



วารสารวิชาการ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๕ - พฤษภาคม ๒๕๕๖ ISSN 2286 - 6965

Vol.3 No.2 (December 2012 - May 2013)

บทความพิเศษ

หลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล

บทความทั่วไป

The Development in Trade and Environment Debate : Particular
Concern to Developing Countries

Peerapon Jaderojananont.

Internet Service Provider Liability for Third-party copyright infringement :

A Comparative study between US and EU approaches...To what extent
should an ISP be held liable for third-party copyright infringement?

Taraket Daeng-ngam.

การพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลจากรูปเห้งบนลายนิ้วมือ

รพีพัฒน์ ศรีศิริรักษ์

ปัญหากฎหมายสัญญาของประเทศไทยกับการค้าขายอัตโนมัติในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศก้าวไกล

ปรีชณี เรืองขนาน

การพิจารณาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับพินัยกรรม

ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

การควบคุมการลงมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้เป็นไปตามหลัก

“ความอิสระของสมาชิกรัฐสภา”

ทวนชัย โชติช่วง

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในการสอนของผู้สอน

ตรีชิต เมธรัตน์โชติ



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๒ (ธันวาคม ๒๕๕๕ - พฤษภาคม ๒๕๕๖) ISSN 2286-6965

Vol.3 No.2 (December 2012 - May 2013)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

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

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

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

วัตถุประสงค์

เพื่อเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมาย ในมุมมองต่าง ๆ ของนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิ อาจารย์พิเศษ และเพื่อส่งเสริมสนับสนุนอาจารย์ประจำให้ผลิตผลงานวิชาการอย่างต่อเนื่อง

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

รองศาสตราจารย์ ดร.ประจักษ์ พุมวิเศษ

รักษาการคณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิกร สุนทรชัย

ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกประจำฉบับ

รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรษา ลิงห์สงบ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวิธ กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

กองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชรินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

อาจารย์ภัทรวดี ยั่งยืน

อาจารย์สุรพัฒน์ เทียนสงครัมภ์

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

กองบรรณาธิการและเหรียญก

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการกองบรรณาธิการ

นางอิศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

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



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบความวารสารวิชาการ (Peer review)

ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโณภาส

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ

รองศาสตราจารย์ ดร.กิจบดี ก้องเบญจกุล

รองศาสตราจารย์ธัชชัย ฤกษ์สุต (ทองอุไร)

สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ

สารบัญ

บทความพิเศษ

หลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล

๑

บทความทั่วไป

The Development in Trade and Environment Debate : Particular
Concern to Developing Countries

Peerapon Jaderojananont.

๔

Internet Service Provider Liability for Third-party copyright infringement :
A Comparative study between US and EU approaches...To what extent
should an ISP be held liable for third-party copyright infringement?

Taraket Daeng-ngam.

๒๒

การพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลจากรูहेงือบนลายนิ้วมือ

รพีพัฒน์ ศรีศิริรักษ์

๕๖

ปัญหากฎหมายสัญญาของประเทศไทยกับการค้าขายอัตโนมัติ
ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศก้าวไกล

ปรัชณี เรืองขนาน

๖๖

การพิจารณาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับพินัยกรรม

ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

๗๗

การควบคุมการลงมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้เป็นไปตามหลัก
“ความอิสระของสมาชิกรัฐสภา”

ทวนชัย โชติช่วง

๘๗

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ในการสอนของผู้สอน

ตรีชิต เมธรัตน์โชติ

๑๐๑

บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ เป็นปีที่ ๓ ฉบับที่ ๒ ของปีการศึกษา ๒๕๕๕ ประจำเดือน ธันวาคม ๒๕๕๕ - พฤษภาคม ๒๕๕๖ ซึ่งคณะได้จัดทำขึ้นเพื่อรวบรวมบทความที่เป็นผลงานสร้างสรรค์ ด้านวิชาการของคณาจารย์ประจำ อีกทั้งยังได้รับความอนุเคราะห์บทความด้านกฎหมายจากผู้ทรงคุณวุฒิ และผู้ที่มีความประสงค์จะร่วมเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมายในวารสารวิชาการฉบับนี้ ซึ่งประกอบไปด้วย บทความพิเศษ บทความทั่วไปทั้งจากภายในและภายนอก โดยมีเนื้อหาสาระในแง่มุมกฎหมายที่มีความหลากหลาย อาทิ กฎหมายปกครอง กฎหมายวิธีพิจารณาความ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมาย สิ่งแวดล้อม กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ เป็นต้น

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณท่านผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ ที่ให้การสนับสนุนบทความ มาโดยตลอดและขอขอบคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ ในโอกาสนี้ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ จึงขอเชิญชวนท่านที่สนใจส่งบทความมาพิมพ์ที่วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไปเพื่อเป็นการแบ่งปัน เผยแพร่ความรู้สู่ชุมชนอันจะเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์และประชาชนทั่วไป ซึ่งทางคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ โดยติดต่อได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ ๑๖๙๐

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย

บรรณาธิการ



หลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยกฎหมาย*

ศาสตราจารย์พิเศษ จริญ ภักดีธนากุล**

สวัสดีครับท่านผู้มีเกียรติที่เคารพ หลักสูตรนี้เป็นหลักสูตรยอดนิยมในปัจจุบัน ได้ทราบว่าคุณหลักผู้ใหญ่ในบ้านเมืองเข้าร่วมกิจกรรมนี้มากหน้าหลายตาคะครับ ขอขอบคุณทางสถาบันที่ให้โอกาสผมมาร่วมกิจกรรมด้วย ผมขอแนะนำแนวคิดในการทำงานที่ศาลรัฐธรรมนูญโดยสรุปว่า จะต้องทำให้เกิดความมั่นคงและประโยชน์ของประเทศชาติ ความสงบสันติสุขของประชาชนให้ได้เป็นเป้าหมายปลายสุด (ultimate objectives) ส่วนว่าจะทำเข้าเป้าหมายมากน้อยเพียงใด ขอให้ท่านที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน ส่วนใหญ่เรามักตั้งเป้าไว้สูง แล้วไปไม่ค่อยถึง แต่ดีกว่าไม่ได้ตั้งเป้าไว้เลย พอตั้งเป้าหมายปลายทางไว้ที่ตรงนั้นแล้วก็มาพิจารณาแนวทางหรือหลักการทำงานหรือหลักคิดของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้หลักผู้ใหญ่รุ่นก่อนท่านสร้างเอาไว้ ท่านบอกว่าศาลรัฐธรรมนูญต้องใช้หลักไตรศดมภ์ คือ เสาหลักสามประการ ท่านบอกว่า **จะต้องยึดมั่นในหลักนิติธรรมเป็นเสาที่หนึ่ง ต้องคำชูประชาธิปไตยเป็นเสาที่สอง และต้องห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเสาที่สาม** ผมจะเอาแนวทางหรือหลักการใหญ่สามประการของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมั่นคงและถูกต้องอยู่แล้วมานำเสนอให้ที่ประชุมพิจารณา ว่าทั้งสามเสานี้จะช่วยส่งเสริมให้เป้าหมายในการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญ มีโอกาสที่จะสำเร็จได้มากน้อยเพียงใด

เสาแรก : ยึดมั่นในหลักนิติธรรม เวลานี้หลักนิติธรรมได้แปรสภาพจากปรัชญากฎหมายหรือนิติปรัชญา หรือหลักคิดนอกตัวบทกฎหมาย กลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยไปแล้ว เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับรัฐธรรมนูญ อยู่ในหมวดที่เป็นแกนกลางฐานใหญ่ของรัฐธรรมนูญไทยโดยเอาไปบัญญัติไว้ในมาตรา ๓

วรรคสอง มาตรา ๓ เดิมแต่ไหนแต่ไรมาเมื่อแปลลิบปีก่อน เราจะเขียนเพียงวรรคเดียวตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกันอย่างสมดุล ไม่ให้อำนาจไปตกอยู่กับกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือองค์กรใด องค์กรหนึ่งจนกระทั่งลุ่มหลงมัวเมาหลงผิดไปกับอำนาจเหล่านั้น มีใจความว่า พระมหากษัตริย์ทรง

* ปรับปรุงแก้ไขจากที่เคยบรรยายไว้ในหัวข้อ ศาลรัฐธรรมนูญ ในการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง บ.ย.ส. รุ่นที่ ๑๗ ประจำปี ๒๕๕๕ - ๒๕๕๖ จัดโดยสำนักงานศาลยุติธรรม เมื่อวันศุกร์ ที่ ๔ มกราคม ๒๕๕๖ ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

** ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน โดยใช้ อำนาจตุลาการผ่านทางศาล ใช้อำนาจบริหารผ่าน ทางคณะรัฐมนตรี และใช้อำนาจนิติบัญญัติผ่าน ทางรัฐสภา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เพิ่มเติมวรรคสองเข้าไปว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาล องค์การตามรัฐธรรมนูญทั้งเจ็ดองค์กร และ หน่วยงานของรัฐทุกประเภท ทุกชื่อเรียกต้องอยู่ ในกรอบหรือเป็นไปตามหลักนิติธรรม เพราะ ฉะนั้นก็ถูกต้องแล้วครับที่ศาลรัฐธรรมนูญ จะมี เส้าหลักในการปฏิบัติหน้าที่เส้าแรกว่าต้องยึดมั่นอยู่ ในหลักนิติธรรม ถูกต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง และสอดคล้องกับหลักสากล เพราะหลักนิติธรรมเป็นที่ยอมรับในสากล ในระดับ องค์การระหว่างประเทศ และในประเทศอารยะ ทั้งหลาย องค์การสหประชาชาติได้นำเอาหลัก นิติธรรมไปเป็นองค์ประกอบที่สำคัญองค์หนึ่งของ หลักธรรมาภิบาล หรือ Good Governance ใน แปรองค์ประกอบด้วยกัน เพราะฉะนั้นเขาให้ความสำคัญ กับหลักนิติธรรมในระดับโลก สอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญของไทยและหลักปฏิบัติใหญ่หลักแรก ของศาลรัฐธรรมนูญ

ปัญหาที่ถูกโต้แย้งและซักถามกันมาตลอด ก็คือ หลักนิติธรรมคืออะไร อยู่ที่ไหน จะใช้บังคับกับ อย่างไร ข้อนี้เป็นคำถามที่ต้องรอการเคลื่อนตัวของ ผู้คนในสังคมไทย ไม่ใช่เฉพาะแต่ศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เฉพาะคนในวงการใดวงการหนึ่ง ต้องช่วยกัน คิดต้องช่วยกันเสริมสร้างตกแต่งขึ้นมา ให้เหมาะสม กับวิถีชีวิตของชนชาวไทย และต้องสอดคล้องกับ มาตรฐานสากลด้วย

๑. ผมได้นำเสนอไว้ในหลายเวทีว่า หลัก นิติธรรมอาจจะจัดลำดับหรือยุคออกเป็นสามระดับ หรือ ๓ ยุค (version/generation) ในยุคแรกของการเกิดหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ ซึ่งจะ สอดคล้องกับการเกิดของหลักนิติรัฐในภาคพื้นทวีป ยุโรป เขาช่วยกันสร้างหลักนี้ขึ้นมาเพื่อจำกัด ขอบเขตการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ครอง อำนาจ ไม่ว่าอำนาจในระดับไหนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง อำนาจปกครองประเทศ หลักการเบื้องต้นของหลัก นิติธรรมและหลักนิติรัฐตรงกันว่า เรียกร้องให้มีการปกครองโดยกฎเกณฑ์หรือกติกาดีกว่าที่จะ ปกครองโดยคนหรืออำเภอใจของคน เป็นคำที่รู้จักกัน ทั่วไปว่า “Rule by law is better than rule by man” กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการปกครองอย่างมี กฎเกณฑ์กติกาตามกฎหมาย ย่อมดีกว่าการปกครอง ตามอำเภอใจหรือดุลยพินิจของคน ไม่ว่าคน ๆ นั้น จะเป็นใคร แม้แต่ที่เฟลโตเคยนำเสนอไว้ว่า การปกครองที่ดีที่สุดอาจจะต้องอยู่ในรูปของราชา ปราชญ์ ก็ไม่แน่นอนไปครับ แล้วในที่สุดเฟลโต ในยุคช่วงปลายของชีวิตก็เปลี่ยนแนวคิด ยอมรับ ว่า หลักการปกครองตามกฎหมายดีกว่าที่คนจะอยู่ ในฐานะที่น่าพอใจและดีกว่าที่จะปกครองโดยคน

กฎเกณฑ์กติกา คนไทยหรือนักกฎหมาย ไทยอาจจะจำกัดความหมายแคบไป เรามักจะ นึกถึงลายลักษณ์อักษร เรามักจะนึกถึงหลักความ ชอบด้วยกฎหมาย หรือ Principle of Legality ซึ่ง ไม่ใช่ครับ ถ้าเราสำรวจดูระบบกฎหมายและระบบ งานยุติธรรมของประเทศต่าง ๆ ก็ตรงกันว่าหลัก การปกครองโดยกฎหมายนั้น แม้จะเริ่มต้นด้วย หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ได้มีแค่นั้น ครับ จะต้องมีความยุติธรรม หลักสุจริตธรรม

หลักการไม่ลำเอียงเลือกปฏิบัติเลือกที่รักมักที่ชัง และหลักความสมเหตุสมผลได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีประกอบกันด้วยครับ เพราะฉะนั้น ในเจเนเนอร์เรชั่นแรก เรามักจะพูดกันเสมอว่า พื้นฐานเบื้องต้นในการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ทรงอำนาจในระดับต่าง ๆ อาจจะต้องเริ่มต้นด้วยสี่หลักนี้ เพื่อให้เป็นการปกครองโดยกฎเกณฑ์กติกาตามหลักนิติธรรม นิติรัฐ มากกว่าที่จะปล่อยให้เป็นไปตามอำเภอใจของคนผู้ทรงอำนาจ

๒. ทว่า หลักนิติธรรมในยุคแรกได้ถูกเหยียบย่ำและทำลายอย่างง่ายดาย โดยผู้ทรงอำนาจที่ชาญฉลาดเฉลียว สร้างกฎหมายและกฎเกณฑ์กติกาลายลักษณ์อักษรขึ้นก่อน แล้วค่อยใช้อำนาจไปในทิศทางที่ไม่ถูกไม่ควร โดยสร้างกฎหมายขึ้นมาปูทางไว้ก่อน เขาเรียกว่าชุดคลองก่อนแล่นเรือ ตัดถนนก่อนวิ่งรถ เขียนกฎหมายก่อนทำลายประเทศชาติ ปรากฏการณ์นี้ประจักษ์แจ้งแก่โลกหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อ ฮิตเลอร์ ใช้หลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรทำลายหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในความหมายแรก ภายหลังได้ตระหนักว่า ชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้องตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นจึงถูกต้องตามหลักนิติธรรม และหลักนิติรัฐ เห็นไหมครับ เพราะฉะนั้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง จึงได้เกิดเป็นวิวัฒนาการเป็นเจเนเนอร์เรชั่นที่สองของหลักนิติธรรม รวมทั้งหลักนิติรัฐก็เหมือนกันครับ ได้มีการนำเสนอและเรียกร้องว่าหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐไม่ได้หมายความว่าเพียงแค่การปกครองโดยกฎหมายหรือ Principle of Legality เท่านั้น จะต้องมีการมีธรรมะของกฎหมาย ต้องมี Rule เพื่อจะกำกับ Law ต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่ง แล้วหลักคิดนี้หรือหลักนิติธรรม

ในเจเนเนอร์เรชั่นที่สองนี้ ก็ทำให้เกิดลัทธิใหม่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ได้แก่ ลัทธิ Constitutionalism หรือความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้นำหน้าสถาปนาไว้ตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ แล้ว แต่ยังไม่เผยแพร่ออกไปในภาคพื้นทวีปยุโรป และทั่วโลก แต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐในความหมายแรกยุคปฐมนั้นได้ถูกบิดเบือนและนำไปใช้เป็นเครื่องมือของทรราชผู้กุมอำนาจการปกครองประเทศ แล้วพาประเทศเข้าสู่ความล่มสลายและสร้างหายนะให้แก่มนุษยชาติอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน หลักนิติธรรมก็ปรับตัวขึ้นมาชัดเจนว่า **กฎหมายทั้งหลายต้องอยู่ในกรอบกติกาแห่งธรรมะของกฎหมาย** นี่คือความหมายของคำว่า “The Rule of Law” กฎของกฎหมาย ในยุคที่สอง ไม่ว่าผู้ทรงอำนาจนั้นจะทรงอำนาจในฐานะเป็นผู้สร้างกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมาย ก็มีใช้ว่าจะสร้างกฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามใจชอบ มิใช่ครับ เพราะถ้าเช่นนั้นมันก็คือ “Rule by Man” นั่นเอง เพราะฉะนั้นจึงต้องมีกติกาของการสร้างกฎหมาย ต้องมีธรรมะของการที่จะบัญญัติกฎหมาย ข้อเสนอแนะนี้ในอังกฤษถกเถียงกันจนกระทั่งตกผลึกครบตอบโต้ทฤษฎีเก่าที่ถือเอาอำนาจของรัฐบาลเป็นอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย ที่เขาเรียกและรู้จักกันทั่วไปว่า “Supremacy of Parliament” คนที่ศึกษาเรื่องนี้ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ นำโดย Professor Dicey ชัดเจนครับว่า ปล่อยให้รัฐบาลใช้อำนาจนิติบัญญัติของประชาชนบัญญัติกฎหมายอย่างไรก็ได้ นั่น ไม่ถูกต้องครับ ต้องอยู่ในกรอบกติกา ในธรรมะของกฎหมาย เขา

ทำลายกันอย่างนี้ครับ ถ้าไม่เชื่อหลักการนี้ รัฐสภา
ลองบัญญัติกฎหมายบังคับให้คนอังกฤษเอามือเดิน
ต่างเท้าดูสิ ว่ากฎหมายของคุณจะใช้ได้ไหม ซึ่งก็
เป็นที่ยอมรับว่าผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติก็ต้องอยู่
ภายใต้บังคับ “The Rule of Law” เช่นกัน

เมื่อกฎหมายถูกสร้างขึ้นมาอย่างถูกต้อง
เป็นธรรมเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติ (national
interest) และสันติสุขของประชาชน (happiness
of the people) แล้ว ผู้บังคับใช้กฎหมายคือฝ่าย
บริหาร ผู้ทรงอำนาจอีกสาขาหนึ่งก็ไม่สามารถ
บังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจได้ครับ ต้องใช้
ภายในกรอบของ Rule of Law หรือธรรมะของ
กฎหมายเช่นกัน เช่นเดียวกับศาลหรือฝ่ายตุลาการ
มิใช่จะตีความกฎหมายตามใจชอบได้ จะต้องมี
ธรรมะของการใช้ การตีความกฎหมายกำกับอยู่
อีกด้วย ถ้าผู้ทรงอำนาจด้านใดล่วงละเมิดธรรมะ
ของกฎหมายนั้นนั่นคือการเริ่มต้นทำให้ตัวเองเสื่อม
และฉุดกระชากให้ประเทศชาติ สังคมส่วนรวม
เสื่อมตามไปด้วย เราจะไม่ยอมให้เกิดเหตุการณ์
อย่างนั้นขึ้นในประเทศชาติบ้านเราครับ และนี่คือ
การยึดมั่นในหลักนิติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงได้เกิดขึ้น
เพราะเหตุนี้ และเมื่อแบ่งแยกแล้วต้องดูแลกัน
อำนาจกันไว้ครับ ไม่ใช่แบ่งแยกแล้วทั้งหมดต้องมา
อยู่ภายใต้อำนาจของฉัน อย่างนั้นมันคือเผด็จการ
เสียงข้างมาก ไม่ใช่ประชาธิปไตย ไม่ชอบด้วยหลัก
นิติธรรม หลักความยุติธรรม หลักความเป็นอิสระ
และเป็นกลางของสถาบันตุลาการของศาลทั้งหลาย
หลักนี้คนไทยนักกฎหมายไทยชาวซึ่งเป็นอย่างดี

ไม่ต้องอ่านตำราฝรั่ง คนไทยได้สร้างและสถาปนา
หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของสถาบัน
ตุลาการมานับร้อยปี จากที่เป็นเหมือนประหนึ่ง
ผู้ได้บังคับบัญชาของผู้ทรงอำนาจทางฝ่ายบริหาร
ศาลที่กระจัดกระจายอยู่ตามกระทรวง ทบวง กรม
ต่าง ๆ ก็ได้รับการสถาปนาให้มารวมกลุ่มอยู่ใน
สนามสถิตยุดิธรรม ซึ่งสถาปนาขึ้นโดยพระบาท-
สมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว แล้วค่อย ๆ
พัฒนาให้เป็นอิสระและเป็นกลางมากขึ้น ๆ เกิด
วิกฤตการณ์การขัดแย้งระหว่างฝ่ายตุลาการกับ
ฝ่ายบริหารผู้ทรงอำนาจหลายต่อหลายครั้ง แต่คน
ไทยก็สามารถก้าวข้ามวิกฤตเหล่านั้น แล้วก็ทำให้
สถาบันตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลางเพิ่ม
ขึ้น ๆ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้พาสถาบันศาลและตุลาการ
ให้ไปอยู่ในสถานะที่เรียกว่าเป็นอิสระและเป็น
กลางทางการเมืองได้จริง ๆ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจ
ครอบงำของผู้ทรงอำนาจฝ่ายใดเลย ก็ยังเหลือ
ล่อแหลมอยู่นิดหน่อยตรงผู้ทรงอำนาจเถื่อนนี้แหละ
ครับที่รัฐธรรมนูญเขาคุ่มครองใครไม่ได้ ต้องดูแล
ตัวเองกันไปตามยถากรรม นี่คือเวอร์ชันที่สองของ
หลักนิติธรรม

๓. สำหรับพัฒนาการของหลักนิติธรรม
ในเจนเนอรัลเรชั่นที่สามนั้น ท่านจะตรวจพบได้เป็น
ระยะ ๆ ไม่เป็นขึ้นเป็นอัน เป็นเบี้ยหัวแตกหัวแตก
อยู่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมากมายหลาย
ฉบับ ตั้งแต่คำวินิจฉัยเรื่องการบังคับให้ภรรยาต้อง
ใช้นามสกุลของสามี^๑ การบังคับว่าให้แบ่งข้าวหมัก
ที่ใช้ในวิถีชีวิตของชาวบ้านในการกินอยู่เป็นเชื้อ

๑ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๑/๒๕๕๖

สุราชนิดหนึ่ง ผู้ผลิต ผู้ขายจึงผิดกฎหมายต้องไปอยู่ใต้อำนาจการบริหารจัดการของเจ้าพ่อสุราทั้งหลาย ผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผ่านพรรคการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญก็ชี้ว่าการที่พระราชบัญญัติสุราเขียนนิยามศัพท์ให้แบ่งข้าวหมกของชาวบ้านที่ใช้กันมานานร้อยปีเป็นเชื้อสุราอย่างหนึ่ง แล้วต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมการบริหารจัดการตามกฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ” ตลอดไปจนถึงกระทั่งประกาศของคณะปฏิวัติที่บัญญัติให้ผู้ที่ยขายอาหารและเครื่องดื่มช่วงเวลาตีหนึ่งถึงตีห้าของทั่วประเทศต้องไปขออนุญาตผู้ว่าราชการจังหวัด หรือท่านผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในกรุงเทพมหานคร มิเช่นนั้นมีความผิดทางอาญาต้องระวางโทษปรับกระหนาบไม่เกิน ๕,๐๐๐ บาท ขัดรัฐธรรมนูญ” และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในปี ๒๕๕๕ ที่วินิจฉัยว่า กฎหมายตามพระราชบัญญัติขายตรงที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ในกรณีที่ดินบุคคลเป็นผู้กระทำผิดกฎหมาย ให้กรรมการที่ดินบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบในทางอาญาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ” และอีกหลายเรื่องครับ กฎหมายภาษีอากรที่บังคับให้ภรรยาที่มีเงินได้นอกจากมาตรา ๔๐(๑) ต้องรวมเงินได้เข้ากับสามีแล้วเสียภาษีในนามของสามีอย่างนี้ ขัดรัฐธรรมนูญ” นี่ก็เป็นคำวินิจฉัยล่าสุดที่นำเอาหลักสิทธิมนุษยชน นำเอามาตรฐานสากล ของระหว่างประเทศเข้ามาร่วมเป็นองค์ประกอบในการวิเคราะห์ว่ากฎหมายเหล่านี้จะชอบด้วยหลัก

นิติธรรมหรือไม่ จะขัดต่อรัฐธรรมนูญบทใด บทหนึ่งหรือไม่ หลักนิติธรรมถูกนำไปเชื่อมโยงกับการแปลความรัฐธรรมนูญบทต่าง ๆ ที่ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนเอาไว้อย่างไม่เป็นระบบ แต่ว่ามันเริ่มเกิด แล้วก็ เป็นแนวทางที่ตรงกันกับข้อเสนอของ Lord Bingham ที่เผยแพร่ในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ และเราก็เชื่อว่าทิศทางนี้น่าจะเป็นทิศทางที่ถูกต้อง นี่ก็คือหลักนิติธรรม ๓ ระดับ ที่ศาลรัฐธรรมนูญยึดมั่นในการทำงานอยู่

เสาที่สอง : คำชูประชาธิปไตย ผมขอเสนอเป็น ๓ ด้านเหมือนกันนะครับ **ด้านที่ ๑** คำว่า “คำชูประชาธิปไตย” ไม่ใช่ประชาธิปไตยประชาชนเหมือนอย่างบางประเทศ ประชาธิปไตยที่เราจะคำชูอย่างมั่นคงแน่นอนด้วยชีวิตคือ “เสรีประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” **ด้านที่ ๒** ประชาธิปไตยไม่ใช่ “เผด็จการฝ่ายข้างมาก”แน่นอนประชาธิปไตยต้องเคารพฝ่ายข้างมาก ยอมรับ “Majority rule” แต่ไม่ใช่ “Only Majority rule” แต่จะต้องเป็น “Majority rule with Minority Right” “Moving toward the National Interest and happiness of the people” นี่คือทิศทางของประชาธิปไตยที่เราจะต้องร่วมกันคำชู ให้ความเคารพต่อเสียงข้างมากแน่นอนครับ แต่จะต้องมีที่ยืนที่ที่เหมาะสมให้แก่เสียงข้างน้อยด้วยครับ เพราะเขาก็คือคนไทย ไม่ใช่สัตว์ต่างดาวหรือมนุษย์ต่างพันธุ์ และจะต้องดำเนินการไปไม่ใช่เพื่อพรรค เพื่อพวก ของฝ่ายข้างมาก

๒ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๕/๒๕๕๓

๓ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๒

๓ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๒/๒๕๕๕

๕ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓/๒๕๕๕

ต้องดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ และความผาสุกของประชาชน ท่านเลขาธิการสหประชาชาติได้พูดเรื่องนี้เอาไว้ในวาระขึ้นปีใหม่ ว่า “Democracy is more than majority rule. It requires defending vulnerable minorities from hostile majorities, Government must challenge prejudice, not yield to it” เราก็นึกไม่ถึงนะว่าท่านเลขาธิการสหประชาชาติจากประเทศเกาหลีใต้ เพื่อนบ้านของเรานี้แหละจะมีวิสัยทัศน์ที่ชัดเจนอย่างนี้ ก็สอดคล้องกับความหมายของประชาธิปไตยที่เราประสงค์จะค้าชู และ**ด้านที่ ๓** ประชาธิปไตยต้องยึดมั่นในการใช้ธรรมเป็นอำนาจ ไม่ใช่ใช้อำนาจเป็นธรรม อันสอดคล้องกับหลัก “ธรรมาธิปไตย” นั่นเอง

เสาที่สาม : ห่วงใยในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผมเห็นว่าคำว่า “ห่วงใย” เป็นคำที่อ่อนโยนครับ เคยเสนอขอให้หนักแน่นขึ้นมาหน่อยแต่อย่างคงเดิม ผมขอล่วงหน้าไปก่อน เสาที่ ๓ นี้ผมขอใช้คำว่า **พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน** เราทำแบบนี้มานานแล้วครับ เพราะนี่คือหัวใจของรัฐธรรมนูญทุกประเทศ นี่คือแกนกลางของหลักนิติธรรมอีกเหมือนกัน และนี่ก็คือสิ่งที่ Universal Declaration of Human Right ของสหประชาชาติที่ประเทศไทย Commit ตัวเองเข้าไปผูกพันด้วยได้ยืนยันไว้ชัดเจนครับ

ผมนำเสนอเป็น ๓ ด้านเช่นกัน **ด้านที่ ๑** **มาตรฐานขั้นต่ำในระบบงานยุติธรรมทางอาญา** ต้องจริงจังมันคง และนี่ก็เป็นเหตุหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงมาตรา ๕๔ ที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่ากรรมการผู้จัดการหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล

ต้องร่วมรับผิดชอบทางอาญากับนิติบุคคลด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเองได้นั้นขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม ขัดแย้งต่อสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน และขัดแย้งต่อมาตรฐานขั้นต่ำที่โลกยึดถืออยู่สำหรับระบบงานยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเราเอามาเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญไทยมาตรา ๓๙ วรคสอง

ด้านที่ ๒ **สิทธิเสรีภาพที่สำคัญของประชาชน** เราเอามาบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ เสมอภาค “All men are born free and equal.” เราก็พยายามทำ แต่ในขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญก็ถูกโจมตีด้วยข้อกล่าวหาว่าเป็นศาลสองมาตรฐาน เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งไม่เป็นความจริงครับ หลักการนี้ไม่ใช่ดูแค่ว่าทำไม่เหมือนกันใน ๒ คดี ไม่ใช่ครับ จะต้องดูรายละเอียดว่าเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างกัน มีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันหรือไม่ ถ้าต่างกันก็จะใช้หลักการเดียวกันไม่ได้ เพราะจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมครับ เพราะฉะนั้นตั้งแต่ยุคของโสกราติสมาแล้ว เป็นที่ชัดเจนว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม นั้นมีสองด้านครับ ด้านที่หนึ่งคือปฏิบัติต่อสิ่งเดียวกันหรือสิ่งที่เหมือนกันแตกต่างกันครับ เป็นสองมาตรฐาน หรือทวิมาตรฐานใช้ไม่ได้ครับ ด้านที่สองปฏิบัติอย่างเดียวกันเหมือนกันต่อสิ่งที่แตกต่างกัน ไม่เป็นธรรมครับ ทวิสถานการณ์ ใช้ไม่ได้เหมือนกัน เพราะฉะนั้นในการวิเคราะห์หลักการในเรื่องนี้ อาจจะต้องแยกแยะในรายละเอียด จะเหมารวมคร่าวๆ ไม่ได้ ต้องวิเคราะห์ให้ถึงแก่นว่ามันเป็นสิ่งเดียวกันหรือแตกต่างกัน แล้วจึงค่อยดูว่าจะใช้มาตรการเดียวกันหรือต่างกันจึงจะถูกต้อง ศาลรัฐธรรมนูญ

ใช้หลักนี้ในการตัดสินคดีในคำวินิจฉัยที่ ๑๕/๒๕๕๕ ว่ากฎหมายที่กีดกันคนพิการไม่ให้เข้าสู่อาชีพ การงานที่เขามีความสามารถ มีศักยภาพที่จะทำได้ ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญในแง่นี้ครับ

และด้านที่ ๓ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๖๘ และมาตรา ๖๙ เกิดขึ้นมาใหม่ครับ ไม่เคยมีชื่อนี้อยู่ในรัฐธรรมนูญ ไทย ๑๗ ฉบับก่อนหน้านี้มาก่อนเลย เป็นครั้งแรกที่ เกิดหมวดใหญ่หมวดหนึ่ง หรือส่วนใหญ่ส่วนหนึ่งขึ้น ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ว่าด้วย สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้ศาล รัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๕๕ วินิจฉัย ว่าประชาชนผู้ได้ทราบถึงพฤติกรรมที่ฝ่าฝืน รัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง มีสิทธิที่จะยื่น คำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เพราะสิทธินี้ เป็นสิทธิของประชาชน ไม่ใช่สิทธิของอัยการสูงสุด แต่เพียงผู้เดียว นี่คือเหตุผลใหญ่ของคำวินิจฉัย

เรื่องนั้นที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องตรงตามมาตรา ๖๘ วรรคสอง จากประชาชน

เวลาหมดพอดีครับ เกินไปนิดหนึ่งขอภัย ผมขอสรุปจบเพียงเท่านี้ ผมอยากได้เวลาสัก ๒ ชั่วโมง อยากได้ยินเสียงซักถามจากท่าน ผมจะได้ อธิบายชี้แจง ผมมั่นใจว่าหลาย ๆ จุด หลาย ๆ แ่ง มุม คนจำนวนมากในสังคมยังเคลือบแคลง ยังไม่ กระจ่างแจ้ง แต่ว่าจะทำอย่างไรได้ โดยหลัก การทำงานของศาลเราไม่นิยมให้ออกไป Defend คำพิพากษาของเรา เราถือว่าเราได้ใคร่ครวญ ดีแล้ว ให้มัน Defend ตัวมันเอง หมายความว่า มี อะไรที่อยากแถลงชี้แจงก็เขียนเอาไว้ให้ชัดเจน ซึ่ง ส่วนใหญ่เราทำไม่ได้ถึงขนาดนั้น เพราะฉะนั้นก็ต้อง ขอภัยที่บางครั้งจำเป็นต้องออกมาชี้แจงเพิ่มเติม กันบ้าง แม้ว่ามันจะไม่ใช่วิธีปฏิบัติที่เคยทำกันมาใน แวดวงการศาลของไทยก็ตาม ผมขออนุญาตสรุป จบการบรรยายไว้ด้วยเวลาเพียงเท่านี้ครับ





THE DEVELOPMENT IN TRADE AND ENVIRONMENT DEBATE: PARTICULAR CONCERN TO DEVELOPING COUNTRIES

PEERAPON JADEROJANANONT*

ABSTRACT

The key theme of this article deals with discussing and examining how and whether the recent outstanding development in trade and environment debate can result in the conflict between developed countries and developing countries. Also, the issue of processes and production methods (PPM) and Article XX of GATT will be taken into account in this article in order to determine what is particular concern to developing countries. From the study, it is implicitly found that the conflict between developed and developing countries has obviously emerged because developing countries cannot fulfill the requirement of trade measures established by WTO while developed countries have attempted to set the trade measures as their import restriction. As a result, it is difficult to refuse that those trade measures might be viewed as the obstruction of the economic development in developing countries.

KEYWORDS : Trade and Environment Debate, Concern to Developing Countries, Trade Measures

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะอภิปรายประเด็นถกเถียงที่เป็นความขัดแย้งระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมในบริบทของประเทศที่กำลังพัฒนา โดยความขัดแย้งดังกล่าว สามารถเกิดขึ้นเมื่อประเทศที่กำลังพัฒนา ไม่อาจดำเนินการตามข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการค้าและสิ่งแวดล้อม ที่ถูกกำหนดโดยองค์การ

* Independent Researcher

LLB, Faculty of Law, Thammasat University, Thailand

LLM (Natural Resources and Environmental Law), Faculty of Law, Thammasat University, Thailand

LLM in International Environmental Law, Law School, Macquarie University, NSW, Australia

การค้าโลก (World Trade Organization) เช่น มาตรการตาม มาตรา XX แห่ง GATT หรือ มาตรการ PPM เป็นต้น ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถออกแบบนโยบาย หรือ มาตรการป้องกันการค้าที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือป้องกันการนำเข้าสินค้าที่มีกระบวนการผลิตไม่เหมาะสมหรือไม่ได้มาตรฐาน ประเด็นดังกล่าวนี้เองถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงว่าเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการขีดขวางการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาหรือไม่ เนื่องจากข้อจำกัดของประเทศที่กำลังพัฒนาหลาย ๆ ด้านไม่อาจตอบสนองข้อเรียกร้องขององค์การการค้าโลก

คำสำคัญ : การค้าและสิ่งแวดล้อม ประเทศกำลังพัฒนา ความขัดแย้ง

1 INTRODUCTION

Trade and environment debate has become the complicated issue that has been conferred and discussed for many decades.¹ Furthermore, it would be interesting to note that environment and trade may be interconnected in the sense of conflict. It is difficult to refuse that several environmental problems are the consequence of the extension of global economic activities because the development of all economic activities is explicitly necessary to depend on the environment.² Additionally, many concerns relating to trade and environment debate can be focused on the issue of how the nexus of trade and environment can be

practically achieved despite the fact that trade measures have been frequently viewed as a divergence to environmental concerns.³ The issues of particular concern to developing countries also become one of interesting issues which have been brought to discuss on numerous international negotiation forums.

Although there are a number of international organizations, particularly the World Trade Organization, known as WTO, which have continuously concentrated on trade and environment debate for many years, this issue remains extremely controversial in developing countries. Unfortunately, trade measures that may be used as an effective tool in addressing

¹ Mangda Shabin, 'Trade and Environment: How Real Is the Debate' in Gary Sampson and John Whalley (eds) *The WTO, Trade and Environment* (Edward Elgar, 2005) 579, 580.

² International Institute for Sustainable Development and United Nations Environment Programme, *Environment and Trade A Handbook* (United Nations Environment Programme, 2nd ed, 2005) 2.

³ Agata Fijalkowski and James Cameron (eds), *Trade and The Environment: Bridging the Gap* (Cameron May, 1998) 56.

environmental problems have become controversial issue between trade supporters and developing countries. Developing countries concern that trade restriction aiming to protect environment can promote green protectionism.⁴ In this regard, the linkage between trade and environmental protection shall be depicted as an important obstacle of the economic development in developing countries. In other words, trade measures aiming to protect environment, such as processes and production methods known as 'PPM', environmental standard, environmental labels and environmental management certification programs, can be also viewed as an impediment of the export of developing countries because most developing states are probably incapable to complete those trade measures' requirement.

Furthermore, under the General Agreement on Tariff and Trade (GATT) rules concerning an environmental issue, such as Article XX on General Exceptions, can also do affect on developing countries. Therefore, the issues of particular concern to developing countries in terms of trade and environment debate should be carefully

determined whether and how developing countries could voluntarily participate in the environmental protection whereas their economic development must not be restricted by unjustifiable or arbitrary discrimination. This article is to discuss and examine how the recent outstanding development in trade and environment debate can result in the conflict between developed countries and developing countries. The article also aims to present some issues of particular concern to developing countries, such as the issue of processes and production methods (PPM) and Article XX of GATT and to evaluate why those trade measures have become the significant obstruction of economic extension and development in developing countries.

2 THE RECENT OUTSTANDING DEVELOPMENT IN TRADE AND ENVIRONMENT DEBATE

Trade and environment debate has been discussed and evolved for many decades through several international negotiation forums, such as United Nations Conference and the World Trade Organiza-

⁴ Shawkat Alam and Rafiqul Islam, 'The Trade Environment Interface: Issues Lurking Behind The North-South Tensions' (2004) 2 *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* 121, 132.

tion Ministerial Conference. Recently, the relationship between environmental issue and trade was seemingly reaffirmed as the highlight topic on the negotiation forum of WTO at the Doha Ministerial Conference in 2001.⁵ Under the Doha Declaration, which is a main outcome of the conference, it established some articles relating to the negotiations on trade and environment described in Article 31. Article 31 states that, with a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment, the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in Multilateral Environmental Agreements (MEAs) shall be limited in scope the applicability of such existing WTO rules as among parties to the MEA in question, and the reduction or elimination of tariff and non-tariff barriers to environmental goods and services must be promoted.⁶

It is noted that the key point of the controversy between trade and environment is mentioned. It is obvious that trade and environment have totally different objective.

Trade attempts to distribute and expand opportunities in the goods and services production through eliminating trade barrier; in contrast, the purpose of environmental protection is to establish the rules for activities adversely having an affect on environmental quality.⁷ However, under Article 31 of Doha Declaration, it aims to coexist between WTO rules and Multilateral Environmental Agreements (MEAs) and to declare that the WTO rules cannot be absolutely separated from environmental protection. The Doha Declaration also denotes the particular concern to developing countries through the responsibilities of the Committee on Trade and Environment (CTE) in Article 32. Article 32 states that the Committee on Trade and Environment shall give particular attention to the effect of environmental measures on market access, especially in relation to developing countries, in particular the least-developed among them, and those situations in which the elimination or reduction of trade restrictions

⁵ Adil Najam et al, *Trade and Environment: A Resource Book* (International Institute for Sustainable Development, International Centre for Trade and Sustainable Development and The Regional and International Networking Group, 2007) 3.

⁶ World Trade Organization, *Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#tradeenvironment>.

⁷ Geza Feketekuty, 'The Link Between Trade and Environmental Policy' (1993) 2 *Minnesota Journal Global Trade* 171, 172.

and distortions would benefit trade, the environment and development.⁸

Nevertheless, at the Doha Ministerial Conference, it would be interesting after the achievement of negotiation on trade and environmental issues that developed countries pay attention and strived to push forward them as negotiating agenda⁹ has emerged among international community, the further significant question is whether developing countries are ready to accept and fulfill provisions concerning trade and environment under the Doha Declaration.

3 THE CONFLICT BETWEEN DEVELOPED COUNTRIES AND DEVELOPING COUNTRIES IN THE SENSE OF TRADE AND ENVIRONMENT DEBATE

In reality, there has been a conflict of interests in trade and environment debate between developed countries and developing countries. In developed

countries' view, environmental protection are gazed as the substance for protecting the global environment; however, in a certain point of developing countries, environmental protection cannot be separated from the economic development of the countries concerned.¹⁰ Hence, this different perspective may be implicitly comprehended that developing countries are to concentrate on their economic development as priority even though environment and natural resources are to be degraded because of such economic development.

Developing countries also attempted to argue that developed countries should be responsible for the harm to the environment resulting from the way of development adopted by them.¹¹ This claim of developing countries may lead to the fragile relationship between GATT rules and developing countries manner; in other words, developing countries which are as GATT member do not need to undertake the same disciplines

⁸ World Trade Organization, above n 6.

⁹ Shawkat Alam, 'Trade and Environment Linkage in the Post Uruguay Round Context' (2004) 11 *James Cook University Law Review* 36, 47.

¹⁰ Ibid 36.

¹¹ Palitha T.B. Kohona, 'The Environment: An Opportunity For North/South Cooperation' (1993) *Third World Legal Study* 71, 72.

as developed country member.¹² It seems that such manner of developing countries to the GATT results from their dissatisfaction to developed countries.

It seems that trade and environment debate becomes much more controversial between developing countries and developed countries when there were the appearances of disputed cases related to the issue of trade and environment, such as the Shrimp and Turtle Case (India, Pakistan, Malaysia, Thailand - USA, 1998)¹³ and the Gasoline Case (Venezuela, Brazil - USA, 1996)¹⁴, which were brought to the WTO dispute settlement bodies. As a result, from the discussion above, it is obviously said that there is an obvious conflict between developed countries and developing countries in the sense of trade and environment debate.

4 THE ISSUES OF PARTICULAR CONCERN TO DEVELOPING COUNTRIES

There have been some particular concerns to developing countries due to recent developments in trade and environment debate. Regarding to the debate, the argument of many developing countries is that their social primacies diverge from those of developed countries; as a result, it is not fair if developed countries are to discriminate against the export of developing countries by using the priority of environmental issue that are not primary agenda in developing countries.¹⁵ Consequently, this section aims to present outstanding trade measures used for the purpose of environmental protection, such as processes and production methods (PPM) as well as Article XX of GATT 1994 and discuss how these trade measures can do affect on developing countries.

¹² Chiedu Osakwe, 'Developing Countries and GATT/WTO Rules: Dynamic Transformations in Trade Policy Behavior and Performance' (2011) 20 *Minnesota Journal of International Law* 365, 365.

¹³ World Trade Organization, *Environment: Dispute 8 India and etc Versus US: 'shrimp-turtle'* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>.

¹⁴ World Trade Organization, *Environment: Dispute 7 Venezuela and Brazil Versus US: 'Gasoline'* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis07_e.htm>.

¹⁵ International Institute for Sustainable Development and United Nations Environment Programme, above n 2, 56.

4.1 Processes And Production Methods (PPM)

Processes and production methods, known as 'PPM' can be simply described as 'the way in which a product is made.'¹⁶ Generally, before many products are available for market, there are many stages such products have to go through.¹⁷ PPM is also denoted as 'any activity that is undertaken in the process of bringing a good to market.'¹⁸ As a result, how a product is produced, used and disposed has become an environmental consideration that environmentalists attend.¹⁹ Moreover, currently, there are a large number of PPM-based trade measures are brought to relate to the market product.²⁰ For example, in the Shrimp and Turtle Case, United States rejected the import of shrimp products that were exported by developing countries because those developing countries trawled shrimps by using the inappropriate method and mechanism that may result in the

destruction of sea turtles. It is well recognized that this case is an important example that concentrates on the stage of how a product is produced in addition to the concern of whether the way of production method may adversely result in environment and natural resources.

As a result of the PPM use in environmental protection, the debatable issue is whether PPM-based trade measures can be viewed as the trade restriction of developing countries or not. In regard to the current situation, due to the lack of technology in developing countries, they cannot probably achieve the requirement of PPM-based trade measures.²¹ According to the Shrimp and Turtle Case, developing countries cannot provide any effective devices or technologies for protecting sea turtles from shrimps trawling. This is main reason why many products exported by developing countries are frequently rejected because of the

¹⁶ Ibid 53.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Jason Potts, *The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy* (International Institute for Sustainable Development, 2008) 3.

¹⁹ International Institute for Sustainable Development and United Nations Environment Programme, above n 2, 55.

²⁰ Sanford E. Gaines, 'Processes and Production Methods: How to Produce Sound Policy for Environmental PPM-Based Trade Measures?' (2002) 27:2 *Columbia Journal of Environmental Law* 383, 396.

²¹ International Institute for Sustainable Development, 'Trade and Environment's New Agenda' (Paper presented at IISD Viewpoint: World Trade Organization Fourth Ministerial Conference, 9-13 November 2001).

reason of environmental protection. Interestingly, this problem should be resolved by the assistance of developed countries. Developed countries must provide technological and financial assistance²² in order that developing countries can meet the requirement of PPM-based trade measures.

4.2 The GATT Article XX on General Exceptions

In order to understand the function of the GATT Article XX, firstly, it is unavoidable to consider the core principles of GATT. The objective of GATT principle is that any forms of trade barrier must be eliminated. Furthermore, the WTO forms the significant discipline of non-discrimination as the key principles of trade between WTO members.²³

The GATT Article XX permits member countries to take any actions at national level in order to protect the environment.²⁴ In regard to the GATT Article XX on General Exceptions, in

principle, this article provides member countries the right to establish the level of protection that may be appropriate on their environment.²⁵ Article XX (b) and (g) provides that:

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement [the GATT] shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: ...

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health; ...

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption. ...²⁶

²² Ved P. Nanda, 'Developed Countries' Assistance to the Developing World for Environmental Protection' (1991) 1 *Kansas Journal of Law & Public Policy* 27, 27.

²³ International Institute for Sustainable Development and United Nations Environment Programme, above n 2, 31.

²⁴ Mangda Shabin, above n 1, 587.

²⁵ Ibid.

²⁶ World Trade Organization, *WTO rules and Environmental Policies: GATT exceptions* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm>.

It is noted that, under Article XX (b) and (g), it is to allow WTO members to design their own policies and measures in order to necessarily protect human, animal or plant-life health or if associated to the natural resources conservation.²⁷ However, this Article does not allow member countries to establish their policies and measures that result in arbitrary or unjustifiable discrimination between WTO members.²⁸ Like the use of PPM-based trade measures for environmental protection, the controversial issue is whether Article XX of GATT can be viewed as the trade restriction of developing countries or not.

In the Shrimp and Turtle Case (India, Pakistan, Malaysia, Thailand - USA, 1998), this case is focused on the issue of the violation of the GATT rules and the discrimination. Many developing countries which are as WTO members, such as India, Pakistan, Malaysia and Thailand have complained to the WTO that United States

violated principles of non-discrimination the GATT 1994. In fact, the section 609 of the US Endangered Species Act 1973 provides that 'shrimp harvested with technology that may adversely affect certain sea turtles protected under US law may not be imported into United States.'²⁹ Furthermore, United States claimed that 'US shrimp trawlers use 'turtle excluder devices (TEDs)' in their nets when fishing in areas where there is a significant likelihood of encountering sea turtles'.³⁰ Hence, United States did not accept the importation of shrimp products from those developing countries because they used inappropriate devices that adversely affected on the destruction of sea turtles. The debatable issue is whether the section 609 of the US Endangered Species Act 1973 aiming to protect sea turtles is lawful under Article XX of GATT or not. Also, It is doubted whether such US measure claimed by United States can be considered as arbitrary or unjustifiable discrimination to developing countries.

²⁷ Abdul Ghafur Hamid et al, 'The WTO Rules Versus Multilateral Environmental Agreements: The Search For Reconciliation' (2008) 5 *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* 57, 62.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Simeneh Kiros Assefa, 'The Trade and Environment Debate: The Normative and Institutional Incongruity' (2008) 2(2) *Mizan Law Review* 311, 329.

³⁰ World Trade Organization, above n 13.

In this case, there were some interesting arguments of United States that endeavored to defend itself from the violation of the GATT rules. United States claimed that the measure under section 609 was very essential to protect sea turtles; in addition, the only way to protect them from drowning in shrimp nets is the use of TED.³¹ Furthermore, some experts supported the claim of United States that sea turtles can be recognized as the common heritage of mankind which needs all states to protect them; moreover, the TED is cheap and effective to trawl shrimps.³² According to the above reasons, it seems that the US action may be legitimate under the GATT Article XX.

As a result of the WTO decision, the complainants won the case because the WTO Panel settled that the section 609 is inconsistent to the GATT rule as Article XI (Principle of General Prohibition of Quantitative Restrictions); in other words, the Panel stated that such US measure

discriminated between WTO members.³³ Nevertheless, this case was appealed to the consideration of the WTO Appellate Body. It was surprising that the WTO Appellate Body vetoed some reasons of the Panel and pointed some serious errors in the Panel's reasons.³⁴ However, eventually, the Appellate Body concluded that the US measure was not justified under Article XX of GATT'.³⁵

5 CONCLUSION

In conclusion, the recent developments in trade and environment debate have been focusing on the issues of concern to developing countries. It is noticed that the issues of concern to developing countries were consisted in the agenda of several international negotiation forums, especially on the negotiation forum of WTO at the Doha Ministerial Conference in 2001 that promoted the issue of trade and environment as the highlight. Furthermore, the Doha Declaration also established some provisions that concern

³¹ Mangda Shabin, above n 1, 592.

³² Agata Fijalkowski and James Cameron (eds), above n 3, 22.

³³ World Trade Organization, above n 13.

³⁴ Bruce Neuling, 'Shrimp-Turtle Case Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate' (1999) 22:1 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 1, 32.

³⁵ World Trade Organization, above n 13.

the economic development in developing countries.

However, the relationship between trade and environmental protection remains controversial. Although various trade measures used for environmental protection, such as Article XX of GATT 1994 and PPM-based trade measures have been extended at both international and domestic level, developing countries cannot fulfill the requirement of those trade measures. As a result, it is difficult to refuse that those trade measures might be viewed as the obstruction of the economic development in developing countries.

It is well recognized among international community that the economic

development, which developing countries have attempted to seek, must be addressed together with the environmental protection.³⁶ As a result, they should change their attitude. If developing countries are restricted to export because of trade measures aiming to protect environment, they should adjust themselves to harmonize to the global trend by improving their own national policies converting to emphasize the priority of environmental issue. Furthermore, due to the commitment to the WTO, developed countries can adequately provide technological and financial assistance to developing countries in order to support them to fulfill their goal and survive among the competition of global trade.



³⁶ Ved P. Nanda, above n 22.

6 Bibliography

6.1 Articles/Books/Reports

Alam, Shawkat, 'Trade and Environment Linkage in the Post Uruguay Round Context' (2004) 11 *James Cook University Law Review* 36

Alam Shawkat, Natalie Klein and Juliette Overland (eds), *Globalisation and the Quest for Social and Environmental Justice: The relevance of international law in an evolving world order* (Routledge, 2011)

Alam, Shawkat and Rafiqul Islam, 'The Trade Environment Interface: Issues Lurking Behind The North-South Tensions' (2004) 2 *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* 121

Assefa, Simeneh Kiros, 'The Trade and Environment Debate: The Normative and Institutional Incongruity' (2008) 2(2) *Mizan Law Review* 311

Feketekuty, Geza, 'The Link Between Trade and Environmental Policy' (1993) 2 *Minnesota Journal Global Trade* 171

Fijalkowski, Agata and James Cameron (eds), *Trade and The Environment: Bridging the Gap* (Cameron May, 1998) 56

Gaines, Sanford E., 'Processes and Production Methods: How to Produce Sound Policy for Environmental PPM-Based Trade Measures?' (2002) 27:2 *Columbia Journal of Environmental Law* 383

Hamid, Abdul Ghafur, Khin Maung Sein and Nik Ahmad Kamal Nik Mahmod, 'The WTO Rules Versus Multilateral Environmental Agreements: The Search For Reconciliation' (2008) 5 *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* 57

International Institute for Sustainable Development, 'Trade and Environment's New Agenda' (Paper presented at IISD Viewpoint: World Trade Organization Fourth Ministerial Conference, 9-13 November 2001)

- International Institute for Sustainable Development and United Nations Environment Programme, *Environment and Trade A Handbook* (United Nations Environment Programme, 2nd ed, 2005)
- Kohona, Palitha T.B., 'The Environment: An Opportunity For North/South Cooperation' (1993) *Third World Legal Study* 71
- Macmillan, Fiona, *WTO and the Environment* (Sweet & Maxwell, 2001)
- Najam, Adil, Mark Halle and Ricardo Melendez-Ortiz, *Trade and Environment: A Resource Book* (International Institute for Sustainable Development, International Centre for Trade and Sustainable Development and The Regional and International Networking Group, 2007)
- Nanda, Ved P., 'Developed Countries' Assistance to the Developing World for Environmental Protection' (1991) 1 *Kansas Journal of Law & Public Policy* 27
- Neuling, Bruce, 'Shrimp-Turtle Case Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate' (1999) 22:1 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 1
- Onyejekwe, Kel, 'GATT, Agriculture and Developing Countries' (1993-1994) 17 *Hamline Law Review* 77
- Osakwe, Chiedu, 'Developing Countries and GATT/WTO Rules: Dynamic Transformations in Trade Policy Behavior and Performance' (2011) 20 *Minnesota Journal of International Law* 365
- Potts, Jason, *The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy* (International Institute for Sustainable Development, 2008)
- Shabin, Mangda, 'Trade and Environment: How Real Is the Debate' in Gary Sampson and John Whalley (eds) *The WTO, Trade and Environment* (Edward Elgar, 2005) 579
- Steinberg, Richard H. (ed), *The Greening of Trade Law: International Trade Organization and Environmental Issues* (Rowman & Littlefield, 2002)

World Trade Organization, *Understanding the WTO* (World Trade Organization: Information and External Relations Division, 5th ed, 2011)

6.2 Others

World Trade Organization, *Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#tradeenvironment>

World Trade Organization, *Environment: Dispute 7 Venezuela and Brazil Versus US: 'Gasoline'* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis07_e.htm>

World Trade Organization, *Environment: Dispute 8 India and etc Versus US: 'shrimp-turtle'* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>

World Trade Organization, *WTO rules and Environmental Policies: GATT exceptions* (2012) World Trade Organization <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm>



ความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยบุคคลอื่น

เปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายของสหภาพยุโรปผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตควรมีความรับผิดต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำขึ้นโดยบุคคลอื่นแค่ไหน เพียงใด

Internet Service Provider liability for third-party copyright infringement : A comparative study between US and EU approaches To what extent should an ISP be held liable for third-party copyright infringement?

ดารเกศ แดงงาม*

บทคัดย่อ

ในยุคข้อมูลข่าวสารที่มีการเชื่อมต่อโดยเครือข่ายอินเทอร์เน็ต งานที่มีลิขสิทธิ์ถูกเผยแพร่ ทำซ้ำ หรือส่งผ่านอย่างผิดกฎหมายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ด้วยเหตุนี้เจ้าของผลงานจึงได้รับความเสียหายเป็นอย่างมากจากการละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นการยากต่อการติดตามเอาตัวผู้กระทำผิดตัวจริงมาลงโทษ ดังนั้น “ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider : ISP)” จึงเป็นบุคคลที่ต้องรับโทษจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำขึ้นโดยบุคคลอื่นซึ่งเกิดขึ้นภายใต้การให้บริการและการกำกับดูแลของตน เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถระบุตัวตนได้แน่นอน และ มีความสามารถทางการเงินที่จะชดเชยค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ตามการที่จะให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรับผิดชอบจากการกระทำผิดกฎหมายของผู้ใช้นั้นนั้นต้องมีข้อเท็จจริงตามหลักเหตุผลของกฎหมายที่แน่นอนว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีส่วนเกี่ยวข้อง มีส่วนที่จะส่งผลต่อ หรือก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น ประเด็นที่เป็น

* สาขานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครศรีธรรมราช, LL.B., Thammasat University (2nd class honors), LL.M. in Law and Technology, Tilburg University (The Netherlands)

ข้อโต้แย้งตามมาก็คือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์แค่ไหน เพียงใด ภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์อย่างไรต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำขึ้นโดยบุคคลอื่น เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นเพียงแค่ “ตัวกลาง” ที่ให้บริการเชื่อมต่อเพื่อส่งผ่านข้อมูลเท่านั้น ดังนั้นการที่จะกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีความรับผิดชอบทางกฎหมายโดยไม่มีหลักเหตุผลทางกฎหมายที่แน่นอนนั้นจึงไม่ยุติธรรมด้วยเหตุนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา และ สหภาพยุโรปได้มีการออกกฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์และข้อกำหนดว่าภายใต้เงื่อนไขอย่างไรจึงจะสามารถลงโทษผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต่อการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำขึ้นโดยบุคคลอื่นได้ โดยกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้นี้มีจุดมุ่งหมายที่จะกำจัดการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และให้การคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของบุคคลอื่นอื่นถ้าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ปฏิบัติตามบัญญัติของกฎหมายโดยครบถ้วนแล้ว กล่าวโดยสรุปคือกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและของสหภาพยุโรปนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่าภายใต้เงื่อนไขเช่นไรที่สามารถเอาผิดผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้ และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องปฏิบัติเช่นไรเพื่อไม่ให้ตนเองต้องรับผิด จึงเป็นการวางแนวทางและกำหนดกรอบความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอย่างชัดเจน เพื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตได้รู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของตนตามกฎหมายเมื่อต้องเผชิญกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำขึ้นโดยบุคคลอื่นภายใต้การให้บริการของตน

คำสำคัญ : ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ความรับผิด การละเมิดลิขสิทธิ์ที่กระทำโดยบุคคลอื่น

Abstract

In the digital networked environment, copyrighted works are displayed, reproduced or distributed unlawfully from one user to another by only one mouse click. Copyright owners have suffered from high cost of damages from such infringing activities committed easily through the internet networks. The internet has made it harder to trace actual wrongdoers. As a result, Internet Service Providers (ISPs) have become a center of attention to be sued because of their identifiable location and reliable financial status. ISPs, in this sense, are somewhat relevant to the case of online copyright infringement since the functions that they perform might contribute to, induce, or cause such infringing activities. The controversial issue which might arise here is to what extent ISPs should be held liable for copyright infringement conducted by others since the main function of ISPs is merely middle man providing connection for information. To hold ISPs liable for third-party copyright infringement regardless of reasonable foundation is not justifiable. The US and the EU enacted regulations with regard to the limitations of liability concerning ISP liability for third-party copyright infringement which intends to combat online copyright

infringement, and provide legal certainty for ISPs when they comply with the conditions set forth in the regulations. In a nutshell, the regulations establish what can constitute liability so that ISPs will know their rights and obligations when they have to deal with copyright infringement committed by others.

Keywords : Internet Service Provider (ISP), liability, third-party copyright infringement

1. Introduction

The amazing capabilities of the internet to promote the exchange of knowledge, information, and ideas on a global scale have surely revamped the way people interact.¹ The greatest advantage of the internet is that it plays an essentially crucial role as a medium which has the ability to enable people around the world to obtain great quantities of information within seconds just by one mouse click. In this way, the internet has given power to people to transmit and duplicate a vast amount of data or information, including copyrighted materials.² Due to the fact that in the digital network environment the

material is rarely transmitted directly from the originator to the end-user, usually a range of providers act as go-betweens for content creators and consumers. Such go-betweens are hosting service providers, communications or network providers, and access providers who play a role as intermediaries by providing the venues for internet users to download, upload post or transfer such materials.³ In this thesis the Internet Service Provider (ISP)⁴ will be the focal point of study. ISPs are one type of such intermediaries providing the internet access and giving their subscribers means to make materials publicly available in exchange for a fee.⁵ Additionally, they

¹ The matter of face-to-face present is not necessary anymore for the interaction between people.

² H. Salow, (2001), 'Liability Immunity for Internet Service Provider-How is it working?', *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. 6, No. 1. p. 31.

³ K. Koelman, 'Online Intermediary Liability', in Hugenholtz (ed.) *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, 2000, The Hague - Boston - London, p. 7.

⁴ Internet Service Providers offer a wide spectrum of information processing service such as search service, chats, forums, hosting, storage, payment, marketing, and design service.

⁵ B. Bolin & D. Tysver, *ISP Liability*, at <http://www.bitlaw.com/internet/isp.html>, last visited on 30 May 2009. See also R. Mann & S. Belzley, (2005), 'The Promise of Internet Intermediary Liability', *William and Mary Law Review*, Vol. 47. pp.11-14.

provide a variety of services, including, data-storage for their customers on newsgroup servers or World Wide Web servers.⁶ With regard to copyright law⁷, copyrighted works transmitted and duplicated through the digital networked environment without the permission of copyright owners is considered as a violation of the copyright.⁸ A number of copyright infringing activities conducted through the online world extremely increases because the internet facilitates such fraudulent activities. At present, the traditional way to deal with copyright infringement is no longer effective since those who directly conduct unlawful acts seem to be anonymous and undetectable.⁹ As a result, copyright owners have sought a way to compensate their damages by looking at ISPs as potential targets to be sued.¹⁰ In this relation, from the copyright owner's perspective, ISPs have the ability

to determine whether infringing material is being transmitted over their networks and stored on their servers.¹¹ Moreover, ISPs have been dragged into the center of copyright owners' attention as potential defendants since their roles as a middle-man are believed that, to some extent, they might be responsible for infringing activities conducted by their subscribers. In this regard, according to the legal doctrines of copyright law, ISPs could be held liable for direct liability, contributory liability or vicarious liability for the copyright infringement committed by their subscribers. Furthermore, ISPs are easy to be identified and deemed to have deep pockets. Moreover, ISPs are in a good position to supervise how their subscribers make use of the internet. Accordingly, these factors make that ISPs potentially engage in the copyright infringement in the eyes of the law.

⁶ See *ibid*.

⁷ US Copyright Act of 1976.

⁸ Exclusive owner rights, contained in U.S. s106 (as codified and amended at 17 USC section 101-1010 (1998)) are as follow: (1) copying the copyright work; (2) preparing derivative works; (3) distributing copies of the works; (4) performing the works publicly; and (5) displaying the work publicly.

⁹ B. Mercurio, (2002), 'Internet Service Provider Liability for Copyright Infringements of Subscribers: A Comparison of the American and Australian Efforts to Combat the Uncertainty', *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 9, No. 4.

¹⁰ See *ibid*.

¹¹ See *supra* note 2, H. Salow, p. 39 (citing T. Casey, 'ISP Liability Survival Guide 99, (John Wiley & Sons, Inc. 2000). p. 100).

On the other hand, one might argue that it is not justifiable to impose liability upon ISPs for the illegal activities performed by others. In addition, to impose obligations upon ISPs to monitor/police/supervise activities going on through the internet network is burdensome and impractical since the volume of material transmitted over their systems is too large to monitor. Also, even if ISPs are willing and able to monitor materials on their own systems, it could not necessarily identify infringing materials.¹² This controversial issue has been discussed over decades and there has been a lot of ink spilt on this issue.¹³ Regarding to one who supports ISP liability, ISPs seem to be in a vulnerable position if they have to bear a burden of

monitoring the internet traffic where “trillions of bits of information representing millions of messages and files travel through networks each day”.¹⁴ It is therefore virtually impossible for ISPs of large systems to review every message transmitted or file uploaded. Moreover, it is relatively unjustifiable that ISPs are seen as potential defendants just because they simply provide services for their subscribers. On the contrary, for those who oppose ISP liability, ISPs are believed to bear responsibility for the copyright infringement occurred through their systems in certain circumstances since they are in a good position to supervise their subscribers and might have known that their subscribers make use of the

¹² See *supra* note 9 (citing T. Casey, p. 101).

¹³ For articles supporting ISP liability, see, for example, Jane C. Ginsburg, Putting Cars on the “Information Superhighway”: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 COLUM. L. REV. 1466, 1492-95 (1995) (mildly supporting the idea of ISP vicarious copyright liability); I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for “Cyberspace”*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1042-46 (1994) (advocating strict ISP liability); John Carmichael, Comment, *In Support of the White Paper: Why Online Service Providers Should Not Receive Immunity from Traditional Notions of Vicarious and Contributory Liability for Copyright Infringement*, 16 LOY. L.A. ENT. L.J. 759, 771-85 (1996) (advocating vicarious and contributory ISP liability); Kelly Tickle, Comment, *The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board Operators for the Copyright Infringement Occurring on Their Bulletin Boards*, 80 IOWA L. REV. 391, 416 (1995) (favoring limited ISP liability). For arguments opposing liability, see, for example, Niva Elkin-Koren, *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 345, 399-410 (1995) (opposing ISP liability under existing copyright law).

¹⁴ B. Lehman & R. Brown, (1995), ‘Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, (hereinafter “White Paper”), p.116.

internet unlawfully. As a result, many countries¹⁵ have become aware of this issue and seek a way to compromise between copyright owners' interest and the limitations of liability for ISPs. This thesis concentrates on US and EU regulatory frameworks on the limitations of liability for ISPs. The US has responded to this issue through an enactment of the Digital Millennium Copyright Act 1998¹⁶ providing the safe harbor for ISPs to be exempted from being held liable where they follow the procedure set forth according to the Act. The EU has enacted the E-Commerce Directive¹⁷ which contains provisions concerning the liability of intermediaries. Similarly to the DMCA; the Directive provides shelter for ISPs to be excluded from being held liable under certain conditions. Consequently, this thesis will focus on the liability of ISPs; whether it is justifiable to hold ISPs liable for the

copyright infringement committed by others and if so to what extent ISPs should be responsible for third-party copyright infringement.

2. General issues of ISP liability for third-party copyright infringement

2.1 What is an Internet Service Provider?

Online intermediaries come in several forms, namely Internet Service Providers (ISPs), Bulletin Board Systems (BBSs), Network operators, Access providers, Host service providers, Information location tool providers, et cetera. Each of these actors has a different role to play in the digital networked environment. According to the different functional roles of online intermediaries, the following types of online intermediaries can be categorized:¹⁸

¹⁵ For example Australia Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000, India Information Technology Act 2000, Singapore Copyright Amendment Act 2005, HK copyright (Amendment) Bill (proposed, 2007), New Zealand Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008.

¹⁶ See *infra* paragraph 3.1.

¹⁷ See *infra* paragraph 4.1.

¹⁸ P. Basicrocchi, (2002), 'Liability of Intermediary Service Provider in the EU Directive on Electronic Commerce, Computer and High Technology Law Journal, Vol. 9. p.116. See further R. Julia-Barcelo, (1999), 'Liability for Online Intermediaries: A European Perspective', intellectual property review, pp.4-5.

- 1) Network operator: providing the technical facilities for the transmission of information such as cable, routers and switches.
- 2) Access provider: providing users with access to the internet. Users connect to the internet through their access providers' servers.
- 3) Information location tool providers: providing online tools used for finding information that resides in other Web sites such as Yahoo!, Alta Vista, Google, etc. There are two types of search engines, namely, automated search engines and search engines that rely upon people to review and catalogue Web sites.
- 4) Host service providers: services in which users may rent Web sites space, set up Web pages, and upload content, such as software, text, graphics, or sounds. Hosting services may include online exchange also,

like bulletin board and chat rooms which allows direct communication in real time.¹⁹

These different online intermediaries play different roles when internet users wish to use the internet in common ways such as surfing the net, or uploading and downloading materials. In order to do so, internet users first need to connect to the network via access providers. Then, assisted by browser software and often by an information location tool, internet users will identify and contact servers operated by host service providers where web pages they wish to contact are located. Depending on the type of web page, in addition to browsing the page, internet users may be able to request information, upload materials, and download files to their personal computers. Internet users will also be able to connect to the newsgroup hosted by a host service provider. In order to participate in the newsgroup, internet users will send a message that will be posted in the newsgroup. In addition, they will be able to read the posted messages sent by other internet users.²⁰

¹⁹ See *ibid.*

²⁰ See *ibid.*, R. Julia-Barcelo, (citing P. Gralla, *How The Internet Works* (Millennium ed. 1999)); see also R. SHULER, *How Does the Internet Work?*, at http://www.theshulers.com/whitepapers/internet_whitepaper/index.html, last visited on 20 May 2009. See also Reference for Business, *Internet Service Providers*, at <http://www.referenceforbusiness.com/small/Inc-Mail/Internet-Service-Providers-ISPS.html>, last visited on 20 May 2009.

To make it simple, the term ISP that will be used in this thesis aims to cover a wide range of companies and organizations that provide their subscribers with different facilities, ranging from providing access to the internet, to giving their subscribers the means to make documents publicly available on the internet. For example, ISPs may provide their subscribers with more than just an email account and access to the web. They may also give them the right to upload files, software, text, sound, etc. to the ISP's publicly accessible servers.²¹

2.2 Reasons for pursuing claim against Internet Service Providers²²

It is rational for ISPs to bear some responsibility for copyright infringing activities conducted by others. With regard to copyright infringement, as mentioned, the expansion of the internet makes it easy for anyone who wishes to upload, download, post, disseminate or transmit copyrighted materials. ISPs play a crucial role as a middle man to provide and facilitate those activities. As ISPs, to some

extent, are involved in those activities, copyright owners put ISPs high on the list as potential defendants in online infringement lawsuits. There are several reasons why aggrieved parties may decide to pursue action against ISPs rather than subscribers who are direct infringers.

First, in the online world, identity is hidden and malicious-minded people can violate the copyright anonymously and from any territorial area. Therefore, it is tricky for copyright owners to sue them. In addition, to bring a lawsuit against defendants who are not in the plaintiff's home jurisdiction is burdensome in several aspects. On the contrary, ISPs are identifiable and easy to be located. It is therefore relatively easy for copyright owners to pin point the location of ISPs instead of their subscribers. Second, copyright owners are looking for deep pockets to pay high damages. It is obvious that the internet users are not the right target to sue since in general, their financial support is less sufficient to cover damages. Hence, it is not worth the time and money for copyright owners to bring a lawsuit against them. Finally, copyright

²¹ G. Teran (1999), 'ISP Liability for Copyright Infringement', at <http://cyber.law.harvard.edu/property99/liability/main.html>, last visited on 20 May 2009.

²² S. Anil (2002), The Limit of Liability of Network Service Providers, available at <http://www.ieid.org/congreso/ponencias/Anil,%20Samtani.pdf>, last visited on 16 May 2009.

owners will often wish to bring an action against a person in his home jurisdiction, and in many cases the only possible candidate will be an ISP. However, to hold ISPs liable for the illegal actions of others, legal doctrines are needed that offer plausible support for the general idea of ISP liability. Copyright owners, in this sense, might wish to have a particular regulation which can be the basis of accountability in order to sue ISPs. The following paragraph will describe the type of liability that can be applied to copyright infringement involving ISPs and their users.

2.3 Types of liability

Generally, copyright owners have exclusive rights to exclude others from reproducing or distributing their copyrighted works without authorization. One who violates those rights will be held directly liable for copyright infringement as a direct infringer. On the other hand, as for the issue of ISP liability, it comes in the form that ISPs have to bear responsibility for an infringement conducted by third parties. To make it clear, the issue of ISP liability deals with liability that ISPs truly act as a passive conduit, meaning that they

do not initiate the infringing activity themselves, otherwise they would be held directly liable. Liability for harm done by others is generally governed by tort law.²³ In this relation, in order for ISPs to be responsible for an infringement conducted by others, they must have actual knowledge or constructive knowledge (awareness of facts or circumstances of infringing activity) so that they can be held vicariously or contributory liable. In this light, the knowledge of ISPs is fundamental because it is the key whether to impose liability upon ISPs. Basically, two kinds of liability are distinguished.

2.3.1 Strict liability (no-fault liability)

The concept of strict liability (direct liability) is that ISPs will be held liable regardless of their knowledge and control over materials disseminated through their systems.²⁴ This liability is rigid since ISPs might be considered as infringers, even though they do not have any knowledge of infringing activity or any control over certain materials. It also indirectly imposes obligations to police their system upon ISPs since they have to be aware of infringing activity which may be occurring through their networks.²⁵

²³ See *supra* note 3, K. Koelman, p.8.

²⁴ See *supra* note 19, R. Julia-Barcelo, p. 10.

²⁵ See *supra* note 19, P. Basicrocchi, p.114.

2.3.2 With-fault liability

According to the with-fault standard, ISPs will be held liable whenever they intentionally or negligently violate the rights of others with knowledge of infringing activity.²⁶ The knowledge of infringing activity can be divided into two levels; actual knowledge and constructive knowledge. The actual knowledge is apparent where ISPs know that there is infringing materials disseminated, or there is infringing activity performed through their systems. Under the constructive knowledge, the law may determine if ISPs have reason to know that materials disseminated through their networks violate someone's right, or ISPs have clues of infringing activity, then ISPs will be held liable. In relation to with-fault liability, ISPs will be held liable for vicarious liability where they have the right and the ability to control an infringer and they could gain benefit directly from the infringement. Moreover, ISPs will be held liable for contributory liability where they know or have reason to know of infringements, facilitated, or induced such infringements.

2.4 Areas of potential liability

This thesis focuses merely on ISP liability for copyright infringement.

However, there are various types of violations that can occur through the use of online intermediaries' facilities which concerns not only civil law, but also criminal law. This paragraph touches upon various infringements possible:

- 1) *Copyright material*: The infringing act occurs when certain copyrighted files are posted on web pages where it allows such files to be downloaded, transmitted, or distributed through the internet network without the authorization of the copyright owner.
- 2) *Illegal and harmful content*: The infringing act may occur where certain materials containing pornography, racist, or terrorist contents are disseminated through the internet network.
- 3) *Private and defamatory material*: The infringing act may occur when private materials such as private pictures or private text could be posted on the web page, bulletin board, chat room, etc. and made publicly available without permission of owners of such materials. Moreover, the same act may occur with defamatory materials when a

²⁶ See *supra* note 3, K. Koelman, p.8..

libelous text could be posted through the internet network.

- 4) *Trade secrets*: The infringing act may occur when employees disclose business secret or confidential information which may be used in trade or business.
- 5) *Misrepresentation*: This might happen when someone provides false or incorrect information which could be disseminated through the internet network and cause damage to a third party.²⁷

In summary, this briefly chapter purports to give a basic insight in order to pave a way to following chapters which will deliberately describe ISP liability for third-party copyright infringement in the US and the EU regimes. To this end, ISPs can be seen as potential defendants in lawsuit concerning copyright infringement conducted by others since there are types of liability that can possibly be applied in this situation. Moreover, as stated above, ISPs may involve in various kinds of potential liability. In following chapters, the thesis will be processed by describing the

issue of ISP liability in different regimes, as well as explaining how different regimes codify this matter into their legislations.

3. The U.S. Approach: The Digital Millennium Copyright Act 1998

3.1 The Digital Millennium Copyright Act of 1998

Before the implementation of Digital Millennium Copyright Act (hereinafter DMCA), there was no particular regulation on the limitations of ISP liability for third-party copyright infringement. The courts have made decisions to impose liability upon ISPs by applying judge-made legal doctrines which are unclear, inconsistent and sometime ISPs had to excessively bear responsibility of policing infringing activities committed through their systems. The US Online Copyright Infringement Liability Limitation Act was enacted as part of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA).²⁸ The Act adds a new Section 512 to Chapter 5 of the US Copyright Act, which deals with the enforcement of copyrights. Consequently the DMCA was signed into law on 28 December, 1998 aimed to bring U.S. law into compliance with private international

²⁷ See *supra* note 19, R. Julia-Barcelo, pp. 5-6.

²⁸ Public Law 105-308-OCT. 28, 1998.

law and in particular with the WIPO Copyright Treaty.²⁹ With regard to the DMCA, “service provider” is defined as *“an entity offering transmission, routing, or providing connections for digital online communication, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received”*³⁰ or, more widely, *“a provider of online services or network access, or the operator of facilities thereof”*.³¹ The DMCA creates four new limitations on ISP liability for copyright infringement, (a so-called the safe harbor”).³² The limitations are based on the following four categories of activities conducted by a service provider; transitory communication³³, system caching³⁴, storage of information on systems or networks at

direction of users³⁵, and information location tools.³⁶ In this regard, ISP will not be held liable if they perform those activities. Moreover, in order for ISPs to benefit from the safe harbor, they must comply with the procedural requirement (a so-called the notice and takedown procedure) set forth in the Act. Title II of the DMCA was purposed not only to deal with the online copyright infringement but also to particularly provide certainty for ISPs. These instrumental purposes of the enactment of the DMCA were stated in the Joint Explanatory Statement of the Committee of Conference: *“Title II preserves strong incentive for service providers and copyright owners to cooperate to detect and deal with copyright infringements that take place in the digital*

²⁹ The WIPO Copyright Treaty(WCT), concluded in 1996, recognizes the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information in updating international copyright norms to respond to challenges arising from advance in information and communications technologies, including global digital networks; see WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, WIPO Doc. CRNR/DC/94, available at <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/int-prop/wipo-copyright.html>, last visited on 23 June 2009.

³⁰ DMCA, section 512(k)(1)(A)

³¹ See *ibid.* section 512(k)(1)(B). See further *infra* chapter 5.

³² DMCA Section 512(a)-(d), (f), (g), (i). See also The Digital Millennium Copyright Act of 1998, U.S. Copyright Office Summary, available at <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>, last visited on 11 June 2009.

³³ See *ibid* section 512(a).

³⁴ See *ibid* section 512(b).

³⁵ See *ibid* section 512(c).

³⁶ See *ibid* section 512(d).

networked environment. At the same time, it provides greater certainty to service providers concerning their legal exposure for infringements that may occur in the course of their activities.”³⁷ This paragraph will examine section 512 of the DMCA on online copyright liability limitation, providing an explanation of the safe harbor and the notice and takedown procedure.

3.1.1 The Safe Harbor

Specifically, Title II limits ISP liability for four general categories of activities stipulated below as four safe harbors. However, in order for ISPs to be shielded from liability for copyright infringement they must follow the conditions set forth in section 512. In

return, by complying with the conditions established in the DMCA, ISPs can avoid monetary penalties and disabling injunctions³⁸. That is, if their activities fall within the safe harbors, the only penalty that they face is a narrow injunction to block access to individual infringing users.³⁹ Moreover, in order for ISPs to be eligible for taking advantage of these four safe harbors, they have to fulfill simply two requirements.⁴⁰ First, ISPs must adopt and implement the policy provided for the termination of subscribers who are repeat infringers.⁴¹ Second, ISPs must accommodate and do not interfere with standard technical measures designed for detecting and/or eliminating copyright infringement.⁴² Nevertheless, it is not

³⁷ H.R. Conf. Rep. No. 105-796, at 73 (1998)

³⁸ DMCA. Section 512 (a)-(d); “A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of...”

³⁹ See *ibid.* Section 512(j)(1)(b).

⁴⁰ See *ibid.* Section 512(i)(1)(A)-(B).

⁴¹ See *ibid.* Section 512(i)(1)(A).

⁴² See *ibid.* Section 512(i)(1)(B). With regard to copyright infringement, technical tool such as digital watermarking allows copyright owner to track their work across the internet by using web spider technology. Web spider is a program that visit web sites and read their page and other information in order to create entries for a search engine index. The major search engine on the web all have such a program, which is also known as a crawler or a bot. Spiders are typically programmed to visit sites that have been submitted by their owners as new or updated. Entire sites or specific pages can be selectively visited and indexed. Spiders are called spiders because they usually visit many sites in parallel at the same time, their “legs” spanning a large area of the “web.” Spiders can crawl through a site’s pages in several ways. One way is to follow all the hypertext links in each page until all the pages have been read. See http://whatis.techtarget.com/definition/0_sid9_gci213035.00.html, last visited on 23 July 2009.

mandatory for ISPs to be pursuant to the certain conditions provided in section 512, meaning that ISPs who do not follow the safe harbor are not automatically liable. Instead, liability must be proven on the basis of existing law.⁴³ Four categories of activities that fall within the safe harbor are (1) Transitory network communication (2) System caching (3) Information residing on systems or networks at direction of users (4) Information location tools

3.1.2 The Notice and take down procedure

In section 512(b)(2)(E),(c)(1)(C) and (d)(3) the notice and takedown procedure is established. This procedure purports to immunize ISPs where they act as “good citizen”⁴⁴ by encouraging ISPs to cooperate with copyright owners when they receive a notification of claimed infringement from copyright owners. In this way, upon receiving notifications from copyright owners regarding infringing materials, ISPs must expeditiously remove claimed infringing materials or disable access to

those materials. Regarding the procedure, it is somewhat irrelevant to ISPs who act as merely data conduit or ISPs who provide information technology tools as in both cases copyright owners tend to be more equipped to disable infringing materials by attacking the site themselves.⁴⁵ Moreover, in the former case the ability of ISPs to gain knowledge of infringing activities is almost non-existent, as well as in the latter case, it is not relevant to the storage of materials, but concerning the web page provided by ISPs, that link users to another page. Therefore the notice and takedown procedure is essentially relevant to the safe harbor regarding user storage.⁴⁶ Furthermore, in order for ISPs to enjoy the limitations of liability, they must designate an agent⁴⁷ to receive notifications of claimed infringement by making substantial information available on their websites, including a location accessible to the public and by providing to the Copyright Office the name, address, phone and electronic mail of the agent, as well as

⁴³ Legal doctrines of Copyright law.

⁴⁴ V. McEvedy, (2002), ‘The DMCA and the E-Commerce Directive’, European Intellectual Property Review. Vol. 24. No. 2. p. 1.

⁴⁵ See *ibid.* pp. 2-3. (citing Nimmer, at section 12B.07[D][2] p. 12B-66.)

⁴⁶ See *ibid.* (citing Nimmer, at section 12B.07[C] p. 12B-64).

⁴⁷ DMCA. Section 512(c)(2)

other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate.⁴⁸ Moreover, the notification of claimed infringement must be a written form, provided to the agent, that includes substantial elements, such as, a physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed, Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, and Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.⁴⁹

The notice and takedown procedure considers knowledge of ISPs on infringing activities as a prime matter by establishing statutory law which constitutes knowledge of ISPs whether they have actual knowledge⁵⁰ or constructive knowledge (awareness).⁵¹ Hence, ISPs must conform to the procedure only when they

have actual knowledge or awareness of allegedly infringing activities. In this relation, the first way that ISPs can be put on notice of infringing materials on their systems is notifications from copyright owners. The notification from copyright owners is essential since ISPs do not have the ability to gain actual knowledge unless they receive the notification from copyright owners. As a result, in case that copyright owners fail to comply with requirements concerning element of notification⁵², it will be considered as no-existent knowledge of ISPs.⁵³ Moreover, the DMCA establishes awareness criterion, in which this is the second way that ISPs can be put on notice that their systems contain infringing materials. In this regard, awareness criterion intends to express that ISPs have an obligation to monitor their systems if they have a special reason to suspect that infringing activities are taking place.⁵⁴ This can best describe as a “red flag test”.⁵⁵

⁴⁸ See *ibid.* Section 512(c)(2)(A)-(B).

⁴⁹ See *ibid.* Section 512(c)(3)(A)(i)-(vi).

⁵⁰ See *ibid.* Section 512(c)(1)(A)(i).

⁵¹ See *ibid.* Section 512(c)(1)(A)(ii).

⁵² See *ibid.*

⁵³ See *ibid.* Section 512(c)(3)(B)(i)

⁵⁴ See *supra* note 3, K. Koelman, p. 30.

⁵⁵ H.R. Rep. No. 105-551, p. 53 (1998).

The red flag test stems from the language in the statute that requires ISPs to take action when they become aware of a red flag from which infringing activity is apparent. According to the committee report, the “red flag” test has both a subjective and an objective element. In determining whether the service provider was aware of a “red flag,” the subjective awareness of the service provider of the facts or circumstances in question must be determined. However, in deciding whether those facts or circumstances constitute a “red flag” or in other words, whether infringing activity would have been apparent to a reasonable person operating under the same or similar circumstances, an objective standard should be used.⁵⁶ Moreover, the committee sought to distinguish the red flag test from the mere constructive knowledge, “should have known,” standard typically applied in contributory liability cases. The committee reports specifically provide that the DMCA’s knowledge standard differs from

existing law, under which a defendant may be liable for contributory infringement if it knows or should have known that the material was infringing.⁵⁷ In this regard, the reports underscore that the infringement must be apparent “from even a brief and casual viewing.” Reading this legislative history, scholars have concluded that “the ‘flag’ must be brightly red indeed and be waving blatantly in the provider’s face.”⁵⁸

Furthermore, the DMCA established the protection for ISPs from being held liable for any kind of liability where they take down claimed infringing materials incorrectly on the basis of good faith.⁵⁹ However, in order for ISPs to be exempted from being held liable for taking down claimed infringing materials, the DMCA states that to have protection from all claims, ISPs who remove the material upon obtaining the notification which are believed to be illegal must promptly notify the subscriber that they have removed or disabled access to the material.⁶⁰ Moreover,

⁵⁶ See *ibid.* See further E. Lee, (2009), ‘Decoding DMCA Safe Harbors’, Columbia Journal of Law & the Arts (draft) (forthcoming 2009) (see Part II. Decoding the Red Flags theory of Liability, pp. 25-32).

⁵⁷ See *ibid.*, p.25

⁵⁸ J. Band & M. Schruers, (2002), ‘Safe Harbors Against the Liability Hurricane: the Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act’, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 20, No. 295, p. 13 (citing MELVILLE B. NIMMER, 2 NIMMER ON COPYRIGHT 12B.04[A][1] at 12B-37.)

⁵⁹ DMCA. Section 512(g)(1).

⁶⁰ See *ibid.* Section 512(g)(2)(A)

ISPs have to put the material back online or cease disabling access to it upon receiving a counter notification claiming that the removal was unjustified.⁶¹ In addition, the counter notification must comply with requirements which are similar to the notification of claimed infringement, but also must contain some sort of choice of forum provision.⁶²

3.2 Conclusion

In summary, the DMCA proved averagely effective as a solution for online copyright infringement cases involving users and their ISPs.⁶³ The two main purposes of the DMCA have been proved successful. First, regarding the purpose of providing incentives for both ISPs and copyright owners to detect and combat online copyright infringements. In this regard, copyright owners have incentives to monitor internet sites for infringing materials and to provide appropriately detailed information to ISPs so that

infringing materials can be taken down. Moreover, copyright owners are prevented from sending false notifications intentionally by the provision of the DMCA that penalizes persons who send improper notifications.⁶⁴ In return, ISPs have incentives to cooperate with copyright owners by complying with the notice and takedown procedure otherwise they will lose the safe harbor protection provided by the DMCA.⁶⁵ Second, regarding the purpose of providing legal certainty for ISPs, the DMCA accomplished three main objectives 1) codified into statutory law that passive automatic acts cannot be a foundation for finding of online copyright infringement; 2) made it harder to establish a case of contributory or vicarious copyright infringement against ISPs; and 3) in cases where an ISPs take action against alleged copyright violators, protected ISPs from lawsuits when they act to aid copyright owners in restricting or impeding infringements.⁶⁶ In this light, the DMCA not only

⁶¹ See *ibid.* Section 512(g)(2)(B)-(C).

⁶² See *ibid.* Section 512(g)(3)(A)-(D).

⁶³ See, e.g., C. Beams, (1999), 'The Copyright Dilemma Involving Online Service Provider: Problem Solved...for now, 51 Fed.Comm. L.J. 823,845-46; H. Salow, (2001), 'Liability Immunity for Internet Service Provider-How is it working?', *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. 6, No. 1.

⁶⁴ See *supra* note 139, J. Reichman, G. Dinwoodie & P. Samuelson, p. 24

⁶⁵ See *ibid.*

⁶⁶ T. Casey & J. Magenau, (2002), 'A Hybrid Model of Self-Regulation and Governmental Regulation of Electronic Commerce', *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, Vol. 19, No. 1, p. 6.

allows ISPs to be secure as to what exactly the law is, but also reaches a fair conclusion as to what that standard should be.⁶⁷

However, there are contrary comments, which are not the prevailing view, on this legislation. One commentator can rarely see the point in this legislation, rather thinks that it is better to wait and see how the case law develops itself.⁶⁸ Another one supports that perspective stating that this legislation is not necessary because “courts had not yet interpreted copyright law in a manner which would have a chilling effect on ISPs, and legislation constrains the courts at the very time they need the most room to develop ISP liability doctrines”.⁶⁹ However, as abovementioned, the DMCA was added in the existing law, meaning that the good old law and judge-made principles remain

intact. For example, it is not always the case that ISPs will be shielded from direct liability where they perform activity which falls within the first safe harbor, the Frena case is still a good law remaining open in other jurisdictions and could be followed by a future court.⁷⁰

4. EU Approach: E-Commerce Directive 2000

4.1 E-Commerce Directive 2000

Similarly to the US, the EU has become aware of the issue of ISP liability. Before the enactment of the ECD, each Member State had its own legislation governing copyright infringement and some Member States already had specific regulations on ISP liability.⁷¹ Those countries that did not have specific legislation on ISP liability had regulated this issue through case law.⁷²

⁶⁷ See *supra* note 82, C. Beams, p. 841.

⁶⁸ See *supra* note 2, H. Salow, p. 48 (citing On-Line Copyright Liability Limitation Act and WIPO Copyright Treaties Implementation Act: Hearing on H.R. 2280 and H.R. 2281 before the subcommittee on courts and Intellectual Property of the house Judiciary Committee (statement of Michael K. Kirk, Executive Director AIPLA)).

⁶⁹ See *ibid* (citing Danial R. Cahoy, Comment, New Legislation Regarding On-Line Service Provider Liability for Copyright Infringement: A solution in Search of a Problem? 38 IDEA 335, 354 (1998) (quoting Kirk)).

⁷⁰ See *supra* note 34, A. Yen, pp. 49-50.

⁷¹ For example Germany has Multimedia Law which addressed the scope of liability of on-line service providers, and Sweden has a law regarding responsibility for electronic bulletin board which appears to be applicable to other on-line intermediaries. See R. Julia-Barcelo, (1999), ‘Liability for On-line Intermediaries: A European Perspective’, *intellectual property review*, pp. 8-11.

⁷² See *ibid*, R. Julia-Barcelo, pp.11-13.

Moreover, in countries where there was no case law, the liability of online intermediaries was dealt with by applying general laws governing tort liability and specific laws concerning copyright.⁷³ Unlike the US regulation described in the previous chapter, this chapter is not going to deal with kinds of liability applying to ISPs before the enactment of the E-Commerce Directive (hereinafter ECD)⁷⁴ since each Member State had its own national law and therefore the statutory rule on ISP liability differed from one country to another. However, basically, types of liability that were applicable to ISPs are strict liability and secondary liability which have been adopted from tort law.⁷⁵ The ECD aimed to be the leading law that each Member State has to implement in their national legislation. However, even if there is common regulation, the way Member States implement the ECD into their own laws is different.

To make it clear from the start, the purpose of the ECD is not focused solely on copyright infringements. The main reason behind the enactment of the ECD is to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.⁷⁶ That is, the main purpose of the ECD is to enhance e-commerce among Member States. Before the enactment of the ECD, the growth of e-commerce had been rapid, by the year 2000, its worth exceeded 17 billion euro and it was expected to reach 340 billion euro by the end of 2003.⁷⁷ In order to respond to the growth of e-commerce, the European Commission needed to harmonize the law among Member States. The uniformity of the law and the coordination among Member States will enhance the development of information society services, ensure legal certainty and build up consumer confidence. The original

⁷³ See *ibid*, pp.13-14.

⁷⁴ Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, passed 8 June 2000.

⁷⁵ See *supra* note 3, K. Koelman, pp.8-11.

⁷⁶ ECD, Art. 1(1).

⁷⁷ See *supra* note 19, P. Basicocchi, p.111 (citing European Commission, Electronic Commerce: Commission Welcomes Final Adoption of Legal Framework Directive, available at http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/2k-442.htm, last visited on 30 June 2009.

proposal for the ECD considered five crucial issues; (1) establishment of Information Society service providers; (2) commercial communications; (3) online conclusion of contracts; (4) liability of intermediaries; and (5) implementation.⁷⁸ The issue of ISP liability is significant because it is relevant to the development of cross-border services among Member States. With regard to recital 40 of the ECD, it is noted that “both existing and emerging disparities in Member State’s legislation and case law concerning liability of service providers acting as intermediaries prevent the functioning of the internal market, in particular by impairing the development of cross-border services and producing distortions of competition”.⁷⁹ The ECD then was enacted aiming to solve these internal market problems by introducing safe harbors for certain types of intermediaries.⁸⁰

In addition, the enactment of the ECD was aimed to bring the law into compliance with WIPO Copyright Treaty⁸¹. In particular, the ECD deals with the liability of intermediaries throughout Europe. The regime is very widely drawn, effecting not just ISPs, but “ISSPs”: “information society service providers”⁸² or, as the title of Section 4 of the ECD also calls them “intermediary service providers”. An “information society service” is defined as “any service normally provided for remuneration, at a distance by electronic means and at the individual request of a recipient of services”⁸³. According to the definition, it was broadly drafted; the intermediary service provider liability regime covers not only the traditional ISP sector, but also a much wider range of actors who are involved in selling goods or services online.⁸⁴ The ECD takes a

⁷⁸ A.R. Lodder & H.W.K. Kaspersen, ‘Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market’, Chapter 4 in eDirective: Guide to European Union Law on E-Commerce, Kluwer Law International, 2000, p. 68.

⁷⁹ ECD, Recital 40.

⁸⁰ J. Hoboken, (2009), ‘Legal space for innovative ordering: On the need to update selection intermediary liability in the EU’, *International Journal of Communication Law & Policy*, Issue 13, p.7.

⁸¹ See *supra* note 66.

⁸² ECD, Art.2 (b). These providers can be natural or juristic person.

⁸³ Article 2(a) of the ECD refers back to the definition in Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC. The definition is discussed further in recital 17 and 18 of ECD.

⁸⁴ See further *supra* note 133 L. Edward, pp. 11-13.

horizontal approach to deal with ISP liability, meaning that one liability regime is applicable to any infringements initiated by third parties in the online environment regardless of the area of law.⁸⁵ Hence, liability of ISPs according to the ECD covers not only copyright infringement but also the area of defamation, criminal obscenity libel, privacy etc.⁸⁶. Moreover, as regards the types of liability covered by the ECD, it should be noted that the ECD applies both to civil and criminal liability for copyright infringement.⁸⁷

4.2 Liability of intermediary service providers

The set of rules regarding ISP liability is laid down in articles 12-15 of the ECD. The rules mainly concern activities of ISPs which can be exempted from being held liable. In this way, in the case that ISPs provide a specific service and comply

with a series of requirements, they will be shielded from being held liable.⁸⁸ Moreover the limitations of liability apply only to monetary damages, meaning that the ECD does not affect the grant of different kinds of injunctions in accordance of national law.⁸⁹ Member States can impose all types of injunctions upon online intermediaries.⁹⁰ In other words, the ECD does not provide a complete protective mantle for ISPs.⁹¹ In particular, the ECD covers three categories of online intermediary functions which are (1) Mere conduit (2) Caching (3) Hosting and (4) No general obligation to monitor.

4.3 Conclusion

The ECD has answered the question that to what extent ISPs should be responsible for online copyright infringement by establishing a set of rules concerning the limitations of intermediary liability in articles 12-15. The ECD provides

⁸⁵ See *supra* note 19, P. Basicrocchi, p. 117. See *ibid.* pp.4-6.

⁸⁶ See *supra* note 133, L. Edwards. p.23.

⁸⁷ R. Julia-Barcelo & K Koelman, (2000), 'Intermediary Liability – Intermediary liability in the E-Commerce Directive: So far so good, but it is not enough', *Computer law & Security Report*, Vol.16, No. 4. p. 231.

⁸⁸ See *supra* note 19, P. Basicrocchi, pp. 117-118

⁸⁹ ECD. Recital 45.

⁹⁰ See *supra* note 164, R. Julia-Barcelo & K Koelman, p.231.

⁹¹ P. Eecke & B. Ooms, (2007), 'ISP Liability and the E-Commerce Directive: A Growing Trend Toward Greater Responsibility for ISPs', *Journal of Internet Law*, p.4.

protection for ISPs who perform certain activities and comply with the conditions set forth in the ECD. Moreover, the ECD harmonized the laws among Member States, and therefore it can enhance the development of the internal market. However, Member States have implemented the ECD into their national legislation differently. Moreover The ECD does not affect the possibility for Member States to deal with the issue of ISP liability in accordance with their national laws, meaning that national legislations remain intact. Nevertheless, the ECD falls short in some areas. The main areas that the ECD does not cover are information location tool providers. Hence, in this regard it depends on the national law of each Member State whether ISPs are liable where they provide information location tool services. Moreover, the ECD does not establish the elaborate notice and take down regime, and therefore problems arise regarding the knowledge standard, freedom of expression and unfair competition as explained above.

5. Concluding remarks

5.1 The DMCA

Advantages

ISPs can be seen as potential defendants under copyright legal doctrines of the Copyright Act which imposes liability upon ISPs unjustifiably. ISPs have been left unprotected and faced with an unclear situation that to what extent they should be responsible for copyright infringement committed by others. The DMCA has generally proved reasonably effective in providing legal certainty for ISPs and make them secure to stay in business.⁹² ISPs under the DMCA are protected by the safe harbor regime. The DMCA establishes provisions concerning functions of ISPs that fall within the safe harbor, and therefore ISPs can be shielded from being held liable. In this way, ISPs can be certain that they cannot be potential defendants where they merely play a role as passive conduit of a transmission of information. Hence, direct

⁹² David Kravets, 10 Years Later, Misunderstood DMCA is the Law That Saved the Web, available at <http://www.wired.com/threatlevel/2008/10/ten-years-later/>, last visited 31 July 2009.

liability will be unjustified to impose upon ISPs under the DMCA. Moreover, the DMCA establishes knowledge standards in narrow fashion which is clear and hard to be stipulated. That is, actual knowledge can be perceived when ISPs obtain notifications of claimed infringement from copyright owners while constructive knowledge can be judged by the red flag test. In this light, the constructive knowledge is not the same standard as existed in required factor of contributory liability but narrower. Furthermore, the notice and takedown procedure, in my view, is very well drafted, even though there are some problems which occurred in relation to the implementation of the procedure. The advantages of the notice and takedown procedure outweigh the drawbacks. The benefits of the procedure are that; first, the procedure encourages ISPs and copyright owners to combat copyright infringement by providing incentives for both parties. In this way, copyright owners give notifications of claimed infringement to ISPs so that ISPs can take down such materials; copyright owners benefit from action of ISPs. In return, when ISPs expeditiously takedown claimed infringing material, they can be protected under the DMCA.

Second, ISPs are less concerned about any liability which might occur in relation to taking down allegedly infringing material since the DMCA provides immunity for ISPs who take down such material on the basis of good faith.

Third, the notice and takedown procedure provides persons whose materials have been taken down an opportunity to protest and initiate the process to put materials back online, this provision shows that the DMCA takes the issue of freedom of expression in to account. Moreover, the DMCA allocates liability upon malicious-minded copyright owners who intentionally give false notifications to ISPs. Therefore, it can eliminate unfair competition and can reduce a number of inappropriate notifications.

Finally, the DMCA does not generally require ISPs to monitoring, nor apply technology to police their systems. It is sensible for ISPs because it is burdensome for ISPs to bear such responsibility.

Drawbacks

However, there are contrary views of the DMCA concerning the safe harbor

and the notice and take down procedure.⁹³ The argument suggests that it was not necessary to adopt the DMCA because the DMCA prevented future judicial clarification. Because by adopting the DMCA, a wide spread use of the safe harbor procedure barred the opportunity for courts to decide cases clarifying liability of ISPs.

Second, the safe harbors protection that gives incentives to ISPs to be exempted from being held liable creates excessive authority for ISPs regarding takedown procedure. In this regard, the notice and take down leads to the following problems: (1) as noted above, ISPs respond immediately to take down claimed infringing material merely on the basis of allegation of copyright infringement, meaning that certain materials have been taken down before the infringement was verified. Therefore, it has resulted in problems of freedom of expression and could impede the development of online businesses. However, even though, the DMCA takes these matters into account by

provide an opportunity for one whose material has been taken down to protest and initiate a process to put the material back online, the procedure is found insufficient to safeguard freedom of expression since the material might have been down for 10 or 14 days. Hence, it could create damages in cases of sensitive information, as well as a huge loss in online business; (2) in case of repeat infringers, the DMCA seems to encourage ISPs to terminate users' the internet access merely on the basis of allegation of copyright infringement. In addition, the DMCA does not define repeat infringer. As a result of this, it could threaten users' ability to access the internet.

Third, the emergence of new kinds of intermediaries does not fit the safe harbors protection, even if their functions fall within the safe harbor. In this respect, P2P systems is the best example; in the case of Napster, the ISP merely provided connectivity to users which would actually fall within the first safe harbor, but the court refused to grant safe harbor

⁹³ See e.g. A. Yen, (2002), 'Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment', *Georgetown Law Journal*, Vol. 88, No. 1833; J. Band & M. Schruers, (2002), 'Safe Harbors Against the Liability Hurricane: the Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act', *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 20, No. 295; M. Jackson, (2002), 'One Step Forward, Two Steps Back: An Historical Analysis of Copyright Liability', *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 20, No. 367.

protection as Napster was not considered service provider under the DMCA. According to the definition of ISP, courts tend to define it narrowly and do not want to extend the scope of the definition. Hence, this old-fashioned regulation might give negative effects to the development of new technologies and utilization of innovation.

Recommendation

The DMCA should be reconsidered and amended in order to keep it up to date. First, the four safe harbors should be extended to functions of ISPs that should be protected, as well as the scope of the definition should be enlarged. Second, the authority of ISPs to judge whether material should be removed or maintained should be lessened by establishing a special body. As one legal commentator suggests that the ECD should create a special body,⁹⁴ I think the DMCA should also consider this matter. Even though the DMCA has a higher protection of supporting freedom of expression than the ECD, as noted above the procedure is not good enough. In my view, ISPs should not be given an obligation to judge whether certain materials should be taken down, but the

notification of claimed infringement should be delivered to a special body, then the body will verify and if the notification is justified, ISPs will be informed to take certain materials down. In this respect, it will be fair for persons whose materials have been taken down that their materials will be taken down merely when such materials have been verified. Moreover, the DMCA should explicitly define some wording which is likely to be problematic in practice, such as good faith, repeat infringer or awareness.

5.2 The ECD

Advantages

The ECD was enacted with the purpose of enhancing the growth of e-commerce in the internal market. The main goal of the ECD is to provide legal certainty for entrepreneurs doing business online, as well as build up consumer confidence when they have to deal with online business. As a result, the ECD has to harmonize laws among Member States in order to eliminate disparities which can impede the development of cross-border services. The matter of ISP liability is one of the original issues which is established in section 4 of the ECD on the purpose of

⁹⁴ See *supra* note 164, R. Julia-Barcelo & K Koelman, p. 237.

providing certainty for ISPs when they are involved in third-party copyright infringement. The ECD establishes the extent of liability that can be imposed upon ISPs, that is ISPs will be held liable if certain functions performed by ISPs do not fall within the limitations of liability provided in the ECD. The ECD provides the safe harbor for ISPs in the same manner as the DMCA does. It also sets forth the conditions that ISPs have to meet in order to benefit from the safe harbor protection. Moreover, the ECD has no general obligation for ISPs to police their networks. Furthermore, the ECD establishes a procedure which is somewhat similar to the notice and take down procedure of the US regime. Article 14 of the ECD, it requires ISPs who gain actual knowledge or awareness of facts or circumstances of infringing activity to expeditiously take down material claimed to be infringing.

Drawbacks

However, the ECD comes up short in some issues when compared to the DMCA. First the ECD does not provide protection for ISPs who provide information location tool services.

Second, As noted above, the ECD did not adopt the elaborate notice and take

down procedure, therefore it creates the following problems: (1) the ECD lacks clarity on what constitutes knowledge of ISPs, what elements should be mentioned in notifications of claimed infringement, and to whom notifications should be delivered; (2) the ECD does not serve freedom of expression as it does not offer persons whose materials have been taken down an opportunity to protest, nor initiate a process to put materials back online, and therefore it can result in censorship ISPs; (3) the ECD does not provide immunity for ISPs who take down claimed infringing materials upon receiving notifications from copyright owners on the basis of good faith; (4) the ECD does not allocate liability upon malicious-minded copyright owners who intentionally give incorrect notifications in order to eliminate their competitive parties by exploiting fast action of ISPs.

Third, even though the ECD prohibits Member States to impose a general obligation of monitoring on ISPs, the ECD contains provisions that appear to contradict with article 15, and therefore they could undermine the effectiveness of the main principle.⁹⁵

⁹⁵ ECD. Article 12(3), 13(2), 14(3), Recital 47 and 48.

Nevertheless, although the ECD does not institute crucial matter into the directive itself, the ECD does not affect the possibility for Member States to establish any measures/procedures concerning those issues in accordance with their national laws. First, with regard to the notice and take down procedure, the ECD does not affect the possibility for Member States of establishing a procedure governing the removal or disabling of access to information.⁹⁶ Second, concerning freedom of expression, the ECD does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.⁹⁷ However, to leave room for national laws means the ECD is not implemented absolutely. Member States anytime can always impose their own ways to deal with issues. Hence, it can be concluded that the ECD does not provide a complete protective immunity for ISPs.

Recommendation

As aforementioned, the ECD does not affect the possibility for Member State of establishing preventive measures or procedures in accordance with national

law. Therefore, the ECD should instead of amending the directive itself, encourage Member States to draw codes of conducts concerning lacking issues which closely conform to the ECD. Moreover, article 21(2) instructs the European commission to re-examine the need of adopting concerned issues such as the notice and take down procedure and protection for ISPs who provide information location tool services. Furthermore, in order to achieve an effective implementation of the ECD, the European Commission should provide a guideline regarding how to interpret provisions of the regulation, how to apply provisions which seem to contrast to each other or how to reconcile them harmo-niously. Moreover, as noted above, according to the notice and take down procedure, one legal commentator suggest that the European commission should take into account the creation of a special body instead of adopting the notice and take down procedure since the ECD does not establish protection for ISPs who wrongfully believe that they takedown illegal materials, nor impose liability to parties who intentionally give false notifications to ISPs. Therefore, it might not be appropriate to adopt the notice and take down, but the European

⁹⁶ ECD. Article 14(3).

⁹⁷ See *ibid.* Recital 46.

Commission would rather institute a special body which operates by verifying notifications claiming infringing material, then after verification, ISPs will be informed to takedown. In this respect it could get rid of an absolute authority of ISPs of judging which material should be kept or should be removed.

5.3 To what extent should ISPs be held liable for third-party copyright infringement?

The extent of liability which will be imposed upon ISPs is restricted by certain

functions performed by ISPs and the conditions that ISPs must obey in order to take advantage of limitations of liability. The US and the EU regimes, in my view, are averagely successful of providing legal certainty for ISPs. ISPs are provided a clear framework on what constitutes liability, and what they must do in order to be immunized. However, both regulations need improving in order to respond rapidly to growth of technologies which always brings new issues. Moreover, clarifying provisions is another aspect that needs to be taken into account too.



Bibliography

Books

1. A.R. Lodder & H.W.K. Kaspersen, 'Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market', Chapter 4 in *eDirective: Guide to European Union Law on E-Commerce*, Kluwer Law International, 2000, printed in the Netherlands.
2. A. Charlesworth & C Reed, 'The Liability of Internet Service Providers and Internet Intermediaries' in Chris Reed and John Angel (eds), *Computer Law* 4th edition, Blackstone Press Limited, 2000.
3. A. Fitzgerald & B. Fitzgerald, *Cyberlaw: cases and materials on the Internet, digital intellectual property and electronic commerce*, LexisNexis Butterworths, 2002, Chatswood, New South Wales.
4. K. Koelman, 'Online Intermediary Liability', in Hugenholtz (ed.) *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, 2000, The Hague – Boston – London.
5. L. Edwards, 'The Problem of Intermediary Service Provider Liability', Chapter 4, in Lilian Edwards (ed), *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Hart Publishing, 2006, Oxford and Portland, Oregon.
6. J. Rosenoer, 'Cyberlaw: the law of the Internet', Springer, 1997

Articles

7. A. Yen, (2002), 'Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability and the First Amendment', *Georgetown Law Journal*, Vol. 88, No. 1833.
8. A. Wernick, (2001), 'US Internet Service Provider Liability- ISP: You've got mail and ignoring it could by-pass the safe-harbor of the DMCA', *Computer Law & Security Report*, Vol.17, No. 4.

9. B. Mercurio, (2002), 'Internet Service Provider Liability for Copyright Infringements of Subscribers: A Comparison of the American and Australian Efforts to Combat the Uncertainty', *Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 9, No. 4.
10. B. Areheart, (2007), 'Regulating Cyberbullies through Notice-Based Liability', *Yale Law Journal Pocket Part*, Vol. 117.
11. C. Beams, (1999), 'The Copyright Dilemma Involving Online Service Provider: Problem Solved...for now', *51 Fed.Comm. L.J.* 823,845-46.
12. C. WALKER, (2004), 'Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines', *Virginia Journal of Law & Technology*, Vol. 9, No.2.
13. D. Post, A. Bridy & T. Sandefur, (2004-05), 'Nice Questions Unanswered: Grokster, Sony's Staple Article of Commerce Doctrine, and the Deferred Verdict on Internet File Sharing', *Cato Supreme Court Review*.
14. E. Evans, (2004), 'From the Cluetrain to the Panopticon: ISP Activity Characterization and Control of Internet Communication', *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 10, No. 445.
15. E. Lee, (2009), 'Decoding DMCA Safe Harbors', *Columbia Journal of Law & the Arts* (draft)(forthcoming 2009)
16. F. Grodzinsky & H. Tavani (2005), 'P2P Networks and the Verizon v. RIAA Case: Implications for Personal Privacy and Intellectual Property', *Ethics and Information Technology*, Vol. 7, No. 4.
17. F. Grodzinsky & H. Tavani (2002), 'Cyberstalking, Personal Privacy, and moral responsibility', *Ethics and Information Technology*, Vol. 4, No. 2.
18. G. Bovenzi (1996), 'Liability of System Operators on the Internet', *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 11, No. 93.
19. H. Salow, (2001), 'Liability Immunity for Internet Service Provider-How is it working?', *Journal of Technology Law & Policy*, Vol. 6, No. 1.

20. H. Brian Holland, (2007), 'In Defense of Online Intermediary Immunity: Facilitating Communities of Modified Exceptionalism', *Kansas Law Review*, Vol. 56, No. 101.
21. H. Travis, (2008), 'Opting Out of the Internet in the United States and the European Union: Copyright, Safe Harbors, and International Law', *Notre Dame Law Review*, Vol. 83, No. 4.
22. J. Hornle, (2000) 'The European Union Takes Initiative in the Field of E-Commerce', *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, issue. 3.
23. J. Soma & N. Norman, (2000), 'International Take-Down Policy: A Proposal for WTO and WIPO to Establish International Copyright Procedural Guidelines for Internet Service Providers', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 22, No. 391.
24. J. Ginsburg (2000), 'Copyright Use and Excuse on the Internet', *Columbia - VLA Journal of Law & the Arts*, Vol. 24, No.1.
25. J. Friedman & F. Buono, (1999-2000), 'Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online', *RICH. J.L. & TECH*, Vol. VI, Issue 4.
26. J. Hornle, (2002), 'Internet Service Provider Liability-let's (not) play piggy in the middle', *Communication Law*, Vol. 7, No. 3..
27. J. Band & M. Schruers, (2002), 'Safe Harbors Against the Liability Hurricane: the Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act', *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 20, No. 295.
28. J. Harper, (2005), 'Telecommunication & Technology- Against ISP liability- Do ISPs have a duty to protect the world?', *ALI journal on government and society*, Vol. 28, No. 1.
29. J. Zittrain, (2006), 'A History of Online Gatekeeping', *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 19. No. 2.
30. J. Urban & L. Quilter, (2006), 'Efficient Process Or "Chilling Effects"? Takedown Notices under Section 512 of The Digital Millennium Copyright Act', *22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 621. Vol.22, No. 621.

31. J. Hoboken, (2009), 'Legal space for innovative ordering: On the need to update selection intermediary liability in the EU', *International Journal of Communication Law & Policy*, Issue 13.
32. J. Lipton, 'Secondary Liability and the Fragmentation of Digital Copyright Law', *Case Legal Studies Research Paper No. 09-5*.
33. J. Reichman, G. Dinwoodie & P. Samuelson, (2007), 'A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works', *Berkeley Technology Law Journal* 981, *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1007817*, *Duke Science, Technology & Innovation Paper No. 24*.
34. L. Holmes, (2001), 'Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service Providers' Liability for Third-Party Content and Copyright Infringement', *Roger William University Law Review*, Vol. 7, No. 215.
35. L. Rozsnyai, Easy Come, Easy Go, (2006), 'Copyright Infringement and the DMCA's Notice and Takedown Provision in Light of Rossi v. MPAA', *2 Shidler J. L. Com. & Tech.* 15, Vol. 2, Issue 4.
36. L. Heymann, (2006), 'Inducement as Contributory Copyright Infringement: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.', *William & Mary Law School International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 37, No. 1.
37. M. Harrington, (1999), 'On-Line Copyright Infringement Liability for Internet Service Provider: Context, Cases & Recently Enacted Legislation', *B.C. Intell. Prop. & Tech.* F. 060499.
38. M. Deterbide, (2000), 'Liability of Internet Service Providers for Defamation in the US and Britain: Same Competing Interests, Different Responses', *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, issue 3.
39. M. Jackson, (2002), 'One Step Forward, Two Steps Back: An Historical Analysis of Copyright Liability', *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 20, No. 367.

40. M. Schruers (2002), 'The History and Economic of ISP Liability for Third Party Content', *Virginia Law Review*, Vol. 88, No. 1.
41. M. Conradi (2003), 'Liability of an ISP for allowing access to file sharing networks', *Computer Law & Security Report*, Vol.19, No. 4.
42. M. Bartholomew & J. Tehranian, (2006), 'The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark and Copyright Law', *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 21, No. 4, p. 1363 & *Buffalo Legal Studies Research Paper* No. 2007-004.
43. M. Lemley, (2007), 'Rationalizing Internet Safe Harbors', *J. Telecom & High Tech L.* Vol. 6
44. N. Schaumann, (2005), 'Direct Infringement on Peer-to-Peer Networks', *William Mitchell Legal Studies Research Paper*, No. 9.
45. N. Elkin-Koren (2006), 'Making Technology Visible: Liability of Internet Service Provider for Peer-To-Peer Traffic', *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 9.
46. P. Basicrocchi, (2002), 'Liability of Intermediary Service Provider in the EU Directive on Electronic Commerce', *Computer and High Technology Law Journal*, Vol. 9.
47. P. Eecke & B. Ooms, (2007), 'ISP Liability and the E-Commerce Directive: A Growing Trend Toward Greater Responsibility for ISPs', *Journal of Internet Law*
48. R. Julia-Barcelo, (1999), 'Liability for On-line Intermediaries: A European Perspective', *intellectual property review*.
49. R. Julia-Barcelo, (2002), 'On-line Intermediary Liability Issues: comparing E.U. and U.S. legal frameworks', *European intellectual property review*, Vol.22, No.3.
50. R. Julia-Barcelo & K Koelman, (2000), 'Intermediary Liability – Intermediary liability in the E-Commerce Directive: So far so good, but it is not enough', *Computer law & Security Report*, Vol.16, No. 4.

51. R. Mann & S. Belzley, (2005), 'The Promise of Internet Intermediary Liability', *William and Mary Law Review*, Vol. 47.
52. R. Giblin, (2008), 'A Big Liable? A Guide to Navigating the U.S. Secondary Liability Patchwork', *Santa Clara Comp. & High Tech. Law Journal*, Vol.25
53. S. Hgberg, (2006), 'The Search for Intent-Based Doctrines of Secondary Liability in Copyright Law', *Columbia Law Review*, Vol. 106, No. 909.
54. T. Casey & J Magenau, (2002), 'A Hybrid Model of Self-Regulation and Governmental Regulation of Electronic Commerce', *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, Vol. 19, No. 1.
55. T. Vinje, (2001), 'The emerging European regime on ISP liability: member states make progress implementing e-commerce directive', *Computer and Recht*, Vol. 17, No. 10.
56. U. Gasser, (2003), 'Copyright and Digital Media in Post-Napster World: International Supplement', *The Berkman Center for Internet and society at Harvard Law School*, Research Publication No. 2003-05.
57. V.K. Unni, (2001), 'Internet Service Provider's Liability for Copyright Infringement-How to Clear the Misty Indian Perspective', *RICH. J.L. & TECH*, Vol. VIII, Issue 2.
58. V. McEvedy, (2002), 'The DMCA and the E-Commerce Directive', *European Intellectual Property Review*. Vol. 24. No. 2.
59. W. Landes & D. Lichtman, (2003), 'Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective', *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 16, No. 2 & *U Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 179
60. Y. Dmitrieva, (2000), 'I Know It When I See It: Should Internet Providers Recognize Copyright Violation When They See It?', *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* Vol. 16, No. 233



การพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลจากรูเหงื่อบนลายพิมพ์นิ้วมือ

PERSONAL IDENTIFICATION FROM SWEAT PORE ON FINGERMARK RIDGE

รพีพัฒน์ ศรีศิริรักษ์*

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเอกลักษณ์บุคคลจากรูเหงื่อบนเส้นนูนของลายนิ้วมือ และเพื่อศึกษาหาวิธีการตรวจพิสูจน์เปรียบเทียบจากรูเหงื่อบนเส้นนูนของลายนิ้วมือ โดยใช้การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อบนลายพิมพ์นิ้วมือของแต่ละบุคคล และใช้การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อระหว่างรอยลายนิ้วมือตัวอย่าง กับรอยลายนิ้วมือปัญหาที่มีจุดดำหนิพิเศษไม่เพียงพอและไม่ชัดเจนต่อการตรวจพิสูจน์ โดยในการทดลองนี้ได้ทำการคัดเลือกกลุ่มตัวอย่างที่มีลายนิ้วมือในรูปแบบมัดหวายเฉพาะที่นิ้วโป้งซ้าย ในการเก็บข้อมูลตัวอย่างลายนิ้วมือที่พิมพ์ด้วยหมึกพิมพ์มือเท่านั้น

ผลการทดลองพบว่า จำนวนรูเหงื่อของแต่ละบุคคลในตำแหน่งเดียวกันไม่เท่ากัน และจำนวนรูเหงื่อแต่ละตำแหน่งมีความแตกต่างกัน จากกรณีลายนิ้วมือมีจุดดำหนิพิเศษไม่เพียงพอต่อการลงความเห็นพบว่าไม่มีกลุ่มตัวอย่างคนใดที่มีจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อซ้ำกัน และสามารถยืนยันได้ว่าเป็นวิธีหนึ่งที่ใช้ในการตรวจพิสูจน์รอยลายนิ้วมือได้

คำสำคัญ : ลายพิมพ์นิ้วมือ การพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคล และรูเหงื่อ

Abstract

This research is “A Study of Personal Identification from Sweat Pore on Fingerprint Ridge” was the survey and experimental research that aimed to study individual identity from sweat holes on convex lines of fingerprints and to learn the method to verify and compare from sweat holes on convex lines of fingerprints by comparison of the number and the position of sweat holes on fingerprints of each individual as well as comparison of the numbers and the positions of sweat holes between fingerprint samples and fingerprint

* นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรวิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติวิทยาศาสตร์ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ

problems that had inadequate and unclear special blemish points. The method was to select the cadets in the sample group who had fingerprints in form of Loops to keep information of fingerprint samples which pressed by fingerprinting ink only.

The research results found that the number of each individual's sweat holes in the same position was not equal and different with the others. In case of the inadequate blemish points for conclusion, there was no any person in the sample group who had the equal number and the same position of sweat holes to the others. Moreover, these results could be assured as a workable fingerprints verification method. However, if it is needed to use comparison method with the number and the position of sweat holes on fingerprints to identify in real cases, it must be necessary to increase the number of sweat holes to be used in comparison.

KEY WORD : FINGERPRINT, PORE, INDIVIDUALIZATION

บทนำ

ปัจจุบันเมื่อเกิดคดีอาชญากรรม สิ่งที่พบในสถานที่เกิดเหตุส่วนมาก คือ รอยลายนิ้วมือ ซึ่งสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการหาตัวผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากรอยลายนิ้วมือแฝงของแต่ละบุคคลนับเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของแต่ละบุคคล ซึ่งจะไม่ซ้ำกันไม่ว่าจะเป็นพ่อแม่ลูกญาติพี่น้องหรือแม้กระทั่งฝาแฝดก็จะมีลายนิ้วมือที่ไม่ซ้ำกัน ดังนั้นในกระบวนการยุติธรรมของตำรวจจึงได้ใช้ลายนิ้วมือเป็นพยานหลักฐานสำคัญในการพิสูจน์ตัวบุคคลในคดีต่าง ๆ ลายนิ้วมือนอกจากจะใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อยืนยันตัวผู้บริสุทธิ์ และหาตัวผู้กระทำความผิดแล้ว ยังสามารถนำมาใช้ในการพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลได้อีกด้วย เมื่อบุคคลใดสัมผัสพื้นผิวหรือวัตถุต่าง ๆ โดยไม่มีเครื่องป้องกัน เหงื่อ (สารคัดหลั่ง) จำนวนหนึ่งก็จะหลั่งออกมาทำให้ลายนิ้วมือที่มีรูปแบบลายเส้นนูนของลายนิ้วมือบุคคลนั้น ลายนิ้วมือที่ตรวจเก็บในสถานที่เกิดเหตุเป็นพยานหลักฐานที่

แสดงว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของลายนิ้วมือที่อยู่ในสถานที่เกิดเหตุ การตรวจพบรอยลายนิ้วมืออาจนำไปสู่ร่องรอยของผู้ต้องสงสัย แต่บางครั้งรอยลายนิ้วมือที่ตรวจเก็บจากสถานที่เกิดเหตุก็เป็นรอยจาก พร้าไม้ หรือไม้ขีดเงิน มีจุดดำหนิของลายนิ้วมือน้อยไม่เพียงพอต่อการตรวจพิสูจน์ จึงไม่สามารถตรวจพิสูจน์ยืนยันตัวบุคคลได้ อันส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อกระบวนการยุติธรรม เนื่องจากขาดหลักฐานในการยืนยันผู้กระทำความผิด

ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงสนใจที่จะศึกษาด้วยวิธีการใหม่เกี่ยวกับการพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลจากบริเวณรูเหงื่อบนลายนิ้วมือ โดยอาศัยจากตำแหน่งและจำนวนของรูเหงื่อบนเส้นนูนของลายนิ้วมือนอกเหนือจากการตรวจเปรียบเทียบจุดดำหนิพิเศษที่ผู้ชำนาญในประเทศไทยใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลในปัจจุบัน เพื่อเป็นเครื่องมือในการสืบสวนสอบสวน ทั้งในด้านการตรวจพิสูจน์หลักฐานและการคลี่คลายคดีโดยการใช้

พยานหลักฐานประเภทรอยลายนิ้วมือตรงบริเวณ
รูहेื่อดังกล่าวมาประกอบในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง
เพื่อยืนยันตัวบุคคล และใช้เป็นหลักฐานมัดตัว
ผู้กระทำความผิด เพื่อลงโทษตามบทบัญญัติของ
กฎหมาย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาหาเอกลักษณ์บุคคลจาก
รูहेือบบนเส้นนูนของลายนิ้วมือ
2. เพื่อศึกษาหาวิธีการตรวจพิสูจน์เปรียบ
เทียบจากรูहेือบบนเส้นนูนของลายนิ้วมือ

สมมติฐานของการวิจัย

1. จำนวนและตำแหน่งของรูहेือบบนลาย
นิ้วมือของแต่ละบุคคลมีความแตกต่างกัน
2. จำนวนและตำแหน่งของรูहेือบบนลาย
ลายนิ้วมือมีความเป็นเอกลักษณ์สามารถใช้ในการ
ตรวจพิสูจน์ตัวบุคคลได้

ขอบเขตการวิจัย

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ทำการเปรียบเทียบลายพิมพ์นิ้วมือจากบริเวณรูहेือบ โดยใช้ข้อมูลจากการเก็บตัวอย่างลายนิ้วมือที่พิมพ์ด้วยหมึกพิมพ์มือเท่านั้น โดยใช้กระดาษเฉพาะสำหรับพิมพ์นิ้ว เนื่องจากกระดาษ เอ ๔ ปกตินั้นเนื้อกระดาษจะมีความหยาบ ทำให้การพิจารณารูहेือบทำได้ยากขึ้น และจะไม่ใช้ตัวอย่างลายพิมพ์นิ้วมือที่ใช้ในการปิดด้วยผงฝุ่นดำ (เช่นเดียวกับรอยลายพิมพ์นิ้วมือแฝงที่ตรวจเก็บจากสถานที่เกิดเหตุในคดีจริง) เนื่องจากต้องการให้ลายนิ้วมือนิ้วตัวอย่างมีความคมชัด นอกจากนี้ในการวิจัยไม่ได้จำกัดในเรื่องเพศ แต่

จำกัดในการคัดเลือกรอยลายนิ้วมือที่ใช้เฉพาะนิ้วโป้งซ้ายเท่านั้นที่มีรูปแบบมัดหยาบ แต่จำกัดในช่วงอายุ ๑๘ - ๓๐ ปี

วิธีดำเนินการวิจัย

1. ประชากรและกลุ่มตัวอย่าง กลุ่มตัวอย่างจะใช้วิธีการสุ่มตัวอย่างแบบเจาะจง (Purposive-sampling) โดยรอยลายนิ้วมือได้จาลายพิมพ์นิ้วมือของ น.ร.ต.รุ่น ๖๘ ชั้นปีที่ ๒ ตอน ๒ ทั้งหมดจำนวน ๕๐ คน

๒. เครื่องมือในการวิจัย

- ๒.๑ หมึกสำหรับพิมพ์ลายนิ้วมือ
- ๒.๒ ลูกกลิ้งสำหรับเกลี่ยหมึก
- ๒.๓ แท่นสำหรับคลึงหมึก โดยใช้กระจกผิวเรียบ
- ๒.๔ แบบพิมพ์ลายนิ้วมือ สำหรับงานวิจัยลายพิมพ์นิ้วมือบุคคล
- ๒.๕ เครื่องคอมพิวเตอร์ สำหรับเก็บรวบรวมข้อมูล ตรวจแบบแผน วิเคราะห์ตำแหน่งของรูहेือบและจำนวนรูहेือบของกลุ่มตัวอย่างและประมวลผล
- ๒.๖ กล้องถ่ายภาพดิจิทัล Comparison Microscope ยี่ห้อ LEICA FFC๕๐๐

๓. วิธีการทดลอง

๑. การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูहेือบบนลายนิ้วมือของแต่ละบุคคล มีขั้นตอนดังนี้
 - ๑.๑ ให้กลุ่มตัวอย่างกรอกข้อมูลส่วนตัว ลงในแบบพิมพ์ลายนิ้วมือซึ่งได้จัดทำขึ้นจากกระดาษเฉพาะสำหรับพิมพ์นิ้ว

๑.๒ ทำการพิมพ์โดยใช้หมึกพิมพ์มาตรฐาน โดยให้อาสาสมัครประทับลายนิ้วมือแต่ละบุคคลโดยวิธีการกลิ้งนิ้ว

๑.๓ คัดเลือกรอยลายนิ้วมือของกลุ่มตัวอย่างที่มีรูปแบบของรอยลายนิ้วมือที่ใช้เฉพาะนิ้วโป้งซ้ายเท่านั้นที่มีรูปแบบมัดหวายและมีความชัดของลายเส้นที่ชัดเจน (สาเหตุที่เลือกใช้ลายนิ้วมือที่มีรูปแบบมัดหวาย เนื่องจากเป็นลายนิ้วมือที่พบได้ส่วนใหญ่ ซึ่งบุคคลที่มีลายนิ้วมือชนิดนี้มีอยู่ประมาณ ๖๐ - ๗๐% และเลือกใช้รูปแบบมัดหวายเนื่องจากต้องการหาจุดอ้างอิง ซึ่งจุดใจกลาง (Core) ในรูปแบบของมัดหวายนี้ สามารถกำหนดจุดในการอ้างอิงได้ง่ายกว่าลายนิ้วมือรูปแบบอื่น) ในการทดลองนี้ได้กลุ่มตัวอย่างตามที่ต้องการ จำนวน ๒๐ คน

๑.๔ การถ่ายภาพ ใช้กล้องถ่ายภาพยี่ห้อ Comparison Microscope ถ่ายภาพรอยลายนิ้วมือตามข้อ ๑.๒ ปรับให้ภาพมีความคมชัดที่สุด นำภาพที่ได้ไปเข้าคอมพิวเตอร์ ทำการขยายภาพ ๔๐ เท่า และทำการนับจำนวนรูเหงื่อและระยะห่างของรูเหงื่อ

๑.๕ การเปรียบเทียบตำแหน่งและจำนวนรูเหงื่อบนลายนิ้วมือ ทำโดยการเลือกตำแหน่งที่ใช้ในการเปรียบเทียบโดยใช้จุดใจกลาง (Core) เป็นจุดอ้างอิงเลือกเส้นที่มีจุดใจกลาง (Core) เป็นเส้นที่ใช้ในการเปรียบเทียบ

๑.๖ กำหนดระยะที่ใช้ในการเปรียบเทียบนับจากจุดใจกลาง (Core) ปลายเส้นลงมาด้านล่างประมาณ ๕ มิลลิเมตร (การวัดระยะใช้การวัดระยะจากภาพถ่ายที่มีกำลังขยาย ๔๐ เท่า ด้วยกล้อง Comparison Microscope แล้ว ไม่ได้

วัดระยะจากรอยลายนิ้วมือแฝง เนื่องจากสเกลต่างๆ มีขนาดเล็กมาก ทำให้การพิจารณาจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อกระทำได้อย่าง)

๑.๗ โดยเริ่มต้นนับจากจำนวนรูเหงื่อที่อยู่ใต้จุดใจกลาง (Core) ลงมา ๕ มิลลิเมตร วัดระยะห่างของรูเหงื่อบนลายนิ้วมือระหว่างรูเหงื่อจุดที่ ๑ ถึง จุดที่ ๕ ของรูเหงื่อ

๒. การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อในบุคคลเดียวกัน การทดลองนี้ออกแบบโดยอ้างอิงจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในการตรวจพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลในกรณีที่เกิดตำแหน่งพิเศษไม่เพียงพอต่อการลงความเห็นเนื่องจาก

๒.๑ กรณีรอยลายนิ้วมือมีปัญหาไม่ชัดเจน

๒.๑.๑ ให้กลุ่มตัวอย่างจำนวน ๒๐ คน ที่ทำการคัดเลือกไว้ตามข้อ ๑.๓ พิมพ์นิ้วมือแบบกลิ้งนิ้วคนละ ๒ ชุด ชุด ๑ เป็นลายนิ้วมือตัวอย่าง อีกชุดหนึ่งเป็นลายนิ้วมือปัญหา

๒.๑.๒ ถ่ายภาพลายนิ้วมือทั้งหมดที่เป็นลายนิ้วมือปัญหาและลายนิ้วมือตัวอย่าง โดยใช้อุปกรณ์เช่นเดียวกับการเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อบนลายนิ้วมือของแต่ละบุคคลและทำการกำหนดพื้นที่ที่ใช้ในการเปรียบเทียบ

๒.๑.๓ นำภาพลายนิ้วมือปัญหาเข้าคอมพิวเตอร์เพื่อนำภาพไปตกแต่ง

๒.๑.๔ เมื่อนำภาพลายนิ้วมือที่ได้เข้าคอมพิวเตอร์แล้ว นำภาพไปตกแต่งภาพด้วยโปรแกรม Photo shop เพื่อให้ลายนิ้วมือนั้น มีสภาพไม่ชัดเจนหรือทำให้รูปภาพเบลอ ไม่สมบูรณ์

ซึ่งตรงที่ผู้วิจัยทำให้ลายนิ้วมือนั้นนอกเหนือพื้นที่ที่ผู้วิจัยใช้ตรวจเปรียบเทียบ

๒.๑.๕ กำหนดพื้นที่ใช้ในการเปรียบเทียบโดยใช้จุดใจกลาง (Core) เป็นจุดอ้างอิงซึ่งพื้นที่ที่ใช้ในการเปรียบเทียบ เป็นพื้นที่ที่อยู่เหนือจุดใจกลาง (Core) ขึ้นมา ๕ มิลลิเมตร โดยพื้นที่ที่กำหนดนั้นลากขึ้นไปตั้งฉากกับจุดใจกลาง (Core) ๙๐ องศา แล้วลากถัดมาทางด้านขวาเพื่อใช้เป็นพื้นที่ที่ใช้ในการเปรียบเทียบ

๒.๑.๖ ทำการตรวจเปรียบเทียบลายพิมพ์นิ้วมือนิ้วตัวอย่างกับลายพิมพ์นิ้วมือปัญหาที่มีสภาพไม่ชัดเจนตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

๒.๒ กรณีลายนิ้วมือปัญหา มีลายเส้นเรียบ และมีจุดตำหนิพิเศษน้อย

๒.๒.๑ ให้อาสาสมัคร ๒๐ คน ที่ทำการคัดเลือกไว้ตามข้อ ๑.๓ พิมพ์นิ้วมือคนละ ๒ ชุด ชุด ๑ เป็นลายนิ้วมือนิ้วตัวอย่าง อีกชุดหนึ่งเป็นลายนิ้วมือปัญหา

๒.๒.๒ ถ่ายภาพลายนิ้วมือทั้งหมด ทั้งลายนิ้วมือนิ้วตัวอย่างลายนิ้วมือปัญหา

๒.๒.๓ คัดเลือกลายนิ้วมือปัญหาที่มีลายเส้นเป็นเส้นวิ่งเรียบ มีตำหนิพิเศษน้อยหรือมีไม่ถึง ๑๐ จุด

๒.๒.๔ นำภาพลายนิ้วมือปัญหาตามข้อ ๒.๒.๓ เข้าคอมพิวเตอร์ เพื่อนำภาพไปตกแต่งภาพด้วยโปรแกรม Photo shop เพื่อให้ลายนิ้วมือนั้น เพื่อให้ลายนิ้วมือมีจุดตำหนิพิเศษน้อยและยากต่อการตรวจพิสูจน์

๒.๒.๕ กำหนดพื้นที่ใช้ในการเปรียบเทียบโดยใช้จุดใจกลาง (Core) เป็นจุดอ้างอิงซึ่งพื้นที่ที่ใช้ในการเปรียบเทียบ เป็นพื้นที่ที่

อยู่เหนือจุดใจกลาง (Core) ขึ้นมา ๕ มิลลิเมตร โดยพื้นที่ที่กำหนดนั้นลากขึ้นไปตั้งฉากกับจุดใจกลาง (Core) ๙๐ องศา แล้วลากถัดมาทางด้านขวาเพื่อใช้เป็นพื้นที่ที่ใช้ในการเปรียบเทียบ

๒.๒.๖ วัดระยะของรูเหงื่อในพื้นที่ที่กำหนดโดยในการวัดระยะห่างของรูเหงื่อนั้นทำการวัดจากจุดใจกลาง (Core) ถึงรูเหงื่อจุดที่ ๑-๓ ซึ่งผู้วิจัยได้กำหนดว่าในการวัดนั้นวัดจากรูเหงื่อจุดที่อยู่ใกล้จุดใจกลาง (Core) เป็นจุดที่ ๑ และถัดออกมาเป็นจุดที่ ๒ ๓ ตามลำดับ และทำการเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงื่อในพื้นที่ที่กำหนดไว้ของลายนิ้วมือนิ้วตัวอย่างและลายนิ้วมือปัญหา

สถิติที่ใช้ในการวิเคราะห์ข้อมูล

การวิเคราะห์ข้อมูลทางสถิติที่ใช้ในการวิจัยครั้งนี้ ได้แก่ การแจกแจงความถี่ (Frequencies) และร้อยละ (Percentage)

ผลการวิจัย

ตารางที่ ๑ แสดงการเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงือบนลายนิ้วมือของแต่ละบุคคล

กลุ่มตัวอย่าง	จำนวนรูเหงือ (ในระยะ ๕ ม.ม.)	ระยะห่างระหว่างรูเหงือ ๑-๕ รูเหงือ			
		๑-๒	๒-๓	๓-๔	๔-๕
คนที่ ๑	๗	๐.๕	๐.๖	๑	๐.๖
คนที่ ๒	๔	๐.๒	๑.๓	๐.๘	-
คนที่ ๓	๕	๑.๒	๐.๘	๑.๕	๐.๕
คนที่ ๔	๗	๐.๓	๐.๖	๐.๘	๐.๔
คนที่ ๕	๔	๐.๖	๔	๓.๕	-
คนที่ ๖	๕	๑.๕	๐.๕	๒.๒	๑.๒
คนที่ ๗	๘	๐.๘	๑.๔	๐.๕	๐.๓
คนที่ ๘	๙	๐.๖	๑.๓	๐.๘	๑.๖
คนที่ ๙	๗	๐.๙	๐.๕	๐.๗	๑.๑
คนที่ ๑๐	๕	๐.๗	๐.๕	๒	๒.๒
คนที่ ๑๑	๖	๐.๗	๑.๕	๐.๕	๑.๑
คนที่ ๑๒	๙	๐.๓	๐.๕	๐.๕	๑.๒
คนที่ ๑๓	๓	๐.๕	๐.๘	-	-
คนที่ ๑๔	๔	๐.๕	๐.๘	๐.๔	-
คนที่ ๑๕	๖	๑.๑	๐.๘	๑.๕	๐.๗
คนที่ ๑๖	๑๒	๐.๑	๐.๑	๐.๔	๐.๖
คนที่ ๑๗	๕	๐.๔	๐.๕	๐.๘	๐.๗
คนที่ ๑๘	๙	๐.๙	๐.๓	๐.๖	๐.๓
คนที่ ๑๙	๗	๐.๙	๐.๖	๐.๔	๐.๕
คนที่ ๒๐	๖	๐.๗	๒.๒	๑.๑	๐.๗

จากผลการทดลองจะเห็นได้ว่าเมื่อนับจากจุดใจกลาง (Core) ลงมา ๕ มิลลิเมตร พบว่ากลุ่มตัวอย่างส่วนใหญ่ มีจำนวนรูเหงือที่ไม่ซ้ำกัน ในคน

ที่มีจำนวนรูเหงือเท่ากันก็มีระยะห่างแต่ละรูเหงือที่แตกต่างกัน

ตารางที่ ๒ การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงือบนลายนิ้วมือในบุคคลเดียวกัน

การทดลองนี้ออกแบบโดยอ้างอิงจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น จากการตรวจพิสูจน์ ในกรณีลายนิ้วมือ มีจุดดำหนิพิเศษไม่เพียงพอต่อการลงความเห็นและกรณีลายนิ้วมือปัญหาไม่ชัดเจน

กลุ่ม ตัวอย่าง	ลายนิ้วมือตัวอย่าง				ลายนิ้วมือปัญหา			
	จำนวนรูเหงือ ในพื้นที่ที่ กำหนด	ระยะห่างจากจุด Core ถึงรูเหงือจุดที่ ๑-๓			จำนวนรูเหงือ ในพื้นที่ที่ กำหนด	ระยะห่างจากจุด Core ถึงรูเหงือจุดที่ ๑-๓		
		จุดที่ ๑	จุดที่ ๒	จุดที่ ๓		จุดที่ ๑	จุดที่ ๒	จุดที่ ๓
คนที่ ๑	๔	๑.๑	๑.๒	๓.๑	๔	๑.๑	๑.๒	๓.๑
คนที่ ๒	๓	๑.๓	๒.๔	๒.๔	๓	๑.๓	๒.๔	๒.๔
คนที่ ๓	๕	๑.๖	๑.๕	๑.๓	๕	๑.๖	๑.๕	๑.๓
คนที่ ๔	๙	๑.๒	๑.๔	๒.๕	๙	๑.๒	๑.๔	๒.๕
คนที่ ๕	๔	๑.๗	๒.๕	๒.๖	๔	๑.๗	๒.๕	๒.๖
คนที่ ๖	๖	๒.๖	๒.๘	๒.๕	๖	๒.๖	๒.๘	๒.๕
คนที่ ๗	๕	๒.๕	๑.๖	๑	๕	๒.๕	๑.๖	๑
คนที่ ๘	๑๐	๒.๑	๒.๓	๓.๓	๑๐	๒.๑	๒.๓	๓.๓
คนที่ ๙	๙	๑.๙	๒.๔	๒.๓	๙	๑.๙	๒.๔	๒.๓
คนที่ ๑๐	๖	๐.๘	๑.๓	๒.๔	๖	๐.๘	๑.๓	๒.๔
คนที่ ๑๑	๕	๒	๑.๓	๒.๔	๕	๒	๑.๓	๒.๔
คนที่ ๑๒	๗	๑.๘	๑.๖	๑.๕	๗	๑.๘	๑.๖	๑.๕
คนที่ ๑๓	๖	๒.๖	๑.๓	๒.๕	๖	๒.๖	๑.๓	๒.๕
คนที่ ๑๔	๖	๑.๕	๑.๗	๒.๗	๖	๑.๕	๑.๗	๒.๗
คนที่ ๑๕	๔	๑.๕	๒.๖	๒.๘	๔	๑.๕	๒.๖	๒.๘
คนที่ ๑๖	๗	๒.๘	๓.๒	๓.๖	๗	๒.๘	๓.๒	๓.๖
คนที่ ๑๗	๗	๒.๖	๒.๘	๒.๙	๗	๒.๖	๒.๘	๒.๙
คนที่ ๑๘	๕	๑.๗	๒.๖	๓.๒	๕	๑.๗	๒.๖	๓.๒
คนที่ ๑๙	๙	๒.๒	๒.๗	๓.๑	๙	๒.๒	๒.๗	๓.๑
คนที่ ๒๐	๘	๑.๙	๒.๖	๒.๘	๘	๑.๙	๒.๖	๒.๘

สรุปผลการวิจัย

๑. การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงือบนลายพิมพ์นิ้วมือของแต่ละบุคคล

จำนวนรูเหงือของแต่ละบุคคลในตำแหน่งเดียวกันไม่เท่ากันและจำนวนรูเหงือในแต่ละตำแหน่งมีความแตกต่างกัน เนื่องจากการสร้างลายเส้นบนนิ้วมือและการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่มีสิ่งแวดล้อมมีอิทธิพลร่วมด้วย หรือที่เราเรียกว่า Volar Pads ซึ่ง Volar Pads เป็นโครงสร้างทางกายภาพที่สำคัญๆ ที่มีผลต่อการเกิดลายนิ้วมือของบุคคล การเจริญเติบโตของ Volar Pads ในแต่ละบุคคลขึ้นอยู่กับปัจจัยของสิ่งแวดล้อม เช่น ความสมบูรณ์ของมารดาขณะตั้งครรภ์ สภาพจิตใจของมารดา ฯลฯ ซึ่งปัจจัยทางสิ่งแวดล้อมเหล่านี้มีผลให้แต่ละคนมีลายเส้นลายนิ้วมือที่แตกต่างกัน

๒. การเปรียบเทียบจำนวนและตำแหน่งของรูเหงือบนลายพิมพ์นิ้วมือในบุคคลเดียวกัน

การทดลองนี้ออกแบบโดยอ้างอิงจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตรวจพิสูจน์ ในกรณีลายนิ้วมือมีจุดตำหนิพิเศษไม่เพียงพอต่อการลงความเห็น ซึ่งจากการทดลองแสดงให้เห็นว่าจำนวนและตำแหน่งของรูเหงือบนลายลายนิ้วมือมีความเป็นเอกลักษณ์สามารถใช้ในการตรวจพิสูจน์ตัวบุคคลได้ เนื่องด้วยจากการวิเคราะห์กลุ่มตัวอย่างทั้ง ๒๐ คน ด้วยลายนิ้วมือตัวอย่างและลายนิ้วมือปัญหา ในพื้นที่ที่กำหนดและวัดระยะห่างจากจุดใจกลาง (Core) ไปยังรูเหงือทั้ง ๓ จุด ในพื้นที่ที่กำหนด ซึ่งผู้วิจัยพบว่า จำนวนและระยะห่างของรูเหงือบนลายนิ้วมือของบุคคลคนเดียวกันสามารถนำมาพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลได้

ข้อเสนอแนะในการวิจัย

ผลการวิจัยข้างต้นยังคงมีข้อจำกัดบางประการที่เป็นอุปสรรคในการวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนรูเหงือบนลายนิ้วมือ ซึ่งการศึกษาวิจัยการพิสูจน์เอกลักษณ์จากรูเหงือบนลายพิมพ์นิ้วมือเป็นประเด็นที่น่าสนใจ เรื่องของกระบวนการพิสูจน์หลักฐาน โดยการใช้รูเหงือบนลายนิ้วมือในอนาคตทั้งนี้วิจัยของเสนอแนะดังนี้

๑. เนื่องจากลายพิมพ์นิ้วมือเป็นสิ่งที่สามารถแสดงถึงเอกลักษณ์เฉพาะบุคคลและสามารถถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมได้ อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลด้วยลายพิมพ์นิ้วมือมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าวิธีอื่น ๆ ดังนั้นหน่วยงานภาครัฐจึงควรรวบรวมข้อมูลทางสถิติเกี่ยวกับลายพิมพ์นิ้วมือในประเทศไทยไว้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาและควรให้มีการสนับสนุนในการศึกษาวิจัยด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลจากรูเหงือ เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานหรือภาครัฐไหน นำวิธีการนี้ไปลองใช้ในการตรวจเอกลักษณ์เฉพาะบุคคลเลย

๒. เนื่องจากเครื่องมือที่ใช้ในการพิสูจน์เอกลักษณ์บุคคลจากบริเวณรูเหงือบนลายนิ้วมือนั้นยังไม่มีเป็นที่แน่ชัด มีแต่เครื่องตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์นิ้วมือหรือเครื่อง Mini AFIS ดังนั้นหน่วยงานภาครัฐ ที่รับผิดชอบทางด้านนิติวิทยาศาสตร์จึงควรสนับสนุนอุปกรณ์ที่จำเป็นเพื่อรองรับการวิจัยที่จำเป็นต้องใช้อุปกรณ์ดังกล่าว

๓. ลักษณะและจำนวนของรูเหงือนั้นมีความหลากหลาย สามารถวิเคราะห์ได้ในหลายลักษณะ หลายรูปแบบ จึงควรมีการใช้ลักษณะหรือ

รูปแบบอื่นๆ เข้ามาศึกษาเพื่อให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

๔. ควรมีการศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของรูเหงือกกับเพศว่าสามารถบ่งบอกเพศได้หรือไม่

๕. งานวิจัยนี้เป็นการทำวิจัยในกลุ่มตัวอย่างที่มีจำนวนน้อยและในการเปรียบเทียบตำแหน่งของรูเหงือกเพียง ๕ ตำแหน่งซึ่งยังไม่พบว่าในแต่ละบุคคลมีตำแหน่งที่ซ้ำกันเลย หากจำนวนกลุ่มตัวอย่างมีมากขึ้นอาจพบว่าตำแหน่งรูเหงือกมีการซ้ำกันได้ ดังนั้นในการตรวจพิสูจน์จริงอาจต้องเพิ่มจำนวนตำแหน่งของรูเหงือกที่ใช้ในการเปรียบเทียบ เช่นเดียวกับการเพิ่มจำนวนตำแหน่งพิเศษในการตรวจลายนิ้วมือ ที่ผู้ชำนาญใช้อยู่ในปัจจุบัน

ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป

๑. ควรเพิ่มจำนวนกลุ่มตัวอย่างให้มากขึ้นเพื่อการวิเคราะห์ผลได้ถูกต้องแม่นยำมากขึ้น

๒. ควรมีการทดลองในเรื่องการเปรียบเทียบจำนวน ตำแหน่ง ขนาด กับเพศชายและเพศหญิง

๓. กลุ่มตัวอย่างควรมีการศึกษาเรื่องเกี่ยวกับการพิมพ์ลายนิ้วมือที่ถูกต้องร่วมด้วย เพื่อการพิมพ์ลายนิ้วมือที่ออกมาจะได้มีความสมบูรณ์ที่สุด

๔. ควรมีการหาค่าต่ำสุดและค่าสูงสุดของรูเหงือก เพื่อที่จะสามารถบอกเอกลักษณ์เฉพาะของแต่ละบุคคล

๕. ควรศึกษาวิธีการตรวจหารอยลายนิ้วมือที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งทำให้ได้ภาพรูเหงือกของลายนิ้วมือที่ชัดเจนที่สุด นอกเหนือจากการใช้หมึกพิมพ์ตามที่ได้จากการศึกษาครั้งนี้



บรรณานุกรม

- “การพิมพ์ลายนิ้วมือ” เอกสารเผยแพร่ความรู้ กรมตำรวจ, ๒๕๔๘. (อัดสำเนา)
- “การพิมพ์ลายนิ้วมือและการทะเบียนประวัติอาชญากร”. เอกสารฝึกอบรมกองทะเบียนประวัติอาชญากร, ๒๕๔๖. (อัดสำเนา)
- วิวรรณ สุวรรณสัมฤทธิ์, พ.ต.ท. หญิง. “การตรวจลายนิ้วมือ” เอกสารวิชาการประกอบแบบคำขอประเมินคุณสมบัติบุคคลและผลงานางวิชาการ. เสนอที่กองพิสูจน์หลักฐาน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, ม.ป.ป.
- สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. กองพิสูจน์หลักฐาน. “การตรวจเก็บลายนิ้วมือในสถานที่เกิดเหตุ” เอกสารประกอบการอบรมการตรวจเก็บลายนิ้วมือในสถานที่เกิดเหตุ ๒๕๓๘.
- อรรถพล แซ่มสุวรรณวงศ์ และคณะ, พล.ต.อ. นิติวิทยาศาสตร์ ๒ เพื่อการสืบสวนสอบสวน. พิมพ์ครั้งที่ ๔ กรุงเทพมหานคร : บริษัท ทีซีจี พรินติ้ง จำกัด, ๒๕๔๖
- ทัศนะ สุวรรณจุฑะ, ประเวสน์ คุ่มภัยและประพัฒน์ คนตรง. การพิสูจน์บุคคลในนิติเวชศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพฯ: หจก.ภาพพิมพ์, ๒๕๓๒.
- สมทรง ณ นคร และ โสภชา ภูสนิท. “เอกสารประกอบการสอนวิชานิติวิทยาศาสตร์เบื้องต้น ๓๐๐๓๐๒ ปีการศึกษา ๒๕๔๔.”
- Bell, Angela. Loop ridge count difference between genders. Nebraska Wesleyan University. Accessed ๑๔ January ๒๐๐๘.
- Bonnevie, K. ๑๙๒๔. Studies on papillary twins patterns of human fingers.J. Genet. ๑๕:๑.
- Campbell, Edward D. Fingerprint and Palmar Dermatoglyphics [Online].



ปัญหากฎหมายสัญญาของประเทศไทยกับการค้าขาย อัตโนมัติในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศก้าวไกล

ปรีชณี เรืองชนาบท*

บทคัดย่อ

บทความนี้เขียนขึ้นมุ่งประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาอัตโนมัติซึ่งใช้ระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนปฏิบัติการอย่างอิสระโดยปราศจากบุคคลควบคุมในกระบวนการทำสัญญาอันเนื่องมาจากระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนเป็นวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่งที่น่ามาใช้ส่งเสริมเทคโนโลยีสารสนเทศให้มีความก้าวหน้าอย่างรวดเร็วสำหรับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งผู้คนสามารถติดต่อทำธุรกรรมแบบทันทีได้ตลอด ๒๔ ชั่วโมง ดังนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ จึงได้ตราขึ้น เนื่องจากประเทศไทยเล็งเห็นถึงผลทางกฎหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นที่ได้รับการยอมรับในการทำธุรกิจเพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้และกฎหมายสัญญาที่บังคับใช้ขณะนี้ไม่สามารถใช้ได้กับการทำสัญญาในทางปฏิบัติโดยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ของซอฟต์แวร์ตัวแทน ดังตัวอย่างความคลุมเครือ ลักษณะการทำคำเสนอหรือคำสนองที่จัดทำขึ้นโดยซอฟต์แวร์ตัวแทนระหว่างที่มีการโต้ตอบอัตโนมัติ การโต้ตอบแบบทันทีทันใดของซอฟต์แวร์ตัวแทนโดยปราศจากโอกาสที่คู่สัญญาจะได้ใช้ความระมัดระวังในการเข้าผูกพันตามสัญญา หลักความสำคัญผิดไม่สามารถปรับใช้ได้กับความผิดพลาดข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีเหตุความผิดพลาดทางเทคนิคของซอฟต์แวร์ตัวแทน และความไม่เสมอภาคในกระบวนการเจรจาการเข้าทำสัญญาระหว่างบุคคลและซอฟต์แวร์ตัวแทน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้กำหนดลักษณะรายละเอียดผลทางกฎหมายของคำเสนอและคำสนองที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น หรือบทบัญญัติเรื่องสัญญาในประมวลแพ่งและพาณิชย์เป็นเพียงหลักทั่วไปในกฎหมายสัญญา จึงยังไม่เพียงพอที่จะนำมาพิจารณาและปรับใช้กับสัญญาที่เกิดจากซอฟต์แวร์อิเล็กทรอนิกส์ ตัวแทนได้จริง ท้ายที่สุดแล้วยังก่อผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นย่อมทำลายความมั่นใจทางการค้าและการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีการใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนเพิ่มสูงขึ้น

* นักวิจัยอิสระ

คำสำคัญ : กฎหมายสัญญา สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ สัญญาอัตโนมัติ ความผิดพลาดข้อมูลอัตโนมัติ ซอฟต์แวร์ตัวแทน ธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ สำคัญผิด

Abstract

This article is focusing on the legal issue of automated contract executed by agent software operating independently without human interfere in the contract process. Since the agent software will be used as an electronic methods to support the rapid advancement of information technology for electronic commerce (E-commerce) which people can contact the real time transactions over 24 hours. Consequently The Electronic transaction Act B.E. 2544 emerges as Thailand recognize the legal effect of the electronic transaction become popular for business increasingly.

However many provision of this Act grants and the applicable law contract is not accordance with contract formation by electronic method of agent software in practice. To given the example; the ambiguity of the offer or the acceptance made by agent software during the automated correspondence, the real-time response by agent software without the party's awareness opportunity to binding a contract , the mistake rule cannot be applied with the error of electronic data message caused by technical of agent software as well as the unequal bargain in negotiating process for entering the contract between person and agent software.

All above shows that even Electronic Transaction Act B.E. 2544 attributes the legal effect of an offer and acceptance in the form of electronic data message, or the provision of contract in the civil and commercial Code are general rule in contract law, these are not sufficient to consider and not apply truly in contract formation by electronic agent. Finally its impacts destroy people's confidential in the trade and electronic commercial world where the automated transaction become arisen.

Key words : contract law electronic contract/ automated contract / error of information / software agent/ electronic transaction/ mistake

บทนำ

อิทธิพลของการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วส่งผลต่อการพัฒนาช่องทางการสื่อสารระหว่างมนุษย์จำเป็นต้องเชื่อมโยงได้ตลอดเวลาไม่ว่าจะเป็นการติดต่อทางการค้า การบริหารองค์กรไปจนถึงการปรับกลยุทธ์การค้าของผู้ประกอบการซึ่งคอยอำนวยความสะดวกและขยายโอกาสให้เข้าถึงลูกค้าได้ทันทั่วทั้งมากที่สุดโดยเฉพาะการทำสัญญาที่สามารถดำเนินการผ่านอุปกรณ์เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เชื่อมโยงทางระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเกิดเป็น “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์” อันจะช่วยลดความยุ่งยาก ความซับซ้อนในการทำสัญญา รวมถึงข้อจำกัดด้านเวลาในการติดต่อกับลูกค้าเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ ด้วยเหตุนี้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์แบบ “เรียล-ไทม์” (real-time) จึงเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วตลอด ๒๔ ชั่วโมง ทำให้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ขึ้น เพื่อรองรับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในการทำธุรกิจที่มีจำนวนเพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายสัญญาที่บังคับใช้ขณะนี้ก็ยังมีปัญหาการทำสัญญาในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีการทำสัญญาโดยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ของซอฟต์แวร์ตัวแทน ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

สัญญาอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบใหม่โดยใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนควบคุมการทำงาน

เมื่อหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of contract) ได้ทำให้วิวัฒนาการทำ

สัญญาจากอดีตสู่ปัจจุบันนี้ได้จำกัดรูปแบบเฉพาะบนกระดาษหรือการโต้ตอบระหว่างบุคคลอีกต่อไป ผู้ประกอบการธุรกิจได้นำระบบซอฟต์แวร์ตัวแทน (Agent software) มาใช้เพื่อปรับช่องทางการติดต่อกับลูกค้าหรือการโต้ตอบระหว่างองค์กรให้รวดเร็ว จึงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ ทั้งนิติกรรมและสัญญาโดยอัตโนมัติได้ตลอดเวลา ซอฟต์แวร์ตัวแทนพัฒนาจากหลักทฤษฎีตัวแทนในทางวิทยาศาสตร์คอมพิวเตอร์ ซึ่งนำมาใช้ในการโต้ตอบกับลูกค้าและสามารถทำงานได้อย่างอิสระ (Autonomy) แทนบุคคล ซอฟต์แวร์ประเภทนี้จะมีลักษณะเฉพาะคือ (๑) สามารถเรียนรู้สิ่งแวดล้อมและตอบสนองทันทีในเวลา (๒) สามารถทำงานเองโดยไม่จำเป็นต้องมีคนกำหนดคำสั่งใหม่ในแต่ละครั้ง (๓) ใช้ภาษาคอมพิวเตอร์ในการติดต่อสื่อสาร หรือทำงานกับคนหรือซอฟต์แวร์ตัวแทนในอีกระบบได้ (๔) สามารถทำงานได้เองโดยปราศจากการควบคุมจากมนุษย์ อาศัยข้อมูลที่มีอยู่ในระบบมาประมวลผลและตัดสินใจการทำงานได้เอง ตัวอย่าง การประมูลออนไลน์ หรือการซื้อขายทางอินเทอร์เน็ต ทั้งสินค้ามีรูปร่างและสินค้าไม่มีรูปร่าง เช่น การซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ เครื่องดื่ม เป็นต้น ผู้ซื้อสามารถซื้อขายและชำระเงินได้ผ่านทางระบบทันทีอย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบการทำสัญญาโดยวิธีอัตโนมัติอื่น ๆ เช่น การซื้อขายผ่านเครื่องขายสินค้าอัตโนมัติ (Vending machine) ซึ่งมีสินค้าหลายประเภทตั้งแต่เครื่องดื่ม อาหาร ไปจนถึงเครื่องใช้ที่มีราคาแพง เช่น น้ำอัดลม กระจาดชำระ เครื่องเติมเงินโทรศัพท์เคลื่อนที่ ไปจนถึงเครื่องซักผ้าหยอดเหรียญ สินค้าจะถูกบรรจุใส่ตู้แล้วตรวจความเรียบร้อยสภาพพร้อมใช้งาน ซึ่งถูกควบคุมโดยระบบวงจรไฟฟ้าและใช้หลักการ

คำนวณทางคณิตศาสตร์ดำเนินการตามขั้นตอนตามคำสั่งภายในชิป (Chip) เท่านั้น การทำงานของตัวอัตโนมัติจึงมีลักษณะหน้าที่แตกต่างจากระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนจากที่ได้อธิบายข้างต้น

ซอฟต์แวร์ตัวแทนกับการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

หลักการพื้นฐานที่สำคัญในการทำสัญญาในระบบกฎหมายไทย คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of the will) ซึ่งเป็นหลักการแสดงเจตนาที่สำคัญในการก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาได้ให้ความยินยอมตกลงในคำเสนอและคำสนองซึ่งแต่ละฝ่ายได้แสดงเจตนาออกมา ปัจจุบันผู้ประกอบการจำนวนมากได้นำระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนมาใช้ในการติดต่อ การให้บริการแก่ลูกค้าหรือผู้ใช้บริการ ไปจนถึงการทำสัญญา โดยระบบจะทำการประมวลผลข้อมูลและแสดงข้อความที่หน้าจอหรือส่งอีเมลให้กับผู้ใช้บริการ ภายหลังที่ได้ตกลงยอมรับข้อความหรืออีเมลดังกล่าวจากผู้รับ ย่อมก่อให้เกิดนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายทันที ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น

สัญญาประเภท clickwrap agreement เป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์บนอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้ใช้งานจะต้องกระทำการตามที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์กำหนด เพื่อแสดงความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงนั้นก่อน เช่น การกดปุ่มยอมรับ ก่อนแสดงความยินยอม ผู้ใช้จึงทำการโต้ตอบกับระบบจนกระทั่งเสร็จขั้นตอนกระบวนการ แม้ไม่มีบุคคลเข้ามาตรวจสอบการรับส่งข้อมูลก็ตาม

สัญญาประเภท Browsing agreement ซึ่งเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมมีลักษณะเป็นการทำสัญญาผ่านระบบออนไลน์ โดยเจ้าของโปรแกรมสร้างลิงค์เชื่อมโยงข้อสัญญาไปยังผู้ใช้โดยอัตโนมัติ และผู้ใช้งานจะต้องแสดงความยินยอมในข้อสัญญาก่อน จึงเป็นการโต้ตอบรับส่งข้อมูลระหว่างระบบและผู้ใช้บริการ

การทำสัญญาซื้อขายโดยวิธีการประมูลซึ่งดำเนินการอัตโนมัติ (E-auction) เพียงแค่ผู้ซื้อผู้ขายกรอกข้อมูลที่กำหนดและรอให้ระบบทำการจับคู่ราคาของผู้ซื้อและผู้ขายที่เท่ากันเกิดเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าผูกพันผู้ซื้อและผู้ขายทันที โดยไม่จำเป็นต้องรอจับคู่ราคาด้วยตนเอง

ข้อจำกัดในการปรับใช้กฎหมายไทย

ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญในการสนับสนุนการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) อย่างมาก เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือและความเชื่อมั่นในการนำวิธีการอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ทำธุรกรรมหรือสัญญาที่แพร่หลายอย่างรวดเร็ว จึงได้ตรากฎหมายที่ใช้ในทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งได้ยกร่างขึ้นตามแนวทางกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Model law on Electronic Commerce 1996) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Model law on Electronic Signature 2001) ของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ โดยหลักการสำคัญเพื่อรับรองการทำธุรกรรมที่ใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มีผลทางกฎหมายเท่าเทียมกับการใช้

เอกสารในรูปแบบกระดาษ และรับรองความเป็นกลางทางเทคโนโลยีซึ่งจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติในการใช้เทคโนโลยีใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เมื่อการนำซอฟต์แวร์ตัวแทนซึ่งเป็นวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการโต้ตอบสื่อสารหรือกระทำการแทนบุคคลอันก่อให้เกิดความผูกพันในรูปของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ย่อมมีผลทางกฎหมายตามที่พระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้กำหนดไว้ด้วย อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฯ ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเฉพาะว่าด้วยเรื่องการเกิดสัญญา การแสดงเจตนา และการคุ้มครองการแสดงเจตนา รวมไปถึงผลทางกฎหมายจากการแสดงเจตนาเพื่อนำมาปรับใช้กับการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไว้ จึงยังคงต้องนำบทบัญญัตินิติกรรมสัญญาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้เช่นเดิม

หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติฯ เป็นเพียงกฎหมายที่ช่วยเสริมหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สามารถบังคับใช้ครอบคลุมไปถึงการทำธุรกรรมผ่านทางวิธีอิเล็กทรอนิกส์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเท่านั้น เนื่องจากหลักกฎหมายสัญญาของไทยพัฒนามาจากกฎหมายของประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมันซึ่งมีรากฐานวิวัฒนาการบังคับใช้เฉพาะกฎหมายเอกชนเป็นส่วนใหญ่มิได้พัฒนาเพื่อนำมาใช้ในทางพาณิชย์ทำให้การนำหลักกฎหมายเอกชนไม่สามารถนำมาปรับบทกับกิจกรรมทางพาณิชย์ได้อย่างเหมาะสมเพราะความเคร่งครัดเกินไปของบทบัญญัติกฎหมายจึงอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินการทางการค้าได้หากนำบทบัญญัติเรื่องสัญญาของไทยมาปรับใช้กับการทำสัญญา

อิเล็กทรอนิกส์โดยระบบซอฟต์แวร์ตัวแทน ย่อมก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมาย ดังนี้

ประการแรก : ความชัดเจนของคำเสนอคำสนอง

การที่บุคคลใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนเป็นเครื่องมือในการแสดงเจตนาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น แม้จะมีการรับรองโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา ๓ ซึ่งห้ามมิให้ปฏิเสธผลทางกฎหมายและการบังคับใช้ทางกฎหมาย หรือมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ ซึ่งรับรองสถานะทางกฎหมายไว้ก็ตาม แต่มิได้หมายความว่า จะเป็นการรับรองความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อความที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แต่อย่างใด นอกจากนี้ลักษณะของคำเสนอคำสนอง จะต้องปราศจากข้อเคลือบแคลงสงสัย มีความชัดเจนแน่นอนต่อผู้แสดงเจตนาเพื่อที่จะทำให้เกิดสัญญา แต่กรณีบางลักษณะข้อความที่ระบบประมวลผลแสดงหน้าจอต่อสาธารณะ อาจเป็นเพียงคำเชื้อเชิญ ซึ่งผลในกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ คำเชื้อเชิญไม่ก่อให้เกิดสัญญาและไม่มี การบอกถอน เช่น รายการสินค้ารอขายในเว็บไซต์ ประมูลซื้อขายอัตโนมัติ หากพบว่าสินค้ามีจำนวนจำกัด แต่ปริมาณคำสั่งซื้อจากผู้ซื้อมีจำนวนมาก กว่าปริมาณสินค้าที่มีอยู่ จึงอาจเป็นไปได้ว่าผู้ขาย อาจมีเจตนาทำเป็นคำเชื้อเชิญเท่านั้น แม้ข้อความ หรือเนื้อหาที่ปรากฏจะเกิดจากการประมวลโดยระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนเพียงพอก็จะถือว่าเป็น คำเสนอก็ตาม คำสั่งซื้อของผู้ซื้อที่ส่งเข้ามาจะกลายเป็นคำเสนอทันที ในส่วนของคำสนอง หากมีการใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนตอบรับหรือโต้ตอบแทนบุคคล อาจจะก่อปัญหาได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อไร เพราะ

การทำงานของระบบตัวแทนซึ่งค่อนข้างรวดเร็ว และซับซ้อนจนไม่สามารถระบุได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นขั้นตอนไหน

นอกจากนี้ ในกรณีสัญญาออนไลน์หรือสัญญาซื้อขายอัตโนมัติบนเว็บไซต์ผู้ประกอบการในลักษณะ clickwrap agreement หรือสัญญา Browsing agreement กำหนดให้ซอฟต์แวร์ตัวแทนทำงานได้ตอบข้อมูลกับผู้ใช้บริการและผู้ประกอบการ ย้อนนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาว่า การยอมรับข้อมูลโดยการทำงานของระบบซอฟต์แวร์แทนบุคคลนั้นเพียงพอที่จะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาอย่างแท้จริงโดยบุคคลนั้นแล้วหรือไม่ โดยที่อีกมุมมองอาจจะต้องพิจารณาว่าการโต้ตอบกับระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนของผู้ประกอบการ ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับบุคคลผู้ใช้บริการซึ่งไม่สามารถเจรจาต่อรองข้อตกลงได้โดยตรงกับผู้ประกอบการได้เลย เพราะข้อจำกัดในเรื่องโอกาสอำนาจการต่อรองระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ

ประการที่สอง : เวลาการรับส่งคำสั่งเสนอคำสั่งของ

เมื่อพระราชบัญญัติฯ มาตรา ๑๓ ได้รับรองการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในการแสดงเจตนาเพื่อมิให้บุคคลปฏิเสธ ความผูกพันในการใช้ข้อมูลดังกล่าว ทั้งยังได้กำหนดให้การรับส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่ออยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่ง และการรับข้อมูลมีผลนับตั้งแต่วันที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับโดยถือว่าการส่งและการรับข้อมูลได้เกิดขึ้น ณ สถานที่ทำงานของผู้ส่งและผู้รับตามมาตรา ๒๒ มาตรา ๒๓ และมาตรา ๒๔ วรรค ๑ ซึ่งเป็นการ

กำหนดสถานที่และเวลาการรับส่งข้อมูล ตามทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch หรือ mail box rule) ในทางปฏิบัติสัญญาหรือธุรกรรมที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากการใช้ระบบซอฟต์แวร์ดำเนินการรับส่งข้อมูลแทนบุคคลได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง เช่น การซื้อขายหรือประมูลอัตโนมัติผ่านทางเว็บไซต์ หรือการส่งคำสั่งซื้อขายหุ้นผ่านทางอินเทอร์เน็ต การรับส่งข้อมูลซึ่งดำเนินการโดยรวดเร็วและอัตโนมัตินี้ กลับไม่มีบุคคลเข้าไปกระทำการควบคุมหรือรับรู้ข้อมูลในเวลาที่สัญญาซื้อขายได้เกิดขึ้นเลย หากพิจารณาหลักสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๕๖ ลักษณะการเกิดสัญญาทันทีเช่นนี้จะต้องเป็นกรณีการแสดงเจตนาต่อบุคคลเฉพาะหน้า ตามมาตรา ๑๖๘ ซึ่งบุคคลได้ทำคำเสนอและคำสนองตอบรับการแสดงเจตนาของอีกฝ่ายทันทีตามทฤษฎีการแสดงออกซึ่งเจตนา (Theory of Expression) แต่ทว่าการใช้ระบบซอฟต์แวร์ตัวแทน ผู้รับข้อมูลจะไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้จนกว่าระบบทำการประมวลผลและแสดงผลผ่านอุปกรณ์ที่เข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ ไม่ว่าจะเป็นคอมพิวเตอร์ แท็บเล็ต หรือโทรศัพท์มือถือก็ตาม ดังนั้นการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำเสนอ คำสนองที่ต้องใช้ระยะเวลาหนึ่ง สัญญาจะไม่เกิดขึ้นทันทีและจะต้องมีระยะเวลาการบอกถอนคำเสนอและระยะเวลาทำคำสนอง ลักษณะเช่นนี้จึงเข้าลักษณะการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา ๑๖๘ ซึ่งใช้ทฤษฎีเจตนาไปถึง (Theory of Reception) จะเห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ จะช่วยรับรองการรับส่งทำคำเสนอและคำสนองที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้สอดคล้องกับการความก้าวหน้าของเทคโนโลยี

ในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคล และอำนวยความสะดวก
ประโยชน์ทางการค้า แต่กลับไม่ได้สอดคล้องกับ
หลักการและบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาแห่งประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายหลัก

ประการที่สาม : ความผิดพลาดของข้อมูล
อิเล็กทรอนิกส์

แม้การใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนช่วยอำนวยความสะดวก
ความสะดวกในการติดต่อหรือโต้ตอบระหว่างบุคคล
ให้สามารถดำเนินการได้ตลอดเวลา แต่ความเสี่ยง
ระหว่างการทำงานของระบบ คือความผิดพลาด
ของข้อมูลอาจขึ้นได้ตลอดเวลาเช่นกัน ประเด็นที่
ต้องตระหนักคือ การที่พระราชบัญญัติฯ กำหนด
ห้ามมิให้บุคคลปฏิเสธความผูกพันในข้อมูล ทำให้
บุคคลนั้นต้องผูกพันในข้อมูลที่ผิดพลาดด้วย แต่
มิได้หมายความว่าคู่สัญญาจะต้องผูกพันในสัญญาที่
เกิดจากความผิดพลาดของข้อมูลในขณะทำสัญญา
ทุกกรณี อย่างไรก็ตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราช-
บัญญัติฯกำหนดไว้เพียงการแก้ไขความผิดพลาด
ตามวิธีการที่ผู้รับและผู้ส่งตกลงกันได้ และกำหนด
ให้ผู้รับใช้ความระมัดระวังในการรับข้อมูลที่อาจเกิด
ความผิดพลาดในขณะส่ง จึงมิได้รวมถึงกรณีที่ไม่ได้
ตกลงวิธีกันไว้ก่อน ทั้งยังมิได้กำหนดผลในทาง
กฎหมายและหลักเกณฑ์ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นใน
ขณะทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไว้อีกด้วย

จากรูปแบบการทำงานของซอฟต์แวร์
ตัวแทน เห็นได้ว่าในกระบวนการเกิดสัญญาอัตโนมัติ
ผู้รับอาจไม่สามารถทราบข้อมูลได้ทันที เพราะการ
โต้ตอบเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วแบบ เรียล-ไทม์ (real-
time) ดังนั้นข้อมูลที่เกิดความผิดพลาดขณะใน
กระบวนการทำสัญญา ย่อมกระทบต่อการแสดง

เจตนาที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงต้องนำ
บทบัญญัติการคุ้มครองการแสดงเจตนาในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันส่งผลทางกฎหมาย
ให้สัญญาดตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ หากข้อมูลที่
ผิดพลาดเกิดจากระบบซอฟต์แวร์ ซึ่งเป็นปัญหาที่
เกิดขึ้นภายในระบบการทำงานหรือการรับส่งข้อมูล
ในระบบเครือข่าย รวมถึงปัจจัยภายนอกต่าง ๆ ที่
อาจทำให้ข้อมูลผิดพลาด เช่น โดนโจมตีจากไวรัส
ที่บุคคลอื่นใช้ก่อวินาศกรรมหรือบุกรุกระบบการทำงาน
ที่ปกติ ซึ่งอาจแบ่งได้ ๓ กรณีดังนี้

กรณีแรก ผู้รับข้อมูลก่อนเจตนาขึ้นจากข้อเท็จจริงที่
ถูกบิดเบือนไม่ถูกต้องไปจากความจริง ทำให้ผู้รับ
ข้อมูลตัดสินใจและแสดงเจตนาออกไปตรงตามที่
เข้าใจ ความสำคัญผิดจึงเกิดขึ้นในขั้นตอนการก่อ
เจตนาภายใน ตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันส่งผลให้สัญญาดตก
เป็นโมฆียะ อย่างไรก็ตามความผิดพลาดที่เกิดขึ้น
จะต้องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือทรัพย์สินอันเป็น
สาระสำคัญแห่งสัญญาด้วย ไม่เช่นนั้นผู้ที่อ้างความ
สำคัญผิดไม่อาจบอกล้างสัญญาได้

กรณีที่สอง ผู้ส่งใช้ระบบซอฟต์แวร์ตัวแทนเป็น
เครื่องมือในการโต้ตอบรับส่งข้อมูลอัตโนมัติแทน
ตนเอง ไปยังอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้รับ แต่ความผิดพลาด
อาจเกิดขึ้นโดยที่ผู้ส่งข้อมูลเองก็ไม่อาจคาดหมาย
ได้ขณะส่งข้อมูลนั้น ทำให้การแสดงเจตนาไม่ถูก
ต้องตรงกับเจตนาภายในของผู้ส่ง เข้ากับลักษณะ
ความสำคัญผิดในกระบวนการแสดงเจตนาตาม
มาตรา ๑๕๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
อันส่งผลให้สัญญาดตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม
การยกอ้างความสำคัญผิดตามมาตรา ๑๕๖ จะต้อง

พิจารณาว่าเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญ แห่งสัญญา อันได้แก่ลักษณะของสัญญา ตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่สัญญา และทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นด้วย หากข้อมูลที่เกิดผิดพลาดไม่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา ย่อมไม่อาจอ้างความเป็นโมฆะของสัญญาได้

กรณีที่สาม ฝ่ายผู้ส่งข้อมูลและฝ่ายที่รับข้อมูลทั้งสองฝ่ายต่างอ้างความผิดพลาดของข้อมูลอันเกิดจากการทำงานของระบบ หากต่างฝ่ายต่างอ้างหลักความสำคัญผิด หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยกอาศัยประโยชน์แห่งโมฆกรรมของสัญญาโดยไม่สุจริต อาจทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบได้ เพื่อมิให้ต้องเสียเวลาในการพิสูจน์ความสำคัญผิด และการปรับใช้หลักความสำคัญทั้งสองบัญญัติซึ่งมีองค์ประกอบของแตกต่างกัน ย่อมเป็นอุปสรรคทางการค้า ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมที่ไม่ตรงกันของคู่กรณีแต่ละฝ่ายมาปรับใช้ ผลคือสัญญาไม่เกิดขึ้นเลย เนื่องจากหลักความสำคัญผิดในกฎหมายไทยพื้นฐานมาจากทฤษฎีอัตวิสัย (subjective theory) ซึ่งให้ความสำคัญต่อบุคคลผู้เป็นคู่สัญญามากกว่า จึงต้องพิจารณาขั้นตอนที่เกิดความสำคัญผิดและองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญในสัญญาด้วย จะถือเพียงความเข้าใจผิดเป็นความสำคัญผิดในการทำสัญญาไม่ได้ เห็นได้ว่าการนำหลักความสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัด หากข้อมูลผิดพลาดเกิดขึ้นในการซื้อขายอัตโนมัติทางระบบอินเทอร์เน็ตระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค การพิสูจน์ความสำคัญผิดเป็นเรื่องที่ยาก และไม่แน่นอนในทางเทคนิค ผู้บริโภคคือบุคคลที่เสียเปรียบมากที่สุด เห็นได้ว่าบทบัญญัติการคุ้มครองการแสดงเจตนาในกฎหมาย

ไทยไม่อาจปรับใช้กับการแสดงเจตนาด้วยวิธีการทำงานด้วยซอฟต์แวร์ตัวแทน ซึ่งได้ตอบและทำงานอย่างรวดเร็ว ทันสมัย นับได้ว่าเป็นเครื่องมือที่บุคคลใช้แสดงเจตนาในยุคปัจจุบันที่ทันสมัยจนกฎหมายไทยพัฒนาไม่ทัน

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคดี Chwee Kin Keong V Digilandandmall Pte Ltd โดยมีข้อเท็จจริงว่า Chwee Kin Keong ได้สั่งซื้อเครื่องพิมพ์รุ่น HPC 9660A Color LaserJet 4600 ผ่านทางเว็บไซต์ของ Digilandandmall.com ในราคา ๖๖ ดอลลาร์สิงคโปร์จากราคาจริง ๓๘๕๔ ดอลลาร์สิงคโปร์ และในเวลาต่อมาได้รับอีเมลยืนยันจากระบบระบบโต้ตอบอัตโนมัติของบริษัท เมื่อทางบริษัททราบถึงความผิดพลาดดังกล่าวว่าราคาที่ประกาศขายเกิดความผิดพลาดจากการส่งคำสั่งของโปรแกรมเมอร์ จึงได้ลบโฆษณาบนเว็บไซต์และแจ้งไปยังลูกค้าที่สั่งซื้อเครื่องพิมพ์ดังกล่าวว่าราคาที่ประกาศขายนั้นผิดพลาด จึงขอยกเลิกคำสั่งซื้อทั้งหมด แต่ทาง Chwee Kin Keong ปฏิเสธข้อยกอ้างเกี่ยวกับความผิดพลาดของบริษัทและยืนยันว่าสัญญาได้เกิดสัญญาขึ้นแล้ว บริษัทจะต้องทำตามสัญญา ทั้งยังกล่าวว่าหากบริษัทเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญาได้เองย่อมส่งผลกระทบต่อความไว้วางใจและความมั่นใจในการสั่งซื้อสินค้าทางอินเทอร์เน็ต ในขณะที่บริษัทใช้หลักเรื่องความสำคัญผิดฝ่ายเดียว ซึ่งศาลได้ตัดสินในคดีนี้ว่า เมื่อผู้ซื้อตรวจพบความผิดพลาดในราคาทางการค้าของเครื่องพิมพ์บนเว็บไซต์ของบริษัทแล้ว ผู้ซื้อไม่อาจบังคับให้บริษัทปฏิบัติตามสัญญาได้ และจะอ้างว่าผู้ซื้อได้ให้ความยินยอมกับบริษัทได้ โดยใช้หลักความสำคัญผิดฝ่ายเดียวปรับใช้กับหลัก Equity

ได้ ดังนั้นสัญญาจึงไม่เกิดและผู้ซื้อไม่อาจอ้างหลัก
สุจริตได้ แม้ประเทศไทยยังไม่เคยมีการนำข้อ
พิพาทที่เกิดจากความผิดพลาดของข้อมูลขึ้นสู่
กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล แต่การศึกษา
แนวทางคดีที่กล่าวมาข้างต้นสามารถเป็นตัวอย่าง
ความผิดพลาดของข้อมูลในชั้นการทำซื้อขายทาง
อินเทอร์เน็ต โดยใช้ระบบการทำงานที่สามารถ
โต้ตอบและตอบรับการรับส่งข้อมูลในนามบริษัทกับ
ผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้บริโภคหรือลูกค้า แม้คำพิพากษา
ตัดสินข้อพิพาทเรื่องนี้ของศาลประเทศสิงคโปร์
ยังไม่ใช่ข้อสรุปในการปรับใช้หลักความสำคัญผิด
ตามกฎหมายไทย แต่ก็ยังเป็นประเด็นชี้ให้เห็นว่าให้
ประเทศไทยต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของ
กฎหมายเดิมที่มีอยู่ในขณะนี้ ซึ่งยังไม่พร้อมที่จะ
ปรับใช้หากเกิดปัญหาในลักษณะเช่นนี้ในอนาคต
อันจะกระทบความเชื่อมั่นทั้งกลุ่มธุรกิจผู้ประกอบการ
กลุ่มผู้บริโภค ที่ใช้ช่องทางเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์
ติดต่อทางการค้าเพิ่มมากขึ้น

บทสรุป

จากการพัฒนาเทคโนโลยีด้านซอฟต์แวร์
“ตัวแทน” ในทางวิทยาการคอมพิวเตอร์ ได้ถูกนำ
มาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์มากขึ้น โดยเฉพาะ
การนำมาใช้ทำสัญญาแทนบุคคล ทำให้กฎหมาย
ที่นำมาใช้จะต้องพัฒนาให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลง
ทางเทคโนโลยี เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของประเทศไทย
ในขณะนี้แล้ว จะเห็นว่าบทบัญญัติในพระราช-
บัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
พ.ศ. ๒๕๕๔ สามารถนำมาปรับใช้ได้บางกรณีเท่านั้น
เช่น การรับรองผลทางกฎหมายในสัญญาและ
การแสดงเจตนาที่สร้างขึ้นในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

เพราะการใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนถือเป็นวิธีอิเล็กทรอนิกส์
หนึ่ง ซึ่งบุคคลใช้เป็นเครื่องมือแสดง
เจตนา ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา
ซึ่งบุคคลจะแสดงเจตนาโดยวิธีการใดก็ได้ ทั้งนี้
บทบัญญัติสัญญาแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ยังต้องนำมาปรับใช้ควบคู่กันด้วย
เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรม
ทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๕๔ มิได้กำหนดผลทาง
สัญญาที่สร้างขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้เลย
หรือเวลาที่เกิดสัญญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติเดิมที่นำมาปรับ
ใช้นั้นยังไม่สามารถนำมาแก้ปัญหาการทำสัญญา
ด้วยซอฟต์แวร์ตัวแทนในบางกรณีได้ เพราะไม่
สอดคล้องและครอบคลุมกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ
จึงส่งผลกระทบและผลของสัญญาบางประเภทที่ใช้
ซอฟต์แวร์ตัวแทน ไม่ว่าจะเป็นการสื่อสารโต้ตอบ
ข้อมูลอัตโนมัติในการเกิดสัญญาแบบเรียล-ไทม์
(real-time) ผ่านทางเว็บไซต์สั่งซื้อสินค้าออนไลน์
ทั้งที่บุคคลซึ่งเป็นผู้รับการแสดงเจตนาอยู่ห่างระยะ
ทางมิได้รับรู้เนื้อหาข้อมูลก่อน แต่ระบบได้ทำการ
ยืนยันข้อมูลแล้ว รวมไปถึงการนำหลักความสำคัญ
ผิดมาปรับใช้กับการปฏิเสธสัญญาที่เกิดจากความ
ผิดพลาดของข้อมูลอันมีสาเหตุมาจากเหตุที่ไม่อาจ
คาดการณ์ได้ จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ทุกกรณี
โดยจะต้องพิจารณาว่าการที่บุคคลได้ก่อเจตนาโดย
เข้าใจในข้อมูลที่ผิดพลาดไม่ตรงกับข้อเท็จจริง
หรือไม่ หากเป็นความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในขั้นตอน
หรือข้อมูลนั้นมีใช้สาระสำคัญอันจะทำให้เกิดความ
สำคัญผิดแล้ว สัญญาก็ยังคงมีผลสมบูรณ์ ในทาง
กลับกันความผิดพลาดที่เกิดจากการทำงานของ
ซอฟต์แวร์ตัวแทนอันเป็นเรื่องทางเทคนิคก็ไม่ควร

นำหลักความสำคัญผิด ซึ่งมีไขความเข้าใจผิดอันเกิดจากตัวบุคคลเองมาปรับใช้

จากข้อสรุปที่กล่าวมาข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่ในขณะนี้ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาสัญญาที่เกิดจากการใช้ซอฟต์แวร์ตัวแทนได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากความเป็นมาในการตราบทบัญญัติในกฎหมายเดิม

เน้นเพื่อการใช้กับเอกชน มิได้มุ่งทางการพาณิชย์และเทคโนโลยี ประกอบกับ ในระบบชิวิลลอว์ของไทยนั้น ศาลไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายได้ หากประเทศไทยประสงค์ให้กฎหมายมีความทันสมัยกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนไป จำเป็นต้องมีการตราบทบัญญัติบางส่วนเพิ่มเติมเกี่ยวกับผลทางกฎหมายในการนำวิธีการอิเล็กทรอนิกส์อัตโนมัติมาใช้ทำสัญญาด้วย



บรรณานุกรม

กฤตยชญ์ ศิริเขต. รายงานวิจัย การนำเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในธุรกิจธนาคารพาณิชย์ : ผลกระทบเกี่ยวกับสถานะภาพทางกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, ๒๕๓๑.

กฤษณะ ช่างกล่อม. (ร่าง) รายงานการวิจัย เรื่องกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic commerce law). กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนามาตรฐานเทคโนโลยีสารสนเทศ สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, ๒๕๔๒.

ชวพงษ์ สิงห์แพทย์. การควบคุมอัตโนมัติ. กรุงเทพมหานคร : ฟลิชเซ็นเตอร์, ๒๕๓๑.

ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. สาระน่ารู้เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๓.

พรเพชร วิชิตชลชัย. การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับการพาณิชย์ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ E-commerce. กรุงเทพมหานคร : วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, ๒๕๔๒

ไพโรจน์ วายุภาพ. “การแสดงเจตนาและการเกิดสัญญา”, เอกสารประกอบการบรรยายในการสัมมนาเรื่อง “กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์”, กรุงเทพมหานคร : Escape Hall อาคารศูนย์ประชุมสหประชาชาติ, ๒๕๔๓ (อัครลำเนา).

ศันันท์กรณ โสติพันธ์. หลักความสำคัญผิด. โครงการวิจัยส่งเสริมหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๙.

ศรีสมรัก อินทจันทร์ยง. ระบบสารสนเทศเพื่อการจัดการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, ๒๕๔๙.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, ๒๕๔๕.

ภาษาอังกฤษ

Baine, Malcom. Legalising autonomous shopping agent processes. Computer Law&Security
Report9 (September 2003) :PP 118-157.

Cohen Ronnie, and Hiller, Janine S. Internet Law and Policy. New Jersey : Prentice Hall,
2002.

Dunod, Dalloz. Cyber droit : Le droit l'preuve de l'internet, 3e ed. Paris, 2002.

Erdele, Michael, and Wall, Deeth William. Canada, In Christian Campell (ed.), Law of
International on on-line business : A global perspective, p. 173. London : Sweet&
Maxwell, 1998.

Miller, Roger Leroy, and Jentz, Gayloard A Law for E-commerce. Cincinnati, Ohio : West/
Thomson Learning, 2002.



การพิจารณาคดีของศาลปกครองเกี่ยวกับพินัยกรรม

The testamentary ruling of Administrative court

ช.ชยรินทร์ เพ็ชฌัญญูไพศิษฐ์*

บทคัดย่อ

โดยทั่วไปคดีพิพาทในเรื่องมรดกเกี่ยวกับพินัยกรรมจะฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม แต่คดีเกี่ยวกับพินัยกรรมบางกรณีนั้นสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ พินัยกรรมเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาในฐานะเจ้ามรดกเป็นการกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตาย ถ้ามีการทำพินัยกรรมไว้ ทายาทโดยธรรมจะไม่มีสิทธิได้รับมรดก เพราะถือได้ว่าผู้รับพินัยกรรมเป็นผู้ที่เจ้ามรดกได้แสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าก่อนเสียชีวิตให้เป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกของตน ซึ่งทายาทโดยธรรมจะมีสิทธิได้รับมรดกก็ต่อเมื่อเจ้ามรดกตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้หรือทำพินัยกรรมไว้แต่ไม่มีผลบังคับได้ หรือได้ทำพินัยกรรมไว้แต่พินัยกรรมนั้นจำหน่ายทรัพย์สินหรือมีผลบังคับได้แต่เพียงบางส่วนแห่งทรัพย์สินมรดก การทำพินัยกรรมนั้นเจ้ามรดกสามารถทำได้หลายรูปแบบ รูปแบบหนึ่งที่น่าเชื่อถือได้แก่ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง เพราะเป็นพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอ ต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ทั้งนี้หากการทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองนี้ไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้วพินัยกรรมตกเป็นโมฆะ ย่อมมีผลต่อผู้รับพินัยกรรมที่ไม่สามารถรับพินัยกรรมได้ ในบทความนี้เป็นกรณีศึกษาถึงความบกพร่องของกรรมการอำเภอที่ทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดทำให้พินัยกรรมตกเป็นโมฆะ ทำให้ผู้รับพินัยกรรมที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายนำเรื่องดังกล่าวขึ้นฟ้องร้องต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

คำสำคัญ : พินัยกรรม ผู้รับพินัยกรรม ผู้ให้มรดก ทายาทโดยธรรม กรรมการอำเภอ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Abstract

“Will is declaration of intention Person, in contemplation of death, make a declaration of intention by will concerning dispositions as to his property or other matters which shall take effect according to law after his death. If having made a will , statutory heirs are not entitled to inherit because the legator had intended prior to the death to give the heiress his own inheritance. Statutory heirs are entitled to inherit if a person dies without having made a will or if having made a will but his will has no effect or if a person dies having made a will which disposes of or has effect for some parts of his inheritance , the part which has not been disposed of or is not affected by the will shall be distributed among his statutory heirs according to law . To make a will, the legator may do in many ways. The one of reliable ways is a will may be made by a public document : the testator must declare to the Department District and at least two other persons as witnesses present at the same time what dispositions he wishes to be included in his will . If the will made by public document is not in accordance with the law, it will be void and heiress are not entitled to inherit. This article is a case study in the failure of Department District. If Department District ‘s document is not valid under the law, the will will be void. The heiress who have suffered damage to such matters as the court cases filed against government officials about the neglect of duty by law to comply.

Keywords : Will, Legatees, Legator, Statutory Heirs, Department District, Will made by public document

บทนำ

การทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง นั้นถือเป็นการทำพินัยกรรมรูปแบบหนึ่งที่มีความ น่าเชื่อถือในการอ้างอิงเพื่อขอรับสิทธิในฐานะผู้รับ พินัยกรรม เพราะเป็นพินัยกรรมที่จะต้องมีการ

แสดงเจตนาแจ้งข้อความที่เจ้ามรดกประสงค์จะให้ ใส่ไว้ในพินัยกรรมแก่กรรมการอำเภอ^{*} ต่อหน้าพยาน อย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพินัยกรรมแบบ ดังกล่าวจะสมบูรณ์หรือไม่นั้นต้องทำให้ถูกต้องตาม

^{*} พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.๒๕๓๔ มาตรา ๖๒ ในอำเภอหนึ่ง มีนายอำเภอคนหนึ่งเป็นหัวหน้าปกครอง บังคับบัญชาบรรดาข้าราชการในอำเภอ และรับผิดชอบงานบริหารราชการของอำเภอ

นายอำเภอสังกัดกระทรวงมหาดไทย

บรรดาอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับราชการของกรรมการอำเภอหรือนายอำเภอซึ่งกฎหมายกำหนดให้กรรมการอำเภอและ นายอำเภอมีอยู่ให้โอนไปเป็นอำนาจและหน้าที่ของนายอำเภอ

แบบที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๕๔^๓ หากมีการทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด ย่อมมิทำให้พินัยกรรมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๐๕^๔ ดังนั้น การทำพินัยกรรมเอกสารฝ่ายเมืองเจ้าหน้าที่ของรัฐคือกรรมการอำเภอ(นายอำเภอ) จะต้องมีการใช้อำนาจตามกฎหมายให้ถูกต้อง หากมีการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยไม่ถูกต้องแล้วส่งผลให้พินัยกรรมตกเป็นโมฆะ ผู้รับพินัยกรรมที่เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายมีสิทธิที่จะดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

เนื้อเรื่อง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก ได้บัญญัติว่าถึงบุคคลผู้มีสิทธิเป็นทายาทในการรับมรดกไว้ ๒ ประเภท ได้แก่ ทายาทที่มีสิทธิตามกฎหมาย เรียกว่า “ทายาทโดยธรรม” และทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรม เรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม” ตามมาตรา ๑๖๐๓^๕ ซึ่งผู้รับพินัยกรรมถือเป็นทายาทที่มีสิทธิในการรับมรดกได้ก่อนทายาทโดยธรรม เพราะถือเป็นทายาทที่ถูกระบุไว้โดยการแสดงเจตนาของเจ้ามรดกไว้ก่อนตายโดยพินัยกรรม ซึ่งทายาทโดยธรรมจะมีสิทธิรับมรดกได้เมื่อไม่มีพินัยกรรม หรือมีพินัยกรรมแต่ไม่มีผลบังคับ หรือพินัยกรรมนั้นจำหน่ายทรัพย์สินหรือมีผลบังคับได้แต่เพียงบางส่วนแห่งทรัพย์สินมรดก คือ ยังมี

^๓ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๕๔ พินัยกรรมนั้น จะทำเป็นเอกสารฝ่ายเมืองก็ได้ กล่าวคือ

(๑) ผู้ทำพินัยกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน

(๒) กรรมการอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง

(๓) เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานทราบแน่ชัดว่า ข้อความที่กรรมการอำเภอจดนั้นเป็นการถูกต้องตรงกันกับที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้แล้ว ให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

(๔) ข้อความที่กรรมการอำเภอจดไว้นั้น ให้กรรมการอำเภอลงลายมือชื่อและลง วัน เดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็นสำคัญว่า พินัยกรรมนั้นได้ทำขึ้นถูกต้องตามบทบัญญัติอนุมาตรา ๑ ถึง ๓ ข้างต้น แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ

การชุลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรม พยาน และกรรมการอำเภอจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้

^๔ มาตรา ๑๗๐๕ พินัยกรรมหรือข้อกำหนดพินัยกรรมนั้น ถ้าได้ทำขึ้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งมาตรา ๑๖๕๒, ๑๖๕๓, ๑๖๕๖, ๑๖๕๗, ๑๖๕๘, ๑๖๖๐, ๑๖๖๑ หรือ ๑๖๖๓ ย่อมเป็นโมฆะ

^๕ มาตรา ๑๖๐๓ กองมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายหรือโดยพินัยกรรม

ทายาทที่มีสิทธิตามกฎหมาย เรียกว่า “ทายาทโดยธรรม”

ทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรม เรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม”

ทรัพย์นอกพินัยกรรมเหลืออยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๒๐^๕

บุคคลธรรมดาประสงค์จะทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุครบสิบห้าปีบริบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๕^๖ ซึ่งรูปแบบการทำพินัยกรรมนั้น เจ้ามรดกสามารถเลือกทำให้รูปแบบใดก็ได้ตามที่ตนประสงค์ เช่น พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ หรือพินัยกรรมแบบธรรมดา หรือพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง เป็นต้น สำหรับพินัยกรรมที่เป็นที่น่าเชื่อถือแบบหนึ่งคือ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง เพราะพินัยกรรมรูปแบบนี้ผู้ทำพินัยกรรมคือเจ้ามรดกต้องมีการแสดงเจตนาต่อกรรมการอำเภอต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน

กรรมการอำเภอ หมายถึง เจ้าหน้าที่รัฐตำแหน่งหน้าที่ใด ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.๒๕๓๔ มาตรา ๖๒ วรรคสามบัญญัติว่าบรรดาอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับราชการของกรรมการอำเภอหรือนายอำเภอซึ่งกฎหมายกำหนดให้กรรมการอำเภอและนายอำเภอมีอยู่ให้โอนไปเป็นอำนาจและหน้าที่ของนายอำเภอ

ดังนั้น หากผู้ทำพินัยกรรมต้องการทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองในต่างจังหวัด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ดำเนินการให้คือ นายอำเภอ และหากประสงค์จะทำในเขตกรุงเทพมหานคร กรรมการอำเภอ หมายถึง ผู้อำนวยการเขต ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.๒๕๒๔ มาตรา ๖๙^๗

ประเด็นข้อกฎหมาย ในกรณีหากมีการทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีใช้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตที่มีอำนาจหน้าที่แล้ว พินัยกรรมมีผลอย่างไร พินัยกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ เพราะได้ทำขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๑๖๕๔ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๗๐๕ ทั้งนี้คำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๑๕/๒๕๔๑
พินัยกรรมซึ่งทำตามแบบเอกสารฝ่ายเมืองแต่เสมือนเป็นผู้เขียน ทั้งการขีดฆ่าและตกเติมก็มีแต่ลายมือเสมือนอำเภอผู้นั้นรับรองแต่ผู้เดียว เสมือนอำเภอไม่ใช่กรรมการอำเภอ พินัยกรรมจึงตกเป็นโมฆะ

^๕ มาตรา ๑๖๒๐ ถ้าผู้ใดตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้หรือทำพินัยกรรมไว้แต่ไม่มีผลบังคับได้ ให้ปันทรัพย์มรดกทั้งหมดแก่ทายาทโดยธรรมของผู้ตายนั้นตามกฎหมาย

ถ้าผู้ใดตายโดยได้ทำพินัยกรรมไว้ แต่พินัยกรรมนั้นจำหน่ายทรัพย์หรือมีผลบังคับได้แต่เพียงบางส่วนแห่งทรัพย์มรดก ให้ปันส่วนที่มีจำหน่ายโดยพินัยกรรม หรือส่วนที่พินัยกรรมไม่มีผลบังคับให้แก่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย

^๖ มาตรา ๒๕ ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุสิบห้าปีบริบูรณ์

^๗ มาตรา ๖๙ ให้ผู้อำนวยการเขตมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของนายอำเภอ เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

(๒) อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้อำนวยการเขต

(๓) อำนาจหน้าที่ซึ่งผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร หรือปลัดกรุงเทพมหานครมอบหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๑๒/๒๕๑๕
ปลัดอำเภอเพียงแต่ทำงานแทนนายอำเภอโดยคำสั่งด้วยวาจาไม่เป็นผู้รักษาการแทนนายอำเภอตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ไม่มีอำนาจทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมนี้จึงตกเป็นโมฆะ

สรุปได้ว่า พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจดำเนินการรับทำพินัยกรรมนั้นคือ นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขต หากมีการทำพินัยกรรมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่มีอำนาจหน้าที่พินัยกรรมนั้นตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๐๕

ประเด็นข้อกฎหมาย ในกรณีหากนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ สามารถมอบหมายหน้าที่ดังกล่าวได้หรือไม่ สามารถมอบหมายหน้าที่ได้ในกรณีนี้

นายอำเภอไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ ให้นายอำเภอแต่งตั้งปลัดอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้รักษาราชการแทนตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.๒๕๓๔ มาตรา ๖๔ หรือในกรณีผู้อำนวยการเขตไม่อาจปฏิบัติราชการได้ให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้ามีผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตหลายคน ให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้าไม่มีผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้ปลัดกรุงเทพมหานครแต่งตั้งผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากองหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าคนใดคนหนึ่ง เป็นผู้รักษาราชการแทนตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๔ มาตรา ๘๕ ทั้งนี้ มีคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

“ มาตรา ๖๔ ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนายอำเภอ ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งปลัดอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้รักษาราชการแทน

ถ้ามีผู้ดำรงตำแหน่งนายอำเภอ แต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้นายอำเภอแต่งตั้งปลัดอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้รักษาราชการแทน

ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอมิได้แต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนไว้ตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้ปลัดอำเภอหรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้รักษาราชการแทน

“ มาตรา ๘๕ ในกรณีที่มีผู้ช่วยผู้อำนวยการเขต การสั่งหรือการปฏิบัติราชการของผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตให้เป็นไปตามที่ผู้อำนวยการเขตมีคำสั่งมอบหมาย

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการเขตหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้ามีผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตหลายคน ให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้าไม่มีผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้ปลัดกรุงเทพมหานครแต่งตั้งผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากองหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าคนใดคนหนึ่ง เป็นผู้รักษาราชการแทน

อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่ผู้อำนวยการเขตจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น ผู้อำนวยการเขตจะมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการเขตหรือหัวหน้าส่วนราชการของสำนักงานเขตปฏิบัติราชการแทนผู้อำนวยการเขตก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๔๑-๔๔๒/๒๕๐๘
ปลัดอำเภอได้รับมอบหมายจากนายอำเภอให้เป็น
ผู้มีอำนาจหน้าที่ทำพินัยกรรมนอกสถานที่แทน
นายอำเภอเช่นนี้ย่อมมีอำนาจทำพินัยกรรมแบบ
เอกสารฝ่ายเมืองนอกสถานที่ได้

ปัญหาคิดว่า หากพินัยกรรมแบบ
เอกสารฝ่ายเมืองตกเป็นโมฆะอันเป็นผลสืบเนื่อง
มาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการ
ไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา ๑๖๕๘ ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็คือ
ผู้รับพินัยกรรมที่เสียสิทธิจะได้รับมรดกตามพินัยกรรม
เพราะพินัยกรรมตกเป็นโมฆะ ดังนี้ ใครจะต้องเป็น
ผู้รับผิดชอบต่อผู้รับพินัยกรรม เคยมีคดีฟ้องร้อง
ต่อศาลปกครองในประเด็นเกี่ยวกับการทำพินัยกรรม
แบบเอกสารฝ่ายเมือง โดยมีข้อเท็จจริงว่า เจ้ามรดก
ได้แสดงเจตนาต่อกรมการอำเภอเพื่อทำพินัยกรรม
แบบเอกสารฝ่ายเมือง ปรากฏว่าด้วยความประมาท
ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับทำพินัยกรรมลืมหืม
เจ้ามรดกลงลายมือชื่อในพินัยกรรมมาทราบภายหลัง
จากเจ้ามรดกตาย ทำให้พินัยกรรมดังกล่าวต้องตก
เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา ๑๗๐๕ ทำให้ผู้รับพินัยกรรมหมดสิทธิใน
มรดกที่ตนควรจะได้รับพินัยกรรม มรดกทั้งหมด
จึงตกเป็นของทายาทโดยธรรม จนในที่สุดศาล
ปกครองสูงสุดได้มีพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่
อ.๒๑๔/๒๕๕๐ ให้กรมการปกครองในฐานะหน่วยงาน
ของรัฐต้นสังกัดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทาละเมิด
ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

คดีมีประเด็นที่น่าสนใจตามคำพิพากษาของ
ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การที่พินัยกรรม

ของนางอึ้งตงเป็นโมฆะถือว่าเป็นการกระทำละเมิด
ต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองหรือไม่ และหากเป็นละเมิดผล
แห่งการละเมิดดังกล่าวยังคงมีอยู่อันทำให้ผู้ถูกฟ้อง
คดีที่ ๑ จะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายเพียงใด
หรือไม่

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า “ในการทำ
พินัยกรรมของบุคคลนั้น ประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์บรรพ ๖ ว่าด้วยมรดก ลักษณะ ๓
หมวด ๒ ได้กำหนดแบบในการทำพินัยกรรมไว้
หลายแบบ เช่น แบบธรรมดาทั่วไปตามมาตรา
๑๖๕๖ แบบเขียนเองทั้งฉบับตามมาตรา ๑๖๕๗
แบบเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา ๑๖๕๘ หรือ
แบบเอกสารลับตามมาตรา ๑๖๖๐ เป็นต้น ทั้งนี้
เพื่อให้ผู้ทำพินัยกรรมสามารถเลือกทำได้ตาม
ความประสงค์ของตนและเหมาะสมกับความรู้
ความเข้าใจของแต่ละคนหรือตามสถานการณ์
ในขณะนั้น สำหรับพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่าย
เมืองตามมาตรา ๑๖๕๘ วรรคหนึ่งแห่งประมวล
กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดรูปแบบแห่งการทำ
พินัยกรรมเอาไว้ว่า (๑) ผู้ทำพินัยกรรมต้องไป
แจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ใน
พินัยกรรมของตน แก่กรมการอำเภอต่อหน้า
พยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน (๒) กรม
การอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้ง
ให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำ
พินัยกรรมและพยานฟัง (๔) ข้อความที่กรมการ
อำเภอจดไว้ให้นั้น ให้กรมการอำเภอลงลายมือชื่อ
และลงวัน เดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็น
สำคัญว่าพินัยกรรมนั้นได้ทำขึ้นถูกต้องตามบท
บัญญัติอนุมาตรา (๑) ถึง (๓) ข้างต้น แล้ว
ประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญจากบทบัญญัติ

ดังกล่าวถึงเห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายในการทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองได้ว่าเป็นกรณีที่รัฐได้กำหนดหน้าที่และประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ นายอำเภอซึ่งมีความรู้ความเข้าใจกฎหมายในเรื่องดังกล่าวดีพอสมควรเป็นผู้ดำเนินการทำพินัยกรรมให้ เพื่อมุ่งให้พินัยกรรมนั้นมีความถูกต้องครบถ้วน และสมบูรณ์มีผลบังคับได้ตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำพินัยกรรมที่จะต้องตรวจสอบความถูกต้องสมบูรณ์ของพินัยกรรมที่ตนได้ดำเนินการจัดทำให้กับผู้ที่มาร้องขอให้ดำเนินการว่ามีรายการครบถ้วนสมบูรณ์ตามที่มาตรา ๑๖๕๔ วรรคหนึ่ง (๑) ถึง (๓) กำหนดไว้หรือไม่ ก่อนที่ตนจะลงนามและประทับตราประจำตำแหน่งในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้ทำพินัยกรรมตามที่มาตรา ๑๖๕๔ วรรคหนึ่ง (๔) ได้กำหนดไว้ การที่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏนายไพศิษฐ์ปลัดอำเภอรักษาราชการแทนนายอำเภอหันคาผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองให้กับนางอึ้งเมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๔๒ แล้วเก็บรักษาพินัยกรรมนั้นไว้ ทั้งที่นางอึ้งยังไม่ได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรม โดยไม่ได้ตรวจสอบก่อนที่ตนจะลงลายมือชื่อและประทับตราประจำตำแหน่งในพินัยกรรมนั้นให้ละเอียดถี่ถ้วนว่า

นางอึ้งผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่อแล้วหรือไม่ เป็นผลให้พินัยกรรมดังกล่าวเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการทำโดยประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับความเสียหาย โดยไม่ได้รับที่ดินตามที่ระบุไว้ในพินัยกรรม จึงเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้”

คดีนี้จบโดยศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้ กรมการปกครองในฐานะหน่วยงานของรัฐ ต้นสังกัดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เดือดร้อนเสียหายที่ไม่อาจเป็นผู้รับพินัยกรรมได้เนื่องจากพินัยกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙^{๙๐} เมื่อกรมการปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เดือดร้อนเสียหายแล้วก็สามารถไล่เบี้ยเรียกเงินทั้งคืนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำละเมิดได้ตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙^{๙๑} ซึ่งคดีนี้ค่าสินไหมทดแทนที่ต้องจ่ายเป็นเงินจำนวน

^{๙๐} มาตรา ๕ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิด ที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานรัฐดังกล่าวโดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานรัฐแต่ใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

^{๙๑} มาตรา ๘ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อร้ายแรง

ไม่สูงมากนัก เพราะเหตุว่าผู้รับพินัยกรรมที่เป็นผู้ฟ้องคดีทั้งสองนั้นมิฐานะเป็นทายาทโดยธรรม ถึงแม้ว่าพินัยกรรมจะตกเป็นโมฆะทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมิฐานะเป็นผู้รับพินัยกรรมก็ตาม ก็ยังมีสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม เนื่องจากกรณีดังกล่าวเมื่อไม่มีพินัยกรรมมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองแทนที่จะได้รับมรดกตามพินัยกรรมกลับต้องมาแบ่งมรดกกับทายาทโดยธรรมคนอื่น ๆ ทำให้ได้รับมรดกน้อยลง

แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีทั้งสองรายนี้เป็นบุคคลภายนอกมิใช่ทายาทโดยธรรมของเจ้ามรดก เมื่อพินัยกรรมตกเป็นโมฆะย่อมไม่มีสิทธิรับมรดกเลย ซึ่งหากมูลค่าของทรัพย์สินมรดกที่จะได้รับมีราคาเป็นหลักสิบหลักร้อยล้าน หน่วยงานของรัฐต้นสังกัดก็ต้องรับผิดชอบไปด้วย แต่เพราะความประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่รัฐผู้ทำพินัยกรรมที่ไม่ตรวจสอบความสมบูรณ์ให้เสียก่อน

บทสรุป

พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองถือเป็นพินัยกรรมที่มีความน่าเชื่อถือแบบหนึ่งที่เหมาะสมสำหรับผู้ที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจที่จะทำพินัยกรรมขึ้นเอง หรือผู้ที่ต้องการทำพินัยกรรมอย่างเป็นทางการ เพราะพินัยกรรมแบบดังกล่าวนี้ผู้ประสงค์

จะทำพินัยกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมแก่นายอำเภอหรือผู้ว่าการเขตหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน โดยนายอำเภอหรือผู้ว่าการเขตหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานทราบแน่ชัดว่าข้อความที่นายอำเภอหรือผู้ว่าการเขตหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนจดไว้ นั้น เป็นการถูกต้องตรงกัน กับที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้แล้วให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ และข้อความที่นายอำเภอหรือผู้ว่าการเขตหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนจดไว้ นั้น ให้ลงลายมือชื่อ และลงวัน เดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็นสำคัญว่าพินัยกรรมนั้นได้ทำขึ้นถูกต้อง แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ ซึ่งพินัยกรรมดังกล่าวทางอำเภอหรือเขตจะเป็นผู้เก็บรักษาไว้ให้ โดยจะเปิดเผยแก่บุคคลอื่นใดไม่ได้ในระหว่างที่ผู้ทำพินัยกรรมยังมีชีวิตอยู่

ซึ่งโดยที่เจตนารมณ์ของกฎหมายในการทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองนี้ ประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ นายอำเภอหรือผู้ว่าการเขตหรือผู้ปฏิบัติราชการแทน ซึ่งมีความรู้ความ

สิทธิเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ใช้เต็มจำนวนความเสียหายก็ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น

เข้าใจกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นผู้ดำเนินการทำ
พินัยกรรมให้ ทั้งนี้เพื่อมุ่งให้พินัยกรรมมีความถูก
ต้องสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ตามเจตนาของผู้ทำ
พินัยกรรม ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่
ในการรับทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง
ประมาทเลินเล่อละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย
กำหนดให้ต้องปฏิบัตินั้น ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิ
ของผู้รับพินัยกรรมในอันที่ทำให้ผู้รับพินัยกรรมนั้น

หมดสิทธิที่จะได้รับมรดกของเจ้ามรดก เพราะ
พินัยกรรมตกเป็นโมฆะ และหากว่าผู้รับพินัยกรรม
นั้นบุคคลที่มีได้มีความเกี่ยวพันในฐานะของคู่สมรส
หรือญาติแล้ว ย่อมได้รับความเสียหายอย่างมาก
กล่าวคือ ทำให้ไม่มีสิทธิใด ๆ ในมรดกเลย แต่ถ้า
ผู้รับพินัยกรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกับเจ้ามรดกใน
ฐานะของคู่สมรสหรือญาติแล้ว ก็ยังมีสิทธิรับมรดก
ได้ในฐานะทายาทโดยธรรมต่อไป



บรรณานุกรม

- โชค จารุจินดา. (๒๕๓๐) คำบรรยายกฎหมายลักษณะมรดก. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด แสดงจันทร์การพิมพ์.
- เฉลิมชัย เกษมสันต์. (๒๕๕๓) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (พิมพ์ครั้งที่ ๕. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).
- มานิตย์ จุมปา. (๒๕๔๘) คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ประกาศน์ อวยชัย. (๒๕๒๙) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก พร้อมด้วยย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๘ ถึง พ.ศ.๒๕๒๘. กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์.
- อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. (๒๕๔๖) คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มรดก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (๒๕๕๖) “ห้องสมุดกฎหมาย”. [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.krisdika.go.th/wps/portal/general> (๑๕ มิถุนายน ๒๕๕๖)
- ครบเครื่องคดีปกครอง. (๒๕๕๖) “พินัย “กรรม” จำ จน ตาย”. [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=๙๕๕๐๐๐๐๑๐๒๑๕๒> (๑๕/ มีนาคม ๒๕๕๖)
- เอกสารประกอบการบรรยาย (๒๕๕๔) หลักสูตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองตามมาตรฐานที่ ก.ศป.รับรอง รุ่นที่ ๒ : มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง



การควบคุมการลงมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ให้เป็นไปตามหลัก “ความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา” Controlling about the Member of the House of Representatives’ voting to comply with the principle of “Free Mandate”

ทวนชัย โชติช่วง*

บทคัดย่อ

สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ มีกระบวนการที่จะให้เป็นไปตามอำนาจดังกล่าวคือ การลงมติ ซึ่งจากข้อเท็จจริงการกดบัตรลงมติแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทำให้ต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการควบคุมการลงมติของสภาผู้แทนราษฎรเป็นไปตามหลัก “ความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา” ที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อ ๗๒ วรรคท้าย มีการบัญญัติว่า “การออกเสียงลงคะแนนจะกระทำแทนกันมิได้” ซึ่งเป็นการบัญญัติมาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา หรือหลัก Free Man Date เท่ากับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภาที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน สำหรับในส่วนการสอบสวน และการลงโทษ ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ไม่ได้มีการบัญญัติโทษไว้โดยตรง แต่ให้มีการนำข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมาธิการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาบังคับใช้โดยอนุโลม โดยจะมีการตั้งคณะกรรมการที่เรียกว่า “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร” มาเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริง และทำการพิจารณาโทษแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งผู้เขียนมองว่าขั้นตอนการคัดสรรแต่งตั้งกรรมการจริยธรรมฯ ที่มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรมีความไม่เหมาะสม ถ้ารัฐสภาตกอยู่ในสภาวะการณ์ที่ฝ่ายรัฐบาลมีอำนาจกุมเสียงส่วนใหญ่ในสภา และการลงโทษก็ไม่เหมาะสมกับหลักความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภาที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีการบัญญัติบทลงโทษในส่วนข้อบังคับ

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

การประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ไว้โดยตรง และคณะกรรมการที่จะพิจารณาสอบสวนต้องไม่เป็น
ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในข้อเท็จจริงดังกล่าว

คำสำคัญ : สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา การลงมติ

Abstract

The House of Representatives is the organization which uses the legislative power by using such power through voting. According to the facts that there was a Member of House of Representatives inserted and voted by using a card of other Members. Therefore, it is necessary to study whether or not the controlling principle of the voting of the House of Representative is in accordance with the rule, "Free Mandate", which has been recognized and reflected in the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550. According to a study found that the last paragraph of Article 72 of the Rules of Procedure of the House of Representatives Conference B.E. 2551 states that "Voting shall not be acted for each other". This Article is in accordance with the principle of freedom of the Members of the Parliament or Free Mandate principle. Therefore, voting by using other member's voting card shall conflict with Free Mandate which has been recognized under the Constitution and such Member shall be investigated and punished in accordance with The Rules of Code of Ethics for the Members of House of Representatives and Committees B.E.2553. Provided that there will appoint a committee called "A House of Representative Ethics Committee" to consider and investigate the facts and decide what penalty such wrongdoer should be punished. In writer's view, the appointing procedures of Ethics Committee are not transparency, due to the situation familiar with "Holding of Majority Vote condition". Moreover, there are conflicting of penalty and Free Mandate principle with the Constitution Law. Therefore, must directly apply the penalty for the wrongdoer in accordance with Rules of Procedure of the House of Representative Conference B.E.2551, and Ethics Committee shall not be an interested person or have been part of the cases.

บทนำ

สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่หลัก ๒ ประการ คือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติ โดยสภาผู้แทนราษฎรมีหน้าที่ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ และหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบและวิพากษ์วิจารณ์การบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล^๑ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การพิจารณาอนุมัติพระราชกำหนด และการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น จะเห็นได้ว่าในแต่ละอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรสิ่งที่จะทำให้บรรลุตรงตามเจตนารมณ์ได้ คือ การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ส่วนใหญ่การประชุมของสภาผู้แทนราษฎรก็จำเป็นต้องมีการลงมติ เช่น การลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี การลงมติรับหลักการหรือไม่รับหลักการในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติต่างๆ หรือในการลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในวาระ ๓ ของการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นๆ เป็นต้น ซึ่งคำว่า “ลงมติ” หมายถึง การตัดสินใจชี้ขาดร่วมกันของสมาชิกสภาเพื่อหาข้อยุติในประเด็นปัญหา หรือเรื่องที่สภาได้ทำการพิจารณาและอภิปรายเสร็จสิ้นแล้ว ถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการพิจารณาและปรึกษาของสภา ก่อนที่องค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะนำไปปฏิบัติหรือดำเนินการในขั้นต่อไป ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมสภา การลง

มตินี้ว่านี้ กระทำโดยการออกเสียงลงคะแนนอย่างที่ภาษาอังกฤษ เรียกว่า โหวต (Vote) นั่นเอง”^๒ และการลงมติควรที่จะต้องมีการกลไกในการควบคุมการลงมติให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงควรที่จะศึกษาถึงกลไกและวิธีการในการควบคุมการลงมติเพื่อพิจารณาว่าประเทศไทยในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดที่เป็นการควบคุมการลงมติในสภาผู้แทนราษฎร และในฐานะที่สภาผู้แทนราษฎรเป็นสภาที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน เป็นตัวแทนของประชาชน เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในส่วนของผู้แทนนิติบัญญัติด้วยแล้ว จึงควรที่จะศึกษาว่า กฎเกณฑ์การควบคุมดังกล่าวสามารถที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหากศึกษาพบว่าไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่ไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้ก็ควรที่จะมีการแก้ไขในส่วนที่เป็นปัญหานั้นต่อไป

เนื้อเรื่อง

จากข้อเท็จจริงกรณีที่มีการกดบัตรลงคะแนนเสียงแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเกิดขึ้นในช่วงกลางปีที่ผ่านมา มีประเด็นที่น่าวิเคราะห์ว่า การกดบัตรแทนกันหรือการลงมติแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีกฎหมายหรือบทบัญญัติใดห้ามไว้หรือไม่ และมีการกำหนดบทลงโทษไว้เพียงใด ตลอดจนบทลงโทษดังกล่าวนั้น

^๑ วิษณุชัย ธรรมประดิษฐ์ “สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. ๒๕๕๐) หมวดองค์กรทางการเมือง เรื่อง ๒. สภาผู้แทนราษฎร” พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ :องค์กรการค้าของคุรุสภา, ๒๕๕๕) หน้า ๒.

^๒ คณิน บุญสุวรรณ “ภาษาสภา” พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ :เอมมีเอ็นเตอร์ไพรส์ จำกัด, ๒๕๕๕) หน้า ๓๙.

มีความเหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นหรือไม่ ที่สำคัญการกดบัตรลงคะแนนเสี่ยงแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่อะไร แต่กลับมีการปฏิบัติสืบกันมาในรัฐบาลหลายสมัย ซึ่งในบางครั้งหากมีการปล่อยปละละเลยหรือเพิกเฉยต่อการกระทำดังกล่าวแล้ว ก็อาจจะกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่ควรเป็นอย่างยิ่ง และหากพิจารณาอย่างละเอียดแล้ว การกระทำดังกล่าวอาจขัดกับหลักความเป็นอิสระของสมาชิกสภา (Free Mandate) ในฐานะที่เป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ต้องไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมาย หรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย^๓ ที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐

การกดบัตรลงมติแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ และมีบทลงโทษอย่างไร

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีของการกดบัตรแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนี้ จะเห็นได้ว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยกันอยู่หลายบทหลายมาตรา ดังจะอธิบายต่อไปนี้

^๓ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒ “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมาย หรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์”

^๔ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๓๔ “สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจตราข้อบังคับการประชุมเกี่ยวกับการเลือกและการปฏิบัติหน้าที่ของประธานสภา รองประธานสภา เรื่องกิจการอันเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสามัญแต่ละชุด การปฏิบัติหน้าที่และองค์ประชุมของคณะกรรมการธิการ วิธีการประชุมการเสนอและพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ การเสนอญัตติการปรึกษา การอภิปราย การลงมติ การบันทึกการลงมติ การเปิดเผยการลงมติ การตั้งกระทู้ถามการเปิดอภิปรายทั่วไป การรักษาระเบียบและความเรียบร้อย และการอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งอำนาจตราข้อบังคับเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมของสมาชิกและกรรมการและกิจการอื่นเพื่อดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช ๒๕๕๐

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยแล้ว ไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงในส่วนของข้อปฏิบัติในการประชุมรัฐสภา หรือการลงมติในที่ประชุมรัฐสภา ซึ่งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้ให้อำนาจแต่ละสภา (สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา) ในการตราข้อบังคับการประชุมเป็นของตนเอง เกี่ยวกับการเลือก การปฏิบัติหน้าที่ของประธานสภา รองประธานสภา เรื่องหรือกิจการอันเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสามัญแต่ละชุด การปฏิบัติหน้าที่และองค์ประชุมของคณะกรรมการธิการ วิธีการประชุมการเสนอและพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ การเสนอญัตติการปรึกษา การอภิปราย การลงมติ การบันทึกการลงมติ การเปิดเผยการลงมติ การตั้งกระทู้ถามการเปิดอภิปรายทั่วไป การรักษาระเบียบและความเรียบร้อย และการอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีอำนาจตราข้อบังคับเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมของสมาชิกและกรรมการ และกิจการอื่นเพื่อดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้^๔ กล่าวคือในแต่ละสภาสามารถที่จะตราข้อบังคับการประชุมของแต่ละสภาได้โดยเป็นการตราข้อ

บังคับการประชุมในเรื่องดังกล่าวข้างต้น และแต่ละสภาที่ใช้ข้อบังคับการประชุมนั้นเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในการประชุมสภาของตนซึ่งรวมไปถึงการลงมติด้วย

สภาผู้แทนราษฎรมีการตราข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ และข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมาธิการ พ.ศ. ๒๕๕๓ และในส่วนของวุฒิสภามีการตราข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกวุฒิสภาและกรรมาธิการ พ.ศ. ๒๕๕๓ และมีกฎหมายที่ทั้งสองสภาใช้ร่วมกันในการประชุมรัฐสภา คือ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๓ ที่ออกตามความในมาตรา ๑๓๖(๘) และ มาตรา ๑๓๗ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาให้ใช้ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ในระหว่างที่ยังไม่มีข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ให้ใช้ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรโดยอนุโลมไปพลางก่อน^๔

จากที่กล่าวมาข้างต้น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นไม่ได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ และวิธีการปฏิบัติในเรื่องของการประชุมรัฐสภาไว้โดยตรง แต่ให้อำนาจแต่ละสภาสามารถออกข้อบังคับประชุมสภาของตนเพื่อให้ใช้เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติในการประชุมของ

แต่ละสภา ซึ่งรวมถึงข้อปฏิบัติในการลงมติด้วย ดังนั้นในเรื่องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกดบัตรแทนกัน จึงต้องไปดูกฎหมายในส่วนของข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑

๒. ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑

แต่ละสภามีอำนาจในการออกข้อบังคับการประชุมและอื่น ๆ เกี่ยวกับงานการของสภานั้น ๆ ที่กล่าวว่า สภานิติบัญญัติมีอำนาจเต็มในการออกข้อบังคับของตน เพื่อเป็นการแสดงถึงความเป็นอิสระของแต่ละสภาซึ่งไม่ขึ้นแก่กัน และแสดงถึงความเป็นอิสระของสภาต่อรัฐบาลด้วย^๕ โดยถ้าเป็นสภาผู้แทนราษฎรก็มีอำนาจในการตราข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการเลือก การปฏิบัติหน้าที่ของประธาน/รองประธานสภา ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ตลอดจนการอภิปราย การตั้งกระทู้ถาม และการลงมติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่ใช้บังคับในปัจจุบันคือ ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑

ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงในข้อ ๗๒ วรรคท้าย บัญญัติว่า “การออกเสียงลงคะแนนจะกระทำแทนกันได้”^๖ กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญ

^๔ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๓๖ “ในกรณีต่อไปนี้ ให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน (๘) การตราข้อบังคับการประชุมรัฐสภาตามมาตรา ๑๓๗” มาตรา ๑๓๗ “ในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาให้ใช้ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ในระหว่างที่ยังไม่มีข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ให้ใช้ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรโดยอนุโลมไปพลางก่อน”

^๖ มนตรี รูปสุวรรณ “กฎหมายรัฐสภา” พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๙) หน้า ๑๔๙.

^๗ ดู ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อ ๗๒ วรรคท้าย

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๖
วรรคสอง บัญญัติว่า “สมาชิกคนหนึ่งย่อมมีเสียง
หนึ่งในการออกเสียงลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียง
เท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มอีกเสียง
หนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ใน
กรณีที่รัฐสภาจะต้องมีการลงมติของสภาแล้วสมาชิก
รัฐสภานั้นจะมีคะแนนเสียงในการลงมติคนละหนึ่ง
เสียง และหากในการลงมติใดแล้วปรากฏว่ามี
คะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานรัฐสภา หรือที่ได้รับ
หน้าที่เป็นประธานในขณะนั้นออกเสียงอีกหนึ่งเสียง
เป็นเสียงชี้ขาด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ในข้อบังคับ
การประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ในข้อ ๗๒
วรรคท้ายที่ว่า “การออกเสียงลงคะแนนจะกระทำ
แทนกันได้” นอกจากนี้ยังมีหลักความเป็นอิสระ
ของสมาชิกรัฐสภา (Free Mandate) ที่ได้มีการ
กำหนดให้สมาชิกรัฐสภา เป็นผู้แทนของปวงชน
ชาวไทย โดยไม่อยู่ภายใต้การผูกมัดหรืออาณัติ
มอบหมาย หรือความครอบงำใดๆ ที่เป็นหลักการ
ในการสนับสนุนข้อบังคับดังกล่าว ซึ่งหลักความ
เป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา (Free Mandate)
เป็นหลักการสำคัญสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ
ผู้แทนของประชาชน มติของพรรคการเมืองที่ให้
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิบัติ การมอบหมาย
หรือการครอบงำใด ๆ ต่อสมาชิกวุฒิสภา โดย
กำหนดให้สมาชิกต้องปฏิบัติตาม แต่ขัดต่อหลักการ
ตามมาตรานี้ ย่อมไม่มีผลบังคับ^๙

โดยสรุป ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทน
ราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน
ในข้อ ๗๒ วรรคท้าย ห้ามสมาชิกสภาผู้แทน
ราษฎรลงคะแนนเสียงแทนกัน ดังนั้น การที่สมาชิก
สภาผู้แทนราษฎรมีการกดบัตรลงมติแทนกันจึงถือ
ได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดตามข้อบังคับการประชุม
สภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ อย่างเห็นได้ชัด
อีกทั้งการกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อ
หลักความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา (Free
Mandate) ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ
มาตรา ๑๒๒ ที่สมาชิกรัฐสภาย่อมเป็นผู้แทนของ
ปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ
มอบหมาย หรือความครอบงำใดๆ ซึ่งแม้จะเป็น
การมอบหมายให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนอื่นๆ
กดบัตรลงมติแทนตนในประเด็นที่ตนเห็นความเห็น
ก็ตามแต่ ตัวอย่างเช่น ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
ท่านอื่นกดบัตรลงมติในประเด็นที่ตนเห็นชอบ แต่
การกดบัตรลงมติแทนกันก็เหมือนเป็นการมอบหมาย
ให้ผู้อื่นกระทำตาม ซึ่งผู้ที่กระทำแทนนั้นก็ถือได้ว่าเป็น
ผู้กระทำที่อยู่ภายใต้อาณัติหรือข้อผูกมัดของ
ผู้สั่งการอีกทีหนึ่ง เป็นการขัดต่อหลักความเป็นอิสระ
ของสมาชิกรัฐสภา โดยในทางหลักการดังกล่าว
แล้วผู้เขียนมองว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรควร
ที่จะมีการกระทำการลงมติดด้วยตนเอง และไม่อยู่
ภายใต้การมอบหมายของผู้ใด และการกดบัตรลง
มติแทนกันก็จะส่งผลกระทบไปถึงภาพลักษณ์วินัย

^๙ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๒๒ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔

^{๑๐} มานิตย์ จุมปา “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐” พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๓) หน้า ๒๔๔.

ในการเข้าร่วมประชุมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ที่ขาดการประชุมแล้วยังมีการให้ผู้อื่นลงมติแทนตน ในฐานะที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แทนของ ปวงชนชาวไทย และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยที่เป็นของปวงชนชาวไทยจึงเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง และอาจจะเชื่อมโยงไปถึงผลประโยชน์อื่นๆ ที่ผู้กระทำการ กดบัตรแทนกันได้รับ เช่น อาจจะมีการจ้างวานให้ มีการลงมติแทนกัน เพื่อไม่ให้สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรที่ขาดการประชุมเสียสิทธิในการลงคะแนน เป็นต้น

สำหรับในส่วนของการทลงโทษกรณีที่มีสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรกดบัตรแทนกัน ในข้อบังคับ การประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ นั้นไม่ได้ มีการระบุไว้ว่า หากเกิดกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรกดบัตรลงมติแทนกันแล้วนั้นต้องได้รับโทษ อย่างไรก็ดี แต่ทว่าในบทเฉพาะกาลของข้อบังคับ การประชุม ข้อที่ ๑๘๒^{๑๐} “ให้นำข้อบังคับว่าด้วย ประมวลจริยธรรมของสมาชิกและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๒ มาใช้บังคับกับสมาชิกและกรรมการ โดยอนุโลม จนกว่าจะได้มีการตราและประกาศใช้ ข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกและ กรรมการขึ้นใหม่” ซึ่งในขณะนี้ได้มีการตรา ข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่ง ตรารับบังคับใช้แทนข้อบังคับประมวลจริยธรรมของ สมาชิกและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๒

๓. ข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรม ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓

ในข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓ เป็นข้อบังคับที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้สมาชิก สภาผู้แทนราษฎรมีมาตรฐานทางจริยธรรมที่ต้อง อยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่าสมาชิกและกรรมการ จักต้องปฏิบัติตนอยู่ในกรอบจริยธรรม คุณธรรม และศีลธรรม ทั้งโดยส่วนตัวและหน้าที่ความรับ ผิดชอบต่อสาธารณชน และสามารถที่จะบังคับใช้ ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ในส่วนของการกดบัตรลงมติแทนกัน ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว หากมีการฉ้อ การโกงหรือเกิดเหตุการณ์กดบัตรแทนกัน ก็จะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาหนึ่งชุด เรียกว่า “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร” ซึ่ง ประกอบไปด้วย ๑) ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็น ประธานกรรมการ ๒) ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทน ราษฎร ๓) สมาชิกซึ่งเป็นตัวแทนของพรรคการเมือง ที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคน ๔) สมาชิกจำนวน ๔ คน จากพรรคการเมืองที่ สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดมิได้ดำรงตำแหน่ง รัฐมนตรีจำนวน ๒ คน และพรรคการเมืองที่ สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดได้ดำรงตำแหน่ง รัฐมนตรีจำนวน ๒ คน ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุม สภาผู้แทนราษฎร โดยอย่างน้อยต้องเป็นหญิง

^{๑๐} ดู ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อ ๑๘๒.

จำนวน ๒ คน และ ๕) ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่ง ประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่เกิน ๓ คน ซึ่งได้รับเลือกจากกรรมการตามข้อ ๑) ถึง ข้อ ๔)^{๙๑} คณะกรรมการจะเป็นกลไกในการควบคุมให้เป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมฯ โดยคณะกรรมการจะทำหน้าที่ในการพิจารณา สอบสวน วินิจฉัยคำร้องเรียน และลงโทษตามระเบียบแห่งข้อบังคับนี้^{๙๒} คณะกรรมการจะมีการพิจารณาและเมื่อคณะกรรมการได้มีการพิจารณาแล้วเห็นว่ามีพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักรับฟังได้ และที่ประชุม

คณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยว่าเป็นความผิดตามที่ ได้มีการร้องเรียนไว้แล้ว คณะกรรมการจึงมีอำนาจ ในการพิจารณาลงโทษได้ ซึ่งโทษที่จะลงนั้น ถ้าในกรณีที่คณะกรรมการมีมติว่าเป็นความผิด ไม่ร้ายแรงก็ให้ลงโทษโดยการตักเตือน คำறி ให้ขอโทษต่อที่ประชุมตามที่คณะกรรมการกำหนด หรือประณามให้เป็นที่ยับยั้ง แต่ถ้าในกรณีที่คณะกรรมการมีมติว่าเป็นความผิดร้ายแรง ให้ลงโทษ โดยการเสนอชื่อถอดถอนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามกฎหมายต่อไป^{๙๓}

^{๙๑} ดู ข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓

ข้อ ๓๔ “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร” ประกอบด้วย บุคคลดังต่อไปนี้

(๑) ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นประธานกรรมการ

(๒) ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร

(๓) ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่เกินสามคนซึ่งได้รับเลือกจากกรรมการตาม (๑) (๒) (๔) และ (๕)

(๔) สมาชิกซึ่งเป็นตัวแทนของพรรคการเมืองที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคน

(๕) สมาชิกจำนวนสี่คน จากพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวนสองคน และพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวนสองคน ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร โดยอย่างน้อยต้องเป็นหญิงจำนวนสองคน

ในการเลือกกรรมการตาม (๕) ให้เป็นไปตามที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรกำหนด ให้มีคณะกรรมการเลือกกรรมการคนหนึ่ง เป็นเลขานุการ

^{๙๒} ดู ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓

ข้อ ๓๖ “คณะกรรมการมีอำนาจดังต่อไปนี้ (๓) พิจารณา สอบสวน วินิจฉัยคำร้องเรียนและลงโทษตามระเบียบแห่งข้อ บังคับนี้”

^{๙๓} ดู ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓

ข้อ ๓๔ “ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักรับฟังได้ และที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัย ว่า สมาชิกหรือกรรมการผู้ใดฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้อใดให้คณะกรรมการมีอำนาจที่จะพิจารณาลงโทษสมาชิกหรือ กรรมการผู้นั้น

ในกรณีที่คณะกรรมการมีมติว่าเป็นความผิดไม่ร้ายแรง ให้ลงโทษโดยการตักเตือน คำறி ให้ขอโทษต่อที่ประชุมตามที่ คณะกรรมการกำหนด หรือประณามให้เป็นที่ยับยั้ง

ในกรณีที่คณะกรรมการมีมติว่าเป็นความผิดร้ายแรง ให้ลงโทษโดยการเสนอชื่อถอดถอนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตาม กฎหมายต่อไป

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการถือเป็นที่สุด และให้รายงานต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อทราบ”

หากพิจารณาในบทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าตัวกลไกสำคัญในการควบคุมให้การลงมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นไปตามหลักการความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา หรือหลัก FREE MAN DATE ที่ได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้สมกับฐานะที่ได้เป็นตัวแทนของปวงชนชาวไทย ไม่อยู่ภายใต้อาณัติความมอบหมายใด ๆ นั้น ได้แก่ ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๓ ในข้อ ๗๒ วรรคท้ายที่ว่า “การออกเสียงจะกระทำแทนกันมิได้” ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนหรือออกเสียงลงคะแนนแทนกันแล้วในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรก็ให้มีการนำข้อบังคับว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาบังคับใช้โดยจะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริง คือ “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร” แต่ประเด็นที่น่าพิจารณาคือ คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎรที่ตั้งขึ้นมานี้มีความสามารถที่จะควบคุมให้การลงมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นมีประสิทธิภาพ และเป็นไปตามหลักการความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภามากน้อยแค่ไหน

การควบคุมการลงมติให้เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภาโดย “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร”

จากข้อบังคับว่าด้วยว่าด้วยประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓ ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการเพื่อบำบัดและควบคุมให้เป็นไปตามข้อบังคับซึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร” รวมถึงการควบคุมเรื่องการลงมติแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวด้วย เมื่อพิจารณาจากการลงโทษตามข้อบังคับแล้ว จะเห็นได้ว่าถ้าคณะกรรมการได้มีการพิจารณาสอบสวนแล้วพบว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่หากว่าเมื่อคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าในความผิดดังกล่าวไม่มีความผิดร้ายแรง ก็ให้มีการลงโทษโดยการตักเตือน ตาหนิ หรือให้ขอโทษต่อที่ประชุมตามที่กรรมการกำหนด หรือประณามให้เป็นที่ประจักษ์ แต่ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความผิดที่ร้ายแรง ก็ให้มีการลงโทษด้วยการเสนอชื่อถอดถอนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินต่อไป^{๙๔}

^{๙๔} ดู ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓, เพ็งอ่างเชิงอรุณที่แล้ว

ในทัศนะของผู้เขียนมองว่า ข้อบังคับดังกล่าวไม่สามารถที่จะมีการใช้บังคับได้ เนื่องจากในข้อบังคับเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการที่เรียกว่า “คณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร” เป็นการให้อำนาจพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงอยู่ที่คณะบุคคล โดยคณะบุคคลต้องประกอบไปด้วย ๑) ประธานสภาผู้แทนราษฎร ๒) ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ๓) สมาชิกซึ่งเป็นตัวแทนของพรรคการเมืองที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคน ๔) สมาชิกจำนวน ๔ คน จากพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวน ๒ คน และพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวน ๒ คน ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร โดยอย่างน้อยต้องเป็นหญิงจำนวน ๒ คน และ ๕) ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่เกิน ๓ คน ซึ่งได้รับเลือกจากกรรมการตามข้อ ๑) ถึง ข้อ ๔)^{๙๔} ถึงแม้ว่านับรวมองค์คณะกรรมการแล้วจะมีหลายท่าน และดูว่าอาจจะมีความยุติธรรมในสัดส่วนของคณะกรรมการที่บอกว่า สมาชิกซึ่งเป็นตัวแทนของพรรคการเมืองที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคน^{๙๕} แต่เมื่อพิจารณาองค์

ประกอบของคณะกรรมการที่ว่า ต้องมีสมาชิกจำนวน ๔ คน ที่มาจากพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวน ๒ คน และพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองในสังกัดได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวน ๒ คน ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร เป็นการแสดงให้เห็นว่าถึงแม้จะบัญญัติข้อบังคับไว้สวยหรูสักเพียงใด ก็ไม่สามารถที่จะนำมาใช้บังคับได้ถ้ารัฐสภาตกอยู่ในสภาวะการณ์ที่ฝ่ายรัฐบาลมีอำนาจกุมเสียงส่วนใหญ่ในสภา ซึ่งในการเลือกตั้งครั้งที่ผ่านมา ได้มีการจัดตั้งพรรคการเมืองที่เข้าร่วมกับฝ่ายรัฐบาล จำนวน ๕ พรรค ทำให้มีฐานเสียงในสภาจำนวน ๒๙๙ เสียง โดยถ้ามองในเชิงด้านความมีเสถียรภาพทางรัฐบาลแล้ว ถือว่า รัฐบาลชุดนี้มีเสถียรภาพทางรัฐบาลมากพอเช่นเดียวกับสมัยที่ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี และฝ่ายค้านไม่สามารถที่จะมีการควบคุมหรือตรวจสอบการบริหารแผ่นดินของรัฐบาลได้มากเท่าที่ควร เนื่องจากมีฐานเสียงไม่พอต่อการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล^{๙๖} เมื่อต้องมีสมาชิกจำนวน ๔ คน ที่ได้รับเลือกมาจากที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรแล้ว

^{๙๔} ดู ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓, เพ็ญอ้างเชิงอรรถที่ ๑๒.

^{๙๕} ในการเลือกตั้งครั้งล่าสุดที่ผ่านมา วันที่ ๓ ก.ค. ๒๕๕๔ ได้มีการจัดตั้งพรรคการเมืองที่เข้าร่วมเป็นรัฐบาล ๕ พรรค ได้แก่ พรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา พรรคชาติพัฒนาเพื่อแผ่นดิน พรรคพลังชล และพรรคมหาชน และในส่วนของพรรคการเมืองที่เข้าร่วมเป็นฝ่ายค้าน ๕ พรรค ได้แก่ พรรคประชาธิปัตย์ พรรคภูมิใจไทย พรรครักประเทศไทย พรรครักษ์สันติ และพรรคมาตุภูมิ

^{๙๖} ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเข้าชื่อเสนอจำนวนไม่น้อยกว่า ๒/๕ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๘๔ วรรคแรก) ส่วนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเข้าชื่อเสนอจำนวนไม่น้อยกว่า ๑/๕ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๘๔ วรรคแรก)

ก็ทำให้สัดส่วนของคณะกรรมการที่มาจากฝ่ายรัฐบาลนั้นมีสัดส่วนที่มากกว่าคณะกรรมการที่มาจากฝ่ายค้าน ดังนี้ เมื่อคณะกรรมการมีการพิจารณาในประเด็นที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลได้กระทำความผิด ก็ไม่แปลกถ้าหากข้อพิจารณาของคณะกรรมการจะออกมาว่าไม่เป็นความผิด หรือข้อเท็จจริงในพยานหลักฐานรับฟังไม่ขึ้น

นอกจากนี้ในเรื่องของการลงโทษนั้น ผู้เขียนมองว่ามีความไม่เหมาะสมสำหรับความผิดที่ได้มีการกระทำ เนื่องจากการลงมติแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระของสมาชิกสภา หรือ Free Man Date ที่รัฐธรรมนูญได้มีการรับรองไว้ ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่ลงโทษโดยการให้ถูกตัดเดือน ต่ำหนิ กล่าวขอโทษในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร หรือการประณามให้เป็นที่ประจักษ์ ก็น่าจะเป็นการลงโทษที่ไม่เหมาะสม ทั้งนี้ถึงแม้ว่าจะมีการลงโทษที่หนักสุด คือ การเสนอชื่อถอดถอนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน แต่ดังที่กล่าวมาแต่ต้นว่า ถ้าหากในข้อเท็จจริงเมื่อคณะกรรมการที่มีหน้าที่พิจารณาสอบสวน มองว่าพยานหลักฐานรับฟัง

ไม่ขึ้น หรือไม่มีความผิดตามที่ถูกกล่าวหาแล้ว บทลงโทษดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะมีการใช้บังคับได้อีกต่อไป

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สำหรับการแก้ปัญหาในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติทางกฎหมายในส่วนข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นการเพิ่มบทลงโทษในส่วนของการกระทำความผิดแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้โดยตรงในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เนื่องจากว่าในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรนั้นมีข้อห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรลงมติออกเสียงแทนกัน แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องการลงโทษไว้ แต่ให้นำข้อบังคับประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมาธิการ พ.ศ. ๒๕๕๓ มาบังคับใช้โดยอนุโลม ซึ่งเป็นข้อบกพร่องเป็นช่องว่างของข้อบังคับการประชุมทำให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นการฝ่าฝืนในข้อบังคับ และการไม่ให้ความสำคัญในประเด็นดังกล่าวจึงเกิดเป็นการปฏิบัติที่ละเลยซึ่งต่อไปในอนาคตอาจจะเป็นการปฏิบัติที่กลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนี้ในส่วนของคุณ

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเข้าชื่อเสนอจำนวนไม่น้อยกว่า ๑/๕ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๘๖ วรรคแรก) ส่วนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเข้าชื่อเสนอจำนวนไม่น้อยกว่า ๑/๖ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๕๙ วรรคแรก) จะเห็นได้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มีการปรับสัดส่วนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ลดลงจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อให้ง่ายต่อการควบคุมและตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลได้ง่ายขึ้น

กรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงดังที่ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วถึงองค์คณะของคณะกรรมการที่มีความไม่เหมาะสม และผู้เขียนมีความคิดเห็นเช่นเดียวกันกับ ศาสตราจารย์ ดร.จรัส สุวรรณมาลา อาจารย์คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และผู้จัดทำเว็บไซต์ “www.tpd.in.th” ที่ได้เคยให้สัมภาษณ์กับศูนย์ข่าวอิศรา ซึ่งท่านไม่เห็นด้วยกับการใช้กลไกในการตรวจสอบโดยคณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎร เนื่องจากการตรวจสอบตนเองของนักการเมือง ที่สำคัญคือกลไกการตรวจสอบต้องมาจากภาคประชาชน^{๙๔} ดังนั้นในทัศนะของผู้เขียนแล้วคณะกรรมการที่จะมาทำหน้าที่ในการพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงดังกล่าว ควรที่จะไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับการกระทำดังกล่าว และคณะกรรมการควรมีความเป็นกลางทั้งสองฝ่ายทั้งฝ่ายที่ถูกกล่าวหา และฝ่ายที่ถูกกล่าวหา ซึ่งในคณะกรรมการจริยธรรมสภาผู้แทนราษฎรนั้น มาจากการเลือกของที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรด้วยกันซึ่งอาจจะมีส่วนได้ส่วนเสียในการกระทำดังกล่าว และภาคประชาชนควรมีบทบาทสำคัญ

ในการเป็นกลไกตรวจสอบสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้มากขึ้น

ดังนั้น ถึงเวลาแล้วที่ควรจะหันมาให้ความสำคัญกับเรื่องประเด็นดังกล่าว ถึงแม้ว่าบางท่านอาจจะมองว่ามันเป็นประเด็นที่เล็กน้อยหรือไม่ค่อยมีการให้ความสำคัญ หรือมองว่าก็มีการปฏิบัติตามกันมาในหลายๆ รัฐบาล ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นความคิดที่ผิดพลาดอย่างมาก เนื่องจากการลงมติแทนกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ดำรงอยู่ในฐานะเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย เป็นผู้ที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนปวงชนชาวไทยผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง แต่กลับปฏิบัติตนหรือใช้อำนาจที่ตนมีนั้นในทางที่ไม่ถูกต้องตามหลักโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการปฏิบัติที่ขัดกับหลักความเป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภา (Free Man Date) ที่ได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไทย เท่ากับว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน นอกจากนี้อาจจะขยายวงกว้างต่อไปในประเด็นอื่นๆ ที่มีความสำคัญต่อประเทศชาติ และเป็นที่ตั้งข้อสงสัยเกิดขึ้นอยู่ในขณะนี้ว่า ถ้าหากว่ากระบวนการในการพิจารณาไม่ชอบ

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเข้าชื่อเสนอจำนวนไม่น้อยกว่า ๑/๕ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๘๖ วรรคแรก) ส่วนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเข้าชื่อเสนอจำนวนไม่น้อยกว่า ๑/๖ ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๕๙ วรรคแรก) จะเห็นได้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มีการปรับลดส่วนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ลดลงจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อให้ง่ายต่อการควบคุมและตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลได้ง่ายขึ้น

^{๙๔} ดัดทอนมาจากบทความ “ตรวจสอบสภาฯ ฉาว “กบฏทรทนกันต้องลงโทษ” เขียนโดย มณฑนา แจ่มศรี วันจันทร์ที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ เวลา ๑๓.๓๐ น. สำนักข่าวอิศรา ข้อมูลเข้าถึงออนไลน์ <http://www.isranews.org/2011-12-30-08-14-30/item/15453-2012-04-30-06-33-54.html>

แล้ว แล้วผลสุดท้ายรัฐธรรมนูญที่ออกมาจากสภาผู้แทนราษฎรจะมีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งก็ต้องมีการพิจารณาตามกฎหมายต่อไป แต่ในประเด็นนี้ผู้เขียนพยายามนำเสนอให้เห็นถึงแนวปฏิบัติพื้นฐานซึ่งถ้าไม่ให้ความสำคัญแล้วก็อาจจะเกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติสืบต่อกันในองค์กรหรือในสภาผู้แทนราษฎร แต่ประเด็นดังกล่าวถึงแม้จะเป็นประเด็นพื้นฐานแต่ก็เป็นประเด็นที่มีการรองรับด้วยหลักการต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจริง ๆ แล้วถือว่าเป็นประเด็นที่สำคัญมากกว่าประเด็นอื่น ๆ ด้วยซ้ำไป ผู้เขียนได้นำเสนอบทความนี้โดยไม่ได้มีเจตนาที่จะกระทบต่อกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการนำเสนอประเด็นในเชิงวิชาการทางกฎหมาย ที่พยายาม

จะนำเสนอให้เห็นถึงปัญหาที่มีมาตั้งแต่อดีต และมีการปฏิบัติจนอาจกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในปัจจุบัน นอกจากนี้ยังไม่มีบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดออกมาแก้ไขในปัญหาดังกล่าวอย่างจริงจัง แต่กลับเป็นการละเลยหรือเพิกเฉยต่อสิ่งที่เกิดขึ้นในการนำเสนอบทความนี้ที่ผู้เขียนได้มีการอธิบายมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนขอเปรียบเสมือนว่าเป็นการขวางก้อนหินลงไปในสระน้ำ ซึ่งก้อนขวางก้อนหินน้ำยังคงนิ่งอยู่ แต่เมื่อขวางไปแล้วจะเกิดเป็นคลื่นน้ำที่กระจายไปโดยรอบ ถ้าเปรียบเทียบความหมายย่อหมายถึงการนำเสนอของผู้เขียนนี้อาจจะทำให้ผู้อื่นหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในประเด็นปัญหาดังกล่าว และมีการพยายามหาทางออกหรือแก้ไขประเด็นปัญหานี้ต่อไป



บรรณานุกรม

ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๑

ข้อบังคับประมวลจริยธรรมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการ พ.ศ. ๒๕๕๓

คณิน บุญสุวรรณ “ภาษาสภา” พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ : เอ็มเอ็นเตอร์ไพรส์ จำกัด, ๒๕๔๕)

บทความทางวิชาการหัวข้อเรื่อง “ถามหาจรรยาบรรณของประธานและสมาชิกสภา” เรียบเรียงโดย
เขียน อีระวิทย์ ศาสตราจารย์ กิตติคุณ สาขารัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นักวิจัยดีเด่น
แห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๒๔ สาขารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ (เอกสารเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต)

มนตรี รูปสุวรรณ “กฎหมายรัฐสภา” พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง,
๒๕๒๙)

มานิตย์ จุมปา “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐” พิมพ์ครั้งที่ ๒
(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๓)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐

วิญญูชัย ธรรมประดิษฐ์ “สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. ๒๕๕๐) หมวดองค์กร
ทางการเมือง เรื่อง ๒. สภาผู้แทนราษฎร” พิมพ์ครั้งที่ ๑ (กรุงเทพฯ : องค์การการค้าของคุรุสภา,
๒๕๕๕)

แหล่งสารสนเทศอื่น ๆ

บทความ “ตรวจสอบสภาฯ ฉาว “กดบัตรแทนกันต้องลงโทษ” เขียนโดย มณฑนา แจ่มศรี วันจันทร์ที่
๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ เวลา ๑๓.๓๐ น. สำนักข่าวอิศรา ข้อมูลเข้าถึงออนไลน์ [http://
www.isranews.org/2011-12-30-08-14-30/item/15453-2012-04-30-06-33-54.html](http://www.isranews.org/2011-12-30-08-14-30/item/15453-2012-04-30-06-33-54.html)



พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ กับปัญหา บางประการในการคุ้มครองลิขสิทธิ์การเรียนการสอน

ตรีชิต เมธรัตน์โชติ*

บทคัดย่อ

การสอนของครูหรืออาจารย์ผู้สอน พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ไม่ได้ให้ความคุ้มครองไว้ในกรณีที่มีการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ไว้ในขณะทำการสอน ผู้บันทึกอาจนำไปจำหน่าย หรืออาจก่อให้เกิดประโยชน์ในทางธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ ได้ หากการสอนได้รับความคุ้มครองดังเช่นสิทธิของนักแสดง ผู้สอนคงได้รับความคุ้มครองผลประโยชน์จากการสอน รวมถึงค่าตอบแทนที่เป็นธรรมและส่งผลให้เกิดการพัฒนาการเรียนการสอนต่อไป

คำสำคัญ : ลิขสิทธิ์ การเรียนการสอน สิทธินักแสดง

Abstract

The Copyrights Act, ๑๙๙๔ is unproductive for lecturers, especially teaching for voice and video recording while they are teaching in the class room. Seemed to be unprotected If could protect efficiently their rights, there would be two benefits: ๑) lecturers can get copy rights benefit from their own intellectual properties and or earn higher income as “Performers Right” ๒) teaching styles would be substantially developed more and more due to better legal promotion be implemented by an amendment of the said Act according to the author’s view.

Keywords : Copyrights, Learning and Teaching, Performers Rights

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

บทนำ

การเรียนการสอนในปัจจุบันมีวิธีการที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้เรียนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้เรียนที่ไม่มีเวลาไปเรียนได้ด้วยตนเอง ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลประการใด จึงเกิดธุรกิจการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ในขณะที่ครูหรืออาจารย์สอนเพื่อจำหน่าย หรือแม้กระทั่งธุรกิจการเรียนการสอนแบบออนไลน์ ที่เปิดให้เฉพาะผู้ที่เสียค่าธรรมเนียม ได้ฟังหรือชมด้วยตัวเองได้ที่บ้านผ่านทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์เพื่อประกอบธุรกิจดังกล่าวนั้นได้รับความยินยอมจากครูหรืออาจารย์ผู้สอน แต่ในกรณีที่มีผู้ลักลอบบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ขณะที่มีการเรียนการสอนแล้วนำไปจำหน่าย จะกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ของครูหรืออาจารย์ผู้สอนหรือไม่ และมีกฎหมายให้ความคุ้มครองการสอนมากน้อยเพียงใด บทความนี้ ผู้เขียนได้เปรียบเทียบการสอนของครูหรืออาจารย์ กับสิทธิของนักแสดงที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ เพื่อให้เห็นผลประโยชน์ที่จะได้รับ หากการสอนนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

การเรียนการสอนที่มีครูหรืออาจารย์เป็นผู้ถ่ายทอดวิชาความรู้ ไม่ได้มีเพียงแคในโรงเรียนหรือสถานศึกษาทั่วไปเท่านั้น ในปัจจุบันยังมีสถาบัน

การศึกษาอื่น ๆ เกิดขึ้นมากมาย เช่น สถาบันกวดวิชาต่าง ๆ ซึ่งเป็นอีกทางเลือกของนักเรียนนักศึกษาที่ต้องการศึกษาเพิ่มเติม ไม่ว่าจะเพื่อความเข้าใจในบทเรียนหรือ ทราบถึงเทคนิคที่ช่วยให้คิดเร็วขึ้น หรือเพื่อเตรียมตัวให้ผ่านการสอบเข้ามหาวิทยาลัย เป็นต้น

ไม่ว่าสถานศึกษา หรือสถาบันกวดวิชา การสอนของผู้สอนต้องใช้ความสามารถเฉพาะตัวที่สั่งสมมาด้วยความวิริยะอุตสาหะ ในการศึกษา ทฤษฎีและการปฏิบัติ ด้วยการเรียนรู้และฝึกฝนมาอย่างช้านาน ถือได้ว่าการสอนนั้นเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ ผู้สอนที่มีประสบการณ์ในการสอนมาเป็นเวลานาน จะมีวิธีการสอนที่ดี ทำให้ผู้เรียนเข้าใจในเนื้อหาได้ง่าย จึงเป็นทักษะเฉพาะตัวของผู้สอนแต่ละท่าน ครูหรืออาจารย์ที่ทำหน้าที่ในการสอนจึงควรค่าที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และให้ความคุ้มครองที่เป็นธรรม

ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนหยิบยกมาคือการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ของผู้สอน ยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองโดยเฉพาะ เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ไม่ได้มีบัญญัติคุ้มครองการสอนสด หรือการพูด การถ่ายทอดวิชาความรู้ในชั้นเรียน ของครูหรืออาจารย์ไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในมาตรา ๑๕^๑

^๑ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ “มาตรา ๑๕ ภายใต้บังคับมาตรา ๙ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๔ เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

(๑) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(๒) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(๓) ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศน์วัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง

(๔) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(๕) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (๑) (๒) หรือ (๓) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้...”

แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ หากครูหรืออาจารย์ ได้มีการจัดทำสื่อการสอนในรูปแบบของงานเขียนหรือวรรณกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง รวมทั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการได้ กล่าวคือ ครูหรืออาจารย์ผู้สอน อาจมีสิทธิทำซ้ำ หรือดัดแปลง เผยแพร่สื่อการสอน ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาในกรณีที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ หรือสิ่งบันทึกเสียงของตนได้เพียงผู้เดียว หรือจะอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่สื่อการสอนก็ได้

โดยส่วนใหญ่แล้วการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ ก็เพื่อประโยชน์ส่วนตัว โดยนักเรียนหรือนักศึกษาจะใช้ทบทวนเนื้อหาการสอนโดยการเปิดฟังหรือดูซ้ำหลาย ๆ ครั้ง แม้การลักลอบบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์จะเป็นการละเมิด แต่เมื่อพิจารณาจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ มาตรา ๓๒^๒ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ที่กำหนดให้การกระทำแก่งานที่ได้รับการคุ้มครอง หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์

เกินสมควร หรือถ้าเป็นการวิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร หรือการใช้เพื่อประโยชน์ของตัวเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

การบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ขณะที่มีการเรียนการสอน สามารถทำประโยชน์ในทางธุรกิจได้อย่างมากมาย เช่นในสถาบันกวดวิชาแบบออนไลน์ จะเปิดให้บริการเฉพาะสมาชิกที่เสียค่าธรรมเนียมการสมัครรับชมหรือฟัง หรือจัดจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ที่ทางสถาบันนั้นทำการบันทึกไว้ แม้แต่การลักลอบบันทึกเสียงครูหรืออาจารย์ผู้สอนไว้ แล้วนำมาจำหน่ายให้กับ ผู้ที่ไม่มีเวลามาเรียนด้วยตัวเอง ก่อให้เกิดเป็นรายได้ขึ้นมา ซึ่งหากการสอนได้รับความคุ้มครอง ก็จะก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้สอน ที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากการสอนของตน สิทธิในการดำเนินคดีตามกฎหมายหากมีการละเมิด สิทธิในการโอนลิขสิทธิ์ให้แก่บุคคลอื่น นำไปสู่ผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจได้อย่างเต็มที่

ในบางสถานศึกษา การเรียนผ่านการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์เป็นเรื่องปกติ ดังนั้นการบันทึกเสียง บันทึกภาพ และวีดิทัศน์ การสอนของผู้สอน

^๒ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ “มาตรา ๓๒ การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(๑) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร

(๒) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท...”

คงมิใช่เรื่องผิดปกติวิสัยแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น ในมหาวิทยาลัยที่รับนักศึกษาไม่จำกัดจำนวนหรือมหาวิทยาลัยเปิดจะใช้วิธีการเรียนผ่านการบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสถาบันและสัญญาจ้างอาจารย์ผู้สอน แต่ในบางสถานศึกษา และสถาบันกวดวิชา การจดบันทึกการสอนของผู้สอนลงบนกระดาน หรือบันทึกในคอมพิวเตอร์ ถือเป็นปกติวิสัยในการเรียนการสอน แต่การบันทึกเสียงด้วยเครื่องอัดเสียงหรือวีดิทัศน์ ไม่ถือว่าเป็นปกติวิสัยในการเรียนการสอน

อย่างไรก็ตาม การบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์นั้นควรได้รับอนุญาตจากผู้สอนก่อน ถ้าผู้สอนไม่อนุญาตไม่ควรทำการบันทึก แม้การลักลอบบันทึกไม่เข้าข่ายความผิดตามข้อกำหนดของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ก็ตาม แต่โดยสามัญสำนึก ควรได้รับอนุญาตจากผู้สอนก่อนจึงจะเป็นเรื่องสมควร ในบางสถานศึกษา การลักลอบบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์การสอน ผู้บันทึกมีความผิดตามข้อกำหนดที่สถานศึกษานั้น ๆ กำหนดไว้ แต่หากการสอนได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แล้ว การลักลอบบันทึกภาพหรือวีดิทัศน์ก็เข้าข่ายเป็นการละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ได้

บางสถานศึกษาและหน่วยงานในสถานศึกษาบางแห่งซึ่งมีการชักชวนให้ครูหรืออาจารย์ให้มีการบันทึกวีดิทัศน์การสอนเพื่อเผยแพร่ให้กับ

ผู้เรียน หรือผู้สนใจและนำขึ้นเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตให้ผู้สนใจเข้ามาเรียนหรือทำการบันทึกไปได้ อีกด้วย อาจถือได้ว่าเป็นการทำให้ผลงานการสอนของครูหรืออาจารย์ผู้นั้นเป็นสาธารณะ (Public Domain)^๙ จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เว้นแต่จะมีการระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นผลงานที่มีการคุ้มครองลิขสิทธิ์และมีการป้องกันการทำสำเนาหรือนำไปใช้ไวพอสสมควร

เมื่อเปรียบเทียบครูหรืออาจารย์ผู้สอนกับนักแสดง ตามความหมายในบทบัญญัติมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ “นักแสดง” หมายความว่า “ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักรำ และผู้แสดงท่าทาง ร้อง กล่าว พากย์ แสดงตามบทหรือลักษณะอื่นใด” บุคคลเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองว่าด้วยสิทธิของนักแสดง ซึ่งเป็นสิทธิในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการที่ศิลปินประเภทใดประเภทหนึ่งได้ใช้ความสามารถ ประสบการณ์ และทักษะจากพรสวรรค์ รวมทั้งความพยายามในการฝึกฝน เพื่อทำการแสดงต่อสาธารณชนในลักษณะต่างๆ เช่น การร้องเพลง การเล่นดนตรี การแสดงละคร เป็นต้น “สิทธิของนักแสดง” หมายถึงสิทธิตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ อันมีที่มาจากการแสดงในสาขาต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม การแสดงที่ได้รับความคุ้มครองตามความหมายของสิทธินักแสดงนี้ ต้องเป็นการแสดงสดเท่านั้น

^๙ (Public Domain) หมายถึง ผลงานที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น ผลงานที่เคยมีลิขสิทธิ์ แต่ได้หมดอายุการคุ้มครองไปแล้ว หรือผลงานที่ผู้สร้างสรรค์ไม่ต้องการให้เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยนำออกเผยแพร่สู่สาธารณะให้เข้าใจว่าเช่นนั้นโดยปริยาย หรือระบุไว้อย่างชัดเจน

^{๑๐} พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ “มาตรา ๔ “นักแสดง” หมายความว่า ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักเต้น นักรำ และผู้ซึ่งแสดงท่าทาง ร้อง กล่าว พากย์ แสดงตามบทหรือในลักษณะอื่นใด”

ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการอนุสัญญาโรม ค.ศ. ๑๙๖๑ หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ ว่าด้วยการคุ้มครอง ลิขสิทธิ์ของนักแสดง ผู้อำนวยการผลิตสิ่งบันทึกเสียง และผู้ดำเนินการแพร่เสียงแพร่ภาพ ฉบับลงวันที่ ๒๖ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๖๑ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการ กำหนดให้สิทธินักแสดง เพื่อปกป้องมิให้บุคคลอื่น มาทำการบันทึกการแสดง โดยไม่ได้รับอนุญาตจาก นักแสดงก่อน แต่การแสดงต่าง ๆ อาจประกอบ ด้วยนักแสดงคนเดียว หรือหลายคน ไม่ว่านักแสดง นั้นจะเป็นมืออาชีพ หรือนักแสดงสมัครเล่น และจะ มีทักษะในการแสดงหรือไม่ เพียงใดก็ตาม ทั้งนี้ การแสดงสดนั้นจะแสดงด้วยเครื่องมือใด ๆ ด้วย หรือไม่ได้ แต่มิใช่การแสดงด้วยเครื่องจักรกลใด ๆ หรือแสดงด้วยตัวนักแสดงเองในขณะนั้นเพียง อย่างเดียวเท่านั้น

ทั้งนี้ตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗^๔ ได้ให้สิทธิในการกระทำ อันเกี่ยวกับการแสดง โดยได้กำหนดสิทธิทาง เศรษฐกิจ ของนักแสดงไว้ซึ่งให้สิทธิแก่นักแสดง เพียงผู้เดียวในการกระทำต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการ แสดงของตนโดยตรง เช่นเดียวกับในกรณีที่มาตรา ๑๕ วรรคแรกได้กำหนดสิทธิแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ใน

การกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงของตนตามมาตรา ๔๔ ดังนี้ โดยให้นักแสดงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว แพร่ภาพซึ่งการแสดง อันได้แก่การนำออกสู่ สาธารณชนโดยการเผยแพร่เสียงทางวิทยุ เสียง และภาพทางโทรทัศน์หรือวิธีการอื่น ๆ อันคล้าย คลึงกันหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการเผยแพร่ ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดง อันได้แก่การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ หรือทำ โดยวิธีอื่น ๆ ให้ปรากฏต่อสาธารณชน แต่นักแสดง ไม่มีสิทธิในการกระทำได้กล่าวจากสิ่งบันทึก การแสดงที่มีการบันทึกไว้แล้ว เพราะสิ่งบันทึก การแสดงมิใช่เป็นสิ่งที่อยู่ในความหมายของการ แสดงสด แต่เป็นวัตถุอันเป็นผลจากการบันทึกภาพ และหรือเสียงการแสดงนั้น ๆ รวมทั้ง การบันทึก การแสดงของตน หากว่ายังไม่มี การบันทึกการ แสดงนั้นไว้โดยได้รับอนุญาตจากนักแสดงและมี สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำสิ่งบันทึกการแสดง ไม่ว่าจะเป็นการบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือการ บันทึกเสียงและภาพ

สิทธินักแสดงอีกประการคือสิทธิในการได้ รับค่าตอบแทน ตามมาตรา ๔๕^๕ ซึ่งได้กำหนดสิทธิ ในการได้รับค่าตอบแทนจากการที่มีบุคคลใดได้รับ

^๔ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ “มาตรา ๔๔ นักแสดงย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำอันเกี่ยวกับการแสดงของตน ดังต่อไปนี้

- (๑) แพร่เสียงแพร่ภาพ หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งการแสดง เว้นแต่จะเป็นการแพร่เสียงแพร่ภาพหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนจาก สิ่งบันทึกการแสดงที่มีการบันทึกไว้แล้ว
- (๒) บันทึกการแสดงที่ยังไม่มีการบันทึกไว้แล้ว
- (๓) ทำซ้ำซึ่งสิ่งบันทึกการแสดงที่มีผู้บันทึกไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงหรือสิ่งบันทึกการแสดงที่ได้รับอนุญาตเพื่อวัตถุประสงค์ อื่น หรือสิ่งบันทึกการแสดงที่เข้าข่ายกเว้นการละเมิดสิทธิของนักแสดง...”

^๕ มาตรา ๔๕ ผู้ใดนำสิ่งบันทึกเสียงการแสดงซึ่งได้นำออกเผยแพร่เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าแล้ว หรือนำสำเนาของงานนั้นไปแพร่ เสียงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยตรง ให้ผู้นั้นจ่ายค่าตอบแทนที่เป็นธรรมแก่นักแสดง ในกรณีที่ตกลงค่าตอบแทนไม่ได้ ให้ อธิบดีเป็นผู้มีคำสั่งกำหนดค่าตอบแทน ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงอัตราค่าตอบแทนปกติในธุรกิจประเภทนั้น...”

ประโยชน์จากสิ่งบันเทิงการแสดง อันเป็นการรับรองสิทธิของนักแสดงให้ได้รับค่าตอบแทนอย่างสมควรที่จะได้ โดยให้มีการตกลงอัตราค่าตอบแทนระหว่างกันเสียก่อน หากไม่อาจตกลงกันได้ ให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามอบหมายมีอำนาจที่จะมีคำสั่งกำหนดค่าตอบแทน โดยให้คำนึงถึงอัตราค่าตอบแทนปกติในธุรกิจแต่ละประเภท

แต่การสอนไม่ใช่การแสดง และผู้สอนไม่ได้เป็นผู้แสดงในความหมายของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ดังนั้นเมื่อมีการบันทึกเสียงบันทึกภาพ และวีดิทัศน์ ที่ครูหรืออาจารย์กำลังสอนในชั้นเรียน แล้วนำไปเผยแพร่จึงไม่อาจเข้าข่ายได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่อาจได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายอาญา หรือกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งต้องนำมาปรับใช้กับพฤติการณ์ของการกระทำแต่ละกรณี หรือ การใช้ระเบียบ ข้อบังคับ ของแต่ละประเภทของสถานศึกษามาบังคับใช้ เนื่องจากยังไม่มี

กฎหมายโดยตรงที่ให้สิทธิของครูหรืออาจารย์หรือผู้สอนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการกระทำอันเกี่ยวกับการสอนของตนในการเผยแพร่ บันทึก ทำซ้ำ เช่นดั่งสิทธิของนักแสดง

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองการสอนโดยเฉพาะ หากจะนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา ๕^๗ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ โดยนำบทบัญญัติสิทธินักแสดงแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ มาปรับใช้คงไม่ได้ เพราะเมื่อพิจารณาแล้วความหมายของนักแสดงตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้หมายความว่าถึงครูหรืออาจารย์ผู้สอน อีกทั้งลักษณะเฉพาะของนักแสดงกับผู้สอนแตกต่างกัน และการสอนหมายถึงการถ่ายทอดความรู้ ฝึกฝนให้ผู้เรียนได้คิด ปฏิบัติ เพื่อให้เกิดทักษะและนำความรู้ไปใช้ได้อย่างเหมาะสม ซึ่งไม่ใช่ความหมายของการแสดงการแสดง^๕ จึงควรมีบทบัญญัติเฉพาะคุ้มครองการสอนเพื่อความเป็นธรรมและ

^๗ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “มาตรา ๕ กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมาย ของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้นิยามคดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้นิยามคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้นิยามคดีตามหลักกฎหมายทั่วไป”

^๘ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ “มาตรา ๕ นักแสดง หมายความว่า ผู้แสดง นักดนตรี นักร้อง นักเต้น นักรำ และผู้ซึ่งแสดงท่าทาง ร้อง กล่าว พากย์ แสดงตามบทหรือในลักษณะอื่นใด”

^๙ “ศิลปะการแสดง” เป็นการสื่อสารอย่างหนึ่งระหว่างมนุษย์ ด้วยการใช้คำพูดถ่ายทอดความคิด และศิลปะของการแสดงออกทางอารมณ์ความรู้สึก” (ลีโอ ตอลสตอย, ๒๕๒๔, น.๓)

ศิลปะการแสดงจึงเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือที่มนุษย์เราใช้เป็นตัวกลางในการเชื่อมโยงอารมณ์ ความรู้สึก ความคิดของตน เพื่อถ่ายทอดให้บุคคลอื่นได้เข้าใจรับรู้ถึงสิ่งที่ตนต้องการจะแสดงออก การแสดงถือเป็นศิลปะของการสื่อสารที่ปรากฏภาพเป็นรูปธรรม ซึ่งผู้ชมสามารถรับรู้และเข้าใจได้ง่ายโดยไม่ยุ่งยากในการตีความ ส่วนอารมณ์ความรู้สึกแม้จะอยู่ในรูปลักษณะที่เป็นนามธรรมก็จริง แต่ผู้ชมทั่วไปสามารถสัมผัสสัมผัสได้โดยตรงจากผู้แสดง (รองศาสตราจารย์ สดใส พันธุ์โกมล.ความหมายของศิลปะการแสดง, ๒๕๕๕)

ประโยชน์ต่อผู้สอนจะเป็นการดีไม่น้อย อย่างที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า ครูหรืออาจารย์ที่ทำการสอนนั้น ต้องใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ฝึกฝนจนเกิดเป็นทักษะเฉพาะตัว ไม่ต่างจากนักแสดง จึงควรได้รับความคุ้มครองเพื่อเป็นการตอบแทนอย่างเป็นธรรมเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ใดนำสิ่งบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์นำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้สอนนั้น หรือนำออกเผยแพร่เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า

อีกประการหนึ่ง เพื่อเป็นสิ่งกระตุ้นให้ผู้สอนในสถานศึกษาพัฒนาและผลิตสื่อการสอนออกมาอย่างมีคุณภาพ ทัดเทียมกับสถาบันกวตริษาที่นักเรียนนักศึกษา mong ว่า สถาบันกวตริษาที่

ทำการสอนพิเศษหรือติวเข้มให้กับผู้เรียน จะมีครูหรืออาจารย์ที่มีความสามารถสอนให้ผู้เรียนสามารถเรียนรู้ได้อย่างรวดเร็ว และมีทักษะการสอนที่ทำให้ผู้เรียนเกิดความประทับใจ จึงมีผู้นิยมมาเรียนและยินดีจ่ายค่าเรียนในราคาสูงเพื่อเรียนรู้ในสิ่งที่ต้องการ ตรงข้ามกับครูหรืออาจารย์ในสถานศึกษาบางท่านที่ทำการสอนตามหน้าที่ ไม่สามารถทำให้ผู้เรียน เรียนรู้ได้อย่างรวดเร็ว และไม่สร้างความประทับใจให้กับผู้เรียน เพราะสิ่งที่เรียนไม่ตรงกับ ความอยากรู้ หรือความต้องการเพื่อสอบเข้าเรียนต่อ การสอนของครูหรืออาจารย์เหล่านั้นก็ไม่มีคนสนใจนำไปเผยแพร่เช่นกัน จึงอาจเป็นแรงจูงใจให้ครูหรืออาจารย์พัฒนาการสอนเมื่อได้รับความคุ้มครองและได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม



บรรณานุกรม

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ. คำอธิบายลิขสิทธิ์(๒๕๔๕). พิมพ์ครั้งที่ ๔. สำนักพิมพ์นิติธรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.กฤษมันต์ วัฒนานรงค์. ลิขสิทธิ์การสอน (๒๕๕๓)



คำแนะนำในการส่งต้นฉบับวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญท่านที่สนใจส่งบทความเผยแพร่ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ โดยบทความของท่านต้องไม่เคยพิมพ์เผยแพร่หรืออยู่ระหว่างการรอพิจารณาจากวารสารอื่น และกองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

ประเภทของเนื้อหา แบ่งออกเป็น

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

การเตรียมต้นฉบับ

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

การส่งต้นฉบับ

1. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

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

2. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ส่งต้นฉบับมายัง

faclaw120hcu@gmail.com

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

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

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

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

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

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

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

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

5. เอกสารประกอบการประชุม (Conference Proceedings)

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

6. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

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

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔
	Section 17,	Land and Environment Court Act 1979

8. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

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

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

1. กรณีการใช้ “เพิงอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า เช่น

21 ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.

22 เพิงอ้าง, 184.

18 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2nd ed, 2005) 163.

19 Ibid.

2. กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาคั่น เช่น

9 Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing, 2010) 38.

.....

20 Catharine MacMillan, above n 9.

การอ้างอิงบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

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



ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล.....
ที่อยู่ เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย.....
ถนน..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต.....
จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....
โทรศัพท์..... โทรสาร..... E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ ๒ ฉบับ ๓๐๐ บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย..... ถนน.....
ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด.....
รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน

☐ ธนาณัติ / ตัวแลกเงิน สั่งจ่ายในนาม “มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ”

☐ เช็คขีดคร่อม สั่งจ่ายในนาม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ธนาคาร..... สาขา.....

เลขที่..... ลงวันที่.....

☐ อื่นๆ โปรดระบุ

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

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



หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ได้รับการรับรองหลักสูตรเป็นที่เรียบร้อยแล้วจาก

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๒

และ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ

เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๒



คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กิโลเมตรที่ ๑๘ ตำบลบางโจลง

อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ศูนย์แนะนำกฎหมายสำหรับประชาชน

โทร. ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๘, ๑๖๙๐