก่ผู้ป่วยที่ต้องการเลือด และเลือดนั้นมีการปนเปื้อนเชื้อโรคมาด้วย อาจถือได้ว่าเลือดนั้นมี

ความไม่ปลอดภัยก่อนการให้หรือถ่ายเลือด อันทำให้ผู้จัดหาเลือดหรือผู้ผลิตต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากเลือดที่ไม่ปลอดภัยตามนัยของข้อกำหนดสหภาพยุโรปที่ ๘๕/๓๗๔ ได้เช่นเดียวกัน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้จัดหาเลือด ควรต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัตินิยามของ “ผู้ประกอบการ” ซึ่งต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้น เป็นการบัญญัติในทางกว้าง ซึ่งอาจมีข้อความที่ครอบคลุมถึงผู้จัดหาเลือดได้เช่นเดียวกับกฎหมายของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขความรับผิดชอบผู้ประกอบการในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ สามารถแยกพิจารณาได้เป็น ๓ ประการใหญ่ ได้แก่

๑. ต้องเป็นผู้ประกอบการ ซึ่งนิยามของ “ผู้ประกอบการ” ในมาตรา ๔ วรรคสามที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาของงานวิจัยฉบับนี้ คือ “ผู้ผลิต” แต่พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ให้นิยามของ “ผู้ผลิต” แต่อย่างใด จึงต้องอาศัยการพิจารณาประกอบกับนิยามของคำว่า “ผลิต” เป็นสำคัญ ซึ่งได้วิเคราะห์ในหัวข้อ ๔.๑ มาแล้วข้างต้น ผู้จัดหาเลือดย่อมเข้าลักษณะของผู้ผลิตได้เช่นกัน

๒. ความเสียหายนั้นต้องเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ย่อมแสดงให้เห็นว่าต้องเป็นสินค้าและเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย ซึ่งประเด็นนี้

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ตามเหตุผลในหัวข้อ ๔.๑ มาแล้ว
ข้างต้น เลือดจึงเป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้ และ

๓. สินค้านี้ต้องได้มีการขายให้แก่
ผู้บริโภคแล้ว ประเด็นสำคัญคือ การขายต้องเป็น
ไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ซึ่งความหมายของการ
ขายตามพระราชบัญญัตินี้มีความหมายกว้างกว่า
ความหมายของการซื้อขายที่บัญญัติไว้ในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์กล่าว คือ ได้รวมถึง
กิจกรรมหลายประการ เช่น การจำหน่าย จ่าย
แจก ฯลฯ ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยที่
ไม่จำเป็นต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์เสมอไป การให้หรือ
ถ่ายเลือด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับการจำหน่าย
แจกจ่ายเลือดดังที่ได้วิเคราะห์ตามเหตุผลในหัวข้อ
๔.๑ มาแล้ว

ดังนั้น ผู้จัดหาเลือดจึงเข้าลักษณะของ
“ผู้ผลิต” ซึ่งต้องรับผิดชอบได้หลักความรับผิดโดย
เคร่งครัด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความ
เสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.
๒๕๕๑ แต่อย่างไรก็ตาม การนำพระราชบัญญัติ
ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่
ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มาใช้บังคับกับความรับผิด
ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเลือดที่ไม่ปลอดภัยใน
ประเทศไทย จะส่งผลโดยตรงให้บุคลากรทางการแพทย์
หรือโรงพยาบาลซึ่งเป็นผู้จัดหาเลือด อาจต้อง
รับผิดชอบได้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดเช่นเดียวกับ
ผู้ประกอบการที่ผลิตหรือนำเข้าสินค้าเพื่อขาย
กล่าวคือ ผู้เสียหายที่ได้รับเลือดเพียงพิสูจน์ได้ว่า
ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากเลือดที่ได้รับจาก
ผู้จัดหาเลือด โดยไม่ต้องพิจารณาว่าความเสียหาย
นั้นเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาท

เลินเล่อหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้ผู้จัดหาเลือดต้องรับผิด
เช่นเดียวกับกับผู้ผลิตสินค้าอุปโภคบริโภคโดย
ทั่วไป ในขณะที่ประโยชน์ที่ได้จากเลือดนั้นมี
ลักษณะแตกต่างจากประโยชน์ที่ได้จากสินค้า
อุปโภคบริโภคอย่างชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อ
พิจารณาลักษณะสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย
ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ
ฉบับนี้ ทำให้สามารถเข้าใจได้ชัดเจนว่า พระราช-
บัญญัติฉบับนี้มุ่งประสงค์คุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับ
กรณีความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่มีลักษณะ
เป็นการผลิตทางอุตสาหกรรมมากกว่าการมุ่งเอา
ความรับผิดจากผู้จัดหาเลือด แต่ที่เป็นประเด็น
ปัญหาในเรื่องนี้ คือ การบัญญัติคำนิยามของคำว่า
“สินค้า” ที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้
ไม่มีความชัดเจนเท่าที่ควร ซึ่งทำให้อาจตีความ
หมายได้ว่าสินค้าหมายรวมถึงเลือดได้และนำ
ไปสู่ความรับผิดของผู้จัดหาเลือด จึงอาจก่อให้เกิด
ปัญหาในการใช้บังคับกฎหมาย กล่าวคือ เมื่ออาจ
ตีความได้ว่าเลือดถือเป็นสินค้าตามพระราชบัญญัติ
ฉบับนี้แล้ว หากมีความเสียหายที่เกิดจากเลือดดัง
กล่าว ผู้ที่เกี่ยวข้องกับความไม่ปลอดภัยของเลือด
มากที่สุด คือ ผู้จัดหาเลือด ซึ่งอาจเป็นโรงพยาบาล
สถานพยาบาลหรือบุคลากรทางการแพทย์ ย่อม
ต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวตามหลักความ
รับผิดโดยเคร่งครัด โดยที่ผู้จัดหาเลือดอาจหลุดพ้น
จากความรับผิดดังกล่าวได้ต่อเมื่อสามารถนำสืบ
ถึงเหตุหลุดพ้นจากความรับผิดตามมาตรา ๗ ได้
เท่านั้น ย่อมอาจเกิดความไม่เหมาะสมในการใช้
บังคับกฎหมาย และอาจเกิดปัญหาการขาดแคลน
เลือดในการรักษาพยาบาลในอนาคตข้างหน้า

๖. การอภิปรายผลและข้อเสนอแนะ

เมื่อพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ มีเจตนารมณ์คุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ในลักษณะของสินค้าที่ถูกผลิตขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยไม่ได้มีเจตนารมณ์ให้สินค้ารวมถึงเลือด ผลิตภัณฑ์ที่ทำจากเลือดหรือเนื้อเยื่อมนุษย์ด้วย จึงส่งผลให้ผู้จัดหาเลือดไม่ต้องรับผิดชอบภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเห็นควรปรับปรุงกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ ให้มีข้อความที่ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดนิยามของ “สินค้า” ในมาตรา ๔ เพื่อประโยชน์ในการแก้ปัญหาของการบัญญัติคำนิยามดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้ดำเนินการประกาศและบังคับใช้

“กฎกระทรวงกำหนดเลือด ให้เป็นสินค้าที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมาย ว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.

อาศัยอำนาจตามความในบทนิยามคำว่า “สินค้า” ในมาตรา ๔ และมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา.....ประกอบกับ

มาตรา.....ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นายกรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

กำหนดให้เลือด เนื้อเยื่อมนุษย์ และผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากเลือดหรือเนื้อเยื่อมนุษย์ เป็นสินค้าที่ได้รับยกเว้นตามบทนิยามคำว่า “สินค้า” ในมาตรา ๔

ให้ไว้ ณ วันที่...เดือน.....พ.ศ.....

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ - เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. ๒๕๕๑ ไม่มีเจตนารมณ์ให้สินค้ามีความหมายรวมถึงเลือดด้วย ประกอบกับได้กำหนดความรับผิดของผู้ประกอบการภายใต้หลักกฎหมายความรับผิดโดยเคร่งครัดซึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายอย่างมาก การบัญญัตินิยามของสินค้าตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มีความหมายกว้างหลายนัย ซึ่งอาจหมายความว่าถึงเลือดด้วย เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายตีความได้ อาจทำให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของไทย จึงมีความจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้”



บรรณานุกรม

ชูชาติ อารีจิตรานุสรณ์, “การตรวจเลือด” (๒๕๓๖) ๑:๑ วารสารศูนย์การศึกษาต่อเนื่อง มหาวิทยาลัย
ขอนแก่น ๓๐.

ธีรบุษ วิชญนันต์, “กลุ่มเลือดสำคัญต่อชีวิตอย่างไร” (๒๕๔๙) ๒๓:๒ วารสารรามคำแหง ๑๑๗.

ศักดิ์ดา ธนิตกุล, คำอธิบายและคำพิพากษาเปรียบเทียบกฎหมายความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก
สินค้าที่ไม่ปลอดภัย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๒)

Lauren Rosner, “Seeing Red: An Examination of Blood Shield Statutes” (2012) *Trial Bar News* 9.

Thomas Leo Madden, “An Explanation of Japan’s Product Liability Law” (1996) 5:2 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 305.





อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงาน ทำงานบ้าน: ศึกษาความเหมาะสมและผลกระทบ ทางกฎหมายในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบัน

The ILO Convention No. 189 Decent Work for
Domestic Workers: A Study of Feasibility and
Legal Impacts on Thailand's Ratification

รัชต์ บุราทร*
วริยา ล้ำเลิศ**

บทคัดย่อ

ลูกจ้างทำงานบ้านเป็นแรงงานที่พบเห็นได้ทั่วไป เป็นอาชีพเก่าแก่ที่สุดอาชีพหนึ่งในสังคม โดยทั่วไปแล้วแรงงานที่ประกอบอาชีพเหล่านี้มักถูกเรียกว่า “คนรับใช้” หรือ “คนใช้” และเป็นที่เข้าใจกันว่า เป็นคนมีหน้าที่คอยรับใช้ ทำงานบ้านทำหน้าที่อย่างแม่บ้าน เช่น ทำความสะอาด ทำอาหาร ซักผ้า รีดผ้า ดูแลรับใช้คนในบ้าน กฎหมายแรงงานของประเทศไทยเรียกลูกจ้างเหล่านี้ว่า ลูกจ้างทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย แต่ก็มิได้ให้คำจำกัดความหรือคำนิยามไว้อย่างชัดเจน แต่โดยการตีความของศาลฎีกา ศาลได้ถือเอาลักษณะในการทำงานว่ามีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วยหรือไม่เป็นเหตุสำคัญ หากลูกจ้างทำงานที่มีลักษณะเป็นงานบ้าน แต่เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือแสวงกำไรของนายจ้าง ก็ไม่ถือว่าเป็นลูกจ้างทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย

ปัจจุบัน ลูกจ้างทำงานบ้านได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานแต่เพียงบางเรื่องเท่านั้น แม้จะมีกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๕๕) ออกมาเพื่อขยายความคุ้มครองให้แก่ลูกจ้างทำงานบ้านเพิ่มขึ้น แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นใช้บังคับแก่นายจ้างซึ่งจ้างลูกจ้างทำงานบ้านในหลายประการที่สำคัญ เช่น

*มหาวิทยาลัยสุรนารีศึกษานิเทศศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วริยา ล้ำเลิศ รองคณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ไม่ให้การคุ้มครองเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำ ไม่กำหนดชั่วโมงการทำงาน และไม่ให้สิทธิได้รับค่าชดเชยเมื่อถูกเลิกจ้าง อีกทั้งไม่ถือว่าลูกจ้างทำงานบ้านเป็น “ลูกจ้าง” ตามกฎหมายเงินทดแทนและกฎหมายประกันสังคม จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวอีกด้วย ดังนั้น เห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านของประเทศไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน เพราะจากการศึกษาพบว่า กฎหมายของประเทศไทยยังให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านไว้ไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบัน ไม่เท่าเทียมกับผู้ใช้งานประเภทอื่น และไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว

ผู้วิจัยเห็นว่า เนื่องจากสภาพการทำงานที่มีลักษณะพิเศษของงานบ้าน หากนำบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้ใช้งานทั่วไปมาใช้บังคับแก่ลูกจ้างทำงานบ้าน อาจส่งผลให้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างเหมาะสม จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านเป็นการเฉพาะ ในกฎหมายนี้ควรกำหนดนิยาม “งานบ้าน” ให้ชัดเจน กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ให้ครอบคลุมกำหนดเวลาการทำงาน เงื่อนไขและสภาพการจ้างงาน ค่าตอบแทน สวัสดิการที่สมควรได้รับ และประเทศไทยควรให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน และควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ซึ่งถือเป็นกรอบมาตรฐานแรงงานสากลสำหรับลูกจ้างทำงานบ้าน อันจะทำให้ลูกจ้างทำงานบ้านในประเทศไทยมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น และได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกับผู้ใช้งานประเภทอื่น

คำสำคัญ: แรงงานระหว่างประเทศ ลูกจ้างทำงานบ้าน

Abstract

The domestic employee, generally we met in many houses, is one of the ancient occupations in several societies. These employees are so-called “laborers” or “servants” and recognized as the ones who are paid to do personal services for someone or for families on houseworks such as cleaning, cooking, laundering or serving. According to Thai Labor Law, these workers are called “Employee who is employed for domestic work which does not involve in business” and not any definitions given at all; but by making use of the Supreme Court’s rulings the nature of work that whether includes a business or not is a very important factor: if employees do houseworks in the employer’s business or in his profit seeking task, they are not domestic workers excluding the business according to the Thai Labor Laws.

Nowadays, domestic workers are protected by labor laws inequitably because of the Ministerial Regulation No.๑๔ (BE 2555) excluded domestic workers from obtaining the minimum wage, limiting working-hours and having right to get compensation whenever they are dismissed. In addition, domestic workers cannot get any advantage from Indemnity Act and Social Insurance Act because both Acts do not count domestic workers in the “employee” of their definitions

This thesis studies and analyses a set of new international standards – Convention No.189 and Recommendation No.201 concerning decent work for domestic workers to consider feasibilities and worthiness and looks for legal consequences that will come into existence when Thailand ratifies Convention No.189

With the study and analysis, Thai laws do not treat domestic workers equally to other kind of workers, unsuitable for today society and moreover the domestic workers protections at present are not consistent with Convention No.189 concerning decent work for domestic workers, which is the labor standard for domestic workers particularly.

Domestic workers perform work that has working and living conditions different from other categories of workers, and the provision of the existing law cannot protect domestic workers properly and successfully. In researcher’s opinion, there should be provisions to look after domestic workers separately. Thailand ought to ratify Convention No.189 concerning decent work for domestic workers and should amend laws and regulations to comply with Convention No.189 which is the international standard for domestic workers to improve living and working conditions of domestic workers on par with other categories of workers

Keywords: ILO, Domestic Workers

บทนำ

ลูกจ้างทำงานบ้านเป็นแรงงานที่เราสามารถพบเห็นได้ทั่วไปกระทั่งในบ้านของเราเอง อาจจะเรียกได้ว่าลูกจ้างทำงานบ้านเป็นแรงงานที่อยู่ใกล้ชิดกับเรามากที่สุด คนจำนวนมากเรียกลูกจ้างทำงานบ้านว่าคนรับใช้ ทำให้ภาพของอาชีพลูกจ้างทำงานบ้านถูกมองว่าต่ำต้อยไร้ศักดิ์ศรี ทั้งที่ลูกจ้างทำงานบ้านก็เป็นแรงงานประเภทหนึ่งที่ใช้กำลังกายและความสามารถในการทำงานดังเช่นแรงงานประเภทอื่น ลูกจ้างทำงานบ้านมีส่วนสำคัญในการช่วยสร้างความเป็นอยู่ที่ดีให้แก่คนในบ้านเนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันที่สมาชิกของครอบครัวส่วนใหญ่ต้องออกไปทำงานนอกบ้าน ทำให้ไม่สามารถดูแลงานบ้านด้วยตนเองได้อย่างเพียงพอ ลูกจ้างทำงานบ้านจึงเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยให้สภาพเศรษฐกิจและสังคมสามารถขับเคลื่อนไปได้โดยราบรื่น

ในส่วนของ การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายแก่ลูกจ้างทำงานบ้าน พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ ได้ให้ความคุ้มครองแรงงานทุกประเภท แต่ลูกจ้างทำงานบ้านได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ แต่เพียงบางส่วนเพราะได้มีกฎกระทรวง พ.ศ. ๒๕๔๑ ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ ระบุข้อยกเว้นไม่ให้ใช้บังคับแก่นายจ้างซึ่งจ้างลูกจ้างทำงานเกี่ยวกับ

งานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย^๑ จึงทำให้ลูกจ้างทำงานบ้านแทบไม่ได้รับความคุ้มครองในเรื่องสำคัญตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ ส่งผลให้ลูกจ้างทำงานบ้านมีสภาพการทำงานที่เลวร้าย ทำให้เกิดการเรียกร้องของกลุ่มลูกจ้างทำงานบ้านขึ้นเรื่อยมา จนกระทั่งได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๕๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ เพื่อขยายความคุ้มครองให้ลูกจ้างทำงานบ้าน เนื่องจากกฎกระทรวงฉบับเก่าให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป^๒ เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน ซึ่งประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างปฏิบัติตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าว และเพื่อให้แรงงานที่ทำงานบ้านได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานเหมือนกับแรงงานประเภทอื่น ๆ ไม่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน^๓ และจะส่งผลให้ลูกจ้างทำงานบ้านได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้นจากเดิม แต่กฎกระทรวงดังกล่าวก็ยังคงมีข้อยกเว้นอยู่หลายประการ ซึ่งไม่ให้ใช้บทบัญญัติบางข้อบังคับแก่นายจ้างซึ่งจ้างลูกจ้างทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย โดยมีข้อยกเว้นสำคัญ เช่น ไม่มีการคุ้มครองให้ได้รับค่าจ้างตามอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ไม่มีการกำหนดชั่วโมงการทำงานที่แน่นอน ไม่มีสิทธิในการลาเพื่อฝึกอบรมหรือพัฒนาความรู้ความสามารถ

^๑ (๒), กฎกระทรวง (พ.ศ. ๒๕๔๑) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑

^๒ หมายเหตุ, กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๕๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑

^๓ กลุ่มงานเผยแพร่ประชาสัมพันธ์, ก.แรงงาน ยินยันท่อตันการใช้แรงงานเด็กทำงานบ้าน เพื่อให้โอกาสทางการศึกษา และพัฒนาชีวิตเด็กไทยให้สดใส (๑๓ สิงหาคม ๒๕๕๖) กระทรวงแรงงาน <<http://www.mol.go.th/anonymouse/news/31517>>.

ไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยเมื่อถูกเลิกจ้าง ลูกจ้างหญิงมีครรภ์ไม่มีสิทธิลาคลอด ไม่มีการคุ้มครองลูกจ้างหญิงที่จะไม่ถูกเลิกจ้างด้วยเหตุมีครรภ์^๔ เป็นต้น

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) ได้มีการกำหนดมาตรฐานแรงงานในการคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านขึ้น คือ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (อนุสัญญา) ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน มีเจตนารมณ์จะให้ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้ต้องทำการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับนี้ และนอกจากนั้นองค์การแรงงานระหว่างประเทศยังได้ให้การรับรองข้อแนะนำองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ข้อแนะฯ) ฉบับที่ ๒๐๑ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน อันเป็นข้อแนะนำและแนวทางในการปฏิบัติสำหรับประเทศต่างๆ เพื่อนำไปปรับใช้ ข้อแนะฯฉบับที่ ๒๐๑ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้านไม่มีสภาพที่ต้องให้สัตยาบัน อนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศถือเป็นมาตรฐานและกฎหมายแม่แบบในการนำไปปรับปรุงกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ให้สัตยาบัน

มาตรฐานแรงงานทั้งสองเป็นการวางพื้นฐานในการปรับปรุงสภาพการทำงาน และคุณภาพชีวิตของลูกจ้างทำงานบ้านหลายสิบล้านคน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นผู้หญิง ผู้อพยพ และผู้ที่ด้อยโอกาสทางสังคม แรงงานเหล่านี้จึงมีความเสี่ยงสูงที่จะถูกเอารัดเอาเปรียบ มาตรฐานแรงงานดังกล่าวจึงเป็นเสมือนสิ่งที่สร้างความมั่นใจให้แก่ลูกจ้างทำงานบ้านว่า พวกเขามีสิทธิตามกฎหมายเท่าเทียมกับผู้ใช้แรงงานอื่น และได้รับการยอมรับในระบบเศรษฐกิจ อนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน จึงเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้าน ให้มีความเท่าเทียมกับแรงงานประเภทอื่น ๆ การให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านตามระบบมาตรฐานแรงงานสากลเป็นการพัฒนาที่สำคัญอย่างยิ่งในการบรรลุเป้าหมายงานที่มีคุณค่าสำหรับผู้ใช้แรงงานทุกคน จะทำให้อาชีพทำงานบ้านเป็นงานที่มีคุณค่าเช่นเดียวกับการประกอบอาชีพอื่น^๕

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน หากประเทศไทยให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าว ย่อมต้องเกิดผลกระทบกับกฎหมายภายในประเทศ โดยต้องมีการ

^๔ (๒), กฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ.๒๕๕๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.๒๕๔๗

^๕ International Labour Office, *Global and regional estimates on domestic workers*, Domestic Work Policy Brief No. 4, 2011 (8 July 2013) International Labour Office <http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_155951/lang--en/index.htm>.

^๖ International Labour Office, *Decent Work for Domestic Workers Convention 189 & Recommendation 201* (Geneva: ILO, 2011), Preface.

แก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้าน เพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าว

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบให้ทราบถึงความเหมาะสมและผลกระทบทางกฎหมาย ในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน เพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลในการพิจารณาหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย ในส่วนของการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านของประเทศไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าวต่อไป

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมา สถานการณ์ ปัจจุบัน และแนวทางเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านในประเทศไทย

๒. เพื่อศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหากฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน และข้อแนะฉบับที่ ๒๐๑ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน

๓. เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดรูปแบบ และกฎหมาย ในการคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านให้เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อการพัฒนาไปสู่มาตรฐานแรงงานสากล

๔. เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสม และผลกระทบทางกฎหมายในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน

๕. เพื่อศึกษาและค้นหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านของไทยให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับอนุสัญญา ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน และข้อแนะ ฉบับที่ ๒๐๑ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน

วิธีดำเนินงานวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยมุ่งทำการศึกษา ค้นคว้าจากหนังสือ ตำรา บทความทางวิชาการ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ เอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง อนุสัญญา ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน ข้อแนะฉบับที่ ๒๐๑ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยทำการศึกษาวิจัยถึงประโยชน์และภาระติดพันที่ต้องปฏิบัติ แล้วนำมาเทียบเคียงกับกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยในส่วนของการคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้าน เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบันอนุสัญญา พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับลูกจ้างทำงานบ้านของประเทศไทยต่อไป

สรุปผลการวิจัย

ลูกจ้างทำงานบ้านในประเทศไทยถูกยกเว้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายคุ้มครองแรงงานในหลายประการที่สำคัญ รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องก็มิได้ให้ความ

คุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านอย่างเหมาะสม ดังนั้น หากประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน ย่อมต้องส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในประเทศ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านของประเทศต่าง ๆ ที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ กับการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านตามกฎหมายของประเทศไทย เพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างในสาระสำคัญเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้าน

จากการวิจัยพบว่า กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านในประเทศไทยในปัจจุบัน นั้น ส่วนใหญ่มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับอนุสัญญา ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน แต่ก็ยังมีบทบัญญัติในบางเรื่องที่ยังขัดต่อบทบัญญัติอนุสัญญา หรือไม่ครอบคลุมไปถึงการให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้าน ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากประเทศไทยจะให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย และเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติอนุสัญญาดังกล่าวนี้ด้วย

ความเหมาะสมในการที่ประเทศไทยจะ ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่า ด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงาน บ้าน

นอกจากผลกระทบในทางกฎหมายแล้ว ในการวิเคราะห์หาความเหมาะสมว่าประเทศไทย ควรให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้านหรือไม่ จะต้อง

พิจารณาถึงประโยชน์และการติดพันที่จะได้รับการ การให้สัตยาบันในอนุสัญญานี้ นั้นด้วย เนื่องจาก เป็นการขยายความคุ้มครองให้แก่ลูกจ้างทำงาน บ้าน จึงไม่เพียงแต่ส่งผลต่อนายจ้างและลูกจ้าง ทำงานบ้านเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อภาครัฐ ด้วย ทั้งในเรื่องต้นทุนหรืองบประมาณในการให้ ความคุ้มครองทางการประกันสังคมและเงิน ทดแทน ตลอดจนความต้องการในการจ้างงาน และภาระหน้าที่ที่ต้องเพิ่มขึ้นของนายจ้าง จึงได้ ศึกษาเปรียบเทียบประโยชน์และการติดพันที่จะ ได้รับและต้องกระทำหลังจากการให้สัตยาบันใน อนุสัญญา ดังกล่าวด้วย

ประโยชน์ที่จะได้รับการให้สัตยาบัน อนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มี คุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน

เมื่อประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญา ฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงาน ทำงานบ้านและ รัฐบาลไทยได้ปรับปรุงแก้ไข กฎหมายและเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้ สอดคล้องกับอนุสัญญานั้นแล้ว จะทำให้ลูกจ้าง ทำงานบ้านมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น โดยได้รับการปฏิบัติ อย่างเท่าเทียมกับผู้ใช้แรงงานประเภท ส่งเสริม การรวมตัวจัดตั้งองค์กรลูกจ้างทำงานบ้าน อันจะ ทำให้ลูกจ้างทำงานบ้านมีอำนาจในการต่อรองทั้ง กับนายจ้างและรัฐบาล ส่งผลให้รัฐบาลจะต้อง ทำการปรึกษารื้อถอนองค์การนายจ้างของลูกจ้าง ทำงานบ้านและองค์กรลูกจ้างทำงานบ้าน ดำเนิน มาตรการต่าง ๆ ตามบทบัญญัติของอนุสัญญา และต้องกำหนดทิศทางและนโยบายในเรื่องการให้ ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านร่วมกันด้วย

ทั้งหมดที่กล่าวมานี้ หากรัฐบาลไทยสามารถดำเนินการได้เป็นผลสำเร็จ นอกจากจะก่อให้เกิดประโยชน์โดยตรงแก่ลูกจ้างทำงานบ้านแล้วยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมในการจัดการเลือกปฏิบัติ การกำจัดการค้ามนุษย์ การบังคับใช้แรงงานและเป็นการลดปัญหาสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

ภาระติดพันที่จะต้องกระทำหลังจากการให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน

เมื่อมีการให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้านแล้ว รัฐบาลมีภาระติดพันในการปรับปรุงแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญานี้ โดยจะต้องมีการรายงานผลการดำเนินงานให้องค์การแรงงานระหว่างประเทศทราบ เพื่อที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศจะได้พิจารณาว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในอนุสัญญาครบถ้วนหรือไม่ ซึ่งหากไม่สามารถปฏิบัติตามได้ อาจจะถูกสอบสวนและถูกกล่าวประนามในที่ประชุมองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลเสียต่อประเทศเป็นอย่างมาก

การให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้านจะส่งผลให้นายจ้างที่จ้างลูกจ้างทำงานบ้านต้องมีการเพิ่มมากขึ้น ทั้งในเรื่องค่าจ้างและสวัสดิการที่ต้องจัดให้แก่ลูกจ้างทำงานบ้าน และมีหน้าที่ในการเก็บบันทึกและรายงานต่าง ๆ อันอาจส่งผลกระทบ

ต่อความต้องการในการจ้างงานลูกจ้างทำงานบ้านได้ หรืออาจทำให้นายจ้างที่จ้างลูกจ้างทำงานบ้านอยู่แล้วรับภาระที่เพิ่มขึ้นไม่ไหว ทำให้ลูกจ้างทำงานบ้านต้องออกจากงาน ส่งผลให้เกิดการว่างงานซึ่งเป็นปัญหาต่อสังคมได้ อีกทั้งการให้สัตยาบันอนุสัญญา นี้ทำให้รัฐบาลต้องมีการเพิ่มขึ้นจากการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ตามบทบัญญัติของอนุสัญญา ซึ่งส่งผลให้รัฐต้องเสียงบประมาณในด้านสวัสดิการและการประกันสังคม และงบประมาณในการเพิ่มอัตราค่าจ้างเจ้าหน้าที่ให้เพียงพอต่อการดำเนินงานต่าง ๆ อีกด้วย

อภิปรายผล

ลูกจ้างทำงานบ้าน หมายถึง ผู้ที่ได้รับการว่าจ้างให้ทำงานในหรือเพื่อครัวเรือนหนึ่ง หรือหลายครัวเรือน เช่น การทำอาหาร การทำความสะอาดบ้าน การซักผ้ารีดผ้า ดูแลเด็กหรือผู้สูงอายุ เป็นต้น ในประเทศไทย ลูกจ้างทำงานบ้านส่วนใหญ่พักอาศัยอยู่ในครัวเรือนอันเป็นสถานที่ทำงาน และไม่มีสภาพการจ้างงานที่แน่นอน และจากการที่งานบ้านถูกตีค่าต่ำ คนทั่วไปเห็นว่าการบ้านเป็นอาชีพที่ได้ค่าจ้างน้อยและไม่ต้องอาศัยความชำนาญใดๆ ทำให้ลูกจ้างทำงานบ้านเป็นอาชีพที่ถูกมองว่าไม่มีเกียรติและศักดิ์ศรีในสังคมไทย แรงงานต่างด้าวจึงเข้ามาแทนที่ในส่วนนี้ทั้งที่เข้าเมืองมาแบบถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย

ลูกจ้างทำงานบ้านเป็นแรงงานที่มีได้มีผลผลิตทางเศรษฐกิจให้เห็นเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน เพราะไม่มีระบบภาษีหรือระบบเงินเดือน ค่าจ้างและสภาพการจ้างงานที่แน่นอน ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน

พ.ศ. ๒๕๔๑ ในประการสำคัญหลายประการ ได้รับความคุ้มครองไม่เท่าเทียมกับผู้ใช้แรงงานประเภทอื่น ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ลูกจ้างทำงานบ้านมิได้เป็นแรงงานในภาคการผลิตโดยตรง แต่ลูกจ้างทำงานบ้านก็มีบทบาทในการสนับสนุนให้สภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศสามารถดำเนินไปได้โดยราบรื่น เพราะถ้าหากไม่มีลูกจ้างทำงานบ้านช่วยแบ่งภาระในบ้านให้แก่ครอบครัว สมาชิกของครอบครัวก็คงไม่สามารถทำงานนอกบ้านได้อย่างสะดวกสบายไร้กังวลดังที่เป็นอยู่ องค์การแรงงานระหว่างประเทศเห็นว่า ลูกจ้างทำงานบ้านมีส่วนสำคัญในระบบเศรษฐกิจโลก โดยการแบ่งเบาภาระในครอบครัว ดูแลผู้สูงอายุ เด็กและผู้พิการ และช่วยเพิ่มโอกาสในการประกอบอาชีพของทั้งชายและหญิง แม้งานบ้านจะถูกมองข้ามและถูกประเมินค่าต่ำ เสี่ยงต่อการถูกเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงาน และเสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน แต่องค์การแรงงานระหว่างประเทศเห็นว่าลูกจ้างทำงานบ้านควรได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้ใช้แรงงานอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการมีเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการเจรจาต่อรอง การไม่ใช้แรงงานเด็ก การไม่เลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ การคุ้มครองจากการล่วงละเมิด การคุกคามและการใช้ความรุนแรง การได้รับความคุ้มครองการจ้างงานที่เป็นธรรม การดำรงชีพและการทำงานที่มีคุณค่า การจ่ายค่าจ้างไม่น้อยกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำโดยไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน และที่ประชุมองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ตระหนักถึงลักษณะเฉพาะของการทำงานบ้าน จึงจำเป็นต้องมีมาตรฐานเฉพาะสำหรับลูกจ้างทำงานบ้านเพิ่มเติมจากมาตรฐานทั่วไป โดยได้ตกลงกันกำหนด

หลักการดังกล่าวไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน และข้อแนะนำฉบับที่ ๒๐๑ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน ซึ่งมาตรฐานแรงงานทั้งสองนี้เป็นหลักประกันมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้าน ให้มีความเท่าเทียมกับแรงงานประเภทอื่นๆ ซึ่งทำให้ความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านเข้าสู่ระบบมาตรฐานแรงงานสากล เป็นการพัฒนาที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับผู้ใช้แรงงานทุกคน และทำให้อาชีพทำงานบ้านเป็นงานที่มีคุณค่าเช่นเดียวกับอาชีพอื่น

แนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

หากประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ ๑๘๙ ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน จะต้องดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว ในการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ควรคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสม ให้สอดคล้องกับสภาพการทำงานของลูกจ้างทำงานบ้าน และควรมุ่งเน้นไปที่การขยายความคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านให้เท่าเทียมกับผู้ใช้แรงงานอื่น ควรปรับปรุงพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ เพื่อให้ลูกจ้างทำงานบ้านมีสิทธิเป็นผู้ประกันตนเช่นเดียวกับลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบการ ควรแก้ไขหรือยกเลิกข้อยกเว้นตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ ๑๔ (พ.ศ. ๒๕๕๕) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ เพื่อให้ลูกจ้างทำงานบ้านได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครอง

แรงงานเท่าเทียมกับผู้ใช้แรงงานอื่น แต่เนื่องจาก บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ นั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ผู้ใช้แรงงานทั่วไป อาจส่งผลให้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างเหมาะสมตามสภาพการทำงานที่มีลักษณะพิเศษของการทำงานบ้าน และอาจส่งผลกระทบต่อ สิทธิหน้าที่ของนายจ้างมากจนเกินไป รัฐบาลควร ดำเนินการออกกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้าง ทำงานบ้านเป็นการเฉพาะ ซึ่งควรอยู่ในรูปแบบ ของพระราชบัญญัติ เนื่องจากพระราชบัญญัตินั้น มีความเป็นอิสระ ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแม่บท ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดข้อจำกัดในเรื่องการบังคับใช้ อีกทั้งกระบวนการในการตรากฎหมายยังมีความ ละเอียดมากกว่ากฎหมายในรูปแบบอื่น โดยรัฐบาล ควรดำเนินการจัดตั้งคณะกรรมการในการร่าง พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งควรประกอบไปด้วย นักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญ ตัวแทนทั้งจากองค์กรฝ่าย นายจ้างและองค์กรฝ่ายลูกจ้างทำงานบ้าน เพื่อให้การบัญญัติกฎหมายเป็นไปอย่างเหมาะสมและ ครอบคลุมลูกจ้างทำงานบ้านทุกประเภท โดยบท บัญญัติของร่างพระราชบัญญัติควรมีข้อกำหนด ดังนี้

๑. การกำหนดนิยามของงานบ้าน ควร กำหนดความหมายของ “งานบ้าน” ไว้ในส่วนบท นิยามของพระราชบัญญัติ โดยกำหนดอย่างชัดเจน และครอบคลุมถึงลักษณะของงานบ้านในทุกประเภท ให้เป็นงานที่ทำเพื่อประโยชน์ของครัวเรือนหนึ่ง หรือหลายครัวเรือน และประโยชน์ดังกล่าวมิได้เป็น ไปในทางแสวงหาผลกำไรของครัวเรือน โดยมีต้อง คำนึงว่างานดังกล่าวจะทำในสถานที่ใด

๒. การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ ควรกำหนดให้พระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้ ครอบคลุมถึงลูกจ้างทุกคนที่รับจ้างทำงานบ้านตาม ความสัมพันธ์ทางการจ้างงาน ไม่ว่าจะมิใช่ลักษณะ การทำงานในรูปแบบใดก็ตาม แต่ต้องไม่รวมถึง ลูกจ้างที่ทำงานบ้านเป็นครั้งคราว และที่ไม่ได้เป็น ไปเพื่อการประกอบอาชีพ

๓. การกำหนดเวลาในการทำงาน พระราชบัญญัติควรมีการกำหนดชั่วโมงในการ ทำงานไว้ในหมวดการใช้แรงงานทั่วไป โดยมีการ กำหนดเวลาในการทำงานอย่างเคร่งครัด เช่น การกำหนดชั่วโมงในการทำงานปกติ การทำงาน ล่วงเวลา เป็นต้น

๔. การรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไข และสภาพการจ้างงาน เพื่อให้ลูกจ้างทำงานบ้านได้ รับการแจ้งให้ทราบถึงเงื่อนไขและสภาพการจ้าง งาน กฎหมายควรมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว เช่น การกำหนดให้มีการแจ้งเงื่อนไขและสภาพการ ทำงานเป็นหนังสือ การกำหนดให้มีแบบตัวอย่าง สัญญาสำหรับการจ้างงานลูกจ้างทำงานบ้าน เป็นต้น

๕. การคุ้มครองในเรื่องการมีชีวิตความเป็นอยู่ที่เหมาะสม กฎหมายควรกำหนดให้นายจ้าง ต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างทำงานบ้านอย่างเหมาะสม โดยไม่คุกคามหรือล่วงละเมิดใดๆต่อลูกจ้างทำงาน บ้าน และสำหรับลูกจ้างทำงานบ้านที่อาศัยอยู่ใน ครัวเรือนอันเป็นสถานที่ทำงาน กฎหมายควร กำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างทำงานมีสภาพ การดำรงชีวิตที่เหมาะสม โดยเคารพถึงสิทธิความเป็น ส่วนตัวของลูกจ้างทำงานบ้าน รวมถึงการจัด ให้ลูกจ้างทำงานบ้านได้รับอาหารและที่พักอาศัย

อย่างเหมาะสม และการให้ความช่วยเหลือเบื้องต้น
ในยามเจ็บป่วย เป็นต้น

๖. การคุ้มครองในเรื่องสภาพการทำงาน
กฎหมายควรกำหนดให้ลูกจ้างทำงานบ้านได้รับความคุ้มครองต่างๆ ในเรื่องสภาพการทำงาน เช่น การได้รับเวลาพักระหว่างการทำงาน การมีวันหยุด และวันลา โดยในการบัญญัติข้อกำหนดดังกล่าว ควรให้ความสำคัญในการหารือกับองค์กรนายจ้าง และลูกจ้างทำงานบ้านด้วย

๗. การคุ้มครองในเรื่องการจ่ายค่า
ตอบแทน กฎหมายควรมีบทบัญญัติคุ้มครอง
ในเรื่องการจ่ายค่าตอบแทน เช่น การคุ้มครอง
ในเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำ การควบคุมการหักเงินค่า
ตอบแทน

๘. การคุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านที่เป็น
เด็ก พระราชบัญญัติควรมีบทบัญญัติที่ให้ความ
คุ้มครองลูกจ้างทำงานบ้านที่เป็นเด็กเป็นการเฉพาะ
เช่น การกำหนดชั่วโมงในการทำงาน การให้ความ
คุ้มครองในเรื่องการลาเพื่อการศึกษาอบรม
การเก็บบันทึกและการจัดแจ้งการจ้างงานลูกจ้าง
ทำงานบ้านเด็ก เป็นต้น

๙. การคุ้มครองในเรื่องการประกันสังคม
นอกจากการปรับปรุงพระราชบัญญัติประกันสังคม
พ.ศ. ๒๕๓๓ ให้ลูกจ้างทำงานบ้านมีสิทธิเป็นผู้
ประกันตนตามกฎหมายแล้ว ควรมีการกำหนด
อัตรารายได้ขั้นต่ำที่ต้องจ่ายเงินสมทบของลูกจ้าง
ทำงานบ้าน และอัตราการจ่ายเงินสมทบของ
นายจ้างที่จ้างลูกจ้างทำงานบ้านเป็นการเฉพาะไว้
ในพระราชบัญญัติด้วย



บรรณานุกรม

กลุ่มงานเผยแพร่ประชาสัมพันธ์, ก.แรงงาน ยืนยันต่อต้านการใช้แรงงานเด็กทำงานบ้าน เพื่อให้โอกาส
ทางการศึกษา และพัฒนาชีวิตเด็กไทยให้สดใส (๑๓ สิงหาคม ๒๕๕๖) กระทรวงแรงงาน <[http://
www.mol.go.th/anonymouse/news/31517](http://www.mol.go.th/anonymouse/news/31517)>.

International Labour Office, *Decent Work for Domestic Workers Convention 189 &
Recommendation 201* (Geneva: ILO, 2011)

International Labour Office, Global and regional estimates on domestic workers, Domestic
Work Policy Brief No. 4, 2011 (8 July 2013) International Labour Office <[http://
www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_155951/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_155951/lang--en/index.htm)>



โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) แข่งขันหรือหลอกลวง?

ลักกพันธุ์ จิตรจง*

ภัทรพร เย็นบุตร*

บทคัดย่อ

การโฆษณาเปรียบเทียบอันได้แก่การโฆษณาที่นำเสนอข้อมูลให้เห็นว่าสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาเปรียบเทียบกับสินค้าหรือบริการของผู้อื่น ซึ่งปัจจุบันในประเทศไทยพบว่ายังไม่เป็นที่นิยมมากนัก ทั้งที่ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่าเป็นประโยชน์อย่างยิ่งด้วยว่าเป็นเครื่องมือแสดงให้ผู้บริโภคทราบข้อมูลที่เป็นจริง และสะดวกในการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือบริการที่เหมาะสมกับความต้องการของผู้บริโภค เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในกฎหมายไทย ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๐), พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๓๑, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๓๕, พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายเหล่านี้มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบไว้ หากแต่เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เช่น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศในกลุ่มประชาคมยุโรป พบว่ากฎหมายของประเทศดังกล่าวอนุญาตให้โฆษณาเปรียบเทียบไว้ชัดเจน ในขณะที่ประเทศไทยนอกจากไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแล้ว ยังสร้างขั้นตอนตรวจพิจารณาโฆษณา ก่อนถ่ายทำ (Pre Censor) และโฆษณาที่ทำเสร็จแล้วเพื่อเตรียมออกอากาศ (Post Censor) สำหรับโฆษณาบางประเภทอันเป็นอุปสรรคต่อการสร้างสรรค์โฆษณาเปรียบเทียบ

คำสำคัญ: โฆษณาเปรียบเทียบ, ปฏิบัติทางการค้าที่เป็นธรรม

*ผู้พิพากษาประจำสำนักงานศาลยุติธรรม ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Abstract

The comparative advertising which can refer to someone who aims to advertise his product and service information showing that its product and service are greater than those provided by another manufacturer has not been widely broaden and been more popular in Thailand. However, in the author's view, it might be very useful to provide the comparative advertising because this can significantly support people to make a good decision. Unfortunately, it is found that some related Thai laws have never promoted the comparative advertising such as the Constitution of the Kingdome of Thailand 2550 the Consumer Protection Act 2522, the Food Act 2522, the Medicines Act 2510 (amended 2530), Medical Devices Act 2531, Cosmetics Act 2535, the Dangerous Substances Act 2535, the Civil and Commercial Code and the Criminal Code, the Trademark Act 2534, as amended, and the Competition Act of 2542; meanwhile, the comparative advertising has been effectively promoted in US and EU. In this regard, Thai law is different from other countries because Thailand has established a procedure to check the advertisement before filming known as Pre Censor and advertising done in preparation for broadcast known as Post Censor for certain types of advertisement as a barrier to the creation of comparative advertising.

Keywords: comparative advertising, fair trade practice

บทนำ

ในสังคมปัจจุบันซึ่งเป็นยุคแห่งการสื่อสารไร้พรมแดน และการโฆษณาถือเป็นช่องทางหลักของบรรดาผู้ประกอบการทั้งหลายในการนำเสนอสินค้าหรือบริการไปยังผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็นสื่อทางโทรทัศน์ สื่อสิ่งพิมพ์ รวมถึงสื่อทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งนับวันจะมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อผู้ประกอบการมีจำนวนมากขึ้นสินค้าและบริการก็มีออกสู่ท้องตลาดมากขึ้น จึงกลายเป็นภาระของผู้บริโภคที่ต้องตัดสินใจเลือกว่าสินค้าหรือบริการใดที่ดีที่สุดและเหมาะสมกับความต้องการมากที่สุด

ล้าผังการโฆษณาในรูปแบบเดิมคงไม่สามารถตอบคำถามได้ดีเท่ากับการโฆษณาในรูปแบบการเปรียบเทียบซึ่งเป็นการโฆษณาที่ใช้วิธีการเปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาว่าแตกต่างหรือมีคุณภาพดีกว่าสินค้าหรือบริการของผู้อื่นโดยอาจเป็นการเปรียบเทียบทางอ้อม คือเปรียบเทียบที่บ่งเป็นนัยถึงสัญลักษณ์ของสินค้าหรือบริการอื่น หรือการเปรียบเทียบโดยตรง โดยระบุหรือแสดง ชื่อตรา เครื่องหมายของสินค้าหรือบริการของคู่แข่งทางการค้าให้เห็นโดยชัดเจน ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ยังเป็นประเด็นถกเถียงกันในสังคมว่าสามารถกระทำหรือไม่

เมื่อวิเคราะห์ถึงกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาเปรียบเทียบนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๔๕^๑ ซึ่งได้บัญญัติรับรองเสรีภาพของบุคคลในการโฆษณา การกล่าวหรือเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชน สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนพึงได้รับทราบข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอสำหรับสินค้าและบริการ และเสรีภาพทางการค้า ในการประกอบธุรกิจแข่งขันทางเศรษฐกิจอย่างเสรีและเป็นธรรม ตามหลักแห่งการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยที่หลักการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นรัฐพึงทำหน้าที่คุ้มครองมิให้ถูกแทรกแซงขัดขวางโดยผู้อื่น ซึ่งย่อมหมายรวมถึงการปกป้องสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดความเห็น^๒ จึงสามารถตีความได้ว่าการโฆษณาเปรียบเทียบด้วยเจตนาแสดงข้อมูลที่เป็นความจริง โดยที่ไม่มีเจตนามุ่งทำลายทางทำมาหาได้ของคู่แข่งทางธุรกิจแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว

๒. กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๐),

พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๓๑, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๓๕, พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๔ โดยกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ห้ามทำการโฆษณาเปรียบเทียบตรงเท่าที่การเปรียบเทียบนั้นได้กระทำโดยถูกต้องและนำเสนอข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ว่าเป็นความจริงและไม่ได้กล่าวเกินจริง โดยคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้กำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยข้อความโฆษณาว่า ข้อความที่โฆษณาต้องสามารถพิสูจน์หรือแสดงหลักฐานยืนยันข้อเท็จจริงของโฆษณาได้ว่าถูกต้องเป็นจริง

แต่ทั้งนี้ยังมีปัญหาที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งกับการโฆษณาที่ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบก่อนการทำโฆษณา(Pre censor) เช่น โฆษณาอาหาร ยา และเครื่องมือแพทย์ ได้วางหลักเกณฑ์ภายในไว้เป็นเกณฑ์ในการตรวจพิจารณา เช่น การพิสูจน์ข้อความจริงตามการโฆษณา รูปแบบลักษณะของสื่อ และคำหรือภาษาที่ใช้ในการโฆษณา และห้ามใช้ถ้อยคำบางคำในสื่อโฆษณา รวมถึงการห้ามโฆษณาในเชิงพาดพิง เปรียบเทียบ ทับถมผลิตภัณฑ์อื่น ซึ่งในทางปฏิบัติย่อมเป็นการยากต่อการพิสูจน์ข้อความจริงและเป็นปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนของการใช้และการตีความหลักเกณฑ์

^๑ มาตรา ๔๕ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นการพูดการเขียน การพิมพ์การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

^๒ บรรเจิด ลิงคนตี, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๒) ๕๔.

อันเป็นมาตรฐานหรือบรรทัดฐานอีกทั้งยังสร้างภาระที่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบราชการให้แก่วงการโฆษณามากขึ้นด้วย ในขณะที่การใช้โฆษณาเปรียบเทียบเป็นเครื่องมือในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เป็นจริงให้กับประชาชนโดยอาศัยผลกำไรที่เอกชนจะได้รับจากส่วนแบ่งการตลาดเป็นกลจักรล่อให้เอกชนแข่งขันพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการย่อมช่วยลดภาระของภาครัฐในการตรวจสอบข้อมูลโฆษณาได้

๓. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญามีมาตราที่เกี่ยวข้องได้แก่

๓.๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔๒๐^๙ และมาตรา ๔๒๑^{๑๐} ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงการจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำโดยผิดกฎหมาย รวมถึงใช้สิทธิของตนเองทำให้บุคคลอื่นเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

ผู้กระทำจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น เมื่อพิจารณาถึงการโฆษณาเปรียบเทียบก็เป็นการใช้สิทธิของผู้โฆษณาเพื่อให้ข้อมูลที่ทำให้คู่แข่งได้รับความเสียหาย เช่น ยอดจำหน่ายสินค้าหรือบริการลดน้อยลง หรือทำให้ผู้บริโภคเกิดความน่าเชื่อถือในสินค้าหรือบริการลง การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นอาจเป็นการจงใจให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิทำมาหาได้ หรือกระทบเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมของบุคคลอื่นอันเป็นการละเมิดสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด^{๑๑}

๓.๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๖^{๑๒} และมาตรา ๓๒๘^{๑๓} ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าครบองค์ประกอบภายนอก คือเป็นกรณีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม และองค์ประกอบภายในคือมีเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งทางการค้าและไม่เข้าข้อยกเว้นความผิด แต่ถ้ากระทำไปโดยนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริงและเป็นข้อมูลที่จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อ

^๙ มาตรา ๔๒๐ ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน

^{๑๐} มาตรา ๔๒๑ การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

^{๑๑} คดีระหว่างบริษัทผลิตยาสีฟัน Colgate Vs Darkie จากการเปรียบเทียบของคอลเกตว่า “ยาสีฟันคอลเกตมีฟลูออไรด์ช่วยป้องกันฟันผุแต่ยาสีฟันดาร์กี้ไม่มี” มีการเสนอฟ้องต่อศาลและเป็นคดีระหว่างกันโดยกล่าวอ้างว่า เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกล่าวหาเปรียบเทียบ แต่อย่างไรก็ตามคู่ความได้ตกลงประนีประนอมยอมความก่อนมีคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้เพื่อรักษาชื่อเสียง และป้องกันความขัดแย้งทางการค้าระหว่างกัน

^{๑๒} มาตรา ๓๒๖ ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะ使人อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

^{๑๓} มาตรา ๓๒๘ ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

สาธารณชนก็จะเข้าช้อยกเว้นความผิดตามมาตรา ๓๒๙^๙ และมาตรา ๓๓๐^{๑๐}

๔. พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีข้อพิจารณาว่าการอ้างเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นในโฆษณาเปรียบเทียบจะเป็นการใช้เพื่อบรรยายหรือแสดงให้เห็นภาพโดยชัดเจนถึงความแตกต่างของสินค้าหรือบริการสองรายหรือหลายราย และไม่มีเจตนานำไปใช้กับสินค้าหรือบริการของตนเอง ไม่ถือว่าทำให้ผู้บริโภคสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าหากแต่เป็นการใช้คำบรรยายโดยสุจริต จึงไม่ใช่กรณีปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและไม่ใช่การลงขาย^{๑๑} อีกทั้งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในทำนองว่าโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการแสวงหาประโยชน์จากคามมีชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม จึงเป็นความผิดด้วย

^๙ มาตรา ๓๒๙ ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

- (๑) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม
- (๒) ในฐานะเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่
- (๓) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ
- (๔) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุมผู้ที่ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

^{๑๐} มาตรา ๓๓๐ ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษแต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน

^{๑๑} มาตรา ๔๖ บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว ไม่ได้

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น

^{๑๑} มาตรา ๒๙ ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการใดๆ อันมิใช่การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ

๕. พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๒๙^{๑๒} ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงข้อห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอื่นใดซึ่งมิใช่การแข่งขันที่เป็นธรรมโดยเสรี และมีผลเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ชัดขวาง กีดกัน หรือจำกัดการประกอบธุรกิจรายอื่น หรือเพื่อมิให้ผู้อื่นประกอบธุรกิจ หรือต้องล้มเลิกการประกอบธุรกิจ อันแสดงให้เห็นว่ารัฐมีหน้าที่ควบคุมมิให้ภาคเอกชนทำลายการแข่งขันทางการค้าโดยเสรีด้วยการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัตินี้ขึ้น และศาลไทยเองก็ได้พิจารณาพิพากษารอรรถคดีทั้งหลายโดยการยอมรับและรับรองว่าทุกคนมีเสรีภาพในการแข่งขันทางการค้า แต่ต้องใช้ไม่เกินขอบเขตจนเป็นเหตุที่ทำให้ผู้อื่นต้องเสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการโฆษณาเปรียบเทียบในต่างประเทศ แต่เดิมหลายประเทศเคยปฏิเสธไม่ยอมรับและไม่อนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบ อย่างไรก็ตามปัจจุบันนี้

หลายประเทศได้มีการพัฒนาแนวคิดและกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบ โดยอนุญาตให้เปรียบเทียบสินค้าหรือบริการของตนกับคู่แข่งได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย อาทิเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน รวมถึงประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เห็นได้จากประกาศของสภามন্ত্রীแห่งยุโรป (Council Directive) เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปให้แก่ประเทศสมาชิกในการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบ และเป็นการผลักดันให้มีการอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป เพราะเชื่อว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะเอื้อประโยชน์ต่อสาธารณชนและเป็นการลดข้อจำกัดและอุปสรรคในการนำเข้าและส่งออกของประเทศสมาชิก

สำหรับประเทศแรกที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการโฆษณาเปรียบเทียบคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดใน มาตรา 43(a) พระราชบัญญัติแลนแฮม ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1988 (the Lanham Act) มีหลักว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ภายใต้อิทธิพลการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม และต้องไม่ทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด ผู้ทำการโฆษณาอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้ถูกกล่าวเปรียบเทียบกับที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองได้รับความเสียหายจากการนำเสนอข้อมูลที่ผิดหรือเป็นเท็จ สำหรับในประเทศอังกฤษมีการกำหนดให้การโฆษณาเปรียบเทียบได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามข้อกำหนดของ Council Directive 97/55/EC เรื่องการโฆษณาเปรียบเทียบของประชาคมยุโรป อันเป็นหลักสำคัญต่อการพิจารณาความผิดของ

การโฆษณาเปรียบเทียบและกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการโฆษณาที่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิด (the Control of Misleading Advertising Regulations 1988) และข้อกำหนดใหม่ในกฎหมายเครื่องหมายการค้า ค.ศ. 1994 (Trade-mark Act 1994) โดยมีหลักเกณฑ์ว่าการโฆษณาเปรียบเทียบจะต้องกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายด้วยความซื่อสัตย์และเหมาะสมและจะต้องมีจิตสำนึกต่อผู้บริโภคทั้งต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมและส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันที่มีนำข้อกำหนดของ Council Directive 97/55/EC มาใช้ในการตัดสินคดีซึ่งผ่อนปรนให้สามารถทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้มากขึ้นดังจะเห็นได้ว่านานาประเทศต่างให้ความสำคัญของการโฆษณาเปรียบเทียบและคิดว่าการผ่อนปรนอนุญาตให้สามารถทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าจึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อรองรับและเป็นแนวทางในการโฆษณาเปรียบเทียบ

เมื่อพิจารณาว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย จะเห็นว่าสอดคล้องไปในทางเดียวกันว่าการโฆษณาเปรียบเทียบสามารถกระทำได้โดยไม่มีกฎหมายใดห้ามเพียงแต่กฎหมายไทยไม่มีการระบุกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน แต่ทั้งนี้สาเหตุสำคัญที่ทำให้การโฆษณาเปรียบเทียบที่มองว่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่ได้รับข้อมูลในการเลือกซื้อสินค้าหรือบริการที่ดีที่สุดกลับไม่ได้รับความนิยมนเท่ากับในต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น โฆษณาในสหรัฐอเมริกาที่ระบุว่ากว่า ๑ ใน ๔ เป็นรูปแบบโฆษณาเปรียบเทียบ ในทางกลับกันโฆษณา

ในไทยกลับไม่ได้รับความนิยมเนื่องจากหลายสาเหตุ เช่น ถ้าเป็นการโฆษณาสินค้าในกลุ่มอาหาร ยา เครื่องมือแพทย์ ต้องยื่นขออนุญาตจากคณะกรรมการอาหารและยาตามที่กล่าวในข้างต้น และแม้ว่ารัฐบาลจะยุบคณะกรรมการบริหารวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ (กบว.) เพื่อเปิดโอกาสให้สื่อดูแลกันเองภายใต้กฎหมาย แต่ถ้าโฆษณาที่เผยแพร่ออกไปผิดกฎหมาย ผู้โฆษณาและเจ้าของสื่อต้องรับผิดชอบ มีการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาการโฆษณาทางวิทยุและโทรทัศน์และส่งตัวแทนมาทำหน้าที่ตรวจพิจารณาโฆษณาก่อนถ่ายทอด (Pre Censor) และโฆษณาที่ทำเสร็จแล้วเพื่อเตรียมออกอากาศ (Post Censor) โดยมีข้อตกลงร่วมกันของทุกสถานีโทรทัศน์ว่าโฆษณาที่จะเผยแพร่ในทุกช่องจะต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการชุดนี้ แต่กรรมการชุดนี้ไม่มีอำนาจทางกฎหมาย หากโฆษณาส่งออกอากาศไปแล้วต่อมาปรากฏว่ามีประชาชนร้องเรียนผ่านสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ถึงความไม่เหมาะสมของโฆษณานั้น กรรมการว่าด้วยการโฆษณาของ สคบ. ก็มีอำนาจสั่งให้หยุดออกอากาศโฆษณาชุดนั้นหรือลงโทษปรับ ๕๐,๐๐๐ บาท หรือจำคุก ๖ เดือนหรือทั้งจำทั้งปรับ แก่ผู้จัดทำโฆษณาและเจ้าของสื่อทำให้เจ้าของสินค้าไม่กล้าที่จะผลิตโฆษณาเปรียบเทียบแม้ว่าบางอย่างจะเป็นความจริงก็ตาม เพราะโฆษณาในแต่ละชิ้นจะต้องใช้เงินลงทุนมหาศาลในการผลิตงานออกมา แต่ได้ออกอากาศเพียงไม่นานก็โดนเสียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสมจนถูกสั่งห้ามออกอากาศทำให้เจ้าของสินค้าเสียหายและไม่กล้าที่ผลิตโฆษณาเปรียบเทียบอีกต่อไป

ทั้งนี้ เมื่อไม่นานมานี้จะมีข่าวว่ารัฐบาลโดยนายกรณ์ศักดิ์ สกราส์ รองนายกรัฐมนตรีในฐานะประธานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (คคบ.) ได้เน้นย้ำให้มีการสนับสนุนให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบเพราะต้องการให้ผู้บริโภคไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบและมีข้อมูลดีที่สุดเพื่อตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าแต่ละประเภทเช่นเดียวกับต่างประเทศดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน^{๑๒} แต่ในทางปฏิบัติจะเกิดปัญหามากมายตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นทำให้การโฆษณาเปรียบเทียบไม่สามารถดำเนินการได้อย่างราบรื่น ทางแก้ปัญหาคือดีที่สุดคือการกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบให้เกิดความชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรและการวางกรอบแนวทางเพื่อการจัดทำโฆษณาเปรียบเทียบที่ถูกต้องและโดยชัดแจ้ง เพราะเมื่อการโฆษณาเปรียบเทียบได้รับการรับรองให้สามารถกระทำได้โดยถูกต้องตามกฎหมายจะช่วยแก้ไขปัญหาในการฟ้องร้องคดีได้หากการโฆษณานั้นกระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย ภายใต้มูลฐานแห่งความซื่อสัตย์ เหมาะสมและเป็นแหล่งข้อมูลเพื่อการตัดสินใจบริโภคให้เกิดความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจและเป็นสิ่งสนับสนุนให้เกิดความพัฒนาทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรมและการแข่งขันทางการค้าที่ชอบธรรม นอกจากนี้ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในโดยองค์กรภาครัฐ เช่น สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาที่ปิดกั้นห้ามไม่ให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบด้วยสาเหตุเพราะว่าเป็นกรณีที่พิสูจน์ความจริงได้ยากซึ่งไม่ตรงกับแนวทางปฏิบัติของ สคบ. ทำให้ผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าสับสนและไม่กล้าที่จะใช้

^{๑๒} สำนักข่าวไทย, กลุ่มวิเคราะห์ข่าวและฐานข้อมูล สำนักโฆษก (๑๔ พฤษภาคม ๒๕๕๖) <<http://www.thaigov.go.th>>

รูปแบบโฆษณาเปรียบเทียบแม้ว่าสินค้าของตนจะเหนือกว่าสินค้าคู่แข่งจริง

อย่างไรก็ดี ผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าที่จะใช้การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นจะต้องตระหนักว่า จะต้องกระทำการโดยถูกต้องและเหมาะสมโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับของผู้บริโภคเป็นหลัก ไม่กระทำการใดอันเป็นการลดความน่าเชื่อถือทับถมหรือจงใจกระทำโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งทางการค้า โดยความแตกต่างในคุณสมบัติที่นำมาเปรียบเทียบต้องสามารถพิสูจน์หาความจริงได้ และควรเป็นการเปรียบเทียบในระหว่างผู้ประกอบการที่มีขนาดการลงทุน หรือส่วนแบ่งทางการค้าอยู่ในระดับเดียวกัน โดยเป็นการนำหลักการที่บัญญัติในมาตรา ๒๙ ของพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่ต้องการให้มีระบบการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม มาผนวกกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่เป็นกฎหมายแม่บทในการคุ้มครองผู้บริโภคอันจะทำให้บุคคลทุกฝ่ายได้รับผลประโยชน์ คือผู้ประกอบการจะตื่นตัวในการพัฒนาสินค้าของตนเองเพื่อให้มีคุณภาพให้เหนือกว่าบริษัทคู่แข่ง และผู้บริโภคก็จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์สูงสุดคือได้รับข้อมูลที่ต้องการ และได้สินค้าที่มีคุณภาพจากการแข่งขันของผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตามในทางตรงกันข้าม ถ้ากฎหมายที่ควบคุมดูแลเรื่องนี้มีความหละหลวม และไม่มีมาตรการที่ชัดเจน ก็จะกลายเป็นดาบสองคมคือผู้ประกอบการเจ้าของสินค้าก็จะโฆษณาหลอกลวงประชาชนโดยไม่คำนึงถึงความถูกต้อง เพราะไม่มีมาตรการตรวจพิสูจน์ที่ดีพอ ผู้บริโภคก็จะกลายเป็นผู้ได้รับผลร้ายจากความไม่สุจริตของผู้ประกอบการ

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับโฆษณาเปรียบเทียบ ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กฎหมายว่าด้วยการโฆษณา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติว่าด้วยอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๐), พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๓๑, พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๓๕, พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือพระราชบัญญัติวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่าอนุญาตให้ทำการโฆษณาเปรียบเทียบได้ และอนุญาตภายใต้หลักเกณฑ์ขอบเขตอย่างไรบ้างที่จะไม่ก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอันไม่เป็นธรรม รวมถึงไม่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคในการได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องเหมาะสมสำหรับการเลือกสินค้าหรือบริการต่างๆ ทั้งนี้ เป็นประเด็นที่น่าติดตามต่อไปว่าทิศทางการโฆษณาเปรียบเทียบของประเทศไทยในอนาคตจะเป็นอย่างไร โดยที่ผู้กำหนดและควบคุมมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนี้จะเป็นตัวชี้ว่า “โฆษณาเปรียบเทียบนั้น ทำยสุดเพื่อการแข่งขันที่เป็นธรรม หรือเพื่อการหลอกลวงผู้บริโภคกันแน่?”



บรรณานุกรม

หนังสือหรือตำรา

- บรรเจิด สิงคนดี, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชนพิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๒)
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม ๑ และ ๓ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๘)
- สุวรรณี สิริเวชชะพันธ์, การโฆษณาเปรียบเทียบทำได้หรือไม่ตามกฎหมายไทย (วิทยาลัยการยุติธรรมสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ๒๕๔๙)
- สุขุม คุณนิตย์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, ๒๕๕๐)

บทความวารสาร

- Beller, Jenna D “The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practice Guide for U.S. Lawyer and Their Clients” (27: Winter 1996) *The International Lawyer*
- Carey, Peter “Comparative Advertising - European Harmonisation” (11: Feb 2002) *Environment Law Review*

วิทยานิพนธ์

- นันทสิทธิ์ บุญทนนท์, การโฆษณาเปรียบเทียบ: ศึกษาวิเคราะห์ตามกฎหมายไทย (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๔)
- ผาสุก เจริญเกียรติ, ความรับผิดชอบแห่งกรณีละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๙)

เว็บไซต์

- วิทวัส รุ่งเรืองผล, กฎหมายที่นักการตลาดควรรู้ (๒๔ตุลาคม ๒๕๕๗) <<http://www.marketeer.co.th>>



ข้อสังเกตบางประการในการคุ้มครอง งานดนตรีกรรม

ภัทรพร เย็นบุตร*

บทคัดย่อ

การคุ้มครองงานดนตรีกรรมในกฎหมายลิขสิทธิ์มีข้อสังเกตบางประการที่จะต้องนำมาพิจารณาในการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสม และสอดคล้องกับบริบทของสังคมปัจจุบัน ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่งเป็นการตั้งข้อสังเกตนิยามคำว่า “ดนตรีกรรม” ซึ่งควรกำหนดให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเบิร์น ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีอันจะต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกัน และบทนิยามตามอนุสัญญากรุงเบิร์นยังมีความครอบคลุมข้อเท็จจริงที่สามารถคุ้มครองงานดนตรีกรรมได้ชัดเจนกว่า เพราะหมายรวมถึงกรณีการบรรเลงเพลงด้วยจังหวะแต่ไม่มีทำนองด้วย และการตีความหมายของโน้ตเพลงแยกออกจากงานวรรณกรรมอื่นๆ ส่วนประเด็นที่สองเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการใช้งานโดยธรรม (fair use) ทั้งในกรณีการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ตามมาตรา ๓๖ ซึ่งควรแก้ไขถ้อยความให้ชัดเจนเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมมากขึ้นโดยการตัดถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา ๓๖ คำว่า “และมิได้จัดเก็บค่าเข้าชม ไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น” ออก และกรณีการคุ้มครองมาตรการปกป้องเทคโนโลยีซึ่งก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงงานดนตรีกรรมเป็นการขัดต่อหลักการใช้งานโดยธรรม จึงควรมีการปรับปรุงกฎหมายให้การคุ้มครองมาตรการดังกล่าวอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ที่มีการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิกับประโยชน์ของสังคมไว้อย่างเป็นธรรมแล้ว

*

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Abstract

This article is to deal with the key theme of how the Musical Work Protection under the Copy Right Act B.E.2537 should be revised and effectively improved in accordance with Thai society context. In this regard, it becomes obvious that there are significant problems arisen from the Act enforcement. First of all, the problem of definition on term “Musical Work” under the Act is irrelevant to the definition of musical work provided by the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, which is international legally binding agreement Thailand has consented to be bound. Furthermore, the concept of “Fair Use” under the Act seems controversial and unclear to be enforced. For example, section 36 should be edited or eliminated to more promote social equity. It is also found that, the anti-circumvention measure to protect the technologies which contributes to the limited right of access to musical work is contrary to the principle of fair use; as a result, it should be improved legislation to protect such measures under the copyright laws which are weighing the benefits and advantages between social and private practice.

Keywords: musical work, fair use

บทนำ

ลูกวิก แวน เบธอฟีน นักประพันธ์เพลงที่ยิ่งใหญ่ของโลกเมื่อหลายร้อยปีก่อนกล่าวว่า “การร้องโน้ตผิดเป็นเรื่องที่ไม่สลักสำคัญ หากแต่การร้องไปโดยปราศจากความปรารถนาอันแรงกล้าเป็นเรื่องที่ไม่อาจให้อภัยได้”^๑ ซึ่งคำกล่าวนี้แสดงให้เห็นผู้ศึกษาตระหนักว่างานดนตรีกรรมเป็นศิลปะที่ยิ่งใหญ่ต่อมวลมนุษยชาติ เปี่ยมไปด้วยอารมณ์ความรู้สึก อันต้องอาศัยความวิริยะอุตสาหะร่วมกับแรง

บันดาลใจ และแรงบันดาลใจนี้อาจหมายถึงความถึงทรัพย์สินเงินทองและชื่อเสียงเกียรติยศที่ผู้สร้างสรรค์ผลงานสมควรได้รับ เมื่อนักดนตรีมีแรงบันดาลใจที่ดีก็ย่อมจะรังสรรค์ผลงานอันทรงคุณค่าตอบแทนให้กับสังคมเป็นวัฏจักรสืบเนื่องกันทุกยุคทุกสมัย อย่างไรก็ตาม คงจะไม่ดีแน่หากเครื่องมือที่จะช่วยสนับสนุนแรงบันดาลใจของผู้สร้างสรรค์งานดนตรีกรรมมีข้อบกพร่องบางประการที่อาจฉุดรั้งวงการดนตรีกรรม

^๑ This statement is translated by author from “To sing a wrong note is insignificant, but to sing without passion is unforgivable” by Ludwig van Beethoven.

เครื่องมือที่สำคัญในการคุ้มครองงานดนตรีกรรม ได้แก่ กลจักรภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาด้านการคุ้มครองลิขสิทธิ์ โดยมีคุณลักษณะเด่นชัดที่สำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ งานที่ไม่ใช่เป็นแต่เพียง “ความคิด” (Idea) เท่านั้น หากแต่จะต้องเป็น “การแสดงออกทางความคิด” (Expression of Idea) หมายความว่า การที่บุคคลได้คิดสร้างสรรค์งานอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมาแล้วต้องปรากฏซึ่งการแสดงออกทางความคิดนั้นอย่างเป็นรูปธรรม และสิ่งที่แสดงออกมาซึ่งความคิดดังกล่าวจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์^๒

การคุ้มครองงานดนตรีกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในปัจจุบันผู้ศึกษาพบว่ามิใช่อสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดนิยามเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ทรงสิทธิ ตลอดจนมิใช่อสังหาริมทรัพย์แต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิที่ยังไม่เหมาะสมเท่าที่ควร กล่าวคือประเด็นการให้คำจำกัดความของคำว่า “ดนตรีกรรม” และการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้งานโดยธรรม ยังไม่สอดคล้องกับหลักสากลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ และประเทศไทยได้ร่วมเป็นภาคีสมาชิกอันจะต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศนั้น คืออนุสัญญาเบิร์น และความตกลงทริปส์ รวมถึงในบางกรณีควรนำเหตุผลของต่างประเทศมาประกอบการพิจารณาตีความข้อยกเว้น

การละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนขึ้นได้

นอกจากนี้ เนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศมีพัฒนาการอย่างไม่หยุดยั้งประชาชนส่วนใหญ่ได้รับประโยชน์จากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่สะดวก รวดเร็ว มีค่าใช้จ่ายน้อย และขยายพื้นที่รวมถึงช่องทางในการสื่อสารได้กว้างขวางมากโดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ทำให้การใช้ประโยชน์จากงานดนตรีกรรมผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตเป็นที่นิยมอย่างยิ่ง เช่น ใช้ประกอบการขายสินค้าและบริการ การศึกษา การสนทนาการ ฯลฯ ซึ่งในทางกลับกันก็มีผู้นำผลงานดนตรีกรรมอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยใช้เทคโนโลยีดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ จนกระทั่งผู้เป็นเจ้าของงานได้อาศัยมาตรการทางเทคโนโลยีต่าง ๆ เพื่อป้องกันปัญหา ซึ่งการป้องกันดังกล่าวในทัศนะของผู้ศึกษานั้น กฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีส่วนที่ยังขาดสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิกับประโยชน์สาธารณะ โดยที่หากมีการบัญญัติหรือการใช้และการตีความกฎหมายไม่เหมาะสมย่อมส่งผลกระทบต่อความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงต้นทุนความรู้ของสังคม ตลอดจนอาจทำให้ประเทศชาติไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร

ทั้งนี้ การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ ให้ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิทางกฎหมาย

^๒ นันทน อินทนนท์, “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ”, IP&IT SPECIAL ISSUE 2005 EIGHT ANNIVERSARY THE INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE LAW FORUM (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, ๒๕๔๔) ๑๗๓.

ของบุคคลที่ได้สร้างสรรค์ผลงานทางปัญญาขึ้น ภายใต้อำนาจลิขสิทธิ์ของไทยได้ให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ ๙ ประเภทคือ (๑) วรรณกรรม (๒) นาฏกรรม (๓) ศิลปกรรม (๔) ดนตรีกรรม (๕) โสตทัศนวัสดุ (๖) ภาพยนตร์ (๗) สิ่งบันทึกเสียง (๘) งานแพร่เสียงแพร่ภาพ และ (๙) งานอื่นอันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะ^๓

งานดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่ผู้หนึ่งผู้ใดได้สร้างสรรค์ขึ้นด้วยความริเริ่มของตนเองโดยมิใช่การทำซ้ำหรือลอกเลียนงานของผู้อื่น และเมื่อมีการสร้างสรรค์งานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว ผู้สร้างสรรค์งานนั้นย่อมเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์และมีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ สองประการคือ^๔

(๑) สิทธิในการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ และ

(๒) สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น

สิทธิในการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นสิทธิเบื้องต้นของเจ้าของ ซึ่งในปัจจุบันเมื่อองค์ความรู้

เกี่ยวกับเทคโนโลยีเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีด้านการบันทึกเสียงที่มีการพัฒนาเครื่องเล่นและการบันทึกเสียงประเภทต่างๆ จึงทำให้การบันทึกหรือทำซ้ำงานดนตรีกรรมได้โดยง่าย ส่วนสิทธิในการดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น เป็นสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีอยู่ควบคู่กับสิทธิในการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ในการห้ามผู้อื่นมิให้นำงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นไปดัดแปลงไม่ว่าจะเป็นงานประเภทเดียวกันหรือไม่ โดยที่ในงานดนตรีกรรมให้รวมถึงการจัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่ด้วย^๕

สำหรับสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น หมายถึง สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการทำให้งานอันมีลิขสิทธิ์ของตนปรากฏต่อสาธารณชนด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด^๖ เช่น การนำงานดนตรีกรรมมาแสดงให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยนำมาโพสต์ทางสื่ออินเทอร์เน็ต เป็นต้น

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายที่คุ้มครองลิขสิทธิ์สำหรับงานดนตรีกรรมไว้แล้ว แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวประกาศใช้มาเป็นเวลานาน จึงมีประเด็นข้อสังเกตบางประการที่ผู้ศึกษาเห็นว่า อาจทำให้มีความคลาดเคลื่อนในการคุ้มครองงานดนตรีกรรมให้เกิดประสิทธิภาพ ดังนี้

^๓ มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗.

^๔ มาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗.

^๕ มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗.

^๖ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒.

๑. การกำหนดนิยามคำว่า “ดนตรีกรรม” ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗

ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ นี้ ได้กำหนดนิยามงานดนตรีกรรมไว้ หมายถึงงานเกี่ยวกับเพลงที่แต่งขึ้นเพื่อบรรเลงหรือขับร้องไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียว และให้หมายความรวมถึงโน้ตเพลงหรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว^๗ จากถ้อยความดังกล่าวจำแนกงานดนตรีกรรมได้เป็นสองลักษณะ ได้แก่ ลักษณะที่เป็นการแสดงให้เกิดเสียง ซึ่งต้องมีเสียงของทำนองโดยมีคำร้องประกอบ หรือเสียงทำนองเพียงอย่างเดียว และลักษณะที่เป็นงานเอกสาร คือ โน้ตเพลง หรือแผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสานแล้ว ซึ่งมีประเด็นปัญหาการตีความ กล่าวคือ

๑.๑ การบรรเลงดนตรีโดยใช้เครื่องดนตรีประเภทให้จังหวะ โดยไม่มีทำนองเพลง เช่น กลองชุด ฉาบ ทิมปานี ไตรแองเกิล ฯลฯ ซึ่งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีการสร้างสรรค์การเล่นดังกล่าวตลอดจนผู้สร้างสรรค์ได้นำออกแสดงเป็นที่ประจักษ์แก่สาธารณชน เหล่านี้ มีกรณีที่ไม่ได้รับการคุ้มครองเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ สามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

๑.๑.๑ อนุสัญญาเบิร์น ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. ๑๙๗๑ (Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act 1971) เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ โดยประเทศภาคีสมาชิกในสนธิสัญญานี้ จะมีการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในทำนองเดียวกันกับทุกๆ ประเทศสมาชิก เช่น กรณีการสร้างสร้งงานอันมีลิขสิทธิ์ได้กระทำขึ้นในสหรัฐอเมริกา งานชิ้นดังกล่าวก็จะมีควมคุ้มครองตามกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน เพราะทั้งสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยต่างลงนามเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญานี้ และเมื่อประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาอันจะต้องอนุวัติการกฎหมายภายในประเทศอย่างสอดคล้องต้องกันก็เป็นไปเพื่อลดปัญหาการกีดกันทางการค้าและประสานประโยชน์ความร่วมมือระหว่างประเทศกับนานาประเทศอีกด้วย

โดยที่อนุสัญญากรุงเบิร์นได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพื่อเป็นบรรทัดฐานสำหรับรัฐภาคีที่จะรับไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายใน ทั้งเรื่องขอบเขตแห่งสิทธิที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงได้ตามกฎหมาย ประเภทของงานอันมีลิขสิทธิ์

^๗ Article 2 (Protected Works:1. “Literary and artistic works”; 2. Possible requirement of fixation; 3. Derivative works; 4. Official texts; 5. Collections; 6. Obligation to protect; beneficiaries of protection; 7. Works of applied art and industrial designs; 8. News)

(1) The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain whatever may be the mode or form of its expression, such as ...; musical compositions with or without words...

การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ อายุการคุ้มครอง เป็นต้น^๙ อีกทั้งอนุสัญญาเบิร์นยังได้ให้คำนิยามงานดนตรีกรรมไว้ในมาตรา ๒ ว่าหมายความว่ารวมถึง บทเพลง บรรเลงซึ่งมีคำร้องหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นจึงวิเคราะห์จากคำว่า “หมายความว่ารวมถึง” ได้ว่ายังมีสิ่งอื่นในทำนองเดียวกับบทเพลงบรรเลงซึ่งมีคำร้องหรือไม่ก็ได้ ที่ถือว่าเป็นงานดนตรีกรรม

๑.๑.๒ จากความหมายคำว่า “Music” ตามพจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์^{๙๐} ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

“(๑) ดนตรี, ดุริยางค์, ดุริยางคศิลป์, ดุริยางคศาสตร์ เสียงขึ้นลงที่มีระดับเสียง มีเงื่อนไขเวลา มีความไพเราะ มักประกอบด้วยทำนอง จังหวะ เสียงประสาน และสีสันทันเสียง และหมายความว่ารวมถึงวิชาที่ว่าด้วยการศึกษาเกี่ยวกับดนตรี ทั้งด้านการแสดง ทฤษฎี และประวัติ ใช้ในความหมายเดียวกับ Musical art

(๒) โน้ตเพลง ในความหมายของโน้ตเพลงเป็นแผ่นหรือเป็นเล่ม ไม่ใช่สัญลักษณ์ตัวโน้ตในโน้ตเพลง (Score)

(๓) เพลง ในภาษาไทย คำว่าเพลงเป็นศัพท์ที่เรียกดนตรีโดยรวม ซึ่งคำว่าเพลงในที่นี้ไม่ได้หมายถึงเพลงร้อง (Song) ตัวอย่างเช่น เพลง

คลาสสิก ใช้แทนคำว่าดนตรีคลาสสิก (Classical music) ได้ในภาษาไทย เพลงโบสถ์ ใช้แทนคำว่าดนตรีโบสถ์ (Church music) ได้ในภาษาไทย”

คำว่า “Melody” ตามพจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์ หมายถึง ทำนอง คือ ระดับเสียงหลายเสียงที่นำมาเรียงติดต่อกันเป็นหนึ่งเดียวพร้อมกับลักษณะจังหวะ มักมีความไพเราะและมีสัดส่วนพอเหมาะ^{๙๑}

คำว่า “Pitch” ตามพจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์ หมายถึง ระดับเสียง คือ เสียงสูง เสียงต่ำที่กำหนดได้แน่นอนในดนตรี เช่น ระดับเสียง C, D, E ... หรือ โด, เร, มี ... เป็นต้น สามารถวัดความถี่เป็นรอบต่อวินาทีได้^{๙๒}

คำว่า “Rhythm” ตามพจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์ หมายถึง ลักษณะจังหวะ หรือ (ลักษณะ)จังหวะ คือ ค่าความสั้นยาวอันหลากหลายของตัวโน้ตที่จัดวางอยู่ในอัตราจังหวะที่กำหนดและรวมกลุ่มตามหน่วยจังหวะที่เหมาะสม^{๙๓}

คำว่า “Note” ตามพจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์ หมายถึง ตัวโน้ต คือ สัญลักษณ์สำคัญที่ใช้ในการบันทึกโน้ตดนตรี มีลักษณะต่างๆ ขึ้นอยู่กับค่าตัวโน้ต ประกอบด้วยหัวโน้ต ก้านโน้ต

^๙ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO), *เข้าลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง*, แปลโดย กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ (๑ กันยายน ๒๕๕๓) <<http://tgcthailand.com/articles/november2012/067-2012.pdf>> 5-10.

^{๙๐} ณัชชา โสคติยานุรักษ์, *พจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๔๓) ๑๑๔.

^{๙๑} เพิ่งอ้าง, ๑๐๗.

^{๙๒} เพิ่งอ้าง, ๑๓๔.

^{๙๓} เพิ่งอ้าง, ๑๔๕.

และเขบีต เช่น โน้ตตัวขาว โน้ตตัวเขบีตสองชั้น เป็นต้น^{๑๓}

จากนิยามดังกล่าว ได้ให้ความหมายคำว่าดนตรี ไว้ว่ามักประกอบด้วยทำนอง จังหวะ เสียงประสาน และลีลาเสียง ซึ่งแสดงให้เห็นว่ายังมีกรณีอื่นที่ไม่จำเป็นต้องครบองค์ประกอบทั้งหมดที่กล่าวมา และเมื่อพิจารณาประกอบกันทั้งนิยามของดนตรี, ทำนอง, และระดับเสียงแล้วจะเห็นว่าการบรรเลงด้วยเครื่องดนตรีประเภทให้จังหวะไม่มีเสียงสูงเสียงต่ำที่สามารถวัดความถี่เป็นรอบต่อวินาทีได้ จึงไม่มีทำนอง แต่การบรรเลงนี้มีเสียงเพลงของจังหวะ และสามารถนำเสียงของจังหวะเหล่านั้นมาเขียนเป็นตัวโน้ตตามนิยามคำว่าจังหวะและตัวโน้ต ดังที่กล่าวมาได้ การเขียนลักษณะนี้จึงเป็นงานดนตรีกรรมตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ แต่หากนำมาแสดงโดยไม่ได้เขียนโน้ตเพลงไว้ก็จะมีปัญหาว่าไม่ใช่งานดนตรีกรรมเพราะขาดทำนอง

อนึ่ง งานอันมีลิขสิทธิ์ ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทันทีที่สร้างสรรค์ขึ้น โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน แต่การบรรเลงดนตรีที่ให้จังหวะบางกรณีก็ไม่มีลิขสิทธิ์ เพราะเป็นการบรรเลงจังหวะที่มีมาแต่เดิม โดยไม่มีการทุ่มเทกำลังแรงงาน การใช้สติปัญญาหรือทักษะต่างๆ รวมทั้งการใช้วิจารณ์ญาณ เพื่อให้มีการสร้างสรรค์อย่างเพียงพอ ดังนั้น การจะพิจารณาว่างานสร้างสรรค์ดังกล่าวเป็นงานดนตรีกรรมหรือไม่ อาจต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในสาขาดนตรีกรรมเป็น

ผู้วินิจฉัยถึงผลงานการสร้างสรรค์ เพื่อให้แยกออกจากการเล่นเครื่องให้จังหวะที่ได้มีการริเริ่มสร้างสรรค์เพลงจังหวะขึ้นมา

เมื่อพิจารณาถึงผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ประพันธ์การบรรเลงดนตรีด้วยเครื่องดนตรีประเภทให้จังหวะแต่ไม่มีทำนอง โดยอาศัยความวิริยะอุตสาหะเป็นสำคัญ ประกอบกับวัตถุประสงค์การคุ้มครองงานลิขสิทธิ์ที่มุ่งคุ้มครองการแสดงออกทางความคิดนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่างานแสดงดังกล่าวเป็นงานดนตรีกรรม และนิยามคำว่า “ไม่ว่าจะมีทำนองและคำร้องหรือมีทำนองอย่างเดียว” เป็นนิยามที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงแห่งกฎหมาย เพราะไม่อาจตีความให้ครอบคลุมไปถึงการบรรเลงจังหวะเพียงอย่างเดียวโดยไม่มีทำนองประกอบ และเพื่อให้ได้ความหมายของงานดนตรีกรรมที่ครอบคลุมมากขึ้นจึงควรกำหนดนิยามไว้ครอบคลุมและชัดเจนเช่นเดียวกับอนุสัญญาเบิร์น กล่าวคือใช้ถ้อยความว่า “ให้หมายความรวมถึงบทเพลงบรรเลงซึ่งมีคำร้องหรือไม่ก็ก็ได้”

๑.๒ งานดนตรีกรรมประเภทโน้ตเพลง เป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะงานดนตรีกรรมหรืองานวรรณกรรม เนื่องจากตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้กำหนดนิยาม “งานวรรณกรรม” หมายความว่า งานนิพนธ์ที่สร้างขึ้นทุกชนิด เช่น หนังสือ จุลสาร สิ่งเขียน สิ่งพิมพ์ ปาฐกถา เทศนา คำปราศรัยสุนทรพจน์ และให้หมายความรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย ซึ่งงานดนตรีกรรมก็เป็นงาน

^{๑๓} เพ็งอ้าง, ๑๒๑.

นิพนธ์อย่างหนึ่ง ในรูปแบบของโน้ตเพลง หรือ แผนภูมิเพลงที่ได้แยกและเรียบเรียงเสียงประสาน แล้ว โดยเป็นงานนิพนธ์ประเภทที่มีลักษณะเฉพาะ และมีข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เฉพาะกรณี สำหรับงานดนตรีกรรม เพื่อให้เข้าใจถึงนิยามงาน ดนตรีกรรมประเภทนี้ ผู้ศึกษาได้จำแนกเป็น ๒ กรณี กล่าวคือ

๑.๒.๑ การเขียนคำร้อง โดยมี เครื่องหมายต่าง ๆ กำกับไว้ เช่น คำร้องที่มี หมายเลข ๑-๗ เป็นสัญลักษณ์เสียงตัวโน้ต โด เร มี ฟา ซอล ลา ที ประกอบไว้ด้วยนั้น เมื่อพิจารณา ถึง ลักษณะการเขียนมีการแบ่งวรรคตอนตาม จังหวะการบรรเลง ทำให้การนำงานดังกล่าวมา บรรเลง สามารถบรรเลงได้ในทำนองเดียวกับ ที่ผู้ประพันธ์เพลงสร้างสรรค์ไว้ ประกอบกับ วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองที่มีให้ผู้ใดมาทำซ้ำ หรือดัดแปลง ซึ่งการดัดแปลงรวมถึงการจัดลำดับ เรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือ ทำนองใหม่ด้วยนั้น งานดังกล่าวเมื่อทำซ้ำหรือ ดัดแปลง เช่น นำมาเขียนเป็นโน้ตบรรทัดห้าเส้น ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่ามาจากผลงานประพันธ์ดนตรี กรรมของผู้อื่น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่างานดังกล่าวเป็น งานดนตรีกรรมประเภทโน้ตเพลง

๑.๒.๒ การเขียนคำร้องโดยมีตัว อักษรภาษาอังกฤษ หรือตัวอักษรภาษาอังกฤษและ ตัวเลขกำกับไว้ ที่เรียกว่า คอร์ด เช่น Cm Am G7 โดยที่นิยามตามพจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์ ของคำว่า “คอร์ด หมายถึง กลุ่มโน้ตอย่างน้อย ๓ ตัว มีโครงสร้างที่แน่นอนตามกฎเกณฑ์...”^{๙๔}

เหล่านี้ แสดงให้เห็นว่าการเขียนลักษณะนี้เป็นการ เขียนโน้ตเพลง แม้ว่าในทางปฏิบัติผู้แสดงดนตรี ไม่เคยได้ฟังเพลงนั้นมาก่อน อาจบรรเลงได้ใน ทำนองที่แตกต่างจากผู้ประพันธ์ได้ประพันธ์เพลง ไว้ แต่ผู้ที่เห็นงานเขียนลักษณะนี้ก็ย่อมสามารถ บรรเลงเพลงจากความวิริยะอุตสาหะของผู้ประพันธ์ เพลงได้แล้ว และเมื่อพิจารณาถึงนิยามการดัดแปลง งานดนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึงการจัดลำดับ เรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือ ทำนองใหม่ด้วย ซึ่งการที่ผู้บรรเลงเพลงบรรเลงได้ ทำนองที่แตกต่างจากการประพันธ์ของผู้ประพันธ์ เพลงในส่วนสำคัญของเพลง ก็ย่อมเป็นการดัดแปลง งานดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่างานลักษณะนี้เป็น งานดนตรีกรรมประเภทโน้ตเพลง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การคุ้มครองงาน ดนตรีกรรมภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย มี ปัญหาการใช้และการตีความบทนิยามในส่วนของ การแสดงออกทางความคิดเป็นทำนองและคำร้อง หรือทำนองเพียงอย่างเดียว ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าควร กำหนดบทนิยามส่วนนี้ให้สอดคล้องกับกฎหมาย ระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้อนุมัติการมาใช้ คืออนุสัญญาเบิร์น โดยให้ครอบคลุมไปถึงการ คุ้มครองงานเพลงที่มีเพียงการบรรเลงเครื่องเคาะ จังหวะโดยไม่มีทำนองประกอบด้วย รวมถึงในส่วน การตีความการเขียนตัวอักษร หรือตัวเลขต่างๆ หากสามารถบรรเลงออกมาได้ สิ่งเหล่านี้ย่อม สมควรจัดได้ว่าเป็นงานดนตรีกรรมประเภทโน้ต เพลง เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์และมีข้อ ยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการเฉพาะสำหรับ งานดนตรีกรรม

^{๙๔} เฟิงอ้าง, ๓๗.

๒. การใช้งานที่เป็นธรรมในงานดนตรีกรรม

จากที่กล่าวมา ในการตีความบทนิยามคำว่า “ดนตรีกรรม” ได้อย่างถูกต้องครบถ้วนดีแล้ว ย่อมเป็นประโยชน์กับการแสวงหาประโยชน์จากงานดนตรีกรรมโดยที่ไม่ไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น และป้องกันการรู้เท่าไม่ถึงการณ์ในการกระทำอันเป็นละเมิดลิขสิทธิ์งานดนตรีกรรมของผู้อื่น โดยสามารถรักษาสมดุลของสาธารณะประโยชน์กับประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิได้เป็นอย่างดียิ่งขึ้น การรักษาสมดุลดังกล่าวมีหลักการที่สำคัญคือ หลักการใช้งานโดยธรรม (Fair use) ซึ่งกรณีงานดนตรีกรรมมีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

๒.๑ การตีความว่ามาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ เป็นบททั่วไป และมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ เป็นบทเฉพาะในการใช้งานโดยธรรม กรณีงานดนตรีกรรม โดยมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

๒.๑.๑ ในมาตรา ๙ (๒)^{๙๔} แห่งอนุสัญญากรุงเบิร์นได้กล่าวถึงข้อยกเว้นให้ผู้อื่นมีสิทธิในการทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้เป็นหลักเกณฑ์ ๓ ประการ สรุปได้ดังนี้

(๑) ให้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานเฉพาะกรณีที่รัฐภาคีสมาชิกได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในรัฐตน

(๒) ให้พิจารณาถึงผลกระทบว่าการทำซ้ำงาน จะต้องไม่เป็นการทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องสูญเสียมูลค่าหรือผลประโยชน์จากการนำงานนั้นออกใช้งานตามปกติ

(๓) ให้พิจารณาถึงการไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิในการแสวงหาประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์จนเกินสมควรแก่เหตุ ดังเช่นการพิจารณาถึงปริมาณสัดส่วนที่ใช้เมื่อเทียบกับผลงาน

ในขณะที่อีกมุมหนึ่งของเจ้าของลิขสิทธิ์ มาตรา ๑๑ bis (๒)^{๙๕} ได้กำหนดให้การแพร่เสียงแพร่ภาพจะต้องไม่เสื่อมเสียต่อสิทธิทางศีลธรรมของผู้สร้างสรรค์ และผู้สร้างสรรค์จะต้องได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมจากการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น อย่างไรก็ตามหลักการทั้งในมาตรา ๙ และ มาตรา ๑๑ bis (๒) อาจยังไม่เพียงพอต่อการอนุวัติการให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย ซึ่งยังคงต้องการการใช้งานดนตรีกรรมที่เป็นธรรมทั้งการทำซ้ำและการนำออกแสดงเผยแพร่ด้วย

^{๙๔} Article 9 (2) It shall be matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

^{๙๕} Article 11 bis (2) It shall be matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed. They shall not in any circumstances be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement shall be fixed by competent authority.

๒.๑.๒ ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) เกิดขึ้นเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๓๖ โดยภาคีเกนตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT) ซึ่งต่อมาคือองค์การการค้าโลก (The world Trade Organization - WTO) ได้ลงนามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (The Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods - TRIPs) อันมีวัตถุประสงค์เพื่อลดอุปสรรคด้านการค้าระหว่างประเทศ และส่งเสริมให้คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงจะสร้างหลักประกันเกี่ยวกับมาตรการและกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา^{๙๓} ซึ่งประเทศไทยเองก็เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกจึงต้องให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสอดคล้องต้องกันกับความตกลงนี้ด้วย

ทั้งนี้ ความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับภายหลังอนุสัญญากรุงเบอร์น แต่ได้กำหนดไว้ใน

มาตรา ๙^{๙๔} ให้คงสาระสำคัญของหลักการต่างๆ อ้างอิงไปถึงการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์นด้วย ยกเว้นหลักการตามมาตรา ๖ bis^{๙๕} ของอนุสัญญาเบอร์น ว่าด้วยการคุ้มครองกรรมสิทธิ์อันได้แก่สิทธิของผู้สร้างสรรค์ในการที่จะปกป้องผลงานของตนจากการที่ผู้อื่นมาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหรือวิพากษ์วิจารณ์ไปในทางที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียง หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ความตกลงทริปส์ไม่บังคับให้รัฐภาคีจำต้องปฏิบัติตาม

ส่วนในมาตรา ๑๔ ของความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้นักแสดงได้รับการคุ้มครองจากการกระทำที่ปราศจากอำนาจ ต่อสิ่งบันทึกเสียงในการแสดงที่ผู้ทรงสิทธิมิได้มีการบันทึกไว้ หรือการทำให้ซ้ำในงานที่ได้มีการบันทึกไว้ และผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง มีสิทธิในการอนุญาตหรือห้ามการทำให้ซ้ำไม่ว่าโดยทางตรง หรือทางอ้อม ซึ่งสิ่งบันทึกเสียงนั้น

สำหรับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย ได้กำหนดให้สามารถกระทำสำเนางานที่มีลิขสิทธิ์ในกรณีเฉพาะ เช่น การทำสำเนาเพื่อวัตถุประสงค์ใช้ในการวิจารณ์ รายงานข่าว ใช้ในการสอน งาน

^{๙๓} South centre, *The TRIPs Agreement a guide for the south* (Geneva : Disa, 1997) 47.

^{๙๔} Article 9 Relation to the Berne Convention

1. Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.

^{๙๕} Article 6bis Moral Rights: 1. To claim authorship; to object to certain modifications and other derogatory actions; 2. After the author's death; 3. Means of redress

(1) Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.

วิชาการ หรืองานวิจัย ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และไม่ต้องขออนุญาต โดยบัญญัติไว้ในหมวดที่ ๑ ส่วนที่ ๖ ว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ตั้งแต่มาตรา ๓๒-๔๓ และตามมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศคือ ข้อ ๑๓ ของ TRIPs Agreement^{๒๐} โดยได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้การต่อไปนี้เป็น

ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์^{๒๑}

๑) การกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ

๒) การกระทำที่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร

อีกทั้งกฎหมายไทยยังมีบทเฉพาะกรณีข้อยกเว้นการละเมิดงานดนตรีกรรมไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ กล่าวคือ การนำงานนาฏกรรม หรือดนตรีกรรมออกแสดงเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนตามความเหมาะสมโดยมิได้จัดทำขึ้น หรือดำเนินการเพื่อกำไรเนื่องจากการจัดให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณชน และมีได้จัดเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าโดยตรง หรือโดยทางอ้อมและนักแสดงไม่ได้รับค่า

ตอบแทนในการแสดงนั้น มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากเป็นการดำเนินการโดยสมาคม มูลนิธิ หรือองค์การอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณกุศล การศึกษา การศาสนา หรือการสังคม สงเคราะห์ และได้ปฏิบัติตามมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง^{๒๒}

จากหลักกฎหมายข้างต้น แม้จะมียกกรอบแนวคิดสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศทั้งสองอนุสัญญา แต่จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาในรายละเอียดพบว่าลำพังงานดนตรีกรรมประเภทโน้ตเพลงซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ ๑.๒ ไม่สามารถอ้างหลักการใช้งานโดยธรรมตามมาตรา ๓๖ ได้ เว้นแต่จะได้นำโน้ตเพลงนั้นออกแสดงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในลักษณะเป็นการแสดงที่มีนักแสดง

นอกจากนี้ เพื่อความเข้าใจในปัญหาเกี่ยวกับหลักการใช้งานโดยธรรม จึงเปรียบเทียบกับหลักการใช้งานโดยธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเกิดจากคำวินิจฉัยข้อต่อสู้ในศาลที่ยอมให้มีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หากเป็นการใช้ในลักษณะที่ไม่แสวงหากำไร และได้นำงานของผู้สร้างสรรค์แต่เพียงบางส่วนมาใช้ใหม่เพื่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และศิลปวิทยาการที่มีประโยชน์ต่อสังคม โดยสุจริตและเป็นธรรม^{๒๓}

^{๒๐}Article 13 Limitations and Exceptions

Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.

^{๒๑} มาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗.

^{๒๒} มาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗

และในส่วนของการล้อเลียน (parody) แนวโน้มคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ยังเห็นว่าไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากแต่เป็นการยืมงานต้นฉบับมาเพื่อให้ผู้ชมสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นงานล้อเลียนจากผลงานต้นฉบับผลงานใด^{๒๓}

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้และการตีความมาตรา ๓๒ และมาตรา ๓๖ ดังกล่าวนี้น หากฝ่ายผู้ทรงสิทธิตีความเพื่อประโยชน์ตนว่า มาตรา ๓๒ วรรคหนึ่งเป็นกรอบกว้าง ๆ ที่ไม่สามารถใช้บังคับโดยลำพังได้ โดยจะต้องตีความร่วมกันไปกับบทเฉพาะ ซึ่งเมื่อตีความในลักษณะนี้ งานดนตรีกรรมที่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยไม่มีการแสดง ดังเช่นการเผยแพร่โน้ตเพลง จะไม่ได้รับประโยชน์จากหลักการใช้งานโดยธรรมชาติตามมาตรา ๓๖ และก็ไม่อาจนำมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่งมาใช้ด้วยได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าการตีความดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและขัดต่อหลักการใช้งานโดยธรรมชาติที่เป็นสากลในกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศดังที่ยกตัวอย่างมา จึงต้องตีความว่ากรณีการเผยแพร่โน้ตเพลงสามารถยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ตามหลักกฎหมายมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบททั่วไป

สำหรับกรณีงานล้อเลียนในกรณีของงานดนตรีกรรม จะเห็นได้ว่าสามารถทำได้โดยการเปลี่ยนคำร้อง แต่อาศัยทำนองเดิมเพื่อให้ผู้ฟังทราบว่ามีมาจากเพลงใด หากพิจารณาตามนิยาม

การดัดแปลงงานดนตรีกรรม ภายใต้กฎหมายว่า ลิขสิทธิ์ของไทย งานล้อเลียนโดยการเปลี่ยนคำร้องของเพลงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเป็นการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยคงสาระสำคัญของงานเดิมเอาไว้ ถึงแม้ว่างานล้อเลียนจะช่วยสร้างความสนุกสนานให้แก่สังคมก็ตาม โดยที่ไม่ได้กระทบสิทธิในลิขสิทธิ์ของผู้ทรงสิทธิจนเกินสมควร และเมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางการวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาเห็นว่างานล้อเลียนไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเป็นเพียงการยืมงานเพลงต้นฉบับมาใช้เพื่อให้ผู้ชมสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นงานล้อเลียนจากผลงานต้นฉบับใด ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่างานดังกล่าวควรได้รับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

อีกทั้งในมาตรา ๓๖ ยังเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เนื่องจากได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องไม่มีการเก็บค่าเข้าชมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม และนักแสดงต้องไม่ได้รับค่าตอบแทนด้วย ซึ่งการแสดงดนตรีก็มีค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเสมอ เช่น ค่าเตรียมการต่างๆ สำหรับอุปกรณ์ เครื่องแต่งกาย ค่าเดินทางของนักแสดง ฯลฯ แม้ว่างานที่แสดงจะมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร เช่น การแสดงดนตรีในโบสถ์หรือในพิธีการต่าง ๆ การแสดงดนตรีในงานแต่งงาน หรือการแสดงดนตรีเพื่อขอรับเงินบริจาคของมูลนิธิก็ตาม^{๒๔}

^{๒๓} บัณฑิต ภูมิไพบูลย์, ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเน้นศึกษางานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๙) ๑๐๕-๑๐๖.

^{๒๔} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๐, ๑๐๘.

^{๒๕} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๐, ๙๙-๑๐๐.

นอกจากนี้ งานดนตรีบำบัดซึ่งทาง การแพทย์แผนปัจจุบัน เห็นว่าเป็นวิธีการรักษาที่ ปลอดภัยและมีประโยชน์ต่อผู้ป่วยหลายกลุ่ม เช่น กลุ่มผู้ป่วยจิตเวช ออทิสติก มะเร็ง ฯลฯ^{๒๖} ในกรณี ที่มีการเก็บค่าบริการนั้น หากตีความตามตัวอักษร แห่งบทบัญญัติมาตรา ๓๖ ดังกล่าวแล้ว ย่อมไม่ ต้องด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ผู้ศึกษา เห็นว่างานดนตรีบำบัดมิใช่การแสวงหากำไรจาก ผลงานแสดงดนตรีกรรมโดยตรง หากแต่นำงาน ดนตรีกรรมมาสร้างสรรค์วิธีการบำบัดรักษาโรคอีก ทอดหนึ่ง ซึ่งวิธีการรักษาโรคได้รับการยกเว้นไม่ถือเป็นงานอันจะขอรับสิทธิบัตรได้ หากงานสร้างสรรค์ ดังกล่าวจะมาคุ้มครองภายใต้งานลิขสิทธิ์ก็ย่อม ลักลั่นกัน และสังคมจะเสียประโยชน์มาก

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีมาตรา ๓๒ เป็น หลักทั่วไปของการใช้งานที่เป็นธรรมแล้ว ผู้ศึกษา เห็นว่ากรณีที่ยกตัวอย่างข้างต้นทั้งประเด็นงาน ล้อเลียน ค่าใช้จ่ายของนักแสดง หรือการเก็บค่า เข้าชม โดยผู้จัดแสดงก็มิได้มุ่งแสวงหากำไรจาก การแสดง และกรณีการบำบัดโรคด้วยดนตรี ล้วน เป็นกรณีที่แสดงออกทางการสร้างสรรค์งานดนตรี กรรมในรูปแบบการแสดงซึ่งกฎหมายกำหนดข้อ ยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะตาม มาตรา ๓๖ จึงไม่สามารถนำมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง มาอุดช่องว่างในการปรับใช้กฎหมายได้ เนื่องจาก

หากจะตีความว่าสามารถนำมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง มาปรับใช้ได้แล้วก็ไม่ต้องบัญญัติมาตรา ๓๖ ขึ้น มาได้เลย เพราะทุกกรณีของมาตรา ๓๖ ล้วนอยู่ ภายในมาตรา ๓๒ วรรคหนึ่งเสมอ

ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการ ใช้งานโดยธรรมและสถานการณ์ปัจจุบัน จึงควรตัด ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา ๓๖ คำว่า “และมีได้จัด เก็บค่าเข้าชม ไม่ว่าโดยทางตรง หรือโดยทางอ้อม และนักแสดงไม่ได้รับค่าตอบแทนในการแสดงนั้น” ออกเสีย^{๒๗} เพื่อลดปัญหาการตีความ และแก้ไข นิยามคำว่า การดัดแปลงมิให้หมายความรวมถึง งานล้อเลียนเพื่อความสนุกสนาน ที่มีได้กระทบ สิทธิของผู้ทรงสิทธิไว้ด้วย

๒.๒ มาตรการทางเทคโนโลยีที่ขัดกับ ประโยชน์สาธารณะในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ จากงานดนตรีกรรม

เนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันพบว่ามักมี ผู้อาศัยความสะดวกรวดเร็วของเทคโนโลยีกระทำ ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรม และส่วนใหญ่ เป็นการบันทึกสำเนางานที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือ ผู้เกี่ยวข้องต้องหาทางป้องกันมิให้มีการละเมิด หรือเข้าถึงข้อมูลด้วยการบริหารจัดการตามสิทธิ ของตน^{๒๘} ซึ่งการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้น

^{๒๖} อรยา เอี่ยมชื่น และคณะ, บำบัดโรคด้วยการแพทย์ทางเลือก (กรุงเทพฯ : บริษัทริดเดอร์ส โดเจสท์ (ประเทศไทย) จำกัด, พิมพ์ ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๔), ๑๑๒ - ๑๑๓.

^{๒๗} การตัดถ้อยความมาตรา ๓๖ ส่วนนี้ สอดคล้องกับส่วนหนึ่งของข้อเสนอแนะวิทยานิพนธ์ของนันท์วัฒน์ ลิ้มโปดม อ้างถึงแล้ว เชิงบรรณที่ ๒๓, ๑๒๐.

^{๒๘} เนติธร รัตนสุขานันท์, (๒๕๕๑) ๙: ๒ (๑๔) มกราคม - มิถุนายน, วารสารสถาบันวัฒนธรรมและศิลปะมหาวิทยาลัย ศรีนครินทรวิโรฒ, ๖๓.

ในทางกลับกันก็ก่อให้เกิดการปกป้องผลประโยชน์ส่วนตนเกินไปกว่าสิทธิที่พึงมีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยมีข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่

๒.๒.๑ การกระทำทางเทคโนโลยีอื่น เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมที่นิยมในปัจจุบัน คือ วิธีการ File sharing หรือ Peer-to-peer (P2P) คือ เป็นวิธีการใช้เทคโนโลยีที่ทำให้ผู้ใช้คอมพิวเตอร์สามารถใช้สอยทรัพยากรร่วมกันหรือแลกเปลี่ยนไฟล์ข้อมูลกันทั้งภาพ เสียง วิดีโอ หรือข้อมูลต่างๆ ในรูปแบบดิจิทัล หรืออาจเป็นวิธีการที่สามารถรายงานข้อมูลได้ทันทีและตลอดเวลา (real time) สิ่งที่แตกต่างกันระหว่าง Peer-to-peer กับการดาวน์โหลดไฟล์แบบอื่นคือการทำให้เครื่องลูกข่ายที่อยู่ในระบบนำทรัพยากรของตนเองมาช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของระบบโดยรวม และหากมีคนดาวน์โหลดมาก ประสิทธิภาพของระบบย่อมจะมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย ไฟล์จึงดาวน์โหลดได้เร็วขึ้น ซึ่งวิธีการ Peer-to-peer เป็นเทคโนโลยีที่เหมาะสมสำหรับผู้ที่ต้องการย้ายข้อมูลคราวละมาก ๆ จากที่หนึ่งไปสู่อีกที่หนึ่ง โดยส่วนใหญ่มีการนำมาใช้กับงานดนตรีกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องมุ่งเน้นมาตรการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์^{๒๙}

๒.๒.๒ มาตรการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์งานดนตรีกรรมจากการดาวน์โหลดข้อมูล เช่น^{๓๐}

(๑) การใส่กุญแจรหัสสินค้า (Product Lock-in) คือการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ป้องกันไม่ให้มีการนำอุปกรณ์อื่นใดที่ต่อพ่วงกับอุปกรณ์หลักกลับมาใช้งานซ้ำอีก แม้ว่าจะเป็นอุปกรณ์ต่อพ่วงที่แท้จริงก็ตาม

(๒) การป้องกันการปฏิบัติการเชื่อมโยง (Attacking Interoperability) คือ การที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้มาตรการทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันไม่ให้สินค้าของผู้อื่นสามารถใช้งานกับสินค้าของตนเองได้

(๓) การแบ่งแยกตลาด (Geographic Market Segmentation) คือ การควบคุมการเข้าถึง หรือเข้าไปในส่วนหรือสถานที่ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องการควบคุม เพื่อแบ่งแยกตลาดสินค้าที่วางจำหน่าย

ทั้งนี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์บางรายสามารถผลิตเครื่องมือหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถทำให้ผู้ใช้งานอันมิใช่ลิขสิทธิ์หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์กำหนดไว้ได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำซ้ำหรือการเข้าถึงงานดังกล่าว ดังนั้น จึงได้มีการตรากฎหมายที่ห้ามมิให้มีการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องเทคโนโลยีขึ้น ซึ่งเรียกกันว่า “กฎหมายต่อต้านการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องเทคโนโลยี” (Anti-circumvention Measure)^{๓๑}

^{๒๙} ธีรพล สุวรรณประทีป, “p2p เราพร้อมหรือยัง?”, วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ ๖๖, ๖๙. (๑๕ กันยายน ๒๕๕๗) <http://elib.coj.go.th/Article/courtP2_6_5.pdf>

^{๓๐} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, ๑๙๓-๑๙๔.

^{๓๑} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, หน้า ๑๙๑.

๒.๒.๓ กฎหมายต่อต้านการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องเทคโนโลยี ตามสนธิสัญญาสิทธิบัตรและสนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียงขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO Copyright Treaty และ WIPO Performances and Phonograms Treaty ซึ่งมักเรียกรวมทั้งสองฉบับว่า WIPO Internet Treaties^{๓๒}) ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องคุ้มครองมาตรการในการปกป้องเทคโนโลยีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้อันเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้สิทธิตามสนธิสัญญานี้และตามอนุสัญญากรุงเบิร์น แต่บทบัญญัติของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับไม่ชัดเจนว่ารัฐภาคีต้องมีกฎหมายห้ามการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องเทคโนโลยีในขอบเขตอย่างไร เนื่องจากตามหลักการเดิมของกฎหมายลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิในการทำซ้ำและดัดแปลง กับสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณชนเฉพาะงานอันมีลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่เจ้าของลิขสิทธิ์จะไม่มีสิทธิกีดกันหรือป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ในขณะที่เจ้าของมาตรการปกป้องเทคโนโลยีสามารถควบคุมการเข้าถึงของผู้อื่นรวมถึงเจ้าของลิขสิทธิ์เองด้วย^{๓๓}

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่นำมาใช้ในงานอันมีลิขสิทธิ์ และการต่อต้านการหลีกเลี่ยงมาตรการปกป้องเทคโนโลยีอย่างเคร่งครัด จะทำให้ทั้งตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เอง และผู้ที่ต้องการที่จะเข้าไป

เพียงเพื่อศึกษาหรือค้นคว้าหาความรู้ หรือใช้ประโยชน์โดยลำพังตนเองและมีได้ประสงค์จะแสวงหากำไรอันเป็นการขัดต่อประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิตามสมควรไม่สามารถเข้าถึงงานดังกล่าวได้เลย หากไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของมาตรการปกป้องเทคโนโลยีเสียก่อน ซึ่งมักต้องจ่ายเป็นค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของมาตรการปกป้องเทคโนโลยี ส่งผลให้การพัฒนาของบุคลากรของประเทศเป็นไปได้โดยไม่สมบูรณ์ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าถึงงานดนตรีกรรม อันเป็นประโยชน์ต่อสังคมประเทศในด้านการจรรโลงใจ และขัดต่อหลักการใช้งานโดยธรรมดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ ๒.๑ อีกด้วย

ตามกฎหมายไทย ได้มีการคุ้มครองมาตรการปกป้องเทคโนโลยีไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐^{๓๔} ได้แก่

มาตรา ๕ ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ และมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๖ ผู้ใดล่วงรู้มาตรการการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะ ถ้านำมาตรการดังกล่าวไปเปิดเผยโดยมิชอบในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่

^{๓๒} World Intellectual Property Organization, the WIPO Internet Treaties, (9 September 2014) <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/ecommerce/450/wipo_pub_450in.pdf>

^{๓๓} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, ๑๙๒.

^{๓๔} มาตรา ๕, ๖ และ ๗ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐.

ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๗ ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากทั้งสามมาตราดังกล่าว คำว่า “โดยมิชอบ” ย่อมหมายถึงโดยมิชอบด้วยกฎหมายทั้งหลายซึ่งกว้างกว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองมาตรการทางเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ย่อมเป็นผลดีกว่า เพราะสามารถช่วยรักษาสัมดุลระหว่างสิทธิโดยเด็ดขาดของผู้ทรงสิทธิ กับการพัฒนาศักยภาพของประชาชนในประเทศไทย ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์มีส่วนช่วยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลักการใช้งานโดยธรรม (fair use) ในการอำนวยความสะดวกให้กับการให้กับสังคมด้วย จึงควรจะกำหนดให้การกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแท้จริงเท่านั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนที่จะถึงข้อมูลหรือค้นหาความรู้ซึ่งเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และเป็นการสนับสนุนให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือความรู้สู่สาธารณชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้ประชาชนได้รับการจรรโลงใจ มีสุนทรียภาพในการรับชมรับฟังงานดนตรีกรรม ผ่านช่องทาง

ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งสะดวกรวดเร็ว โดยอีกแง่มุมหนึ่งอาจเป็นการสร้างประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้กับผู้ทรงลิขสิทธิ์ในการประชาสัมพันธ์ผลงานก็เป็นได้

บทสรุป

เพื่อให้การแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับงานดนตรีกรรมเป็นไปอย่างเหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพควรต้องมีความเข้าใจที่ชัดเจนถึงลักษณะของงานดนตรีกรรม รวมถึงการชั่งน้ำหนักตามหลักการใช้งานโดยธรรมระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ฝ่ายหนึ่งกับของสาธารณชนอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งการแก้ไขถ้อยคำพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ บางส่วน จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมได้ ในขณะที่กรณีมาตรการทางเทคโนโลยีเป็นปัญหาการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของมาตรการทางเทคโนโลยี ซึ่งอาจไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์กับประโยชน์ของสาธารณชนนั้น เมื่อได้พิจารณาถึงที่มาของการที่กฎหมายยอมรับให้มีการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีก็เป็นไปเพื่อป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นน้ำหนักประโยชน์ของเจ้าของมาตรการทางเทคโนโลยีจึงไม่ควรเกินเลยไปกว่าน้ำหนักประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อความเป็นธรรมในสังคมเช่นกัน และเมื่อการคุ้มครองงานดนตรีกรรมเป็นไปด้วยความยุติธรรมก็ย่อมจะเป็นแรงผลักดันที่กระตุ้นให้เกิดผลงานสร้างสรรค์เปี่ยมคุณค่าจรรโลงชีวิตแก่ประชาชนทั้งหลายได้สืบเนื่องต่อไป



บรรณานุกรม

ณัชชา โสคติยานุรักษ์, พจนานุกรมศัพท์ดุริยางคศิลป์, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๓)

ธีรพล สุวรรณประทีป, “p2p เราพร้อมหรือยัง?”, วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ ๖๖, ๖๙. (๑๕ กันยายน ๒๕๕๗) <http://elib.coj.go.th/Article/courtP2_6_5.pdf>

นันทน อินทนนท์, “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ”, *IP&IT SPECIAL ISSUE 2005 EIGHT ANNIVERSARY THE INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE LAW FORUM* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, ๒๕๔๘)

นันทวัฒน์ ลิ้มโปดม, ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยเน้นศึกษางานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙)

เนติธร รตนสุขนันท์ (๒๕๕๑) ๙: ๒ (๑๘) มกราคม – มิถุนายน, วารสารสถาบันวัฒนธรรมและศิลปะ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO), *เข้าถึงสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง*, แปลโดย กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ (๑ กันยายน ๒๕๕๗) <<http://tgcthailand.com/articles/november 2012/067-2012.pdf>>

อรยา เอี่ยมชื่น และคณะ, *บำบัดโรคด้วยการแพทย์ทางเลือก* (กรุงเทพฯ : บริษัทริดเดอร์สโตเจสท์ (ประเทศไทย) จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๔๔)

South centre, *The TRIPs Agreement a guide for the south* (Geneva : Disa, 1997)

World Intellectual Property Organization, *the WIPO Internet Treaties*, (9 September 2014) <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/ecommerce/450/wipo_pub_l450in.pdf>





มูลเหตุการกระทำความผิดของแฟรงค์ วิลเลียม อบาเนลในมุมมองเชิงอาชญาวิทยา The Offense Cause of Frank William Abagnale in Criminology Perspectives

วุฒิชัย เต็งพงศธร*

บทคัดย่อ

มูลเหตุการกระทำความผิดของแฟรงค์ วิลเลียม อบาเนล ในมุมมองเชิงอาชญาวิทยามีสาเหตุมาจากทฤษฎีความไร้ระเบียบของสังคม ซึ่งแฟรงค์ถูกจัดอยู่ในกลุ่มที่มีชื่อว่า Innovation ดังจะเห็นได้จากการนิยมการใช้ชีวิตตามแนวทางของผู้มีฐานะในขณะที่วิธีการในการไปให้ถึงเป้าหมายกลับไม่เดินตามแนวทางที่สังคมกำหนดไว้คือการขยันทำงาน ตั้งใจศึกษาเล่าเรียน รู้จักอดออม ฯลฯ นอกจากนี้ปัจจัยด้านแรงกระตุ้นทั้งจากภายนอกและภายในล้วนเป็นอีกสาเหตุของการกระทำความผิดของแฟรงค์ได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะปัจจัยด้านแรงกระตุ้นจากภายนอกไม่ว่าจะเป็น สภาวะความกดดันจากสภาพครอบครัว สภาวะความเครียด อันมีที่มาจากความคาดหวังของบุคคลที่ไม่เป็นไปตามที่หวัง หรือแม้กระทั่งการซังน้ำหนักระหว่างผลได้และผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบอาชญากรรมตามทฤษฎีทางเลือกที่เหมาะสม ล้วนเป็นปัจจัยที่อาจนำมาสู่การกระทำความผิดของแฟรงค์ได้ทั้งสิ้น

คำหลัก: มูลเหตุการกระทำความผิด แฟรงค์ วิลเลียม อบาเนล อาชญาวิทยา

Abstract

The Offense Cause of Frank William Abagnale in Criminology Perspectives rose from Anomie theory which is classified to the group of innovation due to the fact that he has been using his wealthy lifestyle whereas the methods to achieve his goals are different from the social standard, like hard working, learning, saving, and so on. In addition, both internal and external motivating factors are the causes of his delinquency. Especially, the

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

external motivating factors, such as high pressure in the family and stressful environment from disappointment or dissatisfaction of people, are claimed as the major causes of his illegality. Eventually, The further factor, that lead Frank William Abagnale to commit the crime, is the comparative measurement of expected benefits and drawbacks from criminality are in accordance with the theory of rational choice.

Keywords: The Offense Cause, Frank William Abagnale, Criminology

บทนำ

เชื่อว่าท่านผู้อ่านบทความหลายท่านคงจะเป็นผู้ชื่นชอบในการชมภาพยนตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาพยนตร์จากฝั่ง Hollywood ซึ่งอุดมไปด้วยเม็ดเงินด้านการลงทุนที่สูง นักแสดงคุณภาพ ทีมงานที่ เต็มไปด้วยความสามารถ บทภาพยนตร์ที่ยอดเยี่ยม ฯลฯ และถ้าจะพูดถึงภาพยนตร์สักเรื่องหนึ่งที่อุดมไปด้วยสาระแก่การศึกษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางอาชญาวិทยาก็คงจะหนีไม่พ้นภาพยนตร์ที่มีชื่อว่า “Catch me if you can” ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวนี้ได้ถูกเสนอชื่อเข้าชิงรางวัล Oscar ในปี ๒๐๐๓ ซึ่งถือเป็นรางวัลที่ใหญ่ที่สุดของบุคลากรในวงการภาพยนตร์ใน ๒ สาขา ได้แก่ สาขานักแสดงสมทบชายยอดเยี่ยมจาก Christopher Walken และรางวัลดนตรีประกอบยอดเยี่ยม ภาพยนตร์เรื่อง “Catch me if you can” เป็นภาพยนตร์ที่สร้างจากอัตชีวประวัติชีวิตจริงของนักต้มตุ๋นระดับโลกที่มีชื่อว่าแฟรงค์ วิลเลียม อบาเนล (Frank William Abagnale) รับบทโดยลีโอนาโด ดิคาปริโอ (Leonardo Di Caprio) ประทับคู่กับสายลับที่มีชื่อเสียงด้านการจับกุมคดีฉ้อโกงในระบบการธนาคารสหรัฐ (FBI bank fraud agent) ที่มีชื่อว่า Carl Hanratty นำแสดงโดย Tom Hanks ซึ่งถ้าใครได้ติดตามภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวหรือ

อัตชีวประวัติของอดีตนักต้มตุ๋นระดับโลกท่านนี้จะพบว่า นักต้มตุ๋นระดับโลกท่านนี้มีรูปแบบการก่ออาชญากรรมที่ไม่ธรรมดา ด้วยการเริ่มต้นก่อคดีฉ้อโกง ครั้งแรกเมื่อมีอายุได้เพียง ๑๖ ปี จากการได้เงินเป็นจำนวนมากจากการออกเช็คและขายลดเช็คในขณะที่เงินสดอยู่ในบัญชีธนาคารเพียง ๒๐๐ เหรียญสหรัฐ ต่อจากนั้นได้ปลอมตัวเป็นนักบินของสายการบินระดับชาติของสหรัฐอเมริกาและอาศัยความน่าเชื่อถือจากการเป็นนักบินปลอมเช็คของสายการบินดังกล่าวจนได้เงินจำนวนมากมหาศาล นอกจากนี้ยังได้ปลอมวุฒิการศึกษาและไปประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และทนายความและเข้าประกอบอาชีพเป็นแพทย์และทนายความในโรงพยาบาลและสำนักงานทนายความทั้ง ๆ ที่ไม่ได้จบการศึกษาทางการแพทย์และทางด้านกฎหมาย พฤติกรรมของแฟรงค์เป็นพฤติกรรมที่น่าสนใจในการศึกษาในเชิงอาชญาวិทยาเป็นอย่างมาก เนื่องจากในทางอาชญาวิทยาเชื่อว่า “การก่ออาชญากรรมของบุคคลล้วนมีสาเหตุและปัจจัยเป็นตัวกำกับ” ดังนั้น ในบทความฉบับนี้ ผู้เขียนจึงอยากจะวิเคราะห์ถึงสาเหตุและปัจจัยในการกระทำ ความผิดของแฟรงค์ว่ามีที่มาจากสาเหตุใดและปัจจัยและทฤษฎีด้านอาชญาวิทยาใดที่น่าจะนำมาใช้อธิบายถึงการกระทำความผิดในคดีนี้

ทฤษฎีแรกที่ผู้เขียนได้ตั้งข้อสันนิษฐานถึงเหตุในการกระทำความผิดเอาไว้ คือ ทฤษฎีความไร้ระเบียบของสังคม (Anomie) ทฤษฎีดังกล่าวมีรากฐานมาจากแนวคิดที่ว่า เมื่อสังคมใดสังคมหนึ่งเกิดสภาวะการเปลี่ยนแปลงทางสังคมจากสังคมรูปแบบหนึ่งไปสู่สังคมอีกรูปแบบหนึ่ง ทำให้สังคมที่เกิดขึ้นใหม่อยู่ในสภาวะไร้ระเบียบที่ปราศจากกฎและกติกาขึ้นมารองรับ ส่งผลให้คนในสังคมเลือกแนวทางที่จะกระทำในสิ่งที่ผิดเนื่องจากการเป็นกระทำที่ทำให้ได้ผลประโยชน์ตอบแทนมากกว่า (พรชัย ชันดี และคณะ, ๒๕๔๓: ๘๙ - ๙๓) ทฤษฎีดังกล่าวนี้ถูกอธิบายโดย Robert K Merton นักอาชญาวิทยาและสังคมวิทยาชาวอเมริกัน โดยได้อธิบายถึงการก่ออาชญากรรมกับสภาวะความไร้ระเบียบดังกล่าวนี้ว่า มีสาเหตุมาจากปัจจัยที่สำคัญ ๒ ปัจจัย คือ

๑. ปัจจัยด้านเป้าหมายของคนในสังคม (Goal) Merton ให้ความหมายของปัจจัยดังกล่าวนี้ว่า หมายถึง สิ่งที่เป็นความปรารถนาสูงสุดของคนในสังคมในยุคนั้น สมัยนั้น หรือจุดที่คนในสังคม ณ ขณะนั้น เห็นว่าสิ่งที่เป็นเป้าหมายสูงสุดของการดำเนินชีวิต ซึ่งเป้าหมายสูงสุดดังกล่าวนี้ถูกให้นิยามเชิงสัญลักษณ์ว่า Goal

๒. ปัจจัยด้านแนวทางในการนำไปสู่เป้าหมาย (Mean) Merton ให้ความหมายของปัจจัยดังกล่าวนี้ว่า หมายถึง แนวทางหรือวิธีการที่คนสังคมส่วนใหญ่ยอมรับและกำหนดให้เป็นหนทางที่ถูกต้องในการนำไปสู่เป้าหมายสูงสุดของคนในสังคม Merton ให้นิยามเชิงสัญลักษณ์แทนสิ่งดังกล่าวว่า Mean

Merton ได้อธิบายถึงลักษณะของสังคมอเมริกันไว้ว่า เป็นสังคมที่กำหนดเป้าหมายของการประสบความสำเร็จในชีวิต (Goals) ไว้ว่าต้องมีทรัพย์สิน เงินทอง มีชีวิตที่เป็นอยู่สุขสบาย มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีและในทำนองเดียวกันสังคมก็กำหนดกรอบหรือกติกาในการดำเนินวิถีชีวิตเพื่อไปสู่จุดมุ่งหมายสูงสุดดังกล่าว (Means) เอาไว้ว่าต้องขยันเรียนเพื่อให้มีระดับการศึกษาที่ดี ต้องขยันทำงาน ต้องมีความซื่อสัตย์ ฯลฯ

ปรากฏการณ์สภาวะความไร้ระเบียบของสังคม (Anomie) จะเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งในสังคมอยากจะทำประสบความสำเร็จในชีวิต (Goals) แต่การดำเนินชีวิตด้วยรูปแบบหรือแนวทางปกติ ไม่สามารถตอบโจทก์ในการทำให้ตนเองประสบความสำเร็จได้ จึงได้แสวงหาแนวทางอื่นที่ผิดปกติไปจาก คนทั่วไปในสังคม โดยไม่สนใจถึงความถูกต้องตามรูปแบบของกฎหมาย หนทางดังกล่าวนี้ นำไปสู่เส้นทางการเลือกประกอบอาชญากรรม (Vold, Bernard, and Snipes, 2002: 136-137)

จากแนวทางของ Merton ได้แบ่งกลุ่มพฤติกรรมและประเภทของบุคคลออกเป็น ๕ กลุ่มหลักๆด้วยกัน ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง เป็นกลุ่มที่ยอมรับทั้งกติกาสังคมสังคม (Means) และแนวทางที่สังคมกำหนดว่าเป็นความสำเร็จในชีวิต (Goals) Merton ให้ชื่อกลุ่มนี้ว่า Conformity กลุ่มคนเหล่านี้ไม่มีแนวโน้มที่จะประกอบอาชญากรรม เนื่องจากกลุ่มบุคคลเหล่านี้จะแสวงหาทรัพย์สินหรือเงินทองด้วยวิธีการอันสุจริตและ ปฏิเสธการได้มาซึ่งทรัพย์สินด้วยวิธีการที่ไม่ถูกต้อง

กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มที่ไม่ยอมรับกฎกติกาของสังคม (Means) แต่ยอมรับแนวทางที่สังคมกำหนด ว่าเป็นความสำเร็จในชีวิต (Goals) Merton ให้ชื่อกลุ่มนี้ว่า Innovation กลุ่มคนเหล่านี้เป็นกลุ่มคนที่มีแนวโน้มประกอบอาชญากรรมค่อนข้างสูง เนื่องจากเป็นกลุ่มที่ยึดติดในทรัพย์สิน เงินทอง และชีวิตที่ สุขสบายแต่มุ่งที่จะแสวงหาทรัพย์สินด้วยวิธีการที่ผิดเป็นหลัก

กลุ่มที่สาม เป็นกลุ่มที่ยอมรับกติกาของสังคมสังคม (Means) แต่ไม่ยอมรับในสิ่งที่สังคมกำหนดว่าเป็นความสำเร็จ (Goals) Merton ให้ชื่อเรียกกลุ่มนี้ว่า Ritualism กลุ่มคนกลุ่มนี้เป็นกลุ่มคนที่มีแนวโน้มที่ จะประกอบอาชญากรรมค่อนข้างน้อย เนื่องจากกลุ่มคนกลุ่มนี้จะมุ่งเน้นที่ปฏิบัติตามกรอบกติกาของ สังคมเป็นหลักและปฏิเสธการมีทรัพย์สินเงินทองจำนวนมากว่าเป็นเป้าหมายสูงสุดในการดำรงชีวิต

กลุ่มที่สี่ เป็นกลุ่มที่ไม่ยอมรับกฎกติกาของสังคม (Means) และไม่ยอมรับในสิ่งที่สังคมกำหนดว่า ว่าเป็นความสำเร็จ (Goals) Merton ให้ชื่อเรียกกลุ่มนี้ว่า Retreatism กลุ่มคนกลุ่มนี้จะไม่สนใจว่าวิธีการได้ มาซึ่งทรัพย์สิน เงินทองว่าจะสุจริตหรือไม่แต่ก็ไม่ได้อึดติดว่าชีวิตที่มีทรัพย์สินเงินทองเป็นเป้าหมาย ของชีวิต ดังนั้น กลุ่มคนกลุ่มนี้จะมีโอกาสที่จะประกอบหรือไม่ประกอบอาชญากรรมเท่าๆกัน

กลุ่มที่ห้า เป็นกลุ่มที่ไม่ยอมรับกฎกติกาของสังคม (Means) และพยายามเปลี่ยนเป้าหมาย (Goals) ของสังคมในรูปแบบที่สร้างขึ้นใหม่ Merton ให้ชื่อเรียกกลุ่มนี้ว่า Rebellion กลุ่มคนกลุ่มนี้มีโอกาสที่จะประกอบหรือไม่ประกอบอาชญากรรมเท่าๆ กัน เนื่องจากกลุ่มคนกลุ่มนี้จะไม่สนใจวิธีการได้มาซึ่ง ทรัพย์สินว่าจะสุจริตหรือไม่และพยายามเปลี่ยนแปลงเป้าหมายของสังคมว่าต้องมีทรัพย์สินเงินทอง มีชีวิตความเป็นอยู่ที่สุขสบายเท่านั้นที่เป็นเป้าหมายหลักในชีวิตคล้ายกับในข้อที่ ๔

แผนภูมิที่ ๑

แสดงตารางเปรียบเทียบทฤษฎีความไร้ระเบียบของสังคมทั้ง ๕ แบบ
ตามแนวทางของmerton

กลุ่ม	การตอบสนอง กติกาของสังคม (Means)	การตอบสนองเป้าหมาย ของสังคม (Goals)	โอกาสในการประกอบ อาชญากรรม
Conformaty	ยอมรับ	ยอมรับ	น้อย
Innovation	ไม่ยอมรับ	ยอมรับ	สูง
Ritualism	ยอมรับ	ไม่ยอมรับ	น้อยมากที่สุด
Retreatism	ไม่ยอมรับ	ไม่ยอมรับ	ไม่แน่ชัด
Rebellion	ไม่ยอมรับ	เปลี่ยนแปลง	ไม่แน่ชัด

แนวคิดของ Merton เป็นแนวคิดที่น่าสนใจในการนำมาวิเคราะห์สาเหตุในการประกอบอาชีพการตามแนวทางของแฟรงค์ซึ่งอาจตีความได้ว่าแฟรงค์ถูกจัดอยู่ในกลุ่มที่มีชื่อว่า Innovation ซึ่งถือเป็นกลุ่มที่มีโอกาสในการประกอบอาชีพการมาก่อนข้างสูงกล่าวคือ เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากอัตชีวประวัติของแฟรงค์ได้พบข้อเท็จจริงที่สำคัญประการหนึ่ง คือ แฟรงค์มีเป้าหมายสูงสุดของการดำเนินชีวิตคือการเป็นบุคคลที่ร่ำรวยและต้องการมีทรัพย์สินเป็นจำนวนมาก ดังจะเห็นได้จากแฟรงค์นิยมการ ใช้ชีวิตที่หรูหราและมีความเป็นทุนนิยมค่อนข้างสูง ทุกครั้งที่เขาได้เงินจากการประกอบอาชีพการ แฟรงค์จะใช้เงินที่หามาได้ไปกับการดำเนินชีวิตตามแนวทางของชนชั้นสูงของสังคม เช่น การพักในโรงแรมที่หรูและดีที่สุดในเมือง การรับประทานอาหารตามภัตตาคารที่มีราคาสูงหรือแม้กระทั่งรสนิยมในการเลือกปลอมตัวเพื่อจะใช้เป็นแนวทางในการประกอบอาชีพการ แฟรงค์มักเลือกที่จะปลอมตัวเป็นบุคคลที่ประกอบอาชีพที่ได้รับการยอมรับจากสังคมอเมริกันไม่ว่าจะเป็นแพทย์ นักบิน หรือ ทนายความ ในแง่มุมหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าการเลือกปลอมตัวเป็นกลุ่มอาชีพที่ได้รับการยอมรับในสังคมอเมริกันเป็นช่องทางที่ทำให้การก่ออาชีพการสามารถทำได้ง่ายขึ้น เพราะเหยื่อจะมีความเชื่อใจกลุ่มอาชีพเหล่านั้นเป็นทุนเดิมอยู่แล้ว แต่ในอีกแง่มุมหนึ่งก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าสิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นการแสดงถึงการยอมรับในเป้าหมาย (Goal) ตามแนวทางของคนในสังคมอเมริกัน ในขณะที่วิธีการในการไปถึงเป้าหมาย (Means) ของแฟรงค์กลับไม่เดินตามแนวทางที่สังคมกำหนด เช่น การขยันทำงาน การเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา

เพื่อให้ได้งานที่ดี มีเงินเดือนสูงๆ รู้จักอดออม ซึ่งวิธีการปกติในการไปถึงเป้าหมายตามแบบฉบับของคนในสังคมอเมริกัน ดังจะเห็นจากแนวคิดในการบริหารเงิน ๒๐๐ เหรียญสหรัฐ ถ้าเป็นกลุ่ม Conformity หรือ Ritualism ตามแนวคิดของ Merton จะพยายามแสวงหาหนทางให้เงิน ๒๐๐ เหรียญสหรัฐของเขาสามารถทำให้เขาได้ศึกษาในระดับอุดมศึกษาหรืออาจนำไปเป็นต้นทุนในการต่อยอดทางธุรกิจ แต่แฟรงค์กลับนำเงิน ๒๐๐ เหรียญสหรัฐที่ได้รับมาจากพ่อเพื่อใช้เป็นทุนในการปลอมแปลงเช็คเพื่อให้ได้เงินมากขึ้นต่อยอดไปเรื่อยๆ รูปแบบดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการปฏิเสธแนวทางในการดำเนินการ (Mean) ที่ชัดเจน

แม้ว่าทฤษฎีสถานะไร้ระเบียบของ Merton จะสามารถอธิบายการเกิดอาชีพการของแฟรงค์ได้ ในระดับหนึ่ง แต่ทฤษฎีดังกล่าวยังคงมีจุดอ่อนอยู่ตรงที่เรารู้ได้อย่างไรว่าบุคคลใดมีแนวทางในการ ดำเนินชีวิต (Mean) และจุดมุ่งหมายสูงสุดในชีวิต (Goal) ในรูปแบบ Innovation อีกประการหนึ่งที่สำคัญ ก็คือแนวทางในการดำเนินชีวิต (Mean) และจุดมุ่งหมายสูงสุดในชีวิต (Goal) ของแต่ละบุคคลเป็นสิ่งที่ ไม่แน่นอนและสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามช่วงจังหวะเวลาและโอกาสของแต่ละบุคคล ในทำนองกลับกันกลุ่มบุคคลที่แสดงตนว่าเป็นกลุ่ม Ritualism ซึ่งถือเป็นกลุ่มที่มีแนวโน้มในการประกอบอาชีพการที่น้อยที่สุดตามแนวคิดของ Merton เช่น กลุ่มนักบวชในทางศาสนาหรือกลุ่มผู้ทำงานเพื่อสังคมแต่จากภาพข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์ที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันจะพบว่า มีการอ้างความเป็น Retreatism เพื่ออาศัยความเชื่อใจของเหยื่อในการเข้าประกอบ

อาชญากรรมอยู่เสมอ เช่น การยกยอกเงินของนักบวชในทางศาสนา การฉ้อโกงเงินของผู้ปฏิบัติงานด้านการกุศลหรือในองค์กรการกุศล ในทำนองเดียวกันกับบุคคลที่ประกาศตนว่าตนเองเป็นกลุ่ม Conformaty ที่ยอมรับในกติกาและเป้าหมายของสังคมด้วยการเข้าเรียนในสถานศึกษา ทำงานในตำแหน่งหน้าที่การงานที่ดี แต่กลับไม่ได้ใช้วิชาความรู้ตามแนวทางที่สุจริตและหาผลประโยชน์เข้าตนในรูปแบบของการก่ออาชญากรรมทางธุรกิจ (Business Crime) ดังนั้น นักวิชาการหลายท่านจึงมักไม่ได้ให้ความสำคัญกับการแบ่งกลุ่มตามทฤษฎีสถาвањеไร้ระเบียบ แต่ได้มีการมุ่งเป้าสำคัญกับจุดหักเหที่เป็นจุดเปลี่ยนของวิธีการดำเนินการ (Mean) และเป้าหมายในการดำเนินชีวิต (Goal) ของแต่ละบุคคลมากกว่า สิ่งที่นักวิชาการมุ่งใน

การแสวงหาดังกล่าวนี้นี้ชื่อเรียกว่า “แรงกระตุ้น” ที่ส่งผลต่อการประกอบอาชญากรรมของบุคคล

ฮาร์ลอร์ด เจ ลิฟวิทท์ (Harold J. Leavitt, 1964, p.12) ได้ทำการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่าง แรงกระตุ้นและพฤติกรรมด้านการแสดงออกของมนุษย์แล้วค้นพบว่า พฤติกรรมในการแสดงออกของมนุษย์เกิดขึ้นจากข้อสมมติฐานที่สัมพันธ์กัน ๓ ประการคือ

๑. พฤติกรรมจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีสาเหตุมาทำให้เกิด (Behavior is caused)
๒. พฤติกรรมจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีแรงกระตุ้นจากสิ่งใดสิ่งหนึ่งมากระตุ้นทำให้เกิด (Behavior is motivated)
๓. พฤติกรรมที่เกิดขึ้นจะเป็นไปโดยมีจุดมุ่งหมายเสมอ (Behavior is goal directed)

แผนภูมิที่ ๒

แสดงปัจจัยต่อการเกิดพฤติกรรม



จากแนวคิดของฮาร์ลอร์ด เจ ลิฟวิทท์ อาจกล่าวได้ว่าพฤติกรรมใดๆอันเป็นการแสดงออกของมนุษย์มักจะมีสาเหตุให้เกิดขึ้นเสมอ สาเหตุดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีแรงกระตุ้น จากสิ่งใดสิ่งหนึ่งมากระตุ้นทำให้เกิด ซึ่งแรงกระตุ้นดังกล่าวจะส่งผลต่อพฤติกรรมที่แสดงออกของมนุษย์ ซึ่งฮาร์ลอร์ด เจ ลิฟวิทท์แบ่งแรงกระตุ้นดังกล่าวนี้ออกเป็น ๒ ประเภท คือ แรงกระตุ้นจากภายนอก

(Extrinsic motivation) ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นจากหลากหลายสาเหตุเช่น การอบรมเลี้ยงดูหรือสภาพแวดล้อมภายในครอบครัว โอกาสในการกระทำ ความผิด ความกดดันและความคาดหวัง ฯลฯ และแรงกระตุ้นที่เกิดจากปัจจัยภายใน (Intrinsic Motivation) ได้แก่ ความผิดปกติด้านยีนส์หรือโคโมโซม

แรงกระตุ้นภายนอก

(Extrinsic motivation)

แรงกระตุ้นดังกล่าวนี้จะให้น้ำหนักไปที่สภาพแวดล้อม การอบรมเลี้ยงดู และสภาพครอบครัวว่ามีอิทธิพลต่อการเกิดพฤติกรรมการก่ออาชญากรรมของบุคคล ผู้อธิบายแนวคิดดังกล่าวมีชื่อว่า Edwin H Sutherland ซึ่ง Sutherland ซึ่งได้เสนอทฤษฎีที่เรียกว่าการคบค้าสมาคมที่แตกต่าง (Differential Association) ที่อธิบายว่ากระบวนการเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อมในครอบครัว การอบรมเลี้ยงดูในวัยเด็ก ส่งผลต่อแนวคิดในการประกอบอาชญากรรมของมนุษย์ (สุดสงวนสุริสร์, ๒๕๔๗: ๘๕)

แนวคิดดังกล่าวนี้มีรากฐานมาจากความเชื่อที่ว่า ผู้ที่เลือกแนวทางการประกอบอาชญากรรมนั้นน่าจะสาเหตุมาจากกระบวนการเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อมที่อยู่ภายในของบุคคลดังกล่าว เนื่องจากเมื่อบุคคล อยู่ในสิ่งแวดล้อมใดสิ่งแวดล้อมหนึ่ง มักจะเกิดกระบวนการเรียนรู้ตามสภาพแวดล้อมนั้น จนในที่สุดก็อาจผันตัวเองเป็นส่วนหนึ่งของสภาพแวดล้อมนั้น เช่น เด็กที่เติบโตมาในสถานที่ที่มีการฉ้อโกงค่อนข้างสูงหรืออยู่ในสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการฉ้อโกงย่อมมีโอกาสที่จะประกอบอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงได้ง่ายกว่าบุคคลที่อยู่ห่างไกลจากสภาพแวดล้อมที่มีการฉ้อโกง แต่แนวทางดังกล่าวก็มีนักวิชาการบางกลุ่มไม่เห็นด้วย โดยมองว่าการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีแต่การฉ้อโกงไม่ได้หมายความว่า จะเป็นปัจจัยที่สำคัญในการผลักดันให้บุคคลดังกล่าวต้องประกอบการณ์ฉ้อโกงเสมอไป

แม้ว่าข้อโต้แย้งในประเด็นที่ว่าบุคคลที่อยู่ในสภาพแวดล้อมหนึ่งหรือถูกอบรมมาในสภาพแวดล้อมที่เต็มไปด้วยการก่ออาชญากรรมอาจไม่จำเป็นต้องก่ออาชญากรรมเสมอไปจะฟังดูมีเหตุผล แต่ Sutherland ก็ได้อธิบายไว้อย่างน่าฟังว่า ลำพังเพียงแต่บุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในสภาวะหรือสภาพแวดล้อมที่มีการฉ้อโกงไม่ได้หมายความว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องยึดแนวทางการฉ้อโกงเป็นอาชีพ แต่กระบวนการเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อม (Differential Association Theory) อันจะนำไปสู่การฉ้อโกงนั้น จะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขที่สำคัญ ๔ ประการด้วยกันคือ (Vold, Bernard, and Snipes, 2002)

๑. เด็กนั้นต้องเติบโตมาในสถานที่หรืออยู่ใกล้ชิดกับสิ่งแวดล้อมที่มีการฉ้อโกงอย่างสม่ำเสมอ (Frequency)

๒. เด็กนั้นต้องเติบโตมาในสถานที่หรืออยู่ใกล้ชิดกับสิ่งแวดล้อมที่มีการฉ้อโกงเป็นระยะเวลายาวนาน (Duration)

๓. เด็กนั้นต้องเห็นว่าสถานที่หรือสิ่งแวดล้อมที่ตนอยู่มีความสำคัญในชีวิตของตน (Priority)

๔. เด็กนั้นจะต้องมีความรักในกลุ่มสังคมที่ตัวเองเกิดมาหรือใช้ชีวิตอยู่ (Intensity)

เมื่อพิจารณาจากปัจจัยทั้ง ๔ ที่เป็นชนวนในการหล่อหลอมบุคลิกภาพในกรณีของแฟรงค์จะพบว่า ในแง่เป้าหมายในการดำเนินชีวิต (Goal) ของแฟรงค์อยู่ภายใต้รากฐานความเชื่อที่ว่า “คนที่ประสบความสำเร็จในชีวิตจะต้องเป็นบุคคลที่มีเงิน” และเมื่อศึกษาให้ลึกไปในอัตชีวประวัติถึงสภาพแวดล้อมและการอบรมเลี้ยงดูของแฟรงค์

ในวัยเด็กจะพบว่า แฟรงก์เกิดและเติบโตที่ย่าน Bronxville ในมหานครนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นที่อยู่อาศัยของกลุ่มผู้มีอันจะกิน ไม่ว่าจะเป็นนักธุรกิจ พ่อค้า นักลงทุน นักการเงิน หรือบุคคลที่มีฐานะร่ำรวยและมีการศึกษาที่ดี เช่น steve jobs นักธุรกิจชื่อดังของอเมริกาก็เกิดและเติบโตรวมถึงได้รับการอบรมเลี้ยงดูจากในย่านนี้ ดังนั้น จึงไม่น่าแปลกที่เป้าหมายในการดำเนินชีวิต (Goal) ของแฟรงก์จะมีลักษณะในเชิงยอมรับในคนที่มีความดี มีหน้าที่การงานที่ดี มีคนนับหน้าถือตา มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี ดังจะเห็นได้จากรูปแบบในการใช้ชีวิตของแฟรงก์ที่เน้นการดำเนินชีวิตตามรูปแบบของมหาเศรษฐีด้วยการใช้จ่ายเงินฟุ่มเฟือยเพื่อสร้างความสุขให้กับตนเองในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น ด้านอาหารการกิน ที่พักอาศัย เครื่องแต่งกาย ฯลฯ ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจสะท้อนถึงปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมในการบ่มเพาะบุคลิกภาพของบุคคลอันเป็นปัจจัยสำคัญในการนำไปสู่การประกอบอาชีพการงานก็ได้

เมื่อได้ศึกษาอัตชีวประวัติด้านครอบครัวของแฟรงก์จะพบว่า แฟรงก์เป็นเด็กที่เกิดจากครอบครัวที่มีฐานะทางการเงินค่อนข้างดี แฟรงก์มักให้การเคารพและนับถือบิดาของเขาค่อนข้างมาก เนื่องจากบิดาของเขาเป็นคนที่มีความร่ำรวยในท้องถิ่นและมีความเชี่ยวชาญในทางการเมือง อันถือเป็นบุคคลตัวอย่างที่ แฟรงก์ประสงค์จะเดินรอยตาม แต่ด้วยความที่บิดาของตนไม่ชอบตนและมารดาด้วยเหตุผลส่วนตัว ส่งผลให้บิดาและมารดาแยกทางจากกันเมื่อแฟรงก์อายุได้ ๑๖ ปี ด้วยความที่บิดาของตนมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่ามารดา แฟรงก์จึงถูกศาลพิพากษาให้อยู่กับพ่อ แต่

ด้วยความรักในพ่อแม่ แฟรงก์จึงมีแนวความคิดที่จะให้บิดาและมารดาของตนกลับคืนดีกันเหมือนเดิม แต่ด้วยความที่ไม่สามารถบังคับบิดาของตนให้กลับมารักมารดาได้ แฟรงก์จึงคิดว่าแนวทางที่จะทำให้บิดาของตนกลับมารักมารดาดังเดิมก็คือ การเอาชนะบิดาของเขาด้วยการทำตนให้รวยกว่าบิดา เพราะบิดายกย่องและนับถือบุคคลที่มีฐานะในทางสังคม แต่ด้วยอายุเพียง ๑๖ ปีไม่มีประสบการณ์ในการทำงานและมีเงินติดตัวเพียงแค่ ๒๐๐ เหรียญ การไปให้ถึงเป้าหมายในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก จุดหันเหในชีวิตดังกล่าวเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญในเชิง “แรงกระตุ้นภายในจิตใจ” ซึ่งเกิดจาก “สภาวะความกดดัน” หรืออาจเรียกได้อีกชื่อหนึ่งว่า “สภาวะความเครียด” อันมีที่มาจากความคาดหวังของบุคคลที่ไม่เป็นไปตามที่หวัง ส่งผลให้แฟรงก์เริ่มต้นแนวทางการประกอบอาชีพการงานในรูปแบบของการฉ้อโกงและสะสมประสบการณ์ด้านการฉ้อโกงด้วยวิธีต่างๆจนมีความเชี่ยวชาญและเมื่อได้กล้าตัวเข้าไปลึกถึงจุดที่ไม่สามารถเดินออกจากวงจรดังกล่าวได้จากความผิดต่างๆที่ตนได้ก่อขึ้น แฟรงก์ จึงได้ตัดสินใจเลือกแนวทางการก่ออาชญากรรมแทนแนวทางการประกอบอาชีพที่สุจริต

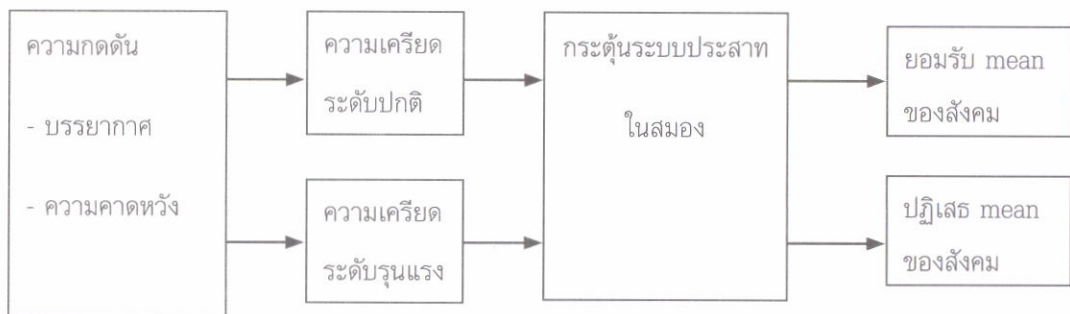
Hans Selye (ส่วรี คิวะแพทย์, ๒๕๔๙ : ๓๐๔) นักวิทยาศาสตร์ชาวแคนาดาเป็นคนแรกที่อธิบายว่า ความเครียดมีผลต่อปฏิกิริยาทางสมองของมนุษย์ เมื่อมนุษย์มีความเครียดซึ่งอาจเกิดขึ้นจากบรรยากาศหรือความคาดหวังของตัวบุคคลนั่นเอง พลังแห่งความเครียดจะเป็นปัจจัยที่เป็นตัวกระตุ้นระบบประสาทในสมองอันก่อให้เกิดพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งออกมา พฤติกรรม

ดังกล่าวนี้แบ่งออกได้เป็น ๒ ระดับ ตามสภาวะความเครียด ถ้าเป็นความเครียดในระดับที่ไม่รุนแรง (Mild Stress) พฤติกรรมที่แสดงออกมาอาจเป็นในแง่บวก เช่น ตั้งใจทำงาน ขยันขันแข็งเพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์สุดท้าย (Goal) ที่ต้องการ แต่ถ้าระดับความเครียดของบุคคลเป็นระดับความเครียดที่รุนแรง (Severe Stress)

ความเครียดดังกล่าวอาจไปกระตุ้นส่วนระบบประสาท ก่อให้เกิดการตอบสนองทางร่างกาย (Physiological Response) ในแง่ลบซึ่งความเครียดในระดับรุนแรง (Severe Stress) เช่นนี้อาจเป็นสาเหตุประเภท “แรงกระตุ้น” ของการเลือกแนวทาง (Mean) ในทางการประกอบอาชีพการงาน (สุวรี คีวะแพทย์, ๒๕๔๙ : ๓๑๐)

แผนภูมิที่ ๓

แสดงปัจจัยทางด้านความกดดันต่อการเกิดพฤติกรรมของมนุษย์



แนวคิดดังกล่าวนี้คล้ายคลึงกับแนวคิดทฤษฎีระดับของจิตสำนึกของ Freud ซึ่ง Freud แบ่งระดับของจิตสำนึกของบุคคลออกเป็น ๓ ระดับ คือ ระดับจิตสำนึก (Conscious), จิตกอนสำนึก (Pre-conscious) และจิตใต้สำนึก (Unconscious) ในบรรดาระดับจิตสำนึกของบุคคลนี้ Freud เห็นว่าระดับจิตใต้สำนึก (Unconscious) เป็นระดับของจิตที่มีความสำคัญต่อการก่ออาชีพการงานของบุคคลมากที่สุดเพราะบุคคลจะพยายามเก็บกอดความรู้สึกส่วนของตนไว้ภายในจิตส่วนนี้ เมื่อเกิดการล้าสมัยเป็นระยะเวลานานอาจส่งผลต่อพฤติกรรมที่บุคคลนั้นแสดงออกมาได้ (สุวรี คีวะแพทย์, ๒๕๔๙ :๒๔๖) สอดคล้องกับแนวคิดของ Alfred

Adler ที่ได้ทำการศึกษาจากคนไข้ของเขาแล้ว พบว่าประสบการณ์ในวัยเด็ก (Childhood Experience) มีส่วนสำคัญต่อบุคลิกภาพที่แสดงออกมาของคน (วิไลวรรณ ศรีสงครามและคณะ, ๒๕๔๙:๒๐๔) ดังนั้น หากวิเคราะห์ในแง่มุมมองของแฟรงค์จะเห็นได้ว่าแฟรงค์เป็นบุคคลที่รักพ่อและแม่ อยากเห็นพ่อและแม่อยู่ด้วยกันอย่างมีความสุข ในขณะที่เดียวกันแฟรงค์ไม่สามารถบังคับให้พ่อกลับไปรักแม่ได้ แฟรงค์ได้ยึดถือพ่อเป็นแบบอย่างในการดำเนินชีวิต แฟรงค์อยากมีฐานะและร่ำรวยเป็นคนมีชื่อเสียงอย่างพ่อ แต่ด้วยเหตุที่พ่อไม่ได้รักแฟรงค์ และแม่จึงก่อให้เกิดปมที่อยู่ภายในจิตใต้สำนึกของแฟรงค์ ในนำไปสู่แนวทางการสร้างความร่ำรวยให้ได้ ใน

ระยะเวลาอันสั้นด้วยความคิดที่ว่า “ถ้าหากเขารวยได้อย่างพอ เขาจะทำให้พ่อ แม่ และทุกๆ คนหันมารักเขาได้” ดังนั้น ในมุมมองทางด้านจิตวิทยาอาจสันนิษฐานได้ว่า “ความต้องการ” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในด้าน “ความรัก” ที่อยู่ภายในจิตใจสำนึกของแฟรงค์อาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้แฟรงค์ประกอบอาชีพการงานซึ่งเมื่อศึกษาประวัติของแฟรงค์หลังจากการก่ออาชญากรรมจะพบว่า แฟรงค์มักจะใช้เงินที่ได้จากการก่ออาชญากรรมเกือบทั้งหมดไปกับการซื้อความรักจากผู้หญิงที่อยู่รอบข้างด้วยความเชื่อที่ว่าถ้าเขามีเงินเขาสามารถซื้อความรักจากใครก็ได้ ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ทางจิตวิทยาที่แสดงให้เห็นถึงสภาวะการขาดซึ่ง ความรักและต้องการความรัก ดังนั้น สภาวะความกดดันที่อยู่ภายใต้จิตสำนึกเช่นนี้ น่าจะเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่สำคัญอันซ่อนอยู่ภายในจิตใจของนักต้มตุ๋นระดับโลก

ปัจจัยที่เป็นแรงกระตุ้นจากภายนอกที่น่าสนใจอีกปัจจัยหนึ่งก็คือ ปัจจัยด้านแรงกระตุ้นที่เกิด จากทรัพย์สิน ในทางอาชญาวิทยาคงปฏิเสธไม่ได้เลยว่ากาประกอบอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินใน แทบทุกคดี ทฤษฎีทางเลือกที่เหมาะสมหรือ “rational choice” มักจะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ ภายใต้แนวคิดดังกล่าวนี้ผู้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ว่า อาชญากรจะทำการชั่งน้ำหนักถึงผลได้และผลเสียที่จะเกิดขึ้นจาก การประกอบอาชญากรรมก่อนเริ่มประกอบอาชญากรรมทุกครั้ง และเมื่อปรากฏว่าผลได้จากการกระทำความผิดมีมากกว่าผลเสีย บุคคลดังกล่าวก็จะเลือกแนวทางในการประกอบอาชญากรรม แต่ถ้าพิจารณาแล้ว เห็นว่าผลได้จากการกระทำความผิดมีน้อยกว่าผลเสียที่จะได้รับ บุคคลเหล่านั้นก็จะไม่เลือก

แนวทางในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกรณีของแฟรงค์จะพบว่า การประกอบอาชญากรรมประเภทฉ้อโกงเป็นการประกอบอาชญากรรมที่ได้รับผลตอบแทนเป็นจำนวนมาก และเมื่อพิจารณาถึงโอกาสที่จะถูกจับกุมเพื่อให้ได้รับโทษตามกฎหมายจะพบว่า วิธีการที่แฟรงค์เลือกใช้ในการออกเช็ค แฟรงค์จะเลือกออกเช็คในเมืองเดียวกันจำนวนหลายฉบับและเมื่อเช็คใบแรกถึงกำหนดวันชำระเงิน แฟรงค์จะย้ายที่อยู่ในยังเมืองอื่นทันที ซึ่งในช่วงเวลานั้นระบบ Internet ยังไม่เป็นที่แพร่หลาย การจับกุมผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้จึงต้องใช้แรงงานมนุษย์เป็นหลักซึ่งตามตรวจสอบได้ยากและกว่าตำรวจจะตามพบผู้กระทำความผิดได้หลบหนีไปเสียก่อนแล้วซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้แฟรงค์สามารถใช้และประสบความสำเร็จในการ รอดพ้นจากการถูกจับกุมมาโดยตลอด เมื่อผลตอบแทนที่ได้รับจากการกระทำความผิดมีจำนวนมากหาศาลในขณะที่โอกาสในการถูกจับกุมมีน้อย ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่แฟรงค์จะเลือกแนวทางการประกอบอาชญากรรมแทนการประกอบอาชีพที่สุจริต

แม้ว่าแนวคิดในด้านแรงกระตุ้นจากภายนอกจะนำมาอธิบายสาเหตุในการประกอบอาชญากรรมของแฟรงค์ได้อย่างน่าเชื่อถือในระดับหนึ่งก็ตาม แต่แนวคิดในเรื่องดังกล่าวก็ยังคงมีข้อโต้แย้งอยู่หลาย ส่วนด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่ามิบุคคลอีกเป็นจำนวนมากที่ที่อาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมหรือได้รับการอบรมเลี้ยงดูมาที่ไม่ดีหรืออยู่ภายใต้สภาวะความเครียดและความกดดันที่สูงหรือมีโอกาสที่จะประกอบอาชญากรรมได้ง่าย แต่บุคคลดังกล่าวกลับเลือกที่จะไม่ประกอบอาชญากรรม แม้ว่าการประกอบอาชญากรรมจะ

ให้ผลตอบแทนที่ดีกว่าก็ตาม ดังนั้น แนวทางของกลุ่มที่มีความคิดและความเชื่อลักษณะเช่นนี้จึงมองว่า การเลือกแนวทางการประกอบอาชีพการงานหรือไม่เป็นเพียงลักษณะเฉพาะส่วนบุคคลมากกว่าที่จะเกิดขึ้นจากปัจจัยภายนอก แต่แนวทางของกลุ่มเหล่านี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธถึงปัจจัยภายนอกว่ามีอิทธิพลต่อการประกอบอาชีพการงานของบุคคล เพียงแต่ปัจจัยภายนอกน่าจะมีผลเป็นเพียงแรงเสริมในการประกอบอาชีพการงานของบุคคลเท่านั้น แต่การตัดสินใจประกอบอาชีพการงานหรือไม่น่าจะเป็นปัจจัยส่วนบุคคลที่มีผลต่อการตัดสินใจมากกว่า

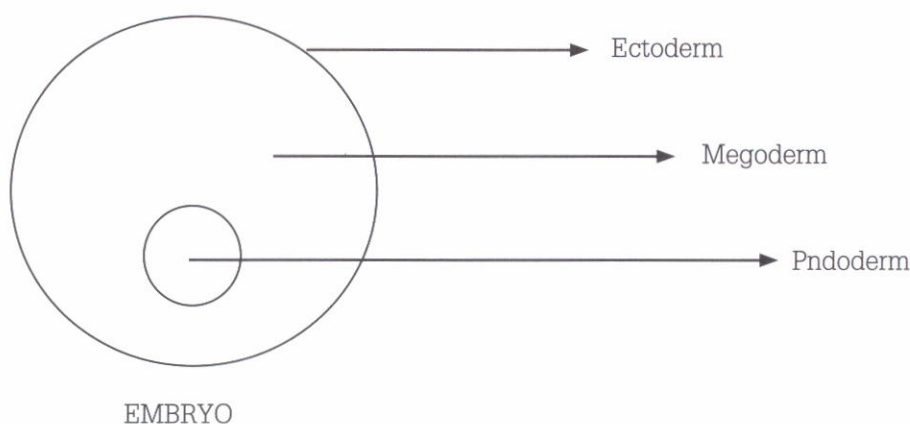
แรงกระตุ้นจากภายใน (Intrinsic Motivation)

ความเป็นไปได้อีกประการหนึ่งในการศึกษาถึงพฤติกรรมกรรมการก่ออาชีพการงานของแฟรงค์ก็คือ

ความผิดปกติที่เกิดขึ้นจากแรงกระตุ้นจากภายในหรือความผิดปกติทางชีวภาพที่อยู่ในเซลล์สมองของบุคคลซึ่งมีการพูดถึงและถือเป็นอีกหนึ่งปัจจัยสำคัญในการนำมาใช้ในการอธิบายสาเหตุของการก่ออาชีพการงานตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ ๑๘

ถ้าจะพิจารณาจากระบบกลไกในร่างกายมนุษย์แล้วจะพบว่ามนุษย์ทุกคนถูกควบคุมโดยสิ่งที่เรียกว่า Embryo ซึ่งเป็นเซลล์ที่มีอยู่ในตัวสิ่งมีชีวิตทุกชนิดรวมถึงมนุษย์ สิ่งดังกล่าวเหล่านี้เป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย ภายในตัว Embryo จะประกอบไปด้วยส่วนประกอบสำคัญทั้งสิ้นจำนวน ๓ ส่วน คือ ส่วนชั้นนอกสุดเรียกว่า Ectoderm ส่วนชั้นกลางเรียกว่า Megoderm และส่วนชั้นในสุดเรียกว่า Pndoderm (วิไลวรรณ ศรีสงครามและคณะ, ๒๕๔๙: ๒๔) ตามรูปตัวอย่างที่ ๑

รูปตัวอย่างที่ ๑
แสดงองค์ประกอบของเซลล์ในร่างกายมนุษย์



ในทางชีววิทยาเชื่อว่าตัว Ectoderm ซึ่งอยู่ชั้นนอกสุดจะเป็นส่วนที่คอยควบคุมระบบประสาท ของมนุษย์ ส่วนควบคุมชั้นกลางที่เรียกว่า Megoderm จะทำหน้าที่คอยควบคุมระบบกล้ามเนื้อ ของมนุษย์ ส่วนชั้นสุดท้ายที่เรียกว่า Pndoderm นั้นจะคอยควบคุมระบบการทำงานของอวัยวะ ภายในของมนุษย์ ส่วนที่มีความสำคัญที่สุดในการ ก่อพฤติกรรมด้านอาชญากรรมของมนุษย์เป็นส่วน ที่เรียกว่า Ectoderm เพราะเป็นส่วนในการกำหนด ว่าบุคคลใดจะมีพฤติกรรมหรือมีบุคลิกภาพออกมา เช่นใด

แม้ว่าแนวคิดในเรื่องแรงกระตุ้นจาก ภายในจะเป็นแนวคิดที่มีเหตุผลและสามารถนำมา ใช้ใน การอธิบายถึงสาเหตุของการก่ออาชญา กรรมของมนุษย์ได้ในระดับหนึ่งก็ตาม แต่แนวคิด ดังกล่าวยังคงมีจุดอ่อนอยู่ประการหนึ่งตรงที่ว่า การพิสูจน์ว่าบุคคลใดจะเลือกแนวทางการประกอบ อาชญากรรมหรือไม่โดยอาศัยเหตุผลทางด้านยีนส์ หรือโครโมโซมที่อยู่ภายในตัวมนุษย์เป็นสิ่งที่พิสูจน์ ได้ยาก แม้ว่าเทคโนโลยีทางด้านวิทยาศาสตร์ใน ปัจจุบันจะถือว่ามีความก้าวหน้าแต่ก็ยังไม่สามารถ พิสูจน์และสรุปถึงปัจจัยด้าน พันธุวิศวกรรมกับการ ประกอบอาชญากรรมของบุคคลได้อย่างเด่นชัด ส่งผลให้ปัจจัยด้านดังกล่าวยังคงเป็นหนึ่งในข้อ สันนิษฐานต่อไปจนกว่ามนุษย์จะค้นหาวิธีในการ พิสูจน์ในเรื่องดังกล่าวได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีความเชื่ออย่างสนใจประการ หนึ่งว่า “มนุษย์ทุกคนสามารถกลับตัวเป็นคนดี ของ สังคมได้” ในกรณีของแฟรงค์ก็เช่นเดียวกัน ภายหลังจากแฟรงค์ได้รับโทษตามกฎหมาย แฟรงค์ ได้เลือกแนวทางการประกอบอาชีพที่สุจริตโดยการ ได้รับโอกาสจากธนาคารแห่งหนึ่งในสหรัฐอเมริกา ให้เป็นที่ปรึกษาในการปกป้องความเสียหายที่เกิด ขึ้นจากกลโกงต่างๆโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลโกงจาก การปลอมเอกสารและธุรกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ ธนาคาร ซึ่งการประกอบอาชีพดังกล่าวสามารถ สร้างรายได้ให้กับแฟรงค์ ไม่น้อยกว่าจำนวนเงิน ที่เขาสามารถหาได้จากการฉ้อโกงเลย จากกรณี ของแฟรงค์จะเห็นได้ว่าสิ่งสำคัญที่สุด ที่จะทำให้ ผู้กระทำความผิดกลับตัวและไม่คิดกระทำความผิดซ้ำอีก จึงไม่ได้อยู่ที่การสร้างเงื่อนไขให้ได้มาตรฐาน สร้าง ระบบกฎหมายเพื่อเพิ่มโทษแก่ผู้เคยกระทำความ ผิด แต่อยู่ที่การให้โอกาสผู้ที่เคยกระทำความผิด โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ให้ผู้กระทำความ ผิดมีที่ยืนในสังคม มีอาชีพ ไม่ตกอยู่ภายใต้ สภาวะความกดดันจากการถูกปฏิเสธและเลือก ปฏิบัติจากการรับเข้าทำงาน การสอบแข่งขัน การบรรจุ การแต่งตั้งให้เข้าทำงานดังเช่นใน ปัจจุบัน ซึ่งนอกจากจะไม่สามารถแก้ปัญหาการ กระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดได้แล้วยังเป็นการ ล้มเปลี่ยนงบประมาณของประเทศที่ต้องแบกรับค่าใช้จ่ายด้านกระบวนการยุติธรรมจากบุคคล เหล่านี้อีกด้วย



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

พรชัย ขันดี และคณะ. ๒๕๔๓. **ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญวิทยา**. กรุงเทพมหานคร: บุ๊คเน็ต.

วิไลวรรณ ศรีสงครามและคณะ. **จิตวิทยาทั่วไป**. กรุงเทพฯ : ทริปเพิ้ล กรุ๊ป , ๒๕๔๙

สุดสงวน สุธีสร.๒๕๔๗. **อาชญวิทยา**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุวรี ศิวะแพทย์. **จิตวิทยาทั่วไป**. กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์ , ๒๕๔๙.

ภาษาต่างประเทศ

Harold J. Leavitt, Louis R. Pondy and David M. Boje. (1964). *Readings in Managerial Psychology*. Chicago : The university of Chicago press

Vold, George B., Bernard, Thomas J., and Snipes, Jeffrey B. 2002. **Theoretical criminology**. 5th ed. New york: Oxford University press.





International Legal Regime of the Deep Seabed Mineral Resources Exploration

กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการสำรวจ ทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึก

*Peerapon Jaderojananont**

Abstract

This article deals with discussing and determining what is the legal status of the deep seabed mineral resources which are beyond the limits of national jurisdiction and how international legal regime can play important roles in managing, controlling, and sharing several benefits arisen from the deep seabed mineral resources exploration. According to the study, it is found that the deep seabed mineral resources can provide humans many benefits and be useful for commercial and industrial development. In order to avoid the conflict that may result from the deep seabed minerals exploration, international legal regime provides that the legal status of the deep seabed mineral resources must be recognized as the common heritage of mankind and any claim of national jurisdiction over the deep seabed must be prohibited. Nevertheless, it is unfortunate that the existing legal regime has remained controversial and might lead to the conflict of the deep seabed mineral resources exploration.

Keywords: The deep seabed mineral resources, Common Heritage of Mankind, International Legal Regime

* LLB, LLM (Natural Resources and Environmental Law), Thammasat University, Thailand and LLM in International Environmental Law, Macquarie University, NSW, Australia. The author is now working as a lecturer of Faculty of Law, Huachiew Chalermprakiet University, Thailand.

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะอภิปรายและค้นหาว่าทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึก (the deep seabed mineral resources) ซึ่งอยู่นอกเหนือออกไปจากเขตอำนาจรัฐมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร และมีกฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศใดที่มีบทบาทสำคัญในการจัดการ ควบคุม และแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการสำรวจทรัพยากรแร่ดังกล่าว จากการศึกษาพบว่า ทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึกนั้นก่อให้เกิดประโยชน์แก่มวลมนุษยชาติอย่างมหาศาล โดยทรัพยากรแร่ดังกล่าวถูกนำไปใช้ประโยชน์ในการพัฒนาอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการสำรวจทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึก ควรมีการกำหนดกฎเกณฑ์ทางระหว่างประเทศขึ้น โดยกำหนดให้ทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึกมีสถานะทางกฎหมายเป็นสมบัติของมวลมนุษยชาติ และไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจนและมีปัญหาอยู่บางประการ ซึ่งอาจนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐในการสำรวจทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึกได้

คำสำคัญ: ทรัพยากรแร่ใต้ทะเลลึก, สมบัติของมนุษยชาติ, กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ

1 Introduction

The international community has recently recognized that, on the deep seabed, it is significantly full of several mineral resources that are very useful for commercial and industrial development. It is also common that all states can exercise their own sovereignty in order to explore and exploit the deep seabed mineral resources in their own jurisdiction. Nevertheless, there have been the rise of debatable issue of what is the legal status of the deep seabed mineral resources which are beyond the limits of national jurisdiction, whether those resources can be explore and exploit, and who those resources belong to. In order to clearly

answer those questions, this article firstly aims to discuss and determine what is the legal status of the deep seabed mineral resources which are beyond the limits of national jurisdiction and how international legal regime can be dealt with managing and sharing benefits from the deep seabed mineral resources exploration. In the last section, the article is to provide the analysis of some key problems raised from the exploration.

2 The Deep Seabed Mineral Resources

The deep seabed in where covers more than seventy percent of the earth's surface composes of several volcanoes, the

largest mountains ranges, the deepest valleys, continental crust areas of the shelf and the slope, and the deep sea floor area.¹ The deep seabed's surface is also covered with sediments that are broken rocks of an older geological age; in addition, its subsoil is a part of the deep ocean floor.² It is significantly estimated that the deep seabed contains a large number of mineral resources.³ In fact, such mineral resources have derived from three main origins: (1) the fundamental natural materials of the ocean floor, (2) the deposits of placers which have been laved from rivers and diverse parts of the seabed, and (3) the precipitates that have been formed within the seawater.⁴

Furthermore, the principle mineral resources of the deep seabed can be roughly categorized into four main categories: (1) Petroleum and Gas which deposit on the base of continental terrace or slope, (2) Phosphorites which are mainly

found in sand, mud and semi-consolidated tertiary bedrock at depths of 3,500 metres, (3) Metalliferous Brines which are mostly found at depths of 2,000 metres, and (4) Manganese Nodules which occur at depths of 1,500 metres and below.⁵ These mineral resources are extremely important and valuable because they contain various minerals such as manganese, magnesium, bromine, iron, copper, phosphates, nickel, cobalt, zinc, lead, gold and silver.⁶

2.1 Manganese Nodules and their Utilization

The outstanding mineral resources of the deep seabed are 'Manganese Nodules' because they have become the most important mineral resources which are probably being replenished by ocean chemistry at a rate faster than world annual consumption of these materials.⁷ The Manganese Nodules that have been sometimes known as Polymetallic lumps of ore or Polymetallic Nodules can be normally

¹ Evan Luard, *The Control of the Sea-bed: A New International Issue* (Heinemann, 1974) 3-4.

² Ibid 5.

³ D. W. Bowett, 'Deep Sea-Bed Resources: A Major Challenge' (1972) 31 *Cambridge Law Journal* 50, 51.

⁴ Evan Luard, above n 1, 11.

⁵ D. W. Bowett, above n 3.

⁶ David S. Browning, 'Exploitation of Submarine Mineral Resources Beyond The Continental Shelf' (1968) 4 *Texas International Law Forum* 1, 2.

⁷ Ibid 3.

found in all the seas in the world.⁸ The Manganese Nodules can be also described as the nodules that are around five centimetres in diameter, brown or black in colour, soft and crumbly, and round in shape like potatoes.⁹

In terms of significance and value, it is clearly indicated that commercially interesting Manganese Nodules should be at depths of 4,500-5,000 metres in the Clarion Clipperton area of the central eastern Pacific Ocean and in the Central Indian Basin of the Indian Ocean.¹⁰ The deposits of Manganese Nodules should have nodule density around 10 kilograms per square metre, and nickel and copper at least 2.25 percent; furthermore, such nodules also consist of metallic and non-metallic elements such as nickel, cobalt, zinc, manganese and molybdenum.¹¹ It is noted that the significance and value are

directly concentrated on several minerals that are inside of Manganese Nodules. Consequently, it is concluded that these minerals can be widely utilized for commercial and industrial development.

2.2 The Deep Seabed Mining

Due to the significance and value of several mineral resources of the deep seabed, the deep seabed mining of Manganese Nodules and other metal deposits have been initially paid attention and developed since the early 1970s.¹² The interest of deep sea-bed mining has been also concentrated from diverse research groups because deep seabed mineral resources can be potential for the economical recovery of large reserves of minerals which can provide human an alternative resource of strategic metals for industrial development.¹³ Additionally, over the past few years, there has been an

⁸ Wolfgang Hauser (translation by Frances Bunce Dielmann), *The Legal Regime for Deep Seabed Mining under the Law of the Sea Convention: Studies in Transnational Law of Natural Resources* Volume 7 (Kluwer, 1983) 11.

⁹ Evan Luard, above n 1, 14.

¹⁰ Jan Magne Markussen, 'Deep Seabed Mining and the Environment: Consequences, Perceptions, and Regulations' in Helge Ole Bergesen and Georg Parmann (eds), *Green Globe Yearbook of International Cooperation on Environment and Development* (Oxford University Press, 1994) 31, 31

¹¹ Ibid.

¹² Jochen Halfar and Rodney M. Fujita, *Precautionary Management of Deep Sea Mining* <http://cleartheair.edf.org/documents/736_DeepSeaMining.pdf> 3.

¹³ International Society of Offshore and Polar Engineers, *Deep Seabed Mining Environment: Preliminary Engineering and Environmental Assessment Special Report OMS-EN-1* (International Society of Offshore and Polar Engineers, 2002) 2.

increase of demands in metals that would be come from seabed mining.¹⁴ This situation, therefore, led to the high prices of metals in 2006.¹⁵

In regard to the deep seabed mining technology, there are four fundamental methods to mine and recover mineral deposits: (1) scraping them from the deep sea-bed's surface, (2) excavating them from a hole (3) tunneling to a deposit under the surface, and (4) drilling into the deposit.¹⁶ In focusing on the deep seabed mining process, it can be concisely elaborated through the following stages. First of all, the deep seabed minerals are to be carefully collected and gathered by four methods mentioned above; subsequently, such minerals must be transported elsewhere for concentration and then purified for sale.¹⁷ Nonetheless, those processes are more complicated than land mining because it is essential to bring minerals out underwater by remote methods operated from a floating platform at the sea surface.¹⁸

3 International Legal Regime of the Deep Seabed Mineral Resources Exploration

It is very well known that the United Nations has become an important international organization which can play roles in the establishment of international legal regime of the deep seabed mineral resources exploration. This section is to discuss the key issue of what is the legal status of the deep seabed mineral resources and how international law can engage in the control of such exploration.

3.1 *The Legal Status of The Deep Seabed Mineral Resources*

The legal status of the deep seabed mineral resources has been discussed since 1967. In the consideration of the First Committee of the United Nations General Assembly, Dr. Arvid Pardo, who was the representative of Malta, proposed that the seabed and its resources beyond the limits of national jurisdiction should be declared

¹⁴ International Seabed Authority, Prospects for Deep-Seabed Mining <<http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Brochures/ENG1.pdf>>.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ International Seabed Authority, Seabed Technology <<http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/Brochures/ENG10.pdf>>.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

to be part of the common heritage of mankind.¹⁹ His proposal also became a part of the agenda of the Third United Nations Conference on Law of the Sea during 1973-1982.²⁰ With respect to his proposal, it is obviously explained that the seabed can be reserved for peaceful purposes and the promotion of marine research; in addition, Pardo also stated that any claim of national jurisdiction over the deep seabed must be prohibited.²¹ It seems clearly that the Pardo's proposal is viewed as the significant beginning of the establishment of international legal regime of the deep seabed mineral resources exploration.

Nevertheless, the proposal might be questioned who has right or authority to utilize and manage the deep seabed resources.²² According to the Pardo's

concept, it seems that Pardo attempted to support an international organ to administrate and allocate the deep seabed resources.²³ As a result, after the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) opened for signature on 10 December 1982²⁴, the concept of common heritage of mankind proposed by Pardo has become reality and has been recognized as a key principle under UNCLOS.

Under Article 136 of UNCLOS, it provides that the Area and its resources are the common heritage of mankind.²⁵ The term "Area" is very important because it is where mineral resources such as Polymetallic Nodules are located.²⁶ The definition of the Area provided under Article 1 of UNCLOS is described as the seabed and ocean floor and subsoil thereof,

¹⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 7th ed, 2008) 242.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Erkki Holmila, 'Common Heritage of Mankind in the Law of the Sea' (2005) 1 *Acta Societatis Martensis* 187, 189.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Ocean and Law of the Sea United Nations, United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Overview and Full Text <http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm>.

²⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea, opened for signature 10 December 1982, 1833 UNTS 3, 21 ILM 1261 (entered into force 16 November 1994) art 136.

²⁶ Bradley Larschan, 'The International Legal Status of the Contractual Rights of Contractors under the Deep Sea-Bed Mining Provisions (Part XI) of the Third United Nations Convention on the Law of the Sea' (1985-1986) 14 *Denver Journal of International Law and Policy* 207, 211.

beyond the limits of national jurisdiction.²⁷ Moreover, UNCLOS elaborates the meaning of resources of such Area that refer to all solid, liquid or gaseous mineral resources in situ in the Area at or beneath the seabed, including polymetallic nodules.²⁸ Consequently, it is explicitly said that the deep seabed mineral resources located in the Area are legally recognized as the common heritage of mankind.

3.2 International Seabed Authority

International Seabed Authority (ISA) is an organ established under UNCLOS and can play important roles in the management and control of the deep seabed mineral resources exploration in the Area. The ISA was established under the UNCLOS and the Agreement relating to the Implementation of Part XI of UNCLOS.²⁹ Under Part XI of UNCLOS, it also provides the structure and function of ISA.³⁰ The ISA is composed of three key organs: (1) the

Assembly which is the supreme body that is responsible for the establishment of general policies, (2) the Council which is the executive body providing more specific policies and approving or declining the applications for mining exploration, and (3) the Secretariat.³¹ Furthermore, the ISA can supervise the implementation of the UNCLOS and the Agreement relating to the Implementation of Part XI of UNCLOS.³² The ISA also established its subsidiary organ known as the Enterprise for carrying out activities in the Area and transporting, processing and marketing of minerals recovered from the Area.³³

3.3 The Legal Regime for the Development of The Deep Seabed Mineral Resources Exploration

The deep seabed mineral resources are embedded in the Area where is beyond the exclusive economic zone and overlaps the areas of continental shelf which extend

²⁷ UNCLOS art 1.

²⁸ Ibid art 133.

²⁹ International Seabed Authority, About US <<http://www.isa.org.jm/en/about>>.

³⁰ UNCLOS art 158.

³¹ Jason C. Nelson, 'The Contemporary Seabed Mining Regime: A Critical Analysis of the Mining Regulations Promulgated by the International Seabed Authority' (2005) 16 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 27, 34-35.

³² Ibid, 35.

³³ UNCLOS art 170.

beyond the 200-mile limit.³⁴ UNCLOS provides the legal regime for the development of the deep seabed mineral resources exploration as common heritage of mankind through six key elements.³⁵ First of all, no state shall claim or exercise sovereignty over any part of the Area and its resources.³⁶ Secondly, any activity related to the resources of the Area shall be organized and controlled by International Seabed Authority (ISA) and shall be carried out for benefits of mankind.³⁷ Thirdly, all state parties shall have responsibility to ensure that activities in the Area shall be carried out in consistency with Part XI of UNCLOS.³⁸ Fourthly, the system of exploration and exploitation includes parallel activities that are operated by the Enterprise which is a subsidiary organ under the ISA.³⁹ Additionally, the equitable sharing of economic benefits resulting from activities in the Area shall be provided and allocated by the ISA.⁴⁰

Lastly, the ISA shall avoid discrimination in the exercise of its powers and functions, including the granting of opportunities for activities in the Area.⁴¹

3.4 The Legal Regime for the Exploration of The Deep Seabed Mineral Resources

Because the deep seabed mineral resources in the Area specified under Part XI of UNCLOS are recognized as the common heritage of mankind which no state can claim sovereign right over them, Article 153 of UNCLOS provides that any state which needs to explore and exploit the deep seabed mineral resources in the Area, have to be under contract from the ISA.⁴² In other words, all activities about the deep seabed mineral resources exploration in the Area shall be carried out in accordance with a formal written plan of work issued in the form of such contract.⁴³ As a result, the contract will be made

³⁴ Ian Brownlie, above n 19, 243.

³⁵ Ibid.

³⁶ UNCLOS art 137(1).

³⁷ Ibid art 137(2), 140, 150, 153, 156 and 157.

³⁸ Ibid art 139(1).

³⁹ Ian Brownlie, above n 19, 246.

⁴⁰ UNCLOS art 140.

⁴¹ Ibid. art 152.

⁴² Bradley Larschan, above n 26, 215.

⁴³ Satya Nandan, 'Administering the Mineral Resources of the Deep Seabed' in David Freestone, Richard Barnes and David M. Ong (eds), *The Law of the Sea: Progress and Prospects* (Oxford University Press, 2006) 75, 86.

between the ISA and contractor who may be any state entity; furthermore, the contractor seeking approval of his plan of work must be overseen and supported by state parties to the UNCLOS.⁴⁴ This can confirm that the ISA becomes the authority that can organize and control activities in the Area on behalf of mankind as a whole according to Article 153 of UNCLOS.⁴⁵ Hence, all activities related to the deep seabed mineral resources exploration and exploitation cannot be done by any state party; nonetheless, the exploration and exploitation will be operated by ISA on behalf of all UNCLOS state parties.

Furthermore, the key of the system for the exploration and exploitation of mineral resources is called as "parallel system" which can be explained in Article 153 of UNCLOS.⁴⁶ The parallel system under UNCLOS was established for restraining the controversial issue between the Group of 77 and developed country group.⁴⁷ At that time, developed countries

desired to preserve their rights to exploit deep seabed resources for their exclusive benefits; on the other hand, the Group of 77 argued that the Third World should equally access to deep seabed resources and required the ISA to exclusively empower to exploit and control deep seabed production.⁴⁸ As a result, the parallel system was established for the purpose of compromise between developed countries and the Third World.⁴⁹

With respect to the parallel system, state parties or state entities have to be permitted by the ISA before starting to explore and exploit the deep seabed mineral resources while the Enterprise which is established by the ISA can itself explore and exploit the deep seabed mineral resources on behalf of the Third World or developing countries⁵⁰ because those developing countries might lack sufficient technological and financial availability for the deep seabed exploitation. In this parallel system, it ensures that all

⁴⁴ Bradley Larschan, above n 26, 215.

⁴⁵ UNCLOS art 153.

⁴⁶ Satya Nandan, above n 43.

⁴⁷ Bradley Larschan and Bonnie C. Brennan, 'Common Heritage of Mankind Principle in International Law' (1982-1983) 21 Columbia Journal of Transnational Law 305, 320-321.

⁴⁸ Ibid 321.

⁴⁹ Ibid 322.

⁵⁰ Ibid.

UNCLOS state parties, both developed and developing countries, can equally access the deep seabed mineral resources under the management and control of the ISA. Significantly, this system can also protect the monopolization of the seabed mining industry and preserve deep seabed mine sites for any state party who comes later.⁵¹

From the discussion above, it is very clear that the international legal regime of the deep seabed mineral resources exploration is virtually based on the concept of common heritage of mankind that aims to equally share UNCLOS state parties all benefits from the Area. However, this concept has remained controversial and problematic because there are no certain criteria or definitions for interpreting the term "common heritage of mankind" and UNCLOS has not provided any further explanation or any hint. Furthermore, although the roles of ISA are very important to manage, control, and equally allocate all benefits from mineral resources exploration to all UNCLOS state parties, the ISA's functions are not legally binding to other states which do not wish to ratify UNCLOS such as the United States or any state having high capability to

exploit the deep seabed mineral resources by themselves.

4 Conclusion

In conclusion, due to the significance and value of deep seabed mineral resources in the Area, many countries strongly wish to explore and exploit those mineral resources for their own benefit. Particularly, Manganese Nodules can provide humans several minerals that are extremely useful for commercial and industrial development. In order to avoid the conflict that may result from the deep seabed minerals exploration, the legal status of the deep seabed mineral resources are recognized as the common heritage of mankind which belongs to no one. Additionally, it is essential to establish an authority that should be empowered to manage and control the exploration and exploitation. As a result, International Seabed Authority (ISA) established under UNCLOS is the most important international organ which can play key roles in the management and control of the deep seabed mineral resources exploration in the Area. UNCLOS also established the system called the parallel system for control and sharing benefits from the deep seabed

⁵¹ Satya Nandan, above n 43.

mineral resources exploration. However, it is unfortunate that the legal regime under UNCLOS has remained controversial and might lead to the conflict of the deep seabed mineral resources exploration. It would be interesting to establish the certain criteria or definition of the common

heritage of mankind; in addition, there should be international forum for persuading non-state parties to ratify UNCLOS in order to fulfill and strengthen the implementation of the deep seabed mineral resources exploration under UNCLOS.



Bibliography

- Anand, R. P., *Origin and Development of the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff, 1983)
- Bowett, D. W., 'Deep Sea-Bed Resources: A Major Challenge' (1972) 31 *Cambridge Law Journal* 50
- Browning, David S., 'Exploitation of Submarine Mineral Resources Beyond The Continental Shelf' (1968) 4 *Texas International Law Forum* 1
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 7th ed, 2008)
- Franckx, Erik, 'The International Seabed Authority and the Common Heritage of Mankind: The Need for States to Establish the Outer Limits of their Continental Shelf' (2010) 25 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 543.
- Hauser, Wolfgang (translation by Frances Bunce Dielmann), *The Legal Regime for Deep Seabed Mining under the Law of the Sea Convention: Studies in Transnational Law of Natural Resources Volume 7* (Kluwer, 1983)
- Holmila, Erkki, 'Common Heritage of Mankind in the Law of the Sea' (2005) 1 *Acta Societatis Martensis* 187
- International Seabed Authority, *International Seabed Authority: Handbook 2011* (International Seabed Authority, 2011)
- International Society of Offshore and Polar Engineers, *Deep Seabed Mining Environment: Preliminary Engineering and Environmental Assessment Special Report OMS-EN-1* (International Society of Offshore and Polar Engineers, 2002)
- Larschan, Bradley, 'The International Legal Status of the Contractual Rights of Contractors under the Deep Sea-Bed Mining Provisions (Part XI) of the Third United Nations Convention on the Law of the Sea' (1985-1986) 14 *Denver Journal of International Law and Policy* 207

Larschan, Bradley and Bonnie C. Brennan, 'Common Heritage of Mankind Principle in International Law' (1982-1983) 21 *Columbia Journal of Transnational Law* 305

Luard, Evan, *The Control of the Sea-bed: A New International Issue* (Heinemann, 1974)

Markussen, Jan Magne, 'Deep Seabed Mining and the Environment: Consequences, Perceptions, and Regulations' in Helge Ole Bergesen and Georg Parmann (eds), *Green Globe Yearbook of International Co-operation on Environment and Development* (Oxford University Press, 1994) 31

Miron, George, 'The Management of the Mineral Resources of the Ocean Floor – A Critique of Certain Aspects of the Proposal of the Commission on Marine Science, Engineering and Resources' (1969) 4 *Stanford Journal of International Studies* 32

Nandan, Satya, 'Administering the Mineral Resources of the Deep Seabed' in David Freestone, Richard Barnes and David M. Ong (eds), *The Law of the Sea: Progress and Prospects* (Oxford University Press, 2006) 75

Nelson, Jason C., 'The Contemporary Seabed Mining Regime: A Critical Analysis of the Mining Regulations Promulgated by the International Seabed Authority' (2005) 16 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 27

Scheiber, Harry N. (ed), *Law of the Sea: The Common Heritage and Emerging Challenges* (Martinus Nijhoff, 2000)

U.S. Congress: Office of Technology Assessment, *Marine Minerals: Exploring Our New Ocean Frontier* (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1987)





คำแนะนำในการส่งต้นฉบับวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญท่านที่สนใจส่งบทความเผยแพร่ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ โดยบทความของท่านต้องไม่เคยพิมพ์เผยแพร่หรืออยู่ระหว่างการรอพิจารณาจากวารสารอื่น และกองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

ประเภทของเนื้อหา แบ่งออกเป็น

1. บทความทางวิชาการ พร้อมบทคัดย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมทั้งคำสำคัญ เรื่องละประมาณ 10 หน้า กระดาษ A4
2. รายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ เรื่องละประมาณ 10 หน้า กระดาษ A4
3. สรุปการอภิปราย สัมมนา บทความพิเศษ ในหัวข้อที่น่าสนใจ ประมาณ 5 หน้า กระดาษ A4

การเตรียมต้นฉบับ

- ☆ ต้องพิมพ์ด้วย Microsoft Word ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 15 point ถ้ามีตัวเลขต้องพิมพ์เป็นเลขไทย ใช้กระดาษ A4
- ☆ ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ ตำแหน่งทางวิชาการ และสถานที่ทำงานของผู้เขียนพิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก
- ☆ บทความที่เป็นรายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ควรเขียนเรียงลำดับดังนี้
 - ชื่อเรื่อง (Title)
 - ชื่อผู้ทำงานวิจัย (Author)
 - บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - คำสำคัญ (Key word) ระบุคำสำคัญหรือวลีสั้น ๆ เพียง 2 – 5 คำ
 - บทนำ (Introduction)
 - วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Objective)
 - วิธีดำเนินงานวิจัย (Method)
 - ผลของการวิจัย (Result)
 - การอภิปรายผล (Discussion) และข้อเสนอแนะ

การส่งต้นฉบับ

1. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

ส่งต้นฉบับ 1 ชุด และสำเนา 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดี ที่กองบรรณาธิการ วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เลขที่ 18/18 ถนนบางนา-ตราด ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

2. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ส่งต้นฉบับมายัง

faclaw120hcu@gmail.com

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้า.
ตัวอย่าง	ประสิทธิ์ โมวิไลกุล,	คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543)	183.
	Malcome N Shaw,	International Law	(London: Cambridge University Press, 2008)	578.

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อเรื่อง”	(ปีที่พิมพ์)	ปีที่ฉบับที่	ชื่อวารสาร	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์,	“หลักความสำคัญผิด”	(2553)	39:4	วารสารนิติศาสตร์	788,	797.
	Christopher C. Miller,	“To The Moon & Beyond: The United States and The Future of International Space Law”	(2011)	35:1	Suffolk Transnational Law Review	101,	113.

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการ หรือผู้รวบรวม,	ชื่อหนังสือ	(สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้ว กำเนิด,	“ความหมาย ของวัฒนธรรม”	ใน	ฉัตรชัย ศุกร กาญจน์ (บรรณาธิการ),	ท้องสมุด วัฒนธรรม	(นครศรีธรรมราช : ศูนย์วัฒนธรรม ภาคใต้, 2525)	1,	4.
	Richard J. McNeil	“International Parks for Peace”	In	Jim Thorsell (ed.),	<i>Parks on the Borderline: Experience in Transfrontier Conservation</i>	(Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, 1990)	23,	35.

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรธัย,	มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534)	53.
	Chloe Sage Castro,	<i>Over the Moon: Lunar Heritage Protection</i>	(Master of Fine Arts Thesis, Savannah College of Art and Design, 2011)	44.

5. เอกสารประกอบการประชุม (Conference Proceedings)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	“ชื่อเรื่อง”	(นำเสนอที่ ชื่อการประชุม, สถานที่, ว/ด/ป)	หน้า.
ตัวอย่าง	Anne Orford	“Roman Law and the Godly Imperium in England’s New Worlds”	(Paper presented at the Workshop on the Theo-Political Renaissance, Department of English, Cornell University, 25 April 2008)	12.

6. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	ชื่อเอกสาร	(ว/ด/ป ที่เข้าถึงข้อมูล)	ชื่อเว็บไซต์	<URL>.
ตัวอย่าง	Apichai Sunchindah,	<i>The ASEAN Approach to Regional Environmental Management</i>	(24 Aug 2013)	ASEAN Environment Cooperation	< http://www.aseansec.org/2838.htm >.

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔
	Section 17,	<i>Land and Environment Court Act 1979</i>

8. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

รูปแบบ	ชื่อตราสาร,	วันที่เปิดลงนาม,	Treaty Series	(วันเริ่มต้นมีผลผูกพัน) (Enter into Force)	มาตรา.
ตัวอย่าง	United Nations Convention on the Law of the Sea,	opened for signature 10 December 1982,	21 ILM 1261	(entered into force 16 November 1994)	art 2.

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

1. กรณีการใช้ “เพ็้งอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า เช่น
 - 21 ประสิทธิ์ โฉ่ววิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
 - 22 เพ็้งอ้าง, 184.
 - 18 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2nd ed, 2005) 163.
 - 19 Ibid.
2. กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาคั่น เช่น
 - 9 Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing, 2010) 38.
 -
 - 20 Catharine MacMillan, above n 9.

การอ้างอิงบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

- (1) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง
- (2) ตัดหน้าเอกสารที่อ้างออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ (Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างออก ให้ใส่หน้าเริ่มต้นบทความเอาไว้
- (3) กรณีผู้แต่งเป็นชาวต่างชาติ ให้สลับที่ ชื่อแรก และ นามสกุล โดยคั่นด้วย comma (,) เช่น Christopher C. Miller เปลี่ยนเป็น Miller, Christopher C.
- (4) การเรียงลำดับเอกสาร ให้เรียงตามอักษรตัวแรกของชื่อผู้เขียน จาก ก-ฮ หรือ A-Z



ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่ เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย.....

ถนน..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต.....

จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์..... โทรสาร..... E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ ๒ ฉบับ ๓๐๐ บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย..... ถนน.....

ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด.....

รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน

☐ ธนาณัติ / ตัวแลกเงิน สั่งจ่ายในนาม “มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ”

☐ เช็คขีดคร่อม สั่งจ่ายในนาม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ธนาคาร..... สาขา.....

เลขที่..... ลงวันที่.....

☐ อื่นๆ โปรดระบุ

และโปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสาร หมายเลข ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๙
หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ต.บางโหลง อ.บางพลี จ.สมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐-๗๙ ต่อ ๑๖๘๙ ๑๖๙๐



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ได้รับการรับรองหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

จาก

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๒

และ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ

เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๒



คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กิโลเมตรที่ ๑๘ ตำบลบางโจลง

อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ศูนย์แนะนำกฎหมายสำหรับประชาชน

โทร. ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙, ๑๖๙๐