



วารสารวิชาการ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๑ มิถุนายน ๒๕๕๖ - พฤศจิกายน ๒๕๕๖

Vol.4 No.1 (June 2013 – November 2013)

บทความวิชาการ

การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือกออนไลน์ภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติ
ลาวัลย์ หอนพรัตน์

การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : ศึกษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง
และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒

ภัทรพร เย็นบุตร

การฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหาย

โกสินทร์ มีพรบุชา

เกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดี
พิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย พัฒนสิทธิชีวิน

ความเป็นมาในการจัดตั้งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในประเทศไทย

วุฒิชัย เต็งพงศธร

The Adoption of A Standard Definition of Cultural Heritage to the Development of A
Coherent International Legal Framework for Its Protection

Peerapon Jaderojananont

หลักความเสมอภาคกับการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา

ธนาชัย สุนทรอนันตชัย



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๑ (มิถุนายน ๒๕๕๖ - พฤศจิกายน ๒๕๕๖) ISSN 2286-6965
Vol. 4 No. 1 (June 2013 - November 2013)

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

รองศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรชัย

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา ลิงห์สงบ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวิธ กิจกุล

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

มหาวิทยาลัยนเรศวร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยันต์ เพ็ชฌไศษัญ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

อาจารย์ภัทรวดี ยั่งยืน

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเลขานุการ

อาจารย์พิรพล เจตโรจนานนท์

กองบรรณาธิการและเหรียญก

นางวรรณกรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

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

สารจากคณบดี

ในนามคณบดีคณะนิติศาสตร์ ผมขอแสดงความยินดีต่อความสำเร็จของกองบรรณาธิการวารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ที่สามารถจัดทำวารสารฯได้สำเร็จโดยยึดคุณภาพทางวิชาการเป็นเกณฑ์มาตรฐานในการดำเนินงาน

แม้ว่าในทางปฏิบัติ จะมีอุปสรรคหลายด้านในการจัดทำวารสารทางวิชาการก็ตาม แต่คณะนิติศาสตร์ ก็ยังคงมีพันธกิจที่ต้องรักษามาตรฐานทางวิชาการทางนิติศาสตร์ไว้ให้ได้ การมีวารสารฯ ที่ออกซ้างจึงย่อมจะดีกว่าไม่มีวารสารฯเผยแพร่ออกสู่วงการนิติศาสตร์ไทย

ผมเชื่อว่าในอนาคต กองบรรณาธิการวารสารฯจะสามารถจัดทำวารสารของคณะฯได้ทันตามกำหนดโดยยังคงรักษามาตรฐานวิชาการทางนิติศาสตร์ไว้ได้เป็นอย่างดี

ในประการสุดท้าย ผมหวังว่าท่านผู้อ่านทุกท่านจะได้รับ ความพึงพอใจจากการอ่านวารสารฯ เล่มนี้ และหวังว่าผู้อ่านคงจะได้รับความรู้ทางวิชาการ รวมทั้งข้อขบคิดต่างๆทางนิติศาสตร์ ทั้งในเชิงทฤษฎีและในเชิงปฏิบัติได้ตามสมควร

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบความวารสารวิชาการ (Peer review)

ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโณภาส

สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

รองศาสตราจารย์ลำวลย์ หอนพรัตน์

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ ดร.กิจปติ ก้องเบญจภูษ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์รัชชมัย ทองอุไร

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ



สารบัญ

บทความวิชาการ

การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือกออนไลน์ภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติ ลาวัลย์ หอนพรัตน์	๑
การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : ศึกษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง และ ส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ภัทรพร เย็นบุตร	๑๐
การฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหาย โกสินทร์ มีพรบุชา	๓๑
เกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย พัฒนสิทธิชีวิน	๔๒
ความเป็นมาในการจัดตั้งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติในประเทศไทย วุฒิชัย เต็งพงศธร	๕๕
The Adoption of A Standard Definition of Cultural Heritage to the Development of A Coherent International Legal Framework for Its Protection Peerapon Jaderojananont	๖๓
หลักความเสมอภาคกับการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา ธนาชัย สุนทรอนันตชัย	๗๒

บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เป็นปีที่ ๔ ฉบับที่ ๑ ปีการศึกษา ๒๕๕๖ ประจำเดือนมิถุนายน ๒๕๕๖ - พฤศจิกายน ๒๕๕๖ ซึ่งคณะได้จัดทำขึ้น เพื่อรวบรวมบทความที่เป็นผลงานสร้างสรรค์ด้านวิชาการของคณาจารย์ประจำ อีกทั้งยังได้รับความอนุเคราะห์บทความด้านกฎหมายจากผู้ทรงคุณวุฒิ และบุคคลภายนอกผู้ที่มีความประสงค์จะร่วมเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมาย โดยภายในวารสารฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความที่มีเนื้อหาสาระน่าสนใจเช่นเดิม อาทิ เรื่องการปรับปรุงสิทธิการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายให้มีประสิทธิภาพ สมควรมีการปรับปรุงอย่างไร เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมของไทยมีความเข้มแข็ง เรื่องการกำหนดเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจของศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ในบริบทของการแพทย์แผนไทย ที่นับวันยังมีความสำคัญมากขึ้น ตลอดจนมีบทความอื่นๆ ที่น่าสนใจอีกมากมาย ที่ถูกนำเสนอผ่านมุมมองของกฎหมายมหาชน กฎหมายสิ่งแวดล้อม และกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น

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

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย
บรรณาธิการ



การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือกออนไลน์ภายใต้กรอบของ องค์การสหประชาชาติ แนวความคิดกระบวนการยุติธรรมทางเลือก (ADR)

รศ.ลาวัลย์ หอนพรัตน์*

การเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคนในสังคมเป็นเรื่องปกติ ประเทศทุกประเทศมีการจัดตั้งองค์กรที่เรียกว่าศาลเพื่อทำหน้าที่ยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเหล่านั้น ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะฟ้องร้องคดีต่อศาลได้ อย่างไรก็ตามการพิจารณาคดีในศาล มีข้อขัดข้องมากมาย เช่นมีผู้ใช้บริการศาลเป็นจำนวนมาก ทำให้การพิจารณาคดีล่าช้า การฟ้องคดีต่อศาลต้องมีระเบียบแบบแผนมากมายเป็นเรื่องยุ่งยากสำหรับประชาชนทำให้เกิดแนวความคิดการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่นที่ไม่ใช่ศาล ซึ่งเรียกรูปวิธีการอื่นเหล่านี้ว่า “กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Dispute Resolution (ADR)” เหตุผลในการนำกระบวนการยุติธรรมทางเลือกมีหลายสาเหตุด้วยกัน เช่น เพื่อให้ประชาชนได้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ง่ายขึ้น ลดค่าใช้จ่ายและที่สำคัญเพื่อให้ประชาชนได้รับความเป็นธรรมโดยไม่ชักช้า กระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันมี ๓ ประเภท ได้แก่ การเจรจา การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับการเจรจาเป็นการระงับข้อพิพาทโดยคู่พิพาทหาทางออกร่วมกัน ข้อพิพาทจะระงับด้วยความพอใจของคู่พิพาททุกฝ่าย และจากนั้นจึงทำสัญญาประนีประนอมยอมความ สำหรับการไกล่เกลี่ย เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทเช่นเดียวกับการเจรจา แต่มีบุคคลที่สามช่วยเหลือให้ความสะดวกการเจรจาเป็นผู้ประสานในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่พิพาทได้ตกลงกันได้ด้วยดี และข้อพิพาทจะระงับด้วยความพอใจของคู่พิพาททุกฝ่าย และต้องทำสัญญาประนีประนอมยอมความเช่นกัน

ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการที่คู่พิพาทตั้งบุคคลที่สาม ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ เพื่อพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะมีผลผูกพันคู่พิพาท คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีผลทางกฎหมายแตกต่างจากสัญญาประนีประนอมยอมความ คำชี้ขาดสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่พิพาทสามารถร้องขอให้ศาลบังคับคำชี้ขาดนั้นได้ และศาลต้องบังคับตามคำชี้ขาด เว้นแต่จะมีเหตุที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

* รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

แนวความคิดกระบวนการยุติธรรมทางเลือกออนไลน์ (ODR)

ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีมีการสื่อสารพัฒนาจนมีระบบการสื่อสารกันทั่วโลกอย่างสะดวก โดยเฉพาะเมื่อมีการพัฒนาระบบอินเทอร์เน็ตจนมีเครือข่ายทั่วโลก การทำธุรกรรมผ่านทางอินเทอร์เน็ตที่เรียกว่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ปัญหาที่ตามมา คือธุรกรรมประเภทนี้ ไม่จำกัดว่าคู่สัญญาจะต้องอยู่ในประเทศเดียวกัน แต่อาจจะอยู่ในประเทศต่างๆ กันโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ทราบ ทำให้มีข้อขัดข้องทางกฎหมาย จนในที่สุดประเทศต่างๆ ต้องตรากฎหมายเฉพาะธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาเพื่อรับรองการค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้เพราะกฎหมายเก่าที่มีอยู่เดิมไม่สามารถบังคับใช้กับกรณีได้ และปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากคู่สัญญาอาจอยู่กันคนละประเทศ การฟ้องร้องคดีต่อศาลอาจไม่สะดวก ประกอบกับธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มักจะมีทุนทรัพย์ไม่สูงมากนัก ดังนั้นการฟ้องร้องคดีต่อศาลจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก จึงเกิดแนวความคิดนำเอากระบวนการยุติธรรมทางเลือกมาใช้ โดยผ่านกระบวนการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเรียกว่า “กระบวนการยุติธรรมทางเลือกออนไลน์ Online Dispute Resolution “ODR”)

แนวความคิดเรื่อง ODR เป็นผลจากการพัฒนาโลกออนไลน์ กล่าวคือในปี 1989 ได้มีการพัฒนาอินเทอร์เน็ต หรือที่เรียกว่า World Wide

Web ขึ้นเป็นครั้งแรก ทำให้ผู้ใช้คอมพิวเตอร์สามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันได้โดยสะดวก ต่อมาจึงได้มีเครื่องมือที่ช่วยให้ผู้ใช้คอมพิวเตอร์สามารถท่องเที่ยวไปในโลกอินเทอร์เน็ต ซึ่งเรียกว่า browser ทำให้การใช้อินเทอร์เน็ตบนโลกออนไลน์เป็นไปอย่างสะดวกและง่าย ต่อมาช่วงปี ค.ศ. 1994 เริ่มมีความชัดเจนว่าอนาคตของโลกออนไลน์นั้นอาจจะไม่ใช่สถานที่หนึ่งสถานที่ใดเฉพาะเท่านั้น ความกังวลจึงเกิดขึ้นว่าแล้วหากเกิดข้อพิพาททำให้เริ่มมีแนวความคิดว่าอนาคตอาจจำเป็นต้องมีเครื่องมือบางอย่างเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

การศึกษาเรื่อง ODR เริ่มเป็นรูปเป็นร่างขึ้นมาเมื่อมีบทความเกี่ยวกับ ODR ขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี 1996^๑ จากนั้นได้มีการจัดสัมมนาเกี่ยวกับ ODR โดยองค์กร the Nation Center for Automated Information Research (NCAIR) และโครงการศึกษาเกี่ยวกับ ODR จึงเริ่มต้นอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตามการศึกษาเรื่อง ODR ขณะนั้นยังคงเป็นเรื่องคาดการณ์ความต้องการอนาคต เพราะจำนวนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตยังมีจำนวนไม่มาก ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการใช้ยังจำกัดเฉพาะในเรื่องของการศึกษา เนื่องจากยังมีข้อห้ามการใช้อินเทอร์เน็ตในเชิงพาณิชย์ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการใช้อินเทอร์เน็ตจึงไม่มาก

ต่อมาเมื่อการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมากขึ้น ธุรกรรมที่ใช้อินเทอร์เน็ตดำเนินการผ่านอินเทอร์เน็ตมีความหลากหลายมากขึ้น เป็นสาเหตุ

^๑ E Katsh, “Dispute Resolution in Cyberspace”, ๒๔ Conn.L.Rev. (๑๙๙๖) ๙๕๓.

ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมเหล่านั้นมากขึ้นด้วย^{๑๒} และช่วงระยะเวลาดังกล่าวที่ทำให้ยอมรับกันว่ามีความจำเป็นต้องมีการระงับข้อพิพาทออนไลน์เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ODR เป็นการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจา การไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ได้ทำดำเนินการแบบให้คู่พิพาททุกฝ่ายต้องเผชิญหน้ากัน แต่ดำเนินการผ่านอินเทอร์เน็ตแทน การนำวิธีการ ODR มาใช้กับข้อพิพาทจากพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับการพัฒนาและเป็นที่นิยมเนื่องจากสะดวก และประหยัดค่าใช้จ่าย

ประเภท ODR

ก) การเจรจาออนไลน์ (online negotiation)

การเจรจาระหว่างคู่พิพาทดำเนินการผ่านทางอินเทอร์เน็ต เป็นการเจรจาแบบแบบอัตโนมัติ (Automated Negotiation) วิธีการเจรจาออนไลน์มีข้อจำกัด คือใช้ได้เฉพาะกับการเจรจาที่เป็นตัวเลข เช่น ค่าเสียหาย

ข) การไกล่เกลี่ยออนไลน์ (online mediation)

การไกล่เกลี่ยออนไลน์เป็นเรื่องนำเอาเทคโนโลยีมาช่วยเหลือให้การเจรจาสามารถสำเร็จได้ โดยเทคโนโลยีจะทำหน้าที่เหมือนผู้ไกล่เกลี่ย จัดหาคำแนะนำบางประการเพื่อหาทางออกให้แก่คู่พิพาท

ค) การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ (online arbitration)

การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ มีลักษณะสำคัญเช่นเดียวกับการอนุญาโตตุลาการทั่วไป คือต้องมีบุคคลที่สามทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทว่าใครผิด ใครถูก ดังนั้นการอนุญาโตตุลาการออนไลน์จึงยังจำเป็นต้องใช้มนุษย์ทำหน้าที่ที่อนุญาโตตุลาการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดว่าใครผิดใครถูกได้ แต่การอนุญาโตตุลาการออนไลน์เป็นดำเนินการกระบวนการต่างๆ ผ่านออนไลน์โดยไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินการแบบเผชิญหน้า เช่นการยื่นข้อเรียกร้องคดี การตั้งอนุญาโตตุลาการกิติ การรับฟังพยานหลักฐานกิติ ตลอดจนการทำคำชี้ขาดกิติ ทำโดยผ่านออนไลน์ ไม่มีการประชุมเผชิญหน้ากัน

องค์ประกอบ ODR

จากรูปแบบของ ODR เห็นได้ว่าการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ ODR นั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญของ ODR มี ๓ ส่วน

ส่วนแรก เกี่ยวกับเทคโนโลยีซึ่งจำเป็นต้องมีการออกแบบและพัฒนาโปรแกรมที่จะนำมาใช้กับ ODR ให้สอดคล้องการภาระงาน

ส่วนที่สอง เป็นเรื่องการจัดการด้านต่างเพื่อให้ระบบ ODR สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ให้ความสะดวกและให้ความมั่นใจระบบ ODR แก่ผู้ใช้บริการ และ

^{๑๒} United Nations Conference on Trade and Development, "E-Commerce And Development Report ๒๐๐๓ (Internet edition prepared by the UNCTAD Secretariat): Chapter ๗: Online Dispute Resolution: E-commerce and beyond", online: <http://www.unctad.org> [UNCTAD].

ส่วนที่สาม เป็นองค์ประกอบเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ ODR เช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการ สัญญาประนีประนอมยอมความ

บทบาทองค์การสหประชาชาติกับการพัฒนา ODR

เพื่อเป็นการส่งเสริมการใช้ ODR ให้สอดคล้องกับข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission On International Trade Law “UNCITRAL”)^๓ จึงนำเรื่องนี้ขึ้นพิจารณาเป็นครั้งแรกในที่ประชุมครั้งที่ ๓๓ ณ กรุงนิวยอร์ก ระหว่างวันที่ ๑๒ มิถุนายน - ๗ กรกฎาคม ๒๕๔๓ คณะกรรมการ UNCITRAL ได้หารือเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อเสนอในการเพิ่มวาระ ODR สำหรับการทำงานในอนาคตของคณะกรรมการ UNCITRAL ต่อไป การประชุมครั้งต่อมาคณะกรรมการได้บรรจุวาระ ODR ให้รวมเข้ากับการวิจัยและศึกษาเรื่องพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในอนาคตด้วย โดยมอบหมายคณะทำงานคณะที่สอง (อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย) ร่วมกับคณะทำงานที่คณะที่สี่ (พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์) ทำการศึกษาประเด็นที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามขณะนั้นยังไม่มีการพัฒนาอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง แนวทางการศึกษาของคณะทำงานทั้ง ๒ คณะจึงยังไม่มีควมจำเป็นที่ต้องร่างกฎเกณฑ์ ODR

จนกระทั่งในการประชุม UNCITRAL ครั้งที่ ๔๒ ณ กรุงเวียนนา ระหว่างวันที่ ๒๙ มิถุนายน - ๑๗ กรกฎาคม ๒๕๕๒ คณะกรรมการ UNCITRAL ได้รับการแนะนำสำหรับประเด็นการศึกษา ODR ต่อไปนี้คือ

ก) ประเภทของข้อพิพาทของธุรกรรมออนไลน์ที่อาจจะระงับโดย ODR

ข) ความเหมาะสมของร่างวิธีพิจารณาของ ODR

ค) ความเป็นไปได้หรือความต้องการฐานข้อมูลรวมศูนย์สำหรับผู้ให้บริการ ODR ที่ได้รับใบอนุญาต และ

ง) การบังคับคดีในกรอบความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

การประชุมในครั้งนี้จึงนับเป็นการประชุมที่เป็นจุดกำเนิดการจัดทำร่างหลักเกณฑ์การระงับข้อพิพาทออนไลน์ขึ้น^๔

ในการประชุม UNCITRAL ครั้งที่ ๔๓ ณ กรุงนิวยอร์ก ระหว่างวันที่ ๒๑ มิถุนายน - ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๓ ฝ่ายเลขานุการได้สรุปการสัมมนาดังนี้^๕

ก) การระงับข้อพิพาทภายใต้กระบวนการยุติธรรมปกติไม่ใช่ทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับการระงับข้อพิพาทพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดน วิธีการที่เหมาะสมน่าจะเป็นระบบ ODR สำหรับข้อพิพาททุนทรัพย์ต่ำซึ่งมีจำนวนมาก

^๓ ต่อไปนี้เรียกว่า “UNCITRAL”

^๔ Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its twenty-second session (Vienna, ๑๓-๑๗ December ๒๐๑๐) (A/CN.๙/๗๑๖).

^๕ Official Records of the General Assembly, Sixty-fifth Session, Supplement No. ๑๗ (A/๖๕/๑๗), ย่อหน้าที่ ๒๕๑ - ๒๕๗.

ข) การระงับข้อพิพาทธุรกิจอิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดนต้องการกลไกเฉพาะตัวที่ไม่สร้างภาระด้านค่าใช้จ่าย ไม่ล่าช้า หรือค่าใช้จ่ายต้องเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกับมูลค่าทางเศรษฐกิจของข้อพิพาท

ค) เนื่องจากยังมีช่องว่างทางเทคโนโลยีระหว่างกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา จึงควรพยายามฟังข้อคิดเห็นของประเทศกำลังพัฒนาให้มาก

จากนั้น คณะกรรมการ UNCITRAL เห็นว่า คณะกรรมการฯ ภาระงานประเด็นเหล่านี้ต้องใช้เวลามาก เบื้องต้นจึงควรจำกัดงานไว้เฉพาะประเด็นข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน สำหรับการปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกันในประเด็นการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นเป็นเรื่องยาก เพราะกฎหมายและนโยบายในด้านนี้ของแต่ละประเทศแตกต่างกันมาก การทำงานในเรื่องจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังยิ่งมิให้กระทบการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายที่มีอยู่ โดยมีการแสดงความเห็นว่า ในบริบทโลกออนไลน์ปัจจุบันธุรกรรมของผู้บริโภคเป็นส่วนหลักของธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์และทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ และมักมีลักษณะข้ามพรมแดน

ในที่สุดคณะกรรมการฯ ได้ตั้งคณะทำงานคณะที่สาม ขึ้นต่างหาก เพื่อพิจารณาเรื่อง ODR โดยเฉพาะ โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่าในปัจจุบันยังไม่มีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรฐาน ODR ประกอบกับข้อพิพาททุนทรัพย์ต่ำมีจำนวน

มากเกิดขึ้นทั่วโลก ทั้งระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน และระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค ซึ่งจำเป็นต้องมีการจัดการข้อพิพาทเหล่านี้โดยรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และมีค่าใช้จ่ายต่ำ จึงเห็นสมควรให้มีการจัดการข้อพิพาทเหล่านี้อย่างเหมาะสมและสะดวกต่อผู้บริโภค

คณะทำงานคณะที่สามได้มีการประชุมครั้งที่ ๒๒ ณ กรุงเวียนนา (๑๓-๑๗ ธันวาคม ๒๕๕๓) เพื่อพิจารณากฎหมายพื้นฐานและหลักการของ ODR และได้ข้อสรุปดังต่อไปนี้^๖

๑. กระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์มีหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนการเจรจา (negotiation phase) ขั้นตอนการประนีประนอม (conciliation phase) และขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ (arbitration phase) ที่ประชุมเห็นว่าผู้บริโภคส่วนใหญ่มักนิยมใช้การเจรจา และการประนีประนอมข้อพิพาท มากกว่าการอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างเช่น การจัดการข้อพิพาทจำนวนล้านกว่าข้อพิพาทในแต่ละปีของ eBay และ Electronic Consumer Dispute Resolution (ECODIR) ซึ่งการเจรจาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายสามารถนำไปสู่การระงับข้อพิพาทได้ถึงร้อยละ ๗๐ และหากมีการไกล่เกลี่ยโดยคนกลางจะทำให้ระงับข้อพิพาทได้ถึงร้อยละ ๙๕ ทำให้มีคดีสู่อนุญาโตตุลาการ น้อยมาก อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นของ ODR มิเช่นนั้นแล้ว จะไม่สามารถมีคำชี้ขาดที่ผูกพันคู่ความได้

^๖ Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its twenty-second session (Vienna, 13-17 December 2010) (A/CN.9/716).

๒. เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีมาตรฐาน ODR ระหว่างประเทศ คณะทำงานจึงมีแนวความคิดที่ยกร่างมาตรฐานดังกล่าวโดยศึกษาจากระบบ ODR ระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ

๓. ผู้แทนจากสหภาพยุโรปได้เสนอเครื่องมือ ที่เรียกว่า “Blue Button”^๗ เพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค

๔. ที่ประชุมให้ความสำคัญกับการเริ่มกระบวนการ ODR ซึ่งต้องมีความชัดเจนแก่ผู้บริโภค ว่าตนได้เข้าผูกพันในหน้าที่อะไร และการกระทำของตนมีผลทางกฎหมายอย่างไร โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายที่ใช้มีใช้กฎหมายของประเทศของผู้บริโภค

๖. กระบวนการส่งเอกสารของ ODR ให้ผู้มีส่วนร่วมทุกคนในคดีส่งเอกสารผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยคู่ความจะได้รับแจ้งทางอีเมล แจ้งทุกครั้งที่มีการส่งเอกสารใหม่เข้าในระบบ

๗. สำหรับกรณีการไกล่เกลี่ยและอนุญาโตตุลาการนั้น ควรให้ผู้ให้บริการ ODR แต่งตั้งบุคคลที่สามที่ทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการที่เป็นกลาง ทั้งนี้เพื่อความรวดเร็ว ความรวดเร็วของการดำเนินการระงับข้อพิพาท

๘. ที่ประชุมเสนอให้รวบรวมข้อมูล ODR และจัดทำฐานข้อมูล เพื่อประโยชน์แก่การศึกษา สำหรับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย นำมาเป็นบรรทัดฐาน สำหรับคณะทำงานในการยกร่างหลักเกณฑ์ ODR

แต่ต้องคำนึงถึงความเป็นส่วนตัวของคู่ความ โดยปกปิดชื่อ ฐานะ รวมทั้งการประนีประนอมด้วย เพราะเป็นเรื่องส่วนตัวของคู่ความโดยแท้ ในการรักษาความปลอดภัยของฐานข้อมูลและช่องทาง ODR

๙. การระงับข้อพิพาทโดย ODR นั้น คู่พิพาทสามารถให้บุคคลภายนอกดำเนินคดีแทนตนเองได้ รวมทั้งสมาคมผู้บริโภคก็สามารถดำเนินคดีแทนหรือให้ความช่วยเหลือได้ โดยอาจต้องมีการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบ ซึ่งคณะทำงานจะพิจารณาประเด็นนี้ต่อไป

๑๐. ประเด็นที่มีการหารือกันอย่างมากในคณะทำงาน ได้แก่ประเทศสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ซึ่งถือว่ามีความสำคัญมากสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในที่ประชุมครั้งนี้ไม่สามารถหาข้อยุติเรื่องนี้ได้ นอกจากนี้ที่ประชุมยังมีประเด็นที่ต้องศึกษาเรื่องข้อกำหนดกฎหมายใช้บังคับแก่ข้อพิพาทต่อไปอีกด้วย

๑๑. ประเด็นเรื่องค่าใช้จ่าย ODR นั้น ที่ประชุมเห็นว่าควรต้องให้ผู้บริโภคทราบก่อนเริ่มดำเนินการ ODR เพื่อความโปร่งใสและเป็นกลางในการดำเนินคดี

ต่อมาคณะทำงานที่ ๓ ได้ประชุมเพื่อพิจารณาร่างหลักเกณฑ์ ODR เป็นครั้งแรกในการประชุมครั้งต่อมา คือ การประชุมครั้งที่ ๒๓ ระหว่าง

^๗ Note by the Secretariat, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Online Dispute Resolution), Twenty-second session, Vienna, ๑๓-๑๗ December ๒๐๑๐ (A/CN.๙/WG.III/WP.๑๐๕) หน้า ๙.

วันที่ ๒๓-๒๗ พฤษภาคม ๒๕๕๔ ณ กรุงนิวยอร์ก^๙ คณะทำงานเห็นพ้องกันว่าหลักเกณฑ์ ODR ที่ยกร่าง ต้องสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงอย่างสะดวก แต่ปัญหาคือการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ เนื่องจากเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย และอนุสัญญาที่สำคัญฉบับหนึ่งคือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดจากต่างประเทศ (the Recognition and Enforcement of Foreign Award) ซึ่งมีการลงนามกันที่นิวยอร์ก จึงมักเรียกกันว่า “New York Convention”^{๙๐} คณะทำงานยังไม่สามารถสรุปได้ว่าภายใต้หลักเกณฑ์ ODR ทำอย่างไรคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจาก ODR จึงจะให้มีความบังคับภายใต้ New York Convention คณะทำงานคณะที่สามประชุมยกร่างกฎ ODR อีกหลายครั้งต่อมาจนถึงการประชุมครั้งล่าสุดเป็นการประชุมครั้งที่ ๒๔ เมื่อวันที่ ๑๘ - ๒๒ พฤศจิกายน ๒๐๑๓ ณ กรุงเวียนนา การยกร่างกฎ ODR ยังไม่แล้วเสร็จ แต่มีขั้นตอนเบื้องต้นสำคัญสำคัญดังต่อไปนี้

๑. การทำสัญญา ODR

การระงับข้อพิพาทโดย ODR^{๙๑} ต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณี กล่าวคือเมื่อคู่กรณี

ทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ และประสงค์ใช้วิธีการ ODR สำหรับประเทศที่ไม่มีข้อจำกัดการทำสัญญา ODR คู่กรณีอาจตกลงก่อนข้อพิพาทเกิดก็ได้ หรืออาจยืนยันใช้วิธีการ ODR ภายหลังข้อพิพาทเกิดแล้วก็ได้^{๙๒} แต่ประเทศที่มีข้อจำกัดห้ามคู่กรณีตกลงก่อนข้อพิพาทเกิด คู่กรณีต้องตกลงใช้วิธีการ ODR ภายหลังข้อพิพาทเกิดแล้ว

๒. การเข้าสู่กระบวนการ ODR

การเสนอข้อพิพาทเริ่มจากผู้ร้อง (หมายถึงผู้เริ่มกระบวนการ ODR ตามกฎนี้ โดยการออกใบแจ้งหนี้)^{๙๓} ส่งใบแจ้งพร้อมทั้งเอกสารและหลักฐานแก่ผู้ให้บริการ ODR (หมายถึงผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์ที่ระบุไว้ในข้อสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทที่กำหนดให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีการระงับข้อพิพาทออนไลน์ตามกฎนี้ ผู้ให้บริการ ODR เป็นผู้บริหารจัดการกระบวนการ ODR [และกำหนดแพลตฟอร์ม ODR] ไม่ว่าจะเป็นผู้ดูแลแพลตฟอร์ม ODR หรือไม่)^{๙๔} ตามสัญญาจะรับข้อพิพาทจากนั้น ผู้ให้บริการ ODR ต้องส่งใบแจ้งให้ผู้ตอบ (หมายถึงคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้รับตามใบแจ้งหนี้)^{๙๕} โดยไม่ชักช้า^{๙๖} และถือว่าเป็นการสู่กระบวนการ ODR^{๙๗}

^๙ Note by the Secretariat, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Online Dispute Resolution), Twenty-second session, Vienna, 13-17 December 2010 (A/CN.9/WG.III/WP.105). หน้า 3.

^{๙๐} ต่อไปนี้เรียกว่า “New York Convention”

^{๙๑} ร่าง Rule ๒(๑) ให้คำจำกัดความคำว่า ODR หมายถึง “การระงับข้อพิพาทออนไลน์ซึ่งเป็นกลไกในการแก้ไขข้อพิพาทที่ดำเนินการผ่านการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีข้อมูลและการสื่อสารอื่นๆ”

^{๙๒} ดูร่างกฎข้อ ๑

^{๙๓} ร่างกฎข้อ ๒(๔)

^{๙๔} ร่างข้อ ๔(ก) วรรคหนึ่ง

^{๙๕} ร่างข้อ ๒(๕)

^{๙๖} ร่างข้อ ๔(ก) วรรคสอง

^{๙๗} ร่างข้อ ๔(ก) วรรคสาม

๓. การเจรจาระหว่างคู่ความ

เมื่อผู้ตอบได้รับแจ้งจากผู้ให้บริการ ODR ผู้ตอบต้องตอบต้องส่งใบตอบพร้อมเอกสารพยานหลักฐานที่กล่าวอ้าง และหากผู้ตอบมีข้อเรียกร้องต่อผู้ร้องประการใด ผู้ตอบอาจส่งใบคำร้องแย้ง (Counter-claim) ให้ผู้ให้บริการ ODR ด้วยก็ได้ แต่ผู้ตอบต้องส่งเอกสารทั้งหมดแก่ผู้ให้บริการ ODR ภายใน ๗ วัน

เมื่อผู้ให้บริการ ODR ได้รับใบตอบจากผู้ตอบ ผู้ให้บริการ ODR ต้องแจ้งให้ผู้ร้องโดยทันที

และจากนั้นเป็นขั้นตอนการเจรจาระหว่างคู่ความทั้งสองจึงเริ่มต้น หากการเจรจาสำเร็จก็ทำให้ข้อพิพาทนั้นระงับข้อพิพาทได้ กระบวนการ ODR ลื่นสุดลง แต่ถ้าเจรจาแล้วไม่ประสบความสำเร็จทำให้กระบวนการ ODR จะเข้าสู่ขั้นตอนต่อไป

สำหรับกรณีที่ผู้ตอบได้รับแจ้งจากผู้ให้บริการ ODR แล้ว แต่ผู้ตอบไม่ตอบกลับภายในเวลา ๗ วันดังกล่าวข้างต้น ถือว่าผู้ตอบไม่ประสงค์เจรจา ทำให้กระบวนการ ODR เข้าสู่ขั้นตอนต่อไป

๔. ขั้นตอนการไกล่เกลี่ย

เมื่อขั้นตอนการเจรจาล้มเหลวไม่ว่าจะเป็นเพราะคู่ความไม่สามารถหาทางออกร่วมกันได้ หรือเพราะผู้ตอบไม่ตอบภายใน ๗ วันดังได้กล่าวมาแล้ว จากนั้นกระบวนการ ODR จะเข้าสู่ขั้นตอน

ไกล่เกลี่ยโดยอัตโนมัติ โดยผู้ให้บริการ ODR ต้องแต่งตั้งคนกลาง (หมายถึงบุคคลที่ช่วยเหลือคู่ความในการระงับหรือยุติข้อพิพาท)^{๑๗} ทันทีและแจ้งให้คู่ความทราบ หากคู่ความไม่คัดค้านคนกลาง ให้ผู้ให้บริการ ODR ส่งข้อมูลในขั้นตอนการเจรจาทั้งหมดให้คนกลาง คนกลางสามารถเรียกเอกสารหรือสอบถามเพิ่มเติมได้ ให้คนกลางพยายามให้ทั้งสองฝ่ายเจรจากัน แต่หากตกลงกันไม่ได้ ให้คนกลางกำหนดวันส่งพยานหลักฐานเป็นครั้งสุดท้าย ซึ่งต้องไม่เกิน ๑๐ วันนับแต่คนกลางได้รับการแต่งตั้ง

หากคู่ความสามารถเจรจากันได้ คู่ความทำข้อตกลงระงับข้อพิพาท และบันทึกข้อตกลงนั้นไว้บนแพลตฟอร์ม ODR (หมายถึงแพลตฟอร์มระงับข้อพิพาทออนไลน์ซึ่งเป็นระบบสำหรับการสร้างส่งรับ เก็บรักษา แลกเปลี่ยนหรือการประมวลผลการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์อื่นที่ใช้ใน ODR และที่ถูกกำหนดโดยผู้ให้บริการ ODR ในกระบวนการ ODR)^{๑๘} และกระบวนการ ODR จะสิ้นสุดลง แต่ถ้าการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ กระบวนการ ODR ต้องเข้าสู่ขั้นตอนต่อไป ซึ่งยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะทำงานคณะที่ ๓ แต่มีแนวทางการพิจารณาดังนี้

เมื่อการไกล่เกลี่ยล้มเหลว ขั้นตอนต่อไปมีความเป็นไปได้ดังนี้

(ก) ให้คนกลางชี้ขาดข้อพิพาทนั้นโดยอัตโนมัติ แต่คำชี้ขาดดังกล่าวไม่มีผลผูกพันคู่ความแต่ประการใด^{๑๙}

^{๑๗} ร่างกฎข้อ ๒(๖)

^{๑๘} ร่างกฎข้อ ๒(๒)

^{๑๙} ร่างกฎข้อ ๘ ทวิ

(ข) ให้กระบวนการ ODR ลื่นสุดลง
อัตโนมัติ หรือ

(ค) ให้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ
โดยอัตโนมัติ

บทสรุป

การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการ ODR เป็น
เรื่องใหม่ เป็นการระงับข้อพิพาทโดยคู่พิพาทไม่
จำเป็นต้องเผชิญหน้ากัน แต่เป็นกระบวนการผ่าน
เทคโนโลยีการสื่อสารสมัยใหม่ ระบบ ODR เป็น
กระบวนการที่ผสมผสานเทคโนโลยี การจัดการ
และกฎหมายเข้าด้วยกัน

ความจำเป็นที่ต้องมี ODR นับว่ามีมากใน
ยุคปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะวิวัฒนาการด้านการสื่อสาร
ที่ก้าวหน้าจนทำให้เกิดธุรกรรมออนไลน์เป็นที่นิยม
แพร่หลายทั้งผู้ประกอบการ และผู้บริโภค ผลที่
ตามมา คือจำนวนข้อพิพาทที่เกิดจากการทำธุรกรรม
ดังกล่าวย่อมมีเป็นจำนวนมาก แต่คู่พิพาทอาจ
เป็นอยู่กันคนละประเทศ และทุนทรัพย์มักไม่สูง
มากนัก เป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่ต้องการเรียกร้อง
สิทธิของตนตามช่องกระบวนการยุติธรรมปกติ

การนำ ODR มาใช้กับข้อพิพาทประเภทนี้
จึงถือว่ามีคามจำเป็น อย่างไรก็ตามการพัฒนา
กฎหมายเพื่อรองรับ ODR ยังมีความจำเป็น
เนื่องจากกฎหมายปัจจุบันอาจไม่เพียงพอที่จะทำให้
ODR สามารถดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพได้
การศึกษาระบบ ODR และเตรียมความพร้อม
ปัจจัยที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างกฎหมายสำหรับ
ประเทศต่างๆ จึงมีความจำเป็น

การศึกษาแนวทางการพัฒนาของ
UNCITRAL นับว่ามีประโยชน์มาก ทั้งนี้เพราะ
เรื่องนี้เป็นเรื่องใหม่ แม้บางประเทศอาจมีกฎหมาย
ODR แล้วก็ตาม แต่มีจำนวนไม่มากพอที่จะเป็น
ข้อมูลศึกษาเตรียมความพร้อม แต่การศึกษาของ
UNCITRAL เป็นการศึกษาภาพรวมของโลก จึงนำ
จะเป็นประโยชน์ที่ประเทศไทยจะนำมาเป็นแนวทาง
การพัฒนาระบบ ODR ของประเทศไทย

บรรณานุกรม

Katsh, E, "Dispute Resolution in Cyberspace",
28 Conn.L.Rev. (1996) 953.

Official Records of the General Assembly,
Sixty-fifth Session, Supplement No.
17 (A/65/17)

Report of Working Group III (Online
Dispute Resolution) on the work of
its twenty-second session (Vienna,
13-17 December 2010) (A/CN.9/
716).

United Nations Conference on Trade and
Development, "E-Commerce And
Development Report 2003 (Internet
edition prepared by the UNCTAD
Secretariat): Chapter 7: Online
Dispute Resolution: E-commerce
and beyond", online: <http://www.unctad.org> [UNCTAD].





**การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย :
ศึกษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญา
การแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒**

**Protection of Thai Traditional Medicine Owner: according to
the Protection and Promotion of Traditional Thai Medicine
Wisdom Act B.E. 2542 (1999)**

ภัทรพร เย็นบุตร*

Pattaraporn Yenbutra

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้ ได้ปรับปรุงมาจากวิทยานิพนธ์ในชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เรื่อง “การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย: ศึกษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยมุ่งศึกษาถึงการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยประสบปัญหาที่ต่างชาติได้นำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปพัฒนาต่อยอดและขอรับสิทธิบัตรโดยไม่ได้แบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมให้แก่เจ้าของภูมิปัญญานั้น จนกระทั่งต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ประเทศไทยก็ยังคงประสบปัญหาลักษณะเดิมอยู่ ทำให้ผู้เขียนสนใจศึกษาถึงแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยอาศัยการเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ครอบคลุมในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยมากยิ่งขึ้น

บทความนี้ได้ศึกษาวิเคราะห์ตามประเด็นปัญหาสี่ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่งคือปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ประการที่สองคือปัญหาการกำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับ “วัตถุแห่งสิทธิ” ประการที่สามคือการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ และประการสุดท้ายเป็นปัญหาความคาบเกี่ยวในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ ซึ่งนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะของผู้เขียนเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางมาตราแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้สามารถใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์ได้อย่างยั่งยืนเป็นธรรมต่อสังคมและผู้ทรงสิทธิ ตลอดจนเกิดการแลกเปลี่ยนเรียนรู้วัฒนธรรมข้ามชาติเพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติได้ต่อไป

* คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ paewsak@hotmail.com

คำสำคัญ ภูมิปัญญาการแพทย์ การแพทย์แผนไทย และผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

Abstract

This research article was developed from my thesis in Master of Laws (LL.M.) in the National Institute of Development Administration, namely, the Protection of Traditional Thai Medicine Right-Owner : according to the Protection and Promotion of Traditional Thai Medicine Wisdom Act, B.E. 2542 (1999). It is focused on protection and promotion in traditional Thai medicine wisdom, on the ground of being intellectual property. Currently, Thailand has been experiencing the situation that foreigners have taken her traditional Thai medicine wisdom to economically exploit by further development and application for patents, yet they do not fairly share such benefits to the owner of the wisdom. Later, Thailand has enacted the Protection and Promotion of Traditional Thai Medicine Wisdom Act, B.E. 2542 However, after the promulgation of such a law. Thailand is still experiencing the old problem. This interests the author to study the guidelines for amendments of this Act by comparison of related local laws with those internationally in order to better protect the right-holder in traditional Thai medicine wisdom.

The researcher has studied and analyzed four comparative issues, i.e. first, the issue of registration for protection of the right holder in traditional Thai medicine wisdom; second, the issue associated with the definition of "the object of the right"; third, the issue of the scope of protection to the right-holder in traditional medicine wisdom, and finally, the issue of overlapping in the protection under this act with other intellectual property laws. All the said issues have led to the conclusions and recommendations of the author as a guide to improve the certain provisions in the Protection and Promotion of Traditional Thai Medicine Wisdom B.E. 2542. That would finally lead to sustainable use of traditional medicine wisdom and fair to the society and also the right-holder. It would also lead to the emergence of transnational cultural exchange for the benefit of mankind in the future.

Keywords : traditional medicine wisdom, traditional Thai medicine, right-holder in traditional medicine wisdom

บทนำ

มนุษย์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการค้นคิดประดิษฐ์กรรมวิธีการต่างๆ ในการรักษาสุขภาพ หรือนำบำบัดรักษาโรคภัยไข้เจ็บ โดยอาศัยประสบการณ์ที่ได้รับการถ่ายทอดองค์ความรู้จากรุ่นสู่รุ่นจนเกิดเป็นภูมิปัญญาด้านการแพทย์ของท้องถิ่น ของสังคม และของชาติ^๑ ซึ่งแต่ละชาติย่อมมีองค์ความรู้ดั้งเดิมในทางการแพทย์แตกต่างกันไปตามแหล่งทรัพยากร อันเป็นวัตถุดิบที่ทำให้เกิดภูมิปัญญา สำหรับประเทศไทยเองก็มีภูมิปัญญาการแพทย์ของตน หรือเรียกว่า “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย”

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยจากการศึกษาพบว่า มีการใช้สมุนไพรจากพืช สัตว์ หรือแร่ธาตุเพื่อการบำบัดรักษาโรคและดูแลสุขภาพ โดยอาศัยกรรมวิธีที่หลากหลาย เช่น การต้ม การอบ การประคบ การนวดเป็นยา ลูกกลอน การหัตถบำบัดรักษา การดูแลสุขภาพจิตของมารดาหลังคลอด เป็นต้น^๒ ประกอบกับได้มีการผสมผสานองค์ความรู้ดังกล่าวเข้ากับ ความเชื่อแนวพระพุทธศาสนาซึ่งมีต้นกำเนิดจาก

อารยธรรมอินเดียในอดีตโดยสถาบันการแพทย์ตาม พุทธอาราม ซึ่งปรากฏหลักฐานเป็นบันทึกตำรา การแพทย์แทรกไว้ในคัมภีร์พระวินัยปิฎก สิบทอด เป็นตำรายาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย^๓

ต่อมาการแพทย์แผนไทยมีความนิยมลดน้อยลงไป เนื่องจากองค์ความรู้ทางตะวันตกได้แผ่ขยายเข้ามาแทนที่ด้วยลัทธิการล่าอาณานิคม และประเทศไทยยังต้องรับแนวคิดรัฐประชาชาติสมัยใหม่ที่ให้อำนาจเด็ดขาดแก่รัฐในการบริหารบ้านเมือง อันนำไปสู่นโยบายสาธารณสุขที่รัฐใช้อำนาจสนับสนุน การแพทย์แผนตะวันตกอีกด้วย^๔ แต่เมื่อเข้าสู่ช่วง ศตวรรษที่ ๒๑ ปรากฏว่าภูมิปัญญาการแพทย์ ดั้งเดิมได้กลับมามีบทบาทสำคัญมากขึ้น เพราะมี ต้นทุนค่าใช้จ่ายในการรักษาต่ำอันเนื่องมาจากการรักษาที่มีระดับการใช้เทคโนโลยีค่อนข้างน้อย ในขณะที่ผลการรักษากลับไม่ค่อยมีผลข้างเคียง^๕ ซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเองก็ได้เป็นที่นิยมเพิ่มสูงขึ้น โดยนำผลผลิตจากภูมิปัญญาไปสู่การใช้ ประโยชน์เชิงพาณิชย์อันนับเป็นทรัพย์สินทาง ปัญญาประเภทหนึ่ง

^๑ รัชนิ จันทรเกษ และคณะ, เรียนรู้และเข้าใจหมอพื้นบ้าน, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.), ๒๕๔๔) ๕.

^๒ นวลจันทร์ จารุปริชาชาญ และคณะ, องค์ความรู้การแพทย์แผนไทยสำหรับประชาชน, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์, ๒๕๕๒) ๒-๓.

^๓ วิชัย โชควิวัฒน์ และคณะ, ลัทธินักพรตและการเยียวยาในอินเดียโบราณ : ระบบการแพทย์ในพุทธอาราม, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการโรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์, ๒๕๕๑) ๒๒๒- ๒๒๖.

^๔ นิธิ เอียวศรีวงศ์, “องค์ความรู้ด้านประวัติศาสตร์การแพทย์และการสาธารณสุขไทย : สถานะ วาระ การวิจัย และแนวทางการศึกษาในอนาคต” ในโกมาตร จึงเสถียรทรัพย์, ชชาติชาย มุขสง (บรรณาธิการ), พรมแดนความรู้ประวัติศาสตร์การแพทย์และการสาธารณสุขไทย, (สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, ๒๕๕๕), ๒๔ - ๒๙. อ้างใน อำพล จินดาวัฒน์, “พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาวะของคนไทย” ใน แสงว นฤเฉลิมวิภาส (บรรณาธิการ) นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๕), ๑๕๗, ๑๕๙.

^๕ Unnikrishnan Payyappallimana, Role of Traditional Medicine in Primary Health Care : An Overview of Perspective and Challenges, Yokohama Journal of Social Sciences, (24 February, 2012) 14(6). <<http://kamome.lib.ynu.ac.jp/dspace/bitstream/10131/6917/3/Payyappallimana.pdf>>, 57 (723).

เมื่อประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) ทำให้ประเทศไทยต้องผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศตามพันธกรณีของรัฐบาลสมาชิกซึ่งรวมถึงความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement) เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา^๖ และมีการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้เป็นรูปธรรมหลายประเภท เช่น ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายบริการ รวมถึงเครื่องหมายร่วม สิทธิบัตร และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อีกทั้งยังครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย^๗ จึงต้องนำความตกลงนี้มาพิจารณาถึงการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง

เนื่องจากความตกลงทริปส์ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดๆ เพื่อป้องกันกรณีที่บางประเทศนำทรัพยากรชีวภาพไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ให้ผลตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ ซึ่งเป็นการละเมิดทางปัญญอย่างหนึ่ง (Intellectual piracy) หรือ (biopiracy)^๘ และ

ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยก็เป็นภูมิปัญญาที่ได้มาจากความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพด้วย จึงมีความเสี่ยงที่จะประสบปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (the Convention on Biological Diversity) โดยมีหลักการที่สำคัญว่าเพื่อตอบสนองความต้องการของมนุษยชาติในอันที่จะมีชีวิตอย่างมีสุขภาพดี และตระหนักถึงคุณค่าของโลกเพื่อประโยชน์ของอนุชนรุ่นต่อไป จะต้องช่วยกันรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพของโลกไปพร้อมกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ^๙ อนุสัญญาดังกล่าวจึงให้คุ้มครองครอบคลุมถึงภูมิปัญญาการแพทย์ด้วย เพราะภูมิปัญญาการแพทย์อาศัยทรัพยากรชีวภาพเป็นวัตถุดิบในการสร้างองค์ความรู้ ทำให้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์เป็นส่วนหนึ่งในการช่วยขับเคลื่อนการใช้ทรัพยากรชีวภาพที่หลากหลายได้อย่างยั่งยืน

เมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๓-๒๕๑๗ ประเทศไทยได้ให้การสนับสนุนโครงการศึกษาวิจัยพืชสมุนไพรแก่หน่วยงานของไทย ซึ่งก่อนหน้านี้ในปี พ.ศ. ๒๕๐๘ นักวิจัยชาวญี่ปุ่น ประจำบริษัทซึ่งเกี่ยวได้สังเคราะห์สารเคมีเพื่อใช้รักษาโรคกระเพาะ แต่สารนั้นกลับ

^๖ ลักษมีเพ็ญ สารชวนะกิจ, “World Trade Organization ตอน ๒” (ตุลาคม - ธันวาคม ๒๕๕๔) ๑๘: ๔ วารสารเพื่อการวิจัยและพัฒนา องค์การเภสัชกรรม R&D Newsletter, (๑๑ กันยายน ๒๕๕๕) <<http://www.gpo.or.th/rdi/html/RDINewsYr18No4/8.pdf>>, 28.

^๗ ธนิต ชั่งถาวร และคณะ, รายงานการศึกษาการรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย, (กรุงเทพฯ : ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, ๒๕๕๐), (๗ ตุลาคม ๒๕๕๕) <http://www.ipthailand.go.th/new_template/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gclid=992&Itemid=747>, 105.

^๘ Daniel F. Robinson, Governance and Micropolitics of Traditional Knowledge, Biodiversity and Intellectual Property in Thailand, (18 February, 2013) <<http://www.iprsonline.org/resources/docs/Final%20HRC%20Micropolitics%20Report%20Mar%202020.pdf>>, > 77-79.

^๙ Simone Bilderbeek, Biodiversity and International law, (Amsterdam: IOS Press, Inc), (28 May, 2012) <<http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/toc/277489059.pdf>>, 9 - 11.

ส่งผลข้างเคียงต่อร่างกายมากจนไม่สามารถนำมาผลิตเป็นยารักษาโรคได้ บริษัทซึ่งเกี่ยวในประเทศไทยจึงจัดส่งสมุนไพรไทยไปศึกษาที่ญี่ปุ่นเพื่อผลิตยาแก้โรคกระเพาะดังกล่าว จนพบว่าในภูมิปัญญาการแพทย์ของไทยนั้น เปล้าน้อยจากจังหวัดประจวบคีรีขันธ์มีสารรักษาแผลในกระเพาะอาหารหรือลำไส้ได้ผลดียิ่ง และบริษัทซึ่งเกี่ยวก็ได้นำสารสกัดจากเปล้าน้อยของไทยไปขอรับสิทธิบัตรในญี่ปุ่น ซึ่งบริษัทญี่ปุ่นนั้น ก็ได้ให้ประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาด้านการแพทย์ของไทยไว้เลย ประเทศไทยจึงเสียโอกาสพัฒนาภูมิปัญญาของตนเอง^{๙๐}

จากความร่วมมือระหว่างประเทศและกรณีปัญหาการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยดังที่กล่าวมา ประเทศไทยจึงได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะ (Sui generis law) ที่ให้ความคุ้มครอง ส่งเสริม อนุรักษ์ และพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยกำหนดให้เอกชน ชุมชน และองค์กรเอกชน เข้าร่วมอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอย่างยั่งยืน เพื่อการนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีเจตนารมณ์ที่มุ่งให้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่ผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุง และผู้สืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย โดยที่ยังคงรักษาต้องประโยชน์สาธารณะไว้เพื่อการพึ่งตนเองในการดูแลรักษา

สุขภาพและบำบัดโรคทั้งระดับครอบครัว ชุมชน และระดับชาติ

แต่ภายหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว ประเทศไทยยังประสบปัญหาทำนองเดียวกับกรณีเปล้าน้อยอีก คือ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๗ ในการอภิปรายทางวิชาการ ซึ่งจัดโดยกลุ่มการศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน และศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนาที่ยั่งยืน (The International Centre on Trade and Sustainable Development หรือ ICTSD/UNCTAD) ณ สถาบันวิจัยจุฬาภรณ์ องค์กรความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาไทย ได้แถลงข่าวว่า มีบริษัทต่างประเทศจำนวน ๒ บริษัท คือ Kose Tokyo ; Shiratori Pharmaceutical ประเทศญี่ปุ่น และ Cheil Sedang Corporation ประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ได้ขอรับสิทธิบัตรสมุนไพรกวาวเครือในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดข้อถือสิทธิไว้สำหรับผลิตภัณฑ์ยาและการผลิตเครื่องสำอางภายนอกใช้ทาผิวหนัง เพื่อยับยั้งการสร้างสารเมลานิน และ Anti - aging ทำให้ผิวพรรณดีและเต่งตึง^{๙๑} ทั้งที่การใช้สมุนไพรกวาวเครือนี้เป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นดั้งเดิมของชาวเขาเผ่ากะเหรี่ยงที่อาศัยอยู่ทางตอนเหนือของประเทศไทย^{๙๒} และอาจารย์ ก่องแก้ว วีระประจักษ์ ผู้เชี่ยวชาญด้านอักษรโบราณ กรมศิลปากร เคยให้ความเห็นว่า มีหลักฐานการค้นพบตำรายากวาวเครือของ

^{๙๐} ธนิต ชังถาวร และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๗, ๒๒.

^{๙๑} ธนิต ชังถาวร และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๗, น. ๒๓-๒๔.

^{๙๒} Daniel F. Robinson, "Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities" In Peter Drahos and Susy Frankel, Indigenous Peoples' Innovation: intellectual property pathways to development, (Canberra: ANU E, 2012), 88-90.

หลวงอนุสารสุนทร ที่เคยเผยแพร่ไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๗๔ ระบุถึงวิธีปรุงยา วิธีเลือกใช้ต้นยา และสรรพคุณของยาสมุนไพรนี้ ซึ่งได้ใช้เป็นยาอายุวัฒนะ ทำให้ชราภาพช้าลง และทำให้เนื้อหนัง นิ่มนวลเหมือนเทพธิดา คล้ายคลึงกับ Anti-aging และ whitening ที่บริษัทของประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ขอรับสิทธิบัตร^{๑๓} กรณีดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริม ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังคงมี ประเด็นปัญหาที่จะต้องศึกษาถึงการคุ้มครองผู้ทรง สิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ต่อไป เพื่อให้เกิดความ ยุติธรรมต่อผู้เป็นเจ้าของภูมิปัญญาการแพทย์ อันเป็นประโยชน์ต่อสังคม และคุ้มครองความเป็น อัตลักษณ์ของประเทศอีกด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์อายุรเวทของ อินเดียแล้ว พบว่า ประเทศอินเดียประสบปัญหา ภูมิปัญญาด้านยาสมุนไพรถูกจดสิทธิบัตรโดยบริษัท ต่างประเทศเช่นเดียวกับประเทศไทย ดังตัวอย่าง กรณีสมุนไพรขมิ้นชัน ซึ่งสำนักงานสิทธิบัตรและ เครื่องหมายการค้าแห่งสหรัฐอเมริกาได้อนุมัติสิทธิ บัตรการประดิษฐ์ ในปี ค.ศ. ๑๙๙๕ สำหรับยา สมานแผลที่ได้จากขมิ้นชัน ให้แก่มหาวิทยาลัย มิสซิสซิปปี และสภาวิจัยทางวิทยาศาสตร์และ อุตสาหกรรมแห่งอินเดียก็ได้เรียกร้องขอเพิกถอน สิทธิบัตรนั้น เนื่องจากยาสมานแผลและรักษา อาการผื่นคันทางผิวหนังโดยใช้สมุนไพรขมิ้นชันนั้น มีหลักฐานว่าเป็นภูมิปัญญาการแพทย์ดั้งเดิมของ

อินเดีย ทั้งที่เป็นภาษาสันสกฤต และภาษาอังกฤษ รวมถึงมีการตีพิมพ์ข้อมูลทางวิชาการในวารสาร สมาคมการแพทย์อินเดียด้วย สำนักสิทธิบัตรและ เครื่องหมายการค้าแห่งสหรัฐอเมริกาจึงต้องเพิก ถอนสิทธิบัตรดังกล่าว เพราะขาดความใหม่อันเป็น คุณสมบัติของสิทธิบัตร^{๑๔}

เนื่องจากความเป็นมาของการแพทย์แผน ไทยบางส่วนได้สืบทอดมาจากการแพทย์อายุรเวท ของอินเดีย และจากสภาพปัญหาที่ประเทศไทยเคย ประสบอย่างเดียวกับประเทศอินเดีย ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิใน ภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศอินเดียจึงเหมาะ สมในการนำมาศึกษาเปรียบเทียบเป็นแนวทางใน การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผน ไทย โดยที่ประเทศอินเดียได้คุ้มครองภูมิปัญญาการ แพทย์ของชาติตนไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร และ กฎหมายคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญา ท้องถิ่น ตลอดจนมีมาตรการจดทะเบียนความ หลากหลายทางชีวภาพของประชาชน (Peoples' Biodiversity Registers) หรือการจดทะเบียน ความหลากหลายทางชีวภาพของชุมชน (Community Biodiversity Registers (CBRs)) และมีห้องสมุด ดิจิตอลสำหรับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)) ซึ่งได้ รวบรวมฐานข้อมูลภูมิปัญญาการแพทย์อายุรเวท ของอินเดียไว้ด้วย^{๑๕}

^{๑๓} ธนิต ชังถาวร และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๗, ๒๓-๒๔.

^{๑๔} เฟ็งอ้าง, น. ๑๘.

^{๑๕} เฟ็งอ้าง, ๑๑๗-๑๑๘.

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีส่วนร่วมกับประเทศจีนเกี่ยวกับการแพทย์ทางเลือกเพื่อดูแลสุขภาพของคนไทย มาตั้งแต่อดีตสมัยสุโขทัย^{๖๖} และได้จัดตั้งสถาบันการแพทย์ไทย-จีน เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อให้เป็นองค์กรที่ประสานความสัมพันธ์ของกระทรวงสาธารณสุขของทั้งสองประเทศในเรื่ององค์ความรู้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยและแผนจีน^{๖๗} ผู้เขียนจึงเลือกศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของจีนด้วย ซึ่งประเทศจีนให้ความสำคัญคุ้มครองผลิตภัณฑ์และกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับยาที่พัฒนามาจากการแพทย์แผนจีนไว้ในกฎหมายสิทธิบัตร โดยที่สิ่งประดิษฐ์นั้นจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนของความเป็นสิทธิบัตร ได้แก่ การคุ้มครองสิ่งประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ อันจะต้องประกอบไปด้วยความใหม่ (novelty) การมีขั้นตอนการผลิตที่สูงขึ้น (inventiveness) อีกทั้งยังสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ (practical applicability)^{๖๘} อันนำไปสู่การพัฒนาวิธีการผลิตยาเพื่อใช้รักษาเฉพาะโรคได้เป็นผลดี อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองตามกฎหมายจีนมีข้อจำกัดที่แตกต่างจากการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งจะได้นำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องของจีนมาวิเคราะห์ในงานวิจัยนี้

ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดให้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิตยา การใช้ การศึกษา การวิจัย การจำหน่าย การปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคล หรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล^{๖๙} แต่ปัจจุบันก็ยังไม่ผู้คิดค้น ผู้ปรับปรุง หรือผู้สืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยรายใดได้รับความคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้ผู้เขียนสนใจศึกษาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ใน ๔ ประเด็น ดังนี้

๑. ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยอันเนื่องมาจากพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ประกาศใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้วแต่ยังไม่มีบุคคลใดได้รับการจดทะเบียนคุ้มครองตามกฎหมายนี้

๒. ปัญหาการกำหนดบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับ “วัตถุแห่งสิทธิ” ในภูมิปัญญาการแพทย์ ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ ได้แก่ ตำรับยาและตำราการแพทย์ต่างๆ โดยที่เป็นการศึกษาเพื่อให้การคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

^{๖๖} เย็นจิตร เตชะดำรงสิน, การแพทย์แผนจีนในประเทศไทย, กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและแพทย์ทางเลือก, (กรุงเทพฯ: ร้านพิมพ์ทอง, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๒), น. ๕.

^{๖๗} เพ็งอ้าง, น. ๑๗.

^{๖๘} ธนิต ชั่งถาวร และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๗, น. ๑๑๐.

^{๖๙} “มาตรา ๓ มาตรา ๒๐ และมาตรา ๓๔ ววรรคหนึ่ง, พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒.

๓. ปัญหาขอบเขตการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งจะต้องเป็นการรักษาสัมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิกับประโยชน์ของสังคม ตลอดจนคุ้มครองภูมิปัญญาของไทยควบคู่กับการส่งเสริมให้แลกเปลี่ยนวัฒนธรรมข้ามชาติเพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติได้ด้วย

๔. ปัญหาความคาบเกี่ยวของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง เนื่องจากสิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาคือตำราการแพทย์แผนไทย ซึ่งเป็นงานวรรณกรรมอันเป็นประเภทหนึ่งของลิขสิทธิ์ รวมถึงสูตรตำรับยาแผนไทยก็มีความคาบเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรยา และการคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองด้วย

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑. เพื่อศึกษาถึงประวัติและแนวความคิดการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งในบริบทของสังคมระหว่างประเทศ และบริบทของสังคมไทย

๒. เพื่อศึกษาปัญหาสาระบัญญัติบางส่วน ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ คือ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม รวมถึงมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ คือของประเทศไทย และประเทศจีน

๓. เพื่อศึกษาปัญหาการส่งเสริมคุณภาพของการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนกับประโยชน์

สาธารณะในเรื่องการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

๔. เพื่อศึกษาถึงแนวทางอันจะเป็นประโยชน์ในการกำหนดกฎกระทรวงหรือกฎหมายลำดับรองต่างๆ ซึ่งอาศัยอำนาจในการตราตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการยกร่างหรือเตรียมการยกร่าง

วิธีการศึกษา

บทความนี้ เป็นการศึกษาในเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งที่ปรากฏเป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่อยู่ในรูปแบบของหนังสือ ตำรา หรือตัวบทกฎหมาย และใน Website (www.)

ผลการศึกษาวิเคราะห์

๑. หลักพื้นฐานในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

ผู้คิดค้น ปรับปรุง หรือพัฒนาภูมิปัญญาการแพทย์ของโลกทั้งโลกตะวันตกและโลกตะวันออกต่างก็ได้อาศัยความวิริยะอุตสาหะก่อให้เกิดองค์ความรู้ด้านการแพทย์ เพื่อใช้เป็นประโยชน์ต่อประชากรทั้งหลายของโลกอย่างเพียงพอ ซึ่งปัจจุบันภูมิปัญญาการแพทย์มีบทบาทสำคัญต่อการดูแลสุขภาพในประชาคมโลกมากขึ้นเรื่อยๆ อีกด้วย จึงสมควรให้ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิของตน เพราะผู้ทรงสิทธิเป็นผู้ที่จะช่วยให้เกิดการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนในภูมิปัญญาการแพทย์นั้น

โดยที่สิทธิของผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์เป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง เพราะสิทธิมนุษยชนย่อมรวมถึงสิทธิในทางทรัพย์สินซึ่งเกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์และเพื่อประโยชน์สุขแก่มนุษย์เอง อันได้นำไปสู่การส่งเสริมคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม ว่าเป็นผู้มีเหตุผลในการคิดและตัดสินใจได้โดยอิสระ^{๒๐} ดังนั้นการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิที่จะนำภูมิปัญญาการแพทย์ไปใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จึงต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเภทที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาการแพทย์และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนด้วย

๒. การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม

เมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นรัฐสมาชิกในองค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) ซึ่งสมาชิกทั้งหลายได้ร่วมกันกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement)

กฎหมายภายในประเทศไทยจึงต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงดังกล่าวนี้ด้วย

ความตกลงทริปส์มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ แต่ละรัฐภาคีสามารถกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้อำนาจอธิปไตยแห่งรัฐตน และจะต้องคุ้มครองปกป้องสิทธิของประเทศผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเยี่ยงคนชาติตนและต่างตอบแทนกันด้วย^{๒๑} โดยที่ความตกลงทริปส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไว้อย่างเป็นรูปธรรมตามประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ ทั้งลิขสิทธิ์ ซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์บางอย่างก็ได้แสดงไว้ให้ปรากฏในรูปแบบตำราการแพทย์ อันเป็นผลงานลิขสิทธิ์ประเภทงานวรรณกรรม หรือมีการพัฒนาต่อยอดภูมิปัญญาในตำรับยาเพื่อขอรับสิทธิบัตร มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สำหรับสินค้าหรือบริการที่อาศัยภูมิปัญญาด้านการแพทย์ เป็นอาทิ

อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ก็ไม่ได้กำหนดให้ผู้นำทรัพยากรชีวภาพไปแสวงหาประโยชน์ต้องให้ผลตอบแทนที่เป็นธรรมแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรชีวภาพ ประกอบกับการที่ประเทศไทยได้ร่วมรับรองอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The convention on Biological Diversity) ทำให้กฎหมายภายในของประเทศไทยต้องมีการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ

^{๒๐} เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๕๙), ๑๑๕-๑๑๖.

^{๒๑} จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๙), ๔๒-๕๑, ๖๐-๖๑.

ตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย ซึ่งการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพนี้เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการวิจัยและพัฒนาให้แก่เจ้าของทรัพยากรชีวภาพอย่างเป็นธรรมเป็นสำคัญ^{๒๒}

นอกจากนี้ ความหลากหลายทางชีวภาพยังเกี่ยวข้องโดยตรงกับความหลากหลายทางวัฒนธรรมด้วย เพราะความหลากหลายทางชีวภาพก่อให้เกิดภูมิปัญญาการอนุรักษ์ทรัพยากรให้มีการใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน และแต่ละท้องถิ่นก็ย่อมมีวิธีการบริโภคทรัพยากรชีวภาพที่แตกต่างกัน สืบทอดต่อเนื่องจนเกิดวัฒนธรรมอันหลากหลาย รวมไปถึงความหลากหลายของวัฒนธรรมภูมิปัญญาการแพทย์ด้วย การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิใน

ภูมิปัญญาการแพทย์จึงต้องพิจารณาถึงอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความหลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรม (the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions) ด้วย ซึ่งอนุสัญญานี้ ได้ให้ความหมายของความหลากหลายทางวัฒนธรรมไว้ในมาตรา ๔ ข้อ ๑ และข้อ ๓^{๒๓} ว่า คือ การแสดงออกทั้งหลายอันเป็นผลจากความคิดสร้างสรรค์ของปัจเจกชน กลุ่มชน และสังคม ตลอดจนผู้ที่มีความเกี่ยวข้องทางวัฒนธรรม ทั้งที่เป็นมรดกทางวัฒนธรรมของมวลมนุษยชาติ และเป็นลักษณะการกระทำอันหลากหลายของการสร้างสรรค์งานศิลปะ การผลิต การแพร่กระจาย

22 “Convention on Biological Diversity, Article 15, ”

1. Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation.

2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention.

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

5. Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party.

6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties.

7. Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, and in accordance with Articles 16 and 19 and, where necessary, through the financial mechanism established by Articles 20 and 21 with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

23 “Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Article 4, ” – Definitions
For the purposes of this Convention, it is understood that:

1. Cultural diversity

การจำหน่าย สุนทรียส ฯลฯ รวมถึงการใช้เทคโนโลยี
อีกด้วย โดยที่ในมาตรา ๑๓^{๒๔} ก็ได้กำหนดให้
รัฐสมาชิกต้องพยายามช่วยบูรณาการวัฒนธรรมใน
การพัฒนานโยบายทุกระดับ ภายใต้การสร้างสรรค์
เงื่อนไขต่างๆ อันจะนำมาสู่การพัฒนาอย่างยั่งยืน
และในกรอบดังกล่าวจะต้องช่วยเหลือการกำหนด
หลักเกณฑ์คุ้มครองและส่งเสริมการแสดงออกซึ่ง
ความหลากหลายทางวัฒนธรรม

ทั้งนี้ จากประเด็นขัดแย้งที่ประเทศพัฒนา
แล้วมักเห็นว่าภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นความรู้สาธารณะ
ซึ่งผู้หนึ่งผู้ใดย่อมสามารถนำไปแสวงหาประโยชน์ได้
แต่ประเทศกำลังพัฒนากลับให้ความสำคัญกับการ
คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อให้ชุมชนเจ้าของ
ภูมิปัญญามีสิทธิหวงแหน และอนุรักษ์ไว้มิให้ต่าง
ชาติเข้ามามีการแสวงหาประโยชน์โดยปราศจาก
ความยินยอม หรือทำให้วิถีแห่งชุมชนนั้นๆ เสียหาย
เพื่อจัดข้อขัดแย้งดังกล่าวสำหรับการคุ้มครองภูมิ
ปัญญาการแพทย์ของแต่ละชาติก็ควรให้เป็นไปตาม
อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองและส่งเสริมความ
หลากหลายของการแสดงออกทางวัฒนธรรมในอัน
ที่รัฐสมาชิกต้องพัฒนานโยบายสำหรับส่งเสริมสร้างสรรค์

ทางวัฒนธรรมในเงื่อนไขต่างๆ ที่จะนำมาซึ่งการใช้
ประโยชน์ภูมิปัญญาอย่างยั่งยืน

๓. การคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ตาม
กฎหมายภายในของต่างประเทศ

ในงานวิจัยนี้ ได้ศึกษาถึงมาตรการทาง
กฎหมายที่คุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ของ
ประเทศอินเดียและประเทศจีน เพื่อนำมาเปรียบ
เทียบกับประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติ
คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย
พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

๓.๑ ประเทศอินเดีย ไม่มีกฎหมาย
เฉพาะที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา
การแพทย์ของอินเดียดังเช่นประเทศไทย แต่
คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์โดย
อาศัยมาตรการทางกฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมาย
ว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. 2002
ที่กำหนดให้มีการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน
ตลอดจนการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม
ซึ่งทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาต่างๆ โดยให้
ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ครอบครองภูมิปัญญาและข้อมูล

“Cultural diversity” refers to the manifold ways in which the cultures of groups and societies find expression. These expressions are passed on within and among groups and societies. Cultural diversity is made manifest not only through the varied ways in which the cultural heritage of humanity is expressed, augmented and transmitted through the variety of cultural expressions, but also through diverse modes of artistic creation, production, dissemination, distribution and enjoyment, whatever the means and technologies used.

...

3. Cultural expressions

“Cultural expressions” are those expressions that result from the creativity of individuals, groups and societies, and that have cultural content.

²⁴ “Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, Article 13, ” Parties shall endeavour to integrate culture in their development policies at all levels for the creation of conditions conducive to sustainable development and, within this framework, foster aspects relating to the protection and promotion of the diversity of cultural expressions.

ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ นวัตกรรม หรือทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ต่างๆ เป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องในผลประโยชน์นั้น และกำหนด มาตรการลงโทษขั้นรุนแรงกรณีฝ่าฝืนการเข้าถึง หรือขอรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่ง ภูมิปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรทางชีวภาพอันเกี่ยวข้องกับ ภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของอินเดีย ของ ผู้ไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ^{๒๕}

อีกทั้งยังพัฒนาระบบฐานข้อมูลชื่อว่า “The digitization of traditional medical medicine through India’s traditional knowledge digital library” (TKDL) ที่เกี่ยวข้อง กับภูมิปัญญาการแพทย์ของอินเดียเพื่อใช้ตรวจสอบ คำขอรับสิทธิบัตรและป้องกันมิให้ต่างชาติละเมิด สิทธิในภูมิปัญญา^{๒๖} ซึ่งใช้เป็นตัวเชื่อมโยงองค์ ความรู้ภูมิปัญญาดั้งเดิมให้สามารถเข้าถึงได้ง่าย สำหรับผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรทั้งภายในประเทศและ ระหว่างประเทศ จึงช่วยอำนวยความสะดวกให้ ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรอาศัยค้นคว้าหาหลักฐานการ พิสูจน์ภูมิหลังของศิลปวิทยาการที่เกี่ยวข้อง^{๒๗}

๓.๒ ประเทศจีน ไม่มีกฎหมายเฉพาะ ที่ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์

เช่นเดียวกับที่ประเทศอินเดียไม่มีกฎหมายเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ ประชาชนจีน มาตรา ๒๑ ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ ให้รัฐพัฒนาการรักษาพยาบาลและการอนามัย ส่งเสริมยาและการรักษาแผนปัจจุบัน รวมถึงให้การ สนับสนุนยาและการรักษาที่เป็นมรดกตกทอดมาแต่ โบราณ^{๒๘} โดยที่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร อันอาจ เป็นสิ่งประดิษฐ์ ซึ่งต้องมีเทคโนโลยีใหม่สำหรับการ แก้ปัญหาหรือการปรับปรุงเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือ กรรมวิธีการประดิษฐ์ รูปแบบของประโยชน์ใช้สอย ซึ่งต้องมีเทคโนโลยีใหม่เพื่อการแก้ปัญหาเกี่ยวกับ รูปทรง โครงสร้าง หรือการรวมกันของผลิตภัณฑ์ ที่เหมาะสมต่อการใช้งานจริง หรือการออกแบบ ผลิตภัณฑ์ให้มีรูปร่าง รูปแบบ สี หรือการรวมกัน ของผลิตภัณฑ์ ซึ่งสร้างสรรค์เพื่อความรู้สึกสวยงาม และเหมาะสมต่อการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม^{๒๙}

การคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของ ประเทศจีนนี้มีข้อดีในด้านการก่อให้เกิดการพัฒนา เทคโนโลยีใหม่ๆ ต่อยอดจากภูมิปัญญาดั้งเดิมของ จีนโดยอาศัยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ต่างๆ อย่างไรก็ตาม ควรต้องมีการคุ้มครองภูมิปัญญา

²⁵ ธนิต ชิงถาวร และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, 117-118.

²⁶ Chidi Oguamanam, “Patents and Traditional Medicine : Digital Capture, Creative Legal Interventions, and the Dialectics of Knowledge Transformation” (summer, 2008) 15: 2 Indiana Journal of Global Legal Studies (7 October, 2012) <http://chidioguanamam.webs.com/Indiana_Global_15.2.oguanamam.pdf> 498 – 503.

²⁷ Ibid, 499-500.

²⁸ Article 21, Constitution of The People’s Republic of China,

“The state develops medical and health services, promotes modern medicine and traditional Chinese medicine, encourages and supports the setting up of various medical and health facilities by the rural economic collectives, state enterprises and undertakings and neighbourhood organizations, and promotes sanitation activities of a mass character, all to protect the people’s health. The state develops physical culture and promotes mass sports activities to build up the people’s physique”

²⁹ Goossen, Richard J, Technology Transfer in the People’s Republic of China : Law and Practice, (Dordrecht; Boston, M. Nijhoff, 1987), 19, 22.

การแพทย์ในรูปของกฎหมายเฉพาะ (Sui generis) มาก่อนเพราะมีฉะนั้น ด้วยหลักเกณฑ์การขอรับ สิทธิบัตรของเงินอาจส่งผลร้ายต่อสังคม เนื่องจากการก่อให้เกิดการผูกขาดสิทธิบัตรยา หรือนวัตกรรม ด้านการแพทย์ โดยองค์กรธุรกิจต่างๆ ที่นำภูมิปัญญา ไปพัฒนาต่อยอด แต่เจ้าของภูมิปัญญาดั้งเดิมกลับ ไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนที่เหมาะสม

๔. การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒

พระราชบัญญัตินี้ เป็นกฎหมายเฉพาะที่ มุ่งคุ้มครองผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทย ที่ได้คิดค้น ปรับปรุง หรือสืบทอดตำรับยาแผนไทย และตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ต้องขอ จดทะเบียนสิทธิเพื่อให้มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการผลิตยา ใช้ศึกษาวิจัย จำหน่าย ปรับปรุงหรือพัฒนาตำรับยา แผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยดังกล่าว โดย กำหนดระยะเวลาคุ้มครองไปตลอดอายุของผู้ทรงสิทธิ นับต่อไปอีก ๕๐ ปี ส่วนอีกกรณีหนึ่งพระราชบัญญัตินี้ ได้ให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยใน ระดับชาติไว้ โดยกำหนดให้รัฐเป็นตัวแทนของ ประชาชนคนไทยทุกคนซึ่งมีอำนาจหน้าที่ปกป้องรักษาภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อให้สังคมได้ ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดทำลายซึ่ง คุณค่าอัตลักษณ์ภูมิปัญญาเหล่านั้น^{๓๐}

นอกจากนี้ ยังมีการคุ้มครองสมุนไพรไทย ซึ่งย่อมเป็นการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการ

แพทย์แผนไทยอีกทางหนึ่งด้วย โดยที่ในหมวด ๓ มาตรา ๔๔^{๓๑} ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวง สาธารณสุข โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เป็นผู้ที่มีอำนาจออกประกาศกำหนดประเภท ลักษณะ ชนิด และชื่อของสมุนไพรที่มีค่าต่อการศึกษาหรือ วิจัย หรือมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ หรืออาจสูญ พันธ์ ให้เป็นสมุนไพรควบคุมได้ และปัจจุบันได้มี ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง สมุนไพรควบคุม (กาวาเครือ) พ.ศ. ๒๕๔๙ แล้ว อย่างไรก็ตาม เนื้อหาภายในประกาศจะให้อำนาจรัฐเข้าควบคุม การบริหารจัดการทรัพยากรของเอกชน ชุมชน หรือของชาติ อย่างเคร่งครัด ดังนั้น ก่อนประกาศ สมุนไพรควบคุมจึงต้องพิจารณาถี่ถ้วนแล้วว่าสมุนไพรชนิดนั้นๆ มีความจำเป็นต้องควบคุมอย่าง แท้จริง

๕. ผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมาย ตามประเด็นปัญหาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิใน ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ประเด็นปัญหาที่ได้นำมาพิจารณา คือ ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิใน ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ปัญหาการกำหนด นิยามที่เกี่ยวข้องกับ “วัตถุแห่งสิทธิ” ปัญหาการ กำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา การแพทย์แผนไทย และปัญหาความคาบเกี่ยว ในการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ สรุปได้ดังนี้

^{๓๐} มาตรา ๑๖ - ๒๑, ๓๓ - ๓๔, พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒.

^{๓๑} มาตรา ๔๔, พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒.

๕.๑ ปัญหาการจดทะเบียนเพื่อคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยพบว่า ขณะนี้ยังไม่ปรากฏข้อมูลว่ามีบุคคลใดได้รับการคุ้มครองสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีความสำคัญยิ่งสำหรับการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เพราะมีหลักการที่สามารถช่วยจูงใจให้ผู้ทรงสิทธิเกิดความกระตือรือร้นในการคิดค้นปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดองค์ความรู้ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยที่เป็นฐานในการพัฒนาต่อยอดต่อไปได้ ซึ่งจะช่วยให้การแสวงหากำไรอย่างผูกขาดความเป็นเจ้าของภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจากบุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาตินั้นน้อยถอยลงไปอีกด้วย ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์และกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่ครอบคลุมการคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ทั้งตำราการแพทย์แผนไทยที่มีความเก่าแก่ยาวนานอันอาจหมดอายุการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์แล้ว และตำรับยาแผนไทยที่อาจไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ความใหม่อันจะขอรับสิทธิบัตรได้ โดยที่การรับจดทะเบียนสิทธิในตำรับยาแผนไทยส่วนบุคคลหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลในปัจจุบันยังไม่ปรากฏผลเป็นรูปธรรม เนื่องจากยังต้องอาศัยการตรวจสอบว่าตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยนั้นๆ มีใช้ประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป อีกทั้งยังต้องตรวจสอบให้ครอบคลุมไปถึงผลการใช้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยว่าให้ผลลัพธ์ที่ดีต่อการดูแลสุขภาพ

ของประชาชนได้จริง ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาความล่าช้าของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงสมควรเร่งพัฒนาการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ด้วยการออกประกาศกำหนดประเภทตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป ไว้ให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนเพิ่มมากขึ้น เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิที่ได้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอดภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคลใช้ตรวจสอบข้อมูลของตนเองเบื้องต้นก่อนว่าภูมิปัญญานั้นไม่ใช่การลอกเลียนประเภทของชาติ หรือประเภททั่วไป และกำหนดกฎหมายลำดับรองวางหลักเกณฑ์ในการจัดทำรายงานผลการใช้ตำรับยาแผนไทยหรือตำราการแพทย์แผนไทยส่วนบุคคล ภายในระยะเวลาอันจำกัดที่เหมาะสม เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิเสนอรายงานดังกล่าวประกอบการพิจารณาการยื่นขอจดทะเบียน ซึ่งจะช่วยให้การดำเนินการตรวจสอบก่อนรับจดทะเบียนเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็วมากขึ้น

๕.๒ ปัญหาการกำหนดนิยามที่เกี่ยวข้องกับ “วัตถุแห่งสิทธิ” พบว่า

๕.๒.๑ นิยามการแปรรูปอย่างหยาบมีความไม่ชัดเจน เพราะตามบทนิยามในมาตรา ๓^{๑๒} ได้กำหนดให้การแปรรูปอย่างหยาบทำให้ได้สารสกัดแบบรวมโดยกรรมวิธีแบบดั้งเดิม แต่ความหมายของการสกัด ได้แก่ การแยกออกซึ่งขัดแย้งกับถ้อยความว่า สารสกัดแบบรวมและ“แปรรูปอย่างหยาบ” ยังรวมถึงกรรมวิธีแบบที่พัฒนาขึ้น ซึ่งไม่ได้กำหนดว่าการพัฒนาดังกล่าว

^{๑๑๒} “มาตรา ๓, พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒.

ต้องไม่เป็นการพัฒนาตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ ในขณะที่ “สารสกัดดั้งเดิม” ได้ให้คำนิยามไว้ว่า เป็นสารธรรมชาติที่มีได้ปรุงแต่งหรือต่อเติมโมเลกุลตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ จนเกิดเป็นสารใหม่ ทำให้อาจตีความหมายสับสนกับการนำไปพัฒนาค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์เพื่อสร้างสารสังเคราะห์จากการต่อเติมโมเลกุลของเคมีภัณฑ์ต่างๆ เพื่อให้สามารถเข้าหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับนิยามคำว่า “สารสกัดดั้งเดิม” จะเห็นได้ว่า เมื่อทั้งการแปรรูปอย่างหยาบ และ สารสกัดดั้งเดิมต่างก็เป็นเงื่อนไขของข้อยกเว้นการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย จึงควรกำหนดนิยามให้สอดคล้องกันโดยให้ “แปรรูปอย่างหยาบ” หมายความว่า การปรุงแต่งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพหรือคุณสมบัติของสมุนไพร ทำให้ได้สารแบบรวมด้วยกรรมวิธีแบบดั้งเดิม

๕.๒.๒ นิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังไม่ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของประเทศอื่น กล่าวคือ ในมาตรา ๔๓^{๓๓} ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้บุคคลซึ่งมีสัญชาติของประเทศอื่นที่ยินยอมให้บุคคลสัญชาติไทยได้รับการคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยในประเทศนั้น อาจขอจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศดังกล่าวที่ได้จดทะเบียนไว้ใน

ประเทศของตน เพื่อขอรับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ได้ หากแต่ในมาตรา ๓ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดนิยามไว้ไม่ได้ให้นิยามคำว่า “ผู้ทรงสิทธิ” ที่ครอบคลุมไปถึงบุคคลสัญชาติอื่น ผู้มีสิทธิจดทะเบียนดังกล่าวด้วย

เมื่อพิจารณาตามหลักในความตกลงทริปส์ที่เป็นสากลจะเห็นได้ว่า รัฐภาคีสมาชิกทั้งหลายจะต้องให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติตนและคนต่างชาติอย่างเสมอภาคกัน และไม่ด้อยไปกว่าที่รัฐตนให้สิทธิแก่คนชาติตนเอง อีกทั้งยังต้องให้สิทธิซึ่งกันและกันในลักษณะต่างตอบแทนด้วย^{๓๔} ส่วนอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีต้องประสานประโยชน์ถ่ายทอดเทคโนโลยีชีวภาพให้แก่กัน โดยมีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อมุ่งให้เกิดผลดีในการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ภูมิปัญญาซึ่งกันและกันระหว่างประเทศทั้งหลาย^{๓๕} ประกอบกับอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางวัฒนธรรมก็ได้กำหนดให้รัฐเคารพซึ่งความหลากหลายในการแสดงออกทางวัฒนธรรมและเชิดชูไว้ซึ่งคุณค่าของวัฒนธรรมทั้งในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ และระดับสากล^{๓๖} ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว จึงต้องกำหนดให้บุคคลสัญชาติอื่นจดทะเบียนสิทธิซึ่งภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของประเทศตนได้ ในกรณีที่ประเทศของผู้จดทะเบียนยินยอมให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยแก่บุคคลสัญชาติไทย

^{๓๓} มาตรา ๔๓, พระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒.

^{๓๔} จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ ลิขธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๔๕), ๒๗.

^{๓๕} Article 15 and Article 16, The convention on Biological Diversity.

^{๓๖} Article 1, The convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.

นอกจากนี้ ในหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน^{๓๗} ได้มีการส่งเสริมมาตรฐานวิชาชีพการรักษาพยาบาลด้วยแพทย์แผนจีน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ภูมิปัญญาการแพทย์มีการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ข้ามชาติ แต่ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนจีน ตลอดจนการแพทย์ดั้งเดิมของชาติพันธุ์อื่นๆ ดังเช่นกรณีการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย

ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ได้ขยายขอบเขตออกไปให้สามารถส่งเสริมการแลกเปลี่ยนเรียนรู้วัฒนธรรมการดูแลสุขภาพสุขภาพข้ามชาติได้ จึงควรแก้ไขนิยามคำว่า “ผู้ทรงสิทธิ” โดยกำหนดให้หมายความว่า บุคคลซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย หรือในภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของต่างประเทศ หรือชาติพันธุ์อื่นๆ ตามพระราชบัญญัตินี้” และเพิ่มนิยาม “ภูมิปัญญาการแพทย์” หมายความว่า พันความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการแพทย์ แล้วตัดนิยาม “ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย” ออก เนื่องจากมีการเพิ่มนิยาม “ภูมิปัญญาการแพทย์” เข้ามา และได้มีการกำหนดนิยามคำว่า “การแพทย์แผนไทย” ไว้แล้ว ซึ่งนอกจากการแก้ไขนิยามแล้ว เพื่อให้สามารถคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ของชาติพันธุ์อื่นๆ โดยที่ผู้ทรงสิทธิอาจเป็นคนสัญชาติไทยก็ได้ ควรเพิ่มความในวรรคสองของมาตรา ๔๓ เพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลสัญชาติไทยที่เป็นผู้คิดค้น ปรับปรุงหรือพัฒนา หรือสืบทอด

ภูมิปัญญาการแพทย์พื้นเมืองของชาติพันธุ์อื่นๆ ไว้ด้วย

๕.๓ ปัญหาการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ พบว่า

๕.๓.๑ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ไม่มีการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิชุมชนไว้เลย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ พบว่า ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้ผู้ทรงสิทธิชุมชนที่จดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ค้นคว้า ทดลอง วิจัย ผลิต ขาย ส่งออกนอกราชอาณาจักร หรือจำหน่ายส่วนขยายพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น^{๓๘} เนื่องจากภูมิปัญญาการแพทย์มีส่วนเกี่ยวข้องกับพืชสมุนไพรที่ได้มาจากพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต่างๆ ทำให้ผู้ทรงสิทธิชุมชนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชนี้อาจเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. ๒๕๔๒ ด้วยก็ได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวก็ควรได้รับการคุ้มครองภายในพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับโดยสอดคล้องกัน ดังนั้น จึงควรกำหนดให้ชัดเจนทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยให้มีการจดทะเบียนสิทธิชุมชนในภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย ซึ่งต้องมีการระบุถึงรายชื่อสมาชิกและหลักฐานแสดงเขตที่ตั้งของชุมชน บันทึกข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์ร่วมกันในชุมชน ตลอดจนให้มีข้อตกลงกำหนดวิธี

^{๓๗} มาตรา ๔ และมาตรา ๓๓, พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม.

^{๓๘} มาตรา ๔๗, พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒.

การแสดงออกซึ่งสิทธิชุมชน เช่น แสดงออกผ่าน
ผู้แทนชุมชน คือ หมอยาพื้นบ้านที่ชุมชนเคารพ
นับถือ เป็นต้น

๕.๓.๒ ในพระราชบัญญัตินี้
มิได้กำหนดบทลงโทษกรณีละเมิดสิทธิของผู้ทรง
สิทธิไว้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติสิทธิ พ.ศ.
๒๕๓๗ ได้ให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญา
การแพทย์แผนไทยในฐานะที่เป็นผู้คิดค้น ปรับปรุง
หรือพัฒนาตำราการแพทย์แผนไทย อันเป็นงาน
วรรณกรรมที่เป็นงานนิพนธ์ประเภทหนึ่ง และตาม
พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้กำหนด
หลักเกณฑ์การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิแต่ผู้เดียวใน
สิ่งประดิษฐ์ต่างๆ ซึ่งย่อมรวมถึงการคิดค้นตำรายา
ใหม่ต่อยอดจากภูมิปัญญาดั้งเดิมด้วย อย่างไรก็ตาม ภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยกับสิทธิบัตร
ต่างก็เป็นทรัพย์สินทางปัญญาคนละประเภทกัน จึง
มีองค์ประกอบของเงื่อนไขที่กฎหมายให้ความ
คุ้มครองแตกต่างกันไป โดยที่สิทธิบัตรต้องการ
เงื่อนไขความใหม่^{๓๔} แต่ภูมิปัญญาการแพทย์เป็นพื้น
ความรู้ดั้งเดิม และสิทธิบัตรก็ช่วยให้ความรู้ที่
ซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิเพื่อให้เกิด
การพัฒนาองค์ความรู้ในด้านการรักษาพยาบาล
ต่อไป เพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติได้
นอกจากนี้ ประเทศอินเดียและประเทศจีน ยังได้
คุ้มครองภูมิปัญญาการแพทย์ของตนไว้ภายใต้
กฎหมายสิทธิบัตรอีกด้วย เห็นได้ว่า การคุ้มครอง
สิทธิและสิทธิบัตรมีความสัมพันธ์กับการ
คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์อย่างยิ่ง
ดังนั้น จึงควรกำหนดบทลงโทษไว้เป็นหลักการ

เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิ หรือสิทธิบัตร โดยให้
เป็นโทษดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ทรงสิทธิตาม
จำนวนที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาเห็นสมควร ภายใต้
หลักการที่ต้องคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งความ
เสียหายที่แท้จริง และการขาดประโยชน์ในเชิง
พาณิชย์ของผู้ทรงสิทธิอันเนื่องมาจากการละเมิด
สิทธินั้น ซึ่งศาลอาจสั่งให้ทำลาย รัปสิ่งของ เครื่องมือ
หรืออุปกรณ์ต่างๆ ที่ใช้ในการกระทำละเมิดด้วย
ก็ได้ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้
บุคคลผู้กำลังจะกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิ
ระงับหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวได้โดยไม่จำ
ต้องมีการโต้แย้งสิทธิกันเกิดขึ้นก่อน

๕.๓.๓ กรณีการยกเว้นสิทธิ
แต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิ ตามวรรค ๒ ของมาตรา
๓๔ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเป็นกรณีการผลิตยา
เพื่อยงชีพแบบพื้นบ้านและกรณีการผลิตยาโดย
สถานพยาบาลของรัฐ ส่วนราชการ หรือหน่วยงาน
ของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถาน
พยาบาลของรัฐ หรือการใช้ตำราการแพทย์แผน
ไทยเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลในสถาน
พยาบาลของรัฐ เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้
ประโยชน์ในภูมิปัญญาด้วยวัตถุประสงค์เพื่อยงชีพ
แบบพื้นบ้านย่อมก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม
และไม่ถึงขนาดขัดขวางต่อการใช้สิทธิแต่ผู้เดียว
ของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นจึงไม่ต้องมีหลักเกณฑ์กำหนด
รายละเอียดของข้อยกเว้นเพิ่มเติมดังเช่นกรณีการ
ผลิตยาโดยสถานพยาบาลของรัฐ ส่วนราชการ
หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ในการรักษา
พยาบาลในสถานพยาบาลของรัฐ หรือการใช้ตำรา

^{๓๔} มาตรา ๕, พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒.

การแพทย์แผนไทยเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล
ในสถานพยาบาลของรัฐอีก และเพื่อให้สามารถ
บังคับใช้ข้อยกเว้นกรณีการผลิตยาเพื่อยังชีพแบบ
พื้นบ้านได้ทันที จึงควรแยกข้อย่อยสองกรณีนี้ออก
จากกันให้ชัดเจน

๕.๓.๔ ความในวรรค ๒ ของ
มาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัตินี้ ควรเพิ่มเติม
กรณีข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิในการ
ผลิตยาหรือใช้สิทธิในการศึกษาวิจัย จำหน่าย
ปรับปรุง หรือพัฒนาภูมิปัญญาตั้งที่ผู้ทรงสิทธิได้จด
ทะเบียนไว้ ก่อนวันที่ผู้ทรงสิทธิยื่นขอจดทะเบียน
สิทธิในราชอาณาจักร โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้
ถึงการจดทะเบียนของผู้ทรงสิทธินั้น ไว้เช่นเดียวกับ
หลักการในกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรด้วย เพื่อให้
เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่กระทำไปโดยสุจริต

๕.๔ ปัญหาความคาบเกี่ยวในการ
คุ้มครองผู้ทรงสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้กับกฎหมาย
ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ พบว่า

๕.๔.๑ ระเบียบเพื่อส่งเสริม
การพัฒนาระบบฐานข้อมูลภูมิปัญญาการแพทย์
แผนไทย ยังมีความไม่ชัดเจนเมื่อเทียบกับ
มาตรการทางกฎหมายของประเทศอินเดีย จึงควร
กำหนดให้กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและ
การแพทย์ทางเลือก จัดทำฐานข้อมูลทะเบียนตำรับ
ยาแผนไทยและตำราการแพทย์แผนไทย ที่ได้
รวบรวมไว้ เผยแพร่ให้ประชาชนสามารถค้นคว้า
อ้างอิง ตรวจสอบได้ ซึ่งการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญา
การแพทย์แผนไทย ให้ระบุชื่อตำรับยาแผนไทย
หรือตำราการแพทย์แผนไทย และสรรพคุณที่ชัดเจน
โดยที่ไม่มุ่งหมายจะเปิดเผยสูตร วิธีการปรุง หรือ
รายละเอียดอื่นใดอันเป็นสิทธิส่วนบุคคลเพื่อให้ได้

มาซึ่งข้อมูลในการจดทะเบียนสิทธิในภูมิปัญญาการ
แพทย์แผนไทยของส่วนบุคคล หรือของชุมชน ซึ่ง
การกำหนดระเบียบให้ชัดเจนดังกล่าว ย่อมช่วยส่งเสริม
ฐานข้อมูลภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยเพื่อใช้
พัฒนาต่อยอดในการได้รับความคุ้มครองทรัพย์สิน
ทางปัญญาประเภทอื่นๆ ต่อไปได้อีก

๕.๔.๒ การกำหนดอายุการ
คุ้มครองผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาการแพทย์ควรแยก
กรณีผู้ทรงสิทธิที่เป็นปัจเจกชน ออกจากผู้ทรงสิทธิ
ชุมชน เพราะผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นปัจเจกชนอาจเป็นผู้
ทรงสิทธิในตำราการแพทย์ด้วย แต่ผู้ทรงสิทธิ
ชุมชนไม่มีลิขสิทธิ์ดังกล่าว และผู้ทรงสิทธิชุมชนใน
ภูมิปัญญาการแพทย์ก็เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรด้วย
เพราะตำรับยาและสิทธิบัตรยาล้วนมีวัตถุประสงค์
การคุ้มครองทำนองเดียวกัน อีกทั้งยังมีความ
สัมพันธ์ใกล้ชิดกับการคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืช
พื้นเมืองเฉพาะถิ่น เพราะภูมิปัญญาการแพทย์
แผนไทยส่วนใหญ่มักใช้พืชสมุนไพรท้องถิ่นเป็น
วัตถุดิบ แต่การคุ้มครองผู้ทรงสิทธิในพันธุ์พืชพื้น
เมืองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.
๒๕๔๒ ได้กำหนดอายุการคุ้มครองไว้เป็นระยะเวลา
ซึ่งอ้างอิงจากช่วงที่พันธุ์พืชแสดงลักษณะประจำ
พันธุ์ให้ปรากฏหลังการปลูกจากส่วนขยายพันธุ์ จึง
ไม่สามารถนำอายุการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ
คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ มาใช้เป็นแนวทาง
กำหนดหลักเกณฑ์ หากแต่ควรกำหนดอายุความ
คุ้มครองยี่สิบปีเช่นเดียวกับสิทธิบัตรแทน และอาจ
ขอยายระยะเวลาการคุ้มครองต่อได้คราวละสิบปี
เช่นเดียวกับกรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เพื่อให้
ชุมชนได้ร่วมแสดงเจตจำนงในการใช้สิทธิชุมชน
แสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาการแพทย์ของ
พวกตนได้อย่างยั่งยืนสืบไป

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กลไกการให้ความคุ้มครองผู้ทรงสิทธิใน ภูมิปัญญาการแพทย์ ทั้งในส่วนที่เป็นการคุ้มครอง ผู้ทรงสิทธิที่เป็นปัจเจกชนและผู้ทรงสิทธิชุมชน อย่างเหมาะสม ย่อมช่วยแก้ไขปัญหากรณีที่ต่าง ชาติได้นำภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทยไปแสวงหา ประโยชน์โดยมิได้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ ชาติหรือคนในชาติซึ่งเป็นเจ้าของภูมิปัญญานั้นได้ โดยที่เมื่อประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายเฉพาะ เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์ของ ไทยเองแล้ว ก็ควรเร่งดำเนินการให้กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม เพื่อให้กฎหมายมีความครอบคลุมสอดคล้องกับ สถานการณ์การแลกเปลี่ยนเรียนรู้วัฒนธรรมข้าม ชาติ ในขณะเดียวกันเพื่อให้สามารถปกป้องรักษา ภูมิปัญญาการแพทย์ไว้เพื่อประโยชน์แก่มวล มนุษยชาติได้สืบเนื่องไป ก็ควรปรับปรุงแก้ไข กฎหมายดังกล่าวให้มีข้อยกเว้นสิทธิแต่ผู้เดียวของ ผู้ทรงสิทธิอย่างเหมาะสมเพื่อความเป็นธรรมใน สังคม และคุ้มครองครอบคลุมไปถึงภูมิปัญญาการ แพทย์ของต่างชาติในลักษณะต่างตอบแทนและเอื้อ ประโยชน์ซึ่งกันและกัน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยาม รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการ คุ้มครอง และความคาบเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ ตามแนวทางที่ได้กล่าว มาข้างต้น

เอกสารอ้างอิง

หนังสือทั่วไป

จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่า ด้วยลิขสิทธิ์ ลิขธิบัตร และเครื่องหมาย

การค้า, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๔๕).

ชุมเจตน์ กาญจนเกสร, อนุสัญญาและกฎหมาย ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความ หลากหลายทางชีวภาพ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม, กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และ สิ่งแวดล้อม, ๒๕๓๙).

นวลจันทร์ จารุปรีชาชาญ และคณะ, องค์ความรู้ การแพทย์แผนไทยสำหรับประชาชน, (กรุงเทพฯ:

องค์การส่งเสริมการค้าผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์, ๒๕๕๒).

นิธิ เอียวศรีวงศ์, “องค์ความรู้ด้านประวัติศาสตร์การ แพทย์และการสาธารณสุขไทย : สถานะ วาระการวิจัย และแนวทางการศึกษาใน อนาคต” ในโกมาตร จึงเสถียรทรัพย์, ชาติชาย มุขสง (บรรณาธิการ), พรหมแดน ความรู้ประวัติศาสตร์การแพทย์และการ สาธารณสุขไทย, (สถาบันวิจัยระบบ สาธารณสุข, ๒๕๔๕), ๒๘ – ๒๙. อ้างใน อำ พล จินดาวัดนะ, “พระราชบัญญัติสุขภาพ แห่งชาติกับสุขภาพของคนไทย” ใน แสงง บุญเฉลิมวิภาส (บรรณาธิการ) นิติเวชศาสตร์ และกฎหมายการแพทย์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๕), ๑๕๓, ๑๕๔.

เย็นจิตร์ เตชะดำรงสิน, การแพทย์แผนจีนในประเทศไทย, กรมพัฒนาการแพทย์แผนไทยและ แพทย์ทางเลือก, (กรุงเทพฯ: พุ่มทอง, พิมพ์ ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๒).

รัชนี้ จันทรเกษ และคณะ, เรียนรู้และเข้าใจหมอ
พื้นบ้าน, (กรุงเทพฯ: องค์การรับส่งสินค้า
และพัสดุภัณฑ์ (ร.ส.พ.), ๒๕๔๘).

วิชัย โชควิวัฒน์ และคณะ, ลัทธินักพรตและการ
เยียวยาในอินเดียโบราณ: ระบบการแพทย์
ในพุทธอาราม, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการโรงพิมพ์
องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรม
ราชูปถัมภ์, ๒๕๕๑).

วิชัย โชควิวัฒน์, การแพทย์พื้นบ้านไทย ภูมิปัญญา
ของแผ่นดิน, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการ
โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก,
๒๕๕๖). สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน
โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระ
พระเจ้าอยู่หัว, การแพทย์แผนไทย, เล่มที่
๓๓, (กรุงเทพฯ: ๒๕๕๑).

เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก,
(กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุน
การวิจัย, ๒๕๔๙).

Daniel F. Robinson, "Biopiracy and the
Innovations of Indigenous Peoples and
Local Communities", In Peter Drahos and
Susy Frankel, Indigenous Peoples'
Innovation: intellectual property
pathways to development, (Canberra:
ANU E, 2012).

Richard J. Goossen, Technology Transfer in
the People's Republic of China :
Law and Practice, (Netherlands:
Johnson, Strokes & Master, 1987).

เว็บไซต์

ธนิศ ชังถาวร และคณะ, รายงานการศึกษากรอบ
ความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย,
(กรุงเทพฯ: ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยี
ชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนา
วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ,
2550), (24 กุมภาพันธ์ 2556) <[http://
www.ipthailand.go.th/new_template/
index.php?option=com_docman&
task=cat_view&ggi=999&Itemid=
747](http://www.ipthailand.go.th/new_template/index.php?option=com_docman&task=cat_view&ggi=999&Itemid=747)>.

Chidi Oguamanam, "Patents and Traditional
Medicine : Digital Capture, Creative
Legal Interventions, and the Dialectics
of Knowledge Transformation" 15:2
Indiana Journal of Global Legal
Studies, Indiana University School of
Law (7 October 2012) <[http://
chidioguamanam.webs.com/
Indiana_Global_15.2.oguamanam.pdf](http://chidioguamanam.webs.com/Indiana_Global_15.2.oguamanam.pdf)>.

Daniel F. Robinson, Governance and
Micropolitics of Traditional Knowledge,
Biodiversity

and Intellectual Property in Thailand, (18
February 2013) <[http://www.
iprsonline.org/resources/docs/
Final%20HRC%20Micropolitics%20R
eport%20Mar%202020.pdf](http://www.iprsonline.org/resources/docs/Final%20HRC%20Micropolitics%20Report%20Mar%202020.pdf)>.

Simone Bilderbeek and others, Biodiversity
and International law, (Amsterdam :.

IOS Press, Inc, 1992), (28 May 2012) <<http://www.gbv.de/dms/spk/sbb/toc/277489059.pdf>>.

South centre, The TRIPs Agreement a guide for the south, (Geneva : Disa, 1997) (28 May 2011)

<<http://network.idlo.int/Publications/The%20trips%20agreement,%20a%20guide.pdf>>.

Susan Sell, Intellectual Property and Public Policy in Historical Perspective : Contestation and Settlement (24 February 2012) <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2452&context=llr>>.

Unnikrishnan Payyappallimana, “Role of Traditional Medicine in Primary Health Care : An Overview of Perspective and Challenges” 14: 6 Yokohama Journal of Social Sciences (24 February 2012) <<http://kamome.lib.ynu.ac.jp/dspace/bitstream/10131/6917/3/Payyappallimana.pdf>>.

วารสารออนไลน์

ลักขมีเพ็ญ สารชวณะกิจ, “World Trade Organization ตอน 2” (ตุลาคม – ธันวาคม 2554) 18: 4 วารสารเพื่อการวิจัยและพัฒนา องค์การเภสัชกรรม R&D Newsletter (11 กันยายน 2555)

<<http://www.gpo.or.th/rdi/html/RDINewsYr18No4/8.pdf>>.





การฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหาย The Criminal Prosecution by injured person

โกสินทร์ มีพรบุชา*

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่องการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับระบบการดำเนินคดีอาญา ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา หลักการดำเนินคดีอาญา ทฤษฎีเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้อง และทฤษฎีเงื่อนไขระงับคดี เพื่อค้นหาแนวทางการแก้ไขปัญหาระบบการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย ซึ่งเกิดจากการที่ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากขอบเขตและเงื่อนไขจำกัด

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางกฎหมาย โดยการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิจัยเอกสาร โดยวิธีการวิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และรูปแบบการฟ้องคดีอาญาจาก แนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์และบทบัญญัติแห่งกฎหมายรวมทั้งความเห็นทางกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ กับประเทศไทย

ผลการวิจัยพบว่า การให้อำนาจผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากขอบเขตและเงื่อนไขในประเทศไทยได้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหลายประการ ดังนั้น จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อปรับปรุงสิทธิการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายให้อยู่ภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขที่จำกัด โดยนำรูปแบบของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นต้นแบบ ดังนี้ ๑) กำหนดขอบเขตการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายไว้เฉพาะคดีความผิดลหุโทษ หรือความผิดเล็กน้อยที่มีอัตราโทษไม่เกินกว่าความผิดลหุโทษ และคดีความผิดอาญาต่อส่วนตัว ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้เท่านั้น ๒) กำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายโดยการห้ามมิให้นำคดีอาญามาฟ้องต่อศาล จนกว่าจะได้ดำเนินการในขั้นตอนไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความโดยมีพนักงานอัยการทำหน้าที่เป็นคนกลาง และพนักงานอัยการได้พิจารณาแล้วเห็นควรอนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาเรื่องดังกล่าวต่อศาลได้ด้วยตนเอง ภายหลังจากที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ ๓) กำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายไว้เฉพาะในคดีที่พนักงานอัยการ มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีผู้กระทำความผิดแล้วเท่านั้น

* นักจัดการงานทั่วไปชำนาญการ สำนักงานที่ดินจังหวัดเพชรบุรี

คำสำคัญ : กระบวนการยุติธรรมทางอาญา การฟ้องคดีอาญา ผู้เสียหาย การฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหาย

Abstract

Research on “the Criminal Prosecution by Injured Person” aims to study the theories and principles of law relating to the criminal proceedings criminal justice theory theory of criminal punishment principles of criminal proceedings theory of authority to sue, and theory at settlement in order to find the solutions of criminal justice in Thailand. However the injured person has the right to proceed criminal charges without limited conditions.

This research is a legal research by qualitative research by comparative analysis of criminal justice, the theories of principles of criminal law and a legal opinion of the France Germany and England

The research found that the injured party has the right in criminal charges widely caused of the practical problems in criminal justice system. This is to amend the Criminal Procedure Code in order to improve the rights of victims on criminal prosecution. The German system may be approached as the followings, By the form of the Federal Republic of Germany, were used as templates. 1) the injured person may submit the cases to the court only minor penalties or petty offenses and compoundable cases. 2) determine the conditions of the injured person by prosecution could not bring criminal cases to the court. as long as he/she has taken steps to mediate a settlement with the prosecutor acting as an intermediary in case of the failure of settlement, the prosecutor has considered relevant ground and allow the injured person bring the case. 3) determining the criteria of criminal charges of injured person in case of the prosecutor has an order of refusal to submit the case to the court.

Keywords : criminal justice, the criminal prosecution, injured person, the criminal prosecution by injured person

๑. ความเป็นมาและความสำคัญของ ปัญหา

การฟ้องคดีอาญา เป็นการกล่าวหาบุคคล ต่อศาลว่าได้กระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง หรือหลายฐาน หรือกระทำการอันจะก่อเหตุร้าย หรือไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้ กระทำลงในนามของสังคม เพื่อให้มีการพิจารณา การกระทำความผิด ตัวผู้กระทำความผิด และ กำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมาย บัญญัติไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันและ ปราบปรามอาชญากรรมให้เกิดความสงบเรียบร้อย ขึ้นภายในสังคม

ประเทศไทยให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดี อาญาอย่างกว้างขวาง ทั้งในคดีความผิดอาญาต่อ แผ่นดินและความผิดอาญาอันยอมความได้ โดย ปราศจากขอบเขตและเงื่อนไขควบคู่ไปกับอำนาจ ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ ของรัฐ โดยอำนาจฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย มีลักษณะเป็นอิสระแยกต่างหากจากอำนาจฟ้องคดี อาญาของพนักงานอัยการโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ การฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการไม่เป็นการ ตัดสิทธิผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาสำหรับการกระทำ ในเรื่องเดียวกันนั้นอีก เว้นแต่ศาลจะมีคำพิพากษา เสร็จเด็ดขาดในการกระทำที่ฟ้องแล้ว ซึ่งมีผลให้ สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตามมาตรา ๓๙ (๔)

ปัญหาในทางปฏิบัติของกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเกิดจากการที่กฎหมายให้ ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง ดังกล่าวนี้อาจมีหลายประการ เช่น ปัญหาในเรื่อง วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดี ปัญหาคดี รกรัง

รกรัง ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยไม่สุจริต ปัญหาความบกพร่องในการดำเนินคดีของผู้เสียหาย ปัญหาวิกฤตศรัทธาของประชาชนในกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญา เป็นต้น

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการ ศึกษาวิจัยเรื่องนี้ เพื่อให้ทราบแนวคิด ทฤษฎี และ หลักเกณฑ์ ทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจน ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนการยุติธรรม ทางอาญาในต่างประเทศกับของประเทศไทย เพื่อ ค้นหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการให้อำนาจ ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง โดย ปราศจากขอบเขตและเงื่อนไขดังกล่าว

๒. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๒.๑ เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลัก เกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับระบบการดำเนินคดีอาญา ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักการดำเนิน คดีอาญา ทฤษฎีเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้อง ทฤษฎี เงื่อนไขระงับคดี และทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

๒.๒ เพื่อศึกษาความเป็นมา รูปแบบการ ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ และของผู้เสียหาย ตลอดจนปัญหาอันเกิดการให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางโดยปราศจาก ขอบเขตและเงื่อนไข

๒.๓ เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามกฎหมายประเทศ ฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และ ประเทศอังกฤษ กับกฎหมายประเทศไทย

๒.๔ เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น จากการที่กฎหมายให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดี

อาญาได้อย่างกว้างขวาง โดยปราศจากขอบเขต และเงื่อนไขในปัจจุบัน โดยการปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมต่อไป

๓. วิธีการวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (documentary research) เป็นหลัก โดยค้นคว้า ศึกษา วิเคราะห์ ข้อมูลจากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ในเรื่อง การดำเนินคดีอาญาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญาและกฎหมายอื่น รวมทั้งความเห็นทาง กฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา ตำรากฎหมาย และ เอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น บทความทางกฎหมาย ในเอกสารต่างๆ ตลอดจนข้อมูลในเว็บไซต์ของ สถาบันต่างๆ เป็นต้น

๔. ผลการวิจัย

จากการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎี เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาทั่วไป ตลอดจน กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี และประเทศอังกฤษ โดยนำมาวิเคราะห์ และเปรียบเทียบกับกระบวนการยุติธรรมทาง อาญาของประเทศไทย สรุปได้ ดังนี้

๔.๑ การฟ้องคดีอาญาในประเทศไทย

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีเป้าหมาย ให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพด้านการควบคุม

ระงับ และปราบปรามอาชญากรรม เพื่อการรักษา ความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม ตามทฤษฎี การควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) และในขณะเดียวกันก็ให้ความสำคัญกับ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยใช้กฎหมายด้วยความเป็นธรรม และมีเหตุผลเป็น ไปตามหลักนิติธรรม ตามทฤษฎีกระบวนการ นิติธรรม (Due Process)^๑

ระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย เป็นระบบผสม^๒ มีการนำหลักการสำคัญที่เป็นข้อดี ของระบบกล่าวหาที่ให้ความสำคัญที่ค้นหาความจริง โดยการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี ในศาลโดยเปิดเผยต่อหน้าคณะผู้พิพากษา ตลอดจน มีหลักประกันสำหรับให้ความคุ้มครองไม่ให้มีการ ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของจำเลยในฐานะ ประธานแห่งคดีจนเกินสมควร มาผสมผสานกับ หลักการสำคัญที่เป็นข้อดีของระบบไต่สวนที่ให้ศาล มีบทบาทสำคัญในการรวบรวม และแสวงหาพยาน หลักฐาน และในกระบวนการสืบพยาน ศาลมี อำนาจซักถามพยานบุคคล หรือเรียกพยานหลัก ฐานที่อาจพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง เพื่อให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพ และให้ประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดี โดยเฉพาะจำเลยนั่นเอง^๓

การยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิจารณา และพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ผู้ฟ้องคดี

^๑ ประธาน วัฒนวานิช “ระบบความยุติธรรมทางอาญา :แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม” (กันยายน – พฤศจิกายน, ๒๕๒๐) ๙ : ๒ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า ๑๕๐- ๑๕๒

^๒ โสภณ รัตนกร คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, พิมพ์ครั้งที่ ๔, ๒๕๕๔) หน้า ๖ - ๙

^๓ อุทัย อาทิวะห์ คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๑ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วิ.เจ.พรินต์, ๒๕๕๔) หน้า ๑๙-๔๙

ต้องมีอำนาจฟ้องตามกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คดีนั้นมีเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้อง หรือเรียกได้อีก อย่างหนึ่งว่าเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี ซึ่งอาจแยก พิจารณาออกได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่ เงื่อนไข แห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธี เช่น เขตอำนาจ ความ สามารถของคู่ความ คดีไม่อยู่ระหว่างพิจารณาของ ศาล คำฟ้องต้องชอบด้วยรูปแบบตามกฎหมาย เป็นต้น และเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยเนื้อหา เช่น ห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ กฎหมายยกเลิกความผิด กฎหมายยกเว้นโทษ อายุความ เป็นต้น^๔ ทั้งนี้ การ พิจารณาเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องต้องดำเนินการ ตามลำดับก่อนหลัง โดยเริ่มพิจารณาในประเด็น เงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธีก่อนเป็นลำดับแรก ถ้าเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธี ได้ดำเนินการ โดยถูกต้องครบถ้วนแล้ว จึงจะพิจารณาในเรื่อง ประเด็นเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยเนื้อหาเป็น ลำดับถัดไป^๕

สำหรับรูปแบบการฟ้องคดีอาญาของ ประเทศไทย เป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญา โดยรัฐ ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า เมื่อมีการกระทำผิดขึ้น ความเสียหายไม่ได้ส่งผลกระทบแก่ผู้เสียหาย โดยตรงแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังก่อให้เกิดผล กระทบแก่สังคมโดยรวมด้วย ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ ปรามปรามการกระทำผิดดังกล่าว เพื่อคืนความ ยุติธรรมและสงบสุขให้แก่สังคม ควบคู่ไปกับหลัก

การดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายหรือเอกชน ซึ่งมี แนวคิดว่าการกระทำที่มีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายอัน เป็นมาตรฐานทางสังคม จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับ ความเสียหาย ไม่ว่าจะต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม อำนาจฟ้องคดี อาญาเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำนั้น^๖

๑) บุคคลผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาใน ประเทศไทย^๗

(๑) พนักงานอัยการ หมายถึง เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ทั้งนี้ จะเป็นข้าราชการในกรมอัยการ หรือเจ้าพนักงาน อื่นผู้มีอำนาจเช่นนั้นก็ได้^๘ เช่น อนุบาลรถไฟ ตามพระราชบัญญัติรถไฟ อนุบาลชลประทาน ตามพระราชบัญญัติชลประทาน เป็นต้น^๙

(๒) ผู้เสียหาย^{๑๐} อาจแยกความ หมายออกได้เป็น ๒ ประเภท กล่าวคือ ผู้เสียหาย ที่แท้จริง และผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย

(ก) ผู้เสียหายที่แท้จริงหมายถึง บุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการฝ่าฝืน กฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการฝ่าฝืน บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กระทำต่อบุคคลใด ย่อม ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง

^๔ Shigemitsu Dando Japanese Criminal Procedure translated by B.J. George, Jr., Fred (Brothman & Co., New Jersey. South Hackensack, 1965) p.142-145

^๕ กิตติพงษ์ ศิริโรจน์ ฟ้องซ้ำในคดีอาญา (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๙) หน้า ๙-๑๐

^๖ อุดม รัฐอมฤต “การฟ้องคดีอาญา” (๒๕๓๗) ๒๒ : ๒ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า ๒๔๒-๒๔๓

^๗ มาตรา ๒๘ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^๘ มาตรา ๒ (๕) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^๙ เรืองธรรม ลัดพลี สัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟเซต, ๒๕๓๗) หน้า ๓๗

^{๑๐} มาตรา ๒ (๔) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(ข) ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย หมายถึง ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริง ซึ่งเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจเกิดขึ้นโดยพลการหรือจากนิติกรรมสัญญาได้ เช่น ผู้มีอำนาจจัดการแทนโดยความยินยอม ผู้มีอำนาจจัดการแทนโดยกฎหมาย หรือผู้มีอำนาจจัดการแทนโดยคำสั่งศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๔, ๕ และ ๖ ตามลำดับ เป็นต้น

การฟ้องคดีอาญาในประเทศไทยให้อำนาจพนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างมีอำนาจฟ้องคดีอาญาควบคู่กัน โดยมีลักษณะต่างฝ่ายต่างมีอำนาจฟ้องคดีอาญาเป็นอิสระและเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากกันโดยสิ้นเชิง การฟ้องคดีของฝ่ายหนึ่งไม่ถือเป็นการตัดสิทธิการฟ้องคดีของอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ศาลจะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในคดีที่ฟ้องร้องกันนั้นแล้ว อันถือว่าสิทธิการฟ้องคดีอาญาย่อมตกเป็นอันระงับไปตามมาตรา ๓๙ (๔)^{๙๙}

๒) ปัญหากรณีให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดีอาญา

การที่ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวางในประเทศไทย ได้ส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อเจตนารมณ์พื้นฐานของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งในด้านวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และในด้านการให้ความคุ้มครองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น

(๑) ปัญหาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญา

การฟ้องคดีอาญาทั่วไปแล้ว มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยมีเป้าหมายในการนำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย แต่การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายส่วนใหญ่ มักมีเป้าหมายเบี่ยงเบนไปจากวัตถุประสงค์ดังกล่าว กล่าวคือ ผู้เสียหายมักฟ้องคดีอาญาด้วยวัตถุประสงค์ให้จำเลยได้รับโทษอย่างรุนแรง เพื่อการแก้แค้นและตอบแทนผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายมักฟ้องคดีอาญาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการข่มขู่บังคับให้จำเลยต้องจำยอมกระทำการอย่างใดให้แก่ตนเองหรือบริวาร เช่น การฟ้องคดีอาญาในความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.๒๕๓๙ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำหรับข่มขู่ให้เลยชำระหนี้เงินกู้ยืม เป็นต้น

การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย ซึ่งมีเป้าหมายเบี่ยงเบนไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงดังกล่าว อาจเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาคดีในศาลปราศจากความเป็นธรรมแก่คู่ความได้เช่น การฟ้องคดีอาญากล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้เสียหายโดยการโฆษณาต่อศาลในหลายท้องที่ โดยมีเจตนากลับแก้งจำเลยนั้น ย่อมมีผลให้จำเลยต้องประสบกับความลำบากและยุ่งยากตลอดจนต้องสูญเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีจากการที่ต้องถูกดำเนินคดีอาญาในศาลหลายท้องที่ดังกล่าว เป็นต้น

^{๙๙} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๐๗-๔๐๐๘/๒๕๓๐ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๔๖-๑๖๔๙/๒๕๑๕

(๒) ปัญหาคดียกรังโรคศาล

การที่ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้
อย่างกว้างขวาง โดยปราศจากขอบเขตและ
เงื่อนไขคู่ขนานไปกับพนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้า
หน้าที่รัฐ และการฟ้องคดีอาญาของพนักงาน
อัยการไม่เป็นการตัดสิทธิผู้เสียหายฟ้องคดีอาญา
สำหรับการกระทำในเรื่องเดียวกัน เว้นแต่ศาลจะมี
คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในการกระทำที่ฟ้องแล้ว
ซึ่งมีผลให้สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตาม
มาตรา ๓๙ (๔) ย่อมส่งผลกระทบต่อให้จำเลยอาจถูก
ฟ้องคดีอาญาซ้ำซ้อนหลายคดีสำหรับการกระทำ
เดียวกันได้ ทั้งจากโจทก์ที่เป็นพนักงานอัยการ และ
โจทก์ที่เป็นผู้เสียหาย ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้จะยังคง
มีอยู่ตลอดไปจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ด
ขาดในคดีหนึ่งคดีใด อันมีผลให้สิทธินำคดีอาญามา
ฟ้องระงับไปตามมาตรา ๓๙ (๔)

การที่จำเลยถูกฟ้องคดีอาญาซ้ำซ้อนหลายคดี ย่อมอาจก่อให้เกิดภาวะคดีรกรุงรังศาลได้ กล่าวคือ ปริมาณคดีในศาลมีจำนวนมากเกินลัดสวนไม่สมดุลกับอัตรากำลังเจ้าหน้าที่เป็นเหตุให้การบริการประชาชนด้านงานยุติธรรมมีความล่าช้ารัฐและบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นจำเลย พยานในคดี หรือเจ้าหน้าที่ฯฯ ต้องสูญเสียเวลาสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ตลอดจนการฟ้องคดีอาญาซ้ำซ้อนดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของจำเลยอย่างมาก

(๓) ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยไม่
สุจริต

ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยไม่สุจริต
จากการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย เช่น การดำเนิน
คดีอาญาในลักษณะสมยอมกันระหว่างผู้เสียหาย

กับจำเลย โดยยินยอมผ่อนปรนให้มีการสืบพยานหลักฐานที่ไม่หนักแน่นและเพียงพอสำหรับพิสูจน์ความผิดของจำเลย หรือการนำพยานหลักฐานที่ไม่สมควรเข้าสืบพิสูจน์ความผิดในคดี เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง หรือการตกลงยุติคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างผู้เสียหายกับจำเลย หรือการที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์ทั้งฟ้องคดีอาญาหรือผู้เสียหายไม่ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาคดีกรณีศาลล่างมีคำพิพากษายกฟ้องจำเลยต่อศาลสูง เพื่อไม่ให้จำเลยได้รับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง เป็นต้น ซึ่งการกระทำข้างต้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินคดีอาญาของรัฐทั้งสิ้นเนื่องจากสิทธิในการดำเนินคดีอาญาได้ระงับลงไปตามมาตรา ๓๙ (๔) ทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้

(๕) ปัญหาความบกพร่องในการดำเนินคดี
ของผู้เสียหาย

การฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายเป็นโจทก์ด้วยตนเอง อาจมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่มีความบกพร่องจากความไม่ละเอียดรอบคอบ หรือความประมาทเลินเล่อของผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชนที่ขาดความชำนาญ หรือความระมัดระวังในการดำเนินคดีอาญา เช่น บรรยายฟ้องไม่ครบองค์ประกอบความผิดอาญา ซึ่งเมื่อศาลมีคำพิพากษายกฟ้องแล้ว พนักงานอัยการจะฟ้องคดีเอาโทษแก่จำเลย โดยอาศัยการกระทำนั้นอีกไม่ได้ แม้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริงก็ตาม กรณีดังกล่าวข้างต้น จึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินคดีอาญาของรัฐทำให้ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ เนื่องจากสิทธิในการดำเนินคดีอาญาได้ระงับลงไปตามมาตรา ๓๙ (๔) เป็นต้น

(๕) ปัญหาวิกฤตศรัทธาของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ปัญหาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาปัญหาภาคีกรรทการศาล ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีโดยไม่สุจริต ตลอดจนปัญหาความบกพร่องในการดำเนินคดีของผู้เสียหายดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น อาจก่อให้เกิดวิกฤตศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแก่ประชาชน ซึ่งจะส่งผลให้สังคมต้องตกอยู่ในภาวะสับสน โกลาหล วุ่นวาย ไร้สาระสย ตลอดจนไร้ระเบียบแบบแผน และสันติสุขได้

๔.๒ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษารูปแบบการฟ้องคดีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ปรากฏ ดังนี้

๑) ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีรูปแบบการฟ้องคดีตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ กล่าวคือ ให้นักงานอัยการ มีหน้าที่ฟ้องคดีอาญาในฐานะผู้แทนรัฐ แต่เพียงผู้เดียวผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องคดีอาญาโดยตรงด้วยตนเองได้ แต่ผู้เสียหายอาจดำเนินการได้โดยวิธีทางอ้อม ซึ่งเป็นสิทธิที่สำคัญของผู้เสียหายในคดีอาญาเพื่อให้นักงานอัยการฟ้องคดีอาญา ได้แก่ การฟ้องคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำผิดอาญา

ดังกล่าว ซึ่งจะมีผลในทางกฎหมายให้นักงานอัยการต้องฟ้องคดีอาญาในการกระทำเดียวกันนั้นต่อไป

๒) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

รูปแบบการฟ้องอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก มีพนักงานอัยการทำหน้าที่ฟ้องคดีอาญาในฐานะผู้แทนของรัฐ และในขณะเดียวกันก็ให้สิทธิผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตนเองเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม บทบาทของผู้เสียหายสำหรับการฟ้องคดีอาญา ก็มีอยู่อย่างจำกัดเฉพาะคดีความผิดอาญาต่อส่วนตัว หรือคดีความผิดเล็กน้อยที่มีกฎหมายบัญญัติให้สิทธิผู้เสียหายในอันที่จะฟ้องผู้กระทำผิดได้เท่านั้น เช่น ความผิดฐานบุกรุก ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานเปิดเผยความลับของจดหมาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานข่มขู่ ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ความผิดอาญาที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า การออกแบบสินค้าและการคิดค้นผลิตภัณฑ์ใหม่ เป็นต้น^{๑๑}

ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะฟ้องคดีอาญาได้ ต่อเมื่อได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วนแล้วเท่านั้น กล่าวคือ^{๑๒}

๑) การร้องทุกข์ ในความผิดอาญาอันยอมความได้ ซึ่งจะต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษเสียก่อน ผู้เสียหายจำต้องดำเนินการร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานก่อนทำการฟ้องคดีอาญานั้น

^{๑๑} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๐๗-๔๐๐๘/๒๕๓๐ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๔๖-๑๖๔๗/๒๕๑๕

^{๑๒} สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ “การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน” (พฤษภาคม - สิงหาคม ๒๕๕๔) ดุลพาฬ หน้า ๗๒

^{๑๓} สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, เพิ่งอ้าง หน้า ๗๓-๗๔

๒) การเจรจาไกล่เกลี่ย ผู้เสียหายจะฟ้องคดีอาญาได้ต่อเมื่อดำเนินการในขั้นตอนเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิด โดยมีเจ้าหน้าที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางเสียก่อน และการเจรจาไกล่เกลี่ยปรากฏว่าคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้

๓) ประเทศอังกฤษ

การฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษเดิมใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า ประชาชนทุกคนในสังคมมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยให้สังคมมีความสงบสุขและสันติ เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้น จึงถือได้ว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย มีสิทธิฟ้องคดีอาญา เพื่อนำผู้กระทำผิดมาลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ว่าจะไม่ใช้ผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงก็ตาม^{๙๙}

ต่อมาในราวปี ค.ศ.1986 ประเทศอังกฤษเริ่มมีการนำหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมาใช้ โดยมีการตั้งองค์กร Crown Prosecution Service (CPS) กำหนดให้ มีหน้าที่ฟ้องคดีอาญาตลอดจนควบคุมการฟ้องคดีอาญาของประชาชน ด้วยการเข้าดำเนินคดีนั้นด้วยตนเอง หรือใช้ดุลพินิจสั่งให้ประชาชนระงับการฟ้องคดีนั้นได้ตามที่เห็นสมควร^{๑๐๐}

๔.๓ การวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศไทยมีรูปแบบการฟ้องคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ควบคู่ไปกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชนหรือผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางคู่ขนานกับอำนาจฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ ในลักษณะที่เป็นอิสระและเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากกันโดยสิ้นเชิง ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบการฟ้องคดีอาญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐแต่เพียงอย่างเดียว ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญา และแตกต่างจากรูปแบบการฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนที่ให้อำนาจประชาชนทั่วไปมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้ แม้ว่าจะไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงก็ตาม

สำหรับการฟ้องคดีอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีรูปแบบที่ใกล้เคียงกับของประเทศไทยโดยให้อำนาจการฟ้องคดีอาญาเป็นของพนักงานอัยการ และผู้เสียหายควบคู่กันไป แต่อย่างไรก็ตามสิทธิการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็มีอยู่อย่างจำกัดแต่เฉพาะในคดีความผิดเล็กน้อย และความผิดอันยอมความได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น และก่อนยื่นฟ้องคดีมีเงื่อนไขว่าจะต้องเข้าสู่กระบวนการเจรจาไกล่เกลี่ยระหว่างคู่กรณีโดยมีพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นคนกลางเสียก่อน ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวางโดยปราศจากขอบเขตข้อจำกัด หรือเงื่อนไขดังกล่าว

^{๙๙} สุรพงษ์ เอี่ยมแทน, “ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ)” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ๒๕๒๔) หน้า ๔๓-๔๔

^{๑๐๐} Robert J. Green The Creation and Development of the Crown Prosecution Service (December, 1992) p.39-52

๕. ข้อเสนอแนะ

โดยเหตุที่ประเทศไทยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวาง ควบคู่ไปกับพนักงานอัยการ โดยปราศจากขอบเขต และเงื่อนไขการใช้ อำนาจฟ้องคดีดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย ให้อยู่ภายใต้ขอบเขต และเงื่อนไขที่จำกัดไว้ตามกฎหมาย

จากการเปรียบเทียบรูปแบบการฟ้องคดีอาญาของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ให้นักงานอัยการผูกขาดอำนาจการฟ้องคดีอาญาได้แต่เพียงผู้เดียวนั้น มีผลให้การดำเนินคดีอาญาขาดความยืดหยุ่นและไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้ดุลพินิจ ลังคดีของพนักงานอัยการโดยผู้เสียหายโดยสิ้นเชิง และการฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษที่ ให้อำนาจประชาชนทั่วไปมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้ แม้ว่าจะไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง ก็ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ เช่น การกลั่นแกล้งฟ้องคดีอาญาระหว่างราษฎรด้วยกันเองการดำเนินคดีอาญาในลักษณะสมยอมกันระหว่างคู่กรณี เพื่อประโยชน์ในทางหนึ่งทางใด หรือนัยกลับกันอาจมีการเกี่ยงไม่ยอมฟ้องคดีอาญาแก่ผู้กระทำผิด เนื่องจากความยุ่งยาก และต้องสูญเสียเวลา ตลอดจนค่าใช้จ่าย เป็นจำนวนมากจากการดำเนินคดีอาญาดังกล่าว อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องถูกฟ้องคดีให้ได้รับโทษตามกฎหมาย เป็นต้น จึงไม่มีความเหมาะสมที่จะนำมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย และควรนำรูปแบบการฟ้องคดีอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ

เยอรมนีซึ่งใกล้เคียงกับรูปแบบการฟ้องคดีอาญาในประเทศไทยที่ให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้ ควบคู่กับพนักงานอัยการมาเป็นต้นแบบ. โดยปรับปรุงสิทธิการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายให้อยู่ ภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขและข้อจำกัด ดังนี้

๕.๑ กำหนดขอบเขตการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย โดยการวางขอบเขตให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้เฉพาะคดีความผิดลหุโทษ หรือความผิดเล็กน้อยที่มีอัตราโทษไม่เกินกว่าความผิด ลหุโทษ และคดีความผิดอาญาต่อส่วนตัว ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้เท่านั้น

๕.๒ กำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย โดยการห้ามมิให้ผู้เสียหายนำคดีอาญามาฟ้องต่อศาล จนกว่าจะได้ดำเนินการในขั้นตอนไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความโดยมีพนักงานอัยการ ทำหน้าที่เป็นคนกลาง และพนักงานอัยการ ได้พิจารณาแล้วเห็นควรอนุญาตให้ผู้เสียหายนำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้ด้วยตนเองต่อไป เมื่อผลการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความปรากฏว่าคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้

๕.๓ กำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย โดยการให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้เฉพาะในคดีที่พนักงานอัยการ มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีผู้กระทำผิดแล้วเท่านั้น

บรรณานุกรม

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

หนังสือ

โสภณ รัตนกร คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน
(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติ
บรรณาการ, พิมพ์ครั้งที่ ๔, ๒๕๕๔)

อุทัย อาทิวะห์ คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความ
อาญา เล่ม ๑ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ
ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
(กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด
วี.เจ.พรินต์ติ้ง, ๒๕๕๔)

เรีงธรรม ลัดพลี สัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความ
อาญา (กรุงเทพมหานคร : สหมิตรออฟ
เซท, ๒๕๓๗)

บทความ

ประธาน วัฒนวานิช “ระบบความยุติธรรมทาง
อาญา :แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุม
อาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม”
(กันยายน - พฤศจิกายน, ๒๕๒๐) ๙ : ๒
วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อุดม รัฐอมฤต “การฟ้องคดีอาญา” (๒๕๓๗) ๒๒ :
๒ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ “การมีส่วนร่วมของผู้เสีย
หายในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา
ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
เยอรมัน” (พฤษภาคม - สิงหาคม ๒๕๕๔)
ดุลพาห

วิทยานิพนธ์

กิตติพงษ์ ศิริโรจน์ ฟ้องชำในคดีอาญา (วิทยานิพนธ์
หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
๒๕๒๙)

สุรพงษ์ เอี่ยมแทน, “ความผิดอันยอมความได้กับ
ความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมาย
อาญาสารบัญญัติ)” (วิทยานิพนธ์หลักสูตร
ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชา
นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต, ๒๕๒๔)

เอกสารต่างประเทศ

Shigemitsu Dando Japanese Criminal
Procedure translated by B.J. George,
Jr., Fred (B. Rothman & Co., New
Jersey. South Hackensack, 1965)

Robert J. Green The Creation and Development
of the Crown Prosecution Service
(December, 1992)

เอกสารอื่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๐๗-๔๐๐๘/๒๕๓๐

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๔๖-๑๖๔๙/๒๕๑๕





เกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

The Criteria for Determining Court Jurisdiction Encountered by the Adjudication Committee for Powers and Duties among Courts in Public Land Disputes

จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย พัฒนสิทธิชีวิน*

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เรื่องเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน มีวัตถุประสงค์เพื่อ (๑) ศึกษาแนวคิดทฤษฎีรวมทั้งลักษณะแห่งสิทธิและอำนาจรัฐในที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (๒) ศึกษาเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม (๓) ศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (๔) หาหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาล และ (๕) ศึกษาว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางกฎหมาย โดยการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิจัยเอกสาร ที่มุ่งศึกษาเกณฑ์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใช้ในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งปัญหาและหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลในคดีดังกล่าว

การศึกษาพบว่า ปัจจุบันคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใช้เกณฑ์สิทธิในที่ดินในการวินิจฉัยว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งๆ ที่การได้แย่งสิทธิในที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน อีกทั้งสาธารณะสมบัติของแผ่นดินแม้จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน แต่โดยเนื้อหาเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน ทั้งไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดห้ามศาลปกครองนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัยคดี ซึ่งในบางกรณีศาลปกครองก็ได้นำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยคดีอยู่แล้ว ประกอบกับวิธีพิจารณาของ

* ผู้อำนวยการกลุ่มรับฟ้องและให้คำปรึกษา สำนักงานศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองใช้ระบบใดส่วนที่เป็นวิธีพิจารณาที่เหมาะสมกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจึงควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามแนวทางดังกล่าว จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๖) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็น “(๖) คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน และเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

คำสำคัญ : เกณฑ์การวินิจฉัยอำนาจศาล, เขตอำนาจศาล, สิทธิในที่ดิน

ABSTRACT

This paper provides the focus on problems of the criteria for determining court jurisdiction encountered by the Adjudication Committee for Powers and Duties among Courts in public land disputes. The aim in writing this paper are: (1) to study theoretical concepts and characteristics of rights and power of the state in public lands (2) to study the criteria for determining jurisdiction between the Administrative Court and the Court of Justice (3) to study and to conduct an analysis of criteria for the Adjudication Committee for Powers and Duties among Courts' determination of court jurisdiction (4) to explore effective criteria for determining court jurisdiction, and (5) to study whether the public land disputes will fall within the jurisdiction of the Administrative Court or the Court of Justice.

This legal research includes a qualitative research approach with data collected from documentary evidence. The research aims at studying the criteria used by the Adjudication Committee for Powers and Duties among Courts in disputes over public land including issues and appropriate criteria for determining court jurisdiction under which cases such as those involving public land disputes should fall.

The study reflects that the Adjudication Committee for Powers and Duties among Courts currently referring to the criteria of land property rights has concluded that the public land disputes fall within the jurisdiction of the Court of Justice, though argument between the state and the private sector with respect to the rights of public land is not regarded as dispute over land property rights. Regardless of the prescription for public domain under the Civil and Commercial Code where the legislation presents itself as a private law, the content unquestionably constitutes however the ambit of the public law. Moreover, no law prohibits the Administrative Court's application of the Civil and

Commercial Code in adjudication of administrative disputes. However, some cases reveal the Administrative Court's use of Civil and Commercial Code criteria. Also, the inquisitorial method used in the administrative procedure is more appropriate in the protection of public interest. Public land disputes could therefore fall under the Administrative Court's jurisdiction and such approaches could be effective, provided that section 9 paragraph (6) of the Act on the Establishment of the Administrative Court and the Administrative Procedure B.E. 2542 (1999) shall be amended as follows: "(6) disputes over public domain and the case involving a matter prescribed by the law to be under the jurisdiction of the Administrative Court".

Key Words : criteria for determining court jurisdiction, jurisdiction, land property rights

๑. บทนำ

๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของ ปัญหา

ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ระบบศาลของไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว (มีประธานศาลฎีกาเป็นประมุขขององค์กร และหากมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดก็คือ ประมุขขององค์กรดังกล่าว) จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้เปลี่ยนระบบศาลจากระบบศาลเดี่ยวเป็นระบบศาลคู่โดยกำหนดให้มีศาลปกครองขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน และบัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้กำหนดเกี่ยวกับอำนาจ

ศาลปกครองไว้ในมาตรา ๒๒๓ และอำนาจศาลยุติธรรมไว้ในมาตรา ๒๑๔ ซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่มาพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงระบบศาลดังกล่าวคือ ปัญหาเขตอำนาจศาล ดังนั้น มาตรา ๒๔๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลอื่น

ปัญหาเขตอำนาจศาลโดยเฉพาะระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมทั้งกรณีที่ได้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและที่ไม่ได้เสนอต่อคณะกรรมการดังกล่าวมีจำนวนไม่น้อย โดยสาเหตุประการหนึ่งอาจจะเนื่องมาจากเป็นระยะเริ่มต้นในการมีศาลปกครองของประเทศไทย แนวคิดและหลักกฎหมายต่างๆ ยังต้องมีการเรียนรู้และพัฒนาเพื่อให้เหมาะสมกับสังคมไทย

ต่อไป แต่ปัญหาทางกฎหมายประการหนึ่งที่ยังมีความเห็นไม่ตรงกันตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครอง คือ ปัญหาคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน โดยเกี่ยวกับเรื่องนี้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีแนวคำวินิจฉัยว่า แม้ผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์จะฟ้องว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนคำสั่ง แต่เมื่อคดีมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าที่ดินพิพาทเป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินหรือเป็นที่ดินของผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์เป็นสำคัญ ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวต้องพิจารณาการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลนำหลักเกณฑ์ใดมาวินิจฉัยว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีวิธีพิจารณาอยู่บนพื้นฐานที่คู่ความทั้งสองฝ่ายอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน อีกทั้งเหตุใดทั้งศาลและคู่กรณีถึงไม่ยอมรับคำวินิจฉัย เนื่องจากได้เสนอคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยปัญหาเขตอำนาจศาลตลอดมาตั้งแต่ปี พ.ศ.๒๕๔๕ จนถึงปัจจุบัน ส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีล่าช้า เพิ่มภาระงานของศาลและของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ตลอดจนทำให้ระบบศาลและระบบกฎหมายของไทยไม่พัฒนาอย่างที่ควรจะเป็น ดังนั้น

การศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาล ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน จะทำให้ทราบหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการดังกล่าวใช้ในการวินิจฉัยเพื่อวิเคราะห์และหาหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องเหมาะสมเป็นที่ยอมรับของศาลและคู่กรณี ซึ่งจะลดภาระงานทั้งของศาลและของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล รวมทั้งยังเป็นผลดีแก่คู่กรณีเนื่องจากจะทำให้คดีได้รับการพิจารณาพิพากษาเร็วขึ้นโดยไม่ต้องรอคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าว และสามารถพัฒนาระบบศาลและระบบกฎหมายของไทยให้เป็นระบบยิ่งขึ้น

๑.๒ วัตถุประสงค์การวิจัย

๑.๒.๑ เพื่อศึกษาค้นคว้าแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน รวมทั้งลักษณะแห่งสิทธิและอำนาจรัฐในที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

๑.๒.๒ เพื่อศึกษาเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม

๑.๒.๓ เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

๑.๒.๔ เพื่อหาหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

๑.๒.๕ เพื่อศึกษาว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

๑.๓ วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร โดยศึกษาค้นคว้าจากตำรา วิทยานิพนธ์ บทความ คำวินิจฉัยของศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

๑.๔ ผลการวิจัย

จากการศึกษาคำวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน พบว่ามีการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และเห็นว่าการวินิจฉัยของคณะกรรมการมีปัญหายุ่งยากประการ โดยวิวัฒนาการของแนวคำวินิจฉัยและปัญหาหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยดังกล่าวสามารถสรุปได้ ดังนี้

๑.๔.๑ วิวัฒนาการเกณฑ์การวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

๑.๔.๒ คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินที่ยื่นฟ้องคดีต่อศาลมีทั้งคดีที่มีหลายข้อหา และคดีที่มีข้อหาเดียว ซึ่งในระยะแรกคณะกรรมการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลจากข้อหาที่พิพาทแต่ต่อมาได้เปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยโดยใช้เกณฑ์สิทธิในที่ดินแทน โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับวิวัฒนาการของเกณฑ์คำวินิจฉัยดังกล่าว ดังนี้

เกณฑ์ข้อหาหลักข้อหารอง

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีแนวคำวินิจฉัยแรกในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน คือ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๓/๒๕๔๕ ซึ่งคดีดังกล่าวเป็นคดีที่เอกชนฟ้องผู้ใหญ่บ้านเจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดิน ช่างรังวัด และเจ้าพนักงานที่ดินรวม ๕ คน โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของที่ดิน น.ส.๓ ก ได้รับมอบมาจากมารดาและได้ทำประโยชน์ตลอดจนเสียภาษีบำรุงท้องที่ตลอดมาต่อมามีเอกชนรายอื่นได้โต้แย้งคัดค้านสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดินดังกล่าวและได้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ย แต่ผู้ใหญ่บ้านวางตนไม่เป็นกลางปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง เจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดิน ต่อเติมเอกสารไม่มีความจริง ช่างรังวัด ปลอมเอกสารและชี้เขตไม่สมบูรณ์ ส่วนเจ้าพนักงานที่ดิน รับรองเอกสารไม่ถูกต้อง โดยบุคคลทั้งห้าดังกล่าวดำเนินงานเกินสมควรและทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายขอให้ชำระค่าเสียหายและมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานที่ดินจัดทำ น.ส.๓ ก ให้ถูกต้องมีเนื้อที่ตรงกับกรณีเสียภาษี คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครองคดีที่มีหลายข้อหาอาจมีลักษณะ ดังนี้

ก. ข้อหาแต่ละข้อหามีความสำคัญเท่าเทียมกัน ในกรณีนี้ศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความจริงในแต่ละข้อหาโดยไม่เกี่ยวข้องกัน

ข. ข้อหาหนึ่งเป็นหลักส่วนข้อหาอื่นเป็นปัญหาเกี่ยวเนื่องหรือปัญหาลำดับรอง ในกรณีนี้ศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความจริงในข้อหาหลักก่อนจึงจะพิจารณาข้อหาเกี่ยวเนื่องหรือข้อหา

ลำดับรองต่อไปได้

คดีนี้ทั้งสองประเด็นเป็นข้อหาหลักที่แยกออกจากกันได้ จึงต้องแยกพิจารณาจากกันในศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา กล่าวคือ ประเด็นแรก ผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์ในการเรียกค่าเสียหายจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ในกรณีนี้ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คือศาลปกครอง ส่วนประเด็นที่สอง ผู้ฟ้องคดีประสงค์ขอให้เจ้าพนักงานที่ดินจัดทำเอกสารให้ถูกต้องตรงกับการครอบครองและการเสียภาษี กรณีนี้ศาลจำต้องพิจารณาให้ได้ความว่าผู้ฟ้องคดีมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินอย่างไร จำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินในทรัพย์สินของบุคคลไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงวินิจฉัยว่า ประเด็นเรียกค่าเสียหายอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนการขอให้เจ้าพนักงานที่ดินจัดทำเอกสารให้ถูกต้องตรงกับการครอบครองและการเสียภาษีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม คำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยโดยพิจารณาจากข้อหาของคดีที่พิพาทว่า มีข้อหาเดียวหรือหลายข้อหา หากมีหลายข้อหาต้องพิจารณาต่อไปว่าในหลายข้อหา นั้นเป็นข้อหาที่แยกจากกันได้หรือไม่ ถ้าแยกจากกันได้ก็ต้องพิจารณาอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแต่ละข้อหาว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถ

ตีความต่อไปได้ว่าหากคดีมีหลายข้อหาซึ่งแต่ละข้อหาเกี่ยวเนื่องกันให้พิจารณาข้อหาหลักว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด ข้อหารองก็ย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลนั้นเช่นกัน หรือในคดีที่มีข้อหาเดียวก็ต้องพิจารณาว่าข้อหาดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด มิใช่พิจารณาประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในข้อหาเดี่ยวนั้นว่ามีกี่ประเด็นและแต่ละประเด็นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด

เกณฑ์สิทธิในที่ดิน

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้เปลี่ยนเกณฑ์การวินิจฉัยในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจากการพิจารณาจากข้อหาที่พิพาทดังกล่าวมาใช้เกณฑ์สิทธิในที่ดิน กล่าวคือ ไม่ว่าคดีจะมีหลายข้อหาหรือข้อหาเดียว หากมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่า ที่ดินพิพาทเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ คณะกรรมการวินิจฉัยว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน ซึ่งต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้ใช้ในการวินิจฉัยมาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๖ จนถึงปัจจุบัน เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๙๙/๒๕๕๖ คดีนี้โจทก์เป็นเอกชนยื่นฟ้องจำเลยซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองอ้างว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และผู้ครอบครองที่ดินมีโฉนด แต่ถูกจำเลยก่อสร้างทางหลวงและไหล่ทางรुकล้ำที่ดินและดักดินนำไปถมเป็นทางก่อสร้าง จำเลยให้การว่า จำเลยส่งมอบที่ดินซึ่งส่วนหนึ่งเป็นที่ดินของโจทก์ให้กับผู้รับจ้างทำการก่อสร้างปรับปรุงทางหลวงโดยไม่ทราบว่

เป็นที่ดินของโจทก์เนื่องจากที่ดินมีสภาพเป็นถนน และมีการดำเนินกิจการสาธารณูปโภค ก่อสร้างเสาไฟฟ้าและวางท่อประปา ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไปและไม่มีผู้ใดได้แย่งกรรมสิทธิ์ ถือว่าเจ้าของที่ดินอุทิศให้เป็นสาธารณประโยชน์ โดยปริยาย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิด เห็นว่า การที่ศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งตามคำขอของโจทก์ได้นั้น จำต้องพิจารณาให้ได้ความเสียก่อนว่าที่พิพาทเป็นของโจทก์ตามที่กล่าวอ้างหรือเป็นที่สาธารณประโยชน์เป็นสำคัญ แล้วจึงจะพิจารณาประเด็นอื่นได้ต่อไป จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

๒. บทวิเคราะห์หลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใช้วินิจฉัยเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

๒.๑ ปัญหาความหมายสิทธิในที่ดิน

ปัจจุบันคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลใช้เกณฑ์สิทธิในที่ดินในการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม เกี่ยวกับประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย) ได้เคยมีความเห็นไว้ว่า ที่มาตรา ๖๐ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้ามีผู้ได้แย่งสิทธิกัน” ก็หมายความว่า มีการโต้แย้งสิทธิกันระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งต่างอ้างว่าตนมีสิทธิในที่ดิน และอาจออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้นให้ การที่กรมป่าไม้

คัดค้านการออกหนังสือแสดงสิทธิในเขตป่าสงวนแห่งชาตินั้น ไม่ถือว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิกัน เพราะในเขตป่าสงวนแห่งชาติผู้ใดจะมีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองที่ดินไม่ได้ และที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติก็ไม่อาจออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินได้ ดังนั้น ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐจึงไม่ใช่เรื่องสิทธิในที่ดิน

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวอาจตีความได้ว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินมิใช่เรื่องสิทธิในที่ดิน โดยประเด็นพิพาทเรื่องสิทธิในที่ดินต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งเห็นว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินกล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินทั้งของฝรั่งเศสและของไทย เป็นเพียงการใช้อำนาจจัดระเบียบการใช้ที่ดินสาธารณะและการจัดการดูแลเท่านั้น ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่จัดระเบียบหรือดูแลที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินต้องดำเนินการเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การใช้ประโยชน์ในที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินมีความเป็นธรรมและเหมาะสม ตลอดจนเพื่อรักษาที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินไว้ให้คงอยู่ได้ตลอดไป ดังนั้น ฝ่ายปกครองซึ่งกฎหมายให้อำนาจในการจัดระเบียบหรือดูแลที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน จึงไม่ได้ใช้สิทธิเช่นเดียวกับที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในครอบครองที่ดินของตนแต่อย่างใด อีกทั้ง ที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินนั้น ผู้ใดจะยกอายุความขึ้นต่อสู้ไม่ได้ ฉะนั้น ไม่ว่านาน

เพียงใดที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินก็ไม่มีผู้ใดแย่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองไปได้ จึงเห็นว่าเมื่อมีปัญหาว่าที่ดินเป็นของเอกชนหรือเป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน จึงไม่ได้โต้แย้งเพื่อแย่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองเพียงแต่มีปัญหาโต้แย้งกันในข้อเท็จจริงเท่านั้นว่า ที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ หากได้โต้แย้งกันเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินแต่อย่างใด

๒.๒ ปัญหาการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของศาลปกครอง

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในปัจจุบันนอกจากใช้หลักเกณฑ์เรื่องสิทธิในที่ดินซึ่งมีประเด็นว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ควรเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องสิทธิในที่ดินดังกล่าวแล้ว คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวยังมีนัยว่า ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยนั้นต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน อาจกล่าวโดยสรุปว่าที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเป็นที่ดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ดังนั้น โดยสภาพหรือโดยเนื้อหาของที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินแล้ว เป็นเรื่องกฎหมายมหาชน แต่ที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็น่าจะสืบเนื่องมาจากในอดีตไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายว่าเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชน ดังนั้น แม้ที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ไม่ทำให้ที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินกลายเป็นเรื่องของ

เอกชนไป นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่กฎหมายที่มีไว้เพื่อให้ศาลยุติธรรมใช้บังคับได้เท่านั้น ประกอบกับไม่มีกฎหมายใดบัญญัติห้ามมิให้ศาลปกครองนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ และหากพิจารณาเปรียบเทียบกับคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ หรือคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) และ (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ตามลำดับ จะเห็นได้ว่าในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวศาลปกครองสามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ศาลปกครองก็ย่อมนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยได้เช่นเดียวกัน

๒.๓ ปัญหาการวินิจฉัยจากประเด็นในข้อหามิใช่วินิจฉัยจากข้อหาที่พิพาท

ปัจจุบันคณะกรรมการมิได้พิจารณาจากข้อหาที่พิพาทแต่พิจารณาจากประเด็นที่ต้องวินิจฉัยซึ่งไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการ เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑๙/๒๕๕๔ คดีที่เอกชนยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า กรมที่ดินมีคำสั่งให้เพิกถอน น.ส. ๓ ก. ของผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าอยู่ในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีและการออก น.ส. ๓ ก. เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งแต่ถูกยกอุทธรณ์ ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งเพิกถอน น.ส. ๓ ก. ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองให้

ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้มีสิทธิครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท ให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองให้การว่าที่ดินพิพาทตาม น.ส. ๓ ก. ได้ออกในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า แม้เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีคำสั่งเพิกถอน น.ส. ๓ ก. ของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง แต่การที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว หรือให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้มีสิทธิครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทต่อไปหรือเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้นั้น ศาลจำต้องพิจารณาในปัญหาว่าที่ดินพิพาทเป็นของผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามที่กล่าวอ้างหรืออยู่ในเขตป่าไม้ถาวรเป็นสำคัญ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินระหว่างคู่กรณี อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม จะเห็นว่าคดีนี้หากพิจารณาคำฟ้องและคำขอของผู้ฟ้องคดีแล้วคดีมีข้อหาที่พิพาทว่า คำสั่งเพิกถอน น.ส.๓ ก และวินิจฉัยอุทธรณ์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงข้อหาเดียวและเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ โดยกล่าวหาว่า หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมิได้วินิจฉัยจากข้อหาในคำฟ้อง แต่นำประเด็นที่ต้องวินิจฉัยก่อนในข้อหาดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยเขตอำนาจศาล

๒.๔ ปัญหาการวินิจฉัยจากข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลย

คดีหลายคดีที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยปัญหาเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดินจากข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลย เช่น คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑๐/๒๕๔๖ คดีที่เอกชนยื่นฟ้องกรุงเทพมหานครว่ากระทำละเมิดโดยก่อสร้างถนนรुक้าเข้าไปในที่ดินของเอกชนทำให้ได้รับความเสียหายถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะมิใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ จึงเป็นการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ถูกฟ้องคดียอมรับว่าที่พิพาทเป็นที่ดินของผู้ฟ้องคดี ไม่มีประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันจะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายที่ดินและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คดีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑๖/๒๕๔๔ คดีที่เอกชนยื่นฟ้องเทศบาลเมืองนนทบุรีว่าทำละเมิด โดยการนำรถไถบุกรุกเข้าไปไถทำลายทรัพย์สินรวมทั้งหมดหลักเขตของที่ดินเพื่อก่อสร้างเขื่อน ขอให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นค่ารั้วถอน หรือค่าที่ดิน ผู้ถูกฟ้องคดีให้การว่าที่ดินบริเวณดังกล่าวเป็นที่ขายตลิ่งอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน ไม่ได้บุกรุกที่ดินของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ศาลจำต้องพิจารณาให้ได้ความเสียก่อนว่าที่ดินพิพาทเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่หรือเป็นที่ขายตลิ่งอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันเป็นสำคัญแล้วจึงพิจารณาได้ว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นละเมิดหรือไม่ จะต้องชดใช้ค่าเสียหายกันเพียงใด

จึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินระหว่างคู่กรณี
อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล
ที่ ๑๐/๒๕๔๖ เป็นกรณีที่เอกชนฟ้องหน่วยงานทาง
ปกครองว่ากระทำละเมิดรุกล้ำที่ดินของเอกชน
ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้โต้แย้งเรื่องสิทธิในที่ดินคณะกรรมการ
วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวินิจฉัยว่า
อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง
แต่คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่
๑๖/๒๕๔๘ เป็นกรณีที่เอกชนฟ้องหน่วยงานทาง
ปกครองว่ากระทำละเมิดรุกล้ำที่ดินของเอกชน
เหมือนกัน แต่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจ
หน้าที่ระหว่างศาล วินิจฉัยเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับ
สิทธิในที่ดินระหว่างคู่กรณี อันอยู่ในอำนาจพิจารณา
พิพากษาของศาลยุติธรรม

การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลจะต้องพิจารณา
จากคำฟ้องและคำขอของผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์เป็น
สำคัญว่าคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ
ศาลที่ยื่นฟ้องหรือไม่ ทั้งนี้เพราะกฎหมายได้กำหนด
ไว้แล้วว่าศาลใดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี
ประเภทใด ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดี
หรือจำเลย เนื่องจากหากเป็นเช่นนั้นในคดีที่
ผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลยไม่ได้แย้งคดีก็อยู่ในอำนาจ
ของศาลหนึ่ง แต่หากผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลยโต้แย้ง
คดีอยู่ในอำนาจของอีกศาลหนึ่งคำวินิจฉัยปัญหา
เขตอำนาจศาลซึ่งวินิจฉัยจากข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้อง
คดีหรือจำเลยนั้นทำให้เขตอำนาจศาลไม่ได้เป็นไปตาม
หลักกฎหมาย แต่ขึ้นอยู่กับข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดี
หรือจำเลย ซึ่งจะส่งผลให้เขตอำนาจศาลไม่แน่นอน
และสร้างปัญหาให้กับผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์ว่าจะยื่น
ฟ้องคดีต่อศาลใด ทำให้การพิจารณาคดีล่าช้า รวมทั้ง
เป็นเครื่องมือในการประวิงคดีได้ด้วย

๒.๕ ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาล

จากการการศึกษาวิธีพิจารณาคดีแพ่ง
ทั่วไปของศาลยุติธรรมพบว่า มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่
สำคัญประการหนึ่งคือ เป็นวิธีพิจารณาที่ยึดถือหลัก
ความประสงค์ของคู่ความเป็นสำคัญ เพราะเป็นวิธี
พิจารณาที่อยู่บนพื้นฐานที่คู่ความทั้งสองฝ่ายอยู่ใน
ฐานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น ในการพิจารณาคดีของ
ศาลยุติธรรมคู่ความทั้งสองฝ่ายจะตกลงยินยอมกัน
ได้เสมอ และศาลจะพิพากษาตามยอมนั้น ซึ่งหาก
เป็นคดีเกี่ยวกับที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดิน
การยินยอมอาจส่งผลต่อสาธารณสมบัติของแผ่นดิน
และประโยชน์ของสาธารณชน แต่หากเป็นวิธี
พิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาที่
คำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และสิทธิ
และเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน กล่าวคือ
นอกจากศาลปกครองจะมีหน้าที่ในการคุ้มครอง
สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดจนถึง
เจ้าหน้าที่ของรัฐที่สุจริตแล้ว ศาลปกครองยังมีหน้าที่
ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและวางหลัก
เกณฑ์ในการปฏิบัติราชการและจัดทำกิจกรรมของ
รัฐด้วย เช่น ในคดีปกครอง เมื่อศาลปกครองเห็น
สมควร ศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนด
มาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่
คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา
คดีได้ แม้ว่าคู่กรณีจะไม่ได้ร้องขอก็ตาม ในขณะที่
ในคดีแพ่งนั้น ศาลยุติธรรมย่อมไม่มีอำนาจดังกล่าว
หากคู่ความไม่ร้องขอ หรือในกรณีที่คู่กรณีถอนฟ้อง
ถ้าเป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ
หรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม
หรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดย
ไม่เหมาะสม ศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้
ถอนคำฟ้องก็ได้ ดังนั้น การวินิจฉัยให้คดีพิพาท

เกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมประโยชน์สาธารณะอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครอง

๓. ความเห็นเพิ่มเติมและข้อเสนอนะ

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ใช้สิทธิในที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เช่นที่เอกชนทั่วไปใช้ในที่ดินที่ตนมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน จึงไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน อีกทั้ง สาธารณสมบัติของแผ่นดินแม้จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน แต่โดยเนื้อหาของที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินแล้ว เป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน ซึ่งการที่กฎหมายมหาชนบัญญัติอยู่ในกฎหมายเอกชนก็ไม่ทำให้เรื่องดังกล่าวกลายเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนไปด้วยแต่อย่างใด นอกจากนี้ แม้สาธารณสมบัติของแผ่นดินจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดห้ามศาลปกครองนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาวินิจฉัยคดี ซึ่งในคดีปกครองอื่นๆ ศาลปกครองก็สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยคดีได้อยู่แล้ว เช่น คดีละเมิดหรือสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ทั้งการวินิจฉัยจากข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลย ไม่ใช่หลักการการวินิจฉัยเขตอำนาจศาลที่ถูกต้องตามหลักวิชาการหรือจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ซึ่งส่งผลให้เขตอำนาจศาลไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลย และสร้างปัญหาให้ผู้ฟ้อง

คดีหรือโจทก์ว่าจะฟ้องคดีต่อศาลใด นอกจากนี้ หลักเกณฑ์การวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมทั้งของฝรั่งเศสและของไทย และไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนอีกด้วย

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป กล่าวคือ หากเรื่องใดไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นเรื่องนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ฉะนั้นรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แล้วว่า หากมีปัญหาเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น การพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมหรืออยู่ในเขตอำนาจศาลอื่นจะต้องพิจารณาว่าเรื่องนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นหรือไม่ หากไม่ใช่จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น การวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมจึงต้องวินิจฉัยว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามที่รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายดังกล่าวแล้วจะพบว่าไม่ว่าเป็นการกระทำการละเว้นการกระทำ หรือการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินแล้วล้วนแต่เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเป็น
เรื่องของกฎหมายมหาชน ประกอบกับวิธีพิจารณา
คดีของศาลปกครองเป็นวิธีพิจารณาคดีที่คำนึงถึง
การคุ้มครองสาธารณประโยชน์และสิทธิเสรีภาพ
ของประชาชนไปพร้อมกัน ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาคดี
ที่จะทำให้ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของ
ปัจเจกชนได้รับการคุ้มครองอย่างสอดคล้องสมดุล
คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน
จึงควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล
ปกครองไม่ว่าในประเด็นใดก็ตาม และเพื่อให้เขต
อำนาจศาลมีความชัดเจนจึงควรออกกฎหมาย
บัญญัติให้คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติ
ของแผ่นดินอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของ
ศาลปกครอง แต่เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน
สาธารณะสมบัติของแผ่นดินนั้นมีอยู่ในกฎหมาย
มากมายหลายฉบับ ดังนั้น เพื่อสะดวกในการ
ดำเนินการให้เป็นไปตามแนวทางดังกล่าวจึงเห็นว่า
ควรดำเนินการโดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัด
ตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
๒๕๕๒ มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๖) เป็น “คดีพิพาท
เกี่ยวกับที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน หรือเรื่อง
ที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง”

บรรณานุกรม

หนังสือ

กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, ทรัพย์สินทางปกครองใน
กฎหมายเยอรมัน กรุงเทพฯ : วิทยุชน, ๒๕๓๘

กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครอง
เยอรมัน กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๒๗

เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมาย

มหาชน กรุงเทพฯ : วิทยุชน, ๒๕๕๕

ชัยวัฒน์] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายและการ
ปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม กรุงเทพฯ :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๓

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครอง กรุงเทพฯ : สื่อปัญญา, ๒๕๔๐

บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ กรุงเทพฯ : วิทยุชน, ๒๕๔๐

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๑
กรุงเทพฯ : วิทยุชน พิมพ์ครั้งที่ ๔, ๒๕๔๔

บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ
เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญเยอรมัน กรุงเทพฯ :
วิทยุชน, ๒๕๓๕

นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง กรุงเทพฯ :
วิทยุชน, ๒๕๕๕

ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ ๑ กรุงเทพฯ :
นิติบรรณาการ พิมพ์ครั้งที่ ๔, ๒๕๑๑

ไคคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.๓๔๑ ปัญหา
ชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน ๒ กรุงเทพฯ :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๘

ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๒
กรุงเทพฯ : วัฒนาพานิชย์, ๒๕๒๑

ฤทัย หงส์ลิริ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง
กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๔๓

ฤทัย หงส์ลิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาล
ปกครอง กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๒

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาล
ปกครอง กรุงเทพฯ : วิทยุชน, ๒๕๔๔

เสนีย์ ปราโมช. ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ลักษณะทรัพย์สิน กรุงเทพฯ :
อักษรสาสน์, ๒๕๒๐

สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด
อำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, คู่มือดำเนินการ
การ กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์, ๒๕๔๔

หลวงสุทธิวาตนฤพตม์, คำบรรยายประวัติศาสตร์
ชั้นปริญญาโท กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๖

อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง กรุงเทพฯ :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๔

วิทยานิพนธ์ ปริญญาโท

ปริตรตา สดสง่า, การนำวิธีพิจารณาความแพ่งมา
ใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง” (นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๐)

ธรรมรังสี วรรณโก, ระบบการจัดการที่ดินที่เป็น
สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, ๒๕๓๙)

สุนทรี เหมือนพะวงศ์, การใช้และการคุ้มครอง
สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (นิติศาสตร์มหา
บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, ๒๕๓๗)

ชื่อผู้แต่ง] เสริมครุณี ดันติเวสส, คดีมีประเด็นที่จะ
ต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในอำนาจของศาล
อื่น กับปัญหาเขตอำนาจศาลระหว่างศาล
ปกครองและศาลยุติธรรม (นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, ๒๕๔๙)

บทความในหนังสือรายงานการประชุม สัมมนาทาง
วิชาการ

วรารุช วราภรณ์ “ความหมายที่ดินของรัฐ” ใน
วารสารที่ดิน ปีที่ ๕๐ ฉบับที่ ๓ (พฤษภาคม-
มิถุนายน ๒๕๔๗)

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัด
สิทธิและเสรีภาพของประชาชน” ใน
วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ ๓๐ ฉบับที่ ๒,
๒๕๔๓





ความเป็นมาในการจัดตั้งคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในประเทศไทย The Establishment of the National Anti-Corruption in Thailand

วุฒิชัย เต็งพงศธร*

บทคัดย่อ

มาตรการการแก้ไขปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันอย่างเป็นระบบและเห็นเป็นรูปธรรมในสังคมไทยนั้นเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๑๘ จากการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๘ ส่งผลให้มีการจัดตั้งหน่วยงานในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันในประเทศขึ้นครั้งแรกภายใต้ชื่อ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) แต่เนื่องจากการปฏิบัติงานป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ยังคงประสบปัญหาและอุปสรรคหลายประการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่กฎหมายซึ่งยังไม่เป็นรูปธรรมเท่าที่ควร ส่งผลให้เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ผู้ร่างกฎหมายจึงได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชันเสียใหม่ โดยกำหนดให้มีองค์กรอิสระที่เป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยที่สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) องค์กรดังกล่าวมีชื่อว่า สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช)

คำสำคัญ : การจัดตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

Abstract

The first measures to suppress corruption in Thailand had occurred since 1975 from the announcement of the Anti-Corruption Act in 1975. According to this Act, Thailand had been established the Anti-Corruption commission for the first time in the name of "The Counter Corruption Commission" (CCC). However, The Counter Corruption Commission was ineffective in many reasons. As a result, when the constitution of the

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Kingdom of Thailand had been revised in 1997, the lawmakers had decided to organize the Anti-Corruption commission by replaced the Counter Corruption Commission (CCC) to the National Counter Corruption Commission (NCCC).

Keywords : Establishment, the National Counter Corruption Commission

บทนำ

การทุจริตคอร์รัปชันถือเป็นพฤติกรรมที่ปรากฏในสังคมไทยตั้งแต่อดีตเรื่อยมาดังจะเห็นได้จาก ตัวบทกฎหมายที่บัญญัติความผิดและกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่เป็นการฉ้อราษฎร์บังหลวง หรือ การใช้มาตรการในการริบทรัพย์ผู้นำประเทศที่มีพฤติกรรมใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่หาผลประโยชน์ ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายให้กับตนเองและพวกพ้อง แต่การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวยังคงไม่มีความเป็นรูปธรรม การลงโทษผู้กระทำความผิดที่ใช้อำนาจรัฐในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวหรือ พวกพ้องยังคงใช้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาและใช้เจ้าหน้าที่ตำรวจที่รับผิดชอบในคดีทั่วๆ ไปในการดำเนินการกับผู้กระทำความผิด ไม่มีบทกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดมาใช้จัดการกับปัญหาทุจริตคอร์รัปชันเป็นการเฉพาะ จนกระทั่งเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๑๔ ประเทศไทยได้มีมาตรการการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันอย่างเป็นระบบและเห็นเป็นรูปธรรมขึ้นครั้งแรก โดยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๔ ขึ้น ซึ่งผลของกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้มีการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) ทำหน้าที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหาร มีหน้าที่รับผิดชอบด้าน

การป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยตรง นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๔ ยังได้จัดให้มีคณะกรรมการขึ้นมาอีกหนึ่งชุดทำหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ คณะกรรมการดังกล่าวมีชื่อเรียกเป็นการทั่วไปว่าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบใน วงราชการ (คณะกรรมการ ป.ป.ป.) (พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๔ : มาตรา ๔) คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอมาตรการป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎกระทรวง คำสั่ง ประกาศ ข้อบังคับของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่มีการทุจริต (พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๔ : มาตรา ๑๓) เมื่อส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐได้รับทราบมติของคณะรัฐมนตรีและมาตรการป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการแล้ว ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐก็สามารถดำเนินการแก้ไขกฎหมาย กฎกระทรวงหรือระเบียบปฏิบัติในหน่วยงานเพื่อให้เกิดผลดีแก่ทางราชการได้

อย่างไรก็ตาม ในการปฏิบัติงานป้องกันการทุจริต และประพฤติมิชอบในวงราชการของสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และประพฤติมิชอบในวงราชการนับตั้งแต่ก่อตั้ง กลับประสบปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่หลากหลาย ประการเรื่อยมา เช่น ปัญหาสถานะทางกฎหมาย ของเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ที่ยังไม่มีฐานะ ที่เป็นอิสระ ปัญหาเจ้าหน้าที่ของ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริต และประพฤติมิชอบใน วงราชการไม่มีฐานะเป็น พนักงานสอบสวนตามที่กำหนดไว้ในประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งส่งผลให้ หากเจ้าหน้าที่ของสำนักงานป้องกันและปราบปราม การทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการทำ การสืบสวนหาข้อเท็จจริงแล้วทราบว่ามีความผิด ก็จะต้องส่งเรื่องดำเนินคดีด้วยตนเองไม่ได้ ต้องส่งให้ พนักงานสอบสวนทำหน้าที่สอบสวนแทนและ ส่งเรื่องแทน ปัญหาการยังถูกแทรกแซงจากฝ่าย การเมือง ส่งผลให้ภาพพจน์ของคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบ ในวงราชการเป็นเสมือนเลือกกระดากในการจัดการ กับผู้ประพฤติทุจริต แม้จะมีความตั้งใจในการ ทำงานแต่ก็ไม่มีผลงานจริงจัง

จากสภาพการณ์ดังกล่าว ส่งผลเมื่อมี การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปี พ.ศ. ๒๕๕๐ ผู้ร่างกฎหมายจึงได้มีการปรับเปลี่ยน รูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการทุจริต คอร์รัปชันเสียใหม่โดยกำหนดให้มีการยุบสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และประพฤติมิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) และจัดตั้งองค์กรอิสระที่เป็นองค์กรหลักในการ

ตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐใหม่ที่มีชื่อว่า สำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.) ขึ้นมาทำหน้าที่แทน สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาตินี้ (สำนักงาน ป.ป.ช.) มีอำนาจ หน้าที่และพันธะกิจตามพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการ ทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิด เกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวม ๓ ด้าน คือ

๑. ด้านการตรวจสอบทรัพย์สิน ป้องกัน การทุจริตและปราบปรามการทุจริต โดยสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติดังกล่าวนี้มีหน้าที่หลัก คือ การตรวจสอบ การทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ

๒. ด้านการเสนอมาตรการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตแก่รัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือผู้เกี่ยวข้องเพื่อออกเป็นกฎหมายหรือนโยบาย ในการปราบปรามการทุจริต

๓. ด้านการเสริมสร้างทัศนคติและค่านิยม ในความซื่อสัตย์สุจริต และการให้ประชาชนมีส่วนร่วม ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ในการนี้สำนักงานคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีการรับโอน บรรดาเรื่องกล่าวหาร้องเรียนและบรรดากิจการ ทรัพย์สิน สิทธิ หนี้สินของข้าราชการ ลูกจ้างและ เงินงบประมาณของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) ไปเป็นของสำนักงานคณะกรรมการ

ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.) เพื่อให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) เป็นองค์กรด้านธุรการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ในกิจการดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตั้งแต่วันที่ ๑๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ เป็นต้นมา

โครงสร้างและการจัดองค์กรของ คณะกรรมการ ป้องกันและปราบ ปรามการทุจริตแห่งชาติ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้มืองค์กรที่ทำหน้าที่ด้านการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันภายใต้ชื่อที่ว่า สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.) (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ : มาตรา ๑๐๔) สำนักงานฯ ดังกล่าวทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังกล่าวนี้มีฐานะเป็นส่วนราชการ มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นตามรัฐธรรมนูญเพื่อ

สนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติให้ประสบผลสำเร็จอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ : มาตรา ๑๐๗) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีโครงสร้างการบริหารแบ่งออกเป็น

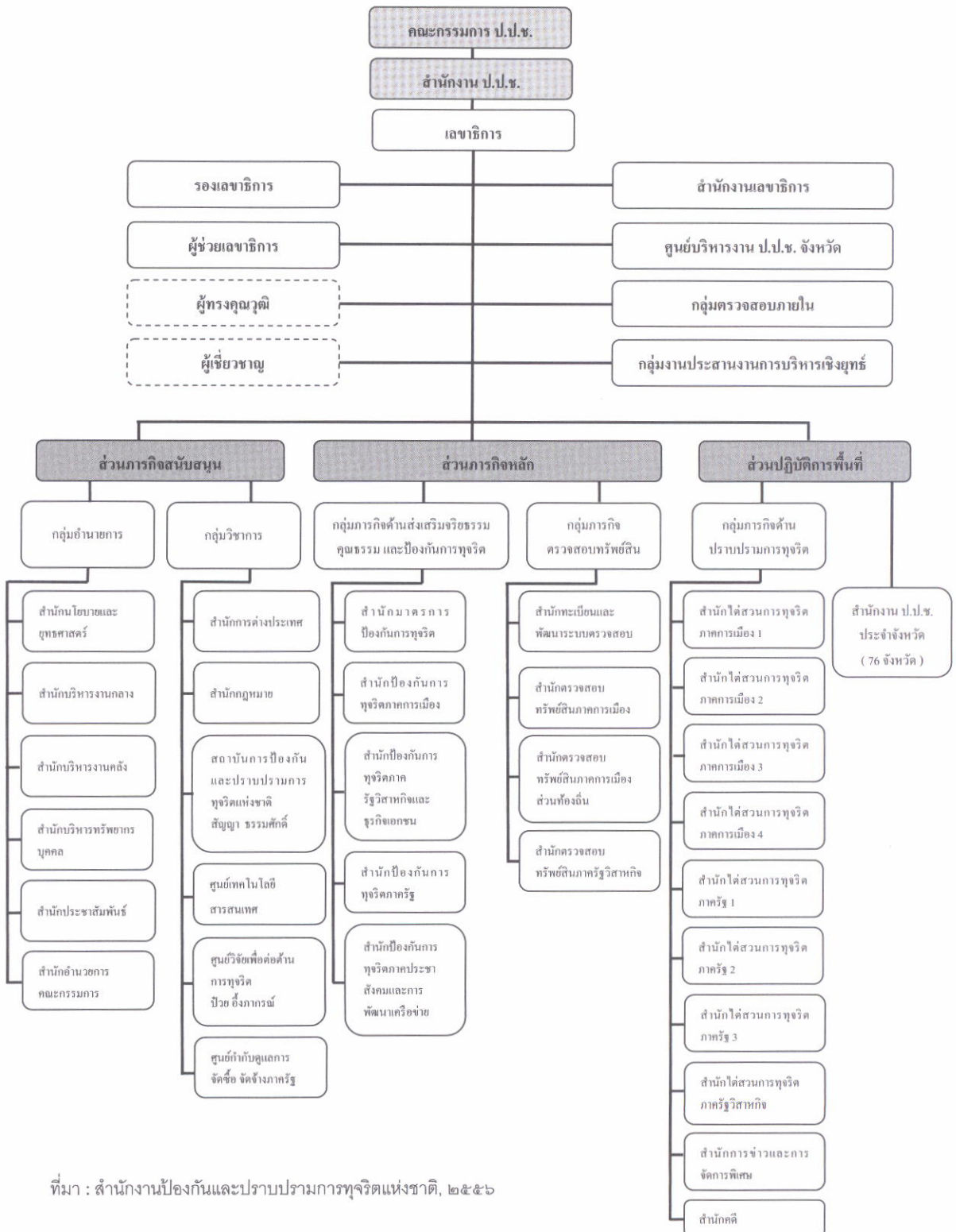
๑. สำนักเลขาธิการ แบ่งออกเป็น ๔ หน่วยงานย่อย ได้แก่ สำนักงานเลขาธิการ ศูนย์บริหารงาน ป.ป.ช. จังหวัด กลุ่มตรวจสอบภายใน และกลุ่มงานประสานงานการบริหารเชิงยุทธ

๒. ส่วนภารกิจสนับสนุน แบ่งออกเป็น ๒ หน่วยงานย่อย ได้แก่ กลุ่มอำนวยการ (มี ๖ สำนักงานย่อย) และกลุ่มวิชาการ (มี ๖ สำนักงานย่อย)

๓. ส่วนภารกิจหลัก แบ่งออกเป็น ๒ หน่วยงานย่อย ได้แก่ กลุ่มภารกิจด้านส่งเสริมจริยธรรม คุณธรรมและการป้องกันการทุจริต (มี ๕ สำนักงานย่อย) และกลุ่มภารกิจตรวจสอบทรัพย์สิน (มี ๔ สำนักงานย่อย)

๔. ส่วนปฏิบัติการพื้นที่ แบ่งออกเป็น ๒ หน่วยงานย่อย ได้แก่ กลุ่มภารกิจด้านปราบปรามการทุจริต (มี ๑๐ สำนักงานย่อย) และสำนักงาน ป.ป.ช. จังหวัด (มี ๓๖ จังหวัด)

ภาพแสดงโครงสร้างสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ



ที่มา : สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, ๒๕๕๖

ในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ดำเนินการสรรหาบุคลากรทั้งข้าราชการและลูกจ้างเพื่อให้เพียงพอเหมาะสม สอดคล้องกับปริมาณงาน และตอบสนองต่อการปฏิบัติงานโดยเฉพาะบุคลากรในระดับปฏิบัติ การโอนข้าราชการจากหน่วยงานต่างๆ ที่จะสามารถนำความรู้และประสบการณ์มาใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติงานให้กับสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ นอกจากนั้นยังมีการประสานกับหน่วยงานอื่นเพื่อเพิ่มบุคลากรด้านการไต่สวนให้สอดคล้องกับปริมาณงานและให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยทำบันทึกข้อตกลงกับสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ กระทรวงมหาดไทยและกรมการปกครองเพื่อให้ข้าราชการดังกล่าวมาช่วยราชการในการทำหน้าที่พนักงานเจ้าหน้าที่และอนุกรรมการไต่สวน ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นผู้สนับสนุนค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนในการปฏิบัติงาน(พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ : มาตรา ๑๐๗)

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ : มาตรา ๑๙)

๑. ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งความเห็นเสนอต่อวุฒิสภาเกี่ยวกับการถอดถอนจากตำแหน่ง

๒. ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งความเห็นส่งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา ๓๐๘ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๓. ไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายวยผิดปรกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

๔. การตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สิน ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

๕. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดตำแหน่งและชั้นหรือระดับของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน

๖. กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการเปิดเผยบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี

๗. รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรี สมาชิกแทนราษฎรและวุฒิสภาทุกปี และนำรายงานออกเผยแพร่ เสนอมาตรการ ความเห็น หรือข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาล หรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อให้มีการปรับปรุง

การปฏิบัติราชการ หรือวางแผนงานโครงการของ
ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ
เพื่อป้องกันหรือปราบปรามการทุจริตต่อหน้าที่
การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือ
การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

๘. ดำเนินการส่งเรื่องให้หน่วยงาน
ที่เกี่ยวข้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษา
ให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่
เจ้าหน้าที่ของรัฐได้อนุมัติหรืออนุญาตให้สิทธิ
ประโยชน์หรือออกเอกสารสิทธิแก่บุคคลใดไปโดย
มิชอบด้วยกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ
อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทางราชการ

๙. ดำเนินการเพื่อป้องกันการทุจริตและ
เสริมสร้างทัศนคติและค่านิยมเกี่ยวกับความซื่อสัตย์
สุจริต

๑๐. ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง
เลขาธิการ

๑๑. แต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเพื่อ
ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย

๑๒. ดำเนินการอื่นตามที่พระราชบัญญัติ
ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบ
ปรามการทุจริต หรือกฎหมายอื่นกำหนด

กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
แห่งชาติ มีวาระการดำรงตำแหน่ง ๙ ปี นับแต่วันที่
พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และดำรงตำแหน่ง
ได้เพียงวาระเดียว (พระราชบัญญัติประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม
การทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ : มาตรา ๑๒)

บทสรุป

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ จะเห็นได้ว่า
การตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชันถือเป็นปัญหา
อันสำคัญยิ่งของสังคมที่รัฐบาลควรให้ความสนใจ
ในประเทศที่มีอัตราการทุจริตคอร์รัปชันที่สูงย่อม
นำไปสู่การขัดขวางทางเจริญของประเทศนั้น ส่งผลให้
ประเทศดังกล่าวไม่สามารถใช้ทรัพยากรของตนได้
อย่างเต็มที่ อันนำไปสู่การพัฒนาประเทศที่ล่าช้า
และขาดประสิทธิภาพเท่าที่ควร ในส่วนของ
ประเทศไทย แนวคิดเรื่องการตรวจสอบการทุจริต
คอร์รัปชันเริ่มเกิดขึ้นและเห็นผลอย่างเป็นรูปธรรม
ครั้งแรก เมื่อมีการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการ
ป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติ
มิชอบในวงราชการ (สำนักงาน ป.ป.ป.) ขึ้นเมื่อปี
พ.ศ. ๒๕๑๘ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบ
ปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ
พ.ศ. ๒๕๑๘ แต่เนื่องจากปัญหาและอุปสรรคหลาย
ประการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่กฎหมายซึ่งยังไม่
เป็นรูปธรรมเท่าที่ควร ส่งผลให้เมื่อมีการร่าง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปี พ.ศ.
๒๕๔๐ ผู้ร่างกฎหมายจึงได้มีการปรับเปลี่ยนรูป
แบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการทุจริต
คอร์รัปชันเสียใหม่ โดยกำหนดให้มีองค์กรอิสระที่เป็น
องค์กรหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย
ที่สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ
(สำนักงาน ป.ป.ป.) องค์กรดังกล่าวมีชื่อว่า
สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.)

บรรณานุกรม

สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริต
แห่งชาติ. ๒๕๕๖. โครงสร้างสำนักงาน
ป้องกันและปราบปราม

การทุจริตแห่งชาติ. [ออนไลน์]. เข้าถึงจาก : [http://
www.nacc.go.th/ewt_news.php?
nid=8575](http://www.nacc.go.th/ewt_news.php?nid=8575)

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริต
และประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ.
๒๕๑๘

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ
ป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.
๒๕๔๒





THE ADOPTION OF A STANDARD DEFINITION OF CULTURAL HERITAGE TO THE DEVELOPMENT OF A COHERENT INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR ITS PROTECTION

Peerapon Jaderojananont*

Abstract

This article is dealt with the key issue of how the adoption of a standard definition of cultural heritage would facilitate a uniform understanding of the nature of its subject matter and the development of a coherent international legal framework for its protection. Due to the diverse range of current definitions of cultural heritage mentioned in many international legal instruments, it is very difficult to precisely identify and indicate which monuments, groups of buildings, sites, antiques or other items that might be cultural important should be protected as cultural heritage. If there is no any standard definition of cultural heritage, each state might specify the definition of cultural heritage in a different way that results in a lack of unity. Thus, it would be interesting to determine and discuss how a uniform understanding of the cultural heritage definition can be effectively developed.

Keywords : Cultural Heritage, A Standard Definition, International Legal Framework

1 Introduction

There are currently multi-definitions of cultural heritage that have resulted in several problems relating to the legal interpretation and application for the protection of cultural heritage. Because of

the diverse range of current definitions of cultural heritage mentioned in many international legal instruments, it is very difficult to precisely identify and indicate which monuments, groups of buildings, sites, antiques or other items that may be cultural

* 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 at Faculty of Law, Huachiew Chalermprakiet University, Thailand.

important should be protected as cultural heritage. Accordingly, the problem of multi-definitions of cultural heritage leads to the contemporary debate focusing on whether there should be a standard definition of cultural heritage. Furthermore, it would be interesting to discuss and examine whether and how the standard definition of cultural heritage would facilitate a uniform understanding of the nature of its subject matter and the development of a coherent international legal framework for its protection. In order to decrease or eliminate the problem of diverse and ambiguous definitions of cultural heritage, the adoption of a standard definition of cultural heritage would assist both lawyers and non-lawyers to understand what is the certain character of cultural heritage. Consequently, this article would strongly aim to discuss and evaluate how the adoption of a standard definition of cultural heritage would facilitate a uniform understanding of the nature of its subject matter and the development of a coherent international legal framework for its protection.

2 The Identification of the Term "Cultural Heritage"

The term "culture" is described as the totality of socially transmitted behavior patterns, arts, beliefs, institutions, and all other products of human work and thought; furthermore, the meaning of heritage also refers to something which can be inherited or passed down from preceding generations.¹ The well-known concept of cultural heritage is brought to relate to the built environment and ancient structures.² The scope of cultural heritage has been broadened from the concern of individual buildings and physical heritage to groups of buildings and intangible heritage.³

In regard to the general definition of cultural heritage, it is very likely that cultural heritage can include anything which is culturally significant and may be in diverse forms such as music, literature, art, archaeological sites, historical artifacts, natural formations, ancient remedies or sacred artifacts.⁴ On the other hand, there are some contemporary commentators who

¹ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Judicial Handbook on Environmental Law* (United Nations Environment Programme, 2005) 109.

² Ben Boer and Graeme Wiffen, *Heritage Law in Australia* (Oxford University Press, 2006) 18.

³ Yahaya Ahmad, "The Scope and Definitions of Heritage: From Tangible to Intangible" (2006) 12(3) *International Journal of Heritage Studies* 292, 299.

⁴ Sarah Harding, "Value, Obligation and Cultural Heritage" (1999) 31 *Arizona State Law Journal* 291, 297.

argue that the meaning of cultural heritage should be limited to anything that is virtually associated to a specific culture, both in origin and purpose.⁵ However, in terms of the legal definition of cultural heritage, it is found that the phrase “cultural heritage” can be perceived through several legal documents such as international treaties, conventions as well as acts of parliament. International conventions and treaties concerning the protection of cultural heritage also provide a definition of cultural heritage.

Due to the appearance of an international movement for protecting heritage after World War II, the 1972 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage known as the World Heritage Convention (WHC) was developed from the concept of integration between the preservation of cultural sites and the conservation of nature.⁶ Under the WHC, Article 1 provides the definition of cultural heritage and divides the cultural heritage into three categories: (1) Monuments: architectural works, works of monumental sculpture and painting, elements or structures of an archaeological nature, inscriptions, cave dwellings and

combinations of features, which are of outstanding universal value from the point of view of history, art or science; (2) Groups of buildings: groups of separate or connected buildings which, because of their architecture, their homogeneity or their place in the landscape, are of outstanding universal value from the point of view of history, art or science; (3) Sites: works of man or the combined works of nature and man, and areas including archaeological sites which are of outstanding universal value from the historical, aesthetic, ethnological or anthropological point of view.⁷

According to Article 1, it seems obvious that cultural heritage is categorized into three main things: (1) monuments, (2) groups of buildings, and (3) sites. However, the important criteria which is to be considered as the world cultural heritage is that those things should consist of outstanding universal value from the point of view of history, art, science, aesthetic, ethnology or anthropology. Unfortunately, the definition of cultural heritage under the WHC is mostly focused on a physical and immovable heritage and tangible heritage but intangible and movable cultural heritage

⁵ Ibid.

⁶ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, The World Heritage Convention UNESCO World Heritage Centre <<http://whc.unesco.org/en/convention>>.

⁷ Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, opened for signature 23 November 1972, 1037 UNTS 151 (entered into force 15 December 1975) art 1.

is excluded under the WHC.

Nonetheless, although intangible heritage is not included under the WHC, the intangible heritage is specifically protected by the 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (ICH). Under Article 2 of the ICH, intangible heritage refers to the practices, representations, expressions, knowledge, skills, the instruments, objects, artifacts and cultural spaces associated therewith that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. These intangible cultural heritage transmitted from generation to generation is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity.

Article 2 of the ICH manifests examples of intangible heritage covering oral traditions and expressions, language as a vehicle of the intangible cultural heritage,

performing arts, social practices, rituals and festive events, knowledge and practices concerning nature and the universe and traditional craftsmanship.⁸ It seems that the ICH attempts to narrow the definition of cultural heritage to cover intangible heritage. Nevertheless, there are some key problems of the term “intangible heritage”. This term may not be adopted and approved at a domestic level; for example, in some countries, they do not obviously use the term “intangible heritage” in their own national laws.⁹

Beside the term “cultural heritage” and “intangible heritage”, there is the emergence of term “cultural property”. In regarding the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, it provides the definition of cultural property which means a property, on religious or secular grounds, designated by each state as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science.¹⁰ However, it has remained controversial to distinguish between what is cultural property and

⁸ Ibid.

⁹ Human Sciences Research Council, The Subtitle Power of Intangible Heritage: Legal and Financial Instrument for Safeguarding Intangible Heritage (HSRC, 2004) 27.

¹⁰ Convention on the Means of prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, opened for signature 14 November 1970, 823 UNTS 231, 9 ILM 289 (entered into force 1 July 1998) art 1.

cultural heritage. A lot of experts also commented that the cultural heritage can be viewed as public interest while cultural property may be interpreted in a more restricted sense which can be described as an object or group of objects based on the significance of the object as one of archaeological, scientific or historic importance.¹¹ Therefore, this divergence may probably lead to the confusion of interpretation between the terms “cultural property” and “cultural heritage”.

The term “cultural property” also appears in the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict that was adopted after the cultural destruction of World War II.¹² This convention particularly aims to protect cultural properties during armed conflict.¹³ For the definition of cultural property under this convention, it is described as a movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people.¹⁴ Its definition is

also extended to cover monuments of architecture, art or history, archaeological sites and many works of art.¹⁵ The protection under the convention also includes repositories of cultural objects such as museums, libraries and refuges built as shelter during hostilities.¹⁶

In terms of national law, the definition of cultural heritage appears in some statutes. For example, in Thailand, Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art And National Museums B.E. 2504 (1961) is the main law for protecting the cultural heritage in Thailand. With respect to this Act, it does not directly provide the certain definition of cultural heritage; nevertheless, it attempts to identify the definition of some properties that are categorized as cultural heritage such as monument, antique, object of art. Under Section 4 of this Act, cultural properties can be divided into three types: (1) Ancient Monument means an immovable property which, by its age or architectural characteristics or historical evidence, is

¹¹ Lucille A. Roussin, “Cultural Heritage and Identity” (2004) 11 Cardozo Journal of International and Comparative Law 707, 707.

¹² Patty Gerstenblith et al, “International Art and Cultural Heritage” (2009) 43 International Lawyer 811, 811.

¹³ Ibid.

¹⁴ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, opened for signature 14 May 1954, 249 UNTS 215 (entered into force 7 August 1956) art 1(a).

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Patty Gerstenblith, “Protecting Cultural Heritage in Armed Conflict: Looking Back, Looking Forward” (2009) 7 Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal 677, 686.

useful in the field of art, history or archaeology; (2) Antique means an archaic movable property, whether produced by man or by nature, or being any part of ancient monument or of human skeleton or animal carcass which, by its age or characteristics of production or historical evidence, is useful in the field of art, history or archaeology; (3) Object of Art means a thing produced by craftsmanship, which is appreciated as being valuable in the field of art.¹⁷ Nonetheless, it seems obvious that this Act does not include intangible heritage for its protection.

3 The Problems Associated with the Diverse Range of Current Definitions

Diverse definitions of cultural heritage can probably result in several problems in legal interpretation and application. Due to the lack of a standard definition, the interpretation of cultural heritage and cultural property has remained controversial. For example, in considering the WHC and the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, it is unclear to point whether cultural property under the Hague Convention would be included under the WHC.

Additionally, the WHC only mentions the protection of cultural heritage and does not mention about cultural property. However, if we carefully consider the definition of cultural property under the Hague Convention, it is found that cultural property such as monuments of architecture, art or history in addition to groups of buildings is a subcategory within cultural heritage.¹⁸ The debatable issue of whether the definition of cultural property under the Hague Convention may coincide with the WHC can be clarified. Although the definition of cultural property may be included under the WHC, it is unfortunate that there has been the conflict of definition between the WHC and the Hague Convention. Under Article 1 of the WHC, the protection of cultural heritage under WHC only includes movable cultural heritage while the definition of cultural property under the Hague Convention can include both movable and immovable cultural heritage.

Problems associated with diverse definitions may result from the national law of each state. If there is no any standard definition of cultural heritage, each state may specify the definition of cultural heritage in a different way showing a lack of unity. This

¹⁷ Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art And National Museums B.E. 2504 (1961) s 4.

¹⁸ Janet Blake, "On Defining The Cultural Heritage" (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly 61, 66.

significant problem may undermine the effectiveness of the protection of cultural heritage, if some cultural heritage is transferred from one state to another. For instance, in Thailand, Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art And National Museums B.E. 2504 (1961) mentions the protection of object of art which refers to a thing produced by craftsmanship appreciated as being valuable in the field of art.¹⁹ When some objects of art that are cultural heritage of another state are transferred into Thailand, probably, those objects of art are not protected under Thai law because they are excluded in the definition under the Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art And National Museums B.E. 2504 (1961). From the discussion above, it is important that a standard definition of cultural heritage is very necessary to protect cultural heritage. A standard definition can also play a key role in eliminating the confusion of legal interpretation and developing and providing the uniform understanding of the nature of cultural heritage.

4 Advantages and Disadvantages of A Standard Definition

The advantages of a standard

definition can be summarized into three reasons. First of all, a standard definition could promote the effectiveness and unity of national legal measures for protecting cultural heritage because it would be easier for all states to adopt the same standard definition to legislate identical national laws for protecting cultural heritage. Moreover, the adoption of a standard definition would facilitate a uniform understanding of the nature of its subject matter and the development of a coherent international legal framework for its protection. Finally, a standard definition could create a uniform understanding of the significance and value of cultural heritage. If the standard definition is adopted, any confusion and ambiguity could be eliminated.

The disadvantages of a standard definition can be summarized into two reasons. Firstly, the adoption of a standard definition may be too rigid to accommodate the changing character of cultural heritage in the future. The standard definition may be out of date, if the character of cultural heritage is developed and converted to another form that is no longer relevant to the standard definition. Moreover, practically, if the standard definition is adopted in an international legal framework such as treaty,

¹⁹ Act on Ancient Monuments, Antiques, Objects of Art And National Museums s 4.

convention or protocol, it is difficult to compel any state to recognize such standard definition because each state has the absolute right to adopt its own definition of cultural heritage. Although this problem may be resolved by providing the standard definition as soft law or guidance form, it is realized that the soft law or guidelines are non-legally binding which cannot enforce states to approve and agree with it.

5 Proposals for the Future

The adoption of a standard definition of cultural heritage can provide important benefits for legal interpretation and application. Therefore, the standard definition of cultural heritage should be adopted as soon as possible. The further interesting issue is how such standard definition should be defined and what are the appropriate criteria that should be considered as the standard definition.

Fundamentally, the standard definition of cultural heritage should be defined as anything that can be inherited; moreover, it should express a specific way of life and the heritage of a culture that are explicit outcome of the manner and existence of that culture.²⁰ In order to set the

key criteria of the standard definition, it should include all tangible and intangible heritages, whether on land or underwater and include all movable and immovable heritages, whether on land or underwater. In the future, the standard definition of cultural heritage should be contained in international legal frameworks such as treaties and conventions concerning the protection of cultural heritage so that the confusion of what is cultural heritage can be resolved. Each state can also adopt such standard definition to use in its own jurisdiction in order to protect its own cultural heritage on the same way.

6 Conclusion

In conclusion, the adoption of a standard definition of cultural heritage is very important to protect cultural heritage because the existing definition of cultural heritage has been still complex and difficult to explain, the adoption of a standard definition would assist both lawyer and non-lawyer to understand the exact definition of cultural heritage and identically interpret which areas, objects or anything should be considered as cultural heritage. As a result of the adoption, the standard definition may be extensively used as the main definition in

²⁰ Vinay Reddy, "Common Law Conflict of Laws Rules and The Protection of Cultural Heritage: A Conflict Between The Two?" (2001) 5 Flinders Journal of Law Reform 199, 200.

order to provide the unity of the development of a coherent international legal framework for its protection.

References

- Ahmad, Yahaya, 'The Scope and Definitions of Heritage: From Tangible to Intangible' (2006) 12(3) International Journal of Heritage Studies 292
- Blake, Janet, 'On Defining The Cultural Heritage' (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly 61
- Boer, Ben and Graeme Wiffen, Heritage Law in Australia (Oxford University Press, 2006)
- Evans, Maurice, Principles of Environmental and Heritage Law (Prospect Media, 2000)
- Forrest, Craig, International Law and the Protection of Cultural Heritage (Routledge, 2010)
- Gerstenblith, Patty, 'Protecting Cultural Heritage in Armed Conflict: Looking Back, Looking Forward' (2009) 7 Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal 677
- Gerstenblith, Patty, Laina Lopez and Lucille Roussin, 'International Art and Cultural Heritage' (2009) 43 International Lawyer 811
- Goodwin, Edward J., 'The World Heritage Convention, the Environment, Compliance' (2009) 20(2) Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 157
- Harding, Sarah, 'Value, Obligation and Cultural Heritage' (1999) 31 Arizona State Law Journal 291
- Human Sciences Research Council, The Subtitle Power of Intangible Heritage: Legal and Financial Instrument for Safeguarding Intangible Heritage (HSRC, 2004)
- Kiss, Alexandre and Dinah Shelton, Judicial Handbook on Environmental Law (United Nations Environment Programme, 2005)
- Reddy, Vinay, 'Common Law Conflict of Laws Rules and The Protection of Cultural Heritage: A Conflict Between The Two?' (2001) 5 Flinders Journal of Law Reform 199
- Roussin, Lucille A., 'Cultural Heritage and Identity' (2004) 11 Cardozo Journal of International and Comparative Law 707





หลักความเสมอภาคกับการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา

ธนาชัย สุนทรอนันตชัย*

บทคัดย่อ

การจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษาของรัฐนั้น ต้องดำเนินการภายใต้หลักความเสมอภาคทางการศึกษาโดยอยู่บนพื้นฐานของความถนัด ความสนใจ และความสามารถของแต่ละบุคคล การจัดการศึกษาของรัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อันรวมถึงการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับ อุดมศึกษาที่ต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย บทความนี้จะเขียนขึ้นโดยมุ่งประเด็นเกี่ยวกับปัญหาของหลักความเสมอภาคกับการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาทั้งในระบบรับกลาง และระบบรับตรง ซึ่งพบว่ายังมีหลายประเด็นปัญหาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค ยกตัวอย่างเช่น เกณฑ์การรับเข้าศึกษาต่อ ความไม่เท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ ความพิการทุพพลภาพ เป็นต้น

คำสำคัญ : ความเสมอภาค, อุดมศึกษา, การรับเข้าศึกษา

Abstract

The State management of higher education must be conducted under equality of education with the basis of aptitude, interest and ability of individual. The State management of education shall not discriminate against any person or group of persons. This includes the admission of higher education institutions with regard to equality. This article is focusing on issue of equality with the admission of higher education institutions through the Central Admissions System and Direct System. The result indicates that there are several reasons that cause inequality, for example, admission requirement, economic inequality, and disability.

Keywords : Equality, Higher Education, Admission

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียว เฉลิมพระเกียรติ

บทนำ

หลักความเสมอภาค เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่นานาประเทศ รวมถึงประเทศไทยให้การยอมรับดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา ๓๐ ซึ่งหมายรวมถึงความเสมอภาคที่บุคคลจะได้รับสิทธิทางการศึกษาอย่างเท่าเทียมกันด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษา ไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียน ซึ่งจะมุ่งเน้นไปที่การจัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน (ประถมศึกษาปีที่ ๑ - มัธยมศึกษาปีที่ ๖) เป็นหลัก ทำให้มีประเด็นที่น่าสนใจว่า ในการจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษา ซึ่งในบทความชิ้นนี้ผู้เขียนเน้นการศึกษาเกี่ยวกับระบบการคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษานั้น มีประเด็นปัญหาประการใดที่อาจส่งผลกระทบต่อความเสมอภาคทางการศึกษาของบุคคลหรือไม่ อย่างไร

หลักความเสมอภาคกับการจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษา

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้มากเพียงใดก็ตาม แต่บุคคลจะไม่สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้สมดังที่รัฐธรรมนูญ

บัญญัติไว้ หากไม่มีหลักความเสมอภาคเป็นตัวกำกับ โดยหลักความเสมอภาคเป็นหลักที่กำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนทุกคนโดยเท่าเทียมกัน โดยยึดหลักประการสำคัญที่ว่าต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไป

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาหลักความเสมอภาคนั้น ย่อมต้องพิจารณาควบคู่กันกับหลักการเลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี ซึ่งได้มีการกำหนดหลักการเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา ๓(๓) กล่าวคือ “บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้ เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อความคิด ในทางศาสนาหรือทางการเมือง บุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น” ซึ่งในทางข้อเท็จจริงหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัตินี้แสดงให้เห็นว่า บุคคลไม่อาจจะได้รับการปฏิบัติอย่างได้เปรียบหรือเสียเปรียบอันเนื่องมาจากเหตุดังกล่าว ดังนั้น มาตราดังกล่าวจึงเป็นขอบเขตของการคุ้มครองในกรณีที่การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น มีผลมาจากคุณสมบัติตามที่บัญญัติไว้^๙ การเลือกปฏิบัติจากเหตุดังกล่าว จึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักความเสมอภาคจะห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ แต่การเลือกปฏิบัติก็ก่อให้เกิดความเสมอภาคได้ หากมีเหตุผลความจำเป็นใน ๓ กรณี ดังต่อไปนี้

^๙ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, ๒๕๕๒), หน้า ๑๔๒.

(๑) กรณีที่เกิดจากสภาพของเรื่องที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากบุคคลอยู่ในสภาพ หรือในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เช่น บุคคลซึ่งมีความพิการและมีข้อจำกัดในการศึกษา อย่างกรณีคนที่มีความบกพร่องทางสายตาหรือบกพร่องทางการได้ยิน ก็ควรมีการจัดบริการทางการศึกษาให้กับบุคคลเหล่านั้นเป็นพิเศษ ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ.๒๕๕๑ เป็นต้น

(๒) กรณีที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายมหาชนแล้ว หากประโยชน์ของส่วนรวมขัดกับประโยชน์ของปัจเจกชน ประโยชน์ของส่วนรวมย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนั้น หากเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ก็ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม ต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะ และหลักเกณฑ์ที่เลือกปฏิบัติด้วย เช่น หากเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า (กิจการประปา บำบัดน้ำเสีย ขนส่ง ตลาด) การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมนหรือรายจ่ายย่อมแตกต่างกันได้ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม แต่หากใช้สถานะทางการเงินเป็นเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติเพื่อรับนักเรียนเข้าศึกษา ศาลปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น^๒

(๓) กรณีที่มุ่งขจัดความเหลื่อมล้ำแตกต่างที่กำลังดำรงอยู่ กล่าวคือ เป็นการดำเนินการ

เพื่อยกระดับและคุ้มครองให้คนที่มีสถานะด้อยกว่าผู้อื่น เพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่เกิดขึ้น อันเป็นการขจัดอุปสรรคและส่งเสริมให้บุคคลได้ใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน เช่น กรณีศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพิพากษาในคดี Regents of University of California V. Bakke 438 US 265 (1978) ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่งร้อยละ ๑๖ ของคณะแพทยศาสตร์ให้แก่ นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่างๆ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่^๓ เป็นต้น

ดังนั้น หากมีเหตุผล ๓ ประการข้างต้น การที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิบัติต่อบุคคลด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน ก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคแต่ประการใด สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ที่มีกำหนดกรณีที่ไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไว้ในมาตรา ๓๐ วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม”

นอกจากนั้นแล้ว หากจะศึกษาถึงสิทธิทางการศึกษาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันในมาตรา ๔๙ จะพบว่ารัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดให้ประชาชนชาวไทยทุกคนมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ

^๒ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔), หน้า ๗๙.

^๓ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๘๐.

โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย โดยเฉพาะกรณีผู้ยากไร้ ผู้พิการ หรือทุพพลภาพ หรือผู้อยู่ในสภาวะยากลำบาก รัฐต้องให้การสนับสนุนในด้านการศึกษาทัดเทียม กับบุคคลอื่น ทั้งนี้ การจัดการศึกษาอบรมของ องค์การวิชาชีพหรือเอกชน การศึกษาทางเลือกของ ประชาชน การเรียนรู้ด้วยตนเอง และการเรียนรู้ ตลอดชีวิต ย่อมได้รับความคุ้มครองและส่งเสริมที่ เหมาะสมจากรัฐ

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ประชาชนชาวไทยทุกคนได้ รับความเสมอภาคทางการศึกษาอย่างเท่าเทียมกัน ไม่น้อยกว่าสิบสองปี ซึ่งปัจจุบันในทางปฏิบัติแล้ว รัฐได้เน้นไปที่การส่งเสริมสนับสนุนการจัดการ ศึกษาขั้นพื้นฐานโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ครอบคลุมตั้งแต่ระดับชั้นประถมศึกษาปีที่ ๑ ถึงมัธยมศึกษาปีที่ ๖ แต่ยังมีได้มีนโยบายขยายไปสู่การจัดการศึกษาใน ระดับอุดมศึกษา นอกจากนั้นแล้ว หากพิจารณา ความเสมอภาคของสิทธิทางการศึกษาระดับ อุดมศึกษาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ก็มีการ กล่าวถึงไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Convent on Economic, Social and Cultural Rights) ซึ่งจัดทำขึ้นเมื่อปีค.ศ.๑๙๖๖ และประเทศ ไทยได้เข้าเป็นภาคีติดต่อกันแล้ว ก็ได้บัญญัติ รับรองสิทธิของบุคคลในด้านการศึกษาไว้ในข้อ ๑๓ โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องรับรองสิทธิของทุกคนใน ด้านการศึกษา โดยเฉพาะการจัดการศึกษาในระดับ อุดมศึกษานั้น จะต้องให้บุคคลสามารถได้รับการ ศึกษาขั้นอุดมศึกษาอย่างเท่าเทียมกันบนพื้นฐาน ของความสามารถ โดยวิธีการที่เหมาะสมทุกทาง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการนำการศึกษาแบบ ให้เปล่ามาใช้กันอย่างค่อยเป็นค่อยไป

ดังนั้น จากกติการะหว่างประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่า ความเสมอภาคของสิทธิทางการศึกษา ในระดับอุดมศึกษานั้นเป็นเรื่องของความสามารถ ของบุคคล ที่บุคคลทุกคนต้องได้รับอย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกันจากรัฐ สอดคล้องกับอนุสัญญาว่า ด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ในข้อ ๒๘(๑) ที่กำหนดให้รัฐต้องทำให้ การศึกษาในระดับสูงเปิดกว้างแก่ทุกคนบนพื้นฐาน ของความสามารถ โดยทุกวิธีการที่เหมาะสมเช่นกัน

ระบบการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อใน ระดับอุดมศึกษาของประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการพัฒนาและปรับเปลี่ยน ระบบการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา มาโดยตลอด ซึ่งหากจะแยกพิจารณาแนวทางในการ รับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษาในปัจจุบัน แล้ว สามารถแยกได้เป็น ๒ รูปแบบหลัก คือ

(๑) การรับบุคคลเข้าศึกษาในสถาบัน อุดมศึกษาในระบบกลาง (Central Admissions) ซึ่งมีการเริ่มใช้ในปีการศึกษา ๒๕๔๙ เป็นการคัดเลือกที่มีสมาคมอธิการบดีแห่งประเทศไทย (สอท.) เป็นผู้ดำเนินการ โดยผู้ประสงค์จะสมัครเข้าศึกษา ต่อ ณ สถาบันอุดมศึกษาแห่งใด จะต้องนำผล คะแนนการสอบที่สถาบันทดสอบทางการศึกษา แห่งชาติ (องค์การมหาชน) จัดสอบ ซึ่งประกอบด้วย O-NET GAT PAT ตลอดจนเกรดเฉลี่ย สะสม (GPAX) ซึ่งได้จากทางโรงเรียน มายื่น สมัคร ณ หน่วยคัดเลือกกลาง (สอท.) โดยนักเรียน สามารถเลือกคณะและสาขาวิชาได้ ๔ ลำดับ แล้ว จะมีการประมวลผลและประกาศผลจนเสร็จสิ้น กระบวนการ ทั้งนี้ องค์ประกอบและสัดส่วนของ ผลคะแนนที่ใช้ มีดังต่อไปนี้

องค์ประกอบที่ใช้	รายละเอียด	สัดส่วน
GPAX (เกรดเฉลี่ยสะสม)	เกรดเฉลี่ยสะสมในทุกรายวิชาของผู้สมัครในระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย (ม.๔-ม.๖) หรือเทียบเท่า	๒๐%
O-NET (ผลคะแนนการทดสอบทางการศึกษาระดับชาตินิยมพื้นฐาน)	เป็นการทดสอบโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำผลคะแนนมาประเมินผลสัมฤทธิ์ทางการเรียนของนักเรียน ครอบคลุม ๔ กลุ่มสาระวิชา โดยจัดสอบปีการศึกษาละ ๑ ครั้ง สอบเฉพาะผู้ที่กำลังศึกษาอยู่ในระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๖ หรือเทียบเท่าในปีการศึกษานั้นๆ สามารถเก็บผลคะแนนไว้ใช้ได้ตลอดไป แต่แต่ละคนมีสิทธิ์สอบได้หนึ่งครั้งเท่านั้น โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย	๓๐%
GAT (General Aptitude Test หรือการทดสอบความถนัดทั่วไป)	เป็นการทดสอบเพื่อมุ่งวัดความถนัดทั่วไปของผู้ที่จะเข้าศึกษาในด้านการคิดวิเคราะห์ความเชื่อมโยง และด้านภาษาอังกฤษ ซึ่งใช้เป็นองค์ประกอบในทุกคณะสาขาวิชา แต่มีสัดส่วนที่มากน้อยต่างกัน มีการจัดสอบปีละ ๒ ครั้ง เก็บคะแนนได้ ๒ ปี โดยไม่จำกัดจำนวนครั้งในการสมัครสอบ แต่มีค่าใช้จ่ายในการสอบ	๑๐ – ๕๐%
PAT (Professional Aptitude Testหรือการทดสอบความถนัดทางวิชาชีพและวิชาการ)	การทดสอบเพื่อมุ่งวัดความถนัดเฉพาะด้านของผู้ที่จะเข้าศึกษาซึ่งมีรายวิชาและสัดส่วนที่ใช้แตกต่างกันตามแต่ละคณะสาขาวิชา เช่น ความถนัดทางวิศวกรรมศาสตร์ ความถนัดทางสถาปัตยกรรมศาสตร์ ความถนัดทางวิชาชีพครู เป็นต้น มีการจัดสอบปีละ ๒ ครั้ง เก็บคะแนนได้ ๒ ปี โดยไม่จำกัดจำนวนครั้ง ในการสมัครสอบ แต่มีค่าใช้จ่ายในการสอบ	๐ – ๔๐%
รวม		๑๐๐ %

(๒) การรับบุคคลเข้าศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาในระบบรับตรง (Direct System) เป็นระบบการรับนักศึกษาที่สถาบันอุดมศึกษาแต่ละสถาบันเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ในการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในสถาบันนั้น เนื่องจากต้องการบุคคลที่มีความสามารถเฉพาะอย่างแท้จริงที่เหมาะสมกับการศึกษาต่อในคณะสาขานั้นๆ ในอีกมุมหนึ่งก็เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลบางกลุ่มที่ต้องการศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาได้มีโอกาสเข้าศึกษาต่อมากขึ้น

ซึ่งสถาบันอุดมศึกษาสามารถกำหนดและใช้การพิจารณาได้จากหลายเกณฑ์ เช่น ผลคะแนนที่สถาบันอุดมศึกษานั้นๆ เป็นผู้จัดสอบเอง การใช้ผลคะแนน GAT PAT หรือ ๗ วิชาสามัญที่สถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) จัดสอบมายื่น ความสามารถพิเศษด้านกีฬา ดนตรี หรือศิลปะการแสดง ผู้ที่เรียนดีแต่มีความยากจน เป็นต้น

กรณีการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อใน ระดับอุดมศึกษาที่กระทบต่อหลัก ความเสมอภาค

(๑) กรณีการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อใน
สถาบันอุดมศึกษาในระบบกลาง (Admissions)

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการคัดเลือก
ผู้สมัครในระบบนี้ คือ การนำผลคะแนนทดสอบ
ทางการศึกษาระดับชาตินิยมขั้นพื้นฐาน (O-NET) ไปใช้
อันเนื่องมาจากการจัดทดสอบทางการศึกษาระดับ
ชาตินิยมขั้นพื้นฐานเริ่มขึ้นเมื่อปีการศึกษา ๒๕๔๔
(พ.ศ.๒๕๔๔) โดยผู้ที่มีความประสงค์จะสมัครสถาบัน
อุดมศึกษาโดยเฉพาะของรัฐต้องมีองค์ประกอบของ
คะแนนในส่วนนี้ ดังนั้น ผู้ที่สำเร็จการศึกษาในระดับชั้น
มัธยมศึกษาปีที่ ๖ หรือเทียบเท่าก่อนปีการศึกษา
๒๕๔๔ จะไม่มีคะแนน O-NET ทำให้ไม่สามารถเข้า
ศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาในระบบกลางได้
รวมถึงในแง่ของคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิสอบ
O-NET ต้องเป็นผู้ที่กำลังศึกษาอยู่ในระดับชั้น
มัธยมศึกษาปีที่ ๖ หรือเทียบเท่าในปีการศึกษานั้นๆ
ที่มีการจัดสอบ ดังนั้น หากนักเรียนระดับชั้น
มัธยมศึกษาปีที่ ๖ หรือเทียบเท่าคนใดไม่ได้เข้าสอบ
ในปีการศึกษานั้นโดยไม่มีเหตุผลวิสัย (กรณีมี
เหตุผลวิสัยจะมีการจัดสอบให้ใหม่เป็นรายกรณี)
ก็จะมีคะแนน O-NET รวมถึงผู้ที่เคยสอบแล้ว
แต่ต้องการสอบใหม่อีกครั้ง ก็ไม่สามารถสอบใหม่ได้
เนื่องจากการสอบ O-NET สามารถสอบได้ครั้งเดียว
และผลคะแนนนี้จะใช้ตลอดไป

ตัวอย่างของกรณีนี้ ปรากฏดังข้อเท็จจริง
ในคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี หมายเลขคดีดำที่ ๑๐๓๓/
๒๕๕๐ ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)
ซึ่งผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า “ผู้ฟ้องคดีจบการศึกษาระดับ
มัธยมศึกษาปีที่ ๖ ในปีการศึกษา ๒๕๔๔ และได้
สอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา
ในระบบกลางการรับนิสิตนักศึกษา (Admission)
ในปีการศึกษา ๒๕๔๔ เป็นปีแรก ผู้ฟ้องคดีสอบ
คัดเลือกเข้าศึกษาได้ในคณะวิทยาศาสตร์ของผู้ถูกฟ้อง
คดีที่ ๗ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) แต่ผู้ฟ้องคดี
ไม่ชอบจึงสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาต่อใน
สถาบันอุดมศึกษาในระบบกลางการรับนิสิตนักศึกษา
(Admission) ในปีการศึกษา ๒๕๕๐ ผลปรากฏว่า
ผู้ฟ้องคดีสอบไม่ผ่านการคัดเลือกผู้ฟ้องคดีเห็นว่า
ระบบดังกล่าวลิดรอนสิทธิของผู้ฟ้องคดี เนื่องจาก
ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถใช้คะแนน O-NET (ผลการ
ทดสอบทางการศึกษาระดับชาตินิยมขั้นพื้นฐาน) ใหม่ได้ จึงทำให้
ไม่มีโอกาสแก้ตัวและไม่สามารถนำคะแนนที่ดีที่สุด
ในการสอบมาใช้ในการคัดเลือกได้เหมือนเช่นระบบ
เอ็นทรานซ์ ทั้งนี้ หากนำคะแนน O-NET ครั้งที่
สองมาคิดรวมด้วย ผู้ฟ้องคดีจะผ่านการคัดเลือก
ดังกล่าว”

จากข้อเท็จจริงข้างต้น ผู้เขียนใน
ฐานะผู้ซึ่งเคยปฏิบัติงานอยู่ในสถาบันทดสอบ
ทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) ซึ่งเป็น
ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ทำคำให้การในลักษณะที่ได้มี
การชี้แจงถึงวัตถุประสงค์ของการทดสอบทางการ
ศึกษาระดับชาตินิยมขั้นพื้นฐาน (O-NET) ที่มีได้มี
วัตถุประสงค์ในการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษา

^๔ คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีหมายเลขคดีดำที่ ๑๐๓๓/๒๕๕๐ ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)

ต่อในสถาบันอุดมศึกษา แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อวัดผลสัมฤทธิ์ทางการศึกษาของนักเรียน และประเมินคุณภาพในการจัดการศึกษาของโรงเรียน ดังนั้น ในการวัดผลสัมฤทธิ์ของผู้เรียนจึงต้องเป็นผู้ที่กำลังศึกษาอยู่ในระดับชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๖ หรือเทียบเท่าที่กำลังจะสำเร็จการศึกษา และจะมีสิทธิสอบได้หนึ่งครั้งเท่านั้น เพียงแต่ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการมีคำแนะนำ O-NET ไปใช้ในการรับบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา ทำให้บุคคลบางกลุ่มที่ไม่มีคะแนน O-NET ขาดคุณสมบัติของการสมัครสอบในระบบนี้ หรือหากเคยสอบแล้วแต่ได้คะแนนไม่ดี ก็ไม่สามารถแก้ตัวได้ ทำให้ไม่อาจแข่งขันกับผู้สมัครรายอื่นได้

(๒) กรณีการรับตรงของกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย(กสพท.)

ในปัจจุบันการรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคล ผู้มีความประสงค์จะศึกษาต่อหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต และหลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิตในสถาบันอุดมศึกษาหลายแห่ง โดยเฉพาะของรัฐบาลนั้น จะเป็นการดำเนินการโดยกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.) ร่วมกับสมาคมอธิการบดีแห่งประเทศไทย (สอท.) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการลดภาระของนักเรียนและผู้ปกครอง ลดปัญหาในการมอบตัวเข้าศึกษาเข้าชั้นเรียนหลายสถาบันในปีการศึกษาเดียวกัน อันเป็นเหตุให้มีการสละสิทธิ์ และมีที่นั่งว่างในแต่ละสถาบัน โดยกสพท.ได้รับมอบอำนาจจาก

คณะแพทยศาสตร์ ๑๓ สถาบัน คณะทันตแพทยศาสตร์ ๗ สถาบัน ในการดำเนินการรับสมัครและสอบคัดเลือกบุคคล สำหรับองค์ประกอบของการคัดเลือกในปีการศึกษา ๒๕๕๗^๕แบ่งเป็น

(ก) O-NET (ผลคะแนนการทดสอบทางการศึกษาระดับชาตินิยมพื้นฐาน ๕ กลุ่มสาระ) โดยไม่มีน้ำหนักที่ใช้ในการคัดเลือก แต่กำหนดว่าผู้สมัครที่จะสำเร็จการศึกษามัธยมศึกษาตอนปลาย ปีการศึกษา ๒๕๕๖ จะต้องสอบ O-NET ปีการศึกษา ๒๕๕๖ และคะแนนรวมต้องไม่น้อยกว่า ร้อยละ ๖๐

(ข) วิชาสามัญ ๗ วิชา ประกอบด้วย วิทยาศาสตร์ (ฟิสิกส์ เคมี ชีววิทยา) คณิตศาสตร์ ภาษาอังกฤษ ภาษาไทย สังคมศึกษา โดยมีน้ำหนักที่ใช้ในการคัดเลือกรวมกัน ร้อยละ ๗๐ และผู้สมัครต้องได้คะแนนเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ ๓๐ ของคะแนนเต็มในแต่ละกลุ่มสาระวิชา

(ค) วิชาเฉพาะ ซึ่งเป็นการทดสอบเกี่ยวกับศักยภาพในการเรียนรู้ และการประเมินแนวคิดทางจริยธรรม โดยมีน้ำหนักที่ใช้ในการคัดเลือกรวมกัน ร้อยละ ๓๐

ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจของการสอบคัดเลือกของ กสพท. ที่กระทบต่อหลักความเสมอภาค ยกตัวอย่างเช่น

(๑) ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๔ กสพท.ได้เคยกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิสมัครสอบได้ต้องได้เกรดเฉลี่ยสะสม ๒.๗๕ ขึ้นไป ซึ่งต่อมาได้มีการนำ

^๕ ประกาศกลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย ฉบับที่ ๑ เรื่อง หลักเกณฑ์การสมัครคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษา หลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและหลักสูตรทันตแพทยศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา ๒๕๕๗ ผ่านระบบรับตรง (Direct Admissions), (ออนไลน์), ๒๕๕๖, แหล่งที่มา: http://www9.si.mahidol.ac.th/pdf/consort2557_ann01_25560729.pdf (๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๖).

^๖ รศ.ศัลยกรรมวิสัญญีการสมัครแพทย์กสพท., (ออนไลน์), ๒๕๕๙, แหล่งที่มา: http://news.eduzones.com/newsview.aspx?zone_id=1&type=๒&id=30426&page=2, (๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๖).

เกณฑ์นี้ออก อันเนื่องมาจากเกิดมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นในช่วงดังกล่าว^๖ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นก็ได้มีการให้ข้อเสนอแนะว่าควรปรับเกณฑ์นี้ ซึ่งผู้เขียนก็มีความเห็นในทำนองเดียวกันว่า การกำหนดขั้นต่ำของเกรดเฉลี่ยสะสมเป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากหากผู้สมัครสามารถทำคะแนนในการสอบในส่วนอื่นๆ ได้ดี ก็สมควรจะมีโอกาสได้รับการคัดเลือก และปัญหาข้อเท็จจริงที่พบอีกประการหนึ่งคือ เกรดเฉลี่ยสะสมที่ออกในแต่ละโรงเรียนยังไม่ได้รับการยอมรับว่ามีมาตรฐานในระดับเดียวกัน

(๒) การกำหนดให้ผู้สมัครต้องมีคะแนน O-NET โดยเฉพาะผู้สมัครที่จะสำเร็จการศึกษามัธยมศึกษาตอนปลายในปีการศึกษานั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น ผู้สมัครที่เข้าสู่ระบบการคัดเลือกของกสพท. เพื่อศึกษาต่อในปีการศึกษา ๒๕๕๗ ต้องสอบและมีผลคะแนน O-NET ในปีการศึกษา ๒๕๕๖ รวมกันใน ๕ กลุ่มสาระวิชา ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๖๐ ประเด็นปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในอดีต คือ มีผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว เหลือเพียงรอประกาศผลคะแนน O-NET ต้องถูกตัดสิทธิในภายหลัง เนื่องจากได้คะแนน O-NET รวมน้อยกว่าร้อยละ ๖๐ และเนื่องจากการสอบ O-NET นั้น เป็นการสอบได้ครั้งเดียว จึงไม่สามารถสอบใหม่ในปีการศึกษาถัดไปได้ ทำให้ผู้สมัครหมดโอกาสที่จะเข้าศึกษาต่อคณะทางสายแพทยศาสตร์ และทันตแพทยศาสตร์ในปีการศึกษานั้นๆ^๗ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันก็ได้

มีการผ่อนปรนหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวที่ทำให้ผู้สมัครที่ถูกตัดสิทธิเพราะคะแนน O-NET ไม่ถึงเกณฑ์นั้นสามารถสมัครสอบได้ปีการศึกษาถัดไป ซึ่งเกณฑ์นี้ใช้กับกรณีผู้ที่ไม่มีคะแนน O-NET ตัวอย่างเช่น ผู้ที่จบการศึกษาจากต่างประเทศด้วย ทั้งนี้ กสพท. จะนำผลการเรียนมาพิจารณาเปรียบเทียบกับเกณฑ์ร้อยละ ๖๐ แทน^๘

(๓) กรณีการจัดสอบของระบบรับตรง

ในสังคมปัจจุบันนี้ เราต้องยอมรับกันว่าประชาชนมีความแตกต่างกันในด้านฐานะทางเศรษฐกิจ ความเหลื่อมล้ำของรายได้ และโอกาสที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยเฉพาะการคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาต่อในระบบรับตรงนั้น แม้สถาบันอุดมศึกษาจะได้แก่นักเรียนที่มีความตั้งใจเข้าศึกษาต่อในคณะและสาขาวิชานั้นๆ แต่ระบบรับตรง เป็นระบบที่ผู้สมัครต้องสมัครและสอบในหลายคณะสาขาวิชาหลายสถาบัน ซึ่งก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างผู้ที่มีฐานะกับผู้ที่มีรายได้น้อย แต่ต้องการเข้าศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐเช่นกัน ความแตกต่างทางเศรษฐกิจทำให้ผู้ที่มีรายได้มากกว่า มีโอกาสที่จะมีตัวเลือกได้มากกว่าทั้งๆ ที่ ผู้ที่มีรายได้น้อยอาจเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถแต่ก็ถูกปิดกั้นโอกาส เนื่องจากการสอบตรงที่สถาบันอุดมศึกษาแต่ละแห่งจัดขึ้นนั้น นอกจากค่าสมัครแล้ว ยังมีค่าเดินทาง ค่าที่อยู่ ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งสิ้น หรือกระทั่งกรณีของผู้พิการทุพพลภาพก็ถูกจำกัดสิทธิในการที่ไม่

^๖ กสพท.พร้อมยกเลิกเงื่อนไขกำหนดคะแนนโอเน็ตขั้นต่ำ ๖๐%, (ออนไลน์), ๒๕๕๐, แหล่งที่มา: <http://www.eduzones.com/news-1-1-33175.html>, (๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๖).

^๘ กสพท.แถลงคะแนนโอเน็ตไม่ถึง ๖๐% หมดสิทธิสมัครสอบแพทย์, (ออนไลน์), ๒๕๕๕, แหล่งที่มา: http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRNME1qUXpOekUxToE9PQ, (๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๖).

สามารถจะเข้าแข่งขันกับคนทั่วไปในการเข้าศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาได้อันเนื่องมาจากข้อจำกัดทางร่างกาย การได้รับการจัดการศึกษาที่ไม่เท่าเทียมกันตั้งแต่ระดับชั้นมัธยมศึกษา ทำให้ได้รับองค์ความรู้ไม่ทัดเทียมกับคนทั่วไป หรือกระทั่งความไม่พร้อมของสถาบันอุดมศึกษาในการจัดการศึกษาให้กับคนพิการ ทำให้เกิดการตัดสินใจผู้พิการทุพพลภาพในการเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษาไปโดยปริยาย

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลายสถาบันอุดมศึกษาก็มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดช่องทางเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้เรียนดีแต่มีรายได้น้อยหรือมีข้อจำกัดจากความสามารถเข้าศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาได้ เช่น โครงการนักศึกษาเรียนดีจากชนบทและโครงการรับนักศึกษาพิการของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โครงการพิเศษสำหรับนักเรียนผู้พิการและโครงการเด็กดีมีที่เรียนของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ โครงการ “ผู้พิการ” ของมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ เป็นต้น ซึ่งช่องทางเหล่านี้เองก็เป็นการเปิดทางเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมที่คำนึงถึงสภาพที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคล ตลอดจนการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นในสังคมได้ เพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคทางด้านการศึกษาร่วมกัน

บทสรุป

ในการคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในระดับอุดมศึกษานั้น ต้องเข้าใจถึงความเสมอภาคของสิทธิทางการศึกษาในระดับอุดมศึกษา ว่าเป็นเรื่องพื้นฐานของความถนัด ความสนใจ และความสามารถของแต่ละบุคคล คือ การจัดการศึกษาของรัฐต้องไม่ปิดกั้นให้คนกลุ่มคนใดหนึ่งไม่มีโอกาสในการเข้ารับการศึกษ แต่การกำหนดเกณฑ์ในการคัดเลือกบุคคลนั้น โดยเฉพาะในระบบกลาง (Central

Admissions) ต้องทำให้ทุกคนมีโอกาสเข้าถึงภายใต้กฎเกณฑ์กลางเดียวกัน ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้เข้ารับการคัดเลือกแต่ละบุคคลว่ามีความรู้ความสามารถมากน้อยเพียงใด

นอกจากนั้นแล้ว กรณีบุคคลที่มีความแตกต่างกันไม่ว่าจะทางรายได้ เศรษฐกิจ ความพิการ ทุพพลภาพ ก็ควรจะได้รับทางเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมบางประการเพื่อให้กลุ่มคนเหล่านี้ได้รับความเสมอภาคในการที่จะมีโอกาสได้เข้าศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษา ไม่ว่าจะเป็นเปิดโครงการในระบบรับตรงต่างๆ ในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ การให้เงินสนับสนุน การจัดบริการทางการศึกษาเป็นพิเศษให้แก่บุคคลกลุ่มนี้ ตลอดจนภาครัฐก็ต้องพัฒนาและสนับสนุนให้เกิดคุณภาพของการจัดการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาให้มีมาตรฐานและคุณภาพเท่าเทียมกัน เพื่อเป็นตัวเลือกให้ผู้ที่มีพลาดหวังจากการเข้าศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาที่ตนตั้งใจไว้สามารถไปศึกษาต่อในสถาบันอุดมศึกษาอื่นได้ตามความสามารถของตนต่อไป

เอกสารอ้างอิง

บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, ๒๕๕๒), หน้า ๑๔๒.

สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔), หน้า ๗๙.

[http://news.eduzones.com/newsview.aspx?
zone_id=1&type=๒&id=30426&
page=2](http://news.eduzones.com/newsview.aspx?zone_id=1&type=๒&id=30426&page=2)

[http://www.eduzones.com/news-1-1-
33175.html](http://www.eduzones.com/news-1-1-33175.html)

[http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.
php?newsid=TVRNME1qUXpOekUx
ToE9PQ](http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRNME1qUXpOekUxToE9PQ)

<http://www.niets.or.th>

[http://www๔.si.mahidol.ac.th/pdf/consort
2557_ann01_25560729.pdf](http://www๔.si.mahidol.ac.th/pdf/consort2557_ann01_25560729.pdf)





คำแนะนำในการส่งต้นฉบับวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญท่านที่สนใจส่งบทความเผยแพร่ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ โดยบทความของท่านต้องไม่เคยพิมพ์เผยแพร่หรืออยู่ระหว่างการพิจารณาจากวารสารอื่น และกองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

ประเภทของเนื้อหา แบ่งออกเป็น

๑. บทความทางวิชาการ พร้อมบทคัดย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมทั้งคำสำคัญ เรื่องละประมาณ ๑๐ หน้า กระดาษ A4
๒. รายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ เรื่องละประมาณ ๑๐ หน้า กระดาษ A4
๓. สรุปการอภิปราย สัมมนา บทความพิเศษ ในหัวข้อที่น่าสนใจ ประมาณ ๕ หน้า กระดาษ A4

การเตรียมต้นฉบับ

- ☆ ต้องพิมพ์ด้วย Microsoft Word ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร ๑๕ point ถ้ามีตัวเลขต้องพิมพ์เป็นเลขไทย ใช้กระดาษ A4
- ☆ ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ ตำแหน่งทางวิชาการ และสถานที่ทำงานของผู้เขียนพิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก
- ☆ บทความที่เป็นรายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ควรเขียนเรียงลำดับดังนี้
 - ชื่อเรื่อง (Title)
 - ชื่อผู้ทำงานวิจัย (Author)
 - บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - คำสำคัญ (Key word) ระบุคำสำคัญหรือวลีสั้นๆ เพียง ๒ - ๕ คำ
 - บทนำ (Introduction)
 - วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Objective)
 - วิธีดำเนินงานวิจัย (Method)
 - ผลของการวิจัย (Result)
 - การอภิปรายผล (Discussion) และข้อเสนอแนะ

การส่งต้นฉบับ

๑. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

ส่งต้นฉบับ ๑ ชุด และสำเนา ๑ ชุด พร้อมแผ่นซีดี ที่กองบรรณาธิการ วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

๒. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ส่งต้นฉบับมายัง

faclaw120hcu@gmail.com

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

๑. หนังสือ/ตำรา (Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้า.
ตัวอย่าง	ประสิทธิ์ โฆวิโลกุล,	คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๔๓)	๑๘๓.
	Malcome N Shaw,	<i>International Law</i>	(London: Cambridge University Press,	578

๒. บทความวารสาร (Journal Articles)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อเรื่อง”	(ปีที่พิมพ์)	ปีที่ฉบับที่	ชื่อวารสาร	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์,	“หลักความสำคัญผิด”	(๒๕๕๓)	๓๙:๔	วารสารนิติศาสตร์	๓๘๘,	๓๙๗.
	Christopher C. Miller,	“To The Moon & Beyond: The United States and The Future of International Space Law”	(2011)	35:1	<i>Suffolk Transnational Law Review</i>	101	113.

๓. 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),	ห้องสมุด วัฒนธรรม	(นครศรีธรรมราช : ศูนย์วัฒนธรรม ภาคใต้, ๒๕๒๕)	๑,	๔.
	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, ๑๙๙๐)	23,	35.

๔. วิทยานิพนธ์ (Theses)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรชัย,	มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๔)	๕๓.
	Chloe Sage Castro,	<i>Over the Moon: Lunar Heritage Protection</i>	(Master of Fine Arts Thesis, Savannah College of Art and Design, 2011)	44.

๕. 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.

๖. 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 >.

๗. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา ๑๕,	พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔
	Section 17,	Land and Environment Court Act 1979

๘. 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)

๑. กรณีการใช้ “เพ็ງอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า เช่น

๒๑ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๓) ๑๘๓.

๒๒ เพ็ງอ้าง, ๑๘๔.

18 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, ๒nd ed, 2005) 163.

19 Ibid.

๒. 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

(๑) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง

(๒) ตัดหน้าเอกสารที่อ้างออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ (Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างออก ให้ใส่หน้าเริ่มต้นบทความเอาไว้

(๓) กรณีผู้แต่งเป็นชาวต่างชาติ ให้สลับที่ ชื่อแรก และ นามสกุล โดยคั่นด้วย comma (,) เช่น Christopher C. Miller เปลี่ยนเป็น Miller, Christopher C.

(๔) การเรียงลำดับเอกสาร ให้เรียงตามอักษรตัวแรกของผู้เขียน 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

๑๔/๑๔ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๔ ต.บางโหลง อ.บางพลี จ.สมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

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

หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ได้รับการรับรองหลักสูตรเป็นที่เรียบร้อยแล้วจาก

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๒

และ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ

เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๒



คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ตำบลบางโกลง

อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

โทรศัพท์ ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙, ๑๖๙๐ โทรสาร ๐-๒๓๓๑๒-๖๔๑๙

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ศูนย์แนะนำกฎหมายสำหรับประชาชน

โทร. ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙, ๑๖๙๐