วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2562) ISSN 2286-6965

Vol.10 No.1 (July - December 2019)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

18/18 ถนนเทพรัตน กิโลเมตร 18 ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 1690 โทรสาร 0-2312-6419

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกูล	ที่ปรึกษาหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย	คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วุฒิชัย เต็งพงศธร	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช	มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ	มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ	มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ	มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวุธ กิจกุศล	ผู้บังคับการวชิราวุธวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ	มหาวิทยาลัยนเรศวร
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เดือนเด่น นาคสีหราช	มหาวิทยาลัยมหาสารคาม
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
อาจารย์ภัทรวดี ยังน้อย	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ประธานนักศึกษาทุกชั้นปี	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรัญญิก

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอิศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

ปีการศึกษาละ 2 ฉบับ (มกราคม - มิถุนายน และ กรกฎาคม - ธันวาคม)

บทความหรือข้อความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ และกองบรรณาธิการไม่มีส่วนรับผิดชอบหรือไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับข้อคิดเห็นนั้น แต่ประการใด

พิมพ์ที่ : บริษัท จามจุรีโปรดักส์ จำกัด 26 ถนนพระรามที่ 2 ซอย 83 แขวงแสมดำ เขตบางขุนเทียน กรุงเทพฯ 10150 โทร. 02-415-8320 - 1

รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกตรวจบทความวารสารวิชาการประจำฉบับ (Peer review)

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นพดล ปกรณ์นิมิตดี

ดร.สุรีย์ฉาย พลวัน

พันตำรวจเอก ดร.อรรณพ กาวิกุล

รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิภายในตรวจบทความวารสารวิชาการประจำฉบับ (Peer review)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วุฒิชัย เต็งพงศธร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์

❖❖❖❖❖❖❖❖❖

สารบัญ

บทความวิชาการ

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยตามคำพิพากษาศาลฎีกา **1**
ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์

บทความวิจัย

แนวทางการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจด้านการค้าบริการของคนต่างด้าว **13**
อัจฉราพร สีหวัฒนะ

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า **36**
ภัทร น้อยสัมฤทธิ์

ความผิดอาญากับความรุนแรงในครอบครัว **54**
ลาวัลย์ หอนพรัตน์ จิตรา เพียรล้ำเลิศ วิวิธ วงศ์ทิพย์ ภรมาภา อุดมวัฒน์ทวี

การศึกษาการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT **63**
กุลเดช สุทธิวรชัย

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลิตภัณฑ์สมุนไพร **80**
ภาณุมาศ ขัดเงางาม

ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดฐานภาษีและอัตราภาษีการรับมรดก ตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 **93**
ธรรมนิจ เพ็ชรจำรัส

บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ดำเนินการมาถึงปีที่ 10 เล่มที่ **1** แล้วโดยได้จัดอยู่ในกลุ่มที่ 2 ของฐานข้อมูล TCI (Thai-Journal Citation Index Centre) ซึ่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติได้รวบรวมบทความหลากหลายด้านที่น่าสนใจจากผู้ทรงคุณวุฒิ บุคคลภายนอก และคณาจารย์ประจำ โดยบทความเหล่านี้มีคุณค่าทางวิชาการ อีกทั้งยังได้นำเสนอบทความทางกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน เช่น บทความวิจัยเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าที่พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าจากการถูกละเมิดซึ่งอาจจะแตกต่างกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในกรณีปกติ บทความวิจัยเรื่องความผิดอาญากับความรุนแรงในครอบครัวที่ได้เสนอข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวให้สามารถป้องกันและแก้ปัญหาความรุนแรงในครอบครัวได้ โดยไม่กระทบกับความเป็นอยู่และความสัมพันธ์ในครอบครัว บทความวิชาการเรื่องข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยตามคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ได้นำเสนอในประเด็นเกี่ยวกับผู้เอาประกันภัยที่ปกปิดข้อเท็จจริงโดยรู้อยู่แล้ว ละเว้นเสียไม่เปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจจะได้จูงใจผู้รับประกันภัยให้เรียกประกันภัยสูงขึ้นอีกหรือบอกปัดไม่ยอมทำสัญญา หรือรู้ว่าข้อความที่แถลงนั้นเป็นความเท็จ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ที่สนับสนุนบทความมาโดยตลอด และขอขอบพระคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ อนึ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญชวนผู้สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไปเพื่อพัฒนาวงวิชาการและเผยแพร่ความรู้ อันเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ 2 ฉบับ โดยสามารถติดต่อสอบถามได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 หรือ 1690

วุฒิชัย เต็งพงศธร

บรรณาธิการ



ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้เอาประกันภัย ตามคำพิพากษาศาลฎีกา

Some observations about the duties of the assured under the Supreme Court.

*ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ ทำให้ธุรกิจต่าง ๆ มุ่งเน้นไปในทิศทางที่จะตอบสนองความต้องการของผู้สูงอายุเพิ่มมากขึ้น ธุรกิจหนึ่งคือธุรกิจประกันชีวิตของผู้สูงอายุ ที่มีการประชาสัมพันธ์มากมายหลายบริษัทว่าไม่ต้องตรวจและไม่ต้องตอบคำถามสุขภาพใด ๆ สมัครง่าย ๆ แค่โทร แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นปรากฏว่า มีการบอกล้างสัญญาประกันชีวิตโดยอ้างว่า สัญญาประกันชีวิตตกเป็นโมฆียะ เนื่องจากผู้เอาประกันภัยปกปิดข้อเท็จจริง โดยรู้อยู่แล้วละเว้นเสียไม่เปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจจะได้จูงใจผู้รับประกันภัยให้เรียกประกันภัยสูงขึ้นอีกหรือบอกปัดไม่ยอมทำสัญญา หรือรู้ว่าข้อความที่แถลงนั้นเป็นความเท็จ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 มีผลทำให้ผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประโยชน์ไม่ได้รับเงินตามประกันชีวิตตามตนได้มุ่งหวังไว้ ซึ่งการเปิดเผยข้อเท็จจริงตามมาตราดังกล่าวถือว่า เป็นหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยจะต้องแจ้งแก่ผู้รับประกันภัยรับทราบในขณะขอเข้าทำสัญญาประกันชีวิต

คำสำคัญ : ผู้เอาประกันภัย ผู้รับประกันภัย ข้อเท็จจริง โมฆียะ การบอกล้าง

Abstract

At this juncture of time, Thailand has entered into an aging and elderly society. Businesses are already increasingly focused on the direction to meet the demands of the elderly population. One example is the life insurance business for the elderly, many of which advertise

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*

that insurance buyers do not need a previous health screening or check-up and that they do not have to answer to any health pertaining questions. These insurance policies create a no-fuss, just one phone call away, and easy to apply for life insurance scheme. But the problem is that there have been claims to nullify the life insurance. The assured becomes void because policy buyers falsely report their pre-existing health conditions when they enroll into the policy, deliberately ignore and not stating the truth, in order to save on their insurance health coverage. Otherwise, health insurance costs can increase or the insurance can outright refuse the health insurance. And under false pretense from the policy buyer, according to the Civil and Commercial Code Section 865, the assured or the beneficiary will not receive any compensation according to their entitlement.

Keywords : The assured, The insurer, Fact, Voidable, Avoided

บทนำ

สังคมผู้สูงอายุ (Aging Society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 10 ขึ้นไป หรือมีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไปที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 7 ขึ้นไป

สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ (Aged Society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 20 ขึ้นไปหรือมีประชากรอายุ 65 ปี ขึ้นไปที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 14 ขึ้นไป[1]

สำนักงานสถิติแห่งชาติ (สสช.) เปิดเผยว่า จากการคาดการณ์ว่าประเทศไทยจะเข้าสู่สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์ในปี 2564 นั้น ทาง สสช. ได้วิเคราะห์จากฐานข้อมูลจำนวนประชากรของประเทศไทย ปี 2560 ที่ผ่านมาซึ่งพบว่ามีจำนวนประชากรทั้งสิ้น 67.6 ล้านคน เป็นชาย 33 ล้านคน หญิง 34.6 ล้านคนและมีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป จำนวน 11.3 ล้านคน หรือ 16.7% ของจำนวนประชากรทั้งหมด ทั้งนี้สสช.ได้ประเมินว่า ในปี 2564 จะมีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป สัดส่วนสูงถึง 20% และในปี 2574 ประเทศไทยจะมีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปสูงถึง 28%[2]

---

[1] มูลนิธิพัฒนางานผู้สูงอายุ, *รายงานสถานการณ์ผู้สูงอายุ พ.ศ.2556* (23 เมษายน 2562) มูลนิธิพัฒนางานผู้สูงอายุ <https://fopdev.or.th>.

[2] หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, *อีก 3 ปี สังคมไทยสูงอายุเต็มสูบ* (23 เมษายน 2562) หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ <https://www.thairath.co.th/content>.

จากข้อมูลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สังคมไทยในปัจจุบันเข้าสู่สังคมของผู้สูงอายุแล้ว และจะเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ในปี 2564 จึงทำให้ผู้ประกอบการทางธุรกิจหันมาทำธุรกิจเกี่ยวกับผู้สูงอายุมากขึ้น เช่น ธุรกิจประกันชีวิตที่มีการโฆษณาอย่างมากมายในการเข้าทำสัญญาว่าง่ายและไม่ยุ่งยาก “ไม่ต้องตรวจและไม่ต้องตอบคำถามสุขภาพใด ๆ แค่โทรมา” ก็สามารถทำสัญญาประกันชีวิตได้แล้ว แต่ปรากฏว่าหลังจากนั้นผู้เอาประกันภัยเสียชีวิตมักมีการกล่าวอ้างว่าสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆียะ เนื่องจากผู้เอาประกันภัยปกปิดข้อเท็จจริง หรือแถลงข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 865[3]

ซึ่งมาตราดังกล่าว กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ผู้เอาประกันภัยมีความสุจริตในการเข้าทำสัญญาประกันชีวิต เพราะการเข้าทำสัญญาประกันชีวิตเป็นธุรกิจของการรับเสี่ยงภัย ซึ่งการรับเสี่ยงภัยของผู้รับประกันภัยไม่ใช่จะรับในทุกกรณี แต่จะรับเฉพาะในรายที่ไม่เสี่ยงภัยหรือเสี่ยงภัยน้อยที่สุด โดยพิจารณาถึงเรื่องของสุขภาพ ความเจ็บป่วย ประวัติการรักษาโรคของผู้เอาประกันชีวิต หรือข้อมูลส่วนตัวอื่น ๆ ดังนั้นการที่ผู้รับประกันภัยจะทราบว่า การรับประกันชีวิตรายใดเสี่ยงภัยหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ผู้เอาประกันภัยมีหน้าที่ต้องเปิดเผยเมื่อยื่นคำขอเข้าทำสัญญาประกันชีวิต

ข้อเท็จจริงที่ต้องเปิดเผย คือ ข้อเท็จจริงที่มีผลให้ผู้รับประกันภัยพิจารณาถึงความเสี่ยงภัยว่าจะเรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้นหรือจะบอกปัดไม่รับทำสัญญา เมื่อทราบถึงข้อเท็จจริงนั้นและต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้เอาประกันชีวิตได้รู้อยู่แล้วในขณะเข้าทำสัญญา หากผู้เอาประกันปิดบังข้อเท็จจริงหรือแจ้งข้อเท็จจริงอันเป็นความเท็จ สัญญาประกันชีวิตนั้นตกเป็นโมฆียะ ซึ่งผู้รับประกันภัยมีสิทธิที่จะบอกล้างเพื่อให้ตกเป็นโมฆะ มีผลทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งจะทำให้ผู้เอาประกันชีวิตจะไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ ตามสัญญาประกันชีวิตเลย ได้แต่เพียงได้รับเบี้ยประกันภัยที่ได้จ่ายไว้ก่อนการบอกล้างโมฆียะคืนเท่านั้น

ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 ไว้ดังนี้

1) ผู้เอาประกันภัยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงให้ผู้รับประกันภัยทราบ ซึ่งต้องเป็นข้อเท็จจริงที่จะมีผลต่อการพิจารณาว่าจะรับประกันชีวิตหรือไม่ โดยอาจเรียกเบี้ยประกันสูงขึ้นหากจะรับประกันชีวิต หรือปฏิเสธไม่รับทำสัญญาประกันชีวิตในรายที่มีความเสี่ยงภัยที่สูง หากไม่ยอมเปิดเผยสัญญาประกันชีวิตตกเป็นโมฆียะ

[3] มาตรา 865 ถ้าในเวลาทำสัญญาประกันภัย ผู้เอาประกันภัยก็ดี หรือในกรณีประกันชีวิต บุคคลอันการใช้เงินย่อมอาศัยความทรงชีพหรือมรณะของเขานั้นก็ดี รู้อยู่แล้วละเว้นเสียไม่เปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจจะได้จูงใจผู้รับประกันภัยให้เรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้นอีกหรือให้บอกปัดไม่ยอมทำสัญญา หรือว่ารู้อยู่แล้วแถลงข้อความนั้นเป็นความเท็จไซร้ ท่านว่าสัญญานั้นเป็นโมฆียะ

ถ้ามิได้ใช้สิท ธิบอกล้างภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันที่ผู้รับประกันภัยทราบมูลอันจะบอกล้างได้ก็ดี หรือมิได้ใช้สิทธินั้นภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันทำสัญญาก็ดี ท่านว่าสิทธินั้นเป็นอันระงับสิ้น.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 858/2515 ข้อความจริงที่ผู้เอาประกันชีวิตมีหน้าที่ต้องเปิดเผยนั้นไม่เฉพาะแต่ที่อาจมีผลจูงใจผู้รับประกันภัยให้ถึงกับบอกปัดไม่ยอมรับประกันชีวิตเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงข้อความจริงที่อาจจูงใจผู้รับประกันภัยให้เรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้น แม้อาจไม่ถึงกับที่จะทำให้ผู้รับประกันภัยปฏิเสธ ไม่ยอมทำสัญญาด้วย ข้อความจริงในระดับความสำคัญทั้งสองประการนี้หากละเว้นไม่เปิดเผยย่อมมีผลให้สัญญาประกันภัยเป็นโมฆียะ ตามมาตรา 865

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 922/2542 ก่อนทำสัญญาประกันชีวิต ท.ได้เคยให้แพทย์ตรวจรักษาร่างกายจากการตรวจร่างกายประกอบกับการเอกซเรย์ปอดแล้ว แพทย์พบว่า ท.น่าจะเป็นวัณโรคปอด จึงได้รักษา ท.ต่อเนื่องกันประมาณ 5 เดือน แล้ว ท.ขาดการติดต่อหลังจากนั้นมาพบแพทย์อีกโดย ท.มีอาการไอ หอบ แพทย์จึงทำการตรวจรักษาและให้ยาไปรับประทาน ดังนี้ การที่ ท.ได้ทำคำขอเอาประกันชีวิตโดยไม่ปรากฏว่า ท.ได้แจ้งว่า เคยเป็นวัณโรคปอดมาก่อน จำเลยจึงไม่ทราบว่า ท.เคยเป็นวัณโรคปอดและตาม ป.พ.พ.มาตรา 865 เป็นหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยซึ่งการใช้เงินย่อมอาศัยความทรงชีพหรือมรณะของตนต้องเปิดเผยข้อความจริงให้ผู้รับประกันภัยทราบ การที่ ท. ผู้เอาประกันชีวิตป่วยเป็นวัณโรคปอดซึ่งเป็นโรคร้ายแรงและได้รับการรักษาเกี่ยวกับโรคดังกล่าวเป็นเวลานาน แต่มิได้แจ้งข้อความจริงดังกล่าวให้จำเลยทราบเมื่อขอเอาประกันชีวิต ซึ่งหากจำเลยทราบก็อาจเรียกเบี้ยประกันสูงขึ้นหรือไม่รับประกันชีวิตดังนี้สัญญาประกันชีวิตจึงเป็นโมฆียะ ผู้รับประกันภัยย่อมมีสิทธิที่บอกล้างนิติกรรมดังกล่าวได้ โดยมิต้องคำนึงว่าผู้เอาประกันภัยจะถึงแก่ความตายหรือไม่ หรือตายด้วยเหตุใดเมื่อจำเลยบอกล้างสัญญาประกันชีวิตอันเป็นโมฆียะต่อโจทก์ซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาแล้ว จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดใช้เงินให้โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8082/2542 แบบฟอร์มคำขอเอาประกันชีวิตข้อ 17 ถึง ข้อ 22 เป็นข้อความที่ถามไว้เป็นข้อย่อยเกี่ยวกับสุขภาพของผู้เอาประกันชีวิต เช่น มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจบ้างหรือไม่ ในระหว่าง 5 ปี ที่ผ่านมาเคยเจ็บป่วย เคยได้รับการผ่าตัด เคยรับการรักษาในสถานพยาบาล ถ้าเคยโปรดแจ้งรายละเอียด แบบฟอร์มที่มีข้อความเช่นนี้ตัวแทนจำเลย ผู้มาติดต่อขอเอาประกันชีวิตไม่จำเป็นต้องสอบถามตามข้อความที่ระบุไว้ แต่เป็นที่เชื่อได้ว่าผู้เอาประกันชีวิตจะต้องอ่านก่อน และปรากฏว่าโจทก์มีอาชีพค้าขายและมีฐานะเป็นเจ้าของกิจการย่อมต้องรอบคอบ เมื่อโจทก์อ่านข้อความเหล่านี้แล้ว แต่กลับเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในข้อ 23 ซึ่งระบุว่า ถ้าคำตอบในเรื่องสุขภาพเป็นคำตอบรับ เช่นเคยได้รับการผ่าตัด หรือเข้ารักษาตัวในสถานพยาบาล จะต้องอธิบายรายละเอียดไว้ด้วย ข้อความเหล่านี้มีอยู่ก่อนโจทก์ลงชื่อในคำขอเอาประกันชีวิต หาใช่ตัวแทนจำเลยกรอกข้อความดังกล่าวภายหลังไม่ เมื่อโจทก์ไม่แจ้ง ก็ถือได้ว่าโจทก์มีเจตนาปกปิดไม่แจ้งความจริงตามหน้าที่ที่ต้องชี้แจงแสดงข้อบกพร่องของผู้เอาประกันชีวิตซึ่งผู้รับประกันภัยอาจบอกปัด ไม่ยอมทำสัญญาประกันชีวิตให้ผู้รับประกันภัยทราบตาม ป.พ.พ.

มาตรา 865 วรรคหนึ่ง หน้าที่นี้มีน้ำหนักในการแสดงความสุจริตมากกว่าหน้าที่ของผู้รับประกันภัยตาม ป.พ.พ. มาตรา 866 ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการรับรู้ข้อความจริง โดยผู้รับประกันภัยพึงใช้ความระมัดระวังอย่างคนธรรมดาเช่นวิญญูชนทั่วไปก็พอแล้ว สัญญาประกันชีวิตดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆียะ จำเลยย่อมมีสิทธิบอกล้างได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 865

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2546 ใบคำขอเอาประกันชีวิต พ. แจ้งว่าไม่เคยรับการตรวจสุขภาพหรือการตรวจเพื่อวินิจฉัยโรค ไม่เคยเจ็บป่วย ไม่เคยรับการรักษาในสถานพยาบาล ไม่เคยเป็นหรือรับการรักษาโรคเกี่ยวกับตาหูคอจมูกไม่เคยเป็นโรคหืดหอบหรือโรคเกี่ยวกับปอดหรือระบบหายใจ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า วันที่ 19 กันยายน 2538 พ. เข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล เพราะพยายามฆ่าตัวตาย วันที่ 27 สิงหาคม 2539 เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลด้วยโรคไซนัสอักเสบติดเชื้อ เดือนตุลาคม 2539 เป็นต้นมาเข้ารับการตรวจรักษาที่โรงพยาบาลหลายครั้งด้วยอาการหลอดลมอักเสบ กระดูกอ่อนซี่โครงอักเสบ ปวดศีรษะ ไอ เจ็บคอ อ่อนเพลีย กินอาหารไม่ได้เดือนธันวาคม 2539 แพทย์ตรวจพบว่าเป็นโรคเอดส์หรือภูมิคุ้มกันบกพร่อง ดังนั้น พ. จึงแจ้งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงต่อจำเลย ซึ่งถือว่าเป็นข้อสาระสำคัญ สัญญาประกันชีวิตจึงเป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคหนึ่ง เป็นหน้าที่โดยตรงที่ผู้เอาประกันภัยต้องแจ้งข้อเท็จจริงตามที่ผู้รับประกันภัยจำเลยต้องการทราบและกำหนดไว้ การให้แพทย์ตรวจผู้เอาประกันภัยหรือไม่เป็นดุลพินิจของผู้รับประกันภัยเมื่อผู้เอาประกันภัยปกปิดความจริง แถลงข้อความเป็นเท็จเสียแล้วโจทก์จึงไม่อาจอ้างได้ว่าจำเลยไม่ได้ให้แพทย์ตรวจร่างกายผู้เอาประกันภัยถือว่าประมาทและไม่ทำให้สัญญาประกันชีวิตเป็นโมฆียะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2216/2558 ขณะผู้ตายยื่นคำขอทำสัญญาประกันชีวิตกับจำเลย ผู้ตายทราบอยู่แล้วว่าตนเข้ารับการตรวจรักษาและ/หรือปรึกษาปัญหาสุขภาพในระยะเวลา 5 ปีที่ผ่านมาก่อนหน้ามาขอทำประกันชีวิตกับจำเลย แต่ละเว้นเสียไม่เปิดเผยข้อความจริงเพราะอาจทำให้จำเลยบอกปัดไม่รับทำสัญญาประกันชีวิตให้แก่ตน สัญญาประกันชีวิตตามกรมธรรม์ประกันภัยตกเป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 จำเลยมีสิทธิบอกล้างสัญญาประกันชีวิตได้ เมื่อจำเลยใช้สิทธิบอกล้างสัญญาแก่โจทก์ทั้งสองในฐานะผู้รับประโยชน์สัญญาประกัน

2) ช่วงเวลาในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของผู้เอาประกันภัย มิได้สิ้นสุดลงเพียงในวันยื่นคำเสนอขอเอาประกันชีวิตโดยกรอกคำตอบลงในแบบคำขอเท่านั้น แต่ยังคงมีอยู่เรื่อยไปจนถึงเวลาที่ผู้รับประกันภัยสนองตอบรับจนเกิดเป็นสัญญาขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 68/2516 หน้าที่เปิดเผยข้อความจริงของผู้เอาประกัน มิได้สิ้นสุดลงเพียงในวันยื่นคำเสนอขอเอาประกันภัยโดยกรอกคำตอบลงในแบบคำขอเท่านั้น แต่ยังคงมีอยู่

เรื่อยไปจนถึงเวลาที่ผู้รับประกันภัยสนองตอบรับจนเกิดเป็นสัญญาขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2447/2516 การประกันชีวิตที่ผู้รับประกันภัยมีสิทธิบอกล้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 นั้น จะต้องเป็นการปกปิดความจริงหรือแถลงความเท็จในข้อสาระสำคัญเฉพาะในเวลาเข้าทำสัญญาประกันชีวิตเท่านั้น

แม้ผู้ขอประกันชีวิตจะปกปิดหรือแถลงเท็จเกี่ยวกับฐานะอันแท้จริง หากผู้รับประกันภัยควรจะได้รู้เท่าทันถึงฐานะของบุคคลนั้น โดยใช้ความระมัดระวังสอดส่องเยี่ยงวิญญูชนแล้ว สัญญาประกันชีวิตนั้นก็เป็นอันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 866 ผู้รับประกันภัยหามีสิทธิบอกล้างไม่ ไม่มีกฎหมายบทใดจำกัดสิทธิผู้เอาประกันภัยว่าจะระบุใครเป็นผู้รับประโยชน์ไม่ได้บ้าง แม้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ญาติของผู้เอาประกันภัยก็อาจถูกระบุเป็นผู้รับประโยชน์ได้ ผู้เอาประกันชีวิตถูกคนร้ายยิงตาย โดยไม่ปรากฏว่าคนร้ายเป็นใคร ถือว่าเป็นการเสียชีวิตโดยอุบัติเหตุ

3) ผู้เอาประกันภัยต้องแจ้งข้อเท็จจริงต่อผู้รับประกันภัยให้รับทราบ คือ ข้อเท็จจริงที่ผู้เอาประกันภัยรู้อยู่แล้วว่าจะเป็นเหตุจูงใจให้ผู้ประกันภัยเรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้นอีก หรือจะให้บอกปัดไม่ยอมทำสัญญา แต่หากว่าไม่มีความเสี่ยงภัย ผู้เอาประกันภัยไม่จำเป็นต้องแจ้งต่อผู้รับประกันภัยทราบก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1675/2500 การปกปิดข้อความจริงในเรื่องอาชีพของผู้เอาประกันชีวิตในเรื่องการชำระเบี้ยประกันของผู้เอาประกันหรือแม้ในเรื่องที่ผู้เอาประกันชีวิตได้เอาประกันชีวิตไว้ก่อนแล้ว ถือว่าเป็นการปกปิดข้อความจริงอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งถ้าบริษัทรับประกันชีวิตทราบความจริงแล้วย่อมจะบอกปัดไม่รับประกันสัญญาประกันชีวิตเช่นว่านี้เป็นโมฆียะ

การบอกล้างโมฆียะกรรมดังกล่าวกฎหมายไม่ได้บังคับว่าให้บอกล้างกับผู้เอาประกันโดยตรง เมื่อบริษัทผู้รับประกันทราบถึงมูลอันจะบอกล้างได้ ก็ย่อมบอกล้างแก่ผู้ซึ่งจะได้รับประโยชน์ในการประกันจากบริษัทผู้รับประกันได้.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49/2501 ผู้เอาประกันชีวิตรู้อยู่แล้วว่าตนป่วยเป็นโรคไตอักเสบเรื้อรังอยู่และมีสุขภาพไม่สมบูรณ์ แต่กลับรับรองว่าตนไม่มีโรคและสุขภาพสมบูรณ์ ถือว่าการประกันชีวิตเป็นโมฆียะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 715/2513 โรคไส้เลื่อนมิใช่เป็นโรคอันตรายร้ายแรง เมื่อผ่าตัดแล้วอาจหายไปได้ การที่ผู้เอาประกันภัยมิได้แจ้งเรื่องเคยเป็นโรคนี้ และได้รับการผ่าตัดมาก่อน ยังไม่ถึงขนาดจะทำให้สัญญาประกันภัยตกเป็นโมฆียะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1277/2524 การที่ผู้เอาประกันภัยละเว้นไม่เปิดเผยข้อความจริงอันจะทำให้สัญญาประกันภัยตกเป็นโมฆียะตาม ป.พ.พ.มาตรา 865 นั้น ต้องเป็นข้อความซึ่งผู้เอาประกันภัยรู้อยู่แล้วว่าจะเป็นเหตุจูงใจให้ผู้ประกันภัย

เรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้นอีกหรือให้บอกปัดไม่ยอมทำสัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3428-3429/2529 ข้อความจริงตามคำขอเอาประกันชีวิตที่เกี่ยวกับรายได้และความสามารถในการหารายได้ของผู้เอาประกันตลอดจนข้อที่ผู้เอาประกันเคยถูกบริษัทประกันชีวิตอื่นปฏิเสธหรือลดจำนวนเงินขอเอาประกันถือว่าเป็นข้อความจริงอันเป็นสาระสำคัญที่ผู้เอาประกันจะต้องเปิดเผยให้บริษัททราบเพราะอาจจะจูงใจให้บริษัทเรียกเก็บเบี้ยประกันสูงขึ้นหรือบอกปัดไม่ยอมทำสัญญาได้เมื่อผู้เอาประกันไม่เปิดเผยข้อความจริงดังกล่าวในเวลาทำสัญญาสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆียะตามป.พ.พ.มาตรา 865 และเมื่อบริษัทได้บอกล้างภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้วสัญญาย่อมตกเป็นโมฆะ บริษัทไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาดังกล่าว.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7176/2539 สาระสำคัญของ ป.พ.พ.มาตรา 865 อยู่ที่ว่า ถ้าผู้เอาประกันภัยรู้อยู่แล้วละเว้นไม่เปิดเผยข้อความจริงซึ่งอาจจูงใจให้ผู้รับประกันภัยเรียกเบี้ยประกันภัยสูงขึ้น หรือบอกปัดไม่ยอมทำสัญญา สัญญาประกันชีวิตจึงจะตกเป็นโมฆียะ การที่ผู้ตายมิได้แจ้งเรื่องเคยเข้ารับการตรวจรักษาในโรงพยาบาลและคลินิกเกี่ยวกับกามโรคหนองในเทียม และซิฟิลิส ให้จำเลยทราบ ยังไม่ถึงขนาดที่จะอนุมานได้ว่าถ้าได้แจ้งเช่นนั้นจะทำให้จำเลยบอกปัดไม่รับประกันชีวิตหรือเรียกเบี้ยประกันภัยให้สูงขึ้น อันจะทำให้สัญญาประกันชีวิตที่ทำไว้เป็นโมฆียะตามบทมาตรานี้

4) ผู้เอาประกันภัยปกปิดข้อเท็จจริงด้วยโรคหนึ่งที่มีผลทำให้สัญญาประกันชีวิตตกเป็นโมฆียะไปแล้ว แต่ปรากฏว่าผู้เอาประกันภัยถึงแก่ความตายด้วยโรคอื่นหรืออุบัติเหตุ ก็ไม่ทำให้ผลของสัญญาซึ่งเป็นโมฆียะไปแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1218/2519 บริษัทจำเลยถือว่า โรคความดันโลหิตสูงเป็นอันตรายร้ายแรงที่จะไม่รับประกันชีวิต แต่ผู้เอาประกันให้ถ้อยคำต่อบริษัทจำเลยว่า ไม่เคยป่วยด้วยโรคเช่นว่านั้น สัญญาประกันชีวิตเป็นโมฆียะ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เอาประกันตายด้วยโรคนั้นหรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5793/2531 ปกปิดเรื่องโรคมะเร็ง สัญญาเป็นโมฆียะ แม้ต่อมาจะปรากฏว่าผู้เอาประกันชีวิตถึงแก่ความตายด้วยโรคอื่นหรืออุบัติเหตุ ก็ไม่ทำให้ผลของสัญญาซึ่งเป็นโมฆียะไปแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปอย่างใด

5) การบอกล้างสัญญาประกันชีวิตที่ตกเป็นโมฆียะโดยผู้รับประกันภัย บอกล้างได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้ามิได้ใช้สิทธิบอกล้างภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันที่ผู้รับประกันภัยทราบมูลอันจะบอกล้างได้ก็ดี หรือมิได้ใช้สิทธินั้นภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันทำสัญญาก็ดี ท่านว่าสิทธินั้นเป็นอันระงับสิ้นไป” กรณีที่ผู้รับประกันภัยไม่ใช้สิทธิบอกล้างภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด สิทธิในการบอกล้างหมดสิ้นไป ผู้รับประกันภัยต้องรับผิดชดใช้เงินตามสัญญาประกันชีวิต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2538 จำเลยทราบว่า ผู้ตายเป็นมะเร็ง ภายหลังจากทำสัญญาประกันชีวิตมิใช่เป็นก่อนหรือขณะทำสัญญา กรณียังไม่ทราบมูลที่จะบอกล้าง กำหนดระยะเวลาบอกล้างหนึ่งเดือนตามตรา 865 วรรคสอง จึงยังไม่เริ่มนับ ต่อมาจำเลยได้รับรายงานในวันที่ 3 ธันวาคม 2528 ว่า ผู้ตายน่าจะเป็นมะเร็งมาก่อนทำสัญญาแต่ปกปิดไว้ จึงเป็นการทราบมูลอันจะบอกล้างได้แล้ว เมื่อจำเลยมีหนังสือบอกล้างโมฆียะกรรมไปยังโจทก์ ในวันที่ 23 และ 24 ธันวาคม 2528 จึงเป็นการใช้สิทธิบอกล้างภายในกำหนดหนึ่งเดือนตามมาตรา 865 วรรคสองแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6032/2539 โรงพยาบาลอุดรธานีได้ถ่ายสำเนาประวัติการรักษาตัวของ บ. มอบให้ ก. และ ก.ได้รายงานแจ้งไปยังสำนักงานใหญ่ของจำเลยที่ 1 เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2533 ซึ่งตามรายงานดังกล่าวระบุว่า จากการตรวจสอบเชื่อได้ว่า บ. มีสุขภาพไม่สมบูรณ์ก่อนทำประกันอย่างแน่นอนและป่วยเป็นมะเร็ง ทั้งตามหนังสือบอกล้างสัญญาประกันชีวิตจำเลยที่ 1 อ้างว่าแพทย์เคยวินิจฉัยว่า บ.ป่วยเป็นโรคมะเร็งของท่อน้ำดี จำเลยที่ 1 ย่อมมีเหตุควรรู้ได้แล้วว่า บ. เคยป่วยเป็นโรคมะเร็งและเคยได้รับการตรวจรักษามาแล้ว แต่ บ. ปกปิดความจริงดังกล่าว ฉะนั้นจึงฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 ได้รู้มูลเหตุที่จะบอกล้างสัญญาประกันชีวิตตั้งแต่วันที่ 16 พฤศจิกายน 2533 ที่จำเลยที่ 1 ได้รับรายงานของ ก. แล้ว การที่จำเลยที่ 1 บอกล้างสัญญาประกันชีวิตในวันที่ 19 มิถุนายน 2534 จึงเกิน 1 เดือนนับแต่วันที่จำเลยที่ 1 รู้มูลเหตุที่จะบอกล้างได้ จำเลยที่ 1 จึงต้องแพ้คดีตามคำท้า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3682/2545 โจทก์กรอกคำตอบในใบคำขอเอาประกันชีวิตโจทก์ว่าไม่เคยเป็นหรือทราบว่าเป็นหรือเคยได้รับคำแนะนำหรือการรักษาโรคมะเร็งเนื้องอกตุ่มเนื้อหรืออวัยวะใด ๆ ที่งอกหรือโตขึ้นผิดปกติ ไม่เคยมีอาการผิดปกติที่เต้านมมาก่อน แต่ปรากฏว่าโจทก์เคยเข้าโรงพยาบาลด้วยอาการปวดบริเวณเต้านม ซึ่งแพทย์ตรวจพบว่ามีก้อนเนื้อที่เต้านมด้านซ้ายเมื่อโจทก์ทราบแล้ว แต่โจทก์มิได้แจ้งให้จำเลยทราบซึ่งหากจำเลยทราบอาจเรียกเบี้ยประกันให้สูงขึ้นหรือไม่รับประกันชีวิต การกระทำของโจทก์มีผลให้สัญญาประกันชีวิตและสัญญาพิเศษเพิ่มเติมตกเป็นโมฆียะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคหนึ่ง

จำเลยได้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่โจทก์ปกปิดไว้อันเป็นมูลที่จำเลยจะบอกล้างโมฆียะกรรมได้อย่างเร็วที่สุดเมื่อวันที่ 17 มกราคม 2538 เมื่อโจทก์เรียกค่ารักษาพยาบาลจากจำเลย จำเลยปฏิเสธไม่จ่ายเงินให้เพราะโจทก์ปิดบังการป่วยเป็นโรคของโจทก์ก่อนที่จะทำสัญญาประกันภัย ต่อมาวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2538 โจทก์ทำบันทึกต่อนายทะเบียนกรมการประกันภัย ระบุว่าโจทก์ไปยื่นเรื่องเบิกค่ารักษาพยาบาลเป็นค่ารักษาการผ่าตัด แต่จำเลยปฏิเสธการจ่าย ต่อจากนั้นจำเลยมีหนังสือบอกล้างโมฆียะกรรมลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2538 ไปยังจำเลย จึงเป็นการใช้สิทธิบอกล้างภายในกำหนดหนึ่งเดือนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสอง สัญญาประกันชีวิตในส่วนสัญญาเพิ่มเติมพิเศษซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาประกันชีวิต ในส่วนการรักษา

ก้อนเนื้อที่เต้านมข้างซ้ายระหว่างโจทก์กับจำเลยย่อมเป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8612/2550 แม้ ป.พ.พ. มาตรา 865 วรรคสอง จะให้สิทธิผู้รับประกันภัยบอกล้างโมฆียะกรรมได้แต่สัญญาประกันชีวิตเป็นนิติกรรมสองฝ่าย การบอกล้างโมฆียะกรรมต้องแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอนตาม ป.พ.พ. มาตรา 178 เมื่อจำเลยต้องการบอกล้างโมฆียะกรรมสัญญาประกันชีวิตย่อมต้องแสดงเจตนาแก่โจทก์ทั้งสามผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่าย มิใช่เพียงแสดงหลักฐานฝ่ายเดียวว่าตนได้ใช้สิทธิบอกล้างแล้ว การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า ให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนานั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาตาม ป.พ.พ. มาตรา 169 คดีนี้จำเลยมีหนังสือบอกล้างโมฆียะกรรมไปถึงโจทก์ทั้งสามที่จังหวัดพิจิตรทางไปรษณีย์ อันเป็นการแสดงเจตนาแก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง การบอกล้างโมฆียะกรรมย่อมมีผลนับแต่เวลาที่หนังสือไปถึงโจทก์ทั้งสาม เมื่อนับจากวันที่จำเลยทราบมูลอันจะบอกล้างได้ ในวันที่ 6 สิงหาคม 2540 ถึงวันที่การแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรมมีผลในวันที่ 7 หรือ 8 กันยายน 2540 จึงพ้นกำหนด 1 เดือน นับแต่วันที่จำเลยทราบมูลอันจะบอกล้างโมฆียะกรรมนั้น การบอกล้างโมฆียะกรรมของจำเลยจึงไม่ชอบ ถือไม่ได้ว่าจำเลยใช้สิทธิบอกล้างสัญญาประกันชีวิตดังกล่าวตาม ป.พ.พ. มาตรา 865 วรรคสอง จำเลยต้องรับผิดใช้เงินตามสัญญาประกันชีวิตให้โจทก์ทั้งสาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6711/2553 โจทก์บรรยายฟ้องให้จำเลยรับผิดต่อโจทก์ในฐานะผู้รับประโยชน์จากการถึงแก่ความตายของ ก. ซึ่งประกันชีวิตไว้ต่อจำเลย จำเลยให้การรับว่าได้รับประกันชีวิต ก. แต่ยกข้อต่อสู้ว่านิติกรรมเป็นโมฆียะและได้บอกล้างแล้ว ขอให้ยกฟ้อง ดังนี้ที่ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อพิพาทว่าจำเลยจะต้องรับผิดต่อโจทก์ตามกรมธรรม์ประกันชีวิตตามฟ้องหรือไม่ เพียงใด และให้จำเลยมีภาระการพิสูจน์ จึงเป็นการกำหนดประเด็นข้อพิพาทที่ถูกต้องตามกฎหมาย จำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ข้อยกเว้นความรับผิดตามกรมธรรม์ประกันชีวิต คือ ก. ปกปิดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง (H.I.V) หรือโรคเอดส์ และจำเลยได้บอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียกรรมภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันที่จำเลยทราบมูลอันจะบอกล้างได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 865 วรรคสอง บัญญัติให้สิทธิไว้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1137/2557 การบอกล้างสัญญาประกันชีวิตภายใน 1 เดือน นับแต่วันทราบมูลอันจะบอกล้างได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 865 วรรคสอง เมื่อจำเลยผู้รับประกันภัย ปฏิเสธชดใช้เงินค่าสินไหมทดแทนและให้การต่อสู้ โดยฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยได้บอกล้างสัญญาประกันชีวิตที่ตกเป็นโมฆียะแล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่นำสืบให้ได้ความว่า จำเลยทราบมูลอันจะบอกล้างได้ตั้งแต่เมื่อใด และได้บอกล้างสัญญาดังกล่าวแล้วภายใน 1 เดือน นับแต่ทราบมูลอันจะบอกล้างได้ เมื่อทางนำสืบของจำเลยฟังไม่ได้ว่าโจทก์แจ้งให้จำเลยชำระค่าสินไหมทดแทนเมื่อใด และจำเลย

ทราบมูลอันจะบอกล้างได้เมื่อใด จำเลยนำสืบได้ความเพียงว่าจำเลยมีหนังสือบอกล้างสัญญาประกันชีวิตภายใน 2 ปี นับแต่วันต่ออายุสัญญาเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าจำเลยนำสืบว่าจำเลยได้บอกล้างสัญญาประกันชีวิตภายใน 1 เดือน นับแต่วันทราบมูลอันจะบอกล้างได้ตามมาตรา 865 วรรคสอง ดังกล่าว ดังนี้ จำเลยจึงต้องรับผิดชดใช้เงินตามสัญญาประกันชีวิตให้แก่ผู้รับประโยชน์

มีประเด็นน่าสนใจ การเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อตัวแทนของผู้รับประกันภัยจะถือว่าผู้เอาประกันภัยรับทราบด้วยหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าบุคคลคนนั้นมีฐานะเป็นตัวแทนประกันชีวิตหรือเป็นเพียงตัวแทนในการหาผู้เอาประกัน

ตัวแทนของผู้รับประกันภัยตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต ฯ มาตรา 5 บัญญัติว่า ตัวแทนประกันชีวิต หมายความว่า ผู้ซึ่งบริษัทมอบหมายให้ทำการชักชวนให้บุคคลทำสัญญาประกันชีวิตกับบริษัท และมาตรา 71 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ตัวแทนประกันชีวิตอาจทำสัญญาประกันชีวิตในนามของบริษัทได้เมื่อได้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากบริษัท

ดังนั้น ผู้เอาประกันภัยจะต้องตรวจสอบว่าบุคคลดังกล่าวมีฐานะใด เพราะหากเป็นเพียงตัวแทนในการหาผู้เอาประกันก็มีหน้าที่เพียงชักชวนให้ผู้อื่นมาทำสัญญาประกันชีวิตกับผู้รับประกันภัยเท่านั้น ไม่ถือเป็นตัวแทนในการทำสัญญาประกันชีวิต แม้ว่าจะทราบข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ไม่ถือว่าผู้ประกันภัยได้ทราบความจริงดังกล่าวด้วยแต่อย่างใดไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3229/2538 ผู้เอาประกันชีวิตรู้อยู่แล้วว่าตนเองเป็นโรคความดันโลหิตสูง แต่แจ้งใน

คำขอเอาประกันชีวิตว่าไม่เคยเป็นโรคดังกล่าว อันเป็นความเท็จสัญญาประกันชีวิตย่อมเป็นโมฆียะตาม ป.พ.พ.มาตรา 865 วรรคหนึ่ง

ส.เป็นผู้ชักชวนให้ ธ. ทำสัญญาประกันชีวิตกับจำเลย แม้ ส.รู้ว่า ธ. เป็นโรคความดันโลหิตสูง ก็จะถือว่าจำเลยรู้เช่นนั้นด้วยไม่ได้ เพราะ ส.มิได้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทน หรือเป็นตัวแทนของจำเลยผู้รับประกันชีวิต แต่เป็นเพียงผู้หาผู้ที่จะเอาประกันชีวิตและดำเนินการทำคำขอเอาประกันชีวิตให้แก่ผู้เอาประกันเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1333/2551 ตาม พ.ร.บ.ประกันชีวิตฯ มาตรา 5 ได้ให้คำจำกัดความของตัวแทนประกันชีวิตว่าหมายความว่า ผู้ซึ่งบริษัทมอบหมายให้ทำการชักชวนให้บุคคลทำสัญญาประกันชีวิตกับบริษัท และมาตรา 71 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ตัวแทนประกันชีวิตอาจทำสัญญาประกันชีวิตในนามของบริษัทได้เมื่อได้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากบริษัท แต่โจทก์ไม่ได้นำสืบว่า ช. เป็นตัวแทนประกันชีวิตผู้ได้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากจำเลยให้ทำสัญญาประกันชีวิตในนามของจำเลยได้ เช่นนี้ ช. จึงเป็นเพียงตัวแทนในการหาผู้เอาประกันมีหน้าที่ชักชวนให้ผู้อื่นมาทำสัญญาประกันชีวิตกับจำเลยเท่านั้น ไม่ใช่ตัวแทนในการทำสัญญาประกันชีวิตของจำเลย จึงไม่ใช่ตัวแทนของจำเลยตาม ป.พ.พ. การที่ ช. ได้ทราบหรือควรทราบข้อเท็จจริงขณะ

ทำหนังสือรับรองสุขภาพว่า ส. เคยป่วยเป็นโรคตับอักเสบและมีอาการแน่นหน้าอกเนื่องจากดื่มสุรามากได้รักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาล อ. จะถือว่าจำเลยได้ทราบความจริงดังกล่าวด้วยหาได้ไม่ นอกจากนี้จำเลยยังนำสืบว่าหลังจาก ส. เสียชีวิต จำเลยได้ตรวจสอบหลักฐานและประวัติเกี่ยวกับสุขภาพของ ส. ทราบผลการตรวจสอบเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2540 ว่า ส. ปกปิดข้อความจริงว่าเคยป่วยเป็นโรคตับอักเสบ หากจำเลยทราบความจริงจำเลยจะไม่ต่ออายุกรมธรรม์ประกันชีวิตกับ ส. โดยโจทก์ไม่นำสืบหักล้าง ดังนั้น การที่ ส. รู้อยู่ว่าตนเป็นโรคตับอักเสบแต่ละเว้นไม่เปิดเผยข้อความจริงที่อาจจูงใจให้จำเลยปฏิเสธไม่ทำสัญญาหรือเรียกเบี้ยประกันสูงขึ้น ย่อมทำให้สัญญาประกันชีวิตระหว่าง ส. กับจำเลยเป็นโมฆียะตาม ป.พ.พ. มาตรา 865 วรรคหนึ่ง จำเลยบอกล้างสัญญาประกันชีวิตเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2540 จึงเป็นการบอกล้างภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่จำเลยทราบมูลอันจะบอกล้างได้แล้ว

บทสรุป

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยตามคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ยกมาไว้ในเบื้องต้น ผู้เอาประกันภัยมีหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 ในอันที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลส่วนตัว (หลักสุจริต) เช่น สุขภาพ การรักษาโรค เป็นต้น แม้ว่าผู้รับประกันภัยจะแจ้งว่าไม่จำต้องตรวจสุขภาพและไม่ต้องตอบคำถามสุขภาพใด ๆ ก็ตาม เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของผู้เอาประกันภัยที่จะทำให้สัญญาประกันชีวิตมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งหากว่าผู้เอาประกันภัยละเลยหน้าที่โดยการปกปิด หรือแถลงเท็จ ในข้อเท็จจริงที่จะมีผลต่อการพิจารณาว่าจะมีความเสี่ยงภัยในการรับประกันชีวิตว่าจะรับทำสัญญาประกันชีวิต

โดยผู้เอาประกันภัยต้องเสียเบี้ยประกันสูงขึ้น หรือบอกปัดไม่รับทำสัญญาประกันชีวิต สัญญาประกันชีวิตนั้นตกเป็นโมฆียะ ผู้รับประกันภัยมีสิทธิที่จะบอกล้างสัญญาประกันชีวิตดังกล่าวให้ตกเป็นโมฆะได้ โดยผู้รับประกันภัยแสดงเจตนาบอกล้างต่อผู้เอาประกันชีวิต ผู้รับประโยชน์ หรือทายาทของผู้เอาประกันชีวิต ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ ผู้รับประกันภัยไม่ต้องชดใช้เงินตามกรมธรรม์ผู้เอาประกันชีวิต ผู้รับประโยชน์ หรือทายาทของผู้เอาประกันชีวิต คงกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่จะได้รับคืนเฉพาะเบี้ยประกันภัยที่ผู้เอาประกันชีวิตได้จ่ายไว้ก่อนที่จะมีการบอกล้างสัญญาประกันชีวิต หากสัญญาประกันชีวิตตกเป็นโมฆียะ แต่ผู้รับประกันภัยไม่ใช้สิทธิในการบอกล้างสัญญาตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือบอกล้างเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865 วรรคสอง สิทธิในการบอกล้างย่อมหมดสิ้นไป ผู้รับประกันภัยย่อมต้องรับผิดชดใช้เงินตามกรมธรรม์แก่ผู้เอาประกันชีวิต ผู้รับประโยชน์ หรือทายาทของผู้เอาประกันชีวิตต่อไป



บรรณานุกรม

จิตติ ติงศภัทิย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย* (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2516).

จำรัส เขมะรารุ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย* (กรุงเทพมหานคร: คุรุสภา, 2515).

ไชยยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยประกันภัย* (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2529).

บัญญัติ สุชีวะ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517).

สัมฤทธิ์ รัตนดารา, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย* (กรุงเทพฯ: วชิรินทร์การพิมพ์, 2519).

ศาลฎีกา, *ฎ สืบค้นคำพิพากษาเวอร์ชั่นใหม่* (31 สิงหาคม 2561) ศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.





แนวทางการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจด้านการค้าบริการของคนต่างด้าว*

The Guideline for Reforming the Trade in Service Law for Foreigners

*อัจฉราพร สีหวัฒนะ***

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการประกอบธุรกิจบริการของต่างชาติและเพื่อนำเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจการบริการให้มีความชัดเจนเกิดความโปร่งใสตามหลักการสากลซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการส่งเสริมการเข้ามาลงทุนในธุรกิจบริการจากต่างชาติและเป็นการอำนวยความสะดวกในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการ เพราะกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวปัจจุบันยังมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ห้ามการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติทำให้ในบางส่วนยังไม่สามารถเป็นเครื่องมือส่งเสริมในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในยุค Thailand 4.0 การศึกษาค้นคว้านี้ใช้วิธีการศึกษาเชิงคุณภาพร่วมกับการสัมภาษณ์เชิงลึกและใช้ทฤษฎีกฎหมายเปรียบเทียบ จึงพบว่ากฎหมายบางส่วนยังขาดการใช้หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสและการกำหนดรายการธุรกิจที่ชัดเจนเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าบริการ หากกำหนดให้ชัดเจนได้จะทำให้ลดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการและเป็นการดึงดูดให้เกิดการลงทุนในธุรกิจบริการมากกว่าการควบคุมอย่างไม่จำกัด อีกทั้งจะส่งผลดีกับการลงทุนในธุรกิจบริการจากนักลงทุนต่างชาติและเศรษฐกิจของประเทศ และเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการประกอบธุรกิจบริการของต่างประเทศพบว่ากฎหมายการประกอบธุรกิจ

**บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของดุษฎีนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต เรื่อง แนวทางการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจด้านการค้าบริการของคนต่างด้าว คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยมีรองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา*

***ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์บูรณาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น วิทยาเขตหนองคาย (นบ., นม., MBA.)*

บริการของคนต่างด้าวควรมีการปฏิรูปทั้งส่วนการกำหนดคำที่ใช้ครอบคลุมอย่างกว้างที่ส่งผลเป็นการห้ามธุรกิจทั้งหมดและส่วนที่เป็นกฎหมายสาระบัญญัติแต่ไม่เป็นผลในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

คำสำคัญ : ธุรกิจบริการ ธุรกิจต่างชาติ การค้าบริการ

Abstract

This article is part of the study of the guidelines for reforming the trade in service law for foreigners. The purpose of this article is to study the business of foreign trade in service and to provide legal advice in solving business problems with transparency based on universal principles. This will be beneficial in promoting investment in foreign services and facilitation access to the services market. Because the foreign business law prohibits foreigners in some businesses, it cannot be a tool to contribute the economic development of Thailand in the era of Thailand 4.0. This study uses qualitative methodology with in-depth interviews and comparative law theory. It was found that some laws still lack of the principle of transparency and clarity in determining the details of business services. By clarifying item in some ambiguous part of the foreign business law, it will reduce the unlimited barriers to entry into the service trade market and will attract more investment in services. This will result in better investment in services from foreign investors and will also promote the economy. When comparing with foreign business law of other countries, it is found that foreign business law of Thailand should be reformed in terms of the broad term that might be inferring to prohibit all businesses. Moreover, it should be amended some parts that is not practical. For such reasons, the foreign business law can be a part of the law for the economic development of the country.

Keywords : Services Business, Foreign Business, Trade in Service

บทนำ

ธุรกิจภาคการบริการมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจไม่ต่างไปจากภาคการผลิตสินค้าและมีแนวโน้มจะมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยีการสื่อสารออนไลน์มาใช้เป็นส่วนสำคัญในการให้บริการเพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้บริโภคเข้าถึงบริการได้มากขึ้น ธุรกิจบริการจำแนกโดยองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ได้แก่ การบริการธุรกิจ การบริการการสื่อสาร การบริการการก่อสร้าง การบริการขนส่งสินค้า การบริการการศึกษา การบริการด้านสิ่งแวดล้อม บริการด้านการเงิน บริการด้านสาธารณสุข บริการด้านการท่องเที่ยว บริการด้านวัฒนธรรมและกีฬา บริการด้านขนส่งมวลชน ธุรกิจบริการอื่น หลายประเทศต้องการขยายการเปิดตลาดการค้าบริการให้มากขึ้นเพื่อให้ธุรกิจการบริการทั้ง 12 สาขามีความเจริญเติบโต ซึ่งธุรกิจบริการเช่น บริการทางการเงิน บริการการสื่อสาร บริการด้านการก่อสร้าง บริการการท่องเที่ยว บริการด้านสุขภาพ บริการการขนส่งและการกระจายสินค้า จะสามารถเชื่อมโยงกับอุตสาหกรรมการผลิตส่งผลให้เศรษฐกิจในประเทศเข้มแข็งมากขึ้น

เศรษฐกิจในศตวรรษที่ 21 จะเป็นรูปแบบใหม่ที่พึ่งพาเทคโนโลยีโดยเฉพาะด้านการสื่อสารและนำนวัตกรรมใหม่ที่พึ่งพาเทคโนโลยีเข้ามาใช้ในภาคอุตสาหกรรมซึ่งเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจการบริการมากขึ้นโดยเป็นระบบการแข่งขันด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่สามารถสร้างมูลค่าได้มากขึ้น ธุรกิจบริการที่จะเข้ามาขับเคลื่อนอุตสาหกรรมยุคใหม่ เช่น บริการสารสนเทศการสื่อสารออนไลน์ อุตสาหกรรมพัฒนาซอฟต์แวร์ การพัฒนาเนื้อหาบนสื่อออนไลน์ การบริการทางการเงินซึ่งขับเคลื่อนด้วยเทคโนโลยี โดยอุตสาหกรรมหลักอาจไม่ต้องมีการลงทุนด้วยโรงงานอุตสาหกรรมหรือสินทรัพย์ที่มีเนื้อที่โรงงานขนาดใหญ่ บริษัทใหญ่อาจลดขนาดลงมากลายเป็นศูนย์กลางการจัดการที่มีธุรกิจบริการเกี่ยวกับการกระจายสินค้า ที่ใช้ธุรกิจบริการทางการเงินและธุรกิจบริการด้านเนื้อหาบนสื่อออนไลน์เข้ามาช่วยขับเคลื่อนธุรกิจมากขึ้น

สำหรับประเทศไทยธุรกิจบริการมีความเจริญเติบโตในระดับหนึ่งแต่ยังไม่สูงพอเมื่อเทียบกับบางประเทศในกลุ่มอาเซียน ธุรกิจภาคบริการของไทยยังมีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดหากจัดตามลำดับความยากง่ายในการทำธุรกิจยังเป็นอันดับรองจากประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย[1] เพราะไทยยังมีข้อจำกัดตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและมีการกำหนดห้ามธุรกิจบริการที่อนุมานได้ว่าครอบคลุมทุกประเภทธุรกิจ นอกจากนั้นในรายละเอียดแต่ละสาขาบริการยังมีกฎหมายประกอบเฉพาะเรื่องเช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวอย่างเช่น การเป็นผู้จัดการในบางธุรกิจบริการต้องเป็นคนสัญชาติไทยหรือมีข้อจำกัดการกำหนดคุณสมบัติ

[1]WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2018 Equal opportunity for all* (1 November 2018) doingbusiness <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB18-Report.pdf>.

ของผู้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีหรือข้อจำกัดอื่นตามกฎหมายเฉพาะในแต่ละประเภทธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่าหลายประเทศส่งเสริมธุรกิจบริการด้วยการลดอุปสรรคที่เป็นข้อจำกัดของกฎหมายธุรกิจบริการลงจึงเป็นสิ่งที่ท้าทายสำหรับประเทศไทยเนื่องจากแต่เดิมประเทศไทยมีนโยบายที่ต้องการสงวนธุรกิจบริการไว้สำหรับคนไทยด้วยเหตุผลความจำเป็นด้านเหตุผลพิเศษ หรือด้านความปลอดภัย ความมั่นคง มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมซึ่งเหตุผลข้างต้นนี้ถือเป็นหลักสากลเป็นที่ยอมรับและประเทศต่าง ๆ นำไปใช้ ส่วนที่เป็นลักษณะเฉพาะของไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติกำหนดรายการธุรกิจไว้ในบัญชี 3 ใน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมในการแข่งขันจึงห้ามคนต่างชาติประกอบธุรกิจ 20 รายการ นอกจากนั้นยังได้กำหนดไว้ในรายการที่ 21 ห้ามการทำธุรกิจบริการอื่นด้วย ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อสร้างความชัดเจนโปร่งใสตามหลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสและเพื่อส่งเสริมการแข่งขันในปัจจุบันจึงสมควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการห้ามคนต่างชาติประกอบธุรกิจแต่มีธุรกิจบริการหลายสาขาตามบัญชี 3 ที่คนต่างชาติบางประเภทได้สิทธิประกอบธุรกิจ เช่น คนต่างชาติที่ได้สิทธิตามสนธิสัญญาหรือตามความผูกพันที่ไทยมีพันธกรณีไว้ คนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยผ่านทางกฎหมายส่งเสริมการลงทุน และ ต่างชาติอาศัยสิทธิจากการใช้ตัวแทนนอมินีทำการแทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าคนต่างชาติประกอบธุรกิจที่ห้ามตามกฎหมายได้ นอกจากนั้นจากการศึกษาพบว่ากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีการบังคับใช้มาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2515 เป็นประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีบัญชีแนบท้ายประกาศสามบัญชี และต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แทนและมีบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ เช่นกัน กฎหมายทั้งสองฉบับถือเป็นกฎหมายหลักใช้บังคับเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการของต่างชาติมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะในบัญชี 3 ที่กำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามไว้ 21 รายการโดยมีรายการข้อ 21 ไม่ได้ระบุไว้ว่าห้ามธุรกิจสาขาใดแต่ใช้คำครอบคลุมว่าเป็นธุรกิจบริการอื่นซึ่งอนุมานได้ว่าห้ามทั้งหมดซึ่งในขณะนั้นระบุรายการไม่ได้ แต่ปัจจุบันนี้สามารถกำหนดได้ว่าในธุรกิจข้อ 21 เป็นธุรกิจบริการใดซึ่งหากสามารถออกเป็นกฎกระทรวงจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน โปร่งใสเท่าเทียมนานาประเทศและจะเป็นกฎหมายเพื่อการพัฒนาศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจรวมทั้งช่วยส่งเสริมขีดความสามารถในการแข่งขันภายในและนอกประเทศได้มากขึ้น

ในการศึกษานี้ผู้ศึกษาจึงศึกษาวิเคราะห์การนำหลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสตามหลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกมาใช้เพื่อลดปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมายและลดการใช้

ดุลพินิจในการอนุญาตหรือไม่ เพื่อเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายให้มีความชัดเจนเหมาะสมกับนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติและต้องการให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีอันดับความยากง่ายต่อการเข้ามาทำธุรกิจของต่างชาติที่ดีขึ้น นอกจากนั้นได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อจำกัดทางกฎหมายที่ต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ การลดความยุ่งยากซับซ้อนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกาศ ระเบียบเดิมที่มีอยู่จำนวนมากให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในการดำเนินธุรกิจปัจจุบันเพื่อช่วยรองรับการประกอบธุรกิจบริการระดับสากลและส่งเสริมนโยบาย Thailand 4.0 ซึ่งจะทำให้ขีดความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มมากขึ้น

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) เพื่อศึกษาหลักการ แนวคิด ทฤษฎี การเปิดเสรีการลงทุนในธุรกิจการค้าบริการ การประกอบธุรกิจของต่างชาติตามหลักเกณฑ์สากล

2) เพื่อศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทย

3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทยและต่างประเทศและเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนและเหมาะสม

สมมติฐานการวิจัย

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่ถ้าหากปรับปรุงรายการธุรกิจและบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ ให้มีความชัดเจนจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจนโปร่งใสและเป็นแนวทางเพิ่มความสามารถในการแข่งขันการประกอบธุรกิจบริการในประเทศได้ดีขึ้น

ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ศึกษาเอกสารเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เปรียบเทียบกฎหมายการประกอบธุรกิจของต่างประเทศในประเทศที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจและพัฒนาด้านกฎหมาย เช่น ประเทศสิงคโปร์ กับกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา เช่น ประเทศอินโดนีเซีย เวียดนาม เปรียบเทียบกับกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติด้านธุรกิจบริการของประเทศไทยคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นอกจากนั้นได้มีการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) จากตัวอย่าง 3 กลุ่มคือ นักวิชาการด้านกฎหมายธุรกิจ ที่ปรึกษากฎหมายและทนายความที่ทำงานเกี่ยวกับการเข้ามาประกอบธุรกิจของต่างชาติ และเจ้าหน้าที่ภาครัฐของกระทรวงพาณิชย์ที่ปฏิบัติงานด้านการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทำให้ทราบหลักการ แนวคิด ทฤษฎี การเปิดเสรีการลงทุนในธุรกิจการค้าบริการ การประกอบธุรกิจของต่างชาติตามหลักเกณฑ์สากล

2) ทำให้ทราบปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทย

3) ทำให้สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทยกับต่างประเทศและเสนอแนะแนวทางพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนและเหมาะสม

วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) มีระเบียบวิธีวิจัยเป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) และการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-Depth Interview) จากนักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เชี่ยวชาญด้านการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อนำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์สังเคราะห์ อภิปราย เปรียบเทียบข้อมูลทางวิชาการกับเนื้อหากฎหมาย วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ของไทยกับต่างประเทศ ซึ่งจำแนกข้อมูลและวิธีดำเนินการได้ดังนี้

1) การเก็บรวบรวมข้อมูลปฐมภูมิ ผู้ศึกษาได้รวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา รายงานการประชุม กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และผู้ศึกษาทำการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-depth interview) ความคิดเห็นจากนักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ทรงคุณวุฒิ นักกฎหมายจำนวน 7 ท่าน ในประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

2) การเก็บรวบรวมข้อมูลทุติยภูมิจากการทบทวนวรรณกรรม (Literature Review) ผู้ศึกษาได้รวบรวมข้อมูลจากเอกสารทางวิชาการ หนังสือ ตำรา บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย เอกสารทางกฎหมายของส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศและโดยการสืบค้นทางอินเตอร์เน็ตจากฐานข้อมูลในประเทศและต่างประเทศ

ผลการวิจัย

จากผลการวิจัยพบว่าหลักเกณฑ์ของธุรกิจการค้าบริการมีพื้นฐานจากองค์การการค้าโลก ตามความตกลงทางการค้าของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS) เพื่อความตกลงร่วมกันในการเปิดเสรีการค้าบริการของสมาชิกองค์การการค้าโลก หลักการสำคัญที่กำหนดไว้ถูกนำไปใช้ในความตกลงต่างๆ มีดังต่อไปนี้

1) หลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non- Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ คือหลักการที่ประเทศภาคีประเทศใดประเทศหนึ่งปฏิบัติต่อประเทศภาคีใดอีกประเทศหนึ่งอย่างไรจะต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อประเทศภาคีอื่นด้วย ทุกประเทศ

ภาคีจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับในทางการค้าประเทศสมาชิกจะไม่สามารถเลือกปฏิบัติกับสินค้าและบริการกับประเทศคู่ค้าได้

2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT)

ตามข้อตกลง GATS วางหลักว่า "ในภาคธุรกิจที่ระบุไว้ในกำหนดการและภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขและคุณสมบัติใด ๆ ที่ระบุไว้ในกำหนดการให้สมาชิกแต่ละสมาชิกให้การบริการหรือผู้ให้บริการของสมาชิกอื่นใดในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการทั้งปวงที่กระทบกระเทือนต่อการให้บริการซึ่งการปฏิบัติที่เป็นคุณไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าที่ตนให้แก่การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันของตนเอง" กล่าวคือรัฐสมาชิกต้องปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกอื่นในรูปแบบที่เหมือนกันทุกประการ เช่นเดียวกับที่รัฐสมาชิกนั้นปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศตน[2] หลักการนี้ทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างนักลงทุนท้องถิ่นกับนักลงทุนต่างด้าวมากขึ้น เนื่องจากประเทศที่รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนที่ไม่น้อยหรือเท่าเทียมกับที่ปฏิบัติให้แก่นักลงทุนในชาติทำให้เกิดการแข่งขันที่เท่าเทียมระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนท้องถิ่น

3) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most – Favored Nation Treatment: MFN)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติวางหลักไว้ว่าสิทธิหรือประโยชน์ใดที่ประเทศภาคีใดประเทศหนึ่งให้กับสินค้าที่มาจากหรือนำเข้ามาจากอีกประเทศภาคีใดประเทศหนึ่ง สิทธิหรือประโยชน์นั้นจะต้องตกไปยังสินค้าชนิดเดียวกันที่มาจากประเทศภาคีอื่นทุกประเทศโดยอัตโนมัติและไม่มีเงื่อนไข[3] ซึ่งเป็นหลักที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติกับการค้าบริการและให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่นๆ ห้ามเลือกปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกัน[4] หากประเทศสมาชิกจะให้สิทธิพิเศษทางการค้าแก่ประเทศใดก็ต้องให้ประเทศสมาชิกอื่นได้รับสิทธิพิเศษนั้นด้วย[5]

4) การลดข้อจำกัดด้านการเปิดตลาด (Market Access)

หลักการนี้เป็นการให้รัฐสมาชิกปฏิบัติต่อการบริการหรือการให้บริการระหว่างกันตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยห้ามกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดบริการ เว้นแต่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะที่กำหนดตามรูปแบบที่ตนจะเปิดตลาดไว้ ซึ่งในตารางข้อผูกพันเฉพาะรัฐสมาชิกสามารถวางกรอบ

---

[2] *กฎหมายการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพฯ: ไอ เอ็ม บุ๊คส์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2551) 86.

[3] ทัชชมัย ฤกษะสุต, *แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO)* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2546) 2-4.

[4] เพิ่งอ้าง, 40.

[5] พรเทพ เบญญาอภิกุล, *GATs ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โครงการ WTO Watch* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) 42-43.

ของตนไว้ได้ เช่น การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ การจำกัดการเข้าร่วมทุนของต่างชาติโดยการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของชาวต่างชาติ หรือสัดส่วนขั้นสูงที่อนุญาตให้ชาวต่างชาติถือหุ้นได้ การจำกัดจำนวนบุคคลที่ว่าจ้างหรือโควตาหรือจำนวนแรงงานต่างชาติในสาขาบริการ การจำกัดมูลค่ารวมของการค้าบริการ และการจำกัดจำนวนผู้ประกอบการหรือปริมาณผลผลิตที่ได้ เป็นต้น

5) หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใส (Transparency)

หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสเป็นหลักการระหว่างประเทศที่ WTO กำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ความสำคัญในระดับการปฏิบัติเช่นเดียวกับองค์การสหประชาชาติโดย United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ได้กำหนดไว้ใน UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation ให้ประเทศสมาชิกต้องเปิดเผยข้อกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับให้สาธารณชนทราบอย่างโปร่งใสตรวจสอบได้ เพื่อยกระดับความเจริญและการพัฒนาด้านกฎหมายภายในประเทศให้ทั่วโลกยอมรับยกเว้นข้อมูลที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ

6) หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไป หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไปภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกมีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลกต้องเปิดตลาดธุรกิจบริการให้แก่กันมากขึ้น โดยเฉพาะภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการอาเซียนต้องการให้ประเทศสมาชิกอาเซียนมีการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไปให้มากกว่าที่มีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลก แม้จะยืดหยุ่นให้เป็นไปตามความพร้อมของแต่ละประเทศเพื่อให้เวลาแก่รัฐสมาชิกไปกำหนดกฎระเบียบภายในของประเทศตนอย่างเหมาะสม แต่โดยหลักการได้มุ่งเน้นการลดหรือยกเลิกข้อกำหนดหรือกฎระเบียบที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงตลาดและการแข่งขัน ซึ่งประเทศสมาชิกต้องทบทวนความก้าวหน้าตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในความตกลง

สำหรับรูปแบบการบริการระหว่างประเทศตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) แบ่งเป็น 4 รูปแบบ คือ[6] รูปแบบที่ 1 การบริการข้ามพรมแดน (Cross - Border Supply) หรือ Mode 1 เป็นการให้บริการจากพรมแดนของประเทศสมาชิกหนึ่งไปสู่พรมแดนของประเทศสมาชิกอื่นที่เป็นลูกค้า รูปแบบที่ 2 การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad) หรือ Mode 2 เป็นการให้ในพรมแดนของประเทศผู้ให้บริการอาศัยการเคลื่อนที่ของผู้บริโภคเข้าไปหาผู้ให้บริการในประเทศผู้ให้บริการ รูปแบบที่ 3 การจัดตั้งธุรกิจ (Consumption Presence) หรือ Mode 3 เป็นการเข้าไปลงทุนจัดตั้งธุรกิจในประเทศลูกค้าอาจเข้าไปจัดตั้งสาขา สำนักงานตัวแทนหรือบริษัท และรูปแบบที่ 4 การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) หรือ Mode 4 เป็นการเข้าไปให้บริการโดยบุคคล

[6]World Trade Organization, *Basic Purpose and Concepts, 1.3 Definition of Services Trade and Modes of Supply* (31 October 2017) WTO <https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c1s3p1_e.htm>.

ธรรมดาเพื่อบริการด้านต่าง ๆ ในประเทศลูกค้า สำหรับรูปแบบที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติด้านการค้าบริการตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มากที่สุดได้แก่รูปแบบที่ 3 เป็นการจัดตั้งธุรกิจการค้าบริการหรือสาขาบริการในประเทศไทย

นอกจากนั้นมีแนวคิดการอำนวยความสะดวกด้านการค้าและบริการขององค์กรระหว่างประเทศที่สำคัญรวมถึงแนวนโยบายของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ ได้แก่

1) แนวคิดการอำนวยความสะดวกทางการค้าของ United Nations Conference on trade and Development (UNCTAD)[7] เป็นองค์กรการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนาซึ่งเป็นกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศภายใต้องค์การสหประชาชาติที่จัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2507 มีสมาชิก 194 ประเทศจากทั่วโลกโดยเน้นการส่งเสริมการพัฒนาด้านการลงทุน การเงิน เทคโนโลยี พัฒนาองค์กรธุรกิจและการพัฒนาอย่างยั่งยืน มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการอำนวยความสะดวกทางการค้าไว้ใน UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation 10 ข้อ เพื่อให้ประเทศสมาชิกนำไปเป็นแนวทางการกำหนดนโยบายที่สร้างความเจริญทางเศรษฐกิจและมีการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน[8] เช่น ส่งเสริมการเข้าถึงข้อมูล ส่งเสริมการสร้างความโปร่งใสในการกำหนดนโยบายการลงทุน หลักเกณฑ์ และวิธีการที่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุน การให้ข้อมูลที่ชัดเจน เป็นต้น

2) แนวคิดการอำนวยความสะดวกด้านการประกอบธุรกิจบริการในประเทศไทย โดยให้ความสำคัญในเรื่องการสร้างงาน สร้างรายได้และการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางธุรกิจระหว่างประเทศโดยเฉพาะในเรื่องการจัดอันดับของธนาคารโลกเกี่ยวกับความยากง่ายในการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ประเทศไทยจัดอยู่ในอันดับ 46 จาก 190 ประเทศ[9] รัฐบาลจึงเห็นความสำคัญในการอำนวยความสะดวก ลดขั้นตอนและดึงดูดเม็ดเงินการลงทุน จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจให้เกิดความคล่องตัวมีการแก้ไขกฎหมายอย่างเร่งด่วนโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ออกคำสั่งหัวหน้า

---

[7]ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ *กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, กรอบความร่วมมือเศรษฐกิจระหว่างประเทศ* (1 เมษายน 2557) กระทรวงการต่างประเทศ <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperations/252/16503-การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนา-(-UNC.html>.

[8]UNCTAD NATION, *GLOBAL ACTION MENU FOR INVESTMENT FACILITATION* (3 May 2016) UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/InvestmentFacilitation_Review%20Note%203%20feb.pdf>.

[9]WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2017 Equal opportunity for all* (31 October 2017) doingbusiness <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>.

คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 21/2560[10] เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ เพื่อลดความยุ่งยากซับซ้อนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกาศ ระเบียบเดิมที่มีอยู่จำนวนมากให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในการดำเนินธุรกิจปัจจุบันเพื่อช่วยรองรับการประกอบธุรกิจระดับสากล ซึ่งคาดว่าจะส่งผลให้การจัดอันดับของธนาคารโลกต่อประเทศไทยในครั้งต่อไปดีขึ้น โดยมีการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้วได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541

สำหรับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับด้านการค้าบริการและการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ ทฤษฎีห่านบิน “flying-geese”[11] โดย Akamatsu ที่สนับสนุนการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ อธิบายว่าในระยะแรกของการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศจะเริ่มจากประเทศที่มีเทคโนโลยีการผลิตที่มีความพร้อมมากเข้าไปลงทุนในประเทศที่มีทรัพยากรที่เหมาะสมแก่การผลิตเพื่อใช้เป็นฐานการผลิตเพื่อการส่งออก ประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์จากการได้รับความรู้ความชำนาญด้านการผลิตมากขึ้นและผู้ลงทุนจะได้รับผลผลิตที่ดีขึ้นและผลตอบแทนที่มากขึ้น ส่วนในระยะที่สองประเทศผู้รับการลงทุนจะมีการพัฒนาความรู้ความชำนาญจนสามารถเป็นผู้ผลิตเพื่อการส่งออกเองได้และกลายเป็นผู้ลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศในประเทศอื่น ๆ ต่อไป ซึ่งจะกลายเป็นวงจรการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ ดังนั้น ข้อดีของการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงลงทุนในธุรกิจบริการจากต่างประเทศก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศผู้ลงทุน (Home Country) และประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ทั้งสองฝ่ายต่างได้รับประโยชน์จากการแลกเปลี่ยนทรัพยากรและใช้ทรัพยากรร่วมกันตามทฤษฎีข้างต้น[12]

เมื่อคนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศจะต้องขออนุญาตเพื่อประกอบธุรกิจ ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเป็นทฤษฎีการใช้อำนาจขององค์กรรัฐในการออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามกฎหมายมี 2 ลักษณะได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบ

---

[10]ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 97 ง 4 เมษายน 2560, คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 21/2560 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ, 49.

[11]Terutomo Ozawa, *The (Japan – Born) ‘Flying – Geese’ Theory of Economic Development Revisited and Reformulated from a Structuralist Perspective* (2 October 2017) ResearchGate <https://www.researchgate.net/publication/228030432_The_Japan-Born_'Flying-Geese'_Theory_of_Economic_Development_Revisited_- nd_Reformulated_from_a_Structuralist_Perspective>.

[12]สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, *โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)* (กรุงเทพมหานคร: ออนป้า, 2557) 79-80.

ให้องค์กรรัฐเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เป็นอำนาจหน้าที่ที่องค์กรรัฐมีการเลือกตัดสินใจได้โดยการออกคำสั่ง เช่น อนุญาตหรือไม่อนุญาตตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อำนาจจึงมีลักษณะให้ฝ่ายองค์กรรัฐมีอิสระในการตัดสินใจตามข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เป็นเงื่อนไขตามกฎหมาย ผู้ออกคำสั่งจึงมีอิสระสามารถเลือกได้[13] แต่ทั้งนี้ การออกคำสั่งขององค์กรรัฐอาจยึดแนวปฏิบัติหรือแนวนโยบายของรัฐบาลมาเป็นเกณฑ์ในการออกคำสั่งซึ่งการกำหนดนโยบายมาจากผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือองค์กรเป็นผู้กำหนดไว้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่องค์กรรัฐบางครั้งอาจไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างที่ควรเป็นตามกฎหมาย คณะกรรมการฯ ในแต่ละสมัยอาจใช้ดุลพินิจไปตามแนวนโยบาย ประกาศและระเบียบของกระทรวงที่มีอยู่ในขณะนั้น

สรุปผลการวิจัย

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายหลักเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าบริการของคนต่างชาติคือพ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีผลถึงการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจบริการวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฯ นี้ต้องการส่งเสริมให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจบริการและในขณะเดียวกันต้องการปกป้องธุรกิจบริการไว้ให้คนไทยด้วย จึงมีความย้อนแย้งจากแนวความคิดเดิมที่ต้องการสงวนธุรกิจบริการไว้ให้คนไทยกับแนวคิดปัจจุบันที่ต้องการเปิดตลาดและอำนวยความสะดวกให้แก่การเข้ามาประกอบธุรกิจของต่างชาติให้มากขึ้น

เมื่อรัฐบาลมีนโยบายให้ความสำคัญในการอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจของต่างชาติมากขึ้น เช่น มีการปรับปรุงกฎหมายตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 21/2560 เพื่อทำให้เกิดความสะดวกในการจดทะเบียนนิติบุคคล เช่น จดทะเบียนในที่ใดก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นในพื้นที่ที่สถานประกอบกิจการตั้งอยู่ ให้บริษัทนิติบุคคลสามารถกำหนดวิธีการหาทางออกในกรณีที่ไม่สามารถหาข้อยุติได้โดยการทำความตกลงหรือข้อบังคับเพื่อระงับข้อขัดแย้งระหว่างกรรมการหรือผู้ถือหุ้น ขั้นตอนการเริ่มต้นธุรกิจเพื่อรองรับการพัฒนาการ จดทะเบียนนิติบุคคลในระบบออนไลน์ ส่วนด้านความโปร่งใสกำหนดให้การเข้าถึงข้อมูลให้มีการโฆษณาคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล หรือประกาศหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ เป็นต้น

สำหรับด้านการเข้ามาลงทุนในธุรกิจบริการของต่างชาติในประเทศไทยแม้จะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไปบางส่วนแต่ผู้ศึกษาพบว่าคงมีบางส่วนที่ไม่มีความชัดเจนและเป็นข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจบริการซึ่ง

[13]ชัยภัทร ทั่งทอง, *การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่รัฐ* (นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) 29-30.

หากได้รับการปรับปรุงแก้ไขจะเป็นการพัฒนากฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกต่อการประกอบธุรกิจและส่งเสริมการแข่งขันการประกอบธุรกิจในประเทศได้มากขึ้น ในพระราชบัญญัติฯ มีข้อจำกัดในการอำนวยความสะดวกตามบัญชี 3 ที่กำหนดการห้ามเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจบริการของต่างชาติไว้ ที่สำคัญมี 2 ส่วน คือ ส่วนแรกกำหนดเหตุผลว่าเนื่องจากคนไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน ส่วนที่สองกำหนดรายละเอียดในรายการธุรกิจไว้ 21 ข้อ และในข้อ 21 ใช้คำครอบคลุมแบบกว้างไว้ว่า การทำธุรกิจบริการอื่นหมายถึงธุรกิจอื่น ๆ ทุกประเภทที่คนไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขันห้ามต่างชาติประกอบธุรกิจก่อน ซึ่งสามารถทำความเข้าใจได้ว่าเหตุผลในขณะนั้นคงเนื่องจากขณะที่ร่างกฎหมายมีธุรกิจอื่นอีกหลายอย่างที่ขณะนั้นคาดการณ์ไม่ได้และยังไม่เห็นเป็นรูปธรรม จึงยังระบุชัดเจนไม่ได้ว่ามีรายการธุรกิจใด จึงกำหนดห้ามทำธุรกิจบริการอื่นซึ่งอนุมานได้ว่าห้ามทุกประเภทธุรกิจบริการ ซึ่งเป็นความไม่ชัดเจนของกฎหมายตามหลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใส ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากลและสอดคล้องกับนโยบายด้านการส่งเสริมเศรษฐกิจการลงทุนในธุรกิจบริการที่ขยายตัวมากขึ้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสามารถพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนมากกว่าเดิมได้ ทั้งในบัญชี 3 ของพ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และในข้อ 21 ที่สามารถกำหนดรายการธุรกิจบริการอื่นให้ชัดเจนได้

อภิปรายผล

ในต่างประเทศหลายประเทศได้ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของต่างชาติเพื่อดึงดูดการลงทุนธุรกิจบริการจากต่างชาติ เช่น สิงคโปร์ อินโดนีเซีย เวียดนามและจีน จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบความแตกต่างและข้อดีข้อเสียไม่เหมือนกัน โดยทั่วไปพบว่าในประเทศที่พัฒนาแล้วเช่นประเทศสิงคโปร์และประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น ประเทศอินโดนีเซีย เวียดนาม ใช้กฎหมายการลงทุน (Law on Investment) เป็นกฎหมายหลักฉบับเดียวบังคับการเข้าไปลงทุนทั้งในภาคอุตสาหกรรมการผลิตและการประกอบธุรกิจบริการของคนต่างชาติเนื่องจากการเข้าไปประกอบกิจการผลิตหรือประกอบธุรกิจบริการถือว่าเป็นการเข้าไปลงทุนโดยตรงในต่างประเทศต้องใช้กฎหมายการลงทุน โดยในประเทศดังกล่าวไม่พบว่ามีกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ (Foreign Business Law) แยกออกมาเป็นหลักอีกฉบับหนึ่งสำหรับธุรกิจบริการเช่น ประเทศไทยใช้ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้น เงื่อนไขการลงทุนในธุรกิจบริการสำหรับคนต่างชาติจะบัญญัติไว้ในกฎหมายการลงทุนหากเป็นธุรกิจเฉพาะสาขาก็จะมีกฎหมายเฉพาะธุรกิจนั้น ๆ รองรับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการเงิน กฎหมายการขนส่ง กฎหมายการท่องเที่ยว กฎหมายการก่อสร้าง เป็นต้น หรือมีกฎหมายของท้องถิ่นที่คนต่างชาติต้องขออนุญาตตามเงื่อนไขของประเภทธุรกิจในเขตนั้น ๆ

ก่อน ในต่างประเทศกฎหมายการลงทุนจึงเป็นกฎหมายหลักจึงต่างกับประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายหลัก

ในประเทศสิงคโปร์ส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจบริการจากทุนภายนอกประเทศกฎหมายภายในจึงเอื้ออำนวยให้นักลงทุนมาก ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายของประเทศสิงคโปร์มีการนำหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการเข้าสู่ตลาด หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสมาใช้ ข้อดีของกฎหมายการลงทุนที่เห็นชัดเจนคือผู้ประกอบธุรกิจชาวสิงคโปร์กับผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติมีความเท่าเทียมกันโดยผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติสามารถถือหุ้นในการลงทุนได้หนึ่งร้อยเปอร์เซ็นต์ในธุรกิจบริการที่กำหนดให้ นอกจากนั้นผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติสามารถเข้าไปจัดตั้งบริษัทในสิงคโปร์ได้ด้วยความสะดวกและรวดเร็ว โดยเริ่มที่ทุนจดทะเบียนขั้นต่ำเพียง 1 เหรียญสิงคโปร์ แต่ตาม พ.ร.บ.ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดให้คนต่างชาตินำหรือส่งเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาอย่างน้อย 2 ล้านบาท ส่วนรายการธุรกิจที่ประเทศสิงคโปร์กำหนดห้ามมีการกำหนดรายการธุรกิจไว้อย่างชัดเจน หรือธุรกิจใดต้องการอนุญาตให้คนต่างชาติลงทุนได้ในสัดส่วนเท่าใดจะกำหนดไว้ชัดเจน เช่น ธุรกิจการกระจายเสียง การจัดสรรคลื่นความถี่ คนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้สูงสุดไม่เกินร้อยละ 49 ธุรกิจด้านหนังสือพิมพ์ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 5 และกำหนดอาชีพสงวนที่ห้ามเป็นรายการที่ชัดเจนเช่น ห้ามคนต่างชาติเข้าไปประกอบธุรกิจบริการด้านกฎหมาย อาชีพทนายความ การลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวกับกิจการรัฐวิสาหกิจ ธุรกิจการบิน บริการสาธารณะ ธุรกิจการตีพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ธุรกิจเกี่ยวกับอาวุธยุทโธปกรณ์ เป็นต้น นอกจากที่กำหนดรายการห้ามไว้นั้นคนต่างชาติมีสิทธิประกอบธุรกิจเท่าเทียมกับคนชาติซึ่งของประเทศไทยจะกำหนดเป็นธุรกิจบริการที่ห้ามไว้ตามบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 แต่สามารถขออนุญาตได้ตามเงื่อนไข

ในประเทศอินโดนีเซียรัฐบาลได้ให้ความสำคัญในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนธุรกิจบริการซึ่งเป็นผลดีต่อนักลงทุนอาเซียนกรณีเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นในกิจการให้บริการขนส่งทางทะเลได้ร้อยละ 60 ส่วนนักลงทุนต่างชาตินอกอาเซียนจะถือหุ้นได้ร้อยละ 49 ส่วนกฎหมายธุรกิจบริการก่อสร้างมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มสัดส่วนการลงทุนในธุรกิจก่อสร้างแก่นักลงทุนต่างชาติทั่วไปจากร้อยละ 55 ปรับเพิ่มเป็นร้อยละ 67 ส่วนธุรกิจที่ห้ามต่างชาติประกอบธุรกิจกำหนดไว้ชัดเจนรวมไว้ด้วยกันทั้งอุตสาหกรรมและธุรกิจบริการ เช่น ห้ามนักลงทุนต่างชาติโดยเด็ดขาดในการตั้งเสาสูงโทรคมนาคม นอกจากนั้นเป็นกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนโดยทั่วไปในธุรกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคง ความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การพนันหรือคาสิโน ประวัติศาสตร์และโบราณวัตถุ พิพิธภัณฑ์หรือโบราณวัตถุ ธุรกิจที่เกี่ยวกับจารีตประเพณี ธุรกิจเกี่ยวกับอนุสาวรีย์ สถานที่หวงแหนหรือสถานที่สักการบูชา ธุรกิจเกี่ยวกับกัญชา ธุรกิจเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและ

ธรรมชาติการใช้ประโยชน์จากแนวปะการัง ธุรกิจเกี่ยวกับปลาชนิดที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) อุตสาหกรรมที่ทำลายสิ่งแวดล้อม อุตสาหกรรมเคมีที่มีสารประกอบอันตราย อุตสาหกรรมเครื่องดื่มที่ประกอบด้วยแอลกอฮอล์ อุตสาหกรรมโลหะหนัก ธุรกิจเกี่ยวกับคลื่นวิทยุและสถานีตรวจสอบวงโคจรดาวเทียม ธุรกิจเกี่ยวกับวิทยุและโทรทัศน์การกระจายเสียงสาธารณะ ธุรกิจเกี่ยวกับการดำเนินการของสถานีขนส่ง ธุรกิจเกี่ยวกับการติดตั้งดูแลรักษาสัญญาณบนถนน ธุรกิจเกี่ยวกับการจัดการของมีน้ำหนักของสถานีขนส่ง การทดสอบประเภทเครื่องยนต์และระยะทางของเครื่องยนต์ ธุรกิจเกี่ยวกับการสื่อสารหรืออุปกรณ์การเดินเรือขนส่ง ระบบข้อมูลการจราจรเรือและระบบการจราจรทางอากาศ

สำหรับธุรกิจที่ไม่เปิดให้คนต่างชาติเข้าไปลงทุนกำหนดไว้ด้วยเหตุผลเนื่องจากสงวนไว้เป็นพิเศษสำหรับคนชาติโดยเฉพาะบริษัทขนาดเล็กและขนาดกลางในอินโดนีเซียและธุรกิจประเภททรัพยากรพลังงานและแร่ธาตุ วัฒนธรรมและการท่องเที่ยว ป่าไม้ กิจการทางทะเลและการประมง ส่วนธุรกิจบางประเภทกำหนดเป็นธุรกิจที่ต่างชาติประกอบกิจการได้อย่างมีเงื่อนไข เช่น กิจการที่ต้องเป็นหุ้นส่วน กิจการที่จำกัดเงินลงทุนของต่างชาติ กิจการที่มีข้อกำหนดเรื่องสถานที่ตั้ง กิจการที่ต้องขอใบอนุญาตพิเศษ กิจการที่สงวนไว้สำหรับชาวอินโดนีเซียเท่านั้น หรือบางกิจการมีเงื่อนไขทั้งเงินลงทุนและสถานที่ตั้ง ผู้ศึกษาเห็นว่าของประเทศอินโดนีเซียกำหนดรายการธุรกิจบริการที่ห้ามไว้หลายรายการเช่นเดียวกับประเทศไทยที่เน้นการปกป้องธุรกิจให้คนชาติแต่รายการธุรกิจที่กำหนดมีความชัดเจนมากกว่าเนื่องจากไม่มีคำว่าธุรกิจบริการอื่น และธุรกิจบริการที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและโครงสร้างพื้นฐาน เช่น บริการการก่อสร้างมีการกำหนดสัดส่วนคนต่างชาติให้ลงทุนได้มากขึ้นเป็นการขยายโอกาสสำหรับการลงทุนในธุรกิจบริการก่อสร้างอย่างชัดเจน

ส่วนประเทศเวียดนามกำลังมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการลงทุนให้เป็นฉบับเดียวที่สามารถใช้ครอบคลุมได้กับคนต่างชาติและคนชาติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการ ประเทศเวียดนามจึงพัฒนากฎหมายการลงทุนอย่างต่อเนื่อง จึงเป็นผลดีต่อต่างชาติที่จะเข้าไปลงทุน กฎหมายธุรกิจการค้าบริการที่พัฒนาไปเช่น การยกเลิกเงื่อนไขที่ห้ามนักลงทุนชาวต่างชาติถือหุ้นในกิจการของชาวเวียดนามเกินร้อยละ 30 ส่วนในประเภทธุรกิจที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูงหรือเทคโนโลยีใหม่จะมีข้อกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจ้างผู้จัดการหรือผู้เชี่ยวชาญที่เป็นคนต่างชาติได้ นอกจากนั้น เวียดนามส่งเสริมให้มีกิจการร่วมทุนตามกฎหมายของบริษัทร่วมทุน (Joint Venture) โครงการที่ต้องทำเป็นสัญญาร่วมลงทุนธุรกิจหรือกิจการร่วมค้า เป็นโครงการขนาดใหญ่ เช่น การขุดค้นทรัพยากรธรรมชาติและน้ำมัน

การขนส่งทางอากาศ ทางรถไฟ ทางทะเล การขนส่งผู้โดยสารและการก่อสร้างทางเรือ การก่อสร้างทางอากาศยาน ยกเว้นกรณีทำสัญญาลักษณะสร้าง-ให้บริการ-โอนทรัพย์สิน (Build-Operate-Transfer: BOT) สัญญาลักษณะสร้าง-โอนทรัพย์สิน- ให้บริการ (Build-Transfer-Operate: BTO) หรือ สัญญาลักษณะสร้าง-โอนทรัพย์สิน (Build-Transfer: BT) ส่วนประเภทธุรกิจที่ห้ามต่างชาติกำหนดไว้ตามเกณฑ์ทั่วไป ได้แก่ โครงการที่เป็นอันตรายต่อกองทัพ ความมั่นคง และกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ โครงการที่ถือว่าเป็นอันตรายต่อประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม จริยธรรม และสิ่งตกทอดจารีตประเพณีอันดีงามของเวียดนาม เป็นต้น[14] จึงเห็นได้ว่าประเทศเวียดนามใช้กฎหมายการลงทุนเป็นหลักในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนธุรกิจของคนต่างชาติ

สำหรับประเทศจีนแม้จะมีการปกครองแบบคอมมิวนิสต์แต่ได้มีการปฏิรูปเศรษฐกิจให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของตลาดโลกและเป็นประเทศผู้นำด้านเศรษฐกิจของโลกอีกประเทศหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ธุรกิจบริการโลจิสติกส์มีการปรับปรุงรูปแบบการให้บริการจากเดิมรัฐบาลจีนเป็นผู้ให้บริการและควบคุมระบบธุรกิจบริการโลจิสติกส์ การกระจายสินค้าอุปโภคบริโภคเองทั้งหมดโดยควบคุมจากส่วนกลางมีกระทรวงแบ่งหน้าที่กันรับผิดชอบตามส่วนงานเช่น ส่วนการดูแลโรงงานผลิต การจัดหาวัตถุดิบ การผลิต การกระจายสินค้า การขนส่งสินค้า มีระบบบังคับบัญชาสั่งการจากรัฐบาลกลางเป็นระบบที่ไม่ต้องพึ่งพาการตลาด การส่งเสริมการขาย การให้บริการคลังสินค้า การโฆษณา หรือการให้บริการหลังการขาย แต่หลังจากปฏิรูปเศรษฐกิจรัฐบาลจีนมีแนวคิดในทางเศรษฐกิจเปลี่ยนไปโดยนำระบบเศรษฐกิจแบบผสมมาใช้จึงได้จัดการแปรรูปรัฐวิสาหกิจส่งผลดีทำให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในธุรกิจบริการจัดตั้งวิสาหกิจได้รับสัมปทานได้ และมีการร่วมลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติผลิตสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้มากขึ้น ธุรกิจบริการโลจิสติกส์ด้านการขนส่งภายในประเทศจีนคงสงวนไว้ให้รัฐวิสาหกิจของจีนทั้งระดับมณฑลและระดับประเทศแต่ได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของรัฐบาลลดลงไว้ชัดเจนมากขึ้น เช่น ด้านการขนส่งและการจัดการคลังสินค้าให้รัฐวิสาหกิจถือหุ้นร้อยละ 90 ด้านการผลิตสินค้าทั่วไปรัฐวิสาหกิจถือหุ้นร้อยละ 45[15]

จากการสัมภาษณ์นักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญและผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นว่าธุรกิจบริการมีความจำเป็นและต้องขยายโอกาสทางการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ การมีบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ ห้ามไม่ให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจบริการแม้จะมีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศ แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเภทธุรกิจ

[14]กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, *รอบรู้เรื่องการลงทุนในอาเซียน: สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม* (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2557) 87.

[15]วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, *สารานุกรมเศรษฐกิจจีน* (กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2548) 129.

บริการมีความหลากหลายมากกว่าเมื่อปี พ.ศ. 2515 บางประเภทธุรกิจเคยไม่อนุญาตแต่การไม่อนุญาตก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น ธุรกิจบริการซ่อมรถยุโรปซึ่งก่อนหน้านี้คนไทยให้บริการซ่อมรถยุโรปเองไม่ได้เนื่องจากคนไทยไม่มีความชำนาญด้านเทคโนโลยีของยุโรป จึงเป็นธุรกิจบริการที่จำเป็นและต้องการบุคลากรต่างชาติอีกทั้งเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขันซึ่งไม่ใช่ความไม่พร้อมด้านเงินทุน แต่เป็นด้านองค์ความรู้ทางเทคนิคขั้นสูงซึ่งคนไทยไม่ใช่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นมาเองจึงต้องอาศัยองค์ความรู้จากผู้ประดิษฐ์คิดค้น หากคนต่างชาติมาประกอบกิจการซ่อมรถยุโรปในประเทศแต่ขออนุญาตไม่ได้เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมในการแข่งขันจะเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคทำให้ขาดโอกาสในการรับบริการที่จำเป็นทางเทคนิคเฉพาะ ปัจจุบันนี้ธุรกิจบริการลักษณะนี้เป็นธุรกิจอื่นต้องได้รับอนุญาตก่อนซึ่งอาจได้รับอนุญาตหรือไม่ก็ได้

นอกจากนั้นผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่าธุรกิจบริการที่อาศัยเทคโนโลยีขั้นสูงจากต่างชาติจำเป็นต้องอนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจ ซึ่งบริษัทต่างชาติต้องจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีขั้นตอนในการยื่นขอจดทะเบียนจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิซึ่งมีระยะเวลาในการดำเนินการ หากดำเนินการผ่านขั้นตอนการจัดตั้งบริษัทแล้วไม่ควรต้องมาผ่านขั้นตอนการขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อีกจะช่วยให้ประหยัดระยะเวลาลดขั้นตอนในการเริ่มดำเนินธุรกิจ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยและเห็นว่าขั้นตอนการขออนุญาตเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เกณฑ์ที่ตั้งไว้ว่าจะอนุญาตหรือไม่อาจผกผันไปได้ตามเหตุปัจจัยนโยบายของกระทรวงและความคิดเห็นของคณะกรรมการที่อยู่ในวาระขณะนั้นซึ่งแตกต่างกันไปตามสถานการณ์และนโยบายของผู้บริหาร ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่ให้ความเห็นไปในทางเดียวกันว่าการนำรายการธุรกิจบางรายการออกจากบัญชี 3 เพื่อกำหนดธุรกิจรายการที่ไม่ต้องขออนุญาตจะมีผลดี ทั้งนี้จึงต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจทั้งระดับภูมิภาคและระดับโลกด้วย ผลดีประการแรกเป็นผลโดยตรงต่อผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติเนื่องจากประหยัดค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียมและประหยัดเวลาในการจัดตั้งธุรกิจ และผลดีต่อผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เช่น ด้านแรงงานที่ต้องใช้บุคลากรหลายฝ่าย ด้านค่าใช้จ่าย ลดระยะเวลาและขั้นตอนกระบวนการขออนุญาต รวมถึงค่าใช้จ่ายส่วนกลางของทางราชการ และที่สำคัญถือเป็นการลดระเบียบขั้นตอนเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจแก่คนต่างชาติ

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าพ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แม้จะถือว่าเป็นกฎหมายรองรับการประกอบธุรกิจบริการของคนต่างชาติ แต่มีประเด็นที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการของคนต่างชาติและประเด็นความไม่ชัดเจนของกฎหมายในการกำหนดรายการธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติไว้ เมื่อเปรียบเทียบ

กับกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์มีการลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดการลงทุนในธุรกิจบริการ เช่น การกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำไว้ที่ 1 เหรียญสิงคโปร์และกำหนดธุรกิจที่ห้ามไว้ชัดเจนไม่ใช้คำว่าธุรกิจบริการอื่น เช่นกันกับในประเทศอื่น ๆ จะไม่กำหนดห้ามต่างชาติประกอบ “ธุรกิจบริการอื่น” ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการอย่างหนึ่ง นอกจากนั้น รายการธุรกิจบริการที่ห้ามประกอบธุรกิจโดยใช้คำครอบคลุมว่า “ธุรกิจบริการอื่น” ทำให้เนื้อหากฎหมายมีความไม่ชัดเจนการตีความขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นอกจากนั้น ยังมีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดด้วยการกำหนดทุนขั้นต่ำในการเริ่มดำเนินกิจการอย่างน้อย 2 ล้านบาทและข้อจำกัดในการนำและส่งเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศ รวมถึงการกำหนดคำว่า “คนต่างด้าว” เพื่อควบคุมสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาติซึ่งไม่สามารถควบคุมอย่างได้ผลในทางปฏิบัติ มีการกำหนดรายการธุรกิจบริการที่ห้ามไว้ในบัญชี 3 ซึ่งบางรายการควรนำออกจากบัญชี 3 และบัญชี 3 ควรได้รับการจัดกลุ่มธุรกิจบริการให้เป็นหมวดหมู่มากยิ่งขึ้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าในข้อ 21 คำว่าธุรกิจบริการอื่น สามารถทำให้เกิดความชัดเจนได้ และรายการในบัญชี 3 สามารถปรับปรุงแก้ไขได้ หรือแม้กระทั่งหากต้องการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติอาจไม่ต้องควบคุมโดยการกำหนดบัญชี 3 แต่สามารถควบคุมได้โดยกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้สามารถขยายความให้ครอบคลุมการใช้อำนาจในการบริหารจัดการที่แท้จริงของคนต่างด้าว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อพัฒนากฎหมายให้มีส่วนช่วยส่งเสริมศักยภาพการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจไทย ทั้งนี้เพื่อลดหรือขจัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการ เพื่อดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศด้านธุรกิจบริการและเพื่อส่งเสริมและพัฒนาความสามารถในการแข่งขัน จึงควรออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อทำให้กฎหมายมีความชัดเจนตามหลักสากลเรื่องการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใส ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสามารถแก้ไขคำว่าธุรกิจบริการอื่นในข้อ 21 ให้ชัดเจนโดยกำหนดรายการธุรกิจในข้อ 21 บางรายการออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อกำหนดเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตเพิ่มเติม และควรนำรายการธุรกิจบางรายการออกจากบัญชี 3 ซึ่งถือว่าเป็นการส่งเสริมศักยภาพในการแข่งขันและเป็นการลดอุปสรรคและข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการได้ นอกจากนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายจะส่งผลทางอ้อมต่อการจัดอันดับของธนาคารโลกสำหรับประเทศที่มีความเหมาะสมต่อการเข้าไปประกอบธุรกิจของประเทศไทยดีขึ้น

ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันธุรกิจบริการมีความหลากหลายมากขึ้นและมีความสำคัญต่อความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของไทย กฎหมายที่จะส่งเสริมเศรษฐกิจด้านธุรกิจบริการคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้น การพัฒนากฎหมายการประกอบธุรกิจด้านบริการเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนและส่งผลดีในทางปฏิบัติ

ยิ่งขึ้นในการศึกษาวิจัยนี้จึงได้เสนอแนะแนวทางเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1) จัดกลุ่มธุรกิจในบัญชี 3 เพื่อความชัดเจน

การกำหนดกลุ่มให้ชัดเจนจะทำให้เห็นว่าธุรกิจใดที่ต้องการปกป้องให้คนชาติหรือธุรกิจใดต้องการส่งเสริมให้คนต่างชาติ แบ่งได้เป็นกลุ่มอาชีพดั้งเดิมที่ไม่อนุญาตให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจ กลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสมัยใหม่ที่ต้องการเทคโนโลยีขั้นสูงและคนไทยไม่มีความเชี่ยวชาญและต้องการรับการถ่ายทอดองค์ความรู้จากต่างชาติควรจัดเป็นกลุ่มต้องอนุญาตให้ต่างชาติประกอบธุรกิจได้ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติทำความเข้าใจได้ง่ายและมีความชัดเจนว่าธุรกิจใดขออนุญาตได้หรือไม่ได้ โดยการแบ่งกลุ่มธุรกิจในบัญชี 3 ได้ ดังนี้

1.1) กลุ่มอาชีพเดิมและธุรกิจที่เกี่ยวเนื่องต้องสงวนสำหรับคนชาติที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร สิ่งแวดล้อม ได้แก่ การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่ การทำประมงเฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ การทำป่าไม้จากป่าปลูก การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ซิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด การผลิตปูนขาว การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช ไม่อนุญาตให้ต่างชาติประกอบธุรกิจ

1.2) กลุ่มธุรกิจบริการที่จำเป็นกับอุตสาหกรรมเดิมและอุตสาหกรรมใหม่ ได้แก่ การทำกิจการทางบัญชี การทำกิจการบริการกฎหมาย การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม การทำกิจการทางบริการวิศวกรรม การบริการก่อสร้าง การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทนอนุญาตให้ต่างชาติประกอบธุรกิจได้อย่างมีเงื่อนไข

1.3) กลุ่มธุรกิจบริการอื่นที่ไม่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงหรือเงินลงทุนสูงหรือผู้เชี่ยวชาญต่างชาติจัดเป็นกลุ่มที่คนไทยมีความพร้อมในการแข่งขัน ได้แก่ การทำกิจการโฆษณา และการทำธุรกิจบริการอื่นที่กำหนดรายการได้ควรอนุญาตให้ต่างชาติประกอบกิจการได้ภายใต้กฎกระทรวงและกฎหมายเฉพาะ

2) นำธุรกิจบริการบางรายการออกจากบัญชี 3

บัญชี 3 แนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างชาติจึงห้ามต่างชาติมีกำหนดไว้ 21 รายการ ซึ่งการกำหนดรายการประเภทธุรกิจใน 20 ข้อแรกมีหลายรายการที่คนไทยมีความพร้อมในการแข่งขันกับคนต่างชาติ เช่น ธุรกิจบริการที่ไม่ต้องใช้เทคโนโลยีและเงินทุนสูงและเป็นธุรกิจบริการที่ไม่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญจากต่างชาติ ได้แก่ การทำกิจการบริการทางบัญชี การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม การทำกิจการบริการทางวิศวกรรมทั่วไป การทำกิจการบริการทางการก่อสร้างทั่วไป การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน การบริการค้าปลีก การบริการค้าส่ง ธุรกิจบริการซ่อมแซมบำรุงเครื่องจักรเครื่องมืออุปกรณ์ทั่วไป ธุรกิจบริการรับจ้างผลิตเสื้อผ้า ยา เครื่องจักร อะไหล่รถยนต์ทั่วไป ธุรกิจบริการบริหารจัดการ ธุรกิจบริการบริหารและควบคุม

สินค้า ธุรกิจบริการเป็นที่ปรึกษาให้คำแนะนำและบริการโฆษณา ส่วนธุรกิจที่มีความจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีชั้นสูงและต้องอาศัยบุคลากรจากต่างชาติเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมในการแข่งขัน ได้แก่[16] ธุรกิจทางวิศวกรรมที่ต้องใช้เทคโนโลยีหรือความชำนาญเป็นพิเศษ ธุรกิจก่อสร้างสาธารณูปโภคหรือสิ่งที่ต้องใช้เทคโนโลยีหรือความชำนาญเป็นพิเศษ ธุรกิจบริการซ่อมแซม บำรุงเครื่องจักร เครื่องมืออุปกรณ์เฉพาะทาง ธุรกิจบริการรับจ้างผลิตเครื่องจักร อะไหล่เครื่องยนต์ อะไหล่รถยนต์ที่ต้องใช้เทคโนโลยีหรือความชำนาญพิเศษ และธุรกิจบริการรับจ้างขุดเจาะก๊าซธรรมชาติ น้ำมันดิบ เป็นต้น

ธุรกิจบริการที่ไทยมีความพร้อมในการแข่งขันแต่หากคงกำหนดเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขันจะเป็นการปิดกั้นความสามารถที่พร้อมแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจไทยตลอดจนโอกาสในการได้รับองค์ความรู้ที่จะรับการถ่ายทอดจากการพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูงจากต่างชาติ แต่ทั้งนี้การทบทวนบัญชี 3 ต้องคำนึงถึงธุรกิจที่ไม่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการไทย ธุรกิจที่ต่างชาติสนใจเข้ามาลงทุนและสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศตลอดจนธุรกิจที่มีบทบาทรองรับเศรษฐกิจในยุคปัจจุบัน ดังนั้น ควรนำธุรกิจบริการบางรายการออกจากบัญชี 3 เพื่อพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน นอกจากนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าการใช้คำว่าคนไทยไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันจะคงไว้ได้ในระยะเวลาหนึ่ง แต่ในระยะยาวคงต้องปรับตามแนวโน้มการลงทุนในธุรกิจบริการใหม่ ๆ และการแบ่งปันทางเศรษฐกิจ ฉะนั้น ธุรกิจบริการบางรายการเช่น การบริการโฆษณา สามารถนำออกจากบัญชี 3 ได้ บัญชี 3 จึงต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องตามยุทธศาสตร์การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติและเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันทั้งในและนอกประเทศ

3) กำหนดธุรกิจในข้อ 21 บัญชี 3 คำว่า “ธุรกิจอื่น” ให้ชัดเจน

การกำหนดคำที่ใช้ในข้อ 21 ว่าทำธุรกิจบริการอื่นซึ่งครอบคลุมทุกรายการธุรกิจไม่ได้ระบุว่ามีรายการใดบ้างการอนุญาตหรือไม่จึงเป็นดุลพินิจของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติที่ต้องการขออนุญาตจึงคาดการณ์ไม่ได้ว่าจะมีรายการธุรกิจใดบ้างอนุญาตหรือธุรกิจใดบ้างที่ไม่อนุญาตซึ่งจะส่งผลถึงการเตรียมเงินลงทุนที่ต้องชำระอย่างน้อยร้อยละยี่สิบห้าในช่วงแรกและการวางแผนกู้ยืมเงินเพื่อลงทุนประกอบธุรกิจบริการ นอกจากนั้นคำที่ครอบคลุมธุรกิจบริการทุกประเภทในข้อ 21 อาจทำให้เกิดข้อจำกัดหรืออุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดการลงทุนในธุรกิจบริการ เนื่องจากรายการธุรกิจบริการที่ไม่กำหนดรายการไว้ในข้อ 1 - 20 จะถือเป็นข้อ 21 ในบัญชี 3 เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนมีแนวทางปรับปรุงแก้ไขข้อ 21 ได้ดังนี้

---

[16]สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, *การวิเคราะห์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่รับจ้างดำเนินงานให้ภาคเอกชน* (นนทบุรี: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2547) 7-10.

3.1) การกำหนดรายการธุรกิจบริการอื่นที่กำหนดได้ในข้อ 21 ให้ชัดเจนโดยออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อกำหนดเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องของอนุญาต หรือ

3.2) แก้ไขคำว่า การทำธุรกิจบริการอื่นยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง แก้ไขเป็น ธุรกิจอื่นสามารถทำได้เว้นแต่จะกำหนดในกฎกระทรวงเป็นกรณีไป หรือธุรกิจอื่นที่กำหนดห้ามไว้โดยกฎกระทรวง

การแก้ไขอย่างใดอย่างหนึ่งจะทำให้ข้อ 21 ในบัญชี 3 เป็นไปในทาง positive list มากขึ้น ย่อมเกิดผลดีต่อการแข่งขันทางการลงทุนในธุรกิจการค้าบริการและเป็นผลดีต่อผู้บริโภคในที่สุด

3.3) ธุรกิจบริการที่ควรกำหนดเป็นธุรกิจบริการที่ยกเว้นไม่อยู่ในข้อ 21 เพราะเป็นธุรกิจบริการที่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญและองค์ความรู้จากต่างชาติและเป็นธุรกิจบริการที่ส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ได้แก่

(ก) บริการให้แก่บริษัทในเครือ/ในกลุ่ม

(ข) บริการเป็นสำนักผู้แทนหรือสำนักงานภูมิภาค

(ค) บริการด้านคอมพิวเตอร์

(ง) บริการซ่อมแซมบำรุงรักษาเครื่องจักร เครื่องมือ

(จ) บริการรับจ้างผลิต

(ฉ) บริการเป็นที่ปรึกษาโครงการให้กับภาครัฐหรือรัฐวิสาหกิจ

4) จัดการอบรมให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้าใจความรับผิดชอบต่อสังคม

จัดการอบรมจริยธรรมและความมีจรรยาบรรณของผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติและให้มีผลถึงการออกใบอนุญาตในการทำธุรกิจ เช่น ธุรกิจบริการโฆษณา ไม่จำต้องนำมาขออนุญาตจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อใช้อำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจ แต่ควรใช้วิธีให้ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต้องผ่านการอบรมโดยบัญญัติกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องอบรมจนเข้าใจและมีความรับผิดชอบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต้องตรวจสอบเนื้อหาในโฆษณาของตัวเองอย่างรอบคอบก่อน ซึ่งมีผลต่อการออกใบรับรองให้กับงานโฆษณาที่ดำเนินการได้ถูกต้องตามที่กำหนด ใบรับรองที่ได้รับสามารถนำไปใช้กับสถานีโทรทัศน์และสื่อต่างๆ ได้ หากเนื้อหาโฆษณาใดๆ บนสื่อโฆษณาไม่เป็นความจริง บิดเบือนหรือหลอกลวง ถือว่าละเมิดกฎหมายจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจและการออกใบรับรองการโฆษณาต่อไป



Bibliography

กฎหมายการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: ไอ เอ็ม บุ๊คส์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2551).

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *รอบรู้เรื่องการลงทุนในอาเซียน: สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม*, (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2557).

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *รอบรู้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ASEAN Economic Community : AEC.* (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, 2557).

ทัชชมัย ฤกษะสุต, *แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO)* (กรุงเทพฯ: วิญญชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2546).

พรเทพ เบญญาอภิกุล, *GATs ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โครงการ WTO Watch* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548).

ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, *กรอบความร่วมมือเศรษฐกิจระหว่างประเทศ* (1 เมษายน 2557) กระทรวงการต่างประเทศ <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperations/252/16503-การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนา-(-UNC.html>.

ชัยภัทร ทั่งทอง, *การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่รัฐ* (นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, *สารานุกรมเศรษฐกิจจีน* (กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2548).

สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, *การวิเคราะห์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่รับจ้างดำเนินงานให้ภาคเอกชน* (นนทบุรี: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2547).

สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา (องค์การมหาชน), *การแสวงหาประโยชน์และโอกาสจากความตกลงการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS) ในภาคธุรกิจการขนส่งโลจิสติกส์* (กรุงเทพมหานคร: สหมิตรพริ้นติ่งแอนด์พับลิสชิ่ง. 2558).

ฝ่ายความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, *รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องลู่ทางและโอกาสการส่งออกและผลกระทบจากการมีเขตการค้าเสรีอาเซียน รายงานหลักเล่มที่ 1 ผลกระทบต่อเศรษฐกิจมหภาค การค้า และการลงทุนจากต่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2539).

สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, *โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)* (กรุงเทพฯ: ออนป้า, 2557).

Doing Business 2008, *Country Briefing- Vietnam, International Finance Corporation* (15 October 2016) World Bank Group <http://siteresources.worldbank.org/INTVIETNAM/Resources/VN-Brief-DoingBusiness2008-ENG.pdf>.

Koty, Chipman Alexander, *China's 2017 Foreign Investment Catalogue Opens Access to New Industries* (5 Jan 2018) <http://www.chinabriefing.com/news/2017/07/11/china-releases-2017-foreign-investment-catalogue-opening-access-new-industries.html>.

McGraw-Hill Education, *Introduction to Singapore Business Law* (Singapore: The McGraw-Hill Companies, 2002).

Siswanto, Ari and Hutajulu, Marihot Janpieter. 2018. *The reform of the Indonesian competition law to anticipate ASEAN economic community*. (5 May 2018) *Nurlinda* <http://journal.unpad.ac.id/pjih/article/view/16317/8886>.

Handayani,Tri, Abubakar, Lastuti Supraba Sekarwati W, Ida. 2018. STRENGTHENING NDONESIAN BANKING INDUSTRY TO COMPLY WITH ASEAN BANKING INTEGRATION FRAMEWORK CONCERNING RECIPROCITY AND GAP-REDUCTION PRINCIPLES. (5 May 2018) Nurlinda <http://journal.unpadac.id/pjih/article/view/16878/8889>.

UNCTAD NATION, *Global action menu for investment facilitation* (3 May 2016) UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Investment-Facilitation_Review%20Note%203%20feb.pdf>.

Ozawa, Terutomo, *The (Japan – Born) 'Flying – Geese' Theory of Economic Development Revisited and Reformulated from a Structuralist Perspective* (2 October 2017) ResearchGate <https://www.researchgate.net/publication/228030432_The_Japan-Born_nd_'Flying-Geese'_Theory_of_Economic_Development_Revisited_- Reformulated_from_a_Structuralist_Perspective>.

WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2017 Equal opportunity for all* (31 October 2017) doingbusiness <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>.

WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2018 Equal opportunity for all* (1 November 2018) doingbusiness <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>.

World Trade Organization, *Basic Purpose and Concepts, 1.3 Definition of Services Trade and Modes of Supply* (31 October 2017) WTO <https://www.wto.org/english /tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c1s3p1_e.htm>.





มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า

The Legal Measure for Protect Goodwill from the Trademark Dilution

*ภัทร น้อยสัมฤทธิ์**

บทคัดย่อ

"กู๊ดวิลล์" เป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนชนิดหนึ่งที่สามารถประเมินมูลค่าได้ หากเครื่องหมายการค้าใดมีกู๊ดวิลล์มีคุณค่ามากยิ่งขึ้น รวมไปถึงสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นก็จะมีมูลค่าที่สูงขึ้นด้วย โดยการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าการละเมิดในประเทศไทยในปัจจุบัน เป็นไปตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อันประกอบไปด้วย มาตรา 108 และมาตรา 109

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าจากการถูกละเมิดซึ่งอาจจะแตกต่างกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในกรณีปกติ อีกทั้งยังไม่มีปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใด ๆ ในประเทศไทยกำหนดคำนิยามทางกฎหมายของคำว่า "กู๊ดวิลล์" ไว้แต่ประการใด ดังนั้น จึงเกิดปัญหาในความชัดเจนเกี่ยวกับความคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า ทำให้เครื่องหมายการค้าที่มีกู๊ดวิลล์ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าที่ควร

ดังนั้น จึงควรปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจากการถูกละเมิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 ให้ครอบคลุมถึงการละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าด้วย โดยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพยุโรป และกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention) และ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (TRIPS Agreement)

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*

ซึ่งมีความชัดเจนและเหมาะสมในการนำมาเป็นต้นแบบของการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าจากการถูกละเมิด

คำสำคัญ : เครื่องหมายการค้า กู๊ดวิลล์ การลดทอนคุณค่า

Abstract

"Goodwill" is an intangible asset that can be evaluated. When trademark have a goodwill, these trademark including goods or services under trademark will be more value added. Currently, the legal measure for protecting trademark in Thailand has been regulated in Trademark Act B.E.2534 Section 108 and Section 109.

However, this study has shown that these legal measures are not covering to protect the goodwill from trademark dilution that may different with trademark infringements case. Furthermore, there have no the legal definition of "Goodwill" in the law of Thailand. So, it was a problem to be clear about the protection of goodwill from trademark dilution and made a goodwill of trademark is not protected by the law enough.

Therefore, the legal measure for protecting trademark in Trademark Act B.E.2534 should be an improvement to cover the case of trademark dilution. This should be carrying out by using the Trademark law of USA, Canada, and EU, including international law as Paris Convention and TRIPs Agreement to be the models which are clear and appropriate.

Keywords : Trademark, Goodwill, Dilution

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน ระบบเศรษฐกิจทั่วโลกได้เปลี่ยนผ่านจากยุคแห่งอุตสาหกรรมเข้าสู่ยุคแห่งนวัตกรรมอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การเปิดเสรีทางการค้าทำให้ทุกประเทศมีการนำเข้าและส่งออกสินค้าไปยังต่างประเทศเป็นจำนวนมากและมีความหลากหลาย ทั้งนี้ เมื่อมีสินค้าในตลาดเป็นจำนวนมากแล้วนั้น เครื่องมือสำคัญที่จะทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกออกได้ว่าสินค้าต่าง ๆ เหล่านั้นเป็นสินค้าที่มาจากผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายรายใด ก็คือ “เครื่องหมายการค้า” (Trademark) หรือที่เรารู้จักกันดีในชื่อว่า แบรนด์ (Brand) หรือ ยี่ห้อนั่นเอง

เครื่องหมายการค้ามีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานมาตั้งแต่สมัยอาณาจักรโรมัน โดยช่างตีเหล็กจะทำสัญลักษณ์เฉพาะของตนไว้บนดาบ ชุดเกราะ อาวุธ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ ที่ตนเป็นผู้สร้างขึ้น เพื่อเป็นเครื่องชี้บ่งว่าอาวุธ ชุดเกราะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ต่าง ๆ เหล่านั้นมีแหล่งที่มาจากสถานที่ตีเหล็กของตน จากนั้นการใช้สัญลักษณ์เฉพาะเช่นนี้ก็ถูกนำมาใช้ในการประทับไว้บนตัวสินค้าต่าง ๆ เรื่อยมา โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญคือเพื่อให้ผู้บริโภคทราบว่าเป็นสินค้าของผู้ใดและสามารถแยกความแตกต่างของสินค้าที่มาจากผู้ขายรายนั้นกับผู้ขายรายอื่น ๆ ได้[1] เมื่อเวลาผ่านมาจนถึงยุคปัจจุบัน เครื่องหมายการค้ายังคงถูกใช้เป็นเหมือนประตูด่านแรกที่ทำให้ผู้บริโภคได้รู้จักสินค้าและมีส่วนในการช่วยในการซื้อขายสินค้าไม่ต่างจากเดิม กล่าวคือ เมื่อผู้บริโภคมีความประสงค์จะเลือกซื้อสินค้าของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายรายใด ก็จะต้องมองหาสินค้าที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้ารายนั้น ถึงแม้ว่าบนชั้นวางสินค้าจะมีสินค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันเป็นจำนวนมาก แต่เครื่องหมายการค้าที่แตกต่างกันก็จะสามารถทำให้ผู้บริโภคแยกความแตกต่างของสินค้าเหล่านั้นได้ และหากกรณีข้อเท็จจริงปรากฏได้ว่าเครื่องหมายการค้าใดเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากมีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นมาเป็นระยะเวลายาวนาน หรือเป็นที่ยอมรับแก่สาธารณชนแล้วว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพหรือมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวทางกายภาพที่แตกต่างจากสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่น ๆ เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นก็จะมีส่วนทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าได้อีกด้วย

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงที่ได้รับการยอมรับโดยสาธารณชนและยังคงสามารถรักษาความเชื่อมั่นเช่นว่านั้นได้อย่างต่อเนื่อง ทำให้เครื่องหมายการค้านั้นอยู่ในความตระหนักถึงของผู้บริโภคอยู่เสมอว่าหากเป็นเครื่องหมายการค้านี้ ไม่ว่าจะใช้กับสินค้าใดก็ตามก็สามารถมั่นใจได้ว่าสินค้านั้นจะมีคุณภาพ ปลอดภัย ซึ่งอาจรวมไปถึงการให้บริการในการขายและหลังการขายของผู้ประกอบกิจการเหล่านั้นด้วย ความตระหนักถึงของผู้บริโภคเช่นนี้นำไปสู่พฤติกรรมการบริโภคแบบจงรักภักดีในตัว

[1]MYTKHUN, *The history of trademarks* (11 May 2017) TRADE MARK BUREAU “MYTKHUN” <http://www.tmprotect.idknet.com/eng/history.html>.

เครื่องหมายการค้า กล่าวคือ ผู้บริโภคมีความผูกพันพิเศษกับเครื่องหมายการค้านั้น และยังมีแนวโน้มที่จะซื้อหรืออุดหนุนสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นต่อไปอีกเรื่อย ๆ ไม่ว่าจะออกสินค้าใหม่มาสู่ตลาดอีกกี่ชนิดก็ตาม ส่งผลทำให้สินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้ามีมูลค่าที่สูงขึ้นและสามารถสร้างผลประโยชน์พิเศษนอกเหนือจากผลกำไรจากการซื้อขายปกติ ตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า APPLE ที่มีชื่อเสียงทางด้านอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และเครื่องมือสื่อสารที่ได้รับการยอมรับโดยสาธารณชนแล้วว่าเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ แม้ว่าจะผลิตสินค้ารุ่นใหม่ ๆ ออกมาอีกกี่รุ่น กี่ชนิด และมีราคาสูงกว่าคู่แข่งเจ้าอื่น ๆ ก็ยังคงมีผู้บริโภคให้การสนับสนุนอยู่เสมอ หรือในกรณีเครื่องหมายการค้า Louis Vuitton ซึ่งใช้กับสินค้าจำพวกกระเป๋าหรูหรา ที่เครื่องหมายเป็นตัวรับรองถึงความเลอค่าของสินค้า กรณีเช่นว่านี้เป็นคุณค่าความนิยม เกียรติยศ และเกียรติคุณที่เกิดขึ้นบนเครื่องหมายการค้า ที่ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งซึ่งสามารถคำนวณเป็นรายได้ล่วงหน้าให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ ค่าความนิยม เกียรติยศ และเกียรติคุณ เช่นว่านี้ เรียกว่า “กู๊ดวิลล์”

เป็นที่ทราบดีอยู่แล้วว่ากู๊ดวิลล์เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่ติดอยู่กับเครื่องหมายการค้าและมีมูลค่ามหาศาล ซึ่งมีความแตกต่างชัดเจนของรายได้ที่เกิดจากเครื่องหมายการค้าทั่วไปกับเครื่องหมายการค้าที่มีกู๊ดวิลล์ อันจะเห็นได้จากการจัดอันดับเครื่องหมายการค้าที่มีมูลค่าสูงสุดทั่วโลก ในปี ค.ศ. 2017 สามอันดับแรก ล้วนเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายไปทั่วโลก โดยที่ เครื่องหมายการค้า Google เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีมูลค่าสูงที่สุด จำนวน 109,470 ล้านเหรียญสหรัฐ[2] ซึ่งไม่อาจปฏิเสธได้ว่า Google มาเป็นอันดับแรกในความรู้สึกนึกคิดของผู้บริโภคส่วนใหญ่ในเรื่องของการสืบค้นข้อมูลบนอินเตอร์เน็ตผ่านระบบ Search Engine แอพลิเคชั่นนำทาง (Google Map) หรือผู้ช่วยส่วนตัวบนโทรศัพท์มือถือ (Google Assistant) ดังคำกล่าวที่ว่า “คิดไม่ออก บอก Google” แต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยกลับมีเพียงประมวลกฎหมายรัษฎากรเพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่กล่าวถึงกู๊ดวิลล์ คือมาตรา 40 ว่าด้วยเรื่องเงินได้พึงประเมิน บัญญัติไว้ว่า

“เงินได้พึงประเมินนั้น คือเงินได้ประเภทต่อไปนี้ รวมตลอดถึงเงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ดังกล่าว ไม่ว่าในทอดใด

[...]

(3) ค่าแห่งกู๊ดวิลล์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์หรือสิทธิอย่างอื่น เงินปี หรือเงินได้มีลักษณะเป็นเงินรายปีอันได้มาจากพินัยกรรม นิติกรรมอย่างอื่นหรือคำพิพากษาของศาล

[...]”

แต่ประมวลกฎหมายรัษฎากรก็มิได้บัญญัติคำนิยามทางกฎหมายของคำว่ากู๊ดวิลล์ไว้ด้วย นอกจากนั้น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ก็มีเพียงบทบัญญัติห้ามมิให้ลอกหรือเลียนเครื่องหมายการค้าปรากฏอยู่ในเท่านั้น หาได้มีบทมาตรการทางกฎหมายในการ

[2]William Ibbott, *These are the most powerful brands in the world* (18 April 2017) World Economy Forum < https://goo.gl/TJmihZ>.

คุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงเกิดความไม่ชัดเจนว่าแท้จริงแล้วในทางกฎหมายกู๊ดวิลล์คืออะไร และจะสามารถปกป้องคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงได้อย่างไร

ในกรณีนี้ ผู้เขียนพบว่าประเด็นปัญหาสำคัญที่ควรจะศึกษามีสองประการ ได้แก่ 1) การไม่มีคำนิยามตามกฎหมายของคำว่ากู๊ดวิลล์ และประเด็นที่สำคัญ คือ 2) การไม่มีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า เนื่องจากในปัจจุบันเครื่องหมายการค้าถือเป็นเครื่องมือสำคัญในทางเศรษฐกิจที่จะทำให้บุคคลทั่วไปทราบว่าสินค้าหรือบริการต่าง ๆ นั้นเป็นของผู้จำหน่ายรายใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องหมายการค้าที่มีกู๊ดวิลล์ซึ่งได้รับการยอมรับโดยทั่วไปแล้วว่ากู๊ดวิลล์คือคุณค่าที่เพิ่มขึ้นจากเครื่องหมายการค้าทั่ว ๆ ไปที่จะสามารถทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นสร้างผลกำไรเพิ่มขึ้นได้อย่างมาก

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ ประเด็นปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง

2. เพื่อศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงกับกฎหมายต่างประเทศ

3. เพื่อศึกษา วิเคราะห์ และเสนอมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้ามีชื่อเสียง

สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอเกี่ยวกับคำนิยามทางกฎหมายของคำว่ากู๊ดวิลล์และมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในส่วนของการกำหนดคำนิยามทางกฎหมายของคำว่ากู๊ดวิลล์ รวมถึงการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้าตลอดจนกำหนดบทบัญญัติที่ชัดแจ้งว่าการกระทำใดถือเป็นการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าอันเป็นการละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ด้วย ทั้งนี้ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศตลอดจนแนวคิดของสาขาอาชีพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้กฎหมายเกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติและเพื่อดำรงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของระบบกฎหมายไทยว่าจะสามารถคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงจากการละเมิดได้อย่างเป็นธรรมและครอบคลุมเพียงพอ

ขอบเขตและวิธีการศึกษา

ในการศึกษาวิจัยเพื่อผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้นั้น ผู้เขียนใช้วิธีการศึกษาค้นคว้า โดยการค้นคว้าจากเอกสารต่าง ๆ

(Documentary) อาทิ หนังสือและตำรากฎหมาย วารสาร บทความวิชาการ คำพิพากษาของศาลฎีกาในประเทศและต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสหภาพยุโรป รวมไปถึงข่าวและข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและศาสตร์แขนงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีศึกษา

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ศึกษาและวิเคราะห์ ประเด็นปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง

2. ได้ศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงกับกฎหมายต่างประเทศ

3. ได้ศึกษา วิเคราะห์ และเสนอมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง

ผลการวิจัย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาทั้งสองประการภายใต้วิธีการและขอบเขตการศึกษาภายที่ผู้เขียนได้กำหนดไว้ในเบื้องต้นนั้น ผู้วิจัยจะได้อธิบายผลการศึกษา ดังต่อไปนี้

1. ความสำคัญของกู๊ดวิลล์ต่อเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าและกู๊ดวิลล์มีความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยตรงในด้านผลประโยชน์ทางการค้า กล่าวคือ กู๊ดวิลล์เป็นเครื่องรับรองว่าสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นมีคุณภาพและเป็นที่ยอมรับ การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าย่อมเป็นการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ไปในตัวด้วย โดยกู๊ดวิลล์นั้นมีบทบาทสำคัญต่อเครื่องหมายการค้า ดังนี้

ก. บทบาทในการแสดงแหล่งที่มาของสินค้า กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่มีกู๊ดวิลล์นั้นย่อมเป็นที่จดจำว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นคือใคร อยู่ที่ใด และมีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด

ข. บทบาทในการแสดงคุณภาพของสินค้า กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่ติดอยู่บนฉลากสินค้าหรือในการประกาศโฆษณาต่าง ๆ นั้น หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่วางจำหน่ายมาเป็นระยะเวลานาน ได้รับความนิยมสูงเนื่องจากคุณภาพของสินค้า ผู้ซื้อย่อมมีความรู้สึกเชื่อถือในกู๊ดวิลล์ของเครื่องหมายการค้านั้น ถึงแม้จะมิได้เป็นการรับรองคุณภาพสินค้าอย่างเป็นทางการก็ตาม

ค. บทบาทในการประชาสัมพันธ์ กล่าวคือ กู๊ดวิลล์ก่อให้เกิดความคุ้นเคยในเครื่องหมายการค้าที่สาธารณชนรู้จักกันดี ดังนั้นจึงสามารถสร้างแรงดึงดูดระหว่างลูกค้าแต่ละรายโดยการบอกต่อหรือแสดงความคิดเห็นต่อเครื่องหมายการค้าในเชิงบวก เป็นผลทำให้เครื่องหมายการค้านั้นเป็นที่รู้จักและแพร่หลายมากยิ่งขึ้น

2. ปัญหาการไม่มีคำนิยามทางกฎหมายของกู๊ดวิลล์

ผู้เขียนได้ศึกษาทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพยุโรป รวมไปถึงกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้า ได้แก่ อนุสัญญาปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินอุตสาหกรรม (Paris Convention for the

Protection of Industrial Property[3]) และ ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights[4]) แล้วพบว่าในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศทั้งหมดที่กล่าวข้างต้นนั้น ล้วนไม่มีคำนิยามทางกฎหมายของของคำว่ากู๊ดวิลล์ทั้งสิ้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษาคำนิยามของกู๊ดวิลล์จากบริบทอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ คำพิพากษาของศาล ความเห็นทางวิชาการ และนิยามทางวิชาชีพการบัญชี โดยผลการศึกษามีดังนี้

ในคดีระหว่าง Coca-Cola North America กับ Crawley Juice, Inc. ซึ่งขึ้นสู่ศาล DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF NEW YORK ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้พิจารณาคดีและให้ความเห็นว่า กู๊ดวิลล์ หมายถึงมูลค่าที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจที่อยู่นอกเหนือจากสินทรัพย์ที่มีอยู่จริง เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ที่ทำให้ผู้ซื้อมีแนวโน้มที่จะเลือกซื้อสินค้าอันเนื่องมาจากชื่อเสียงและความซื่อสัตย์สุจริตที่ได้รับจากผู้ประกอบกิจการ[5] โดยการประเมินมูลค่าของกู๊ดวิลล์นั้นไม่มีเทคนิคหรือวิธีการพิเศษในการประเมินมูลค่าเป็นสิ่งที่เกิดจากทัศนคติส่วนบุคคลของแต่ละคน ซึ่งอาจจะแตกต่างไปจากบุคคลอื่น ๆ ก็ได้[6] แต่ที่แน่ชัดก็คือกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงนั้นทำให้สินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นมีมูลค่าที่สูงขึ้น ซึ่งอาจจะเกิดมาจากคุณภาพของการประกอบธุรกิจ การทำการตลาดอย่างมีประสิทธิภาพ การบริหารจัดการที่ดีเยี่ยม และความสัมพันธ์อันดีกับลูกค้าก็ได้[7] ทั้งนี้กู๊ดวิลล์ถือเป็นสินทรัพย์ชนิดหนึ่งจัดอยู่ในจำพวกสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน ซึ่งเกิดจากความเชื่อถือในชื่อทางการค้า ความสัมพันธ์อันดีต่อลูกค้า รวมไปถึงชื่อเสียงทางการค้า ที่นำมาซึ่งรายได้แก่เจ้าของกู๊ดวิลล์ ซึ่งรวมถึงภาระทางภาษีที่เกิดจากรายได้จากกู๊ดวิลล์นั้นเช่นกัน[8]

ในส่วนของวิชาชีพการบัญชีซึ่งเป็นสาขาอาชีพที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินต่าง ๆ ทั้งทรัพย์สินที่มีตัวตน สามารถจับต้องและมองเห็นได้ด้วยตา อาทิ เงินสด สังหาริมทรัพย์ รถยนต์ เครื่องจักร และทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน ซึ่งไม่มีรูปร่างและไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า แต่สามารถประเมินมูลค่าได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ความลับทางการค้า สูตรการผลิต รวมไปถึงกู๊ดวิลล์ด้วย โดยในทางบัญชีมีการกล่าวถึงกู๊ดวิลล์มาตั้งแต่ราวศตวรรษที่ 18 และมีคำนิยามที่เกี่ยวข้องกับกู๊ดวิลล์ต่าง ๆ มากมาย โดยมีสาระสำคัญ คือ กู๊ดวิลล์เป็นผลประโยชน์พิเศษอย่างหนึ่งที่พึงคาดหมายล่วงหน้าได้ หลักการนี้ถูกนำมาศึกษาและวิเคราะห์อีกหลายครั้งจนในที่สุดจึงเกิดเป็นคำนิยามของกู๊ดวิลล์ในปี ค.ศ. 2010 โดย คณะกรรมการมาตรฐานการบัญชีระหว่างประเทศ (the International Accounting Standard Committee)

[3]3ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า Paris Convention.

[4]ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า TRIPS Agreement.

[5]Coca-Cola North America v. Crawley Juice, Inc. (US DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF NEW YORK, 2011).

[6]PREMIER-PABST CORPORATION v. ELM CITY BREWING CO. (US District Court for the District of Connecticut, 1935)

[7]FCT v. Murry (High Court of Australia, 1998).

[8]A.W.Griffits, *Trade Mark Law and Practice* (London: Sir I. Pitman & Sons, 1930) p. 1.

โดยให้คำนิยามของกู๊ดวิลล์ ไว้ว่าเป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐศาสตร์ที่เกิดขึ้นจากสินทรัพย์ที่มีมูลค่าแต่ไม่สามารถแยกออกมาเป็นเอกเทศได้ โดยมูลค่าของกู๊ดวิลล์นี้มักจะเกิดเป็นมูลค่าที่แน่นอนเมื่อมีการซื้อสิทธิใด ๆ หรือซื้อกิจการโดยผู้ซื้อพึงคาดหมายได้ว่าตนจะได้รับผลกำไรตอบแทนกลับมาจากกู๊ดวิลล์ในสิทธิหรือกิจการที่ตนซื้อมาสูงกว่าจำนวนค่าแห่งกู๊ดวิลล์ที่ตนจ่ายไป[9]

จากกรณีข้างต้น ผู้เขียนจึงสามารถสรุปได้ว่า กู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้า คือ ค่าความนิยมและเกียรติคุณของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงไม่ว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้แล้วหรือไม่ก็ตาม โดยมีลักษณะสำคัญคือ เป็นสินทรัพย์ชนิดหนึ่งที่อยู่ในกลุ่มของสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน มีมูลค่าที่อยู่นอกเหนือจากราคาปกติของสินค้า บริการ หรือกิจการ โดยที่สามารถประเมินมูลค่าของกู๊ดวิลล์ได้โดยคาดหมายจากผลประโยชน์อันพึงจะได้รับล่วงหน้า และมีลักษณะพิเศษคือจะติดอยู่กับเครื่องหมายการค้าจะแยกออกมาเป็นเอกเทศมิได้ แต่สามารถโอนสิทธิความเป็นเจ้าของกู๊ดวิลล์ไปพร้อมกับเครื่องหมายการค้าได้

3. ปัญหาการละเมิดกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง

จากประเด็นปัญหาผู้เขียนมีความเห็นว่าการศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดเครื่องหมายการค้า ควรศึกษาจากทั้งกรณีเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงนั้นยังมิได้รับจดทะเบียนและกรณีเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงที่ได้จดทะเบียนแล้ว เพื่อให้การศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงเป็นไปอย่างครอบคลุมและเป็นธรรม โดยผู้เขียนจะอภิปรายผลการศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

3.1 ปัญหาการละเมิดกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงที่ยังมิได้จดทะเบียน

โดยหลัก ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าทั้งในประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และสหภาพยุโรปนั้น ล้วนมีแนวทางในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศนั้น ๆ แล้วเท่านั้น เว้นแต่จะเป็นกรณีการ “ลวงขาย” หมายถึง กรณีที่บุคคลใดกระทำการใด ๆ ต่อเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยมิชอบทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนในแหล่งที่มาอันแท้จริงของสินค้า[10] ที่ถึงแม้ว่าเครื่องหมายการค้าที่ถูกลวงขายนั้นจะยังมิได้จดทะเบียน แต่ก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีให้ผู้ที่กระทำการอันเป็นการลวงขายหยุดกระทำพร้อมทั้งเรียกร้องค่าเสียหายจากการถูกลวงขายได้อีกด้วย ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าการลวง

[9]the International Financial Reporting Standard 3 Business Combinations and replaced IAS 22. IFRS 3.

[10]NOLO, *What Good Is an Unregistered Trademark?* (21 April 2018) NOLO < https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-good-unregistered-trademark.html >.

ขายอาจสามารถถือเป็นการละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงได้เช่นกัน กล่าวคือ หากการลวงขายได้กระทำต่อเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายแม้จะยังมิได้จดทะเบียน แต่หากทำให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนว่าสินค้าที่นำมาลวงขายนั้นเป็นสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย อันมีแหล่งที่มาจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง หากสินค้านั้นหย่อนคุณภาพ หรือมีลักษณะไม่ตรงตามความคาดหวังของผู้บริโภค ย่อมทำให้ความเชื่อถือของผู้บริโภคที่มีต่อเครื่องหมายการค้านั้นเสื่อมคุณค่าลง ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ในชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น ทั้งนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเรียกการกระทำอันเป็นการลวงขายว่า Misappropriation หรือ Palming off[11] โดยมาตรา 43 แห่ง Lanham Act ได้บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใด ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ หรือภาชนะใด ๆ ที่ใช้บรรจุสินค้า ใช้ข้อความ ถ้อยคำ ชื่อ สัญลักษณ์ อุปกรณ์ หรือสิ่งต่าง ๆ เหล่านั้นรวมกัน หรือการหลอกลวงถึงแหล่งที่มาของสินค้าอันเป็นเท็จ การหลอกลวงในคำพรรณนาของสินค้าหรือใช้คำพรรณนาอันเป็นเท็จ หรือในเชิงพาณิชย์ โดยที่

(a) อาจจะก่อให้เกิดความสับสนหรือความผิดพลาด หรือเพื่อหลอกลวงว่าเป็นบริษัทในเครือ หรือมีความเกี่ยวข้อง หรือ การเป็นสมาชิกของบุคคลนั้นกับบุคคลอื่น ๆ หรือเกี่ยวกับที่มา การให้การสนับสนุน หรือการให้ความยินยอมสำหรับสินค้าหรือบริการของตน หรือกิจกรรมทางการค้าโดยบุคคลอื่น หรือ

(b) ในการโฆษณาหรือการนำเสนอทางพาณิชยกรรม บิดเบือนลักษณะสำคัญ รูปลักษณ์ คุณภาพ หรือแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการ หรือกิจกรรมทางการค้า[12]”

ทั้งนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงอันมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยแท้จริง หรือได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย มีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งไปยังบุคคลที่ใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่สุจริตภายหลังจากเครื่องหมายการค้าตนมีชื่อเสียงแพร่หลายแล้วในทางพาณิชย์ซึ่งน่าจะก่อให้เกิดการลดทอนคุณค่าโดยการสร้างความสับสนหลงผิดหรือการทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงซึ่งเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงเหล่านั้น โดยมิจำเป็นต้องพิสูจน์ว่าได้เกิดความสับสนหลงผิดขึ้นจริง หรือมีผลต่อการแข่งขันทางการค้า หรือได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจแล้วจริงหรือไม่[13] กรณีนี้มีตัวอย่างข้อเท็จจริง คือ คดีที่ POPULAR BANK OF FLORIDA เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง BANCO POPULAR DE PUERTO RICO, and Banco Popular N.A. (Florida) ว่า จำเลยได้เปิดให้บริการเช็คเงินสดภายใต้ชื่อทางการค้า “Popular Cash Express” ซึ่งเหมือนหรือคล้ายกับชื่อทางการค้าของโจทก์ จนสร้างความสับสน

[11]Jani Ihalainen, *Retrospective - Passing Off in the United States* (21 April 2018) IP Iustitia < http://www.ipiustitia.com/2013/12/retrospective-passing-off-in-united.html>.

[12]Section 43(a), *the Lanham Act.*

[13]Section 43(c), the Lanham Act.

หลงผิดแก่สาธารณชนว่าบริการดังกล่าวเป็นบริการของโจทก์ ถึงขนาดว่ามีลูกค้าหลายรายเข้ามาสอบถามเรื่องการใช้บริการดังกล่าว ณ ที่ทำการธนาคารของโจทก์ เมื่อธนาคารโจทก์ได้แจ้งว่าไม่สามารถให้บริการเช็คเงินสดดังกล่าวได้ ทำให้ผู้ใช้บริการเหล่านั้นเกิดความไม่พอใจและคิดว่าโจทก์ให้บริการได้อย่างไม่มีคุณภาพ ทั้งนี้จึงถือว่าจำเลยได้กระทำการอันเป็นการลวงขายเป็นเหตุให้กู๊ดวิลล์ในชื่อทางการค้าของโจทก์ได้รับความเสียหาย ถึงแม้โจทก์จะมิได้นำชื่อทางการค้าไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการก็ตาม[14]

ในขณะที่ประเทศแคนาดา บทบัญญัติเกี่ยวกับการลวงขายปรากฏอยู่ในมาตรา 7 แห่ง Canadian Trade-marks Act มีหลักว่า “ห้ามบุคคลใด

(b) เสนอแก่สาธารณชนซึ่งสินค้า บริการหรือธุรกิจของตนในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนในประเทศแคนาดา ซึ่งสินค้า บริการหรือธุรกิจของตน กับสินค้า บริการ หรือธุรกิจของผู้อื่น”[15] และให้ถือว่าการลวงขายนั้นเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันมีโทษทางอาญาด้วย[16] ทั้งนี้ เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายซึ่งกล่าวอ้างว่ากู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าของตนถูกละเมิดอันเนื่องมาจากการกระทำอันเป็นการลวงขายนั้น มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริง ดังนี้

1) เครื่องหมายการค้านั้นมีกู๊ดวิลล์หรือชื่อเสียงทางการค้าที่อยู่ในความทรงจำหรือความระลึกถึงในกลุ่มผู้บริโภค เชื่อมโยงไปถึงสินค้าหรือบริการของเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยตรง ซึ่งสามารถทำให้ผู้บริโภคแยกสินค้าหรือบริการเหล่านั้นออกจากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ได้[17]

2) มีผู้ค้ารายอื่นเจตนาหรือประมาทเลินเล่อในการหลอกลวงผู้บริโภคโดยแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้า[18] ทั้งนี้อาจพิจารณาจากภาพหรือเสียงเรียกขานของทั้งสองเครื่องหมายการค้าที่มีความคล้ายคลึงกัน[19] ขอบเขตความทับซ้อนของพื้นที่ที่ใช้เครื่องหมายการค้า[20] และระดับความสามารถในการแข่งขันทางการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้ากับผู้ที่ลวงขาย[21]

---

[14]POPULAR BANK OF FLORIDA v. BANCO POPULAR DE PUERTO RICO, and Banco Popular N.A. (Florida) (US District Court for the Southern District of Florida, 1998).

[15]Section 7, *Canadian Trade-marks Act, R.S.C.1985.*

[16]Section 52, *Competition Act 1958.*

[17]Kirkbi AG v Ritvik Holdings Inc., (Supreme Court of Canada, 2005).

[18]Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc. (Supreme Court of Canada, 1992).

[19]Cadbury Schweppes v Pub Squash Co. (Court of New South Wales, 1980).

[20]Orkin Extermination Co Inc v Pestco Co of Canada Ltd. (Ontario Court of Appeal, 1985).

[21]Ray Plastics Ltd et al v Dustbane Products Ltd. (Ontario Court of Appeal, 1994).

3) เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงได้รับความเสียหายหรืออาจจะได้รับความเสียหาย[22] ทั้งนี้ เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายอย่างเหมาะสม โดยมิจำต้องพิสูจน์ว่ามีลูกค้ารายใดที่เกิดความสับสนหลงผิดหรือความสับสนหลงผิดครั้งนั้นมีมูลค่าเท่าใด และความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกู๊ดวิลล์หรือชื่อเสียงทางการค้านั้นถือเป็นความเสียหายต่อสินทรัพย์ทางธุรกิจซึ่งสามารถนำมาคำนวณเป็นค่าเสียหายในกรณีลวงขายได้อีกด้วย[23]

ในส่วนของสหภาพยุโรปที่ถึงแม้จะมีบทบัญญัติตามที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าแห่งสหภาพยุโรปได้วางหลักเกณฑ์อย่างชัดแจ้งแล้วว่าเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับการรับรองว่าเป็นเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (EU trademark: EUTM) จะต้องเป็นเครื่องหมายที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วเท่านั้น[24] อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่าภายใต้ข้อบังคับดังกล่าว สหภาพยุโรปยังได้นำแนวคิดของกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้รับจดทะเบียนหากเครื่องหมายการค้านั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย โดยที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงอาจยื่นคำร้องขอคัดค้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า หรือห้ามมิให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าหรือ สัญลักษณ์ใด ๆ ที่ใช้ในทางการค้า โดยผู้คัดค้านได้อ้างตนเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นก่อน และเครื่องหมายการค้าของตนมีชื่อเสียงที่แพร่หลายมากกว่าเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนในระดับท้องถิ่น[25] บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงสามารถตีความได้ครอบคลุมไปถึงสิทธิของเจ้าของกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงในการปัดป้องมิให้ผู้ใดกระทำการละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าของตนโดยการลวงขาย ดังเช่นในกรณีที่ Tresplain Investments Ltd. ได้ร้องขอต่อ Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM) ห้ามมิให้บุคคลอื่นขอจดทะเบียนและใช้เครื่องหมายการค้า GOLDEN ELEPHANT กับสินค้าจำพวกข้าว ในสหราชอาณาจักร เนื่องจากตนได้จดทะเบียนและใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้าจำพวกข้าวมาก่อน โดยชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าของตนนั้นมีชื่อเสียงแพร่หลายอย่างมากในสาธารณชนแค่เพียงยังมิได้จดทะเบียนในสหราชอาณาจักรเท่านั้น การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการลวงขายซึ่งเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย ทำให้กู๊ดวิลล์ของตนได้รับความเสียหาย[26]

---

[22]Heer Law, *The Differences between Unregistered and Registered Trademarks in Canada* (28 April 2018) INTELLECTUAL PROPERTY LAW & LITIGATION <https://www.heerlaw.com/differences-unregistered-registered-trademarks>.

[23]อ้างแล้ว, 18.

[24]Article 6, *EU Trademark Regulation.*

[25]Article 8, *the EU Trademark Regulation.*

[26]Tresplain Investments Ltd. v Office for Harmonisation in the Internal Market (Judgment of the General Court, 2011).

ในประเทศไทย การกระทำอันเป็นการลวงขายปรากฏอยู่ในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น” ซึ่งถือว่าเป็นการรับรองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการลวงขายอันทำให้ตนได้รับความเสียหายได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวมุ่งให้ความคุ้มครองตัวเครื่องหมายการค้ามากกว่ากู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าจึงทำให้ขาดความชัดเจนถึงมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนจากการลวงขายซึ่งแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

3.2 ปัญหาการละเมิดกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงที่จดทะเบียนแล้ว

Trademark Dilution Act 2006 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติว่า การละเมิดกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงที่จดทะเบียนแล้ว หมายถึง การกระทำอันเป็นลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า (Dilution) โดยการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้านั้นมี 2 ลักษณะ คือ

1. การลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าโดยการทำให้สับสนหลงผิด (Dilution by Blurring) หมายถึง การกระทำการใดอันเป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดว่าเครื่องหมายการค้าของตนเป็นเครื่องหมายเดียวกันหรือ คล้ายหรือมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง

2. การลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าโดยทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง (Dilution by Tarnishment) หมายถึง การกระทำการใดอันก่อให้เกิดความเกี่ยวพันระหว่างเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้ากับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงต่อสาธารณชนในลักษณะที่เป็นการทำร้ายชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงนั้น

โดยที่เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่แต่เพียงพิสูจน์ว่าเครื่องหมายการค้าทั้งสองมีความคล้ายคลึงกัน และเครื่องหมายการค้าของตนเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย มีลักษณะอันโดดเด่นโดยธรรมชาติหรือโดยมาจากเครื่องหมายการค้านั้น โดยมิจำต้องพิสูจน์ว่าเครื่องหมายการค้าของผู้ที่ละเมิดนั้นเป็นคู่แข่งทางการค้าในตลาดสินค้าเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย หรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนขึ้นแล้ว หรือมีความเสียหายต่อกู๊ดวิลล์ของเครื่องหมายการค้าเกิดขึ้นจริง ๆ แต่ประการใด ตัวอย่างเช่น ในกรณีพิพาทระหว่าง Starbucks Corp. v. Wolfe’s Borough Coffee, Inc. ซึ่งจำเลยได้ใช้เครื่องหมายการค้า CHARBUCKS ซึ่งมีเสียงเรียกขานคล้ายกับเครื่องหมาย STARBUCKS ของโจทก์ ถึงแม้เครื่องหมายทั้งสองจะไม่ได้มีลักษณะที่คล้ายกัน

แต่เสียงเรียกขานที่ใกล้เคียงกันก็อาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดได้ ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าแล้ว[27]



ภาพที่ 1: เครื่องหมายการค้า STARBUCKS และเครื่องหมายการค้า CHARBUCKS

จาก http://static.wixstatic.com/media/42a327_58056804fa8b417bbabf72ea8710cd2b.jpg

เช่นเดียวกับประเทศแคนาดาที่มีบทบัญญัติใน Trade-marks Act มาตรา 22 ว่า “ห้ามมิให้บุคคลใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นซึ่งได้รับการจดทะเบียนแล้วในลักษณะที่อาจจะส่งผลให้เป็นการลดทอนคุณค่าของกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าเหล่านั้น” โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าการกระทำใดที่ถือเป็นการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า และเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงมีภาระการพิสูจน์เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหานั้นร้ายแรงเพียงพอที่จะเป็นการกระทบต่อกู๊ดวิลล์ของเครื่องหมายการค้าตนหรือไม่[28] โดยที่ศาลยุติธรรมประเทศแคนาดามักพิจารณาการกระทำอันมีลักษณะเป็นการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้า โดยพิจารณาจาก 1) เครื่องหมายการค้าทั้งสองมีความเกี่ยวของในหมวดหมู่ของธุรกิจเดียวกัน 2) สินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าทั้งสองเป็นชนิดที่เหมือนหรือคล้ายกัน โดยมิจำต้องพิจารณาถึงความสับสนหลงผิดของสาธารณชนที่จะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ก็ตาม[29] ดังเช่นในกรณีพิพาทที่ Veuve Clicquot Ponsardin Maison Fonde en 1772 ได้ฟ้องร้องว่า Boutiques Cliquot Lte ใช้เครื่องหมายการค้าที่ใกล้เคียงกับเครื่องหมายการค้าของตนซึ่งอาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดได้ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าเครื่องหมายการค้าทั้งสองใช้กับสินค้าที่ต่างจำพวกกัน ดังนั้นจึงไม่ถือเป็นการลดทอนคุณค่าของกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าของโจทก์[30]

---

[27]Starbucks Corp. v. Wolfe's Borough Coffee, Inc. (United States Court of Appeals, 2013).

[28]David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks* (Toronto: Irwin Law, 2011) 9.

[29]Susan J. Keri, Gowling Lafleur Henderson, LLP, *Toronto, Canada and Amy M. Thomas, Macera & Jarzyna/Moffat & Co., Anti-Dilution Provisions in Canadian Law* (14 June 2018) INTABulletin <http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Anti-DilutionProvisionsin CanadianLaw.aspx>.

[30]Veuve Clicquot Ponsardin Maison Fonde en 1772 v. Boutiques Clicquot Lte (Supreme Court Judgments, 2006).

ในส่วนของสหภาพยุโรป ภายใต้กรอบความร่วมมือของสหภาพยุโรปที่ 89/104/EC and 2008/95/EC แห่งรัฐสภาและคณะมนตรีของสหภาพยุโรป (the European framework, Directives 89/104/EC and 2008/95/EC of the European Parliament and the Council) นั้น มีสาระสำคัญคือในสมาชิกชาติสมาชิกทั้งหมดมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าที่ใกล้เคียงกันตลอดจนจุดมุ่งหมายในการต่อต้านการลดทอนคุณค่าของเครื่องหมายการค้าที่หมายความรวมถึงการป้องกันการใช้เครื่องหมายการค้าในลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้ามีชื่อเสียงจากในชาติสมาชิกซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้สิทธิก่อน ซึ่งถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าโดยแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบและเป็นอันตรายต่อเอกลักษณ์เฉพาะหรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น ๆ[31] ทั้งนี้ กฎหมายเครื่องหมายการค้าแห่งสหภาพยุโรปนั้นได้บัญญัติให้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย เป็นเครื่องหมายการค้าที่ “ได้รับสิทธิก่อน[32]” อันพึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในการคัดค้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า[33] หรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย อันอาจสร้างความสับสนหลงผิดให้แก่สาธารณชนและเป็นอันตรายต่อภาพลักษณ์หรือชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงนั้น[34] ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้วางแนวทางการพิจารณาว่าการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลใดเป็นการลดทอนคุณค่าของกู๊ดวิลล์ของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับสิทธิก่อนหรือไม่ ให้พิจารณาจาก ระดับความเหมือนคล้ายกันของเครื่องหมายการค้าทั้งสอง ความเหมือนคล้ายกันของสินค้าของบริการที่ใช้กับเครื่องหมายการค้าระดับชื่อเสียงและความโดดเด่นของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับสิทธิก่อน และ ความน่าจะเป็นของการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในกลุ่มผู้บริโภค[35]

ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่ Paris Convention ได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้รับจดทะเบียนและห้ามมิให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นการทำซ้ำ การเลียนแบบ หรือการแปล อันจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายว่าเป็นเครื่องหมายของผู้ทีมีสิทธิได้รับประโยชน์ตาม Paris Convention[36] เพื่อเป็นการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย และให้ถือว่าการการทำใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับสถานประกอบการ

[31]Article 10 of DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015.

[32]Article 8.2 of REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark.

[33]Article 8.1 of REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union trade mark.

[34]Article 8.5 of REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union trade mark.

[35]Intel Corporation Inc. v CPM United Kingdom Ltd. (European Court of Justice, 2007).

[36]Article 6bis of Paris Convention.

สินค้า หรือกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมของคู่แข่ง หรือ การกล่าวหาอันเป็นเท็จในทางการค้า ที่มีลักษณะเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือของสถานประกอบการ สินค้า หรือกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมของคู่แข่ง เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมาย[37] นอกจากนั้น TRIPs Agreement ยังได้กำหนดให้ขยายความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายตาม Paris Convention ให้ครอบคลุมไปถึงสินค้าและบริการที่อยู่นอกเหนือการแข่งขันในตลาดเดียวกัน (Non-Competing Goods and Services) ซึ่งอาจหมายความถึงสินค้าและบริการคนละชนิดกัน หรือชนิดเดียวกันแต่แตกต่างที่กลุ่มผู้บริโภคที่เป็นเป้าหมายของสินค้าและบริการก็ได้[38]

ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของประเทศไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กำหนดให้มีความคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏได้ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย พบว่าตนถูกละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ จะต้องดำเนินคดีโดยใช้หลักการเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตามมาตรา 421 โดยเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่พิสูจน์ว่ากู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าของตนถูกละเมิด ทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าตน ดังเช่นกรณีที่ STARBUCKS ได้ฟ้องร้องกาแฟรถเข็น STARBUNG ว่าใช้เครื่องหมายการค้าโดยละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ของตน ต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน 300,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ฟ้องคดีจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น และให้ชำระค่าเสียหายในอัตรา 30,000 บาทต่อเดือน ตลอดเรื่อยไปจนกว่าเจ้าของร้านกาแฟสตาร์บังจะยุติการละเมิด เป็นต้น[39]



ภาพที่ 2: เครื่องหมายการค้า STARBUCKS และเครื่องหมายการค้า STARBUNG

จาก: http://www.thanaiphorn.com/files/content/p188e1eneg17p1eem123q1pmh175n3.jpg

[37]Article 10bis of Paris Convention.

[38]Article 16 of TRIPS Agreement.

[39]ASTV ผู้จัดการออนไลน์, *"สตาร์บัคส์" เหี้ยม! ฟ้อง "สตาร์บัง" ขอศาลสั่งขัง เรียก 3 แสน จ่ายรายเดือนอีก 3 หมื่น* (5 April 2017) MGR ONLINE <http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9560000130452>.

บทสรุป

จากการศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า ในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา สหภาพยุโรป กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ Paris Convention และ TRIPs Agreement นั้น ผู้เขียนสรุปได้ คือ ในกรณีปัญหาการไม่มีคำนิยามทางกฎหมายของคำว่ากู๊ดวิลล์ นั้น ผู้เขียนพบว่าทั้งในประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ ล้วนไม่มีคำนิยามทางกฎหมายเช่นกัน โดยที่สภานิติบัญญัติแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้ความเห็นไว้ว่ากู๊ดวิลล์มีแนวคิดที่หลากหลายขึ้นอยู่กับกิจกรรมทางธุรกิจและความสัมพันธ์เฉพาะระหว่างผู้ประกอบกิจการกับผู้บริโภค ดังนั้นจึงได้มีความเห็นร่วมกันว่าจะไม่ระบุคำนิยามทางกฎหมายของกู๊ดวิลล์ลงในกฎหมายดังกล่าว และให้เป็นอำนาจของผู้พิพากษาในการตีความคำนิยามของกู๊ดวิลล์ภายใต้บริบทแห่งคดีซึ่งขึ้นสู่ศาลในขณะนั้นเป็นรายกรณีไป[40] อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาจากบทความวิชาการ แนวคำพิพากษาศาล และคำนิยามทางวิชาชีพการบัญชี จึงอาจให้คำนิยามของกู๊ดวิลล์ได้ว่า กู๊ดวิลล์ หมายถึง ค่าความนิยมและเกียรติคุณของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงไม่ว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้แล้วหรือไม่ก็ตาม

และกรณีปัญหาการละเมิดกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของประเทศไทยมีเพียงให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนให้มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่ลวงขายได้เพียงเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนทั้งการละเมิดกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงที่ยังมิได้จดทะเบียนและที่จดทะเบียนแล้ว โดยที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าแห่งสหภาพยุโรปและ Paris Convention กับ TRIPs ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายจากการกระทำใด ๆ อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าเหล่านั้น

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยแบ่งเป็น 3 ประการ กล่าวคือ

<u>ประการแรก</u> ควรเพิ่มเติมคำนิยามทางกฎหมายของกู๊ดวิลล์ลงในมาตรา 4 เพื่อความชัดเจน ดังนี้

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

[...]

“กู๊ดวิลล์” หมายความว่า ค่าความนิยมและเกียรติคุณของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงไม่ว่าเครื่องหมายการค้านั้นจะได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้แล้วหรือไม่ก็ตาม

[40]Tim W. Dornis, *Trademark and Unfair Competition Conflicts* (New York: Cambridge University Press, 2017) 94.

ประการที่สอง ควรเพิ่มเติมมาตรการในคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการลวงขาย เป็นวรรคท้ายในมาตรา 46 ดังนี้

การลวงขายตามวรรคก่อน หากเป็นการโฆษณาหรือการนำเสนอทางพาณิชยกรรม อันมีลักษณะเป็นการแสดงถึงเครื่องหมาย ข้อความ ลักษณะสำคัญ รูปลักษณ์ คุณภาพ หรือแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการในทางที่น่าจะก่อให้เกิดความสับสนแก่สาธารณชน ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นละเมิดต่อกู๊ดวิลล์ของเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าชอบที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายต่อกู๊ดวิลล์อันเกิดจากการลวงขายเช่นว่านั้นด้วย

ประการที่สาม ควรเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองกู๊ดวิลล์จากการละเมิดชื่อเสียงในเครื่องหมายการค้า เป็นมาตรา 109 ทวิ ดังนี้

"มาตรา 109 ทวิ ห้ามมิให้กระทำการใด ๆ อันเป็นการส่งผลให้เป็นการลดทอนคุณค่าของกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายของผู้อื่น

การกระทำอันเป็นเป็นการส่งผลให้เป็นการลดทอนคุณค่าของกู๊ดวิลล์ในเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นตามวรรคแรก ให้หมายความรวมถึง

(1) การทำให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่สาธารณชนว่าเครื่องหมายการค้าของตนเหมือนหรือคล้าย หรือมีความเชื่อมโยงกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น

(2) การทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง โดยมีลักษณะที่เป็นการทำร้ายชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงนั้นต่อสาธารณชน"

ทั้งนี้ โดยมิจำต้องพิจารณาว่าจะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการชนิดหรือจำพวกที่เหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่



บรรณานุกรม

ASTV ผู้จัดการออนไลน์, *"สตาร์บัคส์" เหี้ยม! ฟ้อง "สตาร์บัง" ขอศาลสั่งขัง เรียก 3 แสน จ่ายรายเดือน อีก 3 หมื่น* (5 April 2017) MGR ONLINE <http://www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9560000130452>.

A.W.Griffits, *Trade Mark Law and Practice (London: Sir I. Pitman & Sons, 1930).*

David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks* (Toronto: Irwin Law, 2011).

Heer Law, *The Differences between Unregistered and Registered Trademarks in Canada* (28 April 2018)

INTELLECTUAL PROPERTY LAW & LITIGATION <https://www.heerlaw.com/differences-unregistered-registered-trademarks>.

Jani Ihalainen, *Retrospective - Passing Off in the United States* (21 April 2018) IP Iustitia < http://www.ipiustitia.com/2013/12/retrospective-passing-off-in-united.html>.

MYTKHUN, *The history of trademarks* (11 May 2017) TRADE MARK BUREAU "MYTKHUN" <http://www.tmprotect.idknet.com/eng/history.html>.

NOLO, *What Good Is an Unregistered Trademark?* (21 April 2018) NOLO < https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-good-unregistered-trademark.html>.

Susan J. Keri, *Gowling Lafleur Henderson, LLP, Toronto, Canada and Amy M. Thomas, Macera & Jarzyna/Moffat & Co., Anti-Dilution Provisions in Canadian Law* (14 June 2018) INTABulletin<http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Anti-DilutionProvisionsinCanadianLaw.aspx>.

Tim W. Dornis, *Trademark and Unfair Competition Conflicts* (New York: Cambridge University Press, 2017).

William Ibbott, *These are the most powerful brands in the world* (18 April 2017) World Economy Forum <https://goo.gl/TJmihZ>.





ความผิดอาญากับความรุนแรงในครอบครัว

Criminal Offences and Domestic Violence

*ลาวัลย์ หอนพรัตน์**
*จิตรา เพียรล้ำเลิศ**
*วิวิธ วงศ์ทิพย์***
*ภรมาภา อุดมวัฒน์ทวี****

บทคัดย่อ

การทำวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดอาญากับการกระทำความรุนแรงในครอบครัว ศึกษาความรู้ทางกฎหมาย วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความผิดอาญากับการทำความรุนแรงในครอบครัว และเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหา เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่คุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิจัยทางเอกสาร จากการค้นคว้า หนังสือ ตำรา บทความ งานวิจัย งานวิทยานิพนธ์ ตลอดจนสื่อสิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิคทั้งของไทยและต่างประเทศ ผลการวิจัยพบว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวและป้องกันการใช้ความรุนแรงในครอบครัว โดยที่ยังต้องการรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัวและไม่ทำให้ครอบครัวประสบปัญหาขาดผู้นำหรือผู้อุปการะเลี้ยงดู ดังนั้นจึงควรพิจารณาในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวให้สามารถป้องกันและแก้ปัญหาความรุนแรงในครอบครัวได้โดยไม่กระทบกับความเป็นอยู่และความสัมพันธ์ในครอบครัว

คำสำคัญ : ความผิดอาญา ความรุนแรงในครอบครัว

**รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*

***ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*

****อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*

Abstract

This research aims to study the perspective and theory about Criminal Offences and Domestic Violence, study about law principles, analyze problems about Criminal Offences and Domestic Violence, and present a solution in compliance with the intendment of law which protects the victim of domestic violence. This is a qualitative research conducted via document researches by gathering information from books, textbooks, articles, researches, theses, as well as printed media and electronic media from both Thailand and other countries. It has been found that the Domestic Violence Victim Protection Act, BE 2550 intended to protect the victim of domestic violence and prevent domestic usage of violence while maintaining family relationships and not causing a problem of lacking a family leader or supporter. Therefore, setting the punishment regarding domestic violence to prevent and solve the problem of domestic violence without affecting family relationship and the family's wellbeing should be considered.

Keyword : Criminal Offences, domestic violence

บทนำ

คดีเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวเป็นคดีที่ละเอียดอ่อน มีความอ่อนไหวสูง ซับซ้อนและมีผลกระทบต่อบุคคลและความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว คดีอาญาทั่ว ๆ ไปผู้เสียหายมักจะต้องการแก้แค้นหรือต้องการให้ผู้กระทำผิดถูกลงโทษ แต่ในคดีความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษอาจจำต้องใช้วิธีการที่แตกต่างจากคดีทั่ว ๆไป เนื่องจากการนำผู้กระทำความผิดความรุนแรงในครอบครัวมาลงโทษ อาจมีผลกระทบต่อผู้เสียหายซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำผิด และอาจกระทบต่อความเป็นอยู่ของผู้เสียหายและครอบครัวได้ เช่น ผู้กระทำผิดเป็นบิดาหรือเป็นสามี ซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัว การนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษก็ทำให้ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดูครอบครัว ดังนั้น คดีความรุนแรงในครอบครัวจึงต่างกับคดีอาญาทั่วไป ในคดีความรุนแรงครอบครัวผู้เสียหายมักจะไม่อยากเอาผิดกับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายอาจเพียงแค่ต้องการการขอโทษหรือการได้ปรับความเข้าใจ หรือต้องการโอกาสในการเริ่มต้นใหม่ ดังนั้นการให้โอกาสอาจเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุ ซึ่งจะเป็นการช่วยให้ลดคดีอาชญากรรมได้มากกว่า

คดีอาญาเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว มีบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ในมาตรา 3 โดยให้ความหมายเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัวไว้ ดังนี้ “ความรุนแรงในครอบครัว” หมายถึง การกระทำใด ๆ โดยมุ่ง

ประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับ หรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมิชอบ แต่ไม่รวมการกระทำโดยประมาท เพื่อเป็นกรอบอันจะนำไปสู่การใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว

"บุคคลในครอบครัว" หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินกันฉันสามีภริยา โดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครอบครัว

ฉะนั้นคดีความรุนแรงในครอบครัว จึงหมายถึง

1. การกระทำความรุนแรงโดยตรงหรือโดยมุ่งประสงค์กระทำต่อบุคคลในครอบครัวให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจหรือสุขภาพ หรือ

2. เป็นการใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม โดยให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมิชอบ

บทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว มีบัญญัติในมาตรา 4 กำหนดว่า "ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 6000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" ให้ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้

การกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวเกือบทุกกรณีจะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นด้วย ซึ่งผู้กระทำมีความผิดต้องรับโทษ ตามกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นด้วย เช่น นายแดงหึงหวงภริยาของตน จึงได้ทุบตีภริยาเป็นรอยช้ำและกักขังไม่ให้ภริยาออกจากบ้าน ผู้กระทำมีความผิด 2 ฐานคือ การทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ทุบตีภริยาเป็นความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวและกักขังภริยาเป็นการกระทำความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง ตามประมวลกฎหมายมาตรา 310 ด้วย หรือในกรณีที่พ่อเลี้ยงทำร้ายร่างกายลูกเลี้ยงจนได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 ซึ่งเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน หรือกรณีที่ผิดกฎหมายอื่น เช่น สามีทำร้ายภริยาจนตาบอด เช่นนี้นอกจากสามีจะมีความผิดฐานกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวแล้ว สามียังมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297(4) และเป็นการละเมิด ซึ่งทำให้ภริยามีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ด้วย

และตามมาตรา 4 วรรค 2 ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวให้ถือเป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอาจตกลงกันไม่เอาผิด ยอมความกัน และถอนฟ้องคดีได้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 นี้มีหลักสำคัญ คือ การนำมาตรการพิเศษมาใช้กับบุคคลที่เป็นผู้ก่อให้เกิดความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งโดยกำหนดให้ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอันยอมความได้และการใช้มาตรการการใช้การบำบัดฟื้นฟู การควบคุมความประพฤติ การละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว[1] แทนการลงโทษทางอาญา เพื่อเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัวและรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ รวมทั้งสามารถขอให้มีการดำเนินการมาตรการชั่วคราวในการคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวด้วย

ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าการใช้มาตรการการลงโทษทางอาญาในคดีความรุนแรงในครอบครัวจะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรแก้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 โดยกำหนดให้คดีความผิดอาญา ซึ่งเป็นการกระทำในระหว่างบุคคลในครอบครัว ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ควรกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เว้นแต่เป็นการกระทำถึงแก่ชีวิตหรือเป็นอันตรายสาหัสโดยเจตนา

วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดทางอาญาในการกระทำความรุนแรงในครอบครัวและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความรุนแรงในครอบครัว

---

[1]มาตรา 12, *พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550*

"ในกรณีที่ศาลพิพากษาว่า ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวมีความผิดตามมาตรา ๔ ศาลมีอำนาจกำหนดให้ใช้วิธีการฟื้นฟู บำบัดรักษา คุมความประพฤติผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำความผิดชดใช้เงินช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ทำงานบริการสาธารณะ ละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว หรือทำทัณฑ์บนไว้ ตามวิธีการและระยะเวลาที่ศาลกำหนด แทนการลงโทษผู้กระทำความผิดก็ได้

ในกรณีที่มีการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องในความผิดตามมาตรา ๔ ให้พนักงานสอบสวน หรือศาล แล้วแต่กรณี จัดให้มีการทำบันทึกข้อตกลงเบื้องต้นก่อนการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องนั้น และกำหนดให้นำวิธีการตามวรรคหนึ่งเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าวโดยอนุโลม โดยอาจรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายหรือบุคคลในครอบครัวประกอบด้วยก็ได้ หากได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนแล้วจึงให้มีการยอมความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือการถอนฟ้องในความผิดตามมาตรา ๔ ได้ หากผู้ต้องหาหรือจำเลยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ให้พนักงานสอบสวนหรือศาลมีอำนาจยกคดีขึ้นดำเนินการต่อไป

หลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา หรือรัฐมนตรีประกาศกำหนด แล้วแต่กรณี"

2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยตามพระ-ราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

4. เพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

สมมุติฐานการวิจัย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวและป้องกันการใช้ความรุนแรงในครอบครัว โดยที่ยังรักษาความสัมพันธ์ในครอบครัวและไม่ทำให้ครอบครัวประสบปัญหาขาดผู้อุปการะเลี้ยงดู จึงควรแก้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 โดยให้คดีความผิดที่เป็นการกระทำต่อบุคคลในครอบครัวเป็นความผิดอันยอมความได้ และให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะลงโทษทางอาญากับการกระทำที่ศาลเห็นว่ารุนแรงและไม่ควรใช้มาตรการเกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว

ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิด โทษ และมาตรการพิเศษ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

วิธีการศึกษา

การศึกษาเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิจัยจากเอกสาร ด้วยการค้นคว้าข้อมูล สถิติจากเอกสาร ตำรา บทความทางวิชาการ หนังสือทางวิชาการ สื่อสิ่งพิมพ์อื่น ๆ และสื่ออิเล็คโทรนิคที่เกี่ยวกับกฎหมายความรุนแรงในครอบครัวทั้งของไทยและต่างประเทศ

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดทางอาญาในการกระทำความรุนแรงในครอบครัว และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงในครอบครัว

2. ทำให้ทราบกฎหมายไทยตามพระ-ราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

3. ทำให้ทราบปัญหาเกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

4. มีแนวทางในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

ผลการศึกษา

จากการศึกษาพบว่าสถิติความรุนแรงในครอบครัวมีแนวโน้มสูงขึ้น การใช้วิธีการลงโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความ

รุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ถ้าความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาอื่น ซึ่งเป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดิน ผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัวก็ยังต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาอื่นด้วย อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัวกำหนดให้ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ไม่ได้ผลและยังเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว เช่น สามีทุบตีภริยาและผลักภริยาล้มลงศีรษะฟาดโต๊ะเป็นเหตุให้กะโหลกศีรษะร้าวต้องรักษาตัวประมาณ 1 ปี เป็นความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ และความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัส ซึ่งเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน แม้ภริยาจะไม่ติดใจเอาความแก่สามี หรือสามีรู้สึกสำนึกผิดและได้ปรับความเข้าใจกันแล้วก็ตาม ศาลก็ยังต้องดำเนินคดีกับสามี ซึ่งหากศาลพิพากษาจำคุกการลงโทษจำคุกสามี ผู้กระทำความรุนแรงผลกระทบย้อมตกอยู่กับภริยาและบุตร ทำให้ขาดการอุปการะเลี้ยงดู อันจะทำให้เกิดปัญหาครอบครัวต่อไป

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เช่น ประเทศเกาหลีใต้ มีการออกพระราชบัญญัติการลงโทษทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศและการคุ้มครองเหยื่อ (The Punishment of Sexual Assault Crime and Protection Of Victim Act 1993) ซึ่งมีความพยายามในการแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 และประสบความสำเร็จในปี ค.ศ. 1997 โดยการบัญญัติกฎหมายแยกออกเป็น 2 ฉบับด้วยกัน กล่าวคือ ฉบับแรกว่าด้วยการลงโทษและฉบับที่ 2 ว่าด้วยการคุ้มครองเหยื่อ ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 เป็นต้นมา

ประเทศญี่ปุ่น ทางรัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีความตื่นตัวในการพยายามแก้ไขปัญหาเรื่องความรุนแรงในครอบครัวต่อสตรีอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมมากขึ้น ซึ่งกฎหมายความรุนแรงในครอบครัว ได้รับการเสนอร่างโดยสมาชิกสภาสตรี Diet และได้รับการร่างโดยคณะทำงานเรื่องความรุนแรงต่อสตรี (Project Team of Violence Against Women) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยสภาสูง ขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้ค่อนข้างแคบ เนื่องจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งเน้นคือการป้องกันความรุนแรงจากคู่สมรสและการจัดให้มีการดำเนินการฉุกเฉินเพื่อปกป้องเหยื่อ ดังนั้นองค์ประกอบของกฎหมายญี่ปุ่นจึงเน้นไปในเรื่องการออกคำสั่งคุ้มครอง

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) เช่น แคนาดา ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ปกครองระบบสหพันธรัฐเช่นเดียวกับสหรัฐ

อเมริกา โดยจากการศึกษาพบว่า กฎหมาย Child and Family Service Act 1989 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในกรุง Ottawa นั้น ถือเป็นกฎหมายต้นแบบในการคุ้มครองเด็กจากการกระทำโดยใช้ความรุนแรงทุกรูปแบบ รวมถึงการกระทำรุนแรงจากบุคคลในครอบครัวด้วยกฎหมาย Child and Family Service Act 1989 ได้กำหนดให้ศาลมีคำสั่งให้พ่อแม่ที่ทำร้ายเด็กต้องอยู่ในการคุมประพฤติหรือถูกนำตัวไปบำบัด เพื่อติดตามดูความประพฤติและบำบัดรักษาพฤติกรรมการใช้ความรุนแรง เพื่อมิให้กระทำซ้ำต่อเด็ก

ประเทศอังกฤษได้พัฒนากฎหมายคุ้มครองการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 ซึ่งให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองสวัสดิภาพ อาทิ การห้ามการลวนลามทางเพศ (non- molestation order) คำสั่งคุ้มครองที่อยู่อาศัย (occupation order) คำสั่งคุ้มครองเด็ก (Child protective order) ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังมีอำนาจออกคำสั่งอื่น ๆ ที่จำเป็น อาทิ คำสั่งห้ามคุกคาม (Restraining order) ซึ่งขยายการคุ้มครองบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือไม่ได้เป็นบุคคลในครอบครัว

ข้อเสนอแนะ

ผู้ศึกษาเห็นว่าควรแก้ไขมาตรา 4 วรรค 2 เดิมบัญญัติว่า “ให้ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้” เสนอให้แก้ มาตรา 4 วรรค 2 เป็น “ให้ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ เว้นแต่ความผิดนั้นเป็นความผิดฐานกระทำโดยเจตนาฆ่าคนตายหรือทำร้ายร่างกายเป็นอันตรายสาหัส”



บรรณานุกรม

ญฐพร โตประยูร, *ปัญหาความรุนแรงในครอบครัวกับกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพของบุคคลในครอบครัว* (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2547).

นัฑ ผาสุกและคณะ, *พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติ ความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวของรัฐสภา* (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2550).

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, *รายงานการวิจัย กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกกระทำทารุณกรรมจากผู้ปกครอง* (กรุงเทพมหานคร: หจก. จิรรัชการพิมพ์, 2545).

วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุลและคณะ, *การประเมินกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสวัสดิภาพบุคคลที่ได้รับความรุนแรงในครอบครัว* (กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อนหญิงและสถาบันพัฒนากระบวนการยุติธรรมเยาวชน, 2546).

กิตติพงศ์ กิตยารักษ์, จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง* (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2545).

กุหลาบแก้ว ภู่เผ่าพันธุ์, *ผลกระทบจากการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรงในครอบครัว: ศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552).

นีรชา ฐานพงษ์, *กระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองเด็กผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงโดยบุคคลในครอบครัว: วิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).

ปสาธนีย์ สิทธิสรเดช, *ปัจจัยที่เป็นแรงผลักดันให้ภริยาฆ่าสามี* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542).

พิชญาภา เจียมแท้, *ความหมายและมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555).

มาตาลักษณ์ เสรเมธากุล (ออรุ่งโรจน์), *การคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศส (La protection de l'enfant contre l'exploitation sexuelle: Etude le droit thai et francais)* (นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547).

วราห์ เห่งพุ่ม, *การคุ้มครองคนชราจากการใช้ความรุนแรงในครอบครัว: ศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547).

สุนิสา จองวัฒนา, *ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550* (ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (การบริหารงานยุติธรรม), คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552).

อาภาพรรณ ถาวโรฤทธิ์, *ทัศนคติต่อปัญหาการทารุณกรรมเด็กในครอบครัว* (รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, คณะรัฐศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542, 2552).

วันทนีย์ วาสิกะสิน, *การศึกษาเปรียบเทียบปัญหาความรุนแรงในครอบครัวในประเทศไทยและประเทศเกาหลี* (ปทุมธานี: สถาบันเอเชียตะวันออกศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542).





การศึกษาการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT

The Study of Management of Audio/Video Broadcasting under OTT System in Thailand

*กุลเดช สุทธิวรชัย**
*วริยา ล้ำเลิศ***

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์หัวข้อ “การศึกษาการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย” มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT เพื่อให้ทราบถึงข้อบกพร่องในการกำกับดูแลระบบ OTT ในประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพของต่างประเทศ ได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะที่ได้จากการเปรียบเทียบในแนวทางการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ให้มีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่า การกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ในประเทศไทย มีข้อบกพร่องอยู่ 3 ประการ คือ ประการแรก ไม่มีหน่วยงานกำกับดูแลการให้บริการ OTT ทำให้การให้บริการ OTT ในประเทศไทยขึ้นอยู่กับผู้ให้บริการแต่เพียงอย่างเดียว ส่งผลให้เกิดปัญหา ประการที่สองและประการที่สามในเรื่องของเนื้อหาที่ทำการเผยแพร่ในบริการ OTT นั้น ผิดกฎหมายและละเมิดลิขสิทธิ์ และปัญหาความเป็นกลางในการให้บริการ (Net Neutrality) กล่าวคือ ผู้ให้บริการ OTT อาจจะขัดขวางไม่ให้ผู้ใช้บริการเข้าถึงเนื้อหาที่เผยแพร่ได้ทั้งหมด หรือลดคุณภาพของการรับส่งข้อมูลในการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าว ซึ่งปัญหาทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่าหากประเทศไทยการที่มีหน่วยงานหรือองค์กรทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรงเช่นเดียวกับต่างประเทศนั้นจะทำให้บริการ OTT เกิดประสิทธิภาพทั้งแก่ผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*
***ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*

จากข้อค้นพบดังกล่าว การวางแนวทางในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ของต่างประเทศนั้นมีประสิทธิภาพอย่างมากเพราะต่างมีองค์กรหรือหน่วยงานในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรง และทำให้ไม่เกิดปัญหาและผลกระทบตามมาจากการให้บริการ OTT อย่างเสรี ผู้วิจัยจึงได้มีการเสนอแนะแนวทางว่า ประเทศไทยต้องมีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรขึ้นมาทำการกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรง เพื่อกำกับดูแลในการให้บริการ OTT ในรูปแบบของการขอใบอนุญาตเพื่อประกอบการให้บริการ ซึ่งจะต้องผ่านหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวกำหนด ซึ่งมุ่งคุ้มครองทั้งผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการให้มีความเหมาะสมในการเข้าถึงข้อมูลและเพื่อให้เกิดการกำกับดูแลเนื้อหาที่เผยแพร่อย่างถูกกฎหมายและไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของเนื้อหาด้วย

คำสำคัญ : การแพร่เสียงแพร่ภาพ ระบบ OTT ในประเทศไทย การกำกับดูแลระบบ OTT

Abstract

This abstract is a part of thesis "The Study of Management of Audio/Video Broadcasting under OTT System in Thailand". The purpose of studying the management of broadcasting audio/video in OTT System, so as to identify the weak spots in the management of OTT System in Thailand. The research took into consideration and compared the management of broadcasting services from various countries, specifically the United States, the United Kingdom, and Singapore, in order to present possible solutions and recommendations for effective management of OTT System from the study.

The research found that the management of audio/video broadcasting under OTT system in Thailand faces 3 major issues. Firstly, there is no entity that regulates the broadcasting services that utilize OTT System, making the service in Thailand totally reliant on the service providers, which leads to the second and third problems, specifically in terms of content. The second issue is the infringement of intellectual property. The third and last problem is issues with the principle of Net Neutrality; the service provider may impede users from accessing certain contents or reduce the efficiency of data transfer rate. All of these problems point to Thailand's necessity in having a proper governing body for the provision of OTT broadcasting services like in other countries, which can make OTT System management more efficient for both service providers and clients alike.

From the study, the development of framework for the management of OTT service provision in other countries are significantly efficient, since the nations in question have established agencies and/or entities that directly oversee the management of OTT service provision. This fact led to fewer problems and detriments when compared to unregulated OTT service provision. The Author would thus like propose that Thailand should form an entity or agency to deal specifically and directly with the management of OTT Service provision, so that the service could be supervised. This could be achieve through registration for service providers, which will require the providers to pass certain criterion and accept conditions set forth by that entity/agency, which seek to protect the rights of both service providers and users, specifically the rights to access information, and to ensure proper distribution of appropriate and legal content to protect the intellectual property rights of rights holders.

Keyword : Audio/Video Broadcasting, OTT System in Thailand, Management OTT System

บทนำ

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา เทคโนโลยีด้านการสื่อสารได้รับการพัฒนาเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการพัฒนางานทางด้านภาพและเสียง อันถือเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ รวมถึงภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลก จากการพัฒนาดังกล่าวทำให้การรับข้อมูลข่าวสารทั้งภาพและเสียงได้เผยแพร่ไปยังสื่อต่าง ๆ อย่างรวดเร็ว อาทิ โทรทัศน์ วิทยุ โทรศัพท์ อินเทอร์เน็ต และสื่อออนไลน์ต่าง ๆ ทั้งในรูปแบบของภาพและเสียง

โดยการพัฒนาของเทคโนโลยีอันทำให้เกิดสื่อต่าง ๆในปัจจุบันนั้น ได้เปรียบเสมือนเป็นการบริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เพราะเป็นบริการที่ให้ประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานนั้น ไม่เพียงแต่จะมีความจำเป็นต่อการดำเนินชีวิต แต่ยังคงมีความสำคัญสำหรับระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งอาจจะแบ่งวิวัฒนาการของการให้บริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน ออกเป็นยุค ๆ ได้ดังนี้[1]

1. ผูกขาดโดยรัฐ: หลายทศวรรษก่อนหน้านี้ รัฐบาลมักจะเป็นผู้ให้บริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานแต่เพียงผู้เดียว เช่นดังตัวอย่างของบริการโทรศัพท์ของประเทศไทย ซึ่งก่อนหน้านี้คือกองช่างโทรศัพท์ โดยเป็นส่วนหนึ่งของกรมไปรษณีย์โทรเลข หรือกระทั่งตัวอย่างของบริการวิทยุและโทรทัศน์ของประเทศไทย ซึ่งก่อนหน้านี้คือกรมประชาสัมพันธ์

[1]อธิป อัศวานันท์, *"OTT กับความมั่นคงทางไซเบอร์,"* *กรุงเทพธุรกิจ* (4 กรกฎาคม 2560) กรุงเทพธุรกิจ <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641799>.

2. ผูกขาดโดยรัฐวิสาหกิจ: ต่อมาได้มีการแปรรูปการให้บริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เข้าสู่รูปแบบของรัฐวิสาหกิจ เพื่อเพิ่มความคล่องตัว และประสิทธิภาพในการให้บริการแก่ประชาชนทั่วไป จึงได้เกิดเป็นองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยและองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย ซึ่งในยุคนั้น การให้บริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานยังคงเป็นหน้าที่ของภาครัฐโดยสมบูรณ์แบบ

3. เอกชนให้บริการผ่านสัมปทาน: ต่อมาอีกเช่นกัน เข้าสู่ยุคโลกาภิวัฒน์ ความต้องการของประชาชนในบริการ โทรศัพท์ วิทยุ และโทรทัศน์ได้ขยายตัวอย่างรวดเร็ว รวมทั้งการให้บริการมีเทคโนโลยี และการลงทุนที่สลับซับซ้อน จึงเข้าสู่ยุคที่เอกชนของไทยเริ่มเข้ามามีบทบาทในการให้บริการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน โดยอยู่ภายใต้สัมปทานของรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเงื่อนไขของการให้บริการสู่ประชาชน ยังคงถูกกำหนดโดยภาครัฐโดยผ่านรัฐวิสาหกิจผู้เป็นเจ้าของสัมปทาน

4. เอกชนมีใบอนุญาตเป็นของตัวเอง: ต่อมาอีกเช่นกัน เข้าสู่ยุคที่เปิดเสรีให้กับเอกชนอย่างเต็มที่ โดยได้ถือกำเนิดองค์กรกำกับดูแลกลาง ที่มีชื่อย่อว่า กสทช. ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ออกใบอนุญาตให้กับเอกชนและกระทั่งรัฐวิสาหกิจที่มีความประสงค์จะเข้ามาให้บริการ โทรศัพท์ วิทยุ หรือโทรทัศน์ ซึ่งการให้บริการ ถูกกำกับดูแลโดยภาครัฐ โดยผ่านเงื่อนไขของใบอนุญาต

5. OTT ให้บริการจากต่างประเทศ โดยไม่อยู่ภายใต้กฎหมายไทย: ปัจจุบันได้มีบริการประเภทใหม่ อันได้แก่ โครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญในโลกดิจิทัล ที่เรียกกันว่า OTT เช่น เสิร์ชเอ็นจิน โซเชียลเน็ตเวิร์ค โซเชียลมีเดีย กระทั่ง อีคอมเมิร์ซ ซึ่งมีบทบาทที่สำคัญไม่แพ้สาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานจากยุคก่อนหน้า และสามารถให้บริการจากต่างประเทศ โดยที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายไทย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า จากยุคที่ 1 ถึง 4 แม้จะเปลี่ยนผู้ให้บริการจากภาครัฐ มาเป็นเอกชน โดยสมบูรณ์แบบ แต่การให้บริการนั้น อยู่ภายใต้กฎหมายไทยมาโดยตลอด เพราะเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน ที่ส่งผลต่อความมั่นคงของประเทศ เพราะมีความเกี่ยวโยงกับเศรษฐกิจและสังคมอย่างที่ไม่สามารถจะแยกออกจากกันได้ แต่พอเข้าสู่ยุคที่ 5 คือยุคของ OTT กลับเกิดเป็นช่องว่างของการกำกับดูแล เพราะโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในระบบเศรษฐกิจดิจิทัลของไทย กลับไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมายไทย

ซึ่งอาจกล่าวโดยสังเขปได้ว่า ในสมัยก่อนการแพร่เสียงแพร่ภาพนั้น จะมีแต่เพียงทางโทรทัศน์และวิทยุ หากผู้บริโภคต้องการที่จะบริโภครายการใดของผู้ผลิต ผู้บริโภคก็จะต้องจัดการบริหารเวลาในการเปิดรับชมในเวลาที่ทางผู้ผลิตทำการแพร่เสียงแพร่ภาพออกอากาศ มิเช่นนั้น ผู้บริโภคก็จะพลาดการรับชมรายการนั้น ๆ ไป สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจของผู้ประกอบการโทรทัศน์ที่สามารถควบคุมสถานที่ เนื้อหา และเวลาของผู้บริโภคที่จะได้รับข้อมูลข่าวสาร

แต่เมื่อปัจจุบัน การพัฒนาเทคโนโลยีทำให้ระบบอินเทอร์เน็ตได้ทำการแพร่หลาย เรียกได้ว่าสัญญาณอินเทอร์เน็ตมีเกือบทุกมุมโลก ซึ่งอินเทอร์เน็ตต่างจากโทรทัศน์ในสมัยก่อน

เพราะอำนาจในการเลือกเป็นของผู้บริโภคอย่างเต็มที่ ผู้บริโภคสามารถเลือกรับชมอะไร ที่ไหน เมื่อไร อย่างไร โดยไม่มีข้อจำกัด ดังนั้นอินเทอร์เน็ตเป็นกิจการที่มีอำนาจในการเลือกรับข้อมูลข่าวสารเป็นของผู้บริโภคอย่างแท้จริง โดยผู้บริโภคในปัจจุบันมีช่องทางการรับชมและฟังได้เพิ่มมากขึ้นนอกเหนือจากโทรทัศน์และวิทยุ เพราะเนื่องจากโครงข่ายของอินเทอร์เน็ต จึงเป็นที่มาของการเกิด Over the Top หรือ OTT

OTT (Over – the –Top) คือบริการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุน โครงข่ายสัญญาณเอง การเกิด OTT นั้นมีพัฒนาการมาจากการที่ในอดีตทีวีระบบสายอากาศนั้น รายการต่าง ๆ จะถูกกำหนดมาให้ผู้บริโภค ตามตารางเวลาของสถานี ส่วนทีวีดาวเทียมผู้ให้บริการก็จะใส่จำนวนช่องไว้อย่างมากมาย ขายเป็นแพ็คเกจ โดยเป็นการรวมช่องยอดนิยมเข้าไว้กับช่องรายการที่มิได้เป็นที่ยอดนิยม แล้วทำการขายเป็นแพ็คเกจให้กับผู้บริโภค

โดยระบบ OTT ทำให้ผู้บริโภคมีช่องทางในการเลือกรับชมได้ตามที่ต้องการ ซึ่งเป็นที่คาดการณ์ว่า OTT จะมีแนวโน้มเติบโตไปทั่วโลก ดังจะเห็นได้จากรายได้ของการให้บริการแบบ OTT ใน 3 ทวีป คือ อเมริกาเหนือ ยุโรป และภูมิภาคเอเชียแปซิฟิค มีมูลค่าเท่ากับ 8 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐ และมีอัตราการเติบโตสูงมากกว่าร้อยละ 50 ในปี 2555 เมื่อเทียบกับปีก่อนหน้า ทั้งนี้มีการคาดการณ์ว่าการแข่งขันในตลาดการให้บริการ OTT ยังคง มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นตามปริมาณการเพิ่มขึ้นและความทันสมัยของอุปกรณ์คอมพิวเตอร์พกพาและโทรศัพท์เคลื่อนที่ โดยในปี 2558 มีการคาดการณ์ว่า รายได้ของการให้บริการแบบ OTT ใน 3 ทวีปจะเพิ่มสูงขึ้นถึง 20 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐ[2]

ส่วนประเทศไทยนั้น ในเรื่องของระบบ OTT ยังมิได้มีปัญหาในวงกว้างเท่าใดนัก แต่ในอนาคตอันใกล้ย่อมอาจจะก่อให้เกิดปัญหาได้ เพราะหากดูจากสถิติล่าสุดของ We are Social ดิจิทัลเอเยนซี่ใหญ่ในสิงคโปร์ จำนวนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตของประเทศไทยอยู่ที่ 46 ล้านคน และจำนวนเดียวกันนี้เป็นผู้ใช้เฟซบุ๊กซึ่งเป็นเครือข่ายสังคมออนไลน์ และอยู่ในขอบเขตของบริการที่จัดว่าเป็น OTT ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยยังติดอันดับจำนวนผู้ใช้เฟซบุ๊กเป็นอันดับที่ 8 ของโลกอีกด้วย[3] จากตัวเลขดังกล่าวประกอบกับการพัฒนาโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือสมาร์ทโฟนนั้น จึงเป็นที่คาดการณ์ได้ว่าประเทศไทยจะมีการใช้บริการระบบ OTT เพิ่มมากขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

โดยระบบของ OTT ที่ถือว่าเป็นปัญหาอันจะต้องได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วนก็คือเรื่องของ “การกำกับดูแล” ซึ่งการกำกับดูแลนั้นมีในหลายส่วน อาทิเช่น การกำกับดูแลเกี่ยวกับเนื้อหา การกำกับดูแลด้านใบอนุญาต การกำกับดูแลทาง

---

[2]ABI Reserach. Over 60% Growths in Worldwide: Over-the-Top Video revenue in 2010. April 2013.

[3]พิรงรอง รามสูต รณะนันท์น์, *“การกำกับดูแล OTT จำเป็นหรือไม่ เพียงใด,” กรุงเทพธุรกิจ* (25 กรกฎาคม 2560) กรุงเทพธุรกิจ <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641977>.

ด้านกฎหมาย(การละเมิดลิขสิทธิ์) การกำกับดูแลเรื่องรายได้ (การเก็บภาษี) รวมทั้งการกำกับดูแลให้เกิดความเป็นกลางในการบริหารโครงข่ายอินเทอร์เน็ต (Net Neutrality) เป็นต้น จึงจำเป็นที่จะต้องมาทำความรู้จักและเข้าใจ OTT ในมิติต่าง ๆ ตลอดจนแนวทางและแนวโน้มในการกำกับดูแล เพราะหากประเทศไทยสามารถที่จะจัดการเกี่ยวกับการกำกับดูแลการแพร่ภาพแพร่เสียงในระบบ OTT ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นธรรมต่อผู้บริโภคและผู้ผลิตรายการต่าง ๆ จะทำให้ประเทศไทยสามารถทำการสร้างมูลค่าในงานแพร่ภาพแพร่เสียงจากสื่อต่างๆของทั้งในประเทศและสื่อต่างประเทศได้อย่างมหาศาล

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงกรอบในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

2. เพื่อให้ทราบถึงข้อบกพร่องในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

3. เพื่อศึกษาถึงกรอบในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์

4. เพื่อนำไปสู่การหาแนวทางในการกำหนดกรอบการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

สมมติฐานของการศึกษา

ในการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย ในปัจจุบันนั้น การกำกับดูแลยังคงไม่มีรูปแบบที่ชัดเจน ทั้งไม่มีข้อกำหนดหรือกฎหมายใดที่จะเป็นการกำหนดกรอบในการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

ดังนั้น หากได้ทำการศึกษาถึงข้อกำหนดหรือแนวทางในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์ แล้วนั้น จะทำให้ประเทศไทยสามารถกำหนดแนวทางในการกำกับดูแลการแพร่ภาพแพร่เสียงในระบบ OTT ทั้งทางด้านการกำกับดูแลด้านเนื้อหา การกำกับดูแลทางด้านใบอนุญาต การกำกับดูแลทางด้านกฎหมาย (เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์) การกำกับดูแลในเรื่องของรายได้ (การเก็บภาษี) รวมทั้งการกำกับดูแลให้เกิดความเป็นกลางในการบริหารโครงข่ายทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเรื่องที่ประเทศไทยจะต้องให้ความสำคัญในการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งแก่ผู้บริโภค และผู้ผลิตในประเทศไทย และทำให้การบริหารจัดการงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT มีประสิทธิภาพ

ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

ว่ามีการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT หรือไม่ หากมีการกำกับดูแลแล้วมีข้อบกพร่องอย่างไรบ้าง

โดยการศึกษาในครั้งนี้ มีการนำเอารูปแบบการกำกับดูแลตลอดถึงแนวความคิดพื้นฐานในการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์ มาเป็นแนวทางในการศึกษา เพื่อจะนำจุดแข็งจุดอ่อนของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์มาปรับใช้ให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย อันจะนำไปสู่การพิจารณาแนวทางในการพัฒนาการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของประเทศไทย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงกรอบในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

2. ทำให้ทราบถึงข้อบกพร่องในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

3. ทำให้ทราบถึงกรอบในการกำกับดูแลการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการกำหนดกรอบการกำกับดูแลงานแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบ OTT ของประเทศไทย

วิธีดำเนินงานวิจัย

ใช้วิธีการศึกษาข้อมูลเอกสารเป็นหลัก ผ่านวิธีวิเคราะห์พรรณนา (Descriptive Analysis) โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลแบบปฐมภูมิอันได้แก่ บทกฎหมาย ตัวบทอนุสัญญาระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์รวมทั้งข้อมูลแบบทุติยภูมิ ได้แก่ เอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษทั้งที่เป็นหนังสือ บทความ วารสารทางวิชาการ สารนิพนธ์ วิทยานิพนธ์ บันทึก รายงานจากสถาบันและหน่วยงานต่าง ๆ ตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

ผลการวิจัย

ในระยะเริ่มแรกที่การให้บริการโอทีทีมีอิทธิพลต่ออุตสาหกรรมสื่อในประเทศไทยและต่างประเทศนั้นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก ได้แก่ ข้อเสียเปรียบของผู้ให้บริการโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เนื่องจากบริการโอทีทีให้บริการผ่านโครงข่ายหรือแพลตฟอร์มอินเทอร์เน็ตเป็นหลัก เมื่อมีผู้ใช้บริการจำนวนมากขึ้นก่อให้เกิดปัญหาการแย่งกันใช้สัญญาณ (Traffic) ในระบบอินเทอร์เน็ต เมื่ออินเทอร์เน็ตช้าลง ผู้ใช้บริการจะร้องเรียนไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider: ISP) ในประเด็นคุณภาพสัญญาณ ทำให้ผู้ให้บริการโครงข่ายกลายเป็นผู้รับผิดชอบปัญหาที่เกิดขึ้น ในขณะที่ผู้ให้บริการโอทีทีไม่ต้องลงทุนติดตั้งโครงข่าย อีกทั้ง ยังไม่จำเป็นต้องมีส่วนในการบริหารจัดการโครงข่ายอินเทอร์เน็ต เป็นแต่เพียงผู้รวบรวมเนื้อหารายการ

(Content) ให้เป็นหมวดหมู่และจัดทำบริการในส่วนของตน และเรียกเก็บค่าบริการ โดยไม่มีต้นทุนที่เกี่ยวกับโครงข่ายและการบริหารระบบอินเทอร์เน็ตแต่อย่างใด ในขณะเดียวกัน กรณีที่ผู้ให้บริการโอทีทีนำเนื้อหารายการของผู้ให้บริการโทรทัศน์ไปรวบรวมและเผยแพร่ ผู้ให้บริการโอทีทีก็ไม่ใช่ผู้ลงทุนผลิตเนื้อหารวมทั้งไม่ต้องลงทุนทำสถานีโทรทัศน์หรือโครงข่ายโทรทัศน์เพื่อให้บริการด้วยเช่นกัน จึงทำให้บริการโอทีทีมีความได้เปรียบในเรื่องต้นทุนการให้บริการเมื่อเทียบกับบริการสื่อสารประเภทอื่นอย่างมากเป็นเสมือนผู้ให้บริการที่ได้ประโยชน์จากการให้บริการประเภทอื่น (อินเทอร์เน็ตและบริการเนื้อหารายการ) แต่ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในบริการที่ตนนำไปใช้ประโยชน์แต่อย่างใด (Free-Rider)

อย่างไรก็ตาม ข้อถกเถียงในประเด็นบริการโอทีทีกลายเป็นเสมือนบริการกาฝากบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ต รวมทั้งความได้เปรียบในเรื่องต้นทุนการให้บริการเนื้อหาเมื่อเทียบกับการให้บริการในกิจการโทรทัศน์และสื่ออื่นได้เบาบางลงบ้างในปัจจุบันโดยผลของกลไกตลาดเนื่องมาจากผู้ให้บริการโทรคมนาคม ผู้ให้บริการโทรทัศน์ และแม้แต่สื่อประเภทอื่นมีการปรับตัวเพื่อขยายและรักษาฐานลูกค้าของตนเอง โดยการให้บริการแบบหลอมรวมสื่อหรือบางส่วนมีการปรับตัวไปสู่การให้บริการโอทีทีด้วยตนเอง หรือที่ปรากฏเป็นจำนวนมาก คือการทำธุรกิจแบบร่วมมือกันระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคม (อินเทอร์เน็ต) ผู้ให้บริการโทรทัศน์ หรือรวมถึงผู้ผลิตเนื้อหารายการ (Content) ในการร่วมให้บริการหรือแบ่งส่วนแบ่งรายได้กับผู้ให้บริการโอทีที โดยเสนอรูปแบบบริการเป็นแพ็กเกจร่วมกัน เช่น ลูกค้าอินเทอร์เน็ตสามารถใช้บริการโอทีทีที่เป็นบริษัทพันธมิตร (Partner) ในราคาที่ถูกลงซึ่งรายการส่งเสริมการขายในลักษณะนี้ปรากฏอย่างแพร่หลายในประเทศสิงคโปร์และประเทศไทย

สำหรับข้อถกเถียงที่เป็นประเด็นปัญหาสำหรับการให้บริการโอทีทีที่ยังคงมีอยู่ในปัจจุบันและยังไม่มีแนวทางแก้ไขอย่างเพียงพอทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศนั้น อาจสรุปเป็นประเด็นสำคัญ ๆ ที่จะนำไปสู่การทบทวนถึงความจำเป็นในการกำกับดูแลบริการโอทีทีในอนาคตได้ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์ปัญหาการจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลการให้บริการ OTT

จากที่ผู้วิจัยศึกษาในเรื่องขององค์กรกำกับดูแลการให้บริการ OTT ในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสิงคโปร์ จะเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จะมีหน่วยงานในการกำกับดูแลคือ Federal Communications Commission (FCC) ซึ่งจะดูแลกำกับทางด้านลิขสิทธิ์ของเนื้อหาเป็นหลัก สำหรับกฎระเบียบการควบคุมเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมนั้น FCC จะทำการเข้าไปกำกับดูแลโดยพิจารณาจากคำร้องของผู้บริโภคเป็นรายกรณีไป เนื่องจาก FCC เพราะกฎหมาย Communications Act ซึ่งห้ามไม่ให้ FCC เซ็นเซอร์เนื้อหาที่ออกอากาศ รวมถึงการออกกฎหมายที่อาจขัดต่อแนวทาง Freedom of Speech อีกด้วย เพราะต้องการให้ชาวอเมริกันได้รับชมเนื้อหาจากหลากหลายมุมมอง

ในส่วนของสหราชอาณาจักร มีหน่วยงาน The Office of Communications (Ofcom) ซึ่งทำหน้าที่ในการกำกับดูแลผู้ให้บริการ OTT ซึ่งทำการกำกับดูแลเนื้อหาที่ให้บริการบนแพลตฟอร์มทั้ง Ofcom ได้บังคับใช้กฎหมาย Communication Act 2003 ภายใต้นโยบาย E-commerce Directive (ECD) เป็นการกำหนดโควตาเนื้อหาให้บริการบนแพลตฟอร์ม การจำกัดการเข้าถึงเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต การคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์และการคุ้มครองผู้บริโภค สำหรับการกำกับดูแลผู้ให้บริการประเภท On-demand Program Services (ODPS) ในสหราชอาณาจักร ซึ่งครอบคลุมถึงผู้ให้บริการ OTT TV ประเภทต่าง ๆ นั้น Ofcom กำหนดให้ผู้ให้บริการ ODPS ต้องแจ้งข้อมูลกับทาง Ofcom ก่อนการเริ่มต้นให้บริการ รวมทั้งต้องแจ้งข้อมูลเมื่อต้องการปรับเปลี่ยนแนวทางการให้บริการ ODPS และเมื่อต้องการหยุดการให้บริการ ODPS ภายหลังจากการแจ้งข้อมูล ผู้ให้บริการ ODPS ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบที่ Ofcom กำหนด ได้แก่ การชำระค่าธรรมเนียมรายปีให้กับ Ofcom การเก็บเนื้อหาไว้เป็นเวลา 42 วันภายหลังจากที่ผู้ให้บริการ ODPS ถอดออกจากแพลตฟอร์มของตน การเปิดเผยข้อมูลของบริการของตนต่อผู้ใช้บริการ และการให้ความร่วมมือกับ Ofcom อย่างเต็มที่ในการปฏิบัติตามคำสั่ง การสนับสนุนทางด้านข้อมูล และอื่น ๆ

ในส่วนประเทศสิงคโปร์ รัฐบาลจะมีส่วนร่วมในการเข้ามากำกับดูแล โดยให้ความสำคัญ 4 เรื่อง ได้แก่ 1. การให้ใบอนุญาต ภายใต้ประมวลหลักการปฏิบัติ Code of Practice for Broadcasting Standards ซึ่งจะมีการควบคุมดูแลรูปแบบการออกใบอนุญาต 2. การคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับการออกอากาศ จะควบคุมโดย Internet Code of Practice ซึ่งจะทำการกำกับดูแลเนื้อหา เช่นห้ามมีการออกอากาศภาพลามกอนาจาร การละเมิดทางเพศด้วยความไม่สมยอม การรุนแรงทางภาษาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติและศาสนา เป็นต้น 3. การดูแลเรื่องลิขสิทธิ์จะมีพระราชบัญญัติและกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คุ้มครองลิขสิทธิ์ของเจ้าของเนื้อหา 4. การกำกับดูแลโฆษณาต่าง ๆ สิงคโปร์จะให้องค์กรพัฒนาของเอกชนคือ Advertising Authority of Singapore ทำการดูแล

สำหรับองค์กรกำกับดูแลของประเทศไทยที่จะมาทำการกำกับดูแลการให้บริการ OTT หากพิจารณาตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติว่า กิจการโทรทัศน์ หมายความว่า กิจการโทรทัศน์ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งหาก กสทช. ได้กำหนดให้การให้บริการ OTT TV เป็นบริการกิจการโทรทัศน์ตาม พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ก็จะถือว่าเป็นกิจการโทรทัศน์ ซึ่งในการประกอบกิจการโทรทัศน์ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามมาตรา 7 แห่งพ.ร.บ.การประกอบกิจการฯ ที่กำหนด ให้ผู้ประกอบกิจการกระจาย

เสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตจาก กสทช. ดังนั้น เมื่อบริการ OTT TV เป็นกิจการโทรทัศน์ ผู้ให้บริการ OTT TV ก็ต้องมาขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการตามมาตรา 7

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ ตระหนักถึงความสำคัญและปัญหาในด้านต่าง ๆ จึงทำให้ประเทศเหล่านี้จัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT เพื่อกำกับดูแลในด้านเนื้อหา ด้านลิขสิทธิ์ ด้านใบอนุญาต เป็นต้น จากการตั้งองค์กรในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ทำให้สามารถกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหาให้ถูกกฎหมาย รวมทั้งเนื้อหาดังกล่าวไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้ผู้ใช้บริการทราบหลักแหล่งของผู้ให้บริการจึงทำให้การให้บริการ OTT ของผู้ให้บริการมีเสรีภาพ

ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่ยังไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรขึ้นมากำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรง แม้ในปัจจุบัน กสทช. เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม รวมถึงอินเทอร์เน็ต และประกอบกิจการทั้งเนื้อหาที่ปรากฏบนโทรทัศน์และวิทยุ แต่การกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตเป็นความรับผิดชอบของกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม(กระทรวงดีอี) จึงกล่าวได้ว่า กสทช. ก็ยังไม่ใช่หน่วยงานโดยตรงที่จะเข้ามาทำการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าปัญหาความไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ให้บริการโทรทัศน์กับผู้ให้บริการ OTT ทั้งกฎระเบียบและต้นทุนการให้บริการ ปัญหาการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายและละเมิดลิขสิทธิ์อย่างแพร่หลายมากขึ้น รวมทั้งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการในการไม่ทราบหลักแหล่งของผู้ให้บริการ ปัญหาดังกล่าวหากเกิดขึ้นมาจะไม่มีหน่วยงานใดที่จะเข้ามาทำการแก้ไขปัญหาในการให้บริการ OTT ได้โดยตรง ซึ่งจะก่อให้เกิดความวุ่นวายและสับสนในการจัดการปัญหาดังกล่าวได้

ดังนั้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาในการทำวิจัยเล่มนี้ว่า ควรที่จะมีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการ OTT หรือไม่ เพื่อที่จะทำให้การกำกับดูแลการให้บริการ OTT มีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น

2. วิเคราะห์ปัญหาหลักความเป็นกลางในการให้บริการ OTT (Net Neutrality)

เป็นเรื่องของการให้การสนับสนุนให้ผู้เป็นเจ้าของโครงข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นผู้มีอำนาจและรับผิดชอบในการจัดการบริการและเนื้อหาที่เข้าใช้โครงข่ายของตนได้โดยอิสระ แต่การสนับสนุนดังกล่าวให้เกิดความเป็นกลางในการจัดการบริการและเนื้อหานั้นทำให้เกิดความกังวลและอ่อนไหวต่อเนื้อหาบางประเภทซึ่งอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงปลอดภัยของชาติ รวมทั้งความสำคัญกับการปกป้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากเนื้อหาที่มีความเสี่ยงมากกว่าให้ความสำคัญในเรื่องเสรีภาพในการรับข่าวสาร จากที่ผู้วิจัยศึกษาในเรื่องของหลักความเป็นกลางกำกับดูแลการให้บริการ OTT ในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสิงคโปร์ ในบทที่ 3 แล้ว เห็นว่าในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา Federal

Communications Commission (FCC) หน่วยงานการกำกับดูแลในกิจการโทรคมนาคม กิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ในระดับชาติของสหรัฐอเมริกา ยังให้ความสำคัญกับปัญหาเรื่องหลักความเป็นกลางหรือ Net Neutrality ซึ่ง FCC ได้ประกาศใช้ Open Internet Order 2015 ในปี พ.ศ.2558 โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ

1. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหา แอพพลิเคชั่นและบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ตได้

2. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการลดคุณภาพของการรับส่ง Data เพื่อเข้าถึงเนื้อหา แอพพลิเคชั่นและบริการที่ถูกกฎหมายบนอินเทอร์เน็ต

3. ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ไม่สามารถเลือกปฏิบัติในการรับส่ง Data เพื่อเข้าถึงเนื้อหา แอพพลิเคชั่นและบริการที่ถูกกฎหมาย หรือให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้บริการเนื้อหารายใดรายหนึ่งเพื่อแลกกับค่าบริการพิเศษ เหตุที่สหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญด้าน Net Neutrality เนื่องจากก่อนที่ FCC จะออกกฎหมาย Open Internet Order ประเทศสหรัฐอเมริกาเคยเกิดกรณีข้อพิพาทด้าน Net Neutrality ระหว่าง Comcast และ Bit Torrent กล่าวคือ เนื่องจาก Comcast ได้ทำการลดทอนคุณภาพของการรับส่ง Data ระหว่างผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตบรอดแบนด์ของ Comcast และ BitTorrent ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต โดยไม่ได้แจ้งให้ลูกค้าทราบ การกระทำดังกล่าวนำไปสู่การร้องเรียนของผู้บริโภคในเวลาต่อมา จนทำให้ FCC รับรองและออกกฎหมาย Open Internet Order

ในส่วนของสหราชอาณาจักรนั้นหน่วยงาน The Office of Communications (Ofcom) เป็นหน่วยงานการกำกับดูแลในกิจการโทรคมนาคม กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งทำหน้าที่ในการกำกับดูแลผู้ใช้บริการ OTT โดย Ofcom ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตด้วยนโยบาย Net Neutrality ซึ่งนำหลักการมาจากกฎหมาย Open Internet ของคณะกรรมาธิการยุโรป และกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตไม่สามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหาและผู้ใช้บริการปลายทาง เว้นแต่กรณีที่กระทำเพื่อปฏิบัติตามข้อบังคับทางกฎหมาย เพื่อรักษาความมั่นคงของโครงข่ายอินเทอร์เน็ต และเพื่อบริหารจัดการความหนาแน่นของโครงข่ายเป็นการชั่วคราว ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริโภคชาวยุโรปสามารถเข้าถึงบริการอินเทอร์เน็ต และใช้บริการเนื้อหาและ แอพพลิเคชั่นต่าง ๆ ได้อย่างอิสระ และผู้ให้บริการเนื้อหาสามารถให้บริการของตนผ่านโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่มีคุณภาพได้

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์ เรื่องของหลักความเป็นกลาง หรือ Net Neutrality นั้นยังคงไม่มีกรอบความแน่ชัดในเรื่องดังกล่าว เพราะเนื่องจากรัฐบาลสิงคโปร์ให้ความสำคัญในเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการออกอากาศ โดยเบื้องต้น OTT จะถูกควบคุมโดย Internet Code of Practice ที่กำกับดูแลเนื้อหาการออกอากาศ เช่น ห้ามมีการออกอากาศภาพลามกอนาจาร การละเมิดทางเพศ การรุนแรงทางภาษาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติและศาสนา อีกทั้ง ยังมีการจัดลำดับอายุที่เหมาะสมในการชมเนื้อหาต่าง ๆ แต่การกำกับดูแลการบริการ OTT

นั้นของประเทศสิงคโปร์ ยังมีข้อขัดแย้งกับโครงร่างกฎหมายด้าน Net Neutrality ที่กล่าวว่าผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลต่าง ๆ บนอินเทอร์เน็ตอย่างครบถ้วน โดยห้ามมิให้มีการกีดกันการเข้าถึงข้อมูลของผู้บริโภค

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักร ตระหนักถึงความสำคัญของความเป็นกลางในการให้บริการ เนื่องจากทำให้ผู้ใช้บริการได้รับเนื้อหาอย่างครบถ้วนไม่ถูกตัดทอน ทำให้ผู้ใช้บริการได้รับการบริการอย่างเสรี แต่ในส่วนของประเทศสิงคโปร์นั้นคำนึงถึงผลกระทบต่อการให้บริการด้านเนื้อหาอย่างเสรีมากเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการได้ จึงได้มีการกำหนดกรอบการกำกับดูแลการเผยแพร่เนื้อหาของการบริการ OTT

ซึ่งสำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อยังไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรใดในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT จึงทำให้การบริการ OTT ของประเทศไทยนั้นผู้ให้บริการสามารถกำหนดกรอบของเนื้อหาการให้บริการอย่างเสรี กล่าวคือ ผู้ให้บริการสามารถขัดขวางการเข้าถึงเนื้อหาของผู้ใช้บริการ หรือการตัดทอนข้อมูลของเนื้อหาบางส่วนก่อนที่จะนำมาให้บริการแก่ผู้ใช้บริการ OTT ได้

ดังนั้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาในการทำวิจัยเล่มนี้ว่า ในการให้บริการ OTT ของประเทศไทยควรที่จะให้ความสำคัญของความเป็นกลางในการให้บริการอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสหราชอาณาจักร หรือควรจะมีการควบคุมดูแลมิให้มีความเป็นกลางในการให้บริการเกินไปอย่างประเทศสิงคโปร์

3. วิเคราะห์ปัญหาการกำกับดูแลด้านเนื้อหารายการและลิขสิทธิ์ของเนื้อหา

จากที่ผู้วิจัยศึกษาในเรื่องของการกำกับดูแลเนื้อหาการให้บริการและลิขสิทธิ์ของเนื้อหา OTT ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์ เห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกา Federal Communications Commission (FCC) จะกำกับดูแลบริการ OTT ทางด้านเนื้อหาในเรื่องลิขสิทธิ์เนื้อหา โดยจะพิจารณาคำร้องของผู้บริโภคเป็นรายกรณีไป เนื่องจากกฎหมาย Communications Act ห้ามไม่ให้ FCC ทำการเซ็นเซอร์เนื้อหาที่ออกอากาศ รวมถึงการออกกฎหมายที่อาจขัดต่อแนวทางของ Freedom of Speech เพื่อให้ชาวอเมริกันสามารถทำการรับชมเนื้อหาได้จากหลากหลายมุมมอง

ในส่วนของสหราชอาณาจักร จะกำกับดูแล เนื้อหาการให้บริการ OTT จากกฎหมาย Communications Act 2003 ซึ่งจะจำกัดการเข้าถึงเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตตามเขตภูมิศาสตร์ การคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์และการคุ้มครองผู้บริโภค รวมถึงการให้บริการเนื้อหาของผู้พิการ

ในส่วนของประเทศสิงคโปร์ จะกำกับดูแลเนื้อหาการออกอากาศเช่นเรื่องการห้ามออกอากาศภาพลามกอนาจาร การละเมิดทางเพศด้วยการไม่สมยอม การมีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์และกับสิ่งวิปริตอื่น ๆ และการรุนแรงทางภาษาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติและศาสนา

ในปัจจุบันการให้บริการ OTT ในประเทศไทยนั้นยังไม่ได้มีการกำกับดูแลด้านเนื้อหาอย่างจริงจัง เนื่องจากการให้บริการ OTT ในประเทศไทยนั้นยังไม่มีระบบใบอนุญาตประกอบกิจการ จึงยังไม่มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามและการจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหารายการที่สามารถเผยแพร่ผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต

หากพิจารณาในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ทางด้านเนื้อหานั้น ตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ตามนิยามมาตรา 3 เนื้อหาที่ให้บริการบน OTT TV ถือเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ อีกทั้งมาตรา 14 แห่ง พ.ร.บ. ดังกล่าวนี้ ได้มีการกำหนดลักษณะของข้อมูลที่ห้ามนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือเผยแพร่ ดังนี้

1. ห้ามฉายเนื้อหารายการที่เป็นลักษณะของการปลอม อันทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย

2. ห้ามฉายเนื้อหารายการที่มีลักษณะเป็นเท็จที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ

3. ห้ามฉายเนื้อหารายการที่เป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง

4. ห้ามฉายเนื้อหารายการที่มีลักษณะเป็นการลามกที่ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ หรือ

5. ห้ามเผยแพร่หรือส่งต่อเนื้อหารายการที่มีลักษณะต้องห้ามตาม 1. - 4.

ส่วนในประเด็นปัญหาเรื่องลิขสิทธิ์ในเนื้อหาที่มีการรวบรวมมาออกอากาศ แม้ในอนาคตผู้ให้บริการ OTT จะเข้าสู่ระบบใบอนุญาตหรือจดทะเบียนแสดงตน แต่อำนาจในการดูแลเรื่องลิขสิทธิ์[4] ในเนื้อหายังคงอยู่ภายใต้กฎหมาย คือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2558 มาตรา 28 ที่ได้กำหนดว่า ผู้ใดทำซ้ำและดัดแปลง เผยแพร่งานลิขสิทธิ์ประเภทภาพยนตร์ต่อสาธารณชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย และบางส่วนในฉบับก่อนหน้าซึ่งมีการปรับปรุงครอบคลุมถึงเนื้อหาที่อยู่ในกิจกรรมบนอินเทอร์เน็ตแล้ว รวมถึงประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มีข้อกำหนดในส่วนของการห้ามการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นทั้งในลักษณะข้อความ เพลง ภาพ เสียง หรือวิดีโอบนอินเทอร์เน็ตไว้ด้วย ดังนั้น สำหรับการให้บริการโดยผู้ให้บริการในประเทศและมีตัวตนนั้นมีข้อกำหนดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว แต่ปัญหาสำคัญ คือ การนำกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ไปบังคับใช้ (Enforcement) ให้ได้จริงและครอบคลุมผู้ให้บริการที่กระทำผิดได้อย่างทั่วถึง

จะเห็นได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะไม่ทำการกำกับดูแลเนื้อหาอย่างเคร่งครัด เพื่อต้องการให้ประชาชนของประเทศได้เข้าถึงเนื้อหาอย่างเต็มที่ ซึ่งส่งผลให้ประชาชนชาวอเมริกันได้บริโภคเนื้อหาอย่างตรงไปตรงมา ไม่มีการถูกตัดทอนเนื้อหาในการให้บริการนั้น ๆ แต่อย่างใด

---

[4]ดารณี ราชภูเขียว, "การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาศึกษากรณีการสร้างสรรค์ศิลปะลวดลายบนกาแฟ" (2561) 9:1 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*, 5.

แต่สำหรับประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศสิงคโปร์ จะมีการกำกับดูแลเนื้อหาที่ออกอากาศโดยพิจารณาถึงเนื้อหาเป็นกรณี ๆ ไป ว่าเนื้อหาส่วนใดเผยแพร่ได้บ้าง เนื้อหาส่วนใดเป็นเนื้อหาในส่วนที่ต้องห้ามเผยแพร่ ซึ่งอาจจะทำให้ประชาชนของประเทศได้รับเนื้อหาไม่ครบถ้วน หรืออาจทำให้การสื่อสารผ่านทางเนื้อหานั้นคลาดเคลื่อนได้

ดังนั้น จึงเกิดปัญหาในการทำวิจัยเล่มนี้ว่า เมื่อประเทศไทยยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ ในการกำกับดูแลเนื้อหาการให้บริการ OTT หากประเทศไทยได้มีการตั้งหน่วยงานหรือองค์กรขึ้นมาควรที่จะกำกับดูแลเนื้อหาอย่างไรเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและความเหมาะสมของบริบทประเทศได้มากที่สุด

จากที่กล่าวมาทั้ง 3 ประเด็นสำคัญข้างต้นนั้น เป็นสิ่งที่ประเทศไทยโดยเฉพาะภาครัฐต้องให้ความสำคัญ ในการที่จะต้องทำการจัดตั้งองค์กรที่จะมาทำการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ว่าองค์กรใดมีความเหมาะสมในหน้าที่ดังกล่าว ทั้งต้องพิจารณาถึงความสำคัญของการให้บริการ OTT เพื่อให้เกิดความเป็นกลางด้วยว่าจะต้องทำอย่างไรเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ ทั้งจะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขในการกำกับดูแลทางด้านเนื้อหาและลิขสิทธิ์เกี่ยวกับเนื้อหาที่ให้บริการ ซึ่งผู้วิจัยมองว่าประเทศไทยจะต้องนำเอาแนวทางของประเทศสิงคโปร์ มาเป็นต้นแบบในการกำหนดหรือบัญญัติเป็นข้อบังคับประกอบกับกฎหมายของประเทศไทยที่มีความเกี่ยวข้องกับการให้บริการ OTT เพื่อกำกับดูแลการให้บริการ OTT อย่างมีประสิทธิภาพ

บทสรุปผลการวิจัย

ในปัจจุบันยุคที่การสื่อสารไร้พรมแดนอินเทอร์เน็ตได้กลายมาเป็นปัจจัยสำคัญในการดำเนินชีวิตเพราะทำให้บุคคลสามารถติดต่อสื่อสารกันได้อย่างสะดวกรวดเร็ว รวมถึงสามารถเข้าถึงข้อมูลต่างๆได้อย่างอิสระและไม่จำกัดเวลาในการเข้าถึงข้อมูลไม่ว่าจะเป็นการรับชมรายการต่าง ๆ ย้อนหลังอาทิเช่น LINE TV Netflix YouTube เป็นต้น

ซึ่งในปัจจุบันการให้บริการในรูปแบบสื่อผสมระหว่างการแพร่เสียงแพร่ภาพในระบบอินเทอร์เน็ตหรือที่เรียกว่า OTT เริ่มเข้ามามีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อคนในสังคม โดยเฉพาะในยุคที่ปัจจุบันโซเชียลได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ทำให้บุคคลต่าง ๆ สามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างไม่จำกัดด้วยเหตุผลของการเข้าถึงข้อมูลได้อย่างเสรี โดยไม่มีหน่วยงานใดเข้ามากำกับดูแลการให้บริการ OTT อย่างจริงจัง ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมในหลาย ๆ ด้าน เช่น

1. เนื้อหาที่เผยแพร่อย่างผิดกฎหมายอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ การเกิดเสรีภาพในการนำเสนอเนื้อหาจนไม่สามารถควบคุมเนื้อหาที่เหมาะสมต่อเด็กและเยาวชนได้ และเนื้อหาบางอย่างอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศได้ ดังนั้น การแก้ไขด้วยการจัดทำให้เกิด

ระบบใบอนุญาตเพื่อให้เข้าถึงผู้ให้บริการ OTT ได้ง่ายขึ้นก็เป็นแนวทางที่จะทำให้เกิดการป้องกันการเผยแพร่เนื้อหาที่ผิดกฎหมายได้

2. การดูแลให้ความคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าการจะให้เกิดความเป็นกลางในการให้บริการ กล่าวคือ แม้จะเห็นด้วยกับหลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยีบนโครงข่ายอินเทอร์เน็ตที่ผู้ให้บริการไม่มีสิทธิ์ที่เข้าทำการขัดขวางเนื้อหาในการเผยแพร่ หรือการลดคุณภาพของข้อมูลที่ผู้ใช้บริการควรจะได้รับ แต่เนื้อหาการเผยแพร่บางครั้งอาจจะเป็นเนื้อหาที่ไม่สมควรอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าประโยชน์ที่ผู้ใช้บริการควรจะได้รับ อาทิเช่น เนื้อหาทางด้านศาสนา ทางด้านความรุนแรงทางเพศที่เด็กและเยาวชนควรที่จะได้รับการป้องกันจากเนื้อหาเหล่านี้ เพราะฉะนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า การดำเนินการตามหลักการ Net Neutrality นั้นแม้จะมีข้อดีในการให้เสรีภาพในด้านการแข่งขันของผู้ให้บริการ แต่การดูแลคุ้มครองผู้ใช้บริการก็มีความสำคัญไม่แพ้กัน

3. การให้ความสำคัญของระบบใบอนุญาตที่มีต่อผู้ให้บริการเพื่อที่จะทำให้ปรากฏตัวตนของผู้ให้บริการต่อผู้ใช้บริการ ซึ่งการให้ใบอนุญาตดังกล่าวนั้นเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นต่อผู้ใช้บริการ OTT ว่าผู้ให้บริการจะให้บริการเนื้อหาอย่างเปิดเผย ไม่ปิดกั้นข้อมูล ทั้งจะต้องเป็นการเผยแพร่เนื้อหาที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย

4. ไม่มีบทลงโทษต่อผู้ให้บริการที่กระทำความผิดในการให้บริการ OTT เพราะเนื่องจากการไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรใดที่จะเข้ามาทำการกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรง กล่าวคือ การให้บริการ OTT เป็นตัวแทนของสื่อแบบผสมที่เกิดจากการหลอมรวมบริการในส่วนของการแพร่เสียงแพร่ภาพ บริการโทรคมนาคม และบริการด้านเนื้อหารายการไว้ด้วยกัน จึงทำให้ประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT เนื่องจาก กสทช.นั้น ทำหน้าที่ในการดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งแตกต่างจากการกำกับดูแล OTT อันเป็นสื่อผสม จึงเป็นที่คาดได้ว่าการให้บริการ OTT ในอนาคตอันใกล้นี้จะส่งผลให้เกิดปัญหาเป็นอย่างมาก การจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานการดูแลจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างมากจากผลกระทบต่อสังคมข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า OTT ส่งผลเสียหลายประการ หากมีการจัดตั้งหน่วยงานเข้าไปกำกับดูแลในเรื่องการให้บริการ OTT อย่างจริงจัง จะทำให้การบริการ OTT ก่อให้เกิดคุณประโยชน์ต่อสังคมเป็นอย่างมาก

ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษามานั้น ทำให้ได้ข้อเสนอแนะในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ได้ ดังนี้

เนื่องจากการให้บริการ OTT ในประเทศไทยในปัจจุบันมีเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว จึงทำให้เกิดปัญหาผู้ประกอบการ OTT ไม่ปรากฏตัวตน และการให้บริการเนื้อหาที่ละเมิดลิขสิทธิ์เพิ่มมากขึ้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า จะต้องเร่งจัดตั้งหน่วยงานที่เหมาะสม

ขึ้นมากำกับดูแลการให้บริการ OTT อย่างจริงจัง เพื่อที่จะพัฒนาขีดความสามารถในการกำกับดูแลการให้บริการให้เกิดประสิทธิภาพ โดยหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นดังกล่าวจะต้องกำกับดูแลการให้บริการ OTT ดังต่อไปนี้

1. การให้ใบอนุญาต กล่าวคือ หากประเทศไทยมีหน่วยงานกำกับดูแลจะทำให้บริการ OTT เข้าสู่ระบบใบอนุญาตอันนำมาสู่การควบคุมเนื้อหาที่จะเผยแพร่ไม่ให้ผิดกฎหมายหรือทำการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมไปถึงการกำกับดูแลผู้ที่ลงโฆษณาเนื้อหาที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนได้

2. ในเรื่องของหลักความเป็นกลางนั้น ในส่วนเรื่องหลักความเป็นกลางนั้น แม้ผู้วิจัยจะเห็นด้วยว่า เป็นสิ่งที่ตอบโจทย์ด้านการแข่งขันเสรีและมีเสรีภาพในการรับข้อมูลข่าวสารอย่างอิสระ แต่การดำเนินการตามหลักความเป็นกลางในการให้บริการ (Net Neutrality) จำเป็นต้องกำกับดูแลผู้ประกอบการโครงข่ายอินเทอร์เน็ตในบางประเด็นที่จำเป็น ได้แก่ ประเด็นความรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่นำขึ้นบนโครงข่ายจะต้องคำนึงถึงเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นหลัก เฉกเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ที่ให้ความสำคัญในเรื่องนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกำกับดูแลเนื้อหาทางด้านการออกอากาศภาพลามกอนาจาร การละเมิดทางเพศ การรุนแรงทางภาษาที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อเชื้อชาติและศาสนา

3. ทางด้านเนื้อหา ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการจัดเรตติ้งเนื้อหารายการบน OTT เพราะเมื่อการให้บริการ OTT เกิดการขยายตัวและผู้ให้บริการ OTT เริ่มแข่งขันภายในตลาด ตัวแปรสำคัญในการสร้างความแตกต่างให้กับบริการ OTT ของผู้ให้บริการ คือเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT ดังนั้น กสทช. ควรเริ่มกำกับดูแลเนื้อหาด้วยการจัดเรตติ้งบน OTT เพื่อเป็นการป้องกันการให้บริการสื่อเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมผ่านทางบริการ OTT ซึ่งผู้ให้บริการอาจใช้วิธีการดังกล่าวในการดึงดูดลูกค้ามาใช้บริการของตน รวมทั้งยังเป็นการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสื่อเนื้อหาที่ให้บริการบน OTT การกำหนดเรตติ้งเป็นพื้นฐานของการออกนโยบายการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ต่อไป อย่างไรก็ตาม การพิจารณาจัดเรตติ้งในการให้บริการ OTT ควรจะมีการผ่อนปรนมากกว่าการจัดเรตติ้งบนโทรทัศน์ เนื่องจากบริการ OTT ยังเป็นบริการที่มีการเข้าถึง และได้รับความนิยมอยู่ในขอบเขตที่จำกัด ต่างกับโทรทัศน์ที่เป็นสื่อพื้นฐานที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนั้น ประเทศไทยยังไม่มีหน่วยงานหรือองค์กรที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการ OTT แต่ผู้วิจัยเห็นว่า สำนักงาน กสทช.เป็นหน่วยงานที่มีการดูแลระบบกิจการโทรทัศน์และกิจการกระจายเสียง เป็นหน่วยงานที่มีความเหมาะสมในการที่จะพัฒนาขีดความสามารถขึ้นมากำกับดูแลการให้บริการ OTT ในประเทศไทย ซึ่งจะสามารถช่วยแก้ไขปัญหาในระยะเริ่มต้นของการให้บริการ OTT ของประเทศไทยได้ในระดับหนึ่งก่อนที่จะมีการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานที่จะเข้ามากำกับดูแลการให้บริการโดยตรง ดังนั้น การดำเนินการที่สำคัญสำหรับ กสทช.และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง คือ การเร่ง

ศึกษาและทบทวนของกฎหมายให้ทันสมัยและครอบคลุมการกำกับดูแลสื่อแบบหลอมรวมในทุกมิติ การจำแนกกฎหมายการประกอบกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ออกจากกิจการโทรคมนาคมจำเป็นต้องมีการทบทวนเพื่อให้รูปแบบการอนุญาตและการกำกับดูแลสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน

ดังนั้น ผู้วิจัยขอสรุปในข้อเสนอแนะว่าการกำกับดูแลการให้บริการ OTT นั้นประเทศไทยจะต้องทำการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาทำการกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยตรง เพื่อทำให้เกิดการควบคุมดูแลผู้ให้บริการเผยแพร่เนื้อหาอย่างถูกกฎหมาย อันจะทำให้การบริการ OTT ในประเทศไทยมีประสิทธิภาพ



บรรณานุกรม

ชลิตา ศรีนวล, "บทความวิชาการ "Over – the – Top (OTT): สงครามที่เพิ่งเริ่มต้นในระบบนิเวศใหม่ของเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร" (2558) 11:1 *วารสารเทคโนโลยีสารสนเทศ.*

ดารณี ราชภูเขียว, "การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาศึกษากรณีการสร้างสรรค์ศิลปะลวดลายบนกาแฟ" (2561) 9:1 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.*

ปียาภัสณ์ ระเบียบ, *Net Neutrality: เมื่อผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตถูกคาดหวังให้เป็นกลาง* (25 มิถุนายน 2561) iLaw <https://ilaw.or.th/node/1590>.

พิรงรอง รามสูต รณะนันท์น์, *การกำกับดูแล Ott จำเป็นหรือไม่ เพียงใด. กรุงเทพธุรกิจ* (18 มิถุนายน 2561) กรุงเทพธุรกิจ <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641977>.

สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. *สภาพการแข่งขันและ แนวทางการกำกับดูแลกิจการ Over The Top: OTT.* (21 มิถุนายน 2561) NBTC <lib.nbtc.go.th/ebook detail?cid=14942&ctype=1>.

อธิป อัศวานันท์, *OTT กับความมั่นคงทางไซเบอร์. กรุงเทพธุรกิจ* (18 มิถุนายน 2561) กรุงเทพธุรกิจ < http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641799>.





มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลิตภัณฑ์สมุนไพร

Legal Measure on the Protection of Traditional Herbs Products

*ภาณุมาศ ขัดเงางาม**

บทคัดย่อ

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่มีผลบังคับกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรโดยตรง ผลิตภัณฑ์สมุนไพรมีทั้งในรูปแบบของยารักษาโรค เครื่องสำอาง และอาหารเสริมต่าง ๆ อยู่ภายใต้การควบคุมโดยกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายยา กฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย และกฎหมายอาหาร เป็นต้น การออกกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้จึงมีความจำเป็น โดยกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลิตภัณฑ์ทางกฎหมาย โดยใช้หลักการกฎหมายเฉพาะหรือ sui generis ดูจะเป็นการเหมาะสมที่สุด แต่เนื่องจากผลิตภัณฑ์สมุนไพรมีที่มาจากองค์ความรู้ดั้งเดิม ซึ่งถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่ใช้เป็นยารักษาโรค จึงควรนำหลักการของทรัพย์สินทางปัญญาที่มีอยู่มาคุ้มครอง แม้ว่าจะยังไม่อาจผลักดันให้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นสากลได้โดยตรงในขณะนี้

คำสำคัญ : มาตรการทางกฎหมาย, ผลิตภัณฑ์สมุนไพร, กฎหมายเฉพาะ

Abstract

Nowadays, Thailand has no specific law for the protection of traditional herbs products. Tradition herbs products are consisted of traditional medicine, cosmetics and other food additive products. These products are protected under several laws such as Drug Law, the Protection and Promotion of Thai Traditional Medicine Intelligence, law concerning foods and etc. Therefore, it is

**รองศาสตราจารย์ ดร.ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*

a must to issue the specific law for the protection of traditional products. Sui generis system is the most appropriated system to be applied. However, most of traditional products are based on traditional knowledge which is considered as a part of intellectual property. Particulary, traditional medicine products, therefore, it should be protected under the regime of protection of intellectual property laws. Even though there is presently the protection of traditional medicine is unlikely to be protected directly under the general regime of intellectual property laws.

Keyword : Legal measure, traditional herbs product, sui genesis

บทนำ

เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางแล้วว่า สมุนไพรไม่ว่าจะมีที่มาจากพืชหรือสัตว์ เช่น น้ำผึ้ง ยางไม้ เปลือก ผล ใบ ฯลฯ ที่มีคุณสมบัติสามารถใช้ได้ทั้งเป็นยา อาหาร และเครื่องสำอาง และมีการใช้มาแล้วเป็นเวลาช้านาน องค์ความรู้ในการใช้สมุนไพรต่าง ๆ ไม่ว่าในทางใด ล้วนเป็นองค์ความรู้ที่ได้รับการพัฒนาสืบต่อกันมาจนถึงปัจจุบัน องค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านี้ได้รับการยอมรับมากขึ้นจากการที่การพัฒนายารักษาโรคที่มีขีดจำกัด หรือโรคบางโรคที่ยังไม่สามารถผลิตยารักษาได้อย่างมีประสิทธิภาพ กอรปกับการค้นพบทางวิทยาศาสตร์สาธารณสุขถึงสมมติฐานของโรคต่าง ๆ ส่วนหนึ่งมีสาเหตุเกิดจากปัจจัยการบริโภคของมนุษย์ สมุนไพรจึงได้รับการยอมรับในการนำมาใช้ในชีวิตประจำวันมากขึ้น ทั้งในรูปของอาหาร และยารักษาโรค

ประเทศไทยมีกฎหมายในการควบคุมสิ่งต่างๆ เหล่านี้หลายฉบับ เช่น พ.ร.บ.ยา พ.ศ. 2510 พ.ร.บ.อาหาร พ.ศ. 2522 พ.ร.บ.คุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2542 แต่ก็ยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรเป็นการเฉพาะ แม้ว่าจะได้มีการยกร่างกฎหมายดังกล่าวที่ได้ดำเนินการโดยคณะกรรมาธิการการพาณิชย์ การอุตสาหกรรมและแรงงาน สภานิติบัญญัติแห่งชาติในปี 2560 และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการนโยบายสมุนไพรแห่งชาติขึ้นมา ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านต่าง ๆ อาทิ ด้านสมุนไพร ด้านเกษตรและพันธุ์พืช ด้านอุตสาหกรรม ด้านกฎหมาย ด้านการค้าการลงทุน ด้านการแพทย์แผนไทย ด้านวิจัยและพัฒนา และด้านการคุ้มครองผู้บริโภค[1] ซึ่งการยกร่างกฎหมายดังกล่าวยังอยู่ระหว่างการพิจารณาออกเป็นกฎหมายต่อไป

[1] *หนังสือที่ นพ 0403 (กน)/1792 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2560 โปรดดูเอกสารแนบ.*

บทความนี้มุ่งวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้อย่างเหมาะสมในการคุ้มครอง ส่งเสริมและสนับสนุนผลิตภัณฑ์สมุนไพร ก่อนที่จะนำไปกำหนดแนวทางการยกร่างกฎหมาย ซึ่งการยกร่างในเรื่องดังกล่าวอาจยังไม่มีการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องชัดเจนเพียงพอที่จะกำหนดทิศทางในการออกกฎหมาย โดยจะกล่าวถึงเหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมาย ทฤษฎีทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บัญญัติกฎหมาย และทิศทางที่ควรดำเนินการในการออกกฎหมายในเรื่องดังกล่าว

1. เหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมาย

เหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์สมุนไพร อาจจำแนกได้ 3 ประการ คือ เหตุผลทางเศรษฐกิจ เหตุผลทางด้านสังคมและสาธารณสุข และเหตุผลความจำเป็นทางด้านกฎหมาย

1.1 เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจเป็นที่ทราบกันดีแล้วว่าผลิตภัณฑ์สมุนไพรมีส่วนแบ่งตลาดในรูปแบบอาหารเสริม และผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ที่มีมูลค่าสูงมากทั้งในโลก[2] และสำหรับประเทศไทยนั้นเมื่อปี พ.ศ. 2549 มีการใช้สมุนไพรสำหรับทั้งคนและสัตว์สูงถึง 2.2 พันล้านบาท หรือประมาณ 68.75 ล้านเหรียญสหรัฐ และมีการนำเข้ายาสมุนไพรโบราณสูงถึง 244.35 ล้านบาท[3] การเพิ่มสูงขึ้นในการใช้สมุนไพรในรูปแบบต่าง ๆ ในช่วงทศวรรตที่ผ่านมา เกิดขึ้นจากหลายปัจจัย เช่น การค้นพบคุณสมบัติทางยาและเครื่องสำอาง ฯลฯ จากพืชสมุนไพรเพิ่มมากขึ้น ราคายาปัจจุบัน (conventional drugs) มีราคาพุ่งสูงขึ้นมาจนยาบางชนิด ผู้ที่มีรายได้น้อยไม่สามารถเข้าถึงยาดังกล่าวได้ บริษัทยาส่วนใหญ่ของโลกที่ตั้งอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วแต่มุ่งผลิตยารักษาโรคที่เป็นกันในหมู่ผู้มีอำนาจการจ่ายสูงมากกว่ายารักษาโรคที่เกิดในประเทศโลกที่สาม[4] อีกทั้งพืช

[2]มูลค่าของผลิตภัณฑ์และบริการที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นของโลก

ผลิตภัณฑ์	มูลค่า (USS billion)	ปี (ค.ศ.)
Cosmetics and toiletries	230	2004
Natural cosmetics	120	2004
Pharmaceutical products	350	2004
Herbal medicines	42	2004
Medicinal plants	2	2003
Products for agricultural protection	3	1999
Ornarnental products, others	19	1999
Ecotourism	25	2004

โดย ดร.สิริกุล บรรพพงศ์ นำเสนอในการประชุมสัมมนารับทั้งความคิดเห็นในโครงการรวบรวมข้อมูลความหลากหลายทางชีวภาพระดับท้องถิ่น ในโรงแรมโฆษะ จังหวัดขอนแก่น เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2550 อ้างใน ระพินทร์ เอกสุวรรณ, *คุ้มครองพืชสมุนไพรไทย* (นิติศาสตร มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559) 3.

[3]ภาณุมาศ ขัดเงางาม, *กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : แนวคิดและบทวิเคราะห์* (นนทบุรี: โครงการส่งเสริมการแต่งตำรา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557) 27.

[4]หาอ่านเพิ่มเติมในรายงานเกี่ยวกับการผลิตยา ฯลฯ โดย NGOs ที่เกี่ยวข้อง. เช่น http://pps.who.int/medicine.doc.

สมุนไพรอันเป็นองค์ประกอบของผลิตภัณฑ์สมุนไพรของโลกส่วนใหญ่มีถิ่นกำเนิดอยู่ในเขตป่าร้อนชื้น (rainforest) ซึ่งเป็นภูมิประเทศในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย เช่น กลุ่มประเทศอเมริกาใต้ และเอเชีย ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศทั้งมีการผลิต นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์สมุนไพร ทั้งในรูปวัตถุดิบและเป็นผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป ซึ่งปรากฏในการสำรวจพืชสมุนไพรที่มีอยู่ในประเทศไทยประมาณจำนวนกว่า 11,628 ชนิด และในจำนวนนี้มีประมาณ 1,800 ชนิด หรือคิดเป็นจำนวนร้อยละ 15.5 ที่มีการนำมาใช้ประโยชน์ในการดูแลสุขภาพ[5] เหตุผลทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่ามหาศาลทั้งในระดับประเทศ ภูมิภาคและระดับสากล ซึ่งมีผลกระทบด้านรายได้ของประเทศทั้งการผลิตและส่งออก อีกทั้งซึ่งเป็นการเพิ่มรายได้ให้แก่เกษตรกรผู้เพาะปลูกพืชสมุนไพร ที่จะนำมาใช้เป็นปัจจัยในการผลิตผลิตภัณฑ์สมุนไพร ซึ่งนับวันมีแต่จะมีความต้องการสูงขึ้นตามภาวะความต้องการของตลาดทั้งภายในและต่างประเทศ และอาจนำมาสู่การเป็นพืชปลูกทดแทนพืชชนิดอื่นของเกษตรกรที่มีราคาตกต่ำ เช่น การรณรงค์การใช้กัญชาเป็นยาและผลิตภัณฑ์สมุนไพร ซึ่งมีหลายประเทศได้ดำเนินการไปแล้วจนถึงขั้นมีการจดสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวกับกัญชาดังที่เป็นข่าวในปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยกัญชายังเป็นยาเสพติดให้โทษในประเภทที่ 5 อยู่ และเพิ่งจะมีการแก้ไขกฎหมายให้ใช้กัญชาในทางการแพทย์ได้เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2562 มานี้เอง (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 19ก วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2562)

ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจอันมีผลกระทบต่อรายได้ของประชาชนและประเทศชาติโดยรวม ในขณะที่ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากสมุนไพรต่าง ๆ เหล่านั้น กลับไม่มีกฎหมายเป็นการเฉพาะในการควบคุม กำกับดูแล คุ้มครอง หรือสนับสนุนกิจการดังกล่าวแต่อย่างใด มีแต่เพียงไปแฝงอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้ว ดังกล่าวแล้วข้างต้น จำเป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่งในการที่รัฐต้องหันมาให้ความสำคัญ กำหนดกฎเกณฑ์บทบาทหน้าที่ทั้งการผลิต จำหน่าย ควบคุมมาตรฐาน ฯลฯ ของผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่มีอยู่ต่อไป

1.2 เหตุผลทางด้านสังคมและสาธารณสุข

มนุษย์รู้จักการนำพืชสมุนไพรมาใช้ทั้งเป็นยารักษาโรค และอาหารเป็นเวลาช้านาน มีวิวัฒนาการและพัฒนา การใช้รูปแบบ การใช้องค์ประกอบคุณสมบัติของพืชสมุนไพรแต่ละชนิด อีกทั้งยังมีการค้นพบสมุนไพรชนิดใหม่ ๆ ที่มีคุณสมบัติทางยามากขึ้นในยุคปัจจุบัน เนื่องจากมีการพัฒนาการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ การพัฒนาความสามารถของการวิเคราะห์ สังเคราะห์ทางห้องปฏิบัติการ (laboratory) ที่สามารถยืนยันคุณสมบัติทางยาและสรรพคุณด้านต่าง ๆ ของสมุนไพรได้ชัดเจนมากขึ้นกว่าในอดีต ที่ต้องอาศัยการทดลองใช้กับมนุษย์จริง ๆ เพื่อให้ทราบถึงคุณภาพและปริมาณการใช้ให้เหมาะสม เกิดประโยชน์สูงสุด

[5]กรมการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, "เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการนโยบายสมุนไพรแห่งชาติครั้งที่ 1/2560" (ณ ตึกสันติไมตรี ทำเนียบรัฐบาล, วันที่ 30 มิถุนายน 2560) 7.

แก่มนุษยชาติ ซึ่งแต่ก่อนจะใช้วิธีทางธรรมชาติ เช่น นึ่ง ปิ้ง ย่าง ต้ม เผา บด เพื่อให้ได้มาซึ่งสารที่มีอยู่ในตัวสมุนไพร ปัจจุบันมีการสกัดสารต่าง ๆ เหล่านั้นในห้องปฏิบัติการ และนำมาใช้เป็นส่วนประกอบทางอาหารและยามากมาย การบริโภคก็ได้รับการพัฒนาจากการที่ต้องชง ดื่ม กิน แบบดั้งเดิม ซึ่งอาจมีรสชาติที่ยากต่อการบริโภคมาเป็นเม็ด แคปซูน ฯลฯ ที่ง่ายต่อการใช้

ในขณะที่มนุษย์เริ่มเห็นผลร้ายของการใช้ผลิตภัณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลข้างเคียงตามมามากมาย เช่น สารพิษตกค้างจากการใช้ยา (drug residue) หรือการแพ้สารเคมีจากเครื่องสำอาง ฯลฯ จึงหันมาให้ความสำคัญของการใช้พืชสมุนไพร และผลิตภัณฑ์จากพืชสมุนไพรที่มีอยู่ในธรรมชาติ ซึ่งอาจให้ผลข้างเคียงน้อยกว่าและไม่เป็นพิษต้านธรรมชาติด้วยกันเอง ซึ่งมนุษย์ก็เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติด้วยนั้น สังคมจึงหันมาให้ความสำคัญกับการใช้พืชสมุนไพรมากขึ้นจากแต่ก่อนมาก โดยเฉพาะในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาโดยจะเห็นได้จากมีการยกร่างและให้สัตยาบันในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The United Nations Convention on Biological Diversity หรือที่รู้จักกันในนาม CBD) เมื่อ ค.ศ. 1992 ซึ่งอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้รับการยอมรับจากบรรดานานาประเทศอย่างท่วมท้น[6]

ความสำคัญของการใช้พืชสมุนไพรและผลิตภัณฑ์สมุนไพรได้เพิ่มขึ้นอย่างมากมาย ประกอบกับความพยายามของนักวิทยาศาสตร์ด้านการแพทย์ที่พยายามค้นคว้าตัวยาใหม่ ๆ มาเพื่อรักษาโรคบางโรคที่มีมาช้านาน เช่น โรคมะเร็ง แต่ก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จอย่างเป็นรูปธรรมชัดเจน แม้ว่าจะได้มีการทุ่มงบประมาณมหาศาลในการค้นคว้าหาตัวยามารักษาโรคต่าง ๆ ดังกล่าว และยังมีการใช้สารเคมีและยาปฏิชีวนะหลายชนิดมากมาย สังคมมนุษย์จึงหันมาหาทางเลือกทางอื่น ที่อาจก่อให้เกิดผลเสียหายแก่สุขภาพน้อยกว่าและอาจได้ประโยชน์สูงกว่า นั่นก็คือทางเลือกในการใช้สมุนไพรและผลิตภัณฑ์ทางสมุนไพรทั้งหลาย

โดยเฉพาะการพัฒนาด้านการสาธารณสุข ซึ่งต้องพึ่งพิงยาที่ผลิตจากกลุ่มประเทศยุโรปและสหรัฐอเมริกาเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและพัฒนาน้อยทั้งหลาย การหันมาพัฒนาและใช้พืชสมุนไพรและผลิตภัณฑ์จากสมุนไพรในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและพัฒนาน้อย เช่น กลุ่มประเทศอาแฟริกา เอเชีย ลาตินอเมริกา ฯลฯ ซึ่งล้วนแต่เป็นกลุ่มประเทศที่อุดมไปด้วยทรัพยากรทางชีวภาพ อันเป็นต้นกำเนิดของพืชสมุนไพรทั้งหลาย ซึ่งทำให้กลุ่มบริษัทผลิตยาใหญ่ ๆ ของโลก ซึ่งตั้งอยู่ในกลุ่มประเทศยุโรป และสหรัฐอเมริกา ต้องหันมาพึ่งพิง

[6]มีประเทศสมาชิกจำนวน 196 ประเทศ มีการให้สัตยาบัน (ratification) ภาคยานุวัติ (accession) ให้ความเห็นชอบ (approval) และให้การสืบสิทธิ (succession) แล้วจำนวน 196 ประเทศ ยกเว้นที่ไม่เข้าร่วมคือ นครรัฐวาติกัน (Holy See) และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งปฏิเสธทั้งไม่ให้การลงนามและให้สัตยาบันมาแต่เริ่มต้น สำหรับประเทศไทยได้ร่วมลงนามเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2003 และได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2004 (สืบค้นวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2562).

ทรัพยากรพืชสมุนไพรที่มีอยู่ในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ จึงเกิดการแสวงประโยชน์การนำทรัพยากรเหล่านี้ไปใช้โดยปราศจากความยินยอม และแจ้งถึงแหล่งที่มาของถิ่นแหล่งกำเนิด (Informed of origin) ทำให้เกิดข้อพิพาทที่กลุ่มประเทศเจ้าของ องค์ความรู้และทรัพยากรเหล่านี้ กล่าวหาว่าเป็นการกระทำอันเป็นโจรสลัดทางชีวภาพ (Biopiracy) เป็นต้น

อย่างไรก็ดีเหตุผลทางด้านการสาธารณสุขที่จำเป็นต้องพึ่งพาพืชสมุนไพรทั้งในรูปของอาหารและยารักษาโรค โดยเฉพาะด้านการรักษาโรค ซึ่งมีการค้นคว้าวิจัยในเรื่องนี้แล้วพบว่า มีเพียงร้อยละ 30 ของโรค ที่ต้องอาศัยการรักษาโดยวิชาการแพทย์สมัยใหม่โดยเฉพาะ และมีถึงร้อยละ 70 ที่เป็นโรคเจ็บป่วยโดยทั่วไป[7] นั่นหมายความว่าสามารถรักษาด้วยยาสามัญทั่วไปได้ โดยไม่ต้องพึ่งพายาที่เกิดจากการแพทย์แผนปัจจุบัน (Conventional drugs) การตื่นตัวทางด้านการสาธารณสุขในช่วงทศวรรตที่ผ่านมาโดยมุ่งเน้นในความสำคัญกับการใช้พืชสมุนไพรและผลิตภัณฑ์สมุนไพรจึงได้รับความสนใจและให้ความสำคัญอย่างมาก โดยได้มีการกำหนดและจัดตั้งกรรมการสมุนไพรแห่งชาติในสมัยรัฐบาลปัจจุบัน ซึ่งมีภารกิจต่าง ๆ ดังได้กล่าวมาแล้ว

ซึ่งแท้จริงแล้วการสาธารณสุขโดยเฉพาะของประเทศไทยอาจไม่ต้องใช้งบประมาณในการจัดซื้อยาต่างประเทศในแต่ละปีเป็นจำนวนมหาศาล หากหันมาให้ความสำคัญกับการวิเคราะห์วิจัย จำแนกการเกิดโรค การใช้ยารักษาโรคของประชากรในประเทศไทย ซึ่งถ้าหากสามารถทดแทนด้วยยาสมุนไพรหรือผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่มีอยู่ในประเทศไทย จะเป็นการลดการนำเข้ายาจากต่างประเทศโดยไม่จำเป็น อีกทั้งยังอาจเป็นแหล่งผลิตสมุนไพรเพื่อการส่งออก ซึ่งเป็นวัตถุดิบในการผลิตยาและผลิตภัณฑ์จากต่างประเทศได้อีกทางหนึ่งด้วย

1.3 เหตุผลความจำเป็นทางด้านกฎหมาย

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้อง ทับซ้อนกันอยู่หลายฉบับเกี่ยวกับพืชสมุนไพรและผลิตภัณฑ์สมุนไพรไม่ว่าจะเป็นยาหรืออาหารเสริม อีกทั้งบางชนิดใช้ได้ทั้งเป็นยา และสารเสพติด เช่น กัญชา ซึ่งกฎหมายยังไม่มีการเปิดช่องให้ใช้ได้อย่างเสรี ซึ่งมีบางประเทศมีการพัฒนาการใช้สารสกัดจากพืชเหล่านั้นเป็นยารักษาโรค และมีการนำไปยื่นขอจดสิทธิบัตรจนนำมาสู่การปรับปรุงกฎหมายในประเทศไทยในเรื่องดังกล่าวดังเป็นข่าวอยู่ในปัจจุบัน แต่จนกระทั่งปัจจุบันประเทศไทยก็ยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับพืชสมุนไพรหรือผลิตภัณฑ์สมุนไพรเป็นการเฉพาะ (คงมีแต่ร่างพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของสภา

---

[7]Erin Howe, Boonyong Keiwkarnka and Manirul Islam Kham “Traditional Medicine and Medicinal Plants : Utilization, Policy and Research in Thailand” (2004) อ้างใน ภาณุมาศ ขัดเงางาม, *กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : แนวคิดและบทวิเคราะห์* (นนทบุรี: โครงการส่งเสริมการแต่งตำรา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557) 195.

นิติบัญญัติแห่งชาติ โดยคณะกรรมการธิการพาณิชย์ การอุตสาหกรรม และการแรงงาน) โดยให้เหตุผลความจำเป็นในการออกกฎหมายในการออกกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ ดังนี้

"หลักการและเหตุผล

ปัจจุบันความต้องการใช้สมุนไพรในประเทศไทยเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ทั้งเนื่องมาจากความสนใจในการดูแลสุขภาพด้วยผลิตภัณฑ์จากธรรมชาติ และสมุนไพรสามารถเปลี่ยนเป็นผลิตภัณฑ์ได้หลากหลาย เพื่อสนองตอบต่อความต้องการของผู้บริโภค โดยอุตสาหกรรมสมุนไพรได้รับการคาดการณ์ว่าเป็นอุตสาหกรรมที่มีศักยภาพและกลไกในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจเพื่ออนาคต ซึ่งมีกลุ่มสินค้าที่มีศักยภาพมากที่สุดในตลาดสมุนไพร ได้แก่ อาหารเสริม และเวชสำอาง เป็นต้น ซึ่งทุกประเทศต่างตระหนักถึงความสำคัญของสมุนไพรและยาแผนโบราณเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ในระบบบริการทางการแพทย์และการสาธารณสุข จึงจำเป็นต้องมีการส่งเสริมให้มีการพัฒนาการผลิตและการใช้ประโยชน์สมุนไพรอย่างมีคุณภาพและครบวงจร มีการกำหนดมาตรฐานการควบคุมคุณภาพ และการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภค

สำหรับการควบคุมสมุนไพรนั้น หากเป็นผลิตภัณฑ์ยาแผนไทยโบราณต้องอาศัยบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยยา ส่วนผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่ใช้เพื่อการส่งเสริมสุขภาพต้องอาศัยบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยอาหาร ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ยังไม่เหมาะสมกับการควบคุม กำกับ ดูแล ผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็วและยังเป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริมและพัฒนาผลิตภัณฑ์จากสมุนไพรเพื่อทดแทนการนำเข้ายาแผนปัจจุบัน และอาหารเสริมจากต่างประเทศ อีกทั้งยังไม่มีการส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาสมุนไพรอย่างเป็นระบบ และครบวงจรตั้งแต่ต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำอย่างชัดเจน รวมถึงยังขาดการประสานงานในทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง

จึงเห็นควรให้มีกฎหมายเพื่อควบคุม กำกับ ดูแล ผลิตภัณฑ์สมุนไพรเป็นการเฉพาะ อันจะเป็นการส่งเสริมให้มีการพัฒนาการผลิต และการใช้ประโยชน์จากสมุนไพรอย่างมีคุณภาพและครบวงจร กำหนดมาตรฐาน การควบคุมคุณภาพ กำกับดูแลและคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภค การให้มีการพัฒนาผลิตภัณฑ์สมุนไพรไทย ตลอดจนให้มีกลไกเพื่อควบคุม กำกับ ดูแล ผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่เป็นยาแผนไทย ยาแผนโบราณ และผลิตภัณฑ์จากสมุนไพรที่ใช้เพื่อการส่งเสริมสุขภาพที่มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น"

สาเหตุหลักในความจำเป็นที่ต้องยกร่างกฎหมายขึ้นมาเฉพาะนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายที่กำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้ ซึ่งจะปรากฏการควบคุม กำกับ ดูแล ฯลฯ ในเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายต่าง ๆ หลายฉบับ

กรณีดังกล่าว ผู้เขียนเองเห็นด้วยอย่างยิ่งที่ต้องมีกฎหมายเป็นการเฉพาะในเรื่องนี้ไว้โดยที่อาจดึงเอาข้อกำหนดต่าง ๆ ที่มีอยู่มาบูรณาการอยู่ในฉบับเดียว เพื่อความสะดวกในทางปฏิบัติทั้งผู้ประกอบและผู้บริโภคในอันที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย ที่จะได้รับการบริโภค

สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ยาสมุนไพรที่ดีมีคุณภาพตรงตามคำพรรณา ไม่เป็นโทษต่อร่างกายและทรัพย์สินภายหลังอุปโภคและบริโภคผลิตภัณฑ์สมุนไพรดังกล่าว

2. ทฤษฎีทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์สมุนไพร

หลักการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้เป็นฐานการคิดในการให้ความคุ้มครอง ควบคุม กำกับ ดูแล ตลอดจนการให้การสนับสนุนหลักการดังกล่าวดังนี้

การบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศไทยในระยะหลัง ๆ มานี้มักจะเทียบเคียงกับบริบทกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องเดียวกัน (หากมี) อยู่เสมอ ทั้งนี้อาจเพราะเหตุว่าในสังคมโลกปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการพัฒนาการทางด้านวิชาการต่าง ๆ มีการถ่ายเท ศึกษาซึ่งกันและกันอย่างง่ายดายและมากมาย กฎหมายเป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญที่แต่ละประเทศบัญญัติ แม้จะเป็นอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดของแต่ละประเทศในการจะยกร่างอย่างใดก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ หรือความตกลงระหว่างประเทศที่ตนไปลงนามให้สัตยาบันไว้ก่อนหน้านี้แล้ว แม้กระนั้นก็ตามยังมีกฎหมายอีกมากที่ยังคงออกมาขัดหรือไม่สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศเช่นว่านี้ แต่ด้วยหลักอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ก็ยังคงถูกนำมากล่าวอ้างในเชิงปฏิเสธกติการะหว่างประเทศ ซึ่งมีให้เห็นอยู่เนื่อง ๆ

ทฤษฎีทางกฎหมายหรือหลักการทางกฎหมายที่จะจำนำมาใช้เป็นพื้นฐานในการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรนี้ พิจารณาได้เป็นสองกรณีคือ กรณีการให้ความคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property laws) และกรณีการให้ความคุ้มครองในลักษณะของกฎหมายเฉพาะหรือ *sui generis* ดังนี้

2.1. การให้ความคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

เป็นที่ทราบกันดีในแวดวงนักกฎหมายด้านทรัพย์สินทางปัญญาแล้วว่ามีความพยายามผลักดันองค์ความรู้ดั้งเดิม (Traditional knowledge) โดยเฉพาะทางด้านการแพทย์แผนโบราณ (Traditional medicine) เป็นคำเดิมที่เคยใช้ ซึ่งปัจจุบันมีการแก้ไข เปลี่ยนเป็นการแพทย์แผนไทย (หมายถึงองค์ความรู้ด้านการแพทย์ดั้งเดิมที่มีมาแต่โบราณ สืบต่อกันจนมาถึงปัจจุบัน) ให้ได้รับการคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งมีแกนนำทางความคิดนี้คือประเทศอินเดีย และกลุ่มประเทศผู้เป็นเจ้าขององค์ความรู้เหล่านี้ในประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย แต่ก็ได้รับการคัดค้านอย่างรุนแรงจากกลุ่มประเทศยุโรปและสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศผู้แสวงประโยชน์ในองค์ความรู้ดังกล่าว เนื่องจากหากเป็นเช่นนั้นแล้ว การผลิต วิจัยยา ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์ความรู้เหล่านี้จะต้องมีค่าใช้จ่ายทางด้านค่าทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้เพิ่มขึ้น ซึ่งแน่นอนว่าจะต้องทำให้ต้นทุนการผลิตสูงขึ้นอย่างไม่ต้องสงสัย แต่ด้วยเหตุแห่งอำนาจการต่อรอง

ทางการค้าและลงทุน และเศรษฐกิจ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายจึงไม่สามารถผลักดันแนวคิดการให้ความคุ้มครององค์ความรู้อันเกิดจากการใช้ผลิตภัณฑ์จากสมุนไพรเข้าสู่การคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานี้ โดยผ่านองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO) ได้สำเร็จ[8] แต่ความคิดที่ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการคุ้มครองสิ่งเหล่านี้ภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญานี้ก็ไม่ได้ห้ามหรือต้องไม่ให้มีความคุ้มครองโดยกฎหมายในลักษณะอื่น กล่าวคือ แต่ละประเทศยังคงสามารถออกกฎหมายของตนเองมาคุ้มครองได้ในลักษณะของกฎหมายเฉพาะหรือ *sui generis* ได้

ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าหากมีการยอมรับการให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแล้วบรรดาประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาคีใน WIPO จะได้รับผลกระทบที่จะต้องให้ความคุ้มครองภายใต้ความตกลงที่ได้ให้ไว้ด้วย แต่ถ้าหากการออกกฎหมายภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะก็จะมีผลบังคับผูกพันเฉพาะคนในประเทศนั้น ๆ เท่านั้น

2.2. การให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ

ดังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่ารัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการที่จะบัญญัติกฎหมายของตนเองมาบังคับคนในประเทศของตนอย่างใดก็ชอบที่จะกระทำได้ภายใต้รัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองของแต่ละประเทศ การออกกฎในลักษณะอันเป็นการเฉพาะนี้เป็นทางเลือกอีกทางหนึ่งที่บรรดาประเทศต่าง ๆ มักจะนำมาใช้เพื่อปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของตนเองโดยเฉพาะในเรื่องขององค์ความรู้ในการผลิต ผลิตภัณฑ์จากสมุนไพร ซึ่งมีรากฐานมาจากองค์ความรู้ดั้งเดิมเป็นส่วนใหญ่ กระนั้นก็ตามการออกกฎหมายในลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะนั้น ก็มิได้มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการที่จะนำหลักการที่มีอยู่ในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้เป็นองค์ประกอบในการยกร่าง เช่น การให้ความคุ้มครองอาจให้ความคุ้มครองทั้งในลักษณะของเครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรืออาจเอาหลักการของสิทธิบัตรมาใช้เป็นองค์ประกอบในการยกร่างในแต่ละเรื่องได้ เช่น เรื่องระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองในผลิตภัณฑ์แต่ละเรื่องได้ ยกตัวอย่างกรณีเรื่องระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองในผลิตภัณฑ์หรือแหล่งกำเนิดสมุนไพรที่ไม่ปรากฏในที่ใดของประเทศไทย อาจใช้หลักการของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาปรับใช้ ตลอดจนความรับผิดทางแพ่งและ/หรืออาญา หากกรณีมีการละเมิดกฎหมายดังกล่าว เป็นต้น

การยกร่างกฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศไทย จึงจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงเสียมิได้ที่จะต้องดำเนินการไปภายใต้หลักการของการออกกฎหมายเฉพาะสำหรับเรื่องนี้ ส่วนว่าจะนำหลักการให้

---

[8]ภาณุมาศ ขัดเงางาม, *กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : แนวคิดและบทวิเคราะห์* (นนทบุรี: โครงการส่งเสริมการแต่งตำรา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557) 65-72.

ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายใดมาบังคับใช้เป็นแนวคิดในการให้ความคุ้มครองนั้นให้ขึ้นอยู่กับหลักการและเหตุผลประโยชน์ที่ประชาชนและประเทศจะได้รับโดยรวม ซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติในภายภาคหน้าต่อไปด้วย เช่น หากกำหนดให้สิทธิต่าง ๆ ภายหลังการคุ้มครองแล้วตกเป็นสมบัติสาธารณะที่ทุกคนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือต่างด้าวใช้ได้โดยเสรี ภายหลังครบกำหนดอายุการคุ้มครองแล้วเช่นนี้ สักวันหนึ่งในอนาคต องค์ความรู้ต่าง ๆ เหล่านั้นที่มีการสืบทอดตกแก่รุ่นสู่รุ่นก็จะหมดไปในที่สุด เป็นต้น

3. ทิศทางที่ควรดำเนินการในการออกกฎหมาย

การกำหนดทิศทางในการให้การควบคุมคุ้มครอง ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์สมุนไพรนี้ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจในหลักการของกฎหมาย เช่นว่าหลักการโดยทั่วไปของกฎหมายทุกฉบับเมื่อออกมาแล้ว ก็มีผลบังคับกับประชาชนที่เข้ามาอยู่อาศัย ฯลฯ ในประเทศไทยทั้งหมดอย่างเท่าเทียมกัน แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายแต่ละฉบับอาจให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มบุคคลโดยเฉพาะโดยนัยของตัวกฎหมายนั้น ๆ เอง เช่น กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการปรับปรุงพันธุ์พืช ผู้ที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายนี้ก็คือกลุ่มนักวิทยาศาสตร์ หรือผู้ปรับปรุงพันธุ์พืชต่าง ๆ เหล่านั้นหรือกฎหมายสิทธิบัตร ก็มุ่งคุ้มครองผู้ประดิษฐ์ คิดค้นนวัตกรรมใหม่ ๆ กฎหมายลิขสิทธิ์ก็มุ่งคุ้มครองผู้สร้างสรรผลงานตามที่กฎหมายกำหนด ศิลปกรรม วรรณกรรม ดนตรีกรรม ฯลฯ รวมทั้งการออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นต้น นั่นหมายความว่าประชาชนผู้บริโภคก็จะต้องได้รับผลกระทบในการที่จะต้องจ่ายค่ามูลค่าเพิ่มอันเป็นราคาค่าทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งต่าง ๆ เหล่านั้น นอกเหนือจากตัวทรัพย์สินที่ซื้อมา เป็นต้น แต่กรณีกฎหมายบางฉบับก็มีผลเป็นการให้ความคุ้มครอง ฯลฯ ทั้งกลุ่มผู้ผลิต ผู้ประกอบการ และผู้บริโภค อุปโภคด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบการก็ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำอันละเมิดสินค้าของเหล่านั้น และผู้บริโภค อุปโภคก็จะได้รับการคุ้มครองในเรื่องของคุณภาพผลิตภัณฑ์ของสินค้าที่อุปโภคบริโภคให้ได้ตรงตามมาตรฐาน ไม่เป็นอันตรายต่อชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินของตน เช่นนี้เป็นต้น ซึ่งกฎหมายหลายฉบับก็ไม่อาจให้การคุ้มครองกรณีเช่นว่านี้ได้ เช่นกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งให้ความคุ้มครองว่าสินค้านั้น ๆ มีที่มาจากแหล่งผลิตภัณฑ์อยู่ในท้องถิ่นนั้น ๆ เช่นไข่เค็มไชยา ข้าวสังข์หยด ฯลฯ แต่ไม่ได้หมายความว่าสินค้านั้น ๆ จะต้องเป็นไปตามมาตรฐานหรือต้องมีความอร่อย รสชาติต้องดีเสมอไป เป็นต้น

สำหรับการออกกฎหมายผลิตภัณฑ์สมุนไพรนี้ จึงน่าจะต้องให้ความคุ้มครองทั้งผู้ประกอบการ และผู้บริโภค อุปโภค คือประชาชนผู้บริโภค ต้องใช้สินค้าสมุนไพรนั้น ๆ ไม่ว่าในรูปแบบของยาสมุนไพร หรือในรูปแบบอื่น ๆ อันเป็นผลิตภัณฑ์จากสมุนไพร

ในที่นี้ผู้เขียนเห็นควรกำหนดมาตรฐานในการให้การคุ้มครอง ฯลฯ ภายใต้บริบทของผลิตภัณฑ์สมุนไพรที่เป็นยารักษาโรค และที่ไม่ใช่เป็นยารักษาโรค เช่น เครื่องสำอาง อาหารเสริมต่าง ๆ ทั้งนี้ไม่รวมถึงการให้ การคุ้มครองพืชสมุนไพร ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องอาจมีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองแยกต่างหากจากกฎหมายผลิตภัณฑ์สมุนไพร ทั้งนี้เนื่องจากการคุ้มครองสมุนไพรไทยปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองเป็นการเฉพาะ แต่ได้แฝงไว้ในกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช กฎหมายคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย กฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายความลับทางการค้า กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และกฎหมายที่เกี่ยวกับป่าไม้บางฉบับเป็นต้น

การกำหนดการให้การคุ้มครอง ฯลฯ เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ ดังกล่าวนี้เนื่องจากมาตรฐานในการคุ้มครอง แตกต่างกันมาก ตลอดจนการควบคุมคุณภาพ ความปลอดภัยในการอุปโภคบริโภค

บทสรุป

ประเทศไทยในฐานเป็นประเทศหนึ่งที่มีพืชสมุนไพร ผลิตภัณฑ์สมุนไพร และองค์ความรู้ดั้งเดิมด้านการแพทย์แผนไทยจำนวนมากประเทศหนึ่งในโลก มีการผลิตผลิตภัณฑ์สมุนไพรออกสู่ตลาดในรูปแบบของยารักษาโรค และที่ไม่ใช่ยารักษาโรคจำนวนมาก แต่ยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะ การที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้ในเรื่องนี้ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน เนื่องจากผลิตภัณฑ์สมุนไพรไม่ว่าจะเป็นยา หรือผลิตภัณฑ์อื่น ล้วนเป็นปัจจัยสี่ในการดำรงชีพของมนุษย์ทั้งสิ้น การออกกฎหมายซึ่งจะมีผลกระทบทั้งผู้ผลิต และผู้บริโภคจึงจะต้องพิจารณาอย่างดีถี่ถ้วนไม่ให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อกลุ่มประชาชนทั้งสองกลุ่ม ซึ่งหากให้ความคุ้มครองแก่ผู้ผลิต ผู้ประกอบการมากเกินไป ประชาชนผู้บริโภคก็อาจต้องมีภาระในการใช้จ่ายที่อาจเพิ่มมากขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงเสียมิได้ ค่าใช้จ่ายที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายจะถูกผนวกเข้าเป็นต้นทุนในการผลิตในเชิงเศรษฐกิจซึ่งจะมีผลต่อผู้บริโภคนั่นเอง[9] อย่างไรก็ตาม แนวคิดในการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจร่วมกันในการวางนโยบาย และมาตรการในการจัดการที่เหมาะสมที่ใช้ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันอาจนำมาใช้ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวต่อไป

[9]ศิริชัย กุมารจันทร์ กรกฎ ทองชะโชค เอกราช สุวรรณรัฐ ธานินทร์ เงินถาวร, "สถานการณ์ความรู้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการประมงชายฝั่ง (Situation on Legal Knowledge Relating to Public Participation in Fisheries Management)" (2559) 7:1 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ* 1, 1-17.

บรรณานุกรม

กรมการแพทย์แผนไทยและการแพทย์ทางเลือก, “เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการนโยบายสมุนไพรแห่งชาติครั้งที่ 1/2560” (ณ ตึกสันติไมตรี ทำเนียบรัฐบาล, วันที่ 30 มิถุนายน 2560).

ภาณุมาศ ขัดเงางาม, *กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครอง และส่งเสริมภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย : แนวคิดและบทวิเคราะห์* (นนทบุรี: โครงการส่งเสริมการแต่งตำรา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557).

ระพินทร์ เอกสุวรรณ, *การคุ้มครองพืชสมุนไพร* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559).

ศิริชัย กุมารจันทร์ กรกฎ ทองชะโชค เอกราช สุวรรณรัฐ ธานินทร์ เงินถาวร, “สถานการณ์ความรู้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการประมงรายผั่ง (Situation on Legal Knowledge Relating to Public Participation in Fisheries Management)” (2559) 7:1 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.*



เอกสารแนบ



ที่ นร ๐๔๐๓(กน)/๖๗๕

สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี
ทำเนียบรัฐบาล กทม. ๑๐๓๐๐

๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐

เรื่อง การสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการนโยบายสมุนไพรแห่งชาติ

เรียน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

อ้างถึง หนังสือกระทรวงสาธารณสุข ที่ สธ ๐๔๒๑/๕๗๕๓ ลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ๒๕๕๙

ตามหนังสือที่อ้างถึง กราบเรียนนายกรัฐมนตรีเพื่อโปรดพิจารณาการสรรหากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการนโยบายสมุนไพรแห่งชาติ ความละเอียดแจ้งแล้ว นั้น

สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้นำกราบเรียนนายกรัฐมนตรีพิจารณาแล้ว มีบัญชาเห็นชอบกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการนโยบายสมุนไพรแห่งชาติ ดังนี้

๑. นางสาวสุภาภรณ์ ปิติพร	ด้านสมุนไพร
๒. นายจรัญ ดิษฐไชยวงศ์	ด้านเภสัชกรและพันธุ์พืช
๓. นายไพศาล เวชพงศา	ด้านอุตสาหกรรม
๔. นายภานุมาศ ขัดเงางาม	ด้านกฎหมาย
๕. นายธนพล ก่อฐานะ	ด้านการค้าและการลงทุน
๖. นายสุริยะ วงศ์คงคาเทพ	ด้านการแพทย์แผนไทย
๗. นางมาลิน อังสุรังษี	ด้านวิจัยและพัฒนา
๘. นายวินิต อัศวกิจวิรี	ด้านการคุ้มครองผู้บริโภค

จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ

ขอแสดงความนับถือ

(นางฐะปาณีย์ อาจารวงศ์)
รองเลขาธิการนายกรัฐมนตรีฝ่ายบริหาร
ปฏิบัติราชการแทน เลขาธิการนายกรัฐมนตรี

กองงานนายกรัฐมนตรี
โทร. ๐-๒๒๘๘-๔๔๑๐
โทรสาร ๐-๒๒๘๘-๔๐๐๐ ต่อ ๔๙๙๐



ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดฐานภาษีและอัตราภาษีการรับมรดก ตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558

Legal Problem in Determining tax base and tax rate for Inheritance Tax According to The Inheritance Tax Act BE 2558.

*ธรรมนิจ เพ็ชรจำรัส**

*พัชรวรรณ นุชประยูร***

บทคัดย่อ

การศึกษาในครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อทราบถึงประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ว่าสามารถเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการประกาศใช้หรือไม่ เนื่องจากมีข้อสังเกตในการกำหนดฐานภาษีที่แคบ คือ จัดเก็บเฉพาะทรัพย์มรดกที่ผู้รับมรดกแต่ละรายได้รับเฉพาะในส่วนที่เกินกว่า 100 ล้านบาท และยังจัดเก็บเฉพาะกับทรัพย์สินที่มีทะเบียนเท่านั้น ไม่มีมาตรการที่ชัดเจนในการจัดเก็บทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียน ประกอบกับการกำหนดอัตราภาษีที่เลือกใช้อัตราภาษีคงที่ ซึ่งไม่สะท้อนกับความสามารถในการเสียภาษีของผู้รับมรดกแต่ละราย คือ ไม่ว่าผู้รับมรดกแต่ละรายจะได้รับมรดกที่มีมูลค่าเกินกว่า 100 ล้านบาทไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม จะต้องเสียภาษีการรับมรดกเท่ากันทุกคนในอัตราร้อยละ 10 เว้นแต่กรณีผู้ได้รับมรดกเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานจะต้องเสียภาษีในอัตราร้อยละ 5 จากเหตุผลดังกล่าวเหล่านี้ทำให้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ไม่สามารถจัดเก็บได้อย่างมีประสิทธิภาพและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

คำสำคัญ : ภาษีการรับมรดก ฐานภาษี อัตราภาษี

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*

***อาจารย์ ดร. ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก*

Abstract

The purpose of this study is to investigate the effectiveness of the collection of inheritance tax in accordance with "The Inheritance Tax Act BE 2558". It is indicated that the tax base for the collection is a small spread. That is, the tax will be collected only for registered assets over 100 million baht. However, there is no exact measurement for unregistered assets as well as the tax applied to this matter is fixed. As a result, this cannot reflect the ability of each inheritor to pay for the tax. In the other word, each inheritor gaining over 100 million baht of assets must pay inheritance tax for 10% of assets, unless an inheritor is a family inheritor or a descendant who must pay the tax only 5% of assets. For these reasons, "The Inheritance Tax Act BE 2558" does not appear to have been effective and does not in accordance with the intention of the announcement.

Keywords : Inheritance Tax, Tax Base, Tax Rate.

บทนำ

จากสถานการณ์ความเหลื่อมล้ำในประเทศไทยที่อยู่ในระดับค่อนข้างสูง แม้ว่าในช่วงที่ผ่านมารายได้ประชาชาติของประเทศไทยจะสูงขึ้นเรื่อย ๆ และส่งผลให้สถานการณ์ความยากจนของประเทศไทยมีอัตราลดลงอย่างต่อเนื่องก็ตาม แต่จากการศึกษาโดยการใช้ข้อมูลจากการสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือน โดยใช้ตัวชี้วัดทางเศรษฐศาสตร์ที่เรียกว่าค่าสัมประสิทธิ์ความไม่เสมอภาค (Gini Coefficient) หรือค่าจีนี่[1] แสดงให้เห็นว่ารายได้ของประชากรในประเทศไทย มีค่าจีนี่อยู่ที่ 0.485 ในขณะที่การถือครองทรัพย์สินรวมสุทธิหรือทรัพย์สินทั้งหมดหักหนี้สินทั้งหมดมีค่าจีนี่อยู่ที่ 0.688[2] แสดงให้เห็นว่าสังคมไทยมีความไม่เสมอภาคของการถือครองทรัพย์สินหรือการกระจุกตัวของความมั่งคั่งอยู่ค่อนข้างสูง รัฐบาลจึงมีความพยายามที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ในการลดปัญหาความเหลื่อมล้ำให้แคบลง เพื่อลดความไม่เท่าเทียมกันในการแลกเปลี่ยนที่ทำให้เกิดการสะสมความได้เปรียบในรูปของทรัพย์มรดกและระบบมรดกตกทอดนี่เองที่เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดแนวโน้มของการกระจายรายได้และ

[1]ค่าสัมประสิทธิ์ความไม่เสมอภาค (Gini Coefficient) คือค่าสัมประสิทธิ์ที่แสดงความเหลื่อมล้ำการกระจายการถือครองทรัพย์สินหรือการกระจุกตัวของความมั่งคั่งในประเทศ ซึ่งค่าจีนี่จะมีค่าระหว่าง 0 ถึง 1 หากค่าจีนี่ต่ำ (เข้าใกล้ 0) หมายถึงสังคมมีความเหลื่อมล้ำที่ต่ำ แต่ถ้าค่าจีนี่สูง (เข้าใกล้ 1) หมายถึงการมีความเหลื่อมล้ำในสังคมมาก.

[2]ดวงมณี เลาวกุล, *รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องการกระจุกตัวของความมั่งคั่งในสังคมไทย* (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555) 5.

ความมั่งคั่งของคนแต่ละชั่วอายุให้มีความแตกต่างกันมากยิ่งขึ้น[3] โดยรัฐบาลเลือกใช้มาตรการทางภาษีในการลดความเหลื่อมล้ำให้ลดน้อยลง ซึ่งมาตรการทางภาษีที่รัฐนำมาใช้ในการแก้ปัญหา คือ การนำภาษีมรดกมาใช้บังคับ โดยหวังให้ภาษีการรับมรดกช่วยลดช่องว่างของความเหลื่อมล้ำดังกล่าวเนื่องจากภาษีมรดกเป็นภาษีทรัพย์สินประเภทหนึ่ง มีลักษณะเป็นภาษีทางตรงที่จัดเก็บจากฐานความมั่งคั่งในการสะสมทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สินไม่สามารถผลักภาระทางภาษีออกไปให้แก่ผู้อื่นได้ จึงเป็นภาษีที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการกระจายรายได้ อันมาจากแนวคิดว่าการดำเนินงานและการให้บริการของรัฐได้มีส่วนเสริมสร้างให้เกิดความมั่งคั่งแก่ผู้ที่ครอบครองทรัพย์สิน ผู้มีความมั่งคั่งจากการถือครองทรัพย์สินดังกล่าวจึงมีหน้าที่ในการเสียภาษีให้แก่รัฐจากฐานมูลค่าทรัพย์สินที่มีนั่นเอง จึงได้จัดตั้งสภาปฏิรูปแห่งชาติขึ้นเพื่อปฏิรูปกฎหมายและเพื่อการพัฒนาประเทศ และได้ออกพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 มาใช้บังคับในปัจจุบัน แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังไม่สามารถบังคับจัดเก็บภาษีการรับมรดกได้เลย จึงเกิดประเด็นถกเถียงว่าพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จะสามารถสร้างความเป็นธรรมในสังคม และยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคมได้จริงหรือไม่

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) มุ่งศึกษาถึงเจตนารมณ์และหลักเกณฑ์การจัดเก็บภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558

2) ศึกษาเปรียบเทียบการจัดเก็บภาษีการรับมรดกจากประสบการณ์ในต่างประเทศและจากพระราชบัญญัติอากรมรดกและการรับมรดกที่ไทยเคยบังคับใช้ในอดีต รวมถึงร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับภาษีมรดกฉบับต่าง ๆ ในประเทศไทยควบคู่กันไปด้วย

3) เพื่อวิเคราะห์และแสดงให้เห็นถึงปัญหาความไม่ครอบคลุมและแนวทางการแก้ไขปัญหาในการบริหารจัดเก็บภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ให้มีประสิทธิภาพ

สมมุติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างความเป็นธรรมในสังคม และยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคม แต่กลไกของกฎหมายไม่สามารถทำได้เนื่องจากมีการกำหนดฐานภาษีไว้แคบเกินไป และมุ่งเน้นเก็บภาษีเฉพาะทรัพย์สินที่มีทะเบียน ไม่มีมาตรการที่ชัดเจนในการจัดเก็บทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียน ขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษี อีกทั้งเลือกใช้อัตรา

[3]เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, *การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย* (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 9, 2552) 31.

การจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราคงที่ประกอบกับอัตราเป็นอัตราที่ต่ำ ทำให้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ที่บังคับใช้ในประเทศไทยไม่มีความครอบคลุมในการบริหารจัดเก็บ ไม่สามารถสร้างความเป็นธรรม และยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคมได้อย่างที่รัฐบาลตั้งเป้าหมายเอาไว้ จึงควรมีการแก้ไขให้มีสามารถจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพ และความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

ขอบเขตของการศึกษา

ทำการศึกษาถึงความครอบคลุมของภาษีการรับมรดก ตามหลักการทางการคลังมหาชน เน้นศึกษาในเรื่องของฐานภาษีและอัตราภาษี ในพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 รวมไปถึงการศึกษาปัญหาจากพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก ที่ประเทศไทยเคยใช้บังคับใน พ.ศ. 2476 ความครอบคลุมของร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับภาษีการรับมรดกฉบับต่าง ๆ ในประเทศไทย และความครอบคลุมของภาษีการรับมรดกในต่างประเทศเพื่อนำมาเปรียบเทียบ โดยเลือกศึกษาจากกฎหมายภาษีมรดกของประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทราบถึงความครอบคลุมในการบริหารจัดเก็บภาษีการรับมรดก เข้าใจถึงเหตุผลในการกำหนดฐานภาษีและอัตราภาษี ตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558

2) ทราบถึงปัญหาในการจัดเก็บภาษีการรับมรดกในต่างประเทศ และจากพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดกที่ประเทศไทยเคยบังคับใช้ รวมไปถึงร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับภาษีมรดกฉบับต่าง ๆ ในประเทศไทย

3) เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องและแนวทางที่เหมาะสมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ในประเทศไทย ให้มีความครอบคลุมในการบริหารจัดเก็บตามหลักการทางการคลังมหาชน

วิธีการดำเนินงานวิจัย

ใช้วิธีการศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งในส่วนของภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยการค้นคว้ารวบรวมข้อมูล เอกสาร งานวิจัย เกี่ยวกับความครอบคลุมของภาษีการรับมรดก ฐานภาษี อัตราภาษี ตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 และภาษีการรับมรดกในต่างประเทศ รวมไปถึงตำรา กฎหมาย หนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความและการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ต

ผลการวิจัย

หลังจากผู้วิจัยได้ทำการศึกษาภาษีมรดกในประเทศฝรั่งเศส พบว่าประเทศฝรั่งเศส การจัดเก็บภาษีมรดกมีแนวคิดว่าภาษีมรดกเปรียบเสมือนการจัดเก็บค่าธรรมเนียมที่ผู้รับประโยชน์ มีหน้าที่ต้องชำระให้แก่รัฐ มีวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บเพื่อกระจายความมั่งคั่งและลดความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและสังคม โดยใช้รูปแบบการจัดเก็บ

แบบภาษีการรับมรดกควบคู่ไปกับการจัดเก็บภาษีการให้ โดยไม่มีการกำหนดฐานภาษีขั้นต่ำในการจัดเก็บภาษีมรดกไว้แต่อย่างใด รวมไปถึงการจัดเก็บทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ และยังมีอัตราจัดเก็บในรูปแบบอัตราก้าวหน้า ซึ่งจะแตกต่างกันตามความสัมพันธ์ทางเครือญาติระหว่างเจ้ามรดกและผู้รับมรดก หากผู้รับมรดกเป็นบุคคลอื่นจะถูกจัดเก็บภาษีการรับมรดกในอัตราคงที่ ดังตารางดังต่อไปนี้[4]

อัตราภาษีการรับมรดกของประเทศฝรั่งเศส กรณีผู้รับมรดกเป็นคู่สมรสหรือทายาทสายตรง

มรดกหลังจากการหักค่าลดหย่อน	อัตราภาษี
ไม่เกิน 8,072	5%
ระหว่าง 8,072 – 12,109	10%
ระหว่าง 12,109 – 15,932	15%
ระหว่าง 15,932 – 552,324	20%
ระหว่าง 552,324 – 902,883	30%
ระหว่าง 902,883 – 1,805,677	40%
ตั้งแต่ 1,805,677 เป็นต้นไป	45%

อัตราภาษีการรับมรดกของประเทศฝรั่งเศส กรณีผู้รับมรดกเป็นพี่หรือน้อง

มรดกหลังจากหักค่าลดหย่อน	อัตราภาษี
ต่ำกว่า 24,430	35%
ตั้งแต่ 24,430 เป็นต้นไป	45%

อัตราภาษีการรับมรดกของประเทศฝรั่งเศส กรณีผู้รับมรดกเป็นบุคคลอื่น

มรดกหลังจากหักค่าลดหย่อน	อัตราภาษี
ผู้รับมรดกเป็นญาติพี่น้องภายใน 4 ลำดับชั้น	55%
ผู้รับมรดกเป็นญาติพี่น้องที่ไม่อยู่ใน 4 ลำดับชั้นหรือเป็นบุคคลภายนอก	60%

[4]สุปรียา แก้วละเอียด, *ภาษีมรดกในประเทศฝรั่งเศส* (กรุงเทพมหานคร: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์) 3.

ส่วนในประเทศอังกฤษใช้รูปแบบภาษีในรูปแบบภาษีกองมรดกควบคู่ไปกับการจัดเก็บภาษีการให้ มีการกำหนดมูลค่าของฐานทรัพย์สินแห่งกองมรดกไว้ที่ทรัพย์สินส่วนที่เกินกว่า 325,000 ปอนด์ ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ หลังจากทำการบรรเทาภาระทางภาษีแล้วต้องเสียภาษีในรูปแบบอัตราคงที่[5] โดยอัตราภาษีจะคำนวณจากมูลค่าสะสมที่ถึงเกณฑ์ในการจัดเก็บภาษีคูณด้วยอัตราภาษี ซึ่งอัตราภาษีที่ใช้ในการจัดเก็บภาษีจะเป็นอัตราคงที่ในอัตราที่สูง คืออัตราร้อยละ 40 จากมูลค่าทรัพย์สินรวมเฉพาะส่วนที่เกิน 325,000 ปอนด์[6] แต่ก็มีการกำหนดมาตรการบรรเทาภาระทางภาษีไว้หลายประการ เช่น หากทรัพย์มรดกเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ วัฒนธรรม และมอบให้แก่รัฐทรัพย์มรดกดังกล่าวจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีมรดก หากทรัพย์มรดกดังกล่าวมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจการค้า หรือมีลักษณะเป็นที่ดินหรือโรงเรือนที่ใช้ในทางอุตสาหกรรม หรือเป็นพืช เครื่องจักร เครื่องมือ หรือทรัพย์สินในทางเกษตรกรรม ก็สามารถหักค่าลดหย่อนได้ รวมไปถึงการอนุญาตให้หักค่าลดหย่อนสำหรับการเสียภาษีมรดกติดต่อกันสองครั้งเนื่องจากเจ้ามรดกสองรายถึงแก่ความตายในระยะเวลาไล่เลี่ยกันภายใน 5 ปี เป็นต้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายภาษีมรดกของทั้งประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษต่างให้ความสำคัญกับความสามารถในการเสียภาษีของผู้มีหน้าที่เสียภาษี ตามหลักความสามารถในการเสียภาษี (The Ability-to-pay Principle) อันเป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับกันว่าสามารถใช้วัดความเท่าเทียมกัน หรือความแตกต่างกันเพื่อความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีอากรได้ดีที่สุดในปัจจุบัน[7]

ประเทศสหรัฐอเมริกา ตามประมวลรัษฎากร (Internal Revenue Code) ใช้การจัดเก็บในรูปแบบภาษีกองมรดกควบคู่กับภาษีการให้เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษี โดยกำหนดให้ทรัพย์สินทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้ามรดก ณ วันที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย หากมีมูลค่าทรัพย์สินเกินกว่า 5,340,000 ดอลลาร์ จะต้องเสียภาษีเฉพาะในส่วนที่เกินกว่า 5,340,000 ดอลลาร์ โดยจัดเก็บในอัตราภาษีแบบอัตราก้าวหน้าตั้งแต่ 18% ไปจนถึง 40% ขึ้นอยู่กับจำนวนทรัพย์มรดก และมีข้อยกเว้นให้คู่สมรสของเจ้ามรดกให้ได้รับการยกเว้นภาษี นอกจากนี้ยังกำหนดค่าใช้จ่ายและภาระหนี้สินที่อาจนำมาหักจากฐานภาษีไว้หลายกรณี เช่น ค่าลดหย่อนสำหรับทรัพย์สินที่บริจาคให้แก่พรรคการเมือง หรือค่าลดหย่อนสำหรับการสืบทอดธุรกิจของครอบครัว เป็นต้น[8]

---

[5]สำนักนายกรัฐมนตรี, *บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. ....* (กรุงเทพฯ: สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2557) 8.

[6]Schedule 1, *Inheritance Tax Act 1984.*

[7]ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, *กฎหมายภาษีอากร* (กรุงเทพฯ: T.K.S., พิมพ์ครั้งที่ 4, 2556) 61.

[8]สำนักนายกรัฐมนตรี, อ้างแล้ว 5, (30).

ประเทศญี่ปุ่น ใช้การจัดเก็บภาษีในรูปแบบภาษีการรับมรดกควบคู่กับการใช้ภาษีการให้ ตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก ค.ศ. 1950 โดยกำหนดให้มีการจัดเก็บภาษีการรับมรดกจากทรัพย์สินทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินมีทะเบียนหรือไม่ก็ตาม โดยให้รวมมูลค่าของทรัพย์สินทั้งหมดที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีหลังหักค่าใช้จ่ายแล้ว จึงหักด้วยค่าลดหย่อนอันประกอบด้วยค่าลดหย่อนพื้นฐาน 50 ล้านเยนต่อเจ้ามรดกหนึ่งคน และค่าลดหย่อน 10 ล้านเยนต่อทายาทโดยธรรม นอกจากนี้ยังมีการยกเว้นให้แก่ทรัพย์สินหลายประเภท เช่น อสังหาริมทรัพย์อันเป็นที่อยู่อาศัยหากมีขนาดไม่เกิน 240 ตารางเมตร หรือทรัพย์สินที่ได้บริจาคให้แก่องค์การกุศลหรือรัฐ เป็นต้น โดยในพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก ค.ศ. 1950 กำหนดอัตราการจัดเก็บภาษีเป็นอัตราก้าวหน้าตั้งแต่ 10% ไปจนถึง 50% แล้วแต่มูลค่าทรัพย์มรดกที่ทายาทแต่ละคนได้รับ[9]

รวมไปถึงการศึกษาภาษีมรดกในประเทศไทยที่เคยมีการจัดเก็บมาก่อนในอดีตตามพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 ซึ่งมีรูปแบบการจัดเก็บทั้งรูปแบบภาษีกองมรดกและภาษีการรับมรดก กำหนดทรัพย์ที่ต้องเสียภาษีมรดกไว้อย่างครอบคลุม คือจัดเก็บจากทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ และมีการจัดเก็บภาษีโดยใช้อัตราภาษีในอัตราก้าวหน้าตามจำนวนทรัพย์มรดก รวมไปถึงมีการลดหย่อนภาษีที่ขึ้นอยู่กับลำดับความใกล้ชิดกับเจ้าของทรัพย์มรดกอีกด้วย แต่เนื่องจากการที่พระราชบัญญัติอากรมรดกและการรับมรดก พ.ศ. 2476 มีรูปแบบการจัดเก็บที่มีการจัดเก็บทั้งภาษีกองมรดกและภาษีการรับมรดกนี้เอง ที่ทำให้ประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบมองว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อน โดยพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 มีสถิติรายได้การจัดเก็บภาษีใน พ.ศ. 2478 – 2487 ดังนี้[10]

ปี	รายได้จากภาษีมรดก	สัดส่วนภาษีมรดกต่อรายได้ภาษีทั้งหมด
2478	43,955	0.08
2479	36,008	0.06
2480	67,284	0.12
2481	315,173	0.50
2482	29,954	0.10
2483	10,121	0.05
2484	404,273	0.53
2485	62,313	0.11
2486	115,094	0.12
2487	139,784	0.12

[9]เพิ่งอ้าง, (31).

[10]สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ภาษีมรดก” (2544) 31:2 *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 166, 186.

จากตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพในการจัดเก็บเนื่องจากมีสัดส่วนรายได้ไม่ถึง 1% ต่อรายได้ภาษีทั้งหมดทำให้เกิดความไม่คุ้มค่าในการจัดเก็บ ประกอบกับการไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน จึงมีการยกเลิกไปใน พ.ศ. 2487 ด้วยเหตุผลที่ว่า “โดยที่อากรมฤดกและการรับมฤดกปีหนึ่ง ๆ เก็บได้เป็นจำนวนไม่แน่นอนและตามปกติเก็บได้เป็นจำนวนน้อย แต่มีภาระต้องปฏิบัติมาก จึงสมควรเลิกเก็บอากรมฤดกและการรับมฤดกเสียเพื่อให้เจ้าพนักงานได้มีเวลาไปปฏิบัติงานอื่นซึ่งจะได้ประโยชน์มากกว่า”[11]

ภายหลังมีการยกเลิกพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 ก็มีแนวคิดที่จะนำภาษีมรดกกลับมาบังคับใช้โดยตลอด และพอจะมีให้เห็นเป็นรูปเป็นร่างตั้งแต่ พ.ศ. 2541 ในรัฐบาลของนายชวน หลีกภัย ที่มีแนวคิดในการนำภาษีมรดกมาบังคับใช้อีกครั้ง โดยระบุไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณามาตรการทางกฎหมายเพื่อแก้ไขเศรษฐกิจของชาติและแต่งตั้งอนุกรรมการ ศึกษาผลกระทบในการจัดเก็บภาษีมรดก โดยผลการศึกษาในเบื้องต้นคณะกรรมการได้เสนอให้มีการจัดเก็บภาษีมรดกจากอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ที่ผู้เสียภาษีถือครองทั้งในประเทศและต่างประเทศ และให้จัดเก็บในอัตราก้าวหน้า ยกเว้นมรดกซึ่งเป็นทรัพย์สินของราชวงศ์ องค์กรการกุศล องค์กรสาธารณประโยชน์ การบริจาคเพื่อศาสนา และทรัพย์สินที่เจ้าของมรดกยกให้เป็นของแผ่นดิน[12] อย่างไรก็ตามภายหลังจากผลการศึกษาดังกล่าวก็ยังไม่มีการจัดเก็บภาษีมรดกแต่อย่างใด และใน พ.ศ. 2551 ช่วงรัฐบาลของนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ก็มีนโยบายที่จะออกพระราชบัญญัติภาษีมรดกมาบังคับใช้อีกครั้ง โดยได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดกและภาษีการให้ พ.ศ. .... ที่มีการนำภาษีการให้มาใช้บังคับควบคู่กันไปด้วยเพื่อเป็นมาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษี ใช้รูปแบบการจัดเก็บในรูปแบบภาษีการรับมรดกเพียงอย่างเดียว โดยมีการกำหนดฐานภาษีไว้ที่ 150 ล้านบาท หากทรัพย์มรดกที่ได้รับไม่เกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดให้เสียภาษีในอัตราร้อยละ 10 แต่หากทรัพย์มรดกที่ได้รับมีจำนวนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดให้เสียภาษีในอัตราร้อยละ 20 และยังมีความครอบคลุมในการจัดเก็บเพราะยังคงการเก็บจากทรัพย์สินทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ รวมไปถึงยังคงค่าลดหย่อนตามลำดับความใกล้ชิดกับเจ้ามรดกไว้ แต่ก็มีกระแสต่อต้านเป็นจำนวนมากทำให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ผ่านการรับรองจากสภาผู้แทนราษฎรในสมัยนั้น ท้ายที่สุดแล้วร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดกและภาษีการให้ พ.ศ. .... ก็ไม่ได้ถูกนำมาบังคับเป็นใช้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด

---

[11]สำนักนายกรัฐมนตรี, *บันทึกหลักการและเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติยกเลิกอากรมฤดกและการรับมฤดก พุทธศักราช 2476 พุทธศักราช 2486* (กรุงเทพฯ: สภาผู้แทนราษฎร, 2486) 231.

[12]สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 22* (กรุงเทพฯ: สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2550) 68/1 - 68/2.

จนกระทั่ง พ.ศ. 2557 รัฐบาลของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ซึ่งมีนโยบายหลักในการแก้ปัญหาความแตกแยกของสังคมไทยด้วยการขจัดปัญหาความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจและสังคม ได้จัดตั้งสภาปฏิรูปแห่งชาติขึ้นเพื่อปฏิรูปกฎหมายและเพื่อการพัฒนาประเทศ จึงมีแนวคิดในการผลักดันในการนำภาษีมรดกกลับมาบังคับใช้อีกครั้ง หลังจากผ่านไปนานกว่า 70 ปี จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้ผู้รับมรดกมีหน้าที่เสียภาษีการรับมรดก เมื่อเจ้ามรดกเสียชีวิตและได้มีการถ่ายเททรัพย์สินให้แก่ลูกหลาน หรือบุคคลอื่นใด กรมสรรพากรจะเข้าไปประเมินมูลค่าทรัพย์สินและเก็บภาษีจากผู้รับมรดกแต่ละราย โดยผู้รับมรดกแต่ละรายเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีผ่านช่องทางการยื่นแบบแสดงรายการภาษีต่อสำนักงานสรรพากรพื้นที่ หากได้รับทรัพย์มรดกหลังจากหักด้วยภาระหนี้สินแล้วมีมูลค่ารวมกันแล้วเกินกว่า 100 ล้านบาท ไม่ว่าจะได้มาในคราวเดียวหรือหลายคราวต้องเสียภาษีในส่วนที่เกิน 100 ล้านบาทในอัตราคงที่ร้อยละ 10 แต่หากผู้รับมรดกเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานจะเสียภาษีในอัตราคงที่ร้อยละ 5 และยกเว้นให้แก่มรดกที่คู่สมรสได้รับจากเจ้ามรดก ที่ยังคงต้องจัดแบ่งเท่า ๆ กันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1533[13] อย่างไรก็ตามภายหลังมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ปรากฏว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังไม่สามารถบังคับจัดเก็บภาษีการรับมรดกได้เลย ตามข้อมูลผลการจัดเก็บรายได้ของรัฐบาลเบื้องต้นจากกระทรวงการคลังระบุว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2559 จนถึงปัจจุบันกรมสรรพากรยังไม่สามารถเก็บภาษีรับมรดกได้เลยแม้แต่บาทเดียว[14]

นำไปสู่ประเด็นถกเถียงว่าภาษีการรับมรดกจะสามารถสร้างความเป็นธรรมในสังคมและยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคมได้หรือไม่ เพราะในพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 นั้นกำหนดฐานภาษีไว้ เฉพาะทรัพย์มรดกที่ผู้รับมรดกแต่ละรายได้รับในส่วนที่มีมูลค่าเกินกว่า 100 ล้านบาท อันเป็นฐานภาษีที่แคบ และเมื่อนำมาประกอบกับอัตราภาษีการรับมรดกที่ใช้อัตราการจัดเก็บแบบอัตราแบบคงที่ หมายความว่าผู้รับมรดกแต่ละรายที่ได้รับมรดกเป็นมูลค่าเกินกว่า 100 ล้านบาทไม่ว่าจะเกินไปมากน้อยเพียงใดก็ตามจะต้องรับภาระทางภาษีเท่ากันทุกคนคือจะต้องเสียภาษีการรับมรดกในอัตราเดียวกันทั้งหมดส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้รับมรดกในการเสียภาษีเพราะผู้รับมรดกแต่ละรายได้รับมรดกในจำนวนที่ไม่เท่ากัน และการที่อัตราภาษีเป็นอัตราแบบ 2 ชั้นคือกำหนดให้กรณีที่ผู้ได้รับมรดกไม่ได้เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน

---

[13]ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์ “สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส” (2558) 5:2 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ* 72, 77.

[14]ส่วนนโยบายการคลังและงบประมาณ สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, *ผลการจัดเก็บรายได้ของรัฐบาล ปี พ.ศ. 2559 ถึง พ.ศ. 2561* (29 มีนาคม 2562) ศูนย์ปฏิบัติการกระทรวงการคลัง Ministry of Finance Operation Center <http://dataservices.mof.go.th/Dataservices/GovernmentRevenue>.

จะต้องเสียภาษีในอัตราร้อยละ 10 แต่กรณีผู้ได้รับมรดกเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานจะมีการลดหย่อนให้เสียภาษีในอัตราร้อยละ 5 ก็ยิ่งทำให้กลุ่มเป้าหมายของรัฐบาลลดน้อยลงไปอีก ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาถึงสาเหตุของความไม่มีประสิทธิภาพในการจัดเก็บ และทำให้สามารถวิเคราะห์ปัญหาของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวออกมาได้ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาความเหมาะสมของจำนวนฐานภาษีการรับมรดก

การกำหนดอัตราฐานของภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 กำหนดให้ยกเว้นทรัพย์สินหลังจากหักด้วยภาระหนี้สินแล้วเป็นจำนวน 100 ล้านบาท เป็นฐานภาษีที่แคบเกินไป หลังจากได้ทำการศึกษาสัดส่วนการถือครองทรัพย์สินของประชากรในประเทศไทย รวมถึงรายงานความมั่งคั่งของประชากรในประเทศไทย สรุปได้ว่าจำนวนสัดส่วนของกลุ่มประชากรที่มีความมั่งคั่งถึงขนาดที่จะต้องเสียภาษีการรับมรดกนั้นมีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับประชากรทั้งประเทศ การที่รัฐแก้ไขอัตราฐานภาษีจากจำนวน 50 ล้านบาทในขั้นตอนการรับหลักการร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดกมาเป็นจำนวน 100 ล้านบาทที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ยิ่งเป็นการบีบให้ฐานภาษีแคบลง และทำให้ผู้ที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีการรับมรดกยิ่งน้อยลงตามไปด้วย จึงส่งผลให้รัฐไม่สามารถจัดเก็บภาษีมรดกได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ยิ่งหากเปรียบเทียบกับภาษีมรดกของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่นแล้ว ยิ่งเห็นได้ชัดว่าฐานของภาษีมรดกในประเทศที่จัดเก็บได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นไม่ได้ถูกตั้งไว้ให้แคบแต่อย่างใด เพราะจุดมุ่งหมายของภาษีมรดกคือการจัดเก็บเพื่อลดช่องว่างความเหลื่อมล้ำจากการสะสมความมั่งคั่ง การกำหนดฐานของภาษีไว้แคบจนเกินไปเท่ากับจำนวนประชากรที่อยู่ในข่ายจะต้องเสียภาษีนั้นก็จะยิ่งน้อยลงตามไปด้วย จึงเห็นได้ว่าฐานของภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ไม่ได้สอดคล้องกับสภาพการสะสมความมั่งคั่งของสังคมไทยแต่อย่างใด ด้วยเหตุผลดังกล่าวฐานของภาษีการรับมรดกจึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ไม่มีประสิทธิภาพในการจัดเก็บ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรเปลี่ยนแปลงอัตราฐานภาษีการรับมรดกให้กว้างขึ้นจากเดิม โดยให้กำหนดมูลค่าทรัพย์สินที่ได้รับยกเว้น ไม่ต้องเสียภาษีการรับมรดกมาเป็นจำนวน 50 ล้านบาท ตามร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. .... ที่สภานิติบัญญัติได้มีมติรับหลักการไว้ในตอนต้น ที่ได้มีการศึกษาถึงความเหมาะสมของฐานภาษีการรับมรดกมาแล้วแสดงให้เห็นว่าจำนวนฐานภาษี 50 ล้านบาทที่เสนอในร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. .... โดยความเห็นของคณะกรรมการยกร่างกฎหมายและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังนั้นได้ถูกคำนวณมาว่ามีความเหมาะสมแล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรทำการแก้ไขมาตรา 12 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จากเดิม “ผู้ได้รับมรดกจากเจ้ามรดกแต่ละราย ไม่ว่าจะได้รับมาในคราวเดียวหรือหลายคราว ถ้ามรดกที่ได้รับมาจากเจ้ามรดกแต่ละรายรวมกันมีมูลค่าเกินหนึ่งร้อยล้านบาท ต้องเสียภาษีเฉพาะ

ส่วนที่เกินหนึ่งร้อยล้านบาท” แก้ไขเป็น “มาตรา 12 ผู้ได้รับมรดกจากเจ้ามรดกแต่ละราย ไม่ว่าจะได้รับมาในคราวเดียวหรือหลายคราวถ้ามรดกที่ได้รับมาจากเจ้ามรดกแต่ละรายรวมกันมีมูลค่าเกินห้าสิบล้านบาท ต้องเสียภาษีเฉพาะส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาท” เพื่อเพิ่มจำนวนให้มีผู้ได้รับมรดกถึงขนาด ที่เข้าข่ายต้องเสียภาษีการรับมรดกให้มากขึ้น อันเป็นการขยายฐานภาษีการรับมรดกให้กว้างขึ้น ทำให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีการรับมรดกได้มากขึ้นตามสัดส่วนที่เพิ่มมากขึ้น และจะส่งผลให้การจัดเก็บภาษีการรับมรดกมีประสิทธิภาพมากขึ้นตามไปด้วย

2. ปัญหาความครอบคลุมของทรัพย์สินที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีการรับมรดก

เนื่องจากพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 กำหนดให้ทรัพย์สินที่จะต้องเสียภาษีมรดกได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ หลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เงินฝากหรือเงินอื่นใดที่มีลักษณะอย่างเดียวกันที่เจ้ามรดกมีสิทธิเรียกถอนคืนหรือสิทธิเรียกร้องจากสถาบันการเงิน หรือบุคคลที่ได้รับเงินนั้นไว้ยานพาหนะที่มีหลักฐานทางทะเบียน รัฐไม่มีการจัดเก็บภาษีจากทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนแต่อย่างใด ทั้งที่ทรัพย์สินประเภทอื่นที่ไม่มีทะเบียนก็อาจเป็นทรัพย์สินที่ตกทอดมาจากกองมรดกเช่นเดียวกัน โดยให้เหตุผลเรื่องความซับซ้อนในการบริหารภาษีทำให้ไม่สามารถจัดเก็บได้จากทรัพย์สินทุกประเภท ทำให้เกิดปัญหาความไม่ครอบคลุมของทรัพย์สิน โดยเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ทั้งที่มีหลักฐานทางทะเบียนหรือไม่มีหลักฐานทางทะเบียนก็ตาม เช่น เงินสด เครื่องประดับ เพชร ทองคำ อัญมณี วัตถุโบราณ พระเครื่อง นาฬิกา อาวุธปืน รวมไปถึง สิทธิบัตร และลิขสิทธิ์ เป็นต้น การสะสมทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนก็ถือเป็นการสะสมความมั่งคั่งรูปแบบหนึ่งเช่นกัน การเลือกกำหนดทรัพย์สินแต่เพียงบางประเภทมาเป็นฐานภาษีจึงก่อให้เกิดช่องว่างในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการถือครองทรัพย์สินมาเป็นทรัพย์สินที่ไม่ได้ถูกกำหนดให้นำรวมเป็นฐานภาษีมรดก อันเป็นการหลีกเลี่ยงภาษี เมื่อการจัดเก็บภาษีการรับมรดกเป็นการจัดเก็บภาษีจากความมั่งคั่งในรูปของมรดก ก็จะต้องจัดเก็บภาษีให้ครอบคลุมทรัพย์สินทุกประเภทที่สามารถนำไปสะสมความมั่งคั่ง เพราะตามหลักการแล้วการจัดเก็บภาษีโดยใช้ฐานความมั่งคั่งจะต้องจัดเก็บจากทรัพย์สินทุกชนิด ทั้งที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่มีการยกเว้น

การกำหนดให้จัดเก็บภาษีการรับมรดกจากทรัพย์มรดกประเภทเงินฝากหรือเงินอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน ตามมาตรา 14 (3) ให้มีการจัดเก็บเฉพาะกรณีที่ทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น เจ้ามรดกอาจโอนถ่ายทรัพย์สินไปยังประเทศที่ไม่มีภาษีมรดกเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้บังคับพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดกนี้ได้ เนื่องจากกฎหมายเปิดช่องให้เงินฝากที่อยู่นอกประเทศไทยไม่เข้าข่ายจะต้องเสียภาษีการรับมรดก ซึ่งอาจจะเป็นการกระตุ้นให้เจ้ามรดกเลือกนำเงินไปเปิดบัญชีเงินฝากในต่างประเทศที่ไม่มีการเสียภาษีมรดกเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดกได้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรแก้ไขมาตรา 14 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จาก

เดิม “กรณีผู้ได้รับมรดกตามมาตรา 11 (1) และ (2) ให้เสียภาษีจากทรัพย์สินทั้งที่อยู่ในประเทศไทย และนอกประเทศไทย และกรณีผู้ได้รับมรดกตามมาตรา 11 (3) ให้เสียภาษีเฉพาะจากทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทย” แก้ไขเป็น “กรณีผู้ได้รับมรดกตามมาตรา 11 (1) (2) และ (3) ให้เสียภาษีจากทรัพย์สิน ทั้งที่อยู่ในประเทศไทยและนอกประเทศไทย” เพื่ออุดช่องว่างในการที่เจ้ามรดกเลือกที่จะนำเงินฝากออกไปนอกประเทศ อีกทั้งการที่กำหนดให้ทรัพย์สินที่เป็นฐานสำหรับคำนวณภาษีมรดกจำเป็นจะต้องเป็นทรัพย์ที่มีทะเบียนเท่านั้นเพื่อความสะดวกในการตรวจสอบ ทำให้เจ้ามรดกสามารถแปลงสภาพทรัพย์สิน มีทะเบียนเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนแต่ยังคงมีมูลค่าและสามารถแปลงสภาพเป็นเงินสดได้ง่าย เนื่องจากมีตลาดรองรับ เช่น ทองคำ เครื่องเพชรพระเครื่อง งานศิลปะที่มีชื่อเสียง เป็นต้น การที่ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่อยู่ในขอบข่ายที่จะถูกจัดเก็บภาษีการรับมรดก ส่งผลให้ทรัพย์สินแห่งกองมรดกถูกลดมูลค่าลงไป ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วทรัพย์สินเหล่านี้อาจมีมูลค่ามากกว่าทรัพย์สินที่ถูกกำหนดให้จัดเก็บภาษี ซึ่งหากรัฐบาลต้องการจะลดความเหลื่อมล้ำก็ไม่ควรจัดเก็บเฉพาะทรัพย์ที่มีทะเบียนเพราะการสะสมทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนก็ถือเป็นการสะสมความมั่งคั่งเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากในอดีต พระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 เคยประสบปัญหาในการจัดเก็บทรัพย์สินไม่มีทะเบียนที่ตรวจสอบได้ยากและมีภาระค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบสูง อันเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้การจัดเก็บภาษีมรดกตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพและถูกยกเลิกในที่สุด ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรแก้ไขมาตรา 14 (4) แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จากเดิมที่กำหนดว่า “(4) ยานพาหนะที่มีหลักฐานทางทะเบียน” แก้ไขเป็น “(4) สังหาริมทรัพย์ที่มีหลักฐานทางทะเบียน” เพื่อให้ทรัพย์สินอันเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ถูกกำหนดให้เป็นทรัพย์สินที่อยู่ในขอบข่ายต้องเสียภาษีการรับมรดกด้วย แม้ว่าสังหาริมทรัพย์จะมีทั้งสังหาริมทรัพย์ที่มีหลักฐานทางทะเบียนและไม่มีหลักฐานทางทะเบียนก็ตาม แต่การที่สังหาริมทรัพย์ประเภทที่มีไม่มีหลักฐานทางทะเบียนสามารถตรวจสอบได้ยาก จึงเป็นภาระในการตรวจสอบที่มีค่าใช้จ่ายสูงและไม่คุ้มค่ากับการตรวจสอบ ดังนั้นจึงกำหนดให้มีการจัดเก็บเฉพาะสังหาริมทรัพย์ที่มีหลักฐานทางทะเบียนเพื่อให้ง่ายต่อการตรวจสอบและเป็นการเพิ่มจำนวนทรัพย์สินที่อยู่ในขอบข่ายจะต้องเสียภาษีการรับมรดกให้มากขึ้น อันจะส่งผลให้ฐานภาษีกว้างมากขึ้นนั่นเอง

3. ปัญหาเรื่องการกำหนดรูปแบบอัตราภาษีการรับมรดก

พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 มีการจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราคงที่ คือ มีการกำหนดอัตราภาษีไว้เพียงอัตราเดียว โดยมีการแบ่งออกเป็น 2 กรณีตามความสัมพันธ์เครือญาติ ในกรณีผู้รับมรดกเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานจะเสียภาษีในอัตราเดียวกันทั้งหมด คืออัตราร้อยละ 5 ไม่ว่าผู้ได้รับมรดกแต่ละคนจะได้รับมรดกเป็นจำนวนเท่าใด และกรณีผู้รับมรดกเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานก็จะต้องเสียภาษีในอัตราเดียวกันทั้งหมด คือ อัตราร้อยละ 10 ไม่ว่าผู้ได้รับมรดกจะได้รับมรดกเป็นจำนวน

เท่าใดก็ตาม การเลือกใช้อัตราการจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราคงที่แม้จะมีการลดอัตราการจัดเก็บโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางเครือญาติก็ตาม แต่การกำหนดอัตราภาษีไว้เพียงอัตราเดียวโดยอัตราภาษีการรับมรดกจะไม่เปลี่ยนแปลง แม้ว่ามูลค่าของฐานภาษีจะมีจำนวนมากหรือน้อยเพียงใดก็ตาม ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการเสียภาษี เนื่องจากผู้เสียภาษีมีมูลค่าฐานภาษีจากการได้รับมรดกไม่เท่ากัน แต่กลับต้องเสียภาษีในอัตราเดียวกัน ส่งผลให้ผู้เสียภาษีที่ได้รับมรดกน้อยต้องแบกรับภาระในการเสียภาษีมากกว่าผู้เสียภาษีที่ได้รับมรดกมากกว่า เช่น นาย ก. ได้รับมรดกเป็นจำนวน 105 ล้านบาท ต้องเสียภาษี 10% ของส่วนที่เกินกว่า 100 ล้านบาท คิดเป็นจำนวนเงินที่ต้องเสียภาษีเท่ากับ 5 แสนบาท และนาย ข.ได้รับมรดกเป็นจำนวน 10,000 ล้านบาท ต้องเสียภาษี 10% ของส่วนที่เกินกว่า 100 ล้านบาท คิดเป็นจำนวนเงินที่ต้องเสียภาษีเท่ากับ 99 ล้านบาท จริงอยู่ว่าหากมองดูตามตัวเลขผู้รับมรดกน้อยก็เสียภาษีน้อยกว่าผู้รับมรดกมากอยู่แล้ว แต่หากต้องการส่งเสริมการกระจายรายได้อย่างเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว การที่นาย ข. ต้องเสียภาษีเป็นจำนวนเงิน 99 ล้านบาท แทบไม่กระทบต่อทรัพย์สินของ นาย ข. ที่มีถึง 10,000 ล้านบาท และนาย ข. ยังสามารถสะสมความมั่งคั่งได้อย่างต่อเนื่อง ยิ่งหากเปรียบเทียบกับภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ที่กำหนดอัตราก้าวหน้าตามจำนวนเงินได้ ตั้งแต่ 5%ไปจนถึง 35% ก็จะเห็นได้ว่าการจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราคงที่นั้นไม่สามารถส่งเสริมการกระจายรายได้อย่างเป็นธรรม และไม่สามารถสะท้อนหลักความสามารถของผู้เสียภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่หากมีการกำหนดอัตราภาษีแบบอัตราก้าวหน้า ดังเช่นที่ประเทศไทยเคยนำมาใช้กับพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 ในอดีต และในกฎหมายภาษีของประเทศฝรั่งเศส (*Code gnral des impts*) ประเทศสหรัฐอเมริกา (Internal Revenue Code) และประเทศญี่ปุ่น (พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก ค.ศ. 1950) ซึ่งต่างก็เป็นอัตราภาษีที่จัดเก็บมากขึ้นตามฐานของภาษีที่เพิ่มขึ้น คือหากผู้ต้องเสียภาษีได้รับมรดกมากก็จะต้องเสียภาษีการรับมรดกมาก หากผู้ต้องเสียภาษีได้รับมรดกน้อย ก็จะต้องเสียภาษีการรับมรดกน้อยลงตามไปด้วย ก็จะสะท้อนความสามารถในการเสียภาษีของผู้ต้องเสียภาษีการรับมรดกได้ดีกว่า และการจัดเก็บภาษีโดยใช้อัตราการจัดเก็บแบบก้าวหน้าก็จะทำให้ภาษีนั้นมีประสิทธิภาพในการจัดเก็บเพิ่มขึ้นเพราะรัฐจะได้รับรายได้จากการจัดเก็บภาษีมากกว่าการจัดเก็บภาษีโดยใช้อัตราภาษีแบบคงที่ การที่พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 มีฐานภาษีที่แคบเกินไป และยังใช้อัตราการจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราคงที่อีก ยิ่งจะทำให้ภาษีการรับมรดกตามพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ไม่มีประสิทธิภาพในการจัดเก็บขึ้นไปอีก ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรแก้ไขให้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 มีการจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราก้าวหน้าแทนที่การจัดเก็บภาษีในรูปแบบอัตราคงที่ เพื่อให้การจัดเก็บภาษีการรับมรดกมีความเสมอภาคและมีความเป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีแต่ละรายมากขึ้น

4. ปัญหาเรื่องการกำหนดอัตราภาษีการรับมรดก

ปัญหาเรื่องการกำหนดอัตราภาษีการรับมรดกเป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากปัญหาเรื่องการกำหนดรูปแบบอัตราภาษีการรับมรดก การที่พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 กำหนดอัตราภาษีการรับมรดกไว้ที่อัตราร้อยละ 10 ของมูลค่าทรัพย์มรดกเฉพาะส่วนที่เกิน 100 ล้านบาท แต่หากผู้ได้รับมรดกเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน กำหนดอัตราภาษีการรับมรดกไว้ที่อัตราร้อยละ 5 ของมูลค่าทรัพย์มรดกเฉพาะส่วนที่เกิน 100 ล้านบาท อัตราการจัดเก็บภาษีมรดกดังกล่าวเป็นอัตราการจัดเก็บภาษีที่ต่ำ เมื่อเทียบกับอัตราการจัดเก็บภาษีในประเทศอังกฤษ ที่ใช้รูปแบบอัตราภาษีแบบอัตราคงที่เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่กลับมีอัตราการจัดเก็บอยู่ที่อัตราร้อยละ 40 ของมูลค่าทรัพย์สินเฉพาะส่วนที่เกินกว่า 325,000 ปอนด์ การที่พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 มีการจัดเก็บภาษีการรับมรดกมรดกในอัตราคงที่และเป็นอัตราที่ต่ำเช่นนี้จะส่งผลต่อจำนวนรายได้ที่รัฐจะได้รับจากการจัดเก็บภาษีการรับมรดก จะยิ่งทำให้รัฐได้รับรายได้น้อยลงตามอัตราการจัดเก็บภาษีที่ต่ำนั่นเอง รัฐควรจัดเก็บภาษีในอัตราที่สูงขึ้นตามมูลค่าของทรัพย์สินที่มากขึ้นในลักษณะขั้นบันไดตามรูปแบบอัตราก้าวหน้าด้วย เนื่องจากภาษีมรดกมุ่งเน้นจัดเก็บจากฐานความมั่งคั่งของทรัพย์สินที่ตกทอดไปสู่ผู้รับมรดกแต่ละคน เพราะในความเป็นจริงแล้วมูลค่าฐานแห่งทรัพย์มรดกที่ผู้รับมรดกแต่ละคนจะได้รับนั้นมีจำนวนไม่เท่ากัน การใช้อัตราภาษีในรูปแบบอัตราก้าวหน้าประกอบกับกำหนดอัตราภาษีแบบขั้นบันไดจึงสะท้อนความสามารถในการเสียภาษีของผู้รับมรดกแต่ละคนได้ดีกว่า ดังเช่นตามพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 ที่ประเทศไทยเคยใช้บังคับในอดีต และกฎหมายภาษีมรดกของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ที่ต่างก็มีการจัดเก็บภาษีในอัตราก้าวหน้าเช่นเดียวกันมาพิจารณา ซึ่งตามพระราชบัญญัติอากรมฤดกและการรับมฤดก พ.ศ. 2476 นั้นมีรูปแบบอัตราภาษีในอัตราก้าวหน้าที่มีอัตราตั้งแต่ ร้อยละ 1 ไปจนถึงร้อยละ 20 ขึ้นอยู่กับยอดสุทธิแห่งค่าของทรัพย์มรดกในแต่ละรายส่วนในกฎหมายภาษีการรับมรดกของประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบการจัดเก็บภาษีในอัตราก้าวหน้าเป็นอัตราก้าวหน้าซึ่งจะแตกต่างกันขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของเครือญาติระหว่างเจ้ามรดกและผู้รับมรดกที่มีอัตราภาษีตั้งแต่ ร้อยละ 5 ไปจนถึงร้อยละ 45 แต่สำหรับกรณีผู้รับมรดกเป็นบุคคลภายนอกอัตราที่ใช้บังคับจะเป็นอัตราคงที่

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรแก้ไขอัตราภาษีมรดกให้เป็นอัตราก้าวหน้าในรูปของขั้นบันได และอัตราภาษีจะขึ้นอยู่กับมูลค่าของมรดกสุทธิ หลังจากหักด้วยหนี้สินประกอบกับความสัมพันธ์ของผู้รับมรดกกับเจ้ามรดก โดยทำการแก้ไขมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จากเดิมที่กำหนดว่า “ให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีคำนวณและเสียภาษีในอัตราร้อยละสิบของมูลค่ามรดก ในส่วนที่ต้องเสียภาษีตามมาตรา 12 แต่ถ้าผู้ได้รับมรดกเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานให้เสียภาษีในอัตราร้อยละห้า” แก้ไขเป็น “ให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีคำนวณและเสียภาษีใน

อัตราดังต่อไปนี้

ทรัพย์มรดกสุทธิไม่เกินห้าสิบล้านบาท ให้เสียภาษีในอัตราร้อยละห้า

ทรัพย์มรดกสุทธิเกินกว่าห้าสิบล้านบาท แต่ไม่เกินหนึ่งร้อยล้านบาท ให้เสียภาษีในอัตราร้อยละสิบ

ทรัพย์มรดกสุทธิเกินกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท แต่ไม่เกินหนึ่งร้อยห้าสิบล้านบาท ให้เสียภาษีในอัตราร้อยละสิบห้า

ทรัพย์มรดกสุทธิเกินกว่าหนึ่งร้อยห้าสิบล้านบาทขึ้นไป ให้เสียภาษีในอัตราร้อยละยี่สิบ

อัตราตามวรรคหนึ่งจะพิจารณาแก้ไขตามสมควร ทุกๆ ห้าปี โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาก็ได้"

การจัดเก็บภาษีมรดกโดยใช้รูปแบบอัตราก้าวหน้าที่มีอัตราภาษีแบบขั้นบันไดจะสะท้อนความสามารถในการเสียภาษีของผู้รับมรดกแต่ละรายได้ตามหลักความเป็นธรรมทางภาษี และเป็นแรงจูงใจให้ผู้เสียภาษีเลือกที่จะเสียภาษีการรับมรดก แทนที่จะต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการวางแผน เพื่อหลีกเลี่ยงภาษี

จากเหตุผลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 จะไม่สามารถตอบสนองความต้องการของรัฐบาลในการสร้างความเป็นธรรมในสังคม และยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในสังคมได้ เพราะระบบภาษีอากรที่ดีจะต้องมีการบริหารการจัดเก็บภาษีอากรที่มีประสิทธิภาพ โดยปัญหาประสิทธิภาพการจัดเก็บภาษีนั้นจะขึ้นอยู่กับความร่วมมือของประชาชนในการเสียภาษีและความซื่อสัตย์สุจริตประกอบกับประสิทธิภาพในการทำงานของเจ้าหน้าที่ภาษีอากร ภาษีอากรที่จัดเก็บจะต้องทำการบริหารจัดเก็บได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ หากการจัดเก็บเป็นไปได้ยากก็ถือว่าการจัดเก็บภาษีดังกล่าวยังไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วภาษีที่ดีสำหรับรัฐควรเป็นภาษีที่สามารถทำรายได้ให้แก่รัฐได้เป็นอย่างดีด้วย การมีฐานภาษีที่กว้าง และฐานภาษีสามารถขยายตัวได้รวดเร็วตามความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ประกอบกับการมีอัตราการจัดเก็บภาษีเป็นอัตราแบบก้าวหน้าเพื่อให้ภาษีนั้นมีประสิทธิภาพ จึงจะทำให้รัฐบาลสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของภาษีนั้นได้ และการที่พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยซึ่งถูกบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2559 จนถึงปัจจุบัน แต่กลับไม่สามารถเก็บภาษีการรับมรดกได้เลยแม้แต่บาทเดียว[15] ย่อมแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 เป็นพระราชบัญญัติที่ไม่มีประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีเพราะไม่สามารถจัดเก็บได้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากข้อบกพร่องหลายประการตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้ว รัฐบาลจึงควรปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวให้สามารถบังคับจัดเก็บได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่รัฐต้องการ เพื่อไม่ให้พระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. 2558 ต้องถูกยกเลิกไปดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในอดีต

[15]เพิ่งอ้าง

บรรณานุกรม

เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, *การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย* (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 9, 2552).

ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์ "สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส" (2558) 5:2 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.*

ดวงมณี เลาวกุล, *รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องการกระจุกตัวของความมั่งคั่งในสังคมไทย* (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555).

ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, *กฎหมายภาษีอากร* (กรุงเทพฯ: T.K.S., พิมพ์ครั้งที่ 4, 2556).

สุปรียา แก้วละเอียด, *เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายการคลังชั้นสูง กม. 7203* (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557).

สำนักนายกรัฐมนตรี, *บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติภาษีการรับมรดก พ.ศ. ....* (กรุงเทเพฯ: สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2557).

สำนักนายกรัฐมนตรี, *บันทึกหลักการและเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติยกเลิกอากรมฤดกและการรับมฤดก พุทธศักราช 2476 พุทธศักราช 2486* (กรุงเทพฯ: สภาผู้แทนราษฎร, 2486).

ส่วนนโยบายการคลังและงบประมาณ สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, *ผลการจัดเก็บรายได้ของรัฐบาล ปี พ.ศ. 2559 ถึง พ.ศ. 2561* (29 มีนาคม 2562) ศูนย์ปฏิบัติการกระทรวงการคลัง Ministry of Finance Operation Center <http://dataservices.mof.go.th/Dataservices/GovernmentRevenue>.

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 22* (กรุงเทพฯ: สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2550).

สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ภาษีมรดก" (2544) 31:2 *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.*



คำแนะนำในการส่งบทความวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์

วัตถุประสงค์

1. เพื่อเผยแพร่ความรู้กฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ ของสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อส่งเสริมสนับสนุนการผลิตผลงานวิชาการของอาจารย์ นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไป

ขอบเขต

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ รับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ บทความปริทัศน์ (review article) บทความวิจารณ์บทความ (article review) และบทความพิเศษสรุปจากการอภิปราย สัมมนา ที่มีเนื้อหาครอบคลุมเกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา

ประเภทของบทความ

1. บทความทางวิชาการ ความยาวของเนื้อหา 10 - 12 หน้ากระดาษ A4
2. บทความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ความยาวของเนื้อหา 10-15 หน้ากระดาษ A4
3. บทความปริทัศน์ บทความวิจารณ์บทความ และบทความพิเศษ สรุปการอภิปราย สัมมนา ความยาวของเนื้อหา 5-8 หน้ากระดาษ A4

แนวปฏิบัติการนำเสนอบทความ

1. บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่ใดมาก่อน และต้องไม่อยู่ระหว่างการเสนอพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นหรือรายงานสืบเนื่องจากการประชุมวิชาการ

2. บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ประเมินบทความที่กองบรรณาธิการกำหนด โดยผู้ประเมินไม่ทราบว่าผู้เสนอบทความเป็นผู้ใด (blind review) ผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นสิ้นสุด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

การเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์ด้วย Microsoft Word สำหรับภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 15 point ภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร 12 point ถ้ามีตัวเลข ต้องพิมพ์เป็นเลขอารบิก และ เชิงอรรถภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angasana New ขนาดตัวอักษร 12 point เชิงอรรถภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร 9 point

2. ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ พิมพ์ด้วยตัวอักษรเอน ส่วนตำแหน่งทางวิชาการ (ถ้ามี) คุณวุฒิการศึกษาสูงสุด และสถานที่ทำงานของผู้เขียน พิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก

3. **บทความวิชาการ** เป็นบทความที่นำเสนอเนื้อหาสาระจากการวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ ประกอบด้วย ชื่อเรื่องภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ชื่อผู้เขียน บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ความยาวรวมกันไม่เกิน 800 คำ คำสำคัญ (Keywords) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยเลือกคำที่เกี่ยวข้องไม่เกิน 3 คำ บทนำ เนื้อหา สรุปและข้อเสนอแนะ บรรณานุกรม

4. **บทความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์** เป็นบทความจากการวิจัยหรือจากวิทยานิพนธ์ ประกอบด้วย ชื่อเรื่อง (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้ทำวิจัย บทคัดย่อ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) คำสำคัญ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) บทนำ วัตถุประสงค์ของการศึกษา สมมติฐานของการศึกษา ขอบเขตของการศึกษา ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ วิธีดำเนินงานวิจัย ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล 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. การส่งต้นฉบับทางเว็บไซต์ https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/index หัวข้อการส่งบทความออนไลน์

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

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

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

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

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการหรือผู้รวบรวม,	*ชื่อหนังสือ*	(สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้นบทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้วกำเนิด,	“ความหมายของวัฒนธรรม”	ใน	ฉัตรชัย ศุกรกาญจน์ (บรรณาธิการ),	*ห้องสมุดวัฒนธรรม*	(นครศรีธรรมราช : ศูนย์วัฒนธรรมภาคใต้, 2525)	1,	4.
	Richard J. McNeil	“International Parks for Peace”	In	Jim Thorsell (ed.),	*Parks on the Borderline: Experience in Transfrontier Conservation*	(Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, 1990)	23,	35.

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	*ชื่อเรื่อง*	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรธัย,	*มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม*	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534)	53.
	Chloe Sage Castro,	*Over the Moon: Lunar Heritage Protection*	(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,	*The ASEAN Approach to Regional Environmental Management*	(24 Aug 2013)	ASEAN Environment Cooperation	<http://www.aseansec.org/2838.htm>.

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	*ชื่อกฎหมาย*
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	*พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔*
	Section 17,	*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.

หลักการอ้างเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

1. กรณีการใช้ “เพิ่งอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้าทันที เช่น

16 ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.

17 เพิ่งอ้าง, 184.

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

19 Ibid.

20 Ibid, 170.

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.

21 Catharine MacMillan, above n 9, 40.

22 ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.

.....

24 ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, อ้างแล้ว 22, 185.

****

การอ้างบรรณานุกรม (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 ให้เรียงตามอักษรตัวแรกสุดของชื่อผู้เขียน จาก ก-ฮ หรือ A-Z

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

ผู้ที่จะตีพิมพ์บทความลงวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ต้องเสียค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ เรื่องละ 5,000 บาท เพื่อเป็นค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาบทความ (Peer review) และค่าดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง สามารถชำระโดย**โอนเงินเข้าบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ**

ชื่อบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์
   เลขที่บัญชี 168-2-00999-7
2. ธนาคารกสิกรไทย สาขาถนนบางนา-ตราด ประเภท ออมทรัพย์
   เลขที่บัญชี 450-2-05411-8
3. ส่ง ใบ PAY IN ธนาคาร ทางโทรสาร 0-2312–6419 หรือ
   ที่ E-Mail : faclaw120hcu@gmail.com

****

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 2 ฉบับ 300 บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

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

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

รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน **<u>โอนเข้าบัญชี</u>**

<u>ชื่อบัญชี</u> **มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ**

❒ 1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์

เลขที่บัญชี 168-2-00999-7

❒ 2. ธนาคารกสิกรไทย สาขาถนนบางนา-ตราด ประเภทออมทรัพย์

เลขที่บัญชี 450-2-05411-8

โปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสารหมายเลข 0-2312-6419 หรือที่ E-Mail : <u>faclaw120hcu@gmail.com</u> หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 18/18 ถนนเทพรัตน (บางนา-ตราด) กม.18 ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 1690