



วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (มกราคม - มิถุนายน 2564) ISSN 2286-6965

Vol.11 No.2 (January - June 2021)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

18/18 ถนนเทพรัตน กิโลเมตร 18 ตำบลบางโจลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

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

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉมไถ่กุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิกร สุนทรชัย

ที่ปรึกษาหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วุฒิชัย เต็งพงศธร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.วัชรชัย สุวรรณพานิช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

รองศาสตราจารย์ ดร.เดือนเด่น นาคสีหราช

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรษา สิงห์สง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรารุท กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยรินทร์ เพ็ญไพศิษฎ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

อาจารย์ภัทรวดี ยังน้อย

ประธานนักศึกษาทุกชั้นปี

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ผู้บังคับการตำรวจภูธรวิทยาลัย

มหาวิทยาลัยนเรศวร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรียญ

นางวรรณณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอิสรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

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

บทความหรือข้อคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ และกองบรรณาธิการไม่มีความรับผิดชอบหรือไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับข้อคิดเห็นนั้น แต่ประการใด

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



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกตรวจสอบความวารสารวิชาการประจำปี (Peer review)

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กิจบดี ก้องเบญจภูษ

พันตำรวจเอก ดร.อรรถนพ กาวิกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นพดล ปกรณ์นิมิตดี

ดร.วิศรุต สำสื้ออน

ดร.สุริย์ฉาย พลวัน

รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิภายในตรวจสอบความวารสารวิชาการประจำปี (Peer review)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วุฒิชัย เต็งพงศธร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรชัย

อาจารย์ภัทรวดี ยั่งยืน





สารบัญ

บทความวิชาการ

การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่ควรจะเป็น	1
วุฒิพงศ์ พัวพัน	
ปัญหาบางประการเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน	9
จิตรรา เพียรล้ำเลิศ	

บทความวิจัย

มาตรการทางกฎหมายและบทบาทของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย	25
สิงหนพล พลสิงห์	
ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560	38
ภาวินีษ์ วงศ์นาป่า	
ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน	54
อนันต์ แดกภิรมย์กุล	
กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดสำหรับพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย	65
จรีรัตน์ สร้อยเสริมทรัพย์	
ความรับผิดชอบทางแพ่งของอิมาร์เก็ตเพลสจากกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า	83
ธีรภา ภูมิวิทย์ กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล	
การใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย : ศึกษาเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	104
วิษุภา อาริมิตร	
กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น	118
วิวิธ วงศ์ทิพย์ วริยา ล้ำเลิศ	



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ดำเนินการมาถึงปีที่ 11 เล่มที่ 2 แล้ว โดยได้จัดอยู่ในกลุ่มที่ 2 ของฐานข้อมูล TCI (Thai-Journal Citation Index Centre) ซึ่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติได้รวบรวมบทความหลากหลายด้านที่น่าสนใจจากผู้ทรงคุณวุฒิ บุคคลภายนอก และคณาจารย์ประจำ โดยบทความเหล่านี้มีคุณค่าทางวิชาการ อีกทั้งยังได้นำเสนอบทความทางกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน เช่น บทความวิจัยเรื่องประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทนที่มีจุดประสงค์ในการศึกษาถึงบางประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยคำนึงถึงหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงต้องถูกปกป้องโดยกฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดจำต้องกระทำตามหน้าที่ของตนบนพื้นฐานของหลักสุจริต (principle in good faith) บทความวิจัยเรื่องปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ที่ค้นพบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนรับผิดชอบด้านสิทธิมนุษยชนมีอำนาจงานการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชน มีอำนาจในการร้องทุกข์กล่าวโทษแทนผู้เสียหายโดยถือว่าเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ไม่ได้มีอำนาจในการสืบสวน สอบสวน และการฟ้องคดีในความผิดฐานละเมิดสิทธิมนุษยชน และได้กำหนดขอบเขตแห่งข้อหาในความผิดฐานละเมิดสิทธิมนุษยชน ทำให้กลไกในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขาดประสิทธิภาพ

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ที่สนับสนุนบทความมาโดยตลอด และขอขอบพระคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ อนึ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญชวนผู้สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไป เพื่อพัฒนาวิชาการและเผยแพร่ความรู้ อันเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ 2 ฉบับ โดยสามารถติดต่อสอบถามได้ที่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 หรือ 1690

วุฒิชัย เต็งพงศธร

บรรณาธิการ



การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่ควรจะเป็น Commander's Ethical Judgement of Legal Discretion

วุฒิพงศ์ พัวพัน

บทคัดย่อ

การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้ใช้ดุลพินิจอันจะส่งผลให้ผู้รับการใช้ดุลพินิจพึงพอใจและไม่เสียประโยชน์กว่าที่ควรจะเป็น เมื่อเทียบกับประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับหรือต้องเสียไปเนื่องจากการใช้ดุลพินิจนั้น ๆ แม้ในทางปกครอง จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมก่อนก็ตาม แต่ผลที่ผู้รับการใช้ดุลพินิจก็ไม่ควรถูกลดหรือกระทบมากกว่าสิทธิใด ๆ ที่ผู้รับการใช้ดุลพินิจในขณะที่มีดุลพินิจนั้นจึงไม่ควรถูกบั่นทอนมากเกินไปเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่องค์กรได้รับ และสิ่งสำคัญคือดุลพินิจนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย

คำสำคัญ: การใช้ดุลพินิจ

Abstract

According to law principle and regulation, to determine the discretion considering facts and events involved may achieve the judge's objectives, at the same time satisfy and prevent unbeneficial cause of action that might affect an individual, without considering common interest. Although, in administrative discretion level prioritize common interest above all. However an individual shall not be misjudged or undermined the right, compared to what benefits the public side. Most importantly such discretion must be legitimate.

Keyword: Discretion

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

บทนำ

คำว่า คุลพินิจ (อ่านว่า คุณ-ละ-พิ-นิจ) ประกอบด้วยคำว่า คุล กับคำว่า พินิจ ซึ่ง “คูล” แปลว่า เท่ากันเสมอกัน เท่าเทียมกัน “พินิจ” แปลว่า การพิจารณา “คูลพินิจ” จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควร การพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม¹ เมื่อพิจารณาบทนิยามดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่า การใช้คูลพินิจนั้นคือใช้ความคิด ความรู้สึก การตัดสินใจ ที่ควรจะประกอบไปด้วยความยุติธรรม ไม่อคติ ไม่เอนเอียงไปทางใดทางหนึ่ง แต่การที่จะตัดสินได้ว่าการใช้คูลพินิจในกรณีใด ที่จะถือว่าเป็นคูลพินิจที่ยุติธรรมอย่างแท้จริงนั้นเป็นไปได้ยาก ด้วยสภาวะทางอารมณ์ สภาพสังคมหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น หรือด้วยอำนาจหน้าที่ของผู้มีอำนาจใช้คูลพินิจ ผู้ที่ได้รับผลจากการใช้คูลพินิจซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์หรือโทษโดยตรงจากการใช้คูลพินิจย่อมรับรู้ได้ถึงความยุติธรรมของการใช้คูลพินิจได้ ถ้าคูลพินิจนั้นเป็นคุณก็ไม่มีปัญหา เพราะสมประสงค์แก่ทั้งผู้ใช้คูลพินิจและผู้รับผลของการใช้คูลพินิจ แต่ถ้าวการใช้คูลพินิจนั้นก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้รับการใช้คูลพินิจแล้วนั้น อาจก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องความเป็นธรรม ทั้งในทางด้านการกระบวนกรภายในขององค์กรนั้น ๆ หรือมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้

การใช้คูลพินิจเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์เป็นรายกรณี และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้ใช้คูลพินิจอันจะส่งผลให้ผู้รับการใช้คูลพินิจพึงพอใจและไม่เสียประโยชน์กว่าที่ควรจะเป็น

เมื่อเทียบกับประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับหรือต้องเสียไปเนื่องจากการใช้คูลพินิจนั้น ๆ แม้ในทางปกครองนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมก่อนก็ตาม แต่ผลที่ผู้รับการใช้คูลพินิจก็ไม่ควรถูกลดหรือกระทบมากกว่าสิทธิใด ๆ ที่ผู้รับการใช้คูลพินิจมีในขณะที่มีคูลพินิจนั้นอีกทั้งไม่ควรถูกบั่นทอนมากจนเกินไปเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่องค์กรได้รับ และสิ่งสำคัญคือคูลพินิจนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลักการใช้คูลพินิจของผู้บังคับบัญชา

โดยปกติ ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอิสระอย่างเต็มที่ในการใช้คูลพินิจกับผู้บังคับบัญชาทราบใดที่ไม่ขัดกับกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับใด ๆ แต่อิสระในการใช้คูลพินิจนั้น นอกจากจะต้องพิจารณากฎหมายหรือระเบียบต่าง ๆ แล้ว ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบบังคับให้ผู้บังคับบัญชาต้องใช้คูลพินิจอยู่ในกรอบของกฎหมาย ตัวผู้บังคับบัญชาเองย่อมต้องมีความยุติธรรม มีเหตุผลอย่างเพียงพอในการใช้คูลพินิจที่ไม่เกิดผลเสียต่อผู้บังคับบัญชา และกระทบต่อองค์กรให้น้อยที่สุด ซึ่งการจะพิจารณาใช้คูลพินิจของผู้บังคับบัญชาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยหลักการใช้คูลพินิจนั้นต้องอยู่ภายใต้หลัก 3 ประการ² ดังนี้

1. หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือ หลักคั่นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง โดยผู้บังคับบัญชาต้องเลือก

¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน (20 พุทธศักราช 2563) ระบบสืบค้น <<https://dictionary.orst.go.th/>>.

² วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554). หน้า 18-21

ที่จะมีดุลพินิจในการออกคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น มีข้อสังเกตว่า ถ้าในกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้ระบุเจาะจงให้ผู้บังคับบัญชามีสิทธิใช้หลักความเหมาะสม กล่าวคือ ถ้ากฎหมายหรือระเบียบบังคับให้ต้องทำอะไรไม่ได้ให้สิทธิในการตัดสินใจ ผู้บังคับบัญชาก็ควรจะมิสิทธิใช้ดุลพินิจ เพราะอาจไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

2. หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) คือ หลักการที่ให้ฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาเลือกที่จะใช้มาตรการใด แก่กรณีใด ๆ ให้มีผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนหรือผู้ได้บังคับบัญชาน้อยที่สุด ในขณะที่เดียวกันถ้าฝ่ายประชาชนหรือผู้ได้บังคับบัญชาได้รับประโยชน์ก็ต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจให้องค์กรหรือรัฐเสียประโยชน์ให้น้อยที่สุดด้วย ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้บังคับบัญชาคัดเลือกผู้ได้บังคับบัญชาเข้ารับการอบรมเพื่อพัฒนาศักยภาพของผู้ได้บังคับบัญชาในระยะเวลาสั้น ๆ แม้ว่าองค์กรจะขาดบุคลากรผู้ทำหน้าที่ในสายงานนั้น ๆ ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่เมื่อเปรียบเทียบประโยชน์ที่ผู้ได้บังคับบัญชาจะได้รับ ทั้งองค์กรได้รับเงินประจำตำแหน่งซึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้นั้น และนำความรู้มาพัฒนาองค์กรให้มีคุณภาพยิ่งขึ้นไปแล้ว อันเป็นประโยชน์ที่องค์กรจะได้รับในภายภาคหน้า ก็ย่อมเป็นดุลพินิจที่เป็นไปตามหลักความจำเป็นแล้ว เป็นต้น

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) คือ หลักการที่มุ่งพิจารณาความสมดุลระหว่างความเสียหายที่ประชาชนหรือผู้ได้บังคับบัญชา

กับประโยชน์ที่สังคมหรือองค์กรจะได้รับจากการใช้ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองมีประสิทธิภาพสูงสุด และก่อให้เกิดความเสียหายต่อองค์กรหรือรัฐให้น้อยที่สุด เสมือนกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์องค์กรหรือรัฐจะได้รับ กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองมีประสิทธิภาพสูงสุด และก่อให้เกิดความเสียหายต่อองค์กรหรือรัฐให้น้อยที่สุด เสมือนกับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ต่อองค์กรหรือรัฐจะได้รับ กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ถ้าประโยชน์ที่องค์กรหรือรัฐจะได้รับ น้อยมากเมื่อเทียบกับผลเสียที่จะตามมา ถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีประสิทธิภาพ หลักการนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการคำนึงถึงผลที่องค์กรหรือรัฐจะได้รับมากกว่าผลประโยชน์ประชาชนหรือผู้ได้บังคับบัญชาจะได้รับนั่นเอง

แม้ว่าในทางปฏิบัติ ผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะให้ผู้ได้บังคับบัญชากระทำการ ไม่กระทำการ อนุญาต ไม่อนุญาต อย่างอิสระ และถึงแม้จะมีกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ให้อำนาจแก่ผู้บังคับบัญชาไว้ เช่น มาตรฐานการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตำรวจ ที่คล้ายกับแนวทางการพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ในการกำหนดอัตราโทษทางอาญา เพียงให้อยู่ในขอบเขตที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่ผู้บังคับบัญชาจะใช้ดุลพินิจในการต่าง ๆ ได้นั้น ก็ต่อเมื่อมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับให้อำนาจไว้ ถ้าผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจโดยที่ไม่มีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับใด ๆ

ให้ผู้บังคับบัญชาควรที่จะใช้ดุลพินิจด้วยความระมัดระวัง มีเหตุผลที่เหมาะสมหรือมีความจำเป็นที่แท้จริงแห่งการออกคำสั่ง ไม่เป็นการกลั่นแกล้ง และเป็นที่ยอมรับแก่ทุกฝ่าย โดยไม่มีฝ่ายใดต้องสูญเสียประโยชน์ของฝ่ายนั้นไปเกินสมควรเมื่อเทียบกับประโยชน์ของฝ่ายผู้บังคับบัญชาจะได้รับ ซึ่งถ้าผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และไม่มีเหตุผลที่เพียงพอกับผลกระทบที่ตามมาแล้วนั้น อาจถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ หรือที่เรียกว่า เป็นดุลพินิจที่ผิดพลาดได้ เห็นได้จากตัวอย่างที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547³ ความตอนหนึ่งว่า “การออกคำสั่งที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น คำสั่งนั้นต้องดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปได้และต้องมีความจำเป็นในการออกคำสั่ง โดยใช้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่านั้น รวมทั้งมหาชนจะต้องได้รับประโยชน์จากคำสั่งมากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับ...” เห็นได้ว่า การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวผู้ได้บังคับบัญชาและองค์กรของตนมากไป ย่อมถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ หรือเป็นดุลพินิจที่ผิดพลาดได้ กรณีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดนั้น มีนักวิชาการให้ความเห็นไว้หลายกรณี เช่น⁴

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวถึง “ลักษณะของดุลพินิจที่ผิดพลาด ดังต่อไปนี้

1. การไม่ใช้ดุลพินิจ ได้แก่ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทั้งที่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง

2. การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้

3. การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยการละเลย ไม่สนใจวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายมอบดุลพินิจให้แก่ตน หรือใช้ดุลพินิจโดยไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักก่อนการตัดสินใจ

4. การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค

5. การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ เช่น ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ”

³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547.

⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554) 55.

สมยศ เชื้อไทย เห็นว่า “การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้และถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย โดยการใช้ดุลพินิจในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้เป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด⁵

1. การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

2. การใช้ดุลพินิจบกพร่อง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองได้ใช้โอกาสเลือก ตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือสำคัญผิดคิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการโดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ

3. การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือในทางที่ผิด ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ”

จากความเห็นในเรื่องของการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดข้างต้นนั้นสรุปลักษณะของดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือเป็นดุลพินิจที่ผิดพลาด ดังนี้

1. การใช้ดุลพินิจในกรณีที่มีกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ เป็นการบังคับให้ทำ มิได้ให้อำนาจในการตัดสินใจ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้บังคับบัญชาจะมีสิทธิใช้ดุลพินิจนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับ ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีที่ผู้ที่อายุ 18 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปีกระทำความผิดตามกฎหมาย ถ้าศาลเห็นสมควรจะ

ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้ เห็นได้ว่า กฎหมายให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้⁶ แต่มิใช่บทบังคับของศาลเสมอไป ถ้าศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าพฤติการณ์ไม่สมควรจะลดมาตราส่วนให้ เช่น มีพฤติกรรมใช้ความรุนแรง ทารุณโหดร้ายมีความก้าวร้าว ศาลย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจลดมาตราส่วนโทษก็ได้ เป็นต้น

2. การใช้ดุลพินิจที่ไม่คำนึงถึงผลกระทบของผู้ได้บังคับบัญชา ในสิทธิที่ผู้ได้บังคับบัญชาพึงได้รับ หรือการคำนึงถึงประโยชน์ขององค์กรมากกว่าผลเสียที่จะเกิดแก่ผู้ได้บังคับบัญชา เช่น การใช้ดุลพินิจคัดเลือกผู้มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งเข้ารับการอบรม เพื่อให้ได้รับเงินประจำตำแหน่งโดยตัดสิทธิไม่คัดเลือกผู้ได้บังคับบัญชาที่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งครบถ้วนตามหลักเกณฑ์กำหนดในระเบียบอยู่แล้ว ในขณะที่ใช้ดุลพินิจในการคัดเลือก แต่กลับใช้ดุลพินิจเลือกผู้บังคับบัญชาที่ยังไม่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งนั้นไปโดยอาศัยเหตุผลว่าจะขาดแคลนกำลังพลปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นการบริหารภายในองค์กรวิธีหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาระยะเวลาของการอบรมนั้น ประมาณ ๒ เดือนถือว่าเป็นระยะสั้น และผู้อื่นซึ่งสามารถปฏิบัติงานแทนได้อยู่แล้ว อีกทั้งลักษณะของงานไม่ใช่งานเร่งด่วนอย่างยิ่งขององค์กร แต่ผู้บังคับบัญชากลับใช้ดุลพินิจตัดสิทธิผู้ได้บังคับบัญชาที่มีสิทธิครบตามหลักเกณฑ์มากที่สุด เมื่อเทียบกับผู้ได้บังคับบัญชาที่ถูกคัดเลือกไป

⁵ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพ ; วิญญูชน,2559) หน้า 249 - 250.

⁶ มาตรา 76, ประมวลกฎหมายอาญา.

ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ และการใช้ดุลพินิจเช่นนี้ ถือว่าเป็นการกระทบสิทธิของผู้ได้บังคับบัญชาที่ถูกตัดสิทธิไม่ได้รับการอบรม อันจะมีอำนาจร้องทุกข์ต่อองค์กร หรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

3. การใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการกลั่นแกล้ง กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละบุคคล ผู้ที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นธรรมอาจมองว่าเป็นดุลพินิจที่ชอบแล้วเพราะออกโดยผู้บังคับบัญชา แต่แท้จริงแล้ว การจะเป็นดุลพินิจที่ชอบนั้น นอกจากจะต้องออกโดยผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงอำนาจการใช้ดุลพินิจมีขอบเขตหรือไม่อย่างไร ตามกฎหมาย ดังนั้น การพิจารณาว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการกลั่นแกล้งหรือไม่ อาจพิจารณาได้จากผลของการใช้ดุลพินิจนั้น ๆ ถ้าผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจทั้งที่ทราบหลักเกณฑ์ระเบียบ ข้อบังคับอยู่แล้ว หรือไม่ทราบเพราะความประมาทเลินเล่อของตนแล้ว ก็ถือว่าเป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือไม่เป็นธรรมแล้ว

ผลของการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือผิดพลาด

เมื่อการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาเป็นการไม่ชอบหรือผิดพลาดแล้วนั้น ผู้ได้บังคับบัญชาที่ได้รับผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ย่อมมีสิทธิเบื้องต้น ดังนี้

1. สิทธิร้องทุกข์ ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การร้องทุกข์หรือการเยียวยาภายในองค์กรของตนว่า มีกฎหมายกำหนดขั้นตอน วิธีการไว้อย่างไรบ้าง

2. สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยปกติแล้ว ดุลพินิจที่ใช้ในการออกคำสั่งภายในองค์กร จะไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้น ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในองค์กรเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำสั่งนั้นได้

การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่ควรจะเป็น

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้บังคับบัญชาจะใช้ดุลพินิจแก่ผู้ได้บังคับบัญชานั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาตามขั้นตอนต่าง ๆ อย่างเป็นระบบ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจนั้นชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อเป็นการลดขั้นตอนในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือโต้แย้งความชอบในการใช้ดุลพินิจนั้น

1. พิจารณาถึงกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับ ที่ใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งใด ๆ ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะใช้ดุลพินิจได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับให้อำนาจไว้ หรือในกรณีที่มิใช่ผู้ได้บังคับบัญชาหลายคนและมีสิทธิเท่าเทียมกัน ผู้บังคับบัญชาจึงจะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการให้กระทำ ไม่กระทำ หรืออนุญาต ไม่อนุญาตได้ แต่หากว่าในระหว่างผู้ได้บังคับบัญชาหลายคนนั้น สิทธิไม่เท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่มิใช่อาวุโสสูงกว่า หรือมีผู้ครบหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ บุคคลเหล่านี้ย่อมจะต้องได้สิทธิก่อนผู้อื่น ผู้บังคับบัญชา จะใช้ดุลพินิจไปในทางที่เสียหายแก่บุคคลเหล่านี้ไม่ได้

2. เมื่อการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา กระทบสิทธิหรือเป็นการตัดสิทธิของผู้ได้บังคับบัญชาแล้ว แม้เป็นการออกคำสั่งภายในองค์กร แต่ควรแจ้งต่อผู้ได้บังคับบัญชาทราบถึงเหตุผลของการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเพื่อให้ผู้นั้นมีโอกาสโต้แย้งหรือชี้แจงเหตุผลด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการใช้ดุลพินิจบางกรณีก็เกิดจากความไม่รู้ถึงหลักเกณฑ์ที่ต้องหรืออาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้บังคับบัญชาที่ไม่แสวงหาข้อเท็จจริงให้กระจ่างชัด ดังนั้นเพื่อความยุติธรรมและความโปร่งใสของการใช้ดุลพินิจ ควรเปิดโอกาสให้ผู้ได้บังคับบัญชาทราบถึงการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาด้วย

3. การใช้ดุลพินิจในกรณีผู้บังคับบัญชามีสิทธิเลือกนั้น เช่น กรณีหลักเกณฑ์หรือสิทธิของผู้ได้บังคับบัญชาเท่าเทียมกัน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอิสระในการใช้ดุลพินิจได้ ผู้บังคับบัญชาอาจใช้หลักความเหมาะสม โดยพิจารณาเป็นรายบุคคลหรือรายกรณีได้ แต่หากหลักเกณฑ์หรือสิทธิไม่เท่าเทียมกันแล้ว อำนาจในการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาก็ย่อมต้องมีขอบเขตดังที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อเกิดผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของผู้บังคับบัญชาแล้ว สิ่งที่จะควรจะเป็น คือ การแจ้งคำสั่งให้

ผู้ได้บังคับบัญชาที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งให้ทราบโดยเร็ว เพราะคำสั่งที่ออกโดยการใช้ดุลพินิจและมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ได้รับคำสั่ง ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง อาจถูกเพิกถอนได้ และตามระเบียบภายในขององค์กร ผู้ได้บังคับบัญชาที่ได้รับผลกระทบอาจร้องทุกข์ตามขั้นตอนภายในขององค์กรนั้นได้อีกทาง แต่เมื่อเทียบกับสิทธิของผู้ได้บังคับบัญชาที่สูญเสียไปจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือผิดพลาดของผู้บังคับบัญชานั้น อาจไม่คุ้มค่าต่อการรอขั้นตอนในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง หรือในขั้นตอนในการพิจารณาคำร้องทุกข์ขององค์กรนั้น เพราะสิทธิที่มีอยู่และควรได้ในขณะที่ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจนั้น ก็ยังคงเสียไปหรือไม่รับอยู่ในเวลาที่มีการพิจารณาดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชานั้น ต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กรณีไม่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับกำหนดกฎหมายไว้ ความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจก็ย่อมต้องมีความเป็นธรรม ปราศจากอคติไม่เป็นการกลั่นแกล้ง มีเหตุผลและสามารถให้โอกาสผู้ได้บังคับบัญชาทราบหรือมีเหตุผลของการใช้ดุลพินิจนั้นด้วย

บรรณานุกรม

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย* คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพ; สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (กรุงเทพ; นิติราษฎร์, 2554).

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน* (20 พฤศจิกายน 2563) ระบบสืบค้น <<https://dictionary.orst.go.th/>>.

ศาลปกครองสูงสุด, *ระบบสืบค้นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด* (25 พฤศจิกายน 2563) ศาลปกครอง <<http://admincourt.go.th/admincourt/site/?page=05searchcategorydetail&id=1-1-1482>>.





ปัญหาบางประการเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน

Some issues regarding the Civil Service Code of Ethics

จิตรา เพียรล้ำเลิศ*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันมีบทบัญญัติให้ถือว่าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมเป็นความผิดทางวินัยด้วย ปัจจุบันมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ใช้บังคับ มาตรา 76 วรรคท้าย บัญญัติเพียงให้รัฐพึงจัดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรม เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าว ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 76 นี้ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้มีมาตราใดบัญญัติให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมเป็นความผิดทางวินัยเช่นที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากการศึกษาพบว่า ในขณะนี้ยังคงต้องใช้บังคับประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2552 ดังกล่าวแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญตามบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 อยู่ มีปัญหาบางประการ อาทิ ปัญหาว่าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมถือเป็นความผิดวินัยหรือไม่ นอกจากนั้น ยังมีปัญหาเรื่องคุณสมบัติบางประการของคณะกรรมการจริยธรรม และปัญหาการดำเนินการในกรณีที่หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมที่ยังไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติ ตลอดจนปัญหามาตรการบังคับกรณีมีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรม ซึ่งบทความนี้ได้เสนอแนะแนวทางบางประการในการแก้ไขปัญหาดังต้น โดยเห็นควรให้มีการบัญญัติอัยการในประมวลจริยธรรมฉบับใหม่ซึ่งจะออกตามพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ให้ชัดเจนว่า การฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมไม่ถือเป็นความผิดวินัย ปรับเปลี่ยนคำในเรื่องคุณสมบัติบางประการของกรรมการจริยธรรม และกำหนดการดำเนินการกรณีที่หัวหน้าส่วนราชการถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมให้ชัดเจน นอกจากนั้น ยังควรกำหนดมาตรการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

คำสำคัญ : ประมวลจริยธรรม จริยธรรม ข้าราชการพลเรือน

* รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช



Abstract

This article aims to study about the Civil Service Code of Ethics. The Civil Service Code of Ethics was published in the Thai government gazette on November 5th B.E. 2552 by virtue of section 279 of the Thai Constitution B.E. 2550. In the third paragraph of this section, it prescribes that any violation or failure to comply with the ethical standards of the aforementioned Civil Service Code of Ethics shall be deemed as a breach of discipline. At present, section 76 last paragraph of the Thai Constitution B.E. 2560 states that the State should formulate ethical standards for State agencies to use as the basis for prescribing a code of ethics for State officials in that particular agency, which must not be lower than such ethical standards. Then, the Ethical Standards Act B.E. 2562 was enacted in accordance with section 76 mentioned above. However, none of provisions of the Thai Constitution B.E. 2560 prescribes that violation or non-compliance with ethical standards is considered a breach of discipline.

According to this study, the enforcement of the Civil Service Code of Ethics B.E. 2552 as indicated under the transitory provision of the Ethical Standards Act B.E. 2562 causes some problems. It is skeptical whether or not the violation or failure to comply with the ethical standards of the Code constitutes a disciplinary offense. Moreover, others issues are with regard to a particular qualification of an ethics committee member; uncertain practice in a situation where the head of a government agency is accused of violating the Code; and enforcement measures concerning the violation of the Code. This article then suggests solutions to solve those problems. The new Civil Service Code of Ethics which will be issued under the Ethical Standards Act B.E. 2562 should provide more clarification. It should clearly state that the violation of such Code does not create a disciplinary offense. The qualification of the ethics committee member should be amended. Setting out apparent proceedings in cases of the violation of the Code by the head of a government agency along with having more concrete enforcement measures of such Code will render much more clarity.

Keyword: Code of Ethics, Ethics, Civil servant

บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 279 ได้บัญญัติให้รัฐจัดทำประมวลจริยธรรม และให้ถือว่าการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมเป็นความผิดทางวินัยด้วย ในปี พ.ศ. 2552 คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) จึงได้ออกประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนขึ้น โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2552 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่ครบ 90 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 76 วรรคสาม ได้บัญญัติให้รัฐจัดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรม เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าว โดยมีได้มีการบัญญัติให้ถือว่าการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมเป็น

ความผิดวินัยเช่นที่ได้เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ขึ้นเพื่อวางหลักเกณฑ์การประพฤติปฏิบัติอย่างมีคุณธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹ อันเป็นหลักให้องค์กรกลางบริหารงานบุคคล² ของหน่วยงานของรัฐ³ จัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในความรับผิดชอบ⁴ โดยหน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อกำหนดจริยธรรมเพื่อใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ เพิ่มเติมจากประมวลจริยธรรมให้เหมาะสมแก่ภารกิจที่มีลักษณะเฉพาะของหน่วยงานของรัฐนั้นด้วยก็ได้

ทั้งนี้ การจัดทำประมวลจริยธรรม รวมทั้งข้อกำหนดจริยธรรมเพิ่มเติม (ถ้ามี) ของหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ

¹ มาตรา 3, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562
ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานอื่น ในหน่วยงานของรัฐ

² มาตรา 3, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

“องค์กรกลางบริหารงานบุคคล” หมายความว่า คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภานั้น รวมทั้ง คณะกรรมการกลางบริหารงานบุคคลของเจ้าหน้าที่ของรัฐในฝ่ายบริหาร และคณะกรรมการมาตรฐาน การบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น

³ มาตรา 3, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ในฝ่ายบริหาร แต่ไม่หมายความรวมถึง หน่วยงานธุรการของรัฐสภา องค์การอิสระ ศาล และ องค์การอัยการ

⁴ มาตรา 6, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

“ให้องค์กรกลางบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่จัดทำประมวล จริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในความรับผิดชอบ”

จริยธรรม (ก.ม.จ.)⁵ จะกำหนดขึ้นไปตามมาตรา 14 อีกทั้งเพื่อให้การจัดทำประมวลจริยธรรมภาค รัฐมีมาตรฐานเดียวกัน หน่วยงานของรัฐจะต้อง ใช้มาตรฐานทางจริยธรรมตามมาตรา 5 (1) – (7) เป็นหลักสำคัญในการจัดทำประมวลจริยธรรมของ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในความรับผิดชอบด้วย เพื่อ เป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เกี่ยวกับสภาพคุณงามความดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง ยึดถือสำหรับการปฏิบัติงาน การตัดสินใจความถูกต้อง การปฏิบัติที่ควรกระทำหรือไม่ควรกระทำ ตลอดจน การดำรงตนในการกระทำความดีละเว้นความชั่ว

อย่างไรก็ตาม โดยที่ปัจจุบัน (ตุลาคม 2563) การจัดทำร่างประมวลจริยธรรมของแต่ละองค์กร กลางบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐยังอยู่ ในระหว่างการดำเนินการ ยังไม่แล้วเสร็จ ดังนั้น ขณะนี้ในส่วนของการพิจารณาของข้าราชการพลเรือนสามัญจึงยังคง

ต้องใช้บังคับประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (พ.ศ. 2552) ต่อไป เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติ มาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 จนกว่าจะมี ประมวลจริยธรรมฉบับใหม่ซึ่งจะต้องออกตาม พ ระราชบัญญัตินี้⁶ ด้วยเหตุนี้ ในระหว่างที่ยังคงต้อง ใช้บังคับประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (พ.ศ. 2552) อยู่ต่อไปนี้เอง พบว่ามีปัญหาบางประการ เช่น ปัญหาว่าการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมยังคงถือ เป็นความผิดวินัยหรือไม่ และคุณสมบัติของผู้ที่จะ ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการจริยธรรมบาง ประการยังไม่ชัดเจน รวมทั้งขั้นตอนการดำเนินการ กรณีหัวหน้าส่วนราชการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมยัง ไม่มีความชัดเจนเท่าที่ควร เป็นต้น ซึ่งบทความนี้จะ มุ่งวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวตลอดจนเสนอแนะแนว ทางบางประการในการแก้ไขปัญหาต่อไป

² มาตรา 8, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

ให้มีคณะกรรมการมาตรฐานทางจริยธรรมคณะหนึ่ง เรียกโดยย่อว่า “ก.ม.จ.” ประกอบด้วย

(1) นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ

(2) ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนที่ได้รับมอบหมาย เป็นรองประธานกรรมการ

(3) กรรมการโดยตำแหน่ง จำนวนห้าคน ได้แก่ ผู้แทนที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือนใน สถาบันอุดมศึกษา คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ คณะกรรมการมาตรฐาน การบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น และ สภาทนายความ อย่างละหนึ่งคน

(4) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งนายกรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ

ให้เลขาธิการ ก.พ. เป็นกรรมการและเลขานุการ และให้เลขาธิการ ก.พ. แต่งตั้งข้าราชการ ในสำนักงาน ก.พ. เป็น ผู้ช่วยเลขานุการได้ตามความจำเป็น เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจของ ก.ม.จ.

ก.ม.จ. อาจมีมติ ให้เชิญผู้แทนที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการที่ทำหน้าที่บริหารงานรัฐวิสาหกิจหรือองค์การ มหาชน หรือหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่และอำนาจโดยตรงเกี่ยวกับเรื่องที่จะพิจารณา หรือผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านจริยธรรมให้เข้าร่วมประชุมเป็นครั้งคราวในฐานะกรรมการด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นนั้น ให้ผู้ที่ได้รับเชิญและ มาประชุมมีฐานะเป็นกรรมการสำหรับการประชุมครั้งที่ได้รับเชิญนั้น”

⁶ มาตรา 22, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

“บรรดาประมวลจริยธรรม กฎ ระเบียบ หรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมของ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลใช้บังคับอยู่ใน วันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้คงมีผลใช้บังคับต่อไป เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีการ กำหนดประมวลจริยธรรมหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ จริยธรรมตามพระราชบัญญัตินี้”

ความหมายของจริยธรรม

นักวิชาการและนักบริหารหลายท่านได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “จริยธรรม” ไว้หลากหลาย ซึ่งอาจยกตัวอย่างได้ ดังเช่น

ชัยพร วิชชาวุธ และ ชีระพร อูวรรณโณ ให้ความหมายของจริยธรรมว่าเป็นหลักการ ค่านิยม ความเชื่อของที่บุคคลยึดถือในสิ่งที่ดี-ไม่ดี ควรประพฤติ-ไม่ควรประพฤติ โดยพฤติกรรมต่างๆ ทางจริยธรรมจะขึ้นอยู่กับหลักการความเชื่อของแต่ละบุคคล⁷

นิเวศน์ วงศ์สุวรรณ กล่าวว่า จริยธรรมหมายถึง หลักธรรมที่เป็นข้อสำหรับประพฤติปฏิบัติ หรือเป็น หลักธรรมคำสอนอันเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ และเป็นหลักชี้ทางเดินในชีวิตให้พบแต่ความสุข และเป็นการพัฒนาทรัพยากรบุคคล⁸

ประวิณ ณ นคร อดีตเลขาธิการ ก.พ. ซึ่งเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญด้านการบริหารทรัพยากรบุคคล และกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นอย่างสูงได้จำแนกความหมายของคำเหล่านี้ไว้ อย่างน่าสนใจ ดังนี้

“จริยธรรม” (Ethics) คือ มาตรฐานทางพฤติกรรมที่พึงถือปฏิบัติเพื่อความดีงาม คำว่า “จริยธรรม” เป็นนามธรรม ไม่มีข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติโดยชัดเจน เมื่อกำหนดเป็นรูปธรรม เป็นข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติชัดเจน จะเรียกว่า “ประมวลจริยธรรม” และคำว่า “จรรยา” คือ การนำเอาจริยธรรมไปใช้ในการประกอบวิชาชีพและจัดทำให้เป็นรูปธรรม ส่วนคำว่า “วินัย” (Discipline) นั้น คือ มาตรฐานทางพฤติกรรมที่ต้องถือปฏิบัติเพื่อผลสัมฤทธิ์ของงาน คำว่า “วินัย” จึงเป็นทั้งนามธรรม คือ พฤติกรรมที่แสดงออก และเป็นรูปธรรม คือ ข้อห้ามและข้อปฏิบัติที่กำหนดไว้ใช้ในการประกอบกิจการแต่ละอย่าง⁹

โดยสรุป คำว่า “จริยธรรม” เป็นคำกลางๆ ที่หมายถึงแบบของความประพฤติอย่างมีคุณธรรม อันทำให้ตัวตนของผู้ประพฤติปฏิบัติตามเป็นผู้มีสำนึก และประพฤติปฏิบัติที่ดีงาม ซึ่งจะแตกต่างจากวินัยที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมของคนในองค์กรเพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ของงานเท่านั้น

⁷ ชัยพร วิชชาวุธ และชีระพร อูวรรณโณ, แนวคิดและการพัฒนาการใหม่ในการปลูกฝังจริยธรรมในรวมบทความเกี่ยวกับคุณธรรม จริยธรรมและการศึกษา (กรุงเทพฯ: พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554) อ้างโดย ราชวดี บุญศิลป์, จริยธรรมในการทำงานของบุคลากรสายสนับสนุน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (สังคมสงเคราะห์ศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) 11-12.

⁸ นิเวศน์ วงศ์สุวรรณ, จริยศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ, 2550) อ้างโดย ราชวดี บุญศิลป์, จริยธรรมในการทำงานของบุคลากรสายสนับสนุน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (สังคมสงเคราะห์ศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) 11-12.

⁹ ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, “เอกสารประกอบการสัมมนาวิทยากรตัวคูณ เพื่อการเป็นที่ปรึกษาการจัดทำประมวลจริยธรรมและข้อกำหนดจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ” (นำเสนอที่สัมมนาวิทยากรตัวคูณเพื่อการเป็นที่ปรึกษาการจัดทำประมวลจริยธรรมและข้อกำหนดจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ห้องประชุม 3 ชั้น 9 อาคารสำนักงาน ก.พ., ระหว่างวันที่ 6-7 สิงหาคม 2563) 150.

สาระสำคัญของประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2552 และพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

1. ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน
ได้มีการประกาศใช้บังคับในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2552 มีสาระสำคัญพอสรุปได้ดังนี้

คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ในฐานะองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนได้พิจารณาเห็นว่า ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนทุกตำแหน่งมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้ราชการในส่วนที่ตนรับผิดชอบ เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคม ดังนั้น ข้าราชการพลเรือนจึงต้องมีคุณธรรม ซึ่งเป็นการอันพึงทำเพราะนำประโยชน์ให้เกิดแก่ส่วนรวมและตนเอง และศีลธรรมซึ่งเป็นการอันพึงเว้น เพราะเป็นโทษแก่ส่วนรวมและตนเอง ประกอบกันขึ้นเป็นจริยธรรมข้าราชการพลเรือนอันเป็นความประพฤติที่ดีงาม สมกับความเป็นข้าราชการ ดังนั้น ข้าราชการพลเรือนจึงต้องประพฤติตามจริยธรรมในหมวด 2¹⁰ โดยสรุปสาระสำคัญ ดังนี้

(1) ต้องยึดมั่นในจริยธรรมและยืนหยัดกระทำในสิ่งที่ถูกต้องและเป็นธรรม

(2) ต้องมีจิตสำนึกที่ดีและความรับผิดชอบต่อหน้าที่ เสียสละ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรวดเร็ว โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

- อุทิศตนให้กับการปฏิบัติงานในหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ระมัดระวัง และเต็มกำลังความสามารถที่มีอยู่ ในกรณีที่ต้องไปปฏิบัติงานอื่นของรัฐด้วย จะต้องไม่ทำให้งานในหน้าที่เสียหาย

(3) ต้องแยกเรื่องส่วนตัวออกจากตำแหน่งหน้าที่และยึดถือประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตน โดยอย่างน้อยต้องวางตนดังนี้

- ไม่ใช้เวลาราชการ เงิน ทรัพย์สิน บุคลากร บริการ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกของทางราชการไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนเองหรือผู้อื่น เว้นแต่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมาย

(4) ต้องละเว้นจากการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่และไม่กระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม

(5) ต้องเคารพและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอย่างตรงไปตรงมา

(6) ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรม เป็นกลางทางการเมือง ให้บริการแก่ประชาชนโดยมีอรรถาศัยที่ดีและไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

- ให้บริการและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยมีอรรถาศัยที่ดี ปราศจากอคติ และไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้มาติดต่อโดยไม่เป็นธรรมในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา

¹⁰ ข้อ 3 – 12 หมวด 2 จริยธรรมข้าราชการพลเรือน, *ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (2552)*.

การศึกษา อบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่
ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เว้นแต่จะดำเนินการตามมาตรการ
ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้
บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับ
บุคคลอื่น หรือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผล เป็น
ธรรม และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป

(7) ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูล
ข่าวสารของทางราชการอย่างเคร่งครัดและรวดเร็ว
ไม่ถ่วงเวลาให้เนิ่นช้าและใช้ข้อมูลข่าวสารที่ได้มา
จากการดำเนินงานเพื่อการในหน้าที่ และให้ข้อมูล
ข่าวสารแก่ประชาชนอย่างครบถ้วน ถูกต้อง ทันการณ์
และไม่บิดเบือนข้อเท็จจริง

(8) ต้องมุ่งผลสัมฤทธิ์ของงาน รักษา
คุณภาพและมาตรฐานแห่งวิชาชีพโดยเคร่งครัด

(9) ต้องยึดมั่นในการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

นอกจากนี้ ประมวลจริยธรรมข้าราชการ
พลเรือนยังได้กำหนดกลไกและระบบการบังคับใช้
ประมวลจริยธรรมไว้ในหมวด 3 โดยเรื่องของกลไก
นั้นจัดให้มีองค์กรคุ้มครองจริยธรรม¹¹ ได้แก่ คณะ
กรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) คณะกรรมการ
จริยธรรมประจำส่วนราชการ¹² หัวหน้าส่วนราชการ
และผู้บริหารส่วนราชการตั้งแต่ผู้ดำรงตำแหน่ง
ประเภทบริหาร ประเภทอำนวยการ หรือดำรงตำแหน่ง
ประเภทอื่นที่ทำหน้าที่เป็นผู้บังคับบัญชา และกลุ่ม
งานคุ้มครองจริยธรรม ตลอดจนกำหนดแนวทางการ

คุ้มครองในแต่ละระดับไว้ ตัวอย่างเช่น ข้อ 16 (2)
“คุ้มครองข้าราชการซึ่งปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม
นี้อย่างตรงไปตรงมา มิให้ถูกกลั่นแกล้ง หรือถูก
ใช้อำนาจโดยไม่เป็นธรรม ในกรณีที่หัวหน้าส่วน
ราชการ ผู้บริหารส่วนราชการตั้งแต่ประเภทอำนวยการ
ขึ้นไป ถูกข้าราชการผู้ใดกล่าวหาว่าไม่ปฏิบัติ
ตามประมวลจริยธรรมนี้ ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหา
นั้นไม่อาจดำเนินการเกี่ยวกับการออกคำสั่งแต่งตั้ง
โยกย้าย เลื่อนเงินเดือน แต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวน
ข้อเท็จจริงหรือคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย
หรือการดำเนินการใดที่เป็นผลร้ายหรือกระทบ
ต่อสิทธิหน้าที่ของข้าราชการผู้กล่าวหาว่านั้น จะ
กระทำได้เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะ
กรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการ”

ส่วนเรื่องของระบบการบังคับใช้ประมวล
จริยธรรมนั้น¹³ ได้บัญญัติไว้โดยสรุปว่า

(1) การฝ่าฝืนจริยธรรมตามหมวด 2 เป็น
ความผิดวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ
พลเรือน พ.ศ. 2551 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย
พนักงานราชการ พ.ศ. 2547 หรือระเบียบกระทรวงการ
คลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2537
แล้วแต่กรณี

(2) เมื่อมีการฝ่าฝืนจริยธรรมผู้บังคับบัญชา
อาจสั่งลงโทษทางวินัย ว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บน
เป็นหนังสือหรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาตามที่เห็น
สมควร

¹¹ ข้อ 13 – 17 หมวด 3 ส่วนที่ 1 องค์กรคุ้มครองจริยธรรม, ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (2552).

¹² ทั้งนี้ โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้เป็น “กรรมการจริยธรรม” ไว้ในข้อ 14 วรรคท้าย, ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (2552)
ว่า “ต้องไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย และเป็นผู้มีเกียรติ เป็นที่ยอมรับของส่วนราชการนั้น”.

¹³ ข้อ 18 – 22 หมวด 3 ส่วนที่ 2 ระบบการบังคับใช้ประมวลจริยธรรม, ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (2552).

(3) กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการ คณะกรรมการจริยธรรม และ ก.พ. ต้องส่งเสริม จริยธรรมข้าราชการ อาทิ การบรรจุแต่งตั้ง เลื่อน เงินเดือน ย้ายหรือโอนข้าราชการให้ใช้พฤติกรรม ทางจริยธรรมของผู้นั้นพิจารณาควบคู่กับความรู้ ความสามารถ คู่ครองข้าราชการผู้ปฏิบัติตาม ประมวลจริยธรรมนี้อย่างเพียงพอ และยกย่อง ข้าราชการ และส่วนราชการที่ถือปฏิบัติตามประมวล จริยธรรมนี้โดยเคร่งครัด เป็นต้น

2 ส่วนพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 นั้น โดยที่มาตรา 76 วรรคสาม ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้รัฐจัดทำมาตรฐานทางจริยธรรม เพื่อให้ หน่วยงานของรัฐใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวล จริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ ต่อมาจึงได้มีการตราเป็นพระราชบัญญัติมาตรฐาน ทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 โดยมีมุ่งหมายให้ใช้กับ เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของรัฐดังที่นิยามไว้ใน พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

โดยพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติสาระสำคัญไว้ ดังนี้

(1) กำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมกลาง 7 ประการ¹⁴ เพื่อเป็นหลักในการจัดทำประมวล จริยธรรมและข้อกำหนดทางจริยธรรมของหน่วยงาน ของรัฐ

(2) กำหนดให้มีคณะกรรมการมาตรฐาน ทางจริยธรรม (ก.ม.จ.) ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี หรือรองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการ พลเรือนที่ได้รับมอบหมาย เป็นรองประธานกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่ง 5 คน ได้แก่ ผู้แทนที่ได้รับ มอบหมายจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนใน สถาบันอุดมศึกษา คณะกรรมการข้าราชการครูและ บุคลากรทางการศึกษา คณะกรรมการข้าราชการ ตำรวจ คณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคล ส่วนท้องถิ่น และสภาทนายความ และคณะกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิที่นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกิน 5 คน เป็นกรรมการ¹⁵

¹⁴ มาตรา 5, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562

“มาตรฐานทางจริยธรรม คือ หลักเกณฑ์การประพฤติปฏิบัติอย่างมีคุณธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะต้องประกอบด้วย

(1) ยึดมั่นในสถาบันหลักของประเทศ อันได้แก่ ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอัน มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(2) ซื่อสัตย์สุจริต มีจิตสำนึกที่ดี และรับผิดชอบต่อหน้าที่

(3) กล้าตัดสินใจและกระทำในสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรม

(4) คิดถึงประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว และมีจิตสาธารณะ

(5) มุ่งผลสัมฤทธิ์ของงาน

(6) ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ

(7) ดำรงตนเป็นแบบอย่างที่ดีและรักษาภาพลักษณ์ของทางราชการ

มาตรฐานทางจริยธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้ใช้เป็นหลักสำคัญในการจัดทำประมวลจริยธรรมของหน่วยงานของรัฐที่จะกำหนด เป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เกี่ยวกับสภาพคุณงามความดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องยึดถือสำหรับการปฏิบัติงาน การตัดสินใจความถูกต้อง การปฏิบัติที่ควรกระทำหรือไม่ควรกระทำ ตลอดจนการดำรงตนในการกระทำความดีและละเว้นความชั่ว”

¹⁵ มาตรา 8, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562.

(3) หน้าที่และอำนาจของก.จ. เช่น กำหนดแนวทางหรือมาตรการในการขับเคลื่อน การดำเนินกระบวนการรักษาจริยธรรม รวมทั้งกลไกและการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้องค์กรกลางบริหารงานบุคคล หรือผู้บังคับบัญชานำไปใช้ในกระบวนการบริหารงานบุคคลอย่างเป็นรูปธรรม เป็นต้น¹⁶

(4) เรื่องการรักษาจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการ อาทิ กำหนดให้มีผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาจริยธรรมประจำหน่วยงานของรัฐ จัดให้มีมาตรการและกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อเสริมสร้างให้มีการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม สร้างเครือข่ายและประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชน เป็นต้น¹⁷

(5) มาตรการที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของรัฐ เช่น การบรรจุแต่งตั้ง เลื่อนเงินเดือน ย้ายหรือโอนข้าราชการให้ใช้พฤติกรรมทางจริยธรรมของผู้นั้นพิจารณาควบคู่กับความรู้ความสามารถ เป็นต้น¹⁸

(6) มีบทเฉพาะกาลให้ประมวลจริยธรรม กฎ ระเบียบ หรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้คงมีผลใช้บังคับได้ต่อ

ไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีการกำหนดประมวลจริยธรรมหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับจริยธรรมตามพระราชบัญญัติ นี้¹⁹

วิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประมวลจริยธรรมของข้าราชการพลเรือน

1. ประเด็นปัญหาว่า การฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมควรถือเป็นความผิดวินัยหรือไม่

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 279 วรรคสาม บัญญัติว่า “การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทาง จริยธรรม ตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางวินัย...” ประกอบกับประมวลจริยธรรมซึ่งออกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดสภาพบังคับกรณีมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมในข้อ 19 ว่า “เมื่อมีกรณีการฝ่าฝืนจริยธรรม ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งลงโทษทางวินัย ว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือหรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาตามที่เห็นสมควร” ในทางปฏิบัติทำให้ส่วนราชการเข้าใจไปว่า หากมีข้าราชการผู้ใดฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมของข้าราชการพลเรือนข้อใดข้อหนึ่งแล้ว ย่อมต้องมีการตั้งเรื่องกล่าวหาว่ามีมูลเป็นความผิดวินัย และต้องมีการสอบสวนทางวินัย โดยหัวหน้าส่วนราชการต้องดำเนินการตาม มาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551²⁰ สำหรับมูลกรณีเป็นความผิด

¹⁶ มาตรา 13, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562.

¹⁷ มาตรา 19, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562.

¹⁸ มาตรา 20, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562.

¹⁹ มาตรา 22, พระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562.

²⁰ มาตรา 92, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

“ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่ามีมูล ถ้าความผิดนั้นมิใช่เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และได้แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหาแล้วผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตาม มาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษตามควรแก่กรณีโดยไม่ต้องคณะกรรมการสอบสวนก็ได้.....”

วินัยอย่างร้ายแรงหรือมาตรา 93 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551²¹ สำหรับมูลกรณีเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ส่วนราชการจึงหันไปใช้วิธีการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แทนที่จะใช้กระบวนการตามประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนโดยผ่านทางกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมที่ส่วนราชการจัดตั้งขึ้นและรายงานผลให้คณะกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการนั้นพิจารณา นอกจากนั้น ยังมีข้อสังเกตว่า เป็นไปได้ว่าผู้ที่อยู่ในกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมอาจไม่มีผู้ชำนาญในเรื่องของการสอบสวนเท่าใดนัก ในทางปฏิบัติจึงปรากฏว่ามีการไปใช้กระบวนการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เสียเป็นส่วนใหญ่

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ควรทำความเข้าใจในเบื้องต้นถึงจุดมุ่งหมายของวินัยและจริยธรรมของข้าราชการ กล่าวคือ การที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนตั้งแต่ปี พ.ศ. 2471 จนถึงปัจจุบันบัญญัติเรื่องของวินัยข้าราชการไว้ในลักษณะที่ต้องกระทำและลักษณะที่ต้องห้ามมิให้กระทำไว้ในกฎหมาย นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ของงานราชการเป็นหลัก อาทิ ต้องอุทิศเวลาให้แก่ราชการ ต้องตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ราชการตามกฎหมาย กฎระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐบาล เป็นต้น ส่วนจริยธรรมนั้นเป็นแบบอย่างทางพฤติกรรมที่พึงปฏิบัติ เพื่อให้มีความดีงามทั้งจิตสำนึกและพฤติกรรมที่แสดงออก มิได้มุ่งแต่

เพียงผลสัมฤทธิ์ของงานเท่านั้น นอกจากนั้นแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็มีได้มีบทบัญญัติให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมเป็นความผิดวินัยเช่นที่เคยบัญญัติไว้ในมาตรา 279 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงทำให้เห็นได้ว่า เนื่องจากไทยสำหรับความผิดทางวินัยนั้น ได้แก่ ทัศนคติ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก หรือไล่ออก ซึ่งถือเป็นผลร้ายสำหรับผู้ถูกลงโทษ ดังนั้น หากจะถือว่าการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมเป็นความผิดวินัยก็คงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอย่างชัดเจน

แม้ในปัจจุบัน (ตุลาคม 2563) ยังคงใช้ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2552 ตามบทเฉพาะกาลมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 อยู่ จนกว่าจะมีการกำหนดประมวลจริยธรรมฉบับใหม่ตามพระราชบัญญัตินี้ แต่ก็ต้องใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนไม่ถือว่าเป็นความผิดวินัยทันที เว้นแต่พฤติกรรมที่ถูกกล่าวหาานั้นจะเข้าองค์ประกอบของความผิดวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

²¹ มาตรา 93, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

“ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่ากรณีมีมูลอันเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ในการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบพร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการเสร็จ ให้รายงานผลการสอบสวนและความเห็นต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57.....”

2. ประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา พ.ศ. 2552 มีข้อกำหนดบางประการที่ยังไม่มีความชัดเจน ซึ่งอาจแยกประเด็นปัญหาได้ดังนี้

2.1 ปัญหาเรื่องคุณสมบัติบางประการของกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการ ในข้อ 14 วรรคท้าย ที่กำหนดว่า “กรรมการจริยธรรมต้องไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย และเป็นผู้มีเกียรติ เป็นที่ยอมรับของส่วนราชการนั้น” พบว่ามีปัญหากรณีข้าราชการที่มีประวัติถูกลงโทษทางวินัยและได้รับการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 จะถือว่ามีความสมบัติในการสมัครเข้ารับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการหรือไม่²² เรื่องนี้จำเป็นต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยล้างมลทินแต่ละฉบับเป็นสำคัญ ซึ่งผลของการได้รับการล้างมลทินโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 634/2555 ความตอนหนึ่งว่า มีผลเป็นเพียงการล้างโทษเพื่อไม่ให้มีมลทินติดตัวต่อไป แต่การกระทำ

หรือความประพฤติที่เป็นเหตุให้ผู้นั้นถูกลงโทษดังกล่าวมิได้ถูกลบล้างไปด้วยตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539²³ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ข้าราชการผู้นี้จะได้รับการล้างโทษตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ ก็ตาม แต่ต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือพฤติกรรมที่เป็นเหตุให้มีการลงโทษทางวินัยดังกล่าวถือว่าเป็นที่ยอมรับของส่วนราชการนั้นหรือไม่ด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ดังนั้น ในการกำหนดคุณสมบัติของคณะกรรมการจริยธรรมควรใช้ถ้อยคำที่ชัดเจน โดยอาจปรับถ้อยคำว่า “ไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย” เป็น “ไม่เคยเป็นผู้ประพฤติดิล्लीน” เพื่อมิให้เกิดกรณีปัญหาเช่นที่กล่าวข้างต้น

2.2 ปัญหากรณีที่หัวหน้าส่วนราชการถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมเสียเอง ปรากฏเพียงข้อกำหนดในข้อ 3 วรรคสอง ว่า “ในกรณีที่หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้ฝ่าฝืนจริยธรรมต้องรายงานต่อปลัดกระทรวง หรือผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปของหัวหน้าส่วนราชการนั้นแล้วแต่กรณี และหรือคณะกรรมการจริยธรรม” ในข้อ 3 ของประมวลจริยธรรมดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดกระบวนการที่จะดำเนินการต่อหัวหน้าส่วนราชการนั้นต่อไปอย่างไร²⁴ ทำให้เป็นปัญหาในการปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น อธิบดีกรมหนึ่ง

²² หนังสือสำนักงาน ก.พ. ค่วนที่สุด ที่ นร 1019/82 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2563

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 694/2539 พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระชนมพรรษา 60 พรรษา พ.ศ. 2530 มาตรา 5 ตอนท้ายที่ระบุว่า โดยให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยถูกลงโทษหรือลงทัณฑ์ทางวินัยในกรณีนั้น ๆ ย่อมหมายความว่าผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยหาไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยเท่านั้น ส่วนความประพฤติหรือการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลนั้นถูกลงโทษทางวินัยหาได้ถูกลบล้างไปด้วยไม่ เพราะความประพฤติหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วไม่อาจล้างมลทินให้หมดไปได้ กรณีที่ดินมีคำสั่งลงโทษทางวินัยให้ปลดออกจากราชการฐานไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้ตนเองได้ประโยชน์ที่มิควรได้เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ และรายงานเท็จต่อผู้บังคับบัญชา พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระชนมพรรษา 60 พรรษา พ.ศ. 2530 มีผลเพียงให้ถือว่าโทษทางวินัยให้ปลดออกจากราชการเท่านั้น แต่การกระทำหรือความประพฤติของโทษที่ไม่ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่หรืออื่น ๆ ไม่ได้รับการล้างมลทินและเป็นการกระทำที่เป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 19 (7) ที่ว่าไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสีย

²⁴ หนังสือสำนักงานกฤษฎีกา ค่วนมาก ที่ นร 0102/485 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2563 เรื่อง ขอรื้อเรื่องการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน

ถูกข้าราชการในสังกัดร้องเรียนกล่าวหาว่าฝ่าฝืน
ประมวลจริยธรรมไปยังปลัดกระทรวง

จากกรณีตัวอย่างข้างต้นมีปัญหาว่า ปลัด
กระทรวงจะใช้วิธีการสืบสวนหาข้อเท็จจริงผ่าน
กระบวนการใด แนวทางแรก จะใช้กลุ่มงานคุ้มครอง
จริยธรรมประจำกระทรวงไปสืบสวนข้อเท็จจริง
ได้หรือไม่ แนวทางที่สอง จะให้กลุ่มงานคุ้มครอง
จริยธรรมประจำกรมสืบสวนข้อเท็จจริงแล้วรายงาน
ขึ้นไปยังปลัดกระทรวงได้หรือไม่ หรือจะเป็นแนวทาง
ที่สาม คือ ตั้งคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงขึ้นมา
อีกคณะหนึ่งโดยอาศัยอำนาจของปลัดกระทรวงเอง

สำหรับแนวทางแรกที่ว่า จะสามารถใช้
กลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมประจำกระทรวงสืบสวน
ข้อเท็จจริงกรณีอธิบดีถูกกล่าวหาว่ากระทำการฝ่าฝืน
จริยธรรมได้หรือไม่ นั้น เมื่อพิจารณาหน้าที่และ
อำนาจของกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมตามข้อ 17 (2)
ซึ่งกำหนดว่ามีหน้าที่และอำนาจ “สืบสวนข้อเท็จจริง
การฝ่าฝืนจริยธรรมเพื่อรายงานผลให้หัวหน้าส่วน
ราชการพิจารณา ทั้งนี้ โดยอาจมีผู้ร้องหรืออาจดำเนินการ
ตามที่หัวหน้าส่วนราชการมอบหมาย หรือตามที่
เห็นสมควรก็ได้” แล้ว ทำให้เห็นได้ว่า เจตนารมณ์
ของการกำหนดข้อ 17 ขึ้นมาเพื่อให้มีการค้นหา
ความจริงของเรื่องที่มีการร้องเรียนหรือกล่าวหา

ว่าข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดในส่วนราชการนั่นเอง
คือ ภายในกรมหรือหน่วยงานที่มีฐานะเทียบเท่ากรม
โดยผ่านกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมซึ่งมีข้าราชการ
ซึ่งดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้นขึ้นไป
เป็นหัวหน้ากลุ่ม ดังนั้น การจะให้กลุ่มงานคุ้มครอง
จริยธรรมประจำกรมเป็นหน่วยสืบสวนหาข้อเท็จ
จริงที่ร้องเรียนหรือกล่าวหาอธิบดีซึ่งเป็นหัวหน้า
ส่วนราชการ และท้ายสุดก็ต้องรายงานผลการ
สืบสวนข้อเท็จจริงนั้น ไปยังอธิบดีซึ่งเป็นผู้บังคับ
บัญชาที่ถูกกล่าวหาและถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย
โดยตรง จึงไม่ถูกต้องเหมาะสม และอาจทำให้การ
ออกคำสั่งทางปกครองต่อไปขัดกับหลักการของพระ
ราชบัญญัติวิธีปฏิบัติทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ
ที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 13²⁵

ส่วนแนวทางที่สอง หากปลัดกระทรวงจะ
ให้กลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมของกระทรวงเข้าไป
สืบสวนหาข้อเท็จจริงกับเรื่องร้องเรียนที่เกิดขึ้น
ในกรม ก็ไม่น่าจะกระทำได้เพราะกลุ่มงานคุ้มครอง
จริยธรรมประจำกระทรวงมีอำนาจหน้าที่ครอบคลุม
เพียงข้าราชการในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวง
(เทียบเท่ากรม) เท่านั้น ไม่มีอำนาจหน้าที่จะก้าวล่วง
ไปดำเนินการกับกรมใดกรมหนึ่งในสังกัดกระทรวง
นั้นได้

²⁵ มาตรา 13, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

“เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียง
ภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (4) เคยเป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้านายหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น **แนวทางที่สาม** น่าจะเป็นกระบวนการทางบริหารตามปกติที่ปลัดกระทรวงสามารถที่จะใช้อำนาจในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการของส่วนราชการในสังกัดกระทรวงตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินสั่งให้มีการสืบสวนข้าราชการในสังกัดกระทรวงของตนได้อยู่แล้ว ซึ่งหากปลัดกระทรวงพิจารณาผลการสืบสวนข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าอธิบดีกระทำการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมจริงก็อาจใช้อำนาจตามข้อ 19 ว่ากล่าวตักเตือน หรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาตามที่เห็นสมควร แต่ถ้าปลัดกระทรวงเห็นว่า มีมูลเป็นความผิดวินัย ก็ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 92 หรือ มาตรา 93 ต่อไป

2.3 ปัญหาเรื่องสภาพบังคับของการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรม จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า มาตรา 279 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติให้การฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมเป็นการกระทำผิดวินัย และข้อ 19 ของประมวลจริยธรรมกลับบัญญัติสภาพบังคับว่า “เมื่อมีการฝ่าฝืนจริยธรรม ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งลงโทษทางวินัย ว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือหรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาตามที่เห็นสมควร”

จะเห็นได้ว่าการสั่งให้ได้รับการพัฒนานั้น มิใช่โทษหรือวิธีการดำเนินการทางวินัยแต่อย่างใด การบัญญัติสภาพบังคับที่ปะปนกันเช่นนี้ ทำให้ผู้ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมเกิดความสับสนเกี่ยวกับสภาพบังคับที่แท้จริงและถูกต้องเหมาะสมกรณีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมเป็นอย่างไร

อย่างไรก็ดี โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน มิได้มีบทบัญญัติให้ถือว่าการฝ่าฝืนจริยธรรมเป็นความผิดวินัย เช่นที่เคยมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 279 วรรคสาม ประกอบกับปัจจุบันเมื่อมีพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 76 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรมหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม โดยมาตรา 20 บัญญัติความว่า “ให้องค์กรกลางบริหารงานบุคคลแต่ละประเภท.....กำหนด.....มาตรการที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของรัฐซึ่งมีพฤติกรรมที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรมหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรม โดยอาจกำหนดมาตรการเพื่อใช้ในการบริหารงานบุคคลตามกฎหมาย ว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภะนั้น” ทำให้เห็นว่า คำว่า “มาตรการเพื่อใช้ในการบริหารงานบุคคล” นั้น น่าจะหมายถึง มาตรการในทางการบริหาร เช่น ว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือ หรือสั่งให้ได้รับการฝึกอบรมหรือพัฒนา ซึ่งมีใช้มาตรการทางวินัย ดังนั้น ในการที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ซึ่งเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคล ประเภข้าราชการพลเรือนสามัญจะออกประมวลจริยธรรมตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการมาตรฐานทางจริยธรรม (ก.ม.จ.) กำหนดตามมาตรา 14 นั้น จึงควรพิจารณากำหนดมาตรการบังคับแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรมหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมให้ชัดเจนว่า ให้ใช้มาตรการทางบริหาร ซึ่งมีใช้มาตรการทางวินัย เนื่องจากรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้มีบทบัญญัติให้การฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรมหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมเป็นความผิดวินัยแต่อย่างใด ทั้งนี้ ได้เคยมีการตอบข้อหารือของสำนักงาน ก.พ. ต่อกระทรวงการพลังงาน เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2561 ความตอนหนึ่งว่า หากปลัดกระทรวงพลังงานเห็นว่าผู้ฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมก็สามารถกล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือ หรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาได้ตามที่เห็นสมควรตามนัยข้อ 19 ของประมวลจริยธรรม แต่ไม่ถือเป็นความผิดวินัย เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมเป็นการกระทำความผิดวินัย แต่อย่างไรก็ตาม หากพฤติการณ์การฝ่าฝืนจริยธรรมดังกล่าว มีลักษณะเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดวินัย ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจก็สามารถดำเนินการทางวินัยแก่ผู้นั้นตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้²⁶

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากประเด็นปัญหาเกี่ยวกับจริยธรรมของข้าราชการพลเรือนสามัญที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น กล่าวคือ ปัญหาที่ว่าควรกำหนดให้การฝ่าฝืนจริยธรรมเป็นความผิดวินัยหรือไม่ก็ดี ปัญหาคุณสมบัติบางประการของคณะกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการก็ดี ปัญหาการดำเนินการกรณีหัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้ฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมที่

ไม่ชัดเจนก็ดี หรือปัญหาเรื่องมาตรการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมที่ยัง

สับสนอยู่ก็ดี ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จำเป็นต้องได้รับการปรับแก้ไขในประมวลจริยธรรมฉบับใหม่ที่จะออกตามพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 โดยการกำหนดให้ชัดเจนว่าการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมไม่ถือเป็นความผิดวินัย นอกจากนี้ควรแก้ไขเรื่องคุณสมบัติบางประการของกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการ ตลอดจนมีขั้นตอนการดำเนินการกับหัวหน้าส่วนราชการที่ฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมที่ชัดเจน และกำหนดมาตรการการบังคับทางการบริหารงานบุคคลที่มีมาตรการทางวินัยไว้ในประมวลจริยธรรมฉบับใหม่ด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

ประการแรก หากมีการกำหนดประมวลจริยธรรมตามพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ขึ้นใหม่ ควรจะมีข้อกำหนดให้ชัดเจนในประมวลจริยธรรมว่า การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในประมวลจริยธรรมไม่ถือว่าเป็นความผิดวินัย จะทำให้ผู้ปฏิบัติงานไม่ว่าผู้ที่เป็นผู้บังคับบัญชา ผู้ได้บังคับบัญชา กลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรม หรือคณะกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการไม่สับสนกับการดำเนินการตามประมวลจริยธรรมต่อไป

ประการที่สอง การบัญญัติข้อกำหนดทางจริยธรรมไม่ควรมีมากเกินไปจนทำให้ข้าราชการไม่กล้าที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการอย่างที่ควรจะเป็น จะเห็นได้ว่าประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน (พ.ศ. 2552) มีข้อกำหนดทางจริยธรรมไม่น้อยกว่า 36 ข้อ ซึ่งเป็นจำนวนมากพอ ๆ กับฐานความผิดทาง

²⁶ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ถัด ค่วนมาก ที่ นร 1019/ล. 1234 ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2561

วินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 การที่มีพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 กำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม กลางไว้ในข้อ 5 รวม 7 ประการ และบัญญัติให้การกำหนดประมวลจริยธรรมขององค์กรกลางบริหารงานบุคคลต้องมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่านี้ ดังนั้น การบัญญัติประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนฉบับใหม่ที่จะเกิดขึ้นจึงอาจมีข้อกำหนดทางจริยธรรมไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรม 7 ประการดังกล่าว และอาจมีข้อกำหนดทางจริยธรรมเพิ่มเติมด้วยก็ได้ แต่ทั้งนี้ ควรกำหนดเท่าที่จำเป็น และสมควรเพียงพอให้เหมาะสมแก่ภารกิจที่มีลักษณะเฉพาะของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น

ประการที่สาม ในการจัดทำประมวลจริยธรรมขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 ควรมีข้อกำหนดชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้ คือ แกไขคุณสมบัติบางประการของกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการ โดยเปลี่ยนข้อความว่า “ต้องไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย” เป็นข้อความว่า “ต้องไม่เป็นผู้ประพฤติผิดวินัย” กำหนดกระบวนการดำเนินการกรณีหัวหน้าส่วนราชการถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนประมวลจริยธรรม และมีการรายงานปลัดกระทรวงหรือผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปว่าจะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไร อีกทั้ง

กำหนดมาตรการบังคับแก่ผู้ฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรมหรือไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมให้ชัดเจน โดยใช้มาตรการในทางการบริหารซึ่งมิใช่มาตรการทางวินัย เว้นแต่พฤติการณ์ของผู้นั้นจะเข้าองค์ประกอบความผิดวินัย

ประการสุดท้าย การเสริมสร้างให้ข้าราชการพลเรือนสามัญจิตสำนึกในเรื่องของจริยธรรม นั้น ศาสตราจารย์ธานีทร กรีวิเชียร ท่านให้ความเห็นเกี่ยวกับการสร้างจิตสำนึกด้านคุณธรรมจริยธรรมในสังคมไทยว่าต้องดำเนินการใน 2 ลักษณะ คือ การ “ปลูก” และการ “ปลุก” คำว่า “ปลูก” นั้น คงต้องใช้กับเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นเสมือนผ้าขาวสามารถจะปลูกฝัง ส่วนคำว่า “ปลุก” นั้น คงต้องใช้กับผู้ใหญ่ซึ่งบางครั้งหลงลืมหรือเลยในการนำจริยธรรมมาใช้ในชีวิตการทำงานและชีวิตประจำวัน²⁷ ดังนั้น ส่วนราชการต่าง ๆ ควรจัดให้มีโครงการปลูกจิตสำนึกให้ข้าราชการมีคุณธรรมจริยธรรมตามพระราชบัญญัติมาตรฐานทางจริยธรรม พ.ศ. 2562 เป็นระยะ ๆ อย่างต่อเนื่อง และถือเป็นตัวชี้วัดในกระบวนการบริหาร บรรลุแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน การให้บำเหน็จความชอบต่าง ๆ ตามมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551²⁸

²⁷ ธานีทร กรีวิเชียร, *คุณธรรมและจริยธรรมของผู้บริหาร*, สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, กรุงเทพมหานคร, 2550 หน้า 10 – 13 อ้างโดย กิตติยา ไสภณโกไทย, “คุณธรรม” “จริยธรรม” และการดำรงอยู่กับสังคมประชาธิปไตย (ความหมาย และแนวคิดเชิงทฤษฎี) (2553) 3 : 2 วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน 113.

²⁸ มาตรา 74, *พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551*

“ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดประพฤติตนอยู่ในจรรยาและระเบียบวินัยและปฏิบัติราชการอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ ให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาเลื่อนเงินเดือนให้ตามควรแก่กรณีที่กำหนดในกฎ ก.พ. และจะให้บำเหน็จความชอบอย่างอื่นซึ่งอาจเป็นคำชมเชย เครื่องเชิดชูเกียรติ หรือรางวัลด้วยก็ได้”

บรรณานุกรม

กิตติยา ไสภณโกไคย, “คุณธรรม” “จริยธรรม” และการดำรงอยู่กับสังคมประชาธิปไตย (ความหมายและแนวคิด
เชิงทฤษฎี (2553) 3:2 วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน.

ชัยพร วิชชาวุธ และธีระพร อุวรรณโณ, แนวคิดและการพัฒนาการใหม่ในการปลูกฝังจริยธรรมในรวมบทความ
เกี่ยวกับคุณธรรมจริยธรรมและการศึกษา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์
ครั้งที่ 3, 2554).

ธานินทร์ กรัวยิเชียร, คุณธรรมและจริยธรรมของผู้บริหาร, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการ
พลเรือน, 2550).

นิเวศน์ วงศ์สุวรรณ, จริยศาสตร์, (กรุงเทพฯ: ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ, 2550).

ราชวดี บุญศิลป์, จริยธรรมในการทำงานของบุคลากรสายสนับสนุน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (สังคมสงเคราะห์
ศาสตรมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).

ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สำนักงาน ก.พ., “เอกสารประกอบการสัมมนาวิทยากรตัวคูณ เพื่อการเป็นที่ปรึกษาการ
จัดทำประมวลจริยธรรมและข้อกำหนดจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ” (นำเสนอที่สัมมนาวิทยากร
ตัวคูณเพื่อการเป็นที่ปรึกษาการจัดทำประมวลจริยธรรมและข้อกำหนดจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่
ของรัฐ ห้องประชุม 3 ชั้น 9 อาคารสำนักงาน ก.พ., ระหว่างวันที่ 6-7 สิงหาคม 2563).





มาตรการทางกฎหมายและบทบาทของหน่วยงานรัฐ
ที่มีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและปราบปราม
การฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย
Legal measures and the role of governmental agencies regulating
insurance business in anti-money laundering and combating the
financing of terrorism

สิงห์พล พลสิงห์*

บทคัดย่อ

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2556 ได้มีการเปลี่ยนการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) จากเดิมที่เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) มาเป็นสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) แต่ยังไม่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและบทบาทในการกำกับดูแลระหว่างหน่วยงานที่ชัดเจน ทำให้การกำกับดูแลไม่เป็นเอกภาพและไม่มีประสิทธิภาพจากการศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสิงคโปร์ มาตรฐานสากลตามคำแนะนำของคณะทำงานเฉพาะกิจด้านการฟอกเงิน (FATF) และมาตรฐานการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยข้อ 22 (ICP) ได้นำไปสู่แนวทางการพัฒนาการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยเป็น 2 ด้าน คือ มาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยและบทบาทของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยตามหลักบริหารจัดการตามความเสี่ยง (Risk-based Approach) ซึ่งใช้เป็นแนวทางให้หน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลและหน่วยงานเอกชนในภาคธุรกิจประกันภัยสามารถนำไปใช้ในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายให้เกิดประสิทธิภาพต่อไป

คำสำคัญ : การกำกับดูแลธุรกิจประกันภัย การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน
การต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย

* นักศึกษาหลักสูตรปริญญาคุณวุฒิบัณฑิต สาขาวิชาบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

Insurance business regulating for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT) has been changed since 2013. Previously, it was the authority of the Office of Insurance Commission (OIC) to become the authority of the Anti-Money Laundering Office (AMLO), but there is still no clear legal measure and supervision role between departments causing supervision not to be unified and ineffective. From the study, analysis of the problems and regulatory guidelines of the United States, Australia, Singapore, International standards as Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering and Insurance Core Principle No. 22 have led to the development and supervision of the insurance business in two areas, namely legal measures oversee the insurance business and the role of government agencies responsible for overseeing the insurance business according to the Risk-based Approach, which is used as a guideline for government agencies the responsible regulatory agencies and in the private insurance sector can be used in the prevention and suppression of money laundering and combating the financing of terrorism to achieve efficiency.

Key words: Keywords : Insurance Business Regulating, Anti-Money Laundering, Combating the Financing of Terrorism.

บทนำ

ปัจจุบัน กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายมีความสำคัญอย่างมากและเป็นอาชญากรรมที่ภาครัฐให้ความสำคัญ¹ เนื่องจากผู้ประกอบอาชญากรรมบางประเภทมุ่งหมายในตัวเงินหรือทรัพย์สิน จึงนำเงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดมาเข้าสู่กระบวนการฟอกเงิน เพื่อปิดบังแหล่งที่มาและเพื่อนำเงินหรือทรัพย์สินนั้นไปใช้ในการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่ง

ทำให้ยากแก่การปราบปรามการกระทำความผิดจากความสำคัญดังกล่าว ทำให้ประเทศไทยได้มีการออกกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง พ.ศ. 2559 และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับเพื่อการนี้

¹ ปิณณวิช ทัทภวิมล, “มาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการทุจริต” (2561) 8:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 32, 83.

การฟอกเงิน (Money Laundering) เป็น การทำให้เงินที่ได้มาโดยการกระทำที่มีขอบด้วย กฎหมายหรือได้มาโดยไม่สุจริตกลายเป็น เหมือนเงินที่ได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่อาจ พิสูจน์ได้ว่าเป็นเงินที่ได้มาโดยทุจริตหรืออาจกล่าว อีกนัยหนึ่งว่า คือการทำเงินสกปรกให้เป็นเงินสะอาด นั้นเอง² กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอก เงินนั้น ได้นำแนวคิดซึ่งกล่าวไว้ในทฤษฎีการสมคบ กัน (Conspiracy Theory) ทฤษฎีการช่วยเหลือและ สนับสนุน (Aiding and Abetting Theory) มาใช้ในการ กำหนดให้การฟอกเงินเป็นความผิดทางอาญา และถือว่าการฟอกเงินเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ และทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินการกับทรัพย์สินตามกฎหมายฟอกเงิน อีกทั้งยังได้นำแนวคิดทฤษฎีที่มา จากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการ ลักลอบค้ายาเสพติดและวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและ ประสาท 1988 (Vienna Convention 1988) อนุสัญญา สหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์การ ค.ศ. 2000 (Palermo Convention 2000) มติคณะมนตรีความมั่นคง แห่งสหประชาชาติที่ 1267, 1373, 1617 และ มติคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติที่ 2231 มาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการทาง กฎหมายและการกำกับดูแลสถาบันการเงินรวมถึง ภาคธุรกิจประกันภัยด้วย

มาตรฐานสากลในการป้องกันและปราบ ปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุน ทางการเงินแก่การก่อการร้ายในธุรกิจประกันภัย ได้ระบุถึงการกำกับดูแลภาคธุรกิจประกันภัยไว้

ตามข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนิน มาตรการทางการเงินเกี่ยวกับการฟอกเงิน (The FATF Recommendations) มาตรฐานการกำกับดูแลธุรกิจ ประกันภัย (Insurance Core Principles: ICP) และ แนวทางสำหรับวิธีการจัดการตามความเสี่ยงใน ธุรกิจประกันชีวิตซึ่งเป็นการกำหนดมาตรการทาง กฎหมายและบทบาทของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่ กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและ ปราบปรามการฟอกเงินและการสนับสนุนทาง การเงินแก่การก่อการร้าย โดยกำหนดให้หน่วยงาน กำกับดูแลต้องให้ผู้รับประกันภัยและคนกลาง ประกันภัยดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิภาพใน การป้องกัน ตรวจสอบและรายงานการฟอกเงินและ การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย

สำหรับธุรกิจประกันภัยนั้น กฎหมายป้องกัน และปราบปรามการฟอกเงินนิยามคำว่า “สถาบัน การเงิน” ให้หมายถึง บริษัทประกันชีวิตตาม กฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต บริษัทประกัน วินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย³ ดังนั้น ธุรกิจประกันภัย จึงเป็น “สถาบันการเงิน” ตามความหมายของกฎหมายป้องกันและปราบปราม ฟอกเงิน ภาคธุรกิจประกันภัยจึงต้องปฏิบัติตาม กฎหมายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด สำหรับการกำกับ ดูแลธุรกิจประกันภัยให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ฟอกเงินนั้น ในอดีตสำนักงานคณะกรรมการกำกับ และส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) เป็นผู้กำกับดูแล แต่เนื่องจากปัญหาด้านจำนวน บุคลากร ความรู้ความสามารถ ความเข้าใจในกฎหมาย ทำให้เมื่อปี พ.ศ. 2556 เป็นต้นมา สำนักงาน ปปง. จึงได้เข้ามากำกับดูแลด้วยตนเอง

² ไชยศ เหมะรัชตะ, “กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน” (2539) 16:2 วารสารกฎหมาย 8.8.

³ มาตรา 3 (4), พระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542.

หลังจากที่สำนักงาน ปปง. เข้ามากำกับดูแล ก็ยังไม่มีกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจน และการกำหนดบทบาทในการกำกับดูแลระหว่าง สำนักงาน ปปง. และสำนักงาน คปภ. อย่างบูรณาการ ทำให้การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายในธุรกิจประกันภัยยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ดังนั้น ถ้ามีการกำหนดบทบาทหน้าที่และมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแล โดยกำหนดให้มีความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน มีความเข้าใจระหว่างภาครัฐ ภาคเอกชนและความเข้าใจในลักษณะงานที่แตกต่างระหว่างธุรกิจประกันภัยกับธุรกิจของสถาบันการเงินอื่นจะทำให้การปฏิบัติงานเป็นเอกภาพ สอดคล้องกับความเสี่ยงและการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายในภาคธุรกิจประกันภัยมีประสิทธิภาพ

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) เพื่อศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมที่รวดเร็ว ที่มีผลต่อการแก้ไขกฎหมายและกฎเกณฑ์ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมธุรกิจประกันภัย (คปภ.)

2) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจประกันภัยของประเทศไทย ของต่างประเทศและมาตรฐานสากล

3) เพื่อศึกษาบทบาทของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) บทบาทของ

สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมธุรกิจประกันภัย (คปภ.) บทบาทของภาคธุรกิจและความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศ

4) จัดทำข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับ นำมาปรับปรุง แก้ไขและพัฒนามาตรการทางกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลให้มีประสิทธิภาพตาม มาตรฐานสากลและเหมาะสมกับความเสี่ยงของภาคธุรกิจประกันภัย

สมมติฐานของการศึกษา

การกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยเพื่อการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายโดย สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมธุรกิจประกันภัย (คปภ.) ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเหมาะสมกับความเสี่ยงของธุรกิจประกันภัยและยังไม่มีกำหนดบทบาทหน้าที่ความร่วมมือและการทำงานร่วมกันอย่างบูรณาการ ดังนั้น ถ้ามีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและบทบาทของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยให้เหมาะสมกับความเสี่ยงมีโครงสร้าง มีกระบวนการในการทำงานอย่างบูรณาการที่ชัดเจน รวมถึง การให้ภาคธุรกิจมีส่วนในการกำกับดูแลตนเอง จะทำให้มาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายมีประสิทธิภาพ โดยไม่ก่อให้เกิดภาระกับภาคธุรกิจมากเกินไป

ขอบเขตการศึกษา

1) ศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีแนวคิด กฎเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และสิงคโปร์ ในการกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย

2) ศึกษาสาระสำคัญของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน กฎหมายป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย แนวคิดและวิวัฒนาการของกฎหมายดังกล่าวในประเทศไทย

3) ศึกษาสาระสำคัญของกฎหมายประกันภัย แนวคิดและวิวัฒนาการของกฎหมายประกันภัยในประเทศไทย และมาตรการทางกฎหมายสำหรับธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย

4) ศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทำให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมที่รวดเร็ว ที่มีผลต่อการแก้ไขกฎหมายและกฎเกณฑ์ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมธุรกิจประกันภัย (คปภ.)

2) ทำให้สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับธุรกิจประกันภัยของไทย ของต่างประเทศและมาตรฐานสากล โดยที่ภาคธุรกิจประกันภัยยังสามารถดำเนินธุรกิจได้คล่องตัว ไม่ก่อให้เกิดภาระกับภาคธุรกิจมากเกินไป

3) ทำให้สามารถกำหนดบทบาทของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ปปง.) สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมธุรกิจประกันภัย (คปภ.) และภาคธุรกิจประกันภัยความร่วมมือระหว่างหน่วยงานโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศ

4) ทำให้สามารถวิเคราะห์หาข้อเสนอแนะและแนวทางสำหรับนำมาปรับปรุง แก้ไข พัฒนาหรือการปรับใช้กฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้องในส่วนที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลให้มีประสิทธิภาพตามมาตรฐานสากลและเหมาะสมกับความเสี่ยงของภาคธุรกิจประกันภัย

วิธีการดำเนินงานวิจัย

มีการศึกษาวิจัยแบบผสมผสานระหว่างการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยมีกระบวนการและแนวทางการจัดเก็บข้อมูล การศึกษาค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลที่เป็นเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตำรา บทความ บทความวารสาร งานวิจัย คำพิพากษาของศาล รวมทั้งข้อมูลที่ค้นคว้าจากอินเทอร์เน็ตโดยนำข้อมูลมาวิเคราะห์จัดทำบทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผลการวิจัย

ปัญหาตามมาตรการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า เนื่องจากประเทศไทยกำหนดให้ภาคธุรกิจประกันภัยจะต้องตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าทุกกรณีเหมือนกับสถาบันการเงินอื่น ทั้ง ๆ ที่ผลิตภัณฑ์ประกันภัยมีความเสี่ยงในการฟอกเงินต่ำ ซึ่งแตกต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สิงคโปร์และตามมาตรฐานสากล FATF recommendation จะนำมาตรการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (Customer Due Diligence: CDD) มาใช้เฉพาะกรรมธรรม์ประกันชีวิตและกรรมธรรม์ประกันชีวิตควบการลงทุนเท่านั้น แต่จะไม่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้กับประกันวินาศภัย แต่เมื่อประเทศไทยได้กำหนดเช่นนั้นไว้จึงส่งผลให้เป็นภาระกับภาคธุรกิจมากเกินไป ดังนั้น ถ้ามีการแก้ไขกฎหมายโดยแบ่งลูกค้าเป็น 2 ประเภท ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการตามความเสี่ยง (Risk-based Approach: RBA) โดยให้ใช้มาตรการที่เข้มข้นกับลูกค้าและผลิตภัณฑ์ที่มีความเสี่ยงสูงและให้ใช้มาตรการที่เบาลงกับลูกค้าและผลิตภัณฑ์ที่มีความเสี่ยงต่ำ ซึ่งแบ่งเป็น “ลูกค้าที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ” หมายถึง ลูกค้าที่สร้างความสัมพันธ์ทางธุรกิจโดยมีระยะเวลามากกว่า 1 ปีขึ้นไป ให้นำมาตรการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (CDD) แบบเต็มรูปแบบมาใช้กับลูกค้าที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ ส่วนอีกประเภทหนึ่งคือ “ลูกค้าที่ทำธุรกรรมเป็นครั้งคราว” หมายถึง ลูกค้าที่ไม่ใช่ลูกค้าที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจ แต่ทำธุรกรรมเป็นครั้งคราวซึ่งมีระยะไม่เกิน 1 ปี และต้องเป็นการ

ทำธุรกรรมหรือทำนิติกรรมสัญญากับผลิตภัณฑ์ประกันภัยที่ไม่มีมูลค่าเงินสด (Cash value) ให้ยกเว้นมาตรการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (CDD) ลง คงเหลือแต่การทำความรู้จักลูกค้า (KYC) การระบุตัวตนลูกค้าและการตรวจสอบว่าเป็นบุคคลที่ถูกกำหนด (UN Sanction List และ Thailand list) ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่ก่อการร้าย ก่อนมีการจ่ายเงินผลประโยชน์ตามกฎหมายกรรมธรรม์ประกันภัยเท่านั้นจะทำให้ลดภาระของภาคธุรกิจประกันภัยลงได้ แต่ประสิทธิภาพยังคงเดิม

ปัญหาตามมาตรการเก็บรักษาเอกสารหลักฐานของลูกค้า เนื่องจากประเทศไทยกำหนดระยะเวลาเก็บรักษาเอกสารเกี่ยวกับการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า 10 ปี นับแต่วันที่มีการปิดบัญชีหรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้า ซึ่งเป็นระยะเวลายาวนานทำให้เกิดภาระแก่ภาคธุรกิจมากเกินไป ซึ่งในส่วนนี้แตกต่างจากมาตรฐานสากล FATF recommendation กำหนดให้การเก็บรักษารายละเอียดเกี่ยวกับการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้าไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์กำหนดไว้ 5 ปี ตามมาตรฐานสากล และสำหรับประเทศออสเตรเลีย กำหนดไว้ 7 ปี ดังนั้น ถ้ามีการแก้ไขกฎหมายให้การเก็บรักษาข้อมูลหลักฐานของสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัยตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ให้ลดลงเหลือเพียง 5 ปี นับแต่วันที่มีการปิดบัญชีหรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้า แต่ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับอายุความในคดีแพ่งซึ่งกำหนดไว้ 10 ปี จึงอาจ

กำหนดให้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องการพยานหลักฐานจากสถาบันการเงิน เพื่อใช้ในการดำเนินคดีกับทรัพย์สินตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ในกรณีนี้ อาจเสนอให้เลขาธิการ ป.ป.ช.ขยายระยะเวลาในการเก็บรักษาเอกสารเพิ่มอีก 5 ปี รวมเป็น 10 ปี หรือขยายระยะเวลา 2 ครั้ง รวมเป็น 15 ปี เป็นรายคดีไป ก็จะทำได้ลดภาระของภาคธุรกิจประกันภัยลงได้ แต่ประสิทธิภาพยังคงเดิม

ปัญหาด้านการควบคุมภายใน เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้มีการคัดเลือกบุคลากรของสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัยในการเข้ามาทำงาน ซึ่งอาจจะล่วงรู้ข้อมูลในการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย อีกทั้งในส่วนของระบบการควบคุมภายใน ปัจจุบันก็ยังไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในการควบคุมการปฏิบัติงานที่ชัดเจน ไม่มีการกำหนดความเป็นอิสระในการทำงานของฝ่ายที่มีหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติงานให้สามารถทำงานโดยอิสระ รวมถึงในแง่สายบังคับบัญชาที่ไม่สามารถรายงานข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงานที่ผิดกฎหมายต่อสำนักงาน ป.ป.ช. ได้โดยตรง ดังนั้น ควรกำหนดให้มีมาตรการในการตรวจสอบสมบัติของบุคลากรของสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัยก่อนรับเข้ามาทำงานโดยกำหนดให้มีการตรวจประวัติอาชญากรรม ตรวจประวัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินและความผิดมูลฐาน เป็นต้นและในการควบคุมภายในของสถาบันการเงินรวมถึงธุรกิจประกันภัย ควรกำหนดตามหลักการบริหารจัดการ

ความเสี่ยงในภาพรวมขององค์กร ซึ่งแบ่งความรับผิดชอบเป็น 3 ระดับ (Three Lines of Defense Model) ดังนี้ ผู้รับผิดชอบระดับแรก คือ หน่วยงานปฏิบัติการในสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัย (Business Unit) ที่มีหน้าที่ดูแลงานของตัวเองให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และกฎหมาย ผู้รับผิดชอบระดับที่สอง คือ ฝ่ายกำกับดูแลการปฏิบัติงาน (Compliance) และฝ่ายบริหารความเสี่ยง (Risk management) ผู้รับผิดชอบระดับที่สาม คือ ฝ่ายตรวจสอบภายใน (Internal Audit) ซึ่งผู้รับผิดชอบระดับที่สองและผู้รับผิดชอบระดับที่สามมีความสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมภายใน (Internal control) เนื่องจากเป็นหน่วยงานภายในภาคธุรกิจประกันภัยที่เกี่ยวข้องและมีความสำคัญในการควบคุมการปฏิบัติงานให้ถูกต้องตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและกฎหมายต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย นอกจากนี้ ให้มีการกำหนดในกฎหมายโดยระบุถึงอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานและให้เป็นหน่วยงานที่มีความเป็นอิสระโดยโครงสร้างการทำงานขึ้นตรงต่อคณะกรรมการบริษัทหรือคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทประกันภัย และหากพบว่าสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยปฏิบัติงานไม่ถูกต้องตามกฎหมายของสำนักงาน ป.ป.ช. ให้สามารถรายงานต่อสำนักงาน ป.ป.ช. ได้โดยตรง ทั้งนี้ ต้องมีกฎหมายคุ้มครองการทำงานที่มีความเป็นอิสระโดยมีการคุ้มครองไม่ให้ถูกกลั่นแกล้งในเรื่องการพิจารณาความดีความชอบการพิจารณาเงินเดือนและค่าตอบแทนหรือการลงโทษ รวมถึงการให้ออกจากงานด้วย

ปัญหาตามมาตรการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย เนื่องจากนิยามคำว่า “ธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย” ไม่สามารถใช้ในการวิเคราะห์ธุรกรรมในภาคธุรกิจประกันภัยได้อย่างชัดเจน ทำให้การส่งรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยของภาคธุรกิจประกันภัยต่อสำนักงาน ปปง. มีการตีความได้หลากหลายรูปแบบ ทำให้เกิดปัญหาด้านประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยต่อสำนักงาน ปปง. ดังนั้น ควรปรับปรุงแก้ไขนิยามธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยสำหรับธุรกิจประกันภัยเป็นการเฉพาะ โดยกำหนดนิยามในกฎหมายระดับอนุบัญญัติหรือแนวทางการปฏิบัติงาน ซึ่งตามข้อบังคับของสมาคมผู้กำกับดูแลธุรกิจประกันภัยนานาชาติ (IAIS: International Association of Insurance Supervisors) ได้นิยามถึงสิ่งที่สามารถบอกลักษณะของการฟอกเงินและการทำธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับการประกันภัยให้มีความชัดเจนมากขึ้นเช่น การสมัครทำกรมธรรม์ประกันภัยในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามปกติของทางธุรกิจหรือลูกค้ายอมรับเงื่อนไขกรมธรรม์ประกันชีวิตที่ไม่เอื้ออำนวยกับตัวลูกค้าหรือลูกค้าเสียเปรียบอย่างมาก เป็นต้น

ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (สำนักงาน ปปง.) เนื่องจากตามกฎหมายในปัจจุบันยังไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้สำนักงาน ปปง. มีอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นหน่วยงานกำกับดูแลและการทำหน้าที่เป็นหน่วยข่าวกรองทางการเงิน (Financial Intelligence Unit: FIU) อย่างชัดเจน ส่งผลให้พันธกิจของสำนักงาน ปปง. มุ่งเน้นไปที่การดำเนินการกับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับ

การกระทำความผิดมูลฐานและการดำเนินคดีอาญาด้านฟอกเงินมากกว่าการดำเนินการตามมาตรการในเชิงการป้องกันการฟอกเงินที่มุ่งเน้นกระบวนการกำกับดูแลสถาบันการเงินรวมถึงธุรกิจประกันภัยให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) ทำหน้าที่ดำเนินการและบริหารจัดการตามพระราชบัญญัติความลับทางธนาคาร (BSA) และมีอำนาจในการตรวจสอบสถาบันการเงินทั้งหมดและเป็นหน่วยงานข่าวกรองทางการเงินรับผิดชอบการเก็บรักษา ประมวลผล จัดเก็บ วิเคราะห์และเผยแพร่ข้อมูลทางการเงิน ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียกำหนดให้ Australian Transaction Reports and Analysis Centre (AUSTRAC) รับผิดชอบในการส่งเสริมการปฏิบัติตามกฎหมายกฎระเบียบด้านการป้องกันการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) โดยมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่จำเป็นเพื่อการกำกับดูแลสถาบันการเงินและเป็นหน่วยงานข่าวกรองทางการเงินมีหน้าที่เก็บรักษา เรียบเรียง วิเคราะห์และเผยแพร่ข้อมูล โดยเป็นหน่วยงานกลางในการรับข้อมูลต่าง ๆ รวมถึงรายงานข้อมูลที่น่าสงสัย (SMRs) และรายงานธุรกรรมเงินสดจากสถาบันการเงิน ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์ กำหนดให้ Monetary Authority of Singapore (MAS) ซึ่งเป็นผู้ควบคุมภาคการเงินทั้งหมด รวมถึงการกำกับดูแลสถาบันการเงินด้านการป้องกันการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) อย่างชัดเจนและกำหนดให้ Suspicious Transaction Reporting Office (STRO) เป็นหน่วยงานข่าวกรองทางการเงิน (FIU) ของสิงคโปร์

มีความรับผิดชอบในการรับวิเคราะห์และเผยแพร่ข้อมูล ซึ่งประกอบด้วย รายงานทุกประเภทที่สถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัยต้องรายงาน นอกจากนั้น หากพิจารณาตามมาตรฐานสากล FATF recommendation ข้อ 26 กำหนดให้แต่ละประเทศควรดำเนินการให้มั่นใจว่าสถาบันการเงินต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลอย่างเพียงพอ ในขณะที่ Insurance Core Principle (ICP) กำหนดให้หน่วยงานที่กำกับดูแล (Supervisor) ควรเป็นหน่วยงานอิสระที่มีความน่าเชื่อถือ มีความโปร่งใส มีมาตรฐาน โครงสร้าง การปกครองของหน่วยงานที่ความชัดเจนและมีความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานที่กำกับดูแลและหน่วยงานด้านกฎหมายที่ดี ดังนั้นควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สำนักงาน ปปง. มีอำนาจหน้าที่ โดยกำหนดให้สำนักงาน ปปง. เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัย และอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นหน่วยข่าวกรองทางการเงิน (Financial Intelligence Unit: FIU) ของประเทศไทย

ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทของสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมธุรกิจประกันภัย (คปภ.) สำนักงาน คปภ. และคณะกรรมการ คปภ. ไม่ปรากฏอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลหรือสนับสนุนการกำกับดูแลด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย แต่ปรากฏเพียงในประกาศ คปภ. ซึ่งกำหนดให้บริษัทประกันภัยต้องมีระบบการตรวจสอบและ

ติดตามให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายอย่างเคร่งครัด⁴ นอกจากนั้น ในการพิจารณาออกหรือเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจประกันภัยของสำนักงาน คปภ. ไม่ได้คำนึงถึงมาตรการทางกฎหมายด้านการป้องกันการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) ซึ่งเมื่อพิจารณาในต่างประเทศแล้วพบว่าหน่วยงานกำกับดูแลด้านการประกันภัยจะมีหน้าที่สนับสนุนการกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวด้วย ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับภาคธุรกิจประกันภัย ได้ดำเนินการโดยหน่วยงานกำกับดูแลเรื่องประกันชีวิตของรัฐและตามวิธีการของ National Association of Insurance Commissioners (NAIC) โดยถูกกำกับดูแลโดย State Insurance Supervisors ตามที่ FinCEN ร้องขอและหน่วยงานกำกับดูแลด้านประกันภัยของรัฐ นอกจากนั้น ในการออกใบอนุญาตหรือการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันภัยจะพิจารณาถึงมาตรการด้านการป้องกันการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) ด้วย สำหรับประเทศออสเตรเลียธุรกิจประกันภัยต้องได้รับอนุญาตจาก Australian Prudential Regulation Authority (APRA) และในการให้ใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจนั้นจะประเมินว่าควรที่จะได้รับ โดยสามารถกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมก่อนที่จะอนุญาตหรือจดทะเบียนได้ภายใต้กฎหมายป้องกันการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การ

⁴ ข้อ 30(5), ประกาศคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการรับเงิน การจ่ายเงิน การตรวจสอบและการควบคุมภายในของบริษัทประกันชีวิต พ.ศ. 2557.

ก่อก่อการร้าย (AML/CFT) ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์ กำหนดให้ Monetary Authority of Singapore (MAS) ซึ่งเป็นผู้ควบคุมภาคการเงินรวมถึงการกำกับดูแล สถาบันการเงินด้านการป้องกันการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) จึงมีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจประกันภัย ทั้งเรื่องความมั่นคงทางการเงินและการป้องกันการฟอกเงินด้วย โดยมีอำนาจพิจารณาออกใบอนุญาต การประกอบธุรกิจ การประเมินความเสี่ยง การกำกับดูแล รวมถึงการเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งในประเด็นนี้ ตามมาตรฐานสากล FATF recommendation ข้อ 26 กำหนดให้แต่ละประเทศควรดำเนินการให้มั่นใจว่า สถาบันการเงินต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลอย่างเพียงพอและมีมาตรการควบคุมดูแลโดยใช้มาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการกำกับดูแลที่จำเป็นเพื่อป้องกันอาชญากรหรือพรรคพวกไม่ให้เป็นผู้ถือหุ้น ในจำนวนที่มีความสำคัญหรือที่มีอำนาจควบคุมหรือเป็นผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงหรือมีตำแหน่งหน้าที่ในการบริหารจัดการสถาบันการเงินและภาคธุรกิจประกันภัย รวมถึงการห้ามจัดตั้งสถาบันการเงินเพื่อบังหน้า ในส่วนมาตรฐาน Insurance Core Principle: ICP ข้อ 22 กำหนดให้หน่วยงานที่กำกับดูแล (Supervisor) มีหน้าที่ในการสนับสนุนการทำงานของหน่วยงานหลักที่มีหน้าที่กำกับดูแลด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายดังนั้น ควรมีการแก้ไขกฎหมายให้สำนักงาน คปภ. และ คณะกรรมการ คปภ. มีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนการกำกับดูแลที่มีหน้าที่ประเมินความเสี่ยงด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้าน

การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายในภาคธุรกิจประกันภัย (AML/CFT) ร่วมกับสำนักงาน ปปง. และมีส่วนร่วมในการกำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับธุรกิจประกันภัยในเรื่องดังกล่าวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายนอกจากนั้น ให้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงาน คปภ. คณะกรรมการ คปภ. เกี่ยวกับการออกหรือเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจประกันภัย โดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CFT) ด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับการบูรณาการในการกำกับดูแล เนื่องจากสำนักงาน ปปง. มีความเชี่ยวชาญด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย สำนักงาน คปภ. มีความเชี่ยวชาญด้านการกำกับดูแลฐานะและความมั่นคงทางการเงินของภาคธุรกิจประกันภัย ส่วนภาคธุรกิจประกันภัย ซึ่งประกอบด้วย สมาคมประกันชีวิตไทย สมาคมประกันวินาศภัยไทย บริษัทประกันชีวิตและบริษัทประกันวินาศภัย มีความเชี่ยวชาญด้านการประกอบธุรกิจประกันภัย เมื่อแต่ละหน่วยงานมีความเชี่ยวชาญที่แตกต่างกัน หากได้มีการทำงานร่วมกันในการแก้ปัญหาหรือการตัดสินใจในประเด็นสำคัญซึ่งต้องใช้ความรู้และทักษะในการทำงานอย่างบูรณาการ จะทำให้การป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามเป้าหมายดังนั้น ควรกำหนดให้มีการร่วมกันทำงานอย่างบูรณาการเพื่อการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการ

ต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ในภาคธุรกิจประกันภัย โดยเสนอให้จัดตั้งคณะกรรมการ ประสานงานร่วม ระหว่างบุคลากรจากสำนักงาน ปปง. สำนักงาน คปภ. และบุคลากรจากภาคธุรกิจประกันภัย เพื่อร่วมกันกำหนดนโยบาย ออกกฎเกณฑ์ในการ กำกับดูแล รวมทั้งส่งเสริมให้สมาคมประกันชีวิตไทย สมาคมประกันวินาศภัยไทยก้าวสู่การเป็นองค์กร กำกับดูแลตนเอง (Self-Regulatory Organization) โดยการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สำนักงาน ปปง. และสำนักงาน คปภ. มีอำนาจในการมอบหมายให้ สมาคมประกันชีวิตไทย สมาคมประกันวินาศภัยไทย สามารถออกแนวทางการปฏิบัติงานตามมาตรการ ในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการ ต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายได้

อภิปรายผล

จากการศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมาย ควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดลูกค้ายเป็น 2 ประเภท ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลัก การบริหารจัดการตามความเสี่ยงโดยใช้มาตรการที่ เข้มข้นกับลูกค้ายและผลิตภัณฑ์ที่มีความเสี่ยงสูงและ ใช้มาตรการที่เบาลงกับลูกค้ายและผลิตภัณฑ์ที่มี ความเสี่ยงต่ำ ควรลดระยะเวลาในการเก็บรักษาข้อมูล หลักฐานของสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจ ประกันภัยเหลือเพียง 5 ปี นับแต่วันที่มีการปิดบัญชี หรือยุติความสัมพันธ์กับลูกค้าย และหากมีเหตุจำเป็น ให้ เลขานุการ ปปง. มีอำนาจขยายระยะเวลาได้ควรกำหนด ให้มีมาตรการในการตรวจสอบสมบัติของบุคลากร ของสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัย ก่อนรับเข้ามาทำงานและแบ่งความรับผิดชอบเป็น

3 ระดับ (Three Lines of Defense Model) กำหนด ความคุ้มครองการทำงานให้มีความเป็นอิสระนอกจาก นั้น ควรปรับปรุงแก้ไขนิยามธุรกรรมที่มีเหตุอันควร สงสัยสำหรับธุรกิจประกันภัยเป็นการเฉพาะ โดย นิยามตามข้อบ่งชี้ของสมาคมผู้กำกับดูแลธุรกิจ ประกันภัยนานาชาติ (IAIS)

ส่วนบทบาทของหน่วยงานรัฐที่มีหน้าที่ กำกับดูแลควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สำนักงาน ปปง. เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลสถาบัน การเงิน รวมถึงภาคธุรกิจประกันภัยเป็นหน่วย ข้าราชการทางการเงิน (Financial Intelligence Unit: FIU) และให้สำนักงาน คปภ. มีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุน การกำกับดูแลร่วมกับสำนักงาน ปปง. โดยกำหนด อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ ปปง. ให้มีหน้าที่ กำกับดูแลสถาบันการเงินรวมถึงภาคธุรกิจประกันภัย ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ คปภ. มีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนการทำงานของ สำนักงาน ปปง. และควรกำหนดให้มีการร่วมกัน ทำงานอย่างบูรณาการ ส่งเสริมให้สมาคมประกัน ชีวิตไทย สมาคมประกันวินาศภัยไทยก้าวสู่การเป็น องค์กรกำกับดูแลตนเอง

ข้อเสนอแนะ

การให้มีการพิสูจน์และการยืนยันตัวตนทาง ดิจิทัล (National Digital ID:NDID) ซึ่งเป็นระบบ กลางในการยืนยันตัวตนจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพใน การทำความรู้จักลูกค้ายและพิสูจน์เพื่อทราบข้อเท็จ จริงเกี่ยวกับลูกค้าย (KYC/CDD) ช่วยป้องกันการนำ หลักฐานของบุคคลอื่นมาใช้ในการยืนยันตัวตนเพื่อ ทำธุรกรรมได้



การกำหนดมาตรการตรวจสอบและควบคุม
การใช้อำนาจของสำนักงาน ปปง. และสำนักงาน
คปภ. ให้เป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ ยุติธรรม เป็น
องค์กรทางกฎหมายที่สามารถสร้างความเชื่อมั่น รวมทั้ง
ปกป้องสังคมจากการก่ออาชญากรรม อันมีผล
กระทบต่อระบบเศรษฐกิจ การเมืองและวัฒนธรรม
ของประเทศ

บรรณานุกรม

- ไชยยศ เหมะรัชตะ, “กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน” (2539) 16:2 *วารสารกฎหมาย*.
- ปิ่นณวิช ทัพภวิมล, “มาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการทุจริต” (2561) 8:2 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*.
- วีระพงษ์ บุญโญภาส, *อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ* (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลทโปรดักส์เซอร์, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2554).
- สีหนาท ประยูรรัตน์, *คำอธิบายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542* (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เอเชีย เพลส, 2542).
- FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* (18 Aug 2019) FATF, Paris, France, <www.fatf-ga.org/recommendations.html>.
- FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach for the Life Insurance Sector* (13 Jul 2019) FATF <www.fatf-ga.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-life-insurance.html>.
- International Association of Insurance Supervisors, *Insurance Core Principle* (18 Dec 2018) IAIS <<https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/insurance-core-principles>>.
- The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Leveraging COSO Across the Three Lines of Defense* (25 Aug 2019) COSO <<https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>>.
- United Nations, *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988*, (9 Sep 2019) UNODC <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf>.





ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560

Problems and obstacles in enforcing organic law on national human
right commission B.E. 2560 (A.D.2017)

ภาวินีย์ วงศ์นำป่า*

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพมีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 เก็บรวบรวมข้อมูลจากเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ใช้แบบสัมภาษณ์เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการวิจัยเก็บรวบรวมข้อมูลจากผู้ให้ข้อมูลหลักที่ถูกกำหนดแบบเจาะจง วิเคราะห์ข้อมูลโดยการวิเคราะห์เนื้อหา ผลการวิจัย พบว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนรับผิดชอบด้านสิทธิมนุษยชนมีอำนาจรายงานการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชน มีอำนาจในการร้องทุกข์กล่าวโทษแทนผู้เสียหายโดยถือว่าเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ไม่ได้มีอำนาจในการสืบสวน สอบสวน และการฟ้องคดีในความผิดฐานละเมิดสิทธิมนุษยชน และมีได้กำหนดขอบเขตแห่งข้อหาในความผิดฐานละเมิดสิทธิมนุษยชน ทำให้กลไกในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขาดประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: การคุ้มครอง สิทธิมนุษยชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

Abstract

This Research is a quantitative research, aiming to analyze the problems and obstacles on governing Organic Law on Commission for National Human Rights B.E. 2560 (2017); collecting data from relevant research papers, using questionnaires as tools used in research; collecting data from the principle data providers in a specific manner; and analyzing data by textual analysis. According to the results of this Research, it has been found that the Organic Act on the National Human Rights Commission B.E. 2560 (2017) stipulates that the Human Rights Commission is responsible for human rights, with the power to report violations of

* นักศึกษาลัทธิศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม
วิทยาเขตชลบุรี

human rights and to file a complaint on behalf of the injured person, regarded as the injured person under the Criminal Procedure Code but does not have the power to investigate, inquire and prosecute cases of human rights violations and does not specify the scope of charges of human rights violation, therefore, causing human right protection mechanisms to be ineffective..

Keyword: Protection, Human Rights, National Human Rights Commission.

บทนำ

หลังเกิดสงครามโลกครั้งที่สองในปี พ.ศ. 2491 องค์การสหประชาชาติได้กำหนดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นเพื่อเป็นกรอบในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน นับตั้งแต่นั้นมาปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ถูกใช้เป็นรากฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทุกฉบับ ประเทศไทยเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนแล้ว จำนวน 7 ฉบับ จากทั้งหมด 9 ฉบับ ได้แก่ (1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (3) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (4) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (5) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (6) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และ (7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ¹ ทำให้ประเทศไทยมีพันธะผูกพันในการปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสนธิสัญญา

ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ปรากฏการณ์สำคัญด้านสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ใน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้ประกาศหลัก 6 ประการ ส่วนหนึ่งกล่าวถึงหลักสิทธิ หลักเสมอภาค และหลักเสรีภาพ จนเมื่อพ.ศ. 2533 ได้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน” เป็นคณะกรรมการสามัญ (Standing Committee) ของสภาผู้แทนราษฎร มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติ ศึกษากฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อสิทธิมนุษยชน ศึกษาปัญหาสิทธิมนุษยชนทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ รับเรื่องร้องทุกข์ของบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดสิทธิมนุษยชน มีอำนาจในการเรียกเอกสารจากบุคคลใด ๆ หรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็น แต่การทำงานของคณะกรรมการดังกล่าวไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะความไม่ต่อเนื่องของอายุสภาผู้แทนราษฎร ความเป็นอิสระ ความเป็นกลางในการทำงาน และผลประโยชน์ทางการเมือง²

¹ จริญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2559) 326-411.

² จริญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2559) 573.

ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีการตราพระราชบัญญัติ เพื่อให้อำนาจในการจัดตั้งองค์กร การดำเนินงาน และการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ภายหลังเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีการตราพระราชบัญญัติเพื่อให้อำนาจเช่นเดิม แตกต่างเพียงขอบเขตของอำนาจหน้าที่ที่เปลี่ยนแปลงไป

แม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนมาอย่างต่อเนื่องอย่างไรก็ตาม ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเช่นกัน เช่น การละเมิดสิทธิคนพิการ การละเมิดสิทธิเด็ก การค้ามนุษย์ โดยมีข่าวจากสำนักข่าวต่าง ๆ เป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ การศึกษาปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 จึงมีความสำคัญที่จะนำไปสู่ข้อเสนอเชิงกฎหมายและนโยบายที่จะเป็นแนวทางการปฏิบัติที่ชัดเจนต่อไป สามารถนำไปแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจที่จะทำให้กลไกการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนมีประสิทธิภาพ เป็นไปตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม และประชาชนชาวไทย

มีความเชื่อมั่นว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ถูกต้องตามหลักสิทธิมนุษยชน

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560

ขอบเขตการวิจัย

ขอบเขตของการวิจัยครั้งนี้ได้กำหนดขอบเขตด้านเนื้อหา คือ การศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กฎหมายลำดับรอง คำพิพากษา และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ส่วนขอบเขตด้านประชากร คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน และนักกฎหมาย คัดเลือกกลุ่มตัวอย่างแบบเจาะจง (Purposive sampling) จำนวน 10 คน

วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัย เรื่อง ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ กำหนดวิธีดำเนินการวิจัยเป็น 2 ขั้นตอน

ขั้นตอนแรกเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กฎหมายลำดับรอง คำพิพากษา และเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง เพื่ออธิบายถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ การปฏิบัติงาน ตามกฎหมายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และการกำหนดประเด็นเพื่อนำไปสร้างแบบสัมภาษณ์อย่างมีโครงสร้าง (Structured Interview) วิเคราะห์ข้อมูลด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) นำเสนอข้อมูลด้วยการพรรณนาความ

ขั้นตอนที่สองเป็นการสร้างเครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย คือ แบบสัมภาษณ์อย่างมีโครงสร้าง (Structured Interview) จากข้อมูลทีวิเคราะห์ได้ในขั้นตอนแรกในประเด็น (1) ลักษณะของการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน (2) ขอบเขตของอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชน (3) ปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชน (4) ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 คุณภาพด้านความตรงตามเนื้อหา (Content Validity) ได้ความสอดคล้อง IOC (Item Objective Congruence Index) ที่ 0.81 เก็บรวบรวมข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน และนักกฎหมาย

คัดเลือกกลุ่มตัวอย่างแบบเจาะจง (Purposive sampling) จำนวน 10 คน วิเคราะห์ข้อมูลด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) นำเสนอข้อมูลด้วยการพรรณนาความ

ผลการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้มีผลการวิจัยที่เป็นสาระสำคัญ ดังนี้

1. พัฒนาการด้านอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ต่อมาได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และสรรหาคณะกรรมการเป็นผลสำเร็จในปี พ.ศ. 2544 โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ใกล้เคียง ประณีประนอม หรือรายงานต่อนายกรัฐมนตรีหรือรัฐสภาเพื่อดำเนินการเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการฟ้องร้องหรือส่งเรื่องแทนประชาชนให้อัยการฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³

เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ให้สามารถเป็นหน่วยงานเรียกร้องสิทธิแทนประชาชนได้ เช่น การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีเห็นว่า

³ จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน:ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2559) 572-577.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณี queเห็นว่าการกระทำอื่นใด ในทางปกครองกระทบสิทธิมนุษยชน และมีปัญหา เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และมีอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทน ผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็น กรณีที่เห็นสมควรเพื่อการแก้ไขปัญหาการละเมิด สิทธิมนุษยชน

สำหรับปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดอำนาจ ที่คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 ที่กำหนดให้คณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนมีอำนาจในการตรวจสอบ การรายงาน การกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชน ส่วนพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดให้คณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการร้องทุกข์กล่าว โทษแทนผู้เสียหายโดยให้ถือว่าเป็นผู้เสียหายตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เพิ่มเติม ขึ้นมา และมีบทบาทอำนาจหน้าที่ (1) ตรวจสอบ (2) รายงานข้อเท็จจริงในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิ มนุษยชน (3) เสนอแนะมาตรการ หรือแนวทางที่ เหมาะสมเพื่อป้องกัน แก้ไข และเยียวยาผู้เสียหาย จากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐ หรือเอกชน (4) การทำรายงานผลการประเมิน สถานการณ์ด้านการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา

คณะรัฐมนตรี และประชาชน (5) การเสนอแนวทาง คู่้ปกครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (6) การ ปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ออกระเบียบ ประกาศที่ใช้ ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น

2. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ไม่มีอำนาจในการสืบสวน สอบสวน และฟ้องร้อง โดยตรงต่อศาล

2.1. อำนาจสืบสวน

การสืบสวน คือ กระบวนการ รวบรวมข้อมูล การแสวงหาข้อเท็จจริง พฤติการณ์ ต่าง ๆ และหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อ ทราบรายละเอียดของความผิด การสืบสวนคดีสิทธิ มนุษยชนนั้นมีความแตกต่างจากการสืบสวนในคดี อาญา⁴ เนื่องจากทั้งสองประเภทคดีใช้ระบบความคิด ที่แตกต่างกัน หากให้พนักงานฝ่ายปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจสืบสวนตามมาตรา 17 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาจจะ ทำให้การรวบรวมข้อมูล หรือการแสวงหาข้อเท็จ จริงเป็นไปตามลักษณะของคดีอาญา แต่ไม่ครบถ้วน ตามลักษณะของคดีสิทธิมนุษยชน นอกจากนั้นตาม มาตรา 35 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2560 ได้กำหนดวิธีการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือรวบรวม พยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องไว้แต่การตรวจสอบ ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องกระทำด้วยความจำเป็นและ ไม่สร้างภาระแก่บุคคลหรือหน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตามการสืบสวนคดีสิทธิมนุษยชนในทาง

⁴ รพีพัฒน์ ศรีศิริรักษ์และธีระวัฒน์ จันทิก, “ปัญหาอุปสรรคและแนวทางการพัฒนาประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของฝ่ายสอบสวน ในระบบงานยุติธรรม” (2560) 8:1 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 1, 3.

ปฏิบัติยังมีข้อจำกัด เนื่องจากการตีความคำว่า “ต้องกระทำด้วยความจำเป็นและไม่สร้างภาระแก่บุคคลหรือหน่วยงานของรัฐ” มีขอบเขตแคบเกินไปจึงได้ทำให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเกิดความไม่แน่ใจในการปฏิบัติงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐ เป็นผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่สามารถปฏิบัติงานด้านการสืบสวนได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ⁵

2.2 อำนาจสอบสวน

การสอบสวน คือ ขั้นตอนการตรวจสอบว่าคดีอาญาที่เกิดขึ้นผู้ต้องหาจะกระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ การสอบสวนคดีสิทธิมนุษยชนนั้นมีความแตกต่างจากการสอบสวนในคดีอาญา เนื่องจากทั้งสองประเภทคดีใช้ระบบความคิดที่แตกต่างกันเช่นเดียวกันกับการสืบสวน การสอบสวนคดีอาญานั้นพนักงานฝ่ายปกครอง หรือพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพื่อพิสูจน์ว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ซึ่งคดีสิทธิมนุษยชนนั้นมิมีรายละเอียดที่ลึกซึ้งกว่า และการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นอาจจะยังไม่เป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ทำให้พนักงานฝ่ายปกครอง หรือพนักงานสอบสวนไม่รับแจ้งความร้องทุกข์ หรือเมื่อเริ่มกระบวนการสอบสวนแล้วไม่พบว่าเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาจะสั่งไม่ฟ้องคดี เช่น การล่อเลียน

หรือดูถูกคนพิการ ว่า “ไอ้ด้วน” หรือการล้อเลียนดูถูกเพศสภาพ เป็นต้น กรณีนี้ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา พนักงานสอบสวนก็จะไม่รับแจ้งความร้องทุกข์และทำการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีต่อไป แม้ว่ารู้ตัวผู้ที่จะละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอันนำไปสู่การลงโทษได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ทำให้ผู้ถูกเหยียดหยามนั้นมีความรู้สึกทุกข์ทรมานจิตใจอย่างรุนแรงเพราะคิดว่าตนเองเกิดมาไม่ปกติและอาจไม่อาจดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้⁶ หากเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐอินเดีย พบว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1993 ในการไต่สวนคำร้องทุกข์ได้⁷

2.3 อำนาจฟ้องร้อง

ประเทศไทยยังไม่มีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชน เมื่อเกิดข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นต้องฟ้องคดีกับศาลที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงแห่งคดีนั้น ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม

กรณีฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 231 (1) และมาตรา 213 ประชาชน

⁵ อังคณา นีละไพจิตร, การสัมภาษณ์ (กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สำนักคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 5 กรกฎาคม 2562).

⁶ เกรียงไกรกูร บัวกล้า, การสัมภาษณ์ (รองผู้กำกับการสอบสวน, สถานีตำรวจภูธรแหลมฉบัง, 27 มิถุนายน 2562).

⁷ National Human Rights Commission New Delhi, *Protection of Human Rights Act* (26 August 2019) National Human Rights Commission <<http://www.nhrc.nic.in>>.

ประสงค์จะฟ้องคดีละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ต้องผ่านกระบวนการและขั้นตอนตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด และผ่านกระบวนการกลั่นกรองจากผู้ตรวจการแผ่นดินเท่านั้น ทำให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ยากและใช้เวลานานเกินควร⁸

กรณีฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 231 (2) ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 43 หรือยื่นโดยประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ซึ่งตามมาตรา 43 ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นเพียงหน่วยงานเดียวที่จะเสนอเรื่องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งไม่ครอบคลุมถึงปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน

การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้กลั่นกรองคดีสิทธิมนุษยชนโดยไม่มีส่วนร่วมจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อาจเกิดปัญหาเรื่องความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้ถูกรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม

กรณีฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม พนักงานอัยการหรือผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจชำระคดี การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมในทางแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดจาก

การละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือในทางอาญาเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ผู้ที่มีอำนาจฟ้องคดีในทางแพ่งนั้นต้องเป็นผู้เสียหายเอง หรือเป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 56 มาตรา 60 มาตรา 66 หรือหากเป็นการฟ้องคดีในทางอาญา คือ พนักงานอัยการหรือผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 หรือบุคคลผู้ฟ้องแทนผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 4 มาตรา 5 และ มาตรา 6

กฎหมายจำเป็นจะต้องแก้ไขเพื่อให้อำนาจในการฟ้องคดีสิทธิมนุษยชนแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพราะเป็นอำนาจความสำคัญในการปราบปรามการละเมิดสิทธิมนุษยชน หากสามารถนำพาคดีสิทธิมนุษยชนไปสู่อำนาจตุลาการได้โดยตรง รวดเร็ว ผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ต้องสูญเสียค่าใช้จ่าย ทำให้เกิดความเป็นธรรมและเกิดประโยชน์สูงสุดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นอกจากนั้นบุคคลหรือกลุ่มคนที่ไม่สามารถที่จะฟ้องคดีเองได้ เช่น ชาวโรฮิงญาที่ถูกกระทำละเมิดในเรื่องค้ามนุษย์ เด็กถูกลักพาตัวไปเพื่อเป็นขอรานกลุ่มแรงงานต่างด้าวที่ถูกเอาเปรียบจากนายจ้างในเรื่องของสิทธิต่าง ๆ กรณีเหล่านี้ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องคดีได้ด้วยตนเอง ไม่มีความสามารถในการฟ้องคดีหรือเพราะไม่มีทุนทรัพย์หรือค่าใช้จ่ายในการเรียกร้องสิทธิ⁹ เมื่อผู้เสียหายฟ้องคดีต่อศาลเองไม่ได้หรือพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดีต่อศาล อาจเกิด

⁸ สุภัทร แสงประดับ, การสัมภาษณ์ (นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ, สำนักคดี 3 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 28 มิถุนายน 2562).

⁹ วิชาญ ทำไร่, การสัมภาษณ์ (นักกฎหมาย, มูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา, 22 มิถุนายน 2562).

จากสาเหตุต่าง ๆ เช่น การพิจารณาสำนวนคดีโดยขาดความรอบครอบ หรือขาดความลึกซึ้งในเรื่องสิทธิมนุษยชน เป็นต้น เป็นเหตุทำให้คดีดังกล่าวไม่เชื่อมโยงไปสู่อำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจสำคัญที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน¹⁰ ในการวินิจฉัยและพิพากษาคดี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ผู้กระทำความผิดละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นก็จะไม่ถูกดำเนินคดีและไม่ถูกลงโทษ ผู้เสียหายก็ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน

รัฐเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่หลายด้าน ตั้งแต่การออกกฎหมาย การดูแลให้ปฏิบัติตาม และบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด การให้ประชาชนได้รับการบริการทางด้านสิทธิและผลประโยชน์ต่าง ๆ เป็นต้น¹¹ การกระทำของรัฐจึงต้องนำหลักนิติธรรมมากำหนดการกระทำหรือการใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐ เพื่อมิให้รัฐใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ หลักนิติธรรมเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้แก่ อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจฝ่ายบริหาร และอำนาจฝ่ายตุลาการ อำนาจเหล่านั้นไม่ได้แยกออกจากกันโดยเด็ดขาด แต่มีการถ่วงดุลกัน มีการตรวจสอบอำนาจกัน (Check and Balance) โดยไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งรับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการให้

บรรลุภารกิจแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และต้องมีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเพื่อไม่ให้ถูกละเมิด ได้แก่ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน¹² เพราะทำให้ปัญหาต่าง ๆ อันเกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้รับการแก้ไขอย่างเป็นธรรม ทั้งการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นไปตามหลักนิติธรรมจำต้องได้รับข้อเท็จจริงที่ถูกต้องอันควรแก่การพิจารณาวินิจฉัยคดี ต้องมีหน่วยงานที่เป็นองค์กรอิสระที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนโดยตรงในการกลั่นกรองข้อเท็จจริงหรือไต่สวนเพื่อค้นหาความจริงที่ถูกต้องมาเสนอต่อศาล อันจะเห็นได้จากมาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจนำผลการดำเนินการหรือผลการพิจารณาการละเมิดสิทธิมนุษยชนไปฟ้องต่อศาลได้ ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ฉบับที่ 54 ปี 1994¹³ หรือ ประเทศนิวซีแลนด์ได้กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยื่นฟ้องต่อศาลหรือยื่นคำร้องสอดเข้ามาร่วมในการดำเนินคดีต่อศาลได้ ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1993 มาตรา 5¹⁴

¹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) 233.

¹¹ กิจปติ ก้องเบญจกุล, *หลักกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561) 119-122. ; ชาญชัย แสวงศักดิ์, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2560) 214-215.

¹² บรรเจิด สิงคะเนติ, *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) 233-248.

¹³ JUTA Africa, *Human Rights Commission Act 54 Of 1994* (26 August 2019) JUTA Africa <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-054.pdf>>.

¹⁴ New Zealand, *Human Rights Act 1993* (26 August 2019) New Zealand <<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1794/Human%20Rights%20Act%201993%20%20legislation.govt.nz.pdf>>.

3. การกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติคำนิยาม “สิทธิมนุษยชน” เท่านั้น มิได้กำหนดกรอบลักษณะการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้ให้มีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งลักษณะการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นอาจเป็นความผิดอาญาทั่วไป เช่น การหน่วงเหนี่ยวกักขังหรือกระทำการเพื่อให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพ ฯลฯ แต่ยังมี ความผิดเกี่ยวกับการเหยียดหยามผู้อื่น หรือการ ทำร้ายร่างกายผู้อื่นที่เกิดจากการมีเผ่าพันธุ์ต่างกัน การนับถือศาสนาหรือลัทธิต่างกัน หรือมีความเชื่อต่างกัน หากพิจารณาติดตามกฎหมายที่มีอยู่ ผู้พิจารณาจะดำเนินการในทำนองเดียวกับการดูถูกเหยียดหยาม หรือทำร้ายร่างกายปกติ มิได้พิจารณาในแง่ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นการพิจารณาที่ผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนั้น เมื่อยังมีได้กำหนดกรอบลักษณะการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน การดำเนินการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะไม่ประสบผลสำเร็จตามเจตนารมณ์ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี

จากการพิจารณาฐานความผิดทางอาญาจากประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายพิเศษที่มีโทษทางอาญา พบว่า รัฐได้บัญญัติการควบคุมพฤติกรรม

ของมนุษย์ในสังคมเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นตามหลักของมิลล์¹⁵ แต่ลักษณะความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีโทษทางอาญานั้น เป็นการบัญญัติลักษณะความผิดที่กระทำต่อบุคคลหรือต่อปัจเจกบุคคล หรือความสงบสุขต่อสังคมเท่านั้น กฎหมายดังกล่าวไม่ได้มุ่งเน้นถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังที่สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติกำหนดความหมายของสิทธิมนุษยชนเอาไว้ว่า “สิทธิมนุษยชน” คือ สิทธิโดยธรรมชาติซึ่งติดตัวมากับมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีสัญชาติ ที่อยู่อาศัย เพศ ชนิกานิติหรือเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะอื่นใด มนุษย์ทุกคนมีสิทธิมนุษยชนเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิเหล่านี้ล้วนสัมพันธ์ซึ่งกันและกันเชื่อมโยงและไม่อาจแบ่งแยกได้ หรือมิได้มุ่งเน้นถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาฉบับต่าง ๆ ที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม¹⁶

ดังนั้น จากกรอบคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ทั้ง 2 ประการ คือ กฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศไทย และกรอบของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคีสมาชิก จะเห็นว่าการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น เช่น การกระทำต่อมนุษย์โดยอาศัยความเชื่อต่างกัน ดังเหตุการณ์ในปัจจุบัน กรณีที่นักเรียนช่างกลตีกัน เป็นการที่ผู้กระทำผิดทำร้ายผู้เสียหายเพียงเพราะว่าเป็นโรงเรียนต่างสถาบันกันเท่านั้น โดยทั้งสองฝ่ายไม่ได้รู้จักกัน ไม่มีสาเหตุโกรธเคืองกันและกัน กรณีเช่นนี้หากนำแนวคิดตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายพิเศษที่มี

¹⁵ จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 20, 2558) 216, 218.

¹⁶ นพนิช สุริยา, สิทธิมนุษยชน: แนวคิดและการคุ้มครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559) 43-44.

โทษทางอาญามาปรับใช้นั้นขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะว่าเป็นการกระทำโดยต่างความเชื่อไม่เหมือนกัน หรือการกระทำ ความผิดต่อผู้นับถือศาสนาต่างกันจึงมาหรือทำร้ายกัน หรือเพราะเป็นการเกลียดชังจากชนเผ่า การละเมิด สิทธิมนุษยชนนั้นเมื่อวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะมี ลักษณะเฉพาะ มีความลึกซึ้งกว่าการกระทำที่เป็น การกระทำที่ปกติธรรมดา อีกทั้งเป็นการกระทำที่มี ลักษณะรุนแรง มีความโหดร้าย โหดเหี้ยม

นอกจากนั้น กรอบการกระทำความคิดอัน เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องเป็นไปตามหลัก นิติธรรม เพราะการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความ แน่นนอน ทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่า หากจะกระทำการอันหนึ่งอันใดแล้วจะต้องคำนึง ถึงบทบัญญัติของกฎหมายใดว่าการกระทำของตน จะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อ กฎหมายขาดความชัดเจน และไม่แน่นอนขัดต่อ หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาอันเป็น หลักความแน่นอนของกฎหมาย ทำให้มีผู้ละเมิด สิทธิมนุษยชนเพิ่มมากขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับ มาตรการทางกฎหมายของสาธารณรัฐอินโดนีเซียได้ กำหนดการละเมิดสิทธิมนุษยชน หมายถึง การละเมิด สิทธิมนุษยชนร้ายแรง และได้กำหนดไว้ว่าการ ละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงนั้น หมายความว่ารวมถึง อาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรม ต่อมนุษยชาติ¹⁷ หรือในสหภาพยุโรป ที่ได้กำหนด

ให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีอำนาจหน้าที่ในการ รับเรื่องร้องทุกข์ของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา ซึ่งอ้างว่า รัฐของตนถูกรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาอื่นละเมิดหรือ ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่รับรอง ไว้ในอนุสัญญา และยังรับเรื่องร้องทุกข์จากปัจเจกชน ที่ได้อ้างว่าตนเองถูกละเมิดหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ใน อนุสัญญาตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950¹⁸

สรุปผลการวิจัย

ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับ ใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 นั้นเกิดจากการดำเนินงานด้านสิทธิมนุษยชน ในประเทศไทยขาดเอกภาพเนื่องจากอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนทุกครั้งที่มีการ ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และจากที่ผ่านมา จนถึงปัจจุบันอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะเป็นหน้าที่เชิงรับ ส่วนหน้าที่เชิงรุกทำได้เพียงการประชาสัมพันธ์ เผยแพร่ข้อมูล ข่าวสารให้ประชาชนทั่วไปเข้าใจถึง สิทธิมนุษยชน และการปฏิบัติต่อผู้อื่นโดยไม่ละเมิด สิทธิมนุษยชน โดยสถานะของคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีอำนาจหน้าที่ตาม

¹⁷ Indonesia Law, Indonesia Law No. 26 Year 2000 - Establishing the Ad Hoc Human Rights Court (26 August 2019) Indonesia Law <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-054.pdf>>.

¹⁸ เนตรนภา พุทธสุวรรณ, การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (นิตยสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) 58.

กฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสร้างกลไกการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนในการแสวงหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐาน เพื่อทราบรายละเอียดของการละเมิดสิทธิมนุษยชนและนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน เนื่องจากผู้เสียหายมิได้ฟ้องคดีด้วยตนเอง และผลแห่งคำสั่งไม่ฟ้องคดี โดยแนวคิดทฤษฎีอำนาจรัฐที่ต้องปกป้องรักษาประชาชนของตนให้ได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมาย¹⁹ รัฐจึงควรดำเนินการแทนผู้เสียหาย ทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 จำเป็นต้องกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้ให้ชัดเจน จึงพบว่ามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

อภิปรายผลการวิจัย

จากผลการวิจัย เรื่อง ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงและพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยสามารถอภิปรายได้ ดังนี้

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยตรง ซึ่งการที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น ต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่ดี หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2561 พบว่ามาตรา 28 ให้อำนาจแก่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในการไต่สวนเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิด แต่อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กลับมิได้บัญญัติให้เป็นไปเพื่อการป้องกันและปราบปรามการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยแท้จริง เพราะไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในการไต่สวนเพื่อดำเนินคดีต่อไปกับผู้กระทำผิดละเมิดสิทธิมนุษยชนไว้ ทั้งที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่นเดียวกันกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

อุปสรรคสำคัญในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 นั้น เกิดจากการไม่กำหนดถึงการให้อำนาจหน้าที่แก่หน่วยงานผู้รับผิดชอบ

¹⁹ กิจคดี ก้องเบญจกุล, *หลักกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561) 119-122.

ในการสืบสวน สอบสวน หรือฟ้องคดีต่อศาล จึงทำให้ผู้กระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ถูกลงโทษ และผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ได้รับการเยียวยา ความเสียหาย ซึ่งมีความสอดคล้องกับสำนักงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (2559) ที่พบว่า การไม่มีอำนาจในการฟ้องร้องคดีนั้น ทำให้ประชาชนจำนวนไม่น้อยต้องได้รับความยากลำบาก ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ เนื่องจากสถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมและข้อจำกัดในเรื่อง ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม ทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มิได้กำหนดขอบเขตแห่งข้อหาความผิดฐานละเมิด สิทธิมนุษยชนไว้จึงทำให้การดำเนินคดีสิทธิมนุษยชน ไม่อาจตอบสนองต่อปัญหาในการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่มีรูปแบบซับซ้อนมากขึ้นได้ การคุ้มครองสิทธิ มนุษยชนจึงขาดความมีประสิทธิภาพ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก และไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพราะการบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน เพื่อที่จะทำให้บุคคลใน สังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมาย ใดที่ต้องคำนึงถึงหากจะกระทำการอันหนึ่งอันใด อันทำให้เกิดความแน่ใจได้ว่า การกระทำของตน จะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย²⁰ การ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะต้องมีการกำหนดกรอบ ลักษณะการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ไว้ให้มีความชัดเจน เพื่อให้ครอบคลุมถึงการละเมิด สิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกรณีที่ จะต้องปฏิบัติตาม และให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับที่พบว่าสหภาพยุโรป ได้กำหนดให้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีอำนาจหน้าที่ในการรับ เรื่องร้องทุกข์ของรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา ซึ่งอ้างว่า รัฐของตนถูกรัฐภาคีแห่งอนุสัญญาอื่นละเมิดหรือ ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่ รับรองไว้ในอนุสัญญา และยังรับเรื่องร้องทุกข์จาก ปึงเจกชนที่ได้โดยอ้างว่าตนเองถูกละเมิดหรือฝ่าฝืน บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพที่รับรอง ไว้ในอนุสัญญา ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950²¹ นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่า สาธารณรัฐ อินโดนีเซียได้มีการกำหนดการละเมิดสิทธิมนุษยชน หมายถึง การละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรง และได้ กำหนดไว้ว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนร้ายแรงนั้นมี ลักษณะการกระทำแบบใด²²

ข้อเสนอแนะเพื่อนำผลการวิจัยไปใช้

1. รัฐจะต้องบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ให้มี (6) ว่า คณะกรรมการมีหน้าที่ และอำนาจในการสืบสวน สอบสวน ในคดีละเมิด

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, นิติรัฐ นิติธรรม (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) 233-248.

²¹ เนตรนภา พุทธสุวรรณ, การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) 58.

²² Indonesia Law, Indonesia Law No. 26 Year 2000 - Establishing the Ad Hoc Human Rights Court (26 August 2019) Indonesia Law <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-054.pdf>>.

สิทธิมนุษยชน โดยให้มีอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และให้สรุปสำนวนพร้อมทั้งความเห็นไปยังอัยการสูงสุด

2. รัฐจะต้องบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 26 โดยให้มีวรรคสองว่า ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจในการฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง ในประเด็นดังนี้

2.1 ฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย โดยไม่ต้องได้รับการร้องขอจากผู้เสียหาย และเป็นกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ในการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมในทางอาญา คณะกรรมการฟ้องแทนผู้เสียหายได้เฉพาะกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่ฟ้องคดี

2.2 เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ กระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้

2.3 เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองในกรณีที่เห็นว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากกฎ คำสั่งใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หรือในกรณีที่เห็นว่า การกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

ในกรณีการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง อันเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ต้องพิจารณาในเรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ คำสั่ง ซึ่งจะกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือวินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย เมื่อเห็นว่าหน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพในทางปกครอง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะต้องมีอำนาจเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือต่อศาลปกครองได้แล้วแต่กรณี รัฐจะต้องบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 โดยต้องบัญญัติด้วยว่าให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐโดยตรงตามรัฐธรรมนูญกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ และต้องบัญญัติด้วยว่าให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองในกรณีที่เห็นว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากกฎ คำสั่งใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หรือในกรณีที่เห็นว่า การกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบสิทธิมนุษยชน

และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

รัฐจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46 วรรคหนึ่งโดยต้องบัญญัติไว้ว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยคดีตามมาตรา 7 (11) ได้ โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อนภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว เว้นแต่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ก็ให้ยื่นคำร้องได้ตราบที่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ และให้นำความในมาตรา 48 วรรคหนึ่งและวรรคสอง มาใช้บังคับด้วย โดยอนุโลม โดยต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือวันที่พ้นกำหนดเวลาที่ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่ยื่นคำร้องต่อศาลตามมาตรา 48 วรรคสอง” และรัฐจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 48 โดยให้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 47 ผู้ใดถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ถ้าผู้นั้นเห็นว่าการละเมิดนั้นเป็นผลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และให้ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

พิจารณายื่นคำร้องต่อศาลพร้อมด้วยความเห็นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำร้องจากผู้ร้อง โดยให้ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ร้องทราบภายในสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว” และในวรรคสองให้บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่ยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง หรือไม่ยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลได้”

ในกรณีที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองนั้น รัฐจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในหมวดที่ 4 ส่วนที่ 1 ว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง มาตรา 43 โดยให้บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ากฎหรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่รัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ หรือในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นว่ากฎคำสั่ง หรือการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากกฎคำสั่งใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน หรือในกรณีที่เห็นว่าการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ ในการเสนอความเห็นดังกล่าวผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42”

3. รัฐจะต้องบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม โดยให้มีมาตรา 27/1 วรรคแรกว่า การกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน คือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำอย่างรุนแรง หรือเป็นการกระทำที่ไม่ปฏิบัติตาม หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม วรรคสองว่า การกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงจะต้องมีลักษณะการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

3.1. คดีที่มีลักษณะเป็นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งการกระทำใด ๆ ที่กระทำด้วยเจตนาที่จะทำลายกลุ่มชนชาติ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มเชื้อชาติ หรือกลุ่มทางศาสนา ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพียงเพราะเป็นกลุ่มเช่นนั้น โดยการฆ่าสมาชิกของกลุ่ม การก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างสาหัสต่อสมาชิกของกลุ่ม การจงใจก่อให้เกิดสภาวะที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการดำรงชีวิตที่เล็งเห็นว่าจะนำไปสู่การทำลายทางกายภาพของกลุ่มไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน การกำหนดมาตรการที่เจตนาขัดขวางมิให้มีการกำเนิดบุตรภายในกลุ่ม การบังคับโยกย้ายเด็กของกลุ่มดังกล่าวไปยังอีกกลุ่มหนึ่ง

3.2. คดีที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบโดยมีเป้าหมายต่อประชากรพลเรือนใด โดยรู้ถึงการโจมตีนั้น อันได้แก่ การฆ่า การทำร้าย การเอาคนลงเป็นทาส การเนรเทศ หรือบังคับโยกย้ายประชากร การจำคุกหรือการลิดรอนเสรีภาพทางกายภาพที่ร้ายแรงซึ่งละเมิดต่อกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ การ

ทรมาน การทำให้เป็นทาสทางเพศ การบังคับให้เป็นโสเภณี การบังคับให้ตั้งครรภ์ การบังคับให้ทำหมัน หรือการกระทำรุนแรงทางเพศในรูปแบบอื่นใดที่มีความร้ายแรง การรังควานกลุ่มหรือหมู่คณะใด โดยเฉพาะอันเนื่องมาจากสาเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ ชนชาติ ชาติพันธุ์ วัฒนธรรม ศาสนา เพศ การบังคับให้บุคคลสูญหาย การเหยียดสีผิว การกระทำที่ไ้ร้มนุษยธรรมอื่นซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันโดยมีเจตนาที่จะให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงหรือบาดเจ็บทางกาย หรือสุขภาพจิตอย่างสาหัส

3.3. คดีที่มีลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกาย หรือเป็นคดีที่มีลักษณะเกี่ยวกับ ชีวิต หรือร่างกายที่กระทำต่อบุคคลอื่นเพียงเพราะว่ามีความเชื่อต่างกัน

3.4. คดีที่มีลักษณะเป็นการกล่าวร้าย คำหรือการกระทำอื่นใดที่เป็นการดูถูกเหยียดหยามผู้ด้อยโอกาส โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้ที่ถูกกระทำรู้สึกเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานจิตใจอย่างรุนแรง วรรคสามว่า ในการดำเนินการอันเกี่ยวกับคดีละเมิดสิทธิมนุษยชน ไม่ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียม

กิตติกรรมประกาศ

ขอกราบขอบพระคุณสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในการสนับสนุนทุนวิจัย เรื่อง ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 จนทำให้งานวิจัยนี้สำเร็จลงได้ด้วยดีอันเป็นประโยชน์ต่อไป

บรรณานุกรม

- กิจบดี ก้องเบญจภูษ, *หลักกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561).
- คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 70, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม* (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2561).
- จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2559).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2560).
- นพนธิ สุริยา, *สิทธิมนุษยชน: แนวคิดและการคุ้มครอง* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559).
- เนตรนภา พุทธสุวรรณ, *การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *นิติรัฐ นิติธรรม* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561).
- รพีพัฒน์ ศรีศิริรักษ์และธีระวัฒน์ จันทิก, “ปัญหาอุปสรรคและแนวทางการพัฒนาประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของฝ่ายสอบสวนในระบบงานยุติธรรม” (2560) 8:1 *วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*.
- สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์, *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560* (กรุงเทพฯ: เจริญรัฐการพิมพ์, 2561).
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *บทความพิเศษ: อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน* (3 กรกฎาคม 2562) สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ <<http://www.nhrc.or.th>>.
- Indonesia Law, *Indonesia Law No. 26 Year 2000 - Establishing the Ad Hoc Human Rights Court* (26 August 2019) Indonesia Law <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-054.pdf>>.
- JUTA Africa, *Human Rights Commission Act 54 Of 1994* (26 August 2019) JUTA Africa <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1994-054.pdf>>.
- National Human Rights Commission New Delhi, *Protection of Human Rights Act* (26 August 2019) National Human Rights Commission <<http://www.nhrc.nic.in>>.
- New Zealand, *Human Rights Act 1993* (26 August 2019) New Zealand <<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1794/Human%20Rights%20Act%201993%20%20legislation.govt.nz.pdf>>.





ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน Legal Issues Concerning Assisted Reproductive Technology : A Case Study on Surrogacy Arrangements

อนันต์ แทกริมย์กุล*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีจุดประสงค์ในการศึกษาถึงบางประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยคำนึงถึงหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงต้องถูกปกป้องโดยกฎหมาย และผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดจำต้องกระทำตามหน้าที่ของตนบนพื้นฐานของหลักสุจริต (principle in good faith)

วิธีการศึกษาโดยทำการค้นคว้าวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) จากหนังสือกฎหมาย หนังสือการแพทย์ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากเอกสาร ข้อมูล บทความวิชาการทางกฎหมายของไทยและต่างประเทศ จากวิทยานิพนธ์ จากระบบฐานข้อมูลในเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

สรุปผลการวิจัยคือสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยกลไกทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ดังกล่าวควรเท่าเทียมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ ดังนั้นจึงเสนอแนะให้ การตั้งครรภ์แทนมีหมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตามก่อนตั้งครรภ์นั้น ให้เด็กที่เกิดด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม และห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ส่วนสามีและภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ควรกำหนดบทลงโทษความผิดไว้เพื่อหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก

คำสำคัญ: เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การตั้งครรภ์แทน สิทธิของเด็ก

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

Abstract

This thesis aims to study some key legal issues dealing with the protection of children from illegal surrogacy arrangement under Assisted Reproductive technology Act, B.E.2558. In this regard, the best interest of the child principle must be protected by law and all stakeholders must perform their duties based on this principle in good faith.

The method of study is using documentary research methodology, many legal textbooks, medical textbooks, articles, research papers published in various journals, online databases, websites.

The research outcome of this thesis does confirm that the rights of the child born from assisted reproductive technology should be equal to the child born from pregnancy. Consequently, surrogacy means pregnancy through any assisted reproductive technology that the women who gets pregnant agrees to a legitimate spouse or unlicensed spouse in writing before her pregnancy and a baby born from such technology must be a legitimate child of the said legitimate spouse or unlicensed spouse and it is prohibited to perform a surrogacy for commercial purposes or for seeking unlawful benefits. However, the spouse and surrogate who violate Section 22 of the said Act should not be punished because of the best interest of the child instead.

Keyword: Assisted Reproductive Technology, Surrogacy Arrangements, Children's Right.

บทนำ

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในด้านต่าง ๆ มีมากมายหลายอย่างโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านวัตถุสิ่งของและบริการซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ในขณะที่ตัวมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีกลไกการทำงานของร่างกายและจิตใจที่สลับซับซ้อนมาก อย่างไรก็ตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่อาศัยการศึกษาค้นคว้าทดลองและวิจัยสามารถนำไปสู่

เทคโนโลยีทางการแพทย์มากมาย เช่น เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์¹ (Assisted Reproductive technology) ใช้ชื่อย่อว่า ART ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มีตัวอย่างได้แก่การปฏิสนธิในหลอดแก้วด้วยวิธี IVF (In Vitro Fertilization) หรือที่เรียกว่าเด็กหลอดแก้ว (Test tube baby) การผสมเทียม (Artificial Insemination) เป็นต้น

¹ มาตรา 3, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม

บทบัญญัติในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่เดิมไม่สามารถปรับใช้กับปัญหาเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างแท้จริงว่าเด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีอำนาจการปกครองเด็ก หรือกรณีที่น่าสงสัยรับจ้างตั้งครรภ์แทน ไม่ส่งมอบบุตรให้ฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนหรือในทางตรงกันข้ามฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมรับบุตรเนื่องจากมีความพิการหรือผิดปกติดังกล่าวอย่างหนึ่งก่อนคลอด หรือพบได้หลังคลอดแล้วจะได้หรือไม่ เป็นต้น

ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้น โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้เพื่อกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาและมารดาที่แท้จริง ซึ่งขอให้มีการตั้งครรภ์แทนมีการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายเพื่อมิให้มีข้อโต้แย้งหากไม่มีกฎหมายเฉพาะนี้บิดาและมารดาที่แท้จริงจะเป็นเพียงบิดามารดาบุญธรรมเท่านั้น ทั้งมีการกำหนดมิให้รับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องและมีบทลงโทษทางอาญาหากมีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองมารดาและเด็กไว้ตามมาตรา 48 และมาตรา 54 การจัดวางกฎระเบียบที่ดีไว้เพื่อให้เป็นไปตามหลัก

นิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่มีประสิทธิภาพมากพอที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ทัดเทียมกับเด็กที่เกิดตามปกติธรรมดา

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดในการสร้างรูปแบบกฎหมาย (Law Model) ที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3. เพื่อวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายอันสำคัญในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับการคุ้มครองเด็กที่เกิดดังกล่าวโดยไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สมมติฐานของการศึกษา

ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสามีและภริยาโดยความสัมพันธ์ตามธรรมชาติย่อมถูกกำหนดด้วยสารพันธุกรรมนำไปสู่ความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาก่อนนั้น แต่ด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาการมีบุตรยากโดยการตั้งครรภ์แทนซึ่งจะมีหญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์เป็นผู้อุ้มท้องจนคลอดทารกออกมา จึงมีการอ้างสิทธิความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แต่ข้อเท็จจริงเด็กได้รับสารพันธุกรรมจากฝ่ายสามีและภริยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนดังนั้นเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงควรเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้แล้วแต่ต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทนและมีอำนาจปกครองของเด็กได้ทั้งนี้โดยการใช้หลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตลอดจนจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายในระดับต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนอย่างแท้จริงและเป็นการป้องกันและปราบปรามการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในเชิงพาณิชย์อันอาจนำไปสู่ขบวนการค้ามนุษย์ได้

ขอบเขตของการศึกษา

คุยนีพนธ์ฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตของการศึกษาวิจัยโดยแบ่งเป็นประเทศที่มีการกระทำเกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่อไปนี้

1. ประเทศที่มีกฎหมายรองรับและสามารถทำการพาณิชย์ได้โดยศึกษาจากประเทศสหรัฐอเมริกาและอินเดียเป็นตัวอย่าง
2. ประเทศที่มีกฎหมายรองรับ แต่ไม่อนุญาตให้ทำการพาณิชย์โดยศึกษาจากประเทศสหราชอาณาจักรและออสเตรเลียเป็นตัวอย่าง
3. ประเทศที่กฎหมายห้ามโดยเด็ดขาดโดยศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเป็นตัวอย่าง
4. ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายใดมารองรับ เช่น นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เกาหลีใต้ มองโกเลีย เปรู ชิลี เป็นต้น

ประโยชน์ที่จะคาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ได้แนวคิดในการสร้างรูปแบบกฎหมาย (Law Model) ที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
2. เพื่อได้แนวทางตามมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัย

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3. เพื่อได้แนวทางในการสร้างรูปแบบทางกฎหมายในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับการคุ้มครองเด็กที่เกิดดังกล่าวโดยไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

วิธีดำเนินงานวิจัย

คุณภิญโญฉบับนี้มีวิธีดำเนินการวิจัยโดยพิจารณาจากระเบียบ ขอบบังคับ กฎหมาย และพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าจากหนังสือและบทความทางวิชาการต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ความเห็นของนักกฎหมายจากบทความต่าง ๆ รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ของไทยและต่างประเทศ ข้อมูลจาก websites ในการค้นหาผ่านทาง Internet ในเรื่องที่เป็นความรู้ทางเทคโนโลยีการแพทย์ช่วยการเจริญพันธุ์รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายทางแพ่ง ทางอาญาของไทย และพระราชบัญญัติทางการแพทย์ต่าง ๆ ตลอดจนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

² แสวง บุญเฉลิมวิภาส ดาราพร ธีระวัฒน์, ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการคัดเลือกทางพันธุกรรม (กรุงเทพฯ: สวทช., 2548) 26.

ผลการวิจัย

จากแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังต่อไปนี้

1. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่หลักศาสนาและมาตรฐานทางศีลธรรม

เป็นแนวความคิดที่เกี่ยวกับหลักศีลธรรม ความเชื่อและคำสอนทางศาสนาในเรื่องเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือ ศาสนาคริสต์นั้นตามคำสอนของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เกี่ยวกับการปฏิสนธิโดยใช้เทคโนโลยีต่างนอกครรภ์มารดาเกี่ยวกับการปฏิสนธิในหลอดทดลองโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง ศาสนจักรยอมรับได้มีเฉพาะกรณีเดียวเท่านั้นคือการกระทำในธรรมชาติของการกระทำเองเป็นการกระทำที่ช่วยให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์มารดาสะดวกขึ้น² ส่วนศาสนาอิสลาม การปฏิสนธิของทารกนอกครรภ์มารดาโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำได้โดยไม่ขัดหลักศาสนาอิสลามเมื่อไม่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายหรือไต่ของผู้อื่น และหญิงนั้นจะต้องสมรสแล้ว การตั้งครรภ์โดยซื้อขายจึงขัดหลักศาสนาอิสลามถือว่าคู่สมรสมีคู่ การใช้ของชายอื่นเป็นสิ่งที่มิอาจยอมรับได้และการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นนั้นต้องห้ามเช่นกัน เพราะมารดาของเด็กจะต้องเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กเท่านั้น ส่วนหลักพุทธศาสนายอมรับการปฏิสนธินอกครรภ์มารดา เพราะเป็นวิธีช่วยให้เกิดบุตรเท่านั้น แต่ไม่สนับสนุนการสร้างตัวอ่อนจำนวนมากที่ต้อง

กำจัดตัวอ่อนหรือใช้ในการทดลองทางวิทยาศาสตร์ เพราะเป็นการละเมิดศีลข้อแรกคือการห้ามฆ่าสัตว์ การไต่สวนหรือไขข้อข้องใจของผู้อื่นนำมาใช้กับคู่สามีภรรยา แม้อาจไม่ถือว่าได้ละเมิดศีลข้อ 3 การประพฤติในกาม หรือการเป็นชู้ก็ตาม แต่จะกระทบต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและความมั่นคงของคู่สามีภรรยา

2. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก แนวความคิดที่ให้ความสำคัญกับผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก และเป็นผู้คลอดเด็ก เนื่องจากจะต้องเป็นผู้ที่อุ้มท้องถึง 9 เดือน ถือเป็นภาระที่จะต้องทำให้ดีที่สุดเพราะเปรียบเสมือนผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็กเพื่อให้เด็กที่คลอดออกมามีร่างกายและจิตใจที่แข็งแรงสมบูรณ์ แนวความคิดนี้เป็นไปตามหลักทางชีวภาพ (Biological Relation Approach) หมายความว่าในการกำหนดความเป็นมารดาตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมายกล่าวคือหญิงผู้ตั้งครรภ์ตามกฎหมายคือผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาของบุตรนั้น แม้ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนก็ตามจึงถือได้ว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะครอบครัวของประเทศไทยแม้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 ถือเป็นหลักได้ว่า บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม⁴ เนื่องจากความเป็นมารดาและบุตรเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้และสามารถนำสืบ

ได้ง่ายกว่าความเป็นบิดาและบุตร เด็กย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเสมอ ไม่ว่าหญิงมารดาจะได้สมรสกับชายใดหรือไม่ก็ตาม⁵ แต่กฎหมายมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 ดังนี้ เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่า เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 และในต่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น มีหลักกฎหมายพื้นฐานที่ว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมามีถือว่าเป็นมารดาของบุตร ตามหลัก “mater est quam questatio demonstrat” (the mother is demonstrated by gestation)⁶ ด้วยเหตุผลที่ว่าหญิงตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันกับเด็กในท้องอย่างลึกซึ้งกฎหมายจึงให้ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมาเสมอ โดยเป็นหลักกฎหมายที่ใช้มาเป็นเวลาช้านานแล้วก่อนที่จะมีเทคโนโลยีทางการแพทย์ขั้นสูงทางการแพทย์และเนื่องจากหลักการนี้มีเหตุผลที่เพียงพอจึงยังคงใช้อยู่จนถึงปัจจุบันนี้สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

3. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่เป็นต้นกำเนิด คือเป็นผู้ให้ “เชื้อและไข่” เป็นองค์ประกอบแรกของการเกิดชีวิตเด็กขึ้น อันได้แก่สามี

³ จรัญ ภักดีธนากุล, “อุ้มบุญหรือเอื้อบับ” (2558) 67:5 วารสารพี 18, 23.

⁴ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, พิมพ์ครั้งที่ 16, 2550) 526.

⁵ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวจาก บิดา มารดาและบุตร (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2550) 59.

⁶ ประสพสุข บุญเดช, “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์” (2538) 51:1 วารสารกฎหมาย 16, 18.

และภรรยาผู้ให้เชื้อ (sperm) และไข่ (ovum) ที่เป็นผู้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแต่เป็นผู้ถ่ายทอดสารพันธุกรรมแก่เด็ก เป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) ตามความเป็นจริงตามสายเลือด กล่าวคือคู่สามีภรรยาผู้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองหรือจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ตาม เป็นเพราะเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนได้มาจากคู่สามีภรรยาที่ต้องการจะมีบุตรจึงควรกำหนดให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น อย่างไรก็ตามสำหรับบางกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนจากผู้บริจาคก็ยังคงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้นแต่เป็นไปตามหลักหัวใจปรารถนาหรือหลักเจตจำนงของสามีภรรยาผู้นั้นนั่นเอง

4. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีหัวใจปรารถนาที่จะได้เด็กเป็นบุตรของตน เป็นหลักการยึดเจตจำนงเป็นสำคัญ (Intent-Based Parenthood) ซึ่งเกิดจากสามีและภรรยาที่มีบุตรยากและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยคำนึงถึงข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในการกำหนดความเป็นบิดามารดา เป็นหลักการในการคุ้มครองความต้องการของสามีภรรยาฝ่ายที่ต้องการมีบุตรเนื่องจากฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนย่อมมีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองอยู่แล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการนี้มีความสัมพันธ์กับหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเพราะเมื่อมีความคุ้มครองเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของสามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรตามหลักความสัมพันธ์แล้วก็ย่อมได้รับคุ้มครองตามหลักเจตจำนงเช่นกัน

5. แนวคิดทฤษฎีการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ เป็นหลักการที่จำเป็นต้องอาศัยคำพิพากษาในการชี้ขาดตัดสินว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายว่าเป็นอย่างไรและอำนาจในการปกครองเด็กนั้นควรจะอยู่ที่ผู้ใดนั้น สำหรับประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาจำต้องมีกฎหมายรองรับศาลจึงจะสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ส่วนประเด็นเรื่องอำนาจปกครองเด็ก ศาลจะมีหลักในการพิจารณาให้เป็นไปตามสัญญา (Contractual Model) เพราะถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายลักษณะสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่สามารถบังคับได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาดังครรภ์แทน นอกจากนี้ศาลยังอาจมีคำสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ใดโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญญาดังครรภ์แทนที่ได้ตกลงกันไว้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลในแต่ละเรื่องเป็นกรณีๆไป

ส่วนการบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้นยังขาดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยและการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กอาจนำไปสู่ปัญหาการค้ามนุษย์ได้

บทสรุปผลการวิจัย

จากแนวคิดทฤษฎีแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้เด็กที่เกิดเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาคนไทยที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยใช้หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) ตามความเป็นจริงตามสายเลือด กล่าวคือคู่สามีภรรยาผู้เป็นเจ้าของเชื้อสุจิหรือไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองหรือจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และใช้หลักการยึดเจตจำนง (Intent-Based Parenthood) ซึ่งเกิดจากสามีภริยาที่มีบุตรยากแต่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยคำนึงถึงข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในการกำหนดความเป็นบิดามารดา แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายในระบบ Common Law ส่วนใหญ่ ศาลจะตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญ แม้ว่าศาลจะถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายลักษณะสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่สามารถบังคับได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อตกลงตั้งครรภ์แทนก็ตามทำให้เกิดความชัดเจนว่าใครจะมีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยศาลสามารถใช้

ดุลยพินิจว่าเด็กควรจะอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใดที่เหมาะสมที่สุดและสำหรับกรณีทั้งสองฝ่ายปฏิเสธที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครอง ศาลก็ยังสามารถวินิจฉัยให้บุคคลที่สามเช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมีอำนาจปกครองเด็กนั้น

ส่วนประเด็นการบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้นควรแก้ไขให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยคำยิ่งขึ้นและควรให้ความหมายของการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กไว้เพื่อป้องกันปัญหาการค้ำมนุษย์

ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกำหนดสถานะทางกฎหมาย (Legal Status) ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

โดยที่การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหัวใจสำคัญของพระราชบัญญัตินี้จึงได้ตราเป็นกฎหมายให้เด็กที่เกิดเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาคนไทยที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ การที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสกันก็ควรจะได้รับโอกาสในสิทธิขั้นพื้นฐานในการก่อตั้งครอบครัวและมีทายาท

สืบวงศ์ตระกูลซึ่งเมื่อได้พิจารณาตามมาตรา 27⁸ ของกฎหมายอังกฤษใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาคและใช้กับกรณีที่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นการที่กฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสถานะทางกฎหมายของความเป็นบิดามารดาของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ชัดเจนขึ้นและได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แม้บิดามารดาไม่ได้สมรสกันตามกฎหมายก็ตาม

สิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการรับรู้ข้อมูลผู้บริจาคอสุจิหรือไข่เมื่อเด็กมีอายุครบ 20 ปี ควรมีสิทธิที่จะรับรู้บรรพบุรุษของตนเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 7⁹ เด็กจะได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังการเกิด และจะมีสิทธิที่จะมีชื่อนับแต่เกิด และสิทธิที่จะได้สัญชาติและเท่าที่จะเป็นไปได้สิทธิที่จะรู้ใครคือผู้ที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดตน

⁸ Section 27 Meaning of “mother

(1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

(2) Subsection (1) above does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the child of any person other than the adopter or adopters.

(3) Subsection (1) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

⁹ Human Rights, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก-สิทธิมนุษยชน (5 Aug 2017) HumanRights <<http://www.Humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/crc.pdf>>.

2. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาท

เนื่องจากกฎหมายในระบบ Common Law ส่วนใหญ่ ศาลจะตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญ ซึ่งศาลจะมีคำสั่งให้อำนาจปกครองเด็กเป็นของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือฝ่ายสามีภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนก็ได้ แม้ว่าข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนจะเป็นอย่างไรก็ตาม และไม่ว่าฝ่ายใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ศาลอาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นที่เหมาะสมเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กโดยการถือหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ได้ ดังนั้นจึงมีความเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่จะต้องนำมาเขียนไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองเด็กจากการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เนื่องจากศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดอำนาจปกครองเด็กโดยการใช้ดุลยพินิจไว้รองรับอย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายครอบครัวของไทยอีกด้วย

3. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

การที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” เห็นว่ายังไม่ชัดเจนพอ ซึ่งอาจตีความถึงการคิดค่าบริการทางการแพทย์ในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนด้วยหรือไม่ ดังนั้นการขาดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาการตีความของกฎหมายจึงเห็นว่าควรมีนियามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้ในมาตรา 3 ด้วยโดยอาจให้ความหมายคือ “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายความว่า เป็นประโยชน์ที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนสำหรับค่าตอบแทนที่เป็นทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก็ตาม นอกเหนือจากค่าบริการทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอื่นๆในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เช่นค่าใช้จ่ายในการดูแลหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในระหว่างตั้งครรภ์

จนกระทั่งคลอด เป็นต้น นอกจากนี้การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กอาจมีลักษณะเป็นการค้ำมนุษย์ ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้าง รวมถึงแพทย์ อาจมีความผิด ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ได้ สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนบทมาตรานี้ได้คือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมและมีบทลงโทษตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แล้ว ส่วนผู้ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยการฝ่าฝืนมาตรา 22 นี้กฎหมายไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ จึงเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาดูด้วย สำหรับสามีกับภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ฝ่าฝืนมาตรา 22 ควรจะกำหนดบทกเว้นความผิดหรือบทกเว้นโทษไว้ เพราะไม่น่าเชื่อว่าเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายจนต้องลงโทษ การที่จะต้องมีความผิดและรับโทษทางอาญาอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาของเด็กตลอดจนกระทบต่อจิตใจของเด็กได้โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

บรรณานุกรม

เกียรติศักดิ์ ดวงจันทร์, “พุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครุฑแทน” (2557) 6:1 วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี.

จิตต์ ดิงศภัทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2524).
จริญ ภักดีชนากุล, “อุ้มบุญหรือเอื้อบาป” (2558) 67:5 วารสารพี.

ประมวล วิรุฒมเสนและคณะ, “การตั้งครุฑตลอดจากการปฏิสนธิในร่างกาย” (2530) 31:11 จุฬเวชวารสาร.

ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2524).

ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2558).

วิชามหาคุณ, “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่” (2556) 40:3 นิตยสารกระทรวงยุติธรรม.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การผสมเทียมกับกฎหมาย” (2531) 44:2 บทบันทึกคดี.

แสวง บุญเฉลิมวิภาสและคาราพร ธีระวัฒน์, “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” (2548) 5:2 วารสารคูลพา.

Dickens, B.M. “Ethical Issues Arising from the use of Assisted Reproductive Technologies” (2012) 6:3 *Social Medicine*.





กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาด สำหรับพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย Legal for Conservation and wise use of wetland in Thailand

จวีรัตน์ ศรีอัยเสริมทรัพย์ *

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์และประสิทธิภาพการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย เพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาดของประเทศไทย โดยศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการบริหารจัดการในด้านนโยบายและแผน องค์กร กฎหมายและการมีส่วนร่วมของประชาชน วิธีการศึกษาโดยการเปรียบเทียบกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ (Ramsar Convention) และแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง จากการศึกษพบว่าปัญหาในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทยที่ผ่านมา ได้แก่ 1.ปัญหาความไม่ชัดเจนของนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ 2. ปัญหาความไม่สอดคล้องของเนื้อหากฎหมายกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ 3.ปัญหาด้านโครงสร้างขององค์กร 4.ปัญหาการขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ชุ่มน้ำ เพื่อนำปัญหามาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของไทยโดยมาตรการในการอนุรักษ์และการใช้พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาด นำมาเป็นแนวทางที่ดีในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย

ผู้วิจัยขอเสนอแนะ ได้แก่ 1 ข้อเสนอแนะด้านนโยบาย รัฐควรกำหนดให้มีการจัดทำแผนแม่บทการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำและแผนปฏิบัติการพื้นที่ชุ่มน้ำ เพื่อวางแผนจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำทั้งประเทศ 2.ข้อเสนอแนะด้านองค์กร รัฐควรมีการปรับปรุงโครงสร้างการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ การจัดตั้งองค์กรจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับจังหวัด โดยทำงานประสานกับคณะกรรมการลุ่มน้ำประจำจังหวัด เพื่อทำหน้าที่รับนโยบายจากส่วนกลาง ส่วนในระดับท้องถิ่น การจัดตั้งคณะกรรมการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำเฉพาะพื้นที่ชุ่มน้ำในพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับท้องถิ่น หรือคณะกรรมการพื้นที่ชุ่มน้ำชุมชน 3.ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย รัฐควรออกกฎหมายลำดับรองหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำโดยอาศัยหลักการ

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์คุณวุฒิบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และ4. ข้อเสนอแนะด้านการมีส่วนร่วมของประชาชน รัฐควรสร้างกลไกการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำโดยอาศัยการมีส่วนร่วมของชุมชน ในการวางแผนจัดการและการติดตามตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงของพื้นที่ชุ่มน้ำ

คำสำคัญ : พื้นที่ชุ่มน้ำ การใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาด การอนุรักษ์

Abstract

The purpose of this article is to study the legal problems on conservation and utilization and the effective management of wetlands in Thailand. The study also related laws and issues concerning the problem management policies and organizations, laws and public participations of country. The study compares and analyzes these related Ramsar Convention and relevant theories. Based on the study, it is found that the problems in wetland management in Thailand in the past are; 1. Problems of unclear wetland policy and management plans are problems of wetland resources policy and planning in Thailand. 2. Concern about inconsistency of legal content and principles in accordance with the Ramsar Convention 3. The problem of Organizational structure. 4. The problem of shortage of public participation in the conservation and utilization of wetlands. This article suggests law for improving and developing the legal of Thailand. The measures for the conservation and wise use and used to Guidelines for implementation of the wetland in Thailand.

This study would suggest that 1. Owing to a recommendation relating to any policies, the government should establish a master plan about wetland management and wetland action plan in order to administrative plan for wetlands throughout the country 2. As recommendations for an organization, the state should improve the structure of wetland management, establishment of wetland management organizations at the provincial level working in collaboration with the Provincial Watershed Management Committee to be responsible for centralizing any local policies, establishing a wetland management sub-committee for specific wetland areas at the local level or community wetland committee 3. With respect to legal advice, the government should enact the subsidiary legislation or local ordinances for conservation and use of wetlands based on principles subject to the Convention on wetland, and 4. For suggestions for public participation, the government should set up a mechanism for wetland management based on community participation in planning, management and monitoring of wetland changes.

Keywords : Wetland, Wise use, Conservation

บทนำ

“พื้นที่ชุ่มน้ำ” (Wetlands) ตามนิยามของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ หมายถึง พื้นที่ลุ่ม พื้นที่ราบลุ่ม พื้นที่ลุ่มชื้นแฉะ พื้นที่ถ่าน้ำ มีน้ำท่วม มีน้ำขัง พื้นที่พรุ พื้นที่แหล่งน้ำ ทั้งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติและที่มนุษย์สร้างขึ้น ทั้งที่มีน้ำขังหรือท่วมอยู่ถาวรและชั่วคราว ทั้งที่เป็นแหล่งน้ำนิ่งและน้ำไหล ทั้งที่เป็นน้ำจืด น้ำกร่อยและน้ำเค็ม รวมไปถึงพื้นที่ชายฝั่งทะเล และพื้นที่ของทะเล ในบริเวณซึ่งเมื่อน้ำลดลงต่ำสุดมีความลึกของระดับน้ำไม่เกิน 6 เมตร อาจรวมถึงพื้นที่ริมฝั่งแม่น้ำและชายฝั่งทะเล ซึ่งมีเขตติดต่อกับพื้นที่ชุ่มน้ำและเกาะหรือน้ำทะเลที่มีความลึกมากกว่า 6 เมตร เมื่อน้ำลดลงต่ำสุดอยู่ภายในขอบเขตของพื้นที่ชุ่มน้ำนั้น สรุปความหมายของพื้นที่ชุ่มน้ำ คือ พื้นที่ซึ่งปกคลุมไปด้วยน้ำ ทั้งในแผ่นดินและชายฝั่งทะเล เช่น แม่น้ำ ลำคลอง ห้วย หนอง บึง พรุ ทะเลสาบ อ่างเก็บน้ำ ปากแม่น้ำ ชายหาด ป่าชายเลน หาดเลน

ด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำนั้น เป็นพื้นที่ที่มีระบบนิเวศที่สมบูรณ์ที่สุดอย่างหนึ่งของโลกด้วยเป็นผู้ผลิตที่สำคัญในห่วงโซ่อาหาร ทั้งในด้านความหลากหลายทางชีวภาพและการผลิตมวลชีวภาพ ด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำเป็นรอยเชื่อมต่อของระบบนิเวศ ระหว่างระบบนิเวศพื้นดิน (Terrestrial) และพื้นน้ำ (Aquatic) จึงมีคุณค่าเพราะเป็นแหล่งน้ำ แหล่งกักเก็บน้ำฝนและน้ำท่า ป้องกันน้ำเค็มมิให้รุกเข้ามาในแผ่นดิน ป้องกันน้ำเค็มมิให้รุกเข้ามาในแผ่นดิน ป้องกันชายฝั่งพังทลาย ดักจับตะกอน และแร่ธาตุ เป็นแหล่งทรัพยากรและ

ผลผลิตธรรมชาติที่มนุษย์เข้าไปเก็บเกี่ยวใช้ประโยชน์ ดังนั้น ด้วยลักษณะพิเศษของพื้นที่ชุ่มน้ำนี้เข้ามาซึ่งการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความเฉพาะแตกต่างจากพื้นที่อื่น คือ หลักการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาด (Wise use) อันถือว่าเป็นหลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ (Ramsar Convention) มีภาระกิจเพื่อการใช้พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างยั่งยืน เพื่อประโยชน์ของคนและชุมชน ในวิถีทางที่สอดคล้องกลมกลืน และบำรุงรักษาคุณลักษณะทางธรรมชาติของระบบนิเวศพื้นที่ชุ่มน้ำไว้ จากหลักการใช้พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาด แสดงให้เห็นว่า พื้นที่ชุ่มน้ำจึงต้องมีการใช้ประโยชน์โดยมนุษย์ เพื่อเป็นแหล่งทำมาหากินเลี้ยงชีพของคนในชุมชน เช่น ชาวประมง เป็นแหล่งทำเกษตรกรรมที่สำคัญของประเทศ คือ ข้าว แม้แต่ชุมชนคิดทะเลพื้นที่ชุ่มน้ำ เป็นแหล่งทำประมงและเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำเป็นสินค้าออกที่สำคัญ นอกจากนี้ พื้นที่ชุ่มน้ำยังมีความสำคัญต่อวิถีชีวิตของชุมชน และคนไทยตั้งแต่อดีต ผู้คนมักอยู่อาศัยใกล้แม่น้ำ เพื่อใช้เป็นเส้นทางคมนาคมขนส่ง และคนไทยจึงมีความผูกพันกับพื้นที่ชุ่มน้ำทั้งในด้านสังคม วัฒนธรรม การท่องเที่ยว และนันทนาการ เช่น การตั้งถิ่นฐานของชุมชนตามแนวน้ำ มีตลาดน้ำ วัดวาอารามสองฟากฝั่งน้ำ มีวัฒนธรรมประเพณีที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ชุ่มน้ำ เช่น ประเพณีลอยกระทง ประเพณีชักพระ ประเพณีการแข่งเรือ เป็นต้น

ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ ในลำดับที่ 110 เมื่อวันที่ 13 กันยายน 2541 รวมถึงการเสนอพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความ

¹ สันตนิย ชูแวว, คู่มือการเรียนรู้แนวทางและรูปแบบการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำและทรัพยากรในพื้นที่ชุ่มน้ำอย่างยั่งยืน (นครปฐม: คณะสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2557) 17.

สำคัญของประเทศไทยเข้าเป็นพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความสำคัญระหว่างประเทศหรือแรมซาร์ไซต์ ในทะเบียนรายนามของอนุสัญญาฯ ประโยชน์ที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาคือ ได้รับชื่อเสียงในเวทีการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของโลก และได้รับข้อมูลข่าวสาร ความช่วยเหลือทางวิชาการและเทคโนโลยีที่ทันสมัยในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาด ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำถือว่าเป็นเครื่องมือที่ประเทศไทยนำมาใช้ในการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำ โดยประกอบกับกฎหมายระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ รัฐควรเร่งดำเนินการและสนับสนุนหลักการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ คือ กำหนดแนวนโยบายและหลักเกณฑ์ในการส่งเสริมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม มีกระบวนการติดตามตรวจสอบ การขึ้นทะเบียน เป็นต้น² โดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำอันประกอบด้วย มาตรการทั่วไปที่ใช้กับพื้นที่ชุ่มน้ำ กำหนดมาตรการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ โดยนำหลักการป้องกันล่วงหน้า และมาตรการเฉพาะที่ใช้กับพื้นที่ชุ่มน้ำที่อยู่ในเขตอนุรักษ์ ตลอดจนนำมาตราการส่งเสริมมาใช้ ได้แก่ มาตรการทางเศรษฐศาสตร์ หลักการมีส่วนร่วมของชุมชน มาใช้ในการกำหนดนโยบายหรือกฎหมายเพื่ออนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาด

ดังนั้น เมื่อพิจารณามาตรการในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทยในปัจจุบัน พบว่ามีปัญหา ดังนี้

ปัญหาที่ 1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ประเทศไทยได้เริ่มวางแผนและดำเนินการในการอนุรักษ์และการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำมา โดยมีการจัดทำนโยบาย มาตรการและแผนปฏิบัติการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทย พ.ศ. 2540 – 2545 เป็นนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่กำหนดกรอบแนวทางให้การดำเนินงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการ หลังจากนั้นนโยบายด้านการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่ไปแทรกอยู่ในนโยบาย มาตรการ และแผนการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และแผนแม่บทบูรณาการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพทำให้ขาดความชัดเจน หรือเป็นรูปธรรมเพื่อให้หน่วยงานต่าง ๆ ยึดถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานเดียวกัน และไม่มีการกำหนดให้มีแผนแม่บทการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำและแผนปฏิบัติการในแต่ละพื้นที่ชุ่มน้ำ ทำให้ขาดทิศทางการบริหารจัดการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทำให้ไม่สามารถบังคับใช้หรือปฏิบัติตามนโยบายให้เป็นทิศทางเดียวกันได้ ตลอดจนขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการวางแผนการจัดการทำให้นโยบายและแผนที่ผ่านมาไม่สามารถบรรลุตามเป้าหมายได้

ปัญหาที่ 2 ปัญหาด้านโครงสร้างขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ

การจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทยนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน มีทั้งหน่วยงานราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากพื้นที่ชุ่มน้ำกระจายอยู่หลาย

² สำนักความหลากหลายทางชีวภาพ, *ทำความเข้าใจกับอนุสัญญาแรมซาร์* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานนโยบายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ, 2552) 10.

แห่งและมีหลายรูปแบบในประเทศ ทำให้ต้องมีหน่วยงานในการกำกับดูแลเป็นจำนวนมากกระจายอยู่ในหลายกระทรวง ผลจากการมีหลายหน่วยงานทำให้มีกฎหมายและนโยบายตลอดจนกฎระเบียบข้อบังคับในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งหลายหน่วยงานต่างก็มีวัตถุประสงค์ตลอดจนภารกิจ มีหน้าที่รับผิดชอบในการแก้ไขปัญหาพื้นที่ชุ่มน้ำ ต่างกันไปตามกฎหมายที่ให้อำนาจผลจากการที่มีหน่วยงานในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำหลายหน่วยงาน ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนของการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีอำนาจในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์ มีลักษณะเป็นพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความสำคัญในระดับท้องถิ่นซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากอยู่ในรูปแบบสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เช่น ทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ หนอง คลอง บึง ที่ชายตลิ่ง เป็นต้น ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับการถ่ายโอนภารกิจบางส่วนมาจากส่วนกลางในการดูแลคุ้มครองที่สาธารณะประโยชน์เหล่านี้ตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 17 ได้แก่ การจัดการและดูแลสถานียชนสงฆ์ทางบกและทางน้ำ การสร้างและบำรุงรักษาทางบกและทางน้ำที่เชื่อมต่อระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ในปัจจุบันจากการศึกษาพบว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการดูแลพื้นที่ชุ่มน้ำแต่กลับไม่มีอำนาจใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่ชุ่มน้ำได้ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลคลอง หรือลำธารสาธารณะ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจ หน้าที่ในการดูแล แต่อำนาจใน

การพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่ชุ่มน้ำ หรือการให้เข้ามาดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ภายในพื้นที่ชุ่มน้ำนั้นกลับยังเป็นของส่วนกลางอยู่ เช่น การขออนุญาตในการก่อสร้างสะพานข้ามแม่น้ำลำคลอง ยังอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรมเจ้าท่าหรือกรมชลประทานในการอนุญาตหรืออนุมัติ เป็นต้น หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มีความพร้อมในการจัดการเชิงพื้นที่ได้อย่างมีเอกภาพ เช่น กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ แต่ยังไม่ได้รับมอบพื้นที่ส่วนหนึ่งจากหน่วยงานราชการส่วนกลาง

ปัญหาที่ 3 ปัญหาความไม่สอดคล้องของเนื้อหากฎหมายไทยกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ อนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ จากการศึกษากฎหมายในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำนั้น พบว่าปัจจุบันมีกฎหมายเป็นจำนวนมากกว่า 20 ฉบับที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ชุ่มน้ำซึ่งและกฎหมายแต่ละฉบับต่างก็มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ที่แตกต่างกันไป เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่องหรือแก้ไขปัญหาเฉพาะพื้นที่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ชุ่มน้ำในเขตอนุรักษ์ พบว่ามีมาตรการทางกฎหมายไทยมีการปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำในการคุ้มครอง บำรุง ดูแล และรักษาเขตอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำ โดยปกติการดูแลรักษาระบบนิเวศทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขตอนุรักษ์ ตามกฎหมายฉบับใดก็จะไปตามที่กฎหมายนั้นๆ กำหนด โดยมีมาตรการที่กำหนดการเข้าไปใช้ประโยชน์ในพื้นที่ชุ่มน้ำเขตอนุรักษ์ภายใต้การ

ควบคุมดูแลของพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยมาตรการทางกฎหมายในพื้นที่ที่ได้ประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์ตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายเหล่านี้ เช่น เขตอุทยานแห่งชาติ การเข้าใช้ประโยชน์ภายในเขตอนุรักษ์ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ตามลักษณะของเขตการจัดการและอยู่ในความควบคุมดูแลของพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ กิจกรรมที่ทำได้ในเขตอนุรักษ์ เช่น เขตอุทยานแห่งชาติ การเข้าไปใช้ประโยชน์ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่และต้องขออนุญาตเพื่อกระทำการในเขตอุทยาน ตามมาตรา 19 และมาตรา 22 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 และมาตรา 18 กำหนดให้มีการแผนการบริหารจัดการพื้นที่อุทยานแห่งชาติ และกำหนดเขตการจัดการภายในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ เพื่อคุ้มครอง บำรุง ดูแล และรักษาอุทยานแห่งชาติ โดยการวางแผนต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสีย ชุมชนที่เกี่ยวข้องและประชาชนในพื้นที่ด้วย ซึ่งมาตรการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ในเขตอุทยานมีความสอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ คือ การจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำโดยการใช้อย่างชาญฉลาด ตามมาตรา 3 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ กำหนดให้ภาคีต้องวางแผนและดำเนินการเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำในดินแดนของตนอย่างชาญฉลาดให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่น เพื่อตอบสนองต่อการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน

ส่วนพื้นที่ชุ่มน้ำที่อยู่นอกเขตอนุรักษ์และเขตคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติสง

เสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 และเป็นพื้นที่ซึ่งไม่ได้อนุรักษ์ไว้ตามกฎหมายรัฐมนตรีหรือนโยบายของรัฐบาล เป็นพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับท้องถิ่นซึ่งมีเป็นจำนวนมากอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พื้นที่ชุ่มน้ำเหล่านี้เป็นที่ดินของรัฐที่มีลักษณะเป็นที่สาธารณะประโยชน์ของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกัน เช่น เช่น ที่ชายตลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ พื้นที่ชุ่มน้ำเหล่านี้ถือว่าเป็นทรัพย์สินส่วนกลาง และเป็นทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนใช้ร่วมกัน และมีวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์เพื่อพัฒนามากกว่าการอนุรักษ์ เพราะเป็นพื้นที่ที่ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์เป็นแหล่งที่อยู่อาศัย แหล่งอาหาร แหล่งคมนาคมขนส่ง ทำให้มีการใช้ประโยชน์ไม่เหมาะสม ขาดความระมัดระวัง และมุ่งหวังประโยชน์เพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองเป็นหลัก เมื่อพิจารณาความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำพบว่า การจัดการพื้นที่ชุ่มน้านอกเขตอนุรักษ์ที่มีลักษณะไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ ได้แก่ ขาดการวางแผนจัดการโดยมีส่วนร่วมของประชาชน ไม่มีอนุรักษ์โดยกำหนดให้เป็นพื้นที่สงวนทางธรรมชาติ ขาดการสำรวจ ติดตามและจัดทำทะเบียนพื้นที่ชุ่มน้ำให้เป็นปัจจุบัน ขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจที่แท้จริงในการตัดสินใจหรือดำเนินการใดๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชนในท้องถิ่น เช่น การใช้ประโยชน์ที่ดินสาธารณะ หรือการอนุญาตเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินสาธารณะ เป็นต้น

ปัญหาที่ 4 ปัญหาการขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ชุ่มน้ำ การมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นหลักการสำคัญในอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ เนื่องจากพื้นที่ชุ่มน้ำมีความสำคัญต่อวิถีชีวิตของชุมชนในประเทศไทยอย่างมาก เพราะพื้นที่ชุ่มน้ำเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวัน ทั้งในความเป็นอยู่ สังคม วัฒนธรรม การท่องเที่ยวและนันทนาการ ประชาชนสามารถหารายได้จากแหล่งน้ำ เป็นสินค้าออกสำคัญ และทำรายได้ ด้วยแนวคิดสิทธิในทรัพยากรน้ำ เป็นของมวลมนุษยชาติ (water collective right) ที่ไม่ควรให้บุคคลใดได้ครอบครองเป็นเจ้าของแบบผูกขาด รัฐมีหน้าที่จัดสรรน้ำให้ประชาชนใช้โดยออกกฎหมายหรือมาตรการต่าง ๆ เพื่อมาควบคุมการใช้ น้ำ เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 57 (2) รัฐต้องอนุรักษ์คุ้มครอง บำรุงรักษา ฟื้นฟู บริหาร จัดการและใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์ จาก ทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน ส่วนหน้าที่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 50 (8) ร่วมมือและสนับสนุนการอนุรักษ์และคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพ รวมทั้งมรดกทางวัฒนธรรม นอกจากนี้พระราชบัญญัติ ทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำของประเทศ ยัง กำหนดให้เรื่องสิทธิในน้ำ มาตรา 7 ว่าทรัพยากรน้ำ สาธารณะเป็นของส่วนรวม บุคคลมีสิทธิใช้หรือเก็บกักน้ำได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในกิจกรรม หรือในที่ดินของตน โดยไม่เป็นเหตุให้เกิดความ

เดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลอื่นซึ่งอาจใช้น้ำนั้น แสดงให้เห็นว่าประชาชนทุกคนได้มีโอกาสเข้าถึง และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำซึ่งเป็นทรัพยากรน้ำ สาธารณะได้อันสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน เมื่อพิจารณานโยบายหรือแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ในอดีตที่ผ่านมาการจัดทำนโยบาย มาตรการ และ แผนปฏิบัติการการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ พ.ศ. 2540 -2545 คณะอนุกรรมการการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำได้มีมติแต่งตั้งคณะทำงานในการจัดทำแผนการจัดการ พื้นที่ชุ่มน้ำ ซึ่งคณะทำงานประกอบด้วยหน่วยงาน ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กรมป่าไม้ กรมประมง กรมพัฒนาที่ดิน กรมที่ดิน สถาบันการศึกษา รวมถึงองค์กรเอกชน เช่น มูลนิธิคุ้มครองสัตว์ป่าและ พืชพันธุ์แห่งประเทศไทย โดยไม่ได้ มีการจัดให้ รับฟังความคิดเห็นจากประชาชน และองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น แล้วจึงนำเสนอร่างนโยบายดังกล่าวที่ ผ่านการพิจารณาของคณะอนุกรรมการการจัดการ พื้นที่ชุ่มน้ำ และคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพราะรัฐเป็นผู้กำหนดนโยบายหรือแผนการ จัดการพื้นที่ชุ่มน้ำแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยมีให้ ประชาชนเข้ามีส่วนร่วม ผลจากปัญหาการขาดการ มีส่วนร่วมของประชาชนในการอนุรักษ์และ การใช้ประโยชน์ในพื้นที่ชุ่มน้ำ ทำให้เกิดปัญหาเรื่อง ความขัดแย้งด้านการใช้ประโยชน์ที่ดิน หรือการใช้ ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างไม่เหมาะสม ตลอดจน การบุกรุกที่ดินและการถือครองพื้นที่ชุ่มน้ำ ซึ่งสาเหตุ ส่วนหนึ่งมาจากประชาชนขาดความรู้ความเข้าใจ ขาดจิตสำนึก ความตระหนักรู้และความสำคัญเกี่ยว กับ การอนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่ชุ่มน้ำ และที่สำคัญ คือ การขาดความร่วมมือ หรือการมีส่วนร่วมระหว่าง ภาครัฐกับชุมชนท้องถิ่นก่อให้เกิดปัญหา เช่น

ปัญหาการบุกรุกที่ดินชายฝั่งทะเล หรือป่าชายเลน และที่ดินสาธารณะโดยนายทุน และชาวบ้านเพื่อทำกิจกรรมหรือโครงการต่าง ๆ เช่น ฟาร์มกุ้ง ปลูปลูกส้ม นอกจากนี้ เนื่องจากประชาชนขาดความรู้ ความเข้าใจ ในการอนุรักษ์และคุ้มครองพื้นที่ชุ่มน้ำ ดังนั้น บทความ ฉบับนี้ควรส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน ร่วมในการตัดสินใจในการวางแผนกิจกรรมในท้องถิ่น การติดตามตรวจสอบเฝ้าระวัง การเสริมสร้างการตระหนักรู้ของชุมชน เป็นต้น

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นทำให้พื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทยถูกคุกคามอย่างต่อเนื่องมาเป็นเวลานาน เนื่องจากการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และการขยายตัวของประชากรส่งผลให้สิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศของพื้นที่ชุ่มน้ำต้องสูญเสียไป ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทยในปัจจุบันว่ายังไม่มีประสิทธิภาพสอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน อันเป็นหลักการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับและนำไปใช้ในการอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำที่โดยให้มีการจัดการและการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาด ทั้งระดับท้องถิ่น ระดับภูมิภาค ทั้งการดำเนินการในประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน โดยมีพื้นที่ชุ่มน้ำและทรัพยากรธรรมชาติใช้ได้ตลอดไป

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักการ แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ ชุ่มน้ำ

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์อนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ชุ่มน้ำ

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์นโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของรัฐ กฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี ที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ชุ่มน้ำ และศึกษาอำนาจหน้าที่ขององค์ภาครัฐ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ชุ่มน้ำ

4. เพื่อเสนอมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย

สมมุติฐานในการศึกษา

ประเทศไทยประสบปัญหาด้านการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ได้แก่ ขาดนโยบายที่ชัดเจน และรูปธรรม องค์การที่มีอำนาจบริหารจัดการมีหลายหน่วยงาน มาตรการกฎหมายที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำและไม่เพียงพอต่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ และขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ปัญหาเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อประเทศไทย ต้องใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ เพื่อการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์สำหรับพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยอาศัยหลักการแนวความคิดตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ กฎหมายต่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การแก้ไขปัญหาการสูญเสียพื้นที่ชุ่มน้ำอย่างเป็นระบบและเป็นธรรมบนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมของประชาชน

ขอบเขตของการศึกษา

1. ศึกษาเฉพาะพื้นที่ชุ่มน้ำตามธรรมชาติ ไม่ศึกษาพื้นที่ชุ่มน้ำที่มนุษย์สร้างขึ้น
2. ศึกษาเฉพาะพื้นที่ชุ่มน้ำตามธรรมชาติ ในที่ดินของรัฐ ไม่ศึกษาพื้นที่ชุ่มน้ำในที่ดินของเอกชน
3. ศึกษาแนวคิดทฤษฎีหลักการ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ โดยศึกษาในเชิงกฎหมายเท่านั้น
4. การวิเคราะห์ถึงนโยบายของรัฐ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันที่เกี่ยวกับการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย ทั้งในระดับประเทศ เช่น แผนการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม แผนยุทธศาสตร์การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ แผนแม่บทรองรับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ แผนแม่บทบูรณาการความหลากหลายทางชีวภาพ แผนแม่บทการบริหารทรัพยากรน้ำ 20 ปี และนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย นโยบายของรัฐบาล และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ
5. ศึกษาอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ
6. ศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วย อนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ เช่น กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี พระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำ ค.ศ. 2008 (Wetland Conservation Act 2008) กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐยูกันดา คือ ระเบียบสิ่งแวดล้อมแห่งชาติว่าด้วยการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ พื้นที่ลุ่มน้ำ และชายฝั่งทะเล

ค.ศ. 2000 (The National Environment (Wetlands, River Banks and Lake Shore Management) Regulations 2000) ประเทศสาธารณรัฐอินเดีย คือ ระเบียบว่าด้วยการอนุรักษ์และการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ปี ค.ศ. 2017 (The wetlands (Conservation and Management) Rules, 2017)

7. ศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายไทย ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทย เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. 2558, พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561, พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507, พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ทราบถึงหลักการ แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ชุ่มน้ำ
2. ทราบถึงหลักการที่สำคัญตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ชุ่มน้ำ
3. ทราบถึงกฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ชุ่มน้ำและ อำนาจหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ ตลอดจนนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาดในพื้นที่ชุ่มน้ำ

4. ทราบถึงปัญหาในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย

5. ทราบถึงมาตรการในการอนุรักษ์และการใช้พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาดสำหรับประเทศไทย เป็นการวางมาตรฐานที่ดีในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทย

วิธีดำเนินงานวิจัย

การศึกษาในครั้งนี้ มีการใช้ระเบียบวิธีวิจัยที่เหมาะสมในการนำมาใช้พิสูจน์ประเด็นตามสมมติฐานและวัตถุประสงค์ คือ เพื่อหาข้อเสนอแนะแนวทางการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่เหมาะสมในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศไทย และใช้เป็นข้อเสนอแนะแนวทางในการตรากฎหมายภายในประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ ตลอดจนกฎหมายและนโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ระเบียบวิธีวิจัยที่นำมาใช้ในการเก็บและวิเคราะห์ข้อมูล คือ การวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) อันประกอบด้วย การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นวิธีการที่ใช้ในการรวบรวมและวิเคราะห์เอกสารที่เกี่ยวข้อง การศึกษาค้นคว้าจากตำรา กฎหมาย เอกสาร และงานวิชาการ และที่ได้รับจากหน่วยงานของรัฐ เช่น กรมที่ดิน กรมอุทยานสัตว์ป่าและพันธุ์พืช กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ โดยการศึกษาวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำตามกฎหมายภายในประเทศ ตลอดจนนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ องค์การที่เกี่ยวข้อง อันเป็นเครื่องมือสนับสนุนการใช้อำนาจรัฐในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำอย่างยั่งยืนในต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำสำหรับประเทศไทยและวิเคราะห์

เปรียบเทียบมาตรการในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในประเทศและต่างประเทศ เพื่อหารูปแบบการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

บทวิเคราะห์

จากการศึกษานโยบาย กฎหมายและองค์ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ ตลอดจนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ทำให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและแนวทางในการแก้ไขปัญหา ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาเปรียบเทียบกับความสอดคล้องกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ซึ่งการศึกษาอาศัยหลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ เพื่อสังเคราะห์ให้ได้กรอบแนวคิดในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่ออนุรักษ์และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาดต่อไปนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทย ได้จัดทำบนกรอบแนวคิดและทิศทางของแผนการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อมโดยจัดทำนโยบาย และแผนปฏิบัติการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทยซึ่งเป็นแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำโดยเฉพาะ มีทั้งหมด 5 แผน ได้แก่ (1) นโยบาย มาตรการ และแผนปฏิบัติการการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ พ.ศ. 2540 - 2545 (2) แผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ พ.ศ. 2546 - 2550 (3) นโยบาย มาตรการ และแผนการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2551 - 2555 (4) แผนแม่บทบูรณาการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ. 2558 - 2564 (5) แผนปฏิบัติการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ. 2560 - 2565

ที่ผ่านมาแม้ว่าจะมีนโยบายด้านการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่ไปแทรกอยู่ในนโยบาย มาตรการ และแผนการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และแผนแม่บทบูรณาการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ ทำให้ไม่มีความชัดเจนหรือเป็นรูปธรรมในการพัฒนาระบบการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ด้วยไม่มีแผนแม่บทในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำและแผนปฏิบัติการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำโดยเฉพาะ จากผลการดำเนินการที่ผ่านมาที่ไม่มีหน่วยงานของรัฐดำเนินการตามแผนปฏิบัติการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่อยู่ภายใต้แผนปฏิบัติการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ. 2560 - 2565 เนื่องจากแต่ละหน่วยงานต่างต้องปฏิบัติตามนโยบายและแผนของหน่วยงานตนเองเป็นหลัก การกำหนดนโยบายเน้นการรวมศูนย์อำนาจในการบริหารจัดการไว้กับหน่วยงานของรัฐเป็นหลัก หรืออยู่ในวงจำกัดตั้งแต่ระดับนโยบาย การกำหนดยุทธศาสตร์ แผนการดำเนินงานและแผนปฏิบัติการโดยประชาชนขาดการมีส่วนร่วม ในกระบวนการจัดทำแผนส่งผลให้ในหลายโครงการหรือกิจกรรมไม่ได้รับความร่วมมือจากประชาชนหรือชุมชนมีการต่อต้านเนื่องจากไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือชุมชน มาตรการในการดำเนินการที่เข้มงวดเน้นในเรื่องการส่งเสริมสนับสนุนให้มีการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำ นอกจากนี้มิได้กำหนดวิธีการควบคุมการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ เน้นการส่งเสริมสร้างความตระหนักเกี่ยวกับความสำคัญของพื้นที่ชุ่มน้ำ

กฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศไทย จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ

บริหารจัดการทรัพยากรน้ำและแหล่งน้ำหลายฉบับ โดยเราสามารถแบ่งประเภทของกฎหมาย ได้ 5 กลุ่ม โดยแบ่งตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ได้แก่ (1) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดหาและจัดสรรน้ำ (2) กฎหมายควบคุมการใช้ประโยชน์แหล่งน้ำเพื่อกิจกรรมต่างๆ (3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์น้ำ ดูแลรักษาความสะอาดและฟื้นฟูแหล่งน้ำ รวมทั้งการคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อม (4) กฎหมายเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดิน (5) กฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เมื่อได้ศึกษามาตรการทางกฎหมาย พบว่ากฎหมายส่วนใหญ่ให้ความสำคัญในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำในพื้นที่อนุรักษ์ ซึ่งมีมาตรการทางกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะและใช้มาตรการอนุรักษ์ที่เข้มงวดมากกว่านอกเขตพื้นที่อนุรักษ์ โดยมีหน่วยงานในการดูแลคุ้มครอง มีการกำหนดวิธีการใช้ประโยชน์ และกำหนดโทษที่ผู้ทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรพื้นที่ชุ่มน้ำ ส่วนพื้นที่ชุ่มน้ำที่อยู่นอกเขตอนุรักษ์นั้น พบว่ายังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำโดยเฉพาะ ซึ่งกฎหมายที่ใช้อยู่สามารถนำมาปรับใช้ในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ได้ในระดับหนึ่ง จากการศึกษาพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับพื้นที่ชุ่มน้ำนั้น ยังมีช่องว่างเกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำ โดยเฉพาะนอกเขตอนุรักษ์ เช่น ที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ที่ดินรกร้างว่างเปล่าที่ซึ่งไม่ได้อนุรักษ์ไว้ตามมติคณะรัฐมนตรีหรือนโยบายของรัฐบาล ซึ่งตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 และพระราชบัญญัติแผนและขั้นตอนการกระจาย

อำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในการดูแลทรัพยากรธรรมชาติรวมถึงพื้นที่ชุ่มน้ำตามธรรมชาติอย่างกว้างๆ ทำให้พื้นที่ชุ่มน้ำซึ่งเป็นที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดินอยู่ในการดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก เช่น กรมทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กรมอุทยานสัตว์ป่าและพันธุ์พืช และตัวพื้นที่ชุ่มน้ำเอง ถือว่าเป็นสมบัติส่วนรวมที่มีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน กฎหมายมิได้มีข้อห้ามในการใช้ประโยชน์แต่การใช้ประโยชน์ต้องคำนึงถึงหลักการใช้อย่างชาญฉลาดอันเป็นหลักการสากล เพื่อให้พื้นที่ชุ่มน้ำและทรัพยากรธรรมชาติสามารถใช้ได้ตลอดไป โดยถือว่าพื้นที่ชุ่มน้ำเป็นทรัพย์สินส่วนกลาง และเป็นทรัพย์สินของรัฐที่มีไว้เพื่อให้ประชาชนใช้ร่วมกัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดคุ้มครองพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยห้ามมิให้โอนแก่กัน มิให้ยกอายุความขึ้นต่อสู้กับแผ่นดิน และห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดิน นอกจากนี้พื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์ ยังมีลักษณะเป็นทรัพยากรน้ำสาธารณะและผลแห่งการเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305 -1307 คือ ทุกคนมีสิทธิมีสิทธิในการใช้พื้นที่ชุ่มน้ำจากแหล่งดังกล่าวได้เท่าเทียมกันและไม่สามารถยึดถือครอบครองทางน้ำนั้นเป็นของตนได้ อีกทั้งประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1355 กำหนดสิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมพื้นที่ชุ่มน้ำ การควบคุมการใช้น้ำของเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำ หรือมีทางน้ำผ่าน ไม่มีสิทธิจะชักเอาน้ำไว้เกินกว่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ของตนตามควร ให้เป็นเหตุเสื่อมเสียแก่ที่ดินแปลง

อื่นซึ่งอยู่ตามทางน้ำนั้น และผลจากการเป็นทรัพยากรน้ำสาธารณะตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 กำหนดให้ทรัพยากรน้ำสาธารณะเป็นของส่วนรวม ทุกคนมีสิทธิใช้หรือเก็บกักน้ำได้เท่าที่จำเป็นในกิจกรรมหรือในที่ดินของตน โดยไม่เป็นการทำให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลอื่น

ผลจากการที่กฎหมายกำหนดให้พื้นที่ชุ่มน้ำเป็นสิทธิของประชาชนที่ใช้ได้ ซึ่งอาจใช้น้ำนั้นอาจส่งผลให้มีการแย่งกันใช้ทรัพยากรพื้นที่ชุ่มน้ำโดยประชาชนจำนวนมากได้ หรือเกิดการใช้หรือเก็บกักน้ำโดยอาจอ้างความจำเป็นแก่ประโยชน์ในที่ดินของตนได้ เพราะเป็นพื้นที่ชุ่มน้ำสามารถใช้ประโยชน์เป็นแหล่งที่อยู่อาศัย แหล่งอาหาร แหล่งคมนาคมขนส่ง ทำให้มีการใช้ประโยชน์ไม่เหมาะสมใช้เกินความจำเป็นทำให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลอื่น

เมื่อพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ ซึ่งมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายทั่วไปสำหรับพื้นที่อนุรักษ์ (Non-Site Specic Legal Measure) เป็นมาตรการที่ใช้กับพื้นที่ชุ่มน้ำโดยทั่วไปและพื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์ จากการศึกษาพบว่ายังประเทศไทยขาดมาตรการที่สำคัญ ได้แก่ ขาดการวางแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำโดยเฉพาะ ไม่มีการกำหนดให้พื้นที่ชุ่มน้ำเป็นพื้นที่สงวนทางธรรมชาติ ไม่มีการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ เช่น การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเฉพาะพื้นที่ชุ่มน้ำ การควบคุมกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อพื้นที่ชุ่มน้ำ ขาดการสำรวจ ติดตามและจัดทำทะเบียนพื้นที่ชุ่มน้ำให้เป็นปัจจุบัน ขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน

หรือผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ไม่มีการนำมาตรการแรงจูงใจมาใช้กับพื้นที่ชุ่มน้ำ

ดังนั้น จากปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายไทยกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ ส่งผลให้การอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ต้องใช้กฎหมายหรือระเบียบที่มีลักษณะเฉพาะ เนื่องจากมาตรการในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำที่มีอยู่ไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองพื้นที่ชุ่มน้ำ

มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับพื้นที่ชุ่มน้ำ มีการบัญญัติมาตรการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างกว้างเท่านั้น ไม่ได้กำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติให้แก่หน่วยงานไปบังคับใช้ และหน่วยงานต่างก็มีกฎหมายที่ใช้ประโยชน์และอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำอยู่แล้วส่งผลให้หน่วยงานของรัฐไม่ให้ความสำคัญเท่าที่ควร จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้มติคณะรัฐมนตรี

องค์กรหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการดูแลและบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำนั้นมีหลายหน่วยงาน และมีหน่วยงานหลายระดับตั้งแต่ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงาน เพราะไม่มีความชัดเจนในการกำหนดนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ขาดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลโดยเฉพาะ มีเพียงสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทำหน้าที่ประสานงานกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยมีคณะอนุกรรมการกรรมการพื้นที่ชุ่มน้ำ และคณะทำงานวิชาการพื้นที่ชุ่มน้ำเป็นผู้เสนอแนะนโยบายให้แก่คณะกรรมการสิ่งแวดล้อม

แห่งชาติเป็นผู้กำหนดกำหนดนโยบาย และแผนการอนุรักษ์และบริหารจัดการที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ชุ่มน้ำ แต่ไม่มีอำนาจในการกำกับดูแลหรือสั่งการหน่วยงานในพื้นที่ได้เนื่องจากไม่อยู่ภายในสายการบังคับบัญชา นอกจากนี้ กฎระเบียบกระทรวงมหาดไทยที่ใช้บังคับอยู่มีลักษณะขัดกับหลักการกระจายอำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจที่แท้จริงในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ มีเฉพาะอำนาจในการดูแลคุ้มครองพื้นที่ชุ่มน้ำแต่การใช้อำนาจในการบริหารจัดการหรือการใช้ประโยชน์ยังเป็นของกระทรวง ทบวง กรมเจ้าของเรื่องเดิมอยู่ ประกอบกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีกฎระเบียบเรื่องการเบิกจ่ายเงินงบประมาณในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ และพื้นที่ชุ่มน้ำได้

บทสรุป

ประเทศไทยประสบปัญหาด้านการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ได้แก่ ขาดนโยบายที่ชัดเจนและรูปธรรม องค์กรที่มีอำนาจบริหารจัดการมีหลายหน่วยงาน มาตรการกฎหมายที่อยู่นอกพื้นที่อนุรักษ์ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ปัญหาเหล่านี้ส่งผลกระทบให้ประเทศไทยต้องใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะโดยอาศัยกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับทรัพยากรน้ำและการจัดการสิ่งแวดล้อม เช่น พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และนโยบายและ

แผนการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำของประเทศ เช่น แผนแม่บทการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ 20 ปี มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง อนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดทำนโยบาย และบัญญัติกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ ร่างระเบียบสำนักรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารทรัพยากรพื้นที่ชุ่มน้ำ พ.ศ. เพื่อวางมาตรฐานที่ดีในการบริหารจัดการทรัพยากรพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยกำหนดมาตรการในการอนุรักษ์และการใช้พื้นที่ชุ่มน้ำอย่างชาญฉลาดสำหรับประเทศไทย

ข้อเสนอแนะ

ด้วยประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ แต่เราสามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาบังคับใช้ได้โดยเฉพาะในพื้นที่ชุ่มน้ำในเขตอนุรักษ์ ด้วยมีมาตรการกฎหมายคุ้มครองดูแลพื้นที่เหล่านี้เป็นพิเศษโดยมีหลักอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์อย่างชาญฉลาด ส่วนในพื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์นั้น ด้วยมีลักษณะเป็นพื้นที่สาธารณะประโยชน์ของแผ่นดิน อันเป็นพื้นที่ที่ต้องมีการใช้ประโยชน์ร่วมกัน จึงมีปัญหาในการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ เช่น พื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความสำคัญระดับท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในการดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีปัญหาการบุกรุกทำลายเป็นจำนวนมาก ทำให้ไม่มีแหล่งกักเก็บและชะลอน้ำ ดังนั้น พื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์ จึงมีมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการที่สำคัญตามอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ ได้แก่ ขาดการวางแผนจัดการโดยมีส่วนร่วมของประชาชน ไม่มีอนุรักษ์ โดยกำหนดให้เป็นพื้นที่สงวนทางธรรมชาติ ขาด

การสำรวจ และจัดทำขอบเขตพื้นที่ชุ่มน้ำให้ชัดเจน และจัดทำทะเบียนพื้นที่ชุ่มน้ำในทุกระดับให้เป็นปัจจุบัน ขาดการติดตามผลการดำเนินงานตามมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 3 พฤศจิกายน 2553 และติดตามการเปลี่ยนพื้นที่ชุ่มน้ำที่ได้รับการพัฒนาเพื่อกำหนดขอบเขตการพัฒนาพื้นที่ชุ่มน้ำให้อยู่ในความสมดุล ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. ข้อเสนอแนะด้านนโยบาย

ด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำนั้น ไม่มีนโยบายและแผนการบริหารจัดการโดยเฉพาะ ดังนั้น รัฐควรกำหนดให้มีการจัดทำแผนแม่บทการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ เพื่อวางแผนจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับประเทศ โดยให้มีการจัดทำต่อเนื่องในทุก ๆ 5 ปี โดยนักกลยุทธ์และมาตรการโดยนอ้อนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำมาใช้ และการจัดทำแผนต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับนโยบายและแผนแม่บทเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรน้ำ และยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี และมาตรการที่อยู่ภายใต้การแผนแม่บทเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรน้ำและยุทธศาสตร์การบริหารจัดการน้ำ และแผนการจัดการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ แผนแม่บทรองรับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และแผนการจัดการอื่นๆของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และกระทรวงมหาดไทยควรกำหนดหน้าที่แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในการจัดทำแผนปฏิบัติการพื้นที่ชุ่มน้ำระดับจังหวัด เพื่อการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับจังหวัดโดยรวมอยู่ในแผนพัฒนาจังหวัดหรือแผนจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อมในระดับจังหวัด เพื่อถ่ายทอดนโยบายและแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำไปสู่เจ้าหน้าที่ในระดับปฏิบัติการได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล สำหรับวิธีการหรือ

ขั้นตอนในการจัดทำนโยบายและแผนแม่บทพื้นที่ชุ่มน้ำหรือแผนปฏิบัติการพื้นที่ชุ่มน้ำ ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน องค์กรผู้ใช้น้ำ ผู้มีส่วนได้เสีย หน่วยงานของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตลอดจนการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามนโยบายและแผนอย่างต่อเนื่อง และควรผลักดันให้มีการจัดทำแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความสำคัญระหว่างประเทศหรือแรมซาร์ไซด์ให้ครบทุกแห่ง และสนับสนุนให้ภาคส่วนที่เกี่ยวข้องนำไปสอดแทรกเข้าสู่นโยบายและแผนของหน่วยงาน และแผนในระดับจังหวัด ท้องถิ่น นอกจากนี้ รัฐควรใช้มาตรการส่งเสริมสนับสนุนงบประมาณให้ท้องถิ่น จังหวัด องค์กรคณะกรรมการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำจังหวัด และหน่วยงานที่รับผิดชอบพื้นที่ชุ่มน้ำตามกฎหมายต่าง ๆ ให้จัดทำแผนปฏิบัติการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยนำนโยบาย มาตรการ และแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศตามที่ได้ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีมาเป็นกรอบในการดำเนินการ เพื่อให้การบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำเกิดการพัฒนาและปฏิบัติเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

2. ข้อเสนอแนะด้านองค์การบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ

สำหรับปัญหาด้านองค์การบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีหลายหน่วยงานนั้น รัฐควรมีการปรับปรุงโครงสร้างการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยแบ่งออกเป็น 3 ระดับได้แก่ (1) ในระดับประเทศ หรือส่วนกลาง รัฐควรกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงด้านพื้นที่ชุ่มน้ำ ขึ้นในสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (สผ.)

เป็นการเฉพาะ เพื่อให้หน่วยงานมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการกำหนดนโยบาย มาตรการ และแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ ตลอดจนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ และสนับสนุนงานของคณะกรรมการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ และคณะทำงานวิชาการพื้นที่ชุ่มน้ำ (2) ในระดับภูมิภาค คือ การจัดตั้งองค์กรจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับจังหวัด โดยทำงานประสานกับคณะกรรมการลุ่มน้ำประจำจังหวัด เพื่อทำหน้าที่รับนโยบายจากส่วนกลาง และนำมาวางแผนบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในจังหวัดให้สอดคล้องกับนโยบาย มาตรการ และแผนการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำของประเทศและมติคณะรัฐมนตรี 3 พฤศจิกายน 2552 การทบทวนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2543 เรื่องทะเบียนรายนามพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความสำคัญระดับนานาชาติและระดับชาติของประเทศไทย และมาตรการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำ (3) ในระดับท้องถิ่น การจัดตั้งคณะกรรมการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำเฉพาะพื้นที่ชุ่มน้ำในพื้นที่ชุ่มน้ำในระดับท้องถิ่น โดยอาศัยการมีส่วนร่วมของประชาชน และควรนำหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการกระจายอำนาจการบริหารจัดการไปสู่ส่วนท้องถิ่น โดยมีเครือข่ายชุมชนโดยรอบพื้นที่ เข้าเป็นกรรมการ เพื่อทำหน้าที่วางแผนการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในท้องถิ่นหรือพื้นที่ชุ่มน้ำชุมชน เพื่อเป็นการรับนโยบายการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำในจังหวัดและสอดคล้องกับสภาพระบบนิเวศของแต่ละพื้นที่ชุ่มน้ำ

3. ข้อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมาย

สำหรับปัญหาความไม่สอดคล้องของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำกับกฎหมายไทยโดย

เฉพาะในพื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์นั้น ผู้วิจัยขอเสนอให้มีมาตรการทางกฎหมาย ดังนี้ (1) มาตรการทางกฎหมายระยะยาว ออกกฎหมายลำดับรองหรือข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำสาธารณะ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์ทรัพยากรน้ำสาธารณะ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารทรัพยากรพื้นที่ชุ่มน้ำ พ.ศ. ... โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 6 กำหนดให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีประกาศให้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกระเบียบหรือข้อบัญญัติท้องถิ่น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าใช้สอยพื้นที่ชุ่มน้ำตามกรอบแนวทางที่คณะกรรมการทรัพยากรน้ำแห่งชาติกำหนด (2) มาตรการทางกฎหมายในระยะสั้น เพื่อป้องกันการสูญเสียพื้นที่ชุ่มน้ำนอกเขตอนุรักษ์ หรือกรณีที่ไม่ต้องการออกกฎหมายลำดับรองควรกำหนดมาตรการอนุรักษ์พื้นที่โดยเฉพาะพื้นที่ซึ่งเป็นแหล่งต้นน้ำลำธาร หรือมีระบบนิเวศตามธรรมชาติที่อาจถูกทำลายหรืออาจได้รับผลกระทบกระเทือนจากกิจกรรมต่างๆของมนุษย์ได้ง่าย หรือเป็นพื้นที่ที่มีคุณค่าทางธรรมชาติหรือศิลปกรรมอันควรแก่การอนุรักษ์และยังไม่ได้ถูกประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์ โดยกำหนดให้มีการประกาศเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 43 การประกาศเขตพื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์น้ำตามพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 การประกาศเขตรักษาพันธุ์และเขตห้ามล่าสัตว์ป่า

ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 และนำมาตราการอนุรักษ์ตามมติคณะรัฐมนตรี 3 พฤศจิกายน 2552 การทบทวนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2543 เรื่องทะเบียนรายนามพื้นที่ชุ่มน้ำที่มีความสำคัญระดับนานาชาติและระดับชาติของประเทศไทย และมาตรการอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำมาใช้

4. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชน

ปัญหาขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน ด้วยประชาชนส่วนใหญ่ไม่ให้ความสำคัญและความตระหนักในคุณค่าของพื้นที่ชุ่มน้ำ ดังนั้น รัฐควรสร้างกลไกการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำโดยอาศัยการมีส่วนร่วมของชุมชน ในการดูแลรักษาพื้นที่ชุ่มน้ำให้มีการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนเพื่อคนในรุ่นต่อไปได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ โดยการมีส่วนร่วมสามารถทำได้หลายรูปแบบที่แตกต่างกันตามลักษณะทางกายภาพของพื้นที่ ควรมีกระบวนการดังนี้

1. หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับทรัพยากรพื้นที่ชุ่มน้ำให้ถูกต้องและชัดเจน โดยวิธีการสำรวจและประเมินสภาพของพื้นที่ชุ่มน้ำ ประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทราบโดยทั่วไปว่าพื้นที่ใดเป็นแหล่งน้ำธรรมชาติอันควรอนุรักษ์

2. ควรมีการจัดตั้งคณะกรรมการพื้นที่ชุ่มน้ำชุมชนหรือตั้งจัดเครือข่ายอนุรักษ์ หรือจัดตั้งอาสาสมัครดูแลพื้นที่ชุ่มน้ำ เพื่อให้คนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำและร่วมกันอนุรักษ์และใช้ประโยชน์ร่วมกันอย่างยั่งยืน

3. ควรกำหนดรูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยนำหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนที่ปรากฏอยู่ในคู่มือของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ ชุ่มน้ำ เรื่องทักษะทางมีส่วนร่วมของประชาชน (Participatory Skills) โดยการสร้างความเข้มแข็งให้ชุมชนท้องถิ่น และชนพื้นเมืองในการมีส่วนร่วมจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ โดยวางหลักเกณฑ์การมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสีย ในขั้นตอนต่อไปนี้ เช่น ขั้นตอนการกำหนดปัญหาเพื่อการค้นหาปัญหา ต้องใช้ความรู้ และทักษะของชุมชนและองค์กรท้องถิ่นทุกกลุ่มที่มีส่วนได้เสียกับพื้นที่ชุ่มน้ำ รวมทั้งแกนนำต่าง ๆ เข้ามาเสนอแนวคิดในการจัดการ การอนุรักษ์พื้นที่ชุ่มน้ำในท้องถิ่นของตน ขั้นตอนการวางแผนการจัดการพื้นที่ เพื่อเป็นการป้องกัน

ปัญหาที่จะเกิดขึ้นในพื้นที่ชุ่มน้ำและนำมาใช้ปฏิบัติได้จริงในพื้นที่ ต้องอาศัยการระดมความคิดเห็นจากหลายฝ่ายโดยเฉพาะชุมชนท้องถิ่นและชนพื้นเมือง องค์กรภาคประชาชน หรือผู้มีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ที่ได้รับผลกระทบจากการจัดการพื้นที่ชุ่มน้ำ และขั้นตอนการติดตามตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในพื้นที่โดยชุมชนร่วมกัน³ เช่น อาสาสมัคร จิตอาสา และกำหนดรูปของกิจกรรมหรือจัดกิจกรรมในพื้นที่ชุ่มน้ำเนื่องจากชุมชนท้องถิ่นอยู่ใกล้ชิดกับพื้นที่ชุ่มน้ำและทราบปัญหาหรือควบคุมดูแลกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในพื้นที่ชุ่มน้ำ เช่น การล่าสัตว์และมลพิษ เป็นต้น

³ ศิริชัย กุมารจันทร์ กรกฎ ทองชะโชค เอกราช สุวรรณรัฐ ธานินทร์ เงินถาวร. “สถานการณ์ความรู้กฎหมายเกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของ ประชาชนในการจัดการประมงชายฝั่ง (Situation on Legal Knowledge Relating to Public Participation in Fisheries Management)” (2559) 7:1 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, 16-32.

บรรณานุกรม

ศิริชัย กุมารจันทร์ กรกฎ ทองชะโฮด เอกราช สุวรรณรัฐ ธานินทร์ เงินถาวร. “สถานการณ์ความรู้กฎหมาย เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการประมงชายฝั่ง (Situation on Legal Knowledge Relating to Public Participation in Fisheries Management)” (2559) 7:1 วารสาร วิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.

สันสนีย์ ชูแว, คู่มือการเรียนรู้แนวทางและรูปแบบการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์พื้นที่ชุ่มน้ำและทรัพยากร ในพื้นที่ชุ่มน้ำอย่างยั่งยืน (นครปฐม: คณะสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2557).

สำนักความหลากหลายทางชีวภาพ, ทำความเข้าใจกับอนุสัญญาแรมซาร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน นโยบายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ, 2552).





ความรับผิดทางแพ่งของอีมาร์เก็ตเพลสจากกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิด เครื่องหมายการค้า

Civil Liability of E-Marketplace in the Case of Trademark Infringement

ธีรภา ฉิมวัย*

กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันมีการนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสอย่างแพร่หลาย สร้างความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก ในพฤติการณ์นี้อีมาร์เก็ตเพลสไม่ได้เป็นผู้ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง เป็นแต่เพียงผู้ที่อนุญาตให้ผู้ขายนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจัดแสดงบนพื้นที่ออนไลน์ของตนเท่านั้นหรือที่เรียกว่าเป็นผู้ละเมิดลำดับรอง ผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถเยียวยาความเสียหายได้โดยเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่ การฟ้องร้องเป็นคดีแพ่ง แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดของประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดต่อการกระทำในลักษณะดังกล่าวเอาไว้โดยตรงและศาลไทยยังไม่เคยตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นว่านี้มาก่อนที่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานได้

การศึกษาในครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงสภาพปัญหาของการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าผ่านช่องทางอีมาร์เก็ตเพลส และลักษณะทั่วไปของอีมาร์เก็ตเพลส รวมถึงทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลสจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น และเพื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอีมาร์เก็ตเพลสของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าที่กระทำผ่านอีมาร์เก็ตเพลส ทั้งนี้ เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้านำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่ากรณีที่เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบละเมิดและต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้น ในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นในเชิงทฤษฎีหรือบรรทัดฐานที่ศาลต่างประเทศได้วางเอาไว้

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ยอมรับว่ามีฐานในทางกฎหมายที่จะเรียกให้เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในทางแพ่งได้ในฐานะที่เป็นผู้ละเมิดลำดับรอง (secondary infringer) ซึ่งแตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่าความรับผิดชอบมีส่วนร่วม (contributory liability) ส่วนศาลเยอรมันและฝรั่งเศสปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวินิจฉัยถึงการกระทำของจำเลยที่เป็นเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะเพื่อแก้ปัญหา แต่สำหรับประเทศไทยแนวทางที่เป็นไปได้และเหมาะสมที่สุดคือการปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องความรับผิดเพื่อการละเมิด สำหรับการกระทำของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสเองตามแนวทางของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยศาลอาจปรับใช้มาตรา 420 โดยพิจารณาประกอบกับพฤติการณ์อื่น ๆ เพื่อกำหนดความรับผิดของอิมาร์เก็ตเพลส ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเพื่อส่งเสริมให้มีการดำเนินธุรกิจออนไลน์โดยอยู่บนพื้นฐานของการเคารพกฎหมาย

คำสำคัญ : อิมาร์เก็ตเพลส การละเมิดเครื่องหมายการค้า ความรับผิดทางแพ่ง

Abstract

Nowadays, counterfeit goods have been widely sold on E-marketplace which cause serious damage to trademark holders. In this circumstance, E-marketplaces do not directly infringe trademark but they merely allow sellers to trade goods on their online places which has been described as secondary infringement. Trademark holders may seek remedy over a trademark infringement and the most important mechanism is to sue E-marketplace for civil lawsuit for the wrongful act. However, under Thai Tort law does not provide ways in which trademark holders may claim damages from such infringement. So far, there have been no judicial decisions in this regard since no cases have ever been brought before any Thai courts. Consequently, there is no jurisprudence which can be used as stare decisis to make the ruling. If there are no clear approach to address this problem and such a situation persisted, online businesses will face a serious problem as well as the country's reputation and image.

This article is aimed at portraying the problem associated with the selling of counterfeit goods on E-marketplaces as well as general characteristics of E-marketplaces, legal theories relevant to the secondary liability of E-marketplace. In addition, the thesis studied legal principles and cases which are relevant to the infringement of goods on E-marketplaces in Thailand and foreign countries with a view to analysing Thai laws so as to find criteria of liability of E-marketplaces which are suitable for Thai legal system.

The research found that there is a legal basis, either in theory or in jurisprudence rendered by courts, for holding E-marketplaces liable for any damage and pay compensation as secondary infringer which may differ from country to country. In the United States of America, the courts have developed legal principles which is so called contributory liability. For the German and French courts, they apply civil code by considering whether E-marketplace has acted intentionally or negligently. In China, the solution was to enact new laws. The most appropriate way for Thailand would be the application of Article 420 of the Civil and Commercial Code which is general principle for holding E-marketplaces liable for any damage in the same way as German and French courts have done. This is because Thailand is the civil law country so that the existing provisions have to be applied and relevant circumstances need to be considered.

Keyword : E-marketplaces, Trademark Infringement, Civil liability

บทนำ

ในปัจจุบันเว็บไซต์ตลาดกลางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-marketplace (Electronic Marketplace)¹ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า อีมาร์เก็ตเพลส) เป็นช่องทางการซื้อขายสินค้าที่ได้รับความนิยมมาก ซึ่งอีมาร์เก็ตเพลส หมายถึง เว็บไซต์ที่ทำหน้าที่เป็นตลาดกลางรวบรวมสินค้าและร้านค้าจำนวนมาก เพื่อเป็นสื่อกลางในการซื้อขายสินค้าทั้งแบบค้าปลีกและค้าส่งที่ข้ามระหว่างภาคเอกชนที่เป็นผู้ประกอบการกับภาคประชาชนที่เป็นผู้บริโภค

บริโภคสินค้า หรือที่เราเรียกว่าการดำเนินธุรกิจแบบ Business to Consumer (B2C) โดยบุคคลทั้งสองฝ่ายมีเจตนาในการซื้อขายสินค้าระหว่างกัน ซึ่งลักษณะของการดำเนินธุรกิจบนอีมาร์เก็ตเพลสนี้ มีลักษณะเฉพาะอยู่ที่การมีบุคคลในฐานะตัวกลางในการขายสินค้าที่อยู่ในรูปแบบ เว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชัน² แม้ว่าการจำหน่ายสินค้านี้จะได้รับความนิยมเพราะมีความสะดวกสบายในการซื้อขายสินค้าในแง่ต่าง ๆ แต่บางกรณีผู้ขายได้นำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายซึ่งจะทำให้เกิดปัญหา

¹ ในปัจจุบัน คำนิยามของ E-marketplace ยังไม่มีผู้ใดที่ให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นนิยามโดยทั่วไปหรือนิยามในทางกฎหมายและมีการใช้อีกคำที่แตกต่างกันออกไป เช่น e - hubs, Exchanges, Market - Makers, Portals, Inter - Organisational Systems, Communities, Electronic Platforms, Meeting Places, Virtual Locations, Infrastructure, Portal แต่สามารถกล่าวโดยสรุปว่า E-marketplace เป็นเว็บไซต์ที่ถูกออกแบบมาเพื่อเป็นสถานที่ในโลกออนไลน์ที่เปรียบเสมือนตลาดนัดที่รวบรวมร้านค้าและสินค้าที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะสามารถซื้อขายสินค้าและทำธุรกรรมผ่านวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ ดู S. Wang and N. P. Archer, "Electronic Marketplace Denition and Classication: Literature Review and Clarications," (2007) 1:1 *Enterprise Information Systems* 89, 91.

² ในปัจจุบันสามารถพบเห็นการขายสินค้าบน E - marketplace ที่อยู่ในรูปแบบของเว็บไซต์ และแอปพลิเคชัน ยกตัวอย่างเช่น แพลตฟอร์มยักษ์ใหญ่จากต่างประเทศ อาทิ Alibaba จากประเทศจีน ebay Amazon จากสหรัฐอเมริกา Lazada จากประเทศเยอรมนี Shopee จากประเทศสิงคโปร์ 11street.com จากประเทศเกาหลีใต้ และ Weloveshopping หรือ Thaitrade.com ของประเทศไทย เป็นต้น สินค้าที่จำหน่ายอยู่บน E-marketplace มีอยู่หลากหลายประเภทด้วยกันตั้งแต่สินค้ากลุ่มความงาม เครื่องประดับ เครื่องใช้ภายในบ้าน อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ อุปกรณ์กีฬา อุปกรณ์เกี่ยวกับสัตว์เลี้ยง

ในทางกฎหมายขึ้น โดยหลักแล้วการที่ผู้ขายกระทำการเช่นนี้ย่อมมีความผิดในฐานะเป็นผู้กระทำละเมิดต่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผู้ขายอาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งและคดีอาญาได้

ประเด็นปัญหาคือ เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ซึ่งเป็นผู้ให้บริการพื้นที่ตลาดออนไลน์ให้กับผู้ขาย จะต้องรับผิดชอบโดยจะต้องชดเชยค่าเสียหายในทางแพ่งด้วยหรือไม่ เพราะหากพิจารณาจากพฤติการณ์แล้วเจ้าของ อิมาร์เก็ตเพลสไม่ได้เป็นผู้ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง เป็นแต่เพียงผู้ที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้ขายในอันที่จะนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจัดจำหน่ายบนพื้นที่ของตนเท่านั้น ในระบบกฎหมายไทยนั้นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องมากที่สุดคือ มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ประเด็นมีว่ามาตรา 420 นี้เป็นความรับผิดของบุคคลในการกระทำของตนเอง ที่จะต้องมีการกระทำที่เป็นความผิด (fault) ซึ่งได้แก่ ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า คำถามที่ตามมาคือ การกระทำของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้น มาตรา 420 จะสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่ผู้ขายได้ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนพื้นที่ออนไลน์ของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้หรือไม่เพียงใดนั้นจึงเป็นประเด็นที่บทความฉบับนี้ให้ความสนใจ

ผู้เขียนได้ตั้งประเด็นในการศึกษาว่าหลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้าได้นำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอิมาร์เก็ตเพลสที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยนั้นควรเป็นอย่างไร โดยค้นหาคำตอบจากการศึกษาทฤษฎีกฎหมายลักษณะละเมิดที่เกี่ยวข้อง และการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ โดยได้ศึกษากฎหมายและบรรทัดฐานของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอิมาร์เก็ตเพลส ซึ่งผู้เขียนได้เลือกศึกษาตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายของศาลใน 4 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์ผลและจัดทำเป็นข้อเสนอแนะดังจะได้กล่าวต่อไป

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อเข้าใจถึงสภาพปัญหาของการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเภทเครื่องหมายการค้าผ่านช่องทางอิมาร์เก็ตเพลส
2. เพื่อเข้าใจถึงลักษณะทั่วไปของอิมาร์เก็ตเพลสรวมถึงทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอิมาร์เก็ตเพลสจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น
3. เพื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอิมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และสาธารณรัฐประชาชนจีน

4. เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าที่กระทำผ่านอีมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีน

5. เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้านำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันมีการนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสอย่างแพร่หลายจนสร้างความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก การขายในลักษณะนี้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส ไม่ได้เป็นผู้ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยตรง เป็นแต่เพียงผู้ที่อนุญาตให้ผู้ขายนำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจัดแสดงบนพื้นที่ออนไลน์ของตนเท่านั้นหรือที่เรียกว่าเป็นผู้ละเมิดลำดับรอง ผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถเยียวยาความเสียหายได้โดยเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่การฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสที่แม้จะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดประเทศไทยยังไม่ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดเพื่อการกระทำในลักษณะดังกล่าวเอาไว้โดยตรงและศาลไทยยังไม่เคยตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นว่านี้มาก่อนที่สามารถใช้เป็นบรรทัดฐานได้ หากยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการจัดการกับปัญหา อาจสร้างความเสียหายให้กับผู้ประกอบการธุรกิจบน

โลกออนไลน์ได้ รวมทั้งภาพลักษณ์ในด้านความน่าเชื่อถือของประเทศ ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ปัญหาในเรื่องนี้โดยปรับใช้กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดตามแนวทางการแก้ปัญหาของกฎหมายของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส โดยวิธีการของประเทศไทยนั้นจะต้องปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเป็นฐานในการเรียกร้องให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส รับผิดชอบในฐานะที่เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าของเครื่องหมายการค้า หากปรากฏพฤติการณ์ว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส นั้นได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า

ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตการศึกษาในเรื่อง ความรับผิดในทางแพ่งเท่านั้น โดยศึกษากฎหมายของประเทศไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 มาตรา 432 ประกอบมาตรา 44 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และกฎหมายของต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเด็นที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของบทความฉบับนี้ คือ ความรับผิดในทางอาญา ซึ่งได้แก่ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในมาตรา 108 – 110 และการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 20

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เข้าใจถึงสภาพปัญหาของการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาในประเภทเครื่องหมายการค้าผ่านช่องทางอีมาร์เก็ตเพลส

2. เข้าใจถึงลักษณะทั่วไปของอีมาร์เก็ตเพลสและทราบถึงทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลสจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น

3. ทราบถึงหลักกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอีมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และสาธารณรัฐประชาชนจีน

4. เข้าใจถึงหลักกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำละเมิดเครื่องหมายการค้าที่กระทำผ่านอีมาร์เก็ตเพลสของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและสาธารณรัฐประชาชนจีน

5. สามารถวิเคราะห์รูปแบบและแนวทางสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสในกรณีที่ผู้ขายสินค้านำสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้ามาจำหน่ายบนอีมาร์เก็ตเพลสเพื่อนำมาสร้างมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

วิธีดำเนินงานวิจัย

การดำเนินการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ได้ทำการศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพซึ่งจะค้นคว้าจาก

ข้อมูลเอกสาร (documentary research) เป็นสำคัญผ่านการรวบรวมและศึกษาข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ ด้วยทฤษฎีหมาย คำรา ผลงานการวิจัยที่เกี่ยวข้อง บทความ สิ่งตีพิมพ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดทางแพ่งให้กับอีมาร์เก็ตเพลสจากกรณีที่มีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า รวมทั้งข้อมูลจากเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลเอกสารชั้นปฐมภูมิ (primary source) ข้อมูลเอกสารชั้นทุติยภูมิ (secondary source) โดยนำข้อมูลเหล่านั้นมาประกอบการศึกษาและทำความเข้าใจ เพื่อประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

ผลการวิจัย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาข้างต้น ผู้วิจัยสามารถอภิปรายผลการวิจัยได้ดังต่อไปนี้

1. วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศเพื่อแก้ปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลส

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลสศาลเป็นผู้ที่วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเพราะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่องและมีวิวัฒนาการผ่านคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน ๆ โดยในระยะเริ่มแรกศาลได้วางหลักไว้ในคดีที่มีบริบทของการค้าขายในตลาดทางกายภาพที่มีผู้ซื้อและผู้ขายพบปะซื้อขายสินค้ากัน อย่างเช่นในคดี In-

wood Laboratories v. Ives Laboratories³ ก่อนที่จะขยายขอบเขตของการปรับใช้ไปสู่การค้าขายในโลกออนไลน์ ในขณะที่กลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งได้แก่ ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่าการปรับใช้กฎหมายนั้นจะกระทำโดยการปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด เพราะทั้งสองประเทศเป็นประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีกฎหมายลักษณะละเมิดบัญญัติเป็นการเฉพาะอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบกับกฎหมายเครื่องหมายการค้าเพื่อวินิจฉัยอรรถคดี โดยประเทศเยอรมนีนั้นศาลได้ปรับใช้มาตรา 823 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง⁴ ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นได้ปรับใช้มาตรา 1382 และมาตรา 1383⁵ ประเทศสุดท้ายที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคือประเทศจีนซึ่งเป็นประเทศที่ส่งเสริมส่งเสริมอุตสาหกรรมการค้าออนไลน์ที่เป็นการสร้างรายได้ให้กับประเทศเป็นจำนวนมากศาล แม้สาธารณรัฐประเทศจีนนั้นเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส แต่สาธารณรัฐประเทศจีนได้เลือกวิธีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับใช้เป็นการเฉพาะ โดยกฎหมายจีนได้มีการปรับแก้กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดซึ่งผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อเพิ่มเติมเนื้อหา

ให้มีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่ระบบนิเวศน์ออนไลน์ (online ecosystem) ที่ได้มีการพัฒนาการก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว โดยกฎหมายที่ประเทศจีนนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้แก่ กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า (Trademark Law of the People's Republic of China (2001))⁶

แนวคิดทางกฎหมายที่แต่ละประเทศใช้นั้นก็มีความแตกต่างกัน สำหรับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาและเป็นที่ยอมรับว่า อิมาร์เก็ตเพลสสามารถมีความรับผิดชอบทางแพ่งได้ โดยหลักคิดในเรื่องนี้คือ ผู้กระทำความผิดไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรง (Direct Infringer) แต่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุที่เป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดจึงทำให้เกิดทฤษฎีความรับผิดชอบมีส่วนร่วม (Contributory Liability) โดยอาศัยฐานความคิดในเรื่องความรับผิดชอบความรับผิดชอบลำดับรอง (Secondary infringer) ที่ถูกวางหลักไว้ใน Restatement (Second) of Torts มาตรา 877(c) ที่ว่า “บุคคลต้องรับผิดชอบหากได้อนุญาตให้บุคคลที่สามกระทำการที่ของตนเป็นเครื่องมือ (Instrumentalities) โดยรู้ (knowing) หรือมีเหตุอันควรรู้ (having reason to know) ว่าบุคคลนั้นกำลังกระทำหรือจะกระทำละเมิด”⁷

³ Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc., 456 U.S. 844 (1982).

⁴ Art. 823 (1), *German Civil Code*.

⁵ Art. 1382 and Art. 1383, *French Civil Code*.

⁶ Trademark Law of the People's Republic of China.

⁷ Section 877 (c), *Restatement (Second) of Torts*.

ซึ่งจะเห็นได้จากการกำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลผู้ซึ่งมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรง ตัวอย่างเช่นในคดี *Inwood Laboratories v. Ives Laboratories* ที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลใดผู้ซึ่งรู้ถึงการกระทำผิดและตนมีส่วนช่วยให้เกิดการกระทำผิด โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีที่มาจากความเชื่อที่ว่าแม้บุคคลหนึ่งจะมีได้เป็นผู้กระทำผิดโดยตรง แต่ยังคงต้องรับผิดในภัยหรือความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่ตนมีส่วนช่วยให้เกิดขึ้น แม้หลักดังกล่าวจะเกิดขึ้นในบริบทของการค้าขายบนโลกแห่งความเป็นจริง แต่ศาลในคดีหลังยังคงนำหลักนี้มาปรับใช้ในบริบทของการค้าขายบนโลกออนไลน์ได้ ในบริบทของการละเมิดเครื่องหมายการค้านั้นเป็นการที่ผู้ละเมิดลำดับรอง (secondary infringer) ซึ่งในที่นี้ ได้แก่ อีมาร์เก็ตเพลสที่ได้เห็นยวนา ชักจูง ช่วยเหลือ อำนาจความสะดวก ให้กับการกระทำต่าง ๆ ที่กระทำลงโดยผู้กระทำละเมิดลำดับแรก (primary infringer) โดยผู้กระทำละเมิดลำดับแรกนี้เองเป็นผู้ที่นำสินค้ามาขายในอีมาร์เก็ตเพลส ซึ่งภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกความรับผิดเช่นนี้ว่า “contributory liability”⁸ ซึ่งต่อมาแนววินิจัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของอีมาร์เก็ตเพลสในฐานะของคนกลางในการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูกนำมาปรับใช้กับตลาดแห่งความเป็นจริง (brick and

mortar) ที่มีการค้าขายกันโดยทั่วไปในเบื้องต้น และค่อย ๆ ขยายการปรับใช้หลักเกณฑ์ไปยังตลาดในโลกออนไลน์⁹

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดให้อีมาร์เก็ตเพลสที่อยู่บนฐานของความรับผิดลำดับรองในกรณีที่มีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้านี้เองได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เช่นเดียวกัน เพียงแต่ทั้งสองประเทศนี้มีได้กำหนดความรับผิดให้อีมาร์เก็ตเพลส โดยพัฒนาหลักกฎหมายจากตลาดแห่งความเป็นจริงไปสู่ตลาดออนไลน์ดังเช่นแนววินิจัยของประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อสังเกตคือแม้ทั้งสองประเทศจะมีแนวความคิดเรื่องความรับผิดลำดับรองก็ตาม แต่ความรู้ของศาลก็ยังไม่ได้ก้าวไปไกลไปถึงแนวความคิดในทางกฎหมายเรื่องทฤษฎีความรับผิดแบบมีส่วนร่วม (Contributory Liability) ดังที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีจุดเริ่มต้นมากจากระบบจารีตประเพณี สำหรับประเทศเยอรมนีแล้วการกำหนดความรับผิดทางแพ่งให้อีมาร์เก็ตเพลสของประเทศเยอรมนีอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาสถานะของ อีมาร์เก็ตเพลสว่าเป็นบุคคลผู้กระทำละเมิดโดยตรง โดยแยกจากพฤติกรรมใดจะถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจ (intentional act) หรือพฤติกรรมใดจะถือว่า

⁸ *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010) 98, *Hard Rock Caf Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc.*, 955 F.2d 1143 (7th Cir 1992) 1148, John T. Cross, “Contributory Infringement and Related Theories of Secondary Liability for Trademark Infringement,” (1994-1995) 80:2 *Iowa Law Review* 101, 104.

⁹ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, “The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Second Trademark Infringement in the United States and Europe,” (2011) 32:1 *Northwestern Journal of International Law and Business* 37, 48.

เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligent act) ส่วนประเทศฝรั่งเศส แม้จะเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนี แต่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าเฉพาะเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้เท่านั้น ซึ่งไม่เหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมนี ที่คุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าทั้งที่จดทะเบียนและไม่ได้จดทะเบียน และในกรณีที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอินเทอร์เน็ตเพลส สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (General Tort Law) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นใจความหลักมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่เจ้าของอินเทอร์เน็ตเพลสได้เช่นเดียวกันกับประเทศเยอรมนี เพียงแต่ข้อความทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลของประเทศฝรั่งเศสนั้น จะยึดโยงอยู่กับเรื่อง “ความผิด” (faute) ซึ่งมีความหมายไม่เหมือนกับคำว่า “จงใจ” ในกฎหมายเยอรมัน ในประเด็นที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบล่าช้ารับรอง ศาลของประเทศฝรั่งเศสยอมรับให้ปรับใช้หลักการนี้ได้โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิดทั่วไป แต่จะต้องพิสูจน์ว่ามีความผิดของผู้ที่กระทำละเมิดโดยอ้อม (indirect infringer) และมีความเสียหายเกิดขึ้น¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศเยอรมนีได้สร้างบรรทัดฐานเพื่อทำให้ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้รับการปกป้องอย่างเพียงพอขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โดยศาลได้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า กล่าวคือศาลได้มีการ

คิดค้นหลักกฎหมายเรื่อง “ผู้รบกวน” (Störerhaftung Disquietor Liability หรือ Disturber Liability) ขึ้นเพื่อมาช่วยขยายหลักกฎหมายละเมิดทั่วไปที่ยังไม่ครอบคลุมไปถึง แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลที่เรียกว่า “ผู้รบกวน” อันเป็นหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยการตีความโดยอนุโลมจากมาตรา 823(1) ที่กำหนดให้ ผู้ใดก็ตาม ซึ่งมีได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงหรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิด แต่จงใจสนับสนุนในสาระสำคัญของการกระทำละเมิดและบุคคลนั้น อยู่ในฐานะที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำละเมิดนั้น ได้จำต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นนั้น โดยบุคคลดังกล่าวสามารถถูกฟ้องร้องได้ในฐานะที่เป็นผู้รบกวน ความรับผิดชอบดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้แม้จะไม่มี การกระทำ ความผิดเกิดขึ้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของการมีความรับผิดชอบลักษณะนี้ก็เพื่อมุ่งให้เป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (injunctive relief) แก่ผู้ทรงสิทธิที่ยื่นคำร้องเท่านั้น แต่ไม่ได้ใช้เป็นฐานเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งแต่อย่างใด¹¹

สำหรับกฎหมายของประเทศจีนนั้น ก็มีข้อความเรื่องการละเมิดโดยอ้อมด้วยเช่นกันกับประเทศข้างต้น เพียงแต่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในฉันทกกฎหมาย โดยยึดโยงกับการให้ความสะดวกแก่ผู้ที่กระทำละเมิด ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ใน 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 52 (5) ได้ระบุไว้ว่าการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิแต่

¹⁰ Ibid, 48.

¹¹ Ibid, 58.

เพียงผู้เดียวของผู้อื่นในการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนจะถือว่าการละเมิดเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย Trademark Law of the People's Republic of China (2001) ฉบับเดิม ประกอบกับ มาตรา 50 (2) แห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า ปี 2014 ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติม¹² ซึ่งเป็นเรื่องของการจงใจในการอำนวยความสะดวก เช่น การจัดเก็บ การขนส่ง การส่งจดหมายการปกปิด ฯลฯ เพื่อจุดประสงค์ในการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของบุคคลอื่นในการใช้เครื่องหมายการค้า โดยกฎหมายในมาตรานี้เองที่โจทก์สามารถใช้เป็นฐานในการฟ้องร้องให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายโดยอ้อม (Indirect) ได้ในฐานะที่เป็นบุคคลใด ซึ่งเป็นผู้ที่ให้พื้นที่บนตลาดออนไลน์

ที่ถือได้ว่าเป็นการให้ความสะดวกแก่ผู้ที่กระทำละเมิด ในการกระทำที่เป็นการกระทบซึ่งสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่มีอยู่ในเครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ซึ่งในประเด็นนี้ส่งผลให้ศาลสามารถที่จะมีเครื่องมือที่ใช้ประกอบการพิจารณาดี โดยการตีความการกระทำของเว็บไซต์ที่มีการให้ใช้พื้นที่ในเว็บไซต์ซื้อขายออนไลน์ ให้ถือเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ค้าออนไลน์ รวมไปถึงการกระทำในโลกออนไลน์อื่น ๆ ที่กระทำไปเพื่อการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิเหนือเครื่องหมายการค้าได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่แพลตฟอร์มได้ นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมบทบัญญัติการห้ามการกระทำโดย

เจตนาที่จะอำนวยความสะดวกบุคคลอื่นในการกระทำละเมิดในสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ได้รับการจดทะเบียนไว้แล้ว ในลักษณะที่เป็นการช่วยเหลือให้บุคคลใดที่ได้ทำการละเมิดต่อสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่มีอยู่เหนือเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 57 (6) Trademark Law of the People's Republic of China (2013) รวมทั้งได้ขยายความการกระทำที่เป็นการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกที่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าต่อไปอีกว่าการกระทำ เช่น การจัดเก็บ การขนส่ง การส่งจดหมาย การพิมพ์ การปกปิดธุรกิจ หรือ แพลตฟอร์มการซื้อขายสินค้าออนไลน์ เป็นต้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 75 แห่งกฎหมาย Regulations for the Implementation of Trademark Law of the People's Republic of China (2014)¹³ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลักษณะละเมิดของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ได้บัญญัติเพื่อรองรับการกระทำละเมิดที่มีหลากหลายรูปแบบโดยมิได้จำกัดเฉพาะความรับผิดชอบการละเมิดเครื่องหมายการค้าเท่านั้น แต่ได้มีบทบัญญัติพิเศษที่ให้ความคุ้มครองสิทธิทางแพ่งของพลเมืองทั่วไปจากการทำความผิดผ่านผู้ให้บริการในโลกออนไลน์ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นบทกฎหมายปิดปากให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของตนได้ รวมถึงเป็นบทสันนิษฐานความผิดหากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้น

¹² Section 50 (2), *Regulations for the Implementation of Trademark Law of the People's Republic of China 2002*.

¹³ Michele Ferrant, "E-commerce Platform: Liability for Trade Mark Infringement Reaction on Chinese Courts' Practice and Remedies against the Sale of Counterfeits on the Internet," (2015) 10:4 *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 255, 260.

ไม่ได้ใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหยุดยั้งการละเมิด กล่าวคือ หลังได้รับการแจ้งเตือนจากผู้เสียหายจากการละเมิดโดยเป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นแล้วผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะต้องร่วมกันรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่ละเมิดของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตด้วย ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 36 ของกฎหมายลักษณะละเมิด (Tort Law of the People's Republic of China (2009))¹⁴

บทสรุปจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า กฎหมายของทั้ง 4 ประเทศนั้นรับรู้ถึงข้อเท็จจริงของการมีอยู่ของการกระทำละเมิดของบุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดโดยตรงบนแพลตฟอร์มออนไลน์ ซึ่งนำไปสู่ประเด็นที่ว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสจะต้องมีความรับผิดชอบหรือไม่ จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรดังเช่นประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส และจีนเองต่างก็มีความพยายามที่จะค้นหาวิธีการในทางกฎหมายเพื่อจัดการกับปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลสโดยอาศัยฐานคิดที่แตกต่างกันออกไป 3 แนวทาง คือ 1) การคิดค้นและพัฒนาหลักในเรื่องความรับผิดชอบแบบมีส่วนร่วมดังเช่นศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา 2) การตีความหลักกฎหมายลักษณะละเมิดดังเช่นกรณีของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส และ 3) การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะดังเช่นประเทศจีน ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไป

ว่าประเทศไทยจะใช้แนวทางใดเพื่อให้เกิดช่องทางการเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งได้ในกรณีที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลส แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางที่ 3 กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะดังเช่นประเทศจีนนั้น ไม่เหมาะสมกับประเทศไทยนัก เพราะอาจไม่ครอบคลุมการกระทำที่เป็นความรับผิดชอบในรูปแบบอื่น ๆ เนื่องจากเทคโนโลยีในยุคปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและมีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง ซึ่งก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจในรูปแบบใหม่ ๆ ตลอดเวลา ดังนั้นการกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดเฉพาะการกระทำซึ่งปรากฏอยู่แล้วในปัจจุบัน จึงไม่อาจแก้ปัญหาการละเมิดได้อย่างแท้จริงและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต หากเลือกแนวทางที่ 1 แล้วก็จะเกิดความยุ่งยาก เพราะกฎหมายไทยไม่มีข้อความคิดทางกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบแบบมีส่วนร่วมดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกานี้อยู่เลย ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะให้ศาลพัฒนาต่อขยายแนวความคิดนี้แนวทางที่เป็นไปได้และเหมาะสมที่สุดคือการถือการปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดสำหรับการกระทำของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสเอง ตามแนวทางของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแก้ปัญหาจึงกระทำได้โดยการปรับใช้บทบัญญัติที่มีอยู่แล้วโดยให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในการกระทำ

¹⁴ นัฐยา รัตนกิจยนต์, “ความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่” (2562) 9:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 46, 53

ของตนเอง ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าศาลจะปรับใช้มาตรา 420 แก่กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบน อีมาร์เก็ตเพลสที่ กระทำลงโดยผู้ขายได้อย่างไร ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

2. วิเคราะห์ประเด็นการปรับใช้มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อกำหนดความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นไปได้ที่จะสามารถหยิบยกเพื่อนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์ม อีมาร์เก็ตเพลส คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกฎหมายลักษณะละเมิดมาตรา 420 ที่สามารถนำมาปรับใช้ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นการละเมิดโดยตรง (direct infringement) และมาตรา 432 โดยพิจารณานำมาปรับใช้ในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าแบบมีส่วนร่วมในการกระทำละเมิด ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

2.1 วิเคราะห์เรื่องการกระทำของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส

ในทางดาร์มีคำอธิบายว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ในกรณีที่มีการกระทำของบุคคล โดยศาสตราจารย์ ศนันท์กรณธิบายว่า การกระทำนั้นทั้งด้านบวก (positive) และด้านลบ (negative) โดยในด้านบวกนั้นหมายถึงการลงมือกระทำโดยรู้สำนึก ในขณะที่ด้านลบหมายถึงการไม่กระทำหรืออยู่เฉย ๆ หรือจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การงดเว้น” ดังนั้น การ

ที่จะให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบตามมาตรา 420 ได้นั้น จะต้องปรากฏว่ามีการกระทำอันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าหรือการงดเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จากการศึกษาของกลุ่มของแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะพบว่าเมื่อศาลวินิจฉัยเรื่องความรับผิดของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส ศาลมักจะพิเคราะห์จากพฤติการณ์ต่าง ๆ ประกอบการวินิจฉัย ซึ่งมีทั้งพฤติการณ์ที่เป็นการกระทำและงดเว้นการกระทำ¹⁵

พฤติการณ์ที่เป็นการกระทำ (action) ได้แก่ การเหนี่ยวนำ ชักจูง ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก กับการกระทำต่าง ๆ ที่กระทำลงโดยผู้กระทำละเมิดลำดับแรกให้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าให้มีการขายสินค้าเลียนแบบบนเว็บไซต์ของตน ซึ่งเป็นแนวทางที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางเอาไว้ในคดี Inwood นอกจากนั้นหากยังปรากฏว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสยังคงให้บริการแก่ผู้ขายต่อไปโดยที่เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสนั้น ได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ขายกำลังมีส่วนเกี่ยวข้องกับการละเมิด พฤติการณ์ที่เป็นการงดเว้นหรือการอยู่เฉย ๆ (omission) ได้แก่ ไม่หยุดการให้บริการแก่ผู้กระทำละเมิดลำดับแรกที่เป็นร้านค้าออนไลน์หากอีมาร์เก็ตเพลสนั้นได้รู้ หรือ มีเหตุอันควรรู้ว่าร้านค้าออนไลน์กำลังละเมิดเครื่องหมายการค้า ประเด็นเรื่องการงดเว้นตามกฎหมายเยอรมันจะเน้นเรื่องหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)¹⁶ และในกรณีของการงดเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเว้นไม่ปฏิบัติจะถือว่าผิดกฎหมาย

¹⁵ ศนันท์กรณธิ์ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2560) 66.

¹⁶ Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law* (Oxon: Routledge, 3rd ed, 2014) 124.

หากมีหน้าที่เฉพาะในการใช้ความระมัดระวัง หรือ มีหน้าที่เฉพาะในการดูแล ส่วนในกฎหมายฝรั่งเศส เน้นเรื่องการที่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ (duty to act) แต่ไม่ได้กระทำ ก็ถือได้ว่าเป็นการงดเว้นเช่นกัน ในเรื่องของกรขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า บนแพลตฟอร์มออนไลน์และจำเลยมีพฤติการณ์ที่ ถือได้ว่าเป็นการงดเว้น มีตัวอย่างคำพิพากษาของ ศาลฎีกาเยอรมันในคดี Internet – Versteigerung¹⁷ ศาลเน้นย้ำว่าต้องมีการละเมิดหน้าที่ในการตรวจตรา (Monitoring Obligations) โดยให้พิจารณาจาก ลักษณะ (nature) และระดับ (degree) ของหน้าที่ ในการตรวจตรานั้น ศาลพิจารณาประกอบกับ ความเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจและความเป็นไปได้ ทางเทคนิคที่สามารถคาดหวังได้อย่างสมเหตุสม ผลจากผู้ที่มีหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งนั่นหมายความว่า ความรับผิดชอบละเมิดจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเจ้าของ อีมาร์เก็ตเพลสละเลยไม่ตรวจตราการกระทำที่ละเมิด เครื่องหมายการค้า¹⁸ จากแนวคำพิพากษาของศาล เยอรมันในคดี Internet-Versteigerung พบว่า เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องตรวจ สอบสินค้าทุกรายการที่วางขายอยู่บนเว็บไซต์ ของตน ศาลได้พิจารณาแล้วตัดสินว่าจะเกิดความ ไม่สมเหตุสมผลขึ้นได้หากจะให้เจ้าของเว็บไซต์

ตรวจตราสินค้าทุกรายการเพื่อหาความเป็นได้ในการ ละเมิดเครื่องหมายการค้าก่อนนำมาขายบนเว็บไซต์ แต่อย่างน้อยเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสจะต้องกั้นกรอง และลบรายการเสนอขายที่เป็นละเมิด ซึ่งระบบกั้น กรองจะมีความเข้มข้นมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับ ความเป็นไปได้ทางเทคนิค และความสมเหตุสมผลที่ พอจะทำได้ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่าศาลเยอรมันได้ กล่าวถึงความเป็นไปได้ทางเศรษฐกิจและความเป็น ไปได้ทางเทคนิคของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส ส่วน ผู้ที่จะประเมินว่าเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสได้ปฏิบัติ อย่างถูกต้องแล้วหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของ ศาลเป็นหลัก ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงบริบททางด้าน การพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁹ หาก พิจารณาเปรียบเทียบกับคดีที่เกิดขึ้นในประเทศ สหรัฐอเมริกาที่จำเลยมักเป็นบริษัทที่มีขนาดใหญ่ และมีทรัพยากรที่จำเป็นที่ใช้ในการตรวจสอบ ส่องการละเมิดเครื่องหมายการค้า²⁰

2.2 วิเคราะห์เรื่องความจงใจหรือประมาท เลินเล่อของเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลส

โดยหลักแล้วการที่จะมีความรับผิดชอบเรื่อง ละเมิดได้ต้องมีความผิด (fault) เสียก่อน²¹ ซึ่งจะ ต้องพิจารณาว่ามี

¹⁷ Internet-Versteigerung I; 173, 188 Tz. 42 - Jugend-gefährdende Medien bei eBay; BGH, Urt. v. 19.4.2007-I ZR 35/04, GRUR 2007, 708 Tz. 45 = WRP 2007, 964.

¹⁸ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, above n 8, 67.

¹⁹ Internet-Versteigerung I, above n 14, 964.

²⁰ ยกตัวอย่างเช่น คดี Tiffany (NJ) Inc. v. eBay ซึ่งเป็นกรณีที่ eBay ได้ใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ ในการเฝ้าระวังสินค้าที่ละเมิด เครื่องหมายการค้า เช่น การพัฒนาซอฟต์แวร์ที่เรียกว่า “Fraud Engine” เพื่อค้นหาสินค้าเลียนแบบ หรือการใช้ระบบ Verified Rights Owner Program (VeRO) ซึ่งเป็นระบบการแจ้งเตือนให้ลบเนื้อหา (Notice and Takedown) Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010) at 98.

²¹ อนันต์ จันทราโอภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด” ใน สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), *รวมบทความในโอกาส ครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เภมทรัพย์* (กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินติ้งเฮาส์, 2531) 95, 98.

การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ ประเด็นจึงอยู่ที่ว่าการกระทำใดบ้างของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ที่จะถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหาย ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ทั้งในทางทฤษฎีกฎหมายและในทางปฏิบัติว่าพฤติกรรมแบบใดของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในทางดำราแล้วการกระทำโดยจงใจนั้น ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ได้อธิบายว่า “จงใจหมายถึงรู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าจะเกิดผลหรือความเสียหายแก่เขาแล้ว ก็เป็นจงใจ”²² ศาสตราจารย์ศันท์กร โสคติพันธุ์ อธิบายว่า “การกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึงบุคคลที่ทำละเมิดนั้นมุ่งหมายที่จะก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นด้วยการกระทำของตน”²³ ดังนั้นหากจะให้เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบ จำเลยจะต้องนำเสนอให้ศาลเห็นว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส รู้สำนึกถึงผลหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ซึ่งในกรณีนี้ก็ต้องรู้ว่าการให้ผู้ขายใช้แพลตฟอร์มของตนจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าจะทำให้เจ้าของเครื่องหมายได้รับความเสียหายหรือเป็นการเสื่อมสิทธิที่มีอยู่ในเครื่องหมายการค้า หรือเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมุ่งหมายที่จะก่อความเสียหายให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมีความมุ่งหมายให้เจ้าของ

เครื่องหมายการค้าได้รับความเสียหายหรือเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสคาดหมายได้ว่าการอนุญาตให้ผู้ขายใช้แพลตฟอร์มของตนในการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าจะเกิดผลเสียหายขึ้นกับเจ้าของเครื่องหมายการค้า

ความรู้หรือไม่รู้ของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ในคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา รวมถึงการตีความของศาลเยอรมันซึ่งได้กล่าวถึงเรื่องนี้เอาไว้อย่างชัดเจน แนววินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกานั้นจำเลยจะรับผิดชอบเมื่อ “รู้ หรือ มีเหตุอันควรรู้” ว่ากำลังละเมิด เครื่องหมายการค้าและโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ผู้ขายรายใดกำลังขายสินค้าลอกเลียนแบบ หรือจำเลยมีพฤติกรรมที่จงใจไม่รับรู้ถึงการกระทำละเมิด (willful blindness)²⁴ สำหรับประเทศเยอรมันนั้นโจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงการกระทำโดยจงใจ (Intentional Act) หรือการกระทำโดยประมาท (Negligent Act) เช่นเดียวกับกฎหมายไทย ความรับผิดชอบลำดับรองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยบุคคลที่สามและจะต้องประกอบไปด้วยเจตนาของผู้กระทำละเมิดโดยอ้อมซึ่งได้แก่ อิมาร์เก็ตเพลสที่รู้และประสงค์ถึงองค์ประกอบของการกระทำละเมิด “ความรู้” ในที่นี้เป็นความรู้ถึงว่าสิ่งที่กระทำนั้น เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือหน้าที่ ส่วนคำว่า “จงใจ”

²² ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2553) 8.

²³ ศันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว 12, 74-75.

²⁴ ศาลาฎีกาไ้ในคดี Hard Rock Caf Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc., 955 F.2d 1143 (7th Cir 1992).

ตามกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นพฤติกรรมที่ไม่ปกติ (abnormal behaviour) หรือบุคคลไม่ได้กระทำการบางอย่างที่ควรจะต้องกระทำ²⁵ การยกเว้นมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแรกเริ่มนั้นได้ยกเว้นมาเป็นภาษาอังกฤษ จึงสมควรที่จะใช้ข้อพิจารณาทางประวัติศาสตร์ประกอบการวิเคราะห์ด้วย ศาสตราจารย์ศันท์กรณ์ ได้กล่าวไว้ “ความจริงในการยกเว้นมาตรานี้ครั้งแรกผู้ร่างใช้คำว่า intentionally²⁶ ซึ่งหมายถึงความ “ตั้งใจ” แต่ต่อมาเปลี่ยนเป็น wilfully คือ “จงใจ” ด้วยความมุ่งหมายจะให้กว้างกว่าตั้งใจเป็นสำคัญ” ดังนั้น คำว่าจงใจในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงถูกแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “willfully” ซึ่งกรณีอาจเทียบเคียงได้กับแนววินิจฉัยของศาลเรื่องการจงใจไม่รู้ถึงการกระทำความผิด (willful blindness) ในคดี Hard Rock Caf Licensing v. Concession Services ที่เจ้าของพื้นที่จงใจไม่รับรู้ถึงการกระทำอันเป็นการเลียนแบบที่เกิดขึ้นในบริเวณตลาดที่ตนดำเนินการอยู่ อีกทั้งยังเป็นผู้ประชาสัมพันธ์และร่วมสนับสนุนกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในบริเวณตลาด หรืออาจเป็นกรณีที่มีความสงสัยว่าได้มีการกระทำละเมิดและเจ้าของพื้นที่จงใจไม่ตรวจสอบการกระทำละเมิด

สำหรับกรณีของประมาทเลินเล่อ นั้นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 276 (2) ว่าบุคคลจะกระทำโดยประมาทหากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร “A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care”²⁷ ส่วนประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติเรื่องประมาทไว้ในมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ที่บัญญัติว่า “Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence”²⁸ คำว่า imprudence ในที่นี้สามารถแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ไม่รอบคอบหรือขาดความระมัดระวัง” Kurt M. Saunders และ Gerlinde Berger-Walliser เห็นว่าประมาทตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น มีความหมายที่ต่างกัน เพราะการใช้ระมัดระวังตามสมควรมีระดับความเข้มข้นที่น้อยกว่าหากเทียบกับความไม่รอบคอบหรือไม่ระมัดระวัง²⁹ ในทางดำรกฎหมายไทยนั้น ศาสตราจารย์ศันท์กรณ์ โสคติพันธุ์ กล่าวถึงเรื่องประมาทในทางแพ่งไว้ว่า “หมายถึงบุคคลนั้นมิได้ตั้งใจหรือมุ่งหมายให้เขาเสียหาย คือมิได้ตั้งใจต่อผลหรือไม่เล็งเห็นผล แต่ทำไปโดยขาดความระมัดระวัง” โดยต้องเป็น “การไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์”³⁰ ดังนั้น หากต้องการให้เจ้าของอิมาร์เก็ต

²⁵ Art. 1241, French Civil Code.

²⁶ ศันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว 12, 74.

²⁷ Art. 276 (2), German Civil Code.

²⁸ Art. 1383, French Civil Code.

²⁹ Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, above n 8, 62.

³⁰ ศันท์กรณ์ โสคติพันธุ์, อ้างแล้ว 12, 78.

เพลสรับผิดฐานละเมิด จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าการอนุญาตให้มีการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มของตนโดยผู้ขายนั้น เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ประเด็นคำถามคือ เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสควรจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างไรในฐานะที่เป็นเจ้าของพื้นที่บนโลกออนไลน์ที่จะต้องต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่า อะไรคือวิสัยและพฤติการณ์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส ตามกฎหมายไทยการพิจารณาเรื่องประมาทเลินเล่อใช้หลักเดียวกับความประมาทเลินเล่อตามกฎหมายอาญา ซึ่งมีการอธิบายเพิ่มเติมจากประเด็นเรื่องวิสัยและพฤติการณ์ว่า “ผู้นั้นอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่”³¹ ประเด็นคือพฤติการณ์ใดที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสพึงกระทำเมื่อพบว่าบนแพลตฟอร์มของตนนั้นได้ถูกใช้เป็นพื้นที่สำหรับการละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จากการศึกษาคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศพบว่าพฤติการณ์แห่งคดีที่มีการฟ้องร้องต่อศาลนั้นมีหลากหลายรูปแบบ ซึ่งหากเกิดขึ้นในประเทศไทย ศาลจะต้องพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี โดยส่วนใหญ่แล้วข้อพิพาทที่พบในต่างประเทศมักมีข้อเท็จจริงที่สามารถสรุปได้ ดังนี้

1) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสและเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้รับการแจ้งว่ามีการละเมิดแต่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ระงับการเข้าถึงสินค้าที่เสนอขายหรือลบลายการเสนอขายที่เป็นละเมิด

2) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสแต่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ได้ตรวจตราการละเมิดเครื่องหมายการค้า

3) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสและเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้รับการแจ้งว่ามีการละเมิด เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสมีโปรแกรมหรือกระบวนการตรวจสอบสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า

4) มีการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบบนเว็บไซต์เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสและเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้รับการแจ้งว่ามีการละเมิด แต่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสยังคงมีบทบาทที่สำคัญในการจำหน่ายสินค้าโดยการจัดหาเครื่องมือทางการตลาดหรือการบริการจัดส่งสินค้าให้ลูกค้าของผู้ขาย และยังคงกระทำการดังกล่าวอย่างต่อเนื่องแม้จะได้รับการแจ้งเตือนจากโจทก์

จากการศึกษาไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาไทยที่เกี่ยวข้องกับความประมาทเลินเล่อของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสโดยตรง มีแต่แนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสที่วินิจฉัยว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสกระทำการโดยประมาทในคดี LVMH v. eBay ซึ่งพฤติการณ์แห่งคดีคือ³²

1) eBay ได้มีส่วนช่วยเหลืออย่างมากในการจำหน่ายและทำการตลาดสำหรับสินค้าลอกเลียนแบบ

2) eBay ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อที่จะทำให้แน่ใจว่าธุรกิจของตนนั้นจะไม่ใช่การประกอบกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอันเป็นการละเมิดสิทธิของบริษัทอื่น

³¹ มาตรา 59, ประมวลกฎหมายอาญา.

³² Kurt M. Saunders and Gerlinde Berger-Walliser, above n 8, 76.

3) eBay ปฏิเสธที่จะใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพเพื่อต่อสู้กับการละเมิดเครื่องหมายการค้า

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าศาลไทยมักพิเคราะห์ความประมาทเลินเล่อโดยยึดโยงอยู่กับสถานะของจำเลย กล่าวคือศาลจะพิจารณาว่าจำเลยคือใครเสียก่อน หากมีกรณีฟ้องร้องกันขึ้นศาลอาจจะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสคือใคร และมีหน้าที่อย่างไร ศาลต่างประเทศมีมุมมองต่อประเด็นเรื่องสถานะของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส เช่น ประเทศฝรั่งเศสมองว่าอิมาร์เก็ตเพลส เป็นมากกว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อย่างเช่นคดี *Hermès v. eBay* ที่ศาลฝรั่งเศสเห็นว่า eBay³³ เป็นมากกว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) เพราะยังเป็นผู้ขายทอดตลาดออนไลน์ในเวลาเดียวกัน ซึ่งทำให้ eBay มีหน้าที่ที่จะต้องไม่ให้เว็บไซต์ของตนเป็นพื้นที่สำหรับใช้ไปในทางที่ผิดกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือจะต้องไม่มีสินค้าลอกเลียนแบบขายอยู่บนเว็บไซต์ของตน หน้าที่ของอิมาร์เก็ตเพลสย่อมมีมากกว่าการนำข้อมูลที่เป็นการละเมิดออกจากพื้นที่ให้บริการของตนเมื่อได้รับการแจ้งเตือน แต่ยังคงรวมถึงหน้าที่ในการที่จะทำให้แน่ใจว่าในพื้นที่ให้บริการของตนนั้นจะต้องไม่ถูกใช้ไปในวัตถุประสงค์ที่เป็นการละเมิด กล่าวคือ จะต้องไม่ปล่อยให้ผู้ใช้บริการที่เป็นเจ้าของร้านค้าบนแพลตฟอร์มของตนจำหน่ายสินค้าที่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ในทำนองเดียวกับศาลจีนที่วินิจฉัยว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่รู้ (know) หรือควรจะได้รู้ (should have known) ว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

ได้กระทำการอันใดที่เป็นการละเมิดสิทธิทางแพ่งของบุคคลอื่นต้องใช้มาตรการที่จำเป็นในการป้องกันการกระทำละเมิด ซึ่งหากมิได้ใช้มาตรการที่จำเป็น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรวมถึง อิมาร์เก็ตเพลส อาจต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่เป็นละเมิดที่เกิดจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตนั้นด้วย

จากการศึกษาแนววินิจฉัยของศาลต่างประเทศพบว่า อย่างน้อยที่สุดเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสจะต้องดำเนินการบางอย่างเมื่อมีการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มของตนเอง เพราะหากพิจารณาจากลักษณะของการดำเนินธุรกิจจะเห็นได้ว่าเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส เป็นเจ้าของพื้นที่บนโลกออนไลน์ที่เป็นเว็บไซต์ สินค้าต่าง ๆ นั้นถูกนำมาเสนอขายโดยผู้ให้บริการ แม้เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสจะไม่สามารถจับต้องสินค้าได้ทางกายภาพ แต่แพลตฟอร์มนี้ได้รับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการจำหน่ายสินค้าของผู้ให้บริการของตนด้วยการหักส่วนแบ่งจากยอดขายสินค้าทุกชิ้นที่ถูกจำหน่ายอยู่บนแพลตฟอร์ม และขณะเดียวกันตนเองก็ได้เป็นผู้ที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการจัดกิจกรรมส่งเสริมการขาย ประชาสัมพันธ์ แพลตฟอร์มให้เป็นที่รู้จักและเสนอขายสินค้าให้แพร่หลายไปยังผู้ซื้อ ดังนั้น จึงมีหน้าที่ดำเนินการอย่างเหมาะสม โดยมีอาจนั่งเฉยหรือปล่อยปละละเลยให้มีการกระทำละเมิดต่อเครื่องหมายการค้าได้ต่อไป และจากการศึกษานโยบายที่แพลตฟอร์มได้ประกาศไว้บนหน้าเว็บไซต์พบว่าอิมาร์เก็ตเพลส มักจะกำหนดนโยบายการประกอบธุรกิจว่าตนไม่

³³ Ibid, 79.

สนับสนุนการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายต่าง ๆ รวมถึงการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า และยังได้สร้างกฎเกณฑ์เพื่อให้ผู้ขายที่สมัครเข้าใช้บริการขายสินค้าทราบว่าแพลตฟอร์มไม่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า แต่นั่นก็เป็นเพียงการแสดงออกด้วยลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ในแง่ของการปฏิบัติแพลตฟอร์มจะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะเป็นการลบสินค้าออกจากรายการเสนอขาย ถูกจำกัดการได้รับสิทธิพิเศษของบัญชี บัญชีถูกระงับและยกเลิก หรือแม้แต่ถูกดำเนินคดีทางกฎหมาย แต่นั่นก็เป็นเพียงการปฏิบัติหลังจากได้รับการแจ้งจากผู้ให้บริการแล้วเท่านั้น จึงอาจไม่เพียงพอที่จะยับยั้งการละเมิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และยังเป็นผลกระทบให้กับเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการที่จะต้องค้นหาการละเมิดด้วยตนเอง ทั้งที่สภาพแวดล้อมของการจำหน่ายสินค้าบน แพลตฟอร์มอีมาร์เก็ตเพลสนั้นมีผู้ขายสินค้าและจำนวนสินค้าจำนวนมาก

ศาลไทยก็จะต้องมีมโนทัศน์ในทางกฎหมายในแบบเดียวกันนี้ เพียงแต่ในกรณีของประเภทเลนเล่นนั้นมักเกี่ยวข้องกับมาตรฐานการใช้ความระมัดระวัง มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นมีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่ง กรณีของประเภทเลนเล่นนั้นใช้มาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) ศาลไทยจึงอาจวินิจฉัยโดยใช้มาตรฐานตามอย่างของประเทศเยอรมนีได้ โดยพิจารณาถึงมาตรการที่จำเลยใช้ในการป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าและมาตรการที่ใช้นั้นเพียงพอจนถึงระดับที่ถือว่าจำเลยได้ใช้ความ

ระมัดระวังตามสมควรแล้วหรือไม่ ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาลโดยแท้ที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่

บทสรุป

จากการศึกษาพบว่ากรณีที่จะให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในฐานะละเมิดและต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายนั้นในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นในเชิงทฤษฎีหรือบรรทัดฐานที่ศาลต่างประเทศได้วางเอาไว้ยอมรับว่ามีฐานในทางกฎหมายที่จะเรียกให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในทางแพ่งได้ในฐานะที่เป็นผู้ละเมิดลำดับรอง (secondary infringer) เพียงแต่ฐานในทางกฎหมายมีความแตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า ความรับผิดชอบมีส่วนร่วม (contributory liability) ส่วนประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ศาลได้ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อวินิจฉัยถึงการกระทำของจำเลยที่เป็นเจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประเทศจีนนั้นบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเฉพาะเพื่อแก้ปัญหา มีการกำหนดให้เจ้าของอีมาร์เก็ตเพลสต้องรับผิดชอบหากจงใจให้การอำนวยความสะดวกในการจัดเก็บ ขนส่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของโจทก์ จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่าสำหรับประเทศไทยแล้วการพัฒนาหลักความรับผิดชอบมีส่วนร่วมตามอย่างสหรัฐอเมริกาหรือการบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะไม่ใช่แนวทางที่เหมาะสม เนื่องจากเหตุผล

ประการแรกคือกฎหมายไทยไม่มีข้อความคิดทางกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบมีส่วนร่วมนี้อยู่เลยจึงเป็นการยากที่จะให้ศาลพัฒนาต่อยอดแนวความคิดนี้หรือการบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะตามอย่างประเทศจีนก็จะเกิดปัญหาเรื่องการคัดเลือกกฎหมายที่จะนำมาแก้ไข แนวทางที่เป็นไปได้และเหมาะสมที่สุดคือการคือ การปรับใช้มาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเรื่องความรับผิดเพื่อการละเมิดสำหรับการกระทำของเจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสเอง ตามแนวทางของประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแก้ปัญหาจึงกระทำได้โดยการปรับใช้บทบัญญัติที่มีอยู่แล้ว โดยให้เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าจะปรับใช้มาตรา 420 แก่กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าบนอิมาร์เก็ตเพลสที่กระทำลงโดยผู้ขายได้อย่างไร

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการปรับใช้มาตรา 420 ในกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้ คำว่า “ผู้ใด” ตามมาตรา 420 ในที่นี้ให้หมายความถึง เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสซึ่งโดยมากแล้วเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนประกอบธุรกิจ คำว่า “จงใจ” ตามมาตรา 420 นี้ อาจหมายถึงพฤติกรรมในกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังต่อไปนี้

พฤติกรรมที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสได้ช่วยโฆษณาสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มของตนเองและได้ขยายการโฆษณาสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าไปยังแพลตฟอร์มอื่น ๆ เพื่อเพิ่มจำนวนผู้พบเห็นสินค้า เช่น facebook, Instagram, google โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าที่ละเมิดต่อเครื่องหมายการค้า ซึ่งความรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ในที่นี้ อิมาร์เก็ตเพลสพิจารณาจากราคาสินค้าแบรนด์เนมส์ที่มีราคาต่ำกว่าราคาสินค้าจริงเป็นอย่างมาก เช่น ราคาสินค้าจริงอยู่ที่ 50,000 บาทแต่ราคาสินค้าลอกเลียนแบบอาจอยู่ที่ 2,000 บาท ซึ่งไม่อาจเป็นไปได้เลยว่าจะเป็นสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้การจงใจอาจหมายถึงความรวมถึงเมื่อได้รู้ว่าผู้ค้ารายใดได้มีการจำหน่ายสินค้าที่เป็นสินค้าปลอมที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นจากการร้องเรียนจากผู้ทรงสิทธิเองหรือ

ผู้ซื้อสินค้า แต่เมื่อได้รู้เช่นนั้นแล้วอิมาร์เก็ตเพลสกลับมิได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพียงพอที่จะเป็นการขจัดสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าเพื่อไม่ให้มีการจำหน่ายบนแพลตฟอร์มอีกต่อไป รวมไปถึงการที่เมื่ออิมาร์เก็ตเพลสนั้น ได้รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าบนแพลตฟอร์มของตนนั้นมีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยผู้ขายแล้ว

แต่มิได้มีการตรวจสอบตราสอดส่องพฤติกรรมในทำนองเดียวกันนี้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อระงับเหตุการณ์ละเมิดนั้น ก็ให้ถือว่าเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ที่ต้องดูแลมิให้แพลตฟอร์มของตนถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำละเมิด เป็นต้น

คำว่า “ประมาทเลินเล่อ” ตามมาตรา 420 ในที่นี้ให้หมายความถึงวิสัยและพฤติกรรมที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง เช่น เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลส จัดให้มีกิจกรรมส่งเสริมการขายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า

การอนุญาตให้ร้านค้าที่จำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าเข้าร่วมกิจกรรมส่งเสริมการขายต่าง ๆ โดยไม่พิจารณาว่าสินค้าเหล่านั้นของผู้ขายเป็นสินค้าที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือไม่ รวมไปถึงถึงพฤติกรรมที่เจ้าของอิมาร์เก็ตเพลสไม่ได้เรียกให้ผู้ขายแสดงหนังสือรับรองความถูกต้องแท้จริงของสินค้าที่นำมาจำหน่ายตั้งแต่ขึ้นสมัครเข้าใช้บริการแพลตฟอร์ม เพื่อให้แน่ใจว่าแพลตฟอร์มของตนนั้นจะมีได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการละเมิดเครื่องหมายการค้า

คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” กฎหมายในกรณีนี้คือกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดกฎหมาย ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 หรือมาตรา 108 - 111 ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแน่นอนว่าย่อมมีความเสียหายแก่บุคคลอื่น และบุคคลอื่นในกรณีนี้ก็คือ ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้น ๆ ทั้งที่ทั้งเป็นผู้ได้รับสิทธิในการจำหน่ายสินค้าแต่เพียงผู้เดียวหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถูกละเมิด ทั้งนี้ ศาลอาจพิจารณาจากพฤติกรรมอื่น ๆ ประกอบ โดยต้องมีการพัฒนาหลักกฎหมายโดยศาลให้ทันต่อยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งส่งผลให้มีรูปแบบการกระทำละเมิดที่แตกต่าง และหลากหลายมากกว่าในอดีต และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเพื่อส่งเสริมให้มีการดำเนินธุรกิจออนไลน์โดยอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย กล่าวคือ การดำเนินธุรกิจที่เคารพต่อสิทธิที่กฎหมายรับรองของบุคคลอื่น

บรรณานุกรม

นัฐฐาย์ รัตนกิจยนต์, “ความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่” (2562) 9:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.

ไพจิตร บุญญพันธ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2553).

ศันันท์กรณ โสคติพันธ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2560).

อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด” ใน สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์* (กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินต์เฮาส์, 2531).

Cross, John T, “Contributory Infringement and Related Theories of Secondary Liability for Trademark Infringement,” (1994-1995) 80:2 *Iowa Law Review* 101.

Michele Ferrant, “E-commerce Platform: Liability for Trade Mark Infringement Reection on Chinese Courts’ Practice and Remedies against the Sale of Counterfeits on the Internet,” (2015) 10:4 *Journal of Intellectual Property Law and Practice*.

Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law* (Oxon: Routledge, 3rd ed, 2014).
Saunders, Kurt M. and Berger-Walliser, Gerlinde, “The Liability of Online Markets for Counterfeit

Goods: A Comparative Analysis of Second Trademark Infringement in the United States and Europe,” (2011) 32:1 *Northwestern Journal of International Law and Business*.

S. Wang and N. P. Archer, “Electronic Marketplace Denition and Classification: Literature Review and Clarifications,” (2007) 1:1 *Enterprise Information Systems*.



การใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย : ศึกษาเฉพาะประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์



The Use of Plain Language in Legislation: A Case Study of Civil and Commercial Code¹

วิชุดา อาริมิตร*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาแนวทางการใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมายเพื่อ
การแก้ปัญหากฎหมายไทยที่เข้าใจยาก โดยขอบเขตของการศึกษา ได้เลือกศึกษาเฉพาะประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ – หน้าที่ของบุคคลที่ใกล้ชิดตัวมากที่สุด โดยมีวิธีการศึกษา
วิจัยจาก หนังสือ ตำรา บทความ งานวิจัย งานวิทยานิพนธ์ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผลการศึกษาพบว่า
ภาษากฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังพบปัญหาของถ้อยคำภาษากฎหมายที่เข้าใจได้
ยากในหลายมาตรา เนื่องด้วยอิทธิพลของภาษากฎหมายและการเปลี่ยนแปลงของสังคมตั้งแต่ในอดีต ทำให้
ภาษากฎหมายที่ปรากฏในปัจจุบันเป็นหนึ่งในอุปสรรคของผู้ใช้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น
เห็นว่าการพัฒนาการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ในครั้งถัดไป

คำสำคัญ : ภาษากฎหมาย ภาษาที่เรียบง่าย เข้าใจยาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

Abstract

The objectives of the article were to study was to investigate the guidelines for using plain lan-
guage in legislation for solving the problem of complicated language used in Thai laws. The scope of the

¹ เนื้อหาตามบทความนี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าวิจัยทางนิติศาสตร์ที่เรียบเรียงจากงานวิจัยเรื่อง “การใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย : ศึกษากรณีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” โดยได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากงบประมาณรายได้ ประจำปี พ.ศ. 2560 ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

* อาจารย์ประจำ ภาควิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

study focused on specifically exploring the Civil and Commercial Code, which was related to the rights and duties of common people. The study methods included research from books, articles, research papers, thesis work and other related documents. As a result, Thai legal language in civil and commercial code was found to have problems in the language that is difficult to read and understand due to the influence of the legal language and the change in society from the past. At a result, the current legal language is one of the obstacles for law users and law enforcers. Therefore, there should be further development in legal legislation by using plain language to enact civil and commercial codes.

Keyword : Legal language, Plain language, Difficult to understand, The Civil and Commercial Code.

บทนำ

หากนึกย้อนไปถึงหลักกฎหมายโรมันที่กล่าวว่า “บุคคลจะอ้างความไม่รู้กฎหมายมาเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้” (Ignorantia legis non excusat) ซึ่งการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้นั้นก็ต่อเมื่อกฎหมายมีความซับซ้อนน้อยและประชาชนได้รับรู้ถึงการมีกฎหมายนั้นอย่างทั่วถึง และการที่จะอ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวได้ก็จะต้องมีความเข้าใจกฎหมายนั้นเสียก่อนซึ่งการจะเข้าใจกฎหมายนั้นได้จำเป็นต้องรู้ภาษากฎหมายนั้นด้วย หากกฎหมายมีความสลับซับซ้อนมากและมีการบัญญัติภาษากฎหมายที่ยากต่อความเข้าใจ หลักกฎหมายดังกล่าวนั้นก็คงไม่อาจนำมาใช้ได้อีกต่อไป

ในปัจจุบันการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ๆ เกิดขึ้นมามากมายทำให้กฎหมายที่บัญญัติมาเพื่อควบคุมการกระทำความผิดในรูปแบบต่าง ๆ นั้นมีมากขึ้นตามไปด้วยเช่นกัน ฉะนั้น เมื่อกฎหมายมีจำนวนมากขึ้นการที่ประชาชนทั่วไปหรือ แม้แต่นักกฎหมายจะสามารถรู้และเข้าใจความหมายของกฎหมายที่ออกมาได้ทั้งหมดนั้นคงเป็นเรื่องยาก

เพราะนอกจากภาษากฎหมายที่พบมักจะประสบปัญหาของอ่านเข้าใจยากแล้ว ในบางครั้งยังต้องแปลความหมายอีกครั้งเพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็น ปัญหาที่ยากไปขึ้นอีกด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงได้มีการเรียกร้องให้ผู้บัญญัติกฎหมายควรใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย เพื่อให้การสื่อสารสามารถเข้าใจได้ถูกต้องทั้งผู้ใช้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย

จากปัญหาดังกล่าว การเลือกศึกษาภาษากฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกรณีศึกษา เนื่องจากเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติสิทธิ - หน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายและเป็นกฎหมายที่ใกล้ชิดตัวบุคคลตั้งแต่เริ่มเกิดจนถึงตาย อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่ใช้มากที่สุดในชีวิตประจำวัน จากการพิจารณาภาษากฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน พบว่า ยังมีภาษากฎหมายที่ยังไม่ชัดเจนและยากต่อความเข้าใจอยู่มากซึ่งถือเป็นอุปสรรคต่อผู้ใช้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายในเรื่องของการทำความเข้าใจกฎหมายจากภาษากฎหมายที่เข้าใจยาก โดยเฉพาะในภาคเอกชน

ที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นเรื่องของ การทำสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ เป็นต้น ฉะนั้น แล้ว เมื่อกฎหมายใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนโดยทั่วไป บุคคลต่าง ๆ เหล่านั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้าใจ ถึงบทบัญญัติของกฎหมาย และการที่จะรู้กฎหมาย ได้นั้นจะต้องเข้าใจถึงภาษากฎหมายนั้นก่อนเพื่อไม่ ให้มีข้อโต้แย้งถึงความไม่เข้าใจภาษากฎหมายอันนำไป เป็นข้อแก้ตัวถึงความไม่รู้ว่่าที่กฎหมายเขียนไว้มี ความหมายว่าอย่างไรด้วยเหตุผลที่ว่าภาษาภาษานั้น เข้าใจยาก

บทความวิจัยฉบับนี้ จึงได้ศึกษาเพื่อค้นหา แนวทางความเป็นไปได้ในการใช้ภาษากฎหมาย ที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้ในการ แก้ปัญหาภาษากฎหมายที่ยากต่อความเข้าใจ โดย ได้ศึกษาลักษณะของภาษากฎหมายในอดีตจนถึง ปัจจุบัน ลักษณะของภาษากฎหมายในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อวิเคราะห์ถึงสาเหตุของ ภาษากฎหมายที่เข้าใจยากที่ยังปรากฏอยู่ในปัจจุบัน และเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาลักษณะของภาษากฎหมาย ไทยในอดีต
- 2) เพื่อศึกษาลักษณะภาษากฎหมายใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 3) เพื่อศึกษาแนวทางการใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย

สมมติฐานของการศึกษา

หากมีการส่งเสริมให้มีการบัญญัติกฎหมาย ด้วยภาษาที่เรียบง่าย (Plain Language) จะก่อให้เกิด

เกิดประโยชน์ต่อทั้งผู้ใช้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้ กฎหมาย ทั้งยังเป็นการแก้ปัญหาภาษากฎหมายที่ เข้าใจยาก ให้สามารถเข้าใจได้ง่ายมากขึ้น

ขอบเขตการศึกษา

การศึกษาวิจัยครั้งนี้ มีขอบเขตการศึกษา เฉพาะลักษณะภาษากฎหมายในอดีตจากบันทึก ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง กฎหมายตราสามดวง จนถึงลักษณะกฎหมายในปัจจุบัน โดยมุ่งเน้นศึกษา เปรียบเทียบระหว่างภาษากฎหมายตราสามดวง กับ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2558 เพื่อ ค้นหาสาเหตุของปัญหาภาษากฎหมายที่เข้าใจยาก และเสนอแนะแนวทางการพัฒนาและวิธีการใช้ ถ้อยคำที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทราบลักษณะของภาษากฎหมายไทย ในอดีต
- 2) ทราบลักษณะภาษากฎหมายไทยใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 3) ทราบแนวทางการใช้ภาษาที่เรียบง่าย ในการบัญญัติกฎหมาย

วิธีการดำเนินงานวิจัย

การวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (documentary research) โดยการศึกษา ค้นคว้า รวบรวมเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ เป็นสำคัญ การดำเนินการศึกษาค้นคว้าเอกสารตำราวิชาการต่างๆ ในทางกฎหมาย ทั้งหนังสือ ตำรา บทความ วิทยานิพนธ์

ผลการวิจัย

1. ภาษากฎหมายไทย

ภาษากฎหมายไทยในอดีตนั้น มีวิวัฒนาการเคียงบ่าเคียงไหล่มากับภาษาไทย¹ ภาษากฎหมายทำหน้าที่ในการบังคับหรือกำหนดให้ทั้งผู้ใช้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายต้องปฏิบัติตามในสิ่งที่บัญญัติไว้ตามภาษาในกฎหมาย หากกล่าวถึงความสำคัญเมื่อกฎหมายเป็นข้อบังคับที่ใช้แก่บุคคลทั่วไป ภาษากฎหมายที่บัญญัติออกมาใช้บังคับจึงมีความจำเป็นต้องบัญญัติออกมาให้สามารถอ่านและเข้าใจในกฎหมายนั้น ๆ ได้อย่างเข้าใจง่าย เพราะมีหลักกฎหมายอยู่ว่า “ความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว” หรือแม้แต่ตัวนักกฎหมายเองก็ประสบกับปัญหาภาษากฎหมายที่อ่านและทำความเข้าใจยาก จึงไม่กล้าเปลี่ยนแปลงถ้อยคำภาษาในกฎหมายให้อ่านง่ายหรือเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเป็นอย่างอื่นมากนัก เนื่องจากกลัวความคิดเพี้ยนไปจากความหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้² จึงทำให้ต้องเขียนกฎหมายโดยภาษาที่ไม่เข้าใจเพียงเพราะภาษาที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและมีอำนาจบังคับให้ผู้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายต้องปฏิบัติตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทำให้ภาษากฎหมายที่บัญญัติออกมานั้นยากต่อความเข้าใจและทำให้ต้องมีการตีความกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้ในศาสตร์การศึกษากฎหมายจะมีเรื่องของความตีความกฎหมายอยู่ก็ตาม แต่ในบางครั้งการตีความของนักกฎหมายแต่ละคนอาจแตกต่างกัน จึงอาจทำให้ความหมายในการตีความกฎหมายนั้นมีความที่คาดเคลื่อน

ไปได้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อนักกฎหมายยังไม่สามารถเข้าใจถึงภาษากฎหมายในบางเรื่องได้เป็นอย่างดี การที่จะทำให้บุคคลทั่วไปที่ถูกบังคับใช้กฎหมายเข้าใจภาษากฎหมายได้นั้น จึงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากภาษากฎหมายของไทย

2. ลักษณะของภาษากฎหมายในแต่ละยุค

ภาษากฎหมายไทยในแต่ละยุค จะมีเอกลักษณ์ทางภาษาที่แตกต่างออกไป และด้วยลักษณะการเปลี่ยนแปลงทางสังคมก็เป็นตัวแปรสำคัญของภาษาที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายด้วยเช่นกัน วิวัฒนาการของภาษากฎหมายไทย แม้มีข้อโต้แย้งว่า “ชนชาติไทย” หรือ “สยามไท” นั้น มีแหล่งกำเนิดมาจากที่ใดอยู่นั้น และตำราภาษากฎหมายไทยไม่ปรากฏ หรือปรากฏเป็นส่วนน้อย แต่ข้ออันเป็นที่ยุติ คือ การแบ่งยุคของกฎหมายไทยที่ทำให้เห็นความแตกต่างของภาษาที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมาย³ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ยุค กล่าวคือ

2.1 ยุคกฎหมายไทยก่อนสมัยใหม่

ยุคกฎหมายไทยก่อนสมัยใหม่ คือ ยุคกฎหมายไทยก่อนสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในยุคนี้สามารถแบ่งเป็นสมัยต่าง ๆ ได้ดังนี้ คือ สมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา และสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น จากการศึกษาพบว่า ลักษณะของภาษากฎหมายในยุคก่อนสมัยใหม่มีความแตกต่างกันไปตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมในแต่ละยุค

¹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *ภาษากฎหมายไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 11, 2555) 1.

² อมรา ประสิทธิ์ฐิติพันธุ์ และคณะ, “จุดเปลี่ยนของภาษาไทยจากดั้งเดิมสู่สมัยใหม่” (2561) 10:1 *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี* 19, 21.

³ กิตติบดีดิษฐ์ ไขพลู, “ภาษากฎหมายกับยุคการเปลี่ยนแปลง”, (2546) 21:1 *วารสารมนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์* 1, 3.

สมัยสุโขทัย เป็นสมัยที่ใช้ระบบการปกครองแบบพ่อปกครองลูก ภาษากฎหมายที่ใช้ในสมัยสุโขทัยนั้น ได้ปรากฏขึ้นในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง พบสำนวนภาษาที่ใช้ในการเขียนไว้อย่างสั้น ๆ ง่าย ๆ โดยใช้คำไทยแท้เป็นส่วนใหญ่และมักจะใช้คำซ้ำ ๆ และนิยมคำที่เป็นคำคู่กัน และสัมผัสคล้องจองกัน⁴ และเนื่องจากศิลาจารึกดังกล่าวนี้ยังไม่มีสถานะเป็นตัวบทกฎหมาย การเขียนจึงใช้ภาษาที่เป็นคำง่าย ๆ และสั้น ๆ และไม่ปรากฏคำราชาศัพท์จากการศึกษานี้ผู้วิจัยเห็นว่า ลักษณะภาษาที่ปรากฏน่าจะเพื่อให้คนในยุคนั้นสามารถอ่านทำความเข้าใจและเพื่อความสอดคล้องกับสภาพของสังคมที่ไม่สลับซับซ้อนและจำนวนประชากรที่ไม่มากนักเช่น

“เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ลูท่าง เพื่อจูงวัวไปค้า จั๋มม้าไปขาย” หมายถึง เจ้าเมือง – พ่อขุน ไม่เก็บภาษีราษฎร เมื่อนำสินค้าผ่านด่านไปขาย หรือ

“ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าขุนผู้ใดแล ล้มตายหายกว่าเข้าเรือนพ่อเชื้อ เสือคำมันช้าง ลูกเมียเย็บข้าว ไพร่ฟ้าเข้าไท ป่าหมาก ป่าพลู พ่อเชื้อมันไว้แก่ลูกมันสิ้น” หมายถึง เมื่อผู้ใดตาย ทรัพย์สินตกได้แก่ทายาท

สมัยอยุธยา เกิดความเปลี่ยนแปลงจากรูปแบบการปกครองแบบพ่อปกครองลูกไปเป็นรูปแบบที่ผู้ปกครองเปรียบดั่งสมมติเทพ เนื่องจากรับ

อิทธิพลความเชื่อในลัทธิเทวราชย์ของศาสนาฮินดูมาจากทางอาณาจักรของเขมร ในยุคสมัยนี้จะเปรียบพระมหากษัตริย์เป็นดั่งนารายณ์อวตารที่สถิตย์บนพื้นพิภพ จึงทำให้จากไพร่ฟ้าหน้าใสในสมัยสุโขทัยเปลี่ยนเป็นเบื่องบน (ฟ้า) กับเบื่องล่าง (ดิน) ก่อให้เกิดช่องว่างระหว่างผู้ปกครองกับราษฎร ที่ไม่เป็นดั่งพ่อ (พระมหากษัตริย์) กับลูก (ราษฎร) ดังปรากฏจาก “พระราชกำหนด” ตอนหนึ่งที่ว่า “อนึ่ง แผ่นดินเป็นใหญ่แต่สมเด็จพระมหากระษัตริย์ ด้วยเหตุว่าพระมหากระษัตริย์เจ้านั้นเป็นสมมุติเทวดา” ที่เปรียบเปรยพระมหากษัตริย์เป็นเทวดาทำให้ลักษณะภาษาที่เขียนในกฎหมายนั้นมีถ้อยคำที่ทำความเข้าใจได้ยากขึ้นจากในยุควัดสุโขทัย⁵

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายที่สำคัญในสมัยอยุธยา คือ “คัมภีร์พระธรรมนูญ”⁶ ได้รับอิทธิพลมาจากอินเดียทำให้ภาษากฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาถูกผูกขาดด้วยชนชั้นปกครองและจำกัดขอบเขตความรู้กฎหมาย การใช้ภาษาจะเป็นศัพท์ชั้นสูงที่เกินภูมิความรู้ของราษฎร ทำให้ภาษากฎหมายที่ออกมาในสมัยนั้นมีความอลังการเหมือนการใช้ภาษาของสมมติเทพ โดยมักเขียนกฎหมายให้ออกมาในลักษณะของภาษาร้อยกรอง และยังประกอบไปด้วยถ้อยคำภาษาสันสกฤตเป็นส่วนใหญ่อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ภาษาใน “พระราชปรารภ” ความตอนหนึ่งว่า

⁴ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว 1, 9. และ พรพรม วัชรภักย์, *สำนวนการเขียน* (กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชนจำกัด, 2510) 55.

⁵ เสนีย์ ปราโมช, *ประชุมปาฐกถาและคำอภิปราย พ.ศ. 2489-2509* (พระนคร: รวมสาส์น, 2509) 583. และ เขียร เจริญวัฒนา, “หน่วยที่ 10 ระบบกฎหมายไทยก่อนสมัยรัชกาลที่ 5” เอกสารการสอนชุดวิชา 41402 ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2542) 124.

⁶ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว 1, 9.

⁷ ที่มาของคัมภีร์พระธรรมนูญของไทยไม่ได้มีที่มาจากคัมภีร์อินเดียโดยตรง แต่ได้รับช่วงต่อมาจากมอญ ซึ่งในตอนราชอาณาจักรรุ่งเรืองเป็นใหญ่ในบริเวณที่ราบ ซึ่งระหว่างพุทธศตวรรษที่ 13 ถึงพุทธศตวรรษที่ 17 เดิมมอญแปลจากภาษาบาลีเป็นภาษามอญ ต่อมาไทยจึงนำมาแปลจากภาษามอญเป็นภาษาไทยอีกทอดหนึ่ง

“...สมเด็จพระเจ้ารามธิบดีบรมไตรโลกนาถ มหามงกุฎเทพมณีนุชวิสุทธิวงษ์ องค์พุทธางกูร บรมบพิตรพระพุทธเจ้าอยู่หัวทรงทศพิธราชธรรม ถวัลราชประเวณี ศรีบรมกร ศัตราธิราชพระบาท ฐ คำรงภูมิฉกตลกลีมาประชาราษฎร์ บรมนารถ บรมบพิตรเสด็จสถิตในรัตนสิงหาศับุญชรสิงห์แล สมเด็จพระเจ้าหน่อพุทธางกูรสุริยวงษ์ และสมเด็จพระ พระพรณเมศวรนั่งเฝ้า แลพญาเอกศัตราษพระมหา อุปราษและมหาเสนาจตุสดมุกขมนตรีพิริยโยธามาต และตำรวจนอกมหาไถลภูขุนทหารพ่อเรือนซ้าย ขวาเฝ้าพระบาท จึงตั้งพระราชอาญาไอยการทหาร พ่อเรือน ชายหญิงสมณพราหมณาจารย์ แลวานิชกร นรประชาราษฎร์ทั้งหลาย...” ภาษาในพระราชปรารภ ดังกล่าว แสดงให้เห็นความเป็นสมมติเทพและ พระราชอำนาจเปิดสร้างทั้งกำลังทหาร ตำรวจตุลาการ รวมถึงไพร่ฟ้าพลเมือง

นอกจากนี้ ภาษากฎหมายในสมัย ยุคยังคงได้รับอิทธิพลจากภาษาอินเดียที่ถูก แปลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ทำให้ในยุคสมัยนี้ ความเข้าใจในภาษากฎหมายมีความเข้าใจยากขึ้นไป อีกขึ้นจนถึงขนาดที่มีนักกฎหมายบางท่านวิจารณ์ ภาษากฎหมายในสมัยอยุธยาว่า “คนไทยที่ไม่รู้ภาษา แหก ฟังเอาความหมายได้ยากเต็มที และเมื่อยิ่งพูด มากความหมายก็ยิ่งน้อยลงไปเป็นธรรมดา”⁸ ทำให้ ภาษากฎหมายในยุคสมัยนี้มีมีความแตกต่างกับ ภาษากฎหมายในสมัยสุโขทัย ทั้งการผูกอุปประโยค สำนวน ถิ่นที่ละเมียดละมัย แต่เป็นการใช้คำที่

พุ่มเพื่อย ช้ำซำก และถ้อยคำที่เป็นข้อความซึ่งเป็น พลความที่ไม่ใช่ส่วนสำคัญมากกว่าเนื้อหา อย่างไรก็ตาม อิทธิของภาษากฎหมายในสมัยอยุธยา ยังคง สืบเนื่องต่อมาจนถึงปัจจุบันดังจะเห็นได้จากลักษณะ ภาษากฎหมายในสมัยนี้ในกฎหมายบางฉบับและบาง บทบัญญัติที่มีลักษณะเช่นเดียวกันดังที่กล่าวมา

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น เป็นรัชสมัย ของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก มหาราช (รัชกาลที่ 1) กฎหมายที่ใช้บังคับในระยะ แรกของสมัยนี้มีที่มาจากกฎหมายที่ใช้เมื่อครั้ง สมัยกรุงศรีอยุธยา⁹ โดยอาศัยจากการจดจำและการ คัดลอกกันมาตามเอกสารที่หลงเหลือจากการถูก เผาทำลายเมื่อเสียกรุงศรีอยุธยาซึ่งมีจำนวนน้อย มาก¹⁰ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ถูกเผาทำลาย คงเหลือเพียงไม่กี่ฉบับเท่านั้น¹¹ อาจกล่าวได้ว่า ในบท กฎหมายเก่าหรือสืบส่วนคงเหลือแต่เพียงส่วนเดียว เท่านั้น พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ จึงทรง โปรดให้ทำการสะสางกฎหมายขึ้นใหม่¹² เพื่อแก้ไข ข้อบกพร่องของกฎหมายที่ขาดหายไป

นอกจากเหตุการณ์ดังที่กล่าวมานี้มูลเหตุ สำคัญอีกอย่างหนึ่งของการสะสางกฎหมายในยุค สมัยนี้คือ “คดีอั้งยี่” โดยเรื่องมีอยู่ว่า “อั้งยี่ ป้อมได้ไปฟ้องหย่านายบุญศรี โดยลูกขุนของศาล หลวงได้พิจารณาและตัดสินตามกฎหมายให้สามารถ หย่าขาดจากกันได้ นายบุญศรีเห็นว่าคำพิพากษา นั้นไม่เป็นธรรม เพราะอั้งยี่ป้อมเป็นฝ่ายมีผู้ จึง

⁸ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว 5, 124.

⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 15, 2559) 117.

¹⁰ รอง สยามานนท์, ประวัติศาสตร์ไทย (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมหนังสือตามแนวพระราชดำริ, 2527) 115.

¹¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว 8, 117.

¹² อลิน รพีพัฒน์, สังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416 ประกายทอง สิริสุข และพรณี สรุงบุญมี แปล (กรุงเทพฯ: โครงการ ดำรงสังคมศาสตร์, 2518) 95.

ได้ด้วยวิถีการต่อพระเจ้าแผ่นดินในครั้งนั้น ทำให้พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ และทรงมีรับสั่งให้นำกฎหมายที่ใช้ตัดสินคดีดังกล่าวมาตรวจสอบว่าตัดสินผิดไปหรือไม่...” ซึ่งเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาพิจารณาตรวจสอบได้ความว่าเนื้อหาของกฎหมายว่า “ชายหาผิดมิได้” หญิงขอหย่า ท่านว่าหญิงหย่าชาย หย่าได้” จากเหตุของคดีดังกล่าวทำให้พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าฯ ทรงเห็นว่ากฎหมายที่ใช้ในการตัดสินคดีนั้นไม่มีความเป็นธรรมเนื่องจากอาจมีการคลาดเคลื่อนจากการจดจำและคัดลอกมา จึงทรงให้ทำการชำระสะสางบทบัญญัติกฎหมายในสมัยนั้นจนกลายเป็น “กฎหมายตราสามดวง” อันเป็นกฎหมายที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้มีความรัดกุมและเที่ยงธรรม และถือเป็นกฎหมายที่สำคัญฉบับหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อวงการกฎหมายไทย

จากการศึกษากฎหมายตราสามดวง พบว่า ลักษณะของภาษาที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายตราสามดวง ยังคงรักษาลักษณะของภาษากฎหมายเช่นเดียวกับภาษากฎหมายในสมัยอยุธยาบางประการ ผู้วิจัยเห็นว่าอาจจะเป็นเพราะภาษาที่ใช้กันในสมัยนั้นอยู่ในระหว่างความเชื่อมต่อกันของผู้คนในสมัยกรุงศรีอยุธยาจนมาถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น¹³ และด้วยบทบัญญัติกฎหมายที่มีการจดจำและคัดลอกมาจากกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาจึงทำให้ถ้อยคำภาษากฎหมายมีความคล้ายคลึงกัน แต่ความแตกต่างกัน คือ การจัดระบบและการสะสางเนื้อหาของกฎหมายในตัวบทกฎหมายในส่วนที่ขัดแย้ง

อันทำให้เกิดความไม่เข้าใจแก่ผู้ใช้กฎหมายที่จะนำไปตัดสินคดีเพียงเท่านั้น¹⁴

2.2 ยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่

ยุคกฎหมายสมัยใหม่เป็นยุคที่เริ่มในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 4) เป็นต้นมาจนถึงสมัยปัจจุบัน ภาษากฎหมายในยุคนี้ยังคงลักษณะเดิมของภาษากฎหมายในยุคสมัยรัชกาลก่อนจนเมื่อมีความพลวัตทางด้านสังคม วัฒนธรรม ศาสนา และความเชื่อที่เริ่มแผ่จากชาติตะวันตกเข้ามาในประเทศไทยสยาม (ชื่อเดิม) มากขึ้นทำให้เริ่มมีการใช้ถ้อยคำภาษาต่างประเทศในหมู่นักชาติสยามที่รับอิทธิพลมาจากชาติตะวันตก และกฎหมายก็เช่นกันที่ประเทศไทยสยามได้รับเอากฎหมายของชาติตะวันตกเข้ามา เนื่องด้วยเหตุผล 2 ประการคือ (1) ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและ (2) ปัญหาเรื่องความล้ำสมัยของกฎหมายไทยเดิมที่เป็นระบบวิธีพิจารณาความแบบจารีตนครบาล¹⁵ ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวถึงจุดเปลี่ยนที่สำคัญของกฎหมายไทยที่ทำให้ประเทศไทยสยามต้องยอมปฏิรูปกฎหมายภายหลังจากการที่ประเทศไทยสยามทำสนธิสัญญากับประเทศอังกฤษ ที่เรียกว่า “สนธิสัญญาเบาว์ริง” (Bowring Treaty)

จากการศึกษาพบว่า อิทธิพลของสนธิสัญญาเบาว์ริงฉบับนี้ ถือเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของภาษากฎหมายไทยอย่างหนึ่งเช่นกัน เนื่องด้วยในสนธิสัญญาฯ ดังกล่าวเขียนเป็นภาษาอังกฤษ และ

¹³ ชานินทร์ กรชัยเชียร, อ้างแล้ว 1, 15. และ ร.แสงศักดิ์, ประวัติศาสตร์กฎหมาย กฎหมายตราสามดวง บางลักษณะเฉพาะที่ศึกษาในมหาวิทยาลัยรามคำแหง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517) 11.

¹⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว 8, 121.

¹⁵ เพิ่งอ้าง, 121.

ต่อมา มีการแปลเป็นภาษาไทย นับว่าในขณะนั้น ภาษากฎหมายไทยเริ่มมีภาษาต่างประเทศเข้ามา เกี่ยวข้องจากการปฏิรูปกฎหมายในสมัยนั้นอาศัย นักกฎหมายต่างประเทศในการร่างกฎหมายจึงทำให้ กฎหมายที่ร่างออกมาใช้บังคับถูกดัดแปลงมาจาก ภาษาต่างประเทศ เป็นผลทำให้ลักษณะการใช้ภาษา ในการบัญญัติกฎหมายในยุคนี้ ถูกเปลี่ยนแปลงเป็น คำแปลภาษาไทยที่มีถ้อยคำจากภาษาอังกฤษส่งผลให้ ภาษากฎหมายไทยแต่เดิมหายไป เช่น การเรียกจำเลย ในคดีอาญาว่า “อ้าย” “อี” “มัน” แต่อย่างไรก็ตาม การปฏิรูปกฎหมายในครั้งนั้นทำให้ภาษากฎหมาย ในสมัยนั้นบางถ้อยคำยังพบเห็นและได้ยินมาจนถึง ปัจจุบัน เช่น “ประทุษร้ายทางแพ่ง” คือ “ละเมิด” ยัง คงมีการใช้คำนี้อยู่ในการเรียนการสอนนิติศาสตร์¹⁶

ต่อมาในสมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) นับว่าเป็นอีกยุค หนึ่งที่มีความสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงของภาษา กฎหมายไทยอย่างเต็มตัว เพราะเป็นยุคที่เริ่มมีการ ปรับตัวและรับเอากฎหมายจากชาติตะวันตกเข้ามา และมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรก ในประเทศไทย ซึ่งประมวลกฎหมายฉบับแรกนั้น คือ “ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ทำให้ ประเทศไทยเริ่มมีประมวลกฎหมายมาตั้งแต่บัดนั้น จนถึงปัจจุบัน เมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมาย ลักษณะอาญาแล้ว ต่อมาจึงได้มีงานการร่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นในปีเดียวกันเรื่อยมาจน

สิ้นสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่ หัว และประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชยฉบับแรกในปี พ.ศ. 2468 ในรัชสมัยพระบาท สมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6)

3. ความเป็นมาและลักษณะภาษากฎหมาย ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.1 ความเป็นมาของประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์

จากที่กล่าวมาแล้วนั้น ร่างประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เริ่มต้นในปีเดียวกันกับ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) แล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2566 ซึ่งในขณะนั้นประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีเพียง 2 บรรพ ถูกร่างโดย ชาวฝรั่งเศส¹⁷ แต่เนื่องด้วยการประกาศใช้ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือเป็นเรื่องใหม่ของ ประเทศไทย พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่ หัวจึงได้มีพระบรมราชโองการให้ประกาศบรรพ 1 และ 2 ไว้ก่อน¹⁸ แต่ยังไม่ให้ผลใช้บังคับทันทีโดย ให้มีผลใช้บังคับวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 ซึ่งการ ประกาศใช้ในครั้งนี้ต่างถูกวิพากษ์วิจารณ์จากทั้ง ผู้พิพากษาและทนายความว่าประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ฉบับนี้อ่านแล้วไม่เข้าใจ ไม่รู้เรื่อง¹⁹ จึง ได้มีการเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 บรรพ 2 ขึ้นอีกครั้งเป็นผล ให้ภายหลังต่อมาหลังจากมีการประกาศใช้ประมวล

¹⁶ กิตติบดี ไขพลู, อ้างแล้ว 3, 7.

¹⁷ เนื่องจาก ณ ขณะนั้น ประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจและอิทธิพล ไทยจำเป็นต้องยอมตั้งกรรมการชาวฝรั่งเศสในร่างประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ โปรดดูเพิ่มเติม ชาญชัย แสงวงศ์, อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2558) 71. และแสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว 8, 229.

¹⁸ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงได้มีพระบรมราชโองการให้ประกาศบรรพ 1 และ 2 ในวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466.

¹⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว 8, 235.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 บรรพ 2 ในปี พ.ศ. 2466 เป็นเวลา 2 ปี ได้มีการยกเลิกและให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 บรรพ 2 ฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2468 ซึ่งถือเป็นการแก้ไขครั้งสำคัญเพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงจากการใช้ประมวลกฎหมายตามอย่างฝรั่งเศสมาเป็นประมวลกฎหมายแบบเยอรมันโดยผ่านการคัดลอกจากประมวลกฎหมายญี่ปุ่นเป็นต้นแบบโดยใช้วิธีการลอกเฉพาะบทกฎหมายที่เข้าใจง่ายส่วนบทกฎหมายที่เข้าใจยากตัดทิ้งจึงทำให้ภาษากฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 มีความเข้าใจมากยิ่งขึ้น²⁰ นอกจากนี้ ยังได้มีการนำกฎหมายอื่น ๆ เป็นต้นแบบในการร่างอีกด้วย เช่น กฎหมายอังกฤษ กฎหมายของระบบกฎหมาย Common Law อื่น ๆ เช่น กฎหมายอินเดีย ประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น สวิสเซอร์แลนด์ ออสเตรีย อิตาลี เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และประมวลกฎหมายของประเทศอื่น ๆ เช่น อียิปต์ อาร์เจนตินา ถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการผสมผสานหลักกฎหมายจากกฎหมายต่างประเทศที่หลากหลาย รวมทั้งจารีตประเพณีของไทยเอง เช่น ในเรื่องของ “คดีอุทลุม” ที่ถือว่าเป็นการนำจารีตประเพณีของไทย

มาบัญญัติไว้ในกฎหมายด้วยเช่นกัน²¹ ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 มีลักษณะของระบบกฎหมาย ฐานความคิดทางกฎหมายและภาษากฎหมายที่ปรากฏออกมามีความหลากหลายผสมผสานกันของหลายประเทศ

หลังจากนั้นได้มีการทยอยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จนครบทั้ง 6 บรรพในวันที่ 7 มิถุนายน 2478 โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีโครงสร้าง แบ่งเป็น (1) ภาคทั่วไป ประกอบด้วย บรรพ 1 หลักทั่วไป บรรพ 2 หนี้ และ (2) ภาคเฉพาะ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา²² บรรพ 4 ทรัพย์สิน²³ บรรพ 5 ครอบครัวบรรพ 6 มรดก²⁴ ถือเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบ 6 บรรพ ฉบับแรกของประเทศไทย ภายหลังมีการแก้ไขและเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จนมาถึงฉบับปัจจุบันทั้งหมด 21 ฉบับ ซึ่งมีโครงสร้างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนฉบับเดิม ลักษณะภาษามีการเปลี่ยนแปลงเป็นภาษาสมัยใหม่ ในบางถ้อยคำจวบจนถึงปัจจุบัน กล่าวคือ **“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2558”** เป็นฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

²⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว 16, 232.

²¹ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, เอกสารประกอบการบรรยาย น. 100 ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมาย ชุดที่ 3 ภาคเรียนที่ 1 ปีการศึกษา 2560 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560) 6. และ ศิริจันทร์พร ชารมดี, “ผลของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” (2562) 9:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 1, 3.

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ถูกประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2471 และได้มีการตรวจชำระใหม่เพื่อความสมบูรณ์โดยให้ประกาศใช้บทบัญญัติ บรรพ 3 ที่ชำระใหม่ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2472.

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ได้ถูกประกาศใช้ในปี 2473 โดยให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2475 เป็นต้นไป.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และ บรรพ 6 เกิดขึ้นพร้อมกันในปี 2475 (เป็นปีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้วและเป็นเวลาประเทศไทยต้องจัดทำประมวลกฎหมายให้ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญากับประเทศต่าง ๆ เพื่อยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต) และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฯ ในปี พ.ศ. 2478.

2.2 ลักษณะภาษากฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากการศึกษาเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นกฎหมายสมัยใหม่ การศึกษาลักษณะภาษากฎหมายนั้นผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างภาษากฎหมายในกฎหมายแพ่งยุคกฎหมายไทยก่อนสมัยใหม่โดยเลือกเปรียบเทียบ “กฎหมายตราสามดวง” กับ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477” และ “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2558” จากการเปรียบเทียบ พบว่า ลักษณะภาษาในกฎหมายตราสามดวงและภาษาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 และ พ.ศ. 2558 มีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก เนื่องจากภาษาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 และ พ.ศ. 2558 มีที่มามาจากการแปลร่างมาจากภาษาต่างประเทศ จึงทำให้ประมวลกฎหมายทั้ง 2 ฉบับมีลักษณะภาษาที่เป็นภาษาสมัยใหม่ และมีการกำหนดศัพท์เฉพาะขึ้นมาใหม่ บทนิยาม และคำทับศัพท์ เช่น คำว่า ห้างหุ้นส่วน เซ็ค อาวัล เป็นต้น²⁵ และไม่พบภาษาที่เป็นลักษณะภาษาที่เป็นราชาศัพท์ หรือภาษาสมมติเทพ หรือภาษาร้อยกรอง หรือภาษาที่มีลักษณะสอดคล้องสัมผัสเหมือนดังเช่นในกฎหมายตราสามดวง²⁶ คงพบแต่เพียงหลักกฎหมายซึ่งเป็นอิทธิพลจากหลักกฎหมายตราสามดวงปรากฏให้เห็นในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ในลักษณะของภาษาที่เปลี่ยนไปจากเดิมเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้ภาษาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีลักษณะของภาษาสมัยใหม่ แต่เมื่อพิจารณาลักษณะภาษาที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่า ลักษณะภาษากฎหมายยังคงมีลักษณะที่เป็นปัญหาในเรื่องของความเข้าใจยากและไม่ชัดเจนอยู่มากเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ข้อความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 452 บัญญัติว่า “...จัดการตามควร...” หรือ มาตรา 215 บัญญัติว่า “...ตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้...” และยังพบถ้อยคำสำนวนที่ใช้ในกฎหมายทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 653 บัญญัติว่า “.... จะฟ้องให้บังคับหาได้ไม่...” ซึ่งการบัญญัติภาษากฎหมายในลักษณะนี้อาจทำให้คิดได้หลายประการว่าข้อความนี้ฟ้องได้หรือไม่ได้ และลักษณะภาษาที่เป็นศัพท์เฉพาะทางกฎหมาย หากไม่ใช่บุคคลในสาขานิติศาสตร์ก็ไม่อาจเข้าใจได้ว่าหมายถึงอะไร เช่น คำว่า “หนี้” โดยทั่วไปเข้าใจว่าเป็นหนี้เงินแต่ในทางกฎหมายยังหมายถึงความรวมถึงหนี้กระทำการและงดเว้นการทำการด้วย หรือ คำว่า “อาวัล” หมายถึงการค้ำประกันความรับผิดชอบหนี้ในตัวเงิน เป็นต้น

การศึกษากฎหมายภาษาไทยตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ทำให้ทราบสาเหตุของปัญหาความเข้าใจยากของภาษากฎหมายที่ปรากฏในปัจจุบันว่า การที่ภาษาภาษานั้นยังคงมีบทบัญญัติมาตราที่เข้าใจยาก เนื่องมาจากปัจจัยในหลายกรณีไม่ว่าจะเป็นอิทธิพลของกฎหมายในยุคก่อน การเปลี่ยนแปลงของสังคม การเปลี่ยนแปลงของระบอบ

²⁵ อมรา ประสิทธิ์รัฐสินธุ์, อ้างแล้ว 2, 40.

²⁶ โปรดดูข้อที่ 2.1 ในบทความฉบับนี้.

การปกครอง ความเชื่อ และการรับวัฒนธรรมของชาติตะวันตก โดยเฉพาะการรับอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศเข้ามาเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายของไทย และทำให้ภาษากฎหมายไทยที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันยังคงเป็นปัญหาความเข้าใจยากอยู่จนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นกฎหมายที่มีรากฐานของภาษาที่ผสมผสานกันในหลายภาษาเมื่อครั้งแรกเริ่มของการจัดทำร่างประมวลกฎหมาย จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ถึงผลกระทบของภาษาที่ต้งต้นเมื่อถูกแปลมาเป็นภาษากฎหมายไทยแล้วจะทำให้สามารถเข้าใจได้ง่ายขึ้นเอง

4. แนวทางของการใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย

จากปัญหาของลักษณะภาษากฎหมายไทยดังกล่าว ผู้วิจัยได้ศึกษาเพื่อพยายามหาแนวทางการแก้ปัญหากฎหมายที่เข้าใจยาก พบว่า ในต่างประเทศนั้นมีปัญหาในเรื่องของการพยายามใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมายด้วยเช่นกัน โดยปัญหาดังกล่าวปรากฏในกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษในการบัญญัติกฎหมาย ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย เป็นต้น ซึ่งนักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เหล่านั้น ก็ประสบกับปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับการใช้ภาษากฎหมายเช่นกัน กล่าวคือ ภาษากฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นเข้าใจยาก และมีการใช้ถ้อยคำและสำนวนที่สูง ซึ่งเป็นภาษาที่ไม่ค่อยมีผู้นิยมใช้²⁷ จึงทำให้มีการเรียกร้องให้

มีการปรับปรุงแก้ไขภาษากฎหมายที่ใช้อยู่ให้เข้าใจได้โดยง่าย โดยวิธีการใช้ “ภาษากฎหมายที่เรียบง่าย” (plain English) แทน

โดยในแวดวงของการร่างกฎหมายของประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ ให้ความหมายของคำว่า “plain English” หรือ “plain Language” ไม่ได้หมายถึงแต่เฉพาะการทำให้ภาษาที่อ่านเข้าใจยากอยู่แล้วนั้นเป็นภาษาที่ง่ายเท่านั้น แต่ยังมีความหมายให้รวมไปถึงในแง่ของวิธีการถ่ายทอดความคิดทางกฎหมายด้วยความเรียบง่ายเพื่อการสื่อสารกับผู้อื่นด้วย²⁸ โดยการเรียกร้องให้มีการแก้ปัญหากฎหมายซึ่งเข้าใจยากที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายในประเทศอังกฤษได้มีการเรียกร้อง โดยการณรงค์เป็น “plain English Campaign” ในปีค.ศ. 1974 ตัวอย่างภาษากฎหมายที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อต่อต้านการใช้ภาษาที่เข้าใจยากเป็นคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นตามข้อพิพาทการบังคับตามสัญญาจำประกัน ประเด็นของปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากความตอนหนึ่งในคำพิพากษาว่า ประโยคแรกในสัญญาจำประกันมีความยาวถึง 1,500 คำ ทำให้ทนายความของธนาคารไม่สามารถแสดงต่อศาลไม่ได้ว่าประโยคความนี้มีความหมายว่าอย่างไร²⁹ อย่างไรก็ตาม การใช้ภาษาเรียบง่ายในภาษากฎหมายนั้น นักกฎหมายของอังกฤษบางท่านได้ทักท้วงว่า ไม่ใช่เรื่องง่ายดังที่พูดกันเนื่องจากภาษากฎหมายมีความเฉพาะ (terms of art) จึงไม่ใช่เรื่องง่ายนักที่จะใช้ภาษาธรรมดาสามัญในกฎหมาย³⁰ แต่อาจจะทำให้อังเกิดความสับสนขึ้น

²⁷ ธานินทร์ กรีวิเชียร, อ้างแล้ว 1, 239.

²⁸ Peter Butt, “Moder Legal Drafting” (2002) 23:1 *Statute Law Review* 1, 13. และ ธรรมนิติ์ สุมนต์กุล, *ภาษากฎหมาย-Plain Language* (13 กรกฎาคม 2559) สำนักงานกฤษฎีกา <www.krisdika.go.th>.

²⁹ Tom Mc Arthur, *The Oxford Companion to the English Language* (New York: Oxford University Press, 1992) 95. อ้างใน ธานินทร์ กรีวิเชียร, อ้างแล้ว 1, 240.

³⁰ ธานินทร์ กรีวิเชียร, อ้างแล้ว 1, 242.

ไปอีก จึงได้มีการเสนอแนะแนวทางอย่างอื่นแทนการใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมายด้วยการร่างกฎหมายอาจใช้การวางหลักกฎหมายทั่วไปและให้รายละเอียดเป็นการตีความ เรียกว่า General Principle Drafting³¹ หรือการมีมาตราหนึ่งที่ระบุถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายไว้ เรียกว่า Purpose Provisions หรือการร่างกฎหมายให้สั้นลงและให้เชื่อมโยงไปที่อื่นเพื่ออธิบาย เรียกว่า Drafting by Reference ซึ่งจากแนวทางของประเทศอังกฤษทั้งสองแนวทางที่กล่าวมานั้นเพื่อต้องการให้กฎหมายออกมาอย่างมีประสิทธิภาพและใช้บังคับได้เป็นจริงในสังคม นั่นเอง

นอกจากนี้ในประเทศออสเตรเลียก็มีปัญหาในเรื่องความเข้าใจยากของภาษากฎหมายด้วยเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ โดยประเทศออสเตรเลียก็มีขบวนการเพื่อใช้ภาษาที่เรียบง่ายในภาษากฎหมายของออสเตรเลีย การใช้ภาษาที่เรียบง่ายในออสเตรเลียไม่ได้หมายความว่าเฉพาะแต่เรื่องของถ้อยคำเท่านั้น แต่ยังหมายความว่าครอบคลุมไปถึงเรื่องของโครงสร้างและการวางรูปแบบให้การใช้ง่ายง่ายขึ้นด้วย วิธีการของประเทศออสเตรเลีย คือ มีศูนย์ภาษากฎหมายที่เรียบง่าย เรียกว่า “The Centre for Plain Legal Language” ที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการใช้ภาษาที่เรียบง่ายในเอกสารทางกฎหมายทั้งหมด เช่น สัญญาจ้าง สัญญาเช่า และให้ความช่วยเหลืออบรม และแนะนำให้แก่บรรดาภาคเอกชนและหน่วยงานของราชการต่าง ๆ รวมไปถึงนักศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการใช้ภาษากฎหมายที่เรียบง่ายด้วย

อภิปรายผล

จากการศึกษาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า ภาษากฎหมายนั้นก็ถือเป็นส่วนประกอบหนึ่งของกฎหมาย เพราะภาษากฎหมายถือเป็นอำนาจอย่างหนึ่งและสามารถบังคับให้บุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายนั้นตามที่ภาษากฎหมายปรากฏอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่บุคคลจะรู้กฎหมายนั้นจึงจำเป็นต้องรู้และการเข้าใจภาษากฎหมายนั้น ๆ ด้วย โดยจากการศึกษาพบว่า ภาษาที่เรียบง่าย (Plain Language) เป็นแนวทางหนึ่งที่จะทำให้บุคคลสามารถเข้าใจกฎหมายได้อย่างไม่มีกังขาถึงความไม่เข้าใจภาษากฎหมาย นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังพบว่า ลักษณะภาษาที่เข้าใจยากที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสาเหตุของปัญหาความเข้าใจกฎหมายของทั้งผู้ใช้กฎหมายและผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายอยู่มากอีกด้วย จากแนวทางการใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศถือเป็นแนวทางที่น่าสนใจที่จะเป็นตัวช่วยให้กฎหมายที่เป็นข้อบังคับแก่บุคคลทั่วไปสามารถทำความเข้าใจภาษากฎหมายนั้นได้ง่ายขึ้น

อย่างไรก็ดี แนวคิดในเรื่องการนำภาษาที่เรียบง่ายมาใช้ในการบัญญัติกฎหมายนั้นยังเป็นเพียงเรื่องที่จะถูกพัฒนาขึ้นใช้ในอนาคต การใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมายนี้จะเครื่องมืออย่างหนึ่งที่ทำให้ประชาชนได้รับประโยชน์มากขึ้นในเรื่องของการเข้าใจถึงภาษากฎหมายในสัญญาและความตกลงต่าง ๆ แม้ปัจจุบันการเข้าถึงกฎหมายสามารถกระทำได้ง่ายกว่าในอดีตมากนัก ไม่ว่าจะเป็นโดย

³¹ ธรรมนิติ์ สุมนต์กุล, อ้างแล้ว 27, 3.

ผ่านการสื่อสารกระทำอย่างทั่วถึง โดยเฉพาะตามสื่อออนไลน์ต่างๆ ที่สามารถให้เข้าถึงสืบค้นข้อมูลได้อย่างเปิดเผย แต่ก็มีข้อสังเกตว่าตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับนั้นก็มีจำนวนมากขึ้นเช่นเดียวกัน จึงทำให้ผู้คนน่าจะไม่รู้และเข้าใจความหมายของกฎหมายต่างๆ เหล่านั้นเสมอไป

ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยจึงขอข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาภาษากฎหมายที่เข้าใจยากจากที่ได้ศึกษาลักษณะภาษาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังนี้

1) ในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในครั้งถัดไป ผู้ร่างกฎหมายควรแก้ไขบทบัญญัติมาตราที่ยากต่อความเข้าใจโดยใช้ให้ภาษาที่เรียบง่าย ธรรมดาและเข้าใจง่าย โดยตัดถ้อยคำภาษาที่ยังคงเป็นภาษาในสมัยเก่า ภาษาที่อ่านเข้าใจยากออก

2) ควรมีการส่งเสริมการศึกษาและพัฒนากระบวนการร่างกฎหมายโดยใช้ภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย ไม่เฉพาะแต่การใช้ภาษาที่เรียบง่ายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่รวมถึงภาษากฎหมายในกฎหมายอื่นๆ ด้วยโดยอาจนำวิธีการของประเทศอังกฤษและออสเตรเลียมาใช้เป็นแนวทาง เช่น ตั้งศูนย์ศึกษาภาษาที่เรียบง่ายในการบัญญัติกฎหมาย เป็นต้น

REFERENCES

- กิตติบดีรินทร์ ไยพลู, “ภาษากฎหมายกับยุคการเปลี่ยนแปลง” (2546) 21:1 วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์.
- กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, เอกสารประกอบการบรรยาย น. 100 ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมาย ชุดที่ 3 ภาคเรียนที่ 1 ปีการศึกษา 2560 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2558).
- ธรรมนิศ์ สุ่มันตกุล, ภาษากฎหมาย-Plain Language (13 กรกฎาคม 2559) สำนักงานกฤษฎีกา <www.krisdika.go.th>.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ภาษากฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 11, 2555).
- เชียร เจริญวัฒนา, หน่วยที่ 10 ระบบกฎหมายไทยก่อนสมัยรัชกาลที่ 5 เอกสารการสอนชุดวิชา 41402 ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2542).
- พรพรรณ วัชรากัญ, ส่วนงานเขียน (กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชนจำกัด, 2510).
- อดิน รพีพัฒน์, สังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416 ปรกาศทอง สิริสุข และพรณี สรุณบุญมี แปล (กรุงเทพฯ: โครงการตำราสังคมศาสตร์, 2518).
- รอง สยามานนท์, ประวัติศาสตร์ไทย (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมหนังสือตามแนวพระราชดำริ, 2527).
- ศิรินทร์พร ชารมดี, “ผลของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” (2562) 9:2 วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.
- เสนีย์ ปราโมช, ประชุมปาฐกถาและคำอภิปราย พ.ศ. 2489-2509 (พระนคร: รวมสาส์น, 2510).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 15, 2559).
- อมรา ประสิทธิ์รัฐสินธุ์ และคณะ, “จุดเปลี่ยนของภาษากฎหมายไทยจากดั้งเดิมสู่สมัยใหม่” (2561) 10:1 วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี.
- Butt, Peter, “Moder Legal Drafting”, (2002) 23:1 Statute Law Review.
- Mc Arthur, Tom, The Oxford Companion to the English Language (New York: Oxford University Press, 1992).





กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ASEAN Framework Agreement on Traditional Knowledge Protection

วิวิธ วงศ์ทิพย์*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรียา ถั่วเลิศ**

บทคัดย่อ

ภายใต้ยุทธศาสตร์การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community : AEC) ประกอบกับเหตุผลและความจำเป็นของที่ประชาคมอาเซียนจะต้องมีการคุ้มครองและส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจตามยุทธศาสตร์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ภูมิปัญญาท้องถิ่นถือว่าเป็นยุทธศาสตร์หนึ่งที่สำคัญซึ่งจะมีบทบาทต่อการเสริมสร้างระบบทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน ทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนจำเป็นต้องมีมาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามที่ปรากฏในแผนปฏิบัติการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน (The ASEAN Intellectual Property Rights Action Plan 2016-2025) การศึกษาจึงเสนอผลการศึกษากำหนดกรอบความตกลงระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียน โดยศึกษาถึงความหมาย ประเภท แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของต่างประเทศซึ่งมีรูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค ได้แก่ สหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรป เพื่อนำผลการศึกษาที่ได้มาศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาอุปสรรคและความเป็นไปได้ในการสร้างกรอบความตกลงอาเซียนเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค

คำสำคัญ : ภูมิปัญญาท้องถิ่น ความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

Abstract

According to the ASEAN Economics Community (AEC) Strategy, Traditional Knowledge (TK) has significant role for ASEAN community which supports Intellectual Property system of ASEAN community. It is necessary for all ASEAN member countries which are the sources of TK to develop the measure of protection through Intellectual Property Rights Action Plan 2016-2025. This study suggests the result dealing with regional level for TK protection in ASEAN community. The researcher will illustrate the related concepts and theories, and the previous studies as follows: The definition, the characteristics, and the distinct areas of TK and the current international law mechanisms. The TK protections of the ASEAN countries will be compared to find the significance of legal aspects in TK measures that are reflected variedly according to the different political systems. Furthermore, the analysis of the TK protection of ASEAN countries will also be compared with the current specific laws of regional TK protections which have been promulgated among European and African countries. The results of the comparisons will be synthesized to generate the agreement that is most suitable agreement to further enact the most practical TK laws for ASEAN.

Keyword : Traditional Knowledge, ASEAN Framework Agreement on Traditional Knowledge Protection, The Regional Level of Traditional Knowledge Protection

บทนำ

ภูมิปัญญาท้องถิ่นถือได้ว่าเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญต่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่¹ ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีศักยภาพในเชิงเศรษฐกิจ (Economic Value) สูง จนก่อให้เกิดความขัดแย้งต่อสู้แย่งชิงและการกล่าวอ้างถึงสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติในดินแดนอื่นมาโดยตลอด ปรากฏตามข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเข้าถึงความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมก่อน (Non-Prior Informed Consent) การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์ที่

ไม่เหมาะสม (Misappropriation) การบิดเบือนหรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งสร้างความเข้าใจผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดภูมิปัญญาท้องถิ่น (Misleading) การนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปพัฒนาต่อยอดแล้วนำไปขอรับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วยการขอรับสิทธิบัตรโดยปราศจากค่าตอบแทนหรือการแบ่งปันผลตอบแทนจากการใช้ประโยชน์ให้กับแหล่งกำเนิด

จากการศึกษาการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างประเทศพบว่าทั้งรูปแบบที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลาย

¹ Robin Ramcharan, *International Intellectual Property Law and Human Security* (Hague, Netherland: T.M.C. Asser Press, 2013) 178.

หลายทางชีวภาพ (The Convention on Biodiversity : CBD) และการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค (Regional Level) เช่น รูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคของกลุ่มสหภาพแอฟริกา (Africa Union : AU) ที่เกิดจากแนวคิดการแสวงหาความร่วมมือภายในกลุ่มประเทศสมาชิกขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาของภูมิภาคแอฟริกา (African Regional Intellectual Property Organization : ARIPO) ได้ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแสดงออกของคติชนในระดับภูมิภาคภายใต้พิธีสารสวาคอปมันด์ ว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแสดงออกของคติชน (Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore) และรูปแบบการรวมกลุ่มแบบองค์การเหนือรัฐ (Supra-National Organization) ของสหภาพยุโรป (European Union : EU) ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องทรัพยากรชีวภาพภายใต้ข้อบังคับสหภาพยุโรปเรื่องมาตรการสำหรับผู้ใช้ประโยชน์จากพิธีสารนาโงยาว่าด้วยเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมภายในสหภาพยุโรป ณ วันที่ 16 เมษายน 2014 (Regulation (EU) No 511/2014 of The European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on Compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Benefits Arising from their Utilization in the Union)

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นของการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคอาเซียนภายใต้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจตามยุทธศาสตร์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economics Community : AEC) พบว่ารัฐสมาชิกจะต้องให้คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นดังปรากฏในแผนปฏิบัติการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน (The ASEAN Intellectual Property Rights Action Plan 2016-2025) แต่รูปแบบและทิศทางของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประชาคมอาเซียนก็ยังไม่มีความชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรม อุปสรรคที่สำคัญของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียน คือ การกำหนดรูปแบบการคุ้มครองและการตรากฎหมายและการอนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันและปัญหาการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างกันภายในรัฐสมาชิกที่เรียกว่า “วิถีอาเซียน” (ASEAN Way)² ความเป็นพหุสังคมของอาเซียนซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีความแตกต่างกันทั้งในระบบการเมือง วัฒนธรรม เชื้อชาติ และฐานะทางเศรษฐกิจ รวมถึงนโยบายทางด้านกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละรัฐสมาชิกที่แตกต่างกัน หากอาเซียนไม่สามารถสร้างความร่วมมือในการสร้างหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายในภูมิภาคแล้วจะทำให้อาเซียนไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการพัฒนาเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคซึ่งต้องการเพิ่มกลไกเพื่อการส่งเสริมการสร้างสรรค์สินทรัพย์และการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น

² ทักษิณ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, มุมมองต่อประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) ของ ศ.(พิเศษ) ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557) 68.

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความหมาย ลักษณะ และประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น หลักการ แนวคิด ทฤษฎี รวมถึงข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

2. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของต่างประเทศซึ่งมีรูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค ได้แก่ สหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรป

3. เพื่อศึกษาความเป็นมาของประชาคมอาเซียน การคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และนโยบายทางด้านกฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียน

4. เพื่อนำผลการศึกษาที่ได้จากข้อ 1 ถึง 3 มาศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาอุปสรรคและความเป็นไปได้ในการสร้างกรอบความตกลงอาเซียนเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค

5. เพื่อเสนอแนะการยกร่างกรอบความตกลงที่ว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในรูปแบบของพิธีสารให้เป็นรูปธรรมภายใต้ยุทธศาสตร์ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

สมมติฐานของการศึกษา

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของประชาคมอาเซียนจะต้องมีการดำเนินการตามที่ปรากฏในพิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2025

และแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน 2025 แต่ประชาคมอาเซียนในฐานะที่เป็นแหล่งกำเนิดภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลกกลับยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ทางด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค จึงมีความจำเป็นที่ประชาคมอาเซียนจะต้องร่วมมือกันเพื่อสร้างกลไกการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคให้มีความชัดเจนภายใต้การดำเนินงานของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งก็คือ การมีกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น จะทำให้ประเทศในอาเซียนสามารถคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นได้เพื่อให้บรรลุผลในการสร้างมาตรฐานทางกฎระเบียบด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในภูมิภาคโดยให้มีผลผูกพันรัฐสมาชิกอาเซียนที่จะต้องอนุวัติการกฎหมายตามกรอบความตกลงดังกล่าวด้วย

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงการกำหนดกรอบความตกลงเพื่อสร้างระบบเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในอาเซียน โดยศึกษาถึงลักษณะของภูมิปัญญาความหมาย และประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น แนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและนโยบายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของรัฐสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ เพื่อให้ทราบสภาพปัญหาและอุปสรรคของกำหนดหลักเกณฑ์ความตกลงอาเซียนในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น และศึกษารูปแบบของการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค ได้แก่ สหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรป รวมถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางกำหนดหลักเกณฑ์คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในประชาคมอาเซียนอย่างเหมาะสม

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงความหมาย และประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น หลักการแนวคิดทฤษฎีรวมถึงข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งที่เกี่ยวกับหลักการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

2. ได้ทราบถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามกลไกของกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศซึ่งให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค ได้แก่ สหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรป

3. ได้ทราบถึงความเป็นมาของประชาคมอาเซียน ความจำเป็นในการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นตามแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และมาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในกลุ่มประเทศอาเซียน

4. ได้ทราบถึงรูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคของสหภาพแอฟริกา สหภาพยุโรป และประชาคมอาเซียน พร้อมผลการวิเคราะห์ปัญหา อุปสรรคและความเป็นไปได้ของการกำหนดรูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในประชาคมอาเซียน

5. สามารถนำผลการศึกษาวิเคราะห์มาจัดทำข้อเสนอแนะการกำหนดกรอบความตกลงในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามยุทธศาสตร์ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

วิธีที่ใช้ในการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ที่ใช้วิธีการศึกษาจากการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งได้แก่ ตำรา รายงานการวิจัย บทความทางวิชาการ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต แนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งจากหน่วยงานภาครัฐและองค์กรระหว่างประเทศ

ผลการศึกษา

1. ความหมายและประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นในบริบทของอาเซียน

1.1 ความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่น

จากการศึกษาคำนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับองค์ความรู้และภูมิปัญญาต่าง ๆ พบว่ามีความใกล้เคียงกันอย่างมาก เช่น ภูมิปัญญาชาวบ้าน (Popular Wisdom) ความรู้ของชนพื้นเมืองเดิม (IK)³ คติชน (FL)⁴ ส่วนการศึกษาด้านภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทย พบว่ามีการใช้คำว่า “ภูมิปัญญา”⁵ หรือ

³ TEACHING AND LEARNING FOR A SUSTAINABLE FUTURE, INDIGENOUS KNOWLEDGE & SUSTAINABILITY (13 Dec 2017) website <http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_c/mod11.html>.

⁴ อมรา พงศาพิชญ์, ความหลากหลายทางวัฒนธรรม (กระบวนทัศน์และบทบาทในประชาสังคม) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542) 36.

⁵ กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม, วัฒนธรรม วิถีชีวิตและภูมิปัญญา (กรุงเทพมหานคร: บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977), พิมพ์ครั้งที่ 1, 2558) 12.

“ภูมิปัญญาชาวบ้าน”⁶ สำหรับการศึกษา ผู้วิจัยจะใช้คำว่า “ภูมิปัญญาท้องถิ่น” ในภาษาไทย ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Traditional Knowledge : TK” เพื่อกำหนดบทนิยามความหมายที่จะใช้เป็นกรอบของศึกษามาตรการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียน ซึ่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกใช้คำว่า Traditional Knowledge เพื่ออ้างอิงถึงวรรณกรรมพื้นบ้าน งานที่เกี่ยวกับศิลปะหรือวิทยาศาสตร์การแสดง สิ่งประดิษฐ์ การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ การออกแบบ เครื่องหมาย ชื่อและสัญลักษณ์ สารสนเทศที่ไม่เปิดเผย นวัตกรรมและผลงานตามประเพณีอื่น ๆ ที่เกิดจากกิจกรรมทางปัญญาในอุตสาหกรรมวิทยาศาสตร์ วรรณกรรมหรือศิลปะ⁷ นอกจากนี้ คำว่า Traditional Knowledge ยังปรากฏในมาตรการเชิงยุทธศาสตร์ภายใต้พิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน 2025 (AEC Blueprint 2025) ซึ่งกำหนดไว้ใน

ข้อ 31 iv. d.⁸ โดยการเพิ่มกลไกในระดับภูมิภาคเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นให้เป็นรูปธรรม เนื่องจากภูมิปัญญาท้องถิ่นถูกจัดอยู่ในประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาสาขาใหม่ซึ่งจะมีส่วนช่วยในการเพิ่มปริมาณและมูลค่าการส่งออก การไหลเวียนของการลงทุนทั้งในและต่างประเทศ และเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันระดับโลกที่เพิ่มสูงขึ้น

จากการศึกษาความหมายภูมิปัญญาท้องถิ่นข้างต้น ผู้วิจัยขอสรุปความหมายของภูมิปัญญาท้องถิ่นในการศึกษาครั้งนี้ โดยหมายถึง องค์ความรู้หลากหลายประเภท ซึ่งได้มีการพัฒนารูปแบบมาตั้งแต่อดีตและยังคงมีการพัฒนาเรื่อยมาไม่หยุดนิ่งตามตัวตามสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีการถ่ายทอดสืบสานภูมิปัญญาท้องถิ่นมาจากรุ่นสู่รุ่น ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงมีรูปแบบในการแสดงออกที่หลากหลาย ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร การบอกเล่าแบบแผนปฏิบัติ และความเชื่อ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของระเบียบแบบแผนที่แน่นอนเป็นทางการหรือเป็นสิ่งที่เข้าใจและรับรู้กันโดยทั่วไปโดยไม่มีการจัดระบบเป็นหมวดหมู่ก็ได้

1.2 ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่น

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้แบ่งภูมิปัญญาท้องถิ่นออกเป็นหมวดต่างๆ ดังนี้

- 1) องค์ความรู้ทางเกษตรกรรม
- 2) องค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์
- 3) องค์ความรู้ทางเทคนิค
- 4) องค์ความรู้ทางยาและการรักษาโรค
- 5) องค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางชีวภาพ

⁶ พัฒนา สุขประเสริฐ, ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับการส่งเสริมการเกษตร (กรุงเทพมหานคร: ภาควิชาส่งเสริมและนิเทศศาสตร์เกษตร คณะเกษตร, มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2558) 3-4.

⁷ WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), *INTELLECTUAL PROPERTY NEEDS AND EXPECTATIONS OF TRADITIONAL KNOWLEDGE HOLDERS* (13 Nov 2016) website <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf>.

⁸ 31 Strategic measures include the following:

...iv. Enhance regional mechanisms to promote asset creation and commercialisation, including the development of supporting schemes for MSMEs and creative sectors through the following key measures

d. Promote a protection mechanism for GIs and genetic resources, traditional knowledge, and traditional cultural expressions (GRTKTCE) and assist in their protection in ASEAN and in foreign markets.

6) การแสดงออกของศิลปวัฒนธรรมแบบประเพณี (Traditional Culture Expression : TCE) หรือ การแสดงออกของคติน (Expression of Folklore) ซึ่งได้แก่

(1) การแสดงออกทางวาจา เช่น นิทานพื้นบ้าน บทกวี และปริศนาคำทายแบบพื้นบ้าน เครื่องหมายถ้อยคำสัญลักษณ์ และสิ่งบ่งชี้ต่างๆ

(2) การแสดงออกทางดนตรี เช่น เพลงพื้นบ้านและดนตรีที่ใช้เครื่องบรรเลง

(3) การแสดงออกทางท่าทาง เช่น การรำ การละเล่น ละคร รวมถึงรูปแบบทางศิลปะ พิธีกรรม และ

(4) การแสดงออกในรูปของผลงานที่จับต้องได้ (Tangible Expression) เช่น

ก. งานศิลปะพื้นบ้าน ได้แก่ ภาพวาด ภาพระบายสี งานแกะสลัก งานปั้นเครื่องถ้วยชาม เครื่องดินเผา โมเสก งานไม้ งานโลหะ เครื่องเพชรพลอย เครื่องจักรสาน งานเย็บปัก สิ่งทอ เครื่องแต่งกาย

ข. งานหัตถกรรม

ค. เครื่องดนตรี

ง. รูปทรงทางสถาปัตยกรรม⁹

อย่างไรก็ตาม การศึกษาประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นในบริบทของอาเซียนนั้นประกอบด้วยองค์ความรู้ที่แตกต่างกันหลายประเภท และมีความเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตของมนุษย์ในหลายลักษณะ เช่น เกษตรกรรม วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี ระบบนิเวศวิทยาสิ่งแวดล้อม การบำบัดรักษาโรค โภชนาการ และความรู้เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรชีวภาพ ดังนั้น การศึกษาถึงขอบเขตความหมายและประเภทของ

ภูมิปัญญาท้องถิ่นในอาเซียนจำเป็นต้องพิจารณาในภาพรวมโดยไม่เฉพาะเจาะจงเพียงแง่ความรู้ในสาขาใดสาขาหนึ่งเท่านั้น แม้ว่าอาเซียนจะมีความแตกต่างกันทั้งในเรื่องชาติพันธุ์ ภาษา วิถีชีวิต ประเพณี วัฒนธรรม การนับถือศาสนาทำให้ประชาคมอาเซียนมีความเป็นพหุสังคมสูง แต่กลับพบว่าอาเซียนมีรากฐานทางวัฒนธรรมที่คล้ายคลึงกัน การแบ่งประเภทภูมิปัญญาท้องถิ่นของภูมิภาคอาเซียนจึงจำเป็นจะต้องอาศัยความเชื่อมโยงทางสังคม และวัฒนธรรมซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของการเป็นประชาคมอาเซียน

2. แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นหัวข้อที่สำคัญและเป็นประเด็นที่มีการอภิปรายในเวทีนานาชาติจนส่งผลให้มีเครื่องมือระดับนานาชาติมากมายรวมถึงข้อตกลงมติของสหประชาชาติและแถลงการณ์การประชุมเกี่ยวกับแง่มุมต่าง ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น อย่างไรก็ตามความหลากหลายของภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละภูมิภาคของโลกก็เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการสร้างกรอบการคุ้มครองที่ชัดเจน ปัจจัยที่ทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นสู่การอภิปรายระหว่างประเทศมีเหตุผลหลายประการ เช่น การเรียกร้องให้มีการรับรู้สิทธิของชนเผ่าพื้นเมืองที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำอันเป็นโจรสลัดชีวภาพ (Biopiracy) การทำลายสิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพ ผลกระทบของเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ และการปกป้องนวัตกรรมที่เกิดขึ้นโดยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา จึงทำให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่าง

⁹ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, รายงานการศึกษารอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นไทย (ม.ป.ท., 2550) 31.

ประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้¹⁰ ในขณะที่การคุ้มครอง
ภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบกฎหมายเฉพาะ (Sui Generis)
ก็พบว่าก็มีอุปสรรคและข้อจำกัดด้านการบังคับใช้
กฎหมายได้เฉพาะภายในดินแดนของตนเองเท่านั้น
จึงไม่สามารถป้องกันและดำเนินการทางกฎหมาย
กับผู้ที่ไม่เอาภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์โดย
มิชอบในดินแดนอื่นได้ ส่วนแนวคิดการคุ้มครอง
ภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทาง
ปัญญาก็มีข้อจำกัดบางประการซึ่งให้การคุ้มครอง
กับภูมิปัญญาท้องถิ่นได้บางประเภทเพราะภูมิปัญญา
ท้องถิ่นส่วนใหญ่จะเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับความรู้
ทางวิทยาศาสตร์ จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์การคุ้มครอง
ทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะระบบสิทธิบัตร เช่น
ขาดองค์ประกอบด้านความใหม่ (Novelty) และขั้น
การประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) การพิสูจน์
และโต้แย้งเกี่ยวกับผู้ประดิษฐ์หรือคิดค้นภูมิปัญญา
ท้องถิ่นที่แท้จริง (The First Inventor) และการ
เป็นความรู้ที่เป็นที่ประจักษ์อยู่แล้ว จะมีเพียงความ
คุ้มครองทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความ
เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นมากที่สุดคือ ลิขสิทธิ์
เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ที่
สามารถให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้เพียง
บางประเภทเท่านั้น ประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญา
ในภูมิปัญญาท้องถิ่นยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกัน
และเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและ
กำลังพัฒนาเนื่องจากมีมุมมองด้านผลประโยชน์
ที่แตกต่างกันจึงส่งผลให้การคุ้มครองภูมิปัญญา
ท้องถิ่นระหว่างประเทศไม่มีความก้าวหน้าเนื่องจาก
มีมุมมองด้านผลประโยชน์ที่แตกต่างกันนั่นเอง จึงส่ง
ผลให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างประเทศ
ไม่มีความก้าวหน้า

ดังนั้น การสร้างความสมดุลระหว่างการ
คุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นกับการแบ่งปันผลประโยชน์
อันเกิดจากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากทฤษฎี
สิทธิตามธรรมชาติที่รับรองสิทธิของผู้ทรงสิทธิ
ในทางศีลธรรมแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าก็สมควรให้สิทธิ
ในภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งเปรียบเสมือนการให้รางวัล
(Reward) แก่ผู้ทรงสิทธิหรือชุมชนที่มีสิทธิร่วมกัน
ในภูมิปัญญาท้องถิ่น เพื่อตอบแทนในการที่คิดค้น
หรือสร้างสรรค์ภูมิปัญญาที่มีคุณค่าอีกด้วย การให้
รางวัลเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อตอบแทนความวิริยะอุตสาหะ
ของชุมชนท้องถิ่นในการอนุรักษ์และพัฒนาโดยชุมชน
เกษตรกรรม ชุมชนท้องถิ่นจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญ
ในการดูแลรักษาและสืบทอดองค์ความรู้ต่าง ๆ และ
ทรัพยากรชีวภาพให้ยังคงอยู่และมีส่วนสำคัญในการ
พัฒนาปรับปรุงองค์ความรู้เหล่านั้นจนเป็นสิ่งที่
มีคุณค่าต่อประชาคมโลกซึ่งรางวัลตอบแทนที่เหมาะสม
ที่สุดก็คือการให้ความคุ้มครองอยู่บนหลักการต่าง
ตอบแทน (Reciprocity) ที่เป็นธรรม และเพื่อให้สอดคล้อง
กับแนวคิดด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น
ระหว่างประเทศและการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น
ในระดับภูมิภาค ตลอดจนความสอดคล้องกับแผน
ปฏิบัติการของประชาคมอาเซียนตาม AEC Blueprint
2025 ที่มีการส่งเสริมแนวทางการนำภูมิปัญญา
ท้องถิ่นมาต่อยอดเพื่องานสร้างสรรค์ให้เกิดมูลค่า
เพิ่มทางเศรษฐกิจ ที่เรียกว่า “เศรษฐกิจสร้างสรรค์”
(Creative Economy) ซึ่งเป็นแนวทางในการนำเอา
ระบบทรัพย์สินทางปัญญามาผสมผสานกับแนวคิด
เศรษฐกิจสร้างสรรค์ภายใต้แผนปฏิบัติการตาม AEC
Blueprint 2025

¹⁰ ภาณุมาศ ชัดเจนงาม, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลิตภัณฑ์สมุนไพร” (2561) 10:1 วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
หัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 80, 84.

3. หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ปัจจุบันได้มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สำคัญ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The Convention on Biodiversity : CBD) ซึ่งทำให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศในการคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยหลักการแห่งอนุสัญญานี้เป็นความพยายามหาแนวทางร่วมกันของนานาประเทศเพื่อกำหนดนโยบายเรื่องการจัดการความหลากหลายทางชีวภาพเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพและการใช้ประโยชน์จากส่วนประกอบของทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืนและการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพอย่างเท่าเทียม นอกจากนี้ อนุสัญญา CBD ยังมีส่วนช่วยในด้านการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพที่มีความสัมพันธ์กับระบบภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนเผ่าพื้นเมืองนั้นคือองค์ความรู้ของดั้งเดิม

หลักการอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแนวคิดจากเดิมที่ถือว่าทรัพยากรชีวภาพเป็นมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) ไปสู่แนวคิดใหม่ที่ว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรชีวภาพที่อยู่ในอาณาเขตของตน และแต่ละประเทศสามารถกำหนดนโยบายหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตนเองได้

การคุ้มครองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ร่างข้อบัญญัติความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาของคณะกรรมการความร่วมมือระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและ

ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่น และคติชน (Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore : WIPO IGC) อันเป็นผลจากการเรียกร้องและผลักดันเรื่องการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างประเทศ รวมทั้งในกรอบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization) หรือ ไวโป ผลักดันให้ที่ประชุมสามัญขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (General Assembly) มีมติให้จัดตั้งคณะกรรมการระหว่างรัฐว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นและคติชน (Intergovernmental Committee on Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore : WIPO IGC) ขึ้นในปีพ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000)

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นมีลักษณะแบ่งแยกตามประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ต้องการจะให้การคุ้มครองโดยเฉพาะเจาะจง เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003) ซึ่งองค์การยูเนสโกได้ดำเนินการจัดทำอนุสัญญาฉบับนี้ขึ้นในปี พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) ด้วยเล็งเห็นถึงความสำคัญของมรดกทางวัฒนธรรมเป็นสิ่งที่มีการสืบทอดกันมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมรดกทางวัฒนธรรมอาจอยู่ในรูปของสิ่งที่มีรูปร่าง (Tangible Cultural Heritage) และมรดกทางวัฒนธรรมที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage) มรดกทางวัฒนธรรมจึงถือว่ามีค่าสำคัญเพราะเป็นบ่อเกิดของความหลากหลายทางวัฒนธรรมและเป็นหลักประกันต่อการพัฒนาที่ยั่งยืน

แต่อย่างไรก็ตามการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ยังมีข้อด้อย เนื่องจากการไม่ยอมรับพันธกรณีระหว่างประเทศและการไม่ปฏิบัติตามของกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม หรือผู้ที่ต้องการใช้ประโยชน์ (Applicant) จากภูมิปัญญาท้องถิ่นและการใช้ซึ่งอำนาจเจรจาต่อรองในเวทีระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศแหล่งกำเนิดทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนาและด้อยพัฒนา กลุ่มชุมชนท้องถิ่น หรือชนเผ่าพื้นเมืองเดิม ทำให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างประเทศจึงเป็นเพียงหลักการและแนวทางที่ยังไม่สามารถมีผลบังคับและนำไปสู่การปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ และจากผลกระทบของเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ (Modern Biotechnology) โดยเฉพาะพันธุวิศวกรรม และการแพร่หลายของข้อมูลข่าวสารที่สามารถเข้าถึงได้ในระบบฐานข้อมูลสารสนเทศในปัจจุบัน ก็อาจทำให้เกิดช่องว่างในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยไม่จำเป็นต้องมีการเข้าถึงแหล่งต้นกำเนิดอีกต่อไป

4. ระบบคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค

แนวคิดการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคและการแสวงหาความร่วมมือในระดับภูมิภาคเพื่อยกระดับการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นได้มีการริเริ่มขึ้นโดยกลุ่มประเทศแหล่งกำเนิดภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อปกป้องคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคและเพิ่มบทบาทในการกำหนดทิศทางการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างประเทศ ซึ่งในการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ผู้วิจัยได้นำรูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาคของกลุ่มสหภาพแอฟริกาและกลุ่มสหภาพยุโรป

เพื่อนำมาศึกษาเพื่อการกำหนดกรอบความตกลงที่ว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนจากการศึกษาพบว่าทั้งสองสหภาพให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้แนวคิดแตกต่างกัน เมื่อนำผลการศึกษามาวิเคราะห์แล้ว

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค (Regional Level) ภายใต้ความร่วมมือในภูมิภาคของกลุ่มสหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรปสมควรที่จะเป็นนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางประยุกต์ใช้กับนโยบายการคุ้มครองและส่งเสริมใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นตามที่ปรากฏในพิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community Blueprint 2025) และแผนปฏิบัติการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน พ.ศ. 2559-2568 (The ASEAN Intellectual Property Rights Action Plan 2016-2025) ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

4.1 แนวคิดการรวมตัวในระดับภูมิภาค

จากการศึกษาพบว่า สหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรปมีแนวคิดการรวมกลุ่มกันเพื่อแสวงหาความร่วมมือด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค หากประเทศหนึ่งประเทศใดในกลุ่มยังไม่มีศักยภาพหรือความพร้อมในการแข่งขันในระดับโลกก็สามารถร่วมมือกับประเทศต่างๆ ในภูมิภาคที่มีพื้นฐานทางด้านประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม ตลอดจนระดับศักยภาพ ระดับการพัฒนาที่ใกล้เคียงกันอันเป็นการช่วยเหลือส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาความร่วมมือระหว่างรัฐได้อย่างยั่งยืนและเป็นรูปธรรม ดังนั้น แนวคิดการรวมตัวแบบภูมิภาคของสหภาพแอฟริกาจึงสอดคล้องกับประชาคมอาเซียนมากกว่ารูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น

ถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาคทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในลักษณะองค์การแบบเหนือรัฐ ในขณะที่ประชาคมอาเซียนไม่ได้มีลักษณะการรวมกลุ่มภายใต้แนวเดียวกันกับสหภาพยุโรป แต่ถ้ายึดการรวมตัวกันหากประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนไม่สามารถสร้างความร่วมมือในการสร้างหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองทรัพยากรชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นภายในภูมิภาคแล้วจะทำให้รัฐสมาชิกอาเซียนไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการพัฒนาเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคซึ่งต้องการเพิ่มกลไกเพื่อการส่งเสริมการสร้างสรรคสินทรัพย์ และการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น จึงสมควรนำเอามาตรการสำหรับผู้ให้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมจากพิธีสารนาโงย่า ว่าด้วยเรื่อง การเข้าถึงทรัพยากรทางพันธุกรรมและการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม และเท่าเทียมภายในสหภาพยุโรป เพื่อเป็นแนวทาง การควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ ในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น และส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ส่วนอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน ตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ

4.2 หน่วยงานกลางที่รับผิดชอบ

ภายใต้พิธีสารสวาคอปมุนด์ (Swakopmund Protocol on the protection of Traditional

Knowledge and Expressions of Folklore) ได้กำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ในการประสานงานภายในกลุ่มประเทศสมาชิกแห่งพิธีสารฯ คือ องค์การทรัพย์สินทางปัญญาของภูมิภาคแอฟริกา (ARIPO) ซึ่งสอดคล้องกับแผนปฏิบัติการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน พ.ศ. 2559-2568 ในยุทธศาสตร์ที่ 1 เรื่องการสร้างความเข้มแข็งของสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาและพัฒนาระบบโครงสร้างพื้นฐานด้านทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อให้เกิดการพัฒนา ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนที่เข้มแข็ง และ ยุทธศาสตร์ที่ 3 การจัดตั้งเครือข่ายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ในอาเซียน เช่น สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อยกระดับความร่วมมือด้านการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพในระดับภูมิภาค¹¹

ส่วนข้อบังคับสหภาพยุโรป (Regulation (EU) No 511/2014) ไม่ได้กำหนดหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบโดยตรง แต่ได้กำหนดให้แต่ละประเทศสมาชิกอาจตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจ (Competent Authorities) ขึ้นมาอย่างน้อยหนึ่งหน่วยงานเพื่อรับผิดชอบควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ในเรื่องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น

4.3 สิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง

การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของสหภาพแอฟริกาได้กำหนดให้มีการคุ้มครอง (Subject Matter) ตามประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างชัดเจน ได้แก่ ภูมิปัญญาท้องถิ่น และ การแสดงออกของคติชน ในขณะที่สหภาพยุโรปให้ความคุ้มครอง

¹¹ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, คำแปลภาษาไทย แผนปฏิบัติการ ด้านทรัพย์สินทางปัญญาอาเซียน ปี 2016 - 2025 คู่มือการทำนายของ “หนังสือที่ค้นหนึ่งเอกลักษณ์ หนึ่งประชาคม” (1 กันยายน 2561) เว็บไซต์ <https://www.ipthailand.go.th/images/633/Book_1.pdf>.

ภูมิภาคและสหภาพยุโรปต่างให้ความสำคัญต่อรูปแบบการคุ้มครองสิทธิของชุมชนในภูมิภาคท้องถิ่น การมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นและชุมชนดั้งเดิมที่เกี่ยวข้อง การกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงภูมิภาคท้องถิ่นเป็นสิ่งสำคัญ

4.4 การรับรองสิทธิในภูมิภาคท้องถิ่น

การคุ้มครองภูมิภาคท้องถิ่นของทั้งสหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรปต่างให้ความสำคัญต่อรูปแบบการคุ้มครองสิทธิของชุมชนในภูมิภาคท้องถิ่น การมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นและชุมชนดั้งเดิมที่เกี่ยวข้อง การกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงภูมิภาคท้องถิ่นเป็นสิ่งสำคัญ

4.5 กลไกการควบคุมการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์

สหภาพแอฟริกากำหนดให้การเข้าถึงภูมิภาคท้องถิ่นจะต้องได้รับความยินยอมก่อน มีการกำหนดเงื่อนไขและข้อบังคับในความตกลงหลักเกณฑ์การอนุญาต ระยะเวลาการคุ้มครองภูมิภาคท้องถิ่น การบังคับใช้สิทธิของรัฐสมาชิกสิทธิในการปฏิเสธการอนุญาตหรือยกเลิกความตกลงการ อนุญาต การได้รับผลประโยชน์ที่เป็นธรรมและเท่าเทียม โดยให้มีการขึ้นทะเบียนการขอใช้ภูมิภาคท้องถิ่นข้ามพรมแดนและการขึ้นทะเบียนขอใช้การส่งออกของผลิตภัณฑ์ข้ามพรมแดน และการประกาศโฆษณา (Publication) การขึ้นทะเบียนขอใช้ภูมิภาคท้องถิ่นข้ามพรมแดน และ/หรือ การขึ้นทะเบียนขอใช้การส่งออกของผลิตภัณฑ์ข้ามพรมแดน

ส่วนสหภาพยุโรปกำหนดให้ผู้ใช้ประโยชน์ (User) มีหน้าที่รับผิดชอบในการสืบหาให้แน่ใจว่าการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและภูมิภาคท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพของผู้ใช้นั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่สอดคล้องกับข้อบังคับฉบับนี้ และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับเหล่านี้จะเป็นธรรมและเท่าเทียมบนพื้นฐานของ

ข้อตกลงร่วมกัน (Mutually Agreement Terms : MAT) นอกจากนี้ สหภาพยุโรปยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยื่นข้อมูลเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรม การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิภาคท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมไปยังจุดตรวจสอบและมีการส่งข้อมูลไปยังสำนักรวบรวมข้อมูลการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ (The ABS Clearing House : ABSCH)

4.6 ระบบการขึ้นทะเบียนและระบบฐานข้อมูล

ทั้งสหภาพแอฟริกาและสหภาพยุโรปต่างก็มีระบบการขึ้นทะเบียนและกลไกการติดตามเรื่องการใช้ประโยชน์จากภูมิภาคท้องถิ่น โดยสหภาพแอฟริกาได้กำหนดไว้ในข้อบังคับการปฏิบัติตามพิธีสารสวาคอปมุนด์^๔ เช่น ขอใช้ภูมิภาคท้องถิ่น / การแสดงออกทางทัศนคติข้ามพรมแดน การกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการดำเนินการตามบทบัญญัติในพิธีสารสวาคอปมุนด์ การกำหนดขั้นตอนในการขออนุญาตใช้ภูมิภาคท้องถิ่นและการแสดงออกของทัศนคติ อัตราค่าธรรมเนียม การกำหนดส่วนแบ่งของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการขออนุญาตใช้ระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน และการกำหนดแบบฟอร์มที่จำเป็นภายใต้พิธีสารสวาคอปมุนด์

ส่วนสหภาพยุโรปกำหนดให้คณะกรรมการยุโรปจะต้องจัดทำและรักษาไว้ซึ่งการขึ้นทะเบียนรวบรวม (Register of Collections : The Register) ภายในสหภาพยุโรปโดยจะจัดเก็บอยู่ในฐานข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Internet-Based) การขึ้นทะเบียนจะประกอบด้วย การอ้างอิงในการรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรม หรือส่วนหนึ่งส่วนใด

ของการรวบรวมข้อมูล ได้แก่ การแลกเปลี่ยนตัวอย่าง (Exchanging Samples) ของทรัพยากรพันธุกรรม และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวม สำหรับการให้ตัวอย่าง (Supplying Samples) ของทรัพยากรพันธุกรรม และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวมไปยังบุคคลที่สามที่ต้องการใช้ประโยชน์ตามแนวทางของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และพิธีสารนาโงยา ซึ่งเป็นมาตรฐานในการแลกเปลี่ยนตัวอย่างทรัพยากรชีวภาพและข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

4.7 การระงับข้อพิพาท

จากการศึกษาพบว่ากลไกการระงับข้อพิพาทมีเฉพาะในสหภาพแอฟริกาเท่านั้น โดยกำหนดให้หน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจมอบหมาย (Appropriate Authority) จัดตั้งคณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Committee) สำหรับการระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดจากการอนุญาตให้ใช้ประโยชน์และความตกลงการ อนุญาตที่ถูกยกเลิกภายใต้ข้อบังคับ หากประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับชุมชนที่มีความเกี่ยวข้องกัน ข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องถูกแก้ไขให้ได้มากที่สุดโดยการใช้กฎหมายจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติของชุมชนที่เกี่ยวข้อง ส่วนข้อบังคับฯ (Regulation (EU) No 511/2014) ของสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดเรื่องการระงับข้อพิพาทไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น กลไกการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากข้อบังคับฯ ในสหภาพยุโรปจะต้องยึดถือกลไกของพิธีสารนาโงยา คือการจัดทำกลไกการระงับข้อพิพาทจะต้องกำหนดไว้ ความตกลงที่เห็นชอบร่วมกัน (MAT) ระหว่างผู้ใช้ประโยชน์กับผู้ขอใช้ประโยชน์

5. มาตรการทางกฎหมายคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของรัฐสมาชิกอาเซียน

ผู้วิจัยได้ศึกษาและแบ่งลักษณะการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในอาเซียนตามกลุ่มวัฒนธรรมและลักษณะที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ โดยแบ่งเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

5.1 กลุ่มประเทศลุ่มแม่น้ำโขงประกอบด้วย ราชอาณาจักรกัมพูชา ราชอาณาจักรไทย สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา สาธารณรัฐประชาธิปไตย ประชาชนลาว สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม การคุ้มครองท้องถิ่นของสมาชิกอาเซียนทั้ง 5 ประเทศในแถบลุ่มแม่น้ำโขง แบ่งย่อยออกได้เป็นสองกลุ่ม ดังนี้

5.5.1 ประเทศที่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กฎหมายกฎหมายสองระบบ คือทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายลักษณะเฉพาะ ได้แก่ ประเทศเวียดนาม และกัมพูชา

5.5.2 ประเทศที่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะเพียงอย่างเดียว ได้แก่ ประเทศไทย สปป.ลาว และเมียนมา

นอกจากนี้ทุกประเทศในแถบภูมิภาคนี้ยังใช้มาตรการเสริมเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพในเชิงตั้งรับ (Defensive Protection) เช่น ประเทศไทยมีระเบียบคณะกรรมการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพและการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากทรัพยากรชีวภาพ พ.ศ. 2554 ประเทศเวียดนามมีมาตรการป้องกันการยื่นขอจดสิทธิบัตรที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยการแจ้งแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในการยื่นจดสิทธิบัตร

5.2 กลุ่มประเทศทางตอนใต้ของภูมิภาคอาเซียน จะเห็นได้ว่ามีรูปแบบการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

5.2.1 ประเทศที่มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น คือ ประเทศอินโดนีเซีย

5.2.2 ประเทศที่ให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในระบบกฎหมายลักษณะเฉพาะเพียงอย่างเดียว ได้แก่ ประเทศมาเลเซีย และประเทศสิงคโปร์

5.2.3 ประเทศที่ไม่มีการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นทั้งในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายลักษณะเฉพาะเพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยตรง คือ ประเทศบรูไน ดารุสซาลาม แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของบรูไนดารุสซาลามมีการผนวกเข้ากับนโยบายหลักเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพของรัฐ

5.3 ประเทศฟิลิปปินส์ มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์ของชนเผ่าดั้งเดิมที่ตั้งรกรากอยู่ตามหมู่เกาะต่างๆ ทำให้เกิดความหลากหลายทางด้านวัฒนธรรมและมีการผสมผสานกันระหว่างวัฒนธรรมของชุมชนดั้งเดิมกับวัฒนธรรมของตะวันตก ประเทศฟิลิปปินส์จึงให้ความสำคัญกับสิทธิชนพื้นเมืองเดิม โดยให้ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิทธิของชุมชนตามพระราชบัญญัติสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง ค.ศ. 1997 (Republic Act No.8371, Indigenous People's Rights Act 1997) เช่น สิทธิในการกำหนดชะตากรรมตนเอง(The Rights of Self-Determination)

สิทธิในการกำกับดูแลตนเอง (The Rights of Self – Governance) หลักความเป็นอิสระและการได้รับความยินยอมก่อน (Free and Prior Informed Consent) และสิทธิในดินแดนที่สืบทอดมาจากบรรพบุรุษ (Ancestral Domain) ตลอดจนสิทธิอื่นๆ ที่มีอยู่เหนือดินแดนที่สืบทอดมาจากบรรพบุรุษ นอกจากนี้รัฐบาลฟิลิปปินส์เห็นถึงความจำเป็นในการคงไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนองค์ความรู้ทางการแพทย์ของชนเผ่าพื้นเมืองเดิมอยู่มากมาย จึงให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับแหล่งทรัพยากรชีวภาพ การแสดงออกทางวัฒนธรรมของชนเผ่าพื้นเมืองเดิม และองค์ความรู้ทางการแพทย์ของชนเผ่าพื้นเมืองเดิมภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะอีกด้วย

6. ปัญหาการพัฒนากรอบความตกลงที่ว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในอาเซียน

การจัดทำกฎหมายของแต่ละรัฐสมาชิกอาเซียนจะขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐและทิศทางในการพัฒนาของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ แม้ว่าวิสัยทัศน์ประชาคมอาเซียน 2025 และแผนงานประชาคมอาเซียนทั้ง 3 ประชาคม (Blueprint 2025) จะกำหนดเป้าหมายและกรอบแนวทางดำเนินการเพื่อให้ประเทศสมาชิกอาเซียนรับไปปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่เป้าหมายและกรอบแนวทางดังกล่าวกลับกำหนดไว้อย่างกว้างๆ ทำให้แต่ละประเทศสามารถเลือกใช้มาตรการหรือแนวทางที่จะบรรลุเป้าหมายตามบริบทด้านต่าง ๆ ของประเทศตนเองได้มากที่สุด นอกจากนี้หลักการที่ประชาคมอาเซียนได้ยึดถือปฏิบัติต่อกันมาโดยตลอดซึ่งสะท้อนให้เห็นจากการดำเนินงานภายในที่เรียกว่า “วิถีอาเซียน” (ASEAN Way) คือ หลักการที่เรียกว่า “ความยืดหยุ่น” (Flexibility) “ฉันทามติ” (Consensus) และ

“การไม่แทรกแซงกิจการภายในซึ่งกันและกัน (Non-Interference) ซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญที่มีผลต่อการตัดสินใจรวมถึงการกำหนดนโยบายต่าง ๆ ของอาเซียน แม้อาเซียนจะมีฐานะเป็นองค์กรระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค แต่กลับไม่สามารถจะมีนโยบายร่วมกัน (Common Policy) ได้ไม่ว่าจะเป็นกิจการภายนอกหรือภายในอาเซียน และในขณะเดียวกัน “วิถีสหรัฐ” อาจถูกตั้งข้อสังเกตว่าได้เป็นสิ่งที่ทำลายผลผูกพันทางกฎหมาย (Legal Binding) และกลายเป็นองค์กรที่ไม่มีผลบังคับในทางการกฎหมาย ซึ่งภายใต้บทบัญญัติกฎบัตรอาเซียนในข้อ 2 ไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกรอบกติกาของอาเซียนให้มีความสอดคล้องกัน (Legal Harmonization) ตามหลักกฎหมายสันติสัญญา จนอาจทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียนขาดเจตจำนงในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีการตกลง หรือสามารถเลือกปฏิบัติตามสิ่งที่ตนเองจะได้ประโยชน์จากการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้ความตกลงร่วมกัน อย่างไรก็ตาม ในกฎบัตรอาเซียนได้เปิดโอกาสให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (The ASEAN Summit) มีอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องที่รัฐสมาชิกไม่อาจมีมติได้¹²

ดังนั้น การทำให้ความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนได้รับการยอมรับและมีผลผูกพันทางกฎหมายแก่รัฐสมาชิกอาเซียนได้ อาเซียนควรดำเนินการแบบค่อยเป็นค่อยไป (Step by Step and Gradual Process) ทั้งในเรื่องยุทธศาสตร์ร่วมกัน หรือการให้ความสำคัญต่อกิจการต่าง ๆ ของอาเซียน¹³ ภายใต้แนวคิดแบบ

ภูมิภาคนิยม (Regionalism) ที่แสวงหาความร่วมมือกันในระดับภูมิภาคโดยที่รัฐสมาชิกมีพื้นฐานทางสังคมวัฒนธรรมที่ใกล้เคียงกันก็อาจจะเป็นจุดเริ่มต้นในการช่วยเหลือหรือส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาความร่วมมือระหว่างกันได้เป็นอย่างดีและเป็นรูปธรรมได้¹⁴ ทั้งนี้ ปัญหาทางด้านความแตกต่างทางชาติพันธุ์ เป็นสิ่งที่สร้างความแตกแยกทางสังคมและวัฒนธรรมภายในภูมิภาคอาเซียนอันจะนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐกับชนกลุ่มน้อยหรือชนเผ่าพื้นเมืองเดิม โดยที่แต่ละฝ่ายต่างพยายามจะรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมและการไม่ยอมรับวัฒนธรรมข้างเคียง ประเด็นปัญหาเรื่องชนกลุ่มน้อยหรือชนเผ่าพื้นเมืองเดิมกับการเป็นประชาคมอาเซียนจึงไม่ค่อยได้รับความสนใจทางการทูตและการเมืองระหว่างประเทศเท่าใดนัก ด้วยเหตุนี้ชนกลุ่มน้อยหรือชนเผ่าพื้นเมืองเดิมที่ตั้งถิ่นฐานกระจายอยู่ในภูมิภาคอาเซียนจำนวนมากย่อมถูกละเลยในสิทธิความเป็นพลเมืองอาเซียนและถูกกีดกันออกจากความเป็นพลเมืองของอาเซียน การยึดหลักความเป็นรัฐสมาชิกอาเซียนเพียงอย่างเดียวย่อมส่งผลต่อการกำหนดขอบเขตภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนซึ่งจะไม่ได้รวมถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนกลุ่มน้อยที่อาศัยอยู่ในภูมิภาคอาเซียน ดังนั้น การยอมรับและรับรองสถานะความเป็นชุมชนหรือท้องถิ่นให้มีสภาพเป็นบุคคลเพื่อรองรับความเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้เสาหลักด้านสังคมและวัฒนธรรมอาเซียนจึงมีความสำคัญต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นในอาเซียน นอกจากนี้อาเซียนก็สามารถใช้กลไกการปรึกษาหารือและ

¹² กฎบัตรอาเซียน, หมวดที่ 7 ข้อ 20 วรรคสอง.

¹³ ทักษิณ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, อ้างแล้ว 2, 114.

¹⁴ ภัทรพงศ์ รัตนเสวี, *อาเซียนศึกษา* (ระดับอุดมศึกษาขึ้นไป) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ออล อิน วัน เพรส แอนด์ ซัพพลาย, 2560) 9-11.

ฉันทามติภายใต้กฎบัตรอาเซียนในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป เพื่อจะทำให้รัฐสมาชิกทั้งหมดกำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้กรอบของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และหากการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวหาข้อยุติในเรื่องที่รัฐสมาชิกไม่มีฉันทามติหรือไม่ปฏิบัติตามแล้ว อาเซียนยังก็สามารถอาศัยกลไกที่ปรากฏในกฎบัตรซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดของอาเซียน คือ การให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียนซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของอาเซียนซึ่งประกอบด้วยประมุขของรัฐหรือหัวหน้ารัฐบาลของรัฐสมาชิกพิจารณาหารือให้แนวนโยบายและตัดสินใจในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบรรลุวัตถุประสงค์ของอาเซียนในเรื่องดังกล่าวได้

7. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยได้เสนอการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นความร่วมมือระหว่างประเทศในกรอบภูมิภาคเป็นแนวทางและกรอบความตกลงเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งควรมีรายละเอียดดังนี้

7.1 ขอบเขตของความตกลง

7.1.1 เพื่อรับรองสิทธิความเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นในขอบเขตประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและภายใต้กรอบความตกลงฉบับนี้

7.1.2 เพื่อคุ้มครองการแสดงออกทางวัฒนธรรมจากการกระทำที่ไม่เหมาะสม บิดเบือน การละเมิดต่อกฎหมาย และป้องกันการแสวงหาประโยชน์อันเกินสมควรไปจากบริบททางสังคมวัฒนธรรมท้องถิ่น

7.1.3 การตีความและการบังคับใช้กรอบความตกลงฉบับนี้คำนึงถึงสภาพตามธรรมชาติที่มีพลวัตและลักษณะการพัฒนาของภูมิปัญญาท้องถิ่นในขอบเขตของการสร้างนวัตกรรมอย่างต่อเนื่อง

7.2 หน่วยงานกลางระดับภูมิภาคและหน่วยงานสนับสนุน

เพื่อให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงสมควรมีการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะทางขึ้นมารับผิดชอบ โดยให้หน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่หลัก 2 ประการ คือ ส่งเสริมการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นให้สอดคล้องกับนโยบายตามแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และออกมาตรการปกป้องและคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียน และควรแบ่งหน่วยงานที่รับผิดชอบออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่

7.2.1 ระดับภูมิภาคโดยมีลักษณะเป็นองค์กรที่เป็นส่วนกลางแห่งภูมิภาคโดยจัดตั้งในรูปแบบสำนักงาน ที่มีโครงสร้างการบริหารงานงบประมาณ และการบริหารงานบุคคลเป็นของตนเอง โดยมีตัวแทนสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ที่มีความเชี่ยวชาญสาขาต่างๆ ที่เกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้ชื่อ “สำนักงานภูมิปัญญาท้องถิ่นแห่งอาเซียน” (Traditional Knowledge Office of ASEAN) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายด้านการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่น ประสานงานกับหน่วยงานเครือข่ายที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ในอาเซียน การพัฒนาเครือข่ายใหม่ๆ ในการให้บริการข้อมูลด้านภูมิปัญญาท้องถิ่นและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในระดับภูมิภาค ตลอดจนทำหน้าที่ในการเก็บหลักฐานบันทึกข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในภูมิภาค และการขึ้นทะเบียนการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นข้ามแดนบันทึกข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในภูมิภาค

7.2.2 รัฐสมาชิกแต่ละรัฐต้องแต่งตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ เพื่อให้เกิดการบูรณาการในการดำเนินการและปฏิบัติตามความ

ตกลงนี้ โดยมีหน้าที่ในการขึ้นทะเบียนผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น มีอำนาจให้ความเห็นชอบและรับรองการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นข้ามแดน ให้คำแนะนำชุมชนท้องถิ่นในการทำความตกลงการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นของชุมชน การดูแลเกี่ยวกับผลประโยชน์อันเกิดจากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับชุมชน

7.3 สิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง

7.3.1 ภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนที่จะได้รับการคุ้มครองจะต้องมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

ก) เป็นองค์รวม (Holistic) คือ มีการบูรณาการกับองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ บุคคล สังคม และธรรมชาติ

ข) มีความหลากหลาย (Diversity)

ค) มีความเป็นพลวัต (Dynamic) คือ มีการเปลี่ยนแปลงและมีความยืดหยุ่นตามสภาพสังคมวัฒนธรรมที่ปรับเปลี่ยนตลอดเวลา และ

ง) มีการถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง โดยกระบวนการขัดเกลาทางสังคมและปฏิสัมพันธ์ทางสังคม

7.3.2 ประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียน ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการจำแนกภูมิปัญญาท้องถิ่นออกเป็นหมวดหมู่ตามคุณลักษณะเพื่อกำหนดขอบเขตของภูมิปัญญาท้องถิ่น ทั้งในภาพรวมและเจาะลึกลงในรายละเอียดที่ปรากฏ ซึ่งจะมีความสัมพันธ์กับประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นในแต่ละประเภท จึงขอสรุปประเภทของภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนได้ ดังนี้

ก) ความรู้เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ (Traditional Knowledge Associated with Biodiversity) ซึ่งได้แก่ ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม ความรู้เกี่ยวกับระบบนิเวศ และความรู้ดั้งเดิมเกี่ยวกับการแพทย์ท้องถิ่น

ข) ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางวัฒนธรรมดั้งเดิม (Traditional Knowledge Associated with Cultural Expression) ซึ่งได้แก่ มรดกทางวัฒนธรรม (Cultural Heritage) เช่น อนุสรณ์สถาน ผลงานทางสถาปัตยกรรม ประติมากรรม จิตรกรรม และ มรดกทางวัฒนธรรมจับต้องไม่ได้ (Intangible Cultural Heritage) เช่น การแสดงออกทางด้านศิลปวัฒนธรรมท้องถิ่น ประเพณีท้องถิ่น คำรับอาหารพื้นบ้านและวิธีการปรุงอาหารพื้นถิ่น

7.4 การรับรองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นและระยะเวลาการคุ้มครอง

ภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นสิทธิเชิงซ้อนอันเกิดจากข้อตกลงร่วมกันของชุมชนซึ่งประกอบด้วยสิทธิหลายประเภทแต่มีความสัมพันธ์กันทำให้เกิดการซ้อนกันของสิทธิมีอยู่หลายระดับ ทั้งในรูปแบบ “สิทธิ” และ “เจ้าของสิทธิ” เช่น สิทธิความเป็นเจ้าของทรัพยากรบางประเภทอาจเป็นของรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตย แต่บุคคลในชุมชนแต่ละชุมชนมีสิทธิในการใช้และสิทธิจัดการตามหลักสิทธิมนุษยชน ผู้วิจัยจึงขอเสนอการรับรองสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยแบ่งออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ ภูมิปัญญาท้องถิ่นระดับชุมชน และภูมิปัญญาระดับปัจเจกชน ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

7.4.1 รัฐสมาชิกย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน รวมทั้งเหนือกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหมด และเพื่อที่จะปกป้องและควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของตน และการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของชาติสมาชิกจะต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากประเทศแหล่งกำเนิด

7.4.2 ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น ได้แก่ ท้องถิ่นและชุมชนดั้งเดิม รวมถึงการให้สิทธิแก่บุคคลที่อยู่ในท้องถิ่นหรือชุมชนดั้งเดิมนั้น ซึ่งจะต้องมีบทบาทในการสร้างสรรค์ การปกป้องและสืบทอดภูมิปัญญาท้องถิ่นในบริบทดั้งเดิมตามกฎหมายจารีตประเพณีและการปฏิบัติของชุมชน และสิทธิดังกล่าวย่อมเป็นสิทธิชุมชน (Community Right) ภายใต้การส่งเสริมอัตลักษณ์อาเซียน เพื่อรองรับการเป็นประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน

7.4.3 การรับรองความเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นของชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมที่ปกป้องอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีของตนเอง และส่งเสริมให้ชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมมีส่วนร่วมในเรื่องที่จะกระทบต่อสิทธิและความเป็นอยู่เพื่อให้เป็นไปตามความต้องการของกลุ่มชนนั้นเองด้วย

7.4.4 การรับรองความเป็นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นอาจให้แก่ปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น องค์ความรู้ดั้งเดิมจากการพัฒนาความรู้เฉพาะภายในหน่วยย่อย ๆ ลงไปทางสังคม เช่น ความรู้ที่เป็นของวงศ์ตระกูล ในหมู่ลูกศิษย์ของครูอาจารย์ หรือความรู้ที่สร้างสรรค์และถ่ายทอดกันเฉพาะสมาชิกภายในบ้าน ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับ

คำนิยามภูมิปัญญาท้องถิ่นในหมวดที่ 1 โดยการรับรองสิทธิในทางกฎหมายอาจให้ความคุ้มครองในลักษณะทรัพย์สิน (Property Right) หรือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา อันเป็นการให้สิทธิแก่ปัจเจกชนผู้มีส่วนสำคัญในการสร้างสรรค์และพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการอนุญาตให้ผู้อื่นเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้รับการคุ้มครอง และการรับรองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

7.4.5 การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นของอาเซียนนี้ โดยหลักแล้วจะไม่มีกำหนดระยะเวลาตราบเท่าที่ภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นยังคงมีลักษณะหรือองค์ประกอบตามที่บัญญัติไว้ตามหมวด 4 แต่ควรมีการต่ออายุทุก 10 ปี เพื่อตรวจสอบการดำรงอยู่ของชุมชน ยกเว้นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นของปัจเจกชน ให้มีอายุการคุ้มครอง 25 ปี นับตั้งแต่การใช้ประโยชน์

7.4.6 ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นระดับท้องถิ่น ชุมชนดั้งเดิม หรือปัจเจกชน เป็นผู้อนุญาตในการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น นอกจากนั้นผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นดังกล่าว ย่อมมีสิทธิในการป้องกันบุคคลใดก็ตามจากการแสวงหาประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยปราศจากการได้รับความยินยอมก่อน

7.5 การขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่น

7.5.1 อาเซียนจะต้องสนับสนุนให้มีการพัฒนาฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นของชาติเพื่อปกป้องภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งอาจจะถูกนำไปใช้ในการขอรับสิทธิบัตร การสนับสนุนอย่างเหมาะสมในการสร้างสรรค์ การแลกเปลี่ยน เผยแพร่ และการ

เข้าถึงข้อมูลทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรชีวภาพ การจัดให้มีมาตรการคัดค้านโดยอนุญาตให้บุคคลภายนอกสามารถทำการโต้แย้งสิทธิในสิทธิบัตร รวมถึงการสร้างฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในสำนักสิทธิบัตรที่สามารถเข้าถึงได้เพื่อหลีกเลี่ยงการออกสิทธิบัตรโดยชอบ ซึ่งฐานข้อมูลดังกล่าวควรมีการแปลเป็นภาษาต่าง ๆ เพื่อความเข้าใจของผู้ตรวจสอบสิทธิบัตร และรวบรวมภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีการใช้มาก่อนนานแล้วทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและคำบอกเล่า

7.5.2 เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่น เช่น การใช้อย่างบิดเบือน (Misappropriation) การใช้ในทางที่ผิด การใช้ประโยชน์ที่มิชอบ (Unlawful Exploitation) อาเซียนต้องมีการให้บริการข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นแก่ประเทศสมาชิกอาเซียนผ่านบริการออนไลน์ที่เชื่อมโยงกัน รวมถึงระบบสืบค้นข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนระบบการยื่นจดทะเบียนออนไลน์ การบริหารจัดการเว็บไซต์ฐานข้อมูลด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนไว้ที่สำนักงานภูมิปัญญาท้องถิ่นแห่งอาเซียนเพื่อให้มั่นใจว่าข้อมูลด้านภูมิปัญญาท้องถิ่นซึ่งรวมถึงสถิติต่าง ๆ มีความถูกต้องแม่นยำ และมีการปรับปรุงให้ทันสมัยอย่างสม่ำเสมอ เช่น จำนวนการยื่นจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับจดทะเบียน และระยะเวลาในการดำเนินการจดทะเบียน โดยนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัยมาใช้ เพื่อปรับปรุงคุณภาพของบริการโดยครอบคลุมการพัฒนากระบวนการแปลภาษาด้วยระบบคอมพิวเตอร์สำหรับการแลกเปลี่ยนข้อมูล รวมถึงฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นในระดับภูมิภาค

เพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาโอกาสจากการเข้าถึงภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ไม่ได้รับความยินยอมก่อนจากผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น

7.5.3 ในกรณีที่มีชุมชนท้องถิ่นตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปไม่ว่าจะในประเทศเดียวกันหรืออยู่คนละประเทศ ได้ร่วมกันใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือการแสดงออกทางวัฒนธรรมเดียวกัน ให้หน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐในแต่ละประเทศสมาชิกและสำนักงานภูมิปัญญาท้องถิ่นแห่งอาเซียนดำเนินการจัดทำทะเบียนผู้ทรงสิทธิในการแสดงออกของคตินเหล่านั้น

7.5.4 อาเซียนจะต้องจัดให้มีการขึ้นทะเบียนภูมิปัญญาระดับปัจเจกชน

7.6 การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม

7.6.1 สิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของแต่ละรัฐสมาชิก ในการพิจารณากำหนดการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับรัฐบาลแห่งรัฐภาคีและอยู่ภายใต้กฎระเบียบแห่งชาตินั้น

7.6.2 การเข้าถึงต้องอยู่ภายใต้ความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้าของประเทศแหล่งกำเนิดภูมิปัญญาท้องถิ่น ทั้งนี้ การเข้าถึงที่ได้รับอนุญาตแล้วต้องอยู่ในเงื่อนไขที่ได้รับการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ใช้ประโยชน์กับผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น การทำข้อตกลงการอนุญาตของบุคคลที่ประสงค์จะใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือการแสดงออกของคตินต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรกับผู้ทรงสิทธิ และจะต้องได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรจากหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ

7.6.3 การคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์องค์ประกอบของความหลากหลายทางชีวภาพตามธรรมเนียมโดยสอดคล้องกับการถือปฏิบัติตามขนบประเพณีวัฒนธรรม ซึ่งเหมาะสมตามเงื่อนไขที่จำเป็นในการอนุรักษ์หรือการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน

7.6.4 หากมีการนำเอาทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศเจ้าของไปใช้ประโยชน์ก็จะต้องแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้ใช้กับผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม ดังนั้น การแบ่งปันผลประโยชน์จากการวิจัยและพัฒนาการพาณิชย์และการใช้อื่นๆ จะต้องกระทำผ่านเงื่อนไขในสัญญาที่ได้รับการตกลงร่วมกันเพื่อให้การใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพเป็นไปอย่างยั่งยืน และรัฐสมาชิกต้องส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมระหว่างผู้ที่ใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นกับผู้ถือครองภูมิปัญญาท้องถิ่นอีกด้วย

7.6.5 การนำกฎหมายจารีตประเพณีของชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชุมชนท้องถิ่น ขึ้นตอนและวิถีปฏิบัติของชุมชนมาใช้ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม โดยให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิกตามความเหมาะสม

7.6.6 รัฐสมาชิกจะต้องจัดทำกลไกและสนับสนุนให้ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมทุกขั้นตอนไม่ว่าจะเป็นการให้ข้อมูลเกี่ยวกับข้อผูกพันเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์แก่ผู้ที่ใช้ประโยชน์ มาตรการที่เผยแพร่ผ่าน

กลไกการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ วิถีปฏิบัติของชุมชนในเรื่องการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ ข้อกำหนดขั้นต่ำที่เป็นเงื่อนไขที่ได้รับความเห็นชอบร่วมกันและการจัดทำตัวอย่างข้อความในสัญญาเรื่องการแบ่งปันผลประโยชน์

7.6.7 การดำเนินการใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับความตกลงนี้จะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการใช้ประโยชน์และแลกเปลี่ยนตามจารีตประเพณีซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งภายในและระหว่างชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและชุมชนท้องถิ่น

7.6.8 การแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงการค้าหรืออุตสาหกรรมให้แก่ผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นจะต้องเป็นธรรมและเท่าเทียมบนพื้นฐานของข้อตกลงร่วมกัน ค่าตอบแทนจากการใช้ประโยชน์ดังกล่าวอาจไม่ใช่ว่าในรูปแบบของเงินก็ได้ เช่น การช่วยเหลือและพัฒนาชุมชนตามความต้องการของชุมชนท้องถิ่น ผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ซึ่งการแสดงออกทางวัฒนธรรมต้องมีการส่งไปยังชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนดั้งเดิมที่เกี่ยวข้องทันทีโดยหน่วยงานภายในที่มีอำนาจของรัฐ

กรณีผู้ที่ขอใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาระดับปัจเจกชนที่ขึ้นทะเบียนแล้ว ให้ผู้ใช้ประโยชน์ทำข้อตกลงการใช้ประโยชน์จากภูมิปัญญาท้องถิ่นหรือการแสดงออกของคตินกับผู้ทรงสิทธิภายใต้เงื่อนไขและข้อตกลงตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

7.7 กลไกการติดตามตรวจสอบการใช้ประโยชน์ข้ามแดน

รัฐสมาชิกอาเซียนจะต้องดำเนินมาตรการตามความเหมาะสม เพื่อติดตาม ตรวจสอบเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม โดยต้องดำเนินการให้มีจุดตรวจสอบ (Check Point) สำหรับการให้ประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นข้ามแดนขึ้นอย่างน้อยหนึ่งแห่งหรือมากกว่านั้น เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความเห็นชอบที่ได้แจ้งล่วงหน้า แหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม การจัดทำเงื่อนไขที่เห็นชอบร่วมกัน และจะต้องจัดให้มีกลไกการประกาศเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วย

7.8 การระงับข้อพิพาท

ผู้วิจัยจึงขอเสนอการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่นภายใต้การจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทในหมวดที่ 8 แห่งกฎบัตรอาเซียน ที่กำหนดให้อาเซียนจะต้องมีการจัดตั้งกลไกระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม รวมถึงกลไกการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) สำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความหรือการใช้กฎบัตรนี้ และตราสารอาเซียนอื่นๆ ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอ ดังนี้

7.8.1 การระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่นระหว่างรัฐสมาชิกควรมีการนำหลักกลไกระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี เพื่อให้การระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับตราสารเฉพาะของอาเซียน โดยกลไกและขั้นตอนการดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกรอบความตกลงอาเซียนฉบับนี้ ในกรณีที่มีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นเป็นการเฉพาะ ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตีความ

หรือการใช้ความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนตามพิธีสารว่าด้วยกลไกระงับข้อพิพาทของอาเซียน

หากในกรณีข้อพิพาทด้านภูมิปัญญาท้องถิ่นที่สามารถตกลงกันได้ อาจใช้คนกลางที่มีตำแหน่งหน้าที่น่าเชื่อถือ เพื่อการประนีประนอม และการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน โดยรัฐคู่กรณีในข้อพิพาทอาจร้องขอให้ประธานอาเซียน หรือเลขาธิการอาเซียน ทำหน้าที่โดยตำแหน่ง ในการเป็นคนกลางที่มีตำแหน่งหน้าที่น่าเชื่อถือ การประนีประนอม หรือการไกล่เกลี่ย ในกรณีที่ข้อพิพาทที่มีอาจะระงับได้ให้เสนอข้อพิพาทนั้นไปยังที่ประชุมสุดยอดอาเซียนเพื่อตัดสิน

7.8.2 หากประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับชุมชนที่มีความเกี่ยวข้องกันในเชิงการใช้ประโยชน์ในภูมิปัญญาท้องถิ่นร่วมกัน ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติตามจารีตประเพณี (Customary Laws and Practices) ของชุมชนวัฒนธรรมท้องถิ่นและชนเผ่าพื้นเมืองเดิมมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc Committee) เพื่อจุดประสงค์ในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากภูมิปัญญาท้องถิ่นและการแสดงออกทางวัฒนธรรมที่ใช้ร่วมกันระหว่างชุมชนต่าง ๆ ซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างชุมชนนี้ได้มีแนวปฏิบัติในกฎหมายของประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งได้มีการนำจารีตประเพณี (Customary Laws and Practices) ของชุมชนวัฒนธรรมท้องถิ่นและชนเผ่าพื้นเมืองเดิมมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น โดยการนำวิถีปฏิบัติของชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาท โดยอาศัยปราชญ์ชาวบ้านมาบูรณาการกับบทบาทหน้าที่



ของผู้นำชุมชน มุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของคนในชุมชน
ลดปัญหาความเหลื่อมล้ำในชุมชน ต่าง ๆ ได้ดีขึ้น

7.8.3 ในกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่าง
ผู้ใช้ประโยชน์กับผู้ทรงสิทธิในภูมิปัญญาท้องถิ่น ให้
หน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจจัดตั้งคณะกรรมการ
ระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Committee) เพื่อ
การระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดจากการอนุญาตให้ใช้
ประโยชน์และความตกลงร่วมกัน และการอนุญาต
ที่ถูกละเมิดภายใต้ข้อตกลงกัน โดยอาศัยกระบวนการ
การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute
Resolution : ADR) ที่นิยมปฏิบัติกันมากในปัจจุบัน
ประกอบด้วย การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การ
ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation of disputes) และ
อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

REFERENCES

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, คำแปลภาษาไทย แผนปฏิบัติการ ด้านทรัพย์สินทางปัญญา
อาเซียน ปี 2016 - 2025 สู่ความท้าทายของ “หนึ่งวิสัยทัศน์หนึ่งเอกลักษณ์ หนึ่งประชาคม”
(1 กันยายน 2561) เว็บไซต์ <https://www.ipthailand.go.th/images/633/_Book_1.pdf>.
- กรมส่งเสริมวัฒนธรรม กระทรวงวัฒนธรรม, วัฒนธรรม วิถีชีวิตและภูมิปัญญา (กรุงเทพมหานคร: บริษัท รุ่งศิลป์การ
พิมพ์ (1977), พิมพ์ครั้งที่ 1, 2558).
- ทักษมัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, มุมมองต่อประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) ของ ศ.(พิเศษ) ดร.สุรเกียรติ์
เสถียร ไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557).
- พัฒนา สุขประเสริฐ, ภูมิปัญญาท้องถิ่นกับการส่งเสริมการเกษตร (กรุงเทพมหานคร: ภาควิชาส่งเสริมและ
นิเทศศาสตร์เกษตร คณะเกษตร, มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2558).
- ภาณุมาศ ชัดเงางาม, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผลิตภัณฑ์สมุนไพร” (2561) 10 : 1 วารสาร
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ.
- ภัทรพงศ์ รัตนเสวี, อาเซียนศึกษา (ระดับอุดมศึกษาขึ้นไป) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ออล อิน วัน เพรส
แอนด์ ซัพพลาย, 2560).
- เสาวรณย์ ฤกษ์มา ณ อยุธยา, “Creative Economy ทางเลือกใหม่ในการพัฒนาเศรษฐกิจไทย” (2553) 30 :1 วารสาร
นักบริหาร Exclusive Journal มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.
- อมรา พงศาพิชญ์, ความหลากหลายทางวัฒนธรรม (กระบวนการทัศน์และบทบาทในประชาสังคม) (กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542).
- ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, รายงานการศึกษา กรอบความคิดการคุ้มครองภูมิปัญญา
ท้องถิ่นไทย (ม.ป.ท., 2550).
- Robin Ramcharan, *International Intellectual Property Law and Human Security* (Hague, Netherland:
T.M.C. Asser Press, 2013).
- Teaching And Learning For A Sustainable Future, *Indigenous Knowledge & Sustainability* (13 Dec 2017)
Website <[Http://www.unesco.org/Education/Tlsf/Mods/Theme_c/Mod11.Html](http://www.unesco.org/Education/Tlsf/Mods/Theme_c/Mod11.Html)>.
- WIPO Report On Fact-Finding Missions On Intellectual Property And Traditional Knowledge (1998-1999),
Intellectual Property Needs And Expectations Of Traditional Knowledge Holders (13 Nov 2016)
Website<[Http://Www.wipo.int/Edocs/Pubdocs/En/Tk/768/Wipo_pub_768.Pdf](http://Www.wipo.int/Edocs/Pubdocs/En/Tk/768/Wipo_pub_768.Pdf)>.





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

แนวปฏิบัติกรนำเสนอบทความ

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 เจริญรุธภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 12 point เจริญรุธภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร 9 point

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

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

4. บททความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ 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

การอ้างอิงบรรณ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

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

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการ หรือผู้รวบรวม,	ชื่อหนังสือ	(สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้วกำเนิด,	“ความหมาย ของวัฒนธรรม”	ใน	นิตยชัย 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.ascansec.org/2838.htm >.

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

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

8. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

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

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

- กรณีการใช้ “เพิงอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้าทันที เช่น
 - ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
 - เพิงอ้าง, 184.
 - Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2nd ed, 2005) 163.
 - Ibid.
 - Ibid, 170.
- กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาค้น
 เช่น
 - Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing, 2010) 38.
.....
 - Catharine MacMillan, above n 9.
 - Catharine MacMillan, above n 9, 40.
 - ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
.....
 - ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, อ้างแล้ว 22, 185.

การอ้างอิงบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

- (1) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง
- (2) ตัดหน้าเอกสารที่อ้างอิงออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ (Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างอิงออก 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

ผู้ที่ตีพิมพ์บทความลงวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ต้องเสียค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ เรื่องละ 5,000 บาท เพื่อเป็นค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาบทความ (Peer review) และค่าดำเนินการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง สามารถชำระโดยโอนเงินเข้าบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ข้อบัญญัติ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

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



ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

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

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ 2 ฉบับ 300 บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

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

เงื่อนไขการชำระเงิน โอนเข้าบัญชี

ชื่อบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

- ☐ 1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์

เลขที่บัญชี 168-2-00999-7

- ☐ 2. ธนาคารกสิกรไทย สาขาถนนบางนา-ตราด ประเภทออมทรัพย์

เลขที่บัญชี 450-2-05411-8

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

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

