



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 9 ฉบับที่ 2

สารอุปนายกสภามหาวิทยาลัย

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อเปิดโอกาสให้คณาจารย์ นักวิชาการ และนักวิจัย ได้เผยแพร่ผลงาน และถ่ายทอดองค์ความรู้ทางด้านนิติศาสตร์ ตลอดจนให้นักกฎหมาย ได้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความรู้ เพื่อเป็นเครือข่ายทางวิชาการและการวิจัย และสามารถนำองค์ความรู้ไปประยุกต์ใช้ให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลอย่างแท้จริง



ในนามของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ และผู้จัดทำวารสารทุกท่านที่ได้เสียสละเวลาอันมีค่าในการจัดทำวารสารเล่มนี้ และขออำนาจเดชะบาบริแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช ทรงคุ้มครองปกป้องรักษาให้คณาจารย์ นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีสุขภาพพลานามัยแข็งแรง มีพลังกายพลังใจ พร้อมด้วยสติและปัญญา ให้ประสบความสำเร็จในการทำหน้าที่ของท่านอย่างเต็มที่ เพื่อสร้างประโยชน์สุขแก่สังคมและประเทศชาติสืบไป

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'นายสงวน ตีเยไพบุลย์สิน'.

(นายสงวน ตีเยไพบุลย์สิน)

อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหงขอขอบคุณและแสดงความชื่นชม คณะนิติศาสตร์ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้น ซึ่งวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์นี้ นับได้ว่าเป็นวารสารที่มีคุณภาพด้านวิชาการทางนิติศาสตร์ จนได้รับการยอมรับในระดับชาติ ที่มีฐานข้อมูลปรากฏในศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย TCI กลุ่มที่ 2 ซึ่งการจัดทำวารสารนี้ นับว่ามีความสำคัญ และเป็นความภาคภูมิใจของมหาวิทยาลัยรามคำแหง เนื่องจากเป็นเวทีสำหรับการนำเสนอผลงานค้นคว้าวิจัยและผลงานทางวิชาการ เพื่อให้ นักกฎหมายได้เผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายต่อไป

ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ทวนเศวตพร รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้สัมฤทธิ์ตามที่ตั้งใจทุกประการ



A handwritten signature in black ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย

กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้จัดทำขึ้นเพื่อมุ่งเน้นสนับสนุนนักวิชาการ คณาจารย์ และผู้สนใจทางด้านนิติศาสตร์ ได้มีแหล่งนำเสนอผลงานวิชาการและวิจัยทางด้านนิติศาสตร์และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อแลกเปลี่ยนความรู้สู่สาธารณชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงในนามของคณะผู้จัดทำ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารฉบับนี้จักกระตุ้นให้นักศึกษา อาจารย์ และนักกฎหมายมีส่วนร่วมและสนใจในการทำผลงานวิชาการมากขึ้น และวารสารฉบับนี้ จักเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมาย นักศึกษาและบุคคลทั่วไปที่มีความสนใจทางด้านกฎหมายต่อไป

ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้ทุกท่าน ประสบแต่ความสุข ความเจริญ สุขภาพร่างกายแข็งแรงและให้สามารถทำหน้าที่ของท่านอย่างเต็มที่และอย่างดีที่สุด เพื่อสร้างประโยชน์สุขแก่สังคมและประเทศชาติสืบต่อไป



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'ทอ ประยูร' (Tor Prayur).

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชาล ทองประยูร)

ผู้อำนวยการสถาบันการศึกษานานาชาติ กรรมการสภามหาวิทยาลัย
รักษาราชการแทน คนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้ง เปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่านค่ะ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ดำเนินการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มาอย่างต่อเนื่องจนก้าวเข้าสู่ปีที่ 9 บทความในวารสารฯ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 นี้ กองบรรณาธิการได้รับเกียรติจากผู้สนใจส่งบทความเป็นจำนวนมาก ประกอบด้วยบทความวิชาการและบทความวิจัยที่ผ่านการพิจารณาคัดเลือกโดยกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งสิ้นหกบทความและอีกหนึ่งคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ

ดิฉันในนามของกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้เขียนทุกท่านที่ได้สละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ถ่ายทอดองค์ความรู้และมุมมองทางกฎหมายยังประโยชน์สู่ผู้อ่าน และขอขอบพระคุณคณะทำงานทุกท่านที่มุ่งมั่นและได้ร่วมมือกันจนทำให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 สามารถจัดพิมพ์ออกสู่สายตาผู้อ่านจนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

	หน้า
บทความวิชาการ	
การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย: กรณีศึกษาปัญหา การตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม พิศวาท สุคนธพันธุ์ ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์	1
ทรัพย์สินทางปัญญา: ทางเลือกใหม่ของการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์? ดวงฤทัย บุญญาเสถียร	35
ประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินหรือยัง? ภูษงค์ อีรนนทรภาพร	63
การกระทำเพื่อป้องกันเพราะความสำคัญผิด เรืองยศ แสนภักดี	95
หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดภายใต้กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แห่งสหประชาชาติ: กรณีศึกษาคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ อานนท์ ศรีบุญโรจน์	115
บทความวิจัย	
มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ นันทพล พุทธพงษ์ ศศิประภา ศิสติ วรรณการ วิณัฐฐา แสงสุข	139
บทความรับเชิญ	
คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องในกรณีที่คำพิพากษา เสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องถูกยกเลิกเพิกถอนไป นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์ เชื่อนันท์ ศรีมหาพฤกษ์	161

การล่อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย:
กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.พิศวาท สุขนธพันธ์
ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์

การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทย:
กรณีศึกษาปัญหาการตีความว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม
Parody of a Copyrighted Work and the Thai Copyright Act:
The Study of Fair Use Interpretation

รองศาสตราจารย์ ดร.พิศาวต สุขนธพันธุ์*
Associate Professor Dr.Pisawat Sukonthapan
ดร.ณัฐพงศ์ สุวรรณอินทร์**
Dr.Nattapong Suwan-in

บทคัดย่อ

การล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น (“parody”) เป็นประเด็นปัญหาในทางกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ได้รับความสนใจในแวดวงกฎหมายและแวดวงวิชาการในประเทศไทยมาอย่างยาวนาน ประเด็นที่ได้รับการถกเถียงกันอยู่บ่อยครั้งก็คือ “parody” (1) เป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลงที่มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และ (2) เป็นการกระทำที่ได้รับยกเว้นตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. Institute of Air and Space Law, McGill University, Canada; Graduate Diploma in International Law and Development, Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands; J.S.D., Stanford Law School, USA. E-mail: sukonthapan02@gmail.com.

Lecturer in Law at Thomas Aquinas School of Law, Assumption University; LL.B. Thammasat University; LL.M. Institute of Air and Space Law, McGill University, Canada; Graduate Diploma in International Law and Development, Institute of Social Studies, The Hague, The Netherlands; J.S.D., Stanford Law School, USA.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; MBA. in Intellectual Property Law and Marketing, National Taiwan University of Science and Technology; Ph.D. in International Trade and Intellectual Property Laws, National Taiwan University, the Republic of China. E-mail: law.ghchen@gmail.com.

Lecturer in Law at Thomas Aquinas School of Law, Assumption University; LL.B. in Business Law, Assumption University; MBA. in Intellectual Property Law and Marketing, National Taiwan University of Science and Technology; Ph.D. in International Trade and Intellectual Property Laws, National Taiwan University, the Republic of China.

ผู้เขียนขอขอบคุณบุคคลซึ่งมีรายนามต่อไปนี้สำหรับความช่วยเหลือด้านเอกสารทางวิชาการและหนังสือ กล่าวคือ นางสาวจิตติมา ศรีธำพร นางสาวธัญสุดา สุวรรณพงษ์ นายณันทน์ อินทนนท์ นายสืบศิริ ทวีผล นางสาววิภา จินต์สวัสดิ์ นางคันสนีย์ ภู่งศ์พัฒนาและ ดร.กานต์ สุริยาศิน.

วันที่รับบทความ (received) 24 กันยายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 2 พฤศจิกายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 5 พฤศจิกายน 2563.

(ตามที่แก้ไขแล้ว) หรือไม่ นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า “parody” เป็นการกระทำที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์งานนั้น เพราะการล้อเลียนงานของบุคคลใด ย่อมต้องทำซ้ำหรือดัดแปลงงานของบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้รับสารสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการล้อเลียนงานใด ประเด็นที่ยังต้องถกเถียงกันจึงอยู่ที่ “การล้อเลียนดังกล่าวสามารถได้รับการยกเว้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 32 ของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยหรือไม่”

ด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบัน มิได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้ “parody” เป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นว่าไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้การอภิปรายเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่ในบริบทของการใช้และการตีความสถานะของมาตรา 32 ซึ่งนักกฎหมายมีความเห็นในประเด็นนี้ต่างกันออกไปเป็นสองกลุ่มความเห็น

บทความฉบับนี้เสนอแนวทางการตีความสถานะของมาตรา 32 อันเกี่ยวกับกรณีของ parody ภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ Berne Convention และ TRIPS (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Article 13) โดยพิจารณาถึงหลักการตีความสนธิสัญญาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) การตีความเช่นนี้เป็นอีกมุมมอง/ทัศนะหนึ่งและนำไปสู่ความเห็นที่ว่า การตีความมาตรา 32 ควรเป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เมื่อเป็นเช่นนั้น parody ไม่อาจอาศัยข้อยกเว้นว่าด้วยการใช้ที่เป็นธรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยได้

คำสำคัญ: การล้อเลียน, การใช้ที่เป็นธรรม, ข้อ 13 ของความตกลงทริปส์

Abstract

Parody of a copyrighted work is a common problem in copyright law that has long gained public attention in Thailand. To parody someone's copyrighted work, a parodist needs to take some or all parts of that work to communicate a particular message or point of view to the public for humorous effect. The controversial issues are then i) whether it is a reproduction or adaptation that amounts to copyright infringement and ii) whether it can be excepted under fair use provisions in the Thai Copyright Act B.E.2537 (as amended) to forestall any liability.

While many agree that parody could possibly be considered as an infringement given that it must make use of another creative work, debate over the issue revolves around the exception defense, particularly Section 32 of the Thai Copyright Act.

Without any specific provisions straightforwardly dealing with the issue, Section 32 is viewed as a solution. However, there are conflicts over its interpretation and discussions on how it should be implemented. The discrepancy has divided positions of lawyers into two groups of different viewpoints.

To demonstrate another possibility of interpretation of Section 32 vis-à-vis parody, this article examines its correlation with the international framework on copyright, namely the Berne Convention and TRIPS Agreement (especially, Article 13), in light of treaty interpretation rules under the Vienna Convention on the Law of Treaties. This article thereby argues that Section 32 shall be interpreted in accordance with relevant international obligations. Thus, parody cannot rely upon the Thai fair use provision so as to forestall any liability.

Keywords: parody, fair use, Article 13 of TRIPS Agreement

1. บทนำ

1.1 นิยามศัพท์

เพื่อความเข้าใจที่ตรงกัน และเพื่อให้การอ่านบทความเป็นไปอย่างราบรื่นจึงขออนุญาต

(1) ใช้คำว่า “พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ” หรือ “พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์” ให้หมายถึงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ฉบับปัจจุบันของประเทศไทย อันได้แก่ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่ได้รับการแก้ไขโดย พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2558 และ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561

(2) เว้นแต่จะระบุเป็นอื่น ใช้คำว่า “มาตรา” ในบทความนี้เพื่อหมายถึงมาตราใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ

(3) ใช้คำในภาษาอังกฤษบางคำ อันได้แก่ “Berne Convention”, “COM”, “free rider”, “parody”, “TRIPS” และ TRIPS Agreement” ดังนี้

“Berne Convention” หมายถึง Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, completed at PARIS on May 4, 1896, revised at BERLIN on November 13, 1908, completed at BERNE on March 20, 1914, revised at ROME on June 2, 1928, at BRUSSELS on June 26, 1948, at STOCKHOLM on July 14, 1967, and at PARIS on July 24, 1971¹

“COM (copyrighted original material)” หมายถึง “งานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ที่ถูกล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น”

“free rider” หมายถึง “คนซึ่งกระทำการเชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่องานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิ์ในงานนั้น”

“parody”² หมายถึง “การกระทำเชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่องานสร้างสรรค์

¹World Intellectual Property Organization, **Treaties and Contracting Parties (Thailand)** [Online], available URL: https://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1035C, 2019 (April, 12).

²สำหรับตัวอย่างของการล้อเลียนโปรดดู YouTube, **Pretty Woman** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=QGLD9WFi6Lo>, 2017 (March, 8); YouTube, **Kitty Woman (Pretty Woman Parody)** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=LTKS-weXlBc>, 2019 (April, 26); YouTube, **เปรียบเทียบตัวล้อเลียนฟรีแลนซ์และตัวอย่างฟรีแลนซ์** [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=Y07Jxuu3QnQ>, 2558 (กันยายน, 3); YouTube,

ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิในงานนั้น” (หรือ ที่บางคนเรียกว่า “การล้อเลียนงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือเจ้าของสิทธิในงานนั้น”) อนึ่ง การกระทำที่ถือเป็น “parody” (ตามที่กล่าวถึงนี้) ต้องเป็นการกระทำที่ถึงระดับที่ก้าวล่วงสิทธิที่ระบุไว้ในกฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในการทำซ้ำ หรือ สิทธิในการดัดแปลง) ไม่ใช่เป็นเพียงการนำสิ่งที่ไม่อยู่ในข่ายได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ (ตามที่ระบุไว้ในวรรคสองของมาตรา 6)³ ไปใช้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ต้องห้ามตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์⁴

“TRIPS” หรือ “TRIPS Agreement” หมายถึง Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights⁵

1.2 ความเบื้องต้น

เนื้อหาของบทความนี้ ผู้เขียนพยายามที่จะวิเคราะห์ว่า การล้อเลียนงานสร้างสรรค์ของบุคคลอื่นต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าหากการกระทำนั้นเกิดขึ้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์หรือ/และเจ้าของสิทธิในงานนั้น การพิจารณาและวิเคราะห์ดังกล่าวจะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทย รวมทั้งคำพิพากษาที่น่าจะเกี่ยวข้อง

ล้อเลียนเพลงดัง EP.1 | เลิกคุยทั้งอำเภอเพื่อเธอคนเดียว, ขอโสด, คอยถ่า, คาคอ [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=JJFuzaVc3E0>, 2562 (เมษายน, 12).

หมายเหตุ: การยกตัวอย่างข้างต้นเป็นไปเพื่อให้ผู้อ่านซึ่งไม่คุ้นกับการล้อเลียนนิภาพของการกระทำดังกล่าวได้ง่ายขึ้นเท่านั้น การยกตัวอย่างดังกล่าวไม่ได้ตัดสินว่าการล้อเลียนที่ปรากฏในแหล่งข้อมูลถูกหรือผิดกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์

อนึ่ง หากผู้อ่านสนใจที่จะทราบเพิ่มเติมเกี่ยวกับการล้อเลียนเพลง “Pretty Woman” ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) โปรดดู YouTube, 2 Live Crew Discuss Pretty Woman Supreme Court Case 'Campbell v Acuff-Rose' [Online], available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=CRssktqjvOk>, 2014 (March, 12).

³วรรคสองของมาตรา 6 บัญญัติว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอน กรรมวิธีหรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวความคิด หลักการ การค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์”.

⁴แม้การใช้ประโยชน์สิ่งทีกล่าวถึงในวรรคสองนี้ไม่ต้องห้ามตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ แต่อาจต้องห้ามตามกฎหมายอื่นหรือหลักเกณฑ์อื่นก็ได้ ขอให้ผู้อ่านตระหนักถึงเรื่องนี้ด้วย.

⁵World Trade Organization, TRIPS [Online], available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2019 (April, 12).

เมื่อกล่าวถึง “parody” บ่อยครั้ง พบว่าความสนใจอยู่ที่ประเด็นว่าด้วย (1) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ และ (2) เป็นการกระทำที่ได้รับยกเว้นตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์หรือไม่ ด้วยเหตุนี้เนื้อหาของบทความฉบับนี้จึงแบ่งแยกออกเป็น 4 ส่วนดังต่อไปนี้

ส่วนที่หนึ่ง กล่าวถึงลักษณะและสภาพของปัญหาการกระทำเชิงล้อเลียนในบริบทของกฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมทั้งกล่าวถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์และความสำคัญของการละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นสิทธิประโยชน์ของสาธารณะ

ส่วนที่สอง กล่าวโดยสังเขปถึงสิทธิทางเศรษฐกิจในส่วนที่น่าจะเกี่ยวข้องกับ parody และ ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ โดยอ้างอิงถึงความเห็น (ที่แตกต่าง) เกี่ยวกับสถานะของวรรณคดีของมาตรา 32 ทั้งนี้ เพื่อเป็นการปูความรู้ที่เกี่ยวข้องสำหรับการอภิปรายต่อจากนั้น

ส่วนที่สาม วิเคราะห์บทบัญญัติของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ไทยภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศ อันได้แก่ Berne Convention และ TRIPS Agreement โดยมุ่งศึกษาประเด็นการตีความและสถานะของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ และความชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาให้การกระทำเชิงล้อเลียนเป็นการกระทำที่ได้รับการยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์การวิเคราะห์ในส่วนนี้สะท้อนให้เห็นถึงอีกมุมมองหรือทัศนะหนึ่งที่มีต่อการกระทำเชิงล้อเลียนกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์อันเป็นมุมมองที่เกิดจากการวิเคราะห์โดยพิจารณาถึงความเชื่อมโยงและความสัมพันธ์ของหลักกฎหมายไทยภายใต้กรอบพันธกรณีตาม Berne Convention และ TRIPS Agreement

ส่วนที่สี่ เป็นบทสรุปของผู้เขียน

อนึ่ง เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านเนื้อหาที่ บทความฉบับนี้จึงไม่ได้วิเคราะห์ถึงการบังคับใช้ มาตรา 18 (ว่าด้วยธรรมเนียมสิทธิต่อการกระทำเชิงล้อเลียน) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 34 ที่ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ฯลฯ และกฎหมายอาญาในส่วนว่าด้วยการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท⁶

ที่ผ่านมา มีการตั้งคำถามว่า การล้อเลียนงานอันเกิดจากการสร้างสรรค์ของผู้อื่น (parody) ผิดกฎหมายหรือมารยาทหรือไม่ ถ้าผู้ตอบเป็นนักกฎหมายหรือกลุ่มกฎหมายนิยมกลุ่มบุคคลดังกล่าวจะพิจารณาในกรอบของกฎหมาย และบ่อยครั้งจะถามกลับว่า งานนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ณ เวลาและสถานที่ที่เกิดข้อพิพาทนั้นหรือไม่ (เช่น เป็นทำนองเพลงที่

⁶ สำหรับคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับ parody และ การหมิ่นประมาท (libel) โปรดดู Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่) ถ้าไม่ ก็ไม่สามารถดำเนินการตามกฎหมายได้ แต่ถ้าได้รับความคุ้มครอง ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กฎหมายลิขสิทธิ์ยอมให้ทำได้หรือไม่ และถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยมากจะมุ่งประเด็นไปที่ข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาด (limitations on exclusive rights) หรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ (exceptions to copyright infringement) ตามที่ปรากฏใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์⁷ และอาจได้คำตอบว่า “ไม่ผิดกฎหมาย”

เท่าที่ปรากฏ parody เป็นเรื่องที่ไม่ได้ดึงดูดความสนใจของสาธารณชนอย่างเด่นชัด แต่เกิดขึ้นเรื่อยๆ มาเป็นเวลานานมาแล้ว และเป็นเรื่องยากที่เจ้าของงานจะจัดการ เพราะถ้าจะฟ้องร้องตามกฎหมายก็ไม่คุ้มกับค่าใช้จ่าย อีกทั้งไม่แน่ใจว่าศาลจะคิดเห็นอย่างไรเมื่อนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ ความไม่แน่ใจนี้ทำให้ผู้เขียนสนใจที่จะพยายามหาคำตอบว่า การกระทำดังกล่าวต้องห้ามตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์หรือไม่ และอย่างไร ด้วยความหวังว่าการวิเคราะห์ในบทความนี้จะช่วยเพื่อนร่วมงานในแวดวงลิขสิทธิ์หรือผู้สนใจแสดงความคิดเห็นในเชิงสร้างสรรค์ (ไม่ว่าความคิดเห็นนั้นจะแตกต่างกันหรือไม่) ทั้งนี้ อย่างน้อยที่สุดเพื่อจะได้มาซึ่งอาหารสมองของผู้เขียนและผู้สนใจ

ในสหรัฐอเมริกา ปัญหาว่าด้วยการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์อันเกิดจากการกระทำเชิงล้อเลียนได้เคยเกิดขึ้นดังปรากฏในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music*⁸ ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยได้ทำเพลง Pretty Woman โดยละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ซึ่งคือ เพลง Oh Pretty Woman โดยจำเลยยกข้อต่อสู้ว่าเป็นการล้อเลียนที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้พิจารณาโดยนำหลักสี่ข้อว่าด้วยการใช้ที่เป็นธรรมตามมาตรา 107 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1976 (17 U.S.C. Section 107) มาใช้ประกอบการทำคำพิพากษา หลักทั้งสี่คือ (1) ปริมาณของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปล้อเลียน (2) ลักษณะของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปล้อเลียน (3) จำนวนและสัดส่วนในเนื้อหาของงานลิขสิทธิ์ที่นำไปล้อเลียน และ (4) ผลกระทบต่อตลาดเป้าหมายหรือคุณค่าของงานลิขสิทธิ์ การวินิจฉัยของศาลฯ ได้รับการกล่าวถึงและวิพากษ์วิจารณ์ในแวดวงวิชาการอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักเกณฑ์ที่ศาลฯ ใช้พิจารณาในประเด็นการแปลงรูป (transformative work) ที่ได้กล่าวว่ายังมีการแปลงรูปงานมากขึ้นเท่าใด ผลกระทบต่อ COM จะยิ่งมีน้อยลงเท่านั้น จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมและได้รับการยกเว้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดคำถามว่า การตีความของ

⁷ เพื่อความกระชับต่อไปในบทความนี้ จะขอเรียก ข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาด (limitations on exclusive rights) หรือ ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามที่ปรากฏใน พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์⁷ เหล่านี้ว่า “ข้อยกเว้น”.

⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

ศาลฯ อยู่ภายใต้บริบทของเงื่อนไขที่ว่า “ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)” ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์ของการพิจารณาข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ปรากฏอยู่ในทั้งใน Berne Convention, Article 9 (2) และ TRIPS Agreement, Article 13⁹ หรือที่รู้จักกันในนาม Three-Step-Test (เกณฑ์ทดสอบสามประการ) หรือไม่

ดังนั้น ในการพิจารณาประเด็นศึกษาว่าด้วย “การกระทำที่ได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์” ในบทความนี้จะวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของบทบัญญัติในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ของ พร.ลิขสิทธิ์ และ TRIPS, Article 13 ประกอบกับ Berne Convention, Article 9 (2) อันเป็นการนำเสนอมุมมองทางวิชาการที่มีต่อการกระทำเชิงล่อเลียนในบริบทของกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยในอีกทัศนะหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะการตีความกฎหมายภายในประเทศควรคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศประกอบด้วย แม้กฎหมายหลายคนจะเชื่อว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป ประเทศไทยอยู่ในกลุ่มทวินิยม (dualism) ก็ตาม¹⁰

⁹World Trade Organization, op. cit.

¹⁰อนึ่ง นักกฎหมายบางคนเห็นว่ากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ/พันธกรณีระหว่างประเทศนั้นแยกออกจากกัน ทั้งนี้ ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 873/2523 น่าจะอยู่ในนักกฎหมายกลุ่มนี้ เพราะระบุว่า

“ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2493 มาตรา 33, 38 บัญญัติให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ฝากกักนางแบบคนต่างด้าวซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ที่สถานีตำรวจเพื่อจะส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรได้ อนุสัญญาว่าด้วยสภาพของผู้ลี้ภัยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิลี้ภัยทางชายแดนที่ผู้ร้องอ้างหากมีจริงก็หาจะมีผลบังคับยกเว้นกฎหมายของประเทศไทยไม่ บทบัญญัติแห่งสองมาตรานี้หาได้จำกัดเฉพาะคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไม่ การที่เจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ฝากกักนางแบบไว้เพื่อรอส่งกลับจึงเป็นการควบคุมโดยชอบด้วยกฎหมาย” (เน้นโดยผู้เขียน)

โปรดดูบทความเรื่อง “กฎหมายระหว่างประเทศสัมพันธ์กับกฎหมายไทยได้อย่างไร” (โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวข้อที่ 3 (1) และ (5)) ที่เขียนโดยรองศาสตราจารย์พนิต สุริยะ ด้วยบทความนี้ ปรากฏใน “หนังสือกฎหมายเพื่ออาจารย์บุชาแต่อาจารย์พนิต สุริยะ เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ 65 ปี พ.ศ.2554”. ศูนย์สารสนเทศสิทธิมนุษยชน, คู่มือกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับประชาชน [Online], available URL: <http://library.Nhrc.or.th/ulib/document/Fulltext/F05955.pdf>, 2562 (เมษายน, 12).

2. หลักการพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจและข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิทางเศรษฐกิจตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์

2.1 สิทธิทางเศรษฐกิจ

เป็นที่ทราบกันดีแล้วว่า พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ บัญญัติถึงสิทธิทางเศรษฐกิจ (ดังปรากฏในมาตรา 15)¹¹ สิทธิเฉพาะตัวหรือกรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ (ดังปรากฏในมาตรา 18) และข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ (ดังปรากฏในส่วนที่ 6 ของหมวด 1)

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจนั้น สิทธิที่น่าจะเกี่ยวข้องกับการถกประเด็นในบทความนี้ คือ “สิทธิในการทำซ้ำ” และ “สิทธิในการดัดแปลง” โดยที่ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้...

“ทำซ้ำ” หมายความว่า รวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพจากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ... โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมหรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน...”

เมื่อพูดถึง “การทำซ้ำ” และ “การดัดแปลง” น่าจะมีคำถามว่าการกระทำเชิงล้อเลียนเป็น “การทำซ้ำ” หรือ “การดัดแปลง” ตามคำนิยามในมาตรา 4 หรือไม่ หรือเป็นเพียงการนำสิ่งต่างๆ อย่างละเล็กละน้อยจาก COM ไปใช้เพื่อสร้างสรรค์งานขึ้นใหม่ไปจนถึงขั้นที่ว่า เมื่อเห็นงานที่เกิดขึ้นใหม่แล้ว ทำให้นึกไม่ออกว่าเคยเห็นงานที่เหมือนหรือคล้ายกันมาก่อน (กล่าวคือ ไม่นึกถึง/ไม่เห็นถึงความเกี่ยวพันระหว่างงานที่ free rider ทำขึ้น และ COM) ถ้าเป็นเพียงการนำสิ่งต่างๆ อย่างละเล็กละน้อยมารวมกันดังที่กล่าว ก็ไม่คิดว่าเป็นการทำซ้ำหรือการดัดแปลงอันมีผลทำให้การกระทำนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ถ้ากรณีเข้าหรือเป็นไปตามคำนิยามของคำว่า “ทำซ้ำ” หรือคำนิยามของคำว่า “ดัดแปลง” ก็ถือได้ว่าผู้กระทำได้ทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ (เว้นแต่บุคคลนั้นจะอาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ กำหนดไว้ในส่วนที่ 6

¹¹ มาตรา 15 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียว ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน...”

ของหมวด 1 ดังที่จะกล่าวข้างล่างนี้) ทั้งนี้เพราะเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามมาตรา 15 ในการทำซ้ำหรือดัดแปลง

ในการวิเคราะห์ประเด็นศึกษานี้ อาจารย์ปริญญา ตีผดุง ในเอกสารประกอบการบรรยายในหัวข้อ “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์” ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“การสร้างงานวรรณกรรมล้อเลียนงานวรรณกรรมต้นฉบับซึ่งเป็นนวนิยายชีวิตชาบซึ่งกินใจหรือสะเทือนใจผู้อื่นเพื่อความตลกขบขัน...หรืองานภาพถ่ายล้อเลียนงานภาพถ่ายต้นฉบับ... เพื่อให้ผู้ดูภาพนั้นเกิดความขบขัน...ถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบโดยแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนอันเป็นสาระสำคัญของงานต้นฉบับโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ เพราะงานล้อเลียนนั้นได้อาส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือจุดเด่นของงานต้นฉบับมาใช้ในการเปลี่ยนรูปแบบจนถึงขนาดทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่าเป็นงานล้อเลียนดังกล่าวได้สร้างขึ้นเพื่อล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ชิ้นใดของผู้ใดมิใช่งานที่ผู้สร้างได้ริเริ่มสร้างสรรค์ขึ้นเอง (originality) จึงเป็นการดัดแปลงงานต้นฉบับตามความหมายของคำว่า “ดัดแปลง” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537”¹²

หากพิจารณาถึงลักษณะของ parody ผู้กระทำก็คงจำเป็นต้องทำซ้ำหรือดัดแปลง COM เพื่อให้ผู้อ่านหรือผู้รับสารสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการล้อเลียนงานใด (แม้ผู้ล้อเลียนไม่แสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างชัดแจ้ง) จึงมีความเป็นไปได้ที่การกระทำดังกล่าวอาจถูกวินิจฉัยว่าเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลง ไม่ว่าการล้อเลียนนั้นจะเป็นเพียง “การคัดลอก เลียนแบบ”

¹²ปริญญา ตีผดุง, “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์,” เอกสารประกอบการบรรยาย โครงการอบรมหลักสูตรพิเศษ ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 9 เมษายน - 16 พฤษภาคม 2547.

อนึ่ง เท่าที่ปรากฏ แม้งานเขียนของอาจารย์ปริญญา ตีผดุง ที่อ้างถึงข้างต้นกล่าวถึงคำพิพากษาของ U.S. Supreme Court ในคดี Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. แต่ไม่ปรากฏว่ามีข้อความใดในงานเขียนฯ ที่แสดงอย่างชัดแจ้งว่า เรื่องของ transformative use มีอิทธิพลต่อความคิดของ อาจารย์ปริญญา ตีผดุง ที่เป็นเช่นนั้น อาจเป็นเพราะเรื่องดังกล่าวเป็นกรณีของกฎหมายภายในของต่างประเทศ (ย่อมไม่ผูกพันหรือมีอิทธิพลต่อการตีความบทบัญญัติของกฎหมายภายในของประเทศไทย) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่แน่ใจว่า ในปัจจุบัน อาจารย์ปริญญา ตีผดุง ยังมีทัศนะเช่นที่อ้างถึงข้างต้นหรือไม่.

หรือเป็น “การทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่” ที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่าล้อเลียนหรือสร้างความขบขันต่องานของผู้ใด

หากเปรียบเทียบการดัดแปลงงานตามบทบัญญัติในมาตรา 4 ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ กับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา กรณีอาจเทียบเคียงได้กับ derivative work (งานดัดแปลง) ซึ่งในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music* ในตอนหนึ่งของคำพิพากษา ศาลได้กล่าวว่า “parody หากมองในมุมมองด้านวรรณกรรม ถือเป็นการดัดแปลงงาน (derivative) โดยการทำให้เนื้อความ/เนื้อหาของงานต้นฉบับปรากฏในงาน parody ในสัดส่วนที่เพียงพอและสำคัญที่ทำให้ผู้รับสารสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำต่องานใด”¹³ ซึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา 106 ของรัฐธรรมนูญด้วยลิขสิทธิ์ ค.ศ.1976 (17 U.S.C. Section 106) สิทธิในการพัฒนา derivative work เป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ สอดคล้องกับมาตรา 15 ของ พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ไทย

เป็นที่น่าสนใจว่า parody ในสหรัฐอเมริกานอกจากจะมีลักษณะเป็นการดัดแปลงงานที่เป็น derivative แล้ว งานนั้นอาจได้รับการพัฒนาถึงขั้นเป็นการสร้างสรรค์หรือจัดทำงานชิ้นใหม่ที่เรียกว่า “Transformative Use” หรือ “งานแปลงรูป” ที่ปัจจุบันยังไม่ปรากฏหลักการดังกล่าวทั้งใน พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์และคำพิพากษาในประเทศไทยโดยตรง นอกจาก derivative work ในมาตรา 11 แต่เพียงเท่านั้น¹⁴

Parody ในลักษณะที่ได้รับการพัฒนาถึงขั้นเป็น “งานแปลงรูป” นี้ ต้อง (1) เป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยตรงในปริมาณที่เหมาะสมเพื่อการสื่อสารงานของตนออกสู่สาธารณชน¹⁵ (2) โดยเป็นการนำไปใช้ในวัตถุประสงค์ใหม่ที่แตกต่างจากงานเดิม กล่าวคือ เป็นการ

¹³ Aaron Schwabach, “Reclaiming Copyright from the Outside In: What the Downfall Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Parody,” *Buffalo Intellectual Property Law Journal* 8 (April 2012): 20-21. “Parody is necessarily derivative in a literary sense; as Justice Souter points out in *Campbell*, parody must “conjure up” at least enough of [the] original to make the object of its critical wit recognizable”.

¹⁴ Ibid.: 18-19; ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, “การคุ้มครองงานแปลงรูป (Transformative Works) ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและต่างประเทศ,” *วารสารวิทยบริการ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์* 30 (กรกฎาคม 2562): 101.

¹⁵ Scott Fruehwald, “The Parody Fair Use Defense After *Campbell*,” *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 18 (1993): 125-127. “If a use is transformative, quotes only a reasonable amount of the original, and does not appreciably affect the original’s potential market, then the use should be deemed fair”; Jay Lee, “*Campbell v. Acuff-Rose Music*: The Sword of the Parodist is Mightier than the Shield of the Copyright Holder,” *University of San*

สื่อออกมาในวัตถุประสงค์ บริบท หรือความหมายใหม่ที่แตกต่างจากงานต้นฉบับ¹⁶ (3) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์¹⁷ และ (4) มีลักษณะการพัฒนาถึงขั้นเป็นการสร้างสรรค์หรือจัดทำงานชิ้นใหม่¹⁸ โดยใช้ความวิริยะ อุตสาหะ และความเพียรพยายาม มิใช่เพียงนำงานของบุคคลอื่นไปใช้ในวัตถุประสงค์ใหม่โดยมิได้เพิ่มเติมความคิดสร้างสรรค์ของตนเอง (originality and creativity) โดยที่ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยมีการพิจารณาถึงระดับในการสร้างสรรค์งานโดยแบ่ง “งานแปลงรูป” ออกเป็น งานแปลงรูปที่มีการสร้างสรรค์ในระดับเล็กน้อย และงานแปลงรูปที่มีระดับการสร้างสรรค์สูง ซึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีการสร้างสรรค์ที่มากพอ งานแปลงรูปดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา¹⁹

โดยที่ศาลในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music* ได้ยึดโยงหลัก “งานแปลงรูป” นี้ กับหลักการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามมาตรา 107 โดยเห็นว่าเมื่อวัตถุประสงค์ในการล้อเลียนนั้นแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของงานต้นฉบับเดิม จึงเป็นการแปลงรูปงาน และไม่ส่งผลกระทบต่อตลาดเป้าหมายหรือคุณค่าของงานลิขสิทธิ์ต้นฉบับ จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมและได้รับการยกเว้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น²⁰ หรือที่ปรากฏในคำพิพากษาในคดี *Arrow Productions, LTD v. The Weinstein Company LLC*²¹ ซึ่งได้มีการพิจารณาวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน²²

Francisco Law Review 29 (1994): 303-304. “In addition to claiming that the original work has transformative value, the parody must also comment or criticize the original to some degree”.

¹⁶ ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 101.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁸ Aaron Schwabach, op. cit.,: 21-22. “The central purpose of this investigation is to see... whether the new work merely “supersede[s] the objects” of the original creation or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, whether and to what extent the new work is “transformative”; Scott Fruehwald, op. cit.,:138-139. “The Court found that parody is a transformative use: “(l)ike less ostensibly humorous forms of criticism, it can provide social benefit, by shedding light on an earlier work, and, in the process, creating a new one”.

¹⁹ ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 103.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

²¹ Arrow Productions, LTD. v. Weinstein Co. LLC, 44 F. Supp. 3d 359, 369 (2014).

²² ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 103.

ด้วยไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ว่าด้วย “งานแปลงรูป” ในประเทศไทยและบทความฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงการตีความและการบังคับใช้ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ไทยฉบับปัจจุบัน กับงาน parody ซึ่งโดยมากมีลักษณะเป็นการ “ทำซ้ำ” หรือ “ดัดแปลงงาน” อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น บทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นดังกล่าวในหน้าที่ 6 ของหมวด 1 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 32 วรรคหนึ่งแห่ง พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ จึงเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และจากการทบทวนงานวรรณกรรมอาจกล่าวได้ว่า ประเด็นที่เกี่ยวข้องมากที่สุด คือ สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่งว่าวรรคหนึ่งนี้ “เป็นกรอบ/เงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์” หรือ “เป็นข้อยกเว้นทั่วไป (general exception)”

2.2 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์

ปัจจุบัน (1 กันยายน 2563) บทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นในหน้าที่ 6 ของหมวด 1 ของ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ ประกอบด้วยมาตราที่ 32 ถึงมาตราที่ 43 ข้อยกเว้นเหล่านี้อาจถูกแยกออกได้เป็นสองประเภท กล่าวคือ ข้อยกเว้นประเภทที่ถูกกำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง และข้อยกเว้นประเภทที่ไม่ได้ถูกกำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง²³

2.3 สถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

แม้มาตรา 32 วรรคหนึ่งจะปรากฏมาเกือบเข้าสู่สามทศวรรษแล้วและแม้ว่า พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ จะได้รับการปรับปรุงครั้งสุดท้ายในปี พ.ศ.2561²⁴ ก็ตาม ความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของมาตรา 32 วรรคหนึ่งก็ยังไม่มีความเห็นที่แตกต่างกันอย่างน้อยสองความเห็น กล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า (1) วรรคหนึ่งเป็นกรอบของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ และ (2) ข้อยกเว้นที่ปรากฏในมาตรา 32 วรรคสองเรื่อยไปจนถึงมาตราสุดท้ายของส่วนที่ 6 เป็น “certain special cases” (ตามที่ปรากฏใน TRIPS, Article 13) ที่โดยหลักแล้ว จะต้องอยู่ภายใต้บังคับหรือกรอบของมาตรา 32 วรรคหนึ่งที่กำหนดว่าต้อง “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”²⁵ โดยใช้คำว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง” หรือ “ถ้าได้ปฏิบัติตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง” ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 32 วรรคสอง มาตรา 33 และ มาตรา 34

²³ ในปัจจุบัน มาตรา 37-42 ไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง.

²⁴ การแก้ไขครั้งสุดท้าย คือ การแก้ไขตาม พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561.

²⁵ นักกฎหมายบางท่านเรียกเงื่อนไขทั้งสองข้อนี้ว่า “กฎทองสองข้อ” หรือ “the two golden rules”.

หากพิจารณาหรืออนุมานจากข้อความในหนังสือชื่อ “คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์” รองศาสตราจารย์รพรณ พนัสพัฒนา น่าจะอยู่ในกลุ่มนี้โดยในตอนหนึ่งของหนังสือดังกล่าวระบุว่า

“7.2 **เงื่อนไขของข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์...** พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง.... จะเห็นได้ว่า มาตรา 32 นี้บัญญัติไว้เป็นทำนองเดียวกันกับ Article 13 ของความตกลง TRIPS ดังนั้น การใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นซึ่งจะเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น **มีเงื่อนไขสองประการ** คือ

1) การใช้งานนั้นต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์

2) การใช้งานนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”²⁶ (ขีดเส้นใต้โดยผู้เขียน)

เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543 โดยข้อความตอนหนึ่งระบุว่า

“โจทก์ทั้งสามอุทธรณ์ว่า การทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสามมิใช่การรับจ้างทำซ้ำโดยถ่ายสำเนาเอกสารจากนักศึกษาที่ว่าจ้างจำเลยให้ทำซ้ำขึ้นเพื่อการศึกษาวิจัย โดยไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของโจทก์ร่วมทั้งสาม และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร อันถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด... จากพยานหลักฐานของโจทก์และโจทก์ร่วมทั้งสาม... เห็นได้ว่า... จำเลยทำงานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์ร่วมทั้งสาม... โดยการถ่ายสำเนาเอกสาร... ไว้เพื่อขาย เสนอขาย และมีไว้เพื่อขายอันเป็นการที่จำเลยทำขึ้นเองเพื่อการค้าและแสวงหาประโยชน์จากการขายสำเนางานที่จำเลยทำซ้ำขึ้นมา มิใช่เป็นการรับจ้างถ่ายเอกสารจากนักศึกษาที่ต้องการได้สำเนางานที่เกิดจากการทำซ้ำไปใช้ในการศึกษาวิจัยอันเป็นเหตุยกเว้นมิให้ถือว่าการทำซ้ำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 32 (1) แต่อย่างใด”

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า ข้อยกเว้นต่างๆ ที่ปรากฏในส่วนที่ 6 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคสองของมาตรา 32) เป็นตัวอย่างของข้อจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาดหรือข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเป็น

²⁶รพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 84-85.

ตัวอย่างของ “certain special cases” (ตามที่ปรากฏใน TRIPS, Article 13) เท่านั้น ฉะนั้น ถ้ามีการกระทำใดเกิดขึ้นและถ้าการกระทำนั้นไม่เข้าข้อยกเว้นตัวอย่างที่เขียนไว้แล้วในกฎหมายก็อาจเข้าอยู่ในข้อยกเว้นทั่วไป (general exception) ได้ หากการกระทำนั้นเป็นการใช้ที่เป็นธรรม (fair use of a copyrighted work)

ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายลิขสิทธิ์สามคนได้แก่ อาจารย์ปริญญา ตีผดุง²⁷ อาจารย์นันทอินทนนท์ และ อาจารย์สปีศิริ ทวีผล น่าจะอยู่ในกลุ่มความเห็นที่ 2 ดังอนุมานได้จากงานเขียนต่อไปนี้ที่ระบุว่า

“การที่ผู้สร้างงานที่ทำขึ้นล่อเลียนต้องใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นในเนื้อหาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สาธารณชนเข้าใจว่าเป็นงานที่ล่อเลียนงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ขึ้นใดของผู้ใดเท่านั้น ยังถือได้ว่าเป็นการใช้งานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรอีกด้วย การสร้างงานล่อเลียนในลักษณะเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถือได้ว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม (fair use) เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่บัญญัติไว้เป็นหลักการใน**มาตรา 32 วรรคหนึ่งได้**”²⁸ (เน้นโดยผู้เขียน); และ

*“The first paragraph of Section 32 of the Copyright Act provides the following general exception to copyright infringement...”*²⁹ (เน้นโดยผู้เขียน)

นอกจากนั้นแล้ว หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในคดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 ศาลทรัพย์สินทางปัญญา ในคดีดังกล่าวน่าจะอยู่ในกลุ่มความเห็นที่ 2 เพราะในการพิจารณาตัดสินคดีศาลอ้างอิงถึงมาตรา 32 แต่

²⁷ บทความนี้กล่าวถึงความเห็นของอาจารย์ปริญญา ตีผดุง บ่อยครั้ง เนื่องจาก เท่าที่ปรากฏ มีบทความ/งานเขียนเกี่ยวกับ ‘parody’ น้อยมาก ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า อาจารย์ปริญญา ตีผดุง เป็นหนึ่งในผู้เชี่ยวชาญกฎหมายลิขสิทธิ์.

²⁸ ปริญญา ตีผดุง, เรื่องเดิม.

²⁹ Nandana Indananda and Suebsiri Taweepon, *Fair Use: A Narrow Exception to Copyright Infringement in Thailand* [Online], available URL: <https://www.tilleke.com/resources/fair-use-narrow-exception-copyright-infringement-thailand>, 2010 (November, 30).

อนึ่ง ณ เวลานั้น ไม่แน่ว่าอาจารย์นันทอินทนนท์ และ/หรืออาจารย์สปีศิริ ทวีผล เปลี่ยนความคิดเห็นแล้วหรือไม่

ไม่ได้กล่าวถึงอนุมาตรา (1) ตามวรรคสองเป็นการเฉพาะเจาะจง ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ปรากฏในหน้าที่ 24 ถึง 25 ของคำพิพากษา³⁰

ถ้าใช้วิธีคิดแบบความเห็นที่ 2 โอกาสที่การกระทำเชิงล้อเลียนจะเป็นหรือถือว่าเป็นการใช้ที่เป็นธรรมจะสูงขึ้น เพราะถ้าไม่เข้าช้อยกเว้นที่เขียนไว้ในข้ออื่น (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 32 วรรคสอง) ก็อาจเข้ามาตรา 32 วรรคหนึ่ง “...หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร”

³⁰ ข้อความดังกล่าวระบุว่า

“...ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปมีว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของโจทก์หรือไม่ เห็นว่างานอันมีลิขสิทธิ์ของโจทก์เป็นเรื่องของการเรียบเรียงถ้อยคำเพื่ออธิบายหรือให้ความหมายศัพท์ การกระทำที่เชื่อว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องของการทำซ้ำ หรือดัดแปลงงาน ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญจากเนื้อหาโดยรวมทั้งหมดของงานนั้น การที่จำเลยนำความหมายของถ้อยคำทั้งเจ็ดคำจากหนังสือของโจทก์และนำมาดัดแปลงโดยการให้ความหมายเพิ่ม ตัด หรือ ขยายผลความบางส่วนเข้าไป แล้วนำไปใส่ไว้ในหนังสือของจำเลย แม้จะถือได้ว่าเป็นการทำซ้ำและดัดแปลง แต่เนื่องจากงานที่โจทก์สร้างสรรค์ขึ้นล้วนเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ใช้กันโดยทั่วไปในชีวิตประจำวันของคนในสังคมและมีความหมายเพียงประการเดียวไม่อาจอธิบายให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้น จึงจำเป็นอยู่เองที่จำเลยซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการให้คำนิยามศัพท์ต่างๆ จะต้องนำถ้อยคำหรือความหมายที่โจทก์เรียบเรียงขึ้นไปใช้ในการให้ความหมายเพื่อความถูกต้องในทางวิชาการ และจำเลยไม่มีหนทางที่จะให้ความหมายถ้อยคำพิพาทให้มีความหมายเป็นอย่างอื่นไปได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นเรื่องที่จำเป็นของการทำหน้าที่ค้นคว้า วิจัยและเผยแพร่ทางวิชาการตามอำนาจหน้าที่ ที่กฎหมายกำหนด ... อีกทั้งจำเลยเป็นนิติบุคคลของรัฐ ... ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบต่อการแสวงหาประโยชน์ของโจทก์ ก็ปรากฏว่างานของโจทก์ ... เป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นบทความวิจารณ์งานของจำเลยที่มีอยู่ก่อนแล้ว ... ดังนั้น การพิมพ์งานนุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 และ ครั้งที่ 3 ... ของจำเลย จึงเป็นเรื่องการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการตามปกติและมีลักษณะแตกต่างจากงานของโจทก์ ... อย่างสิ้นเชิง ไม่ขัดกับการแสวงหาประโยชน์ตามปกติของโจทก์และไม่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของโจทก์แต่อย่างใดเลย การกระทำของจำเลยจึงเข้าช้อยกเว้นตามกฎหมายไม่เป็นการละเมิด...”

3. "Parody" กับส่วนที่ 6 หมวด 1 ของ พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์: มุมมองของผู้เขียน

3.1 ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กับ Parody

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการกระทำใดเข้าข้อยกเว้นหรือถือว่าเข้าข้อยกเว้นไม่ใช่เรื่องที่ย่าง เพราะการวินิจฉัยทางกฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสังคมศาสตร์โน้มไปทางการใช้ดุลยพินิจ ฉะนั้น ความเห็นต่างย่อมเกิดได้ง่ายแต่ต้องสมเหตุสมผลหรือมีคำอธิบายที่น่าเชื่อถือ

ก่อนที่จะพยายามตอบว่า free rider จะอ้าง/อาศัยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่ปรากฏในส่วนที่ 6 ของหมวด 1 แห่ง พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ฯ เพื่อให้หลุดพ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่ ผู้ตอบ (ไม่ว่าใครก็ตาม) ควรดำเนินการดังต่อไปนี้ก่อน กล่าวคือ

1) ทำความเข้าใจให้ตรงกันเกี่ยวกับ “parody” หรือที่ถือว่าเป็น “parody” ที่กล่าวถึงในบทความนี้และ

2) ตัด/แยกมาตราในส่วนว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กล่าวข้างล่างนี้เพื่อให้ง่ายต่อการพิจารณา กล่าวคือ แบ่งมาตราในหมวดที่ 6 (อันประกอบด้วยมาตรา 32³¹, 32/1, 32/2, 32/3, 32/4, และ 33 ถึง 43) เป็น 6 กลุ่ม/ระดับ โดยเรียงลำดับจาก “ไม่น่าเกี่ยวข้อง” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: น้อยมาก” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: น้อย” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: ปานกลาง” “ที่น่าจะเกี่ยวข้อง: มาก” และ “ไม่แน่ชัดหรือยังเป็นที่ถกเถียง” ดังปรากฏข้างล่างนี้

³¹ มาตรา 32 การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท
- (3) ดิชม วิจารณ์ หรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น
- (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย หรือในการรายงานผลการพิจารณาดังกล่าว
- (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร
- (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร
- (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ.

การแบ่งระดับความเป็นไปได้ที่จะถูกอ้าง/นำมาปรับใช้กับกรณี parody

ระดับ	มาตรา	เหตุผล
ไม่น่าเกี่ยว	32 วรรคสอง (8), 32/1, 32/2, 32/3, 34, 36, 37, 38, 39, 41 และ 42	ถ้อยคำที่ปรากฏในมาตราหรืออนุมาตราไม่อำนวยความสะดวก
น้อยมาก	32 วรรคสอง (4) และ (8), 33, 35, 40, และ 43	มีความเป็นไปได้ที่จะมีการกระทำเชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่อ COM ที่มาตราเหล่านี้กล่าวถึงแต่ความเป็นไปได้ที่น่าจะมีน้อย
น้อย	32 วรรคสอง (3) และ (4), 32/4, และ 33	1. ด้วยเหตุที่มาตรา 32 วรรคสอง (3) และ (4) กำหนดให้มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้นประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า (เท่าที่ปรากฏ) ในการล้อเลียน COM บ่อยครั้งพบว่า ผู้ล้อเลียนไม่แสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน ดังนั้น โอกาสที่จะอ้างวรรคสอง (3) และ/หรือ (4) เพื่อจะให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบจะมีน้อย 2. สำหรับมาตรา 32/4 นั้น โอกาสที่องค์กรที่ได้รับอนุญาต/หรือได้รับการยอมรับจะล้อเลียน COM ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของคนพิการน่าจะน้อย 3. ด้วยเหตุที่มาตรา 33 กำหนดให้มีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่า (เท่าที่ปรากฏ) ในการล้อเลียน COM บ่อยครั้งพบว่าผู้ล้อเลียนไม่แสดงการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจน โอกาสที่จะอ้างมาตรา 33 เพื่อจะให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบไม่น่าจะมีมากนัก
ปานกลาง	32 วรรคสอง (5), (6) และ (7)	การอ้างอนุมาตรา (5), (6) หรือ (7) อาจเกิดขึ้นได้ แม้ไม่มากนัก เพราะการกระทำ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การดัดแปลง) เชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่อ COM เพื่อวัตถุประสงค์ตามระบุในอนุมาตราเหล่านี้เกิดขึ้นได้

ระดับ	มาตรา	เหตุผล
มาก	32 วรรคสอง (1) และ (2)	ก่อนอื่น ควรกล่าวไว้ ณ ที่นี้ว่า ความเห็นของผู้เขียนที่จะปรากฏข้างล่างนี้อาจจะต่างจากความเห็นของนักกฎหมายบางคน (เช่น อาจารย์ปริญญา ตีผดุง)³² ซึ่งเท่าที่ปรากฏคิดว่า parody เป็นการดัดแปลง ฉะนั้น ในการพิจารณามาตรา 32 วรรคสอง จึงพิจารณาอนุมาตราที่มีคำว่า “ทำซ้ำ ดัดแปลง” ที่เกี่ยวข้อง [(อันได้แก่ อนุมาตรา (5), (6) และ (7)] เท่านั้น และเห็นว่า parody ไม่เข้าข่ายกเว้นตามอนุมาตราดังกล่าว³³ จะด้วยประการใดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำ (จะด้วยการทำซ้ำ หรือ การดัดแปลง) เชิงล้อเลียนเพื่อความตลกขบขันต่อ COM ของบุคคลอื่น หรือ การนำ COM ของคนอื่นมาล้อเลียน ไม่ต้องห้าม ถ้าการกระทำนั้น เป็น 1. การวิจัยหรือศึกษา COM นั้น อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (ทั้งนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในอนุมาตรา (1) ของมาตรา 32 วรรคสอง³⁴) หรือ 2. ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิทและ 3. สอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา 32 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำที่จะเกี่ยวโยงหรืออาศัยวรรคสอง (1) และ (2) อาจเป็นการทำซ้ำหรือการดัดแปลงงานก็ได้³⁵

³²ปริญญา ตีผดุง, เรื่องเดิม.

³³เรื่องเดียวกัน.

³⁴หมายเหตุ: การกล่าว/ความเห็นเช่นนี้ (ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน) ไม่ได้ขัดกันกับความเห็นที่ปรากฏในช่วงของการอภิปรายของผู้เขียนที่เกี่ยวข้องกับ “มูลเหตุจูงใจในการกระทำเชิงล้อเลียนว่าเป็นเพื่อการแสวงหาประโยชน์ด้านการเงิน” (ก่อนขึ้น ส่วนที่ 4) ของบทความนี้.

³⁵อนุมานจากการพิจารณาของศาลในคดีหมายเลขดำที่ อ. 326/2542 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 784/2542 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 5843/2543 (ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการถ่ายเอกสารที่อ้างว่าเพื่อการศึกษา ที่พนักงานอัยการ

ระดับ	มาตรา	เหตุผล
ไม่แน่ชัด หรือยัง เป็นที่ ถกเถียง	มาตรา 32 วรรคหนึ่ง ใน ฐา นะ ที่ เป็ น ข้อยกเว้นทั่วไป (general exception)	ถ้าบทบัญญัติของวรรคหนึ่งเป็น “ข้อยกเว้นทั่วไป” บทบัญญัติดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้ตีความได้ว่าการล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้ ถ้าไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จาก COM ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ใน COM นั้น และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร แต่ถ้าเป็น “กรอบ” โอกาสที่จะได้รับการยกเว้นจะลดน้อยลงไปมาก จนแทบจะไม่มี เว้นแต่จะอาศัยบทบัญญัติที่มีอยู่ในอนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใดของวรรคสองแห่งมาตรา 32 หรือในมาตราอื่นในส่วนที่ 6

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าความเห็นของนักกฎหมายจะมีความแตกต่างในรายละเอียดสำหรับการนำบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้ต่อ parody เช่นไร อาจกล่าวได้ว่าบ่อยครั้ง พบว่าการพิจารณาข้อกฎหมายจะเกี่ยวพันกับการอ้างถึง/ใช้มาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็นส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะในฐานะของการเป็น “กรอบ/เงื่อนไข” ตามความเห็นของกลุ่มที่ 1 หรือ “ข้อยกเว้นทั่วไป (general exception)” ตามความเห็นของกลุ่มที่ 2 นอกจากนั้นแล้ว การตีความมาตรา 32 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคหนึ่ง) ให้สอดคล้องกับที่มาที่ไปและ/หรือพันธกรณีระหว่างประเทศดูเหมือนเป็นสิ่งที่เลี่ยงไม่ได้ การตีความดังกล่าวจะปรากฏข้างล่างนี้

3.2 แนวการพิจารณาตีความมาตรา 32 วรรคหนึ่ง

ด้วยการบัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ภายในประเทศ (รวมทั้งของประเทศไทย) ส่วนหนึ่งมีพื้นฐานจากกรอบความตกลงว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ประกอบกับเพื่อประโยชน์ในเชิงพันธกรณีระหว่างประเทศและเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาเกี่ยวกับมาตรา 32 (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วรรคหนึ่ง) กับ parody ควรเป็นไปตามกรอบความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง TRIPS, Article 13 และ Berne Convention, Article 9 (2)

และโจทก์ร่วมฟ้องนายกนกชัย เพชรดาวงศ์) และ คดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546 (ที่นายไพจิตร บุญญพันธุ์ ฟ้องราชบัณฑิตสถาน).

ในการตีความสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (“VCLT”)³⁶, Articles 31 and 32 กำหนดให้การตีความ (1) พึงกระทำด้วยความสุจริตตามความหมายปกติทั่วไปของคำที่ปรากฏภายใต้บริบทของบทบัญญัติในข้อตกลงนั้นๆ ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมาย และ (2) ในกรณีที่มีการตีความตามความหมายทั่วไปมีความกำกวม ไม่ชัดเจน หรือคลุมเครือ อาจพิจารณาเอกสารที่ใช้จัดเตรียมในการร่างข้อตกลง/สนธิสัญญาขณะนั้นหรือสถานการณ์ในเวลาทำข้อสรุป/ข้อตกลงในทางระหว่างประเทศนั้นประกอบการตีความเพิ่มเติมเพื่อเป็นการยืนยันความหมายของคำนั้นๆ อีกทางหนึ่งได้³⁷

3.3 Berne Convention & TRIPS Agreement กับ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

เมื่อเปรียบเทียบความในมาตรา 32 วรรคหนึ่งกับ TRIPS, Article 13 กรณีเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบทบัญญัติทั้งสองมีความคล้ายคลึงและสอดคล้องกันอันทำให้กล่าวได้ว่าประเทศไทยได้อนุวัติกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศที่สอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดใน TRIPS (Three-Step-Test)

³⁶United Nation, **Vienna Convention on the Law of Treaties** [Online], available URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, 2019 (November, 30).

³⁷VCLT, Art. 31.1 “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose...”. And Art. 32 “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure.”

มาตรา 32 พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์	TRIPS, Article 13
การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้... ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง ถ้าได้กระทำได้ต่อไปนี้ (1) วิจัยหรือศึกษางานนั้นอันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท (3) ตีพิมพ์ วิจัยหรือแนะนำผลงานโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (4) เสนอรายงานข่าวทางสื่อสารมวลชนโดยมีการรับรู้ถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานนั้น (5) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาของศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย (6) ทำซ้ำ ดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอนเพื่อประโยชน์ในการสอนของตน อันมิใช่การกระทำเพื่อหากำไร (7) ทำซ้ำ ดัดแปลงบางส่วนของงาน หรือตัดทอนหรือทำบทสรุปโดยผู้สอนหรือสถาบันศึกษา เพื่อแจกจ่ายหรือจำหน่ายแก่ผู้เรียนในชั้นเรียนหรือในสถาบันศึกษา ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไร (8) นำงานนั้นมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการถามและตอบในการสอบ	Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases
หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และ	which do not conflict with a normal exploitation of the work and
ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์	do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder

ในการตีความ Three-Step-Test (แม้ในระดับระหว่างประเทศ ดังจะกล่าวถึงข้างล่างนี้) โจทย์ที่จะต้องตอบก็คือ การกระทำที่จะได้รับยกเว้นนั้นเป็นไปตามเกณฑ์ทดสอบทั้งสามประการที่กล่าวถึงใน TRIPS, Article 13 หรือไม่ ด้วยหลักเหตุและผล (ตามที่กล่าวถึงข้างล่างนี้) ทั้งนี้ หากมีการตีความมาตรา 32 วรรคหนึ่งของไทย สิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ ผู้เกี่ยวข้องจะต้องตอบโจทย์ที่มีลักษณะเดียวกันกับโจทย์ที่กล่าวถึงข้างต้น

หากพิจารณาถึงที่มาของการยกร่าง TRIPS, Article 13 อาจอ้างอิงไปถึงเอกสารการประชุมสต็อกโฮล์ม เพื่อการแก้ไขอนุสัญญากรุงเบิร์น ปี ค.ศ.1967 (Stockholm Revision Conference of the Berne Convention 1967) ซึ่งเป็นการประชุมเพื่อพิจารณาราทบทบัญญัติว่าด้วยการทำซ้ำและข้อยกเว้นของการทำซ้ำในกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นครั้งแรก โดยที่ประเทศภาคีมุ่งสร้างกฎระเบียบในการจำกัดการใช้ข้อยกเว้นในการละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศสมาชิกไม่ให้เกิดการกระทำได้ตามอำเภอใจโดยให้อยู่ภายใต้กรอบของเงื่อนไขทั้งสามข้อหรือเกณฑ์ทั้งสามประการ ซึ่งต่อมาปรากฏอยู่ใน Berne Convention, Article 9 (2), TRIPS, Article 13, WIPO Copyright Treaty (WCT)³⁸, Article 10 และ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)³⁹, Article 16⁴⁰

³⁸World Intellectual Property Organization, **WIPO Copyright Treaty (WCT)** [Online], available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=321&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).

³⁹World Intellectual Property Organization, **WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)** [Online], available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=322&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).

⁴⁰Roger Knights, "Limitations and Exceptions under the "Three-Step-Test" and in National Legislation—Differences between the Analog and Digital Environment," in **the Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age** (Moscow: World Intellectual Property Organization, 2001), p. 3. อนึ่ง ประเทศไทยยังมิได้เข้าเป็นภาคีสมาชิก WCT และ WPPT.

Berne Convention, Article 9 (2)	TRIPS, Article 13
(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases	Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases
, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work	which do not conflict with a normal exploitation of the work and
and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author	do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder

เกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นเป็นเงื่อนไขในการพิสูจน์ที่ผู้ประสงค์จะอ้างข้อยกเว้นต้องปฏิบัติให้ครบทั้งสามข้อ (cumulative) เท่าที่ปรากฏ หลักนี้ได้รับการพิจารณาและยืนยันโดย WTO Panel on United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act ในคดีพิพาทระหว่างสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับว่า Section 110(5) of the US Copyright Act มีความสอดคล้องกับ TRIPS, Article 13 หรือไม่⁴¹ Panel เดียวกันนี้ได้ยืนยันความสอดคล้องของกรอบเงื่อนไขข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สอดคล้องกันทั้งใน TRIPS, Article 13 และ Berne Convention, Article 9 (2)⁴²

เมื่อเป็นเช่นนี้ (ขอยกตัวอย่างว่า) ถ้านำความในมาตรา 32 มาเทียบกับ Three-Step-Test จะเห็นได้ว่า เงื่อนไข/เกณฑ์ข้อที่ 1(a special case) อยู่ในวรรคสอง (อนุมาตราหนึ่งอนุมาตราใด) ส่วนเงื่อนไข/เกณฑ์ข้อที่ 2 และ ข้อที่ 3 อยู่ในวรรคหนึ่ง ทั้งนี้เป็นไปตามข้อความที่ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติในวรรคหนึ่ง...” ที่ปรากฏในส่วนต้นสุดของวรรคสอง

⁴¹World Trade Organization, **WTO Analytical Index: TRIPS Agreement—Article 13 (Jurisprudence)** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf, 2000 (June, 15).

⁴²Ibid.

หากพิจารณาบทบัญญัติใน TRIPS, Articles 13, 1, 7 & 8 เป็นที่เข้าใจได้ว่า TRIPS กำหนดกรอบอย่างคร่าวๆ⁴³ โดยให้ประเทศภาคีสมาชิกมีอิสระในการอนุวัติกฎหมายภายในของประเทศตนตามระบอบกฎหมายภายใน⁴⁴ และตามกรอบนโยบายแห่งรัฐเพื่อการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของเอกชนและสาธารณชน⁴⁵ อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติใน TRIPS (minimum standard of protection) เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงเป็นเรื่องปกติที่ประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เช่น ประเทศไทย จะมีการตราบทบัญญัติว่าด้วยข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปของพระราชบัญญัติ ดังปรากฏใน มาตรา 32/4 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดโดยเพิ่มเหตุว่าด้วยการกระทำโดยองค์กรเพื่อประโยชน์ แก่คนพิการ⁴⁶ ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับ TRIPS, Article 13

อนึ่ง ปัญหาในการตีความเงื่อนไข/เกณฑ์ทั้งสาม (Three-Step-Test) [กล่าวคือ (1) ประเทศสมาชิกจะกำหนดข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวได้เฉพาะแต่กรณีพิเศษบางกรณีเท่านั้น (Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases) (2) แต่ต้องไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติจากงานอันมีลิขสิทธิ์ (which do not conflict with a normal exploitation of the work) และ (3) ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)] นั้น จะอยู่ที่ว่าอะไรคือ “กรณีพิเศษบางกรณี (certain special cases)” “การแสวงหาประโยชน์ตามปกติ (normal exploitation)” และ “การกระทบกระเทือนสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายเกินสมควร (unreasonably prejudice the legitimate interests)”⁴⁷

ด้วยเหตุที่ TRIPS กำหนดไว้แต่เพียงว่าข้อยกเว้นที่กำหนดโดยประเทศสมาชิกต้อง “เป็นกรณีพิเศษบางกรณี” เท่านั้น ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยมีสิทธิที่จะกำหนดให้ parody เป็นเหตุได้รับยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้แต่ต้องแก้ไขตัวบทกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับ พันธกรณีระหว่างประเทศ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง TRIPS, Article 13) และเนื่องด้วยประเทศไทยเป็น ประเทศในระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (ตามกรอบที่ได้รับอนุญาตตาม TRIPS, Article 1)

⁴³TRIPS, Article 13.

⁴⁴TRIPS, Article 1.1.

⁴⁵TRIPS, Article 7 and 8.1.

⁴⁶โปรดดู พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561.

⁴⁷World Trade Organization, **WTO Analytical Index: TRIPS Agreement—Article 13 (Jurisprudence)** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf, 2000 (June, 15).

การแก้ไขต้องทำในรูปของพระราชบัญญัติ เช่นเดียวกับที่ได้มีการตรา พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2561

การกล่าวเช่นนี้ของผู้เขียนเป็นไปและสอดคล้องกับแนวการตีความของ WTO Panel ในคดีระหว่างสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาที่ตั้งขึ้นกล่าวแล้วข้างต้น โดย Panel ได้วินิจฉัยว่า “ข้อยกเว้นจะต้องได้รับการกำหนดอย่างชัดเจน [โดยประเทศสมาชิก] (that exceptions must be clearly defined)” และ “จะต้องมีขอบเขตที่จำกัดหรือจำกัดการเข้าถึง (of narrow scope or reach)” ซึ่งดูเหมือนจะสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “certain special cases” อันสื่อให้เห็นว่า การกำหนดข้อยกเว้นของประเทศสมาชิกสามารถกระทำได้ตาม TRIPS, Article 1 แต่ต้องเป็นกรณีเฉพาะในบางกรณีที่พิเศษเท่านั้น กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นการกำหนดเหตุยกเว้นตามอำเภอใจ (there must be something exceptional or out of the ordinary in the purpose for which an exception is made, which in turn implies that it will be narrow scope)⁴⁸ ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในอนาคต หากประเทศไทยจะกำหนดให้ parody เป็นเหตุได้รับการยกเว้น (เช่น บรรจุเข้าไปอยู่ในมาตรา 32 วรรคสอง) ประเทศไทยก็ต้องอธิบายว่า การกำหนดดังกล่าวมีเหตุพิเศษอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามกรอบนโยบายแห่งรัฐและตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ใน TRIPS, Articles 7 & 8 ที่จะสร้างสมดุลเพื่อประโยชน์ของทั้งเอกชนและสาธารณชน ในบริบทเช่นเดียวกับข้อยกเว้นการละเมิดเพื่อประโยชน์ด้านการศึกษา วิจัย หรือเพื่อประโยชน์ของชนพิการ เป็นต้น และต้องไม่ใช่เป็นการเพิ่มเติมโดยการตีความหรือตัดสินของศาล

อนึ่ง ในประเด็นว่าด้วยมูลเหตุจูงใจในการกระทำเชิงล้อเลียนว่าเป็นเพื่อการแสวงหาประโยชน์ด้านการเงินหรือไม่ ท่านอาจารย์ปริญญา ตีผดุง ได้แสดงความเห็นไว้ในเอกสารประกอบการบรรยายว่าด้วยปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ว่า

“ส่วนปัญหาว่า [การ]ล้อเลียนงานวรรณกรรมหรืองานศิลปกรรมของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจะอ้างว่าเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม (fair use) อันเข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้หรือไม่นั้น ปัญหานี้หากผู้สร้างงานล้อเลียนดังกล่าว ได้ทำและนำสำเนางานนั้นออกขายหรือจำหน่ายเพื่อหากำไร จะเห็นได้ว่าในกรณีเช่นนี้ ด้วยสามัญสำนึกย่อมเป็นการยากที่จะให้ผู้สร้างงานล้อเลียนอ้างได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรม เพราะโดยหลักทั่วไป การกระทำที่จะถือเป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยชอบธรรมได้ต้องเป็นการกระทำที่มีได้มี

⁴⁸Roger Knights, op.cit., p. 4.

วัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร เนื่องจากการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการแข่งขันกันกับเจ้าของลิขสิทธิ์ในการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น”⁴⁹ (เน้นโดยผู้เขียน)

ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นต่างเล็กน้อย กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำใดก็ตามที่ “ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ตามปกติจากงานอันมีลิขสิทธิ์ และ ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร” (เน้นโดยผู้เขียน) ผู้กระทำย่อมอาศัยข้อยกเว้นได้ แม้ว่ามูลเหตุของการกระทำเป็นไปในเชิงแสวงหาประโยชน์ด้านการเงินหรือเชิงพาณิชย์ และอาจแข่งขันกับเจ้าของ COM ก็ตาม ความเห็นนี้จะสอดคล้องกับ Three-Step-Test⁵⁰ และคำวินิจฉัยของ WTO Panel (ที่กล่าวถึงข้างต้น) ตลอดจนศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music*

4. สรุป

จนถึงปัจจุบันนี้ ก็ไม่สามารถกล่าวได้ด้วยความมั่นใจว่า ข้อยกเว้นใดในส่วนของ 6 จะช่วย free rider ให้พ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ใน COM ที่เขาล้อเลียน แม้กระทั่งข้อยกเว้นในมาตรา 32 วรรคสอง ที่น่าจะปรับใช้กับ parody ได้มากที่สุด และในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 32 วรรคสอง นักกฎหมายก็ยังคงเห็นต่างกันอยู่ ฝ่ายหนึ่งดูเหมือนจะมุ่งพิจารณาข้อยกเว้นตามวรรคสอง (5), (6), และ (7) เท่านั้น เพราะมีคำว่า “ทำซ้ำ ดัดแปลง” อีกทั้งยังเห็นต่อไปว่าข้อยกเว้นดังกล่าวใช้ไม่ได้ ในขณะที่อีกฝ่ายเห็นต่าง โดยคิดว่าข้อยกเว้นจะปรับใช้ได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

เนื่องด้วยบทบัญญัติในส่วนที่ 6 ไม่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นสำหรับ “parody” ไว้อย่างแน่ชัด อันมีผลทำให้ free rider ต้องนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่า การกระทำของเขาเข้าข้อยกเว้นข้อหนึ่งข้อใดที่กฎหมายเขียนไว้ ถ้าทำไม่ได้ free rider ก็อาจต้องทำให้ศาลยอมรับว่ามาตรา 32 วรรคหนึ่งเป็นข้อยกเว้นทั่วไป (general exception) ซึ่งอาจยกเว้นการล้อเลียนนั้นได้ ทั้งนี้ การทำให้ศาลยอมรับในเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะศาลอาจต้องตระหนักถึงพันธกรณีระหว่างประเทศ แม้หลายคนจะเชื่อว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไปประเทศไทยอยู่ในกลุ่มทวินิยม (dualism) ก็ตาม

⁴⁹ ปริญญา ตีผดุง, เรื่องเดิม.

⁵⁰ ยกเว้นมาตรา 32 วรรคสอง (1) ที่กำหนดให้ การวิจัยหรือศึกษานั้น ต้องเป็นการกระทำที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาทำไร.

อนึ่ง บทความฉบับนี้เห็นว่าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ในส่วนที่ 6 ในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง parody และขอเสนอว่า ถ้าประเทศไทยจะสร้างข้อยกเว้นสำหรับ parody ก็ควรต้องตรากฎหมายเพื่อการดังกล่าวเพื่อความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ Berne Convention และ TRIPS

แม้ในปัจจุบันแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการพิจารณาการกระทำเชิงล้อเลียนที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป (อาทิ สหรัฐอเมริกา ดังปรากฏในคดี *Campbell v. Acuff-Rose Music*) บทความนี้ผู้เขียนมุ่งนำเสนอมุมมองทางวิชาการในอีกทัศนะหนึ่ง กล่าวคือ การตีความบทบัญญัติว่าด้วยการใช้งานที่เป็นธรรม (Fair Use) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันต่อการล้อเลียนงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งเท่าที่ผ่านมายังไม่เคยได้รับการกล่าวถึงมาก่อน ดังนั้น บทความนี้จึงอาจเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายและนักวิชาการกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยในการนำไปพิจารณาแก้ไขกฎหมายต่อไปในอนาคตเพื่อแก้ไขปัญหaparody นอกเหนือจากหลักอื่นๆ อาทิ การแปลงรูป ที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งผู้ที่สนใจอาจพิจารณาทำการศึกษาเปรียบเทียบถึงข้อดี ข้อเสียและความเป็นไปได้ในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยต่อไปในอนาคตในอีกรวบรวมหนึ่ง

บรรณานุกรม

- ชมพูนุช ศิริสวัสดิ์. “การคุ้มครองงานแปลงรูป (Transformative Works) ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยและต่างประเทศ.” **วารสารวิทยบริการ มหาวิทยาลัย-สงขลานครินทร์** 30 (กรกฎาคม 2562): 99-108.
- ปริญญา ตีผดุง. “ปัญหาการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์.” เอกสารประกอบการบรรยายโครงการอบรมหลักสูตรพิเศษ ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รุ่นที่ 3. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 9 เมษายน - 16 พฤษภาคม 2547.
- พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 (ตามแก้ไขแล้ว).
- ศูนย์สารสนเทศสิทธิมนุษยชน. **คู่มือกฎหมายระหว่างประเทศสำหรับประชาชน** [Online]. Available URL: <http://library.nhrc.or.th/ulib/document/Fulltext/F05955.pdf>, 2562 (เมษายน, 12).
- อรพรรณ พันธ์พัฒนา. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2523.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543.
- คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คดีหมายเลขดำที่ ทป. 145/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ทป. 116/2546.
- คำพิพากษาศาลอาญาคดีหมายเลขดำที่ อ. 326/2542 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 784/2542.
- Arrow Productions, LTD. v. Weinstein Co. LLC, 44 F. Supp. 3d 359, 369 (2014).
- Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994).
- Fruehwald, Scott. “The Parody Fair Use Defense After Campbell.” **Columbia-VLA Journal of Law & the Arts** 18 (1993): 103-154.
- Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
- Indananda, Nandana and Suebsiri Tawepon. **Fair Use: A Narrow Exception to Copyright Infringement in Thailand** [Online]. Available URL: <https://www.tilleke.com/resources/fair-use-narrow-exception-copyright-infringement-thailand>, 2010 (November, 30).

- Knights, Roger. “Limitations and Exceptions under the “Three-Step-Test” and in National Legislation—Differences between the Analog and Digital Environment.” in **the Regional Workshop on Copyright and Related Rights in the Information Age**. Moscow: World Intellectual Property Organization, 2001.
- Lee, Jay. “Campbell v. Acuff-Rose Music: The Sword of the Parodist is Mightier than the Shield of the Copyright Holder.” **University of San Francisco Law Review** 29 (1994): 279-313.
- Schwabach, Aaron. “Reclaiming Copyright from the Outside In: What the Downfall Hitler Meme Means for Transformative Works, Fair Use, and Parody.” **Buffalo Intellectual Property Law Journal** 8 (April 2012): 1-26.
- United Nation. **Vienna Convention on the Law of Treaties** [Online]. Available URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>, 2019 (November, 30).
- World Intellectual Property Organization. **Treaties and Contracting Parties (Thailand)** [Online]. Available URL: https://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1035C, 2019 (April, 12).
- _____. **WIPO Copyright Treaty (WCT)** [Online]. Available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=321&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).
- _____. **WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)** [Online]. Available URL: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=322&plang=EN>, 1996, 2019 (April, 30).
- World Trade Organization. **TRIPS** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2019 (April, 12).
- _____. **WTO Analytical Index: TRIPS Agreement—Article 13 (Jurisprudence)** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art13_jur.pdf, 2000 (June, 15).
- YouTube. **เปรียบเทียบตัวล้อเลียนฟรีแล้วและตัวอย่างฟรีแลนซ์** [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=Y07Jxuu3QnQ>, 2558 (กันยายน, 3).

- YouTube. ล้อเลียนเพลงดัง EP.1 | เลิกคุยทั้งอำเภอเพื่อเธอคนเดียว, ขอโสด, คอยถ่า, คาคอ [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=JJFuzaVc3E0>, 2562 (เมษายน, 12).
- _____. Kitty Woman (Pretty Woman Parody) [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=LTkS-weXlBc>, 2019 (April, 26).
- _____. Pretty Woman [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=QGID9WFi6Lo>, 2017 (March, 8).
- _____. 2 Live Crew Discuss Pretty Woman Supreme Court Case “Campbell v Acuff-Rose” [Online]. Available URL: <https://www.youtube.com/watch?v=CRscktqvOk>, 2014 (March, 12).

ทรัพย์สิน:
ทางเลือกใหม่ของการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์?

ดวงฤทัย บุญญาเสถียร

ทรัพย์สินสิทธิ: ทางเลือกใหม่ของการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์?
Sap-Ing-Sith (Rights Over Leasehold Asset): A New Alternative for the
Utilization of Immovable Property?

ดวงฤทัย บุญญาเสถียร^{*}
Duangrutai Boonyasatian

บทคัดย่อ

บทความนี้กล่าวถึงการให้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์โดยทั่วไปที่ใช้อยู่ในปัจจุบันโดยการให้เช่าหรือซื้อขายเสร็จเด็ดขาด และอุปสรรคทางกฎหมายที่ทำให้การให้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่สามารถทำได้เต็มที่ซึ่งทำให้เป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ซึ่งยังคงมีข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ภายใต้กฎหมายอยู่มากทำให้ไม่เป็นที่นิยม จนกระทั่งมีแนวคิดในการนำกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิการเช่ามาประยุกต์เป็นสิทธิชนิดใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น อันเป็นที่มาของพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 นั้น ยังคงมีจุดอ่อนและความไม่ชัดเจนในหลายประเด็น ไม่ว่าจะเป็นลักษณะของสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ การทำนิติกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินสิทธิ สิทธิของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ การยกเลิกทรัพย์สินสิทธิ รวมทั้งรูปแบบและกระบวนการในการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งยังคงต้องรอการออกกฎกระทรวง รวมถึงกฎหมายลำดับรองต่างๆ เพื่อให้มีความชัดเจนและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเกิดคำถามว่าทรัพย์สินสิทธินี้จะเป็นทางเลือกใหม่ของการใช้ประโยชน์

^{*} อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in Corporation Law, New York University School of Law, USA. E-mail: duangrutai_b@rumail.ru.ac.th.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (First honor) Chulalongkorn University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Corporation Law, New York University School of Law, USA.

วันที่รับบทความ (received) 30 มิถุนายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 27 สิงหาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 31 สิงหาคม 2563.

ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจในภาคอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยสมดังเจตนารมณ์
ในการออกกฎหมาย หรือเป็นเพียงสิทธิในรูปแบบใหม่ที่เป็นทางเลือกที่ไม่มีใครกล้าใช้งาน

คำสำคัญ: ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์, สิทธิการเช่า, การใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์

Abstract

This article discusses about the general utilization of immovable property by leasing or selling the immovable property to the third person and legal obstacles causing the utilization of immovable property not being fully utilized which form the basis for the enactment of Lease of Immoveable Property for Commercial and Industrial Purpose Act B.E.2542 that comes with many restrictions to the utilization of immovable property, rendering it unpopular among business operators. Therefore, the new concept based on foreign laws in relation to leasehold is applied to create a new asset class with the purpose to solve all past problems leading to the enactment of Sap-Ing-Sith (Rights Over Leasehold Asset) Act B.E.2562. However, Sap-Ing-Sith (Rights Over Leasehold Asset) Act B.E.2562 still has many loopholes and uncertainties such as the type of asset class created under the Act, the establishment of Sap-Ing-Sith, the entering into the transaction in relation to Sap-Ing-Sith, the extinguishment of Sap-Ing-Sith, including the criteria and procedures for the registration of Sap-Ing-Sith which require the enactment of the Ministerial Regulations as well as other subordinate legislation in order to make the Act clear and efficiently enforceable. While waiting for more clarification under the Ministerial Regulations yet to be enacted, the question arises whether the so-called “Sap-Ing-Sith” will achieve its goal as a new alternative to the utilization of immovable property which will help boosting Thailand’s real estate sector or will become a new right which no one would ever dare to utilize.

Keywords: sap-ing-sith (rights over leasehold asset), leasehold right, utilization of Immoveable property

1. บทนำ

ในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ดินเองมีกรรมสิทธิ์นั้น โดยทั่วไปผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ก็สามารถใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วยตนเอง หรือให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์แล้วเรียกเก็บดอกผลจากการใช้ประโยชน์โดยผู้อื่น โดยการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ด้วยตนเองก็ทำได้หลายวิธี เช่น การสร้างอาคารสำนักงานเพื่อใช้สอยในการทำธุรกิจ การสร้างบ้านเรือนที่อยู่อาศัย เป็นต้น ส่วนการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์โดยบุคคลอื่นแล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถเก็บดอกผลนิติบัญญัติจากการให้บุคคลอื่นใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ เช่น การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

ทั้งนี้ รูปแบบของการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้กันเป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน ก็คือการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้เช่าและการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบันอาจมีข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์ที่การเช่าไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์บางประการของบุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมได้ เช่น กรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องการหรือไม่มีความพึงพอใจที่จะพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ด้วยตนเอง แต่ยังคงต้องการรักษากรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นไว้ ในขณะที่ผู้ที่ต้องการลงทุนในที่ดินที่ต้องการอิสระในการดัดแปลงต่อเติมอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในทุกคราว หรือในกรณีอาคารชุดที่มีการจำกัดการถือครองกรรมสิทธิ์ในห้องชุดไม่เกินร้อยละ 49 ซึ่งผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ประเภทอาคารชุดอาจต้องการทางเลือกเพิ่มเติมในการให้บุคคลต่างด้าวมาลงทุนหรือใช้ประโยชน์จากห้องชุดมากกว่าการให้เช่า การมีทางเลือกในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เพิ่มมากขึ้นเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงผู้ลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือบุคคลต่างด้าว ย่อมเป็นผลดีที่จะช่วยให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่ดินเองมีกรรมสิทธิ์ได้มากขึ้นและช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอุตสาหกรรมภาคอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในภาพรวมได้ อันเป็นเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562 ขึ้น

2. ที่มาและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562

2.1 ที่มาและวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562

พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2562 (“พ.ร.บ.ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์”) ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562 โดยให้ใช้บังคับเมื่อพ้น 180 วันนับแต่วันประกาศใน

ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป กล่าวคือ พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธินั้นใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2562 เป็นต้นมา โดยในการร่าง พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธินั้นได้อาศัยหลักการจากกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) อย่างสหราชอาณาจักร¹ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) อย่างสาธารณรัฐฝรั่งเศส² สหพันธรัฐเยอรมนี³ และสมาพันธรัฐสวิส⁴ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่มีระยะเวลาจำกัด⁵ ในการนี้ พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิจึงได้ถูกตราขึ้นเพื่อก่อตั้งสิทธิในการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ชนิดใหม่โดยใช้ชื่อว่า “ทรัพย์อิงสิทธิ” ซึ่งสื่อว่าเป็นทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์⁶ ซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจสามารถโอนเปลี่ยนมือได้ใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ และสามารถตกทอดแก่ทายาททางมรดกได้โดย “ทรัพย์อิงสิทธิ” นั้นมีค่านิยามตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิ ดังนี้

¹แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิการเช่าที่มีกำหนดเวลายาว (Leasehold Property) โดยผู้เช่ามีสิทธิดำเนินการในที่ดินในลักษณะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยมีเงื่อนไข หรือเพื่อทำประโยชน์โดยมีการจำกัดเวลา จึงทำให้สิทธิการเช่านั้นมีมูลค่าทางเศรษฐกิจและสามารถนำมาซื้อขายกันได้คล้ายกรรมสิทธิ์ในที่ดิน.

²แนวคิดเรื่องสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาว “emphytéotique” ตามประมวลกฎหมายการเกษตรและการประมงทางทะเลของประเทศฝรั่งเศส (Code rural et de la pêche maritime) มาตรา L. 451-1 ถึง L.451-14 ซึ่งมีที่มาจากกรณีที่รัฐประสงค์จะกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาเพื่อสร้างมูลค่า และเพื่อให้มีการใช้อสังหาริมทรัพย์เพื่อการเกษตรได้อย่างคุ้มค่า มีวัตถุประสงค์ให้แก่นักลงทุนเพื่อเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการเกษตรและขยายรวมไปถึงอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัย และอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมด้วย โดยผู้เช่าจะมีสิทธิปรับปรุง ต่อเติม ดัดแปลง และใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้เต็มที่ รวมทั้งสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปจำนองหรือเช่าช่วงได้ แต่ไม่สามารถนำไปขายได้.

³แนวคิดการใช้ที่ดิน “Erbbaurecht” โดยมีหลักการคือ เจ้าของที่ดินยินยอมให้แสวงประโยชน์บนที่ดินของตน โดยให้อำนาจบุคคลอื่นที่มีได้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นได้อย่างเต็มที่ โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องชำระค่าใช้ประโยชน์ในที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดิน ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นก็ก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติมักไม่เกิน 99 ปี โดยสิทธินี้สามารถเปลี่ยนมือได้ โดยการขาย ตกทอดทางมรดก จำนอง และใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายได้.

⁴แนวคิดการใช้ที่ดิน “baurecht” ซึ่งมีความหมายว่าการก่อสร้าง หรือ “droit de superficie” ซึ่งแปลได้ว่าสิทธิบนพื้นผิวหรือสิทธิเหนือพื้นดิน โดยผู้เช่าจะมีสิทธิก่อสร้างเหนือที่ดินรวมถึงใต้ที่ดินนั้น สิทธินั้นสามารถตกทอดไปยังทายาทได้ เว้นแต่จะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ไม่มีการกำหนดขั้นต่ำของระยะเวลาการเช่า แต่ต้องไม่เกิน 100 ปี.

⁵สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ พ.ศ.2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติ ความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักงานการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2562), หน้า 25-31.

⁶พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ, มาตรา 3.

“ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์” หมายความว่า ทรัพย์สินที่อิงจากสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้”

ทั้งนี้ สิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามที่ได้บัญญัติไว้ใน พ.ร.บ.ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้นหมายถึงสิทธิในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนและตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้⁷ โดยอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถใช้ประโยชน์ได้ตาม พ.ร.บ.ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดเท่านั้น⁸ ดังนั้น การก่อตั้งทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์เฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ตามโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดที่ดินที่มีเพียงหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือเอกสารสิทธิประเภทอื่นๆ⁹ รวมทั้ง สิ่งปลูกสร้างที่ไม่รวมที่ดินจะกระทำมิได้

พ.ร.บ.ทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์นั้นตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแก้ไขปัญหาข้อจำกัดที่มีอยู่เดิมของสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีอยู่ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน 3 ประการ ได้แก่

1) การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะเป็นสิทธิตามสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างบุคคลที่เป็นคู่สัญญาโดยเฉพาะหรือบุคคลสิทธิ ซึ่งมีข้อจำกัดบางประการในการนำไปใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ¹⁰ ทำให้คู่สัญญาไม่อาจนำอสังหาริมทรัพย์นั้นไปใช้ประโยชน์ได้อย่างคุ้มค่า โดยผู้เช่าจะมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาเช่าเท่านั้น โดยไม่สามารถดัดแปลง ต่อเติม หรือปลูกสร้างสิ่งก่อสร้างเพิ่มเติม รวมถึงไม่สามารถเอาสิทธิการเช่าไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หรือหลักประกันการกู้ยืมเงินได้ และเนื่องจากสิทธิการเช่ามีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า ดังนั้น เมื่อผู้เช่าซึ่งบุคคลเป็นธรรมดาเสียชีวิต สิทธิการเช่าจึงไม่สามารถตกทอดแก่ทายาททางมรดกได้¹¹ อีกทั้ง ผู้เช่ายังไม่สามารถให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าหรือตกลงไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า¹²

⁷ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เรื่องเดิม. (บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ..... จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา).

⁸ พระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์, มาตรา 3.

⁹ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เรื่องเดิม. (บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ..... จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา).

¹⁰ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติทรัพย์สินอสังหาริมทรัพย์.

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 540/2517, 1008/2537.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 544.

2) ขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัดในการเช่าอสังหาริมทรัพย์และหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อน ภายใต้พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 (“พ.ร.บ.การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม”) ซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าวในหลายกรณี¹³ เช่น ประเภทของพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่ทำให้จดทะเบียนการเช่านั้นไม่ครอบคลุมถึงการเช่าเพื่อที่อยู่อาศัยและเพื่อการอื่นนอกเหนือจากการเช่าเพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม¹⁴ หลักเกณฑ์การเช่าที่ดินมีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่ซึ่งมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติม¹⁵ และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นผู้เช่า ผู้เช่าช่วง หรือผู้รับโอนสิทธิการเช่าก็มีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมขึ้นไปอีก¹⁶ เป็นต้น ดังนั้น ถึงแม้ว่า พ.ร.บ.การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรม

¹³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ.

¹⁴ กฎกระทรวง (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 “ข้อ 5 ประเภทของพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้อาจจดทะเบียนการเช่า ต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) พาณิชยกรรมที่มีการลงทุนไม่ต่ำกว่ายี่สิบล้านบาท

(2) อุตสาหกรรมที่สามารถรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(3) พาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี.”

¹⁵ พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม “มาตรา 5 ผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

การเช่าที่ดินที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง.”

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542

“ข้อ 2 การเช่าที่ดินเพื่อประกอบพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เป็นการประกอบกิจการที่เพิ่มมูลค่าการส่งออกหรือสนับสนุนการจ้างแรงงานภายในประเทศ

(2) เป็นการประกอบกิจการที่ยังไม่มีในราชอาณาจักรหรือมีแต่ไม่เพียงพอ

(3) เป็นการประกอบกิจการที่มีกรรมวิธีการผลิตที่ทันสมัยหรือเป็นการพัฒนาด้านเทคโนโลยี

(4) เป็นการประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างสูงตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี.”

¹⁶ กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542.

“ข้อ 6 ในกรณีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลตามมาตรา 97 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นผู้เช่า ผู้เช่าช่วง หรือผู้รับโอนสิทธิการเช่า การประกอบพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมนั้นจะต้องมีการลงทุนไม่น้อยกว่า

และอุตสาหกรรมจะเปิดโอกาสให้มีการเช่าระยะยาวกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ กล่าวคือเป็นการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกิน 30 ปีแต่ไม่เกิน 50 ปี¹⁷ และสามารถต่อระยะเวลาเช่าออกไปอีกได้มีกำหนดไม่เกิน 50 ปี¹⁸ รวมทั้งสามารถนำสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้¹⁹ และยังกำหนดให้สิทธิและหน้าที่ตามการเช่าให้ตกทอดแก่ทายาทได้ และผู้เช่าจะให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้²⁰ ก็ตาม แต่เนื่องจากข้อจำกัดต่างๆ ดังที่ยกตัวอย่างเบื้องต้นส่งผลให้จนถึงปัจจุบันนี้ มีผู้จดทะเบียนสิทธิการเช่าภายใต้ พ.ร.บ.การเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเพียง 6 รายเท่านั้น²¹

3) ความไม่แน่นอนและข้อจำกัดในการบังคับใช้สัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักไว้ เช่น กรณีผู้เช่ายกกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างให้เจ้าของที่ดินทันที หรือภายหลังสัญญาเช่าสิ้นสุดลง²² การออกเงินช่วยค่าก่อสร้าง²³ การซ่อมหรือปรับปรุงสถานที่เช่าครั้งใหญ่²⁴ อาจทำให้สัญญาเช่าฉบับนั้นกลายเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาซึ่งจะสามารถตกทอดเป็นมรดกสู่ทายาทของผู้เช่าได้แม้ไม่ได้นำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพราะไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า แต่ผู้เช่ายังคงไม่สามารถให้เช่าช่วงทรัพย์สินได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า และในการพิจารณาว่าสัญญาฉบับใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดานั้นยังคงต้องอาศัยการตีความของศาลเป็นสำคัญ โดยยังไม่ได้มีกฎหมายฉบับใดที่ออกมารองรับว่าสัญญาในรูปแบบใดบ้างที่จะถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา

หนึ่งร้อยล้านบาท ทั้งนี้ ไม่รวมถึงจำนวนเงินค่าเช่า โดยต้องนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ หรือถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศตามจำนวนเงินลงทุนทั้งหมด.”

¹⁷ พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม, มาตรา 3.

¹⁸ พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม, มาตรา 4.

¹⁹ พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม, มาตรา 6.

²⁰ พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม, มาตรา 7.

²¹ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, “เปิดรับฟังความคิดเห็น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.,” 12 มิถุนายน 2561.

²² ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 238/2540, 8534/2542 เป็นต้น.

²³ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 791/2501, 1135/2506, 379/2511 เป็นต้น.

²⁴ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 491/2540 เป็นต้น.

ดังนั้น การประกาศใช้ พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธินี้ก็เพื่อก่อให้เกิดสิทธิที่มีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมายที่จะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งสามารถโอนขาย เปลี่ยนมือ ตกทอดแก่ทายาท และตราเป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ รวมทั้งลดข้อจำกัดต่างๆ ที่เคยมีในกฎหมายที่เกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยกล่าวคือ ทรัพย์อิงสิทธิได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ให้เป็นอีกช่องทางหนึ่งในการเอื้อประโยชน์ให้แก่อสังหาริมทรัพย์ที่ต้องการจัดหาประโยชน์จากทรัพย์สินของตนโดยให้บุคคลอื่นใช้ โดยไม่มีเจตนาที่จะจำหน่ายทรัพย์สินนั้น และเป็นประโยชน์แก่ ผู้ประสงค์จะใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ให้มีความคล่องตัวและมีความชัดเจนในการทำธุรกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินดังกล่าวมากยิ่งขึ้น²⁵ ซึ่งจะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอุตสาหกรรมภาคอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในภาพรวม²⁶ อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์เบื้องต้นอันเป็นข้อดีของการตรา พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิ ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งบางประการซึ่งจะได้อภิปรายเพิ่มเติมในบทความฉบับนี้

2.2 การก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ

ผู้ที่ต้องการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้จะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อันได้แก่ที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน และห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด²⁷ โดยสามารถก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิได้โดยมีกำหนดเวลาไม่เกิน 30 ปี อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิ มิได้กำหนดให้สามารถก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิบนสิ่งปลูกสร้างซึ่งแยกออกจากที่ดินหรือที่ดินที่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินประเภทอื่นๆ ได้ เช่น หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 น.ส.3 ก. และ น.ส.3 ข.) ใบจอง ใบไต่สวน เป็นต้น²⁸

เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวที่ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมกับโฉนดที่ดินหรือหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ห้องชุด ซึ่งในการขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธินั้น จะขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเฉพาะบางส่วนในอสังหาริมทรัพย์ตามโฉนดที่ดินหรือบางส่วนตามกรรมสิทธิ์ห้องชุดไม่ได้ และหากอสังหาริมทรัพย์ที่จะขอตั้งทรัพย์อิงสิทธิติดจำนองหรือใช้เป็น

²⁵ ลัทธพล เจริญชันษา, ทรัพย์อิงสิทธิกับสิทธิการเช่า [Online], available URL: <http://www.fpogo.th/main/getattachment/Department/Bureau-of-Legal-Affairs/8/10496/บทความ.pdf.aspx>, 2563 (สิงหาคม, 26).

²⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ.

²⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์อิงสิทธิ, มาตรา 3.

²⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน หมวด 4 ว่าด้วยการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน “มาตรา 56 ภายใต้บังคับ มาตรา 56/1 แบบ หลักเกณฑ์ และวิธีการออกใบจอง หนังสือรับรองการทำประโยชน์ ใบไต่สวนหรือโฉนดที่ดิน รวมทั้งใบแทนของหนังสือดังกล่าว ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง.”

หลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ หรือมีสิทธิใดๆ ที่จดทะเบียนอยู่ในโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์ห้องชุด จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับจำนอง ผู้รับหลักประกันหรือผู้มีสิทธินั้นก่อน²⁹ โดยเจ้าหน้าที่จะออกหนังสือรับรองทรัพย์สินโดยทำเป็นคู่ฉบับรวม 2 ฉบับ มอบให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฉบับหนึ่งและอีกฉบับหนึ่งเก็บไว้ที่สำนักงานที่ดินที่เกี่ยวข้อง³⁰ เมื่อก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นมาแล้ว จะเอาทรัพย์สินดังกล่าวมาแบ่งแยกมิได้ และที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินแล้วจะแบ่งแยกออกเป็นหลายแปลงหรือรวมกับที่ดินแปลงอื่นเข้าเป็นแปลงเดียวกันไม่ได้ด้วย³¹ ดังนั้น ก่อนดำเนินการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน หากเจ้าของที่ดินมีที่ดินหลายแปลงย่อยก็อาจพิจารณาแบ่งแยกที่ดินให้เรียบร้อยเสียก่อนการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน ทั้งนี้ ขึ้นกับวัตถุประสงค์ของเจ้าของที่ดินเป็นสำคัญ

2.3 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

เมื่อได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ ดังนี้

- 1) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะดำเนินการก่อตั้งทรัพย์สินใดๆ ในอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนทรัพย์สินนั้นไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ทรงทรัพย์สิน³²
- 2) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่น หรือใช้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองหรือใช้เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจได้³³
- 3) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังคงไว้ซึ่งสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย³⁴
- 4) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินอาจยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาได้ แต่ในกรณีที่การยกเลิกทรัพย์สินนั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำ

²⁹ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 4.

³⁰ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 5.

³¹ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 8.

³² พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 9 วรรคแรก.

³³ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 9 วรรคสอง.

³⁴ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 11 วรรคแรก.

การโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลานั้นไม่ได้³⁵

5) เมื่อทรัพย์สินมีสิทธิรับลง เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องได้รับมอบอสังหาริมทรัพย์คืนจากผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น³⁶ รวมทั้งกรรมสิทธิ์ในโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิดัดแปลง ต่อเติม หรือสร้างขึ้นใหม่ในอสังหาริมทรัพย์ก็ตกเป็นของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ด้วย เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น³⁷ ยกเว้นกรณีการกระทำต่อห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด³⁸

2.4 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิ

ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ ดังนี้

1) ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิมีสิทธิใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินมีสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ และตามที่ระบุในหนังสือรับรองทรัพย์สินมีสิทธิ³⁹

2) ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในอสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์สินมีสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่สิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งอสังหาริมทรัพย์จากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้ยังคงเป็นสิทธิของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์โดยผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยพลัน⁴⁰

3) ผู้ทรงทรัพย์สินมีสิทธิสามารถโอนทรัพย์สินมีสิทธิให้แก่บุคคลอื่น หรือใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ และทรัพย์สินมีสิทธิสามารถตกทอดทางมรดกได้ โดยการทำนิติกรรมใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินมีสิทธิต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ทำหนังสือแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบโดยเร็วเมื่อมีการจดทะเบียนนิติกรรมดังกล่าว⁴¹

³⁵ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 14.

³⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 15.

³⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 11 วรรคสอง.

³⁸ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 11 วรรคท้าย.

³⁹ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 10.

⁴⁰ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 11.

⁴¹ พระราชบัญญัติทรัพย์สินมีสิทธิ, มาตรา 12.

4) ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินและมี การผิดสัญญา ระหว่างผู้โอนทรัพย์สินและผู้รับโอนทรัพย์สินอันเป็นเหตุให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญา การบอกเลิกสัญญานั้นต้องไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว⁴²

5) เมื่อทรัพย์สินถึงรับลง ผู้ทรงทรัพย์สินต้องส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เว้นแต่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงทรัพย์สินจะตกลงเป็นอย่างอื่น⁴³

2.5 การสิ้นสุดลงของทรัพย์สิน

ทรัพย์สินจะสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามที่ขอจดทะเบียนก่อตั้งโดยมีระยะเวลาไม่เกิน 30 ปี⁴⁴ หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงทรัพย์สินที่เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถยกเลิกทรัพย์สินก่อนครบกำหนดเวลาได้ ยกเว้นการยกเลิกนั้นจะกระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้ว⁴⁵ และเมื่อทรัพย์สินถึงรับลง ผู้ทรงทรัพย์สินต้องส่งมอบอสังหาริมทรัพย์คืนแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามสภาพที่เป็นอยู่ในเวลานั้น เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น⁴⁶ โดยหากคู่สัญญาต้องการต่อเวลาทรัพย์สินนั้นออกไป เจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะต้องนำอสังหาริมทรัพย์นั้นไปดำเนินการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินอีกครั้ง และไม่มีบัญญัติใดที่กำหนดให้สามารถก่อตั้งทรัพย์สินตลอดชีวิตของผู้ก่อตั้งทรัพย์สินได้ดังเช่นสัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงให้มีการเช่าตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าได้⁴⁷

3. ข้อดีตามวัตถุประสงค์ในการบัญญัติ พ.ร.บ.ทรัพย์สิน และข้อโต้แย้ง

ดังที่ได้บรรยายไว้ในส่วนที่ 2.1 เกี่ยวกับที่มาและวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติทรัพย์สิน พ.ศ.2562 โดยในการตรา พ.ร.บ.ทรัพย์สิน นั้น มีวัตถุประสงค์ 3 ประการซึ่งเป็นลักษณะ

⁴² พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 13.

⁴³ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 15.

⁴⁴ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 4.

⁴⁵ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 14.

⁴⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 15.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 541.

สำคัญและข้อดีที่คาดว่าทรัพย์สินนั้นจะแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่มีอยู่ตามกฎหมายการเช่าเดิม อย่างไรก็ตาม ข้อดีของทรัพย์สินสิทธิ ก็มีข้อโต้แย้งถึงความจำเป็นในการออก พ.ร.บ.ทรัพย์สินสิทธิ ที่จะช่วยให้เกิดการส่งเสริมการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ให้เพิ่มขึ้นจากเดิมได้หรือไม่ ดังต่อไปนี้

3.1 ทรัพย์สินสิทธิเป็นทางเลือกเพิ่มเติมให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนดใน พ.ร.บ.ทรัพย์สินสิทธิ ในการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่ตนมีกรรมสิทธิ์ และทำให้ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ สามารถนำทรัพย์สินสิทธิออกให้เช่า ขาย หรือโอนเปลี่ยนมือให้แก่บุคคลอื่น และนำไปใช้เป็นหลักประกันได้ รวมถึงสามารถให้ทรัพย์สินสิทธิตกทอดแก่ทายาทได้ อันเป็นการแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องการเช่าตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ข้อดีต่างๆ ดังกล่าวนั้น หากประชาชนจะใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์โดยการเช่าทำสัญญาเช่าเช่นเดิม ก็มีแนวทางในทางปฏิบัติที่สามารถทำให้สัญญาเช่ามีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินสิทธิได้บางประการ เช่น

1) ในปัจจุบันมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 (“พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ”) ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกันเพื่อประกันการชำระหนี้ได้⁴⁸ จึงอาจกล่าวได้ว่า เพียงแค่ผู้เช่ามีสิทธิการเช่าซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้อง⁴⁹ ประเภทหนึ่งที่สามารถนำเป็นหลักประกันภายใต้ พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ การมีสิทธิการเช่าก็เพียงพอแล้วในการที่จะใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่จำเป็นต้องก่อตั้งสิทธิใหม่เพื่อใช้ในการจำนองเป็นประกัน

2) กรณีสัญญาเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า จึงไม่ตกทอดเป็นมรดกสู่ทายาทหากผู้เช่าถึงแก่ความตายซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่ศาลฎีกาได้วางไว้ตลอดมา อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 11058/2559 (ประชุมใหญ่) ว่าสัญญาเช่าที่มีการตกลงกันให้ผู้เช่าให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าได้สัญญาเช่านั้นไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าตาย สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าย่อมตกทอดแก่ทายาทของผู้เช่า ผู้ให้เช่าจะฟ้องขับไล่ทายาทของผู้เช่าไม่ได้ จึงอาจเป็นแนวทางหนึ่งที่คู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงในสัญญาเช่าเพื่อให้สัญญาเช่านั้นตกทอดสู่ทายาทได้อีกแนวทางหนึ่งนอกเหนือจากกรณีสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่า

3.2 การจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสินนั้นไม่มีการจำกัดวัตถุประสงค์ดังเช่นการเช่าภายใต้ พ.ร.บ.การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม กล่าวคือ ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสินนั้นไปประกอบธุรกิจประเภทใดก็ได้ ซึ่งไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการนั้น หรือนำไปใช้เป็นที่อยู่อาศัยก็ได้

⁴⁸ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ, มาตรา 5 และมาตรา 7.

⁴⁹ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ “มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ ... “สิทธิเรียกร้อง” หมายความว่า สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้และสิทธิอื่นๆ แต่ไม่หมายความรวมถึงสิทธิที่มีตราสาร...”

สำหรับในประเด็นเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการใช้ทรัพย์สินนั้น แม้ พ.ร.บ.ทรัพย์สินสิทธิจะมีได้กำหนดห้ามมิให้คู่สัญญาจำกัดวัตถุประสงค์ในการใช้อสังหาริมทรัพย์อันจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าในทางปฏิบัติย่อมมีความเป็นไปได้ว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิคนแรกจะกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการนำอสังหาริมทรัพย์นั้นไปใช้เพื่อป้องกันมิให้อสังหาริมทรัพย์ของตนเสื่อมค่าลงไปมากกว่าที่ควรจะเป็น เพราะในท้ายที่สุด เมื่อทรัพย์สินสิทธิระงับลง อสังหาริมทรัพย์ก็ย่อมกลับคืนมาสู่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ จึงทำให้การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินสิทธิอาจไม่ได้มีความแตกต่างจากการทำสัญญาเช่าทั่วไปที่คู่สัญญามักกำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้ทรัพย์สินเช่นเดียวกัน

3.3 พ.ร.บ.ทรัพย์สินสิทธิไม่ได้กำหนดให้ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิต้องเป็นคนไทยเท่านั้น หรือไม่ได้มีข้อกำหนดเพิ่มเติมหากคนต่างด้าวมีความประสงค์ที่จะเป็นผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ ดังนั้น คนต่างด้าวจึงสามารถเป็นผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิอันจะทำให้เงินลงทุนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวที่มีความประสงค์จะลงทุนในอสังหาริมทรัพย์สามารถถือครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพเปรียบเสมือนดังตัวเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยมีข้อจำกัดเพียงเล็กน้อยดังที่ได้อธิบายในส่วนของสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ ทรัพย์สินสิทธิจึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งสำหรับผู้ประกอบการด้านอสังหาริมทรัพย์ในการทำช่องทางการตลาดไปยังนักลงทุนที่ต้องการลงทุนด้านอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัย หรือลงทุนในเชิงพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมในประเทศไทย ซึ่งมีความประสงค์ที่จะเป็นมากกว่าผู้เช่าระยะยาวซึ่งมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์น้อยกว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นอย่างมาก และยังไม่สามารถนำสิทธิการเช่าไปใช้ประโยชน์อื่นใด เช่น การใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หรือหลักประกันการกู้ยืมเงินได้ โดยทรัพย์สินที่คาดว่าจะได้ประโยชน์จากคุณลักษณะเช่นนี้ของทรัพย์สินสิทธิมากที่สุดคืออสังหาริมทรัพย์ประเภทห้องชุด

ทั้งนี้ มาตรา 19 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ.2522 (“พ.ร.บ.อาคารชุด”) กำหนดให้บุคคลต่างด้าวถือครองกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ แต่เมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 49 ของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมด อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงสภาพการลงทุนในห้องชุดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในตัวเมือง เช่น กรุงเทพมหานคร ซึ่งหากบุคคลต่างด้าวถือครองกรรมสิทธิ์ในห้องชุดถึงร้อยละ 49 แล้ว บุคคลต่างด้าวที่ต้องการพักอาศัยในอาคารชุดใจกลางเมืองก็มักจะใช้วิธีการเช่าจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นคนไทย ซึ่งบุคคลต่างด้าวก็จะมีข้อจำกัดในเรื่องการต่อเติมหรือเปลี่ยนแปลงอาคารชุดนั้นเนื่องจากเป็นเพียงผู้เช่าห้องชุดเท่านั้น ซึ่งหากมีทรัพย์สินสิทธิแล้ว ก็อาจขยายช่องทางให้ผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์นำห้องชุดไปก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิเพื่อขายให้แก่บุคคลต่างด้าวซึ่งจะทำให้สัดส่วนการครอบครองห้องชุดในอาคารชุดหนึ่งเกินร้อยละ 49 ไปได้ อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้พัฒนาโครงการ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวก็อาจมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจในการบริหารจัดการอาคารชุด เนื่องจากตามมาตรา 19 ทวิ แห่ง พ.ร.บ.อาคารชุดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมไม่ให้เกิดปัญหาที่บุคคลต่างด้าวจะเข้ามาซื้อและมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดจำนวนมากเกินสมควร⁵⁰ อันจะทำให้คนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารจัดการอาคารชุดผ่านมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วม ซึ่งมาตรา 11 วรรคแรกแห่ง พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิ กำหนดให้ผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของสังหาริมทรัพย์ ปัญหาจึงมีอยู่ว่าในกรณีที่บุคคลต่างด้าวซื้อทรัพย์อิงสิทธิมาจากเจ้าของร่วมในอาคารชุดแล้ว ผู้ที่สามารถออกเสียงในมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วมจะเป็นเจ้าของห้องชุดเดิมซึ่งเป็นเจ้าของสังหาริมทรัพย์ที่ก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ หรือผู้ทรงทรัพย์อิงสิทธิ ณ ขณะที่มีการลงมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วม ซึ่งหากพิจารณาว่าบุคคลต่างด้าวที่ซื้อทรัพย์อิงสิทธิมาจากผู้พัฒนาอาคารชุดมีอำนาจในการบริหารจัดการอาคารชุดผ่านมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วม เนื่องจากเป็นผู้ที่มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเสมือนผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดทุกประการ ตามมาตรา 11 วรรคแรกแห่ง พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิ ก็จะเปรียบเสมือนการทำลายเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติมาตรา 19 ทวิ แห่ง พ.ร.บ.อาคารชุดไปโดยปริยาย และหากเจ้าของห้องชุดเดิมยังคงมีสิทธิในการออกเสียงในมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วม การที่บุคคลต่างด้าวเข้ามาถือทรัพย์อิงสิทธิก็อาจกำหนดให้เจ้าของห้องชุดเดิมมอบอำนาจในการออกเสียงในมติที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วมให้แก่ตนไว้ก็ย่อมทำได้เช่นกัน

ดังนั้น ถึงแม้ว่าการก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิจะเป็นการรับรองรูปแบบการถือครองและใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมีหนังสือแสดงสิทธิแบบใหม่ ซึ่งคาดว่าจะช่วยให้การใช้ประโยชน์ในสังหาริมทรัพย์ที่มีอยู่นั้นเกิดความคล่องตัวและใช้ประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ ได้มากขึ้นกว่าสิทธิการเช่าเดิม แต่ทรัพย์อิงสิทธินั้นเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นใหม่และประชาชนยังไม่คุ้นเคยประกอบกับสัญญาเช่าเดิมสามารถตกลงกันให้มีความคล้ายคลึงกับทรัพย์อิงสิทธิได้ อีกทั้ง ยังมีข้อโต้แย้งต่างๆ ความไม่ชัดเจนและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้ พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธิในทางปฏิบัติอันจะได้บรรยายในส่วนถัดไป จึงเกิดคำถามได้ว่าการตรา พ.ร.บ.ทรัพย์อิงสิทธินั้นจะสามารถสร้างแรงจูงใจและสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนหรือผู้ประกอบการในการใช้สิทธิชนิดใหม่นี้ได้มากเพียงใด หรือจะช่วยให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจเพิ่มเติมขึ้นได้หรือไม่

⁵⁰ไพโรจน์ อารักษ์า, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 37.

4. ความไม่ชัดเจนและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้ พ.ร.บ.ทรัพย์สินทางปัญญาในทางปฏิบัติ

ในการตรา พ.ร.บ.ทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมานั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า พ.ร.บ.ทรัพย์สินทางปัญญาค่อนข้างที่จะมีปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจน คลุมเครือในการนำไปใช้บังคับอยู่หลายประการโดยผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างความไม่ชัดเจนและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตั้งแต่การก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญา การทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา จนถึงการขายสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้ พ.ร.บ.ทรัพย์สินทางปัญญาดังนี้

4.1 ประเด็นเกี่ยวกับการก่อตั้งและกำหนดเวลาของทรัพย์สินทางปัญญา

1) มาตรา 4 กำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ประสงค์จะก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญาสามารถก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญาไปเองฝ่ายเดียวโดยที่ยังไม่มีคู่สัญญาใดๆ ที่จะรับโอนทรัพย์สินทางปัญญาได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก มาตรา 17 กำหนดให้มีการกำหนดค่าจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญาไม่เกิน 20,000 บาทต่อครั้ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมามากมาย ไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ เนื่องจากค่าธรรมเนียมที่ค่อนข้างสูง นอกจากนี้ ทรัพย์สินทางปัญญายังก่อตั้งขึ้นโดยมีกำหนดระยะเวลาได้เพียงไม่เกิน 30 ปี ซึ่งหากก่อตั้งขึ้นมาแล้วไม่ได้ใช้ เมื่อระยะเวลาผ่านไป เช่น หลังจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญาผ่านไป 5 ปีแล้วจึงจะนำทรัพย์สินทางปัญญาไปโอนขายให้แก่บุคคลอื่น บุคคลที่ซื้อทรัพย์สินทางปัญญานั้นก็จะสามารถใช้ทรัพย์สินทางปัญญาได้เพียง 25 ปีตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ซึ่งไม่น่าจะคุ้มค่าแก่การลงทุนเมื่อเทียบกับการเช่าซึ่งสามารถจดทะเบียนการเช่าได้สูงสุด 30 ปีเต็ม เป็นต้น

2) การก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีกำหนดเวลาได้เพียงไม่เกิน 30 ปี ซึ่งเป็นระยะเวลาที่สั้นกว่าระยะเวลาการเช่าตามที่กำหนดใน พ.ร.บ.การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกิน 30 ปีแต่ไม่เกิน 50 ปี⁵¹ และสามารถต่อระยะเวลาการเช่าออกไปอีกได้มีกำหนดไม่เกิน 50 ปี⁵² ซึ่งทำให้ระยะเวลาสูงสุดที่สามารถเช่าตาม พ.ร.บ.การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมสูงถึง 100 ปี อันมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการส่งเสริมการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อนำไปประกอบพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมในระยะยาว ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม⁵³ หรือแม้กระทั่งสัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ถึงแม้จะมีกำหนดเวลาเช่าสูงสุด 30 ปีเท่ากัน ผู้เช่าก็ยังสามารถเจรจาต่อรองให้ผู้ให้เช่าให้เช่าให้คำมั่นจะให้เช่าต่ออีกเป็นระยะเวลาอีก 30 ปี เพื่อเป็นการ

⁵¹ พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม, มาตรา 3.

⁵² พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม, มาตรา 4.

⁵³ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม.

รับประกันว่าในการลงทุนประกอบธุรกิจของผู้เข้านั้นจะสามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างน้อย 60 ปี อันเป็นวิธีการทั่วไปที่ภาคธุรกิจเลือกใช้ในการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ เช่น สัญญาระหว่างทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผู้ให้เช่าทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งหากทรัพย์อสังสิทธิสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้เพียง 30 ปีโดยไม่สามารถต่ออายุได้ และจะขอจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อสังสิทธิใหม่ได้เมื่อครบระยะเวลาที่ขอก่อตั้งไว้ในคราวแรก ซึ่งไม่มีอะไรรับรองว่าผู้ทรงทรัพย์อสังสิทธิจะสามารถใช้ทรัพย์อสังสิทธินั้นต่อได้ภายหลังจากครบกำหนด 30 ปีแรก⁵⁴ ก็อาจเป็นการลดแรงจูงใจในการให้ภาคธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในภาพรวมหันมาใช้ทรัพย์อสังสิทธิ เพราะระยะเวลาที่ได้สิทธินั้นน้อยกว่าเมื่อเทียบกับสิทธิการเช่าแบบเดิม ทั้งนี้ หากยังกำหนดให้ทรัพย์อสังสิทธิมีระยะเวลายาวนานเท่าใด ก็จะช่วยเพิ่มสภาพคล่องและมูลค่าให้กับทรัพย์อสังสิทธิมากยิ่งขึ้นเท่านั้น⁵⁵ และจะยิ่งจูงใจให้ประชาชนหันมาใช้ทรัพย์อสังสิทธิมากขึ้น

⁵⁴ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เรื่องเดิม. (อย่างไรก็ดี ในประเด็นดังกล่าวข้างต้น ในการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์อสังสิทธิ พ.ศ. วันที่ 20 มิถุนายน 2561 ผู้แทนกรมที่ดินได้ชี้แจงว่าในกรณีการทำสัญญาเช่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพื้นที่เศรษฐกิจอย่างจังหวัดภูเก็ต ซึ่งมีผู้อยู่เบื้องหลังการเช่าเป็นชาวต่างชาติ โดยทำเป็นสัญญาเช่า 30 ปี และให้ต่อได้อีก 30 ปีนั้น กรมที่ดินเห็นว่าเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อถือนครที่ดิน จึงให้เจ้าพนักงานสอบสวนก่อน หากมีชาวต่างชาติอยู่เบื้องหลัง จะไม่ทำการจดทะเบียนการแต่หากเป็นคนไทย เจ้าพนักงานเช่า 30 ปีและให้ต่ออีก 30 ปีให้ แต่หากเป็นคนไทย เจ้าพนักงานจะจดทะเบียนให้ทั้งการเช่าใน 30 ปีแรกและการเช่าต่ออีก 30 ปีในคราวเดียวกัน จึงขอเสนอให้กำหนดเรื่องการต่อระยะเวลาของสัญญาทรัพย์อสังสิทธิว่าต้องครบระยะเวลาตามสัญญาฉบับแรกก่อน คู่สัญญาจึงจะมาจดทะเบียนเพื่อต่อระยะเวลาของสัญญาได้ เพื่อไม่ให้เกิดข้อยุ่งยากในการตีความในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวยังไม่ได้มีการกำหนดที่ชัดเจนใน พ.ร.บ.ทรัพย์อสังสิทธิ แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากนี้ ในที่ประชุมดังกล่าวยังมีการให้ความเห็นในประเด็นเรื่องความเหมาะสมของสิทธิหน้าที่และประโยชน์ที่จะได้รับจากการก่อตั้งทรัพย์อสังสิทธิ โดยแบ่งบทบัญญัติออกเป็น 3 กลุ่มคือ 1. กลุ่มบทบัญญัติที่บังคับให้ใช้กับทรัพย์อสังสิทธิทุกกรณีโดยคู่สัญญาไม่สามารถกำหนดเป็นอย่างอื่นได้ 2. กลุ่มสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาที่แตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่คู่สัญญาอาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ และ 3. กลุ่มหลักการที่สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้ โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติฯ โดยการต่อระยะเวลาทรัพย์อสังสิทธินั้นมิได้มีการอภิปรายในที่ประชุมว่าเป็นบทบัญญัติใน 2 กลุ่มแรก จึงมีความเป็นไปได้ว่าในการบังคับใช้ พ.ร.บ. ทรัพย์อสังสิทธิ ในอนาคตสำหรับการจดทะเบียนทรัพย์อสังสิทธิและการต่อระยะเวลาทรัพย์อสังสิทธินั้น อาจสามารถกระทำในรูปแบบของการให้คำมั่นหรือการกำหนดเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นสำหรับช่วงระยะเวลาที่ต่ออายุเช่นเดียวกันกับการต่อระยะเวลาสัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ทั้งนี้ ขึ้นกับแนวทางในการตีความและการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง).

⁵⁵ เพลินตา ดันรังสรรค์, “สรุปการสัมมนาทางวิชาการ ทรัพย์อสังสิทธิ... เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุนอสังหาริมทรัพย์,” *จุลนิติ* (มีนาคม-เมษายน 2562): 59-72. (โดยนายพรนริศ ขวนไชยสิทธิ์ นายกสมาคมอสังหาริมทรัพย์ไทย ได้แสดงความคิดเห็นไว้ใน การสัมมนาตามโครงการสัมมนาทางวิชาการดังกล่าว).

3) การขอรับความยินยอมจากเจ้าหนี้จำนองหรือเจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจ (ถ้ามี) ก่อนการก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งในทางปฏิบัตินั้นอาจมีข้อขัดข้องอยู่ 2 ประการตามรูปแบบของเจ้าหนี้ ดังนี้

ก. สำหรับการขอรับความยินยอมจากเจ้าหนี้จำนองนั้น เมื่อมีการจำนองอสังหาริมทรัพย์กับธนาคารเจ้าหนี้ ธนาคารมักเป็นผู้ยึดถือเอกสารแสดงสิทธิไว้ ซึ่งในการก่อตั้งทรัพย์สินนั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องแสดงโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดต่อเจ้าพนักงานด้วย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องไปขอความยินยอมจากธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำนองโดยปริยาย อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินนั้นจะเป็นการก่อภาระเพิ่มเติมให้แก่อสังหาริมทรัพย์ซึ่งโดยปกติเจ้าหนี้จำนองลำดับแรกมักจะไม่ได้ให้ความยินยอมในการเพิ่มภาระแก่ที่ดิน ถึงแม้ว่าตนจะมีบุริมสิทธิในหนี้หากเกิดการผิดนัดชำระหนี้ก็นำไปสู่การบังคับจำนอง เนื่องจากการมีภาระบนที่ดินนั้นจะทำให้การขายทอดตลาดทรัพย์สินได้มูลค่าน้อยลง อีกทั้งขายได้ยากขึ้นอีกด้วย จึงอาจทำให้อสังหาริมทรัพย์ที่จะได้ประโยชน์จาก พ.ร.บ.ทรัพย์สินซึ่งสิทธินี้เหลือเพียงอสังหาริมทรัพย์ที่ปลอดภาระผูกพันใดๆ ซึ่งเกิดขึ้นได้น้อยมากในทางธุรกิจ

ข. สำหรับการขอรับความยินยอมจากเจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจนั้นอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติหากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่สุจริตในการขอก่อตั้งทรัพย์สิน เนื่องจากในการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจนั้นจะไม่ปรากฏในเอกสารทางทะเบียนที่อยู่สำนักงานที่ดิน ซึ่งถึงแม้ว่ามาตรา 19 แห่ง พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ ว่าในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนให้เจ้าพนักงานทะเบียนแจ้งให้นายทะเบียนและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบถึงการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้และให้นายทะเบียนบันทึกการประกันตามพระราชบัญญัตินี้ลงในทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยเร็ว แต่ พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ ก็ได้กำหนดกรอบเวลาในการดำเนินการทั้งหมดจนเสร็จสิ้น ซึ่งหากเจ้าพนักงานที่ดินยังมิได้บันทึกหลักประกันทางธุรกิจ แล้วเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มาขอตั้งทรัพย์สินซึ่งในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวโดยไม่มีหนังสือยินยอมของเจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจ ก็อาจทำให้เจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจเสียเปรียบได้ ซึ่งอาจส่งผลต่อไปว่าในกรณีที่ใช้อสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิในอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันทางธุรกิจ เจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจก็อาจจะขอยึดถือเอกสารแสดงสิทธิไว้เพื่อป้องกันการเกิดเหตุดังกล่าวได้

4.2 ประเด็นเกี่ยวกับการทำนิติกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและการยกเลิกทรัพย์สิน

1) เมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ดำเนินการขอตั้งทรัพย์สินแล้ว เจ้าพนักงานที่ดินจะจดทะเบียนการก่อตั้งทรัพย์สินในโฉนดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด และออกหนังสือ

รับรองทรัพย์สินให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ฉบับหนึ่งและเก็บไว้ที่สำนักงานที่ดินอีกฉบับหนึ่ง⁵⁶ และเมื่อมีการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการแจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบ อย่างไรก็ตามวิธีการในการจดทะเบียนและเก็บข้อมูลทางทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ยังมีความไม่ชัดเจนว่าการจดทะเบียนจะทำในรูปแบบใด และเมื่อใดที่ดินหรือหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดฉบับเจ้าของที่ดินหรือเจ้าของห้องชุดนั้นจะอยู่ที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ณ ขณะที่มีการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน จึงอนุมานได้ว่าการจดทะเบียนตาม พ.ร.บ.ทรัพย์สินนั้น มิใช่การจดทะเบียนลงในสารบัญจดทะเบียนด้านหลังโฉนดที่ดินดังเช่นการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมทั่วไปเกี่ยวกับที่ดินนั้น ซึ่งจะทำให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ทรงทรัพย์สิน ณ เวลาหนึ่งๆ คือบุคคลใดหากพิจารณาจากสารบัญจดทะเบียนด้านหลังโฉนด และแม้จะมีบทบัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทราบถึงการทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน ก็ไม่แน่อนว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้ระยะเวลาในการดำเนินการเท่าใด และการแจ้งนั้นจะทำในรูปแบบใด ซึ่งอาจสร้างความกังวลใจให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีแรงจูงใจในการก่อตั้งทรัพย์สินน้อยลงได้

2) พ.ร.บ.ทรัพย์สินกำหนดว่าทรัพย์สินนั้นจะแบ่งแยกมิได้ และที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินแล้วจะแบ่งแยกออกเป็นหลายแปลงหรือรวมกับที่ดินแปลงอื่นเข้าเป็นแปลงเดียวกันไม่ได้ด้วย⁵⁷ ซึ่งในทางปฏิบัติจะทำให้การจดทะเบียนทรัพย์สินนั้นไม่เหมาะสมสำหรับเจ้าของที่ดินแปลงใหญ่ที่มีความประสงค์จะแบ่งแยกการใช้สอยที่ดินแปลงใหญ่ผืนเดียวเป็นหลายส่วน⁵⁸ และย่อมมีทางเป็นไปได้ว่าเมื่อก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นมาแล้วอาจมีการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ในการใช้อสังหาริมทรัพย์ทำให้ความต้องการใช้พื้นที่ของอสังหาริมทรัพย์อาจมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ ซึ่งหากมีการเปลี่ยนแปลงเช่นว่าแล้วไม่สามารถแบ่งแยกหรือรวมโฉนดเพื่อวัตถุประสงค์ที่เปลี่ยนไปได้ หรือจะแบ่งเช่าอย่างการเช่าทั่วไปก็ทำไม่ได้ ทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องดำเนินการยกเลิกทรัพย์สินเดิมก่อน แล้วดำเนินการแบ่งแยกหรือรวมโฉนดให้เรียบร้อยแล้วจึงจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินใหม่ ซึ่งในขั้นตอนเช่นว่านี้ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องชำระค่าธรรมเนียมทั้งการยกเลิกทรัพย์สินเป็นจำนวนเงิน 20,000 บาท ต่อครั้ง และค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินใหม่อีกเป็นจำนวนเงิน 20,000 บาท

⁵⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 5.

⁵⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 8.

⁵⁸ เรวดี โฉมศรี, พฐุ เกสรสุคนธ์ และพราวทัศน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, **ทรัพย์สิน: ทรัพย์สินชนิดใหม่**

ต่อครั้งเช่นกัน ซึ่งสร้างความไม่สะดวกและสิ้นเปลืองให้แก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เป็นอย่างมาก หรือในกรณีที่เจ้าของที่ดินหลายแปลงซึ่งประสงค์จะให้สิทธิที่ดินหลายแปลงแก่คู่สัญญารายเดียวก็ต้องรับภาระค่าธรรมเนียมเป็นจำนวน 20,000 บาทต่อแปลง⁵⁹ โดยมิได้มีการกำหนดว่าที่ดินแต่ละแปลงนั้นมีมูลค่าเท่าใด ซึ่งจะทำให้เกิดความสิ้นเปลืองแก่เจ้าของที่ดินเช่นกัน ดังนั้น การกำหนดค่าธรรมเนียมในลักษณะดังกล่าวจึงอาจเป็นเหตุผลอีกหนึ่งประการที่ทำให้ทรัพย์สินอาจไม่ได้รับความนิยม

3) ในการดำเนินการจดทะเบียนโอนทรัพย์สินนั้น พ.ร.บ.ทรัพย์สินกำหนดให้ค่าจดทะเบียนโอนทรัพย์สินประเภทมีทุนทรัพย์ อยู่ที่ไม่เกินร้อยละ 2 ของราคาทุนทรัพย์ที่ผู้ขอจดทะเบียนแสดงตามความเป็นจริง เศษของร้อยละ ให้คิดเป็นหนึ่งร้อยละ⁶⁰ ซึ่งมีปัญหว่าราคาทุนทรัพย์นั้นจะคำนวณจากฐานใด อีกทั้ง ในกรณีที่โอนทรัพย์สินที่มีระยะเวลาเหลือน้อยกว่า 30 ปี การคำนวณราคาทุนทรัพย์จะมีการลดหย่อนตามอัตราส่วนเวลาที่เหลืออยู่หรือไม่ ซึ่งค่าจดทะเบียนการโอนทรัพย์สินนี้เป็นที่น่าสงสัยว่ามีอัตราที่สูงกว่าการจดทะเบียนการเช่าซึ่งกำหนดไว้ที่ร้อยละ 1 จากจำนวนเงินค่าเช่าตลอดระยะเวลาการเช่าอีก⁶¹ ซึ่งหากกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมยังคงกำหนดค่าธรรมเนียมการโอนทรัพย์สินเท่ากับอัตราค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายทำ พ.ร.บ.ทรัพย์สิน ก็เป็นที่น่าสนใจว่าจะดึงดูดใจให้ประชาชนมาใช้ทรัพย์สินแทนการเช่าทั่วไปได้หรือไม่

ปัญหาและความไม่ชัดเจนของ พ.ร.บ.ทรัพย์สินข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างบางประการที่ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้ว่าทรัพย์สินจะมีระบบการจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สินให้แก่ผู้ขอตั้งทรัพย์สินเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าสิทธิจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะโดยไม่ต้องพึ่งพาการตีความของศาลฎีกาก็ตาม แต่ความไม่ชัดเจน กลุ่มเครื่องบางประการเหล่านี้ย่อมส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนและไม่สามารถสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนหรือประชาชนทั่วไปในการนำทรัพย์สินไปใช้จริงในทางปฏิบัติได้หากปัญหาและความไม่ชัดเจนต่างๆ ยังคงไม่ได้รับการแก้ไขหรือทำให้ชัดเจนโดยการออกกฎกระทรวงตามบทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ.ทรัพย์สิน ที่ได้ให้อำนาจไว้

⁵⁹ เรวดี โฉมศรี, พฐุ เกสรสุคนธ์ และพรวาทศน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 17.

⁶¹ เรวดี โฉมศรี, พฐุ เกสรสุคนธ์ และพรวาทศน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, เรื่องเดิม.

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในส่วนที่ 4. ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะบังคับใช้ พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา ให้เกิดผลสัมฤทธิ์ได้นั้นต้องใช้วิธีการในการดำเนินการ 2 รูปแบบควบคู่กันไป กล่าวคือ

5.1 การออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อสนับสนุนการดำเนินการตาม พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา

การออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับขั้นตอน กระบวนการ และระยะเวลาในการดำเนินการก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญา และการทำนิติกรรม รวมถึงการเรียกเก็บและการคิดค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องควรเร่งดำเนินการ เนื่องจากถึงแม้ว่า พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา ได้มีผลบังคับใช้แล้วตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2562 แต่ในการดำเนินการต่างๆ ตามที่กำหนดในการก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญานั้น พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา ได้กำหนดให้ออกเป็นกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง หากกฎกระทรวงที่จะดำเนินการออกมาได้มีบทบัญญัติที่ช่วยให้ประเด็นที่ยังคงมีความไม่ชัดเจนหรือเป็นอุปสรรคที่ไม่ช่วยให้ประชาชนหันมาใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นเครื่องมือในการลงทุนในสิ่งประดิษฐ์ที่มีความกระจ่างขึ้นอย่างครบถ้วนและผ่องแผ้วหลักเกณฑ์บางประการที่ปรากฏใน พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับ พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา ก็อาจสามารถที่จะนำ พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา ไปใช้บังคับในเบื้องต้นได้ ทั้งนี้ กฎกระทรวงที่รอการออกและบังคับใช้ภายใต้ พ.ร.บ. ทรัพย์สินทางปัญญา มีดังต่อไปนี้⁶²

1) กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การขอก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญา การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา⁶³ ซึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เช่น เอกสารหลักฐานที่ต้องใช้ในการขอจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญา การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา การทำคู่มือ การจดทะเบียนนิติกรรมในหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา⁶⁴ รวมถึงการยกเลิกทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 14⁶⁵ ด้วย

⁶² สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เรื่องเดิม.

⁶³ พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญา, มาตรา 6.

⁶⁴ พระราชบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญา, มาตรา 12.

⁶⁵ กระทรวงมหาดไทย, “หนังสือด่วนที่สุด ที่ มท 0505.4/16900 เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการขอก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญา การจดทะเบียน การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา การออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา การยกเลิกทรัพย์สินทางปัญญา และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา พ.ศ. และร่างกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัพย์สินทางปัญญา การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินทางปัญญา การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่นๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา พ.ศ.,” 16 ตุลาคม 2562.

2) กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การขอรับใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน⁶⁶ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการขอรับใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน ในกรณีที่หนังสือรับรองทรัพย์สินสูญหายหรือชำรุดในสาระสำคัญ

3) กฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่นๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน⁶⁷ เช่น ค่าจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน ค่าออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน ค่าออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สิน ค่าจดทะเบียนโอนทรัพย์สิน เป็นต้น

ซึ่งร่างกฎกระทรวงเบื้องต้นนั้นได้มีการนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเป็น 2 ฉบับ โดยรวมฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 เข้าด้วยกัน และแยกในส่วนของค่าธรรมเนียมในฉบับที่ 3 ออกมาต่างหาก ซึ่งคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการแล้วเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ.2562⁶⁸ ซึ่งอยู่ภายในกรอบเวลา 90 วันภายหลังจากที่ พ.ร.บ.ทรัพย์สินมีผลใช้บังคับ⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันก็ยังไม่ได้มีการประกาศกฎกระทรวงดังกล่าวเพื่อบังคับใช้แต่อย่างใด

5.2 การพัฒนาระบบสารสนเทศเพื่อเชื่อมโยงข้อมูลที่เกี่ยวข้องของหน่วยงานของรัฐและการออกแนวทางหรือคู่มือการปฏิบัติราชการของหน่วยงานของรัฐ

เพื่อเป็นการเสริมให้กระบวนการต่างๆ ที่จะออกตามกฎกระทรวงตามแนวทางข้อ 1. มีความคล่องตัวและสร้างความสะดวกให้แก่ประชาชนเพื่อจูงใจให้ประชาชนเลือกใช้ทรัพย์สิน ในการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ผู้เขียนเห็นว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจำเป็นต้องดำเนินการร่วมกันในการป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้นโดยพัฒนาระบบสารสนเทศเพื่อเชื่อมโยงข้อมูลที่เกี่ยวข้องเข้าด้วยกันและออกแนวทางหรือคู่มือการปฏิบัติราชการของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการต่างๆ ในการก่อตั้งและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินเพื่อให้ความชัดเจนแก่ประชาชน ผู้ประสงค์จะดำเนินการและใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ตาม พ.ร.บ.ทรัพย์สิน โดยมีแนวทางเบื้องต้น ดังต่อไปนี้

⁶⁶ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 7.

⁶⁷ พระราชบัญญัติทรัพย์สิน, มาตรา 16.

⁶⁸ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “มติคณะรัฐมนตรีเรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการขอตั้งทรัพย์สิน การจดทะเบียน การออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การออกใบแทน หนังสือรับรองทรัพย์สิน การยกเลิกทรัพย์สิน และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สิน พ.ศ. และร่างกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัพย์สิน การออกหนังสือรับรองทรัพย์สิน การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่นๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน พ.ศ. รวม 2 ฉบับ,” 26 พฤศจิกายน 2562.

⁶⁹ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, เรื่องเดิม.

1) กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทยควรร่วมกันดำเนินการให้ระบบทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจภายใต้ พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจเชื่อมโยงกับระบบทะเบียนที่ดินและห้องชุด เพื่อให้เจ้าหนี้ต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจหรือเจ้าหนี้จำนอง รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ สามารถสืบค้นได้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นตกอยู่ภายใต้สิทธิใดๆ หรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันนี้ สำนักงานที่ดินสามารถเรียกใช้ข้อมูลนิติบุคคลจากระบบเชื่อมโยงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเชื่อมโยงกับฐานข้อมูลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าอยู่แล้ว⁷⁰ ดังนั้นการพัฒนาให้ระบบทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจเชื่อมโยงกับระบบทะเบียนที่ดินและห้องชุดจึงน่าจะเป็นไปได้ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนและภาคธุรกิจมากขึ้นอีกด้วย

2) กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย ควรดำเนินการพัฒนาฐานข้อมูลทะเบียนที่ดินและให้ฐานข้อมูลนั้นเชื่อมโยงระบบจดทะเบียนทรัพย์สินเพื่อให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถทราบถึงการดำเนินการหรือนิติกรรมใดๆ ที่เกิดขึ้นกับอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินที่ก่อตั้งขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้นได้โดยรวดเร็ว และดำเนินการเก็บหลักฐานการจดทะเบียนทรัพย์สินไว้ในสารบบที่ดินที่มีการก่อตั้งทรัพย์สินนั้นด้วย โดยในปัจจุบันกรมที่ดินได้มีการจัดทำระบบค้นหารูปแปลงที่ดิน ซึ่งให้บริการข้อมูลเบื้องต้น เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับโฉนดที่ดิน ตำแหน่งที่ดิน ราคาประเมินโฉนดที่ดิน ค่าใช้จ่ายในการรังวัดที่ดิน เป็นต้น ซึ่งระบบดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะต่อยอดให้ครอบคลุมถึงการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมต่างๆ และพัฒนาให้เชื่อมโยงกับระบบการจดทะเบียนทรัพย์สินได้ อันจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนเป็นอย่างมากในการสืบค้นข้อมูลเกี่ยวกับที่ดิน

3) กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย และ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ควรร่วมกันดำเนินการจัดทำแนวทางหรือคู่มือการปฏิบัติราชการของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการต่างๆ ในการก่อตั้งและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน การดำเนินการในกรณีที่ทรัพย์สินได้มีการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจเอาไว้แล้ว ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมด โดยสรุป รวมทั้งคำถามที่พบบ่อย เพื่อให้ประชาชนสามารถศึกษาการดำเนินการตาม พ.ร.บ.ทรัพย์สินได้โดยง่ายด้วย นอกจากนี้ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทยอาจพิจารณาเพิ่มเติมเลขหมายโทรศัพท์ที่ประชาชนสามารถสอบถามเกี่ยวกับการดำเนินการตาม พ.ร.บ.ทรัพย์สินได้โดยเฉพาะ เพื่อให้ประชาชนได้รับข้อมูลที่ชัดเจนและเป็นเอกภาพ

⁷⁰ กรมที่ดิน, “หนังสือที่ มท 0515.3/ว 6396 เรื่อง การเรียกใช้ข้อมูลนิติบุคคลจากระบบเชื่อมโยงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์,” 15 มีนาคม 2561.

5.3 ข้อเสนอแนะอื่นๆ

กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องควรพิจารณาเกี่ยวกับการตีความและบังคับใช้ พ.ร.บ. ทรัพย์อิงสิทธิ ที่ยังคงมีความไม่ชัดเจนและอาจพิจารณาออกกฎหมายลำดับรองเพื่อความชัดเจนสำหรับบทบัญญัติที่อาจลดแรงจูงใจให้ประชาชนเลือกใช้ทรัพย์อิงสิทธิ เช่น

1) การทำสัญญาเพื่อต่อระยะเวลาของทรัพย์อิงสิทธิสามารถทำได้หรือไม่ โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของ พ.ร.บ. ทรัพย์อิงสิทธิ นั้น มีขึ้นเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวของเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวมแล้ว การจดทะเบียนทรัพย์อิงสิทธิและการต่อระยะเวลาทรัพย์อิงสิทธินั้นก็ควรจะสามารถกระทำได้ โดยอาจทำในรูปแบบของการให้ค้ำประกันหรือการกำหนดเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นสำหรับช่วงระยะเวลาที่ต่ออายุ เช่นเดียวกันกับการต่อระยะเวลาสัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเป็นการรับประกันว่าในการลงทุนประกอบธุรกิจ ผู้ลงทุนจะสามารถใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ได้ยาวนานกว่า 30 ปี ซึ่งทำให้มีระยะเวลาได้สิทธินั้นทัดเทียมกับระยะเวลาในการทำสัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือการเช่าตาม พ.ร.บ. การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 อันจะช่วยจูงใจให้ภาคธุรกิจมาใช้ทรัพย์อิงสิทธิในฐานะอีกทางเลือกหนึ่งในการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ โดยอาจดำเนินการระบุไว้ในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การขอก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ การจดทะเบียนและการออกหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์อิงสิทธิ หรือกำหนดให้ออกระเบียบเพิ่มเติมในการดำเนินการตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวได้ดังเช่นการออกระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2551 หมวด 5 ว่าด้วยระยะเวลาการเช่าและการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซึ่งได้กำหนดการดำเนินการในกรณีที่คู่สัญญาจะขอจดทะเบียนการเช่าฉบับที่สองโดยมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น⁷¹ เป็นต้น

2) ค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์อิงสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์อิงสิทธิ การจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์อิงสิทธิ และการจดทะเบียนโอนทรัพย์อิงสิทธิ ซึ่งแม้ว่า พ.ร.บ. ทรัพย์อิงสิทธิ จะมีการกำหนดค่าธรรมเนียมหรือเพดานค่าธรรมเนียมไว้แล้ว ก็อาจ

⁷¹ “ข้อ 28 กรณีที่ได้มีการจดทะเบียนเช่ากันไว้แล้ว ระหว่างสัญญาเช่ายังไม่สิ้นสุดได้ขอจดทะเบียนการเช่าฉบับที่สองโดยมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นหลังจากสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลง ให้เขียนชื่อประเภทการจดทะเบียนพร้อมทั้งระบุระยะเวลาที่เช่าแล้วเขียนว่า “(มีเงื่อนไขเวลา)” ไว้ต่อท้ายประเภทการจดทะเบียนและหมายเหตุไว้ ณ ริมด้านซ้ายของคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (ท.ด.1, ท.ด.1 ก) และในรายการจดทะเบียนด้วยว่า “การเช่ารายนี้คู่สัญญาตกลงกันให้มีผลแต่วันที่..... เดือน..... พ.ศ. เป็นต้นไป” ทั้งนี้ระยะเวลาการเช่าต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (ตามตัวอย่างหมายเลข 37).”

พิจารณาได้ว่าค่าธรรมเนียมนั้นสูงเกินไป เนื่องจากการคิดค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิและการจดทะเบียนยกเลิกทรัพย์สินนั้นคิดเป็นรายครั้งหรือรายแปลง ซึ่งมีเพดานค่าธรรมเนียมเป็นอัตราตายตัวที่ 20,000 บาท โดยไม่มีการพิจารณาถึงมูลค่าที่แท้จริงของที่ดินแต่ละแปลงหรือระยะเวลาในการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิและค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนโอนทรัพย์สินสิทธินั้น มีการกำหนดเพดานไว้ที่ร้อยละ 2 ของราคาทุนทรัพย์สินที่ผู้ขอจดทะเบียนแสดงตามความเป็นจริงและยังไม่มีผลความชัดเจนว่า ค่าธรรมเนียมที่จะถูกกำหนดขึ้นนั้นจะเป็นเท่าใด โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนทรัพย์สินสิทธิ ควรมีการกำหนดวิธีการคำนวณค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนในลักษณะที่คล้ายคลึงหรืออย่างน้อยให้ทัดเทียมกับค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนการเช่า เพื่อให้ทรัพย์สินสิทธิเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการลงทุนที่มีค่าใช้จ่ายในการลงทุนเสมอกันกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์

ดังนั้น หากมีการออกกฎหมายที่ให้ความชัดเจนในประเด็นดังกล่าวไปแล้ว มีระบบสารสนเทศที่เชื่อมโยงข้อมูลจากหน่วยงานต่างๆ มีการจัดทำแนวทางหรือคู่มือในการปฏิบัติงานอย่างครบถ้วน และมีการให้ความชัดเจนเกี่ยวกับการตีความกฎหมายที่ยังคงไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติไม่ว่าจะอาศัยกลไกในการออกกฎหมายลำดับรองหรือการออกแนวทางการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ก็จะเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ประชาชนและภาคธุรกิจในการใช้ทรัพย์สินสิทธิเป็นเครื่องมือชนิดใหม่ในการใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ได้ แต่หากยังคงมีความไม่ชัดเจนหลายประการและผู้ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิ และผู้มีส่วนได้เสีย เช่น เจ้าหนี้จำนองหรือเจ้าหนี้หลักประกันทางธุรกิจไม่ได้รับประโยชน์ประการใดที่ดีกว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไปแล้ว ประชาชนและภาคธุรกิจก็อาจเลือกใช้การเช่าอสังหาริมทรัพย์ทั่วไปซึ่งมีความชัดเจนอยู่แล้วเช่นเดิม และกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ภายใต้สัญญาเช่าให้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับบทบัญญัติใน พ.ร.บ.ทรัพย์สินสิทธิ หรือเลือกใช้ทรัพย์สินสิทธิประเภทอื่นๆ ที่ปรากฏตามบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับทรัพย์สินสิทธิแต่มีความแน่นอนสูงกว่า เช่น สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน การระดิดพันในอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น และท้ายที่สุด ทรัพย์สินสิทธิก็อาจเป็นไปได้เพียงทางเลือกใหม่ที่ไม่ได้ใช้งานจริงดังที่ได้ตั้งเจตนารมณ์ไว้

บรรณานุกรม

- กรมที่ดิน. “หนังสือที่ มท 0515.3/ว 6396 เรื่อง การเรียกใช้ข้อมูลนิติบุคคลจากระบบเชื่อมโยงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์.” 15 มีนาคม 2561.
- กระทรวงมหาดไทย. “หนังสือด่วนที่สุด ที่ มท 0505.4/16900 เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการขอก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ การจดทะเบียน การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ การออกใบแทนหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ การยกเลิกทรัพย์สินสิทธิ และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. และร่างกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่นๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.” 16 ตุลาคม 2562.
- เพลินตา ตันรังสรรค์. “สรุปการสัมมนาทางวิชาการ ทรัพย์สินสิทธิ... เครื่องมือใหม่สำหรับนักลงทุน อสังหาริมทรัพย์.” *จูนิตี* (มีนาคม-เมษายน 2562): 59-72.
- ไพโรจน์ อาจรัชชา. *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.
- เรวัต โฉมศรี, พฐุ เกสรสุคนธ์ และพราวทัศน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต. *ทรัพย์สินสิทธิ: ทรัพย์สินสิทธิชนิดใหม่ในประเทศไทย* [Online]. Available URL: https://www.siampremier.com/imgadmins/publications/pub_pdf/20191002133251.pdf, 2563 (สิงหาคม, 26).
- ลัทธพล เจริญชันษา. *ทรัพย์สินสิทธิกับสิทธิการเช่า* [Online]. Available URL: <http://www.fpo.go.th/main/getattachment/Department/Bureau-of-Legal-Affairs/8 / 1 0 4 9 6 / บทความ.pdf.aspx>, 2563 (สิงหาคม, 26).
- สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. *พระราชบัญญัติทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.2562 : พร้อมทั้งสรุปสาระสำคัญ ประวัติ ความเป็นมา กระบวนการ และขั้นตอนในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว*. กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2562.
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง. “เปิดรับฟังความคิดเห็น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ.” 12 มิถุนายน 2561.
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. “มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการขอก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ การจดทะเบียน การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ การออกใบแทน หนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ การยกเลิกทรัพย์สินสิทธิ และการเพิกถอนหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. และร่างกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ การออกหนังสือรับรองทรัพย์สินสิทธิ การจดทะเบียนนิติกรรม หรือการดำเนินการอื่นๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิ พ.ศ. รวม 2 ฉบับ.” 26 พฤศจิกายน 2562.

ประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลาย
สำหรับสถาบันการเงินหรือยัง?

ภูชงค์ อีรันทราพร

ประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินหรือยัง? Dose Thailand Has Bankruptcy Process for Financial Institution?

ภูชงค์ อีรันทราพร^{*}
Puchong Teeranuntaraporn

บทคัดย่อ

สถาบันการเงินมีบทบาทสำคัญในการเชื่อมโยงระบบเศรษฐกิจ โดยทำหน้าที่เป็นตัวกลางทางการเงินเพื่อเชื่อมผ่านการรับฝากเงิน และการให้สินเชื่อระหว่างประชาชนผู้ที่ปริมาณเงินส่วนเกินกับประชาชนผู้ที่ต้องการเงินเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ดังนั้น สถาบันการเงินจึงเป็นองค์กรที่มีปริมาณธุรกรรมสูง และมีความซับซ้อนมากโดยธรรมชาติ รวมถึงการล้มละลายของสถาบันการเงินจึงส่งผลกระทบต่อสภาพเศรษฐกิจโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อจำกัดขอบเขตผลกระทบจากการล้มละลายของสถาบันการเงินจึงจำเป็นต้องสร้างกระบวนการล้มละลายให้เหมาะสมสำหรับสถาบันการเงินโดยเฉพาะด้วย

คณะทำงานของ Financial Stability Institute (FSI) จึงทำการศึกษาคูณลักษณะเฉพาะของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจากหลายประเทศ และสรุปเป็นคุณลักษณะสำคัญ 3 ประการของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการล้มละลาย

^{*} เจ้าหน้าที่ชำนาญงาน ฝ่ายกฎหมายและกำกับดูแล สถาบันคุ้มครองเงินฝาก; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. in International Trade Law, University of Essex; LL.M. in Banking and Finance Law, Queen Mary University of London, UK. Email: puchong@dpa.orth, puchong_tee@hotmail.com.

Assistant Vice President of Legal and Compliance Department, Deposit Protection Agency; LL.B. Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Business Law, Chulalongkorn University; LL.M. International Trade Law, University of Essex; LL.M. in Banking and Finance Law, Queen Mary in University of London, UK.

บทความนี้เป็นความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน มิได้แสดงถึงเจตนารมณ์หรือนโยบายขององค์กรที่ผู้เขียนสังกัด.

วันที่รับบทความ (received) 23 กันยายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 12 พฤศจิกายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 13 พฤศจิกายน 2563.

ของบริษัทปกติ กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของการดำเนินกระบวนการล้มละลาย จุดชี้วัดของความเป็นหนี้สินล้มพันตัว และผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย รวมถึงบทบาทของเจ้าหนี้

ผู้เขียนได้พิจารณาคุณลักษณะเฉพาะของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินทั้ง 3 ข้อข้างต้น ตามหลักเกณฑ์ของ FSI โดยเปรียบเทียบกับกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจและการชำระบัญชีสถาบันการเงินแล้วพบว่า กระบวนการดังกล่าวมีคุณลักษณะสอดคล้องกับกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินตามผลการศึกษา ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินแล้ว

คำสำคัญ: สถาบันการเงิน, ล้มละลาย, หนี้สินล้มพันตัว

Abstract

Financial institutions play an important role in connecting the economic system by acting as financial intermediaries through linking deposit and granting credit between people with excess of money and people with a demand of liquid money for carrying out economic activities. With high transaction volume and inherent complexity, including bankruptcy of financial institutions, it inevitably has a severe impact on the economy. To limit the impact from the bankruptcy of a financial institution, it is necessary to generate a suitable and specific bankruptcy process for a financial institution.

The working group of the Financial Stability Institute (FSI) studied the characteristics of the bankruptcy processes for financial institutions from many countries and summarized the important characteristics of bankruptcy process for financial institutions in three features. These features, which are different from the bankruptcy process of a normal company, are the purpose of the bankruptcy process, the indicator of insolvency, and the persons permitted to apply the bankruptcy process including the role for creditors.

The author considered the three specific characteristics above and compared them with the process of revoking a financial institution business license and the liquidation of financial institution. According to FSI's research, it was found that the said processes have characteristics that are consistent with the bankruptcy process for financial institutions. Hence, it can be concluded that Thailand has a bankruptcy process for financial institutions.

Keywords: financial institutions, bankruptcy, insolvency

1. บทนำ

โดยทั่วไปผู้คนน่าจะเข้าใจบทบาทของสถาบันการเงินเพียงด้านหนึ่งด้านใดเท่านั้น ประชาชนทั่วไปอาจจะเข้าใจแต่เพียงว่า สถาบันการเงินก็เป็นเพียงธุรกิจรับฝากเงิน หรือ ผู้ประกอบการอาจจะเห็นว่า นอกจากจะรับฝากเงินแล้ว สถาบันการเงินก็เป็นเพียงแหล่งเงินกู้ แต่แท้ที่จริงแล้วสถาบันการเงิน (Financial institution) เป็นองค์กรทางเศรษฐกิจที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางทางการเงินของระบบเศรษฐกิจ (Financial intermediary) โดยทำหน้าที่ระดมเงินจากประชาชนที่มีเงินเหลือจากการใช้จ่าย (Supply) แล้วนำเงินที่ได้มาจากการฝากเงิน (Deposit) นั้น มาปล่อยกู้ให้กับประชาชนหรือผู้ประกอบการที่ต้องการเงินเพื่อใช้ประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่อไป (Demand)¹ โดยผ่านกระบวนการให้สินเชื่อ (Granting of credit) ซึ่งเราจะสังเกตความเป็นตัวกลางทางการเงินของสถาบันการเงินได้จากลักษณะของกิจกรรมที่ต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินด้วย²

ลักษณะทั่วไปของธุรกิจสถาบันการเงินจึงมีปริมาณธุรกรรมจำนวนมากและมีความซับซ้อนสูง ธุรกรรมการฝากและการกู้ก็มีหลากหลายรูปแบบ การรับฝากเงินฝากจากประชาชนเพื่อนำไปปล่อยกู้ก็จะมีเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ทั้งในแง่จำนวนเงินและระยะเวลา โดยปัจจุบันในระบบสถาบันการเงินมีจำนวนบัญชีเงินฝากมากกว่า 100 ล้านบัญชี และมีปริมาณเงินฝากในระบบมากกว่า 13.8 ล้านล้านบาททางด้านสินเชื่อสถาบันการเงินก็ปล่อยสินเชื่อรวมเป็นจำนวนกว่า 15.2 ล้านล้านบาท³

ดังนั้น หากสถาบันการเงินเกิดประสบปัญหาทางด้านฐานะทางการเงินจนถึงขนาดล้มละลาย ประชาชนซึ่งอยู่ในฐานะผู้ฝากจำนวนนับล้านรายจะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้คนหนึ่งของสถาบันการเงิน ย่อมจะต้องได้รับผลกระทบอย่างแน่นอน รวมถึงผลกระทบต่อสภาพเศรษฐกิจโดยรวม หากเปรียบเทียบกับกรณีบริษัททั่วไปล้มละลายแม้จะมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ และลูกหนี้ของบริษัทแต่ก็ไม่ถึงขนาดมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในวงกว้าง

¹ Ross Cranston and others, *Principles of Banking Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), pp. 5-6.

² พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 5.

³ ณ เดือนสิงหาคม 2562 ระบบสถาบันการเงินมีปริมาณบัญชีเงินฝากจำนวน 100,556,488 บัญชี มีปริมาณเงินฝาก 13,853,607 ล้านบาท และ ณ มิถุนายน 2562 มีปริมาณเงินให้สินเชื่อรวม 15,256,252 ล้านบาท: ที่มา: ธนาคารแห่งประเทศไทย, สถิติสถาบันการเงิน: เงินรับฝาก สินเชื่อ และเงินกู้ยืม [Online], available URL: <https://www.bot.or.th/Thai/Statistics/FinancialInstitutions/Pages/StatDepositsAndLoans.aspx>, 2562 (ตุลาคม, 21).

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ วิฤตติสถาบันการเงินปี ค.ศ.1997 แม้ว่าประเทศไทยจะผ่านวิฤตตินี้มากกว่า 20 ปีแล้ว แต่ปัจจุบันกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงินยังคงเป็นเจ้าหนี้รายใหญ่ของบริษัทเงินทุนในกระบวนการล้มละลายซึ่งมีหนี้ที่คงค้างในกระบวนการล้มละลายและรอการชำระหนี้จำนวนกว่า 926,200 ล้านบาท⁴

ในการนี้ประเทศต่างๆ จึงเล็งเห็นความสำคัญของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินโดยเฉพาะ เนื่องจากกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะใช้จำกัดขอบเขตความเสียหายไม่ให้ลุกลามไปในวงกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังวิฤตการเงินโลก หลายประเทศที่ได้รับผลกระทบจากวิฤตติก็มีการปรับปรุงกฎหมายและกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินครั้งใหญ่ เพื่อป้องกันการเกิดวิฤตติในครั้งต่อไป และเมื่อเกิดวิฤตติแล้วก็ต้องจำกัดขอบเขตความเสียหายไม่ให้ลุกลาม รวมถึงฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจโดยเร็ว

ผู้เขียนจึงตั้งประเด็นปัญหาว่า ประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินเหมือนประเทศอื่นๆ แล้วหรือยัง จากการศึกษาผู้เขียนได้พบรายงานผลการศึกษาจากคณะทำงานขององค์การดูแลเสถียรภาพการเงิน (Financial Stability Institute: FSI)⁵ ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่จะให้คำแนะนำแก่ธนาคารกลาง หรือองค์กรกำกับดูแลระบบการเงินของแต่ละประเทศได้ศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลายสถาบันการเงินขนาดกลางและขนาดเล็กของนานาประเทศเพื่อวิเคราะห์หาคุณลักษณะร่วมที่เหมือนกันของกระบวนการมาสรุปเป็นส่วนหนึ่งของผลการศึกษา โดยบทความนี้จะขอหยิบยกเอารายงานผลการศึกษาลำดับดังกล่าวเป็นหลักเพื่อใช้เปรียบเทียบกับกระบวนการเข้าควบคุมสถาบันการเงิน ตลอดจนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีของสถาบันการเงินตามกฎหมายไทย 2 ฉบับ คือ พ.ร.บ.ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 และ พ.ร.บ.สถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551

บทความนี้จะแบ่งเป็น 2 ส่วนหลักอันประกอบด้วย คุณลักษณะของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจากการศึกษาของคณะทำงานจาก FSI ส่วนที่สองผู้เขียนจะบรรยายถึงกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทยประกอบการเปรียบเทียบ

⁴ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงิน, รายงานประจำปี 2561 [Online], available URL: https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutionsDevelopmentFund/About_FIDF/DocLib_Report/Report_FIDF2561.pdf, 2562 (ตุลาคม, 21).

⁵ องค์การดูแลเสถียรภาพการเงิน (Financial Stability Institute: FSI) เป็นองค์การซึ่งจัดตั้งโดยความร่วมมือระหว่างธนาคารเพื่อการชำระหนี้ระหว่างประเทศ (Bank for International Settlements: BIS) กับคณะกรรมการ Basel Committee on Banking Supervision โดยมีบทบาทสำคัญในการให้คำแนะนำแก่ธนาคารกลางและองค์กรผู้กำกับดูแลระบบการเงินของแต่ละประเทศ.

กระบวนการทั้งสองรูปแบบ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปว่า ประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินแล้วหรือยัง

2. คุณลักษณะของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน

หลังจากเหตุการณ์วิกฤติการเงินระดับโลกในสหรัฐอเมริกาซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่ปี 2550 และแพร่กระจายไปทั่วโลก หลังจากนั้นสภาพแวดล้อมของระบบการเงินโลกก็เปลี่ยนแปลงไปมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการรับมือกับสถาบันการเงินที่ประสบปัญหาเรื่องฐานะทางการเงินองค์กรเกี่ยวกับระบบการเงินของโลกก็เริ่มปรับปรุงหลักการและมาตรฐานสำหรับสถาบันการเงินหลายประเทศจึงได้นำเอาหลักการและมาตรฐานที่ปรับปรุงใหม่ไปปรับใช้เป็นกฎหมายและกระบวนการภายในของตน

ในปี 2561 คณะทำงานจาก FSI ได้ทำการสำรวจเพื่อเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (Non-systemic banks)⁶ ทั่วโลกจำนวน 12 ประเทศ⁷ ซึ่งทุกประเทศมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินที่ถูกบัญญัติเป็นกฎหมาย รวมถึงปรับใช้กฎหมายล้มละลายทั่วไประดับสถาบันการเงินด้วย⁸ จากผลการศึกษาพบว่ากระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของประเทศต่างๆ จะมีคุณลักษณะร่วมที่ต่างจากกระบวนการล้มละลายของบริษัททั่วไป 3 ประการ คือ

1. วัตถุประสงค์ของการดำเนินการล้มละลาย
2. จุดเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลาย
3. ผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย และบทบาทของเจ้าหนี้

⁶Patrizia Baudino and others, FSI Insights on policy implementation No10: How to manage failures of non-systemic bank? A review of country practices [Online], available URL: <https://www.bis.org/fsi/pub/insights10.pdf>, 2019 (September,18).

⁷สำรวจเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลาย 12 ประเทศ ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศแคนาดา ประเทศกรีซ ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศอิตาลี ประเทศลักเซมเบิร์ก ประเทศเม็กซิโก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสโลวีเนีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา.

⁸ประเทศบราซิล ประเทศแคนาดา ประเทศกรีซ ประเทศอิตาลี ประเทศลักเซมเบิร์กประเทศเม็กซิโก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสโลวีเนีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และ สหรัฐอเมริกา มีกฎหมายล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินโดยเฉพาะ แต่ประเทศไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร นำกฎหมายล้มละลายทั่วไปมาปรับใช้เป็นกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน; Patrizia Baudino, op.cit.

ทั้งนี้ คุณลักษณะทั้ง 3 ประการนี้ถือเป็นจุดสำคัญที่จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดการกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน และจำกัดขอบเขตความเสียหายของระบบเศรษฐกิจได้⁹

2.1 วัตถุประสงค์ของการดำเนินการล้มละลาย

กระบวนการล้มละลายโดยทั่วไปมักจะมุ่งเน้นที่จะจัดการขายสินทรัพย์ของลูกหนี้ให้มีมูลค่าสูงที่สุดโดยรวดเร็ว เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้มากที่สุดในเวลาอันสั้น¹⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการล้มละลายปกติมุ่งเน้นที่จะคุ้มครองเจ้าหนี้เป็นสำคัญ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินในประเทศต่างๆ จะพบว่า กระบวนการล้มละลายปกติกับกระบวนการล้มละลายเฉพาะนั้น มีทั้งความเหมือนและความแตกต่างในแง่วัตถุประสงค์ โดยอาจสรุปได้ว่า ทั้งสองกระบวนการต่างก็มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการจัดการสินทรัพย์ของลูกหนี้ให้ได้มูลค่าสูงที่สุดเพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้มากที่สุด แต่กระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจะมีวัตถุประสงค์ที่อยากจะสร้างกลไกที่มุ่งคุ้มครองเจ้าหนี้บางประเภทโดยเฉพาะ หรือในบางกรณีก็มุ่งคุ้มครองระบบการเงินของประเทศด้วย จากผลการศึกษาแสดงให้เห็นได้ว่า กระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจะสะท้อนมาจากกลไกทางกฎหมายที่กำหนดลำดับความสำคัญของการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ¹¹

ทั้งนี้ขออธิบายวัตถุประสงค์ของกระบวนการในบางประเทศมีดังนี้

ประเทศบราซิลและประเทศแคนาดา เป็นสองประเทศที่มีบทบัญญัติเฉพาะกำหนดกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน แต่ยังคงมีวัตถุประสงค์สำคัญของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินเพื่อจัดการจำหน่ายสินทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้มากที่สุด¹²

ส่วนของประเทศไอร์แลนด์และสหราชอาณาจักร เป็นสองประเทศที่ไม่ได้มีบทบัญญัติเฉพาะแต่ใช้วิธีการปรับใช้กฎหมายล้มละลายทั่วไปเพื่อสร้างกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน โดยกระบวนการมีกลไกจัดลำดับความสำคัญของการให้ความคุ้มครอง โดยให้ความสำคัญกับเจ้าหนี้ประเภทผู้ฝากเป็นอันดับแรก กล่าวคือ ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จำหน่ายได้ต้องชำระคืนให้

⁹Patrizia Baudino, op.cit.

¹⁰The World Bank, *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debt or Regimes* [Online], available URL: <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>, 2019 (October, 22).

¹¹Patrizia Baudino, op.cit.

¹²Ibid.

ผู้ฝากก่อนแล้วถึงชำระคืนนี้ให้กับเจ้าหนี้อื่นตามบุริมสิทธิ¹³ จึงเห็นได้ว่า สองประเทศนี้สร้างกระบวนการล้มละลายที่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองกับเจ้าหนี้บางประเภทก่อน

ข้อที่น่าสังเกตสำหรับ**ประเทศฟิลิปปินส์** ซึ่งเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติเฉพาะกำหนดกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน โดยมี 2 วัตถุประสงค์ คือ เพื่อคุ้มครองผู้ฝากเงินในสถาบันการเงิน และเพื่อรักษาเสถียรภาพของระบบการเงินของประเทศ แต่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการสินทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เลย

ส่วนอีกประเทศ คือ **ประเทศสโลวีเนีย** เป็นประเทศที่มีบทบัญญัติเฉพาะกำหนดกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินและแยกกระบวนการเป็น 2 ขั้นตอน โดยขั้นตอนแรกจะมุ่งคุ้มครองผู้ฝากเงินในสถาบันการเงิน เมื่อจัดการผู้ฝากเงินได้เรียบร้อยแล้ว จึงเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายที่มีวัตถุประสงค์แบบปกติ โดยเจ้าหนี้จะมีสิทธิได้รับการชำระหนี้ตามบุริมสิทธิ¹⁴

โดยภาพรวมแล้วประเทศที่ทำการศึกษาคงจะสร้างกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ และโดยส่วนใหญ่ก็จะมุ่งคุ้มครองผู้ฝากเงิน ซึ่งเป็นเจ้าหนี้กลุ่มที่ใหญ่และมีจำนวนมากที่สุดสำหรับสถาบันการเงิน

2.2 จุดเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลาย

2.2.1 กรณีการล้มละลายทั่วไป

หลักการโดยทั่วไปของกฎหมายล้มละลายจะเริ่มต้นกระบวนการในจุดที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvency) อันมีความหมายว่า ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน หรือลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้¹⁵ แต่อย่างไรก็ตามในแต่ละประเทศยังคงต้องไปกำหนดจุดชี้วัดของการมีหนี้สินล้นพ้นตัวในรายละเอียดอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจุดชี้วัดของหนี้สินล้นพ้นตัวอาจจะแบ่งได้ 2 ลักษณะ¹⁶ คือ ลักษณะแรกจะใช้สภาพคล่อง กระแสเงินสด หรือการชำระหนี้เป็นปกติเป็นจุดชี้วัด และลักษณะที่สองจะพิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินของบริษัทเป็นจุดชี้วัด

¹³Patrizia Baudino, Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵UNCITRAL, **Legislative Guide on Insolvency Law** [Online], available URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf, 2019 (October, 24).

¹⁶Ibid.

จุดชี้วัดที่พิจารณาจากสภาพคล่อง กระแสเงินสด หรือการชำระหนี้เป็นปกติ จุดชี้วัดลักษณะนี้ถือว่า เป็นจุดชี้วัดที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะใช้พิจารณาถึงสถานะหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ กล่าวคือ หากเกิดเหตุการณ์การชำระหนี้ของลูกหนี้ผิดปกติ เช่น ขอผิดผ่อนระยะเวลา หรือขอชำระแต่เพียงบางส่วน เท่านั้นก็แสดงถึงสภาพฐานะการเงินของลูกหนี้ที่มีปัญหาทางสภาพคล่องแล้ว ในบางประเทศก็บัญญัติให้เป็นเหตุที่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ให้ตกเป็นบุคคลล้มละลายได้แล้ว¹⁷

จุดชี้วัดที่พิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินของบริษัท จุดชี้วัดลักษณะนี้ถือว่า เป็นจุดชี้วัดที่มีความชัดเจนมากกว่าจุดชี้วัดแรก คือ พิจารณาจากหนี้สินและทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยมีหลักการทางบัญชีเป็นตัวควบคุมมาตรฐาน แต่จุดชี้วัดนี้ก็มีข้อเสียที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก สภาพฐานะการเงินของลูกหนี้ที่สะท้อนมาจากงบแสดงฐานะการเงินของบริษัทมักจะไม่ตรงกับปัจจุบัน ซึ่งฐานะที่แท้จริงอาจจะดีกว่าหรือแย่กว่าตัวเลขในงบแสดงฐานะการเงิน เนื่องจากบริษัทส่วนใหญ่จะทำงานงบแสดงฐานะการเงินเพียงปีละครั้ง ตัวเลขที่ปรากฏในงบแสดงฐานะการเงินคือผลการดำเนินงานในอดีตของบริษัท ประการที่สอง คือ งบแสดงฐานะการเงินส่วนใหญ่จัดทำโดยยึดตามมาตรฐานทางบัญชี ดังนั้น มูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินหรือหนี้สินของลูกหนี้อาจจะเปลี่ยนแปลงไปจากที่บันทึกทางบัญชี¹⁸ เช่น ที่ดินของบริษัทอาจจะถูกบันทึกมูลค่าต่ำกว่า หรือสูงกว่าราคาจริง เป็นต้น

บางประเทศอาจจะใช้จุดชี้วัดเพียงลักษณะเดียวโดยจะใช้จุดชี้วัดที่พิจารณาจากสภาพคล่อง กระแสเงินสด หรือการชำระหนี้เป็นปกติ แต่โดยทั่วไปแล้วประเทศส่วนใหญ่จะใช้จุดชี้วัดความเป็นหนี้สินล้นพ้นตัวโดยผสมผสานกัน¹⁹

2.2.2 กรณีการล้มละลายของสถาบันการเงิน

กระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจะพบว่า เราอาจใช้จุดชี้วัดโดยพิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินประกอบกับพฤติกรรมการชำระหนี้เหมือนกับกระบวนการล้มละลายของบริษัททั่วไปได้ แต่มีข้อสังเกตว่า สำหรับสถาบันการเงินการพิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินของสถาบันการเงินเป็นหลัก อาจจะล่าช้าเกินไปและไม่ตอบสนองวัตถุประสงค์ที่ต้องการจำกัดและควบคุมความเสียหายของระบบเศรษฐกิจ เพราะการทำงานงบแสดงฐานะการเงินเป็นการแสดงฐานะการเงิน ณ จุดของเวลาที่ย้อนหลัง และมีการดำเนินการสอบทานงบการเงินเพียงไตรมาสละหนึ่งครั้ง ซึ่งกว่าจะตรวจสอบพบปัญหาฐานะการเงินของสถาบันการเงินอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจไปแล้ว

¹⁷ UNCITRAL, Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

ดังนั้น วิธีแก้ไขปัญหาล่าช้าของการพิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินเพียงอย่างเดียว แต่ละประเทศจึงสร้างจุดชี้วัดอีกรูปแบบหนึ่งโดยกำหนดให้มีจุดชี้วัดเพิ่มเติมในอีกสองด้าน ได้แก่ จุดชี้วัดเชิงปริมาณ และจุดชี้วัดเชิงคุณภาพ

จุดชี้วัดเชิงปริมาณ เป็นจุดชี้วัดเพื่อเริ่มกระบวนการล้มละลายของสถาบันการเงินที่ถูกสร้างขึ้นเพิ่มเติม โดยพิจารณาจากเงินทุนขั้นต่ำสำหรับการประกอบธุรกิจสถาบันการเงิน ซึ่งจะอ้างอิงตามหลักการสากล (Basel III: international regulatory framework for banks)²⁰

ข้อสังเกตสำหรับจุดชี้วัดประเภทนี้ ประการแรก จุดชี้วัดเชิงปริมาณค่อนข้างชัดเจนเนื่องจากเป็นเกณฑ์คำนวณทางตัวเลขและใช้ดุลยพินิจน้อย มีลักษณะใกล้เคียงกับจุดชี้วัดที่พิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินและมีการตรวจสอบที่บ่อยครั้งกว่า ซึ่งส่วนใหญ่จะทำเป็นรายเดือน โดยแต่ละประเทศสามารถกำหนดตัวเลขตามแต่ที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของแต่ละประเทศได้ อย่างเช่น **ประเทศเม็กซิโก** กำหนดว่า กรณีสถาบันการเงินดำรงเงินกองทุนชั้นที่ 1 (Common Equity Tier 1 ซึ่งประกอบด้วยหุ้นสามัญ และกำไรสะสมเป็นสำคัญ²¹) ต่ำกว่าร้อยละ 4.5 จะถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายโดยอัตโนมัติ²²

ในต่างประเทศพบว่า ทุกประเทศได้มีการวางพื้นฐานของการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินโดยพิจารณาจากจุดชี้วัดเชิงปริมาณ โดยพิจารณาจากงบแสดงฐานะการเงินของสถาบันการเงินเป็นหลัก โดยมีเพียง 2 ประเทศ คือ **ประเทศเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกา** ที่จะเพิ่มหลักเกณฑ์การพิจารณาจากดำรงเงินกองทุนชั้นที่ 1 (Common Equity Tier 1) ด้วย

ข้อสังเกตประการที่สอง กรณีจุดชี้วัดเชิงปริมาณนั้นมีข้อด้อยคล้ายกับกรณีการพิจารณาหนี้สินล้นพ้นตัวจากงบแสดงฐานะการเงินของบริษัท เนื่องจากไม่มีความยืดหยุ่น ตามตัวอย่างข้างต้นของประเทศเม็กซิโก หากสถาบันการเงินดำรงเงินกองทุนชั้นที่ 1 ไว้เพียงร้อยละ 4.51 เช่นนี้ก็ถือว่ายังไม่เข้าเกณฑ์ที่จะเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย แต่ในสภาพความเป็นจริงฐานะทางการเงินของสถาบันการเงินนั้นอยู่ในภาวะวิกฤติแล้ว ซึ่งหากปล่อยให้ดำเนินงานต่อไปก็จะสร้างความเสียหายมากขึ้นอีก ดังนั้น จึงมีการกำหนดกลไกการพิจารณาจุดชี้วัดเชิงคุณภาพขึ้น

จุดชี้วัดเชิงคุณภาพ ถูกสร้างขึ้นเพื่อเพิ่มความยืดหยุ่น และช่วยลดช่องว่างของจุดชี้วัดเชิงปริมาณ จากการสำรวจในแต่ละประเทศจะกำหนดเครื่องชี้วัดนี้โดยอ้างอิงกับการกระทำ

²⁰Bank for International Settlements, **Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems** [Online], available URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>, 2019 (November, 1).

²¹Ibid.

²²Patrizia Baudino, op.cit.

การที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การกำกับดูแลธุรกิจอย่างร้ายแรง หรือพิจารณาจากความอยู่รอดของกิจการ (likely to fail) ตัวอย่างเช่น **ประเทศกรีซและประเทศสโลวีเนีย** กำหนดว่าหากสถาบันการเงินอยู่ในภาวะขาดทุนอย่างรุนแรงโดยคาดหมายได้ว่าสถาบันการเงินจะต้องปิดกิจการ “likely to fail” รัฐอาจจะเข้าจัดการและเริ่มกระบวนการล้มละลายกับสถาบันการเงินนั้นได้ทันที²³ ซึ่งหากพิจารณาเกณฑ์ “likely to fail” ในรายละเอียดแล้วจะพบว่า หลักการพื้นฐานจะพิจารณาจากเงินทุนของสถาบันการเงินนั่นเอง

ประเทศที่ใช้จุดชี้วัดเชิงคุณภาพแบบเกณฑ์ “likely to fail” ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศแคนาดา ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศอิตาลี ประเทศลักเซมเบิร์ก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสโลวีเนีย สหราชอาณาจักร และ สหรัฐอเมริกา

จุดชี้วัดอีกตัว ที่จะใช้ประกอบการพิจารณา คือ การละเมิดกฎเกณฑ์บางประการอันเป็นเหตุให้เพิกถอนใบอนุญาต เช่น สถาบันการเงินนั้นมีส่วนในการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน ก็ถือเป็นเหตุให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการล้มละลายได้²⁴ ซึ่งในกรณีนี้อาจจะเรียกว่าการชำระบัญชีเพื่อปิดกิจการแทนก็ได้

ประเทศที่ใช้จุดชี้วัดเชิงคุณภาพ แบบเกณฑ์การเพิกถอนใบอนุญาตมี 10 ประเทศ ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศแคนาดา ประเทศกรีซ ประเทศอิตาลี ประเทศลักเซมเบิร์ก ประเทศเม็กซิโก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสโลวีเนีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และสหรัฐอเมริกา

โดยสรุปแล้วจุดชี้วัดภาวะล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินมี 4 ประการ คือ

1. พิจารณาจากจุดชี้วัดตามกฎหมายล้มละลายทั่วไป สภาพคล่อง กระแสเงินสด หรือการชำระหนี้เป็นปกติและงบแสดงฐานะการเงินของบริษัท ซึ่งเป็นการพิจารณาในลักษณะเดียวกับ

2. พิจารณาจากเงินทุนขั้นต่ำสำหรับการประกอบธุรกิจสถาบันการเงิน

3. พิจารณาจากความอยู่รอดของกิจการ (likely to fail)

4. พิจารณาจากการละเมิดกฎเกณฑ์อันเป็นเหตุให้เพิกถอนใบอนุญาต

สำหรับจุดชี้วัดเชิงคุณภาพที่ถูกสร้างขึ้นให้มีความยืดหยุ่นสูง และเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจเริ่มดำเนินการล้มละลายสามารถใช้ดุลยพินิจตัดสินได้ แต่การเปิดให้ใช้ดุลยพินิจมากเกินไปก็อาจจะไม่เป็นธรรมต่อสถาบันการเงิน ดังนั้น จำเป็นต้องมีกลไกควบคุมมาตรฐานของการใช้ดุลยพินิจด้วย ในบางประเทศจึงสร้างกลไกการตรวจสอบดุลยพินิจเพิ่มขึ้น โดยอาจจะป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลจะตรวจสอบดุลยพินิจก่อนที่จะเริ่มดำเนินการล้มละลาย

²³ Patrizia Baudino, Ibid.

²⁴ Ibid.

2.3 ผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย

สิทธิการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายตามหลักการทั่วไปจะกำหนดไว้ 3 รูปแบบ โดยรูปแบบแรกกฎหมายให้สิทธิแก่ตัวลูกหนี้เองสามารถร้องขอให้ตัวเองล้มละลาย รูปแบบที่สองกฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งหรือหลายคนรวมกันร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และรูปแบบสุดท้ายเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ของรัฐมีหน้าที่ร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย²⁵

เมื่อกระบวนการล้มละลายเริ่มต้นขึ้นแล้วโดยไม่ว่าผู้ใดจะเป็นผู้เริ่มต้นกระบวนการกฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหนี้ต้องเข้ามามีบทบาทมากขึ้นหลังจากที่ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย จนกว่าจะสิ้นสุดกระบวนการเพื่อให้กระบวนการล้มละลายตอบโจทยวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้สูงที่สุด วิธีการที่จะให้เจ้าหนี้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินการสามารถกระทำได้โดยผ่านที่ประชุมเจ้าหนี้²⁶

ดังนั้น ในส่วนนี้จะพิจารณาแยกส่วนเป็นสิทธิการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย และเสริมด้วยบทบาทของเจ้าหนี้ในกระบวนการล้มละลาย

2.3.1 สิทธิการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย

ตามที่กล่าวไว้ในข้างต้น การเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายสามารถดำเนินการโดยบุคคล 3 กลุ่ม ได้แก่ ลูกหนี้ เจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ที่รัฐ โดยระบบกฎหมายจะกำหนดให้สิทธิของบุคคลทั้ง 3 กลุ่ม มีภาระการพิสูจน์ความเป็นหนี้สินล้มละลาย หรือเงื่อนไขการล้มละลายที่แตกต่างกัน

ลูกหนี้ยื่นฟ้องตนเองให้ล้มละลาย

ในหลายประเทศจะกำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ สามารถร้องขอต่อศาล หรือเจ้าหนี้เพื่อเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ซึ่งการให้สิทธิแก่ลูกหนี้ที่จะยื่นร้องขอให้ตนเองล้มละลายได้นั้น มักจะใช้ควบคู่กับภาวะหนี้สินล้มละลายที่พิจารณาจากสภาพคล่องและกระแสเงินสด หรือการชำระหนี้เป็นปกติ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่ลูกหนี้สามารถพิจารณาจากข้อเท็จจริงด้วยตนเองได้ อีกทั้งสิทธินี้ถือเป็นทางเลือกสุดท้ายของลูกหนี้เพื่อรับมือกับปัญหาฐานะทางการเงินของกิจการ²⁷ แต่การให้สิทธิแก่ลูกหนี้ที่จะยื่นขอให้ตนเองล้มละลายได้นั้น จะต้องสร้างกลไกการพิจารณาบางประการ เพื่อไม่ให้ลูกหนี้สามารถยื่นขอให้ตนเองล้มละลายได้ง่ายเกินไป เช่น กำหนดจำนวนหนี้ที่ถึงขนาดหนี้สินล้มละลายที่สูงกว่ากรณีเจ้าหนี้ขอให้ล้มละลาย หรือในบางกรณีก็อาจกำหนดให้สิทธิพิเศษบางอย่างกับเจ้าหนี้ในกรณีตัวลูกหนี้ขอให้ตนเองตกเป็นบุคคลล้มละลาย²⁸

²⁵ UNCITRAL, op.cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

เจ้าหนี้ฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย

ระบบล้มละลายในบางประเทศจะให้สิทธิการเริ่มต้นการดำเนินการแก่เจ้าหนี้เนื่องจากเจ้าหนี้เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงต่อการล้มละลายของลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดหรือเจ้าหนี้หลายรายรวมกันสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อพิจารณาให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายได้ ข้อสังเกตกรณีนี้ การให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการเริ่มต้นร้องขอให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้น ภาระการพิสูจน์จะตกแก่ตัวเจ้าหนี้ โดยในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ยากที่จะพิสูจน์ความเป็นหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ได้ ดังนั้นกรณีนี้กฎหมายจึงกำหนดข้อสันนิษฐานให้เจ้าหนี้มีหน้าที่พิสูจน์ตามข้อสันนิษฐานก็เพียงพอแล้ว แต่ในทางกลับกันลูกหนี้ก็ต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้มีฐานะหนี้สินล้นพ้นตัว²⁹

เจ้าหนี้ของรัฐฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายบางระบบจะบัญญัติให้เจ้าหนี้ของรัฐมีอำนาจพิจารณาฐานะทางการเงินของเอกชนได้ โดยสิทธิในการเริ่มต้นกระบวนการจะเหมือนหรือคล้ายคลึงกับสิทธิของเจ้าหนี้ อย่างไรก็ตามกฎหมายจะจำกัดให้เฉพาะเจ้าหนี้ของรัฐบางประเภทเท่านั้นที่มีอำนาจพิจารณาเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายของเอกชนได้ เช่น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือเจ้าหนี้ที่กำกับดูแลธุรกิจประเภทนั้นๆ และเมื่อเจ้าหนี้ที่เริ่มกระบวนการแล้วต้องมีกลไกการตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหนี้ที่เช่นเดียวกันกับการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ ซึ่งอาจจะจัดตั้งในลักษณะของคณะกรรมการหรือยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อพิจารณาก็ได้³⁰

ในส่วนของจุดเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายจะบัญญัติกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับเจ้าหนี้ที่เพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อกำหนดเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายก็ได้ เช่น การบัญญัติว่าการกระทำผิดเกี่ยวกับการฟอกเงินเป็นเงื่อนไขที่สำหรับเจ้าหนี้ที่จะร้องขอให้นิติบุคคลนั้นล้มละลาย ซึ่งอาจจะพิจารณาประกอบกับฐานะทางการเงินของนิติบุคคลด้วยก็ได้³¹

ผู้เริ่มกระบวนการล้มละลายกรณีสถาบันการเงิน

จากการศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของประเทศต่างๆ พบว่า มีการให้สิทธิเจ้าหนี้ของรัฐเป็นผู้มีสิทธิเริ่มกระบวนการล้มละลายทั้งหมด เนื่องจากเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความเข้าใจในธุรกิจนั้นอยู่แล้ว อีกทั้งเป็นผู้ตรวจสอบและมีข้อมูลฐานะการเงินของสถาบันการเงินไม่ว่าทางตรงและทางอ้อม โดยองค์กรที่เข้ามาดำเนินการล้มละลายของสถาบันการเงินนั้นจะมีหน้าที่อย่างอื่นในการกำกับดูแลสถาบันการเงินอยู่แล้ว เช่น เป็นองค์กรที่

²⁹ UNCITRAL, Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

กำกับดูแลการประกอบกิจการสถาบันการเงิน (Prudential Supervisory Authority) เป็นองค์กรดูแลการประกันเงินฝาก (Deposit Insurances Authority) หรือเป็นผู้ปฏิบัติการช่วยเหลือฐานะทางการเงินของสถาบัน (Resolution Authority) ด้วย

ประเทศที่ให้องค์กรที่กำกับดูแลการประกอบกิจการสถาบันการเงิน (Prudential Supervisory Authority) เป็นผู้ดำเนินการล้มละลาย ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศกรีซ ประเทศอิตาลี ประเทศสโลวีเนีย ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศลักเซมเบิร์ก สหราชอาณาจักร และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งองค์กรกำกับดูแลในประเทศเหล่านี้จะเป็นผู้ปฏิบัติการช่วยเหลือฐานะทางการเงินของสถาบันการเงิน (Resolution Authority) ด้วย

ประเทศที่ให้องค์กรประกันเงินฝาก (Deposit Insurances Authority) เป็นผู้ดำเนินการล้มละลาย ได้แก่ ประเทศเม็กซิโก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศแคนาดา และสหรัฐอเมริกา ซึ่งองค์กรประกันเงินฝากนี้จะทำหน้าที่ปฏิบัติการช่วยเหลือฐานะทางการเงินของสถาบัน (Resolution Authority) ด้วย³²

อย่างไรก็ตามในกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินในแต่ละประเทศก็ยังมีข้อแตกต่างในเรื่องการตรวจสอบดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ดังนี้

ประการแรก คือ ให้สิทธิเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทุกชั้นตลอดกระบวนการโดยไม่ผ่านกระบวนการของศาล ตั้งแต่การพิจารณาเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินและหนี้สินแล้วชำระบัญชีจนเสร็จสิ้นจนถึงการปิดสถาบันการเงิน ได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศกรีซ ประเทศอิตาลี ประเทศเม็กซิโก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสโลวีเนีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และสหรัฐอเมริกา

ประการที่สอง คือ ให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องสถาบันการเงินให้ตกเป็นบุคคลล้มละลายต่อศาลแล้วศาลจะแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้ดำเนินการล้มละลาย (Liquidator) ต่อไป ซึ่งประเทศที่วางกระบวนการในลักษณะนี้ ได้แก่ ประเทศแคนาดา ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศลักเซมเบิร์ก และสหราชอาณาจักร โดยแคนาดาเป็นประเทศเดียวที่ศาลอาจจะตั้งให้องค์กรประกันเงินฝาก (Deposit Insurances Authority) เป็นผู้ดำเนินการล้มละลายต่อไปได้³³

2.3.2 บทบาทของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการล้มละลาย

เมื่อกระบวนการล้มละลายได้เริ่มต้นแล้ว ระบบจะบังคับให้มีการรวบรวมหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้มาจัดสรร เรียงลำดับหรือสัดส่วนในการชำระหนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้ชำระหนี้มาก

³²PatriziaBaudino, op.cit.

³³Ibid.

ที่สุด ซึ่งวิธีการโดยทั่วไปจะต้องเปิดให้มีการยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์ ตรวจสอบความเป็นเจ้าหนี้ จัดกลุ่มเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติ เป็นต้น³⁴

เมื่อจัดกลุ่มเจ้าหนี้ทั้งหมดที่ยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์แล้ว การจัดการทรัพย์สิน ทั้งปวงของลูกหนี้จะเป็นไปตามมติเสียงข้างมากของที่ประชุมเจ้าหนี้ สุดท้ายคืออัตราส่วนที่จะได้รับการจัดสรรจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อการชำระหนี้ก็จะเป็นไปตามมติของที่ประชุมเจ้าหนี้ด้วย³⁵

กรณีกระบวนการล้มละลายของสถาบันการเงิน ประเทศส่วนใหญ่จะลดบทบาทของเจ้าหนี้และที่ประชุมเจ้าหนี้ให้น้อยลง ด้วยเหตุผลตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการคุ้มครองผู้ฝากเงิน หรือเพื่อการรักษาระบบการเงินของประเทศและแม้ผู้ฝากเงินจะเป็นเจ้าหนี้ของสถาบันการเงินที่มีจำนวนเยอะที่สุดแต่ก็อาจจะไม่ใช่เจ้าหนี้ที่จะมีบทบาทมากหรือมีคะแนนเสียงมากที่สุดของที่ประชุมเจ้าหนี้ ดังนั้น ผลสรุปจากการศึกษาเปรียบเทียบประเทศส่วนใหญ่จะลดบทบาทของเจ้าหนี้ โดยเจ้าหนี้จะเข้ามามีบทบาทได้ในกรณีที่เจ้าหนี้ที่อนุญาตเท่านั้น หรือในกรณีที่เจ้าหนี้ที่อนุญาตแล้ว แต่ก็ต้องได้รับการตรวจสอบดุลยพินิจจากศาลอีกชั้นหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ประเทศแคนาดาและประเทศลักเซมเบิร์ก เจ้าหนี้และที่ประชุมเจ้าหนี้ต้องยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้มายังเจ้าหนี้ที่ของรัฐ แล้วเจ้าหนี้ที่จะพิจารณาเฉลี่ยชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของสถาบันการเงินที่ล้มละลาย โดยศาลจะเข้ามาพิจารณาดุลยพินิจของเจ้าหนี้ที่อีกครั้งหนึ่ง³⁶

จากการศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินใน 12 ประเทศ ทำให้เห็นว่ากระบวนการล้มละลายของสถาบันการเงินที่ได้รับการยอมรับในทั่วโลกนั้น จะมีคุณสมบัติคล้ายกับกระบวนการล้มละลายแบบปกติ แต่ก็ได้รับการพัฒนาต่อยอดจนปรากฏมีคุณลักษณะพิเศษที่ร่วมกัน 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก วัตถุประสงค์ของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน อาจจะมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพิ่มเติมเข้ามา

ประการที่สอง จุดเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจะมีรูปแบบที่เฉพาะเจาะจงมากกว่า เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและจำกัดความเสียหาย

ประการสุดท้าย ผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายจะเป็นเจ้าหนี้ที่ของรัฐ ทั้งหมดและเจ้าหนี้ในกระบวนการล้มละลายถูกจำกัดบทบาทของให้มีเท่าที่จำเป็น เท่านั้น

³⁴ UNCITRAL, op.cit.

³⁵ Ibid.

³⁶ PatriziaBaudino, op.cit.

ตารางแสดงการเปรียบเทียบคุณลักษณะกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน

ประเทศ	กฎหมายเฉพาะ	วัตถุประสงค์	การเริ่มกระบวนการ	ผู้เริ่มกระบวนการ	บทบาทเจ้าหนี้
บราซิล	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	ธนาคารกลางโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท
แคนาดา	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	องค์กรประกันเงินฝากผ่านกระบวนการศาล	มีบทบาทเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล
กรีซ	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - เพิกถอนใบอนุญาต	ธนาคารกลางโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท
อิตาลี	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	ธนาคารกลางโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท
ไอร์แลนด์	ใช้กฎหมายล้มละลายทั่วไป	(1) เพื่อคุ้มครองผู้ฝาก (2) ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail	ธนาคารกลางโดยผ่านกระบวนการศาล	มีบทบาทเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล

ประเทศ	กฎหมายเฉพาะ	วัตถุประสงค์	การเริ่มกระบวนการ	ผู้เริ่มกระบวนการ	บทบาทเจ้าหนี้
ลักเซมเบิร์ก	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	คณะกรรมการกำกับดูแลโดยผ่านกระบวนการศาล	มีบทบาทเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล
เม็กซิโก	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุดและคุ้มครองผู้ฝากโดยค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด (Least Cost Option)	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - พิจารณาเงินกองทุน - เพิกถอนใบอนุญาต	องค์กรประกันเงินฝากโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท
ฟิลิปปินส์	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	คุ้มครองผู้ฝากและป้องกันระบบการธนาคาร	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	องค์กรประกันเงินฝากโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท
สโลวีเนีย	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุดโดยผู้ฝากเงินได้รับความคุ้มครองพื้นฐานและเจ้าหนี้ได้รับเงินตามบุริมสิทธิ	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	ธนาคารกลางโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท
สวิตเซอร์แลนด์	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุดและคุ้มครองผู้ฝากบางประเภท	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - เพิกถอนใบอนุญาต	องค์กรกำกับดูแลการเงินโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	มีบทบาทเมื่อได้รับอนุญาตจากองค์กรกำกับดูแลการเงิน

ประเทศ	กฎหมายเฉพาะ	วัตถุประสงค์	การเริ่มกระบวนการ	ผู้เริ่มกระบวนการ	บทบาทเจ้าหนี้
สหราชอาณาจักร	ใช้กฎหมายล้มละลายทั่วไป	(1) เพื่อคุ้มครองผู้ฝาก (2) ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - Likely to fail	ธนาคารกลางโดยผ่านกระบวนการศาล	มีบทบาทเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล
สหรัฐอเมริกา	มีกฎหมายล้มละลายเฉพาะสถาบันการเงิน	ชำระหนี้ให้ได้มากที่สุดและคุ้มครองผู้ฝากโดยค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด (Least Cost Option)	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - พิจารณาเงินกองทุน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	องค์กรประกันเงินฝากโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล	ไม่มีบทบาท

3. กระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทย

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสถาบันการเงินอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน กฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทย และกฎหมายว่าด้วยสถาบันคุ้มครองเงินฝาก มีองค์การที่เกี่ยวข้อง คือ ธนาคารแห่งประเทศไทยในฐานะเป็นผู้ออกกฎเกณฑ์ควบคุมดูแลภาคการธนาคาร (Supervision and Regulation Authority) และสถาบันคุ้มครองเงินฝากในฐานะผู้ดำเนินการประกันเงินฝาก (Deposit Insurance Authority) โดยทั้ง 2 องค์กรอยู่ในฐานะกลไกถ่ายโอนความมั่นคงทางการเงิน (Financial SafetyNet)³⁷ มีหน้าที่ส่งเสริมความมั่นใจในการเข้าถึงระบบการเงินและช่วยพัฒนาระบบสถาบันการเงินในประเทศให้เข้มแข็ง³⁸

³⁷ ถ่ายโอนความมั่นคงทางการเงิน (Financial SafetyNet: FSN) ในประเทศไทยมี 3 องค์กร คือ กระทรวงการคลัง ในฐานะผู้ออกใบอนุญาต ธนาคารแห่งประเทศไทยในฐานะผู้ควบคุมและกำกับดูแล และสถาบันคุ้มครองเงินฝากในฐานะผู้ประกันเงินฝากและผู้ดำเนินการชำระบัญชีสถาบันการเงินที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต

³⁸ สุทธาสินี อาภากร ณ อยู่ธาดา และคณะ, *โครงการวิจัยแนวทางการพัฒนาโครงสร้างและระบบการกำกับดูแลระบบการเงินระดับฐานราก* [Online], available URL: http://www2.fpo.go.th/e_research/ebook/pdf_file/1510629263.pdf, 2563 (กุมภาพันธ์, 10).

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะไล่เรียงตามลำดับหัวข้อเหมือนกับบทความในส่วนก่อน เพื่อให้เข้าใจถึงกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกับกระบวนการล้มละลายของต่างประเทศมากน้อยขนาดไหน โดยจะเรียงลำดับจากวัตถุประสงค์ของกระบวนการ จุดชี้วัดที่จะใช้เพื่อพิจารณา และผู้มีสิทธิเริ่มกระบวนการกับบทบาทของเจ้าหน้าที่ของสถาบันการเงิน

3.1 การควบคุมดูแลธุรกิจสถาบันการเงินในประเทศไทย (พอสังเขป)

ธุรกิจสถาบันการเงินเป็นธุรกิจที่มีลักษณะการเชื่อมโยงระบบเศรษฐกิจจากฐานในหลายๆ ส่วน โดยทำหน้าที่เป็นตัวกลางทางการเงินเพื่อระดมเงินฝากจากประชาชนแล้วนำมาปล่อยกู้แก่ธุรกิจ เป็นแหล่งเงินกู้ที่เข้าถึงได้ง่ายในระบบเศรษฐกิจ ดังนั้น จึงเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐเสียก่อน ดังนั้นผู้ที่จะดำเนินธุรกิจสถาบันการเงินต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ โดยใบอนุญาตจะต้องออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและมีธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้ให้คำแนะนำ หลักการนี้จะใช้ทั้งกรณีการจัดตั้งสถาบันการเงินขึ้นใหม่และการจัดตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศด้วย³⁹

เมื่อสถาบันการเงินได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจแล้ว ธนาคารแห่งประเทศไทยจะมีหน้าที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลการประกอบกิจการของสถาบันการเงินตั้งแต่การระดมเงินฝาก การปล่อยกู้ ตลอดจนโครงสร้างการจัดการของบริษัท โดยวัตถุประสงค์หลักของการกำกับดูแลก็เพื่อให้สถาบันการเงินมีความมั่นคงทางการเงิน และมีเสถียรภาพเพียงพอต่อการประกอบธุรกิจ ดังนั้นหน้าที่หลักอย่างหนึ่งของธนาคารแห่งประเทศไทยต้องกำกับดูแลให้สถาบันการเงินมีเงินกองทุนเพียงพอต่อการทำธุรกิจ⁴⁰ ซึ่งเงินกองทุนของสถาบันการเงินถูกกำหนดขึ้นเพื่อสร้างความมั่นใจว่าสถาบันการเงินมีสภาพคล่องทางการเงินและเงินทุนเพียงพอที่จะชำระเงินคืนผู้ฝากเงินในทุกสถานการณ์⁴¹

แม้ว่าระบบกฎหมายสถาบันการเงินของไทยจะวางกฎเกณฑ์บังคับให้สถาบันการเงินต้องมีเงินทุนเพียงพอสำหรับการดำเนินธุรกิจ ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานขององค์กรการเงินการธนาคาร

³⁹ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 9 และมาตรา 10.

⁴⁰ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา30; ปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดอัตราส่วนของเงินกองทุนต่อสินทรัพย์เสี่ยง (Capital Adequacy Ratio: CAR, บ้างก็เรียก BIS ratio หรือ BIS) อยู่ที่ 8.5% ทั้งนี้วิธีการคำนวณมาจากการนำเงินกองทุนทั้งหมดของสถาบันการเงินมาหารด้วยสินทรัพย์เสี่ยง (Risk Weighted Asset) ถือว่าเป็นตัวเลขสำคัญของธุรกิจของสถาบันการเงินซึ่งเป็นไปตามแนว Basel III.

⁴¹ Rosa M. Lastra, *International Financial and Monetary Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 117-118.

ระหว่างประเทศแล้วก็ตาม แต่ในบางสถานการณ์ สถาบันการเงินอาจจะไม่มีเงินทุนของตัวเองเพียงพอ เพื่อฝ่าฟันวิกฤตการณ์ทางการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลเสถียรภาพธุรกิจการเงิน และเป็นนายธนาคารของสถาบันการเงิน จึงจำเป็นต้องเข้าช่วยเหลือสถาบันการเงินในบางกรณี โดยทำหน้าที่เป็นนายธนาคารของสถาบันการเงิน(Bankers' bank)⁴² เช่น การให้กู้ยืมระยะสั้นไม่เกิน 6 เดือน⁴³ หรือกรณีที่ธนาคารแห่งประเทศไทยช่วยเหลือสถาบันการเงินที่ประสบปัญหาสภาพคล่องอันอาจมีผลกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อเสถียรภาพของระบบเศรษฐกิจและระบบการเงินเป็นส่วนรวม โดยการให้กู้ระยะสั้น (Lender of Last Resort: LoLR/LLR)⁴⁴

ถ้าหากการให้กู้ระยะสั้นยังไม่อาจพุงสถานะของสถาบันการเงินได้ กฎหมายได้วางมาตรการไว้ 2 มาตรการ สำหรับสถาบันการเงินโดยแบ่งแยกตามสถานการณ์วิกฤต คือ

มาตรการแรก เป็นกรณีที่สถาบันการเงินที่เกิดปัญหา และปล่อยให้สถาบันการเงินนั้นล้มลงอาจจะก่อให้เกิดวิกฤตระบบสถาบันการเงินแพร่ขยายเป็นวงกว้าง (Systemic Crisis) ธนาคารแห่งประเทศไทยจะเสนอแผนแก้ไขปัญหาสถาบันการเงิน (Recovery Plan) ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นชอบ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนา ระบบสถาบันการเงิน (ในฐานะ Resolution Authority) จะเข้าดำเนินการตามแผนแก้ไขปัญหาสถาบันการเงินนั้น⁴⁵ เพื่อช่วยเหลือสถาบันการเงินให้ยังสามารถเปิดกิจการอยู่ได้ หรืออย่างน้อยก็ต้องทำให้สถาบันการเงินปิดตัวลงโดยมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจน้อยที่สุด

มาตรการที่สอง คือ หากสถาบันการเงินที่เกิดปัญหานั้น ถูกประเมินว่าแม้ปิดกิจการไปก็ยังไม่ก่อให้เกิดปัญหาทางการเงินแพร่ขยายออกไป (Non-systemic Crisis) ธนาคารแห่งประเทศไทยอาจจะสั่งควบคุมกิจการแล้วตั้งคณะกรรมการควบคุมเข้าควบคุมกิจการ สถาบันการเงินเพื่อประเมินความอยู่รอดของธุรกิจ⁴⁶ และหากประเมินแล้วเห็นว่าสถาบันการเงินนั้นมีฐานะหรือการดำเนินงานที่อาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน ไม่อาจดำเนินธุรกิจเป็นสถาบันการเงินได้ต่อไป คณะกรรมการควบคุมก็จะเสนอความเห็นต่อธนาคารแห่งประเทศไทยพิจารณาสั่งปิดแล้วส่งเรื่องไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจสถาบันการเงิน

⁴² Rosa M. Lastra, Ibid., pp. 45-46.

⁴³ พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2551, มาตรา 41.

⁴⁴ พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2551, มาตรา 42.

⁴⁵ พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2551, มาตรา 43/1 และมาตรา 43/3.

⁴⁶ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา102.

และชำระบัญชี⁴⁷ โดยสถาบันคุ้มครองเงินฝากจะทำหน้าที่การชำระบัญชี⁴⁸ และจ่ายเงินตามวงเงินคุ้มครองคืนแก่ผู้ฝากเงินต่อไป

สรุปภาพรวมของกระบวนการตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างมาตรการป้องกันความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ และเพื่อให้ระบบสถาบันการเงินแข็งแกร่ง มีสภาพคล่องและเงินทุนเพียงพอต่อการทำธุรกิจ แต่ถ้าหากเกิดเหตุอันจำเป็นธนาคารแห่งประเทศไทยก็พร้อมที่จะทำหน้าที่ช่วยเหลือสถาบันการเงินให้กลับมาดำเนินการได้อย่างปกติ แต่ถ้าโชคร้ายธุรกิจไม่อาจดำเนินต่อไปได้และอาจจะสร้างภาระและความเสียหายมากขึ้น หน่วยงานกำกับดูแลก็จำเป็นต้องบังคับปิดกิจการแล้วชำระบัญชี เพื่อจำกัดขอบเขตความเสียหายไม่ให้วิกฤตเศรษฐกิจลุกลามต่อไป

3.2 กระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบคุณลักษณะของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน

เพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาส่วนที่ 2 เนื้อหาในส่วนนี้จะเปรียบเทียบกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทยไปตามลำดับหัวข้อดังนี้

1. วัตถุประสงค์ของกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงิน
2. เหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงิน
3. ผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและบทบาทของเจ้าหนี้ใน

กระบวนการชำระบัญชีสถาบันการเงิน

3.2.1 วัตถุประสงค์ของการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงิน

เมื่อพิจารณาเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินแล้ว จะเห็นว่าการเพิกถอนใบอนุญาตมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนผู้ฝากเงิน โดยกำหนดเงื่อนไขว่าหากสถาบันการเงินนั้นมีฐานะทางการเงินแย่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่สถาบันการเงินดำรงอัตราส่วนของเงินกองทุนต่อสินทรัพย์เสี่ยง (Capital Adequacy Ratio: CAR หรือตาม Basel III ใช้คำว่า Minimum capital requirement) ต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด⁴⁹ หรือการดำเนินงานอยู่ในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน ถือเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตได้⁵⁰

⁴⁷ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 90.

⁴⁸ พระราชบัญญัติสถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551, มาตรา 56.

⁴⁹ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 97.

⁵⁰ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 90.

เมื่อพิจารณาร่วมกับวัตถุประสงค์หลักของสถาบันคุ้มครองเงินฝากทั้ง 3 ประการ อันประกอบด้วย การคุ้มครองเงินฝากในสถาบันการเงิน การเสริมสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพของระบบสถาบันการเงิน และการควบคุมและชำระบัญชีสถาบันการเงิน⁵¹ จะเห็นได้ชัดว่า วัตถุประสงค์ของกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและบังคับชำระบัญชีถูกสร้างเพื่อคุ้มครองผู้ฝากเงิน และป้องกันความเสียหายต่อระบบการธนาคารทั้งระบบ และเข้าจัดการสินทรัพย์ของสถาบันการเงิน โดยเร็ว เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผ่านกระบวนการชำระบัญชี

กระบวนการชำระบัญชีโดยสถาบันคุ้มครองเงินฝากในขั้นนี้ สามารถเทียบเคียงได้กับกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายล้มละลาย เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้สถาบันการเงินที่อยู่ในระหว่างชำระบัญชีโดยสถาบันคุ้มครองเงินฝาก ได้รับความคุ้มครองภายใต้สถานะการพักชำระหนี้ (Automatic Stay) โดยห้ามไม่ให้ผู้ใดฟ้องสถาบันการเงินนั้นล้มละลาย รวมตลอดจนฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน และให้ศาลงดการพิจารณาคดีที่มีผู้ฟ้องสถาบันการเงินนั้นสำหรับสิทธิเรียกร้องใดๆ ต่อศาลไว้ก่อน⁵²

หากเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของประเทศอื่นก็จะพบว่า วัตถุประสงค์ของการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายของไทยแยกกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินเป็น 2 ขั้นตอน โดยขั้นตอนแรกจะมุ่งคุ้มครองผู้ฝากเงินในสถาบันการเงิน และขั้นตอนที่สองมีกระบวนการชำระบัญชีเพื่อให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ตามบุริมสิทธิให้ได้มากที่สุด ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของประเทศสโลวีเนีย

3.2.2 เหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงิน

จุดเริ่มต้นกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตของไทยนอกจากเงื่อนไข “การมีหนี้สินล้นพ้นตัว” ตามหลักกฎหมายล้มละลายโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินได้มีการกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตไว้ทั้งในลักษณะเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพ ได้ดังนี้

เหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตในเชิงปริมาณ ในกฎหมายว่าด้วยธุรกิจการเงินจะมุ่งเน้นไปที่การดำรงอัตราส่วนของเงินกองทุนต่อสินทรัพย์เสี่ยงของสถาบันการเงิน⁵³ หาก

⁵¹ พระราชบัญญัติสถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551, มาตรา 6.

⁵² พระราชบัญญัติสถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551, มาตรา 64.

⁵³ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 30 ประกอบประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์ เลขที่ สนส.12/2555 กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ และสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศต้องมีอัตราส่วนเงินกองทุนทั้งสิ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 8.5.

เงินกองทุนต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด ธนาคารแห่งประเทศไทยจะสั่งปิดการดำเนินการ⁵⁴ ดังนั้น การดำรงอัตราเงินกองทุนจึงเป็นเรื่องที่ธุรกิจสถาบันการเงินพึงระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะหากอัตราเงินกองทุนต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดอาจส่งผลทำให้สถาบันการเงินถูกปิดกิจการและเพิกถอนใบอนุญาตได้เลย นอกจากนี้กฎหมายกำหนดให้สถาบันการเงินต้องตรวจสอบอัตราส่วนของเงินกองทุนต่อสินทรัพย์เสี่ยงแล้วนำเสนอให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเพื่อทราบและเผยแพร่เป็นประจำทุกเดือน⁵⁵

เหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตเชิงคุณภาพ กฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินจะกำหนดโดยกว้างว่า หากสถาบันการเงินใดมีฐานะทางการเงินหรือการดำเนินงานอยู่ในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน ถือเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาต อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดข้อสันนิษฐานเพิ่มเติมว่าการกระทำใดบ้างที่ถือว่าการดำเนินงานอยู่ในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน เช่น สถาบันการเงิน กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการฝ่าฝืนคำสั่งโดยชอบตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน หรือสถาบันการเงินหยุดทำการจ่ายเงินตามที่ มีหน้าที่จะต้องชำระคืน⁵⁶

ทั้งนี้ การพิจารณาความอยู่รอดของธุรกิจ “Likely to fail” ถือเป็นเหตุหนึ่งของการเพิกถอนใบอนุญาตด้วย หากสถาบันการเงินใดมีผลประกอบการขาดทุน และธนาคารแห่งประเทศไทยมีเหตุอันควรคาดได้ว่าสถาบันการเงินนั้นไม่อาจดำรงเงินกองทุนได้ตามกฎหมาย ก็ให้ถือว่าเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจ⁵⁷

แม้ว่าเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตในเชิงปริมาณ หรือเชิงคุณภาพจะไม่ระบุให้พิจารณาผลประกอบการขาดทุนจากงบแสดงฐานะการเงินก็ตาม แต่ในความเป็นจริงธนาคารแห่งประเทศไทยก็มีการกำกับและตรวจสอบอยู่ทุกครึ่งปี⁵⁸ และเกณฑ์การพิจารณาความอยู่รอดของธุรกิจ “Likely to fail” ที่กำหนดให้พิจารณาจากผลประกอบการที่จำเป็นต้องพิจารณาจากตัวเลขทางบัญชีและงบแสดงฐานะการเงินนั่นเอง

⁵⁴ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 97 ในกรณีสถาบันการเงินดำรงเงินกองทุนต่ำกว่าร้อยละ 35 ของอัตราที่กำหนดในมาตรา 30 (เท่ากับสถาบันการเงินดำรงเงินกองทุนต่ำกว่าร้อยละ 2.975) ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีคำสั่งปิดกิจการ

⁵⁵ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 71 และประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สรข. 1/2562 เรื่อง การส่งรายงานข้อมูลต่อธนาคารแห่งประเทศไทย.

⁵⁶ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 92.

⁵⁷ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 92 (5).

⁵⁸ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 67.

หากเปรียบเทียบกับจุดเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของประเทศอื่นก็จะพบว่า กฎหมายของไทยจะมีกำหนดเหตุที่คล้ายคลึงกับสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโก ซึ่งมีการพิจารณาจากตัวเลขเงินกองทุนที่เหมือนกัน และมีการกำหนดเกณฑ์ “Likely to fail” เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนใบอนุญาตด้วย

3.2.3 ผู้ที่มีสิทธิเริ่มต้นกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและบทบาทของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการชำระบัญชีสถาบันการเงิน

ตามกฎหมายธุรกิจสถาบันการเงินกำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทยทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแล (Supervision and Regulation Authority) โดยธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำกับดูแลฐานะทางการเงินโดยพิจารณาผ่านตัวเลขทางบัญชี และอัตราส่วนทางการเงิน ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานของอุตสาหกรรมการเงินโลก

เมื่อสถาบันการเงินแห่งใดมีความผิดปกติในการดำเนินการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดปกติที่ส่งผลต่อฐานะของสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทยในฐานะผู้กำกับดูแลจะสามารถสังเกตเห็นได้ก่อนจากตัวเลขทางการเงินและการบัญชี ดังนั้น ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงเป็นด่านแรกของภาครัฐที่จะประเมินสถานการณ์ว่าเหตุผิดปกติของสถาบันการเงินแห่งหนึ่งแห่งใดจะมีลักษณะเป็นการลุกลามและแพร่ขยายหรือไม่ รวมถึงเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดกับสถาบันการเงินมากกว่าองค์กรอื่น

ด้วยกลไกลักษณะนี้ กระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตจึงมีธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นหน่วยงานหลักที่จะเป็นผู้พิจารณาเริ่มต้นกระบวนการ ซึ่งกฎหมายก็สร้างกระบวนการตรวจสอบเบื้องต้น โดยเมื่อเกิดเหตุแห่งการเพิกถอน หรือตัวเลขทางการเงินถึงจุดเริ่มต้นกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาต ธนาคารแห่งประเทศไทยอาจตั้งคณะกรรมการควบคุมเข้าไปควบคุมกิจการของสถาบันการเงินนั้นแทนคณะกรรมการชุดเดิม⁵⁹ เพื่อประเมินสถานการณ์และสภาพภายในสถาบันการเงินนั้น แล้วจัดทำรายงานพร้อมความเห็นว่าจะให้สถาบันการเงินดำเนินงานต่อไปโดยแก้ไขอย่างไร หรือเห็นว่าการปล่อยให้ดำเนินการต่อไปก็มีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหาย คณะกรรมการควบคุมอาจมีความเห็นให้ปิดสถาบันการเงินนั้นก็ได้

ในขั้นตอนต่อไป เมื่อสถาบันการเงินถูกปิดและถูกเพิกถอนใบอนุญาตแล้วสถาบันคุ้มครองเงินฝากจะเข้าเป็นผู้ชำระบัญชีสถาบันการเงินนั้นตามกฎหมาย⁶⁰ และจ่ายเงินให้แก่ผู้ฝากเงินภายใต้วงเงินคุ้มครองและเงื่อนไขตามกฎหมาย สุดท้ายหากสถาบันคุ้มครองเงินฝากดำเนินการชำระ

⁵⁹ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551, มาตรา 102 และมาตรา 104.

⁶⁰ พระราชบัญญัติสถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551, มาตรา 56.

บัญชีแล้วเห็นได้ว่า ฐานะของสถาบันการเงินที่ถูกปิดกิจการนั้นเข้าข่ายเป็นบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว สถาบันคุ้มครองเงินฝากในฐานะผู้ชำระบัญชีก็จะนำเอาสถาบันการเงินนั้นเข้ากระบวนการล้มละลายเหมือนบริษัททั่วไป

ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่า ธนาการแห่งประเทศไทยเป็นหน่วยงานที่ควบคุมดูแลสถาบันการเงินตลอดทุกขั้นตอนนับตั้งแต่การประเมินฐานะของสถาบันการเงิน กำกับดูแลกิจการ จนกระทั่งสั่งปิดกิจการเมื่อสถาบันการเงินอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ สุดท้ายจึงส่งหน้าที่ให้สถาบันคุ้มครองเงินฝากดำเนินการชำระบัญชีต่อไป โดยตลอดกระบวนการอาศัยดุลยพินิจของเจ้าพนักงานของธนาการแห่งประเทศไทยโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล

อีกทั้ง เมื่อกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตไม่ได้ผ่านระบบการตรวจสอบจากศาล จึงทำให้บทบาทของเจ้าหนี้ของสถาบันการเงินถูกจำกัดไปด้วย ซึ่งเป็นลักษณะร่วมประการหนึ่งของประเทศที่ให้เจ้าพนักงานรัฐเป็นผู้ดำเนินการล้มละลาย ซึ่งคล้ายคลึงกับหลายประเทศที่กฎหมายมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล เช่น ประเทศบราซิล ประเทศกรีซ ประเทศอิตาลี ประเทศเม็กซิโก ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศสโลวีเนีย ประเทศสวีเดน และสหรัฐอเมริกา

ทั้งนี้ เจ้าหนี้จะเข้ามามีบทบาทอีกครั้งในช่วงชำระบัญชี แต่จะคงเหลือแต่เจ้าหนี้การค้ำเป็นส่วนใหญ่ ส่วนเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้ฝากเงิน เมื่อสถาบันคุ้มครองเงินฝากได้จ่ายเงินตามวงเงินคุ้มครองแล้ว สถาบันคุ้มครองเงินฝากจะทำหน้าที่เป็นทั้งผู้ชำระบัญชีและเป็นเจ้าหนี้รายใหญ่ในเวลาเดียวกันและจะรับช่วงสิทธิตามกฎหมายมาไล่เบี้ยกับสถาบันการเงินที่ปิดกิจการต่อไป⁶¹

ตารางแสดงกระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทย

ประเทศ	วัตถุประสงค์	การเริ่มกระบวนการ	ผู้เริ่มกระบวนการ	บทบาทเจ้าหนี้
ไทย	- คุ้มครองผู้ฝาก - ป้องกันระบบการธนาการ - ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผ่านกระบวนการชำระบัญชี	- พิจารณางบแสดงฐานะการเงิน - พิจารณาเงินกองทุน - Likely to fail - เพิกถอนใบอนุญาต	- ธนาการกลางเป็นผู้พิจารณาเพิกถอนโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล - สถาบันคุ้มครองเงินฝากเป็นผู้ชำระบัญชี	ไม่มีบทบาท

⁶¹พระราชบัญญัติสถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551, มาตรา 56.

4. บทสรุป

สถาบันการเงินเป็นองค์กรธุรกิจที่มีความซับซ้อนสูงและเป็นรากฐานของกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศ แม้จะเป็นสถาบันการเงินขนาดเล็กแต่หากเกิดปัญหาฐานะการเงินจนถึงขนาดล้มละลายก็อาจจะลุกลามแพร่ขยายเป็นปัญหาเศรษฐกิจในวงกว้างได้ หากไม่มีกระบวนการล้มละลายที่มีประสิทธิภาพเพียงพอและสามารถจำกัดขอบเขตความเสียหายได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้อ้างอิงกับหลักการทั่วไปของกระบวนการล้มละลาย เพื่อชี้แนะและเปรียบเทียบกับคุณลักษณะ 3 ประการที่คณะวิจัยของ FSI ซึ่งได้ศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินใน 12 ประเทศ ทั้งนี้เพื่อชี้ให้เห็นว่า กระบวนการล้มละลายของสถาบันการเงินที่ได้รับการยอมรับในทั่วโลกนั้น ต้องมีองค์ประกอบส่วนหนึ่งจากวัตถุประสงค์ของกระบวนการที่มีลักษณะเฉพาะ และองค์ประกอบอีกส่วนหนึ่งจากการพิจารณาจุดเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินจะต้องมีความละเอียด รวมถึงความรวดเร็วกว่ากระบวนการล้มละลายทั่วไป

เนื่องจากจุดเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินต้องการความละเอียดและรวดเร็วกว่าปกติ จึงจำเป็นต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะที่มีหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจอยู่แล้วเป็นผู้พิจารณาเริ่มกระบวนการล้มละลายจะมีประสิทธิภาพมากที่สุด และจากการเปรียบเทียบทุกประเทศจะมอบหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้กำกับดูแลระบบการเงินอยู่แล้วเป็นผู้ดำเนินกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงิน จึงทำให้ควบคุมและจำกัดขอบเขตความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบเศรษฐกิจได้ ทั้งนี้คณะวิจัยยังพบอีกว่า การกำหนดวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้ฝากเงินจะทำให้จำกัดขอบเขตความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบเศรษฐกิจได้ดีกว่าวัตถุประสงค์ที่จะชำระหนี้เจ้าหนี้ให้ได้มากที่สุด

สุดท้ายเมื่อได้หลักการของประเทศต่างๆ ทั่วโลกแล้วจึงย้อนกลับมาพิจารณากระบวนการเพิกถอนใบอนุญาตและชำระบัญชีสถาบันการเงินตามกฎหมายไทยแล้วจะพบว่า กระบวนการของไทยมีความสอดคล้องกับนานาประเทศ ไม่ว่าจะเป็นด้วยวัตถุประสงค์ของกระบวนการ การเริ่มต้นกระบวนการ และผู้ที่เริ่มกระบวนการกับบทบาทของเจ้าหนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยมีกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินโดยเฉพาะแล้ว เพียงแต่ประเทศไทยไม่ได้ใช้คำว่า “หนี้สินล้มพันตัว” หรือ “ล้มละลาย” เหมือนกับประเทศอื่น

ประโยชน์ที่เราจะได้รับเมื่อเราเข้าใจถึงหลักการของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของไทยประการสำคัญ คือ

การกำหนดจุดเวลาอันสำคัญสำหรับกฎหมายหรือนิติกรรมสัญญาที่มีสถาบันการเงินเป็นคู่สัญญา ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายบางฉบับ หรือสัญญาทางธุรกิจที่มีสถาบันการเงินเป็นคู่สัญญา ไปกำหนด

เหตุแห่งการยกเลิกสัญญา (Event of default) ไว้ ณ จุดเดียวกับเหตุแห่งการฟ้องล้มละลาย อาจจะทำให้เกิดความเสียหายได้ เนื่องจากเหตุแห่งการฟ้องล้มละลายอยู่หลังจากการเพิกถอนใบอนุญาตอยู่นานพอสมควร รวมถึงอยู่หลังจากการบังคับชำระบัญชีของสถาบันการเงินแล้วด้วย หากคู่สัญญาไม่แจ้งใช้สิทธิเลิกสัญญากับสถาบันการเงินนับตั้งแต่สถาบันการเงินถูกเพิกถอนใบอนุญาตอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาได้

ประการสุดท้าย แนวทางของกระบวนการล้มละลายสำหรับสถาบันการเงินของไทย อาจจะใช้เป็นต้นแบบของกระบวนการล้มละลายสำหรับองค์กรธุรกิจทางการเงินอื่น เช่น กองทุนรวม ทรัสต์ เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน หรือกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ซึ่งองค์กรเหล่านี้มีความเชื่อมโยงสูงและมีความจำเป็นต้องปกป้องผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ทางการเงินรายย่อยเช่นเดียวกัน

บรรณานุกรม

- กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน. รายงานประจำปี 2561 [Online]. Available URL: https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutionsDevelopmentFund/About_FIDF/DocLib_Report/ReportFIDF2561.pdf, 2562 (ตุลาคม, 21).
- ธนาคารแห่งประเทศไทย. สถิติสถาบันการเงิน:เงินรับฝาก สินเชื่อ และเงินกู้ยืม [Online]. Available URL: <https://www.bot.or.th/Thai/Statistics/FinancialInstitutions/Pages/StatDepositsAndLoans.aspx>, 2562 (ตุลาคม, 21).
- พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2551.
- พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551.
- พระราชบัญญัติสถาบันคุ้มครองเงินฝาก พ.ศ.2551.
- สุทธาสินี อาภากร ณ อยุธยา และคณะ. โครงการวิจัยแนวทางการพัฒนาโครงสร้างและระบบการกำกับดูแลระบบการเงินระดับฐานราก [Online]. Available URL: http://www2.fpo.go.th/e_research/ebook/pdf_file/1510629263.pdf, 2563 (กุมภาพันธ์, 10).
- Bank for International Settlements. **Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems** [Online]. Available URL: <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>, 2019 (November, 1).
- Baudino, Patrizia and others. **FSI Insights on policy implementation No10: How to manage failures of non-systemic bank? A review of country practices** [Online]. Available URL: <https://www.bis.org/fsi/publ/insights10.pdf>, 2019 (September, 18).
- Cranston, Ross and others. **Principles of Banking Law**. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Lastra, Rosa M. **International Financial and Monetary Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- The World Bank. **Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debt or Regimes** [Online]. Available URL: <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>, 2019 (October, 22).

UNCITRAL. **Legislative Guide on Insolvency Law** [Online], Available URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf, 2019 (October, 24).

การกระทำเพื่อป้องกันเพราะความสำคัญผิด

รองศาสตราจารย์เรืองยศ แสนภักดี

การกระทำเพื่อป้องกันเพราะความสำคัญผิด A Self-Defense as a Result of the Mistake

รองศาสตราจารย์เรืองยศ แสนภักดี*

Associate Professor Ruangyote Sanpakdee

บทคัดย่อ

การกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 เป็นเหตุยกเว้นความผิด กล่าวคือ ถึงแม้การกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน แต่ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ของการกระทำเพื่อป้องกันผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือเป็นการกระทำที่ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำเพื่อป้องกันเป็นการกระทำโดยเจตนาเพราะกระทำโดยประมาทเพื่อป้องกันไม่มี แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้กระทำมีเจตนาอันเกิดจากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง กล่าวคือ ความเป็นจริงไม่มีเหตุให้ต้องกระทำเพื่อป้องกันแต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีเหตุให้ต้องกระทำ ดังนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคแรกให้ผู้กระทำได้รับประโยชน์จากความสำคัญผิดนั้น ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานกระทำโดยเจตนาเว้นแต่ถ้าความสำคัญผิดเกิดจากความประมาท มาตรา 62 วรรคสอง ก็ให้ผู้กระทำรับผิดในฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะว่าการกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท

คำสำคัญ: การกระทำเพื่อป้องกัน, ความสำคัญผิด

* อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา; รป.ม. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. E-mail: chanikan.cs@gmail.com.

Lecturer in Master of Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (Second honor) Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; M.P.A. National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 5 พฤษภาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 14 มิถุนายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 19 มิถุนายน 2563.

Abstract

Any act for self-defense according to section 68 of Criminal Law shall not be guilty. In other words, there is an act *us rea* and *mens rea* which is elements of criminal activity, however, if such act is a self-defense, the doer shall not be guilty. Moreover, any act for defending shall be made by intention because there is no self-defense for negligence. However, there is a circumstance that the doer commits a crime by mistake of facts. In other words, such fact does not really exist, but the doer understands mistakenly that it really exists. Therefore, such person shall not be guilty according to section 62 in the first paragraph of Criminal Law. However, if the mistake has occurred through the negligence of the offender, the doer shall be liable for committing the offence by negligence in case of law specifically provides that the doer shall be criminally liable for the act through committed by negligence.

Keywords: self-defense, mistake

1. บทนำ

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญา การกระทำต้องครบตามหลักเกณฑ์ ซึ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาดังกล่าวได้แก่ **ประการแรก** การกระทำครบองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอก คือ มีผู้กระทำ มีการกระทำ มีวัตถุที่มุ่งกระทำต่อองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาหรือประมาทหรือไม่มีเจตนา กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดและผลสัมพันธกับการกระทำ เพราะบางกรณีถ้าผลไม่สัมพันธกับการกระทำก็จะเป็นความผิดสำเร็จ **ประการที่สอง** ไม่มีบทกฎหมายยกเว้นความผิด กล่าวคือ ถึงแม้การกระทำจะครบองค์ประกอบแต่ถ้ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดไว้ ผู้กระทำก็ย่อมไม่มีความผิด เช่น การกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 การทำแท้งโดยนายแพทย์ ตามกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 305 การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตตามมาตรา 326 **ประการที่สาม** ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ กล่าวคือ ถึงแม้การกระทำจะเป็นความผิดแต่มีกฎหมายยกเว้นโทษไว้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษทางอาญา เช่น การทำความผิดของผู้มีจิตบกพร่องตามมาตรา 65 การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70 การกระทำของสามีต่อภริยาหรือภริยากระทำต่อสามีในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางกรณีตามมาตรา 71 วรรคแรก การทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 เป็นต้น

บทความนี้ผู้เขียนมุ่งหมายที่จะอธิบายถึงการกระทำเพื่อป้องกันซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดว่ามีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอย่างไรบ้าง มีคนจำนวนไม่น้อยที่เมื่อกล่าวถึงเรื่องการกระทำเพื่อป้องกันก็มักจะถามว่าป้องกันเกินกว่าเหตุหรือไม่ ซึ่งมักจะไม่ได้ถูกต้องนัก เพราะในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าจะอ้างป้องกันได้หรือไม่ คือ เข้าตามหลักเกณฑ์ของการป้องกันหรือไม่ ถ้าเข้าตามหลักเกณฑ์แล้วจึงค่อยพิจารณาต่อไปว่า เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่าเหตุ

การกระทำเพื่อป้องกันตามมาตรา 68 ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสอง และผู้กระทำมีเจตนาพิเศษในการกระทำเพื่อป้องกัน ในบางกรณีตามข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงไม่มีเหตุที่ผู้กระทำจะต้องกระทำเพื่อป้องกัน เช่น ไม่มีภัยอันตรายมาประทุษร้ายต่อผู้กระทำแต่ผู้กระทำสำคัญผิดหรือเข้าใจผิดว่า มีเหตุให้ต้องกระทำเพื่อป้องกันจึงได้ลงมือกระทำตามที่ตนสำคัญผิด ดังนี้ มีปัญหาในทางกฎหมายว่า ผู้กระทำจะยกเอาความสำคัญผิดมาเป็นประโยชน์หรือเป็นคุณกับตนว่าการกระทำนั้นไม่มีความผิดได้หรือไม่

2. การกระทำเพื่อป้องกัน

บุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียงและทรัพย์สิน การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องสิทธิของประชาชน แต่ในบางกรณีมีเหตุอันเกิดในทันทีทันใด ครั้นจะรอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมาปกป้องคุ้มครองก็จะมีทันกาล กฎหมายจึงอนุญาตให้บุคคลนั้นใช้สิทธิกระทำการเพื่อป้องกันได้ หรือการใช้บังคับกฎหมายด้วยตนเองประการหนึ่ง (Self-defense is a type of enforcement of the Law)¹ ส่วนการที่บุคคลใดจะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันได้ การกระทำนั้นก็ต้องเข้าตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องป้องกัน จึงจะได้รับยกเว้นความผิด

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

จากบทบัญญัติมาตรา 68 ดังกล่าว การกระทำเพื่อป้องกันที่ต้องเข้าตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

2.1 มีอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

การกระทำเพื่อป้องกันก็เพราะมีอันตรายที่จะเกิดกับชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้นั้นซึ่งเป็นสิทธิของบุคคลที่กฎหมายคุ้มครอง โดยอันตรายดังกล่าวต้องเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ดังนั้นถ้าอันตรายไม่ได้เกิดจากการละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ได้เกิดจากการทำผิดกฎหมาย ก็จะไม่อ้างกระทำเพื่อป้องกันไม่ได้

ตัวอย่าง เอกกับโทพักอยู่ในห้องเดียวกัน คืนเกิดเหตุเอนกอนละเมอคว่ำปิ่นเหล็จะยิงโท โทก็รู้ว่าเอนกอนละเมอ แต่สภาพห้องคับแคบไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงให้พ้นอันตรายได้ จึงใช้ปิ่นยิงเอนกจนถึงแก่ความตาย ดังนี้โทจะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ เพราะถึงแม้จะมีอันตรายอันใกล้จะถึงและไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้ แต่ก็ไม่มีอันตรายอันละเมิดกฎหมายที่จะเกิดกับโทเนื่องจากไม่มีการกระทำตามกฎหมายของเอก การนอนละเมอไม่อยู่ภายใต้บังคับสภาพของจิตใจจึงไม่เป็นการกระทำเมื่อไม่มีการกระทำการละเมิดกฎหมายก็ย่อมไม่มี (กรณีนี้โทอ้างกระทำด้วยความจำเป็นได้)²

¹ Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (London: Sweet & Maxwell, 1965), p. 153. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 266.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น...

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นได้...”

การละเมิดกฎหมาย³ ไม่ว่าจะเป็นการกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญาก็ได้ และกรณีละเมิดกฎหมายอาญาจะเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาท ก็ถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายได้ทั้งสิ้น

ชายผู้เป็นสามีฆ่าภริยาและชายผู้ตายขณะร่วมประเวณีกัน ถือว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่เหตุ (คำพิพากษาฎีกาที่ 378/2479)

จากตัวอย่างคำพิพากษานี้เห็นได้ว่า การที่ชายผู้ร่วมประเวณีกับภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแพ่ง และการทำชู้ก็เป็นภยันตรายที่ประทุษร้ายต่อเกียรติยศและชื่อเสียงของชายผู้เป็นสามี ศาลจึงให้สามีอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันได้

มารดาลืมบุตรไว้ในรถและบุตรกำลังจะขาดอากาศหายใจ ผู้อื่นพบเห็นเหตุการณ์จึงทุบกระจกรถเพื่อช่วยเหลือบุตรไม่ให้ได้รับอันตราย ดังนี้เห็นได้ว่ามารดาละเมิดกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำโดยประมาท ผู้ซึ่งทุบกระจกรถเพื่อช่วยเหลือบุตรจึงอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันบุตรนั้นได้

บางกรณีผู้ที่มักก่อภยันตรายกระทำด้วยความจำเป็น แต่ตามมาตรา 67 ก็เพียงยกเว้นโทษให้ ภยันตรายที่ก่อขึ้นจึงเป็นการละเมิดกฎหมายอยู่ดี หากผู้ถูกประทุษร้ายกระทำตอบโต้ต่อบุคคลผู้ก่อภัยก็ย่อมอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้

ตัวอย่าง หนึ่งใช้อาวุธขู่บังคับสองให้ทำร้ายสาม สองกลัวจึงจะทำร้ายสามและสามก็เลยทำร้ายสองจนได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ดังนี้เห็นได้ว่าถึงแม้สองจะทำร้ายสามเพราะถูกหนึ่งบังคับ สองก็กระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) ซึ่งตามกฎหมายการกระทำของสองยังเป็นการผิด เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษเท่านั้น ดังนั้นการที่สองจะทำร้ายสามจึงเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่จะเกิดกับสาม สามจึงอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้

การละเมิดกฎหมาย จะต้องเป็นการกระทำของบุคคล สัตว์ไม่สามารถละเมิดกฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ตามถ้าสัตว์มีเจ้าของและสัตว์ก่อภยันตรายขึ้นก็ถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายได้เช่นกัน โดยถือว่าเจ้าของสัตว์เป็นผู้ละเมิดกฎหมาย⁴

ตัวอย่าง เสือซึ่งเป็นสัตว์ดุร้ายไม่มีเจ้าของวิ่งไล่จะกัดแดง แแดงไม่สามารถจะหลบหนีได้ จึงใช้ปืนยิงเสือดตาย ดังนี้แดงจะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ เพราะเสือ (เป็นสัตว์) ไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมาย (แต่แดงอ้างกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 ได้)

จากข้อเท็จจริงตามตัวอย่างข้างต้นถ้าเสือมีเจ้าของ ดังนี้แดงอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันได้ เพราะภยันตรายเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย โดยเจ้าของเสือเป็นผู้ละเมิดต่อ

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 269.

⁴ ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 มาตรา 394 มาตรา 395, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433, และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 270-271.

กฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433 นั้นเอง

2.2 เป็นภยันตรายอันใกล้จะถึง

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่ากรณีมีภยันตรายที่ประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลและเป็นภยันตรายที่เกิดขึ้นทันที ประชาชนไม่สามารถจะรอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อจะมากำป้องกันคุ้มครองได้ทันทีที่ กฎหมายจึงอนุญาตให้ประชาชนแต่ละคนกระทำการเพื่อป้องกันได้ ดังนั้นถ้าภยันตรายยังอยู่ห่างไกลก็ดี หรือภยันตรายนั้นได้ผ่านพ้นไปแล้วก็จะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันไม่ได้

ภยันตรายอันใกล้จะถึง หมายถึง ภยันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นเฉพาะหน้าหรือภยันตรายที่เกิดขึ้นนั้นยังคงอยู่

ตัวอย่าง ผู้เสียหายเดินเข้ามาหาจำเลยพร้อมเงื้อมมือจะตบ ถือเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ แม้จำเลยมีอายุน้อยกว่าและมีรูปร่างใหญ่กว่าผู้เสียหายก็ตาม แต่จำเลยผลักผู้เสียหายในระยะประชิดเพื่อป้องกันตัวเพียงครั้งเดียว และบังเอิญเป็นเหตุให้ผู้เสียหายล้มลงภายหลังลงกับพื้น ทำให้กระดูกสันหลังแตกยุบ ทั้งจำเลยไม่ได้ตามไปทำร้ายผู้เสียหายซ้ำอีก การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 68 (คำพิพากษาฎีกาที่ 337/2559)

กรณีภยันตรายเกิดขึ้นและยังคงอยู่ ดังเช่น ผู้ตายตามไปทันจำเลยระหว่างทางพร้อมกับพูดทำนายว่าตายไปข้างหนึ่งและเข้าไปชกต่อยแล้วชกมีดออกจากข้างหลังจะแทงทำร้ายจำเลยก่อนจำเลยยอมมีสิทธิป้องกันตนเองได้ ถึงแม้จำเลยจะแย่งมีดจากมือผู้ตายได้แล้วก็มีใช้ว่าภยันตรายที่จะเกิดแก่จำเลยจากผู้ตายได้ผ่านพ้นหรือสิ้นสุดไป เพราะผู้ตายมีรูปร่างสูงใหญ่และกำยำกว่าจำเลยซึ่งขาข้างซ้ายพิการใส่ขาเทียม โอกาสที่ผู้ตายจะแย่งมีดคืนจากจำเลยก็ยังมียู่ ซึ่งหากผู้ตายแย่งมีดคืนจากจำเลยมาได้ก็น่าเชื่อได้ว่าผู้ตายจะต้องแทงทำร้ายจำเลยจนได้รับอันตรายถึงชีวิตได้ มิฉะนั้นผู้ตายคงไม่ตามไปหาเรื่องจำเลยอีก การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายจึงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ (คำพิพากษาฎีกาที่ 8345/2544) นอกจากนี้ กรณีการประทุษร้ายต่อทรัพย์ก็มีข้อเท็จจริงที่ศาลวินิจฉัยว่า ภยันตรายที่เกิดขึ้นยังคงมีอยู่ เช่น จำเลยทำร้ายร่างกายผู้ที่เอาสร้อยคอของจำเลยไปเพื่อติดตามเอาสร้อยคืนในทันที ถือเป็นการป้องกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 729/2541)

โดยสรุปภยันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายที่จะอ้างเป็นเหตุกระทำเพื่อป้องกันได้ จะต้องเป็นภยันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นเฉพาะหน้าหรือภยันตรายที่เกิดขึ้นยังคงมีอยู่ ถ้าภยันตรายนั้นได้ผ่านพ้นไปแล้วหรือสิ้นสุดลงแล้วจะอ้างป้องกันไม่ได้ แต่ถ้าภยันตรายนั้นเป็นการข่มเหง

อย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ก็สามารถกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72 ได้⁵ เช่น อ. ยิ่งจำเลยก่อน 1 นัด การที่จำเลยยิ่งไปที่ อ. 1 นัด ย่อมเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อ อ. วิ่งหนีไปแล้ว ถือว่าเหตุที่จะป้องกันย่อมหมดไป การที่จำเลยวิ่งไล่ตามไปยิง อ. ไม่เป็นการป้องกัน แต่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องจากการที่ อ. ยิ่งจำเลยก่อน ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การกระทำของจำเลยในครั้งหลังจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72 (คำพิพากษาฎีกาที่ 6370/2554)

อีกประเด็นที่น่าพิจารณาคือ เมื่อมีภยันตรายอันใกล้จะถึงและผู้กระทำได้สามารถจะหลบหนีหรือหลีกเลี่ยงได้แต่ไม่หลบหนีกลับกระทำต่อผู้ก่อภัย ดังนี้จะอ้างป้องกันได้หรือไม่ ในประเด็นนี้จะเห็นว่าตัวผู้ก่อภัยเป็นสาเหตุเริ่มต้นก่อนที่จะก่อภัยขึ้น ดังนั้นผู้กระทำได้จึงไม่มีหน้าที่ต้องหลบหนีเพื่อให้ตนพ้นจากภยันตรายจากตัวผู้ก่อภัย การกระทำต่อตัวผู้ก่อภัยจึงสามารถอ้างป้องกันได้⁶

ผู้ตายเมาสุราทำหายจำเลยให้มาต่อสู้กัน จำเลยไม่สู้ ผู้ตายก็ถือมีดดาบปลายแหลมลุยน้ำข้ามคลองจะเข้าไปฟันจำเลยถึงในบ้าน แม้จำเลยจะเห็นผู้ตายอยู่ก่อนและอาจหลบหนีได้ แต่ก็ไม่มี ความจำเป็นที่ผู้ที่มีสิทธิครอบครองเคหสถานของตนโดยชอบจะต้องหนีผู้กระทำความผิดกฎหมาย ดังนี้การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะผู้ตายอยู่ห่างจากโรงเรือนจำเลยถึง 2 วา นั้น ถือว่าเป็นการป้องกันชีวิตพอสมควรแก่เหตุ (คำพิพากษาฎีกาที่ 769/2504)

การป้องกันล่วงหน้า ตามมาตรา 68 ภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายที่จะอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้ต้องเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง จึงมีปัญหว่าถ้าผู้กระทำได้กระทำการไว้ล่วงหน้าเพื่อป้องกันแล้วจะอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้หรือไม่ เช่น เจ้าของบ้านอยู่ในชุมชนที่มีผู้ร้ายชุกชุมมีการเข้าลักทรัพย์ในบ้านของคนในชุมชนบ่อยครั้ง เจ้าของบ้านจึงเส้นลวดไว้มอบรั้วบ้านแล้วปล่อยกระแสไฟฟ้าไว้เพื่อป้องกันไม่ให้คนร้ายปีนรั้วเข้าทำการลักทรัพย์ในบ้าน เป็นต้น เกี่ยวกับเรื่องนี้การพิจารณาว่าเป็นการป้องกันได้หรือไม่ **ประการแรก** ก็ให้พิจารณาว่า ถ้าไม่มีการป้องกันไว้ล่วงหน้าในเวลาต่อมาจะมีภยันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายจะเกิดขึ้นหรือไม่ ถ้าจะมีภยันตรายเกิดขึ้นได้ ก็สามารถอ้างป้องกันได้ **ประการที่สอง** พิจารณาว่า ถ้าผู้กระทำอยู่ในที่เกิดเหตุขณะที่มีภยันตราย ผู้กระทำจะมีสิทธิกระทำการเพื่อป้องกันได้หรือไม่ ถ้ามีสิทธิกระทำได้ก็อ้างป้องกันได้⁷ จำเลยเก็บของไว้ในโรงเก็บ

⁵ มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้.”

⁶ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 279.

⁷ สหรัฐ กิตติการ, **หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อมรินทร์, 2561), หน้า 148.

⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 281.

ของในสวนของจำเลย ตำบลที่เกิดเหตุมีคนร้ายชุกชุม ผู้ตายกับพวกบุกกรุกเข้าไปในเวลาวิกาลโดยเจตนา จะลักทรัพย์ผู้ตายถูกเส้นลวดที่จำเลยซึ่งปล่อยกระแสไฟฟ้าไว้ที่โรงเก็บของจนถึงแก่ความตาย จำเลยมีสิทธิทำร้ายผู้ตายกับพวกเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ จึงไม่มีความผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 1923/2519) ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานี้ ผู้ตายเป็นคนร้าย บุกกรุกเข้าไปลักทรัพย์ของจำเลย จึงเห็นได้ว่า มีอันตรายเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมายที่จะเกิดแก่ทรัพย์สินของจำเลย ศาลจึงวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำเพื่อป้องกันได้ เพราะถ้าจำเลยไม่กระทำการป้องกันล่วงหน้าในที่สุดก็จะมีอันตรายเกิดขึ้นและถ้าไม่มีการป้องกันล่วงหน้าไว้ ขณะเกิดเหตุถ้าจำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุก็ย่อมมีสิทธิกระทำการเพื่อป้องกันทรัพย์สินได้อยู่ดี

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีการกระทำเพื่อป้องกันล่วงหน้าไว้ แต่ถ้าไม่มีอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมายที่จะเกิดขึ้นผู้กระทำก็อ้างป้องกันไม่ได้เพราะไม่มีเหตุให้ป้องกัน ผู้กระทำก็ยังมีความผิดอยู่ดี เช่น ผู้ตายเป็นเด็กหญิงและเป็นหลานของจำเลย เรียนหนังสืออยู่ที่วัดซึ่งจำเลยเป็นครูอยู่ มีบ้านอยู่ติดกัน จำเลยซึ่งลวดเส้นเดียวและเล็กไว้ในบริเวณบ้านและปล่อยกระแสไฟฟ้าไปตามเส้นลวดนั้น เมื่อเวลาจวนสว่างผู้ตายเข้าไปในเขตรั้วบ้านจำเลยและมาถูกสายลวดของจำเลยจึงถึงแก่ความตาย ดังนี้ถือไม่ได้ว่าการกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการป้องกันสิทธิของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงมีความผิดฐานทำร้าย จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา ตามมาตรา 290 (คำพิพากษาฎีกาที่ 32/2510) นอกจากนี้ก็มีคดีที่ศาลตัดสินทำนองเดียวกันคือ คำพิพากษาฎีกาที่ 4884/2528 ผู้ตายเข้าไปในบริเวณบ่อปลาของนายจ้างจำเลย เพื่อจะเกี่ยวหญ้า จำเลยไม่มีสิทธิทำร้ายผู้ตาย เมื่อจำเลยขึ้นเส้นลวดไว้ภายในรั้วลวดหนามที่ล้อมรอบบริเวณบ่อเลี้ยงปลาของนายจ้างและปล่อยกระแสไฟฟ้าเข้าไปตามลวดนั้น ผู้ตายมาถูกสายลวดถึงแก่ความตาย ดังนี้ การกระทำของจำเลยไม่เป็นการป้องกันสิทธิของผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยมีความผิดตามมาตรา 290

2.3 ผู้กระทำการเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากอันตราย

2.3.1 ต้องกระทำโดยเจตนา กระทำเพื่อป้องกันต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสอง คือ ผู้กระทำรู้สำนึกในการที่กระทำและขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ดังนั้นถ้าเป็นการกระทำโดยประมาทก็จะอ้างกระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ เช่น จำเลยเอาอาวุธปืนออกมาขู่ผู้ตาย และจำเลยทำปิ่นลับโดยประมาทถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย ไม่ใช่เป็นการกระทำโดยเจตนา การกระทำของจำเลยจึงมิใช่เป็นการป้องกันตามมาตรา 68 (คำพิพากษาฎีกาที่ 96/2529) นอกจากนี้เจตนาโดยผลของกฎหมายคือกระทำโดยพลาดตาม

มาตรา 60⁹ เป็นการกระทำต่อบุคคลหนึ่งเพื่อป้องกันแต่ผลร้ายที่เกิดแก่อีกบุคคลหนึ่ง ผู้กระทำสามารถอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้เช่นเดียวกัน¹⁰ เพราะการกระทำโดยพลาดตามมาตรา 60 เป็นเจตนาโอน กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาต่อบุคคลแรกเช่นไร เจตนาที่นั้นยอมโอนไปสู่ผู้ซึ่งได้รับผลร้ายด้วยเช่นเดียวกัน เช่น หนึ่งเล็งปืนจะยิงสอง สองจึงใช้ปืนยิงหนึ่งเพื่อป้องกัน กระสุนปืนไม่ถูกหนึ่งแต่ถูกสามถึงแก่ความตาย ดังนี้กรณีสามที่ตายสองสามารถอ้างได้ว่ากระทำเพื่อป้องกันตามมาตรา 68 ประกอบมาตรา 60

2.3.2 กระทำโดยมีเจตนาเพื่อป้องกัน การป้องกันนอกจากจะมีเจตนารมณ์แล้ว ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำ “เพื่อป้องกันด้วย” ดังนั้น ถ้าขาดเจตนาพิเศษดังกล่าวก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ของการป้องกันตามมาตรา 68 เช่น จำเลยชิงเส้นลวดรอบที่ตักกล้าข้าวเพื่อป้องกันมิให้หนูเข้าไปกินเมล็ดกล้าข้าว ผู้ตายเข้าไปหากระบแล้วถูกระแสไฟฟ้าที่จำเลยปล่อยมาตามเส้นลวดจนถึงแก่ความตาย ถือว่าจำเลยมีเจตนาทำร้ายผู้ตายซึ่งเป็นเจตนาโดยยอมเล็งเห็นผลตามมาตรา 59 วรรคสอง จำเลยจึงมีความผิดตามมาตรา 290 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1429/2520) จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงตามคดีนี้จำเลยไม่มีเจตนาพิเศษกระทำเพื่อป้องกันตามกฎหมาย เพราะการป้องกันต้องกระทำการป้องกันเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดกฎหมายคือภัยอันตรายจากการกระทำของบุคคล แต่จำเลยกระทำโดยมีเจตนาป้องกันหนูที่จะเข้ามากินเมล็ดกล้าเท่านั้น ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดจะอ้างป้องกันตามมาตรา 68 ไม่ได้ หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง เช่น หนึ่งเจตนาฆ่าสองจึงยกปืนเล็งไปที่สอง สองไม่รู้ตัวหนึ่งจะยิงตน แต่สองมีเจตนาฆ่าสามจึงใช้ปืนยิงไปที่สาม กระสุนปืนแลถูกหนึ่งถึงแก่ความตาย ดังนี้ เป็นการกระทำโดยพลาดตามมาตรา 60 ซึ่งกฎหมายถือว่าสองมีเจตนาฆ่าหนึ่งผู้ได้รับผลร้ายด้วย แต่ถึงแม้หนึ่งจะมีเจตนาฆ่าสองและสองมีเจตนาฆ่าหนึ่งตามมาตรา 60 สองก็อ้างป้องกันไม่ได้เพราะสองไม่มีเจตนาพิเศษในการกระทำเพื่อป้องกัน กรณีหนึ่งที่ถึงแก่ความตายสองมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 60

2.3.3 กระทำต่อตัวผู้ก่อภัย ภัยอันตรายซึ่งประทุษร้ายเกิดจากการละเมิดกฎหมาย กล่าวคือ เกิดจากการกระทำผิดกฎหมายของบุคคล ดังนั้นการกระทำเพื่อป้องกันก็ต้องกระทำต่อบุคคลผู้ก่อภัยหรือในกรณีบุคคลใดใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการก่อภัยการกระทำต่อสัตว์นั้นก็ยิ่งถือว่าเป็นการกระทำต่อผู้ก่อภัยเช่นกัน ถ้าไปกระทำต่อบุคคลที่สามจะอ้างป้องกันไม่ได้ เช่น หนึ่งใช้ปืนไล่ยิงสอง สองกลัวจะถูกยิง จึงจะหลบหนีเข้าบ้านของสาม สามไม่ยอมให้เข้าบ้าน สองจึงใช้กำลัง

⁹ มาตรา 60 บัญญัติว่า “ผู้ใดเจตนาที่จะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ผลของการกระทำเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่ง โดยพลาดไป ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำโดยเจตนาแก่อีกบุคคลผู้ซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น...”

¹⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 282.

ทำร้ายสาม ดังนี้ ถึงแม้การที่หนึ่งใช้ปืนไล่ยิงสองจะเป็นอันตรายอันละเมิดกฎหมายและเป็นอันตรายอันใกล้จะถึง แต่การที่สองทำร้ายสาม สองจะอ้างกระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ เพราะสามไม่ใช่ผู้ก่อภัย สองจึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายสามตามมาตรา 295 แต่ไม่ต้องรับโทษ โดยอ้างกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (2) ข้อเท็จจริงตามตัวอย่างนี้ถ้าสองใช้ปืนยิงหนึ่ง สองสามารถอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้เพราะหนึ่งเป็นผู้ก่อภัย (ถ้าสามทำร้ายสองเพื่อไม่ให้สองบุกรุกเข้าบ้านสามก็ย่อมอ้างป้องกันได้เช่นกัน เพราะสองเป็นผู้ก่อภัยต่อสาม ถึงแม้การกระทำของสองจะอ้างกระทำด้วยความจำเป็นแต่ก็เป็นอันตรายเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมายที่จะเกิดกับสาม เพราะการกระทำด้วยความจำเป็นยังเป็นความผิดเพียงแต่ได้รับยกเว้นโทษเท่านั้น)

กรณีผู้ก่อภัยใช้ผู้อื่นเป็นเครื่องมือแต่ผู้อื่นไม่มีการกระทำตามกฎหมาย การกระทำต่อผู้ที่ถูกใช้เป็นเครื่องมือก็สามารถอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้¹¹ เพราะการใช้ผู้อื่นเป็นเครื่องมือโดยผู้อื่นไม่มีการกระทำก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยทางตรง¹²ของผู้ที่ใช้ผู้อื่นนั่นเอง เช่น เอกต้องการฆ่าโทจึงสะกดจิตแดงให้ใช้ปืนยิงโท ขณะที่แดงเล็งปืนจะยิงโท โทใช้ปืนยิงแดงจนถึงแก่ความตาย ดังนี้ โทก็สามารถอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้ เพราะแดงถูกสะกดจิตไม่อยู่ภายใต้บังคับของสภาพจิตใจ จึงไม่ถือเป็นการกระทำของแดงแต่เป็นการกระทำโดยทางตรงของเอก แดงจึงเปรียบเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของเอกในการฆ่าโทเท่านั้น

2.3.4 ผู้กระทำเองหรือผู้อื่นมีสิทธิที่จะป้องกัน กฎหมายให้สิทธิบุคคลในการที่จะกระทำเพื่อป้องกันตนเองหรือกระทำเพื่อป้องกันบุคคลอื่นก็ได้ เพียงแต่บุคคลนั้นก็ดี หรือบุคคลอื่นดังกล่าวก็ดี จะต้องมามีสิทธิในการป้องกันตนเอง ถ้าไม่มีสิทธิที่จะป้องกันก็จะอ้างกระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ กรณีที่ทำให้บุคคลไม่มีสิทธิป้องกันได้แก่

ผู้ก่อภัยขึ้นก่อน เมื่อตนเป็นต้นเหตุ คือเป็นผู้ก่อภัยขึ้นก่อนแล้วจะอ้างสิทธิตามกฎหมายในการป้องกันไม่ได้ เช่น จำเลยได้ใช้ปืนยิงผู้ตายเนื่องมาจากจำเลยเป็นฝ่ายทำร้ายให้ผู้ตายออกไปยิงกับจำเลย จำเลยจะอ้างกระทำเพื่อป้องกันหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49/2529) การที่จำเลยใช้มือข้างหนึ่งเกาะรถยนต์และถ่ายปัสสาวะรดตรงท้ายประตูด้านขวา ปัสสาวะย่อมจะต้องถูกรถยนต์ไม่มากนักน้อย การกระทำของจำเลยที่ใช้รถยนต์ของผู้อื่นเป็นที่กำบังในการถ่ายปัสสาวะเป็นความประพฤติน่าสมควรรอยรัง จ่าเลยเป็นผู้ก่อเหตุที่ไม่งดงามขึ้นก่อน เมื่อจำเลยถูกต่อว่าและไม่ว่าจะถูกตบท้ายทอยโดยบุคคลใดในฝ่ายผู้เสียหายหรือไม่ จ่าเลยพึงต้องอดทน การที่จำเลยตอบโต้โดยมีการต่อปากต่อคำนำไปสู่การวิวาทที่รุนแรงแล้วจำเลยใช้อาวุธปืนในการวิวาท โดยไม่

¹¹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 283.

¹² **กระทำโดยทางตรง** หมายถึง การใช้ผู้อื่นเป็นเครื่องมือโดยผู้อื่นไม่มีการกระทำ.

ปรากฏว่าฝ่ายผู้เสียหายใช้อาวุธปืน เช่น จำเลย ดังนี้จำเลยหาสิทธิที่จะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำเพราะบันดาลโทสะได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 5371/2542) แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าการทำร้ายหรือก่อเหตุได้ขาดตอนไปแล้ว ผู้กระทำที่มีสิทธิอ้างป้องกันได้ เช่น จำเลยแม้จะเป็นฝ่ายก่อเหตุโดยใช้อาวุธปืนตบหน้า ร. ในบริเวณงาน แต่ก้เลิกกันไปแล้ว จำเลยเดินกลับบ้าน ผู้เสียหายเดินตามไปทันบนสะพานซึ่งอยู่ห่างจากบริเวณงาน 500 เมตร ถือได้ว่าเหตุการณ์ในตอนแรกขาดตอนไปแล้ว ทั้งที่ผู้เสียหายไม่ใช่ผู้ที่ถูกจำเลยทำร้าย ผู้เสียหายจะทำร้ายจำเลย จำเลยจึงมีสิทธิกระทำเพื่อป้องกันได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 6106/2533)

ผู้สมัครใจเข้าสู่สู้หรือทะเลาะวิวาท การสมัครใจเข้าสู่สู้กันหรือเริ่มทะเลาะวิวาทกัน เป็นการสมัครใจเสี่ยงภัยโดยแท้ ภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นจึงไม่ถือว่าเป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมาย จึงไม่เป็นเหตุที่จะอ้างกระทำเพื่อป้องกันได้ เช่น ภริยาของจำเลยกับผู้เสียหายสมัครใจทะเลาะวิวาททำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน มิใช่เป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย จำเลยจึงไม่อาจอ้างได้ว่าการที่จำเลยใช้มีดแทงผู้เสียหายเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของภริยาจำเลย ตามมาตรา 68 (คำพิพากษาฎีกาที่ 5640/2533) จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบิดาของจำเลยที่ 2 ได้สมัครใจวิวาทชกต่อยกับผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 เข้าห้ามปรามมิให้ผู้เสียหายทำร้ายร่างกายจำเลยที่ 1 ผู้เสียหายกลับชกต่อยและเตะจำเลยที่ 2 จนเซไป แม้ผู้เสียหายจะหวนกลับไปทำร้ายร่างกายจำเลยที่ 1 อีก ก็เป็นเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นต่อเนื่องในขณะที่วิวาทกัน จำเลยที่ 2 จึงไม่มีสิทธิที่จะใช้เก้าอี้ตีผู้เสียหายเพื่อป้องกันจำเลยที่ 1 ได้ ทั้งไม่อาจอ้างได้ว่าการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองด้วย เพราะภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่เกิดแก่จำเลยที่ 2 เองคือถูกผู้เสียหายชกต่อยและเตะจนเซได้ผ่านพ้นไปแล้ว แต่ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ได้กระทำโดยบันดาลโทสะ เพราะถูกจำเลยที่ 1 ชมเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 72 (คำพิพากษาฎีกาที่ 5698/2537) ถึงแม้ตามกฎหมายจะอนุญาตให้บุคคลกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของผู้อื่นได้ แต่ข้อเท็จจริงตามคดีนี้จำเลยที่ 2 จะอ้างกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของจำเลยที่ 1 ไม่ได้ เพราะตัวจำเลยที่ 1 เอง ก็ไม่มีสิทธิอ้างป้องกันตัวเองเนื่องจากสมัครใจวิวาทกับผู้เสียหาย

ผู้ที่สมัครใจให้ผู้อื่นกระทำกับตัวเองก่อน กรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน การที่ผู้กระทำสมัครใจให้ผู้อื่นกระทำกับตัวเองก่อนก็แสดงว่าผู้นั้นสมัครใจเสี่ยงภัยเอง ภายหลังจะอ้างว่ากระทำเพื่อป้องกันจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายจึงไม่ได้ เช่น เอกพูดท้าทายให้โทใช้มีดแทงเอก โดยอ้างว่ามีพระเครื่องดีแทงไม่เข้าไม่มีใครทำอันตรายแก่ร่างกายได้ โทต้องการทดลองจึงเจือมีดจะแทงเอก เอกเกิดความกลัวและหวาดเสียวจึงใช้มีดแทงสวนไปที่โทจนได้รับอันตราย ดังนี้ การกระทำของเอกจะอ้างป้องกันตัวเองไม่ได้ เพราะเอกสมัครใจให้โทกระทำกับเอกก่อน

ดังนั้น ถึงแม้กฎหมายจะให้บุคคลกระทำการเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นได้ แต่ดังที่กล่าวแล้วว่า ตัวบุคคลนั้นเองหรือผู้อื่นจะต้องมีสิทธิที่จะป้องกันตนเองได้ ถ้าเข้าใน 3 กรณีข้างต้นผู้กระทำก็ย่อมไม่มีสิทธิที่จะกระทำเพื่อป้องกัน

2.3.5 ป้องกันพอสมควรแก่เหตุ การกระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 68 ต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ การกระทำนั้นไม่เกินขอบเขต ดังนั้นถ้าการกระทำเกินสมควรแก่เหตุ ก็ยังถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดเพียงแต่ตามมาตรา 69 ศาลจะลดโทษให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ อย่างไรก็ตามจะถือว่าการกระทำเพื่อป้องกันพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ก็มีหลักในการพิจารณา 2 ประการ¹³ **ประการแรก** พิจารณาจากหลักวิธีทางน้อยที่สุดเท่าที่จะต้องกระทำ **และประการที่สอง** พิจารณาจากหลักได้สัดส่วน **หลักวิธีทางน้อยที่สุด** ก็หมายถึงผู้กระทำจะต้องใช้มาตรการขั้นต่ำสุดในการกระทำเพื่อให้พ้นภัย ดังนั้นหากยังมีวิธีทางอื่นหรือทางเลือกอื่นที่สามารถกระทำได้ ผู้กระทำก็ต้องใช้วิธีทางในขั้นต่ำสุด เช่น ผู้ตายบุกรุกเข้าไปฉุดคร่าบุตรสาวของจำเลยถึงในบ้าน เมื่อจำเลยเข้ามาขัดขวางหรือห้ามปรามกลับถูกผู้ตายทำร้ายจนล้มลงแล้วผู้ตายจะพาบุตรสาวของจำเลยออกจากบ้านไป การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในเวลาฉุกเฉินขณะนั้น 4 นาที เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย โดยจำเลยกระทำไปเพื่อช่วยเหลือนบุตรของตนให้พ้นอันตรายที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า และอันตรายนั้นเกิดขึ้นต่อเนื่องกันอยู่ **ไม่มีทางเลือกที่จะป้องกันด้วยวิธีอื่น** การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 555/2530) ส่วนหลักการกระทำได้สัดส่วน หมายถึง ระดับของอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับการกระทำเพื่อป้องกันได้สัดส่วนกันหรือไม่ ถ้าได้สัดส่วนกันก็ถือว่าเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เช่น ผู้เสียหายเป็นฝ่ายก่อเหตุโดยด่าว่าและทำร้ายจำเลยกับพวกมาโดยตลอดในช่วงที่เกิดเหตุ จำเลยเห็นผู้เสียหายอยู่ห่างประมาณ 2 เมตร ขณะนั้นผู้ตายเดินเข้ามาหาโดยถือขวดเบียร์เงื้อมในลักษณะจะตีจำเลย ซึ่งเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นต่อหน้าโดยกะทันหัน ถือว่ามีอันตรายอันใกล้จะถึง จำเลยจึงมีสิทธิที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันตนเองได้ ที่จำเลยใช้อาวุธปืนพกยิงขึ้นฟ้า 1 นัด ก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายเข้ามาทำร้าย หลังจากนั้นจำเลยก็ไม่ได้ทำการอย่างใดอีก และเหตุการณ์สงบลงโดยมีเพื่อนผู้เสียหายพาผู้เสียหายออกไป การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงขึ้นฟ้าเพียงนัดเดียวดังกล่าว ถือได้ว่าพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 (คำพิพากษาฎีกาที่ 9608/2556) ข้อเท็จจริงตามคดีนี้ศาลก็วินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยได้สัดส่วนกับอันตรายที่จะเกิดจากการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายของผู้เสียหาย หลักพิจารณาทั้ง 2 ประการว่า การกระทำเพื่อป้องกัน

¹³ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 287.

เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ บางกรณีศาลก็พิจารณาจากหลักอันใดอันหนึ่ง แต่บางกรณีศาลก็ต้องใช้ทั้ง 2 หลัก คือ เป็นวิธีทางน้อยที่สุดและการกระทำได้สัดส่วนประกอบกัน และในที่สุดแล้วถ้าเห็นว่าการกระทำเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ตามมาตรา 69¹⁴

3. ผู้กระทำสำคัญผิด

ความสำคัญผิดของผู้กระทำมี 2 กรณีคือ สำคัญผิดในตัวบุคคลตามมาตรา 61 หมายถึง ผู้กระทำเจตนากระทำความผิดต่อบุคคลหนึ่ง แต่ได้กระทำต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิดกับสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 หมายถึง ความจริงไม่มีข้อเท็จจริงนั้นอยู่แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีข้อเท็จจริงนั้น

มาตรา 62 วรรคแรก บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่มีความผิดหรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี”

มาตรา 62 นี้จะต้องเป็นกรณีผู้กระทำมีเจตนาในการกระทำแต่เจตนาเกิดจากความสำคัญผิด ดังนั้น ถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาอยู่แล้ว เช่น ความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 59 วรรคสาม ก็ไม่ต้องนำมาตรา 62 มาบังคับใช้ เพราะในเมื่อผู้กระทำไม่มีเจตนาที่เป็นเรื่องขาดองค์ประกอบภายใน ความผิดก็จะไม่เกิด สำหรับข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 จะมี 2 อย่างคือ **ข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริง กับข้อเท็จจริงตามที่ผู้กระทำสำคัญผิด** ซึ่งให้ดูว่าข้อเท็จจริงใดเป็นคุณหรือเป็นผลร้ายกับผู้กระทำ ความผิด ถ้าข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงเป็นผลดีกับผู้กระทำอยู่แล้ว ก็ถือเอาตามข้อเท็จจริงนั้นไม่ต้องนำมาตรา 62 มาบังคับใช้ แต่ถ้า**ข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงเป็นผลร้ายกับผู้กระทำ ส่วนข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงเป็นผลดีกับผู้กระทำ** ดังนั้นจึงนำมาตรา 62 มาบังคับใช้โดยถือเอาตามที่ผู้กระทำสำคัญผิด¹⁵

¹⁴ มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็นหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดจากความตื่นตระหนก ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้.”

¹⁵ เกียรติขจร วาจาเสวีศรี, เรื่องเดิม, หน้า 145.

3.1 หลักเกณฑ์ของมาตรา 62 วรรคแรก

3.1.1 ข้อเท็จจริงถ้ามีอยู่จริง ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เช่น การกระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ เช่น การกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 หรือทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง เช่น บันดาลโทษตามมาตรา 72 หมายถึง ถ้ามีข้อเท็จจริงดังกล่าวจริงก็จะเป็นคุณต่อผู้กระทำเพราะผู้กระทำไม่มีความผิด หรือไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลง

3.1.2 ข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอยู่จริงแต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง หมายถึง ตามความเป็นจริงไม่มีข้อเท็จจริงซึ่งจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องกระทำการเพื่อป้องกัน หรือกระทำความจำเป็นหรือบันดาลโทษ แต่ผู้กระทำสำคัญผิดหรือเข้าใจผิดว่ามีเหตุหรือมีข้อเท็จจริงนั้นจึงได้กระทำไปเพื่อป้องกันหรือกระทำความจำเป็น หรือกระทำโดยบันดาลโทษ

3.1.3 ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง หมายถึง กฎหมายให้ถือเอาตามข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำสำคัญผิดซึ่งเป็นคุณหรือเป็นผลดีกับผู้กระทำนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ถ้าความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามมาตรา 62 วรรคแรก ได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำ มาตรา 62 วรรคสอง ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท

4. การกระทำเพื่อป้องกันเพราะความสำคัญผิด

การกระทำเพื่อป้องกันตามมาตรา 68 และความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 วรรคแรก ผู้เขียนได้แยกหลักเกณฑ์และอธิบายตามลำดับไว้แล้ว ดังนั้นการกระทำเพื่อป้องกันเพราะความสำคัญผิดตามมาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 จึงประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

4.1 ข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริง หมายถึง ข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงหรือตามความเป็นจริงไม่มียกเว้นราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่จะเกิดกับผู้กระทำหรือเกิดกับผู้อื่น จึงไม่มีเหตุให้ผู้กระทำจะอ้างว่าได้กระทำเพื่อป้องกันได้ ดังนั้น ถ้าถือเอาตามข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามกฎหมายเพราะไม่เข้าเหตุยกเว้นความผิด จึงเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงเป็นผลร้ายกับผู้กระทำ

4.2 ข้อเท็จจริงตามที่ผู้กระทำสำคัญผิด หมายถึง แม้ข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงตามข้อ 4.1 จะไม่มีอยู่จริง คือ ไม่มียกเว้นรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่จะเกิดขึ้นอันเป็นเหตุ

ให้ผู้กระทำต้องกระทำเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นแต่ผู้กระทำสำคัญผิดหรือเข้าใจผิดว่าจะมีอันตรายนั้นเกิดขึ้น ผู้กระทำจึงได้กระทำเพื่อป้องกัน จึงเห็นได้ว่า ถ้าถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ผู้กระทำสำคัญผิดจะเป็นคุณหรือเป็นผลดีกับผู้กระทำ เพราะผู้กระทำจะไม่มี ความผิดหรือเป็นเหตุ ยกเว้นความผิด

4.3 ผู้กระทำได้กระทำเพื่อป้องกันโดยความสำคัญผิด หมายถึง ด้วยความสำคัญผิดตามข้อ 4.2 ว่าจะมีอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายต่อกฎหมายจะเกิดขึ้น ผู้กระทำจึงได้กระทำเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น จึงเรียกว่า เป็นการกระทำเพื่อป้องกันเพราะความสำคัญผิดตามมาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

4.4 ผู้กระทำไม่มีความผิด หมายถึง กฎหมายมาตรา 62 วรรคแรก ให้ถือเอาตามข้อเท็จจริงตามที่ผู้กระทำสำคัญผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นคุณหรือเป็นผลดีกับผู้กระทำ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1947/2546 จำเลยยิงรถโจทก์ร่วมโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าโจทก์ร่วมเป็นคนร้ายที่ประสงค์จะขับรถพุ่งเข้าชนเพื่อฆ่าจำเลย เมื่อจำเลยกระโดดหลบไปทางด้านข้างและรถโจทก์ร่วมแล่นไปทับจุดที่จำเลยนั่งอยู่ จำเลยก็ใช้อาวุธปืนยิงไปที่รถของโจทก์ร่วมทันทีทันใด เป็นเหตุที่ต่อเนื่องและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงตัวจำเลยแล้ว จำเลยจึงมีสิทธิป้องกันตนเองได้ การที่จำเลยใช้อาวุธปืนสั้นที่มีติดตัวอยู่ยิงไปถูกรถของโจทก์ร่วมเพียง 1 นัด แล้วก็หยุดไม่ยิงซ้ำอีกทั้งๆ ที่มีกระสุนเหลืออยู่อีก 5 นัดและจำเลยไม่รู้ว่าคนขับรถดังกล่าวเป็นใคร มีอาวุธอยู่หรือไม่ กรณีถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการพอสมควรแก่เหตุ เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยสำคัญผิดตามมาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามฆ่าโจทก์ร่วม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3869/2546 ในช่วงเวลาเกิดเหตุในละแวกบ้านจำเลยมีโจรผู้ร้ายชุกชุมและก่อนเกิดเหตุจำเลยเคยถูกคนร้ายเข้ามาลักทรัพย์ในบ้าน คืนเกิดเหตุผู้ตายได้ป็นเข้าบ้านจำเลยทางช่องลมโดยปราศจากเหตุอันสมควร ย่อมทำให้จำเลยสำคัญผิดว่าผู้ตายเป็นคนร้าย และในขณะนั้นจำเลยย่อมไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ตายจะมีอาวุธหรือไม่เพราะในห้องที่เกิดเหตุมืดและเป็นเวลากะทันหัน ถ้าเป็นคนร้ายที่จะมาทำร้ายจำเลยจริงแล้ว จำเลยก็อาจได้รับอันตรายก่อนที่จะทำการป้องกันได้ทันทั่วทั้งและจำเลยยิงผู้ตายเพียง 1 นัด เมื่อผู้ตายล้มลงจำเลยก็มีได้ยิงผู้ตายแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงพอสมควรแก่เหตุ เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิดตามมาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

ในตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองคดีนี้จะเห็นได้ว่าตามข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงไม่มีอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่จะเกิดกับผู้กระทำ แต่ผู้กระทำสำคัญ

ผิดในข้อเท็จจริงว่า กำลังจะมีภัยอันตรายดังกล่าวก่อเกิดขึ้น จึงได้กระทำเพื่อป้องกัน ศาลจึงเห็นว่าเป็นการกระทำเพื่อป้องกันโดยสำคัญผิดตามมาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ถ้าความสำคัญผิดของผู้กระทำเกิดจากความประมาท มาตรา 62 วรรคสอง ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 872/2510 (ประชุมใหญ่) จำเลยใช้ปืนยิงเด็กซึ่งส่องไฟหากบที่ริมรั้วบ้านของจำเลยถึงแก่ความตาย โดยจำเลยสำคัญผิดว่าเป็นคนร้ายจะฆ่าพี่จำเลย เป็นการป้องกันซึ่งเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จึงมีความผิดตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 69 และความสำคัญผิดเกิดโดยประมาทของจำเลย จำเลยย่อมมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทโดยผลของมาตรา 62 วรรคสอง กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท จึงต้องลงโทษเรื่องฆ่าโดยป้องกันเกินกว่ากรณีอันเป็นบทหนักตามมาตรา 90 แต่ถ้าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุซึ่งไม่มีความผิด ก็คงเหลือเพียงความผิดในส่วนที่สำคัญผิดโดยประมาทตามมาตรา 62 วรรคสอง คือความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท ตามมาตรา 291 ฐานเดียว

ตามคำพิพากษาฎีกาในเรื่องนี้ ประเด็นที่ศาลฎีกาวินิจฉัย มีดังนี้

ประเด็นแรก การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเพื่อป้องกันโดยสำคัญผิดตามมาตรา 62 วรรคแรก แต่เป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามมาตรา 69 จำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ตามมาตรา 288 แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ตามมาตรา 69

ประเด็นที่สอง ความสำคัญผิดของจำเลยตามมาตรา 62 วรรคแรก เกิดจากความประมาท จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 291

ประเด็นที่สาม การกระทำของจำเลยเป็นเรื่องกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทตามมาตรา 90 จึงลงโทษตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 69 ซึ่งเป็นบทที่มีโทษขั้นสูงหนักกว่าโทษขั้นสูงของความผิดตามมาตรา 291

5. บทสรุป

การกระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุยกเว้นความผิด เพราะผู้กระทำไม่มีความผิด การกระทำเพื่อป้องกันจึงต้องครบหลักเกณฑ์ คือ มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่ง และไม่ว่าจะเกิดจาก

การกระทำโดยเจตนาหรือโดยประมาท ถ้าภัยอันตรายนั้นไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายก็จะอ้างกระทำเพื่อป้องกันไม่ได้ ภัยอันตรายนั้นก็ต้องใกล้จะถึง หมายถึง ภัยอันตรายกำลังจะเกิดขึ้นหรือได้เกิดขึ้นแล้วและภัยยังคงอยู่ ส่วนการกระทำเพื่อป้องกันล่วงหน้าก็ให้กระทำได้ถ้าเห็นได้ว่าหากไม่กระทำเพื่อป้องกันล่วงหน้าต่อมากฎหมายก็จะเกิดขึ้น หรือแม้ไม่ได้กระทำล่วงหน้าแต่ขณะเกิดเหตุผู้กระทำก็ต้องกระทำเช่นนั้นเพื่อป้องกันอยู่ดี การกระทำเพื่อป้องกันกฎหมายยอมให้บุคคลกระทำการเพื่อป้องกันตนเองหรือป้องกันบุคคลอื่นก็ได้ แต่ตนเองก็ดีหรือบุคคลอื่นก็ดี จะต้องมีความเชื่อว่าจะป้องกันได้ และการป้องกันซึ่งจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 68 ก็ต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ โดยพิจารณาจากหลักวิธีทางน้อยที่สุดหรือหลักการได้สัดส่วนถ้าการป้องกันเกินกว่าเหตุก็ยังไม่มีความผิดเพียงแต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ตามมาตรา 69

กรณีกระทำการเพื่อป้องกันเพราะสำคัญผิด หมายถึง ข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงไม่มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย อันจะเป็นเหตุให้ต้องกระทำการเพื่อป้องกัน แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าจะมีภัยอันตรายดังกล่าวเกิดขึ้นจึงได้กระทำด้วยเจตนาเพื่อป้องกันตามมาตรา 62 วรรคแรก กฎหมายให้ผู้กระทำไม่มีความผิด โดยถือเอาตามข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำสำคัญผิด ซึ่งเป็นผลดีหรือเป็นคุณกับผู้กระทำ อย่างไรก็ตาม ถ้าความสำคัญผิดตามมาตรา 62 วรรคแรกเกิดจากความประมาทของผู้กระทำมาตรา 62 วรรคสอง ก็ให้ผู้กระทำรับผิดฐานกระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- จิตติ ตังศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525.
- วิเชียร ติเรกอุดมศักดิ์. กฎหมายอาญาพิสดาร เล่ม 1. ฉบับปรับปรุงใหม่ ปี 2562. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แสงจันทร์การพิมพ์, 2562.
- สทฤษฎ์ กิตติสุภการ. หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อมรินทร์, 2561.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- Andenaes, Johannes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. London: Sweet & Maxwell, 1965.

หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด
ภายใต้กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ:
กรณีศึกษาคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ ศรีบุญโรจน์

หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดภายใต้กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
แห่งสหประชาชาติ: กรณีศึกษาคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ
The Exhaustive Local Remedies Rule under UN Human Rights
Protection Mechanisms: A Case Study on the CRPD-Committee

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อาณนท ศรีบุญโรจน์*
Assistant Professor Arnon Sriboonroj

บทคัดย่อ

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการเป็นกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ภายใต้พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจในการรับและพิจารณาข้อร้องเรียนจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นภายในรัฐภาคี แต่อย่างไรก็ดี ก่อนที่จะเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้นั้น ผู้เสียหายต้องดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจากกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล ในฐานะที่เป็น “เงื่อนไขบังคับก่อน” ของกระบวนการรับเรื่องร้องเรียน โดยเมื่อพิจารณาถึงทางปฏิบัติของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ พบว่า มีทั้งกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการเยียวยาภายในถึงที่สุดแล้ว และกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องเรียนยังไม่ได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด อันเป็นเหตุที่ทำให้ไม่สามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณา

คำสำคัญ: การเยียวยาภายใน, สิทธิมนุษยชน, คนพิการ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. สาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. Email: themis.lawtu@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Thaksin University; LL.B. (Second honor) Thammasat University; LL.M. in International Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 7 พฤษภาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 กันยายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 30 กันยายน 2563.

Abstract

The Committee on the Rights of Persons with Disabilities is a mechanism to protect human rights, which was established by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Optional Protocol of the Convention authorized the Committee to have authority to accept and consider complaints of individuals or group of individuals who sustain damage due to human rights violation in the state party. Nonetheless, before proposing the complaints to the Committee, the complainant must initiate the exhaustion of domestic remedies procedure. This procedure is extensively recognized by international human rights protection mechanism as a ‘precondition’ of the complaint handling process. According to practical steps of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, there are two cases the Committee facing with, both admissibility and inadmissibility of exhaustion domestic remedies; therefore, the complaint handling process cannot proceed.

Keywords: local remedies, human rights, persons with disabilities

“A State should be given the opportunity to redress an alleged wrong within the framework of its own domestic legal system before its international responsibility can be called into question.”

by A. A. Cancado Trindade

1. บทนำ

เมื่อบุคคล (และรวมถึงกลุ่มบุคคล) ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน (human rights violation) ย่อมสามารถเสนอข้อร้องเรียนต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้ระบบกฎหมายภายในเพื่อให้มีการบรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายที่ได้รับจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนเช่นว่านั้น โดยกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้ระบบกฎหมายภายในดังกล่าวอาจปรากฏอยู่ได้ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็น องค์การตุลาการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีหากผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ได้รับการบรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายจากกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับภายในของรัฐ ก็อาจเสนอข้อร้องเรียน (individual complain) ต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศทั้งที่อยู่ภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติและที่ไม่ได้อยู่ภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติได้¹

การเยียวยาภายในจนถึงที่สุด (exhaustive local remedies) ถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่ผู้เสียหายจะต้องดำเนินการก่อนที่จะเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ ภายใต้เงื่อนไขก่อนที่ผู้เสียหายจะเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลได้นั้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องดำเนินการกระบวนการเรียกร้องเพื่อให้มีการบรรเทาหรือเยียวยาความเสียหายภายใต้กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามระบบกฎหมายภายในให้ถึงที่สุดเสียก่อน² หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งกลไกการคุ้มครองสิทธิในระดับสากลย่อมไม่อาจรับข้อร้องเรียนของผู้เสียหายได้หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้มีการดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้ว ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดจึงถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน (precondition) ในการเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ

¹ผู้สนใจกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “กลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล: ศักยภาพข้อร้องเรียนของบุคคล,” วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน 9, 2 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2559): 74-100.

²H. Victor Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, 2nd ed. (USA: University of Nebraska Press, 2004), p. 85.

สำหรับกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาภายใต้กรอบการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาตินั้น อนุสัญญาหลักที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้ง 9 ฉบับของสหประชาชาติ³ ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ (committee) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของรัฐสมาชิกเพื่อทำหน้าที่ในการรับและพิจารณาข้อร้องเรียนจากประชาชนที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน⁴ ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Committee on the Rights of Persons with Disabilities)⁵ เป็นหนึ่งในกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ อันได้แก่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ค.ศ.2006 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006: CRPD)⁶ โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวจะทำหน้าที่ในการติดตามการดำเนินการให้เป็นไปตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาของรัฐภาคี ซึ่งรวมถึงการรับและพิจารณาข้อร้องเรียนจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา อันเป็นไปตามพิธีสารเลือกรับแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ค.ศ.2006 (Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006: OP-CRPD)⁷

³ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966, International Covenant on Civil and Political Rights 1966, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, Convention on the Rights of the Child 1989, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families 1990, Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006, International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance 2006.

⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, เรื่องเดิม, หน้า 78.

⁵ คณะกรรมการประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 12 คน ในระยะเริ่มแรกที่อนุสัญญามีผลใช้บังคับ และเพิ่มเป็น 18 คน เมื่อได้มีการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญาครบ 60 ประเทศ.

⁶ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้รับความเห็นชอบเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ.2006 ในคราวการประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติครั้งที่ 61 โดยข้อมติที่ A/RES/61/106 และได้เปิดให้มีการลงนามเมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ.2007 โดยได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.2008 จนกระทั่งถึงปัจจุบันมีรัฐเข้าเป็นภาคีจำนวน 181 ประเทศ (ข้อมูล ณ วันที่ 8 มีนาคม ค.ศ.2020) และมีข้อที่น่าสังเกตต่อไปด้วยว่า ประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียนทั้ง 10 ประเทศได้ลงนามเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้แล้ว.

⁷ ปัจจุบันมีรัฐได้ลงนามเข้าเป็นภาคีในพิธีสารเลือกรับจำนวน 96 ประเทศ (ข้อมูล ณ วันที่ 8 มีนาคม ค.ศ.2020).

ในการทำงานเดียวกันกับกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ที่ได้จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ก่อนที่ผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจะเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการได้นั้น จำเป็นที่จะต้องดำเนินการกระบวนการเยียวยาจนถึงที่สุดภายใต้ระบบกฎหมายภายในเสียก่อน และหากผู้เสียหายยังไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เพียงพอภายใต้ระบบกฎหมายภายในจึงสามารถเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการชุดนี้ได้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า การดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดนั้นมีขอบเขตเพียงใด ตลอดจนมีข้อยกเว้นของหลักการดังกล่าวหรือไม่ และตามทัศนะของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการนั้นจะพิจารณาหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดได้อย่างไร

โดยที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ และได้ภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาฉบับดังกล่าวแล้วเมื่อวันที่ 2 กันยายน 2559 ซึ่งภายใต้พิธีสารแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้ให้สิทธิคนพิการหรือกลุ่มคนพิการ ตลอดจนตัวแทนของคนพิการสามารถเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการได้⁸ หากปรากฏว่าประเทศไทยได้มีการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งอนุสัญญา

ดังนั้นเพื่อเป็นการทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดในฐานะที่เป็น “เงื่อนไขบังคับก่อน” ในการเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ บทความนี้จะจึงจะได้ศึกษาถึงประเด็นดังกล่าว โดยได้แบ่งการพิจารณาออกเป็นส่วนต่างๆ ประกอบด้วย ความหมายและลักษณะของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด, ข้อยกเว้นของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด, หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดกับการเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติ, ประเทศไทยกับหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด และบทสรุปซึ่งจะได้พิจารณาเป็นลำดับๆ ดังนี้

2. ความหมายและลักษณะของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การเยียวยาภายในจนถึงที่สุดนั้นเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการเสนอข้อร้องเรียนไปยังคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการ โดยก่อนที่ผู้ร้องจะเสนอข้อร้องเรียนไปยังคณะกรรมการนั้น ผู้ร้องจะต้องดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเสียก่อน ซึ่งหลักการดังกล่าวมิได้ปรากฏแต่เฉพาะในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการเท่านั้น หากแต่ยังเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ เช่น อนุสัญญา

⁸Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006, Article 1.

ยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950⁹ พิธีสารเลือกรับของกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966¹⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แห่งอเมริกา ค.ศ.1978¹¹ เป็นต้น

ซึ่งหากพิจารณาหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดในมิติทางประวัติศาสตร์พบว่า เดิมที หลักการดังกล่าวได้ถูกปรับใช้ในบริบทของเรื่องการคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic protection)¹² ก่อนที่จะได้ขยายขอบเขตการปรับใช้ไปในปริมณฑลของเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับ ระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดีในระยะเริ่มแรกของการปรับใช้หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดใน ขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศนั้นกลับไม่ได้รับการยอมรับจาก ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิมนุษยชนมากนัก คงมีเพียงแต่ในอนุสัญญาจัดตั้งศาล ยุติธรรมแห่งอเมริกากลาง ค.ศ.1907 (Convention for Establishment of Central American Court of Justice 1907)¹³ เท่านั้นที่ได้ให้การยอมรับหลักการดังกล่าว จนกระทั่งภายหลัง สงครามโลกครั้งที่ 2 หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดจึงเริ่มได้รับการยอมรับจากตราสารระหว่าง ประเทศที่เกี่ยวข้องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และได้กลายเป็นหลักการสำคัญของความตกลง ระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าว¹⁴ จนถึงขนาดอาจถือได้ว่าในปัจจุบันหลักการเยียวยาภายในจนถึง ที่สุดได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International customary law) แล้วก็ได้¹⁵

โดยก่อนที่บุคคลจะเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล ได้นั้น ถือเป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่จะต้องพยายามใช้กลไกการคุ้มครองทางกฎหมายภายในที่ สามารถเข้าถึงได้เพื่อการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิด (สิทธิมนุษยชน) จนกระทั่งการ

⁹The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950, Article 35 par. 1.

¹⁰Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights 1966, Article 5 par. 2 (b).

¹¹The American Convention on Human Rights 1978, Article 46 par. 1 (a).

¹²Chittharanjan Felix Amerasinghe, **Local Remedies in International Law**, 2nd ed. (New York: Cambridge University Press, 2005), p. 3.

¹³Convention for Establishment of Central American Court of Justice 1907, Article 2.

¹⁴Katrine Bjørndal Skjelten, "The Principle of Exhaustion of Domestic Remedies in the Inter-American System of Human Rights: a reasonable obstacle or an impossible barrier?," (Master Thesis, Faculty of Law, University of Oslo, 2014), pp. 12-13.

¹⁵A. A. Cancado Trindade, "Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law," *Revue Belge de Droit International* 12, 2 (1976): 526.

เรียกร้องเช่นนั้นไม่สามารถดำเนินการในระดับภายในได้อีกต่อไป และหากบุคคลไม่ได้รับการเยียวยาที่เพียงพอจากหน่วยงานภายใน จึงจะสามารถร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลได้¹⁶ ซึ่งหากจะพิจารณาถึงสาระสำคัญของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดนั้น อาจแบ่งการพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา (Rule of substance) และในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ในทางกระบวนการ (Rule of procedural)¹⁷

สำหรับการพิจารณาหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหานั้น เป็นการพิจารณาที่ช่วงเวลาในขณะที่รัฐเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (international responsibility of a state) กล่าวคือ การที่รัฐจะเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศนั้น ถือเป็นเงื่อนไขประการสำคัญที่บุคคล (ผู้เสียหาย) จะต้องดำเนินการกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในที่มีอยู่ทั้งหมดเสียก่อน หลังจากได้ดำเนินการเช่นนั้นแล้วและการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ (effective remedies) ไม่ประสบผลสำเร็จเท่านั้นที่จะเป็นเงื่อนไขซึ่งก่อให้เกิดการฝ่าฝืนพันธกรณีในทางระหว่างประเทศ¹⁸ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศจะยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าจะได้มีการดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดโดยผู้เสียหายไม่ได้รับความยุติธรรม¹⁹

ในขณะที่การพิจารณาหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ในทางกระบวนการนั้น เป็นการพิจารณาที่การเกิดขึ้นของความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในแง่นี้ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ จึงเป็นนิติสัมพันธ์ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ²⁰ โดยภายใต้แนวคิดนี้มองว่าความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นนับตั้งแต่ปัจเจกชนได้รับความเสียหาย โดยไม่คำนึงว่าบุคคลจะได้รับการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้วหรือไม่ ตามนัยนี้การเยียวยาภายในจึงเป็นเพียงกระบวนการหนึ่งในการเยียวยาความเสียหายให้กับปัจเจกชนเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ตามแนวคิดนี้แม้ว่าความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นนับตั้งแต่ที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหายแล้วก็ตาม หากแต่

¹⁶International Justice Resource Center, **Exhaustion of Domestic Remedies in the African Human Rights System** [Online], available URL: <http://www.ijrcenter.org/wp-content/uploads/2017/11/7.-Exhaustion-of-Domestic-Remedies-African-System.pdf>, 2020 (February, 25).

¹⁷Silvia D' Ascoli and Kathrin Maria Scherr, **The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection** (Italy: European University Institute, Department of Law, 2007), p. 2.

¹⁸Ibid, pp. 2-3.

¹⁹Katrine Bjørndal Skjelten, op.cit., p. 15.

²⁰Chittharanjan Felix Amerasinghe, op.cit., pp. 102-103.

การที่จะบังคับการในทางระหว่างประเทศนั้น จะยังคงกระทำมิได้จนกว่าจะได้ดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเสียก่อน²¹

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะพิจารณาหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดในแง่มุมใดก็ตาม ในท้ายที่สุดแล้วก่อนที่จะปัจเจกชนซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อพันธกรณีของรัฐจะเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในระดับระหว่างประเทศได้นั้น ก็จะต้องมีการดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเสียก่อน อยู่นั่นเอง

3. ข้อยกเว้นของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด

หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเป็นหลักการที่มีความสำคัญในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักการดังกล่าวได้เรียกร้องให้ผู้ที่จะเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกการระงับข้อพิพาทในระดับระหว่างประเทศต้องดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเสียก่อน ความสำคัญของหลักการดังกล่าวได้สะท้อนผ่านการยอมรับจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) ว่า หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีความสำคัญ ในฐานะเป็นหลักการที่ยืนยันว่า ประเทศที่การละเมิดได้เกิดขึ้นควรมีโอกาสที่จะเยียวยาความเสียหายด้วยกลไกภายใต้ระบบกฎหมายภายในของตน²² ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า “ที่ใดมีสิทธิ ที่นั่นย่อมเป็นสถานที่ซึ่งมีการเยียวยาความเสียหาย” (*ubi ius ibi remedium*)²³ โดยหากผู้เสียหายดำเนินการกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้วและยังไม่ได้ความเป็นธรรมจึงสามารถเสนอข้อร้องเรียนไปยังกลไกในระดับระหว่างประเทศได้

ในขณะที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) ได้ให้การยอมรับว่า หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Principle of General International Law) ซึ่งได้รับการสนับสนุนโดยคำตัดสินของศาล ทางปฏิบัติของรัฐ ความตกลงระหว่างประเทศ รวมทั้งงานเขียนของนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์²⁴

²¹ Silvia D'Ascoli and Kathrin Maria Scherr, op. cit., p. 4.

²² Report of the International Law Commission, **Fifty-fifth session 2003** [Online], available URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_58_10.pdf, 2020 (September, 23).

²³ Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, **Guide to Latin in International Law** (New York: Oxford University Press, 2009), p. 281.

²⁴ Report of the International Law Commission, op.cit., p. 86.

แม้ว่าหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดจะเป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นเงื่อนไขในการเสนอข้อร้องเรียนต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดีหลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นอยู่ด้วยเช่นเดียวกัน (exception of local remedies principle) หมายความว่า หากเป็นไปตามข้อยกเว้นดังกล่าวต่อไปแล้ว ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากรัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดก็สามารถเสนอข้อร้องเรียนต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศย่อมรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้แม้การดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจะยังไม่ถึงที่สุด

3.1 เมื่อกระบวนการเยียวยาภายในไม่มีประสิทธิภาพ

แม้หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดจะเป็นหลักการที่มีความสำคัญอันสืบเนื่องมาจากรากฐานทางความคิดที่ว่ากลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใน (ในความหมายอย่างกว้าง) ต้องเป็นกลไกหลักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในขณะที่กลไกในระดับระหว่างประเทศควรเป็นเพียงกลไก “หนุนเสริม” ในกรณีที่กลไกภายในไม่สามารถแก้ปัญหาได้เท่านั้น²⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลเป็นเพียง “หลักการเสริมอำนาจรัฐ” (principle of subsidiarity) เท่านั้น²⁶ ตามนัยนี้หากปรากฏว่ากลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในไม่สามารถอำนวยความสะดวก ยุติธรรมหรือมีประสิทธิภาพอันพึงจะเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายได้อย่างแท้จริงแล้ว กรณีเช่นนี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเสียก่อนก็สามารถเสนอข้อร้องเรียนต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศได้

ข้อยกเว้นของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดดังกล่าวนี้เป็นที่ยอมรับจากทั้งอนุสัญญาาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน²⁷ ตลอดจนทางปฏิบัติของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ²⁸

²⁵ *Handyside v. the United Kingdom* (1976) ECHR Judgment of 7 December 1976, par. 48, *Selmouni v. France* (1999) ECHR Judgment of 28 July 1999, par. 74.

²⁶ Tina Stavrinaki, “Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities,” in **the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary**, ed. Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein and Dimitris Anastasiou, (UK: Oxford University Press, 2018), p. 1230.

²⁷ E.g. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, Article 22 par. 5 (b), International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families 1990, Article 77 par. 3 (b).

ปัญหาที่สำคัญก็คือ อย่างไรก็ตามจึงจะถือได้ว่ากระบวนการเยียวยาภายในนั้นไม่มีประสิทธิภาพถึงขนาดที่จะเข้าข่ายของข้อยกเว้นหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด เนื่องจากโดยตัวของถ้อยคำเองมีลักษณะที่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ปรับใช้กฎเกณฑ์ตีความได้อย่างกว้างขวาง

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงทางปฏิบัติของกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาภายใต้กรอบการดำเนินงานขององค์การสหประชาชาติ พบว่า ยังมีแนวทางในการพิจารณาที่หลากหลาย เช่น ในกรณีที่กระบวนการเยียวยาภายในนั้นไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จได้อย่างแน่แท้ โดยในคดี *Pratt and Morgan v. Jamaica*²⁹ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) ได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่าตามคำพิพากษาของศาลในอดีตที่ผ่านมา การอุทธรณ์ตามรัฐธรรมนูญไม่มีทางที่จะประสบความสำเร็จ ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่าไม่มีกระบวนการเยียวยาภายในที่มีประสิทธิภาพ หรือในกรณีที่ตามพิพากษาของศาลในอดีตได้แสดงให้เห็นว่าเป็นไปไม่ได้เลยที่จะเกิดผลดีกับผู้ร้องหรือไม่ว่าอย่างไรก็ย่อมจะต้องถูกยกคำร้องอยู่นั่นเอง ซึ่งในประเด็นนี้ คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Committee on the Elimination of Racial Discrimination) ในคดี *D.R. v. Australia*³⁰ ได้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า กระบวนการเยียวยาภายในไม่จำเป็นต้องถึงที่สุด ถ้าตามกฎหมายภายในคำร้องเช่นนั้น ย่อมจะถูกยกฟ้องอย่างแน่แท้ หรือตามแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดในคดีก่อนๆ ผู้ร้องไม่มีโอกาสที่จะได้รับผลในทางบวกของคำพิพากษาเลย

อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่า ลำพังเพียงเหตุที่แนวคำพิพากษาของศาลภายในมีลักษณะไม่เป็นคุณกับผู้ร้องจะถือว่ากระบวนการเยียวยาภายในไม่มีประสิทธิภาพนั้นหาได้ไม่ แต่ต้องมีลักษณะที่แสดงให้เห็นอย่างป็นรูปธรรมได้ว่าทุกคำร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคตย่อมจะถูกยกฟ้องอย่างแน่แท้หรือไม่มีทางที่จะเป็นคุณกับผู้ร้องได้เลยประกอบด้วย ตามนัยนี้แม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลภายในจะไม่เป็นคุณกับผู้ร้องอยู่บ้างก็ไม่อาจถือได้ว่ากระบวนการเยียวยาภายในไม่มีประสิทธิภาพที่จะถึงขนาดเป็นข้อยกเว้นของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแต่อย่างใด³¹

²⁸International Justice Resource Center, **Exhaustion of Domestic Remedies in the United Nations System** [Online], available URL: <https://ijrcenter.org/wp-content/uploads/2018/04/8.-Exhaustion-of-Domestic-Remedies-UN-Treaty-Bodies.pdf>, 2020 (February, 25).

²⁹*Pratt and Morgan v. Jamaica*, Comm. 210/1986 & 225/1987, UN Doc A/44/40, at 222 (HRC 1989).

³⁰*D.R. v. Australia*, Communication No. 42/2008, UN Doc CERD/C/75/D/42/2008 (2009).

³¹International Justice Resource Center, *ibid*.

นอกจากนี้คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้เคยวินิจฉัยว่าการอุทธรณ์ย่อมจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดกับผู้ร้องเมื่อศาลอุทธรณ์ของฝรั่งเศสยกคำร้องอุทธรณ์ของผู้ที่ถูกกล่าวหาพร้อมกับผู้ร้อง (co-accuse) โดยคณะกรรมการได้ให้เหตุผลว่า ไม่มีเหตุผลที่จะกำหนดให้ผู้ร้องต้องยื่นอุทธรณ์ในเรื่องเดียวกัน (same matter) และไม่อาจถือได้ว่ากระบวนการเยียวยาภายในนั้นมีประสิทธิภาพ³²

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ในการพิจารณาถึงความมีประสิทธิภาพของกระบวนการเยียวยาภายในนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ซึ่งผู้เสนอข้อร้องเรียนต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงเช่นนั้น

3.2 เมื่อกระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

ในกรณีที่กระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุอันสมควรย่อมส่งผลให้ผู้ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาอย่างทันท่วงทีซึ่งจะเป็นการช่วยบรรเทาความเสียหายที่ได้รับเนื่องจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังนั้นหากกระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรแล้วในทางหนึ่งนอกจากจะสะท้อนถึงการขาดประสิทธิภาพของกระบวนการเยียวยาภายในแล้ว ในอีกทางหนึ่งย่อมก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมกับผู้ได้รับความเสียหายอีกด้วย อันเป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือความไม่ยุติธรรม” (justice delayed is justice denied)

ตามนัยนี้หากกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลพิจารณาแล้วเห็นว่ากระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าเกินสมควรก็ย่อมสามารถรับข้อร้องเรียนจากผู้เสียหายไว้พิจารณาได้ “โดยไม่จำต้อง” ให้มีการดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเสียก่อน ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในอนุสัญญาตลอดจนพิธีสารเลือกรับ (Optional protocol) ของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิมนุษยชนภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติทุกฉบับ³³

³²*Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993, UN Doc CCPR/C/58/D/550/1993 (1996).

³³International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965, Article 14 par. 7 (a), Optional Protocol to the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights 1966, Article 3 par. 1, Optional Protocol to the International Convention on Civil and Political Rights 1966, Article 5 par. 2 (b), Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979, Article 4 par. 1, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communication procedure 2011, Article 7 (e), Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or

ทั้งนี้ก็มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่า อย่างไรก็ตามจะถือได้ว่ากระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เนื่องจากโดยตัวของถ้อยคำนั้นก็มีลักษณะที่เปิดโอกาสให้ผู้ปรับใช้สามารถตีความได้อย่างกว้างขวางคล้ายคลึงกันกับข้อยกเว้นในประการแรก

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงทางปฏิบัติของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ตั้งขึ้นตามอนุสัญญาภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติจะเห็นได้ว่า ได้มีการอาศัยปัจจัยที่หลากหลายในการพิจารณาว่ากระบวนการเยียวยาภายในเช่นว่านั้นมีระยะเวลายาวนานเกินสมควรหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็น พฤติการณ์แห่งคดี ความซับซ้อนของข้อพิพาท หรือแม้แต่การปฏิบัติของผู้ที่เกี่ยวข้อง³⁴ โดยในคดี *Fillastre and Bizourn v. Bolivia*³⁵ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า การที่ผู้เสียหายยังคงต้องรอผลของการดำเนินคดีเป็นเวลามากกว่า 3 ปี หลังจากที่ถูกจับกุม พฤติการณ์เช่นนี้คณะกรรมการเห็นว่า ความล่าช้ามากกว่า 3 ปี ในการพิจารณาของศาลชั้นต้นนั้นเป็นความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร โดยที่ความล่าช้าเช่นว่านั้นไม่ได้เกิดจากผู้เสียหายหรือเกิดจากความซับซ้อนของคดีแต่อย่างใด

นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้เคยวินิจฉัยประเด็นความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรไว้อีกด้วยว่า การที่กระบวนการเยียวยาความเสียหายหยุดชะงักลงไม่มีความคืบหน้าเลยเป็นเวลา 2 ปี อันเนื่องจากพฤติการณ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้ร้อง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความล่าช้าที่เกินสมควรจนถึงขนาดเป็นข้อยกเว้นของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดได้³⁶ อย่างไรก็ตามในบางกรณีกลับพบว่าระยะเวลาเพียง 14 เดือน คณะกรรมการที่ได้จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติก็ถือว่าเป็นกระบวนการเยียวยาภายในที่มีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรได้เช่นเดียวกันหากเป็นความล่าช้าที่เกินกว่าที่กฎหมาย

Punishment 1984, Article 22 par. 5 (b),), International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families 1990, Article 77 par. 3 (b), Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006, Article 2 (d), International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance 2006, Article 31 par. 2 (d).

³⁴ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 3rd ed. (UK: Oxford University Press, 2015), p. 103.

³⁵ *Fillastre and Bizourn v. Bolivia*, Communication No. 336/1988, UN Doc CCPR/C/43/D/336/1988 at 96 (1991).

³⁶ *R. L. et al. v. Canada*, Communication No. 358/1989, UN Doc CCPR/C/43/D/358/1989 at 16 (1991).

ภายในได้กำหนด ดังที่จะเห็นได้จากคดี *Jallow v. Bulgaria*³⁷ ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) ได้วินิจฉัยว่า กระบวนการพิจารณาของศาลและคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้กระทำเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยการพิจารณาของศาลชั้นต้นต้องจัดให้มีขึ้นภายใน 1 เดือน แต่ได้มีการขยายไปถึง 5 เดือน และในการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ต้องจัดให้มีขึ้นภายใน 14 วัน ในเวลาที่ยุทธฟ้องได้เสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการระยะเวลาได้ผ่านไปแล้ว 14 เดือนคดียังคงรอการพิจารณา ถือได้ว่าการละเลยมีความล่าช้าเกินสมควร

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาประเด็นความล่าช้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรมันย่อมไม่อาจพิจารณาแต่เฉพาะความล่าช้าในกระบวนการเยียวยาตามระบบกฎหมายภายในแต่เพียงอย่างเดียวได้ หากแต่ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ตลอดจนข้อเท็จจริงแห่งคดีประกอบด้วย ตามนัยนี้ องค์ประกอบในแง่ของเวลาจึงเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลโดยเฉพาะที่ได้จัดตั้งขึ้นภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติต้องพิจารณาเท่านั้น แต่อาจพอที่จะกล่าวอย่างกว้างๆ ได้ว่า หากระยะเวลาในกระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าเกินกว่า 3 ปี โดยไม่มีเหตุอันควรย่อมถือได้ว่าเป็นการเยียวยาที่ล่าช้าอันเป็นข้อบกพร่องของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด

ทั้งนี้ข้อที่น่าสังเกตว่า กระบวนการเยียวยาภายในที่มีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุอันสมควรดังกล่าวนี้ได้สะท้อนถึงกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในที่ไม่มีประสิทธิภาพในอีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่การเยียวยาที่ล่าช้าย่อมเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในที่ไม่มีประสิทธิภาพด้วยเสมอ แต่กระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในที่ไม่มีประสิทธิภาพอาจไม่ใช่กรณีการเยียวยาที่ล่าช้าเสมอไปก็ได้

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในการกล่าวอ้างหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดนั้น ผู้เสนอข้อร้องเรียนจะต้องแสดงให้เห็นกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลเห็นว่า ผู้เสียหายได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้ว หรือกระบวนการเยียวยาภายในยังไม่ถึงที่สุดเพราะเหตุที่กระบวนการเยียวยาภายในไม่มีประสิทธิภาพหรือมีความล่าช้าเกินสมควร

³⁷ *Jallow v. Bulgaria*, Communication No. 32/2011, Views of 28 August 2012, UN Doc CEDAW/C/52/D/32/2011.

4. หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดกับการเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติ

ภายใต้พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการจะไม่รับข้อร้องเรียน (communication) ไว้พิจารณา ถ้ากระบวนการเยียวยาภายในยังไม่ถึงที่สุด เว้นแต่กระบวนการเยียวยาภายในจะมีความล่าช้าโดยปราศจากเหตุอันสมควรหรือไม่อาจนำไปสู่การเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ³⁸ เมื่อพิจารณาในแง่นี้ ประเด็นในเรื่องการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดจึงเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีสัญญาญัตติ (procedural issues) เนื่องจากมีความสัมพันธ์กับเรื่องการรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาอย่างแยกกันไม่ออก ดังนั้นในเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาในเนื้อหา (merit) ของข้อร้องเรียน คณะกรรมการต้องวินิจฉัยก่อนว่าสามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้หรือไม่³⁹

ซึ่งผู้ที่เสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการได้นั้นอาจเป็นคนพิการ กลุ่มคนพิการ หรือตัวแทนของกลุ่มคนพิการ อาทิ หน่วยงาน องค์กรพัฒนาเอกชน (Non-Governmental Organizations: NGOs) หรือองค์กรด้านคนพิการ (Disabled Persons Organizations: DPOs) ก็ได้ ทั้งนี้ในการเสนอข้อร้องเรียนดังกล่าวนี้ ผู้ร้องอาจเสนอข้อร้องเรียนในรูปแบบใดก็ได้ เช่น ในรูปของอักษรเบรลล์ การเขียน แอ็บเสียง หรือในรูปแบบอื่นๆ ที่สามารถสื่อความหมายและเข้าถึงได้⁴⁰

โดยเมื่อพิจารณาถึงทางปฏิบัติของคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการในประเด็นหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้เสนอข้อร้องเรียนได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้วหรือมีเหตุยกเว้นที่ผู้ร้องเรียนไม่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดอันเป็นเหตุให้คณะกรรมการสามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้ และกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ร้องเรียนยังมิได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดอันเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธไม่รับข้อร้องเรียนไว้พิจารณา

³⁸Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006, Article 2 (d).

³⁹Rules of Procedure of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (Revised 2013), Rule 65.

⁴⁰Rules of Procedure of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (Revised 2013), Rule 24 and Rule 55 par. 3.

กรณีแรก เป็นกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้เสนอข้อร้องเรียนได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้ว หรือมีเหตุยกเว้นที่ทำให้ผู้เสนอข้อร้องเรียนไม่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด โดยในคดี *X. v. Argentina*⁴¹ คณะกรรมการวินิจฉัยว่า ผู้ร้องได้ดำเนินการอุทธรณ์ต่อ Federal Chamber of the Criminal Court of Cassation ถึง 3 ครั้ง โดยรัฐภาคีไม่ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ร้องใช้กระบวนการเยียวยาที่ไม่ถูกต้อง หรือกระบวนการอุทธรณ์จะเพียงพอหรือมีประสิทธิภาพอย่างไร หรือมีกระบวนการเยียวยาอื่นที่ผู้ร้องสามารถดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหายได้อีก เช่นนี้คณะกรรมการเห็นว่า ผู้ร้องได้ใช้ความพยายามที่เพียงพอในการนำข้อร้องเรียนไปสู่การพิจารณาของหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายภายในแล้วและสรุปว่าผู้ร้องได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดสามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้ นอกจากนี้คณะกรรมการยังได้เคยวินิจฉัยไว้ด้วยว่า การที่ผู้ร้องไม่อาจอุทธรณ์ตามกฎหมายภายในได้เนื่องจากคดีของผู้ร้องไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะอุทธรณ์ และรัฐภาคีไม่อาจแสดงให้เห็นได้ว่ากระบวนการเยียวยาภายในสามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ ย่อมถือได้ว่าผู้ร้องได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในแล้วจนถึงที่สุด⁴²

ไม่เพียงเท่านั้น คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการยังได้พิจารณาไปถึงโอกาสที่จะประสบความสำเร็จตลอดจนประสิทธิภาพของกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในด้วย โดยหากคณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการเยียวยาภายในของผู้ร้องไม่อาจสำเร็จได้ (อย่างแน่แท้) เพราะเหตุที่คำพิพากษาของศาลภายในได้วางบรรทัดฐานไว้เช่นนั้น และไม่มีกระบวนการเยียวยาอื่นที่มีประสิทธิภาพที่ผู้ร้องสามารถเข้าถึงได้อีก ดังนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยว่า คณะกรรมการสามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้แม้การดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดก็ตาม⁴³

นอกจากนี้การที่กระบวนการเยียวยาภายในมีความล่าช้าตามที่คณะของคณะกรรมการยังเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความไม่มีประสิทธิภาพของกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในอีกด้วย⁴⁴

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องเรียนยังไม่ได้ดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด โดยในคดี *S.C. v. Brazil*⁴⁵ คณะกรรมการวินิจฉัยว่า

⁴¹ *X. v. Argentina*, UN Doc CRPD/C/11/D/8/2012.

⁴² *A.F. v. Italy*, UN Doc CRPD/C/13/D/9/2012.

⁴³ *Gemma Beasley v. Australia*, UN Doc CRPD/C/15/D/13/2013, *Marlon James Noble v. Australia*, UN Doc CRPD/C/16/D/7/2012, *Michael Lockrey v. Australia*, UN Doc CRPD/C/15/D/13/2013.

⁴⁴ *X. v. Tanzania*, UN Doc CRPD/C/18/D/22/2014.

⁴⁵ *S C v. Brazil*, UN Doc CRPD/C/12/D/10/2013.

ผู้เสียหายได้อุทธรณ์ต่อศาลแรงงานสูงสุดแต่การอุทธรณ์ได้รับการปฏิเสธด้วยเหตุที่ผู้ร้องไม่มีตัวแทนทางกฎหมายซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ได้พิจารณาในเนื้อหาแห่งคดี และคำขอของผู้ร้องในเรื่องการขอความช่วยเหลือในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีได้รับการปฏิเสธจาก Public Defender's Office ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งผู้ร้องได้ติดต่อไปยังพนักงานอัยการแต่ได้รับการปฏิเสธที่จะเป็นตัวแทนของผู้ร้อง แต่อย่างไรก็ดีผู้ร้องไม่ได้แสดงให้คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีทางเลือกอื่นที่เปิดโอกาสให้ผู้ร้องตั้งตัวแทนทางกฎหมายได้อีก เช่นนี้ คณะกรรมการเห็นว่า เป็นพฤติการณ์ที่ทำให้ไม่สามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้ ในทำนองเดียวกันหากผู้เสนอข้อร้องเรียนไม่อาจพิสูจน์ได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐภาคีวินิจัยโดยไม่มีหลักเกณฑ์หรือได้ปฏิเสธความยุติธรรมอย่างใดแล้ว คณะกรรมการก็ย่อมไม่สามารถรับข้อร้องเรียนไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน⁴⁶

นอกจากนี้ในคดี *D.L. v. Sweden*⁴⁷ คณะกรรมการยังได้เคยวินิจัยไว้อย่างน่าสนใจว่า การเยียวยาภายในไม่จำเป็นต้องถึงที่สุดถ้าความมุ่งหมายไม่อาจสำเร็จได้อย่างแน่แท้ แต่ลำพังเพียงสงสัยถึงความมีประสิทธิภาพของกระบวนการเยียวยาภายในไม่เป็นเหตุให้ผู้ร้องต้องหลุดพ้นจากหน้าที่ในอันที่จะต้องดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด การที่ผู้ร้องอ้างว่า ศาลปกครองสูงสุด (ของสวีเดน) อนุญาตให้มีการอุทธรณ์เพียง 2 เพอร์เซ็นต์ของคดีที่ได้มีการอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด อีกทั้งกรณีของผู้ร้องไม่อยู่ในขอบเขตที่ศาลปกครองสูงสุดจะรับอุทธรณ์นั้น คณะกรรมการเห็นว่า แม้ว่า จะมีเพียง 2 เพอร์เซ็นต์จากคดีทั้งหมดที่ศาลปกครองสูงสุดรับอุทธรณ์ แต่ไม่มีข้อบ่งชี้ใดๆ ที่คณะกรรมการจะสรุปได้ว่า คดีของผู้ร้องจะไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตที่ศาลปกครองสูงสุดอาจรับอุทธรณ์คดีของผู้ร้องไว้พิจารณา จากพฤติการณ์เช่นนี้ จึงไม่อาจถือได้ว่าการอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุดของผู้ร้องจะไม่ประสบความสำเร็จ

อนึ่ง ในคดีนี้ผู้เสนอข้อร้องเรียนยังได้ยกประเด็นในเรื่องความล่าช้าของกระบวนการเยียวยาภายในขึ้นกล่าวอ้างต่อคณะกรรมการในฐานะที่เป็นข้อบกพร่องของหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดด้วย แต่อย่างไรก็ดีในประเด็นนี้เมื่อคณะกรรมการพิจารณาจากพฤติการณ์แล้วเห็นว่า นับตั้งแต่ที่มีคำสั่งทางปกครองจนกระทั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์อาศัยระยะเวลาเพียง 2 เดือน คณะกรรมการจึงยังไม่พบความล่าช้าในกระบวนการเยียวยาภายใน อีกทั้งผู้ร้องยังไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า เพราะเหตุใดจึงเชื่อว่าการอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุดจะเกิดความล่าช้า และ

⁴⁶ *L.M.L. v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* UN Doc CRPD/C/17/D/27/2015.

⁴⁷ *D.L. v. Sweden*, UN Doc CRPD/C/17/D/14/2013.

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการจึงไม่รับข้อร้องเรียนของผู้ร้องไว้พิจารณา เนื่องจากกระบวนการเยียวยาภายในยังไม่ถึงที่สุด

หลังจากนั้นในคดี *O.O.J. v. Sweden*⁴⁸ คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการยังได้ยืนยันว่า ลำพังเพียงสงสัยว่ากระบวนการร้องขอสิทธิอาศัยใหม่จะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้ร้องโดยอาศัยผลจากการวินิจฉัยในครั้งก่อนนั้น ไม่เป็นเหตุที่ทำให้ผู้ร้องหลุดพ้นจากหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในให้ถึงที่สุด ทั้งยังไม่มีสิ่งที่จะบ่งชี้ว่าการร้องขอสิทธิอาศัยครั้งใหม่จะไม่ประสบความสำเร็จ คณะกรรมการเห็นว่ากระบวนการเยียวยาภายในยังไม่ถึงที่สุดจึงไม่รับคำร้องไว้พิจารณา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญกับกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในที่ผู้ร้องสามารถเข้าถึงได้อย่างมีประสิทธิภาพและต้องไม่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งผู้เสนอข้อร้องเรียนต้องแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการเห็นอย่างเป็นรูปธรรมด้วยว่า การดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในนั้นถึงที่สุดแล้ว หรือกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในไม่มีประสิทธิภาพอย่างไร หรือมีความล่าช้าเกินสมควรเพียงใด ประกอบกับไม่มีหนทางอื่นที่จะดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในได้อีกต่อไป

5. ประเทศไทยกับหลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุด

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าประเทศไทยได้ภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการแล้วตั้งแต่วันที่ 2 กันยายน 2559 โดยได้มีผลบังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 2 ตุลาคมปีเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2559 ที่เห็นชอบให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันต่อพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการตามที่กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เสนอ⁴⁹ ด้วยผลของการเข้าเป็นภาคีในพิธีสารฉบับดังกล่าวทำให้คนพิการ กลุ่มคนพิการ ตัวแทนคนพิการหรือกลุ่มคนพิการไทยที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการสามารถเสนอข้อร้องเรียน (รวมถึงร้องขอให้มีการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง)⁵⁰ ไปยังคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติได้โดยตรง

⁴⁸ *O.O.J. v. Sweden*, UN Doc CRPD/C/18/D/28/2015.

⁴⁹ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การให้สัตยาบันต่อพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ วันที่ 19 เมษายน พ.ศ.2559.

⁵⁰ Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006, Article 6.

ซึ่งแน่นอนว่าเงื่อนไขหนึ่งที่มีความสำคัญก่อนที่จะเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติก็คือ ต้องดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในให้ถึงที่สุดเสียก่อน จึงมีปัญหาน่าพิจารณาว่า อย่างไรจึงจะถือได้ว่าการดำเนินกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในของไทยถึงที่สุดแล้ว เนื่องจากยังไม่ปรากฏถึงทางปฏิบัติที่ชัดเจน ประกอบกับประเทศไทยเองก็ยังไม่เคยถูกร้องเรียนไปยังกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติแต่อย่างใด⁵¹

อย่างไรก็ดีในเรื่องการละเมิดสิทธิคนพิการนั้นได้เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ อ.650/2557⁵² พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่จัดทำลิฟท์ที่สถานีขนส่งทั้ง 23 สถานี และให้จัดทำอุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวกที่สถานีขนส่งทั้ง 23 สถานี ตลอดจนให้จัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกบนรถไฟฟ้า คือ ให้จัดที่ว่างสำหรับเก้าอี้คนพิการให้มีความกว้างไม่น้อยกว่า 120 เซนติเมตร และให้มีราวสูงจากพื้นไม่น้อยกว่า 80 เซนติเมตร บริเวณทางขึ้นลง และติดตั้งสัญลักษณ์คนพิการไว้ทั้งในและนอกตัวรถคันที่จัดไว้สำหรับคนพิการ ทั้งนี้ ให้ดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในหนึ่งปีนับแต่มีคำพิพากษา (21 มกราคม 2558)

ในเรื่องนี้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยแล้วจะถือได้ว่ากระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในของไทยสิ้นสุดแล้วหรือไม่ หรือจะต้องดำเนินการตามกลไกอื่นอีก เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น ในกรณีที่หากผู้ถูกร้องไม่ได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด

⁵¹ ปัจจุบัน (พ.ศ.2563) ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาหลักที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (core international human rights treaties) ที่อยู่ภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติจำนวน 5 ฉบับ กล่าวคือ Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1999, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography 2000, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict 2000, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure 2011, Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006.

⁵² คดีนี้เป็นคดีที่ผู้ฟ้อง (ทั้งสาม) ซึ่งเป็นกลุ่มคนพิการได้ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี (ทั้งสี่) จัดทำลิฟท์ที่สถานีขนส่งทั้ง 23 สถานี และให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่จัดทำอุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวกที่สถานีขนส่งทั้ง 23 สถานี ตลอดจนให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่จัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกบนรถไฟฟ้า คือ ให้จัดที่ว่างสำหรับเก้าอี้คนพิการให้มีความกว้างไม่น้อยกว่า 120 เซนติเมตร และให้มีราวสูงจากพื้นไม่น้อยกว่า 80 เซนติเมตร บริเวณทางขึ้นลง และติดตั้งสัญลักษณ์คนพิการไว้ทั้งในและนอกตัวรถคันที่จัดไว้สำหรับคนพิการ.

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงกำลังบังคับในทางกฎหมายของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะเห็นได้ว่า เป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาด (*res judicata*) โดยคู่ความไม่สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยได้อีกต่อไป ส่งผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับ คำพิพากษาในอันที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ประกอบกับเมื่อคำนึงว่าคำวินิจฉัยของกลไกอื่นไม่อาจมีกำลังบังคับในทางกฎหมายเทียบเท่ากับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ก็อาจพอที่จะพิจารณาได้ว่าการที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาย่อมถือได้ว่าเป็นการดำเนินกระบวนการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดแล้ว⁵³

6. บทสรุป

หลักการเยียวยาภายในจนถึงที่สุดเป็นหลักการที่มีความสำคัญที่ได้รับการยอมรับจากกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลทั้งในกรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติและกลไกอื่นที่ไม่ได้อยู่ภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติ ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการพิจารณารับข้อร้องเรียนของกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล หลักการดังกล่าวได้เรียกร้องให้ผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต้องดำเนินการกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในจนถึงที่สุดก่อนที่จะเสนอข้อร้องเรียนต่อกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ

คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติเป็นกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ได้จัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ในทำนองเดียวกันกับกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศอื่นๆ การเสนอข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการนั้นผู้เสนอก็ต้องดำเนินการกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในให้สิ้นสุดเสียก่อน โดยผู้เสนอข้อร้องเรียนต้องแสดงให้เห็นคณะกรรมการเห็นว่ากระบวนการเยียวยาตามกฎหมายภายในนั้นสิ้นสุดแล้ว หรือถ้ายังไม่สิ้นสุดแต่กระบวนการเยียวยาภายในดังกล่าวมีความล่าช้าเกินสมควรหรือไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้เสนอข้อร้องเรียนอย่างไร และไม่มีกระบวนการอื่นที่จะดำเนินการเยียวยาได้อีกต่อไป

สำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่ปรากฏว่าได้มีการร้องเรียนประเทศไทยไปยังคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการแห่งสหประชาชาติก็ตาม แต่การที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีใน

⁵³ คณะกรรมการระหว่างรัฐอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Inter-American Commission on Human Rights) ได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Schmidt Case* ว่า นับตั้งแต่ศาลฎีกาของรัฐได้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี การเยียวยาความเสียหายย่อมไม่สามารถเข้าถึงได้แล้วและไม่จำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์อีกต่อไป โปรดดู Chittharanjan Felix Amerasinghe, op.cit., p. 182.

พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการย่อมเป็นสัญญาณว่าอาจมีการเสนอข้อร้องเรียนไปยังคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิคนพิการในระยะเวลาอันใกล้ ถ้าคนพิการไทยยังคงถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนตามพันธกรณีที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาและไม่มีกลไกการคุ้มครองสิทธิคนพิการตามกฎหมายภายในที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

บรรณานุกรม

- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “กลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล: ศึกษากรณีข้อร้องเรียนของบุคคล.” **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน** 9, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559): 74-100.
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix. **Local Remedies in International Law**. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Cancado Trindade, A. A. “Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law.” **Revue Belge de Droit International** 12, 2 (1976): 499-527.
- Condé, H. Victor. **A Handbook of International Human Rights Terminology**. 2nd ed. USA: University of Nebraska Press, 2004.
- D’ Ascoli, Silvia and Kathrin Maria Scherr. **The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in International Law Doctrine and its Application in the Specific Context of Human Rights Protection**. Italy: European University Institute, Department of Law, 2007.
- Fellmeth, Aaron X. and Maurice Horwitz. **Guide to Latin in International Law**. New York: Oxford University Press, 2009.
- International Justice Resource Center. **Exhaustion of Domestic Remedies in the African Human Rights System** [Online]. Available URL: <http://www.ijrcenter.org/wp-content/uploads/2017/11/7.-Exhaustion-of-Domestic-Remedies-African-System.pdf>, 2020 (February, 25).
- African Human Rights System. **Exhaustion of Domestic Remedies in the United Nations System** [Online]. Available URL: <https://ijrcenter.org/wp-content/uploads/2018/04/8.-Exhaustion-of-Domestic-Remedies-UN-Treaty-Bodies.pdf>, 2020 (February, 25).
- Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006. Report of the International Law Commission. **Fifty-fifth session 2003** [Online]. Available URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_58_10.pdf, 2020 (September, 23).
- Rules of Procedure of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (Revised 2013).

- Shelton, Dinah. **Remedies in International Human Rights Law**. 3rd ed. UK: Oxford University Press, 2015.
- Skjelten, Katrine Bjørndal. “The Principle of Exhaustion of Domestic Remedies in the Inter-American System of Human Rights: a reasonable obstacle or an impossible barrier?.” Master Thesis, Faculty of Law, University of Oslo, 2014.
- Stavrinaki, Tina. “Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.” In **the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary**, ed. Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein and Dimitris Anastasiou, pp. 1218-1256. UK: Oxford University Press, 2018.

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ

นันทพล พุทธพงษ์

ศศิประภา คีลศิริ วรรณการ

รองศาสตราจารย์ ดร.วิณัฏฐา แสงสุข

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ^{*} Legal Measures for Protection of Older Workers

นันทพล พุทธพงษ์^{**}

Nanthaphol Puttapon^{***}

ศศิประภา ศิสติ วรรณการ^{****}

Sasipapa Sissi Wannakan^{****}

รองศาสตราจารย์ ดร.วินัฏฐา แสงสุข^{****}

Associate Professor Dr.Winatta Saengsook

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ: ศึกษาเฉพาะกรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541” โดยได้รับเงินทุนวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ.2562.

This article is part of research project “Legal Measures of Older Worker: Case Study of Labour Protection Act B.E.2541” funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

^{**}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. University of Sydney, Australia; LL.M. University of Melbourne, Australia; ประกาศนียบัตรผู้นำยุคใหม่ในระบอบประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 สถาบันพระปกเกล้า. E-mail: nanthaphol_p@rumail.ru.ac.th, nanthaphol.p@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University, LL.M. in Business Law (International Program) Chulalongkorn University, LL.M. University of Sydney, Australia; LL.M. University of Melbourne, Australia; Certificate in Political Leadership in the New Era, King Prajadhipok’s Institute.

^{***}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.B. Stockholm University, Kingdom of Sweden; LL.M. Stockholm University, Kingdom of Sweden. E-mail: sissiw@rumail.ru.ac.th.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Stockholm University, Kingdom of Sweden; LL.M. Stockholm University, Kingdom of Sweden.

^{****}อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนครศรีอยุธยา; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ด. (หลักสูตรนานาชาติ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: winatta@hotmail.co.th.

Lecturer in Law at Faculty of Humanities and Social Sciences, Phranakhon Si Ayutthaya Rajabhat University; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar under The Royal Patronage; LL.M. in Business Law, Ramkhamhaeng University, LL.D. (International Program) Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 19 ตุลาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 13 พฤศจิกายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 16 พฤศจิกายน 2563.

บทคัดย่อ

การก้าวเข้าสู่ “สังคมผู้สูงอายุ” เป็นประเด็นที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกมีความตระหนักและกังวล สังคมผู้สูงอายุส่งผลกระทบโดยตรงต่อภาวะพึ่งพิงและศักยภาพในการดูแลผู้สูงอายุของบุตรหลานของแต่ละครอบครัว ทั้งยังกระทบต่อระบบเศรษฐกิจเพราะทำให้เกิดภาวะขาดแคลนแรงงานได้ ดังนั้น ภาคแรงงานควรได้มีการเตรียมความพร้อมในการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ รวมถึงควรมีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายแรงงานที่จะนำมาสู่การคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุที่เพิ่มมากขึ้น เพื่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดีของผู้สูงอายุและเพื่อให้ผู้สูงอายุยังคงอยู่ในภาคแรงงานต่อไป โดยหากพิจารณาจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานดังกล่าวยังมิได้มีการกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุไว้ โดยในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุนั้นมีประเด็นกฎหมายที่ต้องศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการการคุ้มครองแรงงานสูงอายุโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองในประเด็นต่างๆ เช่น เงื่อนไขการจ้าง สภาพการทำงาน การพัฒนาและส่งเสริมคุณภาพชีวิต

บทความวิจัยนี้ได้ทำการศึกษาโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายที่คุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุของประเทศญี่ปุ่น เครือรัฐออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปศึกษาเฉพาะราชอาณาจักรสวีเดน รวมถึงการพิจารณาทฤษฎีต่างๆ ทางพฤกษศาสตร์ที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการทำงานของสูงอายุ อาทิเช่น ทฤษฎีทางชีวภาพ ทฤษฎีทางสังคม ทฤษฎีจิตวิทยา รวมถึงการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การคุ้มครองแรงงานหญิง แรงงานหญิงมีครรภ์และแรงงานเด็ก โดยมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ในประเด็น การคุ้มครองทางกฎหมาย ได้แก่ การคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างเพราะอายุ ความหมายของ ลูกจ้างผู้เป็นผู้สูงอายุ งานอันตรายที่ห้ามแรงงานสูงอายุทำ สถานที่ที่ห้ามแรงงานสูงอายุทำ สภาพ การจ้างเกี่ยวกับชั่วโมงการทำงาน เวลาพัก การทำงานในเวลากลางคืน การทำงานล่วงเวลา การทำงานในวันหยุด พักดื่มน้ำหนักการยกของ วันลาของแรงงานสูงอายุ เงินประกันและค่าจ้าง การปรับเปลี่ยนสภาพการจ้าง (Flexible Working Arrangements) การควบคุมและการตรวจสอบ การทำงานของแรงงานสูงอายุ การกำหนดสภาพบังคับหากนายจ้างมิได้ดำเนินการตามเงื่อนไขการ คุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุ จากการศึกษาและวิเคราะห์แล้วพบว่า ควรต้องมีการบัญญัติมาตรการทาง กฎหมายเพื่อคุ้มครองมิให้เลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงานเพราะเหตุอายุ การกำหนดบทนิยามของ แรงงานสูงอายุ และการวางหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิแรงงานแก่แรงงานสูงอายุ โดยนำ ข้อพิจารณาจากทฤษฎีที่เกี่ยวกับการทำงานของแรงงานสูงอายุ แนวทางของกฎหมายต่างประเทศ และแนวทางจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 และที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องการ คุ้มครองแรงงานหญิง แรงงานหญิงมีครรภ์ และแรงงานเด็ก มากำหนดเป็นกรอบในการบัญญัติ กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิสำหรับแรงงานสูงอายุให้มีความชัดเจน ในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงความ เหมาะสมด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อบริบทของแรงงานสูงอายุในสังคมไทย

คำสำคัญ: มาตรการทางกฎหมาย, แรงงานผู้สูงอายุ, พฤกษศาสตร์

Abstract

Stepping into an aging society raises awareness and concern for many countries around the world. Changing in the structure of population into aging society affects economy and creates labour shortage. Legal measures on how to protect the rights of the elderly to work should be clearly established to increase the quality of life in working of the elderly, and to help the elderly or “older workers” to remain in labour market. However, the Labour Protection Act B.E.2541 does not yet impose any legal measures for protection of the older workers.

This research article has analyzed and compared legal measures on the protection of older workers from Japan, Australia, the United States, and Sweden. Theories from different disciplines such as gerontology, biology, social sciences, and psychology are analyzed with women and child labour protection under the Labour Protection Act B.E.2541. The following issues are analyzed accordingly in this research: protection on age discrimination, definition of older workers, harmful and dangerous places for work, conditions of employment, working hours, rest time, night shift, overtime, working on holiday, rights to leave, lifting capacity, working guarantees, wages, flexible working arrangements, control and inspections, and enforcing and penalty. The authors found that the Labour Protection Act B.E.2541 should be amended to protect older workers on these issues in order to protect and encourage older workers to work suitably in aging society.

Keywords: legal measures, older worker, gerontology

1. สถานการณ์ของโลกในการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ

ประเทศต่างๆ ทั่วโลกมีความตระหนักและกังวลต่อการก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุเป็นอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาตามการนิยามขององค์การสหประชาชาติว่าหากประเทศใดเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ (Aging Society) หมายความว่า ประเทศนั้นจะมีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปเป็นสัดส่วนเกินร้อยละ 10 หรืออายุ 65 ปีขึ้นไปเกินร้อยละ 7 ของประชากรทั้งประเทศ อีกทั้งหากมีสัดส่วนของประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปเพิ่มเป็นร้อยละ 20 และอายุ 65 ปีขึ้นไปเพิ่มเป็นร้อยละ 14 ย่อมถือได้ว่าเป็นการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ (Aged Society) ดังนั้นเมื่ออัตราการตายและเจ็บป่วยของผู้สูงอายุลดลงทำให้ผู้สูงอายุมีอายุยืนยาวขึ้น ทำให้ภาครัฐของประเทศนั้นๆ ต้องเตรียมพร้อมรับมือกับผลกระทบอย่างกว้างขวาง ตั้งแต่ระดับมหภาค อันได้แก่ ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) รายได้ต่อหัวของประชากร การออมและการลงทุน งบประมาณของรัฐบาล การจ้างงานและผลิตผลของแรงงานและในระดับจุลภาค ได้แก่ ผลต่อตลาดผลิตภัณฑ์และบริการด้านต่างๆ โดยเฉพาะด้านการเงินและด้านสุขภาพซึ่งต้องมีการวางแผนอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้จะต้องเริ่มดำเนินการล่วงหน้าเนื่องจากมาตรการต่างๆ หลายประการล้วนแต่ใช้เวลาในการดำเนินการในขณะที่สังคมไทยจะเข้าสู่การเป็นสังคมผู้สูงอายุอย่างสมบูรณ์ในปี พ.ศ.2568 (ค.ศ.2025) กลุ่มประเทศอาเซียนจะเข้าสู่การเป็นสังคมผู้สูงอายุในปี พ.ศ.2583 (ค.ศ.2040) และในราวปี พ.ศ.2593 (ค.ศ.2050) จำนวนประชากรกว่าร้อยละ 20 ของประชากรทั่วโลกจะกลายเป็นผู้สูงอายุ ประชากรวัยแรงงานในปัจจุบันจะเข้าสู่การเป็นผู้สูงอายุในอนาคตซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาที่ว่าผู้สูงอายุที่ว่างงานมีจำนวนมากกว่าแรงงานในตลาดแรงงานอันส่งผลกระทบต่อทั้งระบบเศรษฐกิจของประเทศและต่อตัวผู้สูงอายุเองที่เกิดความรู้สึกด้อยคุณค่าในตัวเอง ทั้งๆ ที่ความจริงแล้วผู้สูงอายุบางคนยังสามารถที่จะทำงานต่อไปได้

บุคคลผู้เป็น “ผู้สูงอายุ” นั้น องค์การสหประชาชาติได้ให้คำนิยามว่าหมายถึง ประชากรทั้งเพศชายและเพศหญิงซึ่งมีอายุมากกว่า 60 ปีขึ้นไป ในขณะที่องค์การอนามัยโลกระบุว่าประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้นิยามความหมายของผู้สูงอายุไว้ต่างกัน โดยนิยามตามอายุเกิด หมายถึง ผู้ซึ่งมีอายุ 60 ปีขึ้นไป หรืออาจนิยามตามการกำหนดทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และสภาพร่างกาย บางประเทศจึงอาจนิยามผู้สูงอายุโดยนับจากอายุ 65 ปีขึ้นไป เป็นต้น¹ ในขณะที่ประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 มาตรา 3 กำหนดให้บุคคลซึ่งมีอายุ 60 ปีบริบูรณ์และมีสัญชาติไทยถือว่าเป็นผู้สูงอายุ

¹ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย, รายงานประจำปีสถานการณ์ผู้สูงอายุไทย พ.ศ.2555 (นนทบุรี: บริษัท เอสเอสพลัส มีเดีย จำกัด, 2556), หน้า 9.

2. การคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุและแรงงานสูงอายุ

2.1 การคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุและแรงงานสูงอายุ

การคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุได้รับการรับรองทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาค โดยในระดับโลกนั้นได้รับการรับรองตามหลักการผู้สูงอายุขององค์การสหประชาชาติรับรองโดยที่ประชุมสมัชชาทั่วไป (United Nations Principles for Older Persons Adopted by General Assembly Resolution 46/91 of 16 December 1991) เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2534 ส่วนในระดับภูมิภาคอาเซียนนั้นเป็นการรับรองโดยปฏิญญาบรูไนดาลุสซาลามว่าด้วยการสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัวการดูแลผู้สูงอายุ พ.ศ.2553 และปฏิญญากัวลาลัมเปอร์ว่าด้วยผู้สูงอายุ ในส่วนของประเทศไทย มีการกำหนดนโยบายของรัฐบาลซึ่งสอดคล้องกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 (พ.ศ.2555-2559) และแผนผู้สูงอายุแห่งชาติ ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2545-2564) ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 กระทรวงแรงงานได้ดำเนินการตามที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 11 (3) แผนผู้สูงอายุแห่งชาติฉบับที่ 1 โดยมีเป้าหมายในการสร้างความตระหนักและสำนึกในสังคมเกี่ยวกับการดูแลผู้สูงอายุ ส่วนแผนผู้สูงอายุแห่งชาติฉบับที่ 2 มุ่งเน้นการพัฒนาในระยะยาว โดยสนับสนุนและส่งเสริมให้ผู้สูงอายุเป็นสมาชิกในสังคมที่มีศักยภาพ มีสุขภาพแข็งแรง และมีเงินออมเพียงพอต่อการดำรงชีวิต นโยบายของประเทศไทยเกี่ยวกับผู้สูงอายุเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แผนผู้สูงอายุแห่งชาติ ฉบับที่ 2 ระยะ 20 ปี ตั้งแต่ พ.ศ.2545-2565 และพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 ซึ่งสอดคล้องกับแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศมาดริดว่าด้วยผู้สูงอายุ พ.ศ.2545

นอกจากนี้ในส่วนการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ได้มีการกำหนดข้อแนะนำว่าด้วยแรงงานสูงอายุ พ.ศ.2523 (ฉบับที่ 162) ขึ้น ซึ่งนับเป็นเอกสารฉบับแรกของ ILO ที่ให้ความสำคัญกับการกำหนดการคุ้มครองแรงงานสูงอายุไว้โดยเฉพาะ โดยตามข้อแนะนำ ฉบับที่ 162 ดังกล่าวนั้นมีหลักการที่สำคัญ คือ การจัดให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีของแรงงานสูงอายุ ตลอดจนความเท่าเทียมกันของโอกาสที่จะได้รับในการทำงานโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะทำงานในภาครัฐหรือภาคเอกชน

2.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ

การพิจารณาลักษณะการคุ้มครองการจ้างแรงงานที่เหมาะสมแก่ผู้สูงอายุนั้น มีอาจพิจารณาแต่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายหรือทฤษฎีทางกฎหมายเท่านั้น จำต้องได้พิจารณาหลักการแนวคิด ทฤษฎีอื่น ที่เกี่ยวข้องกับพหุวิทยาและเวชศาสตร์ผู้สูงอายุด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่

เกี่ยวข้องกับการทำงานของแรงงานสูงอายุ คือ ทฤษฎีทางชีววิทยา ทฤษฎีทางสังคม และทฤษฎีจิตสังคม

2.2.1 ทฤษฎีทางชีววิทยา (Biological Theories) เป็นทฤษฎีที่อธิบายความเสื่อมหรือความชราภาพของร่างกายในผู้สูงอายุซึ่งประกอบด้วย 5 ทฤษฎีหลัก² ดังนี้

1) ทฤษฎีการเชื่อมตามขวาง (Cross-Linking) หรือทฤษฎีคอลลาเจน (Collagen Theory) หรือทฤษฎี Glycosylation

2) ทฤษฎีระบบประสาทต่อมไร้ท่อและภูมิคุ้มกัน (Neuron Doctrine- Immunological Theory)

3) ทฤษฎีพันธุกรรม (Genetic Theory)

4) ทฤษฎีการเสื่อมสลาย (Wear and Tear Theory)

5) ทฤษฎีอนุมูลอิสระ (Free Radical Theory)

2.2.2 ทฤษฎีทางสังคม (Sociological Theory) อธิบายถึงบทบาท สถานะ ตลอดจนรูปแบบและพฤติกรรมของผู้สูงอายุ ประกอบด้วยทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีถดถอย (Disengagement Theory)

2) ทฤษฎีกิจกรรม (Activity Theory)

3) ทฤษฎีความต่อเนื่อง (Continuity Theory)

4) ทฤษฎีบทบาท (Role Theory)³

2.2.3 ทฤษฎีทางจิตวิทยา (Psychological Theory) และแนวคิดของเพค (Peck's Concept) จะพิจารณาปัจจัยที่มีผลต่อการพัฒนาทางบุคลิกภาพ ตลอดจนตัวแปรทางจิตใจ โดยมีความเกี่ยวข้องกับการปรับตัวและส่งเสริมการทำงานของผู้สูงอายุ⁴

²American Federation for Aging Research, **Info aging guide: Theories of Aging** [Online], available URL: https://www.afar.org/docs/migrated/111121_INFOAGING_GUIDE_THEORIES_OF_AGINGFR.pdf, 2018 (July, 30).

³Devin Kowalczyk, **Psychosocial Theories of Aging: Activity Theory, Continuity Theory & Disengagement Theory** [Online], available URL: <https://study.com/academy/lesson/psychosocial-theories-of-aging-activity-theory-continuity-theory-disengagement-theory.html>, 2018 (August, 9).

⁴Narina L. Jimmieson and Deborah J. Terry, "The moderating role of task characteristics in determining responses to a stressful work simulation," **Journal of Organizational Behavior** 20, 5 (September 1999): 709-736.

2.3 การคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุตามองค์การแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ

2.3.1 การคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุตามองค์การแรงงานระหว่างประเทศ

องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดข้อแนะนำเกี่ยวกับสภาพการจ้างงานแรงงานสูงอายุไว้ตามข้อแนะนำว่าด้วยแรงงานสูงอายุ ฉบับที่ 162 โดยเฉพาะในข้อที่ 11, 13, และ 14 กำหนดให้มีการปรับปรุงสภาพการจ้างงานและสิ่งแวดล้อมในการทำงานในแต่ละช่วงอายุของแรงงาน แต่ยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตของนโยบายของแต่ละรัฐโดยจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมต่อเงื่อนไขแห่งรัฐและการดำเนินการในทางปฏิบัติให้แรงงานสูงอายุสามารถทำงานต่อไปตามเงื่อนไขที่แรงงานสูงอายุพึงพอใจ ซึ่งเป็นปัญหาที่ควรได้รับการแก้ไขด้วยการมีส่วนร่วมในการเป็นตัวแทนในสหภาพแรงงาน การแก้ไขสภาพการจ้างงานและสิ่งแวดล้อมในการทำงานที่ที่จะช่วยเร่งกระบวนการส่งเสริมการจ้างงานของผู้สูงอายุ การจำกัดชั่วโมงการทำงาน การเพิ่มวันหยุดประจำปี เป็นต้น

2.3.2 การคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุตามกฎหมายของต่างประเทศ

2.3.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายที่ทำหน้าที่อย่างสำคัญในการส่งเสริมเสถียรภาพของแรงงานผู้สูงอายุ คือ กฎหมายว่าด้วยเสถียรภาพการจ้างงานผู้สูงอายุ พ.ศ.2514 หรือ Act on Stabilization of Employment of Elderly Persons 1971 โดยกฎหมายฉบับนี้ วางข้อกำหนดให้นายจ้างต้องรักษาความปลอดภัยในการทำงานของผู้สูงอายุและจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกแก่แรงงานสูงอายุ กำหนดความรับผิดชอบของรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นในการดูแลผู้สูงอายุให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งกำหนดนโยบายให้แก่ทุกภาคส่วนต้องสนับสนุนมาตรการการรักษาเสถียรภาพในการจ้างแรงงานสูงอายุด้วย อย่างไรก็ตาม ในส่วนสภาพการจ้างงานนั้นกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ในกฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดการเพิ่มระยะเวลาเกษียณอายุโดยแก้ไขอายุของผู้สูงอายุในการทำงานให้ขยายจาก 60 ปี เป็น 65 ปี ต่อมาในปี ค.ศ.2020 (พ.ศ.2563) คณะรัฐมนตรีมีมติให้มีการจ้างแรงงานสูงอายุได้จนถึงอายุ 70 ปี โดยรัฐบาลจะออกกฎหมายเพื่อแก้ไขอายุให้มีการจ้างแรงงานผู้สูงอายุได้ ต่อมามีการแก้ไขกฎหมายเพื่อบังคับให้นายจ้างยกเลิกการจำกัดอายุในการรับสมัครหรือรับเข้าทำงานและเริ่มบังคับใช้ตั้งแต่ 1 เมษายน พ.ศ.2556 ตาม Amended Act on Stabilization of Employment of Elderly Persons 2013 กำหนดว่าเป็นหน้าที่ของบริษัทที่ต้องจ้างลูกจ้างที่เกษียณอายุไว้หากลูกจ้างแสดงความประสงค์ นอกจากนี้ ตามมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติสัญญาจ้างแรงงาน พ.ศ.2550 หรือ Labour Contract Act 2007 กำหนดห้ามมิให้มีความแตกต่างในสภาพการจ้างระหว่างลูกจ้างหรือลูกจ้างนอกเวลาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การตกลงที่มีผลเสีย ต่อลูกจ้างที่ขัดมาตรา 20 หรือขัดมาตรา 8 ตามพระราชบัญญัติลูกจ้างนอกเวลาทำงาน พ.ศ.2536 หรือ Act on Improvement etc. of Employment Management for Part-Time

Workers 1993 ที่มีขึ้นหลังจากที่ลูกจ้างนั้นเกษียณอายุแล้วเป็นอันไร้ผลและตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้เป็นผลมาจากคำพิพากษาในคดีบริษัทขนส่ง “นากาซาวา” ซึ่งตัดสินโดยศาลฎีกาเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2561 (Nagasawa Transport Case, Judgement of the Supreme Court June 1, 2018)⁵

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติมาตรฐานแรงงาน พ.ศ.2490 (Labour Standards Act 1947) มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในมาตรา 3 ว่า นายจ้างจะไม่เกี่ยวข้องในการกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติใดๆ ที่เกี่ยวกับค่าจ้าง จำนวนชั่วโมงการทำงาน สภาพการจ้างงาน หลักความเชื่อทางศาสนาและสถานะทางสังคมของลูกจ้าง แต่จะเห็นได้ว่าในมาตรานี้กลับไม่ได้กำหนดคำว่า “อายุ” ไว้ในข้อห้ามการกีดกันด้วย ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม การกีดกันด้วยเหตุเรื่องอายุย่อมไม่มีผลและตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามมาตรา 90 ประมวลกฎหมายแพ่ง และอาจเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 709 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอีกด้วย นอกจากนี้ตามมาตรา 10 พระราชบัญญัติมาตรการการจ้างงาน พ.ศ.2509 (Employment Measured Act 1966) กำหนดห้ามการใช้อายุเป็นพื้นฐานในการเลิกจ้างหรือในการจ้างงานและตามพระราชกฤษฎีกาของกระทรวงสาธารณสุข แรงงานและสวัสดิภาพ กำหนดให้นายจ้างจ้างลูกจ้างด้วยความเท่าเทียมกันทั้งในการจ้างงานและการเลิกจ้างโดยไม่เกี่ยวกับอายุ⁶

2.3.2.2 สหรัฐอเมริกา

กฎหมายที่มีบทบาทอย่างยิ่งในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ ได้แก่ พระราชบัญญัติการห้ามเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเพราะเหตุอายุ พ.ศ.2510 Age Discrimination in Employment Act 1967 (ADEA) โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การกำหนดห้ามมิให้กีดกันหรือเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการเข้าทำงานโดยมีเหตุมาจากอายุในกรณีบุคคลซึ่งมีอายุตั้งแต่ 40 ปี หรือสูงกว่า 40 ปีขึ้นไป นอกจากการคุ้มครองไม่ให้ใช้อายุเป็นการกีดกันการจ้างงานแล้ว ในกฎหมายฉบับนี้ยังคุ้มครองเรื่องเงื่อนไขการจ้าง การให้ออกจากงาน การมอบหมายงาน การเลื่อนตำแหน่ง การปลดงาน การฝึกงาน ผลประโยชน์ รวมถึงสภาพการจ้างอื่นๆ ด้วย แต่การคุ้มครองยังเป็นไปในลักษณะกรอบกว้างๆ เท่านั้น แต่ยังมีได้มีการกำหนดบทบัญญัติในรายละเอียดอย่างชัดเจน

⁵ Japan International Labour Foundation, **Revised Act for Stabilization of Employment of Older Persons Comes into Force** [Online], available URL: <https://www.jilaf.or.jp/eng/mbn/2013/122.html>, 2020 (March, 20).

⁶ Agediscrimination.info, **Japan** [Online], available URL: <http://www.agediscrimination.info/international-age-discrimination/japan>, 2020 (March, 22).

2.3.2.3 ราชอาณาจักรสวีเดน

ราชอาณาจักรสวีเดนนั้น มีกฎหมายว่าด้วยการห้ามกีดกัน พ.ศ.2552 หรือ Discrimination Act 2009 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการประกาศใช้ ณ วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2552 โดยถูกกำหนดมาจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ได้แก่ Equal Treatment Directive (Directive 76/207/EEC, ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย Directive 2002/73/EC) และ Directive on Ethic Discrimination (Directive 2000/78/EC) ซึ่งจะคุ้มครองมิให้มีการกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติโดยมีเหตุมาจากอายุ อีกทั้ง Employment Protection Act 1970 (LAS) (SFS 1982: 80) ซึ่งมีการตราออกมาในปี พ.ศ.2513 และมีการแก้ไขในปี 1980 (พ.ศ.2523) ซึ่งมาตรา 32 (a) กำหนดคุ้มครองแรงงานจนถึงอายุ 67 ปี ต่อมาได้มีการแก้ไขให้ขยายเวลาคุ้มครองเป็น 69 ปี โดยจะเริ่มใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2566 ซึ่งหากมีอายุมากกว่านี้จะขึ้นอยู่กับนายจ้างที่จะทำข้อตกลงกับลูกจ้างเอง โดยบทบัญญัติตามกฎหมายนี้จะไม่นำมาพิจารณาอีก ดังนี้ ตามมาตรา 33 เมื่อลูกจ้างอายุครบ 67 ปี (จะเปลี่ยนเป็นอายุครบ 69 ปี ในปี พ.ศ.2566) ย่อมไม่มีสิทธิใดๆ ตามกฎหมายนี้อีก เช่นนี้ การจ้างงานบุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่านี้จะถูกเลิกสัญญาได้ง่ายขึ้น ในกรณีที่บุคคลใดไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวย่อมมีสิทธิเรียกร้องจากนายจ้างได้ตามกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติที่จะต้องปฏิบัติแก่ลูกจ้างผู้สูงอายุของตนต่อไป อย่างไรก็ตาม ราชอาณาจักรสวีเดนมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้การคุ้มครองสภาพการจ้างงานแรงงานสูงอายุไว้โดยชัดแจ้ง

2.3.2.4 เครือรัฐออสเตรเลีย

การคุ้มครองแรงงานสูงอายุตามพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับอายุ พ.ศ.2547 หรือ Age Discrimination Act 2004 (Cth) ซึ่งกำหนดการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุจากอายุ หรือบนพื้นฐานของความเกี่ยวข้องกับอายุของบุคคลใดซึ่งครอบคลุมถึงหลายกรณี ทั้งการใช้ชีวิตประจำวันในที่สาธารณะ การทำงาน การศึกษา การซื้อสินค้าและบริการ การเข้าถึงสถานและที่อยู่อาศัย โดยผู้ซึ่งถูกเลือกปฏิบัติเพราะเหตุจากอายุมีสิทธิในการได้รับการเยียวยาได้ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ทั้งการเลือกปฏิบัติทางตรงและเลือกปฏิบัติทางอ้อม⁷

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติแรงงานที่เป็นธรรม พ.ศ.2552 หรือ Fair Work Act 2009 (Cth) เป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐที่รวมกฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ไว้ด้วยกัน ได้กำหนดบทบัญญัติหลักการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้สูงอายุในการทำงานไว้ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง แรงงานผู้สูงอายุมีสิทธิในการขอให้ปรับเปลี่ยนสภาพการจ้าง (Flexible Working Arrangements) ตามที่ได้มีการรับรองไว้ในมาตรา 65 ของพระราชบัญญัติ

⁷Rosalind Croucher, *Access All Age-Older Workers and Commonwealth Laws Final Report* (Sydney: Australian Law Reform Commission, 2013), pp. 24-25.

แรงงานที่เป็นธรรม พ.ศ.2552 Fair Work Act 2009 (Cth) ซึ่งกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างกลุ่มที่มีลักษณะพิเศษ รวมถึงลูกจ้างผู้สูงอายุ อันได้แก่ ลูกจ้างซึ่งมีอายุตั้งแต่ 55 ปีขึ้นไป ให้มีสิทธิร้องขอต่อนายจ้างเพื่อปรับเปลี่ยนสภาพการจ้าง (Flexible Working Arrangements) ให้เหมาะสมกับตนได้

ประการที่สอง สิทธิที่แรงงานผู้สูงอายุจะได้รับการคุ้มครองจากการกระทำอันไม่เป็นธรรม (Adverse Action) ภายใต้พระราชบัญญัติแรงงานที่เป็นธรรม พ.ศ.2552 Fair Work Act 2009 (Cth) มาตรา 351 ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของลูกจ้างผู้สูงอายุซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับการเยียวยาได้ โดยการเลิกจ้าง เปลี่ยนตำแหน่ง หรือปฏิเสธการจ้างเพราะเหตุเป็นผู้สูงอายุ อาจถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายคุ้มครองแรงงานของเครือรัฐออสเตรเลียมิได้มีการกำหนดบทบัญญัติคุ้มครองสภาพการจ้างแรงงานสูงอายุไว้อย่างชัดเจน

3. การคุ้มครองแรงงานสูงอายุตามกฎหมายไทย

ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุและแรงงานสูงอายุไว้ตามมาตรา 27 วรรคสามและวรรคสี่ มาตรา 48 วรรคสอง มาตรา 71 และมาตรา 74 ซึ่งเป็นการคุ้มครองการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุไว้ส่วนหนึ่งและการคุ้มครองคุณภาพชีวิตของผู้สูงอายุไว้อีกส่วนหนึ่ง แต่หากพิจารณาในส่วนการคุ้มครองอย่างเฉพาะเจาะจงในสิทธิทางแรงงานของผู้เป็นแรงงานสูงอายุนั้น ยังไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมีแต่เพียงกรอบที่วางไว้กว้างๆ ตลอดจนเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานดังกล่าวยังมิได้กำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน

4. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ

4.1 การคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างเพราะอายุและความหมายของลูกจ้างผู้สูงอายุ

4.1.1 การคุ้มครองการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างเพราะอายุ

โดยหากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่เป็นเสมือนกฎหมายแม่บทที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมลักษณะของสิทธิต่างๆ

ที่รัฐคุ้มครองและรับรองสิทธิลักษณะเช่นนั้นให้ โดยได้รวมถึงสิทธิที่มาจากอายุด้วย แต่จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองยังเป็นการคุ้มครองทุกช่วงอายุ ดังนั้น กฎหมายคุ้มครองแรงงานจึงควรบัญญัติยืนยันรับรองสิทธิลูกจ้างซึ่งเป็นแรงงานสูงอายุไว้อย่างเฉพาะเจาะจงไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุจากความเป็นผู้สูงอายุและอาจเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่อลูกจ้างได้ และตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มุ่งคุ้มครองการเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณีเพศ สัญชาติ และศาสนา ดังนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายต่อไป ผู้เขียนเห็นว่า ควรได้มีการบัญญัติเป็นกรอบหรือขอบเขตของการคุ้มครองไว้ดังเช่นกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา เครือรัฐออสเตรเลีย และราชอาณาจักรสวีเดน เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเสนอแนะฉบับที่ 162 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศด้วย โดยเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 15 มาตรา 53 และมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ให้มีการคุ้มครองถึงแรงงานสูงอายุจากการเลือกปฏิบัติด้วย

4.1.2 ความหมายของลูกจ้างผู้สูงอายุ

ในภาคเอกชนนั้นแต่เดิมการกำหนดอายุเกษียณยังไม่เท่ากันขึ้นกับแต่ละองค์กรเอกชน โดยส่วนใหญ่จะกำหนดที่อายุ 55 ปี หรือ 60 ปี ซึ่งแม้จะมีหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นผู้สูงอายุโดยทั่วไปไม่ว่าจะพิจารณาตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ.2546 หรือตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุของประเทศสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2508 หรือ Older American Act 1965 ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐบาลกลางที่กำหนดว่า “ผู้สูงอายุเริ่มที่อายุ 60 ปีเป็นต้นไป” หรือตามแนวทางขององค์การสหประชาชาติที่กำหนดไว้ว่า “ผู้สูงอายุคือผู้มีอายุ 60 ปี ขึ้นไป” แต่ก็ยังไม่ทำให้เกิดความชัดเจนในความหมายของคำว่า “แรงงานสูงอายุ” หรือ “ลูกจ้างสูงอายุ” เพราะการนิยามหรือกำหนดความหมายนี้จะเป็นการนิยามเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิในการใช้แรงงานของผู้สูงอายุซึ่งมีบริบทที่เฉพาะเจาะจง แต่มิใช่การคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไป ประกอบกับมีการกำหนดแนวทางในการขยายเวลาในการเกษียณออกไปทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ

เช่นนี้ หากพิจารณาจากแนวคิดการขยายอายุเกษียณของแรงงานดังกล่าวและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรายงานการศึกษาวิจัยต่างๆ และแนวทางของต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดนิยามหรือความหมายเพื่อใช้ในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุ ซึ่งมีอายุ 60 ปีขึ้นไป เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการขยายเวลาเกษียณอายุของบุคคลออกไปโดยเฉพาะในประเทศไทยอย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยยังไม่เคยกำหนดให้ชัดเจนมาก่อนจึงควรเริ่มที่ทุกองค์กรในภาคเอกชนต้องกำหนดให้เป็นไปในทิศทางเช่นเดียวกัน จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 5 โดยแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามให้มีคำว่า “แรงงานสูงอายุ” ด้วย โดยกำหนดที่อายุ 60 ปีขึ้นไป โดยผู้เขียนมีข้อพิจารณาในการดำเนินการเพื่อให้เกิดความสอดคล้องเชิงระบบการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุ กล่าวคือ ในช่วงต้นควรออกกฎหมายกำหนดขั้นตอนการขยายอายุเกษียณออกไป ในกรณีที่สถานประกอบการนั้นได้กำหนดให้แรงงานของตนเกษียณอายุที่ 55 ปีหรือ 60 ปี

ควรกำหนดให้เริ่มดำเนินการที่ละปีจนครบ 60 ปีในที่สุด โดยอายุ 60 ปีนี้สอดคล้องกับอายุในการเกษียณราชการและสอดคล้องกับเกณฑ์ค่าเฉลี่ยอายุคนไทยซึ่งมีสูงขึ้น ทั้งนี้เพื่อลดปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นและเตรียมความพร้อมสำหรับภาคเอกชนด้วย เช่นนี้ การจ้างแรงงานผู้สูงอายุซึ่งมีอายุ 60 ปีขึ้นไป จึงต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองการใช้แรงงานต่อไป จากการกำหนดดังกล่าวทำให้ผู้สูงอายุซึ่งยังคงอยู่ในระบบแรงงานนั้นต้องได้รับการคุ้มครองเมื่อตนมีอายุ 60 ปีขึ้นไปในสถานะแรงงานผู้สูงอายุ

4.2 การคุ้มครองสภาพการจ้าง

เนื่องจากการคุ้มครองแรงงานสูงอายุนั้นมีประเด็นกฎหมายที่ต้องศึกษาและวิเคราะห์ มาตรการการคุ้มครองแรงงานสูงอายุโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับเงื่อนไขการจ้าง สภาพการทำงาน การพัฒนาและส่งเสริมคุณภาพชีวิต ซึ่งได้ศึกษาโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุของต่างประเทศ กฎหมายคุ้มครองแรงงานเด็ก กฎหมายคุ้มครองแรงงานหญิง รวมถึงทฤษฎีต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการทำงานของสูงอายุ โดยพิจารณาประเด็นการคุ้มครองทางกฎหมายดังนี้

4.2.1 งานอันตรายที่ห้ามแรงงานสูงอายุทำและสถานที่ที่ห้ามผู้สูงอายุทำงาน

4.2.1.1 ลักษณะงานอันตรายที่ห้ามผู้สูงอายุทำ

ตามทฤษฎีจิตสังคม ทฤษฎีทางสังคม รวมทั้งแนวคิดและรูปแบบการทำงานต่างๆ ล้วนสอดคล้องกันอย่างมีข้อสำคัญว่า การให้ผู้สูงอายุยังสามารถทำงานต่อไปได้นั้น ถือเป็นผลดีต่อผู้สูงอายุมากกว่าการให้หยุดทำงาน หากแต่จากการศึกษามีข้อพึงตระหนักในการพิจารณาการให้ผู้สูงอายุทำงานต่อ โดยเมื่อพิจารณาจากทฤษฎีชีวภาพแล้ว พบว่า มนุษย์ซึ่งเริ่มเข้าสู่วัยสูงอายุนั้นมีความเสื่อมของร่างกายเกิดขึ้นอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อาจเกิดช้าเร็วแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล ซึ่งทฤษฎีที่ว่าด้วยความเปลี่ยนแปลงนี้ คือ ทฤษฎีเชื่อมตามขวางหรือทฤษฎีคอลลาเจน ทฤษฎีระบบประสาทต่อมไร้ท่อและภูมิคุ้มกัน ทฤษฎีพันธุกรรม ทฤษฎีการเสื่อมสลาย และทฤษฎีอนุมูลอิสระ จากทฤษฎีทางชีวภาพเหล่านี้ที่พิจารณาเห็นได้ชัดแจ้งว่า ผู้สูงอายุจำต้องเผชิญต่อความถดถอยในระบบต่างๆ ของร่างกาย ตลอดจนความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้น จึงต้องตระหนักถึงลักษณะของงานที่เหมาะสมด้วย จึงได้นำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 กฎกระทรวงแรงงาน ฉบับที่ 47 และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งนำกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ Fair Labor Standard Act 1938 ของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดหลักเกณฑ์ห้ามการทำงานในแรงงานเด็กเอาไว้ไม่ว่าจะมีอายุเท่าใดและไม่ว่าจะเป็นกลุ่มทำงานภาคเกษตรหรือไม่ ซึ่งลักษณะของงานที่กำหนดห้ามนั้นจะกำหนดชัดเจนและค่อนข้างครอบคลุมประเภทงานที่

ควรห้ามไว้ โดยลักษณะงานกลุ่มที่จะส่งผลต่อสุขภาพชีวอนามัยของผู้สูงอายุนั้น ควรเป็นกลุ่มเดียวกับการคุ้มครองแรงงานเด็กและแรงงานหญิงด้วย เนื่องจากสภาพร่างกายของผู้สูงอายุเมื่อเข้าสู่สภาวะถดถอยแล้วจะมีแรงกำลังหรือสภาพร่างกายใกล้เคียงกับสภาวะของเด็กและสตรี จึงนำกรณีการคุ้มครองเด็กและแรงงานหญิงมาเป็นกรณีศึกษาเปรียบเทียบ โดยอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับผู้สูงอายุมากยิ่งขึ้น จึงสมควรห้ามการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในทำนองเดียวกัน อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ต้องมีข้อห้ามหรือข้อจำกัดมากกว่า เช่น งานเหมืองแร่หรืองานก่อสร้างที่ต้องทำไต่ดิน ไต่หน้าในถ้ำ ในอุโมงค์ หรือปล่องในภูเขา แต่ไม่ควรมีข้อยกเว้นดังเช่น กรณีของการจ้างแรงงานหญิง เพราะภาวะของผู้สูงอายุไม่ว่าเป็นชายหรือหญิงการทำงานในสถานที่ดังกล่าวนี้จะมีผลต่อสุขภาพอย่างยิ่ง สอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศที่บัญญัติห้ามไว้ เช่น Labour Standard Act 1947 ของประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดห้ามโดยเฉพาะในกรณีการทำงานในไต่ดินซึ่งห้ามทั้งเด็กและกรณีแรงงานหญิงหรืองานที่ต้องทำบนนั่งร้านที่สูงกว่าพื้นดินตั้งแต่ 1 เมตรขึ้นไป แม้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 กรณีแรงงานหญิงและแรงงานเด็กจะอนุญาตไว้ไม่เกิน 10 เมตรก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในกรณีผู้สูงอายุมีภาวะทรงตัวยากและหากมีโรคประจำตัวย่อมมีโอกาสพลัดตกได้ง่ายกว่าแรงงานหญิงและแรงงานเด็ก และหากพลัดตกแล้วความเสียหายบาดเจ็บต่อร่างกายเกิดได้ง่ายกว่าและมีแนวโน้มรุนแรงมากกว่า เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจกำหนดไว้ให้เท่ากับกรณีแรงงานหญิงและเด็กได้ แต่ควรกำหนดความสูงไว้ไม่เกิน 1 เมตรเท่านั้น เพราะหากแม้เกิดเหตุพลัดตกย่อมเกิดความบาดเจ็บต่อร่างกายได้น้อยกว่ามาก จากการศึกษาในกรณีนี้พบว่ากฎหมายแรงงานของต่างประเทศยังมิได้กำหนดห้ามกรณีทำนองนี้ไว้เป็นการเฉพาะไม่ว่าทั้งกรณีแรงงานหญิงหรือแรงงานเด็ก

4.2.1.2 สถานที่ที่ควรกำหนดห้ามมิให้แรงงานสูงอายุทำงาน

ในการพิจารณากรณีสถานที่การทำงานที่ควรห้ามมิให้แรงงานสูงอายุทำงานนั้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 50 บัญญัติถึงสถานที่ที่ควรกำหนดห้ามไว้สำหรับการจ้างงานเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่มีความขัดแย้งกว่าประเทศอื่นๆ โดยในการศึกษาเปรียบเทียบการจ้างแรงงานสูงอายุกับการจ้างแรงงานเด็กเฉพาะกรณีที่มาตรา 50 บัญญัติไว้โดยขัดแย้งแล้ว ดังนี้ ในกรณีผู้สูงอายุย่อมไม่ควรทำงานในโรงฆ่าสัตว์เลย เพราะผู้สูงอายุมีความถดถอยมากในระบบภูมิคุ้มกันอันเป็นไปตามทฤษฎีระบบประสาท ต่อมไร้ท่อและภูมิคุ้มกัน รวมทั้งงานที่เกี่ยวกับเครื่องจักรต้องใช้สายตาและความว่องไวแม่นยำซึ่งผู้สูงอายุจะเริ่มบกพร่องมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม หากเป็นสถานที่เล่นการพนัน สถานบันเทิง รำวง หรือโรงเริงและสถานที่ที่มีอาหาร สุรา น้ำชา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่น จำหน่ายสินค้าและบริการโดยมีผู้บําเรอสำหรับปรนนิบัติลูกค้า หรือโดยมีที่สำหรับพักผ่อน หลับนอนหรือมีบริการนวดให้ลูกค้า กรณีเหล่านี้ แรงงานสูงอายุย่อมมีความสามารถในการควบคุมอารมณ์ การควบคุมความรู้สึกนึกคิดได้ดีมากกว่าการจ้างงานเด็ก ย่อมสามารถทำงานในสถานที่ดังกล่าวได้

4.2.2 สภาพการจ้างเกี่ยวกับชั่วโมงการทำงาน เวลาพัก การทำงานในเวลากลางคืน การทำงานล่วงเวลา และการทำงานในวันหยุด

4.2.2.1 ชั่วโมงการทำงาน

เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มิได้มีการกำหนดถึงระยะเวลาการทำงานต่อวันและต่อสัปดาห์สำหรับผู้สูงอายุไว้โดยตรง โดยหากพิจารณาตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่มีอยู่ตามมาตรา 23 นั้น การจะให้แรงงานผู้สูงอายุยังคงทำงานไม่เกิน 8 ชั่วโมงต่อวันหรือไม่เกิน 48 ชั่วโมงต่อสัปดาห์เช่นเดียวกับแรงงานปกติ ย่อมกระทบต่อสวัสดิภาพ และคุณภาพชีวิตของผู้สูงอายุได้ จึงควรมีการกำหนดเงื่อนไขเวลาการทำงานของผู้สูงอายุให้เกิดความเหมาะสม หากศึกษาการคุ้มครองการจ้างงานสำหรับชั่วโมงการทำงานของเด็กเนื่องจากสภาพร่างกายของผู้สูงอายุเมื่อเทียบเคียงกับเด็กแล้วมีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่เป็นความใกล้เคียงที่เกิดจากลักษณะสมรรถภาพของร่างกายที่สวนทางกัน สภาพร่างกายของผู้สูงอายุจะเริ่มมีการเสื่อมและถดถอยในทุกระบบ ต้องการการพักผ่อนและไม่เคร่งเครียดต่อเนื่องเป็นเวลานาน เพื่อให้แรงงานผู้สูงอายุมีคุณภาพชีวิตที่ดี จึงควรมีการลดชั่วโมงการทำงานต่อวันและชั่วโมงการทำงานต่อสัปดาห์ลงเพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีทางพฤกษศาสตร์และกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการพิจารณา กำหนดชั่วโมงการทำงานของแรงงานเด็ก ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดชั่วโมงการทำงานต่อสัปดาห์สำหรับผู้สูงอายุไม่เกินสัปดาห์ละ 38 ชั่วโมง โดยให้ชั่วโมงการทำงานในแต่ละวันนั้นอาจตกลงกันได้โดยสัญญาจ้างแรงงานแต่ต้องไม่เกิน 8 ชั่วโมงต่อวัน (รวมเวลาพัก) เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นได้ง่าย ทั้งต่อนายจ้างและแรงงานสูงอายุ นอกจากนี้ ควรให้แรงงานสูงอายุเริ่มเวลาทำงานในการทำงานแต่ละวัน ก่อนแรงงานปกติและครบระยะเวลาทำงานก่อนแรงงานปกติด้วย

อย่างไรก็ตาม สำหรับงานตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ตามมาตรา 12 ซึ่งแก้ไขในหมวดว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 23 ผู้เขียนเห็นว่าอาจทำได้เท่าที่จำเป็น แต่เมื่อพิจารณาชั่วโมงการทำงานทั้งสัปดาห์แล้วต้องไม่เกิน 38 ชั่วโมงตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้สำหรับการคุ้มครองชั่วโมงการทำงานของแรงงานสูงอายุดังกล่าวแล้ว

4.2.2.2 เวลาพัก

จากทฤษฎีทางชีวภาพและทฤษฎีทางจิตวิทยาแสดงให้เห็นได้ว่า แรงงานผู้สูงอายุมีความจำเป็นต้องมีจำนวนเวลาพักระหว่างการทำงานที่มีจำนวนน้อยกว่าแรงงานเด็ก และแรงงานวัยทำงาน โดยหากพิจารณากรณีการคุ้มครองการจ้างงานเด็กแล้วตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 27 ที่กำหนดให้เด็กได้พัก 1 ชั่วโมงหลังการทำงาน 4 ชั่วโมง และการพักย่อยตามที่นายจ้างกำหนดก็ตาม โดยสอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศในการจ้างแรงงานเด็ก เช่น

รัฐวิศตอเรียเครือรัฐออสเตรเลีย จึงควรกำหนดให้แรงงานสูงอายุจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเพื่อให้มีเวลาพักย่อยที่ต้องพักเร็วกว่าแรงงานลักษณะอื่นๆ อย่างมีข้อสำคัญ โดยควรให้ได้พักระหว่างการทำงานทุก 2 ชั่วโมง ครึ่งละ 15 นาที พักกลางวัน 1 ชั่วโมง กล่าวคือ เวลาพักที่รวมอยู่ในชั่วโมงการทำงาน ต้องไม่น้อยกว่า 1.30 ชั่วโมง ทั้งนี้ เพื่อความสอดคล้องกับชั่วโมงการทำงานตามที่ได้เสนอไว้ด้วย

4.2.2.3 การทำงานในเวลากลางคืน การทำงานล่วงเวลา และการทำงานในวันหยุด

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศและตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 โดยกำหนดห้ามแรงงานเด็กทำงานในเวลากลางคืน ในกรณีแรงงานหญิง ซึ่งตั้งครุฑตามมาตรา 39 การห้ามทำงาน การทำงานล่วงเวลา และการทำงานในวันหยุด สำหรับแรงงานสูงอายุควรมีการห้ามทำงานในลักษณะที่เป็นอันตรายเช่นเดียวกับแรงงานเด็กและแรงงานหญิง โดยจากการศึกษาทฤษฎีทางชีวภาพ ทฤษฎีทางสังคมและทฤษฎีจิตวิทยาแล้วเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้สูงอายุทำงานในเวลากลางคืน ในงานทุกประเภทที่มีลักษณะอันตราย และเสนอว่าควรกำหนดห้ามงานที่มีลักษณะอันตรายให้ชัดเจน ไม่ว่างานนั้นจะทำในเวลาใดก็ตาม รวมถึงการห้ามทำงานในลักษณะตามที่มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 กำหนด เนื่องจากเข้าลักษณะงานอันตรายจึงไม่ควรให้ผู้สูงอายุถูกจ้างแรงงานได้เลยเช่นกัน

ส่วนการทำงานล่วงเวลาของแรงงานสูงอายุ ผู้เขียนเห็นว่า จากทฤษฎีทางชีวภาพ ทฤษฎีทางสังคมและทฤษฎีจิตวิทยานั้น ไม่อาจให้ผู้สูงอายุทำงานล่วงเวลาได้ในทุกลักษณะ เช่นนี้โดยหลักแล้วควรวางหลักเป็นการห้ามไว้ แต่อาจมีบางกรณีที่ผู้สูงอายุอาจทำงานที่เข้าลักษณะไม่กระทบต่อคุณภาพชีวิต ต่อความเจ็บป่วย หรือเป็นปัญหาด้านร่างกายและจิตใจ โดยขอยกเว้นที่อาจให้แรงงานสูงอายุทำงานได้นั้นอาจพิจารณาได้ทำนองเดียวกับกรณีการอนุญาตให้หญิงมีครรภ์ทำงานได้ แต่ต้องได้รับความยินยอมจากแรงงานสูงอายุก่อน

ส่วนการทำงานในวันหยุด ในส่วนของแรงงานสูงอายุนั้นโดยหลักย่อมต้องห้ามการทำงานในวันหยุดเช่นเดียวกับแรงงานเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีทางชีวภาพ ทฤษฎีทางสังคม และทฤษฎีทางจิตวิทยา รวมทั้งที่ผู้เขียนได้ศึกษาจากกฎหมายของต่างประเทศในการจ้างแรงงานเด็ก

4.2.3 พักดน้ำหนักการยกของ

ตามทฤษฎีชีวภาพ ได้แก่ ทฤษฎีการเชื่อมตามขวางและทฤษฎีคอลลาเจน เมื่ออายุมากขึ้นย่อมมีผลให้ความคล่องตัวในการเคลื่อนไหวร่างกายลดลงและเนื้อเยื่อสูญเสียความยืดหยุ่น เป็นผลทำให้เกิดความเสื่อมของอวัยวะ ความสามารถในการเคลื่อนไหวลดลง กล้ามเนื้อและข้อต่อมีประสิทธิภาพลดลงและความสมดุลของร่างกายลดลง ทำให้มีโอกาสเกิดอุบัติเหตุได้สูง จึงควร

หลีกเลี่ยงการทำงานที่ต้องยกของหนัก การแบกหาม งานที่ต้องก้มๆ เงยๆ หรือเอี้ยวตัวมาก อีกทั้งมีงานวิจัยที่แสดงให้เห็นว่า การทำงานที่มีลักษณะใช้แรงทางกายภาพนั้นส่งผลต่อสุขภาพโดยตรงและเป็นเหตุทำให้ผู้สูงอายุเกิดโรคในระบบต่างๆ ของร่างกายเพิ่มขึ้นตามมาด้วย ซึ่งพิกัดที่กำหนดตามกฎหมายกระทรวง พ.ศ.2457 กำหนดอัตราน้ำหนักที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำงานนั้น ควรพิจารณาแยกระหว่างแรงงานผู้สูงอายุชายและหญิง ซึ่งจะเป็นการเหมาะสมกว่าตามกฎหมายกำหนดอัตราน้ำหนักที่นายจ้างให้ลูกจ้างชาย หญิง และเด็กสามารถทำได้ซึ่งควรมีพิกัดน้ำหนักเบากว่าโดยกำหนดดังนี้

- 1) 10 กิโลกรัม สำหรับแรงงานสูงอายุชาย
- 2) 5 กิโลกรัม สำหรับแรงงานสูงอายุหญิง

4.2.4 วันลาของแรงงานสูงอายุ

4.2.4.1 วันลาเพื่อดำเนินกิจกรรมทางวัฒนธรรมหรือเพื่อการฌาปนกิจศพหรือลาเพื่อเหตุฉุกเฉินในครอบครัว

ตามปกติลูกจ้างได้รับรองสิทธิตามกฎหมายให้ลาในกิจการลักษณะต่างๆ ของตนเองได้ โดยหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 กฎหมายกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการใช้สิทธิลาของลูกจ้างในกรณีต่างๆ ไว้ตามมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 41 และมาตรา 42 โดยผู้เขียนเห็นว่า จากการพิจารณาพหุวิถีทางสังคมนั้น ยังมีวันลาที่แรงงานสูงอายุจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิไว้เป็นการเฉพาะแต่กฎหมายคุ้มครองแรงงานยังมิได้บัญญัติรับรองสิทธิไว้ โดยวันลาที่ควรเพิ่มให้แรงงานสูงอายุสามารถมีสิทธิได้คือ กรณีการลาเพื่อดำเนินกิจกรรมทางวัฒนธรรมในท้องถิ่นของตน เนื่องด้วยเป็นความสำคัญที่กฎหมายจะดำรงบทบาทความผูกพันของผู้สูงอายุกับเครือญาติและชุมชนไว้ โดยในประเทศไทยงานตามวัฒนธรรมประเพณีมีเป็นจำนวนมากและแตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่น สอดคล้องกับกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย นอกจากนี้ ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่นและราชอาณาจักรสวีเดน ยังให้สิทธิการลาแก่ลูกจ้างเพื่อการฌาปนกิจศพและเพื่อเหตุฉุกเฉินในกรณีของญาติและสมาชิกในครอบครัวด้วย โดยวันลาในลักษณะดังกล่าวนี้ เห็นว่าควรกำหนดให้ลาได้ไม่เกิน 5 วันต่อปี

4.2.4.2 วันลาเพื่อพบแพทย์

จากการศึกษาพหุวิถีทางชีววิทยาจะเห็นได้ว่า แรงงานสูงอายุนั้นจะประสบกับสภาวะของร่างกายถดถอยในทุกะบบอย่างต่อเนื่อง แรงงานสูงอายุจึงมีความจำเป็นในการพบแพทย์เป็นอย่างยิ่งทำนองเดียวกับลูกจ้างหญิงมีครรภ์ซึ่งจำเป็นต้องลาเพื่อคลอดบุตร จากการศึกษาเปรียบเทียบกรณีแรงงานสูงอายุกับหญิงมีครรภ์ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ซึ่งแรงงานสูงอายุมิมีความต้องการและจำเป็นต้องไปพบแพทย์อย่างสม่ำเสมอเพื่อการรักษา

ที่ต่อเนื่องและทันท่วงที แต่ควรเป็นกรณีที่เกิดจากการที่แพทย์เป็นผู้นัดเท่านั้น โดยแรงงานสูงอายุต้องขอลาหยุดล่วงหน้าโดยแสดงหนังสือนัดพบแพทย์ซึ่งแพทย์หรือโรงพยาบาลเป็นผู้ออกให้ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วัน และไม่เกินเดือนละ 1 วัน

4.2.5 เงินประกันและค่าจ้าง

ในส่วนของเงินประกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะการคุ้มครองการจ้างแรงงานเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานมีความขัดแย้งที่อาจนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีแรงงานสูงอายุได้ด้วยโดยไม่ควรมีการเรียกเงินประกันหรือรับหลักประกันการทำงาน หรือความเสียหายในการทำงานกับแรงงานสูงอายุเช่นเดียวกับการจ้างแรงงานเด็ก ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ตามมาตรา 12 ซึ่งแก้ไขในหมวดว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 50 และมาตรา 51 แก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดห้ามมิให้นายจ้างเรียกหรือรับหลักประกันการทำงาน หรือความเสียหายในการทำงานด้วย

ในส่วนของค่าจ้างนั้น เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2551 ตามมาตรา 9 ซึ่งแก้ไขในหมวดว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานเด็ก ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 87 มาตรา 88 มาตรา 89 มาตรา 90 และมาตรา 91 โดยแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการค่าจ้างเพื่อให้การกำหนดอัตราค่าจ้างของคณะกรรมการค่าจ้างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมต่อลูกจ้าง เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้ ทำให้คณะกรรมการค่าจ้างมีอำนาจชัดเจนและครอบคลุมเป็นระบบมากยิ่งขึ้น ดังนั้นในการคุ้มครองค่าจ้างให้แก่แรงงานสูงอายุ ควรนำกฎหมายที่พิจารณาใช้คุ้มครองในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองค่าจ้างที่มีอยู่เดิมและตามกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ใช้บังคับกับการคุ้มครองค่าจ้างแก่แรงงานสูงอายุด้วย

4.2.6 การปรับเปลี่ยนสภาพการจ้าง (Flexible Working Arrangements)

จากการศึกษากฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย มีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการเปลี่ยนสภาพการจ้างของแรงงานกลุ่มที่มีลักษณะพิเศษซึ่งรวมถึงแรงงานสูงอายุซึ่งมีอายุตั้งแต่ 55 ปีขึ้นไป โดยตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานที่เป็นธรรม พ.ศ.2552 หรือ Fair Work Act 2009 (Cth) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ไปในทางเดียวกันตามที่ National Seniors Productive Ageing Centre กำหนด และสอดคล้องกับ Older Workers Recommendation, 1980 (No.162) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศด้วย ซึ่งนายจ้างจะปฏิเสธคำร้องขอเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างได้เฉพาะกรณีที่เป็นเหตุผลทางธุรกิจอันมีเหตุผลสมควรเท่านั้น (Reasonable Business Grounds) จึงควรนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้ามาบัญญัติในกฎหมายคุ้มครองแรงงานสูงอายุของไทยด้วย โดยให้แรงงานสูงอายุดำเนินการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 42 ทำนองเดียวกับกรณีลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์ที่มีการขอเปลี่ยนสภาพการจ้างได้

4.2.7 การควบคุมและการตรวจสอบการทำงานของแรงงานสูงอายุ

เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาส่งเสริมคุณภาพชีวิตและคุ้มครองสิทธิให้เกิดแก่แรงงานสูงอายุอย่างแท้จริง จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการควบคุมและตรวจสอบว่าแรงงานผู้สูงอายุซึ่งเป็นประเภทแรงงานที่มีลักษณะพิเศษจากแรงงานวัยทำงาน มีลักษณะพิเศษจากความเป็นผู้สูงอายุทำนองเดียวกับการเป็นแรงงานเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศในการคุ้มครองแรงงานเด็กและตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 45 ซึ่งเป็นการคุ้มครองการจ้างแรงงานเด็กโดยมาตรานี้อาจนำมาเป็นแนวทางเพื่อคุ้มครองแรงงานสูงอายุได้

4.2.8 การกำหนดสภาพบังคับหากนายจ้างมิได้ดำเนินการตามเงื่อนไขการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุเพื่อให้การคุ้มครองลูกจ้างผู้สูงอายุมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง จึงควรพิจารณาสภาพบังคับโดยเฉพาะสภาพบังคับทางอาญาเพื่อดำเนินคดีกับนายจ้างซึ่งมิได้ดำเนินการตามเงื่อนไขการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุ โดยพิจารณาตามแนวทางของการคุ้มครองแรงงานเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2560 มาตรา 5 ซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองสภาพบังคับทางอาญาเมื่อมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขของกฎหมายได้

5. บทสรุป

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากรที่สังคมไทยจะเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ การดูแลผู้สูงอายุที่มีอัตราส่วนการพึ่งพิงครอบครัวเพิ่มขึ้นแต่ศักยภาพในการดูแลของบุตรหลานที่ลดลง สังคมผู้สูงอายุยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อภาวะเศรษฐกิจโดยทำให้เกิดภาวะขาดแคลนแรงงานได้นอกจากนี้ ผู้สูงอายุยังมีข้อจำกัดในการดำเนินชีวิตและด้านสุขภาพมีร่างกายที่เสื่อมถอยแม้ว่ามีประสบการณ์การทำงาน ดังนั้น ภาครัฐควรได้มีการเตรียมการ รวมถึงการพิจารณาบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของแรงงานสูงอายุที่เพิ่มมากขึ้น เพื่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นของแรงงานสูงอายุและเพื่อให้ผู้สูงอายุยังคงอยู่ในภาคแรงงานอันจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานสูงอายุทั้งในประเทศและต่างประเทศ และเปรียบเทียบกับแนวทางการคุ้มครองแรงงานหญิงและแรงงานเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ผู้เขียนเห็นว่า ควรจัดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 โดยเพิ่มเติมหมวด “การใช้แรงงานสูงอายุ” เพิ่มขึ้นอีกหนึ่งหมวดเพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับเงื่อนไขการจ้างสภาพการทำงาน การพัฒนาและส่งเสริมคุณภาพชีวิตของแรงงานสูงอายุอันมีลักษณะเฉพาะเจาะจงต่อไป

บรรณานุกรม

- มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย. รายงานประจำปีสถานการณ์ผู้สูงอายุไทย พ.ศ.2555. นนทบุรี: บริษัท เอสเอสพลัส มีเดีย จำกัด, 2556.
- Agediscrimination.info. **Japan** [Online]. Available URL: <http://www.agediscrimination.info/international-age-discrimination/japan>, 2020 (March, 22).
- American Federation for Aging Research. **Info aging guide: Theories of Aging** [Online]. Available URL: https://www.afar.org/docs/migrated/111121_INFOAGING_GUIDE_THEORIES_OF_AGINGFR.pdf, 2018 (July, 30).
- Croucher, Rosalind. **Access All Age-Older Workers and Commonwealth Laws Final Report**. Sydney: Australian Law Reform Commission, 2013.
- Japan International Labour Foundation. **Revised Act for Stabilization of Employment of Older Persons Comes into Force** [Online]. Available URL: <https://www.jilaf.or.jp/eng/mbn/2013/122.html>, 2020 (March, 20).
- Jimmieson, Narina L. and Deborah J. Terry. "The moderating role of task characteristics in determining responses to a stressful work simulation." **Journal of Organizational Behavior** 20, 5 (September 1999): 709-736.
- Kowalczyk, Devin. **Psychosocial Theories of Aging: Activity Theory, Continuity Theory & Disengagement Theory** [Online]. Available URL: <https://study.com/academy/lesson/psychosocial-theories-of-aging-activity-theory-continuity-theory-disengagement-theory.html>, 2018 (August, 9).

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:

สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องในกรณีที่คำพิพากษา
เสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องถูกยกเลิกเพิกถอนไป

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์
เชื่อนันทร์ ศิริมหาพฤกษ์

**คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้อง
ในกรณีที่คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องถูกยกเลิกเพิกถอนไป**

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์*

Nitinant Bruranajroenrak

เชื่อนขันท์ ศิริมหาพฤกษ์**

Khueankhan Sirimahaphruek

จากการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 บัญญัติให้ พนักงานอัยการ และผู้เสียหายต่างมีอำนาจฟ้องคดีอาญา¹ ทำให้ทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายอาจฟ้องจำเลยในการกระทำเดียวกันนี้ต่อศาลเดียวกันหรือต่างศาลกันได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) บัญญัติว่า สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง ดังนั้น ถ้าในความผิดที่พนักงานอัยการหรือผู้เสียหายได้ฟ้องจำเลยนั้น ศาลมีคำพิพากษาแล้ว ทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายก็จะมีไม่มีสิทธิฟ้องจำเลยในความผิดเดียวกันกับที่ศาลมีคำพิพากษาไปแล้วได้อีก² แต่ถ้าต่อมาคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด

*อัยการจังหวัดผู้ช่วยสำนักงานอัยการคดีศาลแขวงพิษณุโลก; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: nitinantattomey@hotmail.com.

Assistant Provincial Public Prosecutor, Office of Phitsanulok Summary Litigation; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Ramkhamhaeng University.

**อัยการจังหวัดผู้ช่วยสำนักงานอัยการจังหวัดกาญจนบุรี; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. E-mail: Khueankhan_siri@hotmail.com.

Assistant Provincial Public Prosecutor, Office of Kanchanaburi Provincial Public Prosecution; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Assumption University.

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4007-4008/2530; ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (กันยายน, 22).

²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9282/2559; ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (กันยายน, 22).

ในความผิดซึ่งได้ฟ้องถูกยกเลิกเพิกถอนไป สิทธินาคีอาญามาฟ้องของพนักงานอัยการและผู้เสียหายจะเปลี่ยนไปหรือไม่ อย่างไร มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 (ประชุมใหญ่)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4)

“ข้อเท็จจริง: ในคดีก่อนผู้เสียหายเป็นโจทก์ยื่นฟ้องจำเลยเป็นจำเลยที่ 2 ศาลชั้นต้นไต่สวนมูลฟ้องและประทับฟ้อง ถึงวันนัดสืบพยานโจทก์ในวันที่ 3 สิงหาคม 2559 ทนายโจทก์ขอเลื่อนคดีเพราะเหตุความเจ็บป่วยของโจทก์ด้วยโรคมะเร็งผิวหนัง และได้ทำการผ่าตัดในวันที่ 18 กรกฎาคม 2559 แพทย์ผู้ตรวจรักษามีความเห็นให้งดการเดินทางไปในเขตร้อนจนกว่าผิวหนังจะสัมผัสกับแสงแดดได้และนัดตรวจอาการในวันที่ 1 สิงหาคม 2559 โดยมีเอกสารพร้อมคำแปลมาแสดง แต่ศาลชั้นต้นไม่อนุญาตให้เลื่อนคดี มีคำสั่งให้ดสืบพยานโจทก์ เนื่องจากโจทก์ไม่มีพยานมานำสืบพิสูจน์ว่า จำเลยที่โจทก์ยังไม่ได้ถอนฟ้องไปกระทำความผิดตามฟ้อง และพิพากษายกฟ้อง ผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์ในคดีดังกล่าวยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภาค 2 ศาลอุทธรณ์ภาค 2 เห็นว่า การขอเลื่อนคดีของโจทก์มีเหตุจำเป็นอันไม่อาจก้าวล่วงเสียได้ กรณียังมีเหตุสมควรที่ศาลชั้นต้นจะอนุญาตให้เลื่อนการสืบพยานโจทก์ไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 179 วรรคสอง พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและคำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้เลื่อนคดีและให้ดสืบพยานโจทก์ตามรายงานกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นลงวันที่ 3 สิงหาคม 2559 ให้ย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดี จำเลยที่ 2 ที่ 5 และที่ 6 ฎีกา ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งศาลอุทธรณ์ภาค 2 ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวไว้ชอบด้วยเหตุผลแล้ว จึงไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 23 วรรคหนึ่ง

ส่วนในคดีนี้พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยซึ่งเป็นเรื่องเดียวกันกับคดีก่อนที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์

คำพิพากษาศาลชั้นต้น: พิเคราะห์แล้วเห็นว่าจำเลยเคยถูกฟ้องในเรื่องเดียวกับคดีนี้ ซึ่งเป็นการกระทำอันเกี่ยวกับคดีก่อน ศาลวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่มีพยานสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยพิพากษายกฟ้องโจทก์ ถือว่าศาลได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีแล้ว เมื่อศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) สิทธินาคีอาญามาฟ้องของโจทก์ย่อมระงับไป จึงให้ยกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์: พนักงานอัยการโจทก์มีสิทธิฟ้องจำเลยในคดีนี้ได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4)

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 2: พิพากษายืน

โจทก์ฎีกา โดยอัยการสูงสุดรับรองให้ฎีกา: พนักงานอัยการโจทก์มีสิทธิฟ้องจำเลยในคดีนี้ได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4)

คำพิพากษาศาลฎีกา: พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 2 ให้ศาลชั้นต้นประทับฟ้องโจทก์ไว้แล้วดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีต่อไป

เหตุผลของศาลฎีกา: ในคดีก่อนผู้เสียหายเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดี ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องและประทับฟ้อง ถึงวันนัดสืบพยานโจทก์ ทนายโจทก์ขอเลื่อนคดีเพราะเหตุความเจ็บป่วยของโจทก์ โดยมีเอกสารพร้อมคำแปลมาแสดง แต่ศาลชั้นต้นไม่อนุญาตให้เลื่อนคดี มีคำสั่งให้งดสืบพยานโจทก์เนื่องจากโจทก์ไม่มีพยานมานำสืบพิสูจน์ว่า จำเลยที่โจทก์ยังไม่ได้ถอนฟ้องไปกระทำความผิดตามฟ้อง และพิพากษายกฟ้อง ศาลอุทธรณ์ภาค 2 เห็นว่า การขอเลื่อนคดีของโจทก์มีเหตุจำเป็นอันไม่อาจก้าวล่วงเสียได้ กรณียังมีเหตุสมควรที่ศาลชั้นต้นจะอนุญาตให้เลื่อนการสืบพยานโจทก์ไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 179 วรรคสอง พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและคำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้เลื่อนคดีและให้งดสืบพยานโจทก์ให้ย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดี เมื่อจำเลยที่ 2 ที่ 5 และที่ 6 ฎีกา ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งศาลอุทธรณ์ภาค 2 ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวไว้ชอบด้วยเหตุผลแล้ว จึงไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 23 วรรคหนึ่ง ดังนั้น คำพิพากษายกฟ้องของศาลชั้นต้นในคดีก่อนจึงเป็นอันถูกยกเลิกเพิกถอนไป ไม่อาจถือได้ว่าศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้ว พนักงานอัยการโจทก์จึงมีสิทธิฟ้องจำเลยในคดีนี้ได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) ที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษายกฟ้องโจทก์มานั้น ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ฟังขึ้น”³

ข้อพิจารณา

จากเหตุผลคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 (ประชุมใหญ่) ดังกล่าวมีประเด็นข้อกฎหมายที่ผู้เขียนจะพิจารณาเป็นลำดับโดยแยกเป็นประเด็นเรื่องอำนาจการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการและผู้เสียหายเรื่องสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ย่อมระงับไปเมื่อศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง และเรื่องคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องในคดีก่อนถูกยกเลิกเพิกถอนไป โดยในประเด็นสุดท้ายผู้เขียนวิเคราะห์โดยนำคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561

³เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2562 ตอนที่ 5, บรรณาธิการโดยนายสมชัย ธีระอุตตมากร และผู้ช่วยบรรณาธิการโดย นายประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), หน้า 1166-1169.

1. อำนาจการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการและผู้เสียหาย

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 บัญญัติให้ พนักงานอัยการ และผู้เสียหายต่างมีอำนาจฟ้องคดีอาญา ซึ่งเป็นไปตามการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเพื่อปกป้องความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ทั้งนี้ก็ยังกั้นให้ผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้⁴ ดังนั้นพนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้โดยไม่นำหลักเรื่องการฟ้องซ้อนของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับการฟ้องคดีอาญาที่พนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างยื่นฟ้องจำเลยเรื่องเดียวกันต่อศาล⁵

2. สิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ย่อมระงับไปเมื่อศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง

แม้พนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างยื่นฟ้องจำเลยเรื่องเดียวกันต่อศาลจะไม่เป็นฟ้องซ้อนก็ตาม แต่ถ้าในคดีเรื่องเดียวกันดังกล่าวศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องแล้ว สิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์อีกคดีหนึ่งย่อมระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) โดยไม่คำนึงว่าพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายจะยื่นฟ้องคดีใดก่อนหรือหลัง⁶ ซึ่งหลักดังกล่าวมาจากหลักสากลที่ว่า ห้ามดำเนินคดีซ้ำสองแก่จำเลย (*Non bis in idem* หรือ *Not twice for the same*) สำหรับสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ย่อมระงับไปเมื่อศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) นั้นมีหลักเกณฑ์ประการแรก คือ จำเลยในคดีก่อนและจำเลยในคดีหลังเป็นบุคคลคนเดียวกัน แม้โจทก์จะเป็นคนละคนก็ตาม ประการต่อมา คือ การกระทำของจำเลยในคดีก่อนและคดีหลังต้องเป็นการกระทำเดียวกัน⁷ ประการที่สาม คือ คดีก่อนเป็นกรณีที่จำเลยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างแท้จริงไม่ใช่

⁴ ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 33-34.

⁵ อุทัย อาทิวะ, *ผู้เสียหาย* (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ. พรินต์, 2562), หน้า 167-168.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 162/2522; ศาลฎีกา, *ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา* [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (มีนาคม, 22).

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พลสยาม พรินต์ (ประเทศไทย), 2553), หน้า 226-227.

เป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างสมยอมกัน⁸ และประการสุดท้าย ในคดีก่อนศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยในเนื้อหาความผิดแล้ว ดังนั้น แม้เป็นกรณีที่ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องแล้ว วินิจฉัยว่า คดีไม่มีมูลพิพากษายกฟ้อง⁹ เพราะโจทก์ไม่มีพยานมาสืบ ซึ่งมีผลโจทก์พิสูจน์ความผิดของจำเลยไม่ได้ตามฟ้อง¹⁰ เหล่านี้ถือว่าศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้วทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ในคดีหลังย่อมระงับ

3. คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องในคดีก่อนถูกยกเลิกเพิกถอนไป

จากความหมายของคำว่า ศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้อง หมายถึง คำพิพากษาศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยในเนื้อหาความผิดแล้ว แต่ต่อมาคำพิพากษาดังกล่าวก่อนถูกยกเลิกเพิกถอนไปโดยศาลที่สูงกว่าตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 ดังกล่าว ส่งผลให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องของพนักงานอัยการในคดีหลังเปลี่ยนแปลงไปกล่าวคือ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 วินิจฉัยว่า ศาลอุทธรณ์ภาค 2 พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้น และคำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้เลื่อนคดีและให้งดสืบพยานโจทก์ ให้ย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดี ทำให้คำพิพากษายกฟ้องในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ถูกยกเลิกเพิกถอนไป พนักงานอัยการโจทก์จึงมีสิทธิฟ้องจำเลยในคดีนี้ได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 ดังกล่าวจึงเป็นการขยายหลักของศาล กรณีได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้วออกไปเป็นว่า หากศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคพิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและให้ย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องในคดีก่อนถูกยกเลิกเพิกถอนไปเมื่อไม่มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้ว จึงไม่ถือว่าสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ในคดีหลังย่อมระงับไปเพราะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้ว ดังนั้นโจทก์ในคดีหลังจึงมีสิทธิฟ้องจำเลยในคดีนี้ได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4)

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 644/2547; ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (กันยายน, 22).

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8910/2549; ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (กันยายน, 22).

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1382/2492; ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (กันยายน, 22).

อย่างไรก็ตาม ก่อนหน้าที่จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561 มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันว่า พนักงานอัยการยื่นฟ้องจำเลย ต่อมาผู้เสียหายยื่นฟ้อง จำเลยคดีเรื่องเดียวกันกับที่พนักงานอัยการฟ้องจำเลย ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องคดีของผู้เสียหาย แล้ววินิจฉัยว่า คดีไม่มีมูล พิพากษายกฟ้องคดีของผู้เสียหาย ทำให้สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องของ พนักงานอัยการระงับไป เพราะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้อง แต่ข้อเท็จจริงที่ แตกต่างกัน คือ คดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561 นั้น ศาลอุทธรณ์ภาค 6 **พิพากษากลับ** คำพิพากษาศาลชั้นต้นในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ให้ประทับฟ้องคดีของผู้เสียหายดังกล่าว ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า แม้ศาลอุทธรณ์ภาค 6 **พิพากษากลับ** คำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ประทับฟ้องคดีที่ผู้เสียหาย เป็นโจทก์ก็ตาม แต่ก็ยังคงถือว่าสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องของพนักงานอัยการระงับไป เพราะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องแล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา มาตรา 39 (4)¹¹

ความแตกต่างของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 คือ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561 แม้ศาลอุทธรณ์ภาค 6 **พิพากษากลับ** คำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ประทับฟ้องคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์แต่ก็ยังคงถือว่าสิทธิในการนำคดีอาญา มาฟ้องของพนักงานอัยการระงับไป เพราะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 2 **พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้น** และคำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่อนุญาตให้ เลื่อนคดีและให้งดสืบพยานโจทก์ ให้ย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและ พิพากษาใหม่ตามรูปคดี ทำให้คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องในคดีก่อนถูกยกเลิกเพิก ถอนไป จึงไม่ถือว่าสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของพนักงานอัยการในคดีหลังระงับไป เพราะมี คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงของคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองแตกต่างกัน จึงไม่ อาจถือได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 กลับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561

จากการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยที่พนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างมีอำนาจ ฟ้องคดีอาญาได้ตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ และจากความหมายของคำว่า ศาลมี คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องที่ว่าในคดีก่อนศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยใน เนื้อหาความผิดแล้ว ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า การที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561

¹¹ สำนักงานศาลยุติธรรม, **คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2561 เล่มที่ 8**, บรรณาธิการโดย นายประเสริฐ เสียงสุทธิวงศ์ (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2561), หน้า 166-169.

วินิจฉัยว่าศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องคดีของผู้เสียหายแล้ววินิจฉัยว่า คดีไม่มีมูล ต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 6 พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ประทับฟ้องคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์**แม้จะไม่ทำให้คำพิพากษายกฟ้องในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ถูกยกเลิกเพิกถอนไป** แต่ศาลชั้นต้นต้องพิจารณาและสืบพยานโจทก์และจำเลยใหม่ จึงจะ**วินิจฉัยในเนื้อหาความผิด**ในคดีดังกล่าวได้แตกต่างกับการที่ศาลชั้นต้นพิจารณาและสืบพยานโจทก์และจำเลยแล้วมีคำพิพากษายกฟ้องหรือลงโทษจำเลย แต่ต่อมาศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น กรณีนี้ถือว่าศาลชั้นต้นวินิจฉัยในเนื้อหาความผิดในคดีดังกล่าวแล้ว จึงเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้ว การที่ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องคดีของผู้เสียหายแล้ววินิจฉัยว่า คดีไม่มีมูล ต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 6 พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ประทับฟ้องคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ เช่นนี้จึงไม่น่าจะถือว่าคดีของผู้เสียหายศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้ว เพราะตราบใดที่ศาลชั้นต้นยังไม่วินิจฉัยในเนื้อหาความผิดในคดีดังกล่าวเสียใหม่พนักงานอัยการควรจะมีสิทธิฟ้องจำเลยในเรื่องเดียวกันนั้นได้ตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แม้กรณีดังกล่าวทำให้จำเลยถูกดำเนินคดีทั้งในคดีของผู้เสียหายและในคดีของพนักงานอัยการจนกว่าคดีใดคดีหนึ่งศาลชั้นต้นจะมีคำพิพากษาที่วินิจฉัยในเนื้อหาความผิดซึ่งได้ฟ้อง สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องอีกคดีจึงจะระงับไป แต่กรณีดังกล่าวก็เป็นกระบวนการที่มีลักษณะเดียวกันกับการที่ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องคดีของผู้เสียหายแล้ววินิจฉัยว่าคดีมีมูลซึ่งก็ไม่ถือว่าสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องของพนักงานอัยการย่อมระงับไปเพราะเหตุที่ศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยว่าคดีของผู้เสียหายมีมูล

4. บทสรุป

แม้การที่พนักงานอัยการและผู้เสียหายต่างฟ้องจำเลยเป็นคดีอาญาเรื่องเดียวกันจะไม่เป็นฟ้องซ้อนก็ตาม แต่ถ้าในคดีใดคดีหนึ่งดังกล่าวศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องแล้วสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์อีกคดีหนึ่งนั้นย่อมระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องของผู้เสียหายในชั้นได้สวนมูลฟ้อง ต่อมาศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคพิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและให้ย้อนสำนวนให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาใหม่ตามรูปคดี ทำให้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ยกฟ้องในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ถูกยกเลิกเพิกถอนไป พนักงานอัยการโจทก์จึงมีสิทธิฟ้องจำเลยในคดีนี้ได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 ส่วนกรณีที่ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องของผู้เสียหายในชั้นได้สวนมูลฟ้อง ต่อมาศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นให้ประทับฟ้องของผู้เสียหาย คำพิพากษาของศาลชั้นต้นถูกเปลี่ยนแปลงผลของคำพิพากษาแต่ไม่ถูกยกเลิกเพิกถอนไป ศาลฎีกายังคงถือว่าสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องของ

พนักงานอัยการในเรื่องเดียวกันย่อมระงับไป เพราะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้อง แล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) อยู่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561 มากไปกว่านั้น แม้จะไม่อาจถือว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5391/2562 กลับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7246/2561 ก็ตาม แต่ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นให้ประทับฟ้องของผู้เสียหาย ไม่น่าจะถือว่า คดีในส่วนของผู้เสียหายศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้องแล้ว เพราะศาลชั้นต้นยังต้องสืบพยานต่อไป ยังไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาความผิดในคดีดังกล่าว พนักงานอัยการควรจะมีสิทธิฟ้องจำเลยในเรื่องเดียวกันนั้นได้ตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เช่นเดียวกับกรณีที่ศาลชั้นต้นได้สวนมูลฟ้องคดีของผู้เสียหายแล้ววินิจฉัยว่า คดีมีมูล คดีของพนักงานอัยการก็ยังคงดำเนินต่อไปจนกว่าคดีใดคดีหนึ่งศาลชั้นต้นจะมีคำพิพากษาที่วินิจฉัยในเนื้อหาความผิดซึ่งได้ฟ้อง

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีใน
ขั้นตอนก่อนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วน
จำกัด พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2553.
- ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2562 ตอนที่ 5. บรรณาธิการโดยนายสมชัย
ที่ฆาอูตมากร และผู้ช่วยบรรณาธิการโดย นายประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์. กรุงเทพมหานคร:
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- ศาลฎีกา. ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online]. Available
URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (กันยายน, 22).
- สำนักงานศาลยุติธรรม. คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2561 เล่มที่ 8. บรรณาธิการโดย
นายประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2561.
- อุทัย อาทิวะ. ผู้เสียหาย. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ. พรินติ้ง, 2562.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1382/2492.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 162/2522.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4007-4008/2530.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 644/2547.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8910/2549.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9282/2559.

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ นักวิชาการอิสระ
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ศาลรัฐธรรมนูญ
10. ศาสตราจารย์ทักษมัย ฤกษ์สุต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรรณัชชากุล สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายณัฏฐิ จิตสว่าง สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์ การรถไฟแห่งประเทศไทย
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์ ศาลยุติธรรม
16. นายประภาศ คงเอียด กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์ ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ Baker & McKenzie Ltd.
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวุฒิ ทวาทสิน ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง
30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล
31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์
32. นายสมชัย ชีมาอุตมากร
33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช
34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล
35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล
36. ดร.สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร
37. นายสราวุธ เบญจกุล
38. นายสอนชัย สิริวิทยกุล
39. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ
40. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร
41. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ
42. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ์
43. ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร
44. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ทศพล ทรรศนกุลพันธ์

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค
2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร ภาไชย
3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน
4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
5. นายสงวน ตีเยไพบูลย์สิน

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภัคติกง

Weerawong, Chinnavat & Partner Ltd.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำนักงานอัยการสูงสุด

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

นักวิชาการอิสระ

ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กระทรวงการคลัง

มหาวิทยาลัยขอนแก่น

กรมสรรพากร

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์

สำนักงานกฎหมาย

คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด

สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด

นักวิชาการอิสระ

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ตนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสสิ วรรณการ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนันทิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | การรถไฟแห่งประเทศไทย |
| 14. นางพัศนี เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
 10240 โทร 02-310-8201, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8201 E-mail: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournalru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows

3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาที่มีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. ชื่อบทความ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย

2. ชื่อผู้พิมพ์ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุหน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้า ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ

3. บทคัดย่อ และ Abstract คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป

4. คำสำคัญ และ Keywords คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ

5. หัวเรื่อง ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป

6. การอ้างอิงเชิงอรรถ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** .../เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.

- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]./ที่มา:ที่มาของสารสนเทศ/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ห้อง 2402 อาคาร 2 ชั้น 4 ศูนย์บริการและให้ความช่วยเหลือสังคมทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online journal system) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด

6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer review) ที่ตรงตามสาขาวิชาจากภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้นิพนธ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจงเพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจนของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มี การส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่บทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่นๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้นๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้นๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้นๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับ และไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง