



ความไม่ชัดเจนในความหมาย ทำให้คุณค่าของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม ที่ใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติลดลงหรือไม่

**Whether the usefulness of the fair and equitable
treatment standard for investors is undermined
by uncertainty about its meaning**

ธนัชพร กังสัช*

บทคัดย่อ

หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเป็นหลักมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักที่ใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่าส่วนใหญ่หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมจะถูกกำหนดอยู่ในข้อตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุน แต่ไม่ได้มีการให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้แต่อย่างใด ทำให้มีการให้ความหมายหรือตีความหลักดังกล่าวในความหมายที่แตกต่างกัน ผลจากการที่ความหมายของหลักดังกล่าวยังไม่มี การให้คำนิยามที่แน่ชัดอาจมองได้ 2 มุมมอง กล่าวคือ มุมมองแรก คือ การที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างชัดเจน อาจส่งผลเสียทำให้การนำหลักดังกล่าวมาใช้เพื่อคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติจากการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพ ส่วนมุมมองที่สอง คือ การที่ไม่ได้มีการให้คำนิยามของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไว้อย่างชัดเจน จะส่งผลดีทำให้เป็นการเปิดช่องให้สามารถตีความหรือนิยามความหมายของหลักดังกล่าวให้สอดคล้องกับแต่ละสถานการณ์ของการลงทุนหรือการทำความตกลงที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น ในบทความนี้จะวิเคราะห์ว่าความคลุมเครือหรือความไม่ชัดเจนในความหมายของคำว่าหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมทำให้คุณค่าของหลักดังกล่าวลดลงหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความไม่แน่นอนในความหมายของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมไม่ได้ทำให้คุณค่าของหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมลดลงเนื่องจากเหตุผลหลายประการ

*ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช



กล่าวคือ ศาลสามารถตีความหลักดังกล่าวโดยนำหลักต่าง ๆ เช่น หลักสุจริต หลักความคาดหวังที่เป็นธรรม หลักความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย มาปรับใช้ให้สอดคล้องกับสถานการณ์หรือเงื่อนไขของแต่ละกรณีเพื่อให้นักลงทุนได้รับความยุติธรรมที่เหมาะสมมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ในกรณีที่นักลงทุนได้รับการคุ้มครองที่ต่ำกว่ามาตรฐานหรือไม่ได้รับการคุ้มครอง การที่ยังไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของหลักดังกล่าว ส่งผลทำให้ศาลสามารถตีความหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมเพื่อมาอุดช่องว่างที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นกับนักลงทุนต่างชาติได้

คำสำคัญ : นักลงทุนต่างชาติ หลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม การตีความ

Abstract

Fair and equitable treatment standards are recognized as the principles used to protect foreign investors from unfair practices. However, although fair and equitable practices are often dened in terms of investments, it does not provide meanings or denitions of fair and equitable practices resulting in different and ambiguous meanings of such principles. Unclearness of such principles may be viewed in two perspectives. The rst view is that there is a lack of efciency when such principles are applied. The second point of view is that there is room for interpretation or giving meanings to such principles in accordance with each situation of investment or different agreements. Thus, in this article, we will analyze whether ambiguous meanings of fair and equitable practices reduce their value. The author nds that uncertain meanings of fair and equitable practices do not reduce their value due to many reasons. Firstly, tribunals can interpret fair and equitable treatment standards using various factors such as good faith and legitimate expectation, compliance with contractual obligation and due process to adjust fair and equitable treatment standards in accordance with the different facts of each case; therefore, foreign investors receive justice in proper protection. Secondly, uncertainty of fair and equitable treatment standard's meaning lls gaps when foreign investors receive low levels of protection or do not receive protection from other standards. Lastly, tribunals can continually comprise new elements to provide more advantages derived from fair and equitable treatment standards to investors.

Keyword : foreign investor, fair and equitable treatment standard, interpretation



1. Introduction

Almost all investment agreements or treaties include promises by the contracting parties to provide fair and equitable treatment standard (FET) to investors of the other contracting parties.¹ Violation of FET standard by host countries is the commonest allegation made by foreign investors, whose claims are usually successful in such cases.² FET is, thus, an important element for foreign investors to claim protection from host states. Although FET has become an indispensable element of investor protection, it is a standard that varies from case to case; as its terms are difficult to define, it can be open to different interpretations.³ The precise meaning of FET is therefore still uncertain.⁴ Some scholars argue that FET's lack of fixed meaning may make it inefficient to protect investors⁵ whilst others believe that this lack of fixed meaning is a

strength for FET to protect investors.⁶ Some scholars even suggest that FET's flexibility, rather than detracting from its usefulness, is actually a vital element and not a shortcoming⁷ because FET is open to interpretation and thus capable of extending to include new elements in each case to appropriately protect investors.⁸ The main purpose of the present essay is to analyze that whether the usefulness of the fair and equitable treatment standard for investors is undermined by uncertainty about its meaning. This essay is divided into four sections. The first section gives an overview of FET and its usefulness for investors. The second section outlines and analyses uncertainty about the meaning of FET. The third section argues that the usefulness of the FET standard for investors is not undermined by uncertainty about its meaning. The last section contains conclusions and suggestions.

¹ Jeswald W Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2010) 218.

² Surya P Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Oxford: Hart Publishing, 2008) 63.

³ I Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 15.

⁴ Ibid, 155.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ C Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice" (2005) 6:3 *The Journal of World Investment & Trade* 357, 365.

⁸ K Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments" in A Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 100, 111.



2. Fair and Equitable Treatment Standard (FET) and its usefulness for investors

The broad aim of a fair and equitable treatment standard (FET) clause is to provide a fundamental and general standard of protection for investors investing in a host state in order to promote and stimulate investment.⁹

FET is clearly useful for investors and may even constitute investors' most powerful right¹⁰ for many reasons. Firstly, FET is the standard that host states must provide for investors in order to ensure that foreign investors and their investments are fairly and equally treated by host countries.¹¹ Therefore, FET is useful for investors because it makes sure that investors are protected under FET standard when investing in any host country. For example, in the *Eureko* case,¹² consent to foreign investors' contracts was withdrawn from the host countries, but under the FET

standard, the court ruled that foreign investors' contracts were not withdrawn, on the grounds that the host country was violating the FET standard.

Secondly, since FET is a standard protecting investors independent of the host country's domestic law or treatment of host states, foreign investors can be sure that they are always protected and will receive justice from the host country irrespective of any changes in the host country's domestic law.¹³ Finally, in Bilateral Investment Treaties (BITs), FET standard fill the gaps in cases where investors are insufficiently protected or do not receive protection from other standards such as Most-Favoured National (MFN) or National Treatment (NT).¹⁴ This will be elaborated in the fourth section.

3. Uncertainty of Fair and Equitable Treatment Standard

Although FET provides benefits to investors as mentioned in Section 2, there is a debate

⁹ R Doak Bishop and others, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (London: Kluwer Law International, 2005) 1013.

¹⁰ A Newcombe and L Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment* (Netherlands: Wolters Kluwer, 2011) 296.

¹¹ Jeswald W Salacuse, "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries" (1990) 24:1 *International Law* 655, 667.

¹² *Eureko v Poland*, Partial Award, 19 August 2005, 12 ICSID Report 335.

¹³ R Doak Bishop and others, above n9, 1013.

¹⁴ R Dolzer and C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press) 122.

among scholars concerning the vagueness of meaning of FET.¹⁵ In this section uncertainty of FET's meaning will be analyzed.

3.1. Approach to defining Fair and Equitable Treatment Standard (FET)'s meaning in relation to customary international law

It could be seen that there are a number of approaches to defining and interpreting FET resulting in a lack of precise meaning of FET.¹⁶

The first approach is to interpret FET as part of a minimum standard in customary international law.¹⁷ The clearest and most explicit interpretation of the FET standard as a international minimum standard (IMS) is found in the context of North American Free Trade

Agreement (NAFTA).¹⁸ In the context of NAFTA, it is explicitly determined in Article 1105(1) that FET is a subheading of 'minimum standard of treatment'.¹⁹ Moreover, NAFTA Free Trade Agreement (FTA) also provides an official interpretation of FET stating that 'Article 1105(1) reflects customary international law and does not provide more cover than is provided by customary international law'.²⁰ The FTC interpretation has been applied in many cases such as the *Occidental*²¹ and *AAPL*²² cases. However, in this approach, FET's definition has not been exactly defined.²³

Moreover, considering the level of FET interpretation of tribunals in each state within this approach, the interpretation standards of those tribunals are various.²⁴

¹⁵ A Wythes, "Investor-State Arbitrations: Can the "Fair and Equitable Treatment" Clause Consider International Human Rights Obligations?" (2010) 23:1 *Leiden Journal of International Law* 241, 245.

¹⁶ I Tudor, above n3, 15.

¹⁷ A Newcombe and L Paradell, *Law and Practice of Investment treaties: Standard of Treatment* (Netherlands: Kluwer Law International, 2009) 264.

¹⁸ R Dolzer and C Schreuer, above n4, 125.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ *Occidental Exploration and Production Co v Ecuador*, LCIA Case No UN3467 (Award) (1 July 2004).

²² *Asain Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (1990) International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case no. ARB/87/3 Award) (13 June 2000).

²³ Tai-Heng Cheng, *Is Fair and Equitable Treatment Standard Fair and Equitable?* (15 April 2019) Heinonline <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259941>

²⁴ R Dolzer and C Schreuer, above n4, 128-129.

Tribunals in some states still use the *Neer* case²⁵ to underline requirements and set a high standard for the violation of the FET.²⁶ In contrast, the tribunal in the *ELSI*²⁷ and *ADF*²⁸ cases set less rigorous standards for violation of FET than the *Neers* case, to align them with evolving customary international law.²⁹

Thus, it seems that within the same approach, interpretation of FET's meaning as part of a minimum standard in customary international law in each tribunal is uncertain, further confirming the uncertain meaning in FET.

The second approach is quite different from the first. Here, FET is interpreted as part of international law including all sources.³⁰ In other words, the interpretation of FET should not be limited to IMS, as contained in

international customary law, but should include a full range of international sources such as contemporary treaties, general principles and other conventional obligations.³¹ The interpretation of FET according to this approach can be seen in *S.D. Mayers* case.³² In this case, tribunals find that FET should be interpreted together with other standards in international law such as good faith.³³

Finally, apart from interpreting FET's meaning in accordance with the above approach, UNCTAD and Vasciannie expressed a totally different idea about the interpretation of FET: they argued that FET should be interpreted as an independent self-contained treaty standard (autonomous standard).³⁴ Several other commentators have suggested that FET's scope of interpretation should not be limited to IMS but should go beyond IMS

²⁵ *Neer v Mexico*, Opinion, US-Mexico General Claims Commission, 15 October 1926, 21 AJIL (1927) 555.

²⁶ I Tudor, above n3, 142.

²⁷ *Electronic Sicula Spa (ELSI) (United States of America v Italy)*, ICJ Reports 1989, 15.

²⁸ *ADF Group Inc. v USA*, Award, 9 January 2003, 18 ICSID Review-FILJ (2003) 195, 6 ICSID Reports 470.

²⁹ R Dolzer and C Schreuer, above n4, 128-129.

³⁰ I A Laird, Betrayal, "Shock and Outrage-Recent Developments in NAFTA Article 1105" (2003) 3:1 *Asper Review of International Trade & Business Law* 185, 214.

³¹ F Marshall "Issues in International Investment Law: Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements" (Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, Singapore, October 2007) 6-7.

³² *S.D. Mayers, Inc. v Canada*, (November 13, 2000), Partial Award. International Legal Materials 408.

³³ F Marshall, above n31, 22.

³⁴ A Wythes, "Investor-State Arbitrations: Can the 'Fair and Equitable Treatment' Clause Consider International Human Rights Obligations?" (2010) 23:1 *Leiden Journal of International Law* 241, 247.

because this will widen the scope of protection for investors.³⁵ The use of this approach is evident in the *PSEG*³⁶ and *Azurix* cases.³⁷ The tribunal in *Azurix* case held that FET should be interpreted by regarding its ordinary meaning.³⁸

From the above analysis, it can be concluded that various approaches to dening the meaning of FET can cause the uncertainty of FET's meaning. Moreover, considering interpreting levels of FET, there is different level of interpretation and consequently inconsistent meaning of FET.

3.2. The formulation of Fair and Equitable Treatment Standard (FET)

There are diverse ways of formulating FET in investment treaties, some of which do

not explicitly mention FET at all, whilst others mention it in a prominent position at the beginning of the treatment clauses,³⁹ combining FET with other standards of treatment⁴⁰ and including more elements in FET to make it more explicit and comprehensive.⁴¹

However, some treaties such as Cambodia-Cuba BIT formulate FET without reference to international law or further criteria.⁴² This kind of formulation may leave room for a high level of vagueness with respect to the interpretation of FET.⁴³ Moreover, since there are different kinds of FET formulations, a proper interpretation of FET depends on the particular wording of the specic treaty, the purpose of the treaty and its context including the genuine intentions of the

³⁵ FA Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments" (1981) 52:1 *British Year Book of International Law* 241, 244 .

³⁶ *PSEG Global Inc. v Republic of Turkey* (19 January 2007), ICSID Case No. ARB/02/4.

³⁷ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (2006) International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility), Case no. ARB/01/12

³⁸ Ibid.

³⁹ R Doak Bishop and others, above n9, 1013.

⁴⁰ Jeswald W Salacuse, above n1, 220.

⁴¹ I Tudor, above n3, 123.

⁴² Cambodia-Cuba BIT (2001) states: 'Investments of investors of either Contracting Parties shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy adequate protection and security in the territory of the other Contracting Party'. From: M Malik, 'Foreign Investment for Sustainable Development Program: Fair and Equitable Treatment (Best Practice Bulletin 3, Canada, September 2009) 4.

⁴³ M Malik, "Foreign Investment for Sustainable Development Program: Fair and Equitable Treatment" (Best Practice Bulletin 3, Canada, September 2009) 4.

⁴⁴ K Yannaca-Small, above n8, 129.



contracting parties.⁴⁴ This criterion may impact on the meaning of FET⁴⁵ leading to diverse interpretations of FET and uncertainty over its meaning. Thus, it seems that different formulations of FET lead to different interpretations of FET.⁴⁶

3.3. Interpretation of Fair and Equitable Treatment Standard (FET) in relation to other treaty standards_

In addition to different ways of formulating FET, some tribunals interpret FET equate with other treaty standards such as the full protection and security standard.⁴⁷ This can be seen in the *Occidental* case.⁴⁸ However, some tribunals such as the *Azurix*⁴⁹ do not agree with interpretation of the tribunal in the *Occidental* case. Thus, interpretation of FET's denition is still arguable and uncertain.

Overall, as shown in Section 3.1 - 3.3, there are many approaches to defining the meaning of FET and even in the same approach there are different levels of FET interpretation. Tribunals employ high standards

of FET interpretation in some cases whilst in others they utilize lower standards of FET interpretation. In each approach, the denition of FET remains imprecise. All these factors contribute to different and uncertain meanings of FET. Moreover, different formulations of FET may give rise to different interpretations of its meaning. Furthermore, in terms of interpretation of FET in relation to other treaty standards, some tribunals agree and others do not with equalizing FET with the full protection and security standard. Additionally, since the role of FET changes from case to case, its meaning sometimes not as certain as would be desirable.⁵⁰ Thus, it can be concluded that there is no precise interpretation of FET's meaning.

4. The argument that the usefulness of the Fair and Equitable Treatment Standard (FET) for investors is not undermined by uncertainty about its meaning.

⁴⁵ I Tudor, above n3, 113.

⁴⁶ M Malik, above n43, 8.

⁴⁷ R Dolzer and C Schreuer, above n4, 149.

⁴⁸ *Occidental Exploration and Production Co v Ecuador*, LCIA Case No UN3467 (Award) (1July 2004).

⁴⁹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (2006) International Centre for Settlement of Investment Disputes (Additional Facility), Case no. ARB/01/12.

⁵⁰ K Yannaca-Small, above n8, 129.

Although some scholars deplore the uncertain of FET's meaning,⁵¹ other scholars and commentators find that this lack of certainty may be a merit rather than a shortcoming.⁵² Moreover, it seems that uncertainty of FET's meaning does not impair the usefulness of FET for investors. The arguments for this are outlined below.

Argument 1

Although FET's meaning is uncertain, this uncertainty, in practice, does not impair or cancel the benefits that investors receive from the FET standard because tribunals define FET's meaning. Moreover, the uncertain meaning of FET may provide an opportunity for tribunal in order to interpret FET's meaning to cover a wide variety of the host states' conducts which may cause damage to investors.⁵³

Furthermore, due to FET's uncertainty and exibility as demonstrated by courts, FET can be interpreted or adapted to make it

congruent with the particular facts of each case and continually expanded to include new elements so that investors receive more benefits from FET standard.⁵⁴ There are many basic elements courts employ, as can be seen from the following analysis.

Legitimate expectation is one element that courts use to interpret FET in specific cases. The principle of legitimate expectation helps to rene the unclear concept of FET.⁵⁵ This is evident *Tecmed* cases.⁵⁶ In the *Tecmed* case, a dispute arose because of interference with an investor's contract by the regulatory authority of the Mexican government, who replaced the unlimited license of the investor with a limited license.⁵⁷ In this case, the court applied the provision from Mexico-Spain BIT guaranteeing the FET standard and judged that the replacement of the license by the host country contravening legitimate expectation was a violation of FET standards.⁵⁸ Thus, it can be seen from this case that although the contract states that the host states must provide

⁵¹ I Tudor, above n3, 236.

⁵² R Dolzer and C Schreuer, above n4, 148.

⁵³ Surya P Subedi, above n2, 173.

⁵⁴ K Yannaca-Small, above n8, 111.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (Award) (29 May 2003).

⁵⁷ *CME v Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, 9 ICSID Reports 121.

⁵⁸ Ibid.



FET for investors, there is no specific meaning of FET, court can use legitimate expectation as an element of FET and the court decides when a violation of legitimate expectation is also a violation of FET. Therefore, investors still receive benefits from FET.

Furthermore, transparency is also factors used by courts. In the *Metalclad* case,⁵⁹ the municipality declined to grant a construction permit without transparency and the tribunal judged that the municipality had violated FET standard. This case tribunal raises stability and transparency by considering with other factors such as preamble of treaty or prominence of the statement of FET principle.⁶⁰ This shows that FET's meaning is inconstant giving the opportunity to court to take various factors into account to give protection to investors in the most proper way. Apart from the factors mentioned above, an arbitral tribunal considers good faith an inherent element in FET.⁶¹ This is evident in the *Tecmed* case, in which the tribunal interpreted FET in the BIT provision as 'an

expression and part of the bona fide recognized in international law'⁶². Moreover, in the *Waste Management* case⁶³, the tribunal ruled that acting in good faith was a fundamental obligation of the host state under FET standard as included in Article 1105 of NAFTA. From these two cases, it can be seen that although FET's meaning is not clearly defined in the concept of interpreting FET as part of IMS or as part of international law⁶⁴, the lack of precision of FET does not make it less useful for investors because a court can use its discretion to consider such factors as good faith to give proper protection to investors.

In some cases, an arbitral tribunal finds that FET standard could be applied in specific situations such as coercion and harassment applied directly to investors. In the *Pope* case, the government regulatory authority started a 'verification review' against investors that was aggressive and the court held that their action violated FET.⁶⁵ Thus, in this case, FET's unclear definition benefited investors

⁵⁹ *Metalclad Corp. v Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209.

⁶⁰ R Dolzer and C Schreuer, above n14, 135.

⁶¹ Ibid 145.

⁶² *TECMED v Mexico*, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133.

⁶³ *Waste Management v Mexico*, Final Award, 30 April 2004, 43 ILM (2004) 967.

⁶⁴ Tai-Heng Cheng, above n23, 3.

⁶⁵ *Pope & Talbot v Canada*, Award on Damage, 31 May 2002, 41 ILM (2002) 1347, at paras 67-69.

because the tribunal can apply FET standard to protect investors in a specific situation such as in the case of coercion and harassment, which might cause trouble to investors. Finally, some tribunals consider compliance with contractual obligation and due process an element of FET standard. This can be evident from *SGS* case.⁶⁶

Thus, it can be concluded that, although there is no specific definition of FET and there is no telling which basic element is included in FET, this uncertainty does not obscure or destroy FET's usefulness for investors because tribunal can interpret FET using several elements to give just and proper protection to investors. Moreover, the uncertainty provides flexibility for a court to interpret or adapt FET in accordance with the particular facts of each case so that investors receive justice and protection under FET standard.⁶⁷ In addition, the elasticity of FET's definition enables courts to continually include new elements in order to give more benefits of FET standard to investors.⁶⁸

Argument2

Although some scholars find that FET is inadequate because of its uncertain meaning, this shortcoming does not decrease the usefulness of FET for investors, but, on the other hand, it helps fill the gaps in cases where investors do not receive protection from other treaty provisions⁶⁹, as can be seen from the following two cases.

The first case is indirect expropriation. Uncertainty of FET's meaning can be applied as an alternative and flexible way to give protection or provide remedy for investors in cases where the test for indirect expropriation has a high threshold making it hard for investors to obtain.⁷⁰ An example can be seen in the *Sempra* case,⁷¹ in which the tribunal stated that the testing for indirect expropriation was difficult to implement, resulting in investors' property being expropriated. FET standard can make sure that where the justification is not clear for making a ruling on expropriation, a tribunal can interpret FET's meaning in the way that serves the aims of

⁶⁶ *SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Reports 518.

⁶⁷ *Waste Management Inc v United Mexican States* ICSID, ARB (AF)/00/3, Award rendered on 30 April 2004 (Crawford, Civiletti, Gomez) 99.

⁶⁸ K Yannaca-Small, above n8, 111.

⁶⁹ R Dolzer and C Schreuer, above n14, 122.

⁷⁰ K Yannaca-Small, above n8, 111.

⁷¹ *Sempra Energy v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, 28 September 2007, paras 300, 301.



justice or redresses unlawful damage for investors.⁷² Thus, in this case it seems that FET's inconstant meaning does not undermine its benefits for investors. On the contrary, FET's exibility allows a tribunal to ll the gap in cases where investors fail to obtain testing for indirect expropriation so that investors are compensated or do not have to face expropriation.

The second case is the BITs practice. Uncertainty of FET's meaning fills gaps in cases where investors receive little or no protection from other standards such as MFN and NT.⁷³ Although FET's meaning can be dened in different ways, one of them which dene FET as a part of international law gives tribunals the opportunity to underline the independence of FET standard from the NT and MFN⁷⁴ and then interpret FET in favor of investors irrespective of whether they have sufficient protection from NT or MFN. For example, although a state promises protection under NT and MFN to investors, in some cases, the level of protection is inadequate

because nationals or investors from the most favoured nation also receive insufficient protection.⁷⁵ This means investors also receive low levels of protection under NT or MFN standard.⁷⁶ At this point, due to the exibility of FET's meaning, when problems arise between investors and the state, the tribunal may interpret FET in such a way that investors receive sufficient protection even if foreign investors obtain the same treatment as the host state's investors or most favoured nation's investors, which is insufcient treatment.⁷⁷

Moreover, in the event that investors cannot receive benets from an MFN clause because it is not stated in the treaty or investors cannot prove that investors of other nationalities have obtained better treatment, tribunal arbitration may, instead, interpret FET standard in favour of investors.⁷⁸ Thus, it seems that FET's benets are not undermined by its uncertainty. Conversely, FET's uncertain meaning gives flexibility to tribunals to interpret FET standard in favour of investors when they receive no or low levels of

⁷² M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) 460-63.

⁷³ R Dolzer and C Schreuer, above n14, 122-123.

⁷⁴ K Yannaca-Small, above n8, 123.

⁷⁵ Jeswald W Salacuse, above n1, 221.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid, 367.

⁷⁸ Ibid.

protection from other standards such as NT or MFN.

5. Conclusion and suggestions

Even though FET provides benefits to investors, some scholars deplore FET's meaning uncertain which results from several approaches and several ways of FET's formulation. Nevertheless, this uncertainty does not obscure or destroy the usefulness of FET for investors, since tribunals can interpret FET using several elements such as good faith, legitimate expectation, coercion and harassment, compliance with contractual obligation and due process to adapt FET in accordance with the particular facts of each case, so that investors receive justice and proper protection. Moreover, thanks to the

elasticity of FET's definition, tribunals can continually include new elements to give more benefits derived from FET standard to investors. Furthermore, uncertainty of FET's meaning fills gaps when investors receive low levels of protection or do not receive protection from other standards such as MFN, NT or expropriation. Therefore, the author suggests that although FET's meaning is still vague, such standard is useful for investors in many ways such as providing protection to investors and preventing foreign investors against lack of protection or justice as a result of changes in the host country's domestic law. Moreover, FET fills gaps when investors receive low levels of protection or do not receive protection from other standards such as MFN or NT.





Bibliography

- Bishop Doak R and others, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (London: Kluwer Law International, 2005).
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008).
- Laird I A, Betrayal, “Shock and Outrage-Recent Developments in Nafta Article 1105” (2003) 3:1 *Asper Review International Trade & Business Law*.
- Mann FA, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments” (1981) 52:1 *British Year Book of International Law*.
- Newcombe A and Paradell L, *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment* (Netherlands: Wolters Kluwer, 2009).
- Salacuse W Jeswald, “BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries” (1990) 24:1 *International Law*.
- Salacuse W Jeswald, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2010).
- Schreuer C, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice” (2005) 6:3 *The Journal of World Investment & Trade*.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).
- Subedi P Surya, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Oxford: Hart Publishing, 2008).
- Tai-Heng Cheng, *Is Fair and Equitable Treatment Standard Fair and Equitable?* (15 April 2019) Heinonline <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1259941>.
- Tudor I, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

Tudor I, “The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment” (2009) 20:1 *European Journal of International Law*.

Wythes A, “Investor-State Arbitrations: Can the “Fair and Equitable Treatment” Clause Consider International Human Rights Obligations?” (2010) 23:1 *Leiden Journal of International Law*.

Yannaca-Small K, ‘Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments’ in Reinisch A (ed), *Standards of Investment Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2008).





ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภค เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา Legal Problem of providing trademark protection in the form of gesture as advertising gimmick

หทัยชนก สุกใส*

วริยา ล้าเลิศ**

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์หัวข้อ “ปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (advertising gimmick)” มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยศึกษาหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) เปรียบเทียบระหว่างการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ อนุสัญญากรุงปารีส และตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะที่ได้จากการเปรียบเทียบหลักในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ระหว่างกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย กฎหมายเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ และกฎหมายเครื่องหมายการค้าภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ จากการศึกษาพบว่า หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีหลักที่สำคัญอยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรกต้องมีลักษณะเป็นเครื่องหมาย ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยมีการจำกัดความของสิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายส่งผลให้

*นักศึกษาลัทธิเศรษฐศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประจักษ์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

สิ่งอื่นใดนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่สามารถเป็นเครื่องหมายได้ ซึ่งแตกต่างจากการให้คำนิยามคำว่าเครื่องหมายของต่างประเทศที่ไม่มีการจำกัดความ โดยต่างให้ความสำคัญในหลักเกณฑ์ประการที่สองนั่นคือ การมีลักษณะบ่งเฉพาะที่จะทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายออกจากกันได้เพื่อให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้ได้กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้จากข้อค้นพบดังกล่าวการวางหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าทั้งตามความตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศต่างไม่มีการจำกัดความของเครื่องหมาย ทำให้สิ่งอื่นใดที่แม้ไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่หากมีลักษณะบ่งเฉพาะก็สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ผู้วิจัยจึงได้มีการเสนอแนะแนวทางว่า ประเทศไทยควรมีการแก้ไขคำนิยามของเครื่องหมายในมาตรา 4 และหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ เพื่อเปิดโอกาสให้สิ่งอื่นใดสามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าได้

คำสำคัญ : การแสดงท่าทาง การโฆษณา กิมมิก เครื่องหมายการค้า ลักษณะบ่งเฉพาะ

Abstract

This abstract is a part of thesis “Legal Problem of providing trademark protection in the form of gesture as advertising gimmick” This purpose of this thesis is to study the ideas and theories on the protection of trademarks, specically by studying the legal frameworks for the protection of trademarks in the context of advertising gimmick. This includes the literature review of various legal frameworks on trademarks protection under both international legal mechanisms, such as TRIPS Agreement and Paris Convention, domestic legal frameworks, such as trademarks laws from countries such as the United States, the United Kingdom, and Australia. The Thesis seeks to provide possible solutions and recommendations from the lessons learned from the comparisons of different legal doctrines and perspectives on the topic of advertising gimmick. This approach will focus the comparison between international legal mechanisms, domestic legal frameworks from various countries, and Thai legal perspectives.

The study found that the standard for trademarks protection in Thailand focuses on two points in particular. Firstly, Thai legal doctrine requires the trademark to be a ‘mark’; Thai law specically limits the scope of denition of the applicable ‘mark’, resulting in very narrowed denition which the law recognizes, while other ‘marks’ that do not t the denition provided will not receive recognition. This is different from other nations’ doctrines which do not have

such a specific denition; instead they focus on other major principles and matters. Secondly, specificity will allow the consumers to identify products or services from various providers. This is for the protection of trademarks to applicable in as many areas as possible.

From the findings, the principles on the protection of trademarks founded within both international legal mechanisms and other jurisdictions' jurisprudence that the limiting measure on the scope of terminology and denition was never implemented This resulted in the protection of rights of some 'marks' with significance dening factors. The Author has the opinion that Thailand should amend the denition under Article 4 and the rules on proof of dening factors, so that other 'marks' that are qualied may receive protection and status as trademarks.

Keyword : gesture, advertising, gimmick, trademark, distinctiveness

บทนำ

ปัจจุบันเศรษฐกิจมีแนวโน้มที่จะขยายตัวเพิ่มขึ้น ส่งผลให้มีการแข่งขันทางการตลาดมากขึ้นตามไปด้วย ผู้ประกอบการไม่ว่ารายเล็กรายใหญ่ต่างสร้างสรรค์กลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อให้สินค้าหรือบริการของตนเป็นที่รู้จักของผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสินค้าหรือบริการให้มีความทันสมัยและแปลกใหม่ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิในผลงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ หรือที่เรียกว่าทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ต่างๆ หรือผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าหรือบริการ ย่อมต้องการมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนเป็นผู้สร้างสรรค์ หรือเป็นผู้คิดค้นแต่เพียงผู้เดียว หากมีบุคคลใดมาลอกเลียนหรือละเมิดความคิดในทรัพย์สินทางปัญญาที่ตนใช้ความ

วิริยะอุตสาหะสร้างสรรค์ขึ้นมาย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้น ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาต้องมีขอบเขตที่กว้างขวางตามเจตนารมณ์ของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ไม่ให้ผู้ใดที่ไม่ใช่เจ้าของมาละเมิดความคิดสร้างสรรค์ของผู้อื่นโดยไม่ได้ออกแรงหรือใช้ความคิดใดๆ เลย อันเป็นการเอาเปรียบเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้น

เครื่องหมายการค้าถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการสามารถแสดงความเป็นเจ้าของในสินค้าของตนให้บุคคลอื่นทราบได้โดยการสร้างสรรค์สัญลักษณ์ของผู้ประกอบการที่เรียกว่าเครื่องหมายการค้าขึ้นมาเพื่อใช้ดึงดูดความสนใจของผู้บริโภคและเครื่องหมายนั้นต้องมีลักษณะเฉพาะ อันได้แก่รูปภาพ ตัวอักษร ตัวเลข กลุ่มสี เป็นต้น ซึ่ง

สัญลักษณ์ที่ถูกสร้างขึ้นมานั้นมีหน้าที่เพื่อใช้แยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่ง โดยไม่ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและหลงผิดในตัวสินค้า และสามารถเลือกซื้อสินค้าได้ตรงกับความต้องการของผู้บริโภค เดิมการที่ผู้บริโภคจะสามารถพบเห็นเครื่องหมายการค้าได้จากเครื่องหมายการค้าที่ติดอยู่บนสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าเท่านั้น ทำให้เครื่องหมายการค้าเหล่านั้นไม่เป็นจุดสนใจแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบการจึงคิดหาวิธีในการทำให้เครื่องหมายการค้าของตนเป็นที่สนใจ โดยวิธีที่จะทำให้ผู้บริโภคจดจำได้ง่ายที่สุดคือใช้การโฆษณาเข้ามาเป็นสื่อกลางระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคเพื่อเชื่อมโยงไปยังตัวสินค้า โดยเริ่มแรกเราจะเห็นการโฆษณาในรูปแบบของป้ายโฆษณาสินค้า และต่อมาได้มีการพัฒนาการโฆษณาในรูปแบบของภาพเคลื่อนไหวถ่ายทอดผ่านสื่อมัลติมีเดียต่างๆ ด้วยประโยชน์ของการโฆษณาทำให้ผู้ใช้โฆษณาเพื่อเสนอขายสินค้าและบริการจำนวนมาก บริษัทโฆษณาจึงพยายามสร้างความแตกต่างและสร้างจุดสนใจให้แก่โฆษณาหรือที่เรียกว่าเป็นการสร้างกิมมิก (Gimmick) ให้แก่โฆษณานั้นเอง โดยรูปแบบของกิมมิกที่นำมาใช้สร้างจุดสนใจนั้นมีหลายรูปแบบ ได้แก่ การใช้คำ หรือกลุ่มสี มาดึงดูดใจผู้บริโภค แต่ในปัจจุบันมีการสร้างกิมมิกในรูปของการแสดงท่าทางโดยให้นักแสดงหรือบุคคลใดเป็นผู้ถ่ายทอดท่าทางเหล่านั้นให้แก่ผู้บริโภค (Presenter) ผ่านการโฆษณาสินค้านั้นๆ ทำให้โฆษณามีความน่าสนใจมากขึ้นตัวอย่างเช่น บริษัทไทยน้ำทิพย์ ผู้ผลิตน้ำอัดลมได้มีการนำ

กิมมิกในรูปของการแสดงท่าทางด้วยการทำมือเป็นตัวอักษรภาษาอังกฤษรูปตัว “C” โดยใช้นิ้วโป้งและนิ้วชี้ทำให้มีรูปโค้งคล้ายกับตัวซี (C) มาใช้ในการโฆษณาควบคู่ไปกับสินค้าเครื่องดื่มโคคา-โคล่า (Coca-Cola) ซึ่งเป็นการสร้างความสนใจให้กับโฆษณาอันจะทำให้ผู้บริโภครู้จักเครื่องดื่มโคคา-โคล่า และรู้จักการทำมือเป็นรูปตัวซี ในลักษณะเช่นเดียวกับการที่ผู้บริโภคเห็นเครื่องหมายการค้า โคคา-โคล่า แล้วสามารถเข้าใจได้ว่าคือสินค้าน้ำอัดลมยี่ห้อโค้กได้ในทันที จึงเกิดเป็นประเด็นที่น่าศึกษาต่อไปว่า การแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าผ่านการโฆษณาสามารถได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ เพราะการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าผ่านการโฆษณาดังกล่าวนั้นสามารถทำให้ผู้บริโภคจดจำได้ว่าท่าทางนั้นสื่อถึงสินค้าภายใต้เครื่องหมายโคคา-โคล่า (Coca-Cola) มิใช่สินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าคาลบี้ (Calbee) อันเกิดลักษณะบังเอิญเฉพาะในการแยกแยะความแตกต่างสินค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิม

ซึ่งในประเทศไทยการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 นั้น กำหนดคำนิยามของสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าว่าต้องเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 4 เท่านั้น หลักเกณฑ์ประการหนึ่งคือ

การมีลักษณะเป็นเครื่องหมายซึ่งมาตรา 4 ได้ให้คำนิยามว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า “ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” อันเป็นการจำกัดขอบเขตในการให้คำนิยามของเครื่องหมายว่าสิ่งใดที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของเครื่องหมายในมาตรา 4 ย่อมไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ หากเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศออสเตรเลีย ต่างกำหนดขอบเขตคำนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง เพื่อเปิดโอกาสให้มีการตีความขอบเขตของคำนิยามและไม่ได้จำกัดความหมายของ “เครื่องหมาย” ไว้ว่าหมายถึงสิ่งใดโดยเฉพาะ แต่กลับใช้คำว่า “เครื่องหมาย หมายความว่ารวมถึง (Including) หรือเครื่องหมาย อาจประกอบด้วย (may, in particular, consist of) . . .” ซึ่งถือว่าสิ่งที่กำหนดไว้ในคำนิยามเหล่านั้นเป็นเพียงตัวอย่างของสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ทำให้สิ่งอื่นๆ ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าของผู้ประกอบการแต่ละรายออกจากกันได้ อาจได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าได้เช่นกัน

จากการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศข้างต้นทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำเสียงของสิงโตคำรามในช่วงที่เป็นไตเติ้ลของภาพยนตร์มาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าใน

รูปแบบของเสียงได้ เพราะเสียงดังกล่าวทำให้ประชาชนจดจำและเข้าใจได้ว่าเป็นเสียงที่เป็นลักษณะเฉพาะของบริษัทภาพยนตร์ Goldwyn Mayer Lion Corporation หรือการแสดงท่าทางของนักฟุตบอลชื่อแกเร็ธเบล (Gareth Bale) ทีมรีล มาดริด ในประเทศอังกฤษ สามารถนำทำดีใจจากการยิงประตูด้วยการทำมือเป็นสัญลักษณ์รูปหัวใจมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าประเภทเสื้อผ้า และรองเท้า หรือแม้กระทั่งในประเทศออสเตรเลียได้นำกลิ่นมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากับสินค้าประเภทบุหรืได้เช่นกัน

ดังนั้น การศึกษาความเป็นไปได้ในการให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) จึงถือเป็นประเด็นที่น่าสนใจในการศึกษาให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของไทยที่นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพราะในปัจจุบันสิ่งที่สามารถบ่งชี้หรือแยกแยะความแตกต่างของสินค้าไม่ได้มีเพียงแต่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีสิ่งอื่นๆ ที่สามารถทำหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิม ๆ ซึ่งจะเป็นผลดีต่อประเทศไทยหรือไม่หากมีการยอมรับหลักการในการกำหนดขอบเขตคำนิยามให้สามารถตีความได้อย่างกว้างขวางเหมือนกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ อันเป็นการวางรากฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปแบบใหม่ๆ และง่ายต่อการจดจำของผู้บริโภคที่จะเกิดขึ้นมาในอนาคต

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วัตถุประสงค์ของการวิจัยในเรื่องปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) มีวัตถุประสงค์ในการวิจัย ดังนี้

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเหตุผลในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาต่างๆ รวมทั้งผลดีและผลเสียในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ

4. เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขถึงปัญหาต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 มาตรา 4 แต่พบว่าการกำหนดคำนิยามของคำว่าเครื่องหมายดังกล่าวไม่รวมการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าด้วยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ทำให้เกิดปัญหาในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปแบบใหม่ที่ได้รับการพัฒนา จึงสมควรให้มีการแก้ไขคำนิยามของเครื่องหมายการค้าและหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าด้วยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากตัวบทจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงลักษณะท่าทาง หนังสือต่างๆ บทความ รายงานการวิจัย และกรณีปัญหาจากต่างประเทศ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์วิจัยให้ได้มาซึ่งข้อสรุปและแนวทางในการแก้ปัญหา

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

ในส่วน of ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการจากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องปัญหาการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ผู้วิจัยคาดว่าจะได้รับประโยชน์หลายประการ ดังนี้

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและเหตุผลในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

2. ทำให้ทราบถึงกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

3. ทำให้เข้าใจถึงการวิเคราะห์ถึงปัญหาต่าง ๆ รวมทั้งผลดีและผลเสียในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขถึงปัญหาต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick)

วิธีดำเนินงานวิจัย

ใช้วิธีการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 อีกทั้งกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) และอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน เช่น กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (Lanham Act 1946) กฎหมายของประเทศไทย (Trademarks Act 1994) และกฎหมายประเทศออสเตรเลีย (Trademarks Act 1995) แล้วนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในรูปของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในตัวสินค้าโดยการโฆษณา (Advertising Gimmick) ซึ่งถือเป็นสิ่งที่นอกเหนือจากที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยบัญญัติไว้

ผลการวิจัย

กลยุทธ์ทางการตลาดของผู้ผลิตที่ทำให้สินค้าเป็นจุดสนใจของผู้บริโภค หรือทำให้ผู้บริโภคถึงสินค้าของตนเป็นอันดับแรก นอกจากการที่ผู้ผลิตจะออกแบบเครื่องหมายการค้าให้มีลักษณะที่แปลกใหม่ และสะดุดตาผู้บริโภคแล้ว วิธีการใช้สื่อโฆษณาเข้ามาช่วยในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าก็เริ่มเป็นที่นิยม

ในหมู่สินค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายเพื่อรักษาตำแหน่งของแบรนด์ในตลาด ด้วยประโยชน์ของโฆษณาที่สามารถเป็นสื่อกลางในการถ่ายทอดข้อมูลจากผู้ผลิตไปสู่ผู้บริโภค ทั้งยังช่วยกระตุ้นพฤติกรรมในการเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภคได้เป็นอย่างดีซึ่งวิธีที่ผู้ผลิตเลือกมาใช้ในการโฆษณาได้แก่ การใช้เสียงที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น ไอศกรีมยี่ห้อวอลล์ จะใช้เสียงเปิดในรถขายไอศกรีมเพื่อสร้างจุดสนใจในโฆษณาขายสินค้าของตนเพื่อให้ผู้บริโภคนึกถึงสินค้าของตนเมื่อได้ยินเสียงนั้น ซึ่งในปัจจุบันเสียงได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และอีกวิธีหนึ่งซึ่งเห็นได้จากโฆษณาในปัจจุบันมีการนำท่าทางมาใช้ในการโฆษณาสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถจดจำท่าทาง และเข้าใจได้ตรงกันว่าท่าทางที่ผู้ผลิตใช้นั้นสื่อถึงสินค้าอะไร เช่น บริษัท โคคา-โคล่า ใช้การท่าทางเป็นตัวอักษร “C” ที่สื่อถึงสินค้าโค้ก (Coke) หรือบริษัทคาราบาบวตะวันตก ใช้การทำมือเป็นรูปเขาควาง เพื่อสื่อถึงสัญลักษณ์รูปเขาควางที่ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าอยู่บนผลิตภัณฑ์เพื่อสื่อให้ผู้บริโภคที่ได้เห็นท่าทางนึกถึงสินค้ายี่ห้อคาราบาบวตะวันตก เป็นต้น ซึ่งลักษณะการทำท่าทางที่ทำให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณานั้นเมื่อมีการถ่ายทอดผ่านสื่อโฆษณาให้ประชาชนเห็นจนเข้าใจและจดจำได้ว่าท่าทางดังกล่าวว่าสื่อถึงสินค้าประเภทใด จนสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า ทำให้สรุปเป็นประเด็นสำคัญๆ ที่จะนำไปสู่การทบทวนถึงความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าได้

ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์ “บทนิยาม” คำว่าเครื่องหมายในการให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าเปรียบเสมือนเป็นการวางหลักเกณฑ์ว่าเครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะอย่างไร โดยมีความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) เป็นต้นแบบในการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 15 (1) ว่าหมายถึง “สัญลักษณ์ใด ๆ หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ ที่มีลักษณะที่สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะคำ รวมทั้งชื่อของบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ การรวมกันของสีต่าง ๆ ตลอดจนการรวมกันใด ๆ ของสัญลักษณ์เช่นว่านั้น เป็นสิ่งซึ่งมีสิทธิจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ในกรณีที่สัญลักษณ์ไม่มีลักษณะที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง บรรดาสมาชิกอาจให้มีการจดทะเบียนโดยขึ้นกับความสามารถในการบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ บรรดาสมาชิกอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนว่าสัญลักษณ์ต้องเป็นสิ่งที่ซึ่งอาจสัมผัสได้โดยทางจักษุประสาท” จากคำนิยามกำหนดหลักการสำคัญไว้สองประการด้วยกัน คือ คำนิยามและเงื่อนไขของเครื่องหมายการค้าที่อาจได้รับการจดทะเบียน ในส่วนของคำนิยามของเครื่องหมายการค้ากำหนดสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้าง

โดยกำหนดไว้เพียงว่าเครื่องหมายการค้าต้องเป็น สัญลักษณ์หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ใดๆ ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการอื่น อาจเป็นสิ่งที่สามารถมองเห็นจับต้องได้หรือไม่ ไม่ถือเป็นสาระสำคัญ แต่ที่สำคัญคือสิ่งเหล่านั้นต้องสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการอื่นได้ ทำให้ประเทศสมาชิกที่อยู่ภายใต้ความตกลงทริปส์ รวมถึงประเทศไทย สามารถได้รับความคุ้มครองสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างกว้างขวางเพื่อสร้างบรรทัดฐานให้แก่ประเทศสมาชิกในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

สำหรับอนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้กำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้ โดยบัญญัติไว้ในข้อ 3(1) เพียงว่า “ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมจะต้องมีความหมายอย่างกว้าง” และได้กำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 6(1)ว่า “เงื่อนไขในการยื่นคำขอและการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ” ถึงแม้จะให้อิสระประเทศสมาชิกในการออกแบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าบังคับใช้ภายในประเทศของตน แต่เงื่อนไขของแต่ละประเทศจะมีความใกล้เคียงกัน เพราะสมาชิกส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้ความตกลงทริปส์ที่กำหนดบรรทัดฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าไว้ รวมถึงประเทศ แม้ไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสก็ตามแต่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การ

การค้าโลก จึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงปารีสว่าด้วยหลักการป้องกันทรัพย์สินอุตสาหกรรม

สำหรับการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยศึกษาประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย โดยในประเทศอังกฤษนั้นมีการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้ใน Trade Marks Act 1994 มาตรา 1(1) ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายถึง สัญลักษณ์ใดๆ ที่สามารถบ่งชี้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการรายอื่น และสัญลักษณ์นั้นสามารถแสดงให้เห็นเป็นภาพหรือลายลักษณ์อักษรได้ ซึ่งเครื่องหมายการค้าอาจประกอบด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) ลวดลาย ตัวอักษร ตัวเลข รูปทรงสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์” แสดงให้เห็นว่าสิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายการค้า นั้นต้องมีลักษณะเป็นสัญลักษณ์ โดยไม่ได้จำกัดความหมายแต่มีการยกตัวอย่างสัญลักษณ์ว่าอาจประกอบด้วย (...may, in particular, consist of...) คำ ลวดลายตัวอักษร เป็นต้น ซึ่งสิ่งที่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในคำนิยามสามารถเป็นสัญลักษณ์ได้หากสิ่งนั้นสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ เช่น กลิ่นน้ำหอม Channel No.5 ซึ่งผู้ผลิตต้องการกลิ่นที่สื่อถึงผู้หญิง เมื่อฉีดแล้วให้กลิ่นสดชื่นสะอาด อบอวนด้วยดอกไม้ ผสานชีวิตรส และแปรเปลี่ยนเป็นกลิ่นแป้งเมื่อจางลง อันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะเพื่อสร้างความแตกต่างจากน้ำหอมยี่ห้ออื่นๆ ที่มักนิยมนำกลิ่นดอกไม้ เช่น กุหลาบ หรือลิลลี่มาเป็นกลิ่นหลัก

ของน้ำหอม ทำให้กลิ่นน้ำหอมของ Channel No.5 สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ในประเทศอังกฤษ หรือแม้กระทั่งการแสดงท่าทางของนักฟุตบอลแก็งเร้เบิ้ลที่แสดงท่าทางดีใจด้วยการทำมือเป็นรูปหัวใจในทุกๆครั้งที่ทำประตูในเกมฟุตบอลได้ โดยนำรูปมือที่ทำเป็นรูปหัวใจมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าของตน¹ แม้ว่ากลิ่นและการแสดงท่าทางจะไม่ได้บัญญัติไว้ในคำนิยามของสัญลักษณ์ก็ตาม

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่เปิดเผยกว้างเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 45 ของ Lanham Act 1946 ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า ถ้อยคำใดๆ ชื่อ สัญลักษณ์ หรืออุปกรณ์ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกันและใช้โดยบุคคล หรือมีเจตนาที่สุจริตมุ่งประสงค์ที่จะใช้ในทางการค้าและได้ยื่นขอจดทะเบียนในทะเบียนหลักตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อบ่งชี้และแยกแยะความแตกต่างของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้ารวมถึงสินค้าที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวออกจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น และเพื่อบ่งชี้แหล่งที่มาของสินค้าแม้ไม่รู้ถึงแหล่งที่มาโดยเฉพาะเจาะจงก็ตาม” อีกทั้งไม่มีการจำกัดคำนิยามคำว่าเครื่องหมาย โดยได้ให้คำนิยามไว้อย่างกว้างๆ ว่า “เครื่องหมาย หมายถึง คำ หรือสัญลักษณ์ใดๆ ที่ใช้ในทางธุรกิจ เพื่อระบุสินค้า

หรือบริการ หรือแยกแยะสินค้าหรือบริการให้เห็นถึงความแตกต่างจากสินค้าหรือบริการอื่น” ทำให้การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าสามารถครอบคลุมได้หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีรูปร่างหรือไม่ก็ตาม เช่น กลิ่น เสียง หรือการแสดงท่าทาง ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการออกจากสินค้าหรือบริการอื่นได้ ได้แก่ การแสดงท่าทางของนักกีฬาอเมริกันฟุตบอล ที่ใช้ท่าทางดีใจโดยการชูบกล้ามแขนมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า หรือนำกลิ่นมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าของลูกเทนนิส เป็นต้น

สำหรับประเทศออสเตรเลียการกำหนดคำนิยามของเครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่เปิดเผยกว้างเช่นเดียวกัน โดยกำหนดคำนิยามไว้ในมาตรา 17 ของ Trade Marks Act 1995 ไว้ว่า “เครื่องหมายการค้า หมายถึง สัญลักษณ์ที่ใช้หรือมีเจตนาที่จะใช้เพื่อแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้ในทางการค้าของบุคคลอื่น” โดยในมาตรา 6 มีการยกตัวอย่างสิ่งที่เข้าลักษณะสัญลักษณ์ ว่าหมายความว่ารวมถึง (Includes the Following or Any Combination of the Following) ตัวหนังสือ คำ ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวเลข อุปกรณ์ ตรา หัวข้อ ฉลาก ตัว บรรจุภัณฑ์ รูปร่าง เสียง กลิ่น หรือสิ่งเหล่านี้หลายอย่างรวมกัน” แสดงให้เห็นว่าสัญลักษณ์ที่กำหนดไว้ในคำนิยามโดยใช้คำว่า “หมายความว่ารวมถึง” เป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้น สิ่งอื่นใดนอกเหนือจากจากที่

¹ Intellectual Property Office, Case Details for Trademark UK00002657917 (17 August 2015) Intellectual Property Office
<https://www.ipo.gov.uk/tmcase/Results/1/UK_00002657917>

กำหนดไว้ว่าจะเข้าลักษณะของการเป็นสัญลักษณ์ได้เช่นกัน

สำหรับการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น” จากคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการให้ความหมายอย่างกว้างเกินไปในแนวทางเดียวกับต่างประเทศ แต่มีข้อแตกต่างตรงคำนิยามคำว่าเครื่องหมาย ในมาตรา 4 ที่กำหนดว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” ซึ่งผู้วิจัยมองว่ามีลักษณะจำกัดความโดยใช้คำว่า “เครื่องหมาย หมายความว่า...” โดยต้องเข้าลักษณะของเครื่องหมายตามมาตรา 4 เท่านั้น สิ่งอื่นใดแม้จะเข้าคำนิยามของเครื่องหมายการค้าในข้อที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ ก็ไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ยกตัวอย่างเช่น กลิ่นของสินค้าบางชนิดแม้จะมีเอกลักษณ์เฉพาะจนสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าได้ ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า เพราะกลิ่นยังไม่มี การกำหนดไว้ในคำนิยามคำว่าเครื่องหมายนั่นเอง ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาในการทำวิจัยว่า

ในปัจจุบันนอกจากลักษณะของเครื่องหมายที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 4 ยังมีเครื่องหมายอื่นๆ ที่สมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าด้วย นั่นคือ การแสดงท่าทางที่ใช้ในการโฆษณาสินค้าเพื่อดึงดูดใจผู้รับชมให้เกิดความสนใจในสินค้า เพราะในปัจจุบันเป็นที่ทราบดีว่าการโฆษณานั้นถือเป็นตัวช่วยกระตุ้นให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้า จนนำไปสู่การจูงใจให้ผู้บริโภคมีความต้องการซื้อสินค้านั้น ถือเป็นวิธีการสื่อสารไปสู่ผู้บริโภคกลุ่มใหญ่ได้โดยตรงภายในระยะเวลาอันสั้น แต่เนื่องด้วยในปัจจุบันผู้ผลิตสินค้าต่างใช้การโฆษณาในการขายสินค้าของตนเองมากขึ้น จึงคิดหาวิธีทำให้โฆษณาสินค้าของตนเองเป็นที่น่าสนใจของผู้บริโภคโดยการเพิ่มลูกเล่นให้แก่โฆษณา โดยการนำท่าทางมาใช้ประกอบสินค้าในการโฆษณา เพื่อให้ผู้บริโภคจดจำสินค้าของตนได้ง่ายขึ้น เช่น บริษัทคาราบาวแดง ทำมือเป็นรูปเขาคาวบอย, บริษัทลิโพ วิตันดี ชูมือสองนิ้วเป็นรูปตัววี (V), บริษัทแลคตาซอย ชูมือเพื่อสื่อถึงเลข 5 ในการเสนอขายสินค้าในราคา 5 บาท โดยผู้บริโภคสามารถจดจำสินค้าได้จากท่าทางที่ใช้ประกอบสินค้าผ่าน การโฆษณา ทำให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการได้ เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าในรูปแบบเดิมๆ ที่เมื่อผู้บริโภคเห็นเครื่องหมายการค้านั้นผู้บริโภคจะทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าได้นั่นเอง

2. วิเคราะห์ “ลักษณะบ่งเฉพาะ” ของการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้า

โดยการโฆษณา ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการเป็นเครื่องหมายการค้า เพราะทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายอื่นได้ ซึ่งคุณสมบัตินี้เป็นที่ยอมรับในทุก ๆ ประเทศ ดังจะเห็นได้จากความตกลงทริปส์ที่วางบรรทัดฐานในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้แก่บรรดาประเทศสมาชิก ไว้ในข้อ 15 (1) ว่า “สัญลักษณ์ใดๆ หรือการรวมกันของสัญลักษณ์ ที่มีลักษณะที่สามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่น ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้า โดยเฉพาะคำ รวมทั้งชื่อของบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข ส่วนประกอบของภาพ การรวมกันของสีต่างๆ ตลอดจนการรวมกันใดๆ ของสัญลักษณ์เช่นว่านั้น เป็นสิ่งซึ่งมีสิทธิจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ในกรณีที่สัญลักษณ์ไม่มีลักษณะที่สามารถจำแนกสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง บรรดาสมาชิกอาจให้มีการจดทะเบียนโดยขึ้นกับความสามารถในการบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้บรรดาสมาชิกอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขในการจดทะเบียนว่าสัญลักษณ์ต้องเป็นสิ่งที่ซึ่งอาจสัมผัสได้โดยทางจักษุประสาท” จากคำนิยามดังกล่าวเห็นว่าความตกลงทริปส์ให้ความสำคัญในเรื่องการมีลักษณะบ่งเฉพาะของ

เครื่องหมายการค้ามากกว่าการพิจารณาว่าสิ่งใดเข้าลักษณะของการเป็นสัญลักษณ์ โดยกำหนดว่าสัญลักษณ์นั้นต้องสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการของกิจการอื่นได้ ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของสัญลักษณ์เองก่อน หรือแม้แต่สัญลักษณ์ที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะมาแต่ต้น แต่เมื่อมีการนำสัญลักษณ์นั้นออกใช้กับสินค้าหรือบริการสามารถทำให้ผู้บริโภครับรู้และเข้าใจจนสามารถแยกแยะความแตกต่างของสัญลักษณ์นั้นได้ ก็ถือว่าสัญลักษณ์นั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการใช้สัญลักษณ์นั้น² ซึ่งการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของความตกลงทริปส์แสดงให้เห็นว่า การมีลักษณะบ่งเฉพาะถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยกำหนดว่าสัญลักษณ์ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะไม่ว่าจะเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าที่ต้องการให้ผู้บริโภคทราบแหล่งที่มาของสินค้าโดยการพิจารณาจากเครื่องหมายการค้านั่นเอง

สำหรับอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) แม้ไม่มีการกำหนดคำนิยามคำว่าเครื่องหมายการค้าไว้ โดยให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิก แต่อนุสัญญากรุงปารีสมีการกำหนดถึงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ในข้อ 6 Quinquies (b) (2)

² จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2555) 269.

ว่า “เครื่องหมายที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะเป็นสิ่งที่ไม่อาจจดทะเบียนหรือเป็นเครื่องหมายที่ไม่สมบูรณ์” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการมีลักษณะบ่งเฉพาะเป็นสิ่งที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เพราะหากเครื่องหมายไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะแล้ว อนุสัญญากรุงปารีสถือว่า เป็นเครื่องหมายที่ไม่สมบูรณ์และไม่อาจรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เลย ซึ่งสอดคล้องกับหลักการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในความตกลงทริปส์

ในประเทศอังกฤษมีการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ใน Trade Marks Act 1994 มาตรา 1(1) ว่าสัญลักษณ์ใดๆ ต้องสามารถบ่งชี้ถึงสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการรายหนึ่งออกจากผู้ประกอบการรายอื่นได้ อีกทั้งยังกำหนดให้ลักษณะบ่งเฉพาะเป็นลักษณะที่สำคัญในการพิจารณาว่าสัญลักษณ์นั้นมีลักษณะอันพึงจดทะเบียนได้หรือไม่ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 3 (1) (b) ว่าเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ถือเป็นเหตุผลประการหนึ่งในการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศอังกฤษ โดยลักษณะบ่งเฉพาะที่กำหนดไว้ในข้อ 3(1)(b) นั้นหมายถึงลักษณะบ่งเฉพาะในตัวของเครื่องหมายการค้าเองเท่านั้น แต่หากมีการใช้เครื่องหมายดังกล่าวมาก่อนที่จะยื่นขอจดทะเบียนลักษณะต้องห้ามตามข้อ 3(1)(b) ประเทศอังกฤษถือว่าเครื่องหมายดังกล่าวมีลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่อง

มาจากการใช้ และสามารถยื่นคำขอรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้เช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นระบบทะเบียนหลักหรือระบบทะเบียนรอง ต่างระบุไว้ว่าเครื่องหมายต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ³ โดยอาจเป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หรือลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ และเครื่องหมายนั้นต้องมีการใช้อยู่แล้วภายในประเทศหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นต้องมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายนั้นด้วย แสดงให้เห็นว่าแม้เครื่องหมายที่สร้างสรรค์ขึ้นมาจะไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของเครื่องหมายการค้ามาตั้งแต่แรก แต่หากมีการใช้เครื่องหมายนั้นอย่างเครื่องหมายการค้า จนผู้บริโภคสามารถรับรู้และเข้าใจจนสามารถแยกความแตกต่างของเครื่องหมายได้ ถือว่าเครื่องหมายนั้นเกิดลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการใช้เครื่องหมายและสามารถยื่นขอรับจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาได้

ในส่วนของประเทศออสเตรเลีย Trade Marks Act 1995 กำหนดลักษณะบ่งเฉพาะเป็นเงื่อนไขในการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ใน มาตรา 41 (2) ว่าเครื่องหมายการค้าใดที่ขอรับจดทะเบียนหากไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ ที่ทำให้ประชาชนหรือผู้ซื้อสินค้าทราบและเข้าใจว่าเครื่องหมายการค้าานั้นแตกต่างจากสินค้าอื่น

³ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายเครื่องหมายการค้าสหรัฐอเมริกา (7 กรกฎาคม 2558) DIP กรมทรัพย์สินทางปัญญา

<https://www.ipthailand.go.th/index.php?option=com_docman& task=doc_download&gid=1333&Itemid=160>.

จะถูกปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน โดยพิจารณาจากลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของเครื่องหมายเองก่อน แล้วจึงพิจารณาจากลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ แสดงให้เห็นว่าในประเทศอังกฤษกำหนดให้เครื่องหมายการค้าต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ก็ตาม หากขาดคุณสมบัติในข้อนี้เครื่องหมายนั้นไม่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้

ดังนั้น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศที่กล่าวมาข้างต้นล้วนแต่กำหนดให้ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งในการจดทะเบียน เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ได้วางเงื่อนไขการจดทะเบียนในเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 6 (1) ว่าเครื่องหมายการค้าอันพึงรับจดทะเบียนได้ต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ อีกทั้งได้กำหนดประเภทของลักษณะบ่งเฉพาะไว้ในมาตรา 7 โดยแบ่งออกเป็นลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเองและลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ซึ่งลักษณะบ่งเฉพาะโดยใช้นั้นเป็นเรื่องที่พิสดารยากกว่าลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเอง ซึ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้วางหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะไว้ในประกาศกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) ว่าลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ ได้แก่ การจำหน่าย

เผยแพร่ หรือการโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายจนทำให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าแตกต่างจากสินค้าอื่น ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งแสดงให้เห็นว่านอกจากการใช้เครื่องหมายกับสินค้าแล้ว การโฆษณาสินค้าจนทำให้เครื่องหมายเป็นที่รู้จักของประชาชนสามารถเกิดลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการโฆษณาได้ด้วย⁴ หากนำกรณีศึกษาในการให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางของต่างประเทศ เช่น ท่าดีใจของแก็งเร้เบลดด้วยการทำมือเป็นรูปหัวใจ และท่าจูบกลั้มของโคลิน เคเปอร์นิก นักกีฬาวอลเลย์บอล มาเป็นแนวทางในการให้การพิจารณาลักษณะบ่งเฉพาะ จะเห็นว่าการแสดงท่าทางของต่างประเทศนั้นได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาโดยการใช้ท่าทางของนักกีฬาที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักแพร่หลาย เมื่อแสดงท่าทางออกไปทำให้ประชาชนสามารถจดจำได้ว่าเป็นท่าทางของนักกีฬาคนนั้น ท่าทางเหล่านั้นจึงได้ลักษณะบ่งเฉพาะมาจากการใช้ท่าทางโดยบุคคลที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย โดยไม่ต้องมีการโฆษณาอีก หากเปรียบเทียบกับการแสดงท่าทางที่ทำมาใช้ในการโฆษณาเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้า จะเห็นว่าเป็นการใช้ท่าทางเพียงอย่างเดียวได้ เพราะท่าทางที่แสดงออกมีลักษณะเป็นท่าทางทั่วๆ ไปไม่สามารถบ่งชี้ถึงสินค้าหรือบริการได้ หรือจะมีเพียงการโฆษณาสินค้าเพียงอย่างเดียวก็ไม่ได้เช่นกัน เพราะในปัจจุบันผู้ประกอบการต่างๆ นิยมใช้การโฆษณาเพื่อ

⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 (7 ตุลาคม 2535) DIP กรมทรัพย์สินทางปัญญา <<http://www.ipthailand.go.th/th/dip-law-2/item/เรื่อง-หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา-7-วรรค-3.html>>

ประชาสัมพันธ์สินค้าของตนเพิ่มขึ้นและวัตถุประสงค์ในการนำทางมาใช้ในโฆษณาเพื่อทำให้ผู้ชมเกิดการจดจำและแยกแยะความแตกต่างของท่าทางที่ใช้ว่าสื่อถึงสินค้านั้นๆ อันทำให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้ามีลักษณะบ่งเฉพาะอันเนื่องมาจากการใช้และเข้าลักษณะอันพึงจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยได้จึงจำเป็นที่จะต้องใช้ท่าทางประกอบการโฆษณาเพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจได้ตรงกันว่าท่าทางในโฆษณานั้นสื่อถึงตัวสินค้า

อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์อนุสัญญากรุงปารีส หรือกฎหมายภายในของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย ต่างออกแบบกฎหมายเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่เปิดกว้างโดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดคำนิยามและการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายการค้าให้สามารถคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาเป็นเครื่องหมายการค้าได้อย่างแน่นอน ดังนั้น หากนำหลักการกำหนดคำนิยามและการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการศึกษาเพื่อปรับปรุงกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับหลักสากล จะทำให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

บทสรุปผลการวิจัย

เนื่องจากในปัจจุบันมีสินค้ากระจายผู้ต้องตลาดจำนวนมาก การที่สินค้าของผู้ผลิตจะสามารถครองอันดับในตลาดได้ต้องมีการวางแผนทางการตลาดที่ดี ซึ่งการโฆษณาเป็นวิธีที่ได้รับความนิยมในการช่วยให้ผู้บริโภคถึงสินค้าของตนเองเป็นอันดับแรก⁵ ส่งผลให้เกิดการแข่งขันกันพัฒนาและสร้างสรรค์งานโฆษณาให้มีการนำเสนอที่แปลกใหม่ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของภาพหรือเสียง รวมถึงมีการนำท่าทางมาใช้เพื่อเพิ่มลูกเล่นให้แก่โฆษณาซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาสามารถดึงดูดใจและสร้างความจดจำให้แก่ผู้รับชมมากกว่าการพูดชื่อสินค้าธรรมดา ดังนั้น สิ่งที่จะทำให้ผู้บริโภคเห็นถึงความแตกต่างระหว่างการโฆษณาสินค้าโดยเฉพาะสินค้าประเภทเดียวกัน คือการแสดงท่าทางที่ใช้ในโฆษณาอันจะสื่อถึงลักษณะบ่งเฉพาะที่โดดเด่นของโฆษณาสินค้านั้นได้ โดยผู้วิจัยขอยกตัวอย่างการแสดงท่าทางประกอบสินค้าประเภทเครื่องสำอางกำลังยี่ห้อลิโพวิตัน-ดี ที่ใช้การชูสองนิ้วมาประกอบโฆษณาสินค้าทำให้ผู้บริโภครู้จักเครื่องสำอางลิโพวิตัน-ดีและเครื่องหมายชูสองนิ้ว ซึ่งต่อมาเครื่องสำอางกำลังยี่ห้อคาราบาวแดง ก็มีการแสดงท่าทางโดยการชูมือเป็นรูปเขาคาวายมาประกอบโฆษณาเช่นกันอันทำให้ผู้บริโภครู้จักคาราบาวแดงและการทำมือเป็นรูปเขาคาวายเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการสร้างสรรค์ท่าทางที่

⁵ สักกพันธุ์ จิตรจง, “โฆษณาเปรียบเทียบ (Comparative Advertising) แข่งขันหรือหลอกลวง” (2557) 5:1 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 61, 68.

เป็นกิมมิกให้แก่โฆษณาอันก่อให้เกิดความแตกต่างของแต่ละโฆษณาได้ อย่างไรก็ดี การให้ความคุ้มครองการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาสมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. การโฆษณามีประโยชน์ในหลายๆ ด้าน โดยถือเป็นสื่อกลางในการสื่อสารระหว่างผู้ผลิตสินค้าและผู้บริโภค อีกทั้งช่วยกระตุ้นให้ผู้บริโภคนึกถึงสินค้าและมีความต้องการที่จะซื้อสินค้า อันส่งผลดีต่อเจ้าของธุรกิจ สังคมรวมถึงระบบเศรษฐกิจของประเทศด้วย

2. การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยโฆษณา เป็นการสร้างกิมมิกหรือจุดเด่นให้แก่โฆษณาเพื่อทำให้ผู้ชมเกิดการจดจำโฆษณาและสามารถแยกแยะความแตกต่างของโฆษณาได้ดียิ่งขึ้น กล่าวคือ การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณามีลักษณะคล้ายกับเป็นเครื่องหมายที่ใช้เป็นสัญลักษณ์ของสินค้า โดยเจ้าของสินค้าต้องการให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาเป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้ทำทางนั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น

3. การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณามีลักษณะอันสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ เฉพาะการแสดงท่าทางที่นำมาใช้

ในโฆษณาเป็นท่าทางที่ไม่สามารถสื่อสารให้สาธารณชนเข้าใจได้ตรงกันว่าสื่อถึงสินค้าใด ทำให้ทำทางนั้นไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง แต่เมื่อนำท่าทางมาใช้ในการโฆษณาสินค้าทำทางที่เผยแพร่ออกไปสามารถทำให้ผู้รับชมโฆษณาสามารถจดจำได้ว่าทำทางนั้นสื่อถึงสินค้าใด ทำให้การแสดงท่าทางนั้นเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ อันเข้าเงื่อนไขในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้อย่างไรก็ดี การแสดงท่าทางที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นกิมมิกหรือเอกลักษณ์เฉพาะแก่โฆษณาสินค้านั้นๆ ภาระหนึ่ง โดยการรับรู้และเปิดเผยของสาธารณชน หากมีบุคคลอื่นได้แสดงท่าทางในลักษณะที่คล้ายคลึง หรือมีความแตกต่างเพียงเล็กน้อย มาใช้ร่วมกับสินค้าชนิดอื่น อาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดถึงที่มาของสินค้าได้ บุคคลดังกล่าวสมควรต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้ใช้ทำทางนั้นในการโฆษณาสินค้ามาก่อนบุคคลอื่น

จากเหตุผลสนับสนุนข้างต้นการแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาจึงสมควรได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เนื่องจากมีลักษณะบ่งเฉพาะที่สามารถทำให้เห็นความแตกต่างของโฆษณาสินค้าแต่ละโฆษณาได้ และยังทำให้ทราบถึงที่มาของโฆษณาสินค้านั้นด้วย โดยลักษณะท่าทางที่สร้างสรรค์ขึ้นเปรียบเสมือนเป็นเครื่องหมายอย่างหนึ่งที่โฆษณาใช้เป็นที่ยกย่องหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าเพื่อเป็นการสร้างกิมมิกและสร้างความจดจำให้แก่ผู้รับชมโฆษณาได้ดียิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษามาทั้งหมดนั้น ทำให้ได้ข้อเสนอแนะเพื่อช่วยในการให้ความคุ้มครองแก่การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา ดังนี้

การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาทำให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างโฆษณาสินค้าแต่ละชนิด อีกทั้งยังทำให้ผู้ชมทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้า จึงมีความเหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายการค้า โดยท่าทางที่ใช้มีลักษณะเป็นลูกเล่นหรือจุดสนใจ (Gimmick) ของโฆษณา ซึ่งกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยยังมิได้ให้ความคุ้มครองถึงเครื่องหมายดังกล่าว เนื่องจากเป็นเครื่องหมายการค้าในรูปแบบใหม่ ดังนั้น หากจะให้การแสดงท่าทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขคำนิยามในมาตรา 4 ที่ว่า

“เครื่องหมาย หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน” โดยควรแก้ไขเป็น “เครื่องหมาย หมายความว่ารวมถึง (Including) ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

เพื่อเป็นการเปิดกว้างของสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมายได้ ซึ่งมีความหมายว่าสิ่งที่กำหนดไว้ในคำนิยามเป็นเพียงการยกตัวอย่างของเครื่องหมาย และเปิดโอกาสให้สิ่งอื่นๆ สามารถใช้เป็นเครื่องหมายได้ในอนาคตโดยไม่ต้องมีการแก้ไขคำนิยามเพื่อให้ทันสมัยต่อสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา อีกทั้งยังครอบคลุมและเป็นสากลสอดคล้องกับหลักกฎหมายในหลายๆ ประเทศที่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะสามารถให้ความคุ้มครองได้

กรณีการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของการแสดงท่าทางเพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณา ผู้วิจัยมีความเห็นว่าไม่สามารถใช้เฉพาะท่าทางเพื่อสื่อถึงสินค้าเพียงอย่างเดียวได้ เพราะไม่ว่าอย่างไรการแสดงท่าทางก็ไม่สามารถมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวของท่าทางเองหรือโดยการใช้ได้ จึงจำเป็นต้องใช้ท่าทางประกอบกับการโฆษณาสินค้า เพื่อให้ท่าทางนั้นเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้โฆษณาเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ท่าทางที่สื่อถึงสินค้าให้ประชาชนรับรู้และสามารถจดจำท่าทางเหล่านั้นได้ ซึ่งสอดคล้องกับประกาศของกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะไว้ว่าเครื่องหมายใดๆ จะได้ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้มาต้องมีการเผยแพร่ หรือการโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายจนทำให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจว่าสินค้าแตกต่างจากสินค้าอื่น ดังนั้นการแสดงท่าทางที่ใช้ในการโฆษณาจะมีลักษณะบ่งเฉพาะ

โดยการใช้ได้ จึงจำเป็นต้องใช้ทำทางเหล่านั้น ประกอบการโฆษณาสินค้าเท่านั้น ทั้งนี้ การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของการแสดงทำทาง เพื่อให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาจะเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ไม่ได้เลย หากไม่มีการแก้ไขคำนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เพื่อให้การแสดงทำทางที่ใช้ในการโฆษณาเข้าลักษณะของเครื่องหมายเสียก่อน จึงจะทำให้การแสดงทำทางที่ใช้ในการโฆษณาสินค้าเกิดลักษณะบ่งเฉพาะโดยการโฆษณาสินค้าที่ใช้ทำทางที่เป็นเครื่องหมาย จนทำให้ประชาชนรู้จักและเข้าใจว่าทำทางนั้นสื่อถึงสินค้าใด อันถือได้ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) ในเรื่องหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้นยังไม่สามารถแก้ไขได้ในขณะนี้ แต่อาจมีความเป็นไปได้ในอนาคต ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าแนวทางที่จะให้ความคุ้มครองแก่การแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาในฐานะเครื่องหมายการค้าที่มีความเป็นไปได้ในขณะนี้และเป็นวิธีที่ใกล้เคียงกันที่จะสามารถนำไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 คือ การจดทะเบียนเป็นภาพถ่ายหรือภาพวาดของ

ทำทางนั้น พร้อมทั้งบรรยายภาพถ่ายหรือภาพวาดการแสดงทำทางโดยละเอียด โดยหากเป็นการแสดงทำทางโดยการใช้มือต้องมีการบรรยายว่ามีการใช้นิ้วมือใดบ้างในการแสดงทำทางประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียน เพราะมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ได้ให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายที่เป็นภาพถ่าย หรือภาพวาด ผู้วิจัยจึงเห็นว่าแนวทางดังกล่าวน่าจะช่วยแก้ปัญหาในการให้ความคุ้มครองการแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้ทางหนึ่งในฐานะเครื่องหมายการค้า อันจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอสรุปในข้อเสนอแนะนี้ว่า เครื่องหมายการค้านั้นสามารถให้ความคุ้มครองการแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาได้ เนื่องจากการแสดงทำทางถูกสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อสร้างจุดสนใจให้แก่โฆษณาเปรียบเสมือนเป็นเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ของการโฆษณาสินค้าอันก่อให้เกิดความสนใจและจดจำโฆษณา อีกทั้งสามารถแยกแยะถึงความแตกต่างของโฆษณาสินค้าแต่ละชนิด รวมถึงทำให้ทราบแหล่งที่มาของสินค้าจากโฆษณาได้ จึงถือได้ว่าการแสดงทำทางเพื่อให้เกิดความสนใจในสินค้าโดยการโฆษณาถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าในรูปแบบหนึ่ง





ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการนำเอางานอันมี ลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง มาดัดแปลง โดยวิธีการรีมิกซ์

**The problem on Copyright Law regarding the
adaptation of copyright work namely musical work and
sound recording by means of remixing**

ธีรวัชร แสงไชย^{1*}

บทคัดย่อ

ปัจจุบันได้มีผู้นำผลงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาดัดแปลงใหม่ด้วยวิธีการ Remix ซึ่งก่อให้เกิดปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์แก่เจ้าของผลงานต้นฉบับและผู้ทำการ Remix งาน โดยประเทศไทยมิได้มีขอบเขตที่จะใช้พิจารณาปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ ปัญหาการอ้างข้อยกเว้น และปัญหาการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ของผลงาน Remix อย่างชัดเจนเท่าที่ควร วิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์เกี่ยวกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix และได้พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลียมีแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าว จากการศึกษาผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าควรนำแนวทางการพิจารณาคดีในประเทศดังกล่าวมากำหนดขอบเขตเพื่อให้ศาลใช้พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการ Remix งานที่เกิดขึ้นในประเทศ ทั้งได้เสนอแนะแนวทางในการตีความบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558) เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้งาน รวมถึงการใช้งานดังกล่าวไม่มีลักษณะทางการค้าหรือไม่แสวงหาผลกำไรเพื่อการศึกษา ลักษณะของงานที่มีลิขสิทธิ์ จำนวนและสาระสำคัญของส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานที่มีลิขสิทธิ์โดยรวม และ

^{1*} นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผลกระทบของการใช้ประโยชน์ทางการตลาดที่อาจเกิดขึ้น หรือมูลค่าของงานที่มีลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ : ดัดแปลง ละเมิดลิขสิทธิ์ คนตรีกรรม สิ่งบันเทิงเสียง รีมิกซ์

Abstract

Nowadays, there are people adapting music and sound recording of others by means of remixing. This led to copyright-related problems for the owner of original copyrighted works as well as persons who remixed such copyrighted works. In Thailand, there is no clear-cut regulation which can be implemented with copyright infringement problems related to remixed works, copyright infringement exemption problems for such works as well as the problems concerning protection of remixed works. The research aims to study the problems on the Copyright Law in relation to remixing of copyrighted works, namely music work and sound recording. The research found that there are court judgments in the United States of America (USA), United Kingdom (UK) and Australia adjudicating the case which involved with remixing. From the study, the author suggests that the court's decisions in these countries should be used as a guidance for Thai courts in considering problems of remixed works. In addition, the Author presents the interpretation of the provision under the Copyright Act B.E. 2537 (1994) (amended in 2015) Section 32 1st paragraph, to be comprehensive for remixing of musical work and sound recording. The court shall consider its objective, characteristics of use, and such use is not for sale or for profit, but for educational purpose. Moreover, the court shall consider characteristics of copyright work, quantity, substance of a part that related to copyright work as a whole, and effects of the use of marketing or the value of copyright work. These are for the purpose of being clear and consistent with future technological developments.

Keywords : Adaptation, Copyright infringement, Musical work, Sound recording, Remix

บทนำ

เมื่อโลกเข้าสู่ยุคสมัยแห่งการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีได้มีผู้นำเพลงของผู้อื่นอันมีลิขสิทธิ์มาดัดแปลงใหม่โดยใช้วิธีการ Remix และเผยแพร่บนเว็บไซต์ต่างๆ อย่างแพร่หลาย ซึ่งในประเทศไทยได้เริ่มมีปัญหากับการ Remix ผลงานเพลงเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน อาทิ ในปี 2559 ได้เกิดกรณีเพลง “แคโสด” ของวง Soloist Ft. เร็พพิสตัน&ทริปเปิ้ล ที่ถูกกล่าวหาว่าทำนองคล้ายเพลง “Fiction” ของวง BEAST ชาวเกาหลีใต้ โดยเพลง “แคโสด” ได้มีการ Mixtape โดยนำทำนองเพลง “Fiction” มาเกือบทั้งหมดเพียงแต่ได้มีการ Remix เสียงสะท้อนพร้อมไปกับเนื้อร้องที่เป็นภาษาไทยและได้นำเผยแพร่ลงใน www.youtube.com จนได้ยอดผู้เข้าชมสูงถึง 90 ล้านคน ซึ่งทำให้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ลักษณะของการ Remix แบบนี้จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่¹ โดยมีผู้ให้ความเห็นกฎหมายว่าอาจเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หากทำการ Remix โดยแสวงหากำไร² หรือกรณีเพลง “สืบพันธุ์” ของ “บ๊วก สุภกาญจน์” ที่ทำนองบางส่วนคล้ายกับเพลง Numb ของ Linkin Park ซึ่งเมื่อฟังแล้วทำให้หลายคนนึกถึงรูปแบบ “เพลงแปลง” ที่ใช้ทำนองเพลงคนอื่นแต่ใส่เนื้อเพลงของตนเอง ในบางช่วงเท่านั้นทำให้มีความเห็นทางกฎหมาย

ว่าการสร้างงานในลักษณะแบบนี้ถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดนตรีกรรมหากใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่อย่างไรก็ตามในบางประเทศหากเป็นการสร้างเพื่อล้อเลียนเสียดสี (Parody) อาจเข้าข่ายการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair Use) เพราะเป็นการใช้งานเพื่อความสนุกสนานและไม่ได้ใช้งานเพื่อการค้า นอกจากนี้ยังมีปัญหากับขอบเขตของการ Remix เพลงว่าขนาดไหน เพียงใดจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และขนาดไหนเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย³ ซึ่งการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix ในปัจจุบันยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าจะเป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่และเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558) กลับพบความไม่ชัดเจนของขอบเขตว่าการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงขนาดไหนเพียงใดที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และการ Remix ขนาดไหนเพียงใดที่จะสามารถอ้างข้อยกเว้นไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงผลงาน Remix ขนาดไหนเพียงใดที่จะถือเป็นงานสร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดงานนั้นด้วยความคิดริเริ่ม (Originality) อันจะทำให้ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

¹ Dailynews, แคโสด' ก๊อปเกาหลีทั้งดุ้น คนทำยอมรับลอกมาจริง (16 เมษายน 2560) Dailynews <<https://www.dailynews.co.th/entertainment/568419>>.

² HOCKHACKER, ดราม่า Mixtape วัฒนธรรมฮิพฮอปที่ถูกบิด กับข้อจำกัดด้านลิขสิทธิ์ที่ถูกเบือน (16 เมษายน 2560) RAP IS NOW (blog) <<https://www.rapisnow.com/blog/>>.

³ Prepanod Nainapat, ก๊อป' แคโสดถึงไม่ผิด หรือแค่คิดก็ผิดแล้ว : ความซับซ้อนของลิขสิทธิ์ (2 พฤศจิกายน 2559) The MATTER <<https://thematter.co/rave/so-blur-about-music-lisence/11765>>.

ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558) จากบทบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ได้มีแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาเกี่ยวกับการนำเอางานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix ไว้โดยตรง ดังนั้น เราควรนำเอาบทบัญญัติและแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายดังกล่าวมาศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558) ของประเทศไทย เพื่อทำให้เกิดขอบเขตในการพิจารณาการดัดแปลงงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงโดยวิธีการ Remix ว่าลักษณะงานดัดแปลงอย่างไรจะเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์และลักษณะอย่างไรที่จะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจถึงขอบเขตดังกล่าว

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix ของประเทศไทย ต่างประเทศและระหว่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมาย

ลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix

4. เพื่อกำหนดแนวทางและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix

สมมติฐานของการวิจัย

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2558) ได้มีการกำหนดเรื่องของการดัดแปลงงานไว้ก็ตาม แต่เป็นการกำหนดเฉพาะการดัดแปลงโดยให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ทรงสิทธิหรือเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น การกระทำใดก็ตามที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือมิได้อยู่ภายใต้ขอบเขตของการให้อนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ถ้าหากการกระทำนั้นๆ ไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นมิให้ถือว่าละเมิดลิขสิทธิ์ ก็จะทำให้การกระทำนั้นๆ เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix นั้น ก็ยังเป็นข้อถกเถียงกันว่าจะเป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นควรจะต้องมีการพิจารณาเพื่อทำให้เกิดขอบเขตในการพิจารณาการดัดแปลงงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงโดยวิธีการ Remix ว่าลักษณะงานดัดแปลงอย่างไรจะเป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์และลักษณะอย่างไรที่จะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายและ

ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เพื่อให้
ทำให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจถึงขอบเขตดังกล่าว

ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้ฉบับนี้มุ่งศึกษาหลักการ
และแนวคิดในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ และ
มาตรการทางกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งเกี่ยวกับการนำ
งานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่ง
บันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix โดย
ศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์และข้อ
ยกเว้นของกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าสามารถให้การ
คุ้มครองและจะได้รับยกเว้นมากน้อยเพียงใด
โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ
และกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศอังกฤษ
ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย เพื่อ
นำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายของ
ประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นต่อไป

วิธีการดำเนินการศึกษา

ศึกษาโดยวิธีวิจัยเอกสาร (documentary research) จากกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ โดยการค้นคว้ารวบรวมจากชั้นปฐมภูมิ (primary documents) และทุติยภูมิ (secondary documents) เช่น พระราชบัญญัติ ร่างพระราชบัญญัติ เอกสารทางวิชาการ บทความ วารสาร หนังสือ รายงานการศึกษาวิจัย วิทยานิพนธ์ และแหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต โดยนำเอาข้อมูลดังกล่าว มาวิเคราะห์เปรียบเทียบ เพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการ
การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและ
สิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ Remix
2. ได้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมาย
ลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์
ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมา
ดัดแปลงโดยวิธีการ Remix ของประเทศไทย
ต่างประเทศและระหว่างประเทศ
3. ได้แนวคิดจากการวิเคราะห์ปัญหา
กฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการนำงานอันมี
ลิขสิทธิ์ประเภทดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงมา
ดัดแปลงโดยวิธีการ Remix
4. มีแนวทางและข้อเสนอแนะในการ
แก้ไขปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยที่
เกี่ยวข้องกับการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทดนตรี
กรรมและสิ่งบันทึกเสียงมาดัดแปลงโดยวิธีการ
Remix

ผลการวิจัย

สรุปผลการวิจัย

การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่ง
บันทึกเสียง คือ การใช้อุปกรณ์หรือระบบ
คอมพิวเตอร์ในการแก้ไขหรือปรับปรุงส่วนต่าง ๆ
ของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงที่มีอยู่เดิม
เพื่อสร้างงานดนตรีกรรมหรือสิ่งบันทึกเสียงขึ้น
ใหม่ โดยใช้วิธีการเปลี่ยนแปลงหรือแบ่งแยก
ความสมดุลของร้องเสียงและในบางกรณีก็เป็นการ
นำเอาเนื้อหาของผลงานมาตัดต่อเข้าด้วยกัน

เพื่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ขึ้นใหม่ จึงมีลักษณะเป็นการดัดแปลงงานสร้างสรรค์อย่างหนึ่ง ซึ่งผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้นที่จะดัดแปลงหรืออนุญาตให้ผู้อื่นดัดแปลงงานเพลงของตน ดังนั้นหากผู้ใดนำงานเพลงของผู้อื่นไปดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว การกระทำของผู้นั้นก็ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม แม้ได้นำผลงานของผู้อื่นไปดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่หากการดัดแปลงนั้นมีลักษณะเป็นการใช้งานที่เป็นธรรมโดยไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว การดัดแปลงนั้นก็ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ และงานที่เกิดขึ้นจากการดัดแปลงก็เป็นงานที่ขอบด้วยกฎหมายและอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้เช่นกัน เมื่อได้ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ กรุงเบอร์นเพื่อการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม ค.ศ. 1886 และข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิก และจำต้องปฏิบัติตามเพื่อให้เป็นไปในมาตรฐานเดียวกัน โดยความตกลงดังกล่าวได้มีมาตรการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในการดัดแปลงงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงซึ่งกำหนดให้งานที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น

จะต้องเป็นงานที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ และยังกำหนดให้งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงอยู่ในประเภทงานศิลปกรรมอย่างหนึ่งที่ได้แสดงออกมาโดยไม่จำกัดวิธีหรือรูปแบบและให้ความคุ้มครองแก่งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงที่ได้ดัดแปลงใหม่ภายใต้เงื่อนไขว่างานดัดแปลงนั้นจะต้องไม่กระทบต่อลิขสิทธิ์ของงานต้นฉบับ⁴ ทั้งยังกำหนดให้สิทธิในการดัดแปลงเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ หากมีการดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ยังกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งหากมีการนำดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงของผู้อื่นไปใช้ดัดแปลงโดยไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์ตามปกติและไม่ทำให้เกิดผลเสียต่อผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เดิมแล้ว การกระทำความดังกล่าวก็ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เมื่อได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทยประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาล สามารถสรุปผลได้ดังนี้

1. การละเมิดลิขสิทธิ์

ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้หลักความคล้ายคลึงกันอย่างมากระหว่างงานต้นฉบับกับงาน Remix เปรียบเทียบกันเป็นเกณฑ์พิจารณาการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยต้องปรากฏว่าผู้ดัดแปลงได้นำเนื้อหาส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานดนตรีกรรมของผู้อื่นไปดัดแปลงโดยไม่รับอนุญาตจาก

⁴ ภัทรพร เย็นบุตร, “ข้อสังเกตบางประการในการคุ้มครองงานดนตรีกรรม” (2557) 5:1 วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวฯ 70, 74.

เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งการพิจารณาว่าส่วนใดเป็นส่วนสาระสำคัญก็ได้อาศัยการพิจารณาจากองค์ประกอบทางดนตรี เช่น และใช้วิธีการทดสอบแนวคิดและความรู้สึกทั้งหมดของงานต้นฉบับและงานดัดแปลงว่ามีความคล้ายคลึงกันหรือไม่ นอกจากนี้ ยังใช้วิธีการทดสอบภายในโดยอาศัยวิญญูชนเป็นผู้ทดสอบแนวคิดได้ความรู้สึกของผลงานต้นฉบับและงานดัดแปลง แต่อย่างไรก็ตาม กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ในสิ่งบันทึกเสียงประเทศสหรัฐอเมริกากลับไม่ใช่หลักความคล้ายคลึงกันอย่างมากเป็นเกณฑ์พิจารณาการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยดัดแปลงแต่กลับใช้หลักการได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเกณฑ์พิจารณาแทน ดังนั้น หากผู้ใดต้องการดัดแปลงสิ่งบันทึกเสียงของผู้อื่น ผู้นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 114 บ โดยไม่คำนึงว่าเนื้อหาที่ถูกดัดแปลงมากน้อยเพียงใด เช่น กรณีการ Remix เพลงในลักษณะของการ Mashup และ Music sampling เป็นต้น

ประเทศอังกฤษ การละเมิดลิขสิทธิ์ในงาน Remix นั้นจะต้องปรากฏว่าผู้สร้างสรรค์ ได้นำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นไปดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตและยังต้องเป็นการนำส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับไปใช้ในการดัดแปลงด้วย ซึ่งต้องพิจารณาว่าการ Remix นั้นได้นำเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญไปใช้ในการสร้างสรรค์งานอย่างไร กล่าวคือ หากนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญไปใช้ในการสร้างสรรค์งานเพียงบางส่วนโดยมิได้มีการแก้ไขส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้น การพิจารณาว่าจะละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

ไม่ต้องพิจารณาเนื้อหาที่นำไปใช้งานในเชิงคุณภาพมากกว่าปริมาณที่นำไปใช้ แต่ถ้าหากปรากฏว่าเป็นการนำเนื้อหาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญไปใช้โดยไม่มีการดัดแปลงแก้ไขเนื้อหาส่วนนั้น ให้พิจารณาว่างานที่ผู้ Remix ได้สร้างขึ้นนั้นรวมเอาส่วนซึ่งเป็นทักษะ แรงงานของงานต้นฉบับไว้ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาระดับความคล้ายคลึงกันของงานต้นฉบับและงาน Remix ประกอบ หากความคล้ายคลึงกันระหว่างงานต้นฉบับและงาน Remix เป็นเพียงเรื่องธรรมดา ก็ไม่ถือว่าอยู่ในระดับความคล้ายคลึงกัน แต่ถ้าหากปรากฏว่าความคล้ายคลึงกันนั้นมีลักษณะเป็นความคล้ายคลึงกันในจุดเด่น เช่นนี้ก็ย่อมถือได้ว่างาน Remix ได้คัดลอกงานต้นฉบับและเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น

ประเทศออสเตรเลีย มีการพิจารณาเรื่องละเมิดลิขสิทธิ์โดยจะต้องมีการนำเนื้อหางานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นมาใช้ใน Remix โดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้เนื้อหาที่นำไปใช้จะต้องเป็นส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงาน ซึ่งการพิจารณาส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญนั้น พบว่าประเทศออสเตรเลียใช้หลักพิจารณาอยู่ 2 ประการ ประกอบกัน กล่าวคือ พิจารณาจากคุณภาพของเนื้อหางานโดยรวมโดยไม่คำนึงถึงปริมาณ รวมทั้งพิจารณาจากความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ จากเนื้อหาที่ถูกนำไปใช้

ประเทศไทย การละเมิดลิขสิทธิ์ในการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงของประเทศไทยนั้น จะต้องปรากฏว่ามีการดัดแปลงงานต้นฉบับโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของ

ลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ ต้องเป็นการ Remix ในเนื้อหาส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับ ซึ่งต้องพิจารณาจากเนื้อหาของงานที่เป็นสาระสำคัญของงานประกอบกับพิจารณาถึงปริมาณของงาน ซึ่งหากปรากฏว่างาน Remix นั้นมีปริมาณเนื้อหางานต้นฉบับเดิมมากเกินไปก็อาจถือได้ว่าเป็นการนำส่วนที่เป็นสาระสำคัญไปใช้อันทำให้ผู้สร้างสรรค์งาน Remix ต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์

2. ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยหลักแล้วอยู่ภายใต้การใช้งานโดยชอบธรรม (Fair Use) ตามมาตรา 107 ซึ่งการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียง ศาลสูงประเทศสหรัฐอเมริกาตีความว่า การ Remix ดังกล่าวอยู่ภายใต้บทบัญญัติการใช้งานโดยชอบธรรม (Fair Use) เช่น การ Remix เพื่อวัตถุประสงค์ในการล้อเลียนงานต้นฉบับ ย่อมได้รับการยกเว้นไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ในส่วนของประเทศอังกฤษ พบว่า มีความเห็นในทางวิชาการว่าการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงควรตกอยู่ภายใต้หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Fair Dealing) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการล้อเลียนตามมาตรา 31A แต่ความเห็นดังกล่าวยังไม่มีแนวคำพิพากษาคัดสินไว้อย่างชัดเจน

ในส่วนของประเทศออสเตรเลีย พบว่าการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงได้มีความเห็นทางวิชาการแบ่งเป็น 2 ฝ่ายกล่าวคือ ฝ่ายแรกเห็นว่า งาน Remix ควรที่จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อยกเว้นเกี่ยวกับงานล้อเลียน ฝ่ายที่สองเห็นว่า หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมของประเทศออสเตรเลียนั้นยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่จะทำให้การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งจะแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุนี้เอง การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงของประเทศออสเตรเลียนยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าจะได้รับการยกเว้นภายใต้หลักการการใช้งานที่เป็นธรรมได้หรือไม่

ในส่วนของประเทศไทย พบว่า ยังไม่มีแนวความเห็นทางวิชาการและคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับกรณีการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นว่าจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 32 หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นในทางวิชาการเกี่ยวกับการตีความมาตรา 32 ทั้งวรรคหนึ่งและวรรคสองที่เห็นว่าแม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การ Remix อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 32 อย่างชัดเจน แต่ถ้าหากการ Remix นั้นเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานต้นฉบับของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของ

⁵ ปณิธาน พูลทรัพย์, ปัญหาในการให้ความคุ้มครองในงานอันมีลักษณะเป็นการล้อเลียนผลงานต้นฉบับ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) 93.

ลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้วก็ได้ว่าการ Remix ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 วรรคแรก เพราะมาตรา 32 วรรคแรกเป็นบททั่วไปสามารถนำไปปรับใช้ได้กับ ทุกกรณี⁶

3. การให้ความคุ้มครองซึ่งลิขสิทธิ์

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีแนวทางการคุ้มครองงาน Remix โดยจัดอยู่ในรูปแบบของงานดัดแปลงตามมาตรา 103 โดยงาน Remix จะต้องสะท้อนถึงระดับที่อาศัยเนื้อหางานต้นฉบับ และไม่มีผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในเนื้อหางานต้นฉบับ นอกจากนี้ ความแตกต่างระหว่างงานต้นฉบับและงานดัดแปลงยังจะต้องเป็นเรื่องของความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญถ้าหากเป็นความแตกต่างเพียงเล็กน้อยก็ไม่ถือว่างานดังกล่าวจะเป็นงานดัดแปลง นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาว่างาน Remix นั้นจะต้องสร้างสรรค์ขึ้นโดยอิสระจากผู้สร้างสรรค์ปราศจากการคัดลอกมาจากผลงานอื่นและมีระดับของความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ที่เพียงพอโดยไม่คำนึงถึงปริมาณ คุณภาพและแรงงาน โดยอาจพิจารณาจากโครงสร้างของเพลง เช่น ทำนอง โน้ต จังหวะ เรียบเรียงเสียงประสานและคอร์ด หรืออาจพิจารณาจากโครงสร้างของเนื้อเพลง ถ้าปรากฏว่าโครงสร้างเพลงหรือเนื้อเพลงเป็นเรื่องทั่วไปไม่ได้มีลักษณะโดดเด่น ก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้ความคิดสร้างสรรค์อย่างเพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ประเทศอังกฤษ มีการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์โดยพิจารณาว่าผู้ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นจะต้องได้ใช้ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์โดยใช้ทักษะ แรงงาน วิจารณญาณ และความเป็นตัวตนของผู้สร้างสรรค์ ในการสร้างสรรค์งาน Remix ดังกล่าวขึ้น นอกจากนี้ยังจะต้องปรากฏว่างาน Remix จะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาต้นฉบับเดิม โดยผลงาน Remix จะต้องมีคุณภาพหรือลักษณะบางอย่างที่ผลงานต้นฉบับเดิม ไม่มี

ประเทศออสเตรเลียมีการให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์โดยจะต้องปรากฏว่าผู้สร้างสรรค์งาน Remix จะต้องได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งาน โดยผู้สร้างสรรค์ไม่จำเป็นต้องลงมือสร้างสรรค์ด้วยตนเอง อาจจะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใดๆ เป็นเครื่องมือช่วยในการสร้างสรรค์งานก็ได้

ในส่วนของประเทศไต้หวัน พบว่าผู้ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นจะต้องได้ใช้ความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์ด้วยตนเองประกอบกับใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งาน ทั้งยังต้องปรากฏว่าไม่ใช่งานทั่วๆ ไปที่มีอยู่ก่อนแล้วหรือเป็นเรื่องธรรมดา ดังนั้น หากผู้ Remix ไม่ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการสร้างสรรค์งานและงาน Remix นั้นเป็นแต่เพียงเรื่องธรรมดาทั่วๆ ไปแล้ว งาน Remix ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

⁶ อำนาง เนตยสุภา และ ชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2., 2558) 133-37.

ข้อเสนอแนะ

สำหรับประเทศปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์และปัญหาการให้ความคุ้มครองงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงที่เกิดจากการ Remix นั้น ประเทศไทยยังไม่มีขอบเขตสำหรับใช้พิจารณาอย่างชัดเจน จึงอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากเกี่ยวกับงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงโดยวิธีการ Remix นั้น ด้วยเหตุนี้ จากการที่ได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีมาแล้ว ผู้วิจัยจึงใคร่ขอเสนอแนวทางเพื่อให้ศาลใช้เป็นขอบเขตประกอบการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการ Remix งานดนตรีกรรมในกรณีใดบ้างเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และกรณีใดบ้างมิได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

1. กรณีนำเนื้อหาของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงต้นฉบับไปใช้ประกอบการ Remix ทั้งหมดโดยมิได้ดัดแปลงส่วนของงานต้นฉบับเลย ถือได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เพราะเนื้อหาซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับทั้งหมดย่อมติดไปกับงาน Remix ด้วยอย่างชัดเจน นอกจากนี้ งานที่เกิดขึ้นจากการ Remix ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพราะถือว่างานที่เกิดขึ้นนั้นผู้ Remix มิได้มีการแสดงความคิดสร้างสรรค์ หรือความคิดสร้างสรรค์ของผู้ Remix แต่ประการใด เช่น กรณีเพลง “ขึ้นรัก” ของวง The Impossible ได้มีการคัดลอกเอาทำนองทั้งหมดมาจากเพลงสากลชื่อ “Scarborough Fair” ของ ศิลปิน Simon and Garfunkel แล้วใส่เนื้อร้องเป็นภาษาไทย โดยทำนองที่นำไปใช้นั้นมิได้มีการดัดแปลงแต่อย่าง

ใด โดยหลักแล้วผลงานเพลงขึ้นรักย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เสมอเนื่องจากสาระสำคัญต่าง ๆ เช่น ทำนอง จังหวะ โครงสร้างของเพลงที่แสดงความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะได้ตกติดไปด้วย เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับและไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การนำทำนอง “Scarborough Fair” มาใส่คำร้องเพื่อการศึกษาโดยไม่ได้แสวงหากำไร เป็นต้น

2. กรณีนำเนื้อหาส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียงต้นฉบับไปใช้ประกอบการ Remix เพียงบางส่วนโดยมิได้ดัดแปลงส่วนของงานต้นฉบับเลย การจะพิจารณาว่างาน Remix จะละเมิดลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ ให้พิจารณาว่ามีการนำส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานไปใช้ในการ Remix งานหรือไม่ หากเป็นการนำส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับไปใช้ Remix ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ แต่ถ้าหากส่วนที่นำไปใช้ Remix นั้นมิใช่ส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับ ก็ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีวิธีการพิจารณาดังต่อไปนี้

ประการแรก ให้ศาลพิจารณาส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันเทิงเสียง โดยศาลอาจพิจารณาได้จากองค์ประกอบทางดนตรีต่างๆ ประกอบกัน กล่าวคือ พิจารณาจากท่อนฮุค (Hook) ท่วงทำนองหลัก (Melody) คีย์ (Key) จังหวะและความเร็ว (Tempo and rhythm) ความกลมกลืน (Harmony) บริบทและโครงสร้างของเพลง (Context and structure)

เป็นต้น แต่ถ้าเนื้อหาส่วนนั้นเป็นเพียงเรื่องธรรมดาที่บุคคลทั่วไปก็ย่อมสามารถรู้ได้หรือกระทำได้แล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญแต่อย่างใด เช่น เพลง Remix มีการนำเนื้อหาบางส่วนในท่อนสุกของต้นฉบับไปใช้ในการ Remix เช่นนี้อาจถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ถ้าเป็นการนำจังหวะมาร์ชซึ่งบุคคลทั่วไปย่อมรู้ได้ไปใช้ประกอบการ Remix ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะจังหวะมาร์ชเป็นเพียงจังหวะธรรมดาที่บุคคลทั่วไปรู้ได้และเป็นพื้นฐานของเรื่องดนตรี มิใช่เป็นจังหวะพิเศษที่ได้คิดค้นขึ้นใหม่แต่อย่างใด

ประการที่สอง ให้ศาลพิจารณาความคล้ายคลึงกันของผลงานต้นฉบับและผลงานที่เกิดจากการ Remix เปรียบเทียบกัน ถ้าผลงาน Remix มีความคล้ายคลึงกับผลงานต้นฉบับอย่างมากย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในผลงานต้นฉบับ แต่ถ้าหากไม่มีความคล้ายคลึงกันก็ย่อมไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยศาลอาจใช้วิธีดังต่อไปนี้

- ใช้วิธีทดสอบแนวคิดและความรู้สึกของงานเพลง กล่าวคือ ให้ศาลวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวความคิดพื้นฐานของงานต้นฉบับและงาน Remix เปรียบเทียบกัน โดยอาจกำหนดให้ฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดี ระบุงค์ประกอบหรือเนื้อหาของงานเพลงที่โจทก์เห็นว่าเป็นหัวใจของงานเพื่อให้เกิดเป็นรูปธรรม หรือให้ศาลวิเคราะห์โดยคำนึงว่าวิญญูชนคิดว่าผลงานต้นฉบับกับผลงาน Remix มีความคล้ายคลึงกันอย่างมากหรือไม่ โดยศาลอาจใช้วิธีพิจารณาเปรียบเทียบแบบแยกส่วนของเนื้อหาบางส่วน กล่าวคือ เนื้อหาส่วนที่ได้รับ

การคุ้มครองหรือไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายหรือเป็นเนื้อหาที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายออกจากกัน หรือศาลอาจใช้วิธีพิจารณาแบบไม่แยกส่วนในกรณีที่ไม่มีการซ้ำซ้อนกันของเนื้อหาบางส่วนอันมีลิขสิทธิ์ เป็นต้น เช่น โจทก์อาจระบุว่าคำร้องที่ว่า “MOJO” เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของผลงานโจทก์ซึ่งจำเลยได้นำคำร้องนี้ไปใช้ประกอบกับเนื้อหาอื่น ๆ ที่ใช้ Remix เพลงของจำเลย ศาลอาจใช้วิธีแยกพิจารณาเนื้อหาส่วนคำร้อง “MOJO” กับส่วนที่เป็นเนื้อหาที่จำเลยสร้างขึ้นออกจากกัน โดยคำร้อง MOJO เป็นถ้อยคำธรรมดาไม่ได้มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใด คำร้อง MOJO จึงไม่ได้เป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อจำเลยนำคำร้อง MOJO มาใช้ประกอบการ Remix จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์แม้จะปรากฏว่าส่วนของคำร้อง MOJO จะคล้ายคลึงกับงานต้นฉบับของโจทก์ก็ตาม

- ใช้วิธีทดสอบในเชิงคุณภาพและปริมาณของส่วนของงานต้นฉบับที่ถูกนำไปใช้ประกอบการ Remix กล่าวคือ ให้ศาลคำนึงถึงปริมาณของเนื้อหาส่วนต้นฉบับที่ถูกนำไปใช้ Remix ประกอบกับคุณภาพของงาน ซึ่งคุณภาพของงานนั้นศาลอาจพิจารณาจากความคิดสร้างสรรค์ของเจ้าของงานต้นฉบับ เช่น จำเลยได้นำเนื้อหาส่วนคำร้อง “MOJO” มาใช้ประกอบการ Remix หากพิจารณาแต่เพียงส่วนคำร้องว่า MOJO ที่ถูกนำไปใช้เพียงอย่างเดียวจะพบว่ามีปริมาณเนื้อหาของงานที่ต้นฉบับเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งทำให้การ Remix ของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่

หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าเนื้อหาทำนองว่า “MOJO” เป็นหัวใจสำคัญที่แสดงออกถึงความคิดสร้างสรรค์ของงานต้นฉบับ เช่นนี้ ศาลจะต้องพิจารณาถึงความคิดสร้างสรรค์ในทำนอง “MOJO” นั้นด้วยมิใช่ศาลจะคำนึงแต่ปริมาณคำร้องจำนวนเล็กน้อยเพียงอย่างเดียว เช่นนี้ ก็อาจจะทำให้การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับได้ แม้คำว่า “MOJO” จะเป็นเนื้อหาเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

สำหรับขอบเขตที่จะใช้พิจารณาการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์กรณีนำเนื้อหาของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงต้นฉบับไปใช้ประกอบการ Remix เพียงบางส่วนโดยมิได้ดัดแปลงส่วนใดของงานต้นฉบับนั้น ศาลอาจใช้วิธีพิจารณาเปรียบเทียบแบบแยกส่วนของเนื้อหา งาน กล่าวคือ แยกพิจารณาส่วนของงานต้นฉบับที่ถูกนำไปใช้กับส่วนงานที่จำเลยได้สร้างขึ้น เช่น ถ้าส่วนที่นำไปใช้ Remix เป็นส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับ แม้จะมีจำนวนเพียงเล็กน้อยก็ตาม แต่ถ้าส่วนของงานต้นฉบับนั้นเป็นส่วนที่เกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และไม่ถือว่าเป็นงาน Remix ที่จำเลยสร้างขึ้นนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เพราะงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเกิดจากการใช้ความคิดสร้างสรรค์มิใช่ละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น เป็นต้น แต่ถ้าส่วนที่นำไปใช้ Remix มิได้เป็นส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับและเมื่อพิจารณากับงานส่วนที่จำเลยได้สร้างขึ้น หากปรากฏว่างานที่จำเลยสร้างขึ้นนั้นเกิดจากความคิด

สร้างสรรค์ของจำเลยมิได้มีการลอกเลียนแบบงานต้นฉบับของผู้อื่น งาน Remix ของจำเลยย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3. กรณีนำเนื้อหาส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงต้นฉบับไปใช้ประกอบการ Remix โดยมีการดัดแปลงส่วนที่นำไปใช้ด้วย ให้ศาลใช้วิธีพิจารณาดังนี้

ประการแรก กรณีส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ถูกนำไปใช้และได้ Remix ยังคงแสดงถึงทักษะหรือความเป็นตัวตนของงานต้นฉบับอยู่ ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับและงาน Remix ที่เกิดขึ้นจากการดัดแปลงนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

ประการที่สอง กรณีส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ถูกนำไปใช้และได้ Remix ไม่ได้แสดงถึงทักษะหรือความเป็นตัวตนของงานต้นฉบับ ถือว่ามีได้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานต้นฉบับ และหากการ Remix นั้นได้แสดงออกถึงความคิดสร้างสรรค์หรือความวิริยะอุตสาหะของผู้ Remix ก็ทำให้ผู้ Remix ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงาน Remix ของตน

อย่างไรก็ตาม แม้การ Remix ในบางกรณีจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตามแต่ถ้าหากปรากฏว่าการ Remix นั้นต้องด้วยข้อยกเว้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ย่อมทำให้การ Remix ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และงาน Remix อาจได้รับความคุ้มครองหากปรากฏว่าผู้ Remix ได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนอย่างเพียงพอ

ซึ่งจากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ของประเทศไทยในกรณีของการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงนั้นยังมีความไม่ชัดเจนเพียงพอ เนื่องจากยังคงเป็นความเห็นในทางวิชาการ และไม่มีแนวคำพิพากษาซึ่งเป็นทางปฏิบัติวางบรรทัดฐานไว้ และเมื่อได้มีการศึกษาเปรียบเทียบกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่ได้ยอมรับว่าการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงให้อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ดี เมื่อการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงเป็นการดัดแปลงงานอย่างหนึ่งตามนิยามในมาตรา 4 ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าประเทศไทยไม่มีความจำเป็นต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่งบันทึกเสียงในส่วนของข้อยกเว้นนี้ แต่ผู้วิจัยขอเสนอแนวทางการพิจารณาคดีโดยให้ศาลตีความบทบัญญัติมาตรา 32 วรรคแรก ให้ครอบคลุมถึงการ Remix งานดนตรีกรรมและสิ่ง

บันทึกเสียงด้วย และ ในถ้อยคำที่ว่า “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” ควรจะใช้วิธีการตีความโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามคู่มือการใช้งานที่เป็นธรรมของกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์⁷ ดังต่อไปนี้

1. วัตถุประสงค์และลักษณะของการใช้งาน รวมถึงการใช้งานดังกล่าวไม่มีลักษณะทางการค้าหรือไม่แสวงหาผลกำไรเพื่อการศึกษา
2. ลักษณะของงานที่มีลิขสิทธิ์
3. จำนวนและสาระสำคัญของส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานที่มีลิขสิทธิ์โดยรวมและ
4. ผลกระทบของการใช้ประโยชน์ทางการตลาดที่อาจเกิดขึ้น หรือมูลค่าของงานที่มี “ลิขสิทธิ์” ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีต่อไปในอนาคต



⁷ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม (สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์) 10–11.

บรรณานุกรม

กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, คู่มือการใช้งานลิขสิทธิ์ที่เป็นธรรม “ก๊อป” แค่ไหนถึงไม่ผิด หรือแค่คิดก็ผิดแล้ว : ความซับซ้อนของลิขสิทธิ์” (2 พฤศจิกายน 2559) The MATTER <<https://thematter.co/rave/so-blur-about-music-lisence/11765>>.

Dailynews, แค้โสด ก๊อปเกาหลีทั้งคืน คนทำอมรับลอกมาจริง (16 เมษายน 2560) Dailynews <<https://www.dailynews.co.th/entertainment/568419>>.

Prepanod Nainapat, ครามา Mixtape วัฒนธรรมฮิปฮอปที่ถูกบิด กับข้อจำกัดด้านลิขสิทธิ์ที่ถูกเบือน (16 เมษายน 2560) RAP IS NOW (blog) <<https://www.rapisnow.com/blog/>>.

ปณิธาน พูลรักษ์, “ปัญหาในการให้ความคุ้มครองในงานอันมีลักษณะเป็นการล้อเลียนผลงานต้นฉบับ” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540)

ภัทรพร เย็นบุตร, “ข้อสังเกตบางประการในการคุ้มครองงานดนตรีกรรม” (2557) 5:1 วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.

อำนาจ เนตยสุภา และ ชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2558)





การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม : ศึกษาเฉพาะกรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

Determining Temporary Relief Methods Before Judgments in Environmental Administrative Cases in Thailand

ปฐมพงษ์ สิงห์แดง*

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาที่เหมาะสมกับคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไทย จากการศึกษาพบว่า การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยเฉพาะกรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม มีปัญหาสำคัญ 5 ประการ ได้แก่ การกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยศาล เงื่อนไขในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว อำนาจของตุลาการในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกของคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และการใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ซึ่งเกิดจากสาเหตุ 3 ประการ ได้แก่ หลักเกณฑ์ของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ศาลปกครองมักยึดติดกับกระบวนการพิจารณาคดีปกครองโดยทั่วไปซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่ถูกกำหนดเพื่อความยุติธรรมระหว่างคู่กรณีเท่านั้น จึงคำนึงถึงแต่สิทธิหน้าที่และผลกระทบระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่ายในคดี โดยมีได้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และกฎหมายไม่ได้ให้สิทธิของคู่กรณีในการใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งได้อย่างเต็มที่

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้วิจัยเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมให้ชัดเจน ควรมีการบัญญัติกฎหมายให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และบัญญัติให้คำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมีผลต่อบุคคลภายนอกที่เป็นเอกชนผู้ประกอบการได้โดยตรง รวมถึงการบัญญัติให้สิทธิการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวทั้งในกรณีที่เป็นคุณและเป็นโทษให้แก่คู่กรณี

คำสำคัญ : วิธีการชั่วคราว การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

Abstract

Temporary relief methods were determined before judgments in environmental administrative cases (EACs) in Thailand. Problems and solutions relevant to the Thai context were examined. Data was gathered by a study of the literature.

Results were that problems included temporary court relief; conditions for considering temporary relief; judicial power to consider temporary relief orders; commitment by external parties to temporary relief; and the right to appeal against temporary relief orders, in decreasing order of importance. Problems arise because temporary relief measures are not specically provided for administrative courts, where the process determining justice for parties unfolds. Taking into account rights and duties of both parties in cases, as well as effects upon them, without considering how specic characteristics of case rulings affects the environment and law fails to provide both parties with the potential to fully exercise their right to appeal.

These ndings suggest that clear rules should be established for temporary relief in EACs, including a law to determine authority to prescribe temporary relief orders and stipulate that such orders will be directed to private entrepreneurs. Such laws would include provision of the right to appeal against temporary relief orders, including for penalties assigned to both parties.

Keyword : Temporary Methods, Temporary Relief, Environmental Administrative Cases

บทนำ

คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเป็นกรณีที่รัฐใช้อำนาจทางปกครองในการอนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือกิจการใดซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือสุขภาพอนามัย ชีวitat ร่างกายทรัพย์สินของประชาชน ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายหรืออาจได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อให้รัฐกระทำการตามกฎหมายหรือยุติโครงการดังกล่าวนี้ได้ เมื่อกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสิ้นสุดลง ย่อมมีการกำหนดการบังคับคดีตามคำพิพากษานั้น ๆ ซึ่งมักจะเป็นการเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายและสิ่งแวดล้อมในภายหลัง นับเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ และเนื่องด้วยการพิจารณาพิพากษาคดีต้องใช้ระยะเวลายาวนานกว่าคดีจะถึงที่สุด ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองคู่กรณีอาจกระทำการอย่างใดที่เป็นการกระทบกระเทือนประโยชน์คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือสิ่งแวดล้อมอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและบุคคลภายนอกคดีได้ จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีแต่ละฝ่าย และสามารถยับยั้งการกระทำที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ รวมทั้งช่วยยับยั้งผู้ก่อมลพิษให้หยุดดำเนินการหรือกิจกรรมใดที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือประชาชนอีกด้วย

วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธีการ คือ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ซึ่งถูกบัญญัติตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หมวด 5 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ทั้งนี้ ลักษณะของคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่แล้วจะมีความเกี่ยวพันเฉพาะกับเรื่องของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว เพราะเป็นการฟ้องร้องเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไปตามที่กฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมกำหนด ผู้วิจัยจึงขอศึกษาเฉพาะในเรื่องของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเท่านั้น ส่วนการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นกรณีของการฟ้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมาย แม้จะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ประชาชนอย่างมากประการหนึ่ง¹ แต่มักไม่เกี่ยวข้องกับคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยตรง

เนื่องจากการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ก่อให้เกิดปัญหา

¹ ชัยสิริ มั่งศิริ, “ปัญหาการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในมาตรการบังคับทางปกครองศึกษาเฉพาะกรณีการบังคับชำระหนี้เงิน” (2560) 7:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 37, 40.

หลายประการตามที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ของผู้วิจัย อันทำให้แนวคำสั่งของศาลปกครองมิได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ในชั้นบทความนี้ ผู้วิจัยขอเสนอเฉพาะแต่ปัญหาประการสำคัญได้แก่ ประการแรก การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยศาลและปัญหาเงื่อนไขในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ประการที่สอง อำนาจของตุลาการในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ประการที่สาม ผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกของคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และประการสุดท้าย สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ไม่คุ้มครองสิทธิของกลุ่มที่ควร

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิดพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
2. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจากการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมิได้มีบทบัญญัติที่เป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ประกอบกับการนำหลักกฎหมายทั่วไปไปด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองและบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 1 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามายังบังคับใช้โดยอนุโลม ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของคดีสิ่งแวดล้อม จึงไม่สามารถแก้ไขเยียวยาผลกระทบต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาค้นคว้าถึงสภาพปัญหาในการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดยการนำหลักกฎหมายตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หมวด 5 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 1 วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา หลักกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หลักกฎหมายทั่วไปในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม และคำพิพากษาศาลปกครองโดยมุ่งเน้นในเรื่องของกระบวนการกำหนดวิธีการ

ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยเฉพาะกรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว เพื่อนำแนวคิดที่ได้มาสรุปเป็นแนวทางในการศึกษา วิเคราะห์ เพื่อปรับปรุงแก้ไขวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมให้มีความเหมาะสมต่อไป

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การนำวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามาใช้ในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
2. มีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. สามารถวิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมได้เป็นอย่างดี
4. สามารถแก้ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพื่อนำไปสู่การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมได้

วิธีการดำเนินงานวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้ใช้วิธีการศึกษาจากเอกสาร (documentary research) โดยการรวบรวมข้อมูลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หนังสือรายงานการศึกษาวิจัย และเอกสารทางวิชาการ

ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยมุ่งเน้นการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวรวมถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับกระบวนการกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด

บทวิเคราะห์

1. การกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยศาล

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66 วางหลักเกณฑ์ให้ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ ไม่ว่าจะมียุติสั่งจากคู่กรณีหรือไม่ก็ตาม ซึ่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากฎการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใด ๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ตามข้อ 69 วรรคสอง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หรือศาลอาจมีคำสั่งทุเลาได้โดยไม่ต้องมีคำขอของผู้ฟ้องคดี หากศาลเห็นว่ามิเหตุสมควรที่จะทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ตามข้อ 71 วรรคหนึ่งแห่งระเบียบเดียวกัน เห็นได้ว่า ทั้งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์ในที่

สอดคล้องกัน คือ ศาลมีอำนาจในการกำหนดการ
ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง
ไม่ว่าจะมีคำร้องขอของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ก็ตาม

ส่วนข้อ 75 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่
ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณา
คดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีอาจ
ยื่นขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการ
อย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการ
พิพากษา หรือคู่กรณีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่ง
กำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอใน
ระหว่างพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา
เท่านั้น ไม่ได้มีการกำหนดให้อำนาจศาลมีคำสั่ง
บรรเทาทุกข์ชั่วคราวเมื่อมีเหตุสมควรอย่างกรณี
การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักทั่วไปแล้ว ศาลจะไม่พิจารณา
พิพากษาหรือมีคำสั่งใด ๆ ที่เป็นการวินิจฉัยใน
เรื่องหรือประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีคำขอ หาก
ศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าว
ก็จะกลายเป็นการพิพากษาหรือมีคำสั่งเกินคำขอ
ซึ่งอาจจะไม่ตรงตามวัตถุประสงค์หรือความ
ต้องการของผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นหลักการที่เคร่งครัด
ในกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งที่คู่ความคือ
โจทก์และจำเลยต่างเป็นฝ่ายเอกชนที่มีฐานะเท่า
เทียมกัน ศาลเพียงแต่พิจารณาพิพากษาคดีความ
ไปตามคำฟ้อง คำให้การ และพยานหลักฐานต่าง ๆ
ที่คู่ความเสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเท่านั้น
อย่างเช่น มาตรา 142 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่ง อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้กำหนดข้อ
ยกเว้นไว้หลายกรณี เช่น ศาลอาจยกข้อกฎหมาย
อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน
ขึ้นพิจารณาพิพากษาได้เมื่อเห็นสมควร เป็นต้น

ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง
ประกอบไปด้วยหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณา
โดยคู่ความและหลักการแสวงหาความจริงโดย
ศาล บุคคลที่ถูกละเมิดโดยการกระทำของรัฐมี
อำนาจที่จะตัดสินใจโดยความรับผิดชอบของ
ตนเองว่า ตนจะนำกรณีที่ถูกละเมิดสิทธินั้นมา
ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลหรือไม่ ซึ่งเป็นหลักการ
กำหนดกระบวนการโดยคู่ความ และศาลปกครอง
ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ของรัฐ
บนหลักความชอบด้วยกฎหมาย การวินิจฉัยของ
ศาลปกครองจึงมีอาจจะให้อยู่ภายใต้การกำหนด
ทิศทางโดยคู่กรณีแต่เพียงอย่างเดียว เพื่อที่รักษา
ซึ่งหลักนิติรัฐและประโยชน์สาธารณะ²

หากพิจารณาถึงลักษณะของคดีปกครอง
เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่การกระทำที่อาจจะไม่ชอบ
ด้วยกฎหมายนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม
ด้วย แม้คู่กรณีไม่ได้เสนอคำขอให้ศาลกำหนด
วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา แต่ศาลก็ต้อง
คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมด้วย
เพราะเป็นหนึ่งในสิทธิของประชาชนทุกคนที่
รัฐธรรมนูญรับรอง ดังนั้น หากข้อเท็จจริงและ
พยานหลักฐานในคดีมีมูลและมีเหตุจำเป็น
เพียงพอที่ศาลสามารถมีคำสั่งกำหนดการบรรเทา

² บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน (กรุงเทพฯ: โครงการการดำรงและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) 229 – 231.

ทุกซ์ชั่วคราวได้แล้ว ศาลปกครองในฐานะองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็มีอำนาจกำหนดคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้เอง อีกทั้งคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด ในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ข้อ 4 ได้วางหลักเกณฑ์ต่อการดำเนินการพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในปัจจุบัน และหรืออาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในอนาคต ศาลปกครองพึงพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยไม่ต้องรอให้ผู้ฟ้องคดีร้องขอ ย่อมเป็นข้อสนับสนุนอีกประการหนึ่งที่ศาลมีอำนาจกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้เอง

อนึ่ง การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ศาลปกครองได้มีหลักเกณฑ์ที่ยึดถืออย่างเคร่งครัดว่า กรณีการทะเลาะกันบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองอาจมีได้ในการพิจารณาฟ้องต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนกรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวศาลอาจสั่งได้ในกรณีอื่น ๆ ที่มีใช้การฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง³ ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลไม่ควรยึดถือหลักเกณฑ์การแบ่งแยกวิธีการชั่วคราวตามแต่ละประเภทคดีดังกล่าวอย่างเคร่งครัดนัก เนื่องจากกฎหมายได้ให้อำนาจศาล

กำหนดวิธีการชั่วคราวได้เองไว้แล้ว ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 5/2559 ที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีควบคุมเรื่องกลิ่นสุกรไม่ให้ส่งกลิ่นเหม็นรบกวนคนในชุมชน เป็นต้น หากข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำฟ้องและคำขอจากการพิจารณาเข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ ศาลก็ควรมีคำสั่งตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ มิใช่มีคำสั่งไม่รับหรือยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้นเสีย เพราะผู้ฟ้องคดีจะต้องใช้เวลาในการทำคำขอทุเลากฎหรือคำสั่งทางปกครองใหม่ต่อศาลทำให้การพิจารณายืดเยื้อออกไป และเป็นการใช้วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาอันเป็นเครื่องมือหนึ่งของศาลในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้อย่างเต็มที่

2. เจื่อนไขในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ตามข้อ 77 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดให้นำความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม เท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้ และโดยไม่ขัดกับระเบียบดังกล่าวและหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลปกครองได้อาศัยเจื่อนไขในการพิจารณาคำสั่ง

³ ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ 8, 2561) 185.

กำหนดการบรรเทาทุกข์ประกอบกัน 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) คดีต้องมีมูล

มาตรา 255 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้กรณีจะต้องเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าคดีต้องมีมูล ศาลจึงจะกำหนดวิธีการชั่วคราวได้ ในการวินิจฉัยของศาลว่าคดีมีมูลหรือไม่ ศาลอาจวินิจฉัยได้จากหลายกรณี เช่น การที่ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ กส. 1/2558 และที่ 16/2556) การกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีต่อไปในทางที่มีชอบด้วยกฎหมาย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 83/2557) เป็นต้น

(2) มีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามที่ขอนั้นมาใช้ได้

เหตุเพียงพอที่ศาลใช้ในการพิจารณาเป็นกรณีตามมาตรา 255 (2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีตั้งใจจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด การผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือผู้ฟ้องคดีจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องต้องบรรยายให้ศาลเห็นถึงการกระทำที่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว มิฉะนั้นแล้วศาลก็จะไม่กำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ตามคำขอ

ในข้อพิพาทคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม นอกจากจะส่งผลกระทบถึงสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยตรงแล้ว ในบางกรณียังส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีและสิ่งแวดล้อมอีกด้วย

(คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 16/2555 และ 535/2551) การที่ศาลได้พิจารณาถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและบุคคลภายนอกก็เพื่อเป็นเหตุผลที่หนักแน่นยิ่งขึ้นในคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ซึ่งเป็นผลที่มากกว่าการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีแพ่งที่มีผลกระทบต่อโจทก์แต่เพียงผู้เดียว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่ากรณีมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษามาตามที่ขอนั้นมาใช้ได้ ควรจะมีเหตุในทางผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย และอาจนำเอาหลักระวังไว้ก่อนมาใช้ กล่าวคือ เพียงแต่คาดหมายได้ว่าอาจเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมก็ควรให้มีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไว้ก่อน

(3) ต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐ

หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นไปตามมาตรา 66 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากแนวคำสั่งเกี่ยวกับการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวส่วนใหญ่แล้วศาลมิได้พิจารณาในหลักเกณฑ์อย่างเคร่งครัดเนื่องจากการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมักเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร กระทำละเมิดหรือมีความรับผิดชอบอื่นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือการละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากศาล

ได้มีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ย่อมเป็นการมุ่งหมายให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นกระทำการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของตนและมีได้เป็นปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การเปรียบเทียบผลที่จะเกิดขึ้นระหว่างกรณีศาลปกครองมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอวิธีการชั่วคราวกับกรณีที่จะยกคำขอนั้นจากการคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐ ซึ่งเป็นการพิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแห่งข้อพิพาทเท่านั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกฟ้องคดีมักไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายเป็นการส่วนตัว แต่โดยลักษณะของคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การระงับการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมบางอย่างของผู้ถูกฟ้องคดี หากผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายปกครองที่ก่อมลพิษโดยตรง กฎหมายก็ได้กำหนดให้ศาลมีการเปรียบเทียบผลของวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว แต่หากผู้ก่อมลพิษเป็นผู้ประกอบการเอกชนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคดีกล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะยื่นว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรกระทำละเมิดหรือมีความรับผิดชอบอื่นจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรตามที่

กฎหมายกำหนด ซึ่งการกระทำเหล่านี้ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงได้ขอต่อศาลให้กำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาที่มีผลเป็นการระงับการดำเนินกิจกรรมของบุคคลภายนอกดังกล่าว ซึ่งหากศาลมีคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้วย่อมมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่เป็นผู้ประกอบการเอกชนที่จะได้รับความเดือดร้อนยิ่งกว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกฟ้องคดีเสียอีก (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2559)

ผู้วิจัยเห็นว่า เจื่อนใจในการพิจารณาคำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในประการที่ (2) เหตุเพียงพอนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษามาใช้นั้นมาใช้ได้ และประการที่ (3) คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐนั้น ศาลควรพิจารณาถึงผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดี หากเป็นฝ่ายผู้ฟ้องคดีก็ควรพิจารณาถึงประชาชนและสิ่งแวดล้อมที่อาจได้รับผลกระทบ หากเป็นฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีควรพิจารณาถึงผู้ประกอบการเอกชนด้วย

3. อำนาจของตุลาการในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ในชั้นของการพิจารณาเจื่อนใจในการรับหรือไม่รับคำขอให้ศาลกำหนดวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว หากตุลาการเจ้าของสำนวนพิจารณาแล้วเห็นว่าคำขอนั้นสอดคล้องกับเจื่อนใจที่กฎหมายกำหนด ก็จะทำการรับคำขอไว้พิจารณา แต่หากเห็นว่าข้อเท็จจริงไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

ตุลาการเจ้าของสำนวนก็จัดทำร่างคำสั่งไม่รับคำขอกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเพื่อเสนอต่อองค์คณะและเพื่อให้ร่วมพิจารณาลงนามในคำสั่งดังกล่าว ซึ่งมีขั้นตอนการเสนอให้องค์คณะพิจารณาเช่นเดียวกันกับกรณีของการเสนอคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ตามข้อ 37 วรรคสอง ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ในชั้นของการพิจารณาเงื่อนไขในเนื้อหาแห่งคำขอการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว การพิจารณาต้องกระทำโดยองค์คณะ โดยไม่ต้องมีคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เว้นแต่องค์คณะจะเห็นสมควรให้มีคำแถลงการณ์โดยจะกระทำด้วยวาจาก็ได้ ตามข้อ 76 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 แต่ไม่ได้มีการกำหนดว่าศาลจะต้องทำการไต่สวนหรือไม่ จึงต้องนำมาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 256 บังคับใช้โดยอนุโลมตามข้อ 77 โดยกรณีที่ศาลจะไต่สวน หากเห็นว่าการให้ออกาสผู้ถูกฟ้องคดีคัดค้านก่อนจะไม่เสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี การไต่สวนหรือไม่จึงเป็นดุลพินิจของศาล

ดังนั้น กระบวนการพิจารณาคำขอให้ศาลกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวทั้งในกรณีที่มิคำสั่งไม่รับคำขอการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว กรณีที่ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวและกรณีที่ศาลยกคำขอการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะต้องอาศัยคำสั่งที่ลงนามโดยขององค์คณะ

หากพิจารณาหลักกฎหมายตามมาตรา 61 (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองนายเดียวซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะมีอำนาจไต่สวนหรือมีคำสั่งในเรื่องใดที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดี ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การย้ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 10 กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองซึ่งได้รับมอบหมายจากองค์คณะมีอำนาจไต่สวนหรือมีคำสั่งในเรื่องที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ และข้อ 11 ในการดำเนินการเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน ถือว่าตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากองค์คณะให้ใช้อำนาจตามมาตรา 61 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบตน และในคดีแพ่ง ผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นเพียงนายเดียรมีอำนาจไต่สวนและวินิจฉัยชี้ขาดคำขอกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1452/2524) ซึ่งเป็นไปตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 25 (1) อีกทั้ง ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นหน้าที่ของประธานศาลปกครอง (President of the Court) มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

อย่างทันทั่วทั้งที่ และสามารถมอบอำนาจให้ผู้พิพากษาท่านอื่นพิจารณาแทนได้ ผู้พิพากษาที่พิจารณาคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวต้องไม่เป็นผู้พิพากษาในคดีหลัก ด้วยเหตุผลว่าหากให้ผู้พิพากษาในคดีหลักมีอำนาจพิจารณาคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวด้วย อาจทำให้เกิดอคติในการใช้ดุลพินิจได้ และกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ค.ศ. 1991 ของประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดให้การพิจารณาออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเป็นอำนาจของผู้พิพากษาสิ่งแวดล้อมหรือผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเพียงคนเดียว หากศาลพิจารณาแล้วว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน

ผู้วิจัยเห็นว่า การให้อำนาจศาลได้พิจารณามีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ถือได้ว่าเป็นการกำหนดขั้นตอนที่ใช้เวลาในการดำเนินการ การพิจารณาการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมิได้เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี แต่เป็นเพียงการที่กฎหมายให้การคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีไว้ชั่วคราวระหว่างการพิจารณาตัดสินคดีความ ตุลาการเจ้าของสำนวนจึงควรเป็นผู้มีอำนาจในกระบวนการพิจารณาวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ทั้งการออกคำสั่งไม่รับคำขอให้ศาลกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว การออกคำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และการยกคำขอให้ศาลกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว เพราะเมื่อเป็นอำนาจของตุลาการเจ้าของสำนวนแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนสามารถมีคำสั่งไปได้ในทันทีที่ได้พิจารณาคำร้องขอดังกล่าว ซึ่งจะช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในการมี

คำสั่งเกี่ยวกับคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาเป็นไปอย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น อีกทั้งในศาลปกครองได้มีการจัดองค์คณะที่มีความเชี่ยวชาญในประเภทคดีด้านใดด้านหนึ่งเป็นการเฉพาะ และมีการจ่ายสำนวนคดีให้ตรงกับความเชี่ยวชาญแต่ละองค์คณะ ตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ตุลาการเจ้าของสำนวนจึงเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพียงพอต่อการวินิจฉัยคำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

4. ผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกของคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

คดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมีลักษณะของข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณี 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้ฟ้องคดีที่ได้รับหรืออาจจะได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ่งแวดล้อมของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่ถูกกล่าวหาว่ามิได้กระทำการให้เป็นไปตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม และฝ่ายผู้ก่อให้เกิดมลพิษซึ่งอาจเข้ามาในคดีในฐานะผู้ร้องสอดหรือผู้ถูกฟ้องคดี กล่าวคือ ผู้ที่กระทำการให้เกิดมลภาวะซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นเอกชนที่เป็นผู้ประกอบการ โดยมีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ออกไปอนุญาตในการประกอบกิจการหรือควบคุมตรวจสอบผู้ประกอบการไม่ให้กระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หากเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือ

เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่อำนาจเกี่ยวกับ
สิ่งแวดล้อมนั้นเป็นผู้ก่อมลพิษเสียเอง คดีก็จะมีคู่
กรณีเพียง 2 ฝ่าย คือ ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ
วิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 66 กำหนดให้ศาล
ปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการ
ชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทาง
ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติ
ได้ และคำแนะนำของประธานศาลปกครองสูงสุด
ในการดำเนินคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
ข้อ 5 วางหลักเกณฑ์ให้กรณีที่ศาลมีคำสั่งกำหนด
มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้
หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ
ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ศาลกำหนด
ศาลเพียงมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ศาลที่เกี่ยวข้องกับ
การบังคับคดีไปติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตาม
คำสั่งศาลและรายงานให้ศาลทราบเป็นระยะ หาก
ปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนคำสั่งศาล ให้ศาลดำเนินการ
ตามที่เห็นสมควรเพื่อให้คำสั่งกำหนดมาตรการ
หรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษามีผล
ทำให้ในคดีที่มีฝ่ายที่ 3 ที่เป็นหน่วยงานทาง
ปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อมลพิษและมิได้
มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่
ศาลก็มีอำนาจคำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อน
การพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองและ
เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อมลพิษนั้นปฏิบัติตามโดยตรง
และกฎหมายก็ยังได้กำหนดโทษแก่หน่วยงานทาง
ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ปฏิบัติตาม
คำสั่งศาลนั้นด้วย ตามมาตรา 75/4 พระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง
พ.ศ. 2542

แต่ในกรณีที่ฝ่ายที่ 3 ในคดีเป็นผู้ประกอบการ
เอกชน กฎหมายมิได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจ
ออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้
เอกชนปฏิบัติตามได้ ศาลจึงต้องมีคำสั่งวิธีการ
ชั่วคราวในลักษณะของการบังคับให้หน่วยงาน
ทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้ถูกฟ้อง
คดีคอยควบคุมให้เอกชนปฏิบัติตามอีกทอดหนึ่ง
แม้ว่าเอกชนผู้ก่อมลพิษจะถูกเรียกเข้ามาในคดี
แล้วก็ตาม ซึ่งมีผลให้กระบวนการกำหนดวิธีการ
ชั่วคราวก่อนการพิพากษามีความล่าช้าออกไป
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 10/2559, คส.
5/2559 และ 16/2555) แต่ในบางกรณีศาลได้มี
คำสั่งกำหนดให้เอกชนปฏิบัติตามคำสั่งกำหนดวิธีการ
ชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยตรง (คำสั่งศาล
ปกครองสูงสุดที่ 349/2557 และ 535/2551)

ผู้วิจัยเห็นว่า คำสั่งกำหนดการบรรเทา
ทุกข์ชั่วคราวที่ศาลจะต้องกำหนดให้หน่วยงาน
ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งและคอย
ควบคุมให้เอกชนกระทำตามคำสั่งนั้น เป็นการ
ยุ่งยากที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของคำสั่งศาลบรรลุ
วัตถุประสงค์ เพราะต้องอาศัยฝ่ายปกครองที่เป็น
ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งอีกครั้ง คำสั่งกำหนดวิธีการ
ชั่วคราวจึงจะมีผลเป็นการยุติการกระทำของ
เอกชนผู้ก่อมลพิษ ซึ่งทำให้เกิดความล่าช้าในการ
มีผลของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ทั้งๆ ที่เอกชน
มักจะเข้ามาสู่ในคดีแล้วในฐานะผู้ร้องสอดหรือ
ผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว ศาลจึงควรมีอำนาจในออกคำสั่ง
กำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวต่อเอกชนได้
โดยตรง เพราะคำสั่งของศาลย่อมสภาพบังคับ
และสร้างความเข้มแข็งต่อเอกชนมากกว่าคำสั่งของ
ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการ

บังเกิดผลของวิธีการชั่วคราวและสะดวกต่อการบังคับคดีตามคำสั่งของศาล จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้ศาลสามารถออกคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้เอกชนปฏิบัติได้โดยตรง และควรมีการกำหนดโทษแก่เอกชนที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลนั้นด้วย

5. ปัญหาในการใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

5.1 กรณีศาลมีคำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

คำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาล ผู้มีส่วนได้เสียสามารถอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งหรือทราบคำสั่งศาล ตามข้อ 76 วรรคสาม ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพื่อให้ศาลปกครองสูงสุดได้กลั่นกรองคำสั่งดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายของคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” ไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1/2544 และ 3/2544 ว่าหมายถึงผู้ถูกฟ้องคดี หรือ บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากผลของคำสั่งที่ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งได้แก่ หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกฟ้อง หรือบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีที่ถูกเรียกเข้ามาในคดีหรือเข้ามาโดย

การร้องขอ และบุคคลภายนอกที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ มิใช่ผู้ขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีส่วนได้เสียตามความหมายดังกล่าว ย่อมไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้⁴ ดังนั้น แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะยื่นคำขอ กำหนดวิธีการชั่วคราวต่อศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งอนุญาตวิธีการชั่วคราวนั้นแต่บางส่วน กล่าวคือ ศาลอนุญาตให้ไม่เต็มตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้ กรณีอาจทำให้เกิดความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่ยังคงไม่ได้รับการดูแลหรือบรรเทาความเสียหายได้ทั้งหมด เนื่องจากคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นยังคงไม่สามารถถูกตรวจสอบหรือกลั่นกรองในเรื่องมูลพินิจและความเหมาะสมโดยศาลปกครองสูงสุดอีกครั้ง ผู้ฟ้องคดีจึงยังไม่ได้ได้รับความเสียหายต่อไป ซึ่งตามกฎหมายประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศออสเตรเลีย นั้นสามารถที่จะอุทธรณ์คำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวต่อศาลสูงเพื่อตรวจสอบอีกครั้งได้ ผู้วิจัยเห็นว่าการมีคำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยศาลปกครองชั้นต้นควรถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครองสูงสุด และควรปรับเปลี่ยนแนวทางการตีความของคำว่า ผู้มีส่วนได้เสีย ที่ศาลปกครองสูงสุดเคยตีความวางหลักกฎหมายไว้ โดยให้หมายความรวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย เพราะจะทำให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดี

⁴ ธีษพร พิงพุ่มแก้ว, การดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) 174.

ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเป็นไปได้ว่ามีประสิทธิภาพ

อนึ่ง การกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ในกรณีของการอุทธรณ์การบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง หากมีการอุทธรณ์คำสั่งอุทธรณ์การบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของศาลชั้นต้น และผู้อุทธรณ์มีคำขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งระงับคำสั่งอุทธรณ์การบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของศาลชั้นต้นดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราว ถ้าศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำสั่งอุทธรณ์การบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ทำให้หรือจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อสิทธิของผู้อุทธรณ์ ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจสั่งระงับคำสั่งอุทธรณ์การบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองชั้นต้นไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลปกครองสูงสุดจะมีคำสั่งอุทธรณ์นั้น ตามข้อ 115 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 แต่ในกรณีของคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว มิได้มีกฎหมายกำหนดการอุทธรณ์การบังคับไว้ ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำสั่งนั้น จากการศึกษาพบข้อเท็จจริงว่า มีหลายกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งกลับหรือแก้คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลชั้นต้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 305/2547, 395/2554, 508/2558 และ 531/2559) อีกทั้งกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดนั้นใช้ระยะเวลาพอสมควร ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ควรมีการกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาล ผู้อุทธรณ์สามารถขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งอุทธรณ์การบังคับตามคำสั่งนั้นไว้ชั่วคราวจนกว่าจะได้มีคำสั่งอุทธรณ์นั้นได้

เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้อุทธรณ์นั้นได้รับผลกระทบจากคำสั่งของศาลนานเกินควร

5.2 กรณีศาลไม่มีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งยกคำขอให้กำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ให้ถือเป็นที่สุด ตามข้อ 76 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การมีผลเป็นที่สุดของคำสั่ง ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้ แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะสามารถยื่นคำขอดังกล่าวต่อศาลได้ใหม่ก็ตาม แต่ในการยื่นคำขอไปใหม่นั้นต้องเป็นกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงใหม่หรืออ้างเหตุพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากคำขอเดิม ซึ่งหากศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจริง ก็ไม่ถือเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 16/2555)

ในกรณีที่ปรากฏว่าคำขอของผู้ฟ้องคดีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใหม่เกิดขึ้น ผู้ฟ้องคดีก็ไม่สามารถยื่นคำขอกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาเพื่อให้ศาลพิจารณาใหม่อีกครั้งได้ เพราะจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ ตามข้อ 96 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ผู้ฟ้องคดียังคงได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองนั้น ๆ ต่อไป ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีจึงไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขหรือบรรเทา ทำให้วิธีการ

ชั่วคราวก่อนการพิพากษาไม้อาจจะคุ้มครองสิทธิ
ของประชาชนจากเหตุแห่งการฟ้องคดีได้

ตามกฎหมายเยอรมัน กฎหมาย
ออสเตรเลีย และกฎหมายนิวซีแลนด์ ต่างก็
กำหนดให้คู่กรณีสามารถที่จะอุทธรณ์คำสั่งไม่รับ
หรือยกคำขอให้กำหนดวิธีการชั่วคราวต่อศาลสูง
เพื่อตรวจสอบอีกครั้งได้ โดยอาจเป็นการตรวจ
สอบโดยองค์คณะในกฎหมายเยอรมันหรือโดย
ผู้พิพากษาเพียงนายเดียวในกฎหมายนิวซีแลนด์
ในกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวจึงควรได้รับ
การตรวจสอบจากศาลปกครองสูงสุดอีกครั้งหนึ่ง
เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้อย่างมี
ประสิทธิภาพและเป็นธรรมยิ่งขึ้น

บทสรุป

การที่ศาลปกครองจัดตั้งแผนกคดี
สิ่งแวดล้อมขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการประมวล
องค์ความรู้ของลักษณะคดีที่เป็นเรื่องเฉพาะทาง
ด้านสิ่งแวดล้อมและเป็นการพัฒนาบุคลากรใน
กระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมให้สามารถ
รองรับกับจำนวนคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
ที่มีมากขึ้นในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม กระบวนการ
พิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมมิได้มีบทบัญญัติ
ที่แตกต่างไปจากคดีปกครองโดยทั่วไป โดย
เฉพาะวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณี
การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว จึงทำให้เกิดปัญหาใน
กระบวนการพิจารณาของศาลที่ไม่สอดคล้องต่อ
ลักษณะเฉพาะของคดีสิ่งแวดล้อม ซึ่งเกิดจาก
สาเหตุหลัก 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก หลักเกณฑ์ของการบรรเทา
ทุกข์ชั่วคราวมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ
กล่าวคือ การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครอง
เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม มีลักษณะเฉพาะที่จำต้องม
ีการพิจารณาที่แตกต่างจากการบรรเทาทุกข์ใน
คดีปกครองทั่วไป แต่ในการพิจารณาการบรรเทา
ทุกข์ชั่วคราวในปัจจุบันได้อาศัยหลักเกณฑ์เดียว
กับการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองทั่วไป
ที่มีการนำวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาตาม
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีหลัก
การพื้นฐานทางกฎหมายต่างกันมาบางประการมา
บังคับใช้โดยอนุโลม ประกอบกับหลักเกณฑ์ของ
การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเองที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน
จึงส่งผลต่อการพิจารณาเงื่อนไขของคำสั่งกำหนด
การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว การมีผลของคำสั่งกำหนด
การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว การใช้การตีความกฎหมาย
ของศาลปกครองจึงเป็นไปด้วยความยุ่งยากและมี
ความซับซ้อน ดังจะเห็นได้จากแนวคำสั่งของศาล
ปกครองที่ตีความและใช้กฎหมายไม่ตรงกัน

ประการที่สอง ศาลปกครองอาจยึดติด
กับกระบวนการพิจารณาคดีปกครองโดยทั่วไปซึ่ง
เป็นกระบวนการพิจารณาที่ถูกกำหนดเพื่อความ
ยุติธรรมระหว่างคู่กรณีเท่านั้น จึงคำนึงถึงแต่สิทธิ
หน้าที่และผลกระทบระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย
ในคดี โดยมีได้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของคดี
ปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ส่งผลกระทบต่อ
สิ่งแวดล้อมซึ่งจะต้องมีการพิจารณาโดยเร่งด่วน
และส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกคดี
ที่กฎหมายได้ให้การรับรองและคุ้มครองอย่าง
เท่าเทียมกันกับคู่กรณี ทำให้ศาลชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบ

เทียบผลกระทบของคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระหว่างคู่กรณีเท่านั้น คำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจึงไม่อาจอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้อย่างแท้จริง

ประการสุดท้าย หลักเกณฑ์ของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ได้กำหนดผลให้เป็นที่สุดในศาลปกครองชั้นต้น ทั้งกรณีคำสั่งไม่รับคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และคำสั่งยกคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ทำให้กระบวนการพิจารณาและดุลพินิจของศาลปกครองชั้นต้นมิได้ถูกทบทวนและตรวจสอบจากศาลปกครองสูงสุด ซึ่งในหลายกรณีศาลปกครองสูงสุดก็มิได้เห็นพ้องด้วยกับศาลปกครองชั้นต้น สิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาจึงไม่ได้รับความคุ้มครองได้อย่างเต็มที่

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายไทย วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของต่างประเทศ และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพื่อให้การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมสามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้อย่างแท้จริง ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. สำหรับการกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยศาลและเงื่อนไขในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ควรมีการบัญญัติ

กฎเกณฑ์ของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมให้ชัดเจนแน่นอน โดยไม่ควรนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม เพราะจะยิ่งสร้างความซับซ้อนในการใช้กฎหมายทั้งต่อศาลปกครองและคู่กรณี

2. สำหรับอำนาจของตุลาการในการพิจารณาคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ควรมีการบัญญัติกฎหมายให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณารับหรือไม่รับคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และในการพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวหรือไม่ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเป็นไปโดยรวดเร็ว

3. สำหรับผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกของคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ควรมีการบัญญัติให้คำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมีผลต่อบุคคลภายนอกที่เป็นเอกชน ผู้ประกอบการ เพื่อให้ศาลสามารถบังคับให้เอกชนผู้ก่อมลพิษปฏิบัติตามคำสั่งศาลได้โดยตรง

4. สำหรับการใช้สิทธิอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งกำหนดบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ควรมีการบัญญัติสิทธิการอุทธรณ์ได้แย้งให้แก่คู่กรณี ทั้งการอุทธรณ์ได้แย้งในกรณีที่ศาลมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่รับหรือยกคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว และศาลปกครองควรจะตีความผู้มีส่วนได้เสียให้มีหมายรวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย เพื่อให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งกำหนดการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

บรรณานุกรม

ชัยลรี มั่งศิริ, “ปัญหาการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในมาตรการบังคับทางปกครอง ศึกษาเฉพาะกรณีการบังคับชำระหนี้เงิน” (2560) 7:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.

ธัญพร ฟุ้งพุ่มแก้ว, การทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555).

บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547).

ฤทัย หงส์ศิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ 8, 2561).





การกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้ซื้อบริการทางเพศ

Criminalization of the Purchase of Sexual Services

บุญญาพร บรรพหาร*

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางการสร้างมาตรการทางกฎหมายเพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศและมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยทำการศึกษาจากกฎหมายและวิธีดำเนินการจากประเทศสวีเดน และศึกษาวิธีการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดฐานซื้อบริการทางเพศจากกฎหมาย ประเทศฝรั่งเศส รวมถึงวิธีการเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศทางอินเทอร์เน็ตตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งวิเคราะห์สภาพปัญหาของสังคมไทยในเรื่องของการค้าบริการทางเพศ เพื่อให้ได้แนวทางในการที่จะเสนอกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้เข้ากับบริบทของประเทศไทยมากที่สุด

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศโดยเฉพาะ หากแต่มีกฎหมายอาญาในเรื่องของการกระทำความผิด ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อผู้เยาว์ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้นจึงจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศได้ และยังมีกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศในบางกรณี อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่รัฐยังประสบปัญหาหลายประการไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการทุจริต ขบประมาณไม่เพียงพอ ประสบปัญหากับผู้มีอิทธิพลต่างๆ จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถจัดการกับปัญหาการค้าบริการทางเพศให้ลุล่วงไปได้

ดังนั้น ประเทศไทยควรสร้างมาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศโดยเฉพาะ และควรยกเลิกกฎหมายที่กำหนดความผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศ และควรศึกษาบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานซื้อบริการทางเพศเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม รวมถึงควรสร้างการรณรงค์เพื่อปลูกจิตสำนึกให้สังคมรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าวด้วย

คำสำคัญ : ผู้ซื้อบริการทางเพศ แนวคิดนอร์ดิก การค้าบริการทางเพศ

*นักศึกษาลัทธิสุตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



Abstract

This research aims to study the guidelines for the creation of legal measures to take offense to the sex service buyer and study the measures of law enforcement by the government officials for optimum performance. By doing a study the laws and procedures from Sweden and study the methods of punishment against offenders of sexual service from France, including study the methods of criminalize the buyer of sexual service on internet from America. The study also analyse the problems of Thai society in the matter of sexual service trade to provide guidance on how to propose relevant laws to the context of Thailand.

According to the studies, it has been found that Thailand has no criminal law to criminalized the sex service buyers. But, there is a criminal law in the matter of sexual assault which is only applies to people who are under 18 years of age to be able to apply for sexual service buyers. There are also criminal laws against sexual service traders in some cases. In addition, the law enforcement by government officials still has many problems such as corruption, insufficient budget and experience problems with influential people. This is why the sexual service problems in Thailand cannot be accomplished.

Therefore, Thailand should create criminal legal measures to punish the sex service buyers and should see the penalties for those who commit to the sexual service to make the most benefit for the society. And should create a campaign to raise the awareness of society as well as government officials to see the importance of such issues.

Keywords : buyer of sex services, Nordic model, sex services

บทนำ

การค้าบริการทางเพศเป็นปัญหาทางสังคมประเภทหนึ่งที่ทุกประเทศให้ความสำคัญในการแก้ไขปัญหาเป็นอย่างมาก ในปัจจุบันประเทศไทยมีการเพิ่มอัตราผู้ค้าบริการทางเพศอย่างต่อเนื่องและมีเงินหมุนเวียนในตลาดมืดจากการค้าบริการทางเพศมีมูลค่าประมาณ 6,400,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ¹ ซึ่งทุกประเทศต่างหาวิธีจัดการปัญหาการค้าบริการทางเพศโดยใช้วิธีที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศตนเองที่สุด วิธีที่ประเทศไทยใช้ในปัจจุบันโดยอาศัยจากแนวคิดยกเลิกการค้าบริการทางเพศ ซึ่งเป็นแนวคิดที่กำหนดให้ผู้ค้าบริการทางเพศที่ประกอบอาชีพด้วยตนเองไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญา แต่จะมีการกำหนดความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พุทธศักราช 2539 หากผู้ค้าบริการทางเพศได้กระทำการดังต่อไปนี้

1. การเข้าติดต่อ ชักชวน แนะนำตัวติดตาม หรือรับเร้าบุคคลตามถนนหรือสาธารณะสถาน หรือกระทำการดังกล่าวในที่อื่นใด เพื่อการค้าประเวณีอันเป็นการเปิดเผยและน่าอับอาย หรือเป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณชน (มาตรา 5)²

2. การเข้าไปมั่วสุมในสถานการค้าประเวณี เพื่อประโยชน์ในการค้าประเวณีของตนเองหรือผู้อื่น (มาตรา 6)³

3. การโฆษณาหรือรับโฆษณา ชักชวนหรือแนะนำด้วยเอกสารสิ่งพิมพ์ หรือกระทำให้แพร่หลายด้วยวิธีใดไปยังสาธารณะที่เห็นได้ว่าเป็นการเรียกร้องหรือการติดต่อเพื่อการค้าประเวณีของตนเองหรือผู้อื่น (มาตรา 7)⁴

รวมถึงมีการกำหนดความผิดทางอาญาแก่ผู้จัดหา ผู้ประกอบการค้าบริการทางเพศ หรือผู้ที่แสวงหาผลประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศ

อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการค้าบริการทางเพศได้ หากมีการศึกษาตั้งแต่ในอดีตประเทศไทยเคยใช้แนวคิดการจดทะเบียนการค้าบริการทางเพศในการแก้ปัญหาดังกล่าว โดยในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการออกพระราชบัญญัติป้องกันสัจจรโรครัตนโกสินทรศก 127 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกในการแก้ไขปัญหาการค้าบริการทางเพศโดยกำหนดให้ผู้ค้าบริการทางเพศต้องจดทะเบียนหรือรับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานก่อนที่จะประกอบอาชีพ รวมถึงมีการตรวจสุขภาพเพื่อป้องกันโรคที่สามารถติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งการใช้แนวคิดการจดทะเบียนการค้าบริการทางเพศได้ประสบปัญหาในเรื่องของการที่ผู้ค้าบริการทางเพศทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติถูกหลอกลวงให้เข้ามาขายบริการทางเพศในประเทศไทยอย่างมาก องค์การ

¹Havocscope, *Prostitution revenue by country* (15 May 2019) Havocscope < <https://www.havocscope.com/prostitution-revenue-by-country/pdf>>.

²มาตรา 5, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พุทธศักราช 2539.

³เพ็งอ้าง, มาตรา 6.

⁴เพ็งอ้าง, มาตรา 7.

สหประชาชาติได้มีการเรียกร้องให้ยกเลิกการค้าบริการทางเพศให้เป็นสิ่งผิดกฎหมายเนื่องจากเห็นว่าเป็นอาชีพที่ก่อให้เกิดการแพร่ระบาดของโรคที่ติดต่อทางเพศสัมพันธ์ และเป็นอาชีพที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมรวมถึงเป็นการลดศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ ประเทศไทยจึงออกพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ขึ้นเป็นฉบับที่สองในการแก้ไขปัญหาค้าบริการทางเพศ โดยมีการกำหนดความผิดทางอาญาต่อผู้ค้าบริการทางเพศส่งผลกระทบให้เกิดปัญหาโสเภณีเถื่อนอย่างมากเหตุด้วยการกำหนดความผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศทำให้เกิดการแอบลักลอบประกอบอาชีพดังกล่าวซึ่งส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศได้รับอันตรายในทุกด้านและต่อมาจึงออกพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันของประเทศไทยขึ้น โดยการออกพระราชบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ที่ต้องการปรับปรุงให้กฎหมายเข้ากับบริบทและสถานการณ์ปัจจุบันของประเทศไทยและต้องการเอาผิดผู้จัดหาหรือผู้ที่แสวงหาผลประโยชน์จากผู้ค้าบริการทางเพศให้ได้รับโทษหนักขึ้นและเห็นควรลดโทษของผู้ค้าบริการทางเพศ เนื่องจากเห็นว่าผู้ค้าบริการทางเพศคือเหยื่อทางสังคมซึ่งมีความจำเป็นต้องประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศโดยมีสาเหตุสำคัญมาจากสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการศึกษา ซึ่งถือเป็นสิ่งที่หล่อหลอมสภาพชีวิตส่งผลให้ทางเลือกในการ

ประกอบอาชีพลดน้อยลงจึงจำเป็นต้องประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศเพื่อหาเลี้ยงตนเองและครอบครัว รวมถึงต้องการยกระดับคุณภาพชีวิตให้ดีขึ้น พระราชบัญญัตินี้ต้องการเปิดโอกาสให้ผู้ค้าบริการทางเพศได้รับการคุ้มครองและพัฒนาอาชีพ ไม่ว่าจะเป็นการให้การอบรมฟื้นฟูจิตใจ การบำบัดรักษาโรค การฝึกอบรมรวมถึงการพัฒนาคุณภาพชีวิต อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้บับนี้ยังมีการกำหนดความผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศในบางกรณีจึงส่งผลให้การค้าบริการทางเพศมีรูปแบบที่ซับซ้อนยิ่งขึ้น โดยมีการแอบแฝงการให้บริการทางเพศ เช่น การแอบแฝงการค้าบริการทางเพศตามแหล่งสถานบันเทิง ร้านคาราโอเกะ เป็นต้น

ปัญหาการค้าบริการทางเพศในประเทศไทยถือเป็นปัญหาที่ส่งผลเสียหายต่อสังคมอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการแพร่โรคที่ติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ยาเสพติด การทำร้ายร่างกาย การทำแท้ง รวมถึงการค้าบริการทางเพศยังเป็นต้นเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ส่งผลให้เกิดการค้ามนุษย์ และล่าสุดได้มีแถลงรายงานประจำปี เรื่อง “สถานการณ์การค้ามนุษย์ ประจำปี 2561” (Trafficking in Persons Report 2018: TIP Report) ได้ทำการจัดอันดับประเทศไทยไว้ให้อยู่ในบัญชีกลุ่มที่ 2 (Tier 2)⁶ ซึ่งถือว่าเป็นประเทศที่ยังพบปัญหาการค้ามนุษย์แต่รัฐบาลมีความมุ่งมั่น

⁵University of Minnesota Human Rights Library, *Stop violence against women* (22 March 2017) University of Minnesota Human Rights Library <<http://hrlibrary.umn.edu/svaw/trafficking/law/intl.htm>>.

⁶Department of State United states of America, *Trafficking in Persons Report June 2018* (8 July 2018) U.S.Department of state <<https://www.state.gov/documents/organization/282798.pdf>>.

และพยายามในการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์เป็น
อย่างดีจึงมีการจัดอันดับให้ประเทศไทยดีขึ้นจาก
ปี พ.ศ. 2560 จากบัญชีกลุ่มที่ 2 WATCH LIST
(Tier 2 WATCH LIST)⁷ แต่ถึงอย่างไรก็ตามได้มี
สื่อต่างประเทศต่างมีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงภาพลักษณ์
ของประเทศไทยในเรื่องของการค้าบริการทาง
เพศ โดยมีการแสดงถึงข้อมูลของจำนวนผู้ค้า
บริการทางเพศว่ามีถึง 27,000 คน และจำนวน
ของนักท่องเที่ยวที่ต่างเข้ามาใช้บริการทุก ๆ ปี
ซึ่งมีมากกว่าหนึ่งล้านคนเดินทางไปยังสถานที่
ท่องเที่ยวเมืองพัทยาโดยเรียกสถานที่ท่องเที่ยวนี้
ว่า “เมืองหลวงแห่งเซ็กส์ของโลก”⁸ โดยมีการ
เปรียบเปรยว่าเมืองพัทยา คือ เมืองโสโดมและ
เมืองโกโมราห์ซึ่งเป็นความเชื่อว่าเป็นเมืองคน
บาปซึ่งเต็มไปด้วยแหล่งอบายมุข จะเห็นได้ว่า
การที่สำนักข่าวต่างประเทศต่างตีตราประเทศไทย
ว่าเป็นเมืองหลวงแห่งเซ็กส์ส่งผลให้ประเทศไทย
เกิดความเสื่อมเสียต่อภาพลักษณ์ในเรื่องของ
จริยธรรมและประเพณีอันดีงามอย่างยิ่ง

ปัจจุบันได้มีการสร้างแนวคิดนอร์ดิกขึ้น
มาใหม่โดยประเทศสวีเดน ซึ่งมีการพัฒนามาจาก
แนวคิดยกเลิกการค้าบริการทางเพศมุ่งเน้นใน
ด้านการส่งเสริมในเรื่องสิทธิมนุษยชนและความ
เท่าเทียมทางเพศ โดยมีการออกกฎหมายอาญา
เพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศโดยตรงเนื่องจาก

เห็นว่าผู้ซื้อบริการทางเพศเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้
เกิดปัญหาการค้าบริการทางเพศ ซึ่งอ้างอิงมาจาก
ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ตามหลักการลดความ
ต้องการว่าหากลดจำนวนผู้ซื้อบริการทางเพศ
(อุปสงค์) ได้ จะสามารถช่วยลดจำนวนผู้ค้าบริการ
ทางเพศ (อุปทาน) ได้โดยปริยาย และยังเห็นว่า
ไม่สมควรที่จะลงโทษทางกฎหมายอาญาต่อผู้ค้า
บริการทางเพศซึ่งถือเป็นเหยื่อที่รัฐควรให้ความ
ช่วยเหลือ โดยเมื่อนำมาพิจารณาตามปัญหาของ
ประเทศไทยที่กำลังเผชิญอยู่ในปัจจุบัน จะเห็นได้
ว่าตามแหล่งสถานที่ท่องเที่ยวจะมีผู้ซื้อบริการทาง
เพศทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติที่เข้ามาใช้บริการ
ทางเพศในประเทศไทยอย่างมากมาส่งผลให้
การค้าบริการทางเพศมีการเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว
กรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า อุปสรรคสำคัญที่
ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถจัดการกับปัญหา
การค้าบริการทางเพศได้คือ ผู้ซื้อบริการทางเพศ
เนื่องด้วยหากยังมีความต้องการซื้อในตลาด
จะทำให้ผู้ค้าบริการทางเพศต้องการหารายได้จาก
อาชีพดังกล่าวอย่างไม่มีที่สิ้นสุด และจะเห็นได้ว่า
ประเทศไทยยังมีการกำหนดความผิดต่อผู้ค้า
บริการทางเพศบางกรณีส่งผลให้มีการค้าบริการ
ทางเพศในรูปแบบที่ซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งกฎหมาย
เอาผิดดังกล่าวถือเป็นสิ่งขัดขวางไม่ให้ผู้ค้าบริการ
ทางเพศขอความช่วยเหลือจากรัฐได้ ตามแนวคิด
นอร์ดิกจะไม่มีการเอาผิดผู้ค้าบริการทางเพศเพื่อ

⁷ Department of State United states of America, *Trafcking in Persons Report June2017* (16 July 2017) U.S.Department of state <<https://www.state.gov/documents/organization/271339.pdf>>.

⁸ Baynes, C., *Inside the world's sex capital: City dubbed 'modern day Sodom and Gomorrah' with highest number of prostitutes anywhere* (22 March 2017) Mirror <<http://www.mirror.co.uk/news/weird-news/inside-worlds-sex-capital-city-9834233>>.

ทำให้ผู้ค้าบริการทางเพศไม่เกรงกลัวที่จะเข้ามาขอความช่วยเหลือจากรัฐ ซึ่งวิธีดังกล่าวใช้ได้ผลเป็นอย่างมาก และปัญหาสำคัญอีกประการคือ เรื่องของการบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปราศจากความจริงใจในการดำเนินคดีตามกฎหมาย ซึ่งมีสาเหตุมาจากการเรียกรับสินบนจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการทางเพศ โดยแนวคิดนอร์ดิกนี้ได้มีความสอดคล้องกับการเรียกร้องของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกประเภท และอดีตหัวหน้าสตรีสหประชาชาติ ว่าต้องการให้ประเทศต่าง ๆ ต่อสู้กับการใช้ประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศเพื่อป้องกันการค้าบริการทางเพศ และส่งเสริมเรื่องความเสมอภาคทางเพศ ซึ่งตามรายงานของ Jos Mendes Bota ผู้เป็นสมาชิกในสมัชชารัฐสภาสหภาพยุโรป ระบุว่า การเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศโดยใช้รูปแบบเดียวกับประเทศสวีเดนนั้น ถือเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดสำหรับการต่อสู้กับปัญหาการค้ามนุษย์⁹ จะเห็นได้ว่าปัญหาทางตัวบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยยังมีความเหลื่อมล้ำทางเพศอยู่มากส่งผลให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถแก้ไขปัญหาค้าบริการทางเพศได้ อีกทั้งยังเป็นช่องทางให้มีการแอบลักลอบค้าบริการทางเพศในรูปแบบที่ซับซ้อนมากขึ้นซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมไทยในด้านต่างๆ

จากสภาพปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นควรศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศสวีเดนที่มีจุดประสงค์หลักในการออกกฎหมายทางอาญาเพื่อเอาผิดกับผู้ซื้อหรือผู้ให้บริการทางเพศ โดยอาศัยทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ในเรื่องหลักการลดความต้องการ เพื่อสร้างมาตรการลดความต้องการของตลาดผู้ซื้อบริการทางเพศลงเพื่อให้ผู้ค้าบริการทางเพศหายไปตามกลไกของตลาด ซึ่งจะมีองค์กรของรัฐคอยช่วยเหลือผู้ที่ต้องการออกจากอาชีพค้าบริการทางเพศ โดยประเทศสวีเดนได้มีการออกกฎหมายการเอาผิดผู้ซื้อบริการทางเพศไม่ว่าจะมีการซื้อหรือพยายามซื้อไม่ว่าเกิดขึ้นที่ใดก็ตามถือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาทั้งสิ้น ซึ่งจะปรากฏอยู่ในบทที่ 6 มาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศสวีเดน โดยมาตรการดังกล่าวเป็นวิธีที่สามารถเข้าแทรกแซงการเกิดอาชญากรรมได้และยังเป็นวิธีที่จะสามารถทำให้อาชีพค้าบริการทางเพศหายไปจากสังคมเนื่องจากมีการใช้กฎหมายเป็นอุปสรรคในการซื้อบริการทางเพศ เมื่อผู้ซื้อบริการทางเพศหายไปจะส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศต้องหันไปทำอาชีพอื่นเพื่อทดแทนรายได้ของตนที่ขาดหายไป อย่างไรก็ตามการจับกุมและเอาผิดจากผู้กระทำความผิด กฎหมายของประเทศสวีเดนเห็นว่าแม้ผู้ซื้อจะมีเพียงแค่ความพยายามที่จะซื้อก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งความพยายามดังกล่าว ผู้ซื้ออาจยื่นข้อเสนอโดยการให้เงิน ยาเสพติด การให้ที่อยู่

⁹ Council of Europe, *Laws and policies on prostitution are indispensable anti-trafficking tools* (22 March 2017) Parliamentary assembly <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=4964&cat=8>>.

อาศัยหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ค้าบริการทางเพศ เป็นค่าบริการได้ทุกกรณี¹⁰ ซึ่งแนวคิดการเอาผิด ผู้ซื้อบริการทางเพศนั้น ประเทศทางยุโรปได้ให้ความสนใจเป็นอย่างมาก เนื่องจากเห็นว่าการออก กฎหมายดังกล่าวเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียม กันทางเพศ และหนึ่งในประเทศที่ได้ดำเนินการ ตามแบบอย่างของประเทศสวีเดนคือ ประเทศ ฝรั่งเศสโดยได้มีการออกกฎหมายเพื่อเอาผิด ผู้ซื้อบริการทางเพศแต่มีวิธีการลงโทษในลักษณะ ที่แตกต่างกันโดยจะมุ่งเน้นไปในเรื่องของอัตรา โทษค่าปรับ การทำงานบริการสังคมและการ บังคับให้ผู้กระทำความผิดต้องเข้ารับการฝึกอบรม โดยระดับของอัตราโทษค่าปรับจะเพิ่มขึ้นหากมี การกระทำความผิดซ้ำหรือตามระดับความรุนแรง ซึ่งการกำหนดโทษของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีความ เหมาะสมต่อการนำมาปรับใช้เพื่อเป็นบทลงโทษ สำหรับผู้ที่กระทำความผิดฐานซื้อบริการทางเพศ มากกว่าประเทศสวีเดน รวมถึงเห็นควรศึกษาวิธี การเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศทางอินเทอร์เน็ต ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยใช้วิธี การล่อซื้อผู้ซื้อบริการทางเพศ ซึ่งถือว่าเป็นวิธีที่ เหมาะสมเนื่องจากโลกได้เข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ โดยในปัจจุบันมีการติดต่อซื้อขายบริการทางเพศ ผ่านโลกออนไลน์เป็นจำนวนมากเพราะเป็นวิธี ที่สะดวกและเข้าถึงง่ายที่สุด ดังนั้นประเทศไทย จึงควรสร้างมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อลด ความเหลื่อมล้ำ สร้างความเป็นธรรมแก่สังคม

และมุ่งเอาผิดต่อผู้ซื้อหรือผู้ให้บริการทางเพศซึ่ง ถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การค้าบริการทางเพศ ยังมีอยู่ เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศ และแก้ไขปัญหาในเรื่องของการค้าบริการทางเพศ ให้หมดไปจากสังคมไทย

วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษามาตรการการเอาผิดต่อผู้ซื้อ บริการทางเพศโดยเปรียบเทียบกฎหมาย ประเทศสวีเดน
2. เพื่อศึกษาวิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานซื้อบริการทางเพศโดยเปรียบเทียบ กฎหมายประเทศฝรั่งเศส
3. เพื่อศึกษามาตรการในการบังคับใช้ กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเปรียบเทียบ มาตรการจากประเทศสวีเดน
4. เพื่อศึกษามาตรการในการเอาผิดต่อ ผู้ซื้อบริการทางเพศทางอินเทอร์เน็ตตามแนวทาง ของประเทศสหรัฐอเมริกา
5. เพื่อศึกษาสภาพปัญหาในปัจจุบันของ สังคมไทยในเรื่องของการค้าบริการทางเพศ

ระเบียบวิธีวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทาง เอกสาร (Documentary Research) โดยเอกสาร ที่เกี่ยวข้องมีดังนี้ ประมวลกฎหมายอาญาและ

¹⁰ Ekberg, G., *The Swedish Law That Prohibits the Purchase of A Sexual Service: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings* (March 22, 2017) Prostitution research & education < www.prostitutionresearch.com/pdf/EkbergVAW.pdf>.

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้า
ประเวณี พ.ศ. 2539 และรวบรวมข้อมูลจาก
เอกสาร หนังสือ วารสาร บทความทางวิชาการ
วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง ข่าวสารจากสื่อต่างประเทศ
รายงานจากต่างประเทศรวมถึงข้อมูลสารสนเทศ
จากสื่ออินเทอร์เน็ต

สรุปผลการศึกษา

การค้าบริการทางเพศในประเทศไทย
จะเห็นได้ว่าเป็นปัญหาที่ควรให้ความสำคัญอย่าง
มาก โดยจากสถิติการจับกุมจะมีอัตราขึ้นลงอยู่
เสมอไม่ว่าจะเป็นผู้ต้องโทษในฐานะผู้กระทำความ
ผิดฐานค้าบริการทางเพศและ ผู้จัดหา รวมถึงยังมี
การรวบรวมข้อมูลจากสื่อสำนักข่าวต่างประเทศ
ที่ได้มีการประมาณการผู้ค้าบริการทางเพศใน
ประเทศไทยซึ่งแสดงให้เห็นว่ายังมีจำนวนผู้ค้า
บริการทางเพศอยู่มาก ไม่ว่าจะเป็นการค้าบริการ
ทางเพศในต่างจังหวัด หรือตามสถานที่ท่องเที่ยว
ซึ่งเป็นแหล่งเศรษฐกิจของประเทศไทย รวมถึง
ยังมีอัตราผู้ค้าบริการทางเพศจากชาวต่างชาติที่
แอบแฝงเข้ามาทำอาชีพค้าบริการทางเพศภายใน
ประเทศ ซึ่งผู้ที่ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศ
มีอยู่ในทุกเพศทุกวัยทั้งเข้ามาขายบริการด้วยใจ
สมัครหรือบางรายมิได้สมัครใจที่เข้ามาประกอบ
อาชีพแต่ถูกล่อลวงมา บางรายถูกขายโดยบิดา
มารดาเพื่อแลกด้วยการชำระหนี้ ซึ่งจากที่ผู้ศึกษา
วิเคราะห์จากข้อมูลอันเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้
บุคคลเข้ามาประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศโดย

เรียงตามลำดับความเสี่ยงของสาเหตุด้วยการแบ่ง
แยกเป็น 3 กลุ่มจากมากไปหาน้อยมีดังนี้¹¹

กลุ่มที่มีความเสี่ยงที่จะประกอบอาชีพค้า
บริการทางเพศมากที่สุด มีดังนี้

1. ผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศ
อาจมีมูลเหตุมาจากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ เช่น
ผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวอาจมีฐานะยากจน โดย
ได้มีการสำรวจจากผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทาง
เพศโดยให้เหตุผลถึงฐานะทางเศรษฐกิจมากที่สุด
ถึงร้อยละ 52.1 เมื่อเทียบกับค่าเฉลี่ยของเหตุผล
อื่นประกอบกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้ที่อยู่ในฐานะ
ยากจนมีความเสี่ยงสูงมากที่จะประกอบอาชีพ
ดังกล่าวเนื่องจากตกอยู่ในสถานการณ์ที่บีบบังคับ
ให้ต้องกระทำการดังกล่าว

2. ผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศ
อาจมีมูลเหตุมาจากระดับสติปัญญาที่ต่ำกว่าบุคคล
อื่นในสังคม ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าสังคมไทยอยู่ในยุค
ที่มีการแข่งขันสูง มีบุคคลจำนวนมากที่ประสบ
ปัญหาทางด้านการศึกษาจึงทำให้ไม่สามารถสร้าง
โอกาสในการประกอบอาชีพด้านอื่น ๆ ให้ตนเอง
ได้ ซึ่งปรากฏอยู่มากในสังคมปัจจุบัน

กลุ่มที่มีความเสี่ยงที่จะประกอบอาชีพค้า
บริการทางเพศปานกลาง มีดังนี้

1. ผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศ
อาจมีมูลเหตุมาจากความไร้ระเบียบของสังคม
เช่น กลุ่มคนที่ยึดติดในระบบสังคมทุนนิยม มัก
ใช้วิธีการลัดเพื่อทำให้ตนมีฐานะที่ดีขึ้นเนื่องจาก

¹¹ วุฒิชัย เต็งพงศธร, “มูลเหตุของการค้าประเวณีในมุมมองเชิงอาชญาวิทยา” (2554) 1:1 วารสารนิติศาสตร์คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 50, 66.

มีการแข่งขันสูงในสังคม ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่ากลุ่มคนประเภทดังกล่าวมีอยู่น้อยกว่าเมื่อเทียบกับกลุ่มบุคคลที่มีความเสี่ยงสูง

2. ผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศอาจมีมูลเหตุมาจากการกระบวนกรเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อม เช่น การโตมาในสังคมที่มีบุคคลใกล้ชิดประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศ

กลุ่มที่มีความเสี่ยงที่จะประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศน้อยที่สุด มีดังนี้

1. ผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศอาจมีมูลเหตุมาจากความขัดแย้งทางจิต เช่น การสูญเสียพรหมจรรย์ซึ่งอยู่ในสังคมที่เคร่งครัดในเรื่องจริยธรรมทางเพศเป็นเหตุให้เกิดความกดดันขึ้น ซึ่งการที่ผู้ศึกษาได้จัดให้กรณีดังกล่าวอยู่ในกลุ่มที่มีความเสี่ยงในการประกอบอาชีพการค้าบริการทางเพศน้อยที่สุด เนื่องจากผู้ศึกษามีความเห็นว่าหญิงที่สูญเสียพรหมจรรย์นั้นมีความเป็นไปได้น้อยที่จะใช้เหตุผลดังกล่าวในการตัดสินใจที่จะผันตนเองไปประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศซึ่งจะเห็นได้ว่าการแสดงออกของบุคคลนั้นสามารถแสดงพฤติกรรมทดแทนได้หลายประการมิใช่แสดงออกโดยทางผันตัวไปประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศได้เพียงอย่างเดียว

2. ผู้ประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศมีความบกพร่องในด้านชีวภาพทางร่างกาย เช่น กลุ่มบุคคลที่มีความผิดปกติทางด้านฮอร์โมนซึ่งอาจส่งผลให้มีความต้องการทางเพศมากผิดปกติจะเห็นได้ว่าบุคคลกลุ่มดังกล่าวนั้น แม้จะมีความผิดปกติทางด้านฮอร์โมนแต่ไม่จำเป็นที่จะต้องผันตนเองไปประกอบอาชีพค้าบริการทางเพศ

เนื่องด้วยยังมีทางออกด้วยวิธีอื่นอีกมากที่จะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

ในปัจจุบันประเทศไทยใช้ระบบยกเลิกการค้าบริการทางเพศ (The Abolitionist) โดยระบบนี้ถือว่าการค้าบริการทางเพศด้วยตนเองไม่มีความผิดทางกฎหมายแต่จะมีบทลงโทษในกรณีที่ได้มีการก่อความรบกวนหรือสร้างความรำคาญต่อผู้อื่นในพื้นที่สาธารณะ และมีบทลงโทษสำหรับผู้จัดหา นักค้ามนุษย์ ผู้เปิดสถานการค้าบริการทางเพศ และบิดามารดาหรือผู้ปกครองมีส่วนร่วมรู้เห็นให้ผู้ที่อยู่ในปกครองกระทำการค้าบริการทางเพศ การออกกฎหมายเพื่อเอาผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศส่งผลให้เกิดปัญหาอย่างมากต่อผู้ค้าบริการทางเพศที่ต้องลักลอบทำอาชีพดังกล่าวโดยทำให้การค้าบริการทางเพศมีรูปแบบที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้น รวมถึงยังทำให้ชีวิตของผู้ค้าบริการทางเพศต้องตกอยู่ในอันตรายและยังส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศไม่สามารถที่จะขอความช่วยเหลือจากรัฐได้ อันเกิดจากความเกรงกลัวเจ้าหน้าที่รัฐเพราะตัวบทกฎหมายยังมีการลงโทษผู้ค้าบริการทางเพศอยู่ แม้ว่าในปัจจุบันจะมีผู้เห็นด้วยให้ผู้ค้าบริการทางเพศเข้ามาอยู่ในระบบการจดทะเบียนเพื่อให้อยู่ในความดูแลหรือการคุ้มครองทางกฎหมายจากรัฐอย่างเต็มที่ โดยอนุญาตให้ผู้ค้าบริการทางเพศสามารถประกอบอาชีพดังกล่าวได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยมีการเสียภาษีให้รัฐและต้องทำการจดทะเบียนขออนุญาตประกอบอาชีพดังกล่าวจากทางรัฐอย่างถูกต้องตามกฎหมายแต่จะเห็นได้ว่าการจัดให้ผู้ค้าบริการทางเพศอยู่ในระบบการจดทะเบียนอาจส่งผลให้มีการแผ่ขยายในเรื่องของอัตราที่จะทำให้มีการค้าบริการทาง

เพศเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ค้าบริการทางเพศ ในประเทศไทยเองหรือจากประเทศเพื่อนบ้านที่มีความต้องการเข้ามาเพื่อแอบแฝงค้าบริการทางเพศเพิ่มมากขึ้นเพราะมีกฎหมายอำนวยความสะดวกในการค้าบริการทางเพศอย่างเสรี รวมถึงยังส่งผลดีต่อบรรดาผู้จัดหาและนักค้ำมนุษย์ที่สามารถดำเนินการได้อย่างสะดวกมากยิ่งขึ้น เหตุด้วยกฎหมายมีการเปิดกว้างอย่างเสรีในการซื้อและขายบริการทางเพศ จะเห็นได้ว่าผู้จัดหาและนักค้ำมนุษย์ถือเป็นนักธุรกิจประเภทหนึ่งที่ต้องศึกษาถึงสิ่งที่อำนวยความสะดวกต่อธุรกิจของตนรวมถึงความสะดวกต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากธุรกิจ การคำนวณผลกำไร ปัจจัยทางการตลาด รวมถึงความเสี่ยงในการถูกจับจึงอาจส่งผลให้ประเทศไทยเป็นแหล่งชักจูงใจให้มีผู้แสวงหาผลประโยชน์ทางเพศมากขึ้น และการจดทะเบียนยังมีข้อเสียอย่างมากในเรื่องของการติดตามผู้ค้าบริการทางเพศซึ่งส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศได้รับผลเสียในเรื่องการเริ่มต้นอาชีพใหม่และส่งผลต่อการสร้างครอบครัวในอนาคตจึงเป็นสาเหตุที่แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยังไม่เหมาะที่จะอยู่ในระบบการจดทะเบียนผู้ค้าบริการทางเพศ และจากการที่ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการค้าบริการทางเพศของประเทศไทย มีทั้งหมด 4 ประการดังนี้

1. ตัวบทกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าการที่ประเทศไทยได้มีการกำหนดความผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศ รวมถึงผู้จัดหาหรือนักค้ำมนุษย์ ผู้เปิดสถานการค้าบริการทางเพศ และบิดา มารดาหรือผู้ปกครองมีส่วนร่วมรู้เห็นให้ผู้ที่อยู่ในปกครองกระทำการค้า

บริการทางเพศแม้ในปัจจุบันพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 จะมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการช่วยเหลือผู้ค้าบริการทางเพศมากขึ้นโดยมองว่าผู้ค้าบริการทางเพศคือเหยื่อ แต่กฎหมายดังกล่าวยังมีการกำหนดความผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศซึ่งส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศเกรงกลัวที่จะเข้าขอความช่วยเหลือจากรัฐและตกอยู่ในภาวะการณ์ที่อันตราย อีกทั้งส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศดำเนินการขายบริการให้มีความซับซ้อนมากขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย จะเห็นได้ว่าระบบการค้าบริการทางเพศของประเทศไทยและประเทศสวีเดนอยู่ในระบบยกเลิกการค้าบริการทางเพศ (The Abolitionist System) เหมือนกัน แต่มีการเอาผิดในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายไทยจะกำหนดความผิดแก่ผู้ค้าบริการทางเพศ ผู้จัดหา และนักค้ำมนุษย์หรือผู้ที่แสวงหาผลประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศ แต่กฎหมายของประเทศสวีเดนจะกำหนดความผิดทางกฎหมายอาญาแก่ผู้ซื้อบริการทางเพศ ผู้จัดหาและนักค้ำมนุษย์หรือผู้ที่แสวงหาผลประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศ โดยกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะสามารถปรับบทเพื่อลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศได้ตามพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 8 ซึ่งกำหนดความผิดต่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดต่อผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 18 ปีเท่านั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยและสวีเดนมีความต่างแตกต่างกันในเรื่องของการเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศเนื่องจากประเทศสวีเดนจะมีการกำหนดความผิดทางอาญาต่อผู้ซื้อบริการทางเพศโดยตรงไม่ว่าผู้ซื้อบริการทางเพศจะทำการซื้อกับบุคคลอายุ

เท่าใดก็ตาม ซึ่งบุคคลที่ซื้อบริการทางเพศไม่ว่าจากเพชหญิงหรือชายล้วนแต่มีความผิดฐานซื้อบริการทางเพศ รวมถึงการซื้อบริการทางเพศยังให้รวมถึงการพยายามซื้อบริการทางเพศโดยการเสนอสิ่งต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเงิน ยาเสพติด สถานที่อยู่อาศัยหรือประโยชน์อื่นใด ให้ถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการจ่ายเพื่อต้องการที่จะซื้อบริการทางเพศทั้งสิ้น

โดยกฎหมายของประเทศสวีเดนไม่มีการกำหนดความผิดทางอาญาต่อผู้ค้าบริการทางเพศเพื่อต้องการให้ผู้ค้าบริการทางเพศซึ่งถือเป็นเหยื่อในสังคมสามารถเข้าขอความช่วยเหลือจากรัฐโดยปราศจากความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ซึ่งผลลัพธ์การแก้ไขปัญหาค้าบริการทางเพศของประเทศไทยและประเทศสวีเดนมีความประสบความสำเร็จแตกต่างกัน จะเห็นได้ว่าประเทศไทยไม่สามารถแก้ไขปัญหาค้าบริการทางเพศได้และมีแนวโน้มของผู้ค้าบริการทางเพศมากขึ้นในทุกปี ซึ่งการไม่กำหนดความผิดต่อผู้ค้าบริการทางเพศของประเทศสวีเดนส่งผลให้ผู้ค้าบริการทางเพศมีความกล้าที่จะเข้าขอความช่วยเหลือจากรัฐเพิ่มมากขึ้นตามความคาดหมายของรัฐบาลสวีเดนและยังมีรายงานว่า การบังคับใช้กฎหมายเพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศในช่วง 5 ปีแรก ส่งผลให้การค้าบริการทางเพศตามท้องถนนลดลงทั่วทุกภาคของประเทศและผู้ซื้อบริการทางเพศส่วนใหญ่ได้หายไป ซึ่งประเทศสวีเดนมีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศโดยมีการกำหนดโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส โดยกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีการกำหนดโทษผู้ซื้อบริการทาง

เพศ โดยกำหนดว่าบุคคลใดก็ตามที่ฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งกระทำความผิดในฐานะซื้อบริการทางเพศในครั้งแรกอาจถูกลงโทษด้วยค่าปรับถึง 1,500 ยูโร นอกจากค่าปรับดังกล่าวแล้ว อาจมีมาตรการอื่น ๆ ด้วย เช่น การระงับใบขับขี่ของบุคคลซึ่งกระทำความผิดหรือการทำงานบริการชุมชนโดยมีระยะเวลาในการทำ คือ 20 ถึง 120 ชั่วโมง นอกจากนี้ ผู้ซื้อบริการทางเพศต้องเข้ารับการอบรมเพื่อสร้างความตระหนักของปัญหาการค้าบริการทางเพศเพื่อต้องการให้ผู้ซื้อบริการทางเพศได้รู้ถึงความอันตรายของการค้าบริการทางเพศเนื่องจากผู้ทำอาชีพดังกล่าวมักตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์และมักถูกบีบบังคับในการทำงานตามท้องถนน และในการกระทำความผิดครั้งที่สอง ผู้กระทำความผิดอาจถูกลงโทษด้วยค่าปรับถึง 3,750 ยูโร และในกรณีที่ผู้ซื้อบริการทางเพศหรือผู้ที่พยายามจะซื้อบริการทางเพศกับผู้ค้าบริการทางเพศซึ่งเป็นผู้เยาว์หรือผู้ที่อ่อนแออันเนื่องมาจากการเจ็บป่วยทุพพลภาพหรือการตั้งครรรค์ อาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับไม่เกิน 45,000 ยูโร ผู้ศึกษามีความเห็นว่ายประเทศไทยควรมีการออกมาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศตามแบบอย่างของประเทศสวีเดน และเห็นควรดำเนินการตามแบบวิธีการลงโทษผู้ซื้อบริการทางเพศของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าวิธีการลงโทษถือเป็นสิ่งสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาค้าบริการทางเพศเป็นอย่างมาก ซึ่งการกำหนดความผิดดังกล่าวควรคำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมได้รับรวมถึงการทำให้ผู้กระทำความผิดได้เรียนรู้ในการรับผิดชอบต่อสังคมอันเกิดจากผิดพลาดของตนด้วย

2. การบังคับใช้กฎหมาย

นอกจากตัวบทกฎหมายที่เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถจัดการกับปัญหาการค้าบริการทางเพศของประเทศไทยแล้วยังพบปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายเช่นเดียวกันไม่ว่าจะพบปัญหาในด้านการทุจริตต่อหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ การรับสินบนต่างๆ ทั้งจากผู้ค้าบริการทางเพศหรือเจ้าของสถานประกอบการ รวมถึงผู้จัดหา หรือจากการที่มีกลุ่มผู้มีอิทธิพลในแวดวงของการค้าบริการทางเพศที่มีอำนาจในสังคมจนทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเกรงกลัวที่จะเข้าจับกุมในกรณีที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว และเจ้าหน้าที่มักไม่ทราบถึงแก่นแท้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นเหตุให้มีการปล่อยปะละเลยต่อการพบเห็นการกระทำความผิด รวมถึงปัญหาในด้านของงบประมาณในการจับกุมไม่เพียงพอจึงทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่ซึ่งเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติงานเช่นเดียวกัน จะเห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายต่อปัญหาการค้าบริการทางเพศเป็นอุปสรรคต่อการจับกุมและดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการทางเพศเป็นอย่างมาก โดยจากที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพของประเทศสวีเดน จะเห็นได้ว่าประเทศสวีเดนให้ความสำคัญในเรื่องของการสร้างจิตสำนึกเพื่อให้เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ตระหนักถึงปัญหาของการค้าบริการทางเพศ โดยมีการจัดทำโครงการเพื่ออบรมให้เจ้าหน้าที่ได้รับรู้ถึงสภาพปัญหาของการค้าบริการทางเพศที่มีอยู่ในสังคม สภาพความเป็นอยู่และความจำเป็นที่ผู้ค้า

บริการทางเพศต้องเข้ามาทำอาชีพดังกล่าวรวมถึงมีการจัดสรรงบประมาณโดยตรงแก่เจ้าหน้าที่เพื่อสร้างความสะดวกในการดำเนินการจับกุมผู้กระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยควรมีการจัดตั้งโครงการเพื่ออบรมเจ้าหน้าที่รวมถึงมีการจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอต่อการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาการค้าบริการทางเพศตามแนวทางของประเทศสวีเดน

3. การปลูกฝังหรือสร้างจิตสำนึกในสังคม

นอกจากตัวบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบันไม่สามารถแก้ไขปัญหการค้าบริการทางเพศให้ลดลงได้แล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการปลูกฝังหรือการสร้างจิตสำนึกให้ประชาชนในสังคม จะเห็นได้ว่าประชาชนในสังคมไทยมักไม่มีใครให้ความสนใจถึงปัญหาของการค้าบริการทางเพศที่อาจส่งผลให้เกิดปัญหาที่ตามมาหลายประการในสังคมได้ โดยประเทศสวีเดนให้ความสำคัญในด้านของการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยมีการจัดการรณรงค์เพื่อเสริมสร้างจิตสำนึกและทำให้ประชาชนในสังคมเกิดความตระหนักของปัญหาการค้าบริการทางเพศซึ่งในประเทศสวีเดนได้มีการจัดทำรณรงค์โดยมีการติดป้ายโปสเตอร์ทั่วประเทศเพื่อดึงดูดความสนใจจากสาธารณชนโดยมุ่งให้ประชาชนได้รู้ถึงภาวะความเป็นอยู่ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการค้าบริการทางเพศ โดยมีเป้าหมายไปยังผู้ที่ต้องการซื้อบริการทางเพศ โปสเตอร์ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงประเด็นสำคัญหลากหลาย

รูปแบบและได้รับการออกแบบด้วยข้อความและกราฟิกที่สื่อให้เห็นถึงปัญหาการค้าบริการทางเพศซึ่งการณรงค์ทางโปสเตอร์นี้ทำให้ประชาชนชาวสวีเดนต่างพากันให้ความสนใจอย่างมากเนื่องจากโปสเตอร์ดังกล่าวมีการติดตั้งไว้ทุกที่สามารถทำให้ผู้คนพบเห็นได้โดยง่าย จึงเป็นการปลูกฝังค่านิยมและการสร้างจิตสำนึกให้ประชาชนไปในตัว ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยควรมีการจัดตั้งการณรงค์เพื่อให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมกับการแก้ไขปัญหาการค้าบริการทางเพศเช่นเดียวกับวิธีการของประเทศสวีเดนจะเห็นได้ว่าหากประชาชนให้ความสำคัญต่อปัญหาการค้าบริการทางเพศจะสามารถช่วยลดอัตราผู้กระทำความผิดรวมถึงประชาชนจะช่วยเหลือสอดส่องดูแลปัญหาดังกล่าวมากขึ้นด้วย

4. ปัญหาการค้าบริการทางเพศทางอินเทอร์เน็ต

การค้าบริการทางเพศในปัจจุบันมีด้วยกันหลากหลายรูปแบบ ซึ่งช่องทางหนึ่งที่สามารถสร้างความสะดวกให้แก่ผู้ค้าบริการทางเพศและผู้ซื้อบริการทางเพศได้โดยตรง คือการซื้อขายผ่านเว็บไซต์หรือช่องทางส่วนตัวไม่ว่าจะผ่านทาง Facebook หรือ Line เป็นต้น ความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีกลับยังส่งผลให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการค้าบริการทางเพศให้ลุล่วงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แม้จะมีการกำหนดกฎหมายออกมาเพื่อเอาผิดผู้ค้าบริการทางเพศตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 แล้วก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สามารถจัดการกับปัญหา

การค้าบริการทางเพศได้เนื่องจากรัฐไม่สามารถทำการสอดส่องได้อย่างทั่วถึง และปัญหาที่พบในปัจจุบันคือการล่อซื้อผู้ค้าบริการทางเพศ ซึ่งรัฐได้ให้ความเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวถือเป็นการช่วยเหลือผู้ค้าบริการทางเพศ แต่ผลของการกระทำที่รัฐได้ปฏิบัติกลับเป็นการซ้ำเติมผู้ค้าบริการทางเพศเสมือนเป็นอาชญากรประเภทหนึ่ง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้วิธีการล่อขายผู้ซื้อบริการทางเพศทางอินเทอร์เน็ต โดยรัฐเข้าแทรกแซงเว็บไซต์ที่เป็นจุดศูนย์รวมของการค้าบริการทางเพศและให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการสวมรอยเป็นผู้ค้าบริการทางเพศ โดยมีการนัดพบกับผู้ซื้อบริการทางเพศในโรงแรมและได้มีการแอบบันทึกภาพและเสียงเพื่อเป็นหลักฐานในการมัดตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าว โดยผู้ซื้อบริการทางเพศจะกระทำความผิดสำเร็จต่อเมื่อมีการเสนอเงินให้แก่ผู้ค้าบริการทางเพศ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยควรใช้วิธีการล่อขายผู้ซื้อบริการทางเพศทางอินเทอร์เน็ตตามแบบอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจากผู้ค้าบริการทางเพศในสังคมไทยมักตกเป็นกลุ่มเป้าหมายที่ได้รับความเสียหายจากการถูกตรวจสอบโดยรัฐฝ่ายเดียวซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้ผู้ค้าบริการทางเพศอยู่ในฐานะของเหยื่อที่ควรได้รับความช่วยเหลือจากรัฐและยังขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนและความเท่าเทียมกันทางเพศ จะเห็นได้ว่าผู้ซื้อบริการทางเพศคือบุคคลประเภทหนึ่งที่แสวงหาผลประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศโดยถือเป็นเรื่องปกติที่ทำให้ปัญหาการค้าบริการทางเพศมีความเติบโตอย่าง

ต่อเนื่องในสังคมไทย จึงควรเป็นบุคคลที่ควรได้รับโทษทางกฎหมายอาญา

ข้อเสนอแนะ

1. ไม่เห็นควรลงโทษผู้ค้าบริการทางเพศซึ่งจะเห็นได้ว่าหากมีการกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อบริการทางเพศเพิ่มเข้าไปจะส่งผลให้ประเทศไทยอาจตกอยู่ในระบบห้ามค้าบริการทางเพศเนื่องด้วยมีการกำหนดความผิดต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการทางเพศทุกฝ่าย จึงควรมีการยกเลิกการเอาผิดผู้ค้าบริการทางเพศตามพระราชบัญญัติการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 เพื่อให้ผู้ค้าบริการทางเพศอยู่ในฐานะเหยื่อที่แท้จริงเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 77 โดยประเทศไทยควรใช้ระบบยกเลิกการค้าบริการทางเพศโดยนำแนวคิดนอร์ดิกมาปรับใช้ต่อไป

2. ควรมีการสร้างมาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดผู้ซื้อบริการทางเพศโดยตรงตามแนวทางของประเทศสวีเดน

3. ควรมีการกำหนดโทษผู้ซื้อบริการทางเพศตามแนวทางการลงโทษของประเทศฝรั่งเศส โดยมีองค์ประกอบความผิดฐานซื้อบริการทางเพศ¹² ดังนี้

3.1 กรณีผู้ซื้อบริการทางเพศกระทำความผิดครั้งแรกมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

“ผู้ใดซื้อหรือพยายามซื้อบริการทางเพศโดยมีการให้ค่าตอบแทน ผู้นั้นกระทำความผิดฐานซื้อบริการทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 8,000 บาท

บทบัญญัติของวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับเช่นเดียวกับในกรณีที่บุคคลอื่นได้รับคำสั่งสัญญาหรือให้ประโยชน์แก่บุคคลอื่น”

บุคคลที่ซื้อบริการทางเพศตามมาตราดังกล่าว สามารถอธิบายองค์ประกอบภายนอกดังนี้

1) ผู้ใด โดยให้หมายถึงผู้กระทำความผิดอันอาจเป็นเพศใดก็ได้ว่าไม่ขายหรือหญิง

2) ซื้อบริการทางเพศ โดยให้หมายความรวมถึงการใช้บริการทางเพศโดยไม่เสียค่าตอบแทนจากบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้จัดหาให้ โดยมีผลประโยชน์ร่วมกัน เช่น การจัดซื้อผู้ค้าบริการทางเพศจากผู้ได้บังคับบัญชา (ลูกน้อง) ให้แก่ผู้บังคับบัญชา (เจ้านาย) เป็นต้น การซื้อบริการทางเพศให้หมายรวมถึงการซื้อบริการทางเพศบนถนน, สถานการค้าบริการทางเพศ, อาบ อบ นวด, บริการเพื่อนเที่ยว หรือในสถานการณ์อื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

3) การให้ค่าตอบแทน โดยให้หมายความรวมถึงการเสนอสิ่งต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเงิน ยาเสพติด สถานที่อยู่อาศัยหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ค้าบริการทางเพศ

¹² องค์ประกอบความผิดดังกล่าวนำมาจากประมวลกฎหมายอาญา ประเทศสวีเดนและได้มีการกำหนดอัตราโทษ(ค่าปรับ) โดยมีการอิงมาจากอัตราโทษของฐานความผิดการซื้อบริการทางเพศจากผู้เยาว์ของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสเปรียบเทียบกับกฎหมายกระทำเราแก่ผู้เยาว์ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 ซึ่งประเทศไทยนำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้ในกรณีที่มีการเอาผิดกับผู้ซื้อบริการทางเพศจากผู้เยาว์.

3.2 กรณีผู้ซื้อบริการทางเพศได้
กระทำความผิดซ้ำมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

“ผู้ใดซื้อหรือพยายามซื้อบริการทาง
เพศโดยมีการให้ค่าตอบแทนซึ่งเป็นการกระทำ
ความผิดซ้ำ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานซื้อบริการทางเพศ
ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท

บทบัญญัติของวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับ
เช่นเดียวกับในกรณีที่บุคคลอื่นได้รับคำสัญญา
หรือให้ประโยชน์แก่บุคคลอื่น”

3.3 กรณีผู้ซื้อบริการทางเพศได้
กระทำความผิดต่อผู้เยาว์ซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปีแต่
ยังไม่เกินสิบแปดปีหรือผู้ที่อ่อนแอทางกายและ
จิตใจ มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

“ผู้ใดซื้อหรือพยายามซื้อบริการทาง
เพศโดยมีการให้ค่าตอบแทนซึ่งเป็นการกระทำ
ความผิดแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกิน
สิบแปดปีหรือบุคคลที่อ่อนแอทางกายหรือจิตใจ
เนื่องจากการเจ็บป่วย ทูพพลภาพ ความพิการ
ทางกายและจิตใจหรือการตั้งครรภ์ ผู้นั้นกระทำความ
ผิดฐานซื้อบริการทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุก
ตั้งแต่ 1 ปีถึง 3 ปีและปรับตั้งแต่ 80,000 ถึง
240,000 บาท

บทบัญญัติของวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับ
เช่นเดียวกับในกรณีที่บุคคลอื่นได้รับคำสัญญา
หรือให้ประโยชน์แก่บุคคลอื่น”

3.4 กรณีเหตุฉกรรจ์สำหรับการ
แสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากผู้อื่น

“หากเข้ากรณีใดดังต่อไปนี้ ต้อง
ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 7 ปีและปรับตั้งแต่
160,000 บาท ถึง 480,000 บาท

1) หากมีการกระทำความผิด
เป็นประจำ

2) การกระทำในลักษณะเป็น

องค์กรเครือข่ายโดยการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

3) ผู้กระทำความผิดได้กระทำความ
รุนแรงต่อชีวิตผู้ค้าบริการทางเพศ

4) ผู้กระทำความผิดได้กระทำความ
ผิดต่อผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า
สิบห้าปี”

และควรมีมาตรการการลงโทษเพิ่มเติม
สำหรับผู้ซื้อบริการทางเพศโดยอาจมีการพิจารณา
ให้ผู้มีความผิดฐานซื้อบริการทางเพศเข้ารับการฝึก
อบรมเกี่ยวกับการสร้างความตระหนักถึงสภาพ
ปัญหาการค้าบริการทางเพศในปัจจุบันโดยผู้ใช้
บริการทางเพศต้องเป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่าย
ตลอดหลักสูตรของการฝึกอบรม

4. ควรมีการจัดตั้งโครงการอบรมให้
เจ้าหน้าที่ตำรวจได้เข้าใจถึงสภาพปัญหาการค้า
บริการทางเพศ และการจัดสรรงบประมาณอย่าง
เพียงพอ อันเป็นการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมาย
ให้เกิดประสิทธิภาพ

5. ควรมีมาตรการในการเอาผิดผู้ซื้อ
บริการทางเพศที่ทำการซื้อบริการทางเพศผ่าน
อินเทอร์เน็ตโดยอาจใช้วิธีการซื้อขายตามแบบ
อย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา





มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัด ในประเทศไทย: ศึกษากรณีบทบาทของ ผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข*

Legal Measures for Managing Stray Dogs in Thailand: A Study of the Roles of Operators

ยศนันท์ ปานาภรณ์**

วัชรชัย จิรจินดากุล***

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการแก้ปัญหาสุนัขจรจัด ศึกษากรณีบทบาทของผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข โดยมีขอบเขตการศึกษาคือ พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายหรือมาตรการที่เกี่ยวข้องของประเทศญี่ปุ่น พระราชบัญญัติสวัสดิภาพและการจัดการสัตว์ พ.ศ. 2557 (Act on Welfare and Management of Animals 2014) โดยมุ่งวิเคราะห์เฉพาะกรณีสุนัขเพื่อหาแนวทางในการควบคุมและจัดการแก้ปัญหาสุนัขจรจัด การศึกษาครั้งนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (content analysis) โดยจะวิเคราะห์ประเด็น มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทยจากแง่มุมบทบาทของผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข

สาเหตุหนึ่งของปัญหาสุนัขจรจัดที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้น พบว่าเป็นปัญหามาจากผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัขที่ไม่มีความรับผิดชอบและขาดมาตรฐานในการประกอบกิจการ กล่าวคือ

* เนื้อหาตามบทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทย: ศึกษากรณีบทบาทของเจ้าของสุนัข ผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข และหน่วยงานรัฐ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

*** อาจารย์ ดร. ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

มีปัญหาในเรื่องของการดำเนินกิจการอย่างมีมาตรฐาน การจัดสวัสดิภาพที่ดีแก่สุนัขในสถานประกอบการ และปัญหาการทิ้งสุนัขที่ไม่สามารถจำหน่ายได้หมด ส่งผลให้มีการเพิ่มขึ้นของสุนัขจรจัดอีกทางหนึ่ง จากการศึกษาไม่พบว่ามีกฎหมายใดที่บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าว ดังนั้น การวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหาแนวทางและมาตรการในการควบคุมการประกอบกิจการเกี่ยวกับการจำหน่ายสุนัขเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยได้ศึกษาแนวทางจากพระราชบัญญัติ การจัดการและสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ของประเทศญี่ปุ่นเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ต่อไป

คำสำคัญ : สุนัขจรจัด ผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข การจัดการฟาร์มสุนัข

Abstract

This study aims to study the concepts, theories and principles of law. About solving stray dogs, studying the role of business operators to sell dogs. The scopes of this study are Act on Prevention of Cruelty and Animal Welfare 2014 of Thailand compared to the Act on Welfare and Management of Animals 2014, laws of Japan. By focusing on analyzing specific cases of dogs to find ways to control and manage stray dogs. This study is a documentary research and content analysis. By analyzing the issues Legal measures for managing stray dogs in Thailand from the role of business operators to selling dogs

Stray dog problems that occur in Thailand Partly found to be a problem from business operators to sell dogs that have no responsibility and lack of standards for business operations. That is, there is a problem in the operation of a standard business Providing good welfare for dogs in the workplace and the problem of abandoning dogs that cannot be sold out Resulting in an increase of stray dogs in another way. According to the study, there is no law that regulates the measures to control such operations. Therefore, this research aims to study the ways and measures to control the business operators to sell dogs to solve the problem. By studying from the Act on Welfare and Management of Animals 2014 in Japan as a guideline for amendments to the Act on Prevention of Cruelty and Animal Welfare 2014 of Thailand.

Keywords : Stray Dogs, Business Operators To Sell Dogs, Dog Farm Management

บทนำ

ประเทศไทยยังคงไม่ประสบความสำเร็จในการแก้ไขปัญหาสุนัขจรจัดที่เกิดขึ้นในตลอดระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา โดยพบว่ามีจำนวนสุนัขจรจัดในประเทศไทยกว่า 750,000 ตัว ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงที่มาของสุนัขจรจัดนั้น พบว่ามีที่มาอยู่หลายสาเหตุด้วยกัน เช่น การทิ้งสุนัขโดยเจ้าของสุนัขเองไม่ว่าจะเป็นเพราะไม่สามารถรับภาระค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงสุนัข การรักษาพยาบาล หรือแม้แต่ไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของสุนัขได้ รวมถึงกรณีที่หมดรักในสุนัขนั้นแล้ว การที่สุนัขหลุดไปจากสถานที่เลี้ยงหรือพลัดหลงและไม่สามารถตามหาค้นมาได้ ปัญหาจากการผสมพันธุ์กันเองระหว่างสุนัขจรจัด อีกสาเหตุหนึ่งที่สำคัญก็คือ การทิ้งสุนัขจากผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข ไม่ว่าจะเป็นนายหน้าซื้อขายไป หรือฟาร์มที่เพาะพันธุ์สุนัขเพื่อจำหน่ายเอง เนื่องจากปัญหาการที่ไม่สามารถจำหน่ายสุนัขที่เพาะพันธุ์ขึ้นมาหรือรับซื้อเข้ามาได้หมด เป็นเหตุให้ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูสุนัขนั้นต่อไป จนในที่สุดก็ตัดสินใจทิ้งสุนัขเพื่อเป็นการตัดปัญหาดังกล่าว สุนัขที่ถูกทิ้งหากสามารถมีชีวิตรอดอยู่ได้ ก็จะกลายเป็นสุนัขจรจัดในสังคมต่อไป ส่งผลให้เป็นปัญหาที่เรื้อรังและไม่สามารถแก้ไขให้หมดสิ้นลงได้

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายในประเทศไทยไม่พบว่ามีกฎหมายใดที่บัญญัติมาตรการในการควบคุมผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข มีเพียงพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557

แต่ก็พบว่ายังมีเนื้อหาที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ดังนั้น จึงเป็นที่มาของการวิจัยเพื่อหาแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายที่มีความรัดกุมและมีประสิทธิภาพที่สามารถตอบสนองในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและสถานการณ์สุนัขจรจัด สาเหตุและที่มาของสุนัขจรจัด รวมถึงผลกระทบจากปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาแนวคิดและมาตรการทางกฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับการควบคุมและการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในส่วนของผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวทางของประเทศไทย และประเทศญี่ปุ่น
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข

สมมุติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 มีความตระหนักถึงสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกและเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิ่งแวดล้อม จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะให้การคุ้มครองแก่สัตว์มิให้ถูกกระทำการทารุณกรรม แต่กฎหมายดังกล่าวยังมีเนื้อหาที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากยังไม่มียกเว้นข้อยกเว้นเกี่ยวกับผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสัตว์ ซึ่งเป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งในการมีส่วนร่วม

เพื่อแก้ไขปัญหาการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพแก่สัตว์ ดังนั้นจึงควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้มีความครอบคลุมและมีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหามากยิ่งขึ้น

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกิจการเกี่ยวกับการจำหน่ายสุนัขเพื่อแก้ปัญหาสุนัขจรจัด โดยศึกษาจากพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ของประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายหรือมาตรการที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย Act on Welfare and Management of Animals 2014 โดยมุ่งวิเคราะห์เฉพาะกรณีของการจำหน่ายสุนัข เพื่อหาแนวทางในการควบคุมและเพื่อเป็นการแก้ปัญหาสุนัขจรจัด

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจสภาพปัญหาและสถานการณ์สุนัขจรจัด สาเหตุและที่มาของสุนัขจรจัด รวมถึงผลกระทบจากปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทย
2. ทราบปัญหาและข้อบกพร่องที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในส่วนของผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัขในประเทศไทย และประเทศญี่ปุ่น
3. เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องและกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ปัญหากฎหมายและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุม

ผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข

วิธีการดำเนินงานวิจัย

การศึกษานี้ เป็นการศึกษาโดยใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ผ่านการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารที่เกี่ยวข้องซึ่งได้มาจากกฎหมาย มาตรการทางกฎหมาย ข้อบังคับ บทความ ของประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย จากฐานข้อมูลสำนักบรรณสาร การสืบค้นข้อมูลจากสื่อออนไลน์

จากนั้น เมื่อได้ข้อมูลแล้ว ผู้วิจัยจะดำเนินการวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (content analysis) โดยจะวิเคราะห์ประเด็น มาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดในประเทศไทย จากแง่มุมบทบาทของผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัข

ผลการวิจัย

สุนัขจรจัดเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมานานหลายปี และยังมีแนวโน้มที่จะเพิ่มจำนวนขึ้นเรื่อยๆ จากการศึกษาจะพบว่าสถานการณ์สุนัขจรจัดในประเทศไทยอยู่ในสถานะที่น่าเป็นห่วง มีจำนวนสุนัขจรจัดเพิ่มขึ้นมากขึ้น โดยจากข้อมูลการสำรวจสุนัขทั่วประเทศไทย โดยสำนักควบคุม ป้องกันและบำบัดโรคสัตว์ กรมปศุสัตว์ พบว่ามีจำนวนสุนัขที่ไม่มีเจ้าของในปี พ.ศ. 2557 จำนวน 722,625 ตัว และในปี พ.ศ. 2559 มีจำนวน 758,446 ตัว เพิ่มขึ้นมากกว่า 35,000 ตัว ในระยะเวลา 2 ปี และจากการ

สำรวจดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสุนัขที่ไม่มีเจ้าของนั้นมีอยู่เกือบทั่วทุกจังหวัดในประเทศไทยไม่ใช่ว่าเฉพาะแต่ในกรุงเทพมหานครเท่านั้น

**ตารางจำนวนสุนัขจรจัดรายเขต เทียบปี 57-59 โดยสำนักควบคุม ป้องกันและบำบัดโรคสัตว์
กรมปศุสัตว์¹**

	พ.ศ. 2557		พ.ศ. 2559	
เขต	เทศผู้	เทศเมีย	เทศผู้	เทศเมีย
1	97,199	90,541	125,042	136,677
2	56,171	60,712	56,176	56,407
3	28,939	23,713	20,574	24,400
4	11,567	10,654	12,301	11,703
5	16,658	5,087	11,462	9,679
6	46,647	33,782	40,651	29,469
7	57,813	47,542	53,224	40,992
8	45,046	59,013	18,506	17,450
9	15,509	13,976	12,234	81,505
รวมเขต	377,605	345,020	350,170	408,276
รวม	722,625		758,446	

สุนัขจรจัดคือ สุนัขที่ไม่มีเจ้าของหรืออาจจะเคยมีเจ้าของแต่ถูกเจ้าของนำมาปล่อยทิ้งไว้ตามวัด เขตชุมชน รวมถึงกองขยะหรือในสถานที่อื่น ๆ ดังนั้นหากแบ่งประเภทของสุนัขจรจัดจากบริเวณที่อยู่อาศัยอาจแบ่งสุนัขจรจัดได้เป็น 2 ประเภทคือสุนัขชุมชนกล่าวคือ สุนัขที่อาศัยอยู่ในย่านชุมชนหรือวัด อาจมีคนคอยให้อาหารบ้าง

ทั้งประจำและเป็นครั้งคราว หรือแม้แต่พาไปหาหมอและทำหมันให้สุนัขกลุ่มนี้มักจะมีชีวิตอยู่จนกระทั่งหมดอายุขัยและตายไปเอง อีกประเภทหนึ่งคือสุนัขเร่ร่อน สุนัขในกลุ่มนี้คือสุนัขที่เพิ่งถูกนำมาปล่อยทิ้งหรือสุนัขที่พลัดหลงจากบ้านที่อยู่อาศัย ส่วนมากจะเสียชีวิตในระยะเวลาอันสั้น เนื่องจากขาดน้ำและอาหาร

¹ สำนักควบคุม ป้องกัน และบำบัดโรคสัตว์, จำนวนประชากรสุนัขและแมว ปี 2559 (22 พฤษภาคม 2562) สำนักควบคุม ป้องกัน และบำบัดโรคสัตว์ Bureau of Disease Control and Veterinary Services <<http://dcontrol.dld.go.th/dcontrol/index.php/rabies/747-dogpop2016>>..

จากการศึกษาพบว่าสุนัขจรจัดก่อให้เกิดปัญหาแก่สังคมในหลายประเด็นด้วยกัน ทั้งในเรื่องความสะอาด การถูกสุนัขจรจัดทำร้าย ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตได้ เนื่องจากสุนัขที่กีดกันนั้นมีเชื้อเรบีส์อยู่ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์จะเจริญก้าวหน้าไปอย่างมาก แต่ก็ยังไม่สามารถรักษาโรคนี้ให้หายได้ หากไม่ได้รับการรักษาอย่างทันท่วงที²

ในส่วนหน้าที่มาของสุนัขจรจัดสามารถจำแนกได้เป็น 3 แหล่งที่มา คือ 1. เจ้าของทิ้ง³ หรือพลัดหลงจากบ้าน ในประเภทนี้คือกรณีเจ้าของเป็นผู้ทิ้งสุนัขด้วยเหตุผลต่างๆ เช่น ภาระค่าใช้จ่ายไม่ว่าจะเป็นค่าอาหารหรือค่ายารักษาพยาบาล การผสมพันธุ์กันเองตามธรรมชาติของสุนัขโดยปราศจากการป้องกัน พฤติกรรมความก้าวร้าวของสุนัข หรือแม้แต่เรื่องของความหมดรักในสุนัขที่เลี้ยงก็ตาม ส่วนกรณีการพลัดหลงอาจเกิดขึ้นจากการเลี้ยงแบบเปิด กล่าวคือสถานที่เลี้ยงไม่มีรั้วรอบขอบชิด สุนัขสามารถเข้าหรือออกสถานที่เลี้ยงได้อย่างเสรีและการพลัดหลงที่เกิดขึ้นระหว่างการเดินทาง 2. การผสมพันธุ์กันเองของสุนัขจรจัด โดยในแต่ละปี สุนัขจะเข้าสู่ภาวะเจริญพันธุ์และมีความพร้อมที่จะผสมพันธุ์ได้ปีละ

2 ครั้ง ซึ่งสุนัขเพศเมียสามารถตั้งท้องลูกสุนัขได้ตั้งแต่ 2-10 ตัว ดังนั้นในระยะเวลา 1 ปี สุนัขเพศเมีย 1 ตัว อาจให้กำเนิดลูกสุนัขได้มากถึง 20 ตัวต่อปี⁴ และ 3. การทิ้งสุนัขจากผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัขทั้งที่เป็นฟาร์มเพาะพันธุ์สุนัขและนายหน้าหรือตัวแทนจำหน่ายสุนัข⁵ สืบเนื่องจากปัญหาการไม่สามารถจำหน่ายลูกสุนัขที่เพาะพันธุ์ขึ้นมาหรือรับซื้อเข้ามาได้หมด ก่อให้เกิดปัญหาค่าใช้จ่าย ทั้งค่าอาหาร ค่าวัคซีน และค่าใช้จ่ายอื่น หากดำเนินการต่อไปก็จะขาดทุน จึงตัดสินใจทิ้งสุนัข

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัขทั้งที่เป็นฟาร์มเพาะพันธุ์สุนัขและนายหน้าหรือตัวแทนจำหน่ายสุนัข มีเพียงระเบียบกรมปศุสัตว์ว่าด้วยการขอรับและออกใบรับรองมาตรฐานฟาร์มสัตว์เลี้ยง พ.ศ. 2546 ซึ่งระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงการขอรับและออกใบรับรองมาตรฐานฟาร์มสัตว์เลี้ยง แต่ไม่มีการบังคับให้ฟาร์มสัตว์เลี้ยงทุกแห่งต้องขอใบรับรอง เช่นว่า กล่าวคือเป็นความสมัครใจของผู้ประกอบการเองว่าจะขอรับใบรับรองดังกล่าวหรือไม่ ส่งผลให้การทำฟาร์มเพื่อเพาะพันธุ์และหรือจำหน่ายสุนัขสามารถกระทำได้อย่างเสรี เพียงมีทุนทรัพย์

² กิตติภณ คล้ายเจ็ก เสาวลักษณ์ ลักษมีจรัสกุล และ วาชรินทร์ นันทเสน “การบริหารจัดการเพื่อควบคุมโรคพิษสุนัขบ้าของจังหวัดสมุทรปราการ” (2549) 9:18 วารสาร มจร.วิชาการ 52, 53.

³ ชีรภาพ นุสสิกันนท์, จุดเริ่มต้นของปัญหาหมาจรในสังคมไทย ... ทำไมคนถึงตัดสินใจทิ้งสุนัข (22 พฤษภาคม 2562) dogilike <<https://www.dogilike.com/content/tip/6617/>>.

⁴ โพสต์ทูเดย์, เจาะลึกปัญหาระดับชาติ “สุนัขจรจัดสิ้นเมือง” (22 พฤษภาคม 2562) โพสต์ทูเดย์ Posttoday <<https://www.posttoday.com/politic/report/435148>>.

⁵ โพสต์ทูเดย์, นรกบนดิน! ภาพการบุกทลายฟาร์มหมาเถื่อน จ.เชียงใหม่ (22 พฤษภาคม 2562) โพสต์ทูเดย์ Posttoday <<https://www.posttoday.com/social/general/473350>>.

ก็สามารถลงทุนเปิดฟาร์มหรือเป็นนายหน้าในการจำหน่ายสุนัขได้แม้จะไม่มีใบรับรองมาตรฐานฟาร์มสัตว์เลี้ยงของกรมปศุสัตว์ ซึ่งการที่ไม่มีกฎหมายหรือมาตรการในการควบคุมเช่นว่าก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกหลายประการ นอกจากปัญหาการทิ้งสุนัขที่ไม่สามารถจำหน่ายได้หมดตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีกรณีการดำเนินการที่อาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกมาก เช่น การจำหน่ายลูกสุนัขที่ไม่แข็งแรง ยังไม่หย่านมหรือมีอายุไม่เกิน 56 วัน เนื่องจากลูกสุนัขจะยังมีพัฒนาการเจริญเติบโตไม่สมบูรณ์เต็มที่ ส่งผลให้ลูกสุนัขป่วยหรือเกิดโรคได้ง่าย⁶ เมื่อผู้ซื้อซื้อไปได้ไม่นานก็ป่วยต้องเสียเงินค่ารักษาเป็นจำนวนมาก ในบางกรณีอาจถึงแก่ความตาย หรือการจำหน่ายลูกสุนัขที่มีสายพันธุ์ที่ไม่ถูกต้องตามที่ผู้ซื้อต้องการ⁷ กล่าวคือ การหลอกจำหน่ายลูกสุนัขพันธุ์ผสมโดยอ้างว่าเป็นพันธุ์แท้ เพราะลูกสุนัขบางสายพันธุ์อาจมีลักษณะใกล้เคียงกันกว่าจะรู้ว่าเป็นสายพันธุ์ผสมหรือไม่ใช่สายพันธุ์ที่ต้องการซื้อก็เมื่อสุนัขโตขึ้นแล้ว นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดสวัสดิภาพแก่สุนัขภายในฟาร์ม ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเรื่องความแออัดของจำนวนสุนัขในสถานที่เลี้ยง อาหาร การออกกำลังกาย ความสะอาดของสถานที่เลี้ยง ตลอดจนการดูแลสุขภาพให้แก่สุนัขภายในฟาร์มและการควบคุมโรค

⁶ Pedigree, พัฒนาการลูกสุนัขแต่ละช่วงวัย (22 พฤษภาคม 2562) Pedigree <<https://www.pedigree.co.th/Content/View.aspx/171/พัฒนาการลูกสุนัขแต่ละช่วงวัย /puppyclub>>.

⁷ เกล็นิสต์, สุดฮา!สาวลาวถูกขอมหมาขาย ออกได้ไซบีเรียนกลายเป็นดুবวัด (22 พฤษภาคม 2562) เกล็นิสต์ Dailynews <<https://www.dailynews.co.th/regional/583803>>.

ในส่วนของประเทศญี่ปุ่นที่ผู้วิจัยได้เลือกมาทำการศึกษานั้น พบว่า มีการกำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการรวมถึงหน้าที่ของผู้ประกอบการเพื่อจำหน่ายสุนัขไว้ ในพระราชบัญญัติสวัสดิภาพและการจัดการสัตว์ พ.ศ. 2557 โดยผู้วิจัยได้แบ่งประเด็นที่น่าสนใจไว้ดังนี้ คือ

1. การดำเนินการทางทะเบียน

1.1. การจดทะเบียน ในส่วนของหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางทะเบียน กฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ต้องการประกอบการเกี่ยวกับสัตว์จะต้องดำเนินการจดทะเบียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัด โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือประเภทที่ไม่มีการจำหน่ายสัตว์ และประเภทที่มีการจำหน่ายสัตว์ โดยจะต้องระบุนายละเอียดดังต่อไปนี้

ชื่อเจ้าของกิจการ

ที่อยู่ของเจ้าของกิจการ

ประเภทของกิจการ

ผู้รับผิดชอบในสถานประกอบการ

แต่หากการประกอบการมีวัตถุประสงค์เพื่อจำหน่ายสัตว์(สุนัขและแมว) จะต้องระบุในเรื่องดังต่อไปนี้เพิ่มเติม คือ มีการเพาะพันธุ์เพื่อจำหน่ายหรือไม่ และวิธีปฏิบัติต่อสัตว์ที่ไม่สามารถจำหน่ายได้

จะเห็นได้ว่าการที่ผู้ประกอบการจะต้องจดทะเบียนและมีการกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ นั้นก็จะเป็นประโยชน์ในกรณีที่หากการดำเนิน

กิจการดังกล่าวเกิดปัญหาขึ้น ก็จะสามารถหาผู้ที่
จะต้องรับผิดชอบได้ และยังเป็นการวางแผน
รับมือกับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่สามารถ
จำหน่ายสุนัขได้หมด เช่น ค่าอาหาร ค่ารักษา
พยาบาล ตลอดจนค่าดูแล เนื่องจากสุนัขจะมีอายุ
เฉลี่ยอยู่ที่ 10-15 ปี ดังนั้นหากจำหน่ายไม่หมด
จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวในการเลี้ยงดู
สุนัขนั้นจนตลอดอายุขัยของสุนัข

1.2. การต่ออายุการจดทะเบียน โดยการ
จดทะเบียนสถานประกอบการนั้นจะไม่มีผลเป็น
การถาวร เจ้าของกิจการจะต้องดำเนินการต่ออายุ
เมื่อครบกำหนด 5 ปี โดยการกำหนดให้ต้องต่อ
อายุทุก 5 ปีนั้น ผู้วิจัยมองว่าเป็นการเปิดโอกาสให้
เจ้าของกิจการได้มีการทบทวนผลการดำเนินงาน
และตัดสินใจว่าจะดำเนินการต่อไปหรือไม่

1.3. การเพิกถอนการจดทะเบียน โดยมี
สาเหตุแห่งการเพิกถอนการจดทะเบียนอยู่ด้วยกัน
3 ประการคือ 1. การจดทะเบียนไม่สุจริต 2. ความ
บกพร่องในสถานภาพตามกฎหมายของเจ้าของ
กิจการ และ 3. การดำเนินการเป็นไปอย่างไม่ได้
มาตรฐาน ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการกระตุ้นให้สถาน
ประกอบการควบคุมการดำเนินการให้เป็นไป
อย่างสุจริตและมีมาตรฐาน

2. หน้าที่ของเจ้าของกิจการ

เจ้าของกิจการมีหน้าที่ในการดำเนิน
กิจการดังต่อไปนี้

2.1. การแสดงข้อมูลของสถานประกอบการ
เมื่อการจดทะเบียนเสร็จสิ้นแล้ว เจ้าของกิจการ
ต้องจัดให้มีการแสดงข้อมูลในสถานประกอบการ
ให้สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน โดยมีรายละเอียด

คือ ชื่อของเจ้าของกิจการ และหมายเลขการ
จดทะเบียน ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการแสดงข้อมูลแก่ผู้ใช้
บริการและหน่วยงานที่ตรวจสอบการดำเนินการ

2.2. การจำหน่ายสัตว์ หน้าที่ที่จะต้อง
ดำเนินการในกรณีที่มีการจำหน่ายสัตว์ มีอยู่ด้วยกัน
4 ประการคือ

1. การอธิบายข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับ
สัตว์ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะนิสัย วิธีการเลี้ยง โรค
และปัญหาที่อาจเกิดขึ้น โดยต้องประเมินจากความรู้
ความเข้าใจและประสบการณ์ของผู้ซื้อ

2. จัดให้ผู้ซื้อได้พบกับสัตว์ที่จะ
ทำการซื้อขาย พร้อมทั้งแสดงข้อมูลเบื้องต้น เช่น
วัน เดือน ปี เกิดของสัตว์ ชื่อของผู้ที่ทำการผสมพันธุ์

3. ในกรณีที่เป็นการจำหน่ายสุนัข
หรือแมว สุนัขหรือแมวนั้นจะต้องมีอายุไม่น้อยกว่า
56 วัน

4. ในกรณีที่ไม่สามารถจำหน่าย
สัตว์ได้หมด สถานประกอบการจะต้องดูแลสัตว์
นั้นจนกว่าจะหมดอายุขัย

การกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบการ
ดังที่กล่าวมาก็เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้แก่
ผู้ซื้อ จะได้เข้าใจและมีข้อมูลเพียงพอก่อนการ
ตัดสินใจเลี้ยงสัตว์นั้น นอกจากนั้นยังเป็นการ
เตรียมความพร้อมแก่สัตว์เพื่อให้สัตว์นั้นได้มี
สุขภาพแข็งแรงสมบูรณ์อย่างเต็มที่ก่อนที่จะมีการ
จำหน่าย อีกทั้งยังเป็นการเตรียมความพร้อมของ
สถานประกอบการในการวางแผนรับมือหากเกิด
กรณีที่ไม่สามารถจำหน่ายสัตว์ได้หมด

2.3. การจัดทำทะเบียนสัตว์ในสถาน
ประกอบการ หน้าที่ในการจัดทำทะเบียนสัตว์ใน

สถานประกอบการแบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ

1. การทำคู่มือประจำตัวสัตว์ โดยระบุวันเกิด วันที่จำหน่ายหรือส่งมอบสัตว์นั้น โดยให้เจ้าของสัตว์เก็บไว้

2. การทำทะเบียนประวัติสัตว์ที่เข้าออกสถานประกอบการ ระบุวันเกิดหรือวันที่รับสัตว์นั้นเข้ามา วันที่จำหน่าย หรือวันที่สัตว์นั้นตาย โดยต้องทำตั้งแต่เริ่มต้นกิจการจนวันสุดท้ายของการดำเนินกิจการ และในกรณีที่มีสัตว์ตายจะต้องมีใบรับรองผลการชันสูตรจากสัตวแพทย์แนบท้ายไว้ด้วย

การจัดทำทะเบียนสัตว์ในสถานประกอบการมีข้อดีคือ เพื่อให้เป็นการตรวจสอบได้ถึงที่มาที่ไปของสัตว์ ทั้งที่รับเข้ามาและจำหน่ายออกไป อีกทั้งในกรณีที่มีสัตว์ตายในสถานประกอบการ ก็จะต้องมีใบรับรองผลการชันสูตรจากสัตวแพทย์เพื่อเป็นการยืนยันสาเหตุการตายเพื่อเป็นการป้องกันการทารุณกรรมสัตว์ หรือการทำลายสัตว์ที่ไม่สามารถจำหน่ายได้หมด

3. มาตรฐานของสถานประกอบการ

ในการดำเนินกิจการจะต้องเป็นไปอย่างมีมาตรฐานโดยกฎหมายได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานของสถานประกอบการไว้ 2 ประเด็นคือ

3.1. การตรวจสอบสุขภาพสัตว์ภายในสถานประกอบการ สถานประกอบการจะต้องจัดให้มีการป้องกันการเกิดโรคติดต่อที่อาจเกิดขึ้นภายในสถานประกอบการ และจะต้องทำงานร่วมกับสัตวแพทย์เพื่อให้การดูแลสุขภาพแก่สัตว์ภายในสถานประกอบการ

3.2. การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่จัดการสวัสดิภาพ

สัตว์ในสถานประกอบการ โดยสถานประกอบการจะต้องแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อดูแลสัตว์ในสถานประกอบการซึ่งเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับการอบรมและมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสัตว์ที่ต้องดูแล

ซึ่งการกำหนดมาตรฐานของสถานประกอบการดังกล่าวก็เพื่อเป็นการป้องกันการเกิดโรคติดต่อ และเพื่อให้สัตว์ภายในสถานประกอบการ มีสุขภาพที่ดี ได้รับการเอาใจใส่อย่างเพียงพอ

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ให้มีมาตรการที่รัดกุมมากยิ่งขึ้น โดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับฟาร์มเพาะพันธุ์สัตว์เลี้ยง และนายหน้าหรือตัวแทนจำหน่าย โดยอาจเริ่มต้นจากสัตว์เลี้ยงประเภทสุนัข ในประเด็นดังต่อไปนี้

1. การดำเนินการทางทะเบียน

1.1. เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการลงทะเบียนโดยกำหนดให้ ฟาร์มเพาะพันธุ์สุนัข ผู้ประกอบการที่มีการจำหน่ายสุนัข ตัวแทนหรือนายหน้าที่จำหน่ายสุนัขจะต้องลงทะเบียนต่อหน่วยงานของรัฐ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือปลุสสัตว์จังหวัด เพื่อให้การประกอบกิจการดังกล่าวสามารถควบคุมและตรวจสอบได้ โดยจะต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ชื่อเจ้าของกิจการ

ที่อยู่ของเจ้าของกิจการ

ประเภทของกิจการ

ผู้รับผิดชอบในสถานประกอบการ

มีการเพาะพันธุ์สุนัขเพื่อจำหน่าย

หรือไม่ และ วิธีปฏิบัติต่อสัตว์ที่ไม่สามารถจำหน่ายได้

1.2. การต่ออายุการจดทะเบียน กำหนดให้ การจดทะเบียนมีอายุจำกัด โดยกำหนดให้ การจดทะเบียนครั้งแรกมีอายุ 1 ปี เมื่อครบกำหนด จะต้องดำเนินการต่ออายุครั้งที่ 2 มีอายุ 3 ปี และ เมื่อครบกำหนดจะต้องต่ออายุอีกทุก ๆ 5 ปี โดยการต่ออายุจะต้องมีการตรวจสอบการดำเนินการว่าเป็นไปตามมาตรฐานหรือไม่ หากไม่เป็นไปตามมาตรฐานจะไม่สามารถดำเนินการต่ออายุการจดทะเบียนได้ เพื่อเป็นการกระตุ้นให้สถานประกอบการดำเนินการอย่างมีมาตรฐาน

1.3. การเพิกถอนการจดทะเบียน มีการกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนการจดทะเบียนได้แก่ 1. การจดทะเบียนไม่สุจริต 2. ความบกพร่องในสถานภาพตามกฎหมายของเจ้าของกิจการเช่น การมีคำสั่งศาลให้เป็นบุคคลล้มละลาย เป็นต้น และ 3. การดำเนินการเป็นไปโดยไม่ได้มาตรฐาน เช่น พบปัญหาจากการถูกร้องเรียน และไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือไม่ผ่านเกณฑ์การตรวจสอบการดำเนินการเพื่อต่ออายุการจดทะเบียน เป็นต้น

2. หน้าที่ของเจ้าของกิจการ

2.1. การแสดงข้อมูลของสถานประกอบการ ภายหลังการจดทะเบียนแล้วเสร็จ เจ้าของสถานประกอบการจะต้องแสดงข้อมูลของสถานประกอบการไว้ในที่ซึ่งสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน โดยจะต้องระบุชื่อเจ้าของกิจการ และหมายเลขการจดทะเบียน

2.2. การจำหน่ายสุนัข ในระหว่างการ

จำหน่ายสุนัข เจ้าของกิจการหรือพนักงานผู้ดำเนินการมีหน้าที่ดังนี้

1. การอธิบายข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับสุนัข เช่น วิธีการเลี้ยง ลักษณะนิสัยตามธรรมชาติ โรคที่อาจเกิดขึ้น โดยประเมินจากความรู้ความเข้าใจ และประสบการณ์ของผู้ซื้อเพื่อประกอบการอธิบาย

2. ก่อนที่จะทำการซื้อขาย เจ้าของกิจการหรือพนักงานผู้ดำเนินการจะต้องจัดให้ผู้ซื้อได้พบกับสุนัขที่จะทำการซื้อขาย เพื่อให้ผู้ซื้อสามารถพิจารณาและตัดสินใจก่อนที่จะทำการซื้อขาย

3. สุนัขที่จำหน่ายจะต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 56 วันในวันที่ทำการจำหน่าย

4. หากไม่สามารถจำหน่ายสุนัขได้หมด เจ้าของกิจการจะต้องดูแลสุนัขนั้นจนกว่าจะหมดอายุขัย

2.3. การจัดทำทะเบียนสัตว์ในสถานประกอบการ

1. เมื่อมีการจำหน่ายสุนัข เจ้าของกิจการหรือพนักงานผู้ดำเนินการจะต้อง ส่งมอบคู่มือประจำตัวสุนัขแก่ผู้ซื้อ โดยในคู่มือดังกล่าวจะต้องระบุ วันเกิดของสุนัข วันที่จำหน่ายหรือส่งมอบ รวมถึงข้อมูลที่จำเป็นอื่น ๆ เช่น ตารางการฉีดวัคซีน การสังเกตอาการป่วยของสุนัข และวิธีปฏิบัติเมื่อสุนัขป่วย เป็นต้น

2. สถานประกอบการจะต้องทำทะเบียนประวัติสุนัขที่เข้าออกสถานประกอบการ โดยจะต้องระบุวันที่สุนัขเกิด หรือวันที่รับสุนัขเข้ามาในสถานประกอบการ วันที่จำหน่ายสุนัข วันที่สุนัขตายพร้อมทั้งระบุสาเหตุและใบรับรองผลการชันสูตรจากสัตวแพทย์

3. มาตรฐานของสถานประกอบการ

3.1. สถานประกอบการจะต้องจัดให้มีการตรวจสุขภาพสัตว์ภายในสถานประกอบการโดยสัตวแพทย์ การกำหนดโปรแกรมการฉีดวัคซีนป้องกันโรคที่เหมาะสม เพื่อเป็นการป้องกันและควบคุมการเกิดโรคติดต่อภายในสถานประกอบการ

3.2. สถานประกอบการจะต้องจัดให้มีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการจัดสวัสดิภาพให้แก่สุนัข ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่จัดการสวัสดิภาพสัตว์ในสถานประกอบการ เพื่อดูแลโรงเรือนให้มีความสะอาด ถูกสุขอนามัย มีขนาดเพียงพอต่อจำนวนสุนัขในสถานประกอบการ

ข้อเสนอแนะ

ในปัจจุบัน มีการใช้เทคโนโลยีการฝังไมโครชิพในสุนัขเพื่อเป็นการระบุตัวเจ้าของสุนัข ซึ่งเป็นวิธีการเพื่อป้องกันปัญหาการทิ้งสุนัขจนกลายเป็นปัญหาแก่สังคม ตัวอย่างเช่น กรุงเทพมหานคร ได้กำหนดไว้ในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องการควบคุมการเลี้ยงหรือปล่อยสุนัข พ.ศ. 2548 โดยเจ้าของสุนัขจะต้องนำสุนัขไปทำการฝังไมโครชิพและจดทะเบียนที่กองสัตวแพทย์สาธารณสุข สำนักอนามัย นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การลงทะเบียนดังกล่าวควรดำเนินการตั้งแต่ต้นทาง กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการจำหน่ายสุนัข สถานประกอบการควรดำเนินการฝังไมโครชิพให้เรียบร้อยพร้อมทั้งบันทึกข้อมูลของผู้ซื้อวันที่ดำเนินการซื้อขาย ให้แล้วเสร็จก่อนที่จะส่งมอบสุนัข เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ซื้อ อีกทั้งยังเป็นการบันทึกข้อมูลที่หายไปของสุนัข ตั้งแต่แรก เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาการทิ้งสุนัขจนกลายเป็นสุนัขจรจัดอย่างรัดกุมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น



บรรณานุกรม

กิตติภณ คล้ายแจ็ก เสาวลักษณ์ ลักขมีจักรกุล และ วาชรรัตน์ นันทเสน “การบริหารจัดการเพื่อควบคุมโรคพิษสุนัขบ้าของจังหวัดสมุทรปราการ” (2549) 9:18 วารสาร มวก.วิชาการ.

เดลินิวส์, สุดฮา!สาวลาวถูกย้อมหมาขาย อยากได้ไซบีเรียนกลายเป็นตูบวัด (22 พฤษภาคม 2562) เดลินิวส์ Dailynews <<https://www.dailynews.co.th/regional/583803>>.

ธีรภาพ มุสิกานนท์, จุดเริ่มต้นของปัญหาหมาจรในสังคมไทย ... ทำไมคนถึงตัดสินใจทิ้งสุนัข (22 พฤษภาคม 2562) dogilike <<https://www.dogilike.com/content/tip/6617/>>.

โพสต์ทูเดย์, เจาะลึกปัญหาระดับชาติ “สุนัขจรจัดสิ้นเมือง” (22 พฤษภาคม 2562) โพสต์ทูเดย์ Posttoday <<https://www.posttoday.com/politic/report/435148>>.

โพสต์ทูเดย์, นรกบนดิน!ภาพการบุกทลายฟาร์มหมาเถื่อน จ.เชียงใหม่ (22 พฤษภาคม 2562) โพสต์ทูเดย์ Posttoday <<https://www.posttoday.com/social/general/473350>>.

สำนักควบคุม ป้องกัน และบำบัดโรคสัตว์, จำนวนประชากรสุนัขและแมว ปี 2559 (22 พฤษภาคม 2562) สำนักควบคุม ป้องกัน และบำบัดโรคสัตว์ Bureau of Disease Control and Veterinary Services <<http://dcontrol.dld.go.th/dcontrol/index.php/rabies/747-dogpop2016>>.

Pedigree, พัฒนาการลูกสุนัขแต่ละช่วงวัย (22 พฤษภาคม 2562) Pedigree <<https://www.pedigree.co.th/Content/View.aspx/171/พัฒนาการลูกสุนัขแต่ละช่วงวัย /puppyclub>>.





หลักการใหม่ในการดำเนินการทางวินัย แก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ที่ออกจากราชการไปแล้ว

New Principle of Disciplinary Proceedings for any Civil Servant who Retired from the Government Service

จิตรา เพียรล้ำเลิศ*

บทคัดย่อ

การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญที่ออกจากราชการไปแล้ว เดิมมีหลักการบัญญัติไว้ในมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กล่าวคือ หากมีการกล่าวหาข้าราชการพลเรือนสามัญ ผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาโดยผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นก่อนที่จะออกจากราชการ แม้ผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้ว ก็สามารถดำเนินการทางวินัยได้ แต่ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ต้องดำเนินการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นจากราชการ ในขณะเดียวกันบทบัญญัติในเรื่องนี้สำหรับข้าราชการฝ่ายพลเรือนประเภทอื่นนอกจากข้าราชการ

พลเรือนสามัญ ได้แก่ ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการรัฐสภา เป็นต้น กลับมีบทบัญญัติที่แตกต่างกันในรายละเอียดบางประการ อาทิ ข้าราชการตำรวจที่ออกจากราชการไปแล้ว พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 บัญญัติให้ต้องสอบสวนให้เสร็จสิ้นภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ เป็นต้น ดังนั้น องค์กรกลางบริหารงานบุคคลต่างๆ ได้แก่ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) คณะกรรมการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา (ก.ร.) และคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (ก.พ.อ.) จึงได้มีการสัมมนาระดมความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้และนำไปสู่การแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องของการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วให้มีมาตรฐานเดียวกัน เพื่อมิให้เกิดการลักลั่นกัน

* รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ทางปฏิบัติ โดยบทความนี้จะได้กล่าวโดยเฉพาะพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 100 เดิมเสียใหม่ โดยมีหลักการสำคัญคือ กรณีที่มีผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงต่อบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดในขณะรับราชการอยู่ แม้ออกจากราชการไปแล้ว ส่วนราชการสังกัดเดิมก่อนออกจากราชการสามารถดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงแก่ผู้นั้นได้ แต่ต้องสั่งลงโทษภายใน 3 ปี และยังสามารถเพิ่มหลักการใหม่อีกว่า แม้ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดออกจากราชการไปแล้ว อาจถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงได้ภายหลังออกจากราชการไปแล้วไม่เกิน 1 ปี โดยต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ และหากจะสั่งลงโทษต้องกระทำภายใน 3 ปี เช่นเดียวกับกรณีที่มีการกล่าวหาอยู่ก่อนออกจากราชการ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ยังมีข้อที่น่าสังเกตบางประการในเรื่องเกี่ยวกับกรอบระยะเวลาในการดำเนินการทางวินัย

คำสำคัญ : การดำเนินการทางวินัย ข้าราชการพลเรือนสามัญ ผู้ที่ออกจากราชการ

Abstract

According to disciplinary proceedings for any civil servant who already retired from the government service, it was prescribed in section 100 of Civil Service Act, B.E. 2551 stating that where a civil servant is subject to a written allegation for having acted a gross disciplinary breach, if the allegation was made towards the supervising official of such person, or towards a person carrying out investigations and inquiries or inspections pursuant to the law or regulations of official authorities, or the allegation was made by the supervising official of such person before retiring from government service, even if subsequently such person retires from the government service, The disciplinary proceedings shall continue as if such person has not yet retired, provided that the supervising official authorized to make an instatement order under section 57 must carry out the inquiry within 180 days as from the date of such person's retirement from the government service.

Meanwhile, with regard to disciplinary proceedings, government officials other than those situated in Civil Service Act B.E. 2551 such as police and parliamentary officials are governed by legislations that are different from the Civil Service Act, B.E. 2551 in some prospects. For instance, National Police Act, B.E. 2547 prescribes that inquiry of the police who may have his or her service terminated, such inquiry may be continued, but shall be completed within a period of



one year following the date of termination of service. Therefore, Central Personnel Agency including Ofce of Civil Service Commission (OCSC), Ofce of Police Commission, Ofce of Teachers and Education Personnel Commission, Ofce of Parliamentary Officials Commission, and Ofce of Teacher Civil Service and Educational Personnel Commission had held a seminar to gather comments on this particular matter. It leads to amendment of legislations regarding disciplinary proceedings for government officials who has retired from governmental service. In this article, it only focuses on the Civil Service Act, B.E. 2562, which is enacted to amend section 100 in the Civil Service Act, B.E. 2551. The new main principle applies under two circumstances. First, it is the case where a person has been alleged of having acted a gross disciplinary breach to a person prescribed under the law during his or her position as a civil servant. Although such alleged person is already retired from the government service, the government agency that such alleged person worked before the retirement could proceed serious disciplinary proceedings to that person, but the punishment order must be rendered within three years from the day of retirement. Second, in case where a civil servant, who already retired from the government service, has been alleged of a gross disciplinary breach, such allegation must be within one year from the day of retirement, and an inquiry must begin not exceeding one year after the retirement. Moreover, the punishment order must be rendered within three years in which it is similar to the provided period in the case in where the allegation was made before the retirement. Nevertheless, the aforementioned principle still leaves some particular remark regarding the timeframe of disciplinary proceedings.

Keywords : Disciplinary proceedings, civil servant, retirement

บทนำ

บทความนี้จะมุ่งเน้นสำหรับกระบวนการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนที่ออกจากราชการไปแล้ว โดยแต่เดิมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2471 จนถึงพระ-

ราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2497 มีหลักการว่า กรณีข้อเท็จจริงได้ความว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดวินัย การที่ภาครัฐจะดำเนินการทางวินัยไม่ว่าร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงแก่ข้าราชการฝ่ายพลเรือนได้นั้น ในขณะที่เริ่มดำเนินการต้องได้ความว่าผู้นั้นยังคงมีสภาพความเป็นข้าราชการอยู่

อย่างไรก็ดี หลักการข้างต้นได้มีการปรับเปลี่ยนไปเมื่อมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 มาตรา 89¹ ใช้บังคับ ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนได้เพิ่มแนวทางให้สามารถดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วได้ ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่า การกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงต่อผู้บังคับบัญชา หรือถูกฟ้องคดีอาญา หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาเว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษนั้น จะต้องเกิดขึ้นก่อนที่จะออกจากราชการ ทางราชการจึงสามารถจะดำเนินการทางวินัยแก่บุคคลนั้นได้เสมือนว่ายังมีได้ออกจากราชการ โดยเมื่อสอบสวนแล้ว ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่ากระทำความผิดวินัยจริง ไม่ว่าจะร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงก็ตาม ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายก็ยังมีอำนาจสั่งลงโทษย้อนหลังได้ โดยมีข้อยกเว้นเพียงกรณีที่ผู้นั้นได้ออกจากราชการเพราะตาย ต้องสั่งยุติเรื่อง²

¹ มาตรา 89, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518

“ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง หรือถูกฟ้องคดีอาญา หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือเป็นความผิดลหุโทษ แม้ภายหลังผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้ว ผู้มีอำนาจตามมาตรา 86 หรือมาตรา 92 วรรคสาม แล้วแต่กรณี ก็ยังมีอำนาจสั่งดำเนินการลงโทษหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้เป็นไปตามหมวดนี้ได้ เว้นแต่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นจะออกจากราชการเพราะตาย”

² คณะวิทยากรด้านวินัย, คู่มือการดำเนินการทางวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 (กรุงเทพมหานคร: ไทยพิมพ์, 2531) 305

³ มาตรา 106, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

“ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง หรือกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และเป็นการกล่าวหาเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวน หรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาเป็นหนังสือโดยผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญา หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เว้นแต่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่ไม่เกี่ยวกับราชการ หรือความผิดลหุโทษ แม้ภายหลังผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้ว เว้นแต่ออกจากราชการเพราะตาย ผู้มีอำนาจตามมาตรา 102 วรรคสาม วรรคสี่ หรือวรรคห้า หรือมาตรา 104 วรรคสาม แล้วแต่กรณี มีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 99 หรือดำเนินการทางวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ต่อไปได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมีได้ออกจากราชการ เว้นแต่กรณีที่ผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยที่จะต้องลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดขั้นเงินเดือน ถ้าให้ลงโทษเสียได้”

ต่อมาในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ก็ยังคงบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 106³ โดยมีรายละเอียดเพิ่มเติม ดังนี้

ประการแรก คือ มีการขยายเรื่องตัวบุคคลที่รับเรื่องกล่าวหา กล่าวคือ นอกจากอาจยื่นเรื่องกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาผู้นั้นแล้ว ยังเปิดโอกาสเพิ่มเติมให้ยื่นเรื่องกล่าวหาต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวน และผู้มีหน้าที่ตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ เช่น เจ้าหน้าที่ของสำนักงาน ป.ป.ช. หรือเจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

ประการที่สอง คือ ในกรณีที่ผลการสอบสวนผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วปรากฏว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ซึ่งเดิมมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 มิได้บัญญัติให้สั่งลงโทษ ทำให้ผู้บังคับ

บัญชาต้องสั่งลงโทษตามผลการสอบสวนนั้น แต่ตามตรา 106 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า หากผลการสอบสวนปรากฏว่า ผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ก็ให้สั่งงดโทษ

จากนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 100⁴ ก็ยังคงหลักการในการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วข้างต้น เพียงแต่ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วมากขึ้น กล่าวคือ เมื่อมีการกล่าวหาว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง หรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา อันมิใช่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่ไม่เกี่ยวกับราชการ

หรือความผิดลหุโทษ อยู่ก่อนพ้นจากราชการแล้ว ต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนภายใน 180 วันนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นจากราชการอีกด้วย

อนึ่ง ภายหลังจากที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนได้วางหลักการในเรื่องของการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วตั้งแต่บังคับใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 ดังกล่าวข้างต้น องค์กรกลางบริหารงานบุคคลอื่นก็มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนของตนเองในเรื่องนี้เช่นกัน แต่ก็มีบางองค์กรกลางบริหารงานบุคคลที่บัญญัติเนื้อหาสาระที่แตกต่างออกไป อาทิ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 94⁵ มีการกำหนดระยะเวลาในการสอบสวนพิจารณาว่าต้องดำเนินการสอบสวนให้เสร็จสิ้นภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ เป็นต้น

⁴ มาตรา 100, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

“ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีกรณีถูกกล่าวหาเป็นหนังสือว่ากระทำหรือละเว้นกระทำการใดที่เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงถ้าเป็นการกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาโดยผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา อันมิใช่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่ไม่เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษ แม้ภายหลังผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้ว โดยมีเหตุตาย ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยมีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณา และดำเนินการทางวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ต่อไปได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมีได้ออกจากราชการ แต่ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ต้องดำเนินการสอบสวนตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นจากราชการ

ในกรณีตามวรรคหนึ่งถ้าผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ก็ให้งดโทษ”

⁵ มาตรา 94, พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547

“ข้าราชการตำรวจผู้ใดถูกสอบสวนในกรณีการกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงหรือมีกรณีที่ถูกรับรู้ผลความผิดตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตไว้แล้ว แม้ต่อมาข้าราชการตำรวจผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้วก็ให้ทำการสอบสวนต่อไปได้ แต่ต้องดำเนินการสอบสวนให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันออกจากราชการ

การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการตำรวจตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมีได้ออกจากราชการ เว้นแต่กรณีที่ผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยที่จะต้องลงโทษภาคทัณฑ์ ทัณฑกรรม กักขัง หรือกักขัง ก็ให้งดโทษนั้นเสีย”

การพิจารณาแก้ไขหลักการในการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วตามมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ในการประชุมคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ครั้งที่ 10/2558 เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2558 พิจารณาเห็นว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วขององค์กรกลางบริหารงานบุคคลหลายแห่งยังมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกัน ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรม และไม่เสมอภาคในการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการซึ่งออกจากราชการไปแล้ว นอกจากนี้ยังพบปัญหาความแตกต่างระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการฝ่ายพลเรือนกับกฎหมายขององค์กรตรวจสอบการทุจริต (เช่น คณะกรรมการ ป.ป.ช. คณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นต้น) ทำให้การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการที่ถูกองค์กรตรวจสอบการทุจริตชี้มูลความผิดหลังจากออกจากราชการไปแล้วบางกรณีไม่อาจดำเนินการตามฐานความผิดที่ชี้มูลได้ ดังนั้น ก.พ. จึงขอให้สำนักงาน ก.พ. นำไปศึกษาว่าจะปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วอย่างไรให้เหมาะสม โดยให้ระดมความเห็นจากองค์กรกลางบริหารงานบุคคลอื่นประกอบด้วย ได้แก่ คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา คณะกรรมการ

ข้าราชการตำรวจ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา เป็นต้น เพื่อรวบรวมความคิดเห็นและยกร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จากนั้นนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขออนุมัติหลักการเมื่อยกร่างเสร็จแล้ว คณะรัฐมนตรีได้ส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจร่าง ก่อนนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ร่างกฎหมายทั้ง 5 ฉบับดังกล่าวได้เสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ในการพิจารณาครั้งที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 66/2561 เมื่อวันศุกร์ที่ 5 ตุลาคม 2561 ซึ่ง สนช. ได้มีมติรับหลักการของร่างพระราชบัญญัติทั้งห้าฉบับที่นำเสนอ พร้อมทั้งแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมีกำหนดเวลาปฏิบัติงานภายใน 60 วัน คณะกรรมการวิสามัญได้ประชุมพิจารณา ระหว่างวันที่ 8 ตุลาคม 2561 ถึงวันที่ 4 ธันวาคม 2561 รวม 9 ครั้งด้วยกัน และได้เสนอ สนช. ในการประชุมครั้งที่ 84/2561 เมื่อวันพฤหัสบดีที่ 13 ธันวาคม 2561 เพื่อพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 ซึ่งในที่สุด สนช. ได้ลงมติเห็นสมควรประกาศใช้เป็นกฎหมายได้

หลักการใหม่ในการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ที่ออกจากราชการไปแล้ว

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 มาตรา 3⁶ ได้

⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2562 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 6 เมษายน 2562

บัญญัติให้ยกเลิกมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 100 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดซึ่งออกจากราชการอันมิใช่เพราะเหตุตายมีกรณีถูกกล่าวหาเป็นหนังสือก่อนออกจากราชการว่า ขณะรับราชการได้กระทำหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ถ้าเป็นการกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาของผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาคดีอาญา ก่อนออกจากราชการว่า ในขณะรับราชการได้กระทำความผิดอาญาอันมิใช่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่ไม่เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษ ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยมีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาดำเนินการทางวินัย และสั่งลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ต่อไปได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมิได้ออกจากราชการ แต่ต้องสั่งลงโทษภายในสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ

กรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกล่าวหาหรือฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาคดีอาญาหลังจากที่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดออกจากราชการแล้วไม่เกินหนึ่งปี ให้ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยมีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาดำเนินการทางวินัย และสั่งลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ต่อไปได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมิได้ออกจากราชการ โดยต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนภายในหนึ่งปีนับ

แต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ และต้องสั่งลงโทษภายในสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ สำหรับกรณีที่เป็นความผิดที่ปรากฏชัดแจ้งตามมาตรา 95 วรรคสอง จะต้องสั่งลงโทษภายในสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษ หรือองค์การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยหรือองค์การตรวจสอบรายงานการดำเนินการทางวินัยมีคำวินิจฉัยถึงที่สุดหรือมีมติให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง เพราะเหตุกระบวนการดำเนินการทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยดำเนินการทางวินัยให้แล้วเสร็จภายในสองปีนับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด หรือมีคำวินิจฉัยถึงที่สุดหรือมีมติ แล้วแต่กรณี

การดำเนินการทางวินัยตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม ถ้าผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงก็ให้งดโทษ

ความในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญซึ่งถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตาม มาตรา 101”

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 มาตรา 100 ใหม่มีหลักการที่แตกต่างไปจากมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ดังนี้

(1) มาตรา 100 เดิมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีเฉพาะการกล่าวหาเป็นหนังสือว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ต้องหาคดีอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา อันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทที่มีได้เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษ ซึ่งต้องปรากฏว่าการกล่าวหาได้กระทำก่อนที่ผู้นั้นจะออกจากราชการและต้องมีการดำเนินการทางวินัยภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่ที่ผู้นั้นพ้นจากราชการ และไม่มีกำหนดระยะเวลาของการสั่งลงโทษว่าต้องกระทำภายในระยะเวลาเท่าใด แต่ตามมาตรา 100 ใหม่ดังกล่าวการกล่าวหาเป็นหนังสือว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ต้องหาคดีอาญาหรือถูกฟ้องคดีอาญา อันมิใช่ความผิดที่กระทำโดยประมาทที่มีได้เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษนั้น อาจทำการกล่าวหาได้ทั้ง

- 1) ก่อนที่ข้าราชการผู้นั้นออกจากราชการ หรือ
- 2) หลังจากข้าราชการผู้นั้นออกจากราชการไปแล้วไม่เกิน 1 ปี โดยกรณีการกล่าวหาหลังจากที่ผู้นั้นออกจากราชการต้องเริ่มดำเนินการการสอบสวน คือมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ และทั้งสองกรณีคือ ทั้งกรณีมีการกล่าวหาไม่ว่าก่อนหรือหลังผู้นั้นออกจากราชการ หากพิจารณาว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดจริงต้องมีการสั่งลงโทษภายใน 3 ปีนับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ

(2) ตามมาตรา 100 ใหม่ยังได้กำหนดถึงกรณีที่ภายหลังเมื่อมีการสั่งลงโทษตามวรรคแรกไปแล้ว ศาลปกครองสูงสุดหรือองค์กรที่วินิจฉัยอุทธรณ์ (เช่น คณะกรรมการพิทักษ์ระบบ

คุณธรรม หรือ ก.พ.ค.) หรือองค์กรตรวจสอบการดำเนินการทางวินัย (เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) หรือ อ.ก.พ. กระทรวง ตามมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551) ได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดหรือมีมติให้เพิกถอนคำสั่งนั้นเพราะเหตุดำเนินการกระบวนการณ์ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (เช่น ไม่แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ เป็นต้น) ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุต้องดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปี ทั้งนี้ เพื่อเร่งรัดให้ผู้ถูกกล่าวหาที่ออกจากราชการไปแล้ว ไม่ต้องรอการดำเนินการที่นานเกินสมควรต่อไป

(3) นอกจากนี้ ตามมาตรา 100 ใหม่ยังมีข้อยกเว้นไว้ในวรรคท้ายว่า การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่รวมถึงการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามมาตรา 101 ด้วย เหตุที่ต้องบัญญัติเรื่องไว้ไว้ในมาตรา 100 เนื่องจากเคยมีกรณีการตอบข้อหารือของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 840/2555 วินิจฉัยโดยสรุปว่า การสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนถือเป็นการออกจากราชการอย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ดังนั้น การที่ไม่สามารถดำเนินการสอบสวนผู้ถูกกล่าวหาให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี ตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ทำให้ไม่อาจดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหาได้อีกต่อไป ซึ่งอันที่จริงโดยหลักการแล้วการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนเป็นเพียงการออกจากราชการที่มีเงื่อนไขว่า หากผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงหรือไม่มีความผิดแต่อย่างใด ทาง

ราชการก็ต้องสั่งให้ผู้นั้นกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งและระดับเดิม พร้อมทั้งคืนสิทธิประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนด จึงถือเป็นการออกจากราชการชั่วคราวเท่านั้น แม้การสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนตามมาตรา 101 จะถือเป็นการขบวนการต่างหากไม่เกี่ยวกับการกล่าวหา ก่อนหรือหลังออกจากราชการว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงก็ตาม แต่การนำเอาเรื่องนี้มาบัญญัติไว้ในวรรคท้ายของมาตรา 100 ก็จะทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น เพราะหากปล่อยให้ผู้ใช้กฎหมายอาศัยการตีความเรื่องดังกล่าวเช่นที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยตีความโดยมิได้บัญญัติให้ชัดเจนอาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงซึ่งถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อนไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น

(4) เมื่อสังเกตจากถ้อยคำในมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 จะพบว่ามาตราดังกล่าวไม่ใช่คำว่า “นับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นจากราชการ” แต่จะใช้คำว่า “นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ” ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะหากใช้คำว่า “พ้นจากราชการ”

จะมีความหมายแคบกว่าคือจะหมายเฉพาะการออกจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการเท่านั้น แต่คำว่า “ออกจากราชการ” จะเป็นไปตามมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551⁷ อันรวมถึงการออกจากราชการในกรณีอื่นๆ ด้วย อาทิ การลาออกจากราชการ เป็นต้น

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ยังได้เพิ่มมาตรา 100/1 เพื่อแก้ปัญหาที่เกี่ยวกับการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และคณะกรรมการ ป.ป.ท. ไว้ด้วยว่า

“มาตรา 100/1 ในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติหรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐมีมติชี้มูลความผิดข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดซึ่งออกจากราชการแล้ว การดำเนินการทางวินัยและสั่งลงโทษแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตหรือกฎหมายว่าด้วยมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แล้วแต่กรณี

⁷ มาตรา 107, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

“ข้าราชการพลเรือนสามัญออกจากราชการเมื่อ

- (1) ตาย
- (2) พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ
- (3) ลาออกจากราชการและได้รับอนุญาตให้ลาออกหรือการลาออกมีผลตามมาตรา 109
- (4) ถูกสั่งให้ออกตามมาตรา 59 มาตรา 67 มาตรา 101 มาตรา 110 หรือมาตรา 111 หรือ
- (5) ถูกสั่งลงโทษปลดออก หรือไล่ออก

วันออกจากราชการตาม (4) และ (5) ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.พ. กำหนด”

การดำเนินการทางวินัยตามวรรคหนึ่ง หากปรากฏว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ก็ให้คงโทษ”

การบัญญัติเพิ่มมาตรา 100/1 ขึ้นมาใหม่ก็เพื่อแก้ไขปัญหาดังมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เดิมซึ่งมีหลักการว่า เมื่อมีมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. ชี้มูลว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดที่ออกจากราชการไปแล้วกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ส่วนราชการต้นสังกัดของผู้ถูกกล่าวหาต้องนำเรื่องมาพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สามารถดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ใดที่ออกจากราชการไปแล้วตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนหรือไม่ ก่อนที่จะดำเนินการตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. ชี้มูลมา

แต่บทบัญญัติมาตรา 100/1 ซึ่งเพิ่มเติมขึ้นตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 นี้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ส่วนราชการปฏิบัติตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และกฎหมายว่าด้วยมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยไม่จำเป็นต้องนำเอาหลักเกณฑ์ของมาตรา 100 มาใช้บังคับกับ

กรณีดังกล่าว ดังนั้น เมื่อได้ความว่าการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ก็สามารถดำเนินการทางวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนได้ กล่าวคือ หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการแก่ข้าราชการระดับสูงที่ออกจากราชการไปแล้วของส่วนราชการนั้น ก็นำเรื่องเสนอให้ อ.ก.พ. กระทรวง เป็นผู้พิจารณา และสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น ตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้เพราะถือเสมือนว่าสำนวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน⁸ หรือกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดกระทำการทุจริตในภาครัฐและเป็นกรณีมีมูลความผิดทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ท. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก ในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา ให้ถือว่ารายงาน เอกสาร และความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ท. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัย⁹

⁸ มาตรา 98 วรรคหนึ่ง, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

“เมื่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาได้รับสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา 91 แล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก โดยในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหาให้ถือว่าสำนวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น แล้วแต่กรณี”

⁹ ชาติ เพ็งคิชู, “อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ท. ในการดำเนินคดีอาญาและคดีวินัย” (2552) 1:1 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 140, 145.

บทวิเคราะห์

สาระสำคัญในการแก้ไขมาตรา 100 ใหม่ที่กล่าวมาข้างต้น น่าจะก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ ดังนี้ ผลก็คือ การที่มาตรา 100 ใหม่บัญญัติให้ต้องส่งลงโทษภายใน 3 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ ทำให้ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้ว ไม่ต้องรอผลการสอบสวนพิจารณาเกินกว่า 3 ปี เพราะในทางสถิติคดีทางวินัยของกระทรวง กรม บางเรื่องใช้เวลาในการดำเนินการหลังจากที่ผู้ถูกกล่าวหาออกจากราชการไปแล้วมากกว่า 3 ปี ผู้ที่ออกจากราชการไปแล้วจะได้ใช้ชีวิตอย่างสามัญชนตามปกติหลังออกจากราชการ ไม่ต้องถูกตั้งเงื่อนไขการได้รับสิทธิที่ควรจะได้รับหลังออกจากราชการ ดังเช่น ตามหลักเกณฑ์ของกระทรวงการคลังซึ่งระบุว่า กรณีมีการดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงหลังจากที่ผู้นั้นออกจากราชการ หากผู้นั้นจะขอรับบำเหน็จบำนาญต้องมีประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สินให้ไว้กับส่วนราชการเจ้าสังกัดจนกว่าการดำเนินการทางวินัยนั้นจะถึงที่สุด¹⁰ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผลเสียที่อาจ

เกิดขึ้นคือ บางเรื่องมีมูลเหตุของการกระทำผิดที่ซับซ้อนหรือมีผู้ร่วมกระทำผิดวินัยหลายคน หรือเป็นกรณีผู้กระทำผิดต่างกระทรวง ต่างกรมกัน ทำให้การเสาะหาพยานหลักฐานต่างๆ ต้องใช้เวลานานกว่าสำนวนคดีอื่น และผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนก็มีงานประจำที่ต้องปฏิบัติเช่นกัน จึงอาจใช้ระยะเวลานานกว่า 3 ปี ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำผิดวินัยหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ เพราะระยะเวลาตามมาตรา 100 ใหม่ที่กำหนดให้ต้องส่งลงโทษภายใน 3 ปี นั้นถือเป็นระยะเวลาสิ้นสุดการดำเนินการทางวินัย มิใช่เป็นเพียงแค่ระยะเวลาเร่งรัดเพื่อให้การดำเนินการทางวินัยเสร็จสิ้นโดยเร็วเท่านั้น

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตสำหรับกรณีที่เป็นการผิดที่ปรากฏชัดแจ้งตามมาตรา 95 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ประกอบกฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556 ข้อ 65¹¹ ได้แก่ เรื่องที่มีความชัดเจนแห่งหลักฐานที่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจริง อาทิ ผู้ถูกกล่าวหา

¹⁰ หนังสือกระทรวงการคลัง คำนวณที่ 0406.5/ว 122 ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน 2552

¹¹ ข้อ 65, กฎ ก.พ. ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2556

“ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงในกรณีดังต่อไปนี้ ถือเป็นความผิดที่ปรากฏชัดแจ้ง ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 หรือผู้มีอำนาจตามมาตรา 94 แล้วแต่กรณี จะดำเนินการทางวินัยโดยไม่ต้องสอบสวนหรืองดการสอบสวนก็ได้”

(1) ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินกว่าสิบห้าวัน โดยไม่กลับมาปฏิบัติหน้าที่ราชการอีกเลย และผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ได้ดำเนินการหรือสั่งให้ดำเนินการสืบสวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

(2) กระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือได้รับโทษที่หนักกว่าจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(3) กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงและได้รับสารภาพเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชา หรือได้ให้ถ้อยคำรับสารภาพและได้มีการบันทึกถ้อยคำรับสารภาพเป็นหนังสือรับสารภาพต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนตามกฎหมาย ก.พ. นี้”

ได้รับสารภาพเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนเองว่าตนได้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง เป็นต้น โดยมีข้อสังเกตว่าเหตุใดพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 มาตรา 100 วรรคสอง ตอนท้าย จึงต้องกำหนดกรอบระยะเวลาในการสั่งลงโทษไว้โดยกำหนดกรอบระยะเวลาไว้สูงสุดถึง 3 ปี เช่นเดียวกับกรณีความผิดวินัยที่ต้องมีการดำเนินการสอบสวนต่างๆ ที่ กรณีความผิดที่ปรากฏชัดแจ้งดังกล่าว มิได้มีความสลับซับซ้อนเหมือนการดำเนินการทางวินัยในเรื่องอื่นๆ ซึ่งกฎหมายก็เปิดช่องให้ไม่ต้องสอบสวนหรืองดการสอบสวนได้

นอกจากนั้น ข้อที่น่าสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ไม่มีการกำหนดบทเฉพาะกาลไว้ ด้วยเหตุที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) เห็นว่า เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเสมอภาคในการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการในฝ่ายพลเรือนทั้งหมด และเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันอันจะช่วยแก้ไขปัญหาลักษณะของกฎหมายได้ จึงสมควรที่จะให้การดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ซึ่งออกจากราชการเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ

ระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 (รวมทั้งพระราชบัญญัติของข้าราชการพลเรือนประเภทอื่นอีก 4 ฉบับ)¹² นั้นทันที โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ซึ่งออกจากราชการซึ่งได้ดำเนินการอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 (รวมทั้งพระราชบัญญัติของข้าราชการพลเรือนประเภทอื่นอีก 4 ฉบับ) มีผลใช้บังคับ¹³

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุปการดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญซึ่งออกจากราชการไปแล้วตามที่บัญญัติแก้ไขไว้ในมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 มีหลักการสำคัญ ดังนี้ ประการแรก คือ สามารถดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ซึ่งออกจากราชการไปแล้วซึ่งมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงอยู่ก่อนออกจากราชการ หรือหลังออกจากราชการไปแล้วไม่เกิน 1 ปี แต่สำหรับกรณีการกล่าวหาหลังจากผู้นั้นออกจากราชการไปแล้วไม่เกิน 1 ปี นั้น กฎหมายกำหนดเงื่อนไขให้ต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้นั้นออก

¹² ได้แก่ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562

¹³ เรื่องเสร็จที่ 690-694/2561 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการรัฐสภา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

จากราชการด้วย ประการที่สอง ไม่ว่าจะเป็นการ
ดำเนินการทางวินัยทั้งกรณีที่มีการกล่าวหา ก่อน
ออกจากราชการ หรือหลังออกจากราชการไม่เกิน
1 ปี กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการสั่งลงโทษ
ภายใน 3 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการไป
แล้ว นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา
100/1 โดยมีความสำคัญว่า ถ้าเป็นกรณีที่คณะ
กรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติ
ชี้มูลความผิดข้าราชการพลเรือนสามัญซึ่งออกจากราชการ
ไปแล้วโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ส่วน
ราชการดำเนินการทางวินัยและสั่งลงโทษผู้ที่ออก
จากราชการนั้นตามกฎหมายของ ป.ป.ช. หรือ
ป.ป.ท. แล้วแต่กรณีได้เลย โดยไม่ต้องนำหลัก
เกณฑ์และวิธีการตามมาตรา 100 มาบังคับใช้¹⁴

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า หลักการใน
การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือน
สามัญซึ่งออกจากราชการไปแล้ว โดยกำหนด
กรอบระยะเวลาให้ต้องสั่งลงโทษภายใน 3 ปีตาม
มาตรา 100 ใหม่แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ
ข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 นั้น
ยังใช้บังคับรวมไปถึงกรณีที่เป็นความผิดวินัยที่
ปรากฏชัดแจ้งด้วย ซึ่งหากคำนึงถึงกระบวนการ
พิจารณาแล้ว ลักษณะของความผิดดังกล่าวเป็น
เรื่องที่มีความชัดเจนแห่งหลักฐานที่จะพิสูจน์ได้
ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงจริง
อาทิ ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสารภาพเป็นหนังสือต่อ
ผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวน
หรือคณะกรรมการสอบสวนเองว่าตนได้กระทำ

ผิดวินัยอย่างร้ายแรง เป็นต้น ซึ่งมีได้มีความสลับ
ซับซ้อน อีกทั้งกฎหมายยังบัญญัติว่าอาจไม่
สอบสวนหรืองดการสอบสวนก็ได้ ดังนั้น การ
กำหนดกรอบระยะเวลาในการสั่งลงโทษไว้สูงสุด
ถึง 3 ปี อาจมีผลทำให้เรื่องเนิ่นช้าเกินสมควรไป
โดยไม่จำเป็นและอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของ
ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ที่ออกจากราชการไป
แล้วซึ่งถูกดำเนินการทางวินัย อีกด้วย

อนึ่ง เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมตาม
พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน (ฉบับที่
3) พ.ศ. 2562 มาตรา 100 โดยให้มีกำหนดกรอบ
ระยะเวลาสิ้นสุดของการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ที่
ออกจากราชการไปแล้ว กล่าวคือ ต้องสั่งลงโทษ
ให้เสร็จสิ้นภายใน 3 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ
แล้ว อาจทำให้นักกฎหมายบางท่านเกิด
คำถามขึ้นได้ว่า เช่นนี้แล้วการดำเนินการทางวินัย
แก่ข้าราชการพลเรือนสามัญ(ซึ่งยังมีได้ออกจาก
ราชการ) ในกรณีปกติสมควรจะมีการกำหนด
กรอบระยะเวลาสิ้นสุดของการดำเนินการทางวินัย
หรือกรอบระยะเวลาในการสั่งลงโทษในทำนอง
เดียวกันหรือไม่ อย่างไร เพราะจากสถิติการ
ดำเนินการทางวินัยของกระทรวง กรม ที่ผ่านมามี
หลายเรื่องที่ทำดำเนินการทางวินัยกว่าจะแล้วเสร็จ
ถึงขั้นตอนที่มีการสั่งลงโทษทางวินัยต้องใช้เวลา
ทั้งสิ้นเกินกว่า 3 ปี ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่ควรจะได้
มีการศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับสาเหตุของ
ความล่าช้าและความเป็นไปได้ในการกำหนด
กรอบระยะเวลาที่เหมาะสมในการดำเนินการทาง

¹⁴ พิรุฬ เพียรล้ำเลิศ (บทสัมภาษณ์), “การเปลี่ยนแปลงหลักการดำเนินการทางวินัยกับผู้ที่ยังออกจากราชการไปแล้ว” (2562) 2:2
ก.พ.ค. News 4, 5.

วินัยให้แล้วเสร็จต่อไป ทั้งนี้ โดยการที่จะเสนอให้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการทางวินัยสำหรับกรณีปกตินั้น อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงความซับซ้อนของข้อเท็จจริง เช่น จำนวนผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด หรือ

ความยุ่งยากในการค้นหาหรือรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญ (ซึ่งยังมิได้ออกจากราชการ) ที่ถูกดำเนินการทางวินัยในกรณีปกติด้วยอีกทางหนึ่ง



บรรณานุกรม

คณะกรรมการด้านวินัย, คู่มือการดำเนินการทางวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 (กรุงเทพมหานคร:ไทยพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2531).

ชาติต พึ่งดิษฐ์, “อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ท. ในการดำเนินการคดีอาญาและคดีวินัย” (2552) 1:1 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.

พิรุฬ เพียรล้ำเลิศ (บทสัมภาษณ์), “การเปลี่ยนแปลงหลักการดำเนินการทางวินัยกับผู้ได้ออกจากราชการไปแล้ว” (2562) 2:2 ก.พ.ค. News.





ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562: ความท้าทายของ SMEs ยุคดิจิทัล

Problems of Implementing the Data Privacy Protection Act, B.E. 2562 (2019): Challenge for SMEs in Digital Era

อรรถพล หมานสนิท*

รัฐยา พานิชชัย*

บทคัดย่อ

ปัจจุบันนี้การใช้เทคโนโลยีในยุคดิจิทัลขององค์กรธุรกิจ SMEs อาจส่งผลกระทบในทางลบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลพึงมีความเป็นส่วนตัวที่จะไม่ถูกกระทำ ความเดือดร้อน รำคาญ หรือเสียหาย อีกทั้งยังคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณชนในบริบทเศรษฐกิจโดยภาพรวมของประเทศอันเกี่ยวเนื่องมาจากผลกระทบของการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลด้วย อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นความท้าทายให้ SMEs ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดขึ้น และหากฝ่าฝืนย่อมได้รับบทลงโทษทั้งการชดเชยความเสียหายทางแพ่งและการชำระค่าปรับทางปกครอง ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้ จึงนำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผลการวิจัยพบว่า SMEs ควรต้องปรับตัวในการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้านำโดยกำหนดตัวบุคลากรผู้รับผิดชอบและมาตรการปกป้องและเยียวยาปัญหาที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการฝึกอบรมบุคลากรของตนเพื่อส่งเสริมให้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างถูกต้อง

คำสำคัญ : การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ความคุ้มครองทางกฎหมาย ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ยุคดิจิทัล

*อาจารย์ประจำคณะบริหารธุรกิจ สถาบันการจัดการปัญญาภิวัฒน์

Abstract

As a matter fact that the digital technology implemented by SMEs sector may cause adversely effect to individuals. As a result, the Data Privacy Protection Act, B.E. 2562 (2019) was enacted in order to prevent the privacy right of personal data subject from being violated or damaged as well as to protect public interest in term of mutual economic context that would be impacted from the personal data infringement. Nevertheless, the legal enforcement of the mentioned Act may be challenge for SMEs to apply with the condition of this law as the infringement leads to civil indemnity and administrative damages also. As a consequence, this article mentioned some section of the Data Privacy Protection Act, B.E. 2562 (2019) to be analyzed and compared with the law enforced in the United States of America to propose suggestion for SMEs to comply with the said law. A research found that SMEs should adjust the management of personal data of customer by the designation of a person who takes responsibility for data control. Furthermore, the protective measure and proper remedy as well as comprehension enhancement for staff are the essential factors to comply with data privacy protection efficiently.

Keywords : data privacy, legal protection, Small and Medium Enterprises (SMEs), digital era

บทนำ

การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลนั้น ได้มีการกล่าวถึงมาเป็นระยะเวลานาน ดังที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1949 (Universal Declaration of Human Rights of 1949) มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงข้อห้ามการแทรกแซงโดยพลการในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการติดต่อทางจดหมายโดยเด็ดขาด อีกทั้งยังห้ามกระทำการ

โจมตีเกียรติและชื่อเสียงของผู้อื่น โดยทุกคนพึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกแซงหรือการโจมตีดังกล่าว¹ ทั้งนี้ การให้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนแก่องค์กรธุรกิจต่างๆ ผู้ให้ข้อมูลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลอันเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ซึ่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลในข้อมูลส่วนบุคคลจะคุ้มครองสำหรับผู้ให้ข้อมูลที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่ดินบุคคลเป็นผู้ให้ข้อมูล แม้ว่าการให้ข้อมูลนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์

¹ Universal Declaration of Human Rights of 1949, opened for signature 10 December 1948 (entered into force 3 September 1953) Art. 12 No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

ส่วนตัวในการประกอบกิจการของตัวเองก็ควร นิติบุคคลนั่นเองก็ตาม เพราะนิติบุคคลโดยสภาพ แล้วย่อมไม่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลแต่อย่างใด²

ในช่วงระยะเวลาต่อมา เมื่อนานา ประเทศทั่วโลกมีการพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ และสร้างสรรค์นวัตกรรมดิจิทัลต่างๆ เกิดการ เปลี่ยนผ่านเป็นยุคดิจิทัลขึ้น เทคโนโลยียุคดิจิทัล นี้ได้สร้างความสะดวกรวดเร็วในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล อีกทั้งยังสามารถนำเอกสารหรือข้อมูลส่วนบุคคลที่เดิมอยู่ ในรูปแบบอนาล็อก ให้มาจัดเก็บไว้ในรูปแบบ ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเก็บไว้ได้ ยาวนานและสามารถแพร่กระจายออกไปได้อย่าง รวดเร็ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ปัจจุบัน นี้ได้มีการรวบรวมข้อมูลในลักษณะเป็นฐาน ข้อมูล หรือมีการจัดเก็บเป็น Big Data เพื่อจะได้ นำไปประมวลผลแล้ววิเคราะห์ด้วยเทคโนโลยี ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) จึงกล่าว อีกนัยหนึ่งได้ว่ายุคดิจิทัลในปัจจุบันนี้เป็นยุคแห่ง การปฏิวัติทางเทคโนโลยีโดยแท้จริง และผู้ที่ สามารถเข้าถึงเทคโนโลยีเพื่อนำไปแสวงหา

ประโยชน์ได้มากกว่า ก็จะเป็นผู้ประกอบการ ธุรกิจที่มีรายได้เพิ่มมากขึ้นด้วย ซึ่ง SMEs หลาย แห่งก็เป็นองค์กรธุรกิจที่ได้อาศัยเทคโนโลยีใน การวิจัยและพัฒนา เพื่อให้เกิดเป็นผลิตภัณฑ์ ใหม่ ๆ ที่ทันสมัย และมีนวัตกรรมที่สร้างสรรค์ สำหรับตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภค มากยิ่งขึ้นด้วย

อย่างไรก็ตาม จากพฤติกรรมดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการใช้เทคโนโลยีในยุคดิจิทัลของ องค์กรธุรกิจอาจส่งผลกระทบในทางลบต่อเจ้าของ ข้อมูลส่วนบุคคลได้ เช่น เกิดปัญหาการโจมตีที่ แพร่หลายทางไซเบอร์เพื่อล่วงรู้ข้อมูลส่วนบุคคล และนำไปใช้ในการฉ้อโกงทรัพย์สิน การนำ ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นไปแสวงหาประโยชน์ โดยมีขอบโดยนายหน้าค้าข้อมูล การเสนอขาย สินค้าหรือบริการที่รุกกล้าสิทธิความเป็นส่วนตัว ของผู้บริโภค ตลอดจนการใช้เทคโนโลยีเพื่อ ติดตามค้นหาเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัย การทำ Probing³ หรือการใช้ Mac Address หรือ IP Address ฯลฯ เหล่านี้ล้วนเป็นการกระทำที่ ทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับความเสียหาย ด้านทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนตัว

² ชาญชัย สุนทรอนันตชัย ปกรณ์ ปาลวงษ์พานิชและกษมา สุขนิวัฒน์ชัย “มาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงและการใช้ ประโยชน์ จากข้อมูลข่าวสารของรัฐและการคุ้มครองปกป้อง ผู้ให้ข้อมูล” (2561) 8:2 วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย หัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 107, 118.

³ “Probing” หรือ “Behavioural Tracking” คือการติดตามพฤติกรรมของบุคคลผ่านทางอินเทอร์เน็ตโดยผู้ถูกติดตามไม่รู้ตัวและ มีการสร้างทะเบียนประวัติของบุคคลนั้น ผู้ติดตามจะอาศัยข้อมูลดังกล่าวมาวิเคราะห์และประมวลผลโดยระบบอัตโนมัติให้เกิด ผลลัพธ์ตามที่ตนเองต้องการ โดยมีนำไปเปรียบเทียบกับข้อมูลของบุคคลอื่น ซึ่งสถานการณ์ปัจจุบันพบว่านิยมนำมาใช้ในการเสนอ โฆษณาบนอินเทอร์เน็ตเพื่อที่จะได้จัดกลุ่มผู้ต้องการบริโภคสินค้าหรือบริการ เช่น การติดตามผู้ใช้ที่เข้าชมเว็บไซต์แต่ละครั้ง หรือ ติดตามการเยี่ยมชมเว็บไซต์อื่นๆ ของผู้ใช้ คัดแปลงจาก European Union Agency for Cybersecurity, *Privacy considerations of online behavioural tracking* (20 July, 2019) European Union Agency for Cybersecurity <<https://www.enisa.europa.eu/publications/privacy-considerations-of-online-behavioural-tracking>>.

รวมถึงบุคคลใกล้ชิดเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายไปด้วย ซึ่งความเสี่ยงในการถูกละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลก็เป็นประเด็นที่ทำให้อย่างยิ่งสำหรับผู้ประกอบธุรกิจ SMEs ด้วยเหตุผลที่ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจะไม่เพียงทำให้ธุรกิจหยุดชะงักหรือชะงักลงไปตามนั้น หากแต่ยังสามารถสร้างความเสียหายในระยะยาวไปถึงชื่อเสียงขององค์กรธุรกิจ ตลอดจนผู้บริโภคกลุ่มเป้าหมายสูญเสียความเชื่อมั่นต่อด้าน SMEs ที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย

ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลเอกสารเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะทางที่เหมาะสมสำหรับการปรับตัวของ SMEs ภายใต้บริบทยุคดิจิทัล ที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยมีการนำกรณีการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาและแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างการศึกษาเปรียบเทียบ

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาหลักและแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยนำมาเป็นพื้นฐานการวิเคราะห์ไปถึงกฎหมายของประเทศไทย และตัวอย่างกฎหมายตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศ คือประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อชี้ให้เห็นว่า SMEs จะได้รับอุปสรรคอย่างไรจากการบังคับใช้กฎหมายของประเทศ

ไทยและควรมีแนวทางในการลดอุปสรรคดังกล่าวอย่างไร ภายใต้บริบทยุคดิจิทัล

วิธีดำเนินการวิจัย

บทความนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหลักกฎหมาย บทความ งานวิจัย เอกสาร รวมถึงข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้ทราบถึงหลักและแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อใช้เป็นพื้นฐานการวิเคราะห์ไปถึงกฎหมายของประเทศไทย และตัวอย่างกฎหมายตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศ คือประเทศสหรัฐอเมริกา จนนำไปสู่ความรู้ความเข้าใจถึงแนวทางในการลดอุปสรรคของ SMEs ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ภายใต้บริบทยุคดิจิทัล

ผลการวิจัย

1. หลักและแนวคิดการให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

1.1 หลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามประกาศขององค์การสหประชาชาติ

องค์การสหประชาชาติมีการประกาศใช้ Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files (United Nations 1990) ให้

เป็นแนวปฏิบัติสำหรับประเทศสมาชิกทั้งหลายทั่วโลก ซึ่งประเทศต่างๆ สามารถอาศัยเป็นข้อแนะนำในการร่างกฎหมายภายในประเทศของตนได้ โดยมีหลักการที่สำคัญ ดังต่อไปนี้⁴

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายและความเป็นธรรม (Principle of lawfulness and fairness) กำหนดให้ข้อมูลซึ่งเกี่ยวกับบุคคลต้องมีการจัดเก็บรวบรวมและนำมาประมวลผลอย่างเป็นธรรม โดยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้การนำข้อมูลไปใช้จะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ

(2) หลักความถูกต้อง (Principle of accuracy) ได้กำหนดให้บุคคลซึ่งมีหน้าที่รวบรวมข้อมูลหรือมีหน้าที่เก็บข้อมูล จะต้องตรวจสอบความถูกต้องและความเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของข้อมูลที่ได้จัดเก็บรวบรวมนั้น โดยจะต้องสร้างความมั่นใจได้ว่าข้อมูลที่ได้เก็บรวบรวมมีความสมบูรณ์เพื่อหลีกเลี่ยงความผิดพลาด และต้องสร้างความมั่นใจได้ว่าข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลปัจจุบันเสมอๆ หรือทราบเท่าที่ข้อมูลนั้นยังมีการนำมาใช้ประมวลผล

(3) หลักการกำหนดวัตถุประสงค์ (Principle of the purpose-specification) กำหนดให้ต้องมีการระบุวัตถุประสงค์ในเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลและระบุถึงการนำข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวไปใช้งาน โดยจะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายอีก

ด้วย และภายหลังที่ได้รับวัตถุประสงค์ตลอดจนระบุถึงการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้งานแล้ว จะต้องเผยแพร่หรือแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องได้ทราบ เพื่อให้มั่นใจได้ใน 3 กรณี คือ

ก. ข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหมดที่ได้มีการเก็บรวบรวมและบันทึกนั้นยังคงเกี่ยวข้องและสอดคล้องตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

ข. ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะไม่มี การนำไปใช้หรือเปิดเผยเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ซึ่งขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ค. ระยะเวลาที่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลต้องไม่เกินกำหนดสำหรับการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้

(4) หลักการเข้าถึงของผู้มีส่วนได้เสีย (Principle of interested-person access) กำหนดให้บุคคลที่แสดงตนว่าเป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ย่อมมีสิทธิรับทราบข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้มีการนำไปประมวลผลหรือไม่ ซึ่งผู้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลพึงแจ้งแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเข้าถึงได้โดยไม่ชักช้าหรือมีค่าใช้จ่ายเกินสมควร ในกรณีนี้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลย่อมมีสิทธิขอแก้ไขหรือลบข้อมูลส่วนบุคคลของตน ในกรณีที่พบว่าข้อมูลดังกล่าวไม่ถูกต้อง การเก็บรวบรวมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเกินความจำเป็น ซึ่งผู้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่เสีย

⁴Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files* : nal report / submitted by Louis Joinet, Special Rapporteur (20 July, 2019) United Nations Digital Library <<https://digitallibrary.un.org/record/43365>>.

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเช่นว่านี้ อีกทั้งให้ใช้หลักการเข้าถึงของผู้มีส่วนได้เสียนี้สำหรับทุกคนโดยไม่คำนึงถึงข้อสัญญาหรือถิ่นที่อยู่

(5) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of non-discrimination) กำหนดถึงข้อห้ามเก็บรวบรวมข้อมูลซึ่งอาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม รวมไปถึงข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อชาติชาติพันธุ์ แหล่งกำเนิด สีผิว พฤติกรรมทางเพศ ความคิดเห็นทางการเมือง ศาสนา ความเชื่อทางปรัชญา หรือความเชื่ออื่น ๆ ตลอดจนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการเป็นสมาชิกสมาคมหรือสหภาพแรงงาน เว้นแต่ กรณีที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามหลักการกำหนดข้อยกเว้น (Power to make exceptions)

(6) หลักการกำหนดข้อยกเว้น (Power to make exceptions) กำหนดให้ข้อยกเว้น (1) ถึง (4) ข้างต้น สามารถกำหนดได้เพียงเฉพาะในกรณีที่จะต้องเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน รักษาสุขอนามัยของประชาชน รักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวต้องระบุไว้โดยชัดแจ้งและกำหนดการป้องกันที่เหมาะสมไว้ด้วย ตลอดจนจะต้องประกาศเป็นกฎหมายหรือกฎเกณฑ์อื่นที่เทียบเท่ากับกฎหมาย แต่กรณีข้อยกเว้น (5) อันเป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติสามารถกำหนดขึ้นภายใต้ข้อจำกัดแห่งปณินทาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

(7) หลักความปลอดภัย (Principle of Security) กำหนดให้ผู้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลพึงจัดให้มีมาตรการป้องกันข้อมูลจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติ เช่น ความสูญหายโดยอุบัติเหตุ การทำลายหรือภัยอันตรายที่เกิดจากบุคคล เช่น การเข้าถึงโดยไม่ได้รับอนุญาต การนำข้อมูลไปใช้ในทางหลอกลวง หรือการโจมตีจากไวรัสคอมพิวเตอร์

(8) หลักการกำกับดูแลและการมีสภาพบังคับ (Supervision and sanction) กำหนดให้กฎหมายของประเทศสมาชิกพึงจัดรูปองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลและเฝ้าระวังตามหลักการดังกล่าวมา หากพบว่ามีกรณีฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศที่มีเจตนารมณ์เพื่อใช้บังคับให้เป็นไปตามหลักการเช่นว่านี้ จะต้องมีการกำหนดมาตรการทางอาญาหรือมาตรการลงโทษอื่น และมีการชดเชยที่เหมาะสมแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

(9) หลักการโอนข้อมูลข้ามแดน (Transborder data flows) กำหนดให้การโอนข้อมูลข้ามแดนสามารถกระทำได้อย่างเสรี และประเทศที่มีการโอนหรือการรับโอนนั้นจะต้องมีมาตรการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวโดยเสมอภาคกัน

(10) หลักขอบเขตการบังคับใช้ (Field of application) หลักการข้างต้นทั้งหมดที่กล่าวมาจะต้องนำมาบังคับใช้สำหรับข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ ทั้งกรณีที่เป็นสาธารณะ กรณีเป็นส่วนตัว และข้อมูลที่จัดเก็บด้วยมือ โดยอาจกำหนดเป็นบทบัญญัติที่เฉพาะเจาะจง เพื่อขยายขอบเขตหลักการต่างๆ ให้ครอบคลุมถึงข้อมูล

เกี่ยวกับนิติบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีข้อมูลเหล่านั้นมีบางส่วนซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลธรรมดา

จากข้อมูลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้จะมีลักษณะเป็น Soft law ที่ไม่ได้มีบทลงโทษประเทศผู้ฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ แต่บรรดาประเทศสมาชิกสหประชาชาติก็ต้องปฏิบัติตามเพื่อไม่ให้เป็นผลร้ายในทางปฏิบัติต่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจ หรือได้รับการตอบโต้จากการฝ่าฝืนพันธกรณีใดๆ ขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งประเทศไทยในฐานะที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติก็ได้อาศัยหลักดังกล่าวมาอนุวัติการให้เป็นกฎหมายภายในประเทศด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไปถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

1.2 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิการโอนข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Right to Data Portability)

แนวคิดการคุ้มครองสิทธิในการโอนข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Right to data portability) นี้ เป็นการมุ่งให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสามารถโอนข้อมูลส่วนบุคคลของตนไปยังผู้ประกอบการหรือแอปพลิเคชันอื่นๆ ในรูปแบบที่สามารถใช้งานได้ โดยที่การโอนข้อมูลส่วนบุคคลนี้ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลยังคงสามารถจัดการกับข้อมูลที่แสดงเอกลักษณ์ หรือข้อมูล

อื่นๆ ของตนเองได้ ทั้งนี้ นอกจากสิทธิดังกล่าวจะคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคในการเข้าถึงข้อมูลการบริโภคของตนเองเพื่อนำมาใช้วิเคราะห์และปรับปรุงพฤติกรรมกรรมการบริโภคของตนแล้ว ยังเป็นการช่วยให้ผู้บริโภคสามารถควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของตนหรือขอให้ผู้ประกอบการโอนข้อมูลนั้นไปยังผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการรายอื่น ซึ่งนับได้ว่าเป็นการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม เพราะสามารถช่วยสนับสนุนให้ผู้ประกอบการรายอื่นๆ นำข้อมูลไปใช้พัฒนาสินค้าหรือบริการของตน จนทำให้ผู้บริโภคได้ใช้สินค้าหรือบริการที่มีราคาไม่สูงเกินสมควรอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้มีประเด็นปัญหาอันเนื่องมาจากการที่ผู้ประกอบการสามารถเก็บข้อมูลส่วนบุคคลโดยอาศัยรูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์ที่แตกต่างกันไป ส่งผลให้ข้อมูลในรูปแบบดังกล่าวไม่สามารถนำไปใช้กับ ผู้ประกอบการรายอื่นได้ และการกำหนดรูปแบบการเก็บข้อมูลที่แตกต่างกันนี้ ย่อมสร้างภาระความลำบากให้แก่ผู้ประกอบการในธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Small and medium-sized enterprises SMEs) เพราะ SMEs อาจยังไม่มีทรัพยากรมนุษย์ เทคโนโลยี และเงินทุนที่เหมาะสมเพียงพอในการพัฒนาโปรแกรมการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล ดังเช่นบริษัทขนาดใหญ่ จนกระทั่ง SMEs อาจจำต้องออกจากการเป็นผู้แข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการดังเช่นว่านั้นไป⁶

⁵ Peter Swire and Yianni Lagos “Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique” (2013) 72:2 Maryland Law Review 335, 336-337.

⁶ Ibid, 352-353.

จากหลักและแนวทางการให้ความสำคัญ
คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า
SMEs ต้องเผชิญกับความท้าทายในการจัดระบบ
การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อที่จะได้นำ
ข้อมูลเหล่านั้นไปวิเคราะห์หรือสร้างมูลค่าเพิ่ม
ทางเศรษฐกิจให้แก่องค์กรธุรกิจของตนได้อย่าง
สะดวกรวดเร็ว โดยที่การบริหารจัดการระบบ
เก็บข้อมูลส่วนบุคคลที่สอดคล้องตามหลักสากล
ดังที่ปรากฏในประกาศขององค์การสหประชาชาติ
ย่อมช่วยลดต้นทุนและความเสี่ยงอันเกิดจาก
การละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย

2. สาระสำคัญของพระราชบัญญัติ คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

2.1 เหตุผลในการตราพระราชบัญญัติ คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ในส่วนหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ระบุไว้ว่า “เนื่องจากปัจจุบันมีการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมากจนสร้างความเดือดร้อนรำคาญ หรือความเสียหาย ให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ประกอบกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นการล่วงละเมิดดังกล่าว ทำได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม สมควรกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไปขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์กติกา หรือมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหลักการทั่วไป”

จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมา จะเห็นได้ว่าเหตุผลของประเทศไทยในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ก็เพื่อที่จะให้เกิดความตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในยุคดิจิทัลที่ข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเกิดการแพร่กระจายออกไปอย่างกว้างขวางและรวดเร็วภายใต้บริบทการสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยที่ได้เน้นถึงสิทธิที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลพึงมีความเป็นส่วนตัวที่จะไม่ถูกกระทำความเดือดร้อน รำคาญ หรือเสียหาย อีกทั้งยังให้มุมมองไปถึงประโยชน์สาธารณะที่จะพึงได้รับจากการปกป้องคุ้มครองมิให้ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศอันเกี่ยวเนื่องมาจากการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

2.2 สาระสำคัญเกี่ยวกับหน้าที่ของ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดนิยามคำว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้ให้หมายความถึงบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า SMEs หลายแห่งมักทำธุรกิจออนไลน์ที่ทำให้ SMEs นั้นเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามความหมายแห่งพระราชบัญญัตินี้ เช่น กรณีการทำธุรกิจนั้นได้มีการรับข้อมูลส่วนบุคคลของลูกค้ามาเพื่อจะได้วิเคราะห์ข้อมูลแล้วเจรจาต่อรองก่อนจัดส่งสินค้าหรือให้บริการให้ตรงกับความต้องการของลูกค้า การทำธุรกิจด้านสุขภาพที่มีการรวบรวมข้อมูลสุขภาพกายหรือจิตใจของลูกค้า ฯลฯ

สำหรับมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นั้น ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง เว้นแต่

(1) ได้แจ้งถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เก็บรวบรวมและได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือ

(2) เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26 ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับกรณีข้อยกเว้นการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 25 ข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่สอดคล้องกับแนวคิดการคุ้มครองสิทธิการโอนข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2 เพราะการบังคับให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ในทางดเว้นในอันที่จะต้องไม่ดำเนินการรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงนั้น หากตีความในทางตรงกันข้ามก็เท่ากับว่าเป็นการรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะสามารถโอนข้อมูลส่วนบุคคลของตนไปยังผู้ประกอบการหรือแอปพลิเคชันอื่นๆ โดยที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลยังคงสามารถจัดการกับ

ข้อมูลที่แสดงเอกลักษณ์ หรือข้อมูลอื่น ๆ ของตนเองไปพร้อมกันได้ด้วย และ SMEs ในฐานะที่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็จำเป็นจะต้องบริหารจัดการเพื่อขออนุญาตเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อที่จะเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวด้วย ซึ่งแม้ว่าการบริหารจัดการดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับ SMEs แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่ามีความคุ้มค่ากว่าการต้องเสียค่าใช้จ่ายในการแก้ไขปัญหาต่างๆ ภายหลังที่ SMEs ได้กระทำการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายไปแล้ว

ส่วนมาตราที่บัญญัติไว้โดยสอดคล้องอย่างมีนัยสำคัญกับ Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files (United Nations 1990) ที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1 คือมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นี้ ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญถึงหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล คือ

(1) จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ และต้องทบทวนมาตรการดังกล่าวเมื่อมีความจำเป็นหรือเมื่อเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(2) ในกรณีที่ต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลแก่บุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ต้องดำเนินการเพื่อป้องกันมิให้ผู้รับใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ

(3) จัดให้มีระบบการตรวจสอบเพื่อดำเนินการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อพ้นกำหนด ระยะเวลาการเก็บรักษา หรือที่ไม่เกี่ยวข้องหรือเกินความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หรือตามที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ หรือที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ถอนความยินยอม เว้นแต่เก็บรักษาไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การเก็บรักษาไว้เพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 24 (1) หรือ (4) หรือมาตรา 26 (5) (ก) หรือ (ข) การใช้เพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตามหรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย

(4) แจ้งเหตุการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลแก่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ชักช้าภายในเจ็ดสิบสองชั่วโมง นับแต่ทราบเหตุเท่าที่จะสามารถกระทำได้ เว้นแต่การละเมิดดังกล่าวไม่มีความเสี่ยงที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในกรณีที่การละเมิดมีความเสี่ยงสูงที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ให้แจ้งเหตุการละเมิดให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบพร้อมกับแนวทางการเยียวยาโดยไม่ชักช้าด้วย ทั้งนี้ การแจ้งดังกล่าวและข้อยกเว้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 37 ข้างต้น อาจมองได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เพิ่มภาระในการบริหารจัดการและค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจให้กับ SMEs มากขึ้น และหาก SMEs ไม่ปฏิบัติ

ตามกฎหมายเช่นว่านี้ก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งตามมาตรา 77 ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าการดำเนินการนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม อันแสดงให้เห็นว่าเป็นความรับผิดชอบเคร่งครัด (strict liability) จะอ้างข้อยกเว้นเพื่อไม่ต้องรับผิดได้เพียงกรณีเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง หรือเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย ได้เท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีโทษปรับทางปกครองตามมาตรา 83 อีกไม่เกิน 3 ล้านบาท ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นอัตราโทษที่ค่อนข้างสูงสำหรับ SMEs รายที่มีสินทรัพย์จำนวนไม่มากนัก อย่างไรก็ตาม อีกแง่มุมหนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่าหาก SMEs สามารถปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าวได้ครบถ้วน SMEs ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลรายนั้น ก็จะได้รับความสะดวกไม่ต้องรับผิดทางแพ่งเกี่ยวกับการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล เพราะสามารถอ้างได้ว่ามิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำให้ผู้อื่นเสียหาย และไม่จำเป็นต้องได้รับโทษปรับทางปกครองด้วยเหตุผลเช่นเดียวกันนี้ด้วย

2.3 ระยะเวลาในการปรับตัวของ SMEs เพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป (วันที่เริ่มมีผลใช้บังคับคือวันที่ 28 พฤษภาคม 2562) เว้นแต่บทบัญญัติในหมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 หมวด 7 และความในมาตรา 95 และมาตรา 96 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

โดยที่มาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญให้การดำเนินการออกระเบียบและประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งสามารถตีความได้ว่ากรณีที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ต้องออกกฎหมายลำดับรองมารองรับวิธีการปฏิบัติต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบสามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จได้ภายในหนึ่งปีหลังจากพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ และผู้วิจัยเห็นว่าระยะเวลาในการออกกฎหมายลำดับรองนี้ คือระยะเวลาที่ SMEs จะต้องเร่งปรับตัวให้สามารถบริหารจัดการองค์กรธุรกิจของตนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ หาก SMEs สามารถปรับตัวได้ไวก็ย่อมจะเป็นผลดีในการลดความเสี่ยงที่จะกระทำผิดกฎหมาย

3. ตัวอย่างกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าในปัจจุบันนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่มีการตรากฎหมายที่มุ่งคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการตรากฎหมายเฉพาะซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อใช้บังคับสำหรับองค์กรหรือหน่วยงานบางหน่วยงานเท่านั้น เช่น Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA หรือที่มีการเรียกเป็นอีกชื่อหนึ่งว่า Kennedy-Kassebaum Health Insurance Portability and Accountability Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยในข้อมูลด้านสุขภาพ และนำมาบังคับใช้สำหรับองค์กรหรือหน่วยงานด้านสุขภาพเท่านั้น ส่วน The Financial Services Modernization Act of 1999 (Gramm-Leach-Bliley Act หรือ GLB) เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวในข้อมูลทางการเงินส่วนบุคคล และใช้บังคับสำหรับสถาบันการเงินเท่านั้น อีกทั้งยังมีแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลตนเอง (Self-regulatory guidelines) และได้วางกรอบการกำกับดูแลตนเอง (Self-regulatory framework) เพื่อใช้บังคับภายในหน่วยงานหรือองค์กร⁷

⁷ อธิพร สิทธิธีรรัตน์, ปัญหากฎหมายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทอิเล็กทรอนิกส์ (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) 57-58.

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังจัดตั้งองค์กร Federal Trade Commission (FTC) ซึ่งทำหน้าที่หลักในสองประเด็น คือ ประเด็นการคุ้มครองผู้บริโภค และประเด็นการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า โดยในส่วนการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น FTC จะดำเนินมาตรการเพื่อให้หยุดการกระทำอันเป็นการเอารัดเอาเปรียบ นอ้โกง หรือหลอกลวงในตลาดการค้า และมีหน้าที่สืบสวนสอบสวนดำเนินคดีต่อบริษัทตลอดจนบุคคลธรรมดาที่กระทำละเมิดต่อกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้เกิดการละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ประกอบการกระทำการให้ข้อมูลอันเป็นการหลอกลวงหรือไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า FTC เป็นองค์กรหลักผู้มีอำนาจใช้บังคับกฎหมายด้วยการตีความคำมั่นที่ผู้ประกอบการได้เคยให้ไว้แก่ผู้บริโภค แต่กลับมิได้ปฏิบัติตาม เพราะได้กระทำการอันไม่เป็นธรรมและหลอกลวงทางการค้า (Unfair and Deceptive Act) ตามมาตรา 5 แห่ง Federal Trade Commission Act (FTC Act)⁸ ดังนั้น ผู้ประกอบการที่ใช้หรือมีข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคไว้ในความครอบครอง จึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการให้ข้อมูลที่เพียงพอแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับเรื่องความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวในการใช้สินค้าหรือรับบริการ

ตลอดจนต้องมีการดำเนินการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยอย่างเพียงพอภายในองค์กร เพื่อป้องกันข้อมูลผู้บริโภคมิให้ถูกขโมยไปโดยแฮกเกอร์ หรือมิให้มีการรั่วไหลของข้อมูลหรือเกิดการใช้งานที่ผิดไปจากวัตถุประสงค์ภายในองค์กรนั้นๆ เอง⁹

สำหรับกรณีตัวอย่างที่น่าสนใจอย่างยิ่งเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรา 5 แห่ง FTC Act ดังกล่าว คือกรณีผู้ถูกกล่าวหาคือบริษัทเทรนด์เน็ต¹⁰ ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 2012 โดยมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าภาพจากกล้องวีดีโอรักษาความปลอดภัยได้มีการเผยแพร่สู่สาธารณะชนทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเทรนด์เน็ตเป็นผู้กระทำการจำหน่ายสินค้ากล้องรักษาความปลอดภัย เพื่อวัตถุประสงค์การใช้งานทั้งภายในครัวเรือน และในสถานที่ทำงานของบริษัทผู้บริโภค กล้องดังกล่าวจะถ่ายทอดภาพวีดีโอและเสียงเพื่อส่งตรงไปให้ผู้ใช้งานได้รับชมภาพและเสียงถ่ายทอดสดทางอินเทอร์เน็ต ต่อมาเมื่อผู้บุกรุกโดยอาศัยข้อบกพร่องอันเกิดจากการตั้งค่าการทำงานของซอฟต์แวร์ที่ผิดพลาดของบริษัท จนทำให้ผู้บุกรุกนั้นสามารถค้นเจอที่อยู่ทางอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้งานกล้องนี้ได้จากเว็บไซต์ของบริษัท แม้ว่าผู้ใช้งานจะตั้งค่าไม่ให้เผยแพร่ข้อมูลจากกล้องสู่สาธารณะแล้วก็ตาม แต่ผู้บุกรุกก็ยังสามารถเข้าถึงข้อมูลภาพ และเสียง

⁸ Section 5, Federal Trade Commission Act 1938.

⁹ อธิพร สิทธิธีรรัตน์, อ้างแล้ว 9, 58.

¹⁰ In the Matter of TRENDnet, Inc. (FTC 2014) อ้างใน วิสาขา ภู่อารักษ์ “การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จากมุมมองกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค: กรณีศึกษาจาก Federal Trade Commission สหรัฐอเมริกาและข้อพิจารณาสำหรับไทย” ใน อาร์ม ตั้งนิรันดร วรพล มาลสุภูมิ และพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล, กฎหมายกับเศรษฐกิจ รวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ชนิตกุล ครูของ พ ศักดา 60 ปี (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561) 443, 456-458.

ที่ถ่ายทอดสดออนไลน์จากกล้องของผู้ใช้งานได้
จำนวนมากกว่าร้อยละ และได้โพสต์ข้อความ
เกี่ยวกับการรั่วไหลของข้อมูลจากเทรนด์เน็ต
ดังกล่าวบนอินเทอร์เน็ต ตลอดจนแชร์ลิงค์
สำหรับชมภาพวิดีโอจากกล้องของผู้ใช้งาน
มากกว่าเจ็ดร้อยเครื่องแบบออนไลน์ ซึ่งภาพและ
เสียงจากกล้องดังกล่าวแสดงข้อมูลเกี่ยวกับพื้นที่
ส่วนตัวภายในบ้าน และการใช้ชีวิตประจำวันของ
ผู้ใช้งานที่มีเด็กเล็กอยู่ด้วย อีกทั้งรหัสไอพีแอดเดรส
ยังแสดงถึงที่ตั้ง เมืองและรัฐ ที่อยู่อาศัยของ
ผู้ใช้งาน อันเป็นข้อมูลที่มีความอ่อนไหวเพราะ
ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อชีวิตและทรัพย์สินของ
ผู้บริโภคด้วย¹¹

กรณีนี้สรุปสาระสำคัญได้ว่า FTC มีความเห็นว่า ตั้งแต่ช่วงปี 2010 จนถึงวันที่เกิด
เหตุการณ์ดังกล่าว บริษัทเทรนด์เน็ตได้มีการ
รับรองโดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าบริษัทได้ดำเนิน
การอย่างเพียงพอและเหมาะสมเพื่อให้ผู้บริโภค
แน่ใจได้ว่ากล้องและแอปพลิเคชันทางโทรศัพท์
เคลื่อนที่นั้นมีความปลอดภัยสำหรับข้อมูลเกี่ยวกับ
พื้นที่ส่วนตัวของผู้บริโภคทั้งในบ้านและสถานที่
ทำงาน โดยพิจารณาได้จากชื่อทางการค้าว่า “Secur-
View” คำบรรยายสินค้าบนกล่องบรรจุภัณฑ์
เว็บไซต์ โฆษณา และแอปพลิเคชันทางโทรศัพท์
เคลื่อนที่ ตลอดจนสติ๊กเกอร์รูปกุญแจล็อกและ
ข้อความที่ระบุว่าสินค้ามีความปลอดภัยและ
สามารถคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้ที่อยู่อาศัย
และครอบครัว ทรัพย์สิน หรือธุรกิจของผู้ใช้งาน

แต่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นได้ว่า
คำรับรองดังกล่าวไม่เป็นความจริง และทำให้
ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิด เพราะในทางปฏิบัติ
เทรนด์เน็ตปล่อยให้มีการส่งและเก็บรักษาห้ส
ผ่านของผู้ใช้งานในรูปแบบข้อความที่อ่านได้ บน
อินเทอร์เน็ตและอุปกรณ์มือถือของผู้ใช้งาน ทั้งที่
สามารถใช้ซอฟต์แวร์ฟรีซึ่งมีอยู่อย่างแพร่หลาย
เพื่อป้องกันกรณีดังกล่าวได้อยู่แล้ว แต่กลับไม่ได้
ดำเนินการ นอกจากนี้ เรนด์เน็ตยังไม่มีขั้นตอน
การติดตามรายงานข้อบกพร่องเกี่ยวกับความ
ปลอดภัยที่ได้รับจากผู้ทำวิจัย นักวิชาการ หรือ
สาธารณชน ทั้งที่สามารถกระทำได้โดยปราศจาก
ค่าใช้จ่าย รวมถึงมีการบริหารจัดการเพื่อแก้ไข
ข้อบกพร่องดังกล่าวล่าช้าจนเกินสมควร โดย
บริษัทไม่ได้มีการทดสอบซอฟต์แวร์อย่างเพียงพอ
ไม่มีการทบทวนระบบรักษาความปลอดภัย หรือ
การทำงานในส่วนสำคัญก่อนที่จะปล่อยสินค้าออก
สู่ตลาด ไม่มีการทดลองเจาะเข้าระบบและเขียน
โปรแกรม เพื่อทำให้แน่ใจว่ามีการจำกัดการเข้าถึง
ข้อมูลตามที่บริษัทได้รับรองไว้ นอกจากนี้ บริษัท
ยังไม่ได้ให้คำแนะนำอย่างเพียงพอหรือมีการจัด
อบรมพนักงานเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการ
ทดสอบการออกแบบและความปลอดภัยของ
กล้องและซอฟต์แวร์ที่เกี่ยวข้อง การกระทำ
ดังกล่าวจึงเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมซึ่งขัดต่อ
บทบัญญัติมาตรา 5 ของ FTC Act¹²

¹¹ เฟิ่งอ้าง

¹² เฟิ่งอ้าง

ในท้ายที่สุดได้มีข้อตกลงยุติข้อพิพาทที่ FTC ทำขึ้นกับบริษัทเทรนต์เน็ต ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นต้องมีมาตรการรักษาความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวของข้อมูลจากวิธีการและเครื่องมือที่มีอยู่อย่างแพร่หลายในการป้องกันภัยและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการจัดหามาตรการนั้น เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภค โดยที่มาตรการป้องกันเช่นว่าจะต้องเพียงพอและเหมาะสม ซึ่งต้องอาศัยปัจจัยระดับความอ่อนไหวของข้อมูล ปริมาณข้อมูลที่อยู่ในความครอบครอง ขนาดหรือความซับซ้อนของสภาพธุรกิจ ตลอดจนค่าใช้จ่ายเพื่อจัดหาเครื่องมือในการปรับปรุงระบบรักษาความปลอดภัยและความเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลผู้บริโภค ครอบคลุมทั้งมาตรการเชิงบริหาร มาตรการเชิงเทคนิค หรือมาตรการทางกายภาพ ทั้งนี้ จะกระทำได้โดยจัดให้มีโปรแกรมเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยของข้อมูลที่ใช้ในองค์กร ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบไปด้วย

- 1) มาตรการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ดูแลความเป็นส่วนตัวของข้อมูลซึ่งเป็นพนักงานองค์กร เพื่อทำหน้าที่ดูแลการปฏิบัติตามหรือประสานงานในโปรแกรมความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยของข้อมูล
- 2) มาตรการที่สามารถระบุ ประเมิน หรือควบคุมความเสี่ยงซึ่งหมายถึงความรวมถึงการดำเนินการฝึกอบรมพนักงานเรื่องความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยของข้อมูล การตรวจสอบและทดสอบมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลที่มีอยู่อย่างสม่ำเสมอและปรับปรุง เมื่อถึงคราวจำเป็น

กระบวนการคัดกรองผู้ให้บริการที่เหมาะสม และข้อจำกัดการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลและเข้าทำสัญญากับผู้ให้บริการดังกล่าว เพื่อให้มั่นใจได้ว่าองค์กรมีการใช้มาตรการป้องกันที่เหมาะสมในการปฏิบัติต่อข้อมูลส่วนบุคคล¹³

4. การศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กับกรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นี้ เพิ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2562

จากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของประเทศไทย เมื่อเปรียบเทียบกับผลการใช้บังคับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีเทรนต์เน็ต จะเห็นได้ว่า สารสำคัญมีความสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันสำหรับการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีมาตรการรักษาความปลอดภัยและความเป็นส่วนตัวของข้อมูล เพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนตัวของผู้บริโภค โดยที่มาตรการป้องกันเช่นว่าจะต้องเพียงพอและเหมาะสมด้วย ซึ่งแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ได้ขยายความรายละเอียดเกี่ยวกับความเหมาะสมของมาตรการโดยให้คำนึงถึงปัจจัยระดับความอ่อนไหวของข้อมูล ปริมาณข้อมูลที่อยู่ในความครอบครอง ขนาดหรือความซับซ้อนของสภาพธุรกิจ ตลอดจนค่าใช้จ่ายเพื่อจัดหาเครื่องมือในการปรับปรุงระบบ

¹³ เพิ่งอ้าง

รักษาความปลอดภัยและความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลผู้บริโภค ครอบคลุมทั้งมาตรการเชิงบริหาร มาตรการเชิงเทคนิค หรือมาตรการทางกายภาพ เหล่านี้ย่อมเป็นสิ่งที่ SMEs ของประเทศไทยพึงนำมาใช้พิจารณาเพื่อจัดเตรียมมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

นอกจากนี้ จากส่วนที่สำคัญประเด็นหนึ่งในความเห็นของ FTC เกี่ยวกับข้อผิดพลาดของบริษัทเทรนด์เน็ต คือ การไม่ได้ให้คำแนะนำอย่างเพียงพอหรือมีการจัดอบรมพนักงานเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการทดสอบการออกแบบและความปลอดภัยของกล้องและซอฟต์แวร์ที่เกี่ยวข้อง ถ้อยความดังกล่าวชี้ให้เห็นได้ว่าองค์กรผู้ให้บริการกฎหมายเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศสหรัฐอเมริกาตระหนักถึงความสำคัญของการเผยแพร่ความรู้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้บริบทคดีดิจิทัลที่ข้อมูลข่าวสารมีการแพร่กระจายได้อย่างกว้างขวางและรวดเร็วมาก ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าแม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะไม่ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นเอกชนแต่ละรายมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการฝึกอบรมเกี่ยวกับระบบการรักษาความปลอดภัยสำหรับข้อมูลส่วนบุคคล แต่ก็มีผลเป็นหน้าที่ที่ SMEs ของประเทศไทยพึงต้องคำนึงถึงวิธีการดังกล่าวด้วย เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นี้ด้วย

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กับกรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะเห็นได้ว่า SMEs ของประเทศไทยขณะนี้ต้องเผชิญหน้ากับความท้าทายในการที่ควรเร่งพิจารณาว่าภายในองค์กรของตนมีระบบและกลไกการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลอย่างไรบ้าง บุคลากรของ SMEs เองที่สามารถเข้าถึงข้อมูลควรเป็นผู้ใดได้บ้าง และจะต้องคำนึงถึงกรณีพันธมิตรหรือองค์กรธุรกิจที่อาจมีการแลกเปลี่ยนหรือส่งผ่านข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่กันด้วย มีการจัดระบบการควบคุมข้อมูลอย่างไร รวมถึงถ้าเกิดสถานการณ์อันไม่ปกติต่าง ๆ ขึ้นเกี่ยวกับการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคล SMEs จะมีแผนการรับมืออย่างไร จะแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบอย่างไร ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยเทคนิควิธีการด้านการสื่อสารทั้งภายในและภายนอกองค์กรด้วยเป็นสำคัญ และจะบริหารจัดการเพื่อเยียวยาความเสียหายของผู้ถูกละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลตลอดจนความเสียหายขององค์กรธุรกิจตนได้อย่างไร

นอกจากนี้ จากแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยจะเห็นได้ว่าการให้ความสำคัญกับการฝึกอบรมให้ความรู้บุคลากรขององค์กรธุรกิจเป็นสิ่งที่พึงกระทำอย่างยิ่ง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าควรต้องอาศัยรูปแบบและวิธีการถ่ายทอดความรู้ประกอบกับประสบการณ์ที่น่าสนใจและสามารถทำความเข้าใจได้ง่าย เพราะ SMEs อาจประกอบไปด้วยบุคลากรที่มีจำนวน

ไม่มากนัก และอาจมีผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีที่เป็นบุคลากรขององค์กรเองในจำนวนจำกัด อีกทั้งการพัฒนาปรับปรุงระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของ SMEs ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันอยู่เสมอก็จะช่วยลดปัญหาการรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลได้ ซึ่งเมื่อมีการพัฒนาปรับปรุงระบบคราวใด SMEs ก็พึงต้องจัดอบรมให้ความรู้และข้อมูลที่จำเป็นแก่บุคลากรของ SMEs ในคราวนั้นอย่างใดก็ตาม ในส่วนบทลงโทษการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สำหรับกรณี SMEs เป็นผู้กระทำความผิดนั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมถึงการตีความบทลงโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 3 ล้านบาท ว่า การกำหนดอัตราโทษอย่างสูงดังกล่าว กระบวนการยุติธรรมพึงต้องพิจารณาถึงบริบท

การดำเนินธุรกิจของ SMEs ด้วยว่าเป็นองค์กรธุรกิจที่อาจมีทุนทรัพย์น้อยหรือมีขีดความสามารถในการแข่งขันน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับความได้เปรียบทางเทคโนโลยีขององค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ และเมื่อชั่งน้ำหนักความร้ายแรงแห่งการกระทำผิดของ SMEs กับผลเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว SMEs สมควรชำระค่าปรับเล็กน้อยเพียงใด โดยมองว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษนี้เป็นการมุ่งฟื้นฟูแก้ไขให้ SMEs ปรับปรุงตนเองมิให้กระทำความผิดกฎหมาย เพราะ SMEs เป็นประเภทองค์กรธุรกิจที่มีจำนวนมากถึงกว่าร้อยละ 90 ขององค์กรธุรกิจทั้งหมดในประเทศไทย และเป็นกำลังสำคัญยิ่งในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและพัฒนาสังคมของประเทศไทยในปัจจุบันด้วย



บรรณานุกรม

ธนาชัย สุนทรอนันตชัย ปกรณ์ ปาลวงษ์พานิชและกษมา สุขนิวัฒน์ชัย “มาตรการทางกฎหมายในการเข้าถึงและ การใช้ประโยชน์ จากข้อมูลข่าวสารของรัฐและการคุ้มครองปกป้อง ผู้ให้ข้อมูล” (2561) 8: 2 วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.

อริพร สิทธิธีรรัตน์, ปัญหากฎหมายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทอิเล็กทรอนิกส์ (นิติศาสตรมหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).

อาร์ม ตั้งนิรันดร วรพล มาลสูมและพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล, กฎหมายกับเศรษฐกิจ รวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ศาสตราจารย์ดร.ศักดิ์า ธนิตกุล ครูของ พ ศักดา 60 ปี (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561).

European Union Agency for Cybersecurity, *Privacy considerations of online behavioural tracking* (20 July, 2019) European Union Agency for Cybersecurity <<https://www.enisa.europa.eu/publications/privacy-considerations-of-online-behavioural-tracking>>.

Ofce of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files: nal report / submitted by Louis Joinet, Special Rapporteur* (20 July, 2019) United Nations Digital Library <<https://digitallibrary.un.org/record/43365>>.

Peter Swire and Yianni Lagos “Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique” (2013) 72:2 *Maryland Law Review*.





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. บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่ไหนมาก่อน 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 เจริญธรรมภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 12 point เจริญธรรมภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร 9 point

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

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

4. บททบทวนวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ 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 ตำบลบางโจลง 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 โฆวิลโลกุล,	คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543)	183.
	Malcome N Shaw,	<i>International Law</i>	(London: Cambridge University Press, 2008)	578.

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

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

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

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

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

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

5. เอกสารประกอบการประชุม (Conference Proceedings)

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

6. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

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

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	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	<i>United Nations Convention on the Law of the Sea,</i>	opened for signature 10 December 1982,	21 ILM 1261	(entered into force 16 November 1994)	art 2.

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

1. กรณีการใช้ “เพ่งอ้างอิง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้าทันที เช่น
 - 16 ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
 - 17 เพ่งอ้างอิง, 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” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาค้น
 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 โฆวิไลกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
 -
 - 24 ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, อ้างแล้ว 22, 185.

การอ้างอิงบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

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

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

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

ชื่อบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์
เลขที่บัญชี 168-2-00999-7
2. ธนาคารกสิกรไทย สาขานนบนางนา-ตราด ประเภท ออมทรัพย์
เลขที่บัญชี 450-2-05411-8
3. ส่ง ไป 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 โอนเข้าบัญชี

ชื่อบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

- ☐ 1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์
เลขที่บัญชี 168-2-00999-7
- ☐ 2. ธนาคารกสิกรไทย สาขานนบางนา-ตราด ประเภทออมทรัพย์
เลขที่บัญชี 450-2-05411-8

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

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



