



ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 วันที่ 1 มกราคม - 30 มิถุนายน 2566

Vol. 12 Issue 1 1 January - 30 June 2023



RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ISSN 2286-8518 (Print)
ISSN 2651-1827 (Online)



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 12 ฉบับที่ 1

สภานายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมคณะนิติศาสตร์ที่ได้มีการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้น เพื่อกระตุ้นให้นักศึกษา อาจารย์ และนักกฎหมายมีความสนใจในการทำผลงานวิชาการมากขึ้น และวารสารฉบับนี้ ยังมีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่แลกเปลี่ยนองค์ความรู้ ความคิด ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง สภามหาวิทยาลัยรามคำแหงหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารฉบับนี้ จักเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมาย นักศึกษาและบุคคลทั่วไปที่มีความสนใจทางด้านกฎหมายต่อไป



ในนามของสภามหาวิทยาลัย ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยพรให้ทุกท่าน ประสบแต่ความสุข ความเจริญ สุขภาพร่างกายแข็งแรง และให้สามารถทำหน้าที่ของท่านอย่างเต็มที่และอย่างดีที่สุด เพื่อสร้างประโยชน์สุขแก่สังคมและประเทศชาติสืบต่อไป

(นายวีระพล ตั้งสุวรรณ)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

การเผยแพร่ผลงานวิชาการและผลงานวิจัยทางนิติศาสตร์สู่สังคมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นการนำความรู้ไปใช้ประโยชน์ในทางวิชาการ เพื่อจะเป็นแนวทางในการศึกษาวิชานิติศาสตร์ต่อไป วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์นี้ นับว่ามีความสำคัญและเป็นความภาคภูมิใจของมหาวิทยาลัยรามคำแหง เนื่องจากเป็นเวทีสำหรับการนำเสนอผลงานค้นคว้าวิจัยและผลงานทางวิชาการ เพื่อให้ให้นักกฎหมายได้เผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมาย



มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่านที่ได้เสียสละเวลาอันมีค่าในการจัดทำวารสารเล่มนี้ และขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คณาจารย์ ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข มีสุขภาพพลามัยแข็งแรงสมบูรณ์ ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง และที่สำคัญร่วมกันทำประโยชน์ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'สม. น.'.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)
ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน
อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบตีคณนะนิตีศาสตร

คณนะนิตีศาสตรได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิตีศาสตรขึ้น ซึ่งนับได้ว่าเป็นวารสารที่มีคุณภาพด้านวิชาการทางนิตีศาสตร จนได้ การยอมรับในระดับชาติที่มีฐานข้อมูลปรากฏในศูนย์ดัชนีการอ้างอิง วารสารไทย TCI กลุ่ม 2 บทความวิชาการและบทความวิจัยที่ได้รับการ ตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้ นับว่าเป็นประโยชน์ต่อวงการนิตีศาสตร เป็นอย่างยิ่ง เพราะวารสารฉบับนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการ เผยแพร่ผลงานทางวิชาการในสาขานิตีศาสตรและสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง



ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุน รามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิตีศาสตร มีสุขภาพกายสมบูรณ์ แข็งแรง และจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

Handwritten signature

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์แพรวพรรณ หลายปัญญา)
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาราชการแทน
คนบตีคณนะนิตีศาสตร

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือนักวิชาการ 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

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ดำเนินการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มาอย่างต่อเนื่อง เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความในสาขาวิชานิติศาสตร์ สำหรับการดำเนินการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 กองบรรณาธิการได้รับเกียรติจากผู้สนใจส่งบทความเป็นจำนวนมาก โดยมีบทความวิจัยที่ผ่านการคัดเลือกจากกองบรรณาธิการ และพิจารณาโดยผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 7 บทความ และอีกหนึ่งคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ อันถือได้ว่าเป็นอัตลักษณ์ของวารสารฯ

ดิฉันในนามกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้พิมพ์ที่ท่านได้สละเวลาอันทรงคุณค่าในการถ่ายทอดองค์ความรู้ทางกฎหมายผ่านรูปแบบการเขียนบทความ และขอขอบพระคุณกองบรรณาธิการทุกท่านที่ร่วมมือกันจนทำให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 สามารถจัดพิมพ์เผยแพร่สู่สังคมตั้งวัตถุประสงค์ของวารสารฯ จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิจัย

อุปสรรคจากกฎหมายและนโยบายกับการค้าสินค้าเกษตรในประเทศไทย 1

พรชัย วิสุทธิศักดิ์

นิสิต พันธมิตร

การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนบนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก 35

ภัทราวรรณ รัตนเกษตร

แนวทางการพัฒนาองค์กรในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย 65

สัจจวัฒน์ เรื่องกาญจน์กุล

ปัญหาการเข้าถึงยาตามกรอบความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วน 105

ทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP): ศึกษากรณีกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย

ณัฐกฤตา ลีลาประเทือง

การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ 143

ชมพูนุท สถิตย์เสมากุล

The Extension of Additional Protection under the Aspect of Geographical 183

Indications (GI) Law to Cover Coffee: A Case Study of Thailand

Panitipad Suksomboon

Individual Control over Alternative Credit Data via Notice-and-Consent 211

Mechanism under the Thai Personal Data Protection Law

Kriengsak Areejitkasame

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: กรณีศึกษาจากคดีหอย 30 ล้าน 251

พิชญ์ วิทยารัฐ

ทีปกร โกลมพันธ์พร

อุปสรรคจากกฎหมายและนโยบายกับการค้า
สินค้าเกษตรในประเทศไทย

รองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธีศักดิ์
รองศาสตราจารย์ ดร.นิสิต พันธมิตร

อุปสรรคจากกฎหมายและนโยบายกับการค้าสินค้าเกษตรในประเทศไทย* Legal and Policy Barriers on Agriculture Trade in Thailand

รองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธิศักดิ์**

Associate Professor Dr.Pornchai Wisuttisak

รองศาสตราจารย์ ดร.นิติต พันธมิตร***

Associate Professor Dr.Nisit Phanthamit

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้วางอยู่บนฐานวิจัยที่มุ่งศึกษาอุปสรรคที่เกิดจากกฎหมายและนโยบายในการค้าสินค้าเกษตร 3 ชนิด ที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของไทยในการส่งออกไปจำหน่ายในต่างประเทศที่สำคัญ

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “โครงการอุปสรรคจากกฎหมายและนโยบายกับการค้าสินค้าเกษตรในประเทศไทย” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานการวิจัยแห่งชาติ (วช.) และสถาบันคลังสมองของชาติ ประจำปี พ.ศ. 2565 โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธิศักดิ์ เป็นหัวหน้าโครงการ ผู้ร่วมวิจัยประกอบด้วย รองศาสตราจารย์ ดร.นิติต พันธมิตร และโครงการวิจัยมีที่ปรึกษาโครงการ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จิระ บุรีคำ และ ดร.จตุรงค์ บุนนาค.

This research article is part of the research entitled “Legal and Policy Barriers on Agriculture Trade in Thailand.” This research is funded by the National Research Council of Thailand (NRCT) Knowledge Network Institute of Thailand, 2022. Associate Professor Dr.Pornchai Wisuttisak is the first author and head of the research. Associate Professor Dr.Nisit Phanthamit is the co-author of the research. Assistant Professor Dr.Chira Bureecam and Dr.Jaturong Bunnag are advisors.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; ร.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. in Commercial Law, Macquarie University, Australia; Ph.D. in Business Law and Taxation, University of New South Wales, Australia. E-mail: pornchai.w@cmu.ac.th

Lecturer in Law Faculty of Law, Chiang Mai University; B.A. (Political Science) Thammasat University; LL.M. in Commercial Law, Macquarie University, Australia; Ph.D. in Business Law and Taxation, University of New South Wales, Australia.

***อาจารย์ประจำคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; ศ.บ. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; ศ.ม. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; Ph.D. (Econ), University of Wisconsin at Milwaukee, USA. E-mail: nisitp@gmail.com

Lecturer in Economics, Chiang Mai University; B.A. (Economics), Chiang Mai University; M.Econ. Chiang Mai University; Ph.D.(Econ.), University of Wisconsin at Milwaukee, USA.

วันที่รับบทความ (received) 22 ธันวาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 17 มีนาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 27 มีนาคม 2566.

ได้แก่ ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย โดยทำการวิเคราะห์ทางด้านกฎหมาย การดำเนินนโยบาย และมาตรการต่าง ๆ ของรัฐบาลที่ส่งผลกระทบต่อสินค้าเกษตรของไทย โดยใช้วิธีดำเนินการวิจัย 3 แบบ คือ 1) การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) 2) การศึกษาเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Research) และ 3) การเก็บข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก (In Depth Interview) โดยการวิจัยนำเสนอการสรุปปัญหาทางกฎหมายและนโยบายที่สร้างอุปสรรคโดยใช้เครื่องมือการวิเคราะห์ผลกระทบจากกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment (RIA)) และสังเคราะห์ข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไข้ปัญหาและอุปสรรคจากกฎหมายต่อการค้าข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดอุปสรรคการค้าสินค้าเกษตร ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย งานวิจัยพบว่า กฎหมายเป็นส่วนสำคัญส่งผลให้มีการจำกัดการทำการค้า ข้าว อ้อย ยาง โดยแต่สินค้าเกษตรจะมีกฎหมายเฉพาะเพื่อการกำกับซึ่งแม้ว่ากรอบกฎหมายที่กำกับแต่ละสินค้าจะสร้างให้เกิดแบบแผนที่ชัดเจนในการทำการค้าสินค้าเกษตร ข้าว อ้อย ยาง แต่ทว่ากฎหมายก็เป็นส่วนทำให้มีการจำกัดทางการค้านำไปสู่การกระจุกตัวของผลประโยชน์การค้าข้าว อ้อย ยาง ที่เกษตรกรไม่ได้เป็นผู้กำหนดราคา

งานวิจัยเสนอให้มีการปฏิรูปกฎหมายการที่กำกับการเกษตรและการค้าสินค้าเกษตร โดยควรมีการปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมายเพื่อลดกฎหมายและขั้นตอนของกฎหมายที่ไม่จำเป็นต่อการทำการค้า มีการสร้างกรอบกฎหมายและนโยบายการเข้าถึงตลาดแก่เกษตรกรและผู้ค้ารายย่อย รวมถึงการพยายามการวางกรอบกฎหมายและนโยบายให้เกษตรกรเป็นผู้ค้าสินค้าการตลาดได้อย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน

คำสำคัญ: กฎหมายสินค้าเกษตร, นโยบายต่อสินค้าเกษตร, การค้าข้าว อ้อย ยาง

Abstract

This research aims to study the obstacles arising from laws and policies in agricultural trade. In particular, the three agricultural products vital to the Thai economy in exporting abroad rice, sugar cane and rubber. The research focuses on analyzing laws and government policies affecting Thai agricultural products. The research adopts three methods which are 1) Documentary Research, 2) Comparative Research, and 3) In-depth interview research. The research applies Regulatory Impact Assessment (RIA) to laws relating to agricultural trades of rice, sugar cane and rubber. The research concludes that laws and policies are significant obstacles to rice, sugar cane, and rubber commerce.

The research focuses on the issues of laws that create an impediment to the trade of rice, sugar cane and rubber. The study points out that laws are part of the restriction for trade and commerce of rice, sugar cane and rubber. There are specific laws governing each agricultural product- rice, sugar cane and rubber. While the specific law helps build certainty of trading, the law contributes to the restriction of trade and concentration of trade benefits in rice, sugar cane and rubber. The farmers are not able to decide the price of their agricultural products.

The research recommends that it should be reform laws of those agricultural products. There must be revision and repeal of laws that lead to restriction of trade on those agricultural products. It has to be a reduction of the legal process for permission. The laws and regulations should be developed to facilitate farmers and small enterprises to be able to access and trade in the market. Additionally, there should be laws that encourage farmers to stay in agricultural markets sustainably.

Keywords: agriculture law, policies for agriculture, trading of rice, sugarcane and rubber

1. บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ยืนอยู่บนฐานของเกษตรกรรมโดยมีผู้ที่ขึ้นทะเบียนเกษตรกรเป็นจำนวนประมาณ 7 ล้านครัวเรือน ในปี 2561-2562 หากแต่ทว่านอกจากปัญหาหลัก ๆ ในทางการเกษตรแล้วยังมีปัญหาระดับอุปสรรคที่เกษตรกรต้องประสบ คือ ปัญหาในการส่งออกสินค้าเกษตรเหล่านั้นไปขายทั้งในประเทศและโดยเฉพาะตลาดต่างประเทศ เช่น ปัญหาถูกช่วงชิงตลาดโดยประเทศคู่แข่งทางการค้า ปัญหาอุปสรรคทางด้านต้นทุนการผลิตอันเนื่องมาจากการเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมพิเศษ (Surcharge) ค่าจ้างแรงงานที่สูงขึ้น ปัญหาสภาพแวดล้อม การกีดกันทางการค้าทั้งในรูปแบบกำแพงภาษี และอุปสรรคที่ไม่ใช่รูปของภาษี (Non-tariff Barrier) ปัญหาจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่กำหนดจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการค้าสินค้าเกษตร นอกจากนี้ ยังต้องประสบปัญหาที่สำคัญ คือ การสนับสนุนจากรัฐบาลของประเทศที่เป็นคู่แข่งของไทย การวิจัยในครั้งนี้นุ่งศึกษาอุปสรรคที่เกิดจากกฎหมายและนโยบายในการค้าสินค้าเกษตร โดยเฉพาะสินค้าเกษตร 3 ชนิดที่มีสำคัญต่อเศรษฐกิจของไทยในการส่งออกไปจำหน่ายในต่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่ ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย โดยทำการวิเคราะห์ทางด้านกฎหมายการดำเนินนโยบายและมาตรการต่าง ๆ ของรัฐบาลว่าส่งผลกระทบต่อสินค้าเกษตรของไทยทั้ง ข้าว ยางพารา อ้อย และน้ำตาลทรายในแง่ใดบ้าง รวมทั้งข้อเสนอแนะเชิงนโยบายในการดำเนินนโยบายการแก้ไขข้อกฎหมาย กฎระเบียบ รวมถึงนโยบายและมาตรการต่าง ๆ ในการลดอุปสรรคทั้งทางด้านภาคการผลิต ภาคการตลาด และภาคการส่งออกสินค้าเกษตรของ ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย

2. วิธีการศึกษา

ในงานศึกษาครั้งนี้จะใช้วิธีดำเนินการวิจัย 3 แบบ ประกอบด้วย 1) การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) 2) การศึกษาเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Research) และ 3) การวิจัยเก็บข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก (In depth Interview)

1) การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ เอกสาร บทบัญญัติกฎหมาย และการเผยแพร่ด้านนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการค้าสินค้าเกษตรในประเทศไทย

2) การศึกษาเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Research) เน้นไปที่การศึกษาการปรับปรุงกฎหมายเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าและเอื้อให้เกษตรกรสามารถเข้าสู่ตลาดและสามารถดำเนินการ

ค้าสินค้าเกษตรได้โดยง่าย โดยจะมุ่งประเด็นศึกษากฎหมายและนโยบายในประเทศพัฒนาแล้ว 2 ประเทศ และประเทศกำลังพัฒนา 2 ประเทศ (ประเทศญี่ปุ่น เกาหลีใต้ มาเลเซีย และเวียดนาม)

3) การหาข้อมูลเชิงปฏิบัติจากผู้เชี่ยวชาญโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) จะเป็นการเข้าสัมภาษณ์โดยแบบสัมภาษณ์แบบมีโครงสร้างกับผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญกฎหมายและนโยบายเกษตรเพื่อให้เกิดแนวคิดและการทำความเข้าใจอันนำไปสู่การได้ข้อเสนอแนะที่สามารถปฏิบัติได้จริงว่าด้วยการลดอุปสรรคทางการค้าสินค้าเกษตร และการระดมสมอง (focus group) จำนวน 3 ครั้ง ๆ ละ 10-20 คน¹

โดยรวมจะเริ่มมีการทำการวิจัยเรื่องเอกสารในขั้นแรกและนำไปสู่การวิจัยเชิงเปรียบเทียบเพื่อวิเคราะห์ประเด็นปัญหาซึ่งจะนำไปสู่กระบวนการกำหนดการสัมภาษณ์และการรับข้อคิดเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อให้ได้แนวคิดที่หลากหลายอันนำไปสู่การสังเคราะห์ความเป็นไปได้ในการปรับปรุงกฎหมายและนำไปสู่การลดอุปสรรคทางการค้าสินค้าเกษตร

3. ผลการศึกษา

จากการวิจัยถึงภาพรวมของปัญหาทางนโยบายและกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าสินค้าเกษตร คือ ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย โดยแบ่งเป็นสองส่วน คือ การสรุปปัญหาทางนโยบายและกฎหมายที่สร้างอุปสรรค โดยใช้เครื่องมือการวิเคราะห์ผลกระทบจากกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment (RIA)) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ในการพิจารณาและประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการตรากฎหมาย โดยเน้นไปที่พัฒนากระบวนการในการกำหนดกฎหมายของภาครัฐอันนำไปสู่การยกคุณภาพของกฎหมาย² นอกจากนี้ งานวิจัยจะทำการ การสังเคราะห์ข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหอุปสรรคจากกฎหมายต่อการค้า ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย พบประเด็นประกอบด้วย

¹พรชัย วิสุทธิศักดิ์ และ นิสิต พันธมิตร, โครงการอุปสรรคจากกฎหมายและนโยบายกับการค้าสินค้าเกษตรในประเทศไทย [Online], available URL: <https://www.agripolicyresearch.com/?p=5674>, 2565 (มีนาคม, 19).

²Delia Rodrigo, *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for developing countries* [Online], available URL: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf>, 2022 (August, 22); สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, *โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย* [Online], available URL: <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1574751600-5lkm1-ee09v.pdf>, 2565 (สิงหาคม, 22).

3.1 ผลกระทบทางกฎหมายการค้าข้าว

รายการตรวจสอบการพิจารณา ผลกระทบจากกฎหมาย	ผลกระทบของกฎหมายเกี่ยวกับการค้าข้าว
1) กำหนดปัญหาถูกต้องหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - เน้นการรวมศูนย์การค้าข้าว ซึ่งเป็นการสร้างความมั่นคงในการส่งออกเพื่อแก้ไขปัญหาในช่วงเวลาที่หนึ่ง แต่ทว่ากฎหมายไม่ได้มีการปรับปรุงในเชิงระบบเพื่อเปิดให้เกิดการค้าข้าวที่คล่องตัวตามบริบทการพัฒนาทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีทางการค้าที่เปลี่ยนไป - ภายใต้พระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489 ทำให้เกิดห่วงโซ่อุปทานของการส่งออกข้าวของไทยนั้นมีผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและมีส่วนได้ส่วนเสียด้วยกันหลายฝ่ายมีการส่งผ่านราคาข้าวที่ไม่สมมาตรในตลาดข้าวของประเทศไทย เริ่มจากเกษตรกรผู้ปลูกข้าว โรงสีข้าวรับซื้อข้าวเปลือกจากเกษตรกรเพื่อแปรรูปเป็นข้าวสารหยงทำหน้าที่เป็นคนกลางในการซื้อขายข้าวสารระหว่างโรงสีและผู้ส่งออก และสุดท้ายผู้ส่งออกข้าวไทยจะติดต่อขายข้าวให้กับผู้ซื้อหรือนายหน้าในตลาดต่างประเทศ การกำหนดราคาซื้อขายข้าวมีลักษณะส่งผ่านกันเป็นทอด ๆ ในแต่ละช่วงของห่วงโซ่อุปทานจากปลายน้ำไปสู่ต้นน้ำ (top-down pricing) เริ่มจากผู้ส่งออกไปตกลงขายข้าวล่วงหน้าให้กับผู้ซื้อในต่างประเทศโดยยังไม่มีข้าวอยู่ในมือ (หรือที่เรียกว่า short sale) เมื่อตกลงซื้อขายกันและทราบราคาส่งออกแล้ว ผู้ส่งออกจึงค่อยมาไล่ซื้อข้าวสารภายในประเทศเพื่อนำไปส่งมอบ ผู้ส่งออกจะเสนอราคาซื้อโดยคำนวณจากราคาส่งออกหักด้วยค่าตอบแทนที่ตนจะได้รับ (margin) โดยแจ้งราคาซื้อผ่านไปยังโรงสีโดยที่โรงสีก็จะแจ้งราคาซื้อข้าวสารไปยังโรงสีโดยที่โรงสีจะได้รับค่านายหน้าตอบแทนจากโรงสีคิดเป็นร้อยละของมูลค่าการซื้อขายข้าว หลังจากนั้นโรงสีก็จะกำหนดราคาซื้อข้าวเปลือกจากเกษตรกร โดยอ้างอิงจากราคาข้าวสารที่ตน

	<p>ห่วงโซ่อุปทานข้าวของไทยมีผู้ส่งออกข้าวรายใหญ่จำนวนมากไม่กี่ราย (5 ราย) ครอบคลุมการส่งออกข้าว) ครอบคลุมแบ่งตลาดจำนวนมาก³</p>
2) การดำเนินการของรัฐบาลเป็นธรรมหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - ไม่เป็นธรรม กฎหมายที่รัฐใช้จะเน้นไปในเชิงการกำกับการค้าและสร้างระบบอนุญาตที่ไม่เอื้อต่อเกษตรกรที่อยากเป็นผู้ค้าสินค้าข้าว หรือแม้แต่ผู้ประกอบการรายย่อยก็ไม่สามารถเข้าสู่ตลาดการส่งออกได้โดยสะดวก เพราะมีการกำกับโดยกฎหมายและนโยบาย
3) กฎระเบียบเป็นรูปแบบการดำเนินการของรัฐบาลที่ดีที่สุดหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - กฎระเบียบไม่เปลี่ยนแปลงตามการเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจและการเกิดเทคโนโลยีทางการค้าใหม่ ๆ - การมีใบอนุญาตนำไปสู่การทำการค้าที่มีการใช้ระบบการแสวงหาค่าเช่าทางธุรกิจ (Business Rent Seeking)
4) มีพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับข้อบังคับหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - รูปแบบคณะกรรมการและการให้อุญาตโดยเน้นการกำกับทำให้เกิด Rent Seeking - กฎหมายวางอยู่บนพื้นฐานของการกำกับทำให้ไม่เกิดการสนับสนุนการแข่งขันและการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหม่
5) ระดับที่เหมาะสม (หรือระดับ) ของรัฐบาลสำหรับการดำเนินการนี้คืออะไร	<ul style="list-style-type: none"> - ตามพระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489 การกำกับโดยกระทรวงพาณิชย์ และมีคณะกรรมการ จะมีลักษณะการดำเนินการในเชิงราชการและล่าช้าในการขับเคลื่อนการสนับสนุนหรือการเปิดโอกาสให้ผู้ค้าข้าวที่เป็นเกษตรกรหรือผู้ค้ารายย่อย - หน่วยงานพาณิชย์จากส่วนกลางและส่วนภูมิภาคในระดับจังหวัดมีการเชื่อมโยงเชิงกฎหมายและนโยบาย แต่เมื่อนโยบายและการกำกับส่วนกลางไม่เปลี่ยนแปลงทำให้หน่วยงานเชิงพื้นที่ไม่สามารถดำเนินการให้เหมาะกับพื้นที่ได้

³อิทธิพงศ์ มหาธนเศรษฐ์, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการการส่งผ่านราคาข้าวที่ไม่สมมาตรในตลาดข้าวของประเทศไทย [Online], available URL: https://kukr.lib.ku.ac.th/kukr_es/kukr/search_detail/result/413170,2565 (มิถุนายน, 20).

6) ประโยชน์ของกฎระเบียบนั้น สมเหตุสมผลกับต้นทุนหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - ประโยชน์ของกฎหมายพระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489 จะสร้างให้เกิดเสถียรภาพของการส่งออกและการจัดการพื้นที่และผู้ประกอบการค้าข้าว แต่การปรับใช้กฎหมายทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้าข้าวและระบบ การหาผลประโยชน์จากการกระจุก⁴ ตัวการค้าจากการกำกับทางกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดการขาดประสิทธิภาพของการแข่งขันและมีต้นทุนทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าการกำกับ - นอกจากนี้ กฎหมาย กฎระเบียบ ต่อการส่งออกของภาคเกษตรอินทรีย์ ด้วยกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ออกมาทำให้การส่งออกข้าวมีเพียงไม่กี่รายที่ส่งออกได้ และการส่งออกก็ส่งออกได้แต่ข้าวที่มีจำนวนการผลิตสูง ทำให้ข้าวเกรดพรีเมียม หรือข้าวพันธุ์ท้องถิ่นที่มีคุณลักษณะที่ดีไม่มีในตลาดต่างประเทศ
7) การกระจายผลกระทบในสังคม โปร่งใสหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - จากการเก็บข้อมูลเชิงพื้นที่และจากการพิจารณาพระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489 ทำให้เห็นว่า กฎหมายไม่เอื้อให้เกิดอิสระทางการค้าไม่เกิดการกระจายผลประโยชน์ และมีการรวมผลประโยชน์ไว้ที่กลุ่มผู้ค้าข้าวส่งออกที่ได้ถือครองใบอนุญาตการส่งออก รวมถึงการที่กลุ่มผู้ค้าข้าวได้รับโควตาในการส่งออกตามนโยบายของรัฐ - กฎหมายกีดกันทางการค้าของคู่ค้าบางประเทศที่ส่งผลต่อการส่งออก ทำให้การส่งออกเป็นไปได้ยาก และมีผลผลิตคงค้างในประเทศ และทำให้ราคาตกต่ำ
8) กฎระเบียบมีความชัดเจน สม่่าเสมอ เข้าใจได้ และเข้าถึงได้ โดยผู้ใช้หรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - ด้วยความที่มีกฎระเบียบในเชิงกฎหมายระดับรองเป็นจำนวนมาก ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่ไม่สามารถเข้าถึงการอนุญาต หรือเข้าสู่ตลาดการค้าข้าวได้ - จากข้อมูลในเชิงพื้นที่และเชื่อมโยงกับการศึกษาพระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489 พบว่า เกษตรกร กลุ่มเกษตรกร

⁴นิพนธ์ พัวพงศกร. “การแทรกแซงตลาดสินค้าเกษตรกับการกระจุกตัวของผลตอบแทนส่วนเกิน,” ใน โครงการการปฏิรูปเศรษฐกิจเพื่อความเป็นธรรมในสังคม (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554).

	<p>หรือผู้ค้ารายย่อย ไม่สามารถเข้าถึงความเข้าใจทางกฎหมาย ที่มีข้อกำหนดที่ซับซ้อน และทำให้เกษตรกรกลุ่มเกษตรกรหรือผู้ค้ารายย่อย ไม่สามารถเข้าสู่การเป็นผู้ค้าข้าวได้โดยง่าย โดยเฉพาะการส่งออกข้าวเนื่องจากมีการปรับระเบียบกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการส่งออกข้าวออกไปนอกราชอาณาจักรหลายครั้ง⁵</p> <p>- กฎระเบียบ นโยบาย ไม่ได้เอื้อต่อการแข่งขันการส่งออก หรือการหาลตลาด</p>
9) ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทุกคนมี โอกาสแสดงความคิดเห็นหรือไม่	<p>- กฎระเบียบยังขาดการพัฒนาอย่างเปิดเผยและยังไม่ได้มีการ เน้นไปที่การสนับสนุนการค้าที่เสรี แต่เป็นการกำกับและไม่ค่อย มีการพัฒนากฎหมายจากมุมมองของเกษตรกรผู้ผลิตข้าว ที่ต้องการเป็นผู้ค้าข้าว</p> <p>- ภาคเกษตรกรมีส่วนร่วมน้อยในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการ การค้าข้าวและผู้ร่างกฎหมายไม่ได้รับปัญหาที่เกิดกับเกษตรกร ไปปรับอย่างแท้จริง</p>
10) จะบรรลุลการปฏิบัติตามได้ อย่างไร	<p>- หน่วยงานกำกับดูแลควรประเมินสิ่งจูงใจและสถาบันต่าง ๆ ที่กฎระเบียบจะมีผลบังคับใช้และควรออกแบบกลยุทธ์การ ดำเนินการตามการตอบสนองที่ใช้ประโยชน์ได้ดีที่สุด</p>

โดยมีประเด็นเพิ่มเติม คือ กฎหมายที่ดิน อาทิ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ที่ไม่ได้เอื้อให้เกษตรกร ผู้ปลูกข้าวในการเข้าถึงการใช้ที่ดิน ไม่มีการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินทางการเกษตร ทำให้เกษตรกร ผู้ปลูกข้าวต้องประสบกับอุปสรรคในการเข้าถึงการใช้ที่ดิน ซึ่งแม้ว่าจะมีการตรากฎหมายการปฏิรูปที่ดิน เพื่อเกษตรกรรม แต่ในสภาวะความเป็นจริงกลับพบว่า เกษตรกรผู้ปลูกข้าวไม่สามารถเข้าถึงการถือ ครองที่ดินเพื่อทำการเกษตร หรือแม้จะมีการถือครองที่ดินก็มีการให้สิทธิแก่ภาคเอกชนส่วนอื่นในการ ใช้ที่ดินนอกเหนือจากการทำการเกษตร⁶

⁵ระเบียบกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการส่งออกข้าวออกไปนอกราชอาณาจักร พ.ศ. 2562.

⁶ไฉไล ศักดิวงษ์ และ สุรพันธ์ เพชรธาภา, “กฎหมายการเกษตร: การถือครองที่ดินของเกษตรกรไทย (ภาค 2),” วารสารวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ สาขาสังคมศาสตร์ 18, 2 (2540): 184-194.

3.2 ผลกระทบทางกฎหมายการค้ำยางพารา

รายการตรวจสอบการพิจารณา ผลกระทบจากกฎหมาย	ผลกระทบของกฎหมายเกี่ยวกับการค้ำยาง
1) กำหนดปัญหาถูกต้องหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติให้จัดตั้ง “กองทุนพัฒนายางพารา” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการสนับสนุน และส่งเสริมการพัฒนายางพารา โดยผู้ที่จะได้รับประโยชน์ ได้แก่ เกษตรกรชาวสวนยางและสถาบันเกษตรกรชาวสวนยาง ซึ่งจะต้องขึ้นทะเบียนไว้กับการยางแห่งประเทศไทย พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 เน้นการกำกับ การปลูกและผลิตรายาง - ตามพระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 ผู้ที่มีสิทธิที่จะขึ้นทะเบียนประกอบด้วย 4 กลุ่ม คือ (1) เจ้าของสวนยาง โดยต้องเป็นผู้ขอขึ้นทะเบียนที่มีชื่ออยู่ในเอกสารหลักฐานที่ดิน ซึ่งมีสิทธิได้รับผลผลิตจากสวนยางในที่ดิน ไม่ว่าจะกรีดยังหรือจ้างกรีดยัง (2) ผู้เช่าสวนยาง โดยต้องเป็นผู้ขอขึ้นทะเบียนซึ่งไม่มีชื่ออยู่ในเอกสารหลักฐานที่ดิน แต่มีสิทธิได้รับผลผลิตจากสวนยางนั้น เนื่องจากได้ทำสัญญาเช่าที่ดิน โดยเจ้าของที่ดินต้องไม่มีสิทธิรับผลผลิตจากสวนยางนั้น (3) ผู้ทำสวนยาง โดยต้องเป็นผู้ขอขึ้นทะเบียน ซึ่งไม่มีชื่ออยู่ในเอกสารหลักฐานที่ดิน แต่มีสิทธิได้รับผลผลิตจากสวนยางนั้น เนื่องจากได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดิน โดยเจ้าของที่ดินต้องไม่มีสิทธิรับผลผลิตจากสวนยางนั้น และ (4) คนกรีดยาง โดยต้องเป็นผู้รับจ้างกรีดยาง โดยได้รับส่วนแบ่งจากผลผลิตตามสัดส่วนและตามจำนวนที่กรีดยัง โดยผู้ว่าจ้างจะต้องขึ้นทะเบียนเป็นเกษตรกรชาวสวนยางแล้ว คนกรีดยางจะต้องไม่เป็นเจ้าของสวนยาง ผู้เช่าหรือผู้ทำสวนยาง โดยทำให้เกิดอุตสาหกรรมต้นน้ำ อุตสาหกรรมกลางน้ำ อุตสาหกรรมปลายน้ำ

-
- **อุตสาหกรรมต้นน้ำ** เมื่อชาวสวนยางได้คัดเลือกสายพันธุ์ยาง และเตรียมพื้นที่สำหรับการปลูกยางพารา เมื่อต้นยางพารา ได้อายุสำหรับการกรีดยางแล้ว ชาวสวนยางก็จะได้ทำการกรีดยางซึ่งผลผลิตในอุตสาหกรรมต้นน้ำนี้จะได้น้ำยางสด และน้ำยางกันด้วย สำหรับอุตสาหกรรมต้นน้ำไม่ยางพารา จะได้น้ำยางพาราที่เป็นไม้ซุง ไม้ท่อน และเศษไม้สำหรับเป็นเชื้อเพลิง
 - **อุตสาหกรรมกลางน้ำ** เมื่อชาวสวนยางนำน้ำยางไปขายต่อให้กับพ่อค้าที่รับซื้อน้ำยาง พ่อค้ารวบรวมน้ำยางดิบได้จำนวนมากแล้วก็จะนำยางดิบไปขายต่อให้กับโรงงานผลิตน้ำยาง และโรงงานผลิตยางแท่ง โรงงานผลิตน้ำยางจะทำการผสมสารเคมีกับน้ำยางแล้วได้น้ำยางพรีวัลคาไนซ์เพื่อนำไปผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ต่อไป ส่วนยางแท่งนั้น จะประกอบด้วย ยางแผ่นผึ่งแห้ง ยางแผ่นรมควัน ยางแท่ง และ ยางเครพ โรงงานจะผลิตเป็นยางคอมพาวด์ เพื่อนำไปผลิตในอุตสาหกรรม และชิ้นส่วนยานยนต์หรือในอุตสาหกรรมอื่น ๆ ต่อไป สำหรับอุตสาหกรรมกลางน้ำไม่ยางพารา ซึ่งเป็นไม้แปรรูปเป็นแผ่น ส่วนที่เหลือเป็นเศษไม้จะนำไปทำเป็นเชื้อเพลิงต่อไป
 - **อุตสาหกรรมปลายน้ำ** ในขั้นตอนนี้เมื่อได้ผลิตภัณฑ์น้ำยางพรีวัลคาไนซ์แล้ว ก็จะไปทำเป็นผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ คือ ผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์ เช่น ถุงมือยาง ถุงยางอนามัย เป็นต้น นอกจากนั้น จะเป็นผลิตภัณฑ์ทั่วไป เช่น สายยางยืด เส้นด้าย ยางยืด โฟมยาง ลูกโป่ง เป็นต้น สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ใช้ในงานอุตสาหกรรมและงานด้านวิศวกรรม เช่น ยางรถยนต์ ชิ้นส่วนรถยนต์ สายพาน แผ่นยางปูพื้น ยางรองคอสพาน ยางรองหมอนรถไฟ นอกจากนั้น ยังมีผลิตภัณฑ์อื่น ๆ เช่น กระเป๋าน้ำร้อน กาว ยางจัดฟัน ยางรัดของ ยางพื้นรองเท้า ยางลบ รองเท้าบู๊ท ลูกฟุตบอล ลูกเทนนิส เป็นต้นอุตสาหกรรมปลายน้ำของไม้ยางพารา เมื่อได้ไม้แปรรูปแล้ว จากนั้นจะนำไปผลิตเป็นเฟอร์นิเจอร์และของเล่นจากไม้ยางพาราต่อไป
-

-
- ทั้งนี้ หากมองในแง่ผู้กำกับตามกฎหมายถือว่าตอบโจทย์การสร้างเสถียรภาพการกำกับการค้าขาย แต่กฎหมายมิได้ตอบโจทย์การเปิดเสรีการค้า และกฎหมายยังสร้างอุปสรรครวมถึงแบ่งแยกผู้ปลูก ผู้ผลิต และผู้ค้าขายออกจากกัน
 - พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายสำคัญที่ใช้กำกับการทำการเกษตรและการค้าขายในประเทศไทย ซึ่งพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 ได้ถูกวางกรอบวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การควบคุมและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับยางให้เป็นระบบครบวงจรตั้งแต่การผลิต การค้า การแปรรูปยาง ตลอดจนการตลาด ให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์และเกิดความเป็นธรรมต่อเกษตรกรและผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยเนื้อหาหลักพยายามกำกับการทำธุรกิจการค้าขายตั้งแต่ต้นน้ำจนถึงปลายน้ำ กล่าวคือ มีการกำหนดพันธุ์ยาง เขตการทำสวนยาง การควบคุมปริมาณเนื้อยาง ตลาดกลางยาง การขออนุญาตขยายพันธุ์ การตั้งโรงงาน การขออนุญาตทำการค้าและโรงงานต่าง ๆ และหากมีการฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษตามกฎหมาย⁷ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายกำกับการยางที่สำคัญจะประกอบด้วยกัน 5 หมวด คือ มีการกำหนดการกำกับโดยรวมโดยให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และมีการกำหนดต่าง ๆ อัน ประกอบด้วย หมวด 1 คณะกรรมการควบคุมยาง หมวด 2 การขออนุญาตและการออกใบอนุญาต หมวด 3 หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาต หมวด 4 พนักงานเจ้าหน้าที่ หมวด 5 บทกำหนดโทษ
-

⁷พงษ์ศักดิ์ ปัตถา, ระบบอนุญาตในพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2449,2565 (กันยายน, 14).

2) การดำเนินการของรัฐบาล เป็นธรรมหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - มีความเป็นธรรมบางส่วน การกำกับเน้นสร้างความมั่นคงทางการค้าภายในตลาด โดยสร้างผลประโยชน์ให้บางกลุ่ม แต่ผลประโยชน์ไม่ได้ตกไปสู่เกษตรกรโดยรวม ซึ่งตามกรอบกฎหมายที่กำกับ การที่ภาครัฐใช้อำนาจตามกรอบกฎหมายพระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 มีการกำหนดราคาขายพาราแต่เกษตรกรชาวสวนยางพาราถูกผลกระทบจากราคายางพาราที่ตกต่ำมานานหลายปี ซึ่งปัจจุบันแม้ราคาจะดีขึ้น แต่ก็ยังไม่เป็นธรรมกับราคาที่เกษตรกรควรได้ และในหลายพื้นที่ที่มีการส่งเสริมปลูกยางพาราแต่ไม่มีจุดรับซื้อทำให้ชาวสวนยางพารามีต้นทุนการขนส่งผลผลิตไปสู่แหล่งรับซื้อเพิ่มมากขึ้น ชาวสวนยางจึงพึ่งพาตนเองโดยการรวมตัวเป็นรัฐวิสาหกิจชุมชน
3) กฎระเบียบเป็นรูปแบบการดำเนินการของรัฐบาลที่ดีที่สุดหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - ตามพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 ทุกการกระทำทางการปลูก จนกระทั่งไปถึงการผลิต หรือ นำเข้าส่งออก ยางพารา จะต้องอยู่ภายใต้กรอบข้อกำหนดว่าด้วยการได้มาซึ่งใบอนุญาตจากกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการทำการค้ายางพารา - กฎหมายเน้นกำกับทำให้เกิดช่องทางของธุรกิจรายใหญ่ที่สามารถควบคุมตลาดการค้ายางพาราได้
4) มีพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับข้อบังคับหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 วางกรอบการกำกับกับการปลูก การผลิต และการค้า รวมถึงการตั้งกองทุน
5) ระดับที่เหมาะสม (หรือระดับ) ของรัฐบาลสำหรับการดำเนินการนี้คืออะไร	<ul style="list-style-type: none"> - กลุ่มเกษตรกรสวนยางพารา ไม่ได้รับการส่งเสริมจากหน่วยงานภาครัฐ และกฎหมาย กฎระเบียบหลายอย่างยังคงทับซ้อนกันมากจนเกินไป

6) ประโยชน์ของกฎระเบียบนั้น สมเหตุสมผลกับต้นทุนหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - แม้ว่าพระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 จะทำให้เกิดเสถียรภาพของการค้ายางพารา แต่สร้างอุปสรรคทางการค้าแก่เกษตรกรและไม่เอื้อให้เกษตรกรกลายเป็นผู้ประกอบการค้ายางพารา ผู้ค้ายางพารารายย่อยก็ไม่สามารถต่อรองกับผู้ค้ายางพารา รายใหญ่ที่ควบคุมตลาดการส่งออก - นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดการเสียค่าบริการ Cess ให้การยางแห่งประเทศไทยที่กิโลกรัมละ 2 บาท ซึ่งเป็นการเรียกเก็บที่ยางพาราส่งออก - ในการกำหนดกรอบกฎหมายและนโยบายจึงเน้นไปที่การกำกับและไม่เอื้อให้เกิดการพัฒนาของเกษตรกรให้เป็นผู้ประกอบการ
7) การกระจายผลกระทบในสังคมโปร่งใสหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - ตามกรอบกฎหมายที่เน้นการกำกับทำให้ไม่สามารถเข้าถึงตลาดการค้าได้โดยง่าย หรือไม่สามารถพัฒนาให้เกิดการเป็นผู้ประกอบการของเกษตรกร รวมถึงกรอบกฎหมายและนโยบาย สร้างให้เกิดกลุ่มการค้าส่งออกรายใหญ่ที่กระจุกตัว
8) กฎระเบียบมีความชัดเจน สม่่าเสมอ เข้าใจได้ และเข้าถึงได้ โดยผู้ใช้หรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - แม้ว่ากรอบกฎหมายที่เน้นการกำกับจะมีความชัดเจน แต่เกษตรกรผู้ปลูกยางพารา และ ผู้ค้ายางพารารายย่อยไม่เข้าใจกรอบกฎหมาย - เกษตรกรไม่สามารถเข้าถึงการอนุญาตในการส่งออกได้ เพราะมีข้อกำหนดที่หลากหลาย จึงเป็นโอกาสผู้ค้ายางพารา รายใหญ่สามารถควบคุมตลาดการค้ายางพารา - ในมุมมองของกลุ่มอุตสาหกรรมยางพาราจะพบว่ากฎหมายและนโยบายเอื้อให้ผู้ค้ายางพาราไปต่างประเทศได้โดยสะดวก

9) ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทุกคนมี โอกาสแสดงความคิดเห็นหรือไม่	- กลุ่มเกษตรกรที่อยาก่วมกันทำการค้าขายพาราสามารถ ให้ความคิดเห็นแก่ภาครัฐได้ แต่มักจะไม่ประสบความสำเร็จ ในการส่งประเด็นปัญหาให้เกิดการแก้ไขกฎหมายหรือ นโยบายที่เกี่ยวกับการค้าขายพารา
10) จะบรรลุการปฏิบัติตามได้ อย่างไร	- ผู้ค้าขายพาราเห็นว่ากรอบกฎหมายปัจจุบันนั้นดีอยู่แล้ว และสามารถช่วยให้มีการซื้อขายพาราที่แปรรูปเป็น วัตถุดิบอื่น ๆ ได้ง่าย แต่ผู้ค้าขายพารามีได้เข้าใจกรอบกฎหมาย โดยรวมที่เอื้อให้เกิดการกระจุกตัวของผลประโยชน์การค้า ขายพารา

โดยมีประเด็นเพิ่มเติม คือ กฎหมายเกี่ยวกับสหกรณ์ อาทิ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ที่กำหนดวาระของกรรมการสหกรณ์ทำให้ไม่มีความต่อเนื่องในการบริหารจัดการ และไม่สามารถนำไปสู่การสร้างการเป็นผู้ประกอบการที่สามารถทันต่อการค้ากับผู้ประกอบการรายใหญ่ทั้งในประเทศและต่างประเทศ และกรอบกฎหมายหลักเป็นการส่งเสริมการปลูกยางพาราแต่ไม่ได้สนับสนุนความหลากหลายทางการค้าด้านอื่น ๆ เช่น การปลูกยางพาราควรควบคู่ไปกับการปลูกพืชอื่น

3.3 การพิจารณาผลกระทบทางกฎหมายการค้าอ้อยและน้ำตาลทราย

รายการตรวจสอบการพิจารณา ผลกระทบจากกฎหมาย	ผลกระทบของกฎหมายเกี่ยวกับการค้าอ้อย และน้ำตาลทราย
1) กำหนดปัญหาถูกต้องหรือไม่	- พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 มีเจตนารมณ์ ในการประกาศใช้เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ของประเทศและคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของชาวไร่อ้อย ในด้านการผลิตและจำหน่ายอ้อย ซึ่งถือเป็กฎหมายที่รวม เอาการปลูกอ้อยเข้ากับการผลิตเชิงอุตสาหกรรมน้ำตาลทราย ซึ่งต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับข้าวและยางพาราที่เน้นเชิง การค้ากับการปลูกและผลิตแต่ไม่ได้สร้างเสริมให้เกิดการค้า ⁸

⁸เจนพล ทองยี่น และสุมาลี วงษ์วิทิต. “การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาล,” วารสารดุสิตบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ (มกราคม 2559): 110-125.

	<p>- พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาล พ.ศ. 2527 ซึ่งใช้กำกับพืชอ้อยน้ำตาล น้ำตาลที่ผลิตได้จากอ้อย กากน้ำตาล และผลพลอยได้อื่นใดที่ได้จากการผลิตน้ำตาลทราย ทั้งนี้ มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม มีอำนาจตามพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาล พ.ศ. 2527 ในส่วนของรายละเอียดข้อกำหนดมาตรา จะประกอบไปด้วย 11 หมวดหลักเพื่อใช้กำกับอ้อยและน้ำตาล</p>
<p>2) การดำเนินการของรัฐบาลเป็นธรรมหรือไม่</p>	<p>- เป็นธรรมในส่วนของ การแบ่งปันผลประโยชน์ที่ชัดเจนตามพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 จะมีการดำเนินการประกาศ “ราคาอ้อยขั้นต่ำ” และ “ราคาอ้อยขั้นสุดท้าย” ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ของชาวไร่อ้อยโดยตรง ราคาอ้อยขั้นต่ำและขั้นสุดท้ายที่เพิ่มขึ้นในแต่ละปีนับเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างหนึ่งที่เป็นแรงจูงใจให้เกษตรกรไทยทว่าผลประโยชน์โดยส่วนใหญ่ไม่ได้ตกแก่เกษตรกร</p>
<p>3) กฎระเบียบเป็นรูปแบบการดำเนินการของรัฐบาลที่ดีที่สุดหรือไม่</p>	<p>- ตามพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 สร้างให้เกิดระบบที่ทำให้เกษตรกรจะต้องสมัครเป็นสมาชิกและขึ้นทะเบียนกับโรงงานน้ำตาลในแต่ละแห่ง ซึ่งจะขายโดยตรงให้กับโรงงานน้ำตาลหรือสถานีรวบรวมผลผลิตของโรงงานที่อยู่ในพื้นที่ที่เกษตรกรสามารถนำผลผลิตไปส่งได้</p> <p>- กฎหมายสร้างการแบ่งโควตาการผลิต ซึ่งโรงงานในแต่ละพื้นที่ที่มีการแบ่งโควตาเป็นไปอย่างเท่าเทียม</p>
<p>4) มีพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับข้อบังคับหรือไม่</p>	<p>- พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 สร้างให้เกิดเสถียรภาพในทางการค้าอ้อยและน้ำตาลทรายและสร้างให้ประเทศไทยเป็นผู้ค้ารายสำคัญของตลาดน้ำตาลทรายโลก</p> <p>- การมีพื้นฐานกฎหมายพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 และมีการตกลงกรอบแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างเกษตรกรผู้ปลูกอ้อย กับอุตสาหกรรมน้ำตาลทรายสร้างให้เกิดการค้าในเชิงระบบที่ไม่นับให้มีกลุ่มธุรกิจคนกลาง</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เน้นการกำกับโดยใช้คณะกรรมการอ้อย และคณะกรรมการน้ำตาลทราย โดยต้องมีการได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการหากจะทำการส่งออกน้ำตาลทราย - พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เน้นการกำกับโดยใช้คณะกรรมการอ้อย และคณะกรรมการน้ำตาลทราย โดยต้องมีการได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการหากจะทำการส่งออกน้ำตาลทราย
<p>5) ระดับที่เหมาะสม (หรือระดับ) ของรัฐบาลสำหรับการดำเนินการนี้คืออะไร</p>	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 สร้างให้เกิดเสถียรภาพในทางการค้าอ้อยและน้ำตาลทรายแต่นำไปสู่การกำกับเชิงระบบที่ไม่เปิดช่องให้เกิดอิสระทางการค้าอ้อยของผู้ปลูกอ้อย
<p>6) ประโยชน์ของกฎระเบียบนั้น สมเหตุสมผลกับต้นทุนหรือไม่</p>	<ul style="list-style-type: none"> - พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 สร้างระบบการสนับสนุนและอุดหนุนการปลูกอ้อยและผลิตน้ำตาลทรายแต่นำไปสู่การเปิดการไต่สวนเพื่อเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนได้ แต่บราซิลร้องโดยตรงต่อ WTO เรื่องการอุดหนุนราคาอ้อยในประเทศเพื่อเป็นการตอบโต้การแข่งขันการส่งออกน้ำตาลทราย
<p>7) การกระจายผลกระทบในสังคมโปร่งใสหรือไม่</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ปัญหาหลักที่ส่งผลกระทบต่อชาวไร่อ้อย คือ ปัญหาภัยแล้งที่จะส่งผลให้เกษตรกรไร่อ้อยขาดทุน แม้จะมีการผูกเกษตรกรเข้ากับโรงงานน้ำตาลก็ตาม แต่ก็ไม่ได้สร้างให้เกิดเสถียรภาพในการทำการค้าอ้อยของเกษตรกร รวมถึงส่วนใหญ่เกษตรกรเมื่อผูกเข้ากับโรงงานน้ำตาลก็จะเข้าสู่กลไกการเป็นหนี้ - เกษตรกรสามารถทำการปลูกอ้อยได้ แต่ไม่สามารถยกระดับการทำไปสู่การเป็นผู้ค้าและโรงงานผลิตน้ำตาลทรายได้เนื่องจากไม่สามารถเข้าถึงใบอนุญาตตามกรอบกฎหมายที่กำหนด
<p>8) กฎระเบียบมีความชัดเจนสม่ำเสมอ เข้าใจได้ และเข้าถึงได้ โดยผู้ใช้หรือไม่</p>	<ul style="list-style-type: none"> - กฎหมายสร้างกรอบการค้าอ้อยและการผลิตน้ำตาลทราย รวมถึงการกำหนดกรอบราคาที่ชัดเจนแต่เกษตรกรผู้ปลูกอ้อยมิได้มีความเข้าใจในกฎหมายหรือกรอบนโยบายนั้น

	<ul style="list-style-type: none"> - กฎหมายกำกับชาวไร่อ้อยให้ต้องปลูกอ้อยตามปริมาณที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งถือเป็นกรอบการกำหนดการค้า โดยการแทรกแซงโดยตรงของภาครัฐ - มีกฎหมายลำดับรองที่หลากหลายทำให้เกษตรกรหรือผู้ค้าอ้อยและน้ำตาลทรายรายย่อยไม่เข้าใจในกรอบกฎหมาย
9) ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทุกคนมีโอกาสดูแลความคิดเห็นหรือไม่	- แม้ว่าจะมีกลุ่มเกษตรกรผู้ปลูกอ้อยที่สามารถส่งความคิดเห็นในประเด็นกฎหมาย แต่เกษตรกรรายเล็กไม่สามารถเข้าถึงความเข้าใจในกฎหมายหรือกรอบนโยบาย
10) จะบรรลุการปฏิบัติตามได้อย่างไร	- กฎหมายอ้อยและน้ำตาลทรายสร้างเสถียรภาพแต่ไม่ได้สร้างการสนับสนุนการให้เกิดความสะดวกของกลไกการค้า โดยเชิงตลาดเพราะเกษตรกรหรือผู้ค้ารายย่อยต้องอยู่ในระบบทะเบียนของโรงงานน้ำตาล

นอกจากนี้ จากการสัมภาษณ์ในงานวิจัยที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหา อุปสรรค สามารถนำมาเสนอเป็นข้อเสนอแนะได้ ดังนี้ ในด้านของเกษตรกรนั้น เกษตรกรยังมีความรู้ด้านกฎหมายด้านการเกษตรน้อย ตัวอย่าง เช่น ชาวนาไม่ได้รับการใส่ใจกับการเปลี่ยนแปลงทั้งด้านสภาพห่วงโซ่ของการปลูกการผลิต การจัดจำหน่ายและการตลาด ทั้งนี้ เกษตรกรหวังเพียงแค่การมีรายรับ ให้มากกว่าต้นทุนการผลิตก็เพียงพอ และการทำนามีลักษณะเป็นนาแปลงเล็ก หวังเพียงแค่รายรับที่สามารถอยู่ได้โดยไม่ต้องดิ้นรน และไม่มีหนี้สินเนื่องจากการมีภาระหนี้สินมากทำให้ไม่มีฐานความรู้ที่จะก้าวไปสู่การเป็นสมาคม ชาวนา สำหรับเกษตรกรชาวสวนยางพารานั้นก็มีปัญหาด้านราคา ด้านการขายมีผู้รับซื้อเข้าโรงงานของบริษัทใหญ่ที่มีห่วงโซ่ไปสู่การส่งออก แม้จะมีตัวอย่างของการประสบผลสำเร็จโดยสหกรณ์การเกษตรบ่อทองที่จังหวัดชลบุรีไปทำการตลาดและพร้อมสำหรับการส่งออกในจีน (มณฑลชานตง) ก็ไม่สามารถจะฝ่าฟันกับกฎเกณฑ์ของสหกรณ์การเกษตรของไทยที่นำด้วยเรื่องของทุนจดทะเบียน และความสามารถในการทำนิติกรรมระหว่างประเทศของสหกรณ์การเกษตร เช่นเดียวกับชาวไร่อ้อยที่ต้องพึ่งพาผู้ซื้อรายเดียวหรือไม่ก็รายภายในพื้นที่เท่านั้น การมีต้นทุนที่สูง การพึ่งพาห่วงโซ่ของการค้าโลก และการมีระบบของโควตากลับเป็นจุดที่ทำให้เกิดการฟ้องร้องจากคู่แข่ง เช่น บราซิล

จากกรอบนโยบายและกฎหมายที่สลับซับซ้อนทำให้เกษตรกรไม่มองถึงการเป็นผู้ค้าและการเป็นผู้ส่งออกในระดับการค้าระหว่างประเทศ เกษตรกรมองว่าเป็นเรื่องไกลตัวและเป็นไปที่ยากมาก ทำให้ประโยชน์ทางการค้าเกิดกับเกษตรกรได้น้อย เกษตรกรจึงรอความหวังจากการประกันราคา

หรือการได้รับเงินสนับสนุน นอกจากนี้ ปัญหาในด้านการขาดแคลนปัจจัยการผลิต ด้านราคาสินค้าที่ขายไม่ได้ราคา ด้านการขนส่งสินค้าเกษตรไปในระยะทางที่ไกล ทำให้พ่อค้าคนกลาง (กลางน้ำ) และผู้ส่งออกสินค้าเกษตรได้รับประโยชน์ เนื่องจากมีสรรพกำลังและความพร้อมที่มากกว่า ทำให้ต้องมีการพึ่งพาการค้าสินค้าเกษตรในระดับกลางน้ำและปลายน้ำอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทั้งนี้ มีเกษตรกรจำนวนน้อยที่จะผันตัวไปเป็นผู้ค้าสินค้าเกษตรได้ สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการที่มีต้นทุนทางธุรกรรมที่สูง (Transaction Cost) ในการเข้ามาเป็นผู้ค้า โดยต้นทุนนั้นจะมีความเกี่ยวพันกับการทำธุรกิจการผลิต การขายให้ได้ในปริมาณมากเพื่อให้เกิดการคุ้มทุนในการทำการค้า ซึ่งหากเกษตรกรผลิตได้มีปริมาณไม่มากพอและมีต้นทุนทางธุรกรรมที่สูง เกษตรกรก็จะตัดสินใจไม่มาเป็นผู้ค้าสินค้าเกษตรสำหรับในส่วนของต้นทุนทางกฎหมายที่ทำให้เกิดต้นทุนทางธุรกรรมที่สูงขึ้น ก็เป็นส่วนหนึ่งในการทำให้เกษตรกรไม่ปรับเปลี่ยนตนเองมาเป็นผู้ค้าสินค้าในระดับที่ใหญ่ขึ้น โดยต้นทุนทางกฎหมายประกอบไปด้วยการขออนุญาต การต่อกรอนุญาต การปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งในทางกฎหมายถือเป็นอุปสรรคในทางการกำกับและอาจสร้างให้เกษตรกรที่ขาดความเข้าใจกฎหมายไม่ผันตัวมาเป็นผู้ค้าสินค้าเกษตร นอกจากนี้ หากพิจารณาในลักษณะการค้ากับกลุ่มผลประโยชน์ ก็จะมีการพยายามจำกัดการเข้าสู่ตลาดของการเป็นผู้ค้าของเกษตรกร ซึ่งเป็นปัญหาในเชิงโครงสร้างการค้าที่เอื้อให้เกิดการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยดูตัวอย่างการกีดกันทางการค้าในคดีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้รับซื้อผลผลิตทางการเกษตรที่มีการจำกัดทางการค้าไม่ให้เกิดการค้าที่เป็นไปตามกลไกตลาด

นอกจากนั้น ปัญหาอื่นที่พบ คือ ความซ้ำซ้อน และความล่าช้าจากการติดต่อหน่วยงานในการให้ความช่วยเหลือ ทำให้เกิดข้อเสนอแนะด้านนโยบายที่จำเป็นต้องมีหน่วยงานด้าน One Stop Services ของการเกษตร ซึ่งจะต้องติดตามปัญหาอย่างต่อเนื่อง โดยมองภาพของเกษตรกรรายย่อยเชื่อมโยงกับตลาดในประเทศและต่างประเทศในมิติเศรษฐกิจ กฎหมายสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยด้านอาหารที่มีมาตรฐาน และต้องมีสถาบันที่มีความรู้ มีความเชี่ยวชาญในการประสานการทำงานอย่างใกล้ชิดกับเกษตรกร มีการปฏิรูปที่มีรูปธรรมจากล่างสู่บน

สภาพปัญหาการค้าข้าว ในระดับเกษตรกรหรือระดับต้นน้ำ ยังคงมีปัญหาของราคาข้าวที่ตกต่ำต้นทุนการปลูกที่สูง ภัยแล้ง น้ำท่วม แหล่งตลาดกระจายสินค้า แม้มีความพยายามปรับเปลี่ยนการทำนา หรือการรวมกลุ่มกันแต่ก็ไม่สามารถดำเนินการให้ตัวเองออกจากภาวะมีหนี้สิน หรือขาดทุนจากการทำนาได้ และการสืบต่อการทำงานโดยเฉลี่ยอายุผู้ที่ทำนาอยู่ราวสี่สิบปีขึ้นไปรวมไปถึงการขาดแคลนแรงงานในพื้นที่ ความช่วยเหลือจากหน่วยงานรัฐก็เป็นเพียงแต่ด้านความรู้และวิธีการทำนาให้ได้ราคาที่ดีขึ้นแต่ก็ไม่ได้หาแหล่งตลาดให้เกษตรกรกระจายสินค้าได้ สุดท้ายก็ต้องพึ่งพาแหล่งเดิมและกลับไปทำนาแบบเดิมอย่างเช่นเคย ภาวะหนี้สินก็เป็นปัญหาหลักของเกษตรกรมาตลอดเวลาจากรุ่นสู่รุ่นของเกษตรกร เนื่องจากต้องแบกภาระที่สูงขึ้นทุกปีทั้งค่าจ้างแรงงาน ราคาปุ๋ย ราคาเมล็ดพันธุ์

ที่เกษตรกรต้องซื้อทุกปีไม่สามารถเก็บผลผลิตของตนเองเป็นเมล็ดพันธุ์ได้ สุดท้ายเกษตรกรต้องสูญเสียที่นาไปเป็นของนายทุน แต่ก็ยังต้องเช่าที่ดินของตนเองทำนาต่อไป

ด้านกฎระเบียบ นโยบายต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อเกษตรกรทำนามีค่อนข้างน้อยแต่ประเด็นหลักคือ กฎระเบียบของการรวมกลุ่มเกษตรกรเพื่อตั้งเป็นวิสาหกิจ หรือการได้ใบรับรองการทำนาอินทรีย์เนื่องจากปัญหาที่ดินของสมาชิกในกลุ่มที่ไม่ได้อยู่เป็นผืนเดียวกันหรืออยู่ติดกัน และมีพื้นที่นาใกล้เคียงที่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มได้มีการทำนาในแบบใช้สารเคมี ก็ส่งผลกระทบต่อเกษตรกรที่เป็นสมาชิกเกษตรอินทรีย์ รวมไปถึงกฎหมายการถือครองที่ดินทำกินของเกษตรกรบางรายไม่ได้เป็นเจ้าของที่ดิน หรือที่ทำกินยังไม่มีโฉนด ก็ไม่สามารถเข้าร่วมกลุ่มหรือไม่ได้รับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐ

ในด้านของโรงสีข้าวที่มักถูกกล่าวถึงในเรื่องของการกดราคาข้าวของเกษตรกร ซึ่งความเป็นจริงแล้วเกษตรกรได้ถูกส่งผ่านจากพ่อค้าคนกลางมาก่อนแล้ว สำหรับขั้นตอนการแปรรูปสีข้าวนั้นทำการแปรรูปเพียงเพื่อจำหน่ายภายในประเทศเท่านั้น โดยการส่งออกเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก เพราะติดปัญหาในเรื่องของกฎระเบียบต่าง ๆ การขออนุญาต หรือการมีโควตาในการส่งออกมีจำกัด ที่มีการส่งออกได้เพียงไม่กี่ราย จึงส่งผลกระทบต่อเกษตรกรจะส่งออกข้าวที่มีคุณภาพที่สูงกว่าข้าวตลาด หรือข้าวพันธุ์ท้องถิ่นที่ขายได้ราคาสูงกว่าราคาข้าวทั่วไป เมื่อการส่งออกข้าวมีกฎระเบียบที่ทำให้ข้าวพันธุ์อื่น ๆ หรือข้าวอินทรีย์ส่งออกได้ยาก ทำให้เกษตรกรต้องหันกลับไปทำนาแบบเก่า เกษตรกรที่รวมกลุ่มกันก็ไม่สามารถไปหาตลาดภายนอกเพื่อการส่งออกได้ ถึงแม้จะมีความต้องการของตลาดก็ตาม เนื่องจากติดข้อบังคับและกฎระเบียบการส่งออก รวมถึงมีการจำกัดด้วยระบบโควตา จึงทำให้ผู้ส่งออกข้าวมีน้อยราย

สภาพปัญหาการค้ำอ้อยและน้ำตาลทราย อ้อย ถือได้ว่าเป็นพืชที่มีการจัดการระบบในทางที่ดี ทั้งต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำ เพราะการมีกฎระเบียบ พ.ร.บ. และข้อกำหนดต่าง ๆ ที่มีหลายภาคส่วน ทั้งเกษตรกร โรงงานน้ำตาล และหน่วยงานรัฐช่วยให้ พ.ร.บ. และกฎหมายต่าง ๆ ของอ้อยส่งผลไปในทางที่ดีต่อทุกฝ่าย แต่ปัจจุบันถือได้ว่ากฎระเบียบเริ่มล้าหลังเนื่องจากใช้ฉบับเดิมมาอย่างยาวนาน แม้มีการแก้ไขแต่ก็ถูกแก้ไขแค่เพียงเล็กน้อย ปัจจุบันจึงมีการเริ่มพูดคุยการปรับเปลี่ยนข้อกำหนดกฎระเบียบ นโยบาย และ พ.ร.บ. แต่ก็ยังอยู่ในขั้นตอนของการพูดคุยกันหลายฝ่าย

การผูกเกษตรกรไร่อ้อยและโรงงานเข้าด้วยกันทำให้เกษตรกรไม่ต้องมีภาระในเรื่องของการหาตลาดเองและไม่ต้องกังวลเรื่องผลผลิตล้นตลาด เนื่องจากราคาและโควตาการปลูกที่จะส่งมาจากส่วนกลางมอบให้แก่โรงงานแต่ละพื้นที่ และโรงงานก็จะส่งต่อข้อมูลเหล่านี้ให้เกษตรกรไร่อ้อย เกษตรกรก็ทำการเพาะปลูกและส่งให้กับโรงงานในพื้นที่ลดต้นทุนด้านการขนส่ง ปัญหาหลักที่ส่งผลกระทบต่อชาวไร่อ้อย คือ ปัญหาภัยแล้งที่จะส่งผลกระทบแก่เกษตรกรไร่อ้อยทำให้เกิดการขาดทุน รวมไปถึงต้นทุนการผลิตของเกษตรกรที่สะสมมาอย่างยาวนาน

ในส่วนของโรงงานมีหน้าที่ในการรับอ้อยเข้าโรงงานและบรรจุหีบส่งต่อไปผลิตน้ำตาลทราย ต้องยอมรับว่าอ้อยเป็นพืชที่สามารถนำไปใช้ได้ทุกส่วน ทั้งผลิตน้ำตาลทราย กากอ้อยก็นำผลิตเชื้อเพลิงไฟฟ้าได้ แต่โรงงานหีบอ้อยจะอยู่ได้ก็ขึ้นอยู่กับเกษตรกรด้วยเช่นกัน หากในพื้นที่มีการปลูกอ้อยไม่มากโรงงานก็จะได้รับโควตามาน้อยและไม่คุ้มทุนที่จะทำให้โรงงานต่อไปได้ ดังนั้น เกษตรกรและโรงงานต่างก็ต้องพึ่งพากัน และกฎระเบียบ นโยบายต่าง ๆ รวมไปถึง พ.ร.บ. อ้อย โรงงานน้ำตาลทรายและเกษตรกรก็ใช้เหมือนกัน และมีส่วนในการออกความเห็นในการร่างกฎระเบียบ พ.ร.บ. เหล่านี้ขึ้นมา

การส่งออกน้ำตาลทรายประเทศไทยนั้นถือได้ว่าเป็นผู้ส่งออกอันดับต้นๆของโลกแต่การส่งออกก็ต้องผ่านผู้ที่มีใบอนุญาตและมีโควตาการส่งออก แต่อ้อยจะต่างจากพืชชนิดอื่น ๆ เพราะเมื่อส่งออกขายแล้วเงินจะไปสู่ชาวไร่อ้อยตามสัดส่วนที่แบ่งไว้ใน พ.ร.บ. อย่างชัดเจนโดยตามมาตราการแก้ไขปัญหาอ้อยไฟไหม้ ปี 2563-2565 เป็นมาตรการกำหนดให้โรงงานน้ำตาลทรายลดสัดส่วนการรับอ้อยไฟไหม้เข้าหีบไม่เกิน 50% ในฤดูการผลิตปี 2562/2563 และไม่เกิน 20% ในปี 2563/2564 จากนั้นเหลือเพียง 0-5% ในปี 2564/2565 นอกจากนี้ ภาครัฐได้ปรับเงื่อนไขเงินช่วยเหลือเกษตรกร จากเดิมในปี 2562/2563 รัฐมีเงินอุดหนุนเกษตรกร 2 ส่วน คือ (1) เพื่อช่วยต้นทุนการผลิต และ (2) เพิ่มเงินให้กลุ่มเกษตรกรที่ตัดอ้อยสด แต่รอบปี 2563/2564 รัฐจะเพิ่มเงินให้เฉพาะเกษตรกรที่ตัดอ้อยสดเท่านั้น โดยชาวไร่อ้อยที่ตัดอ้อยสดจะได้เงินอุดหนุน 130 บาท/ตัน มีวงเงินช่วยเหลือทั้งสิ้น 7,280 ล้านบาท (คำนวณจากปริมาณอ้อยที่คาดว่าจะเข้าหีบในปี 2563/2564 ประมาณ 70 ล้านตัน โดยประมาณสัดส่วนการตัดอ้อยสดไว้ที่ 80% ของปริมาณอ้อยเข้าหีบทั้งหมด หรือคิดเป็น 56 ล้านตัน) นอกจากนี้ ในอดีตมีการเก็บเงินเข้ากองทุนอ้อยไว้คอยช่วยเหลือเกษตรกรเพื่อให้เกษตรกรอยู่รอดได้มาตลอด ซึ่งสิ่งนี้อาจทำให้ราคาน้ำตาลทรายในประเทศอาจสูงขึ้นแต่ก็ส่งผลต่อความเป็นอยู่ของเกษตรกร และการปลูกอ้อยภายในประเทศยังถือว่าน้อย เพราะอ้อยสามารถนำไปทำอย่างอื่นได้มากกว่าน้ำตาลทราย

ปัญหาการส่งออกของประเทศไทย ณ ปัจจุบันคือการถูกร้อยเรียงเรื่องการอุดหนุนราคาภายในประเทศที่ถูกบราซิลซึ่งเป็นผู้ส่งออกอันดับหนึ่งของโลกทำการร้องเรียน ซึ่งในองค์การการค้าโลก หรือ WTO มีกฎระเบียบหลาย ๆ อย่างที่ทั้งมีผลดีและผลเสียต่อการค้าขายระหว่างประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศจะเลือกใช้อย่างไหนขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศกับประเทศคู่ค้า กฎหมายการค้าโลกได้ระบุในเรื่องของการอุดหนุนราคาสินค้าเกษตรว่าการอุดหนุนประเทศคู่ค้าสามารถปิดการได้ส่วนเพื่อเก็บอากรตอบโต้การอุดหนุนได้ แต่บราซิลร้องโดยตรงต่อ WTO เรื่องการอุดหนุนราคาอ้อยในประเทศเพื่อเป็นการตอบโต้การแข่งขันการส่งออกน้ำตาลทราย

สภาพปัญหาการค้ายางพารา เกษตรกรชาวสวนยางพารา ถูกผลกระทบจากราคายางพาราที่ตกต่ำมานานหลายปี ซึ่งปัจจุบันแม้ราคาจะดีขึ้นแต่ก็ยังไม่เป็นธรรมกับราคาที่เป็นที่เกษตรกรควรได้ และในหลายพื้นที่ที่มีการส่งเสริมปลูกยางพาราแต่ไม่มีจูงใจซื้อทำให้ชาวสวนยางพารามีต้นทุนการขนส่งผลผลิตไปสู่แหล่งรับซื้อมากขึ้น ชาวสวนยางจึงพึ่งพาตนเองโดยการรวมตัวเป็นรัฐวิสาหกิจชุมชนเพื่อช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการขายผลผลิตในกลุ่มตนเอง

โดยตลาดภายในประเทศมีไม่เพียงพอต่อผลผลิตจึงมองหาตลาดต่างประเทศแต่ด้วยกฎระเบียบรัฐวิสาหกิจที่ทำการค้าสินค้าเกษตรภายในประเทศ อาทิ องค์การตลาดเพื่อเกษตรกรที่ไม่เอื้อต่อกลุ่มรัฐวิสาหกิจทำการส่งออกได้ขาดตลาดต่อเกษตรกรไม่สามารถขายต่างประเทศได้รวมไปถึงการที่เงินมีแหล่งผลิตของตนเองที่เพิ่มสูงขึ้นความต้องการยางพาราจากไทยก็มีน้อยลง เพราะกลุ่มเกษตรกรสวนยางพาราไม่ได้รับการส่งเสริมจากหน่วยงานภาครัฐ และกฎหมาย กฎระเบียบหลายอย่างยังคงทับซ้อนกันมากจนเกินไป เกษตรกรและผู้รับซื้อยางพารามีความต้องการตั้งโรงงานแปรรูปยางในไทยมากกว่าการส่งออกต่างประเทศ ซึ่งที่ผ่านก็พอมีอยู่บ้างแต่ก็ยังไม่เพียงพอ

การส่งออกน้ำยางไปยังจีนถ้าเป็นผู้ค้ารายย่อย ถือได้ว่าแทบจะไม่ได้กำไรจากการส่งออกต่างจากผู้ค้ารายใหญ่ที่มีโควตาการส่งออก เพราะผู้ส่งออกรายย่อยต้องแบกรับภาระค่าขนส่งที่สูงและมีการเก็บค่าดำเนินการจาก กยท. (การยางแห่งประเทศไทย) รวมถึงการกีดกันทางการจากจีนบางส่วน แม้เงินจะมีความต้องการแต่ก็ไม่มีหน่วยงานรัฐเข้าไปหาตลาดให้แก่เกษตรกรหรือผู้ค้ารายย่อยในประเทศ การส่งออกยางพารา แม้จะไม่มีข้อจำกัดเป็นรูปธรรมที่เป็นทางการกีดกันการส่งออก แต่ก็มีระเบียบบางอย่างที่ทำให้ผู้ส่งออกรายย่อยเกิดการไม่คุ้มค่าที่จะส่งออก เช่น การจะส่งออกต้องได้รับโควตาการต้องเสียค่าบริการให้ กยท. จำนวน 2 บาทต่อตันโลกรัม ทำให้การส่งออกของผู้ค้ารายย่อยเป็นไปได้ยาก รวมไปถึงการตลาดที่ต้องพึ่งพาตนเองในการหาตลาดและยังต้องประสบกับกฎระเบียบที่เป็นปัญหาในประเทศตนเอง

4. ข้อเสนอแนะ

จากข้อมูลงานวิจัยที่ชี้ให้เห็นถึงประเด็นอุปสรรคจากกฎหมายต่อการค้าข้าว ยางพารา อ้อย และน้ำตาลทราย อันส่งผลต่อเกษตรกรและผู้ค้ารายเล็กที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายที่เอื้อต่อการกำกับโครงสร้างตลาดแบบกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ งานวิจัยชิ้นนี้มีข้อเสนอแนะอันประกอบไปด้วย 1) การปฏิรูปกฎหมายการเกษตรและการค้าเพื่อเกษตรกร 2) การลดกฎหมายและขั้นตอนของกฎหมายที่ไม่จำเป็นต่อการทำการค้า 3) การสร้างกรอบกฎหมายและนโยบายการเข้าถึงตลาดแก่เกษตรกรและผู้ค้ารายย่อย และ 4) การวางกรอบนโยบายให้เกษตรกรเป็นผู้ค้าสินค้า

1) การปฏิรูปกฎหมายการเกษตรและการค้าเพื่อเกษตรกร

ตามที่น่าเสียดอกฎหมายเฉพาะที่กำกับการค้าข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย มีลักษณะในเชิงกำกับควบคุมและพยายามสร้างให้เกิดเสถียรภาพและโครงสร้างการกำหนดจากส่วนกลาง จึงส่งผลให้เกิดการกระจุกตัวของการค้าสินค้าเกษตรโดยเฉพาะในการส่งออกสินค้าข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย ด้วยสภาวะการที่เปลี่ยนไปและด้วยเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารที่สะดวกมากขึ้น การกำหนดกรอบกฎหมายที่สร้างการกำกับอาจจะไม่ช่วยส่งเสริมให้เกษตรกรทำการค้าสินค้าเกษตรของตนได้อย่างอิสระ กฎหมายกลับกลายเป็นเครื่องมือของกลุ่มธุรกิจที่ใช้เพื่อกำกับเกษตรกรให้เป็นเพียงผู้ผลิต งานวิจัยนี้จึงเสนอให้มีการปฏิรูปกฎหมายรายสินค้าเกษตรของข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย โดยมุ่งเน้นให้เกิดเสถียรภาพในการทำการค้าซึ่งจะประกอบด้วย

- *การยกเลิกการกำหนดเขตพื้นที่การค้า และสร้างกลไกตลาด* ซึ่งกฎหมายทั้ง พระราชบัญญัติการค้าข้าวพุทธศักราช 2489 พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 กำหนดกรอบทางการค้าให้มีการอนุญาตทางการค้า มีการกำกับปลูก การผลิต และการค้าสินค้าเกษตร ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย รวมถึงการกำหนดกรอบพื้นที่ในการทำการค้าโดยตรงจากการกำหนดบังคับมาตราและโดยทางอ้อมจากการทำให้เกิดการจัดกรอบการค้าสินค้าเกษตรเชิงพื้นที่ ทำให้เกษตรกรถูกจำกัดกับเขตพื้นที่การค้าและกับสัญญาการขายผลิตผลทางการเกษตรกับกลุ่มธุรกิจ ดังนั้น ควรมีการยกเลิกมาตราที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการกำกับการค้าและกำกับพื้นที่ทางการค้าเพื่อเปิดให้เกิดอิสระภาพในการทำการค้าของเกษตรกร

- *การลดความเป็นศูนย์กลางของกฎหมาย* กฎหมายเกษตรว่าด้วย พระราชบัญญัติการค้าข้าวพุทธศักราช 2489 พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เน้นการกำกับแบบศูนย์กลางทางนโยบายซึ่งสามารถสร้างให้เกิดเสถียรภาพทางการค้าโดยรวมแต่เท่ากับเป็นการแลกมาด้วยผลประโยชน์ที่เกษตรกรต้องเสียไปจากการไม่สามารถเป็นผู้ค้าในกลไกตลาดเสรี ซึ่งจะสังเกตได้ว่ากฎหมายที่กำหนดไว้ไม่ค่อยมีการปรับปรุงในเชิงโครงสร้างแต่จะมีการปรับปรุงเพียงรายนามมาตราทำให้ไม่สามารถยกระดับทางการค้าสินค้าเกษตรต่อเกษตรกร กฎหมายดังกล่าวจึงควรได้รับการพิจารณาผลกระทบทางกฎหมายและสร้างตัวแบบทางเศรษฐกิจที่เอื้อให้มีกลไกตลาดเสรีเพื่อเปิดโอกาสให้เกษตรกรหรือผู้ค้ารายย่อยสามารถค้าขายได้อย่างอิสระ และกฎหมายเกษตรดังกล่าวควรเปิดช่องให้มีการกำหนดการค้าในเชิงภูมิภาคหรือท้องถิ่นที่มีความหลากหลายในเชิงการผลิตและการค้า

- *การสร้างความหลากหลายของสินค้าเกษตร ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย* กฎหมายเกษตรว่าด้วย พระราชบัญญัติการค้าข้าวพุทธศักราช 2489 พระราชบัญญัติควบคุมยาง

พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เน้นการกำกับ เน้นตัวแบบเดียวให้เหมือนกันทั้งประเทศไทย แต่ในความเป็นจริงแล้ว ข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย มีความหลากหลายของแต่ละสินค้า รวมถึงมีความหลากหลายของแต่ละพื้นที่ การกำหนดให้เกิดระบบการปลูกและการค้าในลักษณะเดียวกันสามารถสร้างปริมาณการผลิตได้ในปริมาณมากได้ แต่ไม่อาจจะสร้างการผลิตในเชิงคุณภาพได้ อาทิเช่น ข้าวอินทรีย์ ยางพาราอินทรีย์ และอ้อยอินทรีย์ ซึ่งมีเกษตรกรปลูกและผลิตเป็นสินค้าแต่ไม่อาจเข้าสู่ระบบการค้าหรือตลาดสินค้าได้อย่างสมบูรณ์ เพราะโครงสร้างทางกฎหมายไม่เอื้อให้เกิดการเติบโตของการผลิตสินค้าเกษตรในเชิงคุณภาพซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่จำเป็นเร่งด่วนให้มีการปรับปรุงกฎหมายพระราชบัญญัติการค้าข้าวพุทธศักราช 2489 พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการยางแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 ตัวอย่างเช่น ควรปรับยกเลิกพระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489 กำหนดไว้โดยละเอียด อันประกอบด้วยมาตรา 8 ในเขตควบคุมการค้าข้าวทำให้มีการกำกับเขตการค้าข้าวในเชิงพื้นที่ การกำหนดการขออนุญาตการค้าอย่างตามพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 มาตรา 22 ซึ่งอาจจะไม่ใช่เป็นการแก้ไขรายมาตราแต่อาจจะต้องพิจารณาโดยรวมของกฎหมายหลากหลายฉบับประกอบร่วมกัน เพื่อเปิดโอกาสให้มีการผลิตสินค้าเกษตรในเชิงคุณภาพ ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีที่เน้นกฎหมายและนโยบายให้เกษตรกรผลิตสินค้าในเชิงพื้นที่เพื่อสร้างเอกลักษณ์ที่มีคุณภาพของพื้นที่การผลิต

2) การลดกฎหมายและขั้นตอนของกฎหมายที่ไม่จำเป็นต่อการทำการค้าสินค้าเกษตร

ตามที่รัฐบาลไทยได้มีการออกเกณฑ์และนโยบายในการทบทวนการอนุญาตของทางราชการที่เน้นการทบทวนกระบวนการอนุญาตให้ดำเนินการทางการค้าโดยเน้นไปที่การลดอุปสรรคทางการทำธุรกิจ⁹ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าข้าว ยางพารา อ้อยและน้ำตาลทราย¹⁰ ที่มีขั้นตอนการขออนุญาต การกำหนดมาตรฐาน และการกำหนดพื้นที่ทางการค้า โดยมีการใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานจึงทำให้เกิดอุปสรรคทางการค้า และในบางกรณีเป็นการเอื้อโอกาสให้เกิดการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องดำเนินการในการลดกฎหมายและขั้นตอนทางกฎหมาย อันประกอบด้วย

⁹ธนาคารแห่งประเทศไทย, “Regulatory Guillotine ปฏิรูปกฎหมาย เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ,” *The Knowledge* 4 (2562): 26-29.

¹⁰วิโรจน์ ฌ रणอง และคณะ, การศึกษาเพื่อปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลของไทย [Online], available URL: <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/06/structural-change-sugar-cane-industry.pdf>, 2565 (สิงหาคม, 7).

- **การสร้างความคล่องตัวของกฎหมาย (Regulatory Streamlining)** ซึ่งจะต้องมีการลดปริมาณกฎระเบียบและทำให้เกิดกระบวนการที่เป็นทางการ ที่สร้างภาระให้กับการทำการค้าข้ามชายพารา อ้อยและน้ำตาลทราย เนื่องจากกฎหมายเป็นเหตุให้เกิดต้นทุนในทางการกำกับต้นทุนในทางการอยู่ภายใต้การกำกับ และต้นทุนด้านเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนกฎหมายการลดอุปสรรคทางกฎหมายจึงจำเป็นต้องมีการปรับลดหรือยกเลิกกฎหมายมาตราที่กำหนดโดยไม่จำเป็นหรือไม่คุ้มค่าในการทำให้เกิดความคล่องตัวในการทำการค้า

- **การสร้างความชัดเจนและง่ายต่อการเข้าใจทางกฎหมาย** เมื่อมีการลดกฎหมายที่ไม่จำเป็นในการค้าสินค้าเกษตรแล้ว ต้องสร้างความเข้าใจได้โดยง่ายของกฎหมายให้แก่เกษตรกร เพื่อส่งเสริมให้เกษตรกรและผู้ค้ารายย่อยสามารถเข้าถึงกฎหมายและสามารถอยู่ภายใต้กฎหมาย กำกับการค้าสินค้าเกษตรได้อย่างสะดวก เนื่องจากที่ผ่านมากฎหมายเป็นเรื่องไกลตัวของเกษตรกร และปล่อยให้เป็นที่ของหน่วยงานรัฐ หรือให้โอกาสธุรกิจรายใหญ่ในการเข้าถึงกฎหมายเพื่อกำกับโครงสร้างการค้าสินค้าเกษตร ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำกฎหมายการค้าสินค้าเกษตรที่เข้าใจง่าย ทำให้เกษตรกรเข้าถึงความเข้าใจทางกฎหมาย โดยการให้กฎหมายเป็นคำที่เข้าใจง่าย จะเป็นการช่วยลดความไม่เท่าเทียมกันทางกฎหมาย (Regulatory Asymmetry) ระหว่างเกษตรกร ผู้ค้ารายย่อย และผู้ค้าสินค้าเกษตรรายใหญ่

- **การใช้เทคโนโลยีในการกำกับ** โดยเน้นไปที่การใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ง่ายต่อการทำความเข้าใจและสามารถตรวจสอบกรอบระยะเวลา รวมถึงเหตุผลของการให้อนุญาตหรือไม่ให้อนุญาตดำเนินการ โดยทำให้การอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับการค้าข้ามชายพารา อ้อยและน้ำตาลทราย เข้าสู่การดำเนินการโดยเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งจะช่วยแก้ปัญหาในเรื่องของกรอบเวลาทางเอกสาร รวมถึงการลดปัญหาในการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับการค้าสินค้าเกษตร โดยการนำเอาการบริหารจัดการภาครัฐที่มุ่งสนองต่อการบริหารจัดการอย่างรวดเร็ว เพื่อแก้ไขปัญหาความทับซ้อนการทำงานของหน่วยงานรัฐโดยเฉพาะในกรณีที่ต้องการทำการค้าข้ามชายพารา อ้อยและน้ำตาลทรายเพื่อการส่งออก ซึ่งแม้จะมีความท้าทายในการปรับปรุงระบบราชการที่เกี่ยวข้องกับการค้าสินค้าเกษตรแต่หากมีการนำเทคโนโลยีมาปรับใช้จะเป็นการสอดคล้องกับการยกระดับการค้าสินค้าเกษตรและสอดคล้องกับยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศในภาพรวม

3) การสร้างกรอบกฎหมายและนโยบายการเข้าถึงตลาดแก่เกษตรกรและผู้ค้ารายย่อย

นอกจากการปรับปรุงกฎหมายและการลดขั้นตอนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินค้าเกษตรข้ามชายพารา อ้อยและน้ำตาลทรายแล้ว งานวิจัยยังพบประเด็นทางกฎหมายในภาพรวมที่สร้างอุปสรรคในการทำการค้าสินค้าเกษตรที่เกิดจากการไม่มีการวางแผนภาพรวมทางการเกษตร การค้าสินค้าเกษตรและการพัฒนาพื้นที่หรือที่ดินในเขตการเกษตรตามพื้นที่ต่าง ๆ ซึ่งทำให้จำเป็นต้องมีการปฏิรูปหรือสร้างกรอบกฎหมายใหม่ให้เกิดการพัฒนาการทำการเกษตรในภาพรวมอันประกอบด้วย

- **การสร้างเกษตรการค้าและการพัฒนาพื้นที่** กฎหมายควรมีการปฏิรูปเพื่อให้เอื้อต่อการเชื่อมโยงระหว่างการผลิตทางการเกษตร การค้าสินค้าทางการเกษตร การเป็นผู้ประกอบการทางการเกษตรและการพัฒนาในเชิงพื้นที่ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ ประเทศญี่ปุ่นและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งประเทศญี่ปุ่นมีการปรับปรุงกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยอาหาร เกษตรกรรม และพื้นที่ห่างไกล (Basic Law of Food, Agriculture, and Rural Areas 1999) ได้นำไปสู่ระบบที่ทำให้เกิดกลไกตลาดของการค้าสินค้าเกษตร การเพิ่มขึ้นของประสิทธิภาพในการทำเกษตรกรรม การสร้างความพอเพียงในการผลิตและบริโภคสินค้าเกษตร โดยรัฐบาลเป็นผู้กำกับเพียงแค่โครงสร้างของทรัพยากรทางอาหารที่จำเป็นและได้มีการยกเลิกหน่วยงานกลาง (Food Agency) ซึ่งการปฏิรูปกฎหมายทางการเกษตรเพื่อลดอุปสรรคทางการค้า ควรเน้นไปที่การเชื่อมโยงกันของการเกษตร การค้าสินค้าเกษตร อาหาร อุตสาหกรรมและการพัฒนาชนบท และเชื่อมโยงไปกับการส่งออกต่างประเทศในกรอบของกฎหมายเดียวกัน ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่เน้นการกำหนดกฎหมายเพียงเฉพาะด้าน เช่น การกำหนดกฎหมายด้านการเกษตรกรรม ก็จะไม่เชื่อมโยงกับกรอบกฎหมายรวมกับการทำอุตสาหกรรม การผลิตสินค้าเกษตร รวมถึงการไม่เชื่อมโยงกับการค้า การทำธุรกิจสินค้าเกษตรที่จะนำไปสู่การส่งออกด้วยตัวเกษตรกรเอง กฎหมายไทยที่กำกับการค้าสินค้าเกษตรแต่ละฉบับก็ละเลยการพัฒนาเชิงพื้นที่ชนบทที่ต้องทำควบคู่กันไป ดังนั้น งานวิจัยนี้จึงเสนอให้มีการวางกรอบกฎหมายในเชิงบูรณาการของการเชื่อมโยงการเกษตร การค้าสินค้าเกษตร อุตสาหกรรมอาหาร และการพัฒนาพื้นที่ชนบท ซึ่งจะเป็นการจัดการกับปัญหาการทำเกษตรและความยากจนของเกษตรกรได้อย่างตรงจุด เนื่องจากที่ผ่านมาเกษตรกรไม่ได้ถูกทำให้แยกออกจากการค้าและการอุตสาหกรรมอาหารอย่างที่ประเทศไทยคงวางกรอบกฎหมายไว้

- **การพัฒนากฎหมายสหกรณ์การเกษตร** การจำกัดกรอบกฎหมายการสหกรณ์ให้เป็นรูปแบบสหกรณ์ทำให้เกษตรกรถูกแยกออกจากการบริหารงานทางการค้าและการบริหารในเชิงธุรกิจที่ต้องการความต่อเนื่องและสามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว การกำหนดกรอบกฎหมายสหกรณ์ที่สนับสนุนกลุ่มเกษตรกร อาจส่งผลให้เกิดการพัฒนาในช่วงระยะเวลาเริ่มต้นของเกษตรกร หากทว่าเมื่อบริหารการค้า เทคโนโลยี และตลาดเปลี่ยนแปลงไป การกำหนดกรอบกฎหมายสหกรณ์ที่ไม่เอื้อต่อการเปลี่ยนแปลงและยังมองเกษตรกรเป็นกลุ่มการเกษตรโดยไม่เชื่อมโยงกับการค้าและอุตสาหกรรมจะทำให้เกิดอุปสรรคต่อเกษตรกรในการดำเนินการทางการค้า กฎหมายสหกรณ์จึงควรเน้นไปที่การสร้างควมยืดหยุ่นต่อการเปลี่ยนแปลงทางการค้า ความต่อเนื่องของการบริหารงานทางธุรกิจของสหกรณ์และการยกระดับทางธุรกิจของสหกรณ์ให้เชื่อมโยงกับการค้าในระดับที่สูงขึ้น โดยสหกรณ์มิใช่เป็นแค่เพียงสหกรณ์การเกษตร แต่ต้องเป็นหน่วยทางธุรกิจการค้าที่สามารถตอบสนองการเปลี่ยนแปลงของตลาดได้เหมือนกับภาคธุรกิจ โดยประเทศไทยนั้นมีระบบสหกรณ์การเกษตรมากกว่า

100 ปี แต่หากเทียบกับต่างประเทศกลับไม่มีการปรับปรุงกรอบกฎหมายเพื่อให้เกิดการพัฒนาการทำสหกรณ์ให้ตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลง ความสามารถวิเคราะห์ถึงต้นทุนทางธุรกรรม การเข้าถึงข้อมูลทางการค้าที่สำคัญ และสามารถวิเคราะห์ความสลับซับซ้อนของการทำการค้าสินค้าเกษตรได้ โดยตัวอย่างอาจพิจารณาได้จากประเทศญี่ปุ่นที่มีการปรับปรุงกฎหมายและกรอบการดำเนินการของสหกรณ์เพื่อให้เกิดความยั่งยืนในการทำการเกษตรและสามารถสร้างอำนาจต่อรองในการทำการค้าสินค้าเกษตรในโครงสร้างการค้าสินค้าเกษตรกรในภาพรวมได้

- *การปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ที่ดิน* แม้ว่าประเทศไทยจะมีการตรากฎหมายการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ในช่วงปี 2518 ที่เน้นการปรับปรุงเกี่ยวกับสิทธิและการถือครองในที่ดินเพื่อเกษตรกรรม แต่ในห้วงเวลาที่ผ่านมามาช่วงปี 2520-2564 จะเห็นได้ว่า ปัญหาที่ดินทำกินของเกษตรกรยังคงมีอยู่ และยังมีการกระจุกตัวของ การถือครองที่ดินโดยกลุ่มทุนซึ่งส่วนหนึ่งมาจากการดำเนินนโยบายของภาครัฐที่มุ่งเน้นให้เกิดการย้ายจากภาคการเกษตรไปสู่การดำเนินการทางอุตสาหกรรม ซึ่งงานวิจัยเสนอว่าควรมีการปรับปรุงกฎหมายที่เชื่อมโยงการเกษตรกรรม การผลิตสินค้าเกษตร การค้าสินค้าเกษตร และการจัดการที่ดิน ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างจากประเทศญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ ที่มีการออกกฎหมายที่สนับสนุนการทำการเกษตร การทำการค้าสินค้าเกษตร และการพัฒนาที่ดินในชนบทในกรอบกฎหมายเดียวกัน ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้เกษตรกรและกลุ่มเกษตรกรร่วมกับหน่วยงานรัฐ ท้องถิ่น ในการทำการเกษตร การค้าสินค้าเกษตร และการพัฒนาการใช้ที่ดินในทางเกษตรกรรมของชุมชน

4) การวางกรอบนโยบายให้เกษตรกรเป็นผู้ค้าสินค้า

การจะทำให้เกษตรกรสามารถกลายเป็นผู้ค้าสินค้าเกษตรและการลดขั้นตอนในการผ่านพ่อค้าคนกลางโดยช่วยให้เกษตรกรขายสินค้าเกษตรไปถึงมือรัฐบาลได้โดยตรง การเน้นตลาดในประเทศแบบครบวงจรและหาทางพัฒนาให้เกิดความแข็งแกร่ง ไม่ควรมุ่งเน้นตลาดต่างประเทศเพียงอย่างเดียวจนลืมนั่นความมั่นคงด้านอาหารภายในประเทศ เกษตรกรจะมุ่งเน้นเรื่องการขายผลผลิตของตนเองเป็นหลัก ซึ่งการจะสร้างให้เกษตรกรเข้าถึงตลาดด้วยตนเองได้จะประกอบด้วย

- *การขับเคลื่อนความเข้มแข็งขององค์กรเกษตรกร* โดยแต่ละปีของงานวิจัยที่ออกมาต้องประสบกับการไม่สามารถนำไปใช้ให้เกิดผลกระทบด้านการเกษตรได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะการขาดเจ้าภาพในการแก้ปัญหาต่าง ๆ ทำให้ต้องมาหาคำตอบจากงานวิจัยเรื่องเดิม ซึ่งก็จะพบปัญหาแบบเดิมอีกครั้ง ดังนั้น การมีสถาบันที่ดูแลเรื่องของการนำฐานข้อมูลวิจัยด้านการเกษตรในการนำมาใช้ในองค์กรของด้านการเกษตรกรอย่างแท้จริง จะทำให้เกิดรูปธรรมจากการนำไปใช้ ตัวอย่างเช่น ใต้หวันที่มีการตั้งสมาคมการเกษตร มีการผลักดันให้เกษตรกรรายย่อยเข้าถึงตลาดได้ โดยใช้ลักษณะของ Farmer Association เป็นตัวขับเคลื่อนเพื่อลดปัญหาการเอารัดเอาเปรียบจากพ่อค้า จึงเสนอ

ให้ต้องเกิดการผลักดันด้านการจัดตั้ง Farmer Association of Thailand เพื่อสร้างนวัตกรรม การเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนให้กับเกษตรกรไทยโดยการจัดตั้งหน่วยงานที่ดูแลเกษตรกรโดยตรง สำหรับในด้านของเกษตรกร ต้องมีสมาคมเกษตรกร (Farmer Association) ที่มีลักษณะเหมือนกับ ไต้หวัน¹¹ โดยมีพันธกิจที่ดูแลเกษตรกรไทยแบบครบวงจร โดยในนั้นต้องมีพืชทางการเกษตรที่สร้างความมั่นคงด้านรายได้ ราคา ความรู้ แหล่งทุน และการแก้ปัญหา การอบรมข้อกฎหมาย เกษตรกร รายย่อยสามารถนำสินค้าเกษตรมาจำหน่ายและขายที่ Farmer Association ได้โดยตรง โดยลักษณะ ของ Farmer's Association in Taiwan จะคล้ายกับสหกรณ์การเกษตรของไทย¹² ซึ่ง Farmer Association (FA) สามารถจัดปัญหาโดยการทำการพยากรณ์ วิเคราะห์กลไกราคาตลาด และสามารถทำการขึ้นนำการผลิต การเพาะปลูกของเกษตรกรของพืชแต่ละชนิดได้อย่างเหมาะสม สามารถ ทำให้ผลผลิตมีมูลค่าสูงขึ้น เพิ่มช่องทางการจำหน่ายโดยไม่ผ่านพ่อค้าคนกลาง รวมถึงการสร้าง มูลค่าเพิ่มของผลิตภัณฑ์ เช่น บรรจุภัณฑ์ของสินค้าเกษตร การตลาด และโลจิสติกส์ ซึ่ง Farmer Association of Thailand จะมีความเข้มแข็งต่อเกษตรกรรายย่อย ซึ่งนโยบายเบ็ดเสร็จที่มาจาก Farmer Association of Thailand นั้น จะสามารถถ่วงดุลประเด็นปัญหา นำไปสู่การแก้ไขแบบ OneStopServiceของเกษตรกรได้มีการติดตามสถานการณ์ของทุกมิติทั้งการผลิตการเพาะปลูก การ รายงานสถานการณ์สำคัญ การทำนโยบายจะต้องมีการแจ้งให้เกษตรกรรับรู้ เพื่อสามารถปรับตัว อย่างรวดเร็ว โดย Farmer Association of Thailand จะต้องมีส่วนมองภาพของการเปลี่ยนแปลง ของสถานการณ์ของโลกด้านการเกษตรเพื่อการปรับตัวตลอดเวลา ในมิติด้านการเกษตรอย่างจริงจัง และตรงประเด็น เป็นผู้วางแผนปริมาณการผลิตเพื่อให้ผลผลิตทางการเกษตรสามารถบริโภคได้ในประเทศ อย่างเพียงพอ

- **การสนับสนุนด้านสินเชื่อเพื่อให้เกษตรกรเข้าถึงตลาดการค้า** มีการบริหารจัดการในการปล่อยกู้สินเชื่อให้กับเกษตรกรที่มีประสิทธิภาพ มีการดูแลให้ความรู้ที่ครบวงจรทั้งต้นน้ำ กลางน้ำ ปลายน้ำ¹³ ภายใต้ระบบนี้ เกษตรกรจะเลือกผู้แทน คณะกรรมการ ผู้จัดการทั่วไปของสหกรณ์ โดยผู้สมัคร จะได้รับการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการจากกรมวิชาการเกษตร

¹¹Zou-Nan Chou, *Enhancing the role of Taiwan farmer's association in responses to changes in food consumption* [Online], available URL: <https://ap.fftc.org.tw/article/1214>, 2022 (April, 20).

¹²The Farmers Association in Taiwan, *Taiwan Review* [Online], available URL: <https://taiwantoday.tw/news.php?unit =8,8,29,32,32,45&post=13802>, 2022 (December, 1).

¹³ibid.

- *การสร้างความมั่นคงด้านอาหารของพืชหลักโดยการใช้เทคโนโลยี* ซึ่งเน้นไปที่การผสมผสานกับรูปแบบใหม่ของเกษตรกรแบบแม่นยำ โดยใช้ฐานข้อมูลขนาดใหญ่ (Big DATA) เพื่อจัดการด้านการเกษตร การค้าสินค้าเกษตร การจัดมาตรฐาน การตรวจสอบย้อนกลับได้อย่างสมบูรณ์ โดยใช้เทคโนโลยี AI Blockchain และ Big DATA อย่างสมบูรณ์ ซึ่งจะนำไปสู่การเร่งสร้างขีดความสามารถของภาคการเกษตรของไทยโดยเน้นเศรษฐกิจที่เติบโตอย่างมีเสถียรภาพและยั่งยืนของเกษตรกรบนพื้นฐานของความสมดุล กล่าวคือ มีการเสริมสร้างความเข้มแข็งของทุกภาคส่วนในระบบเศรษฐกิจ มีกระจายผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างทั่วถึง

บรรณานุกรม

- เจนพล ทองยี่น และสุมาลี วงษ์วีทิต. “การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาล.” วารสารดุซงฎิบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ (มกราคม 2559): 110-125.
- ไฉไล ศักดิวงพงค์ และ สุรพันธุ์ เพชรราภา. “กฎหมายการเกษตร: การถือครองที่ดินของเกษตรกรไทย (ภาค 2).” วารสารวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ สาขาสังคมศาสตร์ 18, 2 (2540): 184-194.
- พรชัย วิสุทธีศักดิ์ และ นิสิต พันธมิตร. **โครงการอุปสรรคจากกฎหมายและนโยบายกับการค้าสินค้าเกษตรในประเทศไทย** [Online]. Available URL: <https://www.agripolicyresearch.com/?p=5674,2565> (มีนาคม, 19).
- ธนาคารแห่งประเทศไทย. “Regulatory Guillotine ปฏิรูปกฎหมาย เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ.” The Knowledge 4 (2562): 26-29.
- นิพนธ์พั้วพงศกร. “การแทรกแซงตลาดสินค้าเกษตรกับการกระจุกตัวของผลตอบแทนส่วนเกิน.” ใน **โครงการการปฏิรูปเศรษฐกิจเพื่อความเป็นธรรมในสังคม**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554.
- พงษ์ศักดิ์ ปัตถา. **ระบบอนุญาตในพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542** [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2449,2565 (กันยายน, 14).
- วิโรจน์ ณ ระนอง และคณะ. **การศึกษาเพื่อปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลของไทย** [Online]. Available URL: <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/06/structural-change-sugar-cane-industry.pdf>, 2565 (สิงหาคม, 7).
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. **โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การวิเคราะห์ ผลกระทบในการออกกฎหมาย** [Online]. Available URL: <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1574751600-5lkm1-ee09v.pdf>, 2565 (สิงหาคม, 22).
- อิทธิพงษ์ มหาธนเศรษฐ์. **รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการการส่งผ่านราคาข้าวที่ไม่สมมาตรในตลาดข้าวของประเทศไทย** [Online]. Available URL: https://kukr.lib.ku.ac.th/kukr_es/kukr/search_detail/result/413170, 2565 (มิถุนายน, 20).
- Chou, Zou-Nan. **Enhancing the role of Taiwan farmer’s association in responses to changes in food consumption** [Online]. Available URL: <https://ap.fftc.org.tw/article/1214>, 2022 (April, 20).

Rodrigo, Delia. Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for developing countries [Online]. Available URL: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf>, 2022 (August, 22).

The Farmers Association in Taiwan. **Taiwan Review** [Online]. Available URL: <https://taiwantoday.tw/news.php?unit=8,8,29,32,32,45&post=13802>, 2022 (December, 1).

การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและ
เยาวชนบนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัทรารรรณ รัตนเกษตร

การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน
บนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก*

The Development of Criminal Justice Procedure for Child and Youth
on the Principle of the Best Interests of Child

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัทราวรรณ รัตนเกษตร์**

Assistant Professor Dr.Patrawan Rattanakaset

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนของประเทศไทยบนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กตามข้อ 13 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยศึกษาการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเฉพาะในสามประเด็นสำคัญ คือ การสอบสวน การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดี และการป้องกันและติดตามเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิด โดยการวิจัยครั้งนี้ได้วิเคราะห์ข้อดีและลักษณะเด่นของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งให้ความสำคัญต่อหลักประโยชน์สูงสุด

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การศึกษามาตรการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในพื้นที่อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ประจำปี พ.ศ. 2560.

This research article is part of the research entitled “A Study of Protection Measures for the Right of Children and Youth in Criminal Justice Procedure in Muang District, Phayao.” This research is funded by Thailand Research Fund (TRF), 2017.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา; น.บ. มหาวิทยาลัยพายัพ; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; Docteur en droit (mention *très honorable*) Aix-Marseille Université, France. E-mail: patrawan.ra@up.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, University of Phayao; LL.B at Payap University; LL.M Ramkhamhaeng University; Docteur en droit (mention *très honorable*) Aix-Marseille Université, France.

วันที่รับบทความ (received) 27 มีนาคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 6 พฤษภาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 พฤษภาคม 2566.

ของเด็กในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมต่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนของประเทศไทย

จากการศึกษาวิจัยพบว่า กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ควรมีการพัฒนาและปรับปรุงแก้ไขทั้งด้านกฎหมายและนโยบายดังนี้ ประเด็นด้านกฎหมาย คือ แก้ไขวรรคสามของมาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ให้มีสภาพบังคับโดยให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การ ซึ่งมีหน้าที่ดูแลเด็กหรือเยาวชน หรือพนักงานอัยการอย่างน้อยคนใดคนหนึ่งเข้าร่วมรับฟังการสอบสวน สำหรับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งแทนการดำเนินคดี ควรคำนึงถึงความเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิด ความปลอดภัยของผู้เสียหายและการคุ้มครองผู้เสียหายอย่างต่อเนื่อง รวมถึงต้องมีกระบวนการติดตามและประเมินผลระหว่างดำเนินการและหลังดำเนินการเพื่อลดความเสี่ยงจากการตกเป็นเหยื่อซ้ำ การป้องกันและติดตามเด็กและเยาวชน ควรให้ความสำคัญและระมัดระวังกลุ่มเด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำความผิด และมีแนวโน้มว่าจะกระทำความผิดซ้ำภายหลังได้รับการปล่อยตัวโดยนำกฎหมายคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมาใช้บังคับให้เหมาะสมต่อลักษณะและสภาพแวดล้อมของเด็กและเยาวชน ประเด็นด้านนโยบาย คือ รัฐบาลควรกำหนดนโยบายการพัฒนาเด็กและเยาวชนเป็นนโยบายระดับชาติ โดยเน้นการป้องกันการกระทำความผิด การแก้ไขพฤติกรรม การปรับเปลี่ยนสภาพแวดล้อมทางสังคม และการใช้มาตรการพิเศษที่มุ่งต่อการส่งเสริมพัฒนาการที่ดีของเด็กและเยาวชน

คำสำคัญ: กระบวนการยุติธรรมทางอาญา, การคุ้มครอง, เด็กและเยาวชน

Abstract

The object of this research is to study the approaches for the development of criminal justice procedure for child and youth under the principle of the best interests of child in according to Article 13 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. This research examines the weakness and developments of the protection of children and youth in the criminal justice procedure in Thailand on the issues such as the use of special measures as an alternative to a prosecution, prevention of child and juvenile delinquency and the application of the principle of the best interests of child to the investigation. This research analyzes the advantages and outstanding characteristics of Japanese and French juvenile law in order to formulate the appropriate approach to solve the problems in Thailand.

This research found that the criminal justice procedure for protection of child and youth should be developed and improved in the policy and legal aspects. For the policy aspect, the government should formulate the national policy on child and youth development and such policy should emphasize on the prevention of any wrongdoing, behavior modification, change of child's social environment and the use of special measures aimed at fostering the proper development of child and youth. For the legal aspect, it is necessary to amend the paragraph three of Article 75 of the Juvenile and Family Court and Procedure Act B.E. 2553 and make it as a compulsory condition which requires a father, a mother, a guardian, a person, or representative of organizations which have a duty to care for the child or juvenile, or a public prosecutor to attend the investigation. In addition, the procedure of restorative justice should be considered as an alternative to the prosecution, and this should take into account of nature of offence, safety of victims and protection of victims. It is necessary to have monitoring and evaluation process during and after such procedure in order to reduce the risk of revictimization.

Keywords: criminal justice procedure, protection, child and youth

1. บทนำ

การทำหน้าที่ของสังคมในการดูแลพฤติกรรมเด็กและเยาวชนไม่ควรถูกจำกัดด้วยแนวคิดที่จะตัดสินว่าเด็กและเยาวชน “มีความผิด” หรือ “ไร้เดียงสา” ในขณะที่มุมมองด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนมองว่าอะไรที่เด็กและเยาวชนเป็น และสาเหตุที่เด็กและเยาวชนเป็นเช่นนี้คืออะไร และควรทำอย่างไรให้ดีที่สุดเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน ประโยชน์ของประชาชน และประโยชน์ของรัฐ รวมถึงการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองเด็กและเยาวชนให้ออกจากหนทางที่จะนำไปสู่อาชญากรรมซึ่งทั้งหมดจะต้องอยู่บนพื้นฐานความเข้าใจว่าเด็กและเยาวชนคือเป้าหมายของการดูแลและได้รับการคุ้มครองจากรัฐยิ่งกว่าการจับกุม หรือถูกพิจารณาคดี ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาคดีทางศาลควรเป็นทางเลือกสุดท้ายที่ไม่อาจใช้วิธีการอื่นได้ และความเข้มงวดในวิธีพิจารณาอาญาจะไม่ถูกนำมาใช้ในคดีเด็กและเยาวชน รวมถึงเน้นย้ำการ “รักษา” และ “ฟื้นฟู” เป็นสำคัญในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม แม้จะอยู่ในศูนย์ฝึกและอบรมก็ต้องทำการเยียวยาฟื้นฟูพฤติกรรมมากกว่าการลงโทษภายใต้การคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ และควรขยายขอบเขตของกระบวนการยุติธรรมยิ่งไปกว่าการคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนเมื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม แต่ควรครอบคลุมไปถึงการป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

ดังนั้น บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนบนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนี้ 1) หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก 2) การคุ้มครองเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา 3) การนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในสามประเด็นคือ การสอบสวน การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดี และการป้องกันและติดตามเด็กและเยาวชน 4) สรุปพร้อมข้อเสนอแนะ

2. หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 13 กำหนดหลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กว่า ในการกระทำทั้งปวงเกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันสังคมสงเคราะห์ของรัฐ หรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงเป็นลำดับแรก¹ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กไม่ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งหากพิจารณาตามถ้อยคำอาชญากรรมได้ว่าเป็นการกระทำสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านร่างกาย จิตใจ การศึกษา การอบรม

¹อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, ข้อ 13.

เลี้ยงดู ทั้งนี้ หากพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กในแนวคิดเชิงนามธรรมด้วยบรรทัดฐานของสังคม ย่อมขึ้นอยู่กับรูปแบบด้านการศึกษา การอบรม และศีลธรรมร่วมกันของสังคมที่เคยปฏิบัติกันมา โดยถือเป็นเรื่องธรรมดาทั่วไปในสังคม ซึ่งท้ายที่สุดอาจเป็นข้อห้ามทางกฎหมาย เช่น การลงโทษเด็ก ซึ่งเคยเป็นรูปแบบหนึ่งของการอบรมสั่งสอนในยุคหนึ่ง แต่ในปัจจุบันถือว่าเป็นการใช้ความรุนแรง ต่อเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำ เช่น ประมวลกฎหมายเด็กของประเทศสวีเดน มาตรา 6 วรรค 1 กำหนดว่า “เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการดูแล มีความมั่นคง และการเลี้ยงดูที่ดี เด็กทุกคน จึงได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพในความเป็นปัจเจกบุคคลและจะต้องไม่ถูกลงโทษทางร่างกาย หรือการปฏิบัติอย่างใดก็ตาม” ในขณะที่แนวคิดประโยชน์สูงสุดของเด็กในเชิงรูปธรรม จะพิจารณาว่าอะไรคือสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็กเมื่อตกอยู่ในสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ต้อง เผชิญในขณะนั้นและต้องได้รับการคุ้มครองซึ่งมาตรการคุ้มครองจะต้องพัฒนาตามการเปลี่ยนแปลง ของสังคมเพื่อให้แน่ใจว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมต่อการพัฒนาเด็กให้เจริญเติบโตได้อย่างมีคุณภาพ² การพิจารณาความหมายของประโยชน์สูงสุดของเด็กอาจต้องพิจารณา 1) บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดเนื้อหาของประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีการใช้อำนาจปกครองบุตร และ 2) การตีความประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยผู้ใช้กฎหมายที่ต้องคำนึงถึงสิทธิพื้นฐานที่เด็กจะได้รับว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กแตกต่างจากสิทธิทั่วไป และหากบทบัญญัติของกฎหมายเปิดช่องให้ตีความได้ หลากหลายก็จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กและให้อภิสิทธิ์แก่เด็กก่อนเป็นลำดับแรก รวมถึงกระบวนการพิจารณาที่จะนำมาใช้กับเด็กจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานของการประเมินผลกระทบ ที่เด็กจะได้รับหากใช้กระบวนการดังกล่าว³ ทั้งนี้ แนวคิดว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ถูกนำมาเป็น หลักพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนโดยมุ่งคุ้มครองให้เด็ก ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่และ ให้ได้รับผลกระทบจากการต้องถูกดำเนินคดีและควบคุมตัวน้อยที่สุด ส่วนเด็กที่มีปัญหาความประพฤติ หรืออยู่ในภาวะเสี่ยงต่อการกระทำความผิดทางอาญาย่อมได้รับการคุ้มครองโดยได้รับโอกาสแก้ไข การเยียวยา บำบัดฟื้นฟู⁴ และสิทธิขั้นมูลฐานจะต้องได้รับการคุ้มครองในทุกขั้นตอนของกระบวนการ เช่น สิทธิได้รับแจ้งข้อหา สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำ สิทธิมีที่ปรึกษากฎหมาย และสิทธิที่จะให้บิดามารดา หรือผู้ปกครองอยู่ด้วยในระหว่างพิจารณาคดี⁵ เป็นต้น

²Flore Capelier, *Comprendre la protection de l'enfance* (Paris: Dunod, 2015), p.45.

³Observation générale 2013 no. 014 CRC/C/GC/14, “le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale,” 29 mai 2013.

⁴อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, ข้อ 37 และข้อ 40.

⁵กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน (กฎแห่งกรุงปักกิ่ง), ข้อ 7.1.

3. การคุ้มครองเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ของสหประชาชาติซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ได้กำหนดเกณฑ์อายุเด็กไว้ที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจึงกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กในกรณีที่ทำความผิดอาญาให้เหมาะสมและสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยกำหนดมาตรการสำหรับเด็กที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามช่วงอายุที่แตกต่างกันโดยเฉพาะเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี กฎหมายได้ให้ความสำคัญต่อการอบรมสั่งสอน แก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมด้วยการว่ากล่าวตักเตือนและกำหนดเงื่อนไขให้บิดามารดาควบคุมดูแลและมีตระวังเด็กไม่ให้ก่อเหตุร้าย รวมถึงดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก ดังนี้

อายุ	มาตรการสำหรับเด็กและเยาวชนตามกฎหมายอาญา
อายุไม่เกิน 12 ปี	กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ ⁶
อายุกว่า 12 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี	กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจดำเนินการวางข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ประกอบตามที่เห็นสมควรตามมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อาทิ ว่ากล่าวตักเตือนแล้วปล่อยตัวไป หรือมอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดามารดาพร้อมวางข้อกำหนดไม่ให้เด็กก่อเหตุร้าย หรือส่งตัวเด็กนั้นไปยังสถานศึกษา หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานแนะนำทางจิตใจเพื่อฝึกอบรมเด็กตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนดแต่ไม่เกินกว่าเด็กมีอายุครบ 18 ปี ⁷
อายุกว่า 15 ปีแต่ต่ำกว่า 18 ปี	ให้ศาลพิจารณาความรู้สึกผิดชอบและสิ่งอื่นที่พ่วงเกี่ยวกับผู้นั้นในอันที่จะควรวินิจฉัยว่า สมควรพิพากษาลงโทษหรือไม่ ถ้าไม่สมควรก็จัดการตามมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ถ้าศาลเห็นสมควรพิพากษาลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนลงกึ่งหนึ่ง
อายุตั้งแต่ 18 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี	กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้

ตารางที่ 1 เกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชนสำหรับการรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา

⁶ประมวลกฎหมายอาญา (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 29) พ.ศ. 2565), มาตรา 73.

⁷ประมวลกฎหมายอาญา (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 29) พ.ศ. 2565), มาตรา 74.

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนของไทยมีหลักการพื้นฐานที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและกฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวกับคดีเด็กหรือเยาวชน (“กฎแห่งกรุงปักกิ่ง” The Beijing Rules) จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์สูงสุดของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญและมุ่งต่อการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมและคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชนให้มากขึ้น และนำหลักกระบวนการที่ชอบธรรมตามกฎหมาย (Due Process of Law) มาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน คือ การใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบและมีเหตุผลโดยเน้นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าที่จะพยายามควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อมิให้ประชาชนถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ⁸ ภายใต้แนวคิดที่ว่าวิธีการและขั้นตอนที่มีประสิทธิภาพจะช่วยให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้บริสุทธิ์ถูกปล่อยออกไปและผู้กระทำความผิดจะต้องถูกดำเนินคดีตามกระบวนการอย่างรวดเร็ว ซึ่งในระบบของกระบวนการยุติธรรมเช่นนี้ทำให้ส่งผลสองประการ คือ ประการแรกมีการปล่อยผู้ต้องหา ผู้ต้องสงสัย หรือผู้บริสุทธิ์โดยเร็ว และประการที่สอง คือ มีการดำเนินคดีต่อผู้ต้องหาที่มีพยานหลักฐานแน่นแฟ้น⁹ แนวคิดดังกล่าวเน้นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ ชอบด้วยขั้นตอนของกฎหมาย และต้องให้มีการพิจารณาคดีหรือไต่สวนผู้ต้องหาอย่างเป็นทางการและเปิดเผยในศาล หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินตามขั้นตอนต่าง ๆ อย่างครบถ้วนแล้วศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจปล่อยตัวจำเลยไปหรืออาจให้พิจารณาคดีใหม่ได้¹⁰ โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนโดยมีเจตนาเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็ก อาทิ การห้ามจับกุมเด็ก การตรวจสอบการจับ การห้ามควบคุม คุมขัง กักขัง หรือห้ามใช้มาตรการอื่นใดอันมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเด็กและเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดเว้นแต่จะมีหมายจับหรือคำสั่งศาล กำหนดให้องค์กรอื่นทำหน้าที่ให้การสงเคราะห์ แก้ไขบำบัด หรือฟื้นฟูเด็กและเยาวชนในระหว่างถูกควบคุมตัวและภายหลังปล่อยตัว การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและการใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนดังกล่าวได้กำหนดให้สอดคล้องกับหลักสากลเช่นเดียวกับในหลาย

⁸สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ, รายงานการศึกษา เรื่อง ความเชื่อมั่นในการสอบสวนคดีพิเศษของกรมสอบสวนคดีพิเศษ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ, 2557), หน้า 10.

⁹พิชญา เหลืองรัตนเจริญ, “กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), หน้า 31.

ประเทศ เช่น กฎหมายเด็กของประเทศญี่ปุ่น กำหนดจุดมุ่งหมายและปรัชญาพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในมาตรา 1 ว่า ให้เด็กและเยาวชนที่กระทำผิดมีมาตรการป้องกันเพื่อแก้ไขพฤติกรรม และปรับเปลี่ยนสภาพแวดล้อม และใช้มาตรการพิเศษสำหรับคดีอาชญากรรมของเด็กและเยาวชนโดยหวังว่าจะส่งเสริมพัฒนาการที่ดีแก่เด็กและเยาวชน¹¹ โดยถือว่าเด็กและเยาวชนผู้กระทำผิดเป็นเด็กและเยาวชนที่ต้องได้รับการคุ้มครองแต่ไม่ได้หมายถึงการเป็นอาชญากร¹² ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้เด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่ต้องรับโทษในความผิดอาญาของตน แต่ถ้าเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี กระทำผิดอาญาที่มีโทษกักขังหรือโทษปรับ จะได้รับการส่งตัวไปยังศูนย์ให้คำแนะนำเด็ก (Child Guidance Center) เพื่อรับการอบรมภายใต้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก แต่ถ้าหากผู้อำนวยการศูนย์พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นคดีอาญาที่ต้องโทษจำคุกก็สามารถตัดสินใจส่งต่อคดีไปยังศาลครอบครัวเพื่อให้ดำเนินการพิจารณาคดีต่อไป แต่ในกรณีเด็กอายุเกินกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษทางอาญาในความผิดที่ต้องโทษประหารชีวิตหรือจำคุกโดยเฉพาความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ก็สามารถถูกจับกุมและดำเนินคดีอาญาตามกระบวนการกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกับคดีผู้ใหญ่¹³ โดยให้ใช้มาตรการลงโทษสำหรับเด็ก เช่น การส่งไปยังทัณฑสถานเด็ก เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การจับกุมเด็กและเยาวชนของประเทศญี่ปุ่นเป็นสิ่งที่ควรหลีกเลี่ยงเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ก็ไม่ห้ามให้มีจับกุม กล่าวคือ จะจับกุมเด็กและเยาวชนได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุผลที่เหมาะสมและมีความจำเป็นโดยพิจารณาจากลักษณะของคดี พฤติกรรมในขณะนั้นและความสามารถในการควบคุมตัวของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือหากดูจากพฤติการณ์แห่งคดีแล้วควรสงสัยว่าจะมีการหลบหนี จึงต้องมีการจับตัวไว้เพื่อป้องกันการหลบหนี ทำลาย หรือเปลี่ยนแปลงพยานหลักฐานแห่งคดี โดยต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและเพียงพอต่อการควบคุมตัวเด็กและเยาวชนเท่านั้น ประกอบกับความร้ายแรงแห่งคดี อายุและสภาพแวดล้อมของเด็กและเยาวชน¹⁴ เพื่อนำเด็กและเยาวชนเข้าสู่กระบวนการแก้ไขเยียวยาพฤติกรรม หรือเข้าสู่กระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพโดยเร็วที่สุด

¹⁰Lowreng M. Friedman, *A History of American Law*, 4th ed. (United Kingdom: Oxford, 2015), p. 283.

¹¹Juveniles Act, article 1.

¹²Reynald Ottenhof, "Criminal Responsibility of Minors in National and International Legal Order," *Revue Internationale de droit Penal* 75, 1-2 (June 2004): 25-49.

¹³Supreme Court of Japan, *Outline of Criminal Justice in Japan 2021* [Online], available URL: https://www.courts.go.jp/english/vc-files/courts-en/Material/Outline_of_Criminal_Justice_in_Japan_2021.pdf, 2021 (January, 8).

¹⁴Ibid.

4. การนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

4.1 หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในการสอบสวน

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนเด็กและเยาวชนยังคงมีประเด็นที่ควรได้รับการปรับปรุงภายใต้การคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อให้เกิดสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็กเมื่ออยู่ในสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ต้องเผชิญในขณะนั้นและต้องได้รับการคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสอบสวนเด็กหรือเยาวชนอายุไม่เกิน 18 ปี ที่แม้จะมีกฎหมายบัญญัติให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือที่ปรึกษากฎหมายเข้าร่วมในการแจ้งข้อหาหรือสอบปากคำก็ตามแต่ก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนในชั้นสอบสวน ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ มาตรา 75 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กำหนดว่า ในการแจ้งข้อกล่าวหา และสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายของเด็กหรือเยาวชนร่วมอยู่ด้วยทุกครั้ง พร้อมทั้งแจ้งด้วยว่าเด็กหรือเยาวชนมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การก็ได้ และถ้อยคำของเด็กหรือเยาวชนอาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีได้ และมาตรา 75 วรรคสาม บัญญัติว่า ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนตามวรรคสอง บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยจะเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนดังกล่าวด้วยก็ได้ นอกจากนี้ การสอบสวนเด็กหรือเยาวชนที่ เป็นผู้ต้องหา นั้น มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับ ซึ่งมาตรา 134/2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า ให้นำ มาตรา 133 ทวิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การสอบสวนผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี กล่าวคือ ต้องจัดให้มีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมสอบสวนไม่ว่าจะมีอัตราโทษจำคุกหรือจะมีการร้องขอหรือไม่ก็ตามเฉพาะในคดีความผิด 9 ประเภทนี้เท่านั้น ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายอันมิใช่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้อุบัติความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ความผิดฐานกรรโชก ชิงทรัพย์ และปล้นทรัพย์ ความผิดว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี ความผิดตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ส่วนความผิดอื่นนอกเหนือจาก 9 ประเภทนี้ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกและผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ร้องขอให้มีสหวิชาชีพเข้าร่วมรับฟังการสอบปากคำดังนั้น หากไม่เข้าเงื่อนไขของประเภทคดี 9 ประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือแม้ว่าจะเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกแต่ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กไม่ได้ร้องขอก็ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบสวน เช่น ความผิดต่อพระราชบัญญัติ

ยาเสพติดให้โทษ โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7827/2560 วินิจฉัยว่า “..ความผิดอื่นที่มีอัตราโทษจำคุก ซึ่งผู้ต้องหาเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ร้องขอตามมาตรา 133 ทวิ นั้น มิได้หมายความว่ารวมถึงความผิดต่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกรณีความผิดอื่น อีกทั้ง ผู้ต้องหาที่เป็นเด็ก ไม่ได้ร้องขอให้มีการคัดง้างว่า พนักงานสอบสวนจึงไม่จำเป็นต้องจัดให้มีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบสวนผู้ต้องหาด้วย ข้อเท็จจริงประกอบคำรับสารภาพของจำเลยที่ให้ไว้ต่อพนักงานสอบสวนจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว” นอกจากนี้ ในคดีที่มีอัตราโทษปรับอย่างเดียวหรือคดีซึ่งมีโทษอื่นซึ่งไม่ใช่โทษจำคุก พนักงานสอบสวนสามารถดำเนินการสอบสวนแต่เพียงฝ่ายเดียวเหมือนความผิดอาญาอื่น ๆ โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการสอบสวนโดยใช้วิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 133 ทวิ เช่น ความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติจราจร อันเป็นความผิดอื่นซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับว่า พนักงานสอบสวนต้องจัดให้มีนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบปากคำผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กแต่อย่างใด¹⁵

จากบทบัญญัติกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นพบความไม่สมบูรณ์ของการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการสอบสวนเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ดังนี้

1) มาตรา 133 ทวิ กำหนดให้ต้องมีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบปากคำผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็ก โดยไม่ต้องร้องขอเฉพาะคดี 9 ประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ข้างต้น แต่ถ้ากรณีเป็นคดีอื่นนอกเหนือจากทั้ง 9 ประเภทคดีที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่เป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกและผู้ต้องหาที่เป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ร้องขอที่ต้องจัดให้มีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบปากคำผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็ก ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าการร้องขอนั้นควรเป็นอย่างไรทำให้ในทางปฏิบัติจะพิจารณาจากความต้องการของเด็ก ผู้ปกครองหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเด็กโดยสอบถามและบันทึกไว้ในคำให้การ ทำให้อาจถือได้ว่าเป็นการผลักภาระให้เด็กที่ด้อยประสบการณ์และขาดวุฒิภาวะต้องตัดสินใจด้วยตนเองในการร้องขอนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอและพนักงานอัยการให้เข้าร่วมในการสอบสวนเพื่อคุ้มครองสิทธิตนเอง ดังนั้น หากพิจารณาประเด็นนี้บนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก จะต้องพิจารณาว่า อะไรคือสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็กเมื่ออยู่ในกระบวนการสอบสวนซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ยากลำบากที่ต้องเผชิญในขณะนั้น ในกรณีเช่นนี้ บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีการกำหนดเนื้อหาของประโยชน์สูงสุดของเด็กให้มีความชัดเจนโดยจะต้องคำนึงถึงว่าอะไรเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กในฐานะที่เป็นสิทธิพื้นฐานที่เด็กจะต้องได้รับการคุ้มครอง แต่มาตรา 133 ทวิ มิได้คุ้มครองสิทธิเด็กอย่างเต็มที่ แม้ว่าจะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ต้องมีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่

¹⁵คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3432/2557.

เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบปากคำผู้ต้องหาซึ่งเป็นเด็กก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 9 ประเภคติที่มาตรา 133 ทวิกำหนดไว้ซึ่งอาจเป็นข้อจำกัดของการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กและส่งผลกระทบต่อความประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ควรจะได้รับ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงสิทธิพื้นฐานที่เด็กควรได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะในคดีที่มีโทษจำคุกที่นอกเหนือจาก 9 ประเภคติที่มาตรา 133 ทวิกำหนด ดังนั้น การมีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บุคคลที่เด็กร้องขอ และพนักงานอัยการเข้าร่วมการสอบสวนคดีที่มีโทษจำคุกนอกเหนือจาก 9 ประเภคติที่กำหนดไว้ในมาตรา 133 ทวิ ควรเป็นสิทธิพื้นฐานที่บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ได้รับโดยไม่ต้องร้องขอ เพื่อช่วยเหลือและคุ้มครองเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ ที่ต้องเผชิญภาวะที่ยากลำบากในขณะนั้น ยกเว้นความผิดเล็กน้อยที่มีอัตราโทษปรับซึ่งเจ้าพนักงานสามารถเปรียบเทียบปรับได้หรือคดีที่ต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ

ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการสอบสวนเด็กและเยาวชนตามกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นพบว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 19 กำหนดให้ “พนักงานอัยการมีอำนาจทำการสอบสวนและค้นหาความจริงเมื่อมีความผิดเกิดขึ้นและพิจารณาว่าจะดำเนินการฟ้องร้องหรือไม่ รวมถึงทำหน้าที่ดำเนินคดีในชั้นศาล” และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 203 กำหนดว่า “เมื่อจับกุมบุคคลตามหมายจับหรือผู้ต้องหา ให้ผู้จับแจ้งข้อเท็จจริงอันเป็นข้อสงสัยว่าผู้นั้นกระทำความผิด.....หากมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมตัวผู้ต้องหาให้นำตัวผู้ต้องหาส่งพนักงานอัยการภายใน 48 ชั่วโมงตั้งแต่วันที่ผู้ต้องหามาถึงที่ทำการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ พร้อมกับหลักฐานแสดงเหตุผลอันควรสนับสนุนเหตุแห่งการจับนั้น” หลักกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวกำหนดให้พนักงานอัยการสามารถทำการสอบสวนผู้ต้องหาด้วยตนเองในทุกคดี การสอบสวนฟ้องร้องคดีจะอยู่ภายใต้การดำเนินการของพนักงานอัยการโดยมีเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นผู้ช่วยเหลือพนักงานอัยการในการสอบสวนคดีอาญา ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่นำมาใช้กับเด็กและเยาวชนเช่นกัน กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจพบการกระทำความผิดของเด็กหรือเยาวชน หรือจับกุมเด็กหรือเยาวชนที่ต้องหาว่ากระทำความผิดจะต้องทำการส่งตัวเยาวชนให้พนักงานอัยการภายใน 48 ชั่วโมง ยกเว้นถ้าเป็นการกระทำผิดอาญาที่ต้องโทษปรับ ตำรวจต้องนำตัวส่งไปยังศาลครอบครัวโดยตรง ส่วนการสอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถทำได้ในกรณีจำเป็นเมื่อตำรวจพบตัวเยาวชนและมีเหตุที่น่าสงสัยว่าได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ซึ่งการสอบสวนจะต้องดำเนินการเพื่อค้นหาความจริงและต้องระมัดระวังอารมณ์และความรู้สึกของเด็กและเยาวชนโดยต้องมีการจิตวิทยาและบุคคลผู้เชี่ยวชาญด้านอื่น ๆ เข้าร่วมในการสอบสวน¹⁶ ทั้งนี้ กฎหมายเด็กกำหนด

¹⁶Juveniles Act, Article 6.

ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง ผู้ดูแลเยาวชนแต่งตั้งทนายความเข้าร่วมในการสอบสวนได้¹⁷ รวมถึงให้มีการตั้งคำถามผ่านผู้เชี่ยวชาญด้านจิตวิทยาเด็ก และให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กเข้าร่วมในการสอบสวนด้วย¹⁸ ดังนั้น เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายเด็กของประเทศญี่ปุ่นที่มีต่อการสอบสวนเด็ก คือ ต้องการให้เด็กที่ตกอยู่ในสถานการณ์ยากลำบากที่ต้องเผชิญในขณะนั้นได้รับการช่วยเหลือและคุ้มครอง ทำให้ในการสอบสวนเด็กและเยาวชนจะต้องประกอบด้วยนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บิดา มารดา หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเยาวชน รวมถึงผู้เชี่ยวชาญด้านอื่น ๆ เข้าร่วมในการสอบสวนให้มากที่สุดเพื่อประเมินภูมิหลัง ลักษณะครอบครัว พฤติกรรมส่วนตัวของเด็ก และสภาพแวดล้อม รวมถึงในการสอบสวนนี้เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะไม่ให้การใด ๆ และไม่ให้การที่เป็นปฏิปักษ์แก่ตนเอง และมีสิทธิควบคุมแยกต่างหากจากผู้ใหญ่และเด็กคนอื่น รวมถึงมีสิทธิห้ามเผยแพร่ข้อมูลนี้อาจบ่งชี้ตัวเยาวชน¹⁹ ทั้งนี้ ภายหลังจากสอบสวนพนักงานอัยการจะส่งตัวเยาวชนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลครอบครัวเมื่อมีพยานหลักฐานอย่างเพียงพอว่าเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด แต่แม้ว่าจะไม่มีเหตุต้องสงสัยว่ากระทำความผิดก็ตามหากพนักงานอัยการเห็นว่า ควรมีการส่งตัวเยาวชนให้ศาลพิจารณาเพื่อกำหนดมาตรการสำหรับพัฒนาแก้ไขพฤติกรรมให้ดีขึ้น พนักงานอัยการก็จะยังคงนำคดีเข้าสู่ศาลครอบครัวเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและพัฒนาให้ดีขึ้นโดยเร็ว ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายโดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้อย่างชัดเจนและการตีความประโยชน์สูงสุดของเด็กโดยผู้ใช้กฎหมายซึ่งคำนึงถึงสิทธิพื้นฐานที่เด็กจะได้รับว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แตกต่างจากสิทธิทั่วไปบนพื้นฐานของการประเมินผลที่เด็กจะได้รับเมื่อใช้กระบวนการดังกล่าว

ดังนั้น สำหรับประเทศไทยการสอบสวนเด็กและเยาวชนบนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กควรคำนึงว่าอะไรคือสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็กเมื่อตกอยู่ในสถานการณ์ยากลำบากที่ต้องเผชิญในขณะนั้น และต้องได้รับการคุ้มครอง ซึ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ต้องเผชิญในการสอบสวน คือ การให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำที่มุ่งต่อวิธีการที่จะทำให้เด็กมีพัฒนาการที่ดีขึ้นด้วยกระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือควรนำตัวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเมื่อมีหลักฐานเพียงพอว่าเด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีสหวิชาชีพ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ บิดา มารดา บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเยาวชนผู้เชี่ยวชาญด้านอื่น ๆ รวมถึงพนักงานอัยการเข้าร่วมในการสอบสวนเพื่อนำไปสู่การแก้ไขพฤติกรรมและการเยียวยารักษา ซึ่งมาตรการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องพัฒนาตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมเพื่อให้แน่ใจว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมต่อการพัฒนาเด็กให้เจริญเติบโตได้อย่างมีคุณภาพ

¹⁷Juveniles Act, Article 6-3.

¹⁸Juveniles Act, Article 6-4.

¹⁹Juveniles Act, Article 9.

และเป็นวิธีการที่ได้ผลในทางปฏิบัติและควรเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดสรรทรัพยากรมาดำเนินการให้เพียงพอเพื่อลดข้อจำกัดอันเป็นอุปสรรคในการทำงาน เช่น จำนวนบุคลากร การสนับสนุนงบประมาณ กำหนดแนวทางปฏิบัติและการประสานงานเพื่อพัฒนาความร่วมมือในการสอบสวนคดีเด็กและเยาวชนของสหวิชาชีพโดยกำหนดโครงสร้างการทำงานที่ชัดเจน สร้างเครือข่ายในการทำงานร่วมกับหน่วยงานภายนอก อาทิ ครู โรงเรียน โรงพยาบาล บ้านพักเด็ก หน่วยงานคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน เป็นต้น ให้เข้าร่วมในการสอบสวนในฐานะที่เป็นบุคคลที่เด็กไว้วางใจหรือเป็นตัวแทนของหน่วยงานของรัฐเพื่อช่วยค้นหาความจริงจากเด็กและนำไปสู่การแก้ไขปัญหาได้อย่างถูกต้อง

2) มาตรา 75 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ได้บัญญัติว่า “ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายของเด็กหรือเยาวชนร่วมอยู่ด้วยทุกครั้ง...” โดยไม่มีข้อยกเว้นและต้องมีที่ปรึกษากฎหมายในทุกคดีแม้ว่าจะจะเป็นคดีลหุโทษก็ตาม ดังนั้น แม้ว่าจะไม่มีบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 75 วรรคสามอยู่ร่วมรับฟังการสอบสวนก็ตาม แต่กฎหมายก็บังคับให้ต้องมีที่ปรึกษากฎหมายเข้าร่วมการสอบสวนด้วยทุกครั้งเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชน แต่ปัญหาคือกฎหมายมิได้บัญญัติว่า ต้อง “แจ้งสิทธิ” มีที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวนให้เด็กและเยาวชนทราบ²⁰ แต่กฎหมายบัญญัติว่า “ต้องมี” มีที่ปรึกษากฎหมายอยู่ด้วยทุกครั้งในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็ก ทำให้ในทางปฏิบัติอาจพบอุปสรรคและข้อจำกัดเกี่ยวกับการจัดหาที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวน เช่น จำนวนที่ปรึกษากฎหมายในชั้นสอบสวนมีไม่เพียงพอและอาจมิได้เข้าร่วมในการสอบปากคำได้ตลอดเวลา หรือติดภาระกิจอื่น ทำให้ต้องรอที่ปรึกษากฎหมายร่วมฟังการสอบปากคำซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความล่าช้า ในขณะเดียวกันหากทำการแจ้งข้อหาและสอบปากคำโดยมิได้กระทำต่อหน้าที่ปรึกษากฎหมายที่ผ่านการอบรมการเป็นที่ปรึกษากฎหมายก็มีผลเพียงทำให้คำให้การชั้นสอบสวนไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เท่านั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 226 ประกอบกับพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ มาตรา 6 แต่ไม่ถึงขนาดเป็นเหตุให้การสอบสวนของพนักงานสอบสวนเสียไปและถือว่าได้มีการสอบสวนความผิดในคดีนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 120 แล้ว พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้อง²¹ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนของการบังคับใช้กฎหมายที่แม้ว่าจะกำหนดให้ต้องมีที่ปรึกษากฎหมายของเด็กและเยาวชนในการเข้าร่วมรับฟังการสอบปากคำก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ

²⁰รุจินันท์ วาจิวัฒนารัตน์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายของเด็กหรือเยาวชน,” วารสารวิชาการสถาบันเทคโนโลยีแห่งสุวรรณภูมิ 6, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563): 335-339.

²¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10384/2558.

แม้ว่าการไม่มีบุคคลเหล่านี้เข้าร่วมในการสอบปากคำเด็กก็เป็นเพียงความบกพร่องของการสอบสวน ซึ่งมีผลทำให้คำให้การชั้นสอบสวนไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เท่านั้น แต่ไม่ถึงขนาดเป็นเหตุให้การสอบสวนของพนักงานสอบสวนเสียไป เพราะข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้ง และลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 กำหนดการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนในการสนับสนุน ส่งเสริมให้เด็กหรือเยาวชนได้รับโอกาสเข้าสู่มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา หรือทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเพื่อปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชนตามมาตรา 86 หรือมาตรา 90 และการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูก่อนมีคำพิพากษาตามมาตรา 132²² ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า เป็นคนละกรณีกับความชอบด้วยกฎหมายของการสอบสวน แต่ไม่สะท้อนการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายได้อย่างเต็มที่และสุจริตเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง นอกจากนี้ คำนิยามและการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายนั้น แม้ว่าจะไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ก็ตาม แต่ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้ง และลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ได้ให้คำนิยาม “ที่ปรึกษากฎหมาย” หมายความว่า ทนายความซึ่งสอบผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดในข้อบังคับนี้ และได้รับการขึ้นทะเบียนให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง โดยในข้อบังคับฯ ดังกล่าว กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย การอบรมความรู้ที่ปรึกษากฎหมาย คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม การปฏิบัติหน้าที่และการดำรงตนของที่ปรึกษากฎหมาย วาระในการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง ฯลฯ แต่ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีมรยาของที่ปรึกษากฎหมาย หรือกำหนดสิทธิในการโต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนอันจะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติหน้าที่การเป็นที่ปรึกษากฎหมายได้อย่างเต็มที่และสุจริต²³ ดังนั้น เพื่อให้การมีที่ปรึกษากฎหมายมีผลบังคับใช้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการช่วยเหลือเด็กและเยาวชนก่อนฟ้องคดีตามมาตรา 86 โดยให้เด็กกลับตนเป็นคนดีภายใต้แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูด้วยการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถของที่ปรึกษากฎหมาย จึงควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยเพิ่มเติมหน่วยงานที่จะเข้ามาควบคุมและกำกับดูแลการทำหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย และกำหนดสิทธิในการโต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมายให้ชัดเจน

²²ข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556, ข้อ 22.

²³รุจินันท์ วาธิ์วัฒนารัตน์, เรื่องเดิม.

3) มาตรา 75 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ บัญญัติว่า “ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนตามวรรคสอง บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคล หรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยจะเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนดังกล่าวด้วยก็ได้” จากถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่งผลให้บุคคลเหล่านี้จะเข้าร่วมหรือไม่ก็ได้ เพราะกฎหมายมิได้บังคับให้บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนแต่เป็นสิทธิที่จะเข้าร่วมหรือไม่ก็ได้ ซึ่งแม้ไม่เข้าร่วมก็ไม่เกิดผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้กระบวนการสอบสวนเสียไป อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนอาจเพราะในบางกรณีการมีบุคคลเหล่านี้เข้าร่วมอาจจะส่งผลกระทบต่อตัวเด็กหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสอบสวน แต่กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดแนวทางแก้ไขสำหรับปัญหาดังกล่าวไว้แต่อย่างใด จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายของมาตรา 75 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ยังขาดการกำหนดเนื้อหาของประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้อย่างชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเด็กในการสอบสวน ในขณะที่เดียวกันเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งกำหนดว่า ในการสอบสวนเด็กและเยาวชนเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องขอศาลออกหมายเรียกเด็กและเยาวชนไปให้ปากคำโดยในหมายเรียกจะต้องมีรายละเอียดของข้อหาและรายละเอียดที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองในชั้นสอบสวน ได้แก่ องค์ประกอบและลักษณะความผิดที่เยาวชนถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด สิทธิในการแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสมเพื่อทำหน้าที่แทนผู้มีอำนาจปกครอง สิทธิในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความในระหว่างการสอบสวน การขอคำแนะนำทางกฎหมายก่อนเข้าสู่การสอบสวน²⁴ โดยข้อมูลทั้งหมดจะถูกแจ้งไปยังผู้มีอำนาจปกครอง บิดามารดา บุคคลหรือองค์กรที่เด็กไว้วางใจ แต่ถ้าหากว่าบิดาหรือมารดาไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจปกครองอย่างแท้จริง พนักงานสอบสวนสามารถปฏิเสธการส่งรายละเอียดดังกล่าวหากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อปกป้องประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเพื่อการดำเนินการสอบสวนที่เหมาะสมซึ่งในกรณีนี้เยาวชนมีสิทธิกำหนดบุคคลที่ตนไว้วางใจและมีความเหมาะสมให้เป็นตัวแทนของตนเพื่อทำหน้าที่รับแจ้งข้อมูลรายละเอียดตามหมายเรียก แต่ถ้าหากเยาวชนไม่สามารถหาบุคคลที่เหมาะสมได้ พนักงานสอบสวนหรือผู้พิพากษาศาลเยาวชนจะเป็นผู้แต่งตั้งบุคคลใดคนหนึ่งมาทำหน้าที่แทนผู้มีอำนาจปกครอง 1 คน โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ²⁵ และก่อนจะทำการสอบปากคำเด็ก

²⁴Code Procédure Pénale, Article L. 116-63-1.

²⁵République Française, **Un mineur peut-il faire l'objet d'une audition libre?** [Online], available URL: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F35043>, 2021 (May, 6).

และเยาวชน พนักงานสอบสวนจะต้องแจ้งให้ผู้ปกครอง บิดา มารดา บุคคล หรือองค์กรที่เยาวชนไว้วางใจทราบโดยทันที ทั้งนี้ เยาวชนมีสิทธิให้บุคคลดังกล่าวเข้าร่วมการสอบสวนได้ ถ้าพนักงานสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่า การเข้าร่วมดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อเยาวชนและไม่กระทบหรืออาจเกิดความเสียหายต่อการสอบสวน แต่ถ้าหากไม่มีผู้ปกครอง บิดา มารดา บุคคลที่เด็กไว้วางใจ หรือมีแต่ไม่สามารถมาเข้าร่วมการสอบสวนได้ หรือไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็ก ศาลจะเป็นผู้พิจารณาแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสมให้ทำหน้าที่เข้าร่วมรับฟังการสอบสวนดังกล่าวแทนบุคคลดังกล่าว²⁶

ดังนั้น การพัฒนากฎหมายไทยเกี่ยวกับการสอบสวนเด็กและเยาวชนเพื่อให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกี่ยวกับการมีบิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยจะเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 75 วรรคสาม จากเดิม “ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนตามวรรคสอง บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคล หรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยจะเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนดังกล่าวด้วยก็ได้”

แก้ไขเพิ่มเติมเป็น “ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนตามวรรคสอง ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์กรซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย เข้าร่วมรับฟังการสอบสวนอย่างน้อยหนึ่งคน หากบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วยไม่สามารถเข้าร่วมได้หรือการเข้าร่วมของบุคคลดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์แก่เด็กและเยาวชน ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมการสอบสวนแทน”

4.2 การใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดี

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 40 (3) ข. กำหนดว่า “รัฐภาคียอมรับสิทธิเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก ซึ่งจะเสริมความเคารพของเด็กต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่น ในลักษณะที่ต้องคำนึงถึงอายุของเด็กและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคม และการมีบทบาทเชิงสร้างสรรค์ของเด็กในสังคม รัฐภาคีจะหาทางส่งเสริมให้มีการตรากฎหมาย กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณา จัดตั้งหน่วยงานและสถาบันซึ่งจะใช้ในการเฉพาะกับเด็กที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเห็นเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับปรารถนา ให้กำหนดมาตรการที่จะใช้กับเด็กเหล่านี้โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางตุลาการ โดยมีเงื่อนไขว่าสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองตามกฎหมายจะได้รับ

²⁶Ibid.

การเคารพอย่างเต็มที่”²⁷ ด้วยเหตุผลและหลักการดังกล่าว พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 จึงได้นำมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา มาใช้บังคับแก่เด็กหรือเยาวชนซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในคดีที่อัตราโทษไม่ร้ายแรง และมีพฤติกรรมการที่สามารถแก้ไขได้ด้วยกระบวนการที่ไม่ยุ่งยาก ไม่สมควรจะอยู่ในกระบวนการยุติธรรม นานเกินไป ย่อมถูกคัดกรองออกไปจากกระบวนการยุติธรรมด้วยมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาให้เร็วที่สุด²⁸ แต่ต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมกับกรณีเพื่อให้เด็กและเยาวชนไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการตุลาการ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาได้ ทั้งในขั้นก่อนฟ้อง และในชั้นพิจารณาโดยการทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในรูปแบบการประชุมกลุ่มครอบครัว และชุมชนและอาศัยความร่วมมือกันของผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ เพื่อหาข้อสรุปร่วมกันในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของลักษณะกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ที่ไม่ใช้การแก้แค้นทดแทนหรือการสร้างตราบาป แต่มุ่งเน้นถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิด²⁹ อันเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดสำนึกตน และกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องฟ้องแต่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย โดยให้ผู้เสียหาย และคนในชุมชนเข้ามาเจรจาเพื่อหาข้อยุติโดยการชดเชยเยียวยาสังคมสัมพันธ์ใหม่ที่ติดต่อกันและ รับรองว่าจะไม่กระทำการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอีกในอนาคต³⁰ เพื่อให้เด็กและเยาวชน มีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมโดยมีผู้เสียหายเป็นศูนย์กลางของกระบวนการยุติธรรม³¹ อย่างไรก็ตาม อาจเกิดข้อสงสัยในประสิทธิภาพของกระบวนการดังกล่าวว่า เด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดมีความสำนึกผิดอย่างแท้จริงในการกระทำของตน หรือเพียงอาศัยประโยชน์จากกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้น โดยไม่สะท้อนเจตนาสำนึกของกฎหมายที่มุ่งเน้นการพัฒนาความคิดและพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดที่ควรควบคู่ไปกับการคุ้มครองปกป้องสิทธิพื้นฐานของผู้เสียหายหรือสมาชิกในชุมชนที่ได้รับผลกระทบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายยังคงอยู่ในสภาพแวดล้อม

²⁷ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, มาตรา 40 และมาตรา 3 ข).

²⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, มาตรา 86.

²⁹ นิธิธร วงศ์ยี่น, “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ด้วยวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัว: หลักการสำคัญโดยย่อ และข้อคิดเห็นบางประการ” *ตุลพาท* 52, 3 (กันยายน – ธันวาคม 2548): 152.

³⁰ Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Pennsylvania: Herald Press, 1990), p. 181.

³¹ วิชามหาคุณ, “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย,” ใน *กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย*, (กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2545), หน้า 26.

และสังคมเดียวกันโดยไม่สามารถแยกเด็กหรือเยาวชนเหล่านี้ออกจากชุมชนไปได้ นอกจากนี้ คำนิยามและความเข้าใจคำว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ยังมีความแตกต่างกันไปตามบริบทและความเข้าใจของแต่ละคน แต่ละสังคมหรือชุมชนทำให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนได้ยาก ในขณะที่เดียวกันแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดมาตรการในการทำแผนฯ โดยมุ่งประสงค์ต่อการเยียวยาปรับปรุงพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนมิให้สร้างปัญหาให้กับสังคม หรือจัดให้ได้รับการอบรมและเรียนรู้อย่างต่อเนื่องภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อป้องกันความเสียหายต่อบุคคลอื่น การประสานความร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อสอดส่องและควบคุมพฤติกรรม การกำหนดบทลงโทษหากฝ่าฝืน หรือกำหนดการลงโทษแก่บุคคลที่ละเลย สนับสนุน ยุยงส่งเสริมหรือให้การช่วยเหลือต่อการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนก็ตาม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสาเหตุสำคัญที่ทำให้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติอาจเป็นเพราะมีการทำข้อตกลงอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรต่อเจ้าหน้าที่โดยยึดโยงกับโครงสร้างรัฐที่เป็นทางการ (Formal Institution) เช่น ศาล อัยการ นักสังคมสงเคราะห์ ฯลฯ ซึ่งยังเป็นโครงสร้างเชิงซ้อนอยู่กับกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก โดยมีผู้แทนชุมชนเป็นกำลังสำคัญในการขับเคลื่อนและมีการบอกกล่าวให้ชุมชนรับทราบถึงข้อตกลงโดยการพูดคุยในที่ประชุมหมู่บ้านซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก เพราะมีชุมชนร่วมรับรู้และเฝ้าระวังอย่างใกล้ชิด³² ซึ่งสิ่งสะท้อนว่าความสำเร็จของกระบวนการฯ ขึ้นอยู่กับการมีส่วนร่วมของชุมชนหรือภาคประชาชนร่วมกันดูแลเป็นสำคัญ แต่ทั้งนี้การปฏิบัติที่ประสบความสำเร็จในพื้นที่หนึ่งอาจจะไม่ประสบความสำเร็จในพื้นที่อื่น ซึ่งขึ้นอยู่กับภูมิหลังของเด็กและเยาวชน ครอบครัว สังคม และการยอมรับกระบวนการร่วมกันของชุมชน

ดังนั้น เป้าหมายสำคัญของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์อาจจะไม่ได้อยู่ที่กระบวนการในทางปฏิบัติแต่เพียงอย่างเดียว แต่อยู่ที่คุณค่าที่ได้รับจากการดำเนินการซึ่งประกอบด้วยความจริง ความยุติธรรม ความรู้สึกปลอดภัยทางร่างกาย อารมณ์ และจิตใจของผู้มีส่วนร่วม การปกป้องสิทธิของผู้เสียหาย การชดเชยความเสียหาย การเคารพและให้เกียรติต่อทุกคนที่เกี่ยวข้องด้วยความสมัครใจอย่างต่อเนื่องจนสิ้นสุดกระบวนการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองเพื่อปกป้องสิทธิพื้นฐานของผู้มีส่วนร่วมและรับรองความยุติธรรมของกระบวนการสมานฉันท์เป็นสิ่งจำเป็นที่ควรส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาต่อไป เช่น สิทธิได้รับแจ้งข้อหาอย่างครบถ้วนก่อนตกลงเข้าร่วมกระบวนการสมานฉันท์ โดยคู่สัญญาที่เข้าร่วมทุกคนควรได้รับแจ้งอย่างครบถ้วนถึงสิทธิของตน ลักษณะขั้นตอนของกระบวนการ และผลที่อาจเกิดขึ้นจากการตัดสินใจ รวมถึงมีสิทธิที่จะไม่เข้าร่วม อีกทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด

³²ศวันต์ บริบูรณ์ธนา และพรประภา แก้วกล้า, รายงานวิจัย เรื่อง ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่มีต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนากรมคุมประพฤติ, 2553), หน้า 114.

ไม่ควรถูกบังคับหรือชักจูงด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้มีส่วนร่วมในกระบวนการสมานฉันท์หรือยอมรับผลของการสมานฉันท์ กระบวนการสมานฉันท์ควรเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจและควรมีการระดมทุนเฉพาะส่วนที่สมเหตุสมผลตามสัดส่วนเท่านั้น³³ และจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยและผลกระทบทางจิตใจของผู้เสียหายเพราะกระบวนการสมานฉันท์อาจทำให้เกิดความบอบช้ำทางจิตใจต่อผู้เสียหายและความกลัวว่าจะตกเป็นเหยื่ออีกครั้งด้วยกระบวนการดังกล่าว เนื่องจากการขาดความจริงใจที่จะสำนึกผิดของผู้กระทำผิด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีกระบวนการประเมินผู้กระทำผิดและผลลัพธ์ที่ผู้เสียหายจะได้รับเพื่อให้แน่ใจว่าคู่กรณีและชุมชนพร้อมที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการสมานฉันท์เพื่อความธรรมแก่ทุกฝ่าย

ดังนั้น สำหรับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมโดยการดำเนินกระบวนการสมานฉันท์ ต้องมีความสมดุลทั้งการคุ้มครองเด็กและเยาวชน การคุ้มครองผู้เสียหาย และการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมควบคู่กันและควรคำนึงถึงความเหมาะสมและระมัดระวังอย่างมากในเรื่องต่อไปนี้

1) ความปลอดภัยของผู้เสียหาย จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการประเมินความจริงใจของผู้กระทำผิดและผลลัพธ์ที่ผู้เสียหายจะได้รับเพื่อให้แน่ใจว่าคู่กรณีพร้อมที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการสมานฉันท์

2) การช่วยเหลือผู้เสียหายในการติดตามผล เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าไม่เป็นอันตรายต่อผู้เข้าร่วม ซึ่งกระบวนการสมานฉันท์ต้องมีมาตรการแทรกแซงร่วมด้วยและยึดการประเมินความเสี่ยงในระหว่างดำเนินการและหลังดำเนินการเพื่อลดความเสี่ยงและเพื่อความปลอดภัยจากการตกเป็นเหยื่อซ้ำ

3) การคุ้มครองผู้เสียหายอย่างต่อเนื่อง เพื่อทำให้แน่ใจว่าผู้เสียหายจะได้รับการคุ้มครองและได้รับการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องตลอดกระบวนการสมานฉันท์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเหลื่อมล้ำที่นำไปสู่ความไม่สมดุลของอำนาจและการเงินที่อาจทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ภายใต้แรงกดดัน ถูกบังคับข่มขู่ หรือถูกยับยั้งมิให้โต้แย้งหรือคัดค้าน

4.3 การป้องกันและติดตามเด็กและเยาวชนผู้กระทำผิด

จำนวนเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดซ้ำหลังจากได้รับการปล่อยตัวจากศูนย์ฝึกและอบรมมีจำนวนเพิ่มขึ้นทุกรอบติดตาม โดยเฉพาะในการติดตามรอบที่สามซึ่งมีสถิติสูงถึง 43.50% หรือเกือบครึ่งหนึ่งของผู้ถูกปล่อยตัว³⁴ ในประเด็นนี้รัฐบาลควรเน้นการพัฒนาตัวเยาวชนผู้กระทำผิด

³³United Nation Basic Principle of the Use of Restorative Justice Programs in Criminal Matters, paragraph 7.

³⁴กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, รายงานสถิติคดี พ.ศ. 2565 [Online], available URL: <https://www.djop.go.th/storage/files/2/pdf, 2565> (ธันวาคม, 31).

ให้กลับเข้าสู่สังคมใหม่เป็นสิ่งสำคัญ ทั้งนี้ เด็กและเยาวชนผู้กระทำความผิดควรได้รับการเข้าร่วมกิจกรรมที่ปรับให้เหมาะสมกับแต่ละคนตามลักษณะพฤติกรรมและบุคลิกส่วนบุคคล โดยเฉพาะควรส่งเสริมและสร้างให้เยาวชนตระหนักในความรับผิดชอบและพัฒนาทัศนคติที่เหมาะสมในฐานะสมาชิกของสังคมโดยเน้นกิจกรรมการศึกษาที่ช่วยพัฒนาทักษะที่จำเป็นเพื่อใช้ในวัยผู้ใหญ่และสร้างความตระหนักถึงความรับผิดชอบที่ต้องมีเมื่อเป็นผู้ใหญ่และพัฒนาศักยภาพของตนเอง

สำหรับกระบวนการยุติธรรมควรให้ความสำคัญกับการดูแลติดตามและระมัดระวังกลุ่มเด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำความผิดทั้งก่อนกระทำความผิดและมีแนวโน้มว่าจะกระทำความผิดซ้ำภายหลังได้รับการปล่อยตัว และนำกฎหมายคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กมาใช้บังคับให้เหมาะสมต่อลักษณะและสภาพแวดล้อมของเด็กและเยาวชน โดยอาจนำลักษณะเด่นของกฎหมายเด็กของประเทศญี่ปุ่นมาใช้ ซึ่งวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายเด็กของประเทศญี่ปุ่น คือ พัฒนาและแก้ไขพฤติกรรมเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดเป็นหลัก “พัฒนาการที่ดีของเยาวชน” เป็นสำคัญ จุดมุ่งหมายและปรัชญาพื้นฐานของกฎหมายเด็กและเยาวชนของประเทศญี่ปุ่น คือ ให้เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดมีมาตรการป้องกันเพื่อแก้ไขลักษณะบุคลิกภาพและปรับเปลี่ยนสภาพแวดล้อม และใช้มาตรการพิเศษสำหรับคดีอาชญากรรมของเด็กและเยาวชนโดยหวังว่าจะส่งเสริมพัฒนาการที่ดีของเยาวชน ดังนั้น “พัฒนาการที่ดี” จึงเป็นจุดมุ่งหมายสูงสุดโดยได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายว่าด้วยสวัสดิภาพเด็ก ค.ศ. 1947 กฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับการศึกษา ค.ศ. 2006 เป็นต้น เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมที่เป็นปัญหาแย่ลงกว่าเดิม โดยรัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะเข้ามาแทรกแซงการทำหน้าที่บิดามารดาเมื่อพบว่าเด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมเกราะและยากต่อการอบรมสั่งสอนภายใต้หลัก *Parens Patriae* กล่าวคือ รัฐจะเข้ามาทำหน้าที่ดูแลอบรมแทนบิดามารดาในสิ่งที่ควรจะทำเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเด็กและเยาวชน ส่วนระบบยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนอยู่ภายใต้ศาลครอบครัวในการกำหนดมาตรการคุ้มครองเยาวชนและให้การศึกษาฝึกอบรมแทนการลงโทษ เพราะการลงโทษด้วยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ไม่สามารถประพฤติตนบนพื้นฐานของการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลรับผิดชอบได้³⁵

ทั้งนี้ กฎหมายเด็กของประเทศญี่ปุ่นกำหนด “พฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำความผิด” ของเด็กและเยาวชนว่า เด็กกลุ่มนี้ยังไม่ได้ก่ออาชญากรรมแต่มีความเสี่ยงที่จะก่ออาชญากรรมขึ้นได้ ตัวอย่างเช่น เด็กและเยาวชนที่ไม่มีพ่อแม่ผู้ปกครองดูแล เด็กและเยาวชนที่หนีออกจากบ้าน หรือมีความสัมพันธ์

³⁵Tokikazu Konishi, “History, Aim, and Structure of the Juvenile Justice System in Japan,” paper presented at the Global Forum 2018 Law School of Waseda University in collaboration with the Law School of the University of Pennsylvania, Goethe University, September 5-7, 2018.

เป็นสมาชิกกลุ่มแก๊งที่มีประวัติอาชญากรรมหรือกระทำผิดกฎหมาย หรือกระทำการอันเป็นการเสื่อมเสียต่อศีลธรรมของตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งศาลครอบครัวจะจำแนกออกเป็น 2 กลุ่ม คือ 1) กลุ่มเด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม และ 2) กลุ่มที่น่าจะหรือมีแนวโน้มที่จะก่ออาชญากรรม ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายเด็กและเยาวชนให้อำนาจรัฐเข้ามาแทรกแซงการทำหน้าที่อบรมดูแลเด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมเสี่ยงที่จะก่ออาชญากรรมก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องร้องขอต่อศาลและได้รับการพิจารณาคดีในศาลครอบครัว ซึ่งวิธีการดังกล่าวทำให้จำนวนคดีเด็กและเยาวชนกระทำความผิดลดลง³⁶ อีกทั้งการส่งตัวเยาวชนที่มีพฤติกรรมเสี่ยงที่จะก่ออาชญากรรมไปยังศาลครอบครัวนั้นค่อนข้างเป็นมาตรการที่เข้มงวดตามกฎหมาย เพราะการตรวจจับแต่เนิ่น ๆ ด้วยมาตรการที่รวดเร็วอาจเป็นการดีกว่าการจับกุมเมื่อเด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาชญากรรม และต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

นอกจากนี้ กระบวนการยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นได้สร้างนโยบายกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนก่อนกระทำผิดตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 ซึ่งนโยบายดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างมากต่อการบริหารงานยุติธรรมในการป้องกันเด็กและเยาวชนก่อนกระทำผิด³⁷ โดยกำหนดให้ศาลครอบครัวเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการพิจารณาการกระทำของเด็กและเยาวชน และมีหน่วยงานเกี่ยวกับการบำบัดฟื้นฟู รักษา และฝึกอบรมแก่เด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำผิดภายใต้ความร่วมมือขององค์กรต่าง ๆ เช่น ตำรวจ ศูนย์ให้คำปรึกษาแนะแนวสำหรับเด็ก สำนักงานคุมประพฤติ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจพบเห็นเด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำผิด หรือเด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำผิด เจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ต้องส่งตัวเด็กและเยาวชนนั้นไปยังศาลครอบครัว หรือ ศูนย์ให้คำแนะนำสำหรับเด็กและเยาวชน แต่ในกรณีกลุ่มเด็กและเยาวชนที่มีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมแต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะก่ออาชญากรรมถือว่าเป็นพฤติกรรมก่อนกระทำความผิดโดยทั่วไป เช่น ต้มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ สูบบุหรี่ เทียวเตรายามวิกาล เหล่านี้เป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมแต่ก็อาจเปี่ยงเบนไปในทางที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมได้ สำนักงานตำรวจแห่งชาติของประเทศญี่ปุ่น จึงได้กำหนดบทบาทหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีต่อเด็กและเยาวชนโดยให้อยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่ตำรวจประจำท้องที่ผ่านศูนย์สนับสนุนและช่วยเหลือเด็กและเยาวชน โดยให้เจ้าหน้าที่ตำรวจทำงานร่วมกับผู้เชี่ยวชาญด้านจิตวิทยา และด้านการศึกษาทำหน้าที่ให้คำแนะนำการดำเนินชีวิต อบรมสั่งสอน ฝึกอบรม แก้ไขพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมแก่เด็กและเยาวชน³⁸

³⁶Tokikazu Konishi, "On the Concept of the Pre-Delinquent juvenile in Japan: Its Construction and the Impact," *Waseda Bulletin of Comparative Law* 25, 2 (November 2005): 1-18.

³⁷Ibid.

³⁸Rule for Juvenile Police Activity, Article 2.

ในขณะที่เดียวกันกระบวนการที่สำคัญในการคุ้มครองเยาวชนของประเทศญี่ปุ่นที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เจ้าหน้าที่คุมประพฤติของศาลครอบครัวซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่สอบสวนทางสังคมเกี่ยวกับภูมิหลังของการกระทำความผิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมประกอบกับการจำแนกประเภทพฤติกรรม บุคลิกภาพ และภูมิหลังของเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดเพื่อจำแนกลักษณะของเยาวชนที่กระทำผิดซึ่งในระหว่างการสอบสวนทางสังคมและการจำแนกประเภทดังกล่าวนี้ ผู้พิพากษาศาลครอบครัวสามารถตัดสินใจว่าจะส่งต่อคดีไปให้พนักงานอัยการดำเนินคดีอาญาต่อหรือไม่ หากผู้พิพากษาเห็นควรดำเนินคดีอาญาต่อไปก็จะส่งเรื่องให้พนักงานอัยการดำเนินการฟ้องคดี หากเห็นว่า คดีเป็นเพียงโทษปรับหรือกักขังก็จะดำเนินการส่งต่อไปยังผู้อำนวยการศูนย์แนะแนวเด็กพร้อมกับกำหนดมาตรการป้องกันมิให้เด็กกระทำความผิดซ้ำอีกภายใต้เงื่อนไข กำหนดข้อห้าม กำหนดข้อผูกพันให้เด็กและเยาวชนต้องไปรายงานตัวต่อศาลหรือสถานพยาบาล หรือกำหนดข้อผูกพันให้เด็กและเยาวชนเข้ารับการศึกษา³⁹ โดยเจ้าหน้าที่คุมประพฤติและอาสาสมัครคุมประพฤติภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่ฝึกอบรมและติดตามดูแลพร้อมให้คำแนะนำและสนับสนุนการดูแลอย่างใกล้ชิด

5. บทสรุป

ระบบเศรษฐกิจและสังคมเป็นสาเหตุหนึ่งที่ส่งผลต่อพฤติกรรมการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนในขณะที่เดียวกันการควบคุมทางสังคมก็เป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่งในการป้องกันการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนเช่นกัน เด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดไม่ใช่คนเลวแต่เป็นเหยื่อของสภาพแวดล้อม การลงโทษผู้กระทำผิดจึงไม่ใช่วิธีการแก้ไขปัญหาของอาชญากรรมแต่การทำให้กลับตนเป็นคนดีและให้โอกาสทางสังคมเป็นวิธีการป้องกันอาชญากรรมที่ดีที่สุด ด้วยเหตุผลดังกล่าวการพัฒนาประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนควรพิจารณาไปยังไปกว่าการคุ้มครองเด็กและเยาวชนเมื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ควรขยายขอบเขตและให้ความสำคัญให้ไปถึงการสงเคราะห์และการคุ้มครองเด็กที่ยังไม่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อป้องกันการกระทำความผิด การปรับปรุงสภาพแวดล้อมที่อาจจะทำให้เด็กและเยาวชนซึ่งอยู่ในวัยเสี่ยงต่อการกระทำผิดได้มีชีวิตอยู่ในชุมชนอย่างมีความหมายและมีคุณค่า การดูแลด้านการศึกษาและพัฒนาการให้ปลอดจากอาชญากรรมและการกระทำผิดให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ พร้อมทั้งกำหนดมาตรการด้านเด็กและเยาวชน ตลอดจนมาตรการบำบัดฟื้นฟูบนพื้นฐานของแนวคิดประโยชน์สูงสุดของเด็กเชิงรูปธรรม

³⁹Juveniles Act, Article 25 paragraph 1.

และใช้การประเมินความเสี่ยงเพื่อกำหนดมาตรการดูแลที่เหมาะสม เพื่อแก้ไขให้เด็กและเยาวชนกลับตนเป็นคนดีด้วยวิธีป้องกัน แก้ไข ให้การศึกษาและฝึกอบรมวิชาชีพ มากกว่าวิธีการลงโทษ โดยมุ่งเน้นการคุ้มครองสวัสดิภาพและอนาคตของเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ รวมถึงแสวงหามาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในกระบวนการยุติธรรมให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล ซึ่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนมีทั้งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายอย่างเคร่งครัด กับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่ยืดหลักการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ยืดหยุ่นตามความเหมาะสมและความจำเป็นในการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชน โดยใช้รูปแบบของการสังคมสงเคราะห์ หรือใช้ทางเลือกอื่นแทนกระบวนการดำเนินคดีอาญา การใช้กฎหมายหรือข้อปฏิบัติอย่างไม่เป็นทางการ และการนำวิธีการอื่นนอกเหนือจากกระบวนการทางศาลมาสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน อย่างไรก็ตาม การพัฒนาเด็กและเยาวชนไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้เพียงช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเพียงสั้น ๆ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากองค์กรภาครัฐและระบบการศึกษาทั้งด้านวิชาการและวิชาชีพ สถานที่ฝึกอบรมให้เกิดความมั่นคงในระยะยาว

6. ข้อเสนอแนะ

6.1 ด้านนโยบาย

1) รัฐบาลควรกำหนดนโยบายการพัฒนาเด็กและเยาวชนเป็นนโยบายระดับชาติ โดยเฉพาะการสร้างควมรับผิดชอบและพัฒนาทัศนคติที่เหมาะสมในฐานะสมาชิกของสังคมโดยเน้นไปที่กิจกรรมการศึกษาที่สร้างทักษะที่จำเป็นเพื่อใช้ในวัยผู้ใหญ่และสร้างความตระหนักรู้ถึงความรับผิดชอบที่ต้องมีเมื่อเป็นผู้ใหญ่และพัฒนาศักยภาพของตนเอง ทั้งนี้ เพื่อให้นโยบายของรัฐด้านการพัฒนาเด็กและเยาวชนเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม รัฐควรจัดให้มีศูนย์การเรียนรู้ครบวงจรในแต่ละจังหวัดซึ่งรวบรวมกิจกรรมทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ ดนตรี การแสดง การประกอบอาหาร การเกษตร เทคโนโลยี การวางแผนเป็นผู้ประกอบการ เพื่อให้เด็กและเยาวชนได้ค้นหาสิ่งที่ชอบโดยการทดลองเรียนรู้และฝึกปฏิบัติในลักษณะของการเล่นและลองทำ ร่วมกับผู้เชี่ยวชาญ ปรชาญชาวบ้าน ครู อาจารย์ นักวิทยาศาสตร์ ที่เป็นอาสาสมัครโดยมีการแจ้งรายการกิจกรรมกำหนดไว้เป็นรายเดือนหรือรายปี เพื่อส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนมีกิจกรรมยามว่างที่ช่วยพัฒนาทักษะการคิด วิเคราะห์ และการแก้ปัญหาซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นต้องใช้ในวัยผู้ใหญ่ โดยมีการประเมินผลความสำเร็จของโครงการจากโรงเรียน ครู เด็กและเยาวชน ชุมชน ในสามด้านสำคัญ คือ (1) การลดพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำผิด การหนีเรียน การเสพยาเสพติด การคบเพื่อนที่มีประวัติอาชญากรรม (2) มีการเพิ่มทักษะใหม่ ๆ ทางวิชาการและวิชาชีพเกิดขึ้น (3) มีกระบวนการ การคิด วิเคราะห์ และการแก้ปัญหาอย่างเป็นระบบ

2) กำหนดนโยบายการป้องกันก่อนเด็กและเยาวชนกระทำความผิด และเป็นมาตรการเชิงรุก โดยกำหนดให้สำนักงานพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ในแต่ละจังหวัดเป็นหน่วยงานหลักในการรับแจ้งและสอบถามข้อมูลจากโรงเรียน ชุมชน บุคคลทั่วไป และให้ทำหน้าที่เป็นศูนย์ให้คำแนะนำปรึกษาและให้ความช่วยเหลือเด็กและเยาวชนที่อยู่ในกลุ่มเสี่ยงต่อการกระทำความผิดและกลุ่มที่เสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิดโดยทำงานร่วมกับผู้เชี่ยวชาญ นักจิตวิทยา ครูอาจารย์จากสถาบันการศึกษา เจ้าหน้าที่ตำรวจ แพทย์ โรงพยาบาล ในการวางแผนช่วยเหลือ ติดตามและตรวจสอบอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ

6.2 ด้านกฎหมาย

1) ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอรรถระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยกำหนดหน่วยงานที่จะเข้ามาควบคุมและกำกับดูแลการทำหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย กำหนดมาตรการลงโทษ และกำหนดสิทธิในการโต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย

2) กำหนดถ้อยคำแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 75 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

จากเดิม “ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนตามวรรคสอง บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคล หรือผู้แทนองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยจะเข้าร่วมรับฟังการสอบสวนดังกล่าวด้วยก็ได้”

แก้ไขเพิ่มเติมเป็น “ในการแจ้งข้อหาและการสอบปากคำเด็กหรือเยาวชนตามวรรคสอง ให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย เข้าร่วมรับฟังการสอบสวนอย่างน้อยหนึ่งคน หากบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลซึ่งเด็กอาศัยอยู่ด้วยไม่สามารถเข้าร่วมได้หรือการเข้าร่วมของบุคคลดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์แก่เด็กและเยาวชน ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมการสอบสวนแทน”

3) การดำเนินกระบวนการสมานฉันท์ควรคำนึงถึงความเหมาะสมและระมัดระวังอย่างมากในเรื่องต่อไปนี้

(1) ความปลอดภัยของผู้เสียหาย จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการประเมินความจริงจังของผู้กระทำความผิดและผลลัพธ์ที่ผู้เสียหายจะได้รับเพื่อให้แน่ใจว่าคู่กรณีพร้อมที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการสมานฉันท์

(2) การช่วยเหลือผู้เสียหายในการติดตามผล เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าไม่เป็นอันตรายต่อผู้เข้าร่วม ซึ่งกระบวนการสมานฉันท์ต้องมีมาตรการแทรกแซงร่วมด้วยและยึดการประเมินความเสี่ยง

ในระหว่างดำเนินการและหลังดำเนินการเพื่อลดความเสี่ยงและเพื่อความปลอดภัยจากการตกเป็นเหยื่อซ้ำ

(3) การคุ้มครองผู้เสียหายอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้แน่ใจว่าผู้เสียหายจะได้รับการคุ้มครองและได้รับการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องตลอดกระบวนการสมานฉันท์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเหลื่อมล้ำที่นำไปสู่ความไม่สมดุลของอำนาจและการเงินที่อาจทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ภายใต้แรงกดดัน ถูกบังคับข่มขู่ หรือถูกข่มขู่ให้มีได้แย้งหรือคัดค้าน

บรรณานุกรม

- กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน. รายงานสถิติคดี พ.ศ. 2565 [Online]. Available URL: <https://www.djop.go.th/storage/files/2/pdf, 2565> (ธันวาคม, 31).
- วิชา มหาคุณ. “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการ ยุติธรรมไทย.” ใน กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ทางเลือกใหม่สำหรับกระบวนการยุติธรรมไทย. หน้า 26. กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2545.
- นิติธร วงศ์ยี่น. “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ด้วยวิธีการประชุมกลุ่มครอบครัว: หลักการสำคัญ โดยย่อ และข้อคิดเห็นบางประการ.” *ดุลพາท* 52, 3 (กันยายน – ธันวาคม 2548): 152.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. *แนวทางการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม: NIDA Model ปฏิรูปประเทศไทย* [Online]. Available URL: <https://www.nida.ac.th/th/download/news/NIDA%20MODEL.pdf, 2557> (กันยายน, 15).
- พิชญา เหลืองรัตนเจริญ. “กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตนิพนธ์*, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555.
- ยศวันต์ บริบูรณ์ธนา และพรประภา แก้วกล้า. *รายงานวิจัย เรื่อง ประสิทธิผลของกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ที่มีต่อผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนากรมคุมประพฤติ, 2553.
- สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ. *รายงานการศึกษาเรื่องความเชื่อมั่นในการสอบสวนคดีพิเศษของกรมสอบสวนคดีพิเศษ*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพัฒนาและสนับสนุนคดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ, 2557.
- สุนนทิพย์ จิตสว่าง. “กระบวนการดำเนินการป้องกันปราบปราม สืบสวน และดำเนินคดีของตำรวจเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชน.” *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์* 1, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2555): 6.
- Flore, Capeller. *Comprendre la protection de l'enfance*. Paris: Dunod, 2015.
- Friedman, Lowreng M. *A History of American Law*, 4th ed. United Kingdom: Oxford, 2015.
- Konishi, Tokikazu. “History, Aim, and Structure of the Juvenile Justice System in Japan.” Paper presented at the Global Forum 2018 Law School of Waseda University in collaboration with the Law School of the University of Pennsylvania, Goethe University, September 5-7, 2018.

- _____. “On the Concept of the Pre-Delinquent juvenile in Japan: Its Construction and the Impact.” **Waseda Bulletin of Comparative Law** 25, 2 (November 2005): 1-18.
- Ottenhof, Reynald. “Criminal Responsibility of Minors in National and International Legal Order.” **Revue International de droit Penal** 75, 1-2 (June 2004): 25-49.
- Supreme Court of Japan. **Outline of Criminal Justice in Japan 2021** [Online]. Available URL: https://www.courts.go.jp/english/vc-files/courts-en/Material/Outline_of_Criminal_Justice_in_Japan_2021.pdf, 2021 (January, 8).
- Yamaguchi, Junsuke. **Role of the police in juvenile justice in japan** [Online]. Available URL: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_kenya/session2.pdf, 2016 (June, 8).
- Zehr, Howard. **Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice**. Pennsylvania: Herald Press, 1990.

แนวทางการพัฒนาองค์กรในการจัดเก็บภาษี
ของประเทศไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สัจจวัฒน์ เรืองกาญจน์กุล

แนวทางการพัฒนาองค์กรในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย*

Guidelines for Organizational Development in Taxation of Thailand

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สัจจวัฒน์ เรืองกาญจน์กุล**
Assistant Professor Satchawat Ruengkankun

บทคัดย่อ

องค์กรจัดเก็บภาษีส่วนกลางของไทย ประกอบด้วย กรมสรรพากร กรมสรรพสามิต และกรมศุลกากร ซึ่งมีสถานะเป็นส่วนราชการภายใต้กระทรวงการคลัง ซึ่งทั้งสามองค์กรดังกล่าว ถือเป็นกลไกสำคัญในการอำนวยความสะดวกให้แก่รัฐบาลเพื่อนำเงินงบประมาณมาใช้ในการบริหารและพัฒนาประเทศ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาปัญหาขององค์กรจัดเก็บภาษีทั้งสามกรมมีข้อจำกัดบางประการที่ทำให้การจัดเก็บรายได้ไม่เป็นไปตามเป้าหมายประมาณการในแต่ละปี กล่าวคือ มีรายได้น้อยกว่า

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “แนวทางการพัฒนาองค์กรในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทย” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ อาจารย์ ดร.ฉันทสิทธิ์ สันตะพานธุ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ, รองศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรพรรณ นุชประยูร.

The research article is a part of dissertation “Guidelines for Organizational Development in Taxation of Thailand.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirement for the Doctor of Laws at National Institute of Development Administration. Dr.Chanit Suntapan and Associate Professor Dr. Supreeya Kaewla-iyad are advisors. Professor Dr. Supalak Pinitphuwadol, Professor Dr. Banjerd Singkaneti, Associate Professor Dr. Eakaboon Wongsawatgul and Assistant Professor Dr. Bajrawan Nuchprayool are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. E-mail: satchawat_r@ru.ac.th

Student in Doctor of Laws Program, Faculty of Law, National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 16 สิงหาคม 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 13 มกราคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 15 กุมภาพันธ์ 2566.

ที่ตั้งเป้าหมายในการจัดเก็บไว้¹ ซึ่งส่วนหนึ่งมาจากรูปแบบ โครงสร้างองค์กร อำนาจหน้าที่ การบริหารงานบุคคล และการบริหารต้นทุน งบประมาณในการจัดเก็บภาษีและการจัดการด้านข้อมูลของผู้เสียภาษีที่ไม่ครอบคลุมและขาดประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่า รูปแบบ ลักษณะโครงสร้าง อำนาจหน้าที่และการบริหารองค์กรจัดเก็บภาษีในปัจจุบันที่มีสถานะเป็นส่วนราชการที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ระเบียบปฏิบัติที่เคร่งครัด และมีสายการบังคับบัญชาที่ยาว และการดำเนินการจัดเก็บภาษีที่ทับซ้อนกันในหลายหน่วยงานทำให้เกิดต้นทุนในการบริหารจัดการที่สูงและไม่สอดคล้องกับประมาณการรายได้เพื่อใช้งบประมาณในแต่ละปี ดังนั้นหากมีการพัฒนารูปแบบขององค์กรจัดเก็บภาษีจากการเป็นส่วนราชการภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง มาเป็นรูปแบบองค์กรกึ่งอิสระ มีลักษณะรูปแบบเหมือนองค์กรมหาชนที่ยังมีฐานะเป็นส่วนราชการที่เป็นเพียงหน่วยงานในการกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง โดยการยุบรวมทั้งสามกรมภาษีเดิมมาอยู่ภายใต้องค์กรใหม่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งสำนักงานจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทย พ.ศ. ก็จะสามารถแก้ปัญหาให้การบริหารงานองค์กรมีความคล่องตัว เชื่อวชาญ ลดความซ้ำซ้อน และบูรณาการการจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: องค์กรจัดเก็บภาษี, องค์กรกึ่งอิสระ, การพัฒนาองค์กรจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทย

¹การจัดเก็บรายได้ได้น้อยกว่าเป้าหมายที่จัดเก็บนั้น ในบางปีมีการจัดเก็บได้มากกว่าและน้อยกว่า ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐในการเพิ่มลดอัตราภาษีด้วย เช่น บางปีรัฐบาลมีการปรับลดอัตราภาษีน้ำมัน เป็นต้น.

Abstract

Thailand's central taxation organizations include the Revenue Department, the Excise Department, and the Customs Department, which have official status under the Ministry of Finance. These three organizations are considered as important mechanisms in providing income to the government in order to use budget money for the administration and development of the country. However, from studying the problems of taxation of the three departments, there are some limitations that prevent revenue collection from meeting the projected target each year. This is partly due to the organizational structure, authority, personnel and cost management, taxation budgets, and inefficient management of taxpayer information. From the study, it was found that the form, structure, authority and administration of the current taxation organization that has the status of a government agency under the law, strict regulations, and has a long chain of command including the overlapping taxation operations in multiple departments, which causes the cost of management and storage to be high and inconsistent with the revenue projection for budgeting each year. Therefore, if the form of taxation organization is developed from a government agency under the supervision of the Minister of Finance to a semi-autonomous organization that looks like a public organization which still has the status of a government agency that is only an agency under the supervision of the Ministry of Finance. With the dissolution of the three former tax departments to be under a new organization according to the Act on the Establishment of the Tax Collection Office of Thailand B.E. will be able to solve the problem of organization management with flexibility, expertise, and reduce duplication. Ultimately, it will help integrate taxation effectively.

Keywords: taxation organization, semi-autonomous revenue authority, development of taxation organization of thailand

1. บทนำ

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีของประเทศไทยประกอบไปด้วยองค์กรจัดเก็บภาษี ส่วนกลางและภาษีส่วนท้องถิ่น โดยภาษีส่วนกลางประกอบด้วยองค์กรหลัก คือ กรมสรรพากร กรมสรรพสามิต และกรมศุลกากร ซึ่งเป็นส่วนราชการ สังกัดกระทรวงการคลัง นอกจากนี้ ยังมี องค์กรจัดเก็บรายได้ของรัฐตามส่วนราชการอื่น ๆ อีก² และภาษีส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีองค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่น³ เป็นผู้ใช้อำนาจทำหน้าที่ในการบริหารการจัดเก็บภาษีท้องถิ่นนั้น

จากลักษณะขององค์กรจัดเก็บภาษี ซึ่งได้ศึกษาเฉพาะในส่วนองค์กรจัดเก็บภาษีส่วนกลาง พบว่า มีปัญหาและอุปสรรคในรูปแบบขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีหลายประการ ที่ทำให้ ไม่สามารถดำเนินการจัดเก็บภาษีต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งมีปัญหาและสาเหตุสำคัญ คือ ปัญหาด้านรูปแบบ โครงสร้างและสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรในการจัดเก็บภาษี ซึ่งองค์กร ที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีถือว่ามีความสำคัญที่จะส่งผลทำให้การจัดเก็บภาษีมีประสิทธิภาพสูงสุด แต่ปัจจุบันด้วยรูปแบบ โครงสร้างและสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรภาษีไม่ได้มีการปรับเปลี่ยน รูปแบบให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของโลกาภิวัตน์ รูปแบบทางธุรกิจ และการเกิดขึ้นของประเภท ภาษีใหม่ ๆ ประกอบกับความเคร่งครัดในกฎ ระเบียบของความเป็นส่วนราชการ จึงทำให้การจัดเก็บภาษี ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร นอกจากนี้ ยังมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารการจัดเก็บภาษี ทั้งในปัญหา ในการบริหารงานบุคคลขององค์กรการจัดเก็บภาษีทั้ง 3 กรม ซึ่งเป็นส่วนราชการ ทำให้การบริหารงานบุคคล ต้องอิงกับกฎเกณฑ์ ระเบียบ ข้อกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เป็นต้น ที่ส่งผลต่อการบริหารงบประมาณ และต้นทุนในการจัดเก็บ ซึ่งหากเปรียบเทียบต้นทุนของการบริหารงานภาษี (Tax Administrative Costs) กับต่างประเทศพบว่า ต้นทุนภาพรวมรวมของ 3 กรมภาษีอยู่ที่ร้อยละ 2 ในขณะที่ต้นทุนในการ บริหารภาษีในประเทศที่พัฒนาแล้วอยู่ที่ไม่เกินร้อยละ 1.04 ของรายได้จากการจัดเก็บภาษี⁴ นอกจากนี้ กรมภาษีของไทยยังขาดการบูรณาการข้อมูลด้านภาษี จึงทำให้การจัดระบบฐานข้อมูลผู้เสียภาษี

²เช่น การจัดเก็บภาษียศรถยนต์ประจำปี โดยกรมการขนส่งทางบก เป็นต้น.

³“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า องค์กรการบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วน ตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีกฎหมายจัดตั้ง ตามพระราชบัญญัติกำหนด แผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

⁴สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, ผลงานทางวิชาการ: ย้อนมองรายได้ของรัฐบาลสร้างอนาคตด้วยนวัตกรรม การจัดเก็บรายได้, ในสัมมนาวิชาการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ประจำปี 2558 นวัตกรรมการคลังการเงินเพื่อ การปฏิรูปประเทศไทย, หน้า 32.

ไม่ครอบคลุมและขาดประสิทธิภาพ จากสภาพปัญหาดังกล่าว ส่งผลต่อการจัดเก็บภาษีของรัฐที่ไม่เป็นไปตามประมาณการรายได้และทำให้ประเทศไทยสูญเสียโอกาสในการพัฒนาประเทศในหลาย ๆ ด้าน

ดังนั้น องค์กรการจัดเก็บภาษีของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ กรมสรรพากร กรมศุลกากร และกรมสรรพสามิต ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบการบริหารแบบราชการที่มีภารกิจในการจัดเก็บภาษีที่ซ้ำซ้อนกัน มีปัญหาด้านโครงสร้างและการบริหารการจัดเก็บภาษีที่ทำให้ภาครัฐมีต้นทุนในการบริหารการจัดเก็บที่สูงขึ้นส่งผลให้ไม่สามารถบริหารการจัดเก็บรายได้ให้ได้ตามเป้าหมายประมาณการรายได้ในแต่ละปีและไม่เพียงพอในการใช้จ่ายกับการพัฒนาประเทศครั้งนี้หากมีการพัฒนาองค์กรการจัดเก็บภาษีให้มีลักษณะ รูปแบบ โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ให้เป็นองค์กรที่เหมาะสม โดยการปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบ โครงสร้าง ขององค์กรจัดเก็บภาษี ก็จะนำไปสู่การบริหารการจัดเก็บภาษีที่เป็นระบบและอำนวยความสะดวกให้กับรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับการบริหารจัดการจัดเก็บภาษี รูปแบบ แนวคิดเกี่ยวกับองค์กรและการบริหารงานองค์กรจัดเก็บภาษี และแนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรในการจัดเก็บภาษี
- 2) เพื่อศึกษารูปแบบ อำนาจหน้าที่ขององค์กรการจัดเก็บภาษีในต่างประเทศและของประเทศไทย
- 3) เพื่อวิเคราะห์สภาพปัญหาอุปสรรครูปแบบขององค์กรและแนวทางการพัฒนารูปแบบองค์กรการจัดเก็บภาษีของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ
- 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งองค์กรการจัดเก็บภาษีของประเทศไทยในรูปแบบที่เหมาะสม

3. ข้อความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดองค์กรภาครัฐ

ข้อความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปแบบและโครงสร้างการดำเนินงานองค์กรของรัฐเพื่อตอบสนองภารกิจและการบริการสาธารณะนั้นมีลักษณะหลายรูปแบบ ซึ่งการจัดเก็บภาษีก็เป็นภารกิจของรัฐอย่างหนึ่งที่สำคัญ ดังนั้น เพื่อให้ภาพรวมของการจัดรูปแบบองค์กรภาครัฐ ผู้เขียนจึงนำเสนอข้อพิจารณาในเรื่องรูปแบบการจัดองค์กรภาครัฐทั่วไป และข้อพิจารณารูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษี ตามลำดับดังนี้

3.1 รูปแบบองค์กรของรัฐทั่วไป

รูปแบบองค์กรของรัฐอาจพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เช่น การจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ การจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายบริหาร และการจัดโครงสร้างองค์กรของฝ่ายตุลาการ

แต่จากการศึกษาการจัดโครงสร้างองค์กรนี้มุ่งจำกัดและนำเสนอเฉพาะการจัดโครงสร้างองค์กรฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้การกำกับและหรือการบังคับบัญชาของรัฐมนตรีเท่านั้น⁵ และเนื่องจากองค์กรในการจัดเก็บภาษีเป็นองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ฝ่ายบริหาร โดยจะศึกษารวมไปในคราวเดียวกัน มิได้แบ่งแยกระหว่างองค์กรของรัฐภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแล ดังนี้

3.1.1 ส่วนราชการ

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินโดยกำหนดให้มีราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นส่วนต่าง ๆ ได้⁶ ส่วนราชการจึงหมายถึง “ส่วนราชการทั้งราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค รวมทั้งองค์การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีสภาพเป็นนิติบุคคลและมีอำนาจหน้าที่ในทางปกครอง”⁷ โดยทั่วไป ส่วนราชการจะมีลักษณะการทำงานที่เป็นระเบียบแบบแผน มีการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น และมีการควบคุมความประพฤติของผู้ปฏิบัติงานโดยใช้โทษทางวินัย⁸

การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลางจะเป็นไปตามหลักการรวมอำนาจปกครอง⁹ โดยประกอบไปด้วยสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม ส่วนราชการเหล่านี้ล้วนแต่มีสถานะเป็นนิติบุคคล¹⁰ การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาคจะเป็นไปตามหลักการแบ่งอำนาจปกครอง¹¹ โดยสามารถแบ่งออกได้เป็นจังหวัด อำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน ซึ่งยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง มีข้อสังเกตว่าเฉพาะการปกครองในรูปแบบจังหวัดเท่านั้นที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล¹² และการจัดระเบียบบริหาร

⁵ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 92-93.

⁶พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 4 และมาตรา 5.

⁷สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 195.

⁸วันเพ็ญ ส่งเสริมทรัพย์, “การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย,” ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 148.

⁹นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 72.

¹⁰พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 7.

¹¹นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

¹²พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 52.

ราชการส่วนท้องถิ่นจะเป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง¹³ กล่าวคือ เป็นการกระจายอำนาจทางพื้นที่ ด้วยเหตุนี้ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีได้อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง หากแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนกลางเท่านั้น องค์การปกครอง ส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันมีดังนี้ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ซึ่งล้วนแต่มีสถานะเป็นนิติบุคคล¹⁴

3.1.2 องค์การมหาชน

องค์การมหาชน เป็นองค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการกระจายอำนาจทางบริการ มีลักษณะเป็นนิติบุคคลมหาชน¹⁵ อาจจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติเฉพาะเป็นรายกรณี ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นองค์การมหาชนที่จำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐฝ่ายเดียวไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹⁶ เช่น สำนักงานกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิงที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2562¹⁷ ที่มีการกำหนดให้บุคคลต้องส่งเงินบางประเภทเข้ากองทุนน้ำมันเชื้อเพลิงและมีการกำหนดบทลงโทษ

¹³นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 177.

¹⁴พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540, มาตรา 8; พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537, มาตรา 43; พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528, มาตรา 6; พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542, มาตรา 7; สำหรับกรณีเทศบาล มิได้มีการกำหนดฐานะนิติบุคคลไว้ในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แต่มาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ก่อนตรวชำระใหม่ ปี 2535) บัญญัติว่า “จำพวกที่กล่าวต่อไปนี้ ย่อมเป็นนิติบุคคล คือ (1) ทบวงการเมือง ...” และมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ก่อนตรวชำระใหม่ ปี 2535) บัญญัติว่า “ทบวงการเมืองนั้นคือ กระทรวงและกรมในรัฐบาลเทศบาลปกครองท้องถิ่น และประชาบาลทั้งหลาย” รวมทั้งมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า “... ให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง ...” เทศบาลจึงมีฐานะเป็นนิติบุคคล แม้ว่ามาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ก่อนตรวชำระใหม่ ปี 2535) จะมิได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับที่ได้รับการตรวชำระใหม่ แต่มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวชำระใหม่ พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “ให้องค์กรหรือหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นทบวงการเมืองตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถูกยกเลิกตามมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ คงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไป” เทศบาลจึงยังคงฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไป.

¹⁵อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัยการจัดการงบประมาณขององค์การมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงบประมาณ, 2552), หน้า 111.

¹⁶มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2549 เรื่อง ขั้นตอนการจัดตั้งองค์การมหาชน; มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 3 เมษายน 2550 เรื่อง หลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2550 เรื่อง การชักจูงความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ.

¹⁷พระราชบัญญัติกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2562, มาตรา 18.

ไว้สำหรับการฝ่าฝืน¹⁸ ส่วนองค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง จะเป็นการจัดตั้งองค์การมหาชนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้านตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542¹⁹ เช่น ในด้านการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ก็มีการจัดตั้งองค์การบริหารจัดการเรือนกระจก (องค์การมหาชน) โดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550

3.1.3 รัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจ เป็นองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการกระจายอำนาจทางบริการ²⁰ โดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นการหารายได้ให้แก่รัฐผ่านค่าตอบแทนที่ได้รับมาจากการจำหน่ายสินค้าหรือบริการ รัฐวิสาหกิจอาจมีนิยามที่แตกต่างกันไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายแต่ละฉบับ²¹ แต่มีลักษณะโดยทั่วไปที่สำคัญร่วมกัน คือ รัฐวิสาหกิจจะมีได้อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของราชการส่วนกลาง แต่จะอยู่เพียงภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนกลางเท่านั้น

3.1.4 หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ

หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเป็นองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง²² เนื่องจากภารกิจของรัฐมีความซับซ้อนและความเฉพาะด้านมากขึ้น การดำเนินงานโดยส่วนราชการภายใต้ระบบบังคับบัญชาได้กลายมาเป็นข้อจำกัด ส่งผลให้การตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ มีความไม่คล่องตัว แต่การดำเนินงานในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจก็ไม่สามารถตอบสนองต่อการจัดทำภารกิจเหล่านี้ เพราะมีลักษณะการดำเนินกิจกรรมทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม และมุ่งแสวงหารายได้เป็นหลัก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจขึ้นเพื่อดำเนินการดังกล่าว

¹⁸พระราชบัญญัติกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2562, มาตรา 27, มาตรา 32, มาตรา 34 และหมวด 7 บทกำหนดโทษ.

¹⁹ดูพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542, มาตรา 5.

²⁰ชาญชัย แสวงศักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 205.

²¹ตัวอย่าง พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518, มาตรา 4; พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543, มาตรา 6; พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548, มาตรา 4; พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561, มาตรา 4; พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561, มาตรา 4.

²²ชาญชัย แสวงศักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 205.

นอกจากหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจแล้วก็มีหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่มีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเช่นกัน หน่วยงานของรัฐประเภทนี้ อาจมีลักษณะเป็นหน่วยธุรการขององค์การที่เป็นอิสระของรัฐที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติเฉพาะ มีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยอาจมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมกำกับและดูแลกิจกรรมของรัฐ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย ที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 มีหน้าที่ในการกำหนดและดำเนินนโยบายการเงิน กำกับและตรวจสอบสถาบันการเงิน และควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา²³ หรืออาจมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการบริการสาธารณะต่าง ๆ เช่น องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทยที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 มีหน้าที่ดำเนินกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ และผลิตรายการด้านข่าวสาร การศึกษา และสาระบันเทิง²⁴ ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานดังกล่าวจึงต้องมีความเป็นกลางและไม่ถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง²⁵

3.2 รูปแบบองค์กรในการจัดเก็บภาษี

ลักษณะรูปแบบขององค์กรจัดเก็บภาษีนั้น อาจพิจารณาได้จากระดับการเพิ่มขึ้นของความเป็นอิสระและลดลงโดยการควบคุมของฝ่ายรัฐ ซึ่งมีลักษณะสำคัญ ดังนี้

3.2.1 หน่วยงานรัฐหรือราชการแบบดั้งเดิม²⁶ (Traditional Department) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้การบริหารงานและการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร และฝ่ายบริหารมีอำนาจในการกำกับ ควบคุมดูแล กำหนดนโยบาย สั่งการ โดยเป็นลักษณะการบริหารงานแบบรวมศูนย์อำนาจ ซึ่งองค์กรหรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีในรูปแบบนี้มักจะมีฐานะเป็นกรมภายใต้กระทรวงการคลัง และอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามลำดับ

3.2.2 หน่วยงานกึ่งอิสระ (Semi-autonomous Agency) หมายถึง องค์กรหรือหน่วยงานที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมหรือปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติราชการในการให้บริการสาธารณะแทนรัฐบาล (Executing Agency)²⁷ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล

²³พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485, มาตรา 8.

²⁴พระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551, มาตรา 7.

²⁵ทศพร ศิริสัมพันธ์ และคณะ, หลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริหาร (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบข้าราชการ, 2553), หน้า 28-29.

²⁶ราชการแบบดั้งเดิม คือ การบริหารจัดการภาครัฐที่เน้นสายบังคับบัญชาจากบนลงล่าง และมีกฎระเบียบที่เคร่งครัด.

²⁷The World Bank, *Difficulties with Autonomous Agencies* [Online], available URL: <http://siteresources.worldbank.org/EXTADMCIVSERREF/Resources/DAAgencies.pdf>, 2019 (April, 10).

แต่หน่วยงานรูปแบบนี้มักจะได้รับมอบหมายให้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระมากกว่าระบบราชการแบบดั้งเดิม จึงมักมีชื่อเรียกว่า Semi-autonomous Agency/Quasi-autonomous Agency

3.2.3 หน่วยงานอิสระ (Autonomous Agency/More Autonomous Body) หมายถึง องค์กรหรือหน่วยงานที่ถูกตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อปฏิบัติการกิจหรือดำเนินกิจกรรมบางอย่างของรัฐโดยเฉพาะ ซึ่งอาจจะไม่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะของรัฐโดยตรง แต่มักมีลักษณะอยู่ในการกำกับดูแลหรือควบคุมการดำเนินการ (Statutory Commission/Autonomous Regulator)²⁸ และลักษณะรูปแบบขององค์กรหรือหน่วยงานประเภทนี้จะถูกออกแบบให้มีความเป็นอิสระสูงเพื่อประโยชน์และความคล่องตัวในการปฏิบัติการกิจบางอย่างและปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง ตัวอย่างเช่น ธนาคารกลาง สถาบันตรวจสอบ และหน่วยงานอื่น ๆ เป็นต้น

3.2.4 รัฐวิสาหกิจ (State-owned Enterprises) หมายถึง องค์กรหรือหน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการ แต่รัฐบาลเป็นผู้ควบคุมและมีส่วนร่วมในการเป็นเจ้าของ มีฐานะเป็นนิติบุคคลและแสวงหารายได้จากกิจการทางเศรษฐกิจ

3.2.5 เอกชน (Privatized Activities) หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่อาจเปลี่ยนแปลงสภาพให้กลายเป็นเอกชนหรือองค์กรทางเอกชนที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน มีลักษณะเช่นเดียวกับองค์กรทางธุรกิจ



ภาพที่ 1 รูปแบบขององค์กรจำแนกตามระดับความเป็นอิสระและระดับการแข่งขัน²⁹

รูปแบบและระดับความเป็นอิสระขององค์กรการจัดเก็บภาษีในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า จุดร่วมที่สำคัญของแต่ละประเทศต่าง ๆ ประกอบด้วย ประการแรก มีการออกกฎหมายแปลงองค์กรจัดเก็บภาษีให้เป็นหน่วยงานใหม่ โดยมีอิสระพอสมควรจากอำนาจบริหารของรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้ปลอดจากการแทรกแซงทางการเมืองในการ

²⁸Ibid.

²⁹William Crandall, *Autonomy in Tax Administration and the Revenue Authority Model Technical Notes and Manuals* (Washington, DC: IMF, 2010), p. 2.

บริหารงานประจำวัน (Daytoday Operation) อย่างไรก็ตาม องค์กรใหม่นี้ย่อมไม่ได้มีอิสระมากเท่ากับธนาคารกลาง แต่เป็นเพียง “กึ่งอิสระ (Semi-autonomous)”³⁰ เท่านั้น โดยแม้ว่าองค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระจะสามารถกำหนดนโยบายได้เองส่วนหนึ่ง แต่ยังคงต้องรายงานต่อกระทรวงการคลังหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่กำกับดูแลด้วย และประการที่สอง โดยหลักการแล้วองค์กรจัดเก็บภาษีควรมีความเป็นอิสระจากกฎระเบียบทางการเงินและการบริหารงานบุคคลของระบบราชการทั่วไป กล่าวคือ ผู้บริหารขององค์กรจัดเก็บภาษีจะต้องสามารถคัดเลือกคน จัดระบบสวัสดิการ เลื่อนตำแหน่ง และปลดออกได้โดยบุคลากรจะต้องได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสม สามารถแข่งขันกับภาคเอกชนได้ มีความยืดหยุ่นในการจ้างงานและมุ่งเน้นประสิทธิภาพมากขึ้น

3.3 รูปแบบองค์กรในการจัดเก็บภาษีในต่างประเทศ

จากการศึกษารูปแบบของหน่วยงานบริหารจัดการเก็บภาษีของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย และประเทศญี่ปุ่น พบว่าทั้งสามประเทศมีการจัดรูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาค่าความรู้ประสิทธิภาพขององค์กรบริหารจัดการเก็บภาษี

3.3.1 ประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากกรมสรรพากรแห่งประเทศสิงคโปร์ประสบปัญหาการขาดแคลนบุคลากร และไม่สามารถดำเนินการประเมินและจัดเก็บภาษีอากรได้อย่างถูกต้องครบถ้วน อีกทั้งบุคลากรที่มีคุณภาพของหน่วยงานถูกดึงไปสู่ภาคเอกชนมากขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อจัดการกับปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงได้มีการเปลี่ยนรูปแบบของกรมสรรพากรแห่งประเทศสิงคโปร์จากเดิมที่เป็นหน่วยงานแบบราชการดั้งเดิมไปเป็นหน่วยงานจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระ โดยใช้ชื่อว่าองค์กรจัดเก็บภาษีแห่งประเทศสิงคโปร์ (Inland Revenue Authority of Singapore: IRAS)³¹

จากการเปลี่ยนสภาพจากองค์กรจัดเก็บภาษีที่เป็นส่วนราชการทำให้สิงคโปร์สามารถดำเนินการจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น กล่าวคือ ต้นทุนในการจัดเก็บภาษีต่ำลง ซึ่งถือว่าส่วนหนึ่งมาจากการจัดรูปแบบองค์กรที่ทำให้การบริหารต้นทุน ทั้งต้นทุนด้านบุคลากร ต้นทุนด้านการบริการ ต้นทุนด้านข้อมูลข่าวสาร และมีการจัดระบบองค์กรที่ดีโดยลดความซ้ำซ้อนของภารกิจงานและกฎระเบียบลง ทำให้มีรายได้จากการจัดเก็บภาษีที่เพิ่มขึ้น

3.3.2 ประเทศมาเลเซีย จากการที่สำนักงานสรรพากรแห่งประเทศมาเลเซีย (The Inland Revenue Depart of Malaya) ได้แปรสภาพเป็นหน่วยงานใหม่เรียกว่า คณะกรรมการจัดเก็บภาษี

³⁰สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, อ้างแล้ว, หน้า 66.

³¹Inland Revenue Authority of Singapore, **History and Milestones** [Online], available URL: <https://www.iras.gov.sg/irashome/About-Us/Our-Organisation-History-and-Milestones/>, 2021 (June, 10).

แห่งประเทศมาเลเซีย (Inland Revenue Board of Malaysia: I.R.B.M) ซึ่งปัจจุบันเป็นที่รู้จักอย่างเป็นทางการว่า I.R.B.M. เป็นหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบในการจัดเก็บภาษีให้กระทรวงการคลังประเทศมาเลเซีย โดยกระทรวงการคลังเพียงเป็นหน่วยงานรับผิดชอบกำกับดูแลองค์คณะกรรมการจัดเก็บภาษีแห่งประเทศมาเลเซีย (The Inland Revenue Board of Malaysia: I.R.B.M.) เป็นหนึ่งในหน่วยงานจัดเก็บภาษีหลักของกระทรวงการคลังประเทศมาเลเซีย I.R.B.M. ก่อตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการจัดเก็บภาษี แห่งประเทศมาเลเซียปี ค.ศ. 1995 (Inland Revenue Board of Malaysia Act 1995)³² ในการจัดตั้งองค์กรนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรมีความเป็นอิสระมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านงบประมาณและการบริหารงานบุคคล รวมทั้งปรับปรุงคุณภาพและประสิทธิผลของการบริหารจัดการเก็บภาษี

จากการเปลี่ยนสภาพจากองค์กรจัดเก็บภาษีที่เป็นส่วนราชการ ทำให้มาเลเซียลดความซ้ำซ้อนของระบบภารกิจขององค์กรแบบดั้งเดิม มีความยืดหยุ่นและอิสระลดการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองซึ่งทำให้รายได้จากการจัดเก็บภาษีสูงขึ้นและมีค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บที่ต่ำลง

3.3.3 ประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากการบริหารจัดการเก็บภาษีขององค์กรจัดเก็บเดิมขาดประสิทธิภาพและสร้างภาระต้นทุนที่สูง ประกอบกับการนำระบบการจัดเก็บภาษีแบบประเมินตนเองมาใช้ซึ่งมีความจำเป็นที่หน่วยงานจัดเก็บภาษีต้องมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถให้บริการหรืออำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียภาษีได้ จึงมีการเปลี่ยนรูปแบบของหน่วยงานจัดเก็บภาษีมาใช้หน่วยงานจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระ โดยใช้ชื่อว่าองค์กรจัดเก็บภาษีแห่งชาติญี่ปุ่น (National Tax Agency: NTA)³³

จากการเปลี่ยนสภาพจากองค์กรจัดเก็บภาษีที่เป็นส่วนราชการ ทำให้ญี่ปุ่นมีแนวโน้มในการจัดเก็บรายได้จากภาษีที่สูงขึ้น และมีแนวโน้มในการใช้จ่ายหรือต้นทุนในการบริหารการจัดเก็บก็มีแนวโน้มลดลง

4. ปัญหาารูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีของประเทศไทย

จากลักษณะของรูปแบบ โครงสร้างขององค์กรในการจัดเก็บภาษีของไทย คือ กรมสรรพากร กรมสรรพสามิต และกรมศุลกากรซึ่งเป็นหน่วยงานราชการแบบดั้งเดิมที่อาจทำให้การบริหารการจัดเก็บภาษีไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยพบปัญหา ดังนี้

³²CommonLII, **Inland Revenue Board of Malaysia Act 1995** [Online], available URL: <http://www.commonlii.org/>, 2021 (June, 10).

³³National Tax Agency Japan, **Organization** [Online], available URL: <https://www.nta.go.jp/english/about/organization/index.htm>, 2021 (June, 10).

4.1 ปัญหาด้านสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรในการจัดเก็บภาษี

จากการวิเคราะห์ปัจจัยที่ทำให้การจัดเก็บภาษีมีประสิทธิภาพนั้นพบว่า ลักษณะสถานะทางกฎหมายขององค์กรเป็นอีกปัจจัยหนึ่ง มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการบริหารงานการจัดเก็บภาษี ซึ่งผู้เขียนสรุปประเด็นปัญหาและอุปสรรคสำคัญได้ดังนี้

4.1.1 รูปแบบการเป็นส่วนราชการขององค์กรในการจัดเก็บภาษี

องค์กรจัดเก็บภาษีของไทยทั้งสามกรม มีกลไกการทำงานอยู่ภายใต้กฎหมาย ระเบียบที่เคร่งครัด ปรับเปลี่ยนได้ยาก ไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมและประเภทภาษีที่เกิดขึ้นใหม่ ๆ อีกทั้งไม่สอดคล้องกับหลักในการจัดเก็บภาษีที่ดีและแนวคิดในการบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่ (NewPublicManagement) และการปฏิรูปการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ ที่ต้องการให้องค์กรภาครัฐมีการให้บริการที่มีคุณภาพแก่ประชาชน ลดขนาดขององค์กรให้กระชับ ลดการควบคุมจากส่วนกลาง ลดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นและเพิ่มอิสระในการบริหารให้แก่หน่วยงาน ตลอดจนสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่รัฐได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย

นอกจากนี้ การเป็นส่วนราชการของทั้งสามกรมภาษียังสะท้อนประสิทธิภาพในการบริหารงานที่อาจมีความแตกต่างกันตามลักษณะของประเภทภาษี มีตัวชี้วัดผลสัมฤทธิ์ของการทำงานที่ยึดโยงกับนโยบายส่วนกลางและกฎหมายที่ใช้บังคับของแต่ละหน่วยงาน จึงทำให้ขาดอิสระในการตัดสินใจในเรื่องนโยบายทางภาษีที่ชัดเจนและเด็ดขาด โดยหน่วยงานที่ทำหน้าที่เสนอแนะนโยบายทางภาษี คือ สำนักงานเศรษฐกิจการคลังที่ดูแลนโยบายภาษีภาพรวมของประเทศ ในขณะเดียวกัน กรมภาษีมีหน่วยงานภายใน คือ กองวิชาการทางภาษีแต่ละกรมหรือกองที่ทำหน้าที่ศึกษา วิจัย และการเสนอแนะนโยบายด้านภาษีแต่ละประเภทนั้น ๆ เมื่อดูความทับซ้อนในเชิงองค์กรนโยบายที่มีระบบราชการเป็นกลไกตัวเชื่อมโยงจึงทำให้เกิดความล่าช้าในการบริหารงาน หากเปรียบเทียบกับประสิทธิภาพขององค์กรที่เป็นเอกชนหรือองค์กรรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรมหาชน

4.1.2 โครงสร้างขององค์กรในการจัดเก็บภาษี

โครงสร้างขององค์กรจัดเก็บภาษีของประเทศไทยทั้งสามกรม มีลักษณะการจัดโครงสร้างแยกตามประเภทการจัดเก็บภาษี คือ การแยกองค์กรหรือหน่วยงานในการจัดเก็บภาษีตามประเภทแต่ละภาษี ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภาษีแต่ละฉบับที่แต่ละกรมใช้อำนาจจัดเก็บ โดยแต่ละกรมจะปฏิบัติภารกิจทั้งปวงเกี่ยวกับภาษีที่กรมของตนเองจัดเก็บเท่านั้น รับผิดชอบและเป็นอิสระจากกรมอื่น และยังมีกฎกระทรวงว่าด้วยการแบ่งส่วนราชการของแต่ละกรมเป็นการเฉพาะ ซึ่งการจัดเก็บภาษีตามโครงสร้างการบริหารงานในรูปแบบนี้ทำให้มีต้นทุนในการจัดเก็บภาษีที่สูงขึ้นเนื่องจากมีความซ้ำซ้อนของภารกิจของหน่วยงานภายในกรม เช่น การจัดทะเบียนผู้เสียภาษี ระบบบัญชี ระบบฐานข้อมูล หรือแม้แต่ทำให้เกิดภาระต้นทุนต่อผู้เสียภาษีเพิ่มขึ้น อาทิ เช่น การติดต่อเรื่องเดียวกันในหลายกรม

เช่น การชำระภาษี การขอภาษีคืน ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความสะดวกในการเสียภาษี และทำให้ผู้เสียภาษีได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบริการรับบริการของแต่ละกรมนำไปสู่ความไม่เท่าเทียมในการรับบริการและเป็นแรงจูงใจที่ให้ผู้เสียภาษีหาวิธีการเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีนับเป็นอุปสรรคสำคัญที่ทำให้การจัดเก็บภาษีไม่เป็นไปตามประสิทธิภาพ

4.1.3 การควบคุมองค์กรและการตรวจสอบ

จากการที่องค์กรจัดเก็บภาษีทั้งสามกรมมีฐานะเป็นส่วนราชการ การควบคุมองค์กรจึงอาศัยกลไกตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ที่การบริหารงานและนิติสัมพันธ์เป็นระบบการบังคับบัญชา และมีรูปแบบการตรวจสอบภายในโดยใช้อำนาจตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทั่วไป ซึ่งไม่เพียงพอและไม่ตรงกับภารกิจในการจัดเก็บรายได้ของรัฐ ประกอบกับปัญหาในการตรวจสอบมักจะอยู่ที่เจ้าหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินที่อาจไม่เข้าใจเทคนิคด้านการตรวจสอบภาษีที่ครบถ้วนเนื่องจากมีข้อมูลและประเภทภาษีที่มีความซับซ้อนมาก ซึ่งอาจจะต้องเพิ่มกลไกในการควบคุมองค์กรและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ เช่น องค์กรงบประมาณของรัฐสภา เป็นต้น

4.2 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารการจัดเก็บภาษี

การบริหารการจัดเก็บภาษี เป็นปัจจัยอีกประการหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจากการวิเคราะห์ข้อมูล พบประเด็นปัญหาอุปสรรคได้ ดังนี้

4.2.1 การบริหารงานบุคคล

การบริหารงานบุคคลของทั้งสามกรมภาษี ซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 การกำหนดกรอบอัตรากำลัง การบรรจุแต่งตั้ง และเรื่องค่าตอบแทนจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายดังกล่าวเหมือนการบริหารงานบุคลากรของรัฐทั่วไป ไม่ตรงตามภารกิจของการจัดเก็บรายได้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้การปรับโครงสร้างอัตรากำลังบุคคล ค่าตอบแทน สวัสดิการ รวมถึงเงินรางวัลแก่บุคลากรค่อนข้างทำได้ยาก ประกอบกับโครงสร้างค่าตอบแทนบุคลากรในองค์กรจัดเก็บภาษีในปัจจุบันยังไม่อยู่ในระดับที่สามารถแข่งขันได้ มีอัตราค่าตอบแทนที่ต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรเอกชน หรือองค์กรประเภทรัฐวิสาหกิจ ทำให้ขาดการจูงใจสำหรับผู้ปฏิบัติงานและไม่อาจรักษาบุคลากรที่มีคุณภาพไว้ได้³⁴ นอกจากนี้ การปฏิบัติงานของบุคลากรที่อยู่ในสายการบังคับบัญชาและต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ

³⁴จอมสุรางค์ อินสุชาติ, “การปฏิรูปกฎหมายองค์กรจัดเก็บภาษี: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสิงคโปร์และกฎหมายมาเลเซีย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 185.

ผู้บังคับบัญชา เช่น อธิบดี ปลัดกระทรวง ทำให้มีสายการบังคับบัญชาที่ยาว และบ่อยครั้งที่เห็นการแทรกแซงการใช้อำนาจการปฏิบัติงานของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ปฏิบัติงานในการเอื้อประโยชน์ในทางภาษีให้แก่พวกพ้อง จนเป็นปัญหาการทุจริตภาษีและขาดความโปร่งใสเกิดขึ้น³⁵

นอกจากนั้น จากการศึกษาที่องค์กรจัดเก็บภาษีในปัจจุบันเป็นส่วนราชการที่อยู่ภายใต้ระบบราชการ การบริหารงานบุคคลยังมีปัญหาในด้านการเลื่อนไหลด้านความก้าวหน้าในตำแหน่ง เพราะอาจมีกรอบอัตราค่าจ้างและจำนวนตำแหน่งที่จำกัด การสรรหาผู้เชี่ยวชาญเฉพาะที่มีความสามารถในการจัดเก็บและตรวจสอบภาษีถูกกำหนดด้วยกรอบอัตราค่าจ้างและเงินงบประมาณจากสำนักงาน กพ. และปัญหาปัจจุบันบุคลากรที่ทำหน้าที่ในกรมจัดเก็บส่วนใหญ่มีการกำหนดเป็นวุฒิเฉพาะทางด้านบัญชี ไม่มีค่าตอบแทนพิเศษในการปฏิบัติงานหรือไม่มีค่าตำแหน่งเช่นเดียวกับบุคลากรในสายงานอื่น เช่น นิติกร หรือสายงานตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งนำไปสู่ปัญหาเชิงระบบของผู้ปฏิบัติงานที่มีการโอนย้ายออกจำนวนมาก โดยเฉพาะพื้นที่กรุงเทพมหานครและพื้นที่สำคัญทางเศรษฐกิจ

4.2.2 งบประมาณและต้นทุนในการจัดเก็บ

ปัญหาการแยกโครงสร้างขององค์กรจัดเก็บภาษีของไทยเป็นสามกรม ส่งผลต่อการบริหารงบประมาณ กล่าวคือ รัฐบาลต้องสนับสนุนงบประมาณสำหรับการบริหารจัดการกระจายไปตามกรมต่าง ๆ ซึ่งในแต่ละกรมบางกรณีมีภารกิจการจัดเก็บที่คล้ายคลึงหรือซ้ำซ้อนกัน ก่อให้เกิดความสิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐเพื่อให้องค์กรใช้ในการปฏิบัติการที่คล้ายคลึงหรือซ้ำซ้อนกัน นอกจากนี้ การจัดรูปแบบองค์กรในปัจจุบัน พบว่า มีต้นทุนในการบริหารการจัดเก็บที่ทับซ้อนกัน อีกทั้งก่อให้เกิดต้นทุนในการจัดเก็บภาษีที่สูงขึ้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องอัตราค่าตอบแทนบุคลากรที่ปฏิบัติงาน เรื่องการใช้สถานที่ เป็นต้น³⁶ นอกจากนี้ การจัดโครงสร้างองค์กรแบบนี้ทำให้ต่างกรมต่างทำงานแยกจากกัน การจัดทำฐานข้อมูล เทคโนโลยีในเรื่องระบบการเสียภาษีก็ต้องดำเนินการต่างกรมต่างทำ ทำให้เกิดต้นทุนที่สูงขึ้น และยังส่งผลในแง่ต้นทุนของผู้เสียภาษีอีกด้วยที่ต้องติดต่อองค์กรต่าง ๆ ในเรื่องภาษีทำให้ไม่ตอบสนองต่อหลักความสะดวกในการเสียภาษี

4.2.3 การขาดการจัดระบบฐานข้อมูลผู้เสียภาษีที่ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ จากลักษณะรูปแบบองค์กรที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ทำให้ข้อมูลด้านภาษีของประเทศไทยกระจัดกระจายอยู่

³⁵เช่น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ อท.43/2558 คำพิพากษาศาลฎีกา คดีหมายเลขดำที่ อม.2/2551 เป็นต้น.

³⁶กระทรวงการคลัง, ข้อมูลรายงานประจำปี กรมศุลกากร กรมสรรพสามิต และกรมสรรพากร ปี พ.ศ. 2558-2562.

ตามกรมภาษีต่าง ๆ ทำให้การจัดการข้อมูลด้านภาษีของประเทศไม่เป็นเอกภาพและยากต่อการนำข้อมูลมาบริหารจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ข้อมูลการลงทะเบียนผู้เสียภาษี การชำระภาษี อัตราการชำระภาษี การคืนภาษี ถูกแยกออกไปอยู่ในอำนาจของกรมจัดเก็บภาษีแต่ละกรมที่ใช้อำนาจในการจัดเก็บ ตัวอย่างเช่น กรมสรรพากรที่มีบทบัญญัติในการห้ามเปิดเผยข้อมูลผู้เสียภาษี³⁷ ทำให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลผู้เสียภาษีระหว่างกรมภาษีอื่นทำได้ยาก³⁸ ส่งผลต่อการพัฒนาระบบกฎหมายภาษีและการจัดเก็บภาษีที่เป็นเอกภาพ นอกจากนี้ เมื่อข้อมูลผู้เสียภาษีไม่ครอบคลุมก็ส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีจากประเภทภาษีใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เช่น ภาษีจากการค้าขายออนไลน์ เป็นต้น โดยปัญหาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อหลักการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ

5. ความพยายามในการนำรูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีในรูปแบบอื่นๆ มาใช้ ในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยได้มีแนวคิดที่จะปฏิรูปองค์กรการจัดเก็บภาษีขึ้นในหลายรูปแบบ ทั้งการจัดตั้งและแยกกรมภาษีออกจากกระทรวงการคลัง หรือการจัดตั้งองค์กรภาษีกึ่งอิสระ โดยมีเป้าหมายคือ ต้องการให้การจัดเก็บภาษีมีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และลดต้นทุนในการจัดเก็บภาษี ซึ่งมีแนวคิดเกี่ยวข้องในช่วงที่ผ่านมา ได้แก่

5.1 การจัดตั้งทบวงภาษี

สมัย ม.ร.ว. จัตุมงคล โสณกุล เป็นปลัดกระทรวงการคลัง ก็ได้มีแนวคิดที่จะรวม 3 กรมภาษีเข้าด้วยกัน แล้วตั้งเป็น “ทบวงภาษี” หวังลดต้นทุนบริหารงานภาครัฐ และอำนวยความสะดวกประชาชนผู้เสียภาษี ที่ไม่ต้องแยกไปเสียกับแต่ละหน่วยงานเหมือนเช่นปัจจุบัน และประการสำคัญจะช่วยลดการคอร์รัปชัน เมื่อ 3 กรมแยกออกจากกันชัดเจน และการใช้หลักว่าการเสียภาษีเป็นเรื่องของความลับและการแลกเปลี่ยนข้อมูล จึงขัดต่อหลักของทั้ง 3 หน่วยงาน ทั้งที่สินค้าและ/หรือบุคคลเสียภาษีให้ทั้ง 3 กรม หากประสานข้อมูลได้ก็จะมีประสิทธิภาพอย่างยิ่ง หลายประเทศจึงมี National Tax Agency (NTA) รับผิดชอบทั้ง 3 กรม มีกฎหมายบัญญัติว่า ให้แลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่าง 3 ภาษีได้ เพราะเป็นองค์กรเดียวกัน ทำเช่นนี้จะเป็นการจัดระบบการจัดเก็บภาษีให้มีความเท่าเทียมกับองค์กรที่ดีของเอกชน

³⁷พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พุทธศักราช 2481, มาตรา 10.

³⁸กรมศุลกากร, ระบบ National Single Window (NSW) [Online], available URL: https://www.customs.go.th/cont_strcsimple.php?ini_content=other_issue_170825_01&ini_menu=menu_nsw&left_menu=menu_nsw_overview&lang=th&root_left_menu=menu_nsw&left_menu=menu_nsw_overview, 2562 (ธันวาคม, 6).

จัดตั้งทวงจับเก็บภาษี ภายใต้กำกับกระทรวงการคลัง มีการบริหารที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมในทำนองเดียวกันกับบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ โดยให้พนักงานไม่มีสถานะเป็นข้าราชการแต่ได้รับค่าตอบแทนใกล้เคียงกับบริษัทมหาชน ซึ่งจะลดปัญหาการแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ และกำหนดให้ชัดเจนว่าข้อมูลที่กฎหมายภาษีแต่ละฉบับกำหนดให้เป็นความลับหรือสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลกับกฎหมายฉบับอื่นได้โดยเป้าหมายเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดเก็บและให้ทวงภาษีได้รับจัดสรรค่าใช้จ่ายจากการจัดเก็บ ร้อยละ 1-5 ของแต่ละชนิดของภาษี ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยอิงระบบของตลาดหลักทรัพย์ให้มี Risk Committee, Internal Auditor, Audit Committee ฯลฯ ซึ่งการทำเช่นนี้ทำให้ภาษีรั่วไหลน้อยและทำให้การจัดเก็บภาษีได้มากขึ้นจากอัตราภาษีเท่าเดิม³⁹ ทั้งนี้ แผนงานการรวม 3 กรมภาษีเข้าด้วยกันที่ ม.ร.ว.จตุมงคล โสณกุล เสนอจะดำเนินการเป็นขั้นตอน โดยในระยะแรกจะรวมเป็น One Stop Service อำนวยความสะดวกให้ประชาชนและผู้ประกอบการทั้งหลาย ซึ่งในขั้นตอนนี้จะไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย เพราะแต่ละกรมภาษีมักกฎหมายของตัวเองซึ่งแตกต่างกัน หน่วยงานที่จะมีบทบาทน้อยที่สุด คือ กรมศุลกากร ที่จะต้องลดภาษีนำเข้าเหลือร้อยละศูนย์ (0%) ตามข้อตกลงเขตการค้าเสรี แต่เรื่องการให้บริการประชาชนก็ต้องให้บริการอยู่เช่นเดิม โครงการปรับระบบการเก็บภาษีก็คือ ขั้นตอนของเอกสารต่าง ๆ เพื่อลดการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ในการเดินเอกสารตามขั้นตอนจึงยังเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง

5.2 แนวคิดในการจัดตั้งสำนักงานภาษีแห่งชาติ

นอกจากนี้ แนวคิดในการจัดตั้งสำนักงานภาษีแห่งชาติ โดยนายสาธิต รังคสิริ อธิบดีกรมสรรพากร ให้สัมภาษณ์⁴⁰ ถึงการมีแนวคิดที่จะเสนอให้กระทรวงการคลังเพิ่มประสิทธิภาพการจัดเก็บภาษีของกรมสรรพากรอย่างยั่งยืน ด้วยการยกระดับให้เป็นสำนักงานภาษีแห่งชาติ ซึ่งจะมีระบบการทำงานเหมือนกับภาคเอกชน แต่ยังคงความเป็นองค์กรของราชการตามปกติ โดยรูปแบบการทำงานของสำนักงานภาษีแห่งชาตินี้ จะคล้ายรูปแบบการทำงานของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กล่าวคือ มีคณะกรรมการ (บอร์ด) ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจากหลายภาคส่วน มีอธิบดีทำหน้าที่เป็นผู้บริหารส่วนข้าราชการก็ยังคงปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ เพียงแต่จะมีตัวชี้วัดการทำงานที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งรวมถึงตัวอธิบดีเองด้วย

³⁹จตุมงคล โสณกุล, ทวงจับเก็บภาษีอิสระ [Online], available URL: <https://siamrath.co.th/n/60859,2564> (เมษายน, 1).

⁴⁰สาธิต รังคสิริ, ผุดสำนักงานภาษีแห่งชาติ [Online], available URL: <https://www.thairath.co.th/business/253048,2565> (สิงหาคม, 10).

การมีคณะกรรมการในสำนักงาน จะช่วยป้องกันหรือสกัดการแทรกแซงการทำงานจากนักการเมืองได้ และคณะกรรมการทำหน้าที่ประเมินผลการดำเนินงานของอธิบดี ส่วนอธิบดีก็มีหน้าที่บริหารงาน โดยต้องเสนอแผนการทำงานระยะ 3 ปี ให้คณะกรรมการรับทราบ ทั้งเรื่องแผนของแผนงาน แผนการเงิน ไอที หรือบุคลากร ซึ่งแผนงานจะบอกด้วยว่า 3 ปีข้างหน้าอธิบดีจะหาเงินได้เท่าไร ใช้ต้นทุนเท่าไร ถ้าใช้ต้นทุนต่ำกว่านี้ มีสิทธิ์ใช้เงินต่อในปีหน้า แต่ถ้าเป็นแบบปัจจุบัน หากมีการใช้ไม่ทันก็ต้องคืนให้กรมบัญชีกลาง ฉะนั้น ก็จะมีการเร่งใช้งบประมาณให้หมด ถ้าหากเป็นรูปแบบสำนักงานภาษีแห่งชาติเรื่องการจัดเก็บภาษีหากเก็บได้เกินเป้าก็สามารถขอรับจัดสรรเอามาแบ่งเป็นโบนัสให้ทั้งองค์กรได้

นอกจากนี้ แนวทางการทำงานของสำนักงานดังกล่าว ถือเป็น การปรับปรุงให้องค์กรของกรมสรรพากรเป็นทุนนิยมจากปัจจุบันที่เป็นแบบสังคมนิยม หมายถึง การมุ่งเน้นการทำงานที่ได้รับค่าตอบแทนสูง มีการแข่งขันมากกว่าการทำงานเหมือนระบบราชการทั่วไป ที่ทำงานมากแต่ค่าตอบแทนน้อย หากมีการปรับเปลี่ยนให้มีการแข่งขันและระบบค่าตอบแทนที่เป็นไปตามอัตราภาษีที่จัดเก็บได้ ก็ทำให้มีบุคลากรที่เก่งขยันทำงานและทำงานได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยการปรับโครงสร้างองค์กรนี้ไม่ใช่การแปรรูปหน่วยงาน กล่าวคือ องค์กรยังเป็นส่วนราชการ แต่ขณะเดียวกันบุคลากรได้ค่าตอบแทนหรือสวัสดิการเหมือนเอกชน แต่จะต้องมีการประเมินผลการดำเนินงานเหมือนเอกชน ซึ่งหากมีการทำงานไม่ดีก็มีระบบประเมินเพื่อให้ออกได้ ซึ่งทุกคนต้องขยันทำงานตลอดเวลาในการสร้างผลงาน” อย่างไรก็ตาม ก่อนปรับใช้ระบบใหม่ดังกล่าวนี้ ควรใช้แนวทางการปรับให้กรมการจัดเก็บภาษีทั้งสามกรมเป็นทบวงภาษีก่อน โดยให้รองปลัดกระทรวงการคลังที่กำกับดูแลด้านรายได้ ทำหน้าที่เป็นปลัดทบวงที่ควบคุมสามกรมภาษี คือ กรมสรรพากร กรมสรรพสามิต และกรมศุลกากร เพื่อแยกการจัดเก็บรายได้กับการทำงานด้านอื่นให้ชัดเจน จากนั้นเมื่อถึงเวลาที่เหมาะสมจึงจะจัดตั้งเป็นสำนักงานภาษีแห่งชาติต่อไป ซึ่งในประเด็นแนวความคิดการจัดตั้งสำนักงานภาษีแห่งชาตินี้ไม่ได้มีการวิจัยหรือพบข้อมูลในการนำเสนอรูปแบบโครงสร้างองค์กรไว้ชัดเจน

5.3 แนวคิดการจัดตั้งองค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระ

ในปัจจุบันมีศึกษาเพื่อทบทวนการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างรายได้ของรัฐบาลในช่วงกว่า 50 ปีที่ผ่านมา โดยพิจารณาต้นทุนในการบริหารงานภาษี (Tax Administrative Costs) ต้นทุนของผู้เสียภาษี (Tax Compliance Costs) แล้วพิจารณาออกแบบเครื่องมือใหม่ ๆ เพื่อรองรับความเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยพิจารณาถึงรูปแบบการบริหารหน่วยงานจัดเก็บภาษีในต่างประเทศ และการพัฒนาการให้บริการผู้เสียภาษีทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งการพิจารณาแนวโน้มรูปแบบความเป็นอิสระ (Autonomy) ของหน่วยงานจัดเก็บภาษีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเพื่อเป็นทางเลือกในการนำมาประยุกต์ใช้กับบริบทของประเทศไทยและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการเก็บภาษี นำไปสู่การให้

บริการประชาชนที่ดีขึ้น จูงใจให้เกิดการพัฒนากระบวนกาอย่างจริงจังและสร้างฐานรายได้เพื่อรองรับความจำเป็นของรัฐบาลในการจัดสรรงบประมาณ เพื่อพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน

จากการวิเคราะห์ถึงปัจจัยที่ทำให้ระบบบริหารจัดการเก็บภาษีมีประสิทธิภาพของประเทศต่าง ๆ พบว่า หน่วยงานจัดเก็บภาษีของไทยมีแนวทางการบริหารที่ดีและมีประสิทธิภาพในหลายด้าน แต่ยังสามารถที่จะเพิ่มประสิทธิภาพได้อีก โดยอาจจะเลือกแนวทางปรับเปลี่ยนรูปแบบหน่วยงาน โดยการรวมหน่วยงานจัดเก็บภาษีเพื่อลดความซ้ำซ้อนและลดต้นทุนในการดำเนินงานเพื่อให้หน่วยงานจัดเก็บภาษีมีโครงสร้างองค์กรที่เหมาะสมและมีความยืดหยุ่นเพียงพอทำให้สามารถที่จะปรับเปลี่ยนยุทธศาสตร์และเป้าหมายให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ การจัดทำระบบการให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์แก่ผู้เสียภาษีเป็นอีกส่วนหนึ่งที่รัฐจำเป็นต้องให้ความสำคัญ เนื่องจากการให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ดีจะทำให้ผู้เสียภาษีมีต้นทุนการเสียภาษีลดลงและมีความพึงพอใจในการใช้บริการมากขึ้น

นอกจากนี้ การปฏิรูปภาษีควรให้ความสำคัญกับการพัฒนาระบบการบริหารจัดเก็บภาษีให้ทันสมัย ซึ่งอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งในการพัฒนาการบริหารจัดเก็บภาษีในหลายประเทศ เกิดจากการที่หน่วยงานจัดเก็บภาษีมีระบบงบประมาณและระบบบริหารทรัพยากรมนุษย์ที่ตึงตัว (Rigid) จนกระทั่งไม่สามารถตัดสินใจใด ๆ ได้เองมากนัก ซึ่งภายใต้สภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว การบริหารจัดการภาครัฐจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นเพิ่มขึ้นทั้งในด้านการบริหารทรัพยากรมนุษย์ การจัดสรรงบประมาณ ซึ่งการจัดการและการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างภายในให้เป็นหน่วยงานจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระ (Semiautonomous Revenue Agency: SARA) เป็นทางเลือกหนึ่งซึ่งอาจพิจารณานำมาใช้เพื่อการปฏิรูประบบบริหารจัดการเก็บภาษีนำไปสู่การบริการผู้เสียภาษีที่ดีขึ้น การสร้างฐานรายได้ภาษีที่เพิ่มขึ้นอย่างยั่งยืนและการปรับปรุงธรรมาภิบาลในระบบการบริหารจัดเก็บภาษีในที่สุด

นอกจากนั้น ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะของสภาปฏิรูปประเทศ ยังเสนอมาตรการในการเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในการจัดเก็บภาษีโดยให้หน่วยงานในการจัดเก็บภาษีมีความเป็นอิสระหรือกึ่งอิสระโดยกำหนดให้รายงานผลการดำเนินงานต่อรัฐมนตรีโดยตรงหรืออาจทำในรูปแบบคณะกรรมการเพื่อป้องกันการแทรกแซงจากปัจจัยภายนอก ซึ่งขั้นตอนที่สภาปฏิรูปประเทศเสนอคือ การออกกฎหมายตั้งหน่วยงานอิสระหรือกึ่งอิสระ ซึ่งมีต้นแบบจากรูปแบบหน่วยงานกึ่งอิสระแบบ Semi-Autonomous Revenue Agency ซึ่งใช้ในประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น อังกฤษ สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์ สิงคโปร์ มาเลเซีย ญี่ปุ่น เป็นต้น⁴¹

⁴¹สภาปฏิรูปประเทศ, **วาระปฏิรูปที่ 8 : การปฏิรูประบบและโครงสร้างภาษี** (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), หน้า 17.

ทั้งนี้ รูปแบบและการออกแบบหน่วยงานกึ่งอิสระในช่วงแรก ๆ เป็นการนำรูปแบบของธนาคารกลางมาใช้⁴² แต่ธนาคารโลก⁴³ ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ก็ไม่ควรมียุทธศาสตร์มากเท่ากับธนาคารกลาง แต่ขณะเดียวกันต้องไม่ขึ้นอยู่กับกระทรวงการคลังในลักษณะของกรมจัดเก็บ จึงเกิดเป็นรูปแบบกึ่งอิสระขึ้นมา โดยมีรายละเอียดสำคัญ ๆ ในการนำมาปรับใช้กับประเทศไทย ดังนี้

- 1) การจัดตั้งควรทำเป็นพระราชบัญญัติ เพื่อให้มีความชัดเจนและมีกฎหมายรองรับ
- 2) กำหนดความสัมพันธ์ให้ชัดเจน โดยให้กระทรวงการคลังเป็นผู้กำหนดนโยบายภาษีและเกณฑ์การประเมินผลการดำเนินงาน แต่จะไม่แทรกแซงการบริหารงานภายในหน่วยงานกึ่งอิสระ
- 3) แยกหน้าที่ระหว่างผู้ว่าการหรือเลขาธิการและคณะกรรมการ โดยคณะกรรมการทำหน้าที่กำกับดูแล ขณะที่ผู้ว่าการหรือเลขาธิการทำหน้าที่บริหาร นอกจากนี้ ควรกำหนดวาระของตำแหน่งให้ชัดเจน รวมไปถึงการปลดจะต้องทำได้ยาก โดยต้องให้คณะกรรมการส่วนใหญ่มีมติเห็นชอบและต้องมีความผิดชัดเจน คล้ายกับกรณีของธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) เพื่อความมีอิสระมากขึ้น
- 4) คณะกรรมการควรมีจำนวนไม่มาก ประมาณ 5-7 คน เพื่อสร้างความรับผิดชอบมากขึ้น และทำให้การบริหารงานมีความคล่องตัวมากขึ้น
- 5) ในคณะกรรมการอาจจะมีการนำภาคเอกชนเข้ามาเป็นตัวแทน เพื่อสะท้อนปัญหาและร่วมปรับปรุงระบบจัดเก็บภาษีได้ดีขึ้น
- 6) ที่มาของผู้ว่าการหรือเลขาธิการอาจจะมาจากหลายแนวทาง ได้แก่ รูปแบบการคัดเลือกเหมือนผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย คือ มีคณะกรรมการคัดเลือกต่างหาก ก่อนจะเสนอให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบ ซึ่งในกรณีนี้ให้คณะกรรมการของ SARA เลือก และให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นชอบ หรือให้รัฐมนตรีเป็นผู้เสนอชื่อโดยตรง เป็นต้น
- 7) ด้านงบประมาณ มีการจัดสรรเป็นสัดส่วนจากรายได้ภาษีที่จัดเก็บได้ในปีก่อนหน้า เช่น 1-2% ของรายได้ภาษีในปีก่อนหน้า เป็นต้น
- 8) มีอิสระในการบริหารงานบุคคล โดยสามารถพิจารณาคัดเลือกคน การจ่ายค่าตอบแทนแต่งตั้ง โยกย้าย และปลดออกได้ รวมไปถึงกำหนดให้มีประมวลจริยบรรณในการดำเนินการของบุคลากร โดยมีการตรวจสอบและบังคับใช้อย่างจริงจัง
- 9) มีการประเมินจากหน่วยงานภายนอกเป็นระยะ และรายงานต่อคณะกรรมการ SARA หรือหน่วยงานอื่น ๆ เช่น กระทรวงการคลัง คณะรัฐมนตรี รัฐสภา เป็นต้น

⁴²Glenn Jenkins, op cit.

⁴³Rosario G. Manasan, op cit.

จากข้อมูลดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยเริ่มมีการปรับตัวเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี และมีความพยายามที่จะแสวงหารูปแบบองค์กรที่เหมาะสมกับการจัดเก็บภาษีเพื่อทำให้การจัดเก็บภาษีมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพื่อให้การจัดเก็บภาษีเป็นไปตามเป้าหมายและนำไปสู่การพัฒนาประเทศ ให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐได้

6. รูปแบบองค์กรกึ่งอิสระที่นำมาเป็นแนวทางการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีที่เหมาะสมในประเทศไทย

จากการศึกษารูปแบบองค์กรในประเทศไทยพบว่า มีรูปแบบองค์กรกึ่งอิสระที่อาจนำมาเป็นรูปแบบในการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีที่เหมาะสมได้ ดังนี้

6.1 รูปแบบองค์กรมหาชน

ด้วยเหตุที่หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหลายแห่งไม่สามารถตอบสนองต่อการจัดบริการสาธารณะได้ เพราะติดปัญหาหลายประการ เช่น เชิงโครงสร้าง อำนาจ หน้าที่ และรูปแบบความสัมพันธ์กับส่วนกลาง ทำให้เกิดความสับสนและไม่เป็นระบบ ระเบียบ ประการนี้จึงทำให้เกิดแนวคิดในการจัดทำกฎหมายกลางมาเพื่อกำหนดโครงสร้างการบริหารงานองค์กรประเภทนี้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน คือ พระราชบัญญัติต้องค์กรมหาชน พ.ศ. 2542 และต่อมามีการจัดตั้งองค์กรลักษณะนี้ขึ้นมาอีกโดยมีการออกพระราชกฤษฎีกาภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเรียกหน่วยงานนี้ว่า องค์กรมหาชน

ข้อดีของรูปแบบองค์กรมหาชน คือ สามารถดำเนินงานต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็วและคล่องตัว กว่าส่วนราชการอื่น ๆ เนื่องจากมีรูปแบบการบริหารคล้ายกับภาคเอกชน โดยมีคณะกรรมการเป็นผู้ควบคุมดูแล ซึ่งคณะกรรมการมีความเป็นอิสระพอสมควร สามารถกำหนดระเบียบข้อบังคับ การจัดโครงสร้างการดำเนินงาน การจัดการภายในองค์กร ตลอดจนการบริหารงบประมาณได้ โดยมีรัฐเป็นผู้ตรวจสอบ ส่วนข้อเสีย คือ มีการจัดตั้งและยุบเลิกได้ง่ายตามภารกิจหรือนโยบายของรัฐบาลซึ่งหากนำมาใช้กับองค์กรจัดเก็บภาษีอาจจะต้องการกำหนดมาตรการที่ทำให้เกิดความมั่นคงในองค์กรมากยิ่งขึ้น

จากข้อพิจารณาในการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบองค์กรมหาชน ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางดังกล่าวนี้มีข้อพิจารณาความเหมาะสมที่อาจสามารถนำมาใช้ได้ เพราะมีลักษณะของความเป็นอิสระขององค์กรมากกว่าการเป็นส่วนราชการ และมีลักษณะเป็นการจัดโครงสร้างรูปแบบองค์กรในลักษณะของการกระจายอำนาจในเชิงภารกิจบางประการ และราชการส่วนกลางมีอำนาจในการควบคุมเพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ทำให้เกิดผลดีในการลดความเสี่ยงในการครอบงำหรืออำนาจบังคับบัญชาจากฝ่ายการเมือง และองค์กรลักษณะนี้สามารถใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญในการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างเต็มที่ พร้อมทั้งสามารถติดต่อหน่วยงานอื่นเพื่อสร้างความร่วมมือได้อย่างสะดวก ดังนั้น จึงมี

ความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะจัดตั้งองค์กรโดยตรากฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติจัดตั้งหน่วยงานจัดเก็บภาษีขึ้นใหม่ มีฐานะเป็นองค์การมหาชน ซึ่งอยู่ในการกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง

6.2 รูปแบบรัฐวิสาหกิจ

รัฐวิสาหกิจ เป็นรูปแบบองค์กรของรัฐรูปแบบหนึ่งที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะภารกิจด้านเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่สำคัญ ภายใต้แนวคิดของรัฐเสรีนิยมใหม่ โดยที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นเจ้าของหรือสามารถรอบงำการอำนวยความสะดวกในกิจการของรัฐวิสาหกิจได้ เนื่องจากรัฐหรือองค์กรของรัฐมีทุนหรือหุ้นในวิสาหกิจนั้นทั้งหมดหรือส่วนมาก⁴⁴ โดยรัฐวิสาหกิจของไทย จะอยู่ในความดูแลของคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ กระทรวงการคลัง ข้อดีคือ สามารถดำเนินงานต่าง ๆ ได้อย่างรวดเร็วและคล่องตัวกว่าส่วนราชการอื่น ๆ มีการกำหนดนโยบายในการดำเนินงานให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม และเพื่อให้ตอบสนองต่อการบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม โดยมีคณะกรรมการเป็นผู้ควบคุมดูแล ซึ่งคณะกรรมการมีความเป็นอิสระและแยกตามภารกิจ และสามารถกำหนดระเบียบข้อบังคับ การจัดโครงสร้างการดำเนินงาน การจัดการภายในองค์กร ตลอดจนการบริหารงบประมาณได้ ข้อพิจารณาผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบองค์กรเหมือนรัฐวิสาหกิจ อาจไม่เหมาะสมกับลักษณะของรูปแบบองค์กรในการจัดเก็บภาษี เพราะองค์กรจัดเก็บภาษีไม่ใช่ลักษณะขององค์กรที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในลักษณะอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม และรัฐวิสาหกิจอาจมีการรับผิดชอบต่อผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ถือหุ้นด้วย ซึ่งในการออกแบบองค์กรจัดเก็บภาษีหรือรายได้ไม่เหมาะสมที่นำรูปแบบความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นมาใช้

6.3 องค์กรที่ไม่ใช่ทั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ

องค์กรอีกประเภทหนึ่งที่ตั้งขึ้นเพื่อจัดทำภารกิจของรัฐเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เนื่องจากอาศัยความเชี่ยวชาญเพื่อกิจการนั้น ๆ โดยมีวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกับรัฐวิสาหกิจ คือ มีความเป็นอิสระ คล่องตัวและรวดเร็วในการบริหารงาน โครงสร้างและระบบการทำงานเป็นของตนเอง และสามารถใช้ทรัพยากรบุคคลให้เกิดประสิทธิภาพและประโยชน์สูงสุด ไม่ต้องดำเนินการตามสายบังคับบัญชาที่มีความยุ่งยากซับซ้อน โดยในระบบกฎหมายไทยหน่วยงานที่จะถูกจัดตั้งขึ้นในลักษณะนี้จะจัดตั้งขึ้นเป็นรายกรณีตามความต้องการหรือความจำเป็นที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของสังคม เช่นการจัดตั้งสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สถาบันการแพทย์ฉุกเฉินแห่งชาติ เป็นต้น

⁴⁴วรพล มาลสุขุม และคณะ, การศึกษาวิจัยเรื่องรูปแบบการจัดตั้งองค์กรความรู้ทางทะเล (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสภาความมั่นคงแห่งชาติ, 2565), หน้า 200.

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ องค์กรเหล่านี้มีเงินทุน สิทธิพิเศษและอำนาจบังคับบัญชาที่แตกต่างกันมากและรัฐก็ต้องอาศัยกลไกในการกำกับดูแลที่แตกต่างกัน⁴⁵ ซึ่งการจัดตั้งหน่วยงานเหล่านี้จะได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐและอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะก็จะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรนั้น ๆ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย เป็นต้น

7. ข้อพิจารณารูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระที่เหมาะสมกับประเทศไทย

จากข้อมูลที่น่าเสนอจึงมีความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะจัดตั้งรูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีที่มีลักษณะกึ่งอิสระมาใช้ รูปแบบองค์กรใหม่นี้จะอยู่ในการกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง ซึ่งข้อพิจารณาความเหมาะสมที่ประเทศไทยจะนำรูปแบบองค์กรกึ่งอิสระมาใช้ นั้น สามารถสรุปประเด็นข้อพิจารณาได้ ดังนี้

7.1 พิจารณาจากลักษณะบทบาทขององค์กร

การจัดเก็บรายได้หรือภาษีนั้นเป็นเรื่องสำคัญที่จำนวนเงินจากการจัดเก็บภาษีหรือรายได้จะสัมพันธ์อยู่กับเศรษฐกิจภาพรวมของประเทศ โดยในเชิงความเป็นอิสระนั้น จะเป็นผลมาจากการจัดโครงสร้างความสัมพันธ์แบบการกระจายอำนาจเชิงกิจการ ซึ่งราชการส่วนกลางหรือองค์กรที่กำกับดูแลสามารถควบคุมได้เพียงความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินงานเท่านั้น ซึ่งทำให้เกิดผลดีในแง่ของการลดลงของการครอบงำหรืออิทธิพลของฝ่ายการเมือง และทำให้การดำเนินงานขององค์กรสามารถใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะในการบริหารการจัดเก็บภาษีได้อย่างเต็มที่ และสามารถประสานงานและสร้างความร่วมมือกับองค์กรอื่นได้อย่างสะดวก แต่ข้อสังเกตบางประการ คือ ถึงแม้ว่าโครงสร้างการบริหารจะมีความเป็นกึ่งอิสระ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมที่ดีในการทำให้การดำเนินงานขององค์กรไปในทิศทางที่เหมาะสม ดังนี้ การจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีในรูปแบบองค์กรมหาชน อาจมีความสอดคล้องกับความเป็นองค์กรกึ่งอิสระ มากกว่ารูปแบบองค์กรอื่น ๆ เพราะมีความสมดุลระหว่างความเป็นอิสระและยึดหยุ่นในการดำเนินงาน และการควบคุมดำเนินงาน

นอกจากนี้ ในแง่ของวัตถุประสงค์ในการเลือกใช้รูปแบบองค์กรมหาชนยังมีความชัดเจนมากกว่ารูปแบบรัฐวิสาหกิจ เนื่องจากธรรมชาติขององค์กรมหาชนนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะในด้านอื่น นอกจากกิจการในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และดำเนินงานในลักษณะของผู้ควบคุมมากกว่าการเป็นผู้ประกอบการเหมือนรัฐวิสาหกิจ

⁴⁵ชาญชัย แสวงศักดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 218.

7.2 พิจารณาจากลักษณะของการจัดตั้ง

การจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระนั้น หากนำรูปแบบขององค์การมหาชนมาใช้ นั่น ซึ่งมีความสะดวกในการจัดตั้งโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือพระราชบัญญัติก็ได้ และสามารถกำหนดความชัดเจนในการกำหนดโครงสร้างการบริหารงานไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดี หากมีการจัดตั้งองค์กรโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาก็มีความเสี่ยงต่อการยุบเลิกง่ายตามนัยของมาตรา 44 พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ทำให้สถานะขององค์กรอาจไม่มั่นคง ซึ่งเรื่องจัดเก็บภาษีหรือรายได้ควรกำหนดรูปแบบมาตรฐาน และความมั่นคงเพื่อเป็นหลักประกันแก่องค์กร จึงควรมีการตราเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งรูปแบบขององค์กรที่เหมาะสมที่จะจัดตั้งควรมีลักษณะเหมือนธนาคารแห่งประเทศไทย หรือสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นและกำหนดถึงภารกิจและความมั่นคงขององค์กรเอาไว้

ดังนั้น ลักษณะการดำเนินการในการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระของไทย จึงมีความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยอาจตราพระราชกฤษฎีกายุบรวมหน่วยงานจัดเก็บภาษีเดิม ได้แก่ กรมสรรพากร กรมสรรพสามิต และกรมศุลกากร และตราพระราชบัญญัติจัดตั้งให้เป็นองค์กรใหม่เพียงองค์กรเดียวซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการจัดเก็บภาษีประเภทต่าง ๆ โดยแยกต่างหากจากอำนาจหน้าที่กำหนดนโยบายภาษีซึ่งเป็นอำนาจของกระทรวงการคลัง ซึ่งการบริหารจัดเก็บภาษีครอบคลุมภาษีทุกประเภทที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรมสรรพากร กรมสรรพสามิต และกรมศุลกากรเดิม ทั้งนี้ ไม่รวมถึงภาษีท้องถิ่นซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการโดยท้องถิ่น อนึ่ง อำนาจหน้าที่ประการอื่นนอกเหนือจากการจัดเก็บภาษี เช่น การตอบข้อหารือ การพิจารณาอุทธรณ์ การประเมินราคาทรัพย์สิน การออกใบอนุญาต การเป็นตัวแทนของรัฐบาลในการเจรจาหรือทำความตกลงระหว่างประเทศ หรืออำนาจหน้าที่ประการอื่นซึ่งไม่ใช่เรื่องด้านนโยบายที่เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลัง ย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การจัดเก็บภาษีที่ตั้งขึ้นใหม่ด้วย

7.3 พิจารณาในแง่ของโครงสร้างการบริหารจัดการ

จากการศึกษาโครงสร้างการดำเนินการขององค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ มาเลเซียและประเทศญี่ปุ่น ก็พบว่า องค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระมีโครงสร้างการบริหารงานต่างกัน กล่าวคือ องค์กรจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทยสิงคโปร์และมาเลเซียใช้รูปแบบมีคณะกรรมการ คือ คณะกรรมการองค์กรจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทยสิงคโปร์ (IRAS Board) และคณะกรรมการจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทยมาเลเซีย (Inland Revenue Board of Malaysia: I.R.B.M) เป็นผู้กำกับดูแลการบริหารงานขององค์กร แต่จะไม่แทรกแซงการดำเนินงานประจำวัน และมีเลขาธิการ (Commissioner/CEO) เป็นผู้บริหาร ส่วนองค์กรจัดเก็บภาษีแห่งชาติญี่ปุ่น ใช้รูปแบบไม่มีคณะกรรมการ

มีเพียงเลขาธิการองค์การจดทะเบียนภาษีแห่งชาติญี่ปุ่น (NTA Commissioner) เป็นผู้บริหาร โดยทั้งสามประเทศนี้มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังทำหน้าที่เพียงการกำกับดูแลเชิงนโยบายเท่านั้น จะไม่มีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาเหมือนส่วนราชการอื่น

ดังนั้น คณะกรรมการขององค์การจดทะเบียนภาษีทั้งอิสระอาจประกอบไปด้วยบุคลากรในภาคราชการหรือมีเอกชนร่วมด้วยก็ได้ ในกรณีของประเทศสิงคโปร์คณะกรรมการประกอบไปด้วยปลัดกระทรวงการคลังเป็นประธานกรรมการ และกรรมการอีก 8 คน ซึ่งเป็นบุคลากรจากหน่วยงานราชการ 2 คน และจากหน่วยงานเอกชนอีก 6 คน ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า 2 ใน 3 ส่วนของคณะกรรมการมาจากภาคเอกชนซึ่งน่าจะทำให้องค์การจดทะเบียนภาษีไม่ตกอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐบาลโดยตรง แต่มีลักษณะเป็นการกำกับดูแลโดยอ้อมเท่านั้น ทำให้องค์การจดทะเบียนภาษีมีความเป็นอิสระ อีกทั้งคณะกรรมการจากเอกชนที่หลากหลายจะช่วยเพิ่มมุมมองการบริหารจดทะเบียนภาษีให้กว้างขึ้น

การจัดตั้งองค์การจดทะเบียนภาษีทั้งอิสระในประเทศไทย หากจะกำหนดให้มีโครงสร้างการบริหารที่ค่อนข้างเป็นอิสระมากกว่าการเป็นส่วนราชการ โดยเพราะมีการแยกตัวออกจากส่วนราชการ ทำให้มีความยืดหยุ่นในการกำหนดรูปแบบโครงสร้างภายในให้สามารถดำเนินงานได้ตรงตามภารกิจ และการบริหารงานยังมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการที่ต้องรับผิดชอบด้านนโยบายและการดำเนินงานขององค์กรแยกออกจากพนักงานหรือลูกจ้างประจำเพื่อให้เกิดการตรวจสอบ ถ่วงดุลในการบริหาร และการกำกับดูแลองค์กร รูปแบบขององค์การมหาชน จะมีความสอดคล้องและเหมาะสมมากกว่ารูปแบบขององค์กรอื่น กล่าวคือ หากเป็นรูปแบบขององค์กรที่เป็นรัฐวิสาหกิจจะมีความคล่องตัวในเชิงการประกอบกิจการมากเกินไป เพราะเป้าหมายคือการแสวงหากำไร ซึ่งองค์การจดทะเบียนภาษีมิใช่องค์กรที่มุ่งเน้นเรื่องกำไร แต่เป็นองค์กรที่ต้องคำนึงระบบเศรษฐกิจภาพรวมของประเทศด้วย เพราะมาตรการทางภาษีจะมีผลกระทบในเรื่องนโยบายทางการคลังของประเทศ คือ เรื่องรายได้ รายจ่าย และหนี้สาธารณะ ดังนั้น หากออกแบบขององค์กรจดทะเบียนภาษีให้มุ่งเน้นรายได้มาก ๆ ก็อาจส่งผลต่อเรื่องรายได้ของประชาชน

7.4 พิจารณาในแง่ของบุคลากร

จากการศึกษาอำนาจการบริหารงานขององค์กรจดทะเบียนภาษีทั้งอิสระในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ มาเลเซีย และประเทศญี่ปุ่น พบว่า องค์การจดทะเบียนภาษีแห่งประเทศไทยมีอิสระในการบริหารงานภายในหน่วยงานได้ด้วยตนเอง ทั้งในแง่ของการกำหนดและออกแบบโครงสร้างภายในองค์กร การจัดสรรงบประมาณภายในองค์กร การกำหนดระดับและองค์ประกอบของบุคลากรภายในองค์กร รวมทั้งการบริหารงานบุคคลด้วยตนเองโดยมีอิสระในการกำหนดคุณสมบัติ คัดเลือกปลดออก รวมถึงการกำหนดระดับค่าตอบแทนของบุคลากร ซึ่งรูปแบบดังกล่าวน่าจะช่วยให้หน่วยงาน

จัดเก็บภาษีมีความยืดหยุ่นในการบริหารจัดการ สามารถดึงดูดและรักษาบุคลากรที่มีคุณภาพไว้ได้ โดยผ่านการกำหนดโครงสร้างและอัตราค่าตอบแทนที่สามารถแข่งขันได้

การบริหารบุคลากรให้มีอิสระนั้น โดยที่องค์กรสามารถกำหนดกรอบอัตราค่าจ้างและค่าตอบแทนที่เหมาะสมกับภารกิจได้ และสอดคล้องกับหลักความสามารถของบุคคล และสามารถกำหนดหลักประกันให้บุคลากรในองค์กรได้ว่าแม้ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคมและเงินทดแทน ก็จะได้รับประโยชน์ตอบแทนไม่น้อยกว่า และกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่สูงกว่าข้าราชการได้ ทั้งนี้ เพื่อจูงใจให้บุคลากรทำงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และมีระบบกลไกการให้คุณให้โทษที่ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบองค์การมหาชนมีความเหมาะสมมากกว่ารูปแบบองค์กรอื่น ๆ

7.5 พิจารณาในแง่งบประมาณ

การจัดตั้งองค์กรโดยจะกำหนดให้มีแหล่งที่มาของเงินงบประมาณที่หลากหลาย และมั่นคง เนื่องจากได้รับเงินจัดสรรจากรัฐบาลสามารถรับเงินสนับสนุนในส่วนอื่นได้อีก มีความคล่องตัว และถ้าหากมีการกำหนดสัดส่วนการจัดสรรงบประมาณจากรายได้หรือภาษีที่เก็บได้ในจำนวนที่เหมาะสม ก็จะทำให้ภาพรวมของต้นทุนการจัดเก็บภาษีในรูปแบบส่วนราชการแบบเดิมจะลดลงและส่งผลดีต่อรัฐบาลและองค์กรจัดเก็บภาษีสามารถบริหารจัดการงบประมาณได้ตามความสามารถขององค์กร ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบองค์การมหาชนมีความเหมาะสมมากกว่ารูปแบบองค์กรอื่น ๆ

จากการศึกษางบประมาณขององค์กรจัดเก็บภาษีในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ พบว่า จำนวนงบประมาณที่องค์กรได้รับไม่ได้ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางงบประมาณดังเช่นหน่วยงานราชการทั่วไป แต่มีการกำหนดจำนวนงบประมาณให้มีความสัมพันธ์กับผลการดำเนินงานขององค์กร โดยการนำระบบค่าตอบแทนตามผลงาน (Performance-based Remuneration System: PARS) มาปรับใช้ กล่าวคือ มีการกำหนดค่าตอบแทนพิเศษนอกจากเงินเดือนโดยกำหนดโบนัสสำหรับหน่วยงานจัดเก็บภาษี (Organization Bonus) นอกเหนือไปจากงบประมาณที่ได้รับตามปกติ ซึ่งจะได้รับหรือไม่ เป็นจำนวนเท่าใดขึ้นอยู่กับผลการประเมินประสิทธิภาพการดำเนินงานโดยอาศัยตัวชี้วัดประสิทธิภาพการดำเนินงาน (Key Performance Indicators: KPI) ซึ่งโครงสร้างเหล่านี้จะช่วยดึงดูดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาสู่หน่วยงานและจูงใจให้บุคลากรและเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะนำรูปแบบงบประมาณดังกล่าวมาปรับใช้ กล่าวคือ กำหนดงบประมาณของหน่วยงานจัดเก็บภาษีให้มีความเชื่อมโยงกับประสิทธิภาพในการดำเนินงาน เช่น กำหนดเป็นสัดส่วนของรายได้ภาษีที่จัดเก็บได้ในปีก่อนหน้า หรืออาจมีการกำหนดเงินโบนัสหากการดำเนินงานเป็นไปตามเป้าหมายที่ประมาณการไว้ตามสัดส่วนที่กำหนด เป็นต้น

7.6 พิจารณาในแง่ของการควบคุมองค์กร

การจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีก็ง้ออิสระ ถึงแม้จะมีความเป็นอิสระมากกว่าความเป็นส่วนราชการ แต่ก็ยังมีขั้นตอนต่าง ๆ ที่ต้องดำเนินการ เช่น ระบบการตรวจสอบ การประเมินคุณภาพ และการตรวจสอบบัญชีโดยองค์กรอิสระอื่นหรือต้องรายงานผลต่อรัฐสภา ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความโปร่งใส และมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ องค์กรรูปแบบขององค์กรมหาชน ยังสามารถบัญญัติกระบวนการกำกับดูแลหรือควบคุมองค์กรให้มีความเข้มข้นมากกว่าความเป็นส่วนราชการทั่วไปได้

ดังนั้น หากประเทศไทยมีการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีก็ง้ออิสระ ผู้เขียนเห็นว่าข้อพิจารณาดังกล่าวมีรูปแบบขององค์กรที่เหมาะสม คือ รูปแบบขององค์กรมหาชน เพราะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการบริหารการจัดเก็บภาษีที่มีความเป็นอิสระ สามารถดำเนินการจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

8. บทสรุป

หลายประเทศทั่วโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญในการปฏิรูปการคลังและการจัดเก็บรายได้ของรัฐ เพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายในการจัดเก็บรายได้ให้สามารถแก้ปัญหาและพัฒนาเศรษฐกิจ และสอดคล้องกับการพัฒนาสังคมในยุคสมัยใหม่และสอดคล้องกับการบริหารจัดการที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จึงมีแนวคิดในการปฏิรูปองค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีให้มีความทันสมัย ปรับเปลี่ยน และตอบสนองต่อการบริหารการจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยการเปลี่ยนแปลงรูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีจากระบบราชการมาอยู่ในรูปแบบหน่วยงานกึ่งอิสระที่เหมาะสมมากขึ้น

ในประเทศไทย องค์กรจัดเก็บภาษีในรูปแบบปัจจุบันยังไม่อาจตอบสนองต่อหลักประสิทธิภาพในการบริหารการจัดเก็บภาษีที่ดี กล่าวคือ มีกรมจัดเก็บภาษี 3 กรมซึ่งมีสถานะเป็นหน่วยงานราชการขนาดใหญ่ที่มีกฎระเบียบและกฎหมายเฉพาะของหน่วยงานตนเองที่เคร่งครัด ประกอบกับการกิจในการจัดเก็บภาษีบางประการที่ทับซ้อนกัน ทำให้เกิดต้นทุนในการบริหารจัดการเก็บภาษีที่ซ้ำซ้อนและมีอัตราที่สูง ทั้งต้นทุนในการบริหารงานบุคลากร การจัดทำข้อมูล การใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือการปฏิบัติตามกฎหมายภาษี เป็นต้น ซึ่งหากองค์กรจัดเก็บภาษีของไทยมีการพัฒนาแนวทางหรือปรับปรุงรูปแบบลักษณะ โครงสร้างและการบริหารการจัดเก็บภาษีขององค์กรตามแนวทางรูปแบบแนวคิดองค์กรจัดเก็บกึ่งอิสระ ซึ่งอาจมีลักษณะการจัดตั้งเหมือนองค์กรมหาชนของไทยในปัจจุบัน ก็จะทำให้แก้ไขปัญหาและอำนวยความสะดวกการจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพได้

9. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาขององค์กรจัดเก็บภาษีในประเทศไทย เพื่อหาแนวทางการพัฒนาองค์กรการจัดเก็บภาษีที่เหมาะสมและให้สามารถดำเนินการจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

9.1 แนวทางในการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระในประเทศไทย

หากประเทศไทยจะนำรูปแบบขององค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระมาใช้ จำเป็นต้องนำรูปแบบองค์กรการจัดเก็บภาษีอิสระของต่างประเทศซึ่งประสบความสำเร็จตามเป้าหมายมาเป็นแนวทางในการออกแบบหน่วยงานจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระของประเทศไทย ทั้งนี้ องค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระในแต่ละประเทศไม่ได้มีรูปแบบที่แน่นอนเพียงรูปแบบเดียว รูปแบบขององค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระในแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง วัฒนธรรม และประวัติศาสตร์ จากการศึกษาแบบขององค์กรการจัดเก็บภาษีของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสิงคโปร์ ประเทศมาเลเซีย และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีการนำองค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระมาปรับใช้ แนวทางที่อาจเป็นไปได้สำหรับประเทศไทยสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

9.1.1 แนวทางการจัดตั้ง

การจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีรูปแบบใหม่นี้ โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ⁴⁶ ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับใหม่ใช้เพื่อบังคับให้เหมาะสมกับภารกิจอันพึงเป็นงานขององค์กรจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทย โดยการดำรงไว้ซึ่งภารกิจด้านจัดเก็บหรือหารายได้ จากภาษีฝ่ายการศุลกากร ภาษีฝ่ายสรรพสามิต และภาษีฝ่ายสรรพากร โดยองค์กรใหม่นี้จะมีลักษณะรูปแบบเหมือนองค์การมหาชน และจะมีความเป็นเอกภาพในการบริหารงานจัดเก็บภาษี มีการกำหนดวัตถุประสงค์ พันธกิจและอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี ซึ่งเป็นองค์กรหลักและองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีให้แก่ส่วนกลาง โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับรูปแบบ National Tax Agency (NTA) ของภาษีของประเทศญี่ปุ่น และองค์กรใหม่นี้ทำหน้าที่ปฏิบัติตามนโยบายภาษีของรัฐบาล มีการบริหารจัดการเก็บภาษีอย่างเป็นอิสระเพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายการจัดเก็บภาษีของรัฐบาล

⁴⁶พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 8.

โดยในสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรดังกล่าว ประกอบด้วย

- 1) ชื่อองค์กร
- 2) ที่ตั้งสำนักงานใหญ่
- 3) วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ในการกระทำการและกิจกรรมต่าง ๆ ภายใต

ขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ในการบริหารงานจัดเก็บภาษี

- 4) การจัดโครงสร้างการบริหารงาน
- 5) องค์ประกอบของคณะกรรมการ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม วาระการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ
- 6) คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม วาระการดำรงตำแหน่งของประธานคณะกรรมการ

หรือผู้ว่าการ

- 7) คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของเจ้าหน้าที่/พนักงานขององค์กร
- 8) ทุน รายได้ งบประมาณ และทรัพย์สิน
- 9) การบริหารงานบุคคล สวัสดิการ และสิทธิประโยชน์อื่น
- 10) การกำกับดูแล การตรวจสอบ และการประเมินผลงานขององค์กร
- 11) ข้อกำหนดอื่น ๆ อันจำเป็นเพื่อให้กิจการขององค์กรดำเนินไปโดยเรียบร้อย

และมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ อาจใช้ชื่อองค์กรโดยตราเป็นกฎหมายว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งสำนักงานจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทย พ.ศ.” (Taxation Office of Thailand)

9.1.2 ฐานะการเป็นองค์กร

กำหนดให้องค์กรจัดเก็บภาษีมี่ฐานะเป็นนิติบุคคล เพื่อให้มีสิทธิแยกต่างหากจากส่วนราชการอื่น ๆ และประกันถึงความเป็นอิสระที่สามารถดำเนินกิจการของตนเองได้บางประการ เช่น เรื่องรายได้ งบประมาณและบุคลากรในนามของตนเอง และควรจัดตั้งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า การจัดตั้งองค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระในประเทศไทยนั้น ควรตราพระราชบัญญัติกฤษฎีกา⁴⁷ เพื่อยุบรวมกรมศุลกากร กรมสรรพสามิต และกรมสรรพากร โดยนำทั้งสามองค์กรดังกล่าวมารวมกันโดยการจัดตั้งเป็นองค์กรใหม่ชื่อว่า “สำนักงานจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทย” ขึ้นแทน ซึ่งจะเกิดการประหยัดด้านงบประมาณในการจัดเก็บภาษีและขจัดความซ้ำซ้อนในหน้าที่จัดเก็บภาษีที่คล้ายคลึงกัน รวมทั้งเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการเก็บภาษีของประเทศ

⁴⁷แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 8 จัตวา.

9.1.3 โครงสร้างและระบบการบริหารงาน

1) โครงสร้างการจัดองค์กร โดยการศึกษาให้องค์กรจัดเก็บภาษีซึ่งอิสระเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและไม่ใช่วิสาหกิจ มีการยุบรวบที่ทำการขององค์กรทั้งในส่วนกลาง และในพื้นที่ต่าง ๆ กล่าวคือ มีสำนักงานใหญ่เป็นศูนย์กลางบริหารงานและกำกับดูแลสำนักงานพื้นที่ โดยสำนักงานพื้นที่ต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิมจะทำหน้าที่เป็นศูนย์บริการด้านภาษีจุดเดียวเบ็ดเสร็จ (One Stop Service Center) เพื่อเป็นการลดต้นทุนหรือภาระของผู้เสียภาษี และเป็นการบูรณาการการทำงานร่วมกันของบุคลากรที่ทำหน้างานด้านภาษี

2) ผู้บริหารองค์กรจัดเก็บภาษีควรอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการบริหาร มีผู้ว่าการเป็นประธานกรรมการทำหน้าที่เป็นผู้บังคับบัญชาบุคลากรในองค์กร และในการจัดตั้งองค์กรใหม่นี้ ควรให้งบประมาณรายจ่ายที่เหลืออยู่ของส่วนราชการ 3 กรมเดิมนั้นเป็นอันระงับไป สำหรับทรัพย์สินอื่นของส่วนราชการนั้นให้ออนให้แก่องค์กรจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทย (องค์กรใหม่)

3) กำหนดให้มีการนำกฎหมายภาษีศุลกากร ภาษีสรรพสามิต และภาษีสรรพากรในส่วนที่เป็นกรรมวิธีและวิธีการจัดเก็บที่แต่ละกรมใช้บังคับมารวมกันให้เป็นกฎหมายภาษีฉบับเดียวกันและมีกฎหมายลำดับรองมารองรับ สำหรับวิธีการจัดการกิจการ สิทธิและหนี้สินให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติฉบับใหม่

9.1.4 โครงสร้างคณะกรรมการบริหารองค์กร

จัดให้ระบบบริหารงานของสำนักงานจัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทยควรมีคณะกรรมการบริหารองค์กรที่ได้รับการสรรหาจากหลากหลายหน่วยงาน โดยให้คณะกรรมการบริหารองค์กรประกอบด้วย ประธานกรรมการ 1 คน และมีกรรมการอีก 14 คน ดังนี้

1) ประธานกรรมการ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งมาจากผู้มีความรู้ความสามารถ เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์

2) กรรมการโดยตำแหน่ง จำนวนหกคน ได้แก่ ผู้ว่าการคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้ว่าการคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้อำนวยการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง หรือผู้แทนจากสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง นายกสภาวิชาชีพบัญชี หรือผู้แทนจากสภาวิชาชีพบัญชี ประธานกรรมการหอการค้าไทย หรือผู้แทนจากหอการค้าไทย และอัยการสูงสุด หรือผู้แทนจากสำนักงานอัยการ

3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกินเจ็ดคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถด้านภาษี ด้านนิติศาสตร์ ด้านรัฐศาสตร์ ด้านเศรษฐศาสตร์ ด้านบริหารธุรกิจ และด้านอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อกิจการขององค์กร

4) ให้มีผู้ว่าการเป็นกรรมการและเลขานุการโดยตำแหน่ง

ให้ผู้ว่าการองค์กร ซึ่งผ่านการคัดเลือกตามเงื่อนไขที่กำหนดทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการบริหารงานให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งองค์กรใหม่นี้ และในสัญญาว่าจ้างควรมีวาระคราวละ 4 ปี⁴⁸

คณะกรรมการบริหารและผู้ว่าการมีวาระการดำรงตำแหน่งที่แน่นอนและมีเสถียรภาพที่มั่นคง ไม่ถูกถอดถอนหรือไม่ถูกปลดได้ง่าย โดยจะถูกถอดถอนหรือถูกปลดต่อเมื่อมีการกระทำความผิดอย่างร้ายแรงที่ชัดเจนตามที่ระบุไว้ในกฎหมาย และถูกถอดถอนหรือถูกปลดด้วยกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้น คณะกรรมการบริหารและผู้ว่าการจะพ้นจากตำแหน่งได้ในกรณีตามวาระ หรือสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือตาย หรือ ลาออกจากตำแหน่ง หรือกระทำการที่ผิดเงื่อนไขในสัญญาจ้าง ซึ่งสัญญาจ้างระบุว่าให้ถือว่าสัญญาจ้างสิ้นสุดลง

ที่มาของผู้ว่าการ อาจใช้รูปแบบเดียวกันกับการเลือกผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย⁴⁹ ที่มีการเสนอชื่อโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และผู้ว่าการมีอำนาจในการบริหารงานขององค์กรตามนโยบายและแผนงานที่กำหนดไว้วันเป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กร นอกจากนี้ ยังมีอำนาจออกระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ทางการบริหารที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุวัตถุประสงค์การจัดตั้ง รวบรวมปัญหาในการดำเนินงานพร้อมด้วยข้อเสนอแนะ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการบริหาร และจัดทำรายงานผลการดำเนินงานประจำปีเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นเพียงผู้กำกับดูแลไม่ใช่ผู้บังคับบัญชาโดยตรง นอกจากนี้ บุคคลที่มาจากภาคเอกชนจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสมในด้านความรู้ความสามารถ การไม่เป็นบุคคลที่ต้องคำพิพากษาให้จำคุก ยกเว้นความผิดฐานกระทำโดยประมาท และควรไม่เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงเสียหายด้านการเงินหรือหลบเลี่ยงภาษีมาก่อน

ทั้งนี้ การกำหนดให้รูปแบบขององค์กรมีคณะกรรมการนั้นมีข้อดีหลายประการ เช่น มีการแบ่งแยกหน้าที่ระหว่างกำกับดูแลและการบริหาร ซึ่งช่วยทำให้ฝ่ายบริหารงานสามารถปฏิบัติงานประจำวันได้โดยไม่ถูกแทรกแซงทางการเมืองมากนัก กล่าวคือ นักการเมือง (รัฐมนตรี) จะเป็นเพียงผู้กำกับดูแลเชิงนโยบายเท่านั้น และการมีคณะกรรมการที่หลากหลายจะช่วยเพิ่มมุมมอง

⁴⁸สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, หนังสือที่ นร 1208/1707, 23 ธันวาคม 2546 เรื่อง การจัดโครงสร้างองค์กรรูปแบบอื่นที่มีใช้ส่วนราชการ: หน่วยบริการรูปแบบพิเศษ.

⁴⁹พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485, มาตรา 24

“ให้คณะกรรมการ ธปท. ประกอบด้วยประธานกรรมการคนหนึ่ง ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง...” ให้ผู้ว่าการเป็นรองประธานกรรมการและแต่งตั้งพนักงานคนหนึ่งเป็นเลขานุการ.

ในการบริหารจัดการเก็บภาษีที่รอบด้านมากขึ้น และมีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจระหว่างคณะกรรมการ กับฝ่ายบริหารงานซึ่งจะช่วยเพิ่มการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียภาษี และทำให้การบริหารการจัดเก็บ มีประสิทธิภาพ ชัดเจนและโปร่งใส

9.1.5 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกับรัฐบาล

1) องค์กรจัดเก็บภาษีมีการบริหารงานกึ่งอิสระจากระบบราชการ กล่าวคือองค์กร จัดเก็บภาษีนี้ไม่ใช่ส่วนราชการและไม่ใช่วิสาหกิจ และถึงแม้จะมีความอิสระบางประการแต่ไม่ใช่ ความอิสระที่ปราศจากขอบเขต ซึ่งองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระนี้ยังต้องมีความสัมพันธ์กับรัฐบาล เพราะยังต้องรับเงินอุดหนุนจากรัฐ รัฐจึงต้องเข้ามากำกับ ตรวจสอบการจัดเก็บรายได้และการใช้จ่าย งบประมาณ และความสัมพันธ์จะอยู่ในรูปแบบของการกำกับดูแลแทนการบังคับบัญชา กล่าวคือ กระทรวงการคลังจะทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายในการจัดเก็บภาษีและกำกับให้องค์กรจัดเก็บภาษี ให้เป็นไปตามเป้าหมายและตามนโยบาย

2) ควรมีการจัดตั้งคณะกรรมการติดตามประเมินผลการดำเนินงานของสำนักงาน จัดเก็บภาษีแห่งประเทศไทยนี้ ในทุกรอบปีให้มีการประเมินผลการดำเนินงานของหน่วยงานใหม่ นี้ ในด้านความสัมพันธ์ผลตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ อาจให้องค์กรอิสระ เช่น สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน หรือเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการประเมินนโยบายทางภาษีและการตรวจสอบการจัดเก็บภาษีได้

3) ควรให้มีหน่วยวิชาการทางภาษีที่เป็นอิสระในการศึกษา วิเคราะห์ รวบรวมและ เสนอแนะข้อมูลทางภาษี เพื่อเป็นจุดรวบรวมข้อมูลทางภาษีที่แม่นยำ และสอดคล้องกับหลักการ จัดเก็บภาษีที่แน่นอน รวมถึงการเสนอแนะปรับปรุงกฎ ระเบียบ ข้อปฏิบัติที่สอดคล้องกับระบบภาษี ที่เปลี่ยนแปลง

9.1.6 วิธีการดำเนินงานเพื่อความเป็นอิสระ

1) การสรรหาบุคลากรเข้าทำงานได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน โดยให้มีกฎ ระเบียบ ข้อปฏิบัติของตนเองเฉพาะที่ยึดหยุ่นเพื่อดำเนินการ สรรหาที่มีอิสระและได้บุคคลที่มีความสามารถตรงตามบทบาทหน้าที่ ตลอดจนการกำหนดอัตราเงินเดือน หรือค่าตอบแทนของคณะกรรมการบริหาร ผู้ว่าการ หรือลูกจ้างไม่อยู่ภายใต้การกำหนดโดยสำนักงาน กพ. และจะไม่ถูกกำหนดโดยรัฐบาลโดยตรง นอกจากนี้ ยังมีกลไกในการจ่ายเงินค่าตอบแทนพิเศษ อย่างอื่นให้บุคลากร เพื่อเป็นการจูงใจและขวัญกำลังใจในการทำงานและเป็นการลดช่องว่างในการ แสวงหาผลประโยชน์ของบุคลากร และไม่ใช้กฎระเบียบของทางราชการ

2) กำหนดให้บุคลากรขององค์กรจัดเก็บภาษี มีฐานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐอยู่ภายใต้ การบังคับบัญชาของผู้ว่าการ ซึ่งผู้ว่าการจะต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการบริหารอีกชั้นหนึ่งด้วย

3) กำหนดให้มีงบประมาณในการบริหารแยกออกจากระบบงบประมาณแผ่นดิน ตามปกติ เช่น มีการกำหนดเงินงบประมาณ ไม่เกินร้อยละ 2 จากสัดส่วนของรายได้ที่จัดเก็บได้ และอาจไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางการเงินโดยรัฐบาล

4) มีการกำหนดให้การบริหารการจัดเก็บมีความอิสระมากยิ่งขึ้น ไม่อยู่ภายใต้กฎระเบียบที่เคร่งครัดเพื่อสร้างความคล่องตัวให้การบริหารการจัดเก็บได้สะดวก รวดเร็วมากยิ่งขึ้น

9.1.7 การควบคุมองค์กร

1) กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล การดำเนินงานของสำนักงานให้เป็นไปตามกฎหมายและให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง สำนักงาน นโยบายของรัฐ และมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับสำนักงาน

2) กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งให้สำนักงานชี้แจง แสดงความคิดเห็นทำรายงาน หรือยับยั้งการกระทำของสำนักงานที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสำนักงาน นโยบายของรัฐบาล หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับสำนักงาน ตลอดจนสั่งสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินงานของสำนักงาน

3) กำหนดให้กระทรวงการคลังมีบทบาทเป็นผู้กำกับดูแลองค์กร แต่ไม่มีอำนาจในการ บังคับบัญชาโดยตรงหรือสามารถแทรกแซงการบริหารงานบุคคลภายในองค์กรนั้น โดยความสัมพันธ์นั้น บทบาทของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและคณะรัฐมนตรีจะถูกกำหนดไว้เฉพาะในพระราชบัญญัติ เท่านั้น เช่น การให้คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังกำหนดให้มีการ รายงานการดำเนินงานและผลการจัดเก็บภาษีต่อคณะรัฐมนตรี และรัฐสภา เพื่อเสนอแนะแนวทาง ในการปรับปรุง แก้ไข หรือออกกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันและทันสมัย

9.2 ปัจจัยสนับสนุนการจัดตั้งองค์กรจัดเก็บภาษีที่อิสระ

ในระยะเวลา 20 ปีที่ผ่านมา ได้มีแนวความคิดในการตระหนักถึงความโปร่งใสและการ เพิ่มประสิทธิภาพการบริหารงานภาครัฐ ดังนั้น ภาครัฐจึงมีการเพิ่มมาตรการทางด้านการเงิน การคลัง และพยายามผลักดันการจัดทำงบประมาณและการรายงานสถานะทางการเงินและการจัดเก็บรายได้ ประกอบกับแนวคิดการบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่ (New Public Management) คือ การปรับเปลี่ยน การบริหารจัดการภาครัฐ โดยการนำหลักการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบราชการและการแสวงหา ประสิทธิภาพในการปฏิบัติราชการที่มุ่งสู่ความเป็นเลิศ โดยการนำเอาแนวทางหรือวิธีการบริหารงาน ภาคเอกชนมาปรับใช้ในการบริหารงาน โดยทำให้ในหลายประเทศมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบการ บริหารจัดการโครงสร้างองค์กรภาครัฐที่มีความหลากหลายและมีความอิสระมากขึ้น และจากแนวความคิด

ดังกล่าวจึงเป็นที่มาในการปฏิรูปองค์กรในการบริหารการจัดเก็บภาษีโดยใช้ Semi-Autonomous Revenue Authority (SARA) เป็นเครื่องมือในการปฏิรูปและอำนวยความสะดวกให้กับผู้เสียภาษี และอำนวยความสะดวกของภาครัฐ⁵⁰

ในส่วนของประเทศไทยมีโอกาสที่จะทำให้การปฏิรูปองค์กรการจัดเก็บภาษีถึงอิสระ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีให้กับรัฐบาลได้ โดยปัจจัยที่เอื้อและสนับสนุนการจัดตั้งองค์กรการจัดเก็บภาษีอิสระของไทย มีดังนี้

9.2.1 ปัจจัยด้านแนวคิดที่สนับสนุน

ประเทศไทยมีแนวคิดในการแยกองค์กรจัดเก็บภาษี ออกจากกระทรวงการคลัง มาจัดตั้งเป็นองค์กรเพื่อการจัดเก็บภาษีเป็นการเฉพาะอยู่หลายครั้ง ทั้งการเสนอของ ม.ร.ว. จัตุมงคล โสณกุล อดีตผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ที่เสนอให้จัดตั้ง “ทบวงจัดเก็บภาษีอิสระ” หรือช่วงที่ นายสมชัย สัจจพงษ์ อดีตปลัดกระทรวงการคลัง เสนอการจัดตั้งหน่วยงานจัดเก็บภาษีถึงอิสระ เรียกว่า SARA: Semi-Autonomous Revenue Agency

นอกจากนี้ ยังมีงานค้นคว้าวิจัยของสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ที่สนับสนุนแนวคิดการจัดตั้งองค์กรการจัดเก็บภาษีถึงอิสระมาใช้ในประเทศไทย ศึกษาโดย ดร.ปณณ อนันนภิบุตร และคณะได้เสนอแนะว่า รูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีถึงอิสระสามารถเพิ่มประสิทธิภาพและการบริหารการจัดเก็บภาษีที่ดีได้

9.2.2 ปัจจัยด้านกฎหมายและนโยบาย

สภาปฏิรูปแห่งชาติ⁵¹ ได้มีการเสนอแนะให้มีการปฏิรูปองค์กรหน่วยงานจัดเก็บภาษี ที่เป็นอิสระมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2558 โดยกำหนดมาตรการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในการจัดเก็บภาษีอากรโดยให้หน่วยงานจัดเก็บภาษีเป็นองค์กรอิสระหรือถึงอิสระโดยกำหนดให้รายงานผลการดำเนินงานต่อรัฐมนตรีโดยตรงหรืออาจทำในรูปแบบคณะกรรมการเพื่อป้องกันการแทรกแซงจากปัจจัยภายนอก โดยขั้นตอนการออกกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานอิสระ โดยมีต้นแบบจากหน่วยงานอิสระรูปแบบ Semi-Autonomous Revenue Agency (SARA)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ มาตรา 258 ข ที่เปิดช่องให้มีการปฏิรูปประเทศโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารราชการ

⁵⁰Christian von Haldenwang, Armin von Schiller and Melody Garcia, “Tax collection in developing countries–New evidence on semi-autonomous revenue agencies (SARAs),” *Journal of Development Studies* 50, 4 (2014): 541-555.

⁵¹สภาปฏิรูปแห่งชาติ, เรื่องเดิม, หน้า 17.

แผ่นดินที่กำหนดให้รัฐต้องบูรณาการข้อมูลหน่วยงานภาครัฐเข้าด้วยกันเพื่อให้เกิดระบบข้อมูลเพื่อการบริหารราชการแผ่นดินและการบริการประชาชน⁵² และปรับปรุงโครงสร้างและระบบบริหารงานภาครัฐและแผนกำลังคนให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงและความท้าทายใหม่ ๆ โดยให้เหมาะสมกับภารกิจของหน่วยงาน⁵³ และปรับปรุงโครงสร้าง กลไกทางภาษีในการเพิ่มรายได้ให้กับภาครัฐอย่างมีประสิทธิภาพ⁵⁴

นอกจากนี้ พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภาเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2562 ที่ระบุถึงนโยบายเศรษฐกิจ การเงิน การคลังของรัฐบาลชุดนี้ว่า จะมีการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งหน่วยจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระ⁵⁵ ประกอบกับความสอดคล้องยุทธศาสตร์ชาติกับประเด็นการปฏิรูปประเทศในยุทธศาสตร์ 2 ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน (ด้านเศรษฐกิจ) เรื่องการบริหารจัดเก็บภาษี ควรจะมีการพิจารณารูปแบบองค์กรจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระมาใช้

ดังนั้น เมื่อมีแนวคิดสนับสนุนให้มีการนำรูปแบบองค์กรการจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระ มาใช้ และมีกฎหมายและนโยบายสนับสนุนที่เป็นไปทิศทางเดียวกัน ผู้เขียนเห็นว่าถือเป็นโอกาสอันดีที่ประเทศไทยจะริบดำเนินการให้มีปฏิรูปองค์กรการจัดเก็บภาษีอย่างจริงจังเพื่อเป็นแนวในการพัฒนาองค์กรจัดเก็บภาษีที่มีประสิทธิภาพ

⁵²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 258 ข (2).

⁵³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 258 ข (3).

⁵⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 258 ฉ (3).

⁵⁵สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, คำแถลงนโยบาย พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีแถลงต่อรัฐสภา วันที่ 25 พฤษภาคม 2562, หน้า 16.

บรรณานุกรม

- กิตติภาพ วังคำ. “ความเป็นไปได้ในการจัดตั้งหน่วยงานจัดเก็บภาษีกึ่งอิสระในประเทศไทย.” *Graduate Law Journal* 12, 4 (2019): 570-584.
- จัดมมงคล โสณกุล. **ทบทวนจัดเก็บภาษีอิสระ** [Online]. Available URL: <https://siamrath.co.th/n/60859,2564> (เมษายน, 1).
- จอมสุภางค์ อินสุชาติ. “การปฏิรูปกฎหมายองค์กรจัดเก็บภาษี: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสิงคโปร์และกฎหมายมาเลเซีย.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2560.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- นันทศพร ศิริสัมพันธ์ และคณะ. **หลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริหาร**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบข้าราชการ, 2553.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- วันเพ็ญ ส่งเสริมทรัพย์. “การจัดระบบองค์การมหาชนอิสระในกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย.” ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- สมยศ เชื้อไทย. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- สภาปฏิรูปประเทศ. **วาระปฏิรูปที่ 8 : การปฏิรูประบบและโครงสร้างภาษี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558.
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. **ผลงานทางวิชาการ: ย้อนมองรายได้ของรัฐบาลสร้างอนาคตด้วยนวัตกรรมการจัดเก็บรายได้**. ในสัมมนาวิชาการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ประจำปี 2558 นวัตกรรมทางการคลังการเงินเพื่อการปฏิรูปประเทศไทย.
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **คำแถลงนโยบาย พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีแถลงต่อรัฐสภา** วันที่ 25 พฤษภาคม 2562.
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ. **รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัยการจัดการงบประมาณขององค์การมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงบประมาณ, 2552.

Crandall, William. **Autonomy in Tax Administration and the Revenue Authority Model Technical Notes and Manuals.** Washington, DC: IMF, 2010.

CommonLII. **Inland Revenue Board of Malaysia Act 1995.** [Online]. Available URL: <http://www.commonlii.org/>, 2021 (June, 10).

Inland Revenue Authority of Singapore. **History and Milestones.** [Online]. Available URL: <https://www.iras.gov.sg/irashome/About-Us/Our-Organisation/History-and-Milestones/>, 2021 (June, 10).

JENKINS, Glenn, et al. **Modernization of Tax Administrations: Revenue Boards and Privatization as Instruments for Change.** JDI Executive Programs, 1994.

MANASAN, Rosario G. **Tax Administration Reform: (Semi-) Autonomous Revenue Authority Anyone?.** PIDS Discussion Paper Series, 2003.

National Tax Agency Japan. **Organization.** [Online]. Available URL: <https://www.nta.go.jp/english/about/organization/index.htm>, 2021 (June, 10).

The World Bank. **Difficulties with Autonomous Agencies.** [Online], Available URL: <http://siteresources.worldbank.org/EXTADMCI/SERREF/Resources/DAAgencies.pdf>, 2019 (April, 10).

Haldenwang, Christian von. Armin von Schiller and Melody Garcia. “Tax collection in developing countries–New evidence on semi-autonomous revenue agencies (SARAs).” **Journal of Development Studies** 50, 4 (2014): 541-555.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ประมวลรัษฎากร พุทธศักราช 2481.

พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534.

พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2562.

มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2549 เรื่อง ขั้นตอนการจัดตั้งองค์การมหาชน.

มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 3 เมษายน 2550 เรื่อง หลักการจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐ.

มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2550 เรื่อง การชักซ้อมความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ.

ปัญหาการเข้าถึงยาตามกรอบความตกลงที่ครอบคลุม
และก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ
ภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP): ศึกษากรณี
กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย

ณัฐกฤตา ลีลาประเทือง

ปัญหาการเข้าถึงยาตามกรอบความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP): ศึกษากรณีกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย*

Problems Access to Medicines in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP): Concerning the Case of Thailand's Patent Law

ณัฐกฤตา ลีลาประเทือง**
Natkritta Leelaprathuang

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่อง ปัญหาการเข้าถึงยาตามกรอบความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP): ศึกษากรณีกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความหมาย แนวคิด และทฤษฎีในการคุ้มครองสิทธิบัตรยา และศึกษาบทบัญญัติการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาภายใต้ความตกลง CPTPP เปรียบเทียบกับความตกลง TRIPs ภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO) รวมถึงศึกษาบทบัญญัติดังกล่าวต่อการเข้าถึงยากับกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “ปัญหาการเข้าถึงยาตามกรอบความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP): ศึกษากรณีกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย.”

This research article is part of the research entitled “Problems Access to Medicines in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP): Concerning the Case of Thailand's Patent Law.”

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เกียรตินิยม); LL.M. in Intellectual Property Law (With Merit), Queen Mary University (London), UK; LL.M. in Tax Law, Queen Mary University (London), UK. E-mail: natkritta@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Chulalongkorn University (With Honour); LL.M. in Intellectual Property Law (With Merit), Queen Mary University (London), UK; LL.M. in Tax Law, Queen Mary University (London), UK.

วันที่รับบทความ (received) 8 กุมภาพันธ์ 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 เมษายน 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 18 เมษายน 2566.

ผลการวิจัยพบว่า บทบัญญัติในความตกลง CPTPP ที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรยา ทั้งส่วนที่ถูกระงับใช้ไว้ชั่วคราว อันได้แก่ สิ่งที่จะสามารถจดสิทธิบัตรได้ การขยายระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตร การผูกขาดข้อมูลทางยา และส่วนที่มีผลใช้บังคับทันทีอย่างการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตรกับการขึ้นทะเบียนยานั้นล้วนแต่เป็นบทบัญญัติที่มีมาตรฐานสูงกว่าความตกลงTRIPsและไม่มีปรากฏในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย ซึ่งหากประเทศไทยตัดสินใจเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลง CPTPP อันเป็นผลให้ต้องนำบทบัญญัติเหล่านี้มาบังคับใช้ด้วยนั้นจะก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าถึงยา นอกจากนี้ ในประเด็นการบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา (Compulsory Licensing: CL) นั้น แม้บทบัญญัติในความตกลงดังกล่าวจะยืนยันว่า ประเทศไทยยังคงสามารถใช้ CL ได้ก็ตามแต่ประเทศไทยอาจเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องจากเจ้าของสิทธิบัตรยาได้ ผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทยไม่ควรที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงดังกล่าว เพราะจะทำให้ประเทศไทยต้องประสบปัญหาในการเข้าถึงยา อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในด้านอื่น ๆ ของความตกลงแล้ว ประเทศไทยเห็นว่าการเข้าร่วมความตกลงดังกล่าว จะก่อให้เกิดประโยชน์กับประเทศไทยมากกว่า และตัดสินใจที่จะเข้าร่วมกับความตกลงดังกล่าว ประเทศไทยต้องทำการแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 โดยเฉพาะเรื่องการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตรกับการขึ้นทะเบียนยา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับทันทีหลังจากที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคี โดยให้มีการเพิ่มส่วนที่เกี่ยวกับ “มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยา” เข้าไปเป็นส่วนที่ 7 ในหมวดที่ 2 ทั้งนี้ เพื่อรองรับการเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงดังกล่าว

คำสำคัญ: CPTPP, กฎหมายสิทธิบัตร, การเข้าถึงยา

Abstract

This research aims to study the meaning, concepts, and theories of drug patent protection, while at the same time considering the provisions for patent protection of drugs within the framework of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP). It then compares the CPTPP with the Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights (TRIPs) under the World Trade Organization (WTO) and to study those provisions on access to medicines with Thailand's patent law.

The results demonstrate that the provisions in the CPTPP concerned with drug patents and the part which has been temporarily suspended including patentability, patent term extension, data exclusivity and the immediately applicable part such as patent linkage are all provisions that are of a higher standard than the TRIPs Agreement and did not appear in Patent Act B.E. 2522 (1979) of Thailand. This paper argues that if Thailand decides to participate as a party to the CPTPP resulting in the need to apply these provisions would create problems in the access to medicines. In addition, in the issue of enforcing the drug patent rights (Compulsory Licensing: CL), even if the provisions of the agreement confirm that Thailand can still use CL, Thailand may be at risk of being sued by the owner of the drug patent. The paper agrees that Thailand should not be a party to the agreement because it would cause Thailand to struggle with access to medicines. However, if Thailand decides to join the agreement, Thailand must amend the Patent Act B.E. 2522 (1979), especially regarding the patent linkage, a provision that takes effect immediately after Thailand becomes a party. The section on "Measures for drug patents" is added to section 7 of the chapter 2. This is to accommodate the participation of parties to the agreement.

Keywords: CPTPP, patent law, access to medicine

1. บทนำ

การจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศทั้งแบบทวิภาคีและแบบพหุภาคีเป็นวิธีการหนึ่งที่ประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยใช้เป็นเครื่องมือในการกระตุ้น ส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ โดยหนึ่งในความตกลงการค้าเสรีแบบพหุภาคีที่ประเทศไทยได้ให้ความสนใจและกำลังดำเนินการพิจารณา คือ ความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ซึ่งต่อไปในบทความนี้เรียกว่า ความตกลง CPTPP

ความตกลง CPTPP เป็นความตกลงการค้าเสรีที่มีได้มีเพียงวัตถุประสงค์ในการลดภาษีระหว่างประเทศภาคีสมาชิกเท่านั้น แต่มุ่งที่จะลดอุปสรรคในด้านอื่น ๆ ด้วย อาทิ ด้านการลงทุน ด้านการค้า และด้านการบริการ โดยมีการสร้างกฎเกณฑ์และมาตรฐานที่ใช้ร่วมกันระหว่างประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งครอบคลุมถึงการสร้างมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา มาตรฐานทางด้านแรงงาน มาตรฐานด้านสิ่งแวดล้อม และมาตรการการระงับข้อพิพาทระหว่างภาครัฐกับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งภายใต้กรอบความตกลง CPTPP ได้กำหนดมาตรฐานในแต่ละด้านไว้ค่อนข้างสูง เมื่อเทียบกับความตกลงการค้าเสรีอื่นๆที่ประเทศไทยได้เคยเข้าร่วมทำให้เกิดประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างมาทั้งส่วนภาครัฐ ภาคเอกชน และนักวิชาการว่า ประเทศไทยสมควรที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP หรือไม่ ประเด็นหนึ่งที่สำคัญและเป็นที่ถกเถียงอย่างมาก คือ ประเด็นการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะในเรื่องของสิทธิบัตรยา¹ ที่หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าว ซึ่งมีผลให้ผู้ทรงสิทธิบัตรยามีสิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการผลิต ใช้ จำหน่าย หรือนำเข้ายานั้นเป็นระยะเวลาอนันต์ขึ้น ทั้งส่งผลให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถผูกขาดราคาขายที่สูงได้ยาวนานขึ้นด้วย อันนับได้ว่าเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อผู้ป่วยในการเข้าถึงยารักษาโรค ทั้งข้อกังวลในส่วนของการบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาของประเทศไทยว่า จะสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด หากประเทศไทยเข้าร่วมความตกลงดังกล่าว

¹Piergiuseppe Pusceddu, “Assessing Access to Medicines in Preferential Trade Agreements: From the Trans-Pacific Partnership to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership,” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 49 (October 2018): 1048–1079.

บทความนี้ จึงขอเสนอข้อมูลการศึกษาและการวิเคราะห์บทบาทบัญญัติภายใต้ความตกลง CPTPP ในประเด็นสิทธิบัตรยาที่มีผลต่อการเข้าถึงยาและต่อกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก ทั้งนี้ เพื่อนำผลการศึกษามาจัดทำข้อเสนอแนะในการตัดสินใจเข้าร่วมความตกลง CPTPP ของประเทศไทย

2. การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาภายใต้ความตกลงทริปส์ (TRIPs) และทริปส์พลัส (TRIPs PLUS)

2.1 การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาภายใต้ความตกลงทริปส์ (TRIPs)

จากการศึกษาพบว่า ความตกลง TRIPs เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีการเชื่อมโยงประเด็นการค้าระหว่างประเทศและประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์สากลอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีพันธะที่จะต้องปฏิบัติตาม² โดยความตกลง TRIPs มีสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรยา ดังนี้

2.1.1 ความตกลง TRIPs ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ ซึ่งภาคีสมาชิกจะกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองในระดับที่ต่ำกว่าความตกลง TRIPs ไม่ได้ แต่สามารถให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงกว่าได้ หากการให้ความคุ้มครองที่สูงกว่านั้นไม่ขัดต่อบทบัญญัติในความตกลง TRIPs ดังปรากฏในข้อบัญญัติที่ 1.1 ของความตกลง TRIPs ที่บัญญัติว่า “บรรดาสมาชิกจะดำเนินการให้บทบัญญัติของความตกลงนี้มีผลใช้บังคับ แม้บรรดาสมาชิกจะไม่ผูกพันตามความตกลงนี้ที่จะให้ความคุ้มครองมากกว่าที่กำหนดไว้ แต่อาจจะอนุวัติการในกฎหมายของตนที่จะให้ความคุ้มครองมากกว่าที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่า การคุ้มครองดังกล่าวไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงนี้ บรรดาสมาชิกจะมีอิสระในการกำหนดวิธีที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของความตกลงนี้ ภายในระบบและแนวปฏิบัติทางกฎหมายของตน”³

2.1.2 หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) ที่ความตกลง TRIPs ได้นำมาปรับใช้เพื่อรับรองความเสมอภาคในการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สิน

²อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 13.

³TRIPs, art. 1.1.

ทางปัญญาระหว่างภาคีสมาชิก ได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) และ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nations: MFN)⁴ กล่าวคือ

1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) หมายถึง การที่รัฐภาคีสมาชิกจะต้องให้สิทธิและความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของรัฐภาคีสมาชิกอื่นไม่น้อยไปกว่าที่ให้สิทธิและความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแก่คนชาติของตนเอง⁵ ปรากฏในข้อบัญญัติที่ 3 ของความตกลง TRIPs ที่วางกรอบไว้ว่า สมาชิกจะให้แก่คนชาติของสมาชิกอื่น ซึ่งการปฏิบัติที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ให้กับคนชาติของตนเองในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ภายใต้ข้อยกเว้นซึ่งได้กำหนดไว้แล้วในอนุสัญญากรุงปารีสฯ อนุสัญญากรุงเบิร์นฯ อนุสัญญากรุงโรมฯ หรือสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องที่เกี่ยวกับจรรยาบรรณลำดับ⁶

2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nations: MFN) หมายถึง การที่รัฐภาคีสมาชิกให้สิทธิประโยชน์แก่คนชาติของรัฐภาคีหนึ่ง ก็ต้องให้สิทธิประโยชน์นั้นแก่คนชาติของรัฐภาคีสมาชิกอื่นด้วย จะเลือกให้สิทธิประโยชน์โดยเลือกปฏิบัติแก่คนชาติของรัฐภาคีใดรัฐภาคีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้⁷ ปรากฏในความตกลง TRIPs ข้อบัญญัติที่ 4 ซึ่งวางกรอบไว้ว่า หากประเทศภาคีสมาชิกประเทศใดให้สิทธิพิเศษแก่คนในชาติของประเทศภาคีสมาชิกอื่น คนในชาติของประเทศภาคีสมาชิกประเทศอื่น ๆ ที่เหลือจะถือว่าได้รับสิทธิพิเศษนั้นด้วยโดยทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไข⁸

2.1.3 ในด้านการให้ความคุ้มครองในภาคเภสัชกรรมโดยเฉพาะผลิตภัณฑ์ยารักษาโรคนั้น ตามรายงานของ WIPO ก่อนที่จะมีข้อตกลง TRIPs นี้ ปรากฏว่ามี 49 ประเทศทั่วโลกที่ไม่มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรค หรือถ้ามีจะมีลักษณะที่เป็นการให้ความคุ้มครองในขอบเขตที่จำกัด นอกจากนี้ ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรนั้น แต่ละประเทศได้กำหนดไว้ต่างกัน⁹

⁴Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2nd ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), p. 752.

⁵Ibid., pp. 752-758.

⁶TRIPs, art. 3.

⁷Peter Van Den Bossche, op. cit, pp. 758-760.

⁸TRIPs, art. 4.

⁹WHO, WIPO and WTO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade* (Geneva Switzerland: WHO, WIPO, WTO, 2013), p. 145.

แต่เมื่อข้อตกลง TRIPs มีผลบังคับใช้ สถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยในข้อบัญญัติ ที่ 27 ของความตกลง TRIPs นั้นได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ภายใต้บังคับข้อยกเว้นของวรรค 2 และ วรรค 3 ให้มีสิทธิบัตรสำหรับสิ่งประดิษฐ์ใด ๆ ไม่ว่าจะเป็ผลผลิตภัณฑหรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีเงื่อนไขว่า สิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ เกี่ยวข้องกับขั้นการประดิษฐ์ และสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ภายใต้บังคับวรรค 4 ของข้อ 65 วรรค 8 ของข้อ 70 และวรรค 3 ของข้อนี้ การให้มีสิทธิบัตรตลอดจนสิทธิในสิทธิบัตรนั้น จะต้องให้โดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติในเรื่องสถานที่ของสิ่งประดิษฐ์ สาขาของเทคโนโลยี และไม่ว่าผลผลิตภัณฑนั้นจะถูกนำเข้าหรือผลิตในประเทศนั้น”¹⁰ ซึ่งได้บัญญัติชัดเจนว่า รัฐภาคีจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ไม่ว่าจะเป็นผลผลิตภัณฑหรือกรรมวิธี ในทุกสาขาเทคโนโลยี กล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ใด ๆ ในภาคเภสัชกรรม โดยเฉพาะสิทธิบัตรยา กับสิ่งประดิษฐ์ในสาขาอื่น ๆ เป็นสิ่งที่ จะกระทำไม่ได้ โดยประเทศภาคีสมาชิกมีพันธะที่จะต้องให้คุ้มครองแก่สิทธิบัตรยารักษาโรคด้วย ทั้งผลผลิตภัณฑและกระบวนการ อันส่งผลให้เกิดการผูกขาดและทำให้ยามีราคาแพงขึ้น โดยเฉพาะยาที่ใช้กับโรคที่ไม่มีทางรักษาให้หายขาด เช่น โรคเอดส์ วัณโรค โรคหัวใจ มาลาเรีย หรือโรคระบาดในปัจจุบันอย่างโควิด 19 เป็นต้น ส่งผลกระทบอย่างมากต่อประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนา ในการเข้าถึงยารักษาโรค ส่วนในประเด็นของอายุการคุ้มครองนั้น ความตกลง TRIPs ได้กำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรขั้นต่ำ 20 ปีนับจากวันยื่นคำร้อง¹¹ ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวใช้กับอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาด้วย

อย่างไรก็ตาม ความตกลง TRIPs ได้มีการวางกรอบให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถที่จะกำหนดนโยบายด้านทรัพย์สินทางปัญญาให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจภายในประเทศของตนได้ ซึ่งการวางกรอบดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากในด้านสาธารณสุขและเภสัชกรรม อันเห็นได้จากวัตถุประสงค์ของความตกลง TRIPs ในข้อบัญญัติที่ 7 ว่า “การคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาควรจะต้องเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยี และต่อการถ่ายทอดและการแพร่ขยายเทคโนโลยีต่อประโยชน์ร่วมกันของผู้ผลิต และผู้ใช้ความรู้ทางเทคโนโลยีและในลักษณะอำนวยความสะดวกต่อสวัสดิการทางสังคมและทางเศรษฐกิจและต่อความสมดุลของสิทธิและพันธกรณีด้วย”¹² และจากหลักการของความตกลง TRIPs ข้อบัญญัติที่ 8.1 ว่า “ในการออกหรือแก้ไขกฎหมายและ

¹⁰TRIPs, art. 27.1.

¹¹Ibid., art. 33.

¹²Ibid., art. 7.

ระเบียบข้อบังคับของตน บรรดาสมาชิกอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ และเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่าง ๆ ที่มีความสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ สังคมและเทคโนโลยีของตน โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้”¹³ ซึ่งเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างการส่งเสริมนวัตกรรมทางเทคโนโลยีกับสวัสดิการทางสังคมและเศรษฐกิจ อันเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองด้านสาธารณสุข

ภายใต้ความตกลง TRIPs เพียงกำหนดกรอบไว้ว่าสิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรจะต้องมี 3 องค์ประกอบ คือ ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้เท่านั้น¹⁴ โดยมีได้ลงรายละเอียดว่าอย่างไรถึงจะใหม่ อย่างไรก็ตามถึงเรียกว่า มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และอย่างไรคือ สามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ ซึ่งหมายความว่า ความตกลง TRIPs เปิดโอกาสให้แต่ละประเทศสามารถที่จะตีความและกำหนดเงื่อนไข รายละเอียดของแต่ละองค์ประกอบได้เอง

2.1.4 มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา (Compulsory Licensing: CL) นอกจากนี้ในการเข้าถึงยารักษาโรค ความตกลง TRIPs ได้กำหนดมาตรการยืดหยุ่นที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา (Compulsory Licenses: CL) เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ ที่ไม่มีศักยภาพในการประดิษฐ์คิดค้นยารักษาโรค หรือไม่มีทุนทรัพย์เพียงพอในการซื้อยารักษาโรคที่ราคาแพงเนื่องจากเป็นยาที่มีสิทธิบัตร สามารถเข้าถึงยานั้นได้ เช่น กรณีที่มีเหตุฉุกเฉินแห่งชาติหรือในสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่ง รัฐภาคีสามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้โดยไม่รอเจรจากับผู้ทรงสิทธิบัตรยานั้นก่อน¹⁵ กล่าวคือ รัฐภาคีสามารถผลิต ขาย มีไว้เพื่อขาย ยาที่มีสิทธิบัตรนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิก่อน เป็นต้น¹⁶ แต่อย่างไรก็ตาม ความตกลง TRIPs ได้กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถใช้ CL ได้เฉพาะกรณีที่เป็นการใช้ส่วนใหญ่ภายในประเทศเท่านั้น¹⁷ อันหมายความว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตตามมาตรการบังคับใช้สิทธิไม่สามารถผลิตยารักษาโรคอันเป็นสิ่งประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรเพื่อส่งออกได้ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงยาของประเทศภาคีสมาชิกที่ไม่มีศักยภาพเพียงพอในการผลิตยาได้เอง เนื่องจากไม่สามารถนำเข้ายาจากต่างประเทศภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว และสร้างความชัดเจนว่า ความตกลง TRIPs มิได้กีดขวางประเทศภาคีสมาชิกที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ

¹³Ibid., art. 8.1.

¹⁴Ibid., art. 27.1.

¹⁵Dunkan Matthews, “TRIPS flexibilities and access to medicines in developing countries: The problem with technical assistance and free trade agreements,” *European Intellectual Property Review* 11 (2005): 420.

¹⁶TRIPs, art. 31 (b).

¹⁷Ibid., art. 31 (f).

โดยเฉพาะมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา เพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศ ในวันที่ 14 พฤศจิกายน 2544 ที่ประชุมรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก จึงได้มีการออกแถลงการณ์ เรื่องความตกลง TRIPs ด้านสาธารณสุข (Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)¹⁸ หรือ ปฏิญญาโดฮา ณ กรุงโดฮา ประเทศกาตาร์ โดยภายใต้ความตกลงนี้ ได้มีการมอบหมายให้คณะมนตรีทรัพย์สินทางสิทธิสร้างคามยืดหยุ่นให้ภาคีสมาชิกที่ไม่มีศักยภาพในการผลิตยาสามารถนำเข้ายาจากต่างประเทศภายใต้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้¹⁹ และผลจากการทำงานของคณะมนตรีทรัพย์สินได้มีการออก Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health²⁰ ซึ่งได้รับมติเห็นชอบจากคณะมนตรีใหญ่ขององค์การการค้าโลกแล้วเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2546 โดยให้มีข้อยกเว้นชั่วคราวให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถบังคับใช้ CL เพื่อส่งออกยาได้ และให้ประเทศผู้ส่งออกยาเป็นผู้จ่ายค่าชดเชยแก่เจ้าของสิทธิบัตรยา โดยระบุงเว้นข้อบัญญัติที่ 31 (f) และ 31 (h)²¹ และให้ข้อยกเว้นนี้ มีผลใช้บังคับจนกว่าจะมีการแก้ไขความตกลง TRIPs ให้เป็นไปตามนี้ และจากมติดังกล่าว ในวันที่ 6 ธันวาคม 2548 คณะมนตรีทั่วไปได้มีมติในการแก้ไขเพิ่มเติมความตกลง TRIPs (Protocol Amending the TRIPS Agreement) หรือ พิธีสารแก้ไขความตกลง TRIPs โดยเพิ่มเติมมาตรา 31bis²² อันมีสาระสำคัญ คือ เพื่อเพิ่มความยืดหยุ่นในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้ความตกลง TRIPs โดยประเทศภาคีสมาชิกสามารถออกมาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อนำเข้ายาจากประเทศที่มีศักยภาพในการผลิตได้ และให้ประเทศที่มีศักยภาพในการผลิตยาสามารถออกมาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อส่งออกยาไปยังประเทศผู้นำเข้าที่มีความจำเป็นและขาดศักยภาพได้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพิธีสาร อันเป็นการช่วยให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถที่จะเข้าถึงยาได้ง่ายขึ้น และเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้ข้อบัญญัติที่ 31 (f) ของความตกลง TRIPs ซึ่งในปัจจุบันพิธีสารแก้ไขความตกลง TRIPs นี้มีผลใช้บังคับแล้ว นอกจากนี้ ปฏิญญาโดฮาได้เปิดช่องให้ประเทศภาคีสมาชิกแต่ละประเทศสามารถที่จะกำหนดได้เองว่า ภาวะฉุกเฉินแห่งชาติ และสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่ง อันเป็นเหตุผลในการบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธินั้นมีความหมายอย่างไร²³ เพื่อให้

¹⁸The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN (01)/DEC/W/2, November 14, 2001.

¹⁹Ibid., para. 6.

²⁰Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, IP/C/W/405, August 30, 2003.

²¹TRIPs, art. 31 (h).

²²Ibid., art. 31bis.

²³The Doha Declaration, para. 5.

แต่ละประเทศสามารถที่จะบรรลุเป้าหมายในวัตถุประสงค์ด้านนโยบายสาธารณสุขต่อการเข้าถึงยาในประเทศของตนเองได้

2.2 การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาภายใต้หลักการของทริป์พลัส (TRIPs Plus)

ข้อกำหนดทริป์พลัส (TRIPs Plus) เกิดจากประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและนวัตกรรมอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงกว่ามาตรฐานขั้นต่ำของความตกลง TRIPs เพื่อสนับสนุนการค้าของตนและเพื่อตอบสนองกับการพัฒนาอย่างรวดเร็วในยุคดิจิทัล ประเทศเหล่านี้ได้มีความพยายามในการเพิ่มมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาโดยนำไปบัญญัติไว้ในความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ทั้งความตกลงในระดับทวิภาคี ระดับภูมิภาค หรือระดับพหุภาคี²⁴ แต่ประเทศกำลังพัฒนาต่างคัดค้านในการที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูง เนื่องจากความไม่พร้อมทั้งทางด้านเศรษฐกิจและเทคโนโลยี ประกอบกับประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนายังได้รับประโยชน์จากมาตรการผ่อนปรนในการปฏิบัติตามความตกลง TRIPs²⁵ โดยบทบัญญัติที่เป็น TRIPs Plus ในส่วนที่เกี่ยวกับภาคเภสัชกรรมหรือสิทธิบัตรยา ยกตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับความสามารถในการจดสิทธิบัตรของการใช้ใหม่ (Patentability of new use) ข้อกำหนดการขยายระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตร (Patent term extension) ข้อกำหนดที่ให้ระยะเวลาขั้นต่ำของการคุ้มครองข้อมูล (A minimum period of data protection or data exclusivity) และข้อกำหนดการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตร (Patent linkage)²⁶ เป็นต้น บทบัญญัติเหล่านี้ต่างเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มความคุ้มครองให้แก่เจ้าของสิทธิบัตรยามากกว่าความตกลง TRIPs ซึ่งมีปรากฏในความตกลง CPTPP เช่นกัน

²⁴Peter Drahos, “BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property,” *Journal of World Intellectual Property* 2001, 4(6) (January 2001): 791-808.

²⁵Pedro Roffe, *Bilateral Agreement and TRIPs plus World: The Chile-USA Free Trade Agreement* (Ottawa: Quaker International Affairs Program, 2004), pp. 2-3.

²⁶Raymundo Valdes and Maegan McCann, *Intellectual Property Provisions in Regional Trade Agreements: Revision and Update* in Rohini Acharya, *Regional Trade Agreement and the Multilateral Trading System* (UK: Cambridge University Press, 2016), pp. 538-541.

3. การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยาในประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า พัฒนาการของกฎหมายสิทธิบัตรในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรยาของประเทศไทยสามารถสรุปได้ดังตารางต่อไปนี้

ปี	เหตุการณ์	รายละเอียด
พ.ศ. 2522 (ค.ศ. 1979)	มีพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522	<ul style="list-style-type: none"> - มีการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกรรมวิธีผลิตยาและวัตถุดิบ (ยังไม่มี การให้ความคุ้มครองกับสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา) - ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตร 15 ปี
พ.ศ. 2528 (ค.ศ. 1985)	ประเทศสหรัฐอเมริกากดดันประเทศไทยให้มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตร	<ul style="list-style-type: none"> - เรียกร้องให้ประเทศไทยต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา และ - เรียกร้องให้เพิ่มระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจาก 15 ปี เป็น 20 ปี
พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992)	มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตรครั้งแรก โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535	<ul style="list-style-type: none"> - แก้ไขให้มีการคุ้มครองแก่สิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ยา - เพิ่มระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจาก 15 ปี เป็น 20 ปี - มีการตั้งคณะกรรมการสิทธิบัตรยาเพื่อควบคุมราคา
พ.ศ. 2538 (ค.ศ. 1995)	ความตกลงทริปส์มีผลใช้บังคับ	<ul style="list-style-type: none"> - เมื่อประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม
พ.ศ. 2542 (ค.ศ. 1999)	มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิบัตรครั้งที่ 2 โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542	<ul style="list-style-type: none"> - ยกเลิกคณะกรรมการสิทธิบัตรยา - มีบทบัญญัติว่าด้วยอนุสิทธิบัตร

ตารางที่ 1 พัฒนาการกฎหมายสิทธิบัตรยาของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยา โดยภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดเงื่อนไขการขอรับสิทธิบัตรและอายุการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตร ซึ่งรวมถึงกรณีของสิทธิบัตรยาด้วย กล่าวคือ สิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบครบทั้ง 3 ประการ ตามที่ปรากฏในมาตรา 5²⁷ คือ สิ่งประดิษฐ์นั้นต้องใหม่ (Novelty) ต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive step) และสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ (Industrial application)

อย่างไรก็ตาม จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 9 ด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่ใช่สิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร²⁸ กล่าวโดยสรุปคือ การที่จะขอรับสิทธิบัตรยาได้ต้องครบองค์ประกอบทั้ง 3 ข้อดังกล่าว และไม่ใช่สิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 9 โดยการขอสามารถขอได้ทั้งสิทธิบัตรในตัวผลิตภัณฑ์ยาและกรรมวิธีในการผลิต โดยจะได้รับความคุ้มครองเป็นระยะเวลา 20 ปี นับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร²⁹ และไม่สามารถต่ออายุการคุ้มครองได้

นอกจากนี้ ประเทศไทยมีบทบัญญัติที่ให้ขออนุสิทธิบัตรยาได้ โดยมีเงื่อนไขเพียง 2 ข้อ คือ จะต้องมีความใหม่และสามารถใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมได้ และต้องไม่เป็นที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 9³⁰ ซึ่งการขออนุสิทธิบัตรนี้ไม่จำเป็นต้องมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น โดยจะได้รับความคุ้มครองเป็นระยะเวลา 6 ปี นับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร และต่ออายุได้ 2 ครั้ง ครั้งละ 2 ปี³¹

โดยหากขอรับสิทธิบัตรได้แล้ว ผู้ทรงสิทธิจะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเหนือผลิตภัณฑ์ยาหรือกรรมวิธีนั้น ในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร³² ดังนี้ หากมีบุคคลอื่นมากระทำการดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิบัตรก่อนจะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตรยานั้น อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นอยู่ในมาตรา 36 วรรคสอง³³ ที่มีให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตร

และจากการศึกษาพบว่า ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการวางหลักเกณฑ์ของมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา (Compulsory licensing: CL) ไว้ โดยแบ่งเป็น 2 กรณี

²⁷พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 5.

²⁸พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 9.

²⁹พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 35.

³⁰พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 65 พศ.

³¹พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 65 สัตต.

³²พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 36.

³³พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 36 วรรคสอง.

กรณีที่ 1 การบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรโดยชอบ กล่าวคือ ไม่ผลิตผลิตภัณฑ์หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรหรือไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในราคาสูงเกินควรหรือไม่พอสองความต้องการของประชาชนภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ภายในกำหนด 3 ปี นับแต่วันออกสิทธิบัตรหรือ 4 ปี นับแต่วันยื่นขอสิทธิบัตร แล้วแต่เวลาใดจะสิ้นสุดลงทีหลัง ผลคือบุคคลอื่นสามารถที่จะยื่นคำขอต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อใช้สิทธิตามสิทธิบัตรเช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตรได้³⁴

กรณีที่ 2 การบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ ในกรณีเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณูปโภคหรือความจำเป็นในการป้องกันประเทศหรือการสงวนรักษาหรือได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยา หรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างอื่นอย่างรุนแรง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น กฎหมายกำหนดให้กระทรวง ทบวง กรม สามารถที่จะขอใช้สิทธิเช่นเดียวกับผู้ทรงสิทธิบัตร เช่น ผลิต จำหน่าย นำเข้า ผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร โดยจะกระทำการดังกล่าวเองหรือให้บุคคลอื่นกระทำแทน ทั้งนี้ กระทรวง ทบวง กรม ผู้ขอใช้สิทธิต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตร³⁵ ซึ่งที่ผ่านมา ประเทศไทยได้มีประกาศกรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การใช้สิทธิตามสิทธิบัตรด้านยาและเวชภัณฑ์ ตั้งแต่ พฤศจิกายน 2549 - มกราคม 2551 โดยกำหนดมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยารักษาโรค จำนวน 7 รายการ โดยเหตุผลที่ต้องประกาศใช้เนื่องจากผู้ป่วยในโรคเหล่านี้มีเพิ่มมากขึ้นทุกปีและยาเหล่านี้เป็นยาที่มีราคาแพงและมีสิทธิบัตร ทำให้องค์การเภสัชกรรมหรือผู้ผลิตรายอื่นไม่สามารถผลิตหรือนำเข้ามาจำหน่ายเพื่อแข่งขันในตลาดได้ และเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องประกาศมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาดังกล่าว

4. กรอบการเจรจาความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP) กับประเด็นสิทธิบัตรยา

จากการศึกษาพบว่า ความตกลง CPTPP ถูกริเริ่มในปี พ.ศ. 2549 จากการเจรจาของประเทศ ซิลิ นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ และบรูไน หรือเรียกกันว่า The Pacific-4 (P4) ทำความตกลงที่ชื่อว่า ความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์ทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement: Trans-Pacific SEP) จนในปี พ.ศ. 2551 ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย เปรู เวียดนาม

³⁴พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 46.

³⁵พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 51.

ได้เข้าร่วมการเจรจาแล้วขยายกรอบการเจรจาออกมาเป็นความตกลงที่มีชื่อว่า ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (Trans-Pacific Partnership: TPP) ซึ่งถือเป็นเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) ที่ครอบคลุมและมีมาตรฐานสูง โดยมีภาคีสมาชิกทั้งหมด 12 ประเทศที่ตั้งอยู่ริมมหาสมุทรแปซิฟิก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา เม็กซิโก เปรู ชิลี ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ มาเลเซีย บรูไน และ เวียดนาม ความตกลง TPP ถูกก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศภาคีสมาชิกให้มีความเข้มแข็ง และเพื่อเปิดเสรีการค้าและการลงทุนในภูมิภาคโดยอาศัยกฎระเบียบใหม่ที่อยู่นอกเหนือจากกฎระเบียบทางการค้าเดิมที่มีอยู่แล้วในองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)³⁶ และจากการศึกษาพบว่า ในมุมมองทางการเมืองมีการโต้แย้งและวิจารณ์ว่า ความตกลง TPP ถูกออกแบบมาเพื่อตอบสนององวัตถุประสงค์ทางการเมืองโดยประเทศสหรัฐอเมริกาต้องการที่จะจำกัดขอบเขตทางการค้าของประเทศจีนในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ดังเช่นประเทศเวียดนามที่เป็นภาคีในความตกลง TPP แต่ในขณะเดียวกันประเทศเวียดนามก็มีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและการค้าใกล้ชิดกับประเทศจีนหรือบางครั้งถึงขั้นต้องพึ่งพาประเทศจีน ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ตั้งใจริเริ่มความตกลง TPP เพื่อให้ประเทศที่ลงนามในความตกลงนี้มีความสัมพันธ์ทางการค้าที่ใกล้ชิดกับประเทศสหรัฐอเมริกามากขึ้น มาพึ่งพาประเทศสหรัฐอเมริกามากขึ้น อันจะเป็นผลให้ประเทศภาคีลดการพึ่งพาทางการค้ากับประเทศจีนและจะทำให้การค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเหนือกว่าประเทศจีนในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก³⁷ แต่ต่อมาในวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2560 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถอนตัวออกจากความตกลง TPP ซึ่ง 11 ประเทศที่เหลือได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการเจรจาต่อไปโดยเปลี่ยนชื่อความตกลงจาก TPP เป็น CPTPP และได้ร่วมกันลงนามรับรองความตกลง CPTPP ในวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2561 ณ กรุงซันโตอาโวก ประเทศชิลี ปัจจุบันความตกลง CPTPP มีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2561³⁸ โดยความตกลง CPTPP ได้มีการปรับข้อตกลงให้มีความยืดหยุ่นและสมประโยชน์แก่ประเทศสมาชิกที่เหลือมากขึ้น กล่าวคือ ได้มีการระงับข้อบัญญัติ 22 ข้ออันเป็นข้อบัญญัติที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ริเริ่ม แต่ไม่เปิดโอกาสในการที่ประเทศภาคีสมาชิกจะหยิบยกข้อบัญญัติเหล่านี้ที่ถูกระงับไว้กลับมาใช้ใหม่ได้ ประเทศไทยเชื่อว่าการเข้าร่วมความตกลง

³⁶Muhammad Aamir Khan, Naseeb Zada and Kakali Mukhopadhyay, “Economic implications of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) on Pakistan: a CGE approach,” *Journal of Economic Structures* 7, 2 (January 2018): 1-2.

³⁷Chien-Huei Wu, “ASEAN at the Crossroad: Trap and Track between CPTPP and RCEP,” *Journal of International Economic Law* 23, 1(March 2020): 106-108.

³⁸Chunding Li and John Whalley, “Effects of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership,” *The World Economy* 44, 5 (May 2021): 1312.

ดังกล่าวจะทำให้เศรษฐกิจของประเทศดีขึ้น GDP ของประเทศไทยสูงขึ้น และจะทำให้ประเทศไทยสามารถยกระดับกฎหมายให้มีมาตรฐานทัดเทียมกับนานาประเทศได้ จากการศึกษาพบว่า แม้จะมีการคาดการณ์ว่าประเทศไทยจะได้รับประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจจากการเข้าเป็นภาคีในความตกลง CPTPP ก็ตาม แต่บทบัญญัติในความตกลง CPTPP ก็ส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในหลาย ๆ ด้านด้วยกัน อันเนื่องมาจากบทบัญญัติที่มีมาตรฐานสูง ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับสภาพสังคม วิถีชีวิตและความเป็นอยู่ของคนไทย รวมถึงกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าประเทศไทยควรที่จะเข้าร่วมความตกลงนี้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า ในขณะนี้ประเทศไทยยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาวิจัยถึงผลประโยชน์และผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอยู่

โดยในแง่ของการให้ความคุ้มครองและการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับภาคเภสัชกรรมหรือสิทธิบัตรยานั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ความตกลง CPTPP มาจากความตกลง TPP โดยจากการศึกษาพบว่า ในความตกลง TPP มีข้อบัญญัติหลายประการที่มีการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยาในระดับที่สูง เช่น สิ่งที่จะจดสิทธิบัตรได้ (Patentability) การขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร (Patent term extension) การผูกขาดข้อมูลทางยา (Data exclusivity) และการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตร (Patent linkage) ซึ่งข้อบัญญัติเหล่านี้ถือเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรที่มีมาตรฐานสูงกว่าการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรที่กำหนดในความตกลง TRIPs ข้อบัญญัติเหล่านี้กล่าวได้ว่า เป็นข้อตกลง TRIPs Plus เป็นข้อบัญญัติที่ถูกริเริ่มโดยประเทศสหรัฐอเมริกา โดยให้เหตุผลว่า การเพิ่มการให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูง จะนำไปสู่การเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิต ส่งเสริมการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ ขยายการสร้างงาน สร้างอาชีพและยกระดับชีวิตความเป็นอยู่ให้ดีขึ้น³⁹ เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาถอนตัวออกจากความตกลง TPP จนต่อมากลายเป็นความตกลง CPTPP นั้น ภายใต้ความตกลง CPTPP บทบัญญัติในเรื่องสิ่งที่จะจดสิทธิบัตรได้ (Patentability) การขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร (Patent term extension) การผูกขาดข้อมูลทางยา (Data exclusivity) ได้ถูกระงับไว้ชั่วคราว⁴⁰ แต่บทบัญญัติที่ยังคงมีผลอยู่ ได้แก่ การเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตร (Patent linkage) แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอาจจะกลับเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง CPTPP อีกครั้ง⁴¹ ดังนี้ อาจเป็นไปได้ว่าบทบัญญัติ

³⁹Ravikant Bhardwaj, K. D. Raju, and Manchikanti Padmavati, "The impact of patent linkage on marketing of generic drugs," *Journal of Intellectual Property Rights* 18, 4 (January 2013): 316-317.

⁴⁰Pratyush Nath Upreti, "From TPP to CPTPP: why intellectual property matters," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 13, 2 (February 2018): 100.

⁴¹Peter A. Petri and Michael G. Plummer, "Should China Join the New Trans-Pacific Partnership?," *China & World Economy* 28, 2 (March 2020): 18-36.

ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรยาที่ถูกระงับใช้ไว้ดังกล่าว อาจจะถูกนำกลับมาและมีผลใช้บังคับอีก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการใช้ยาของประเทศภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP รวมถึงประเทศไทย หากประเทศไทยตัดสินใจที่จะเข้าร่วมความตกลงดังกล่าว ในบทความนี้ จึงได้มีการวิเคราะห์ทั้งบทบัญญัติที่ถูกระงับใช้ชั่วคราวและบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับทันที

5. วิเคราะห์ความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP) ในประเด็นสิทธิบัตรยาที่มีผลต่อการเข้าถึงยาของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติของความตกลง CPTPP ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรยานั้น มีทั้งในส่วนที่ถูกระงับใช้ชั่วคราวและส่วนที่มีผลใช้บังคับทันทีหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงดังกล่าว

5.1 บทบัญญัติในส่วนที่ถูกระงับใช้ชั่วคราว

บทบัญญัติในส่วนที่ถูกระงับใช้ชั่วคราว ได้แก่ บทบัญญัติในเรื่องสิ่งที่จะสามารถจดสิทธิบัตรได้ (Patentability) บทบัญญัติเรื่องการขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร (Patent term extension) และบทบัญญัติเรื่องการผูกขาดข้อมูลทางยา (Data exclusivity) มีรายละเอียดดังนี้

5.1.1. สิ่งที่จะสามารถจดสิทธิบัตรได้ (Patentability)

จากการศึกษาพบว่า ความตกลง CPTPP ในข้อบัญญัติที่ 18.37 (2) ได้มีการขยายขอบเขตของสิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ว่า ให้รวมถึงการใช้ใหม่ของผลิตภัณฑ์ วิธีการใช้ใหม่ หรือกระบวนการใหม่ในการใช้ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักแล้ว⁴² อันมีมาตรฐานที่สูงกว่าความตกลง TRIPs ที่บัญญัติเพียงว่า สิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้นั้นเพียงแต่ต้องเป็นการประดิษฐ์ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และต้องสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมเท่านั้น⁴³ ยกตัวอย่างเช่น หากยาตัวหนึ่งที่ได้รับสิทธิบัตรไปแล้วสำหรับใช้ในการรักษาโรคมะเร็ง หากต่อมาค้นพบว่ายาตัวเดิมนี้อาจนำไปใช้ในการรักษาโรคเบาหวานได้ ดังนี้ บุคคลนั้นสามารถที่จะไปขอรับสิทธิบัตรในยาตัวเดิมนี้อีกสำหรับการใช้ใหม่ คือเพื่อรักษาโรคเบาหวานได้ เป็นต้น ทั้ง ๆ ที่ยาตัวนี้ไม่ได้มีความใหม่ ซึ่งถ้าบทบัญญัตินี้กลับมาจะมีผลใช้บังคับ จะส่งผลให้ระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยานั้นยืดออกไปแบบไม่มีที่สิ้นสุด ยาจะมีราคาสูง ทำให้ประชาชนที่ไม่มีกำลังซื้อไม่สามารถที่จะเข้าถึงยาดังกล่าวได้ ต้องทนทุกข์ทรมานกับโรคที่เป็นอยู่ต่อไป

⁴²CPTPP, art. 18.37 (2).

⁴³TRIPs, art. 27 (1).

โดยฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่า แรงจูงใจในการพัฒนาและการทดสอบทางคลินิกของการใช้ครั้งที่สองหรือวิธีการใช้ใหม่มีความสำคัญและจำเป็นพอ ๆ กันเมื่อเทียบกับการใช้ครั้งแรกหรือวิธีการเดิม เพราะการใช้ยาทางการแพทย์ที่ต่างไปจากเดิมถือเป็นการสร้างสรรค์ได้และในบางครั้งอาจให้ผลที่มีประสิทธิภาพในการรักษามากกว่าเดิม และแม้จะมีการเพิ่มเติมนวัตกรรมเพียงเล็กน้อยแต่ก็มีส่วนช่วยในการเพิ่มความปลอดภัยของวัคซีนหรือยาที่มีอยู่ และบางกรณีสามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตได้อันจะนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ดีต่อสุขภาพของสาธารณสุข ยกตัวอย่างเช่น การใช้ยาในรูปแบบใหม่สามารถเพิ่มประสิทธิภาพและลดผลข้างเคียงบางอย่างได้ เป็นต้น นอกจากนี้ กระบวนการที่ได้รับการปรับปรุงสามารถช่วยลดต้นทุนการผลิตได้และกระบวนการใหม่หรือวิธีการใหม่ที่ดีขึ้นนี้อาจสามารถช่วยลดการปนเปื้อนของผลิตภัณฑ์เภสัชกรรมที่มีสารพิษตกค้างให้ลดลงได้⁴⁴

อย่างไรก็ตามมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมองว่าเป็นเรื่องยากมากที่จะบอกว่ามีนวัตกรรมที่นำมาซึ่งการปรับปรุงและพัฒนาอย่างแท้จริงในการทดลองทางคลินิก หรือที่จะพิสูจน์ได้ว่าการใช้ใหม่หรือวิธีการให้หรือกระบวนการใช้ใหม่นั้นจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการรักษาโรคหรือเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตได้ และมองว่าการปรับเปลี่ยนเพียงเล็กน้อยไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์แก่การรักษา นอกจากนี้ ผู้คัดค้านได้แสดงความคิดเห็นว่า การขยายขอบเขตของสิ่งที่สามารถจดสิทธิบัตรได้ ให้รวมถึงการใช้ใหม่ของผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จัก วิธีการใหม่ในการใช้ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จัก หรือกระบวนการใหม่ในการใช้ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักแล้วนั้น จะนำไปสู่ปรากฏการณ์ที่เรียกว่าสิทธิบัตรที่ไม่มีวันหมดอายุ หรือ Evergreening patent ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในการอธิบายถึงกลยุทธ์ของผู้ทรงสิทธิบัตรที่มีความต้องการจะขยายระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรยาต้นแบบดั้งเดิมที่กำลังจะหมดอายุการคุ้มครองลง โดยการยื่นคำร้องขอสิทธิบัตรเพิ่มเติมโดยปรับเปลี่ยนรายละเอียดของสิ่งประดิษฐ์เดิมเพียงเล็กน้อย ทั้งนี้ เพื่อขอรับความคุ้มครองอย่างต่อเนื่องไม่มีที่สิ้นสุด⁴⁵

ส่วนตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของไทย ได้บัญญัติถึงสิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ในมาตรา 5 ว่า การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้จะต้อง (1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (2) มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ (3) สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นการบัญญัติที่สอดคล้องกับความตกลง TRIPs โดยผู้วิจัยเห็นว่า บทบัญญัติข้อ 18.37 ของความตกลง CPTPP เป็นการขยายขอบเขตของสิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรได้เพิ่มเติมจากความตกลง TRIPs รวมทั้งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของไทย ข้อบัญญัติดังกล่าวทำให้การขอสิทธิบัตรนั้นง่ายขึ้น เพียงแค่มีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยนี้อาจแสดงให้เห็นได้ว่ายาหรือสิ่งประดิษฐ์นั้นขาดชั้น

⁴⁴WHO, WIPO and WTO, op. cit, p. 130.

⁴⁵Ibid., p. 131.

การประดิษฐ์ที่สูงขึ้นได้ อันมีผลให้แม้ยานั้นจะขาดชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นแต่ก็สามารถที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ และมีผลเป็นการยืดอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยานั้นออกไป ทำให้ยาที่มีสิทธิบัตรอยู่นั้นได้รับการต่ออายุไปเรื่อย ๆ นำไปสู่ปรากฏการณ์ที่เรียกว่า สิทธิบัตรที่ไม่มีวันหมดอายุหรือ Evergreening patent ดังที่กล่าวข้างต้น อันเป็นการสร้างอุปสรรคให้กับผู้ผลิตยาชื่อสามัญทั่วไปในการที่จะผลิตยาชื่อสามัญมาวางตลาดขายแข่งกับบริษัทยาต้นแบบเพราะถ้าทำเช่นนั้นอาจจะถูกดำเนินคดีข้อหาละเมิดสิทธิบัตรของยาต้นแบบได้

ซึ่งในประเทศไทยศาลฎีกาได้เคยตีความในเรื่องของสิทธิบัตรการใช้ใหม่ (New use patent) ไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7119/2522⁴⁶ โดยในคดีนี้ศาลได้พิจารณาคำว่า “การประดิษฐ์” ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรว่า คือ “การคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี” โดยศาลเห็นว่า สิทธิบัตรไม่สามารถออกให้กับการใช้ใหม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้

5.1.2. บทบัญญัติในเรื่องการขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร (Patent term extension)

จากการศึกษาพบว่า ความตกลง CPTPP ในข้อบัญญัติที่ 18.46 และ 18.48 ได้มีการขยายระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยา กล่าวคือ หากมีการยื่นขอรับสิทธิบัตรแล้ว สำนักงานสิทธิบัตรออกสิทธิบัตรให้ล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร อันได้แก่ ออกสิทธิบัตรให้ล่าช้าเป็นระยะเวลามากกว่า 5 ปี นับแต่วันขอยื่นรับสิทธิบัตรในเขตแดนของประเทศภาคีสมาชิก หรือ 3 ปี นับแต่วันที่มีการยื่นคำร้องขอให้มีการตรวจสอบคำร้อง โดยกรณีใดช้ากว่าให้ถือกรณีนั้นเป็นหลัก และหากผู้ทรงสิทธิบัตรร้องขอ รัฐภาคีนั้นจะต้องจัดให้มีเครื่องมือในการปรับแก้ระยะเวลาของสิทธิบัตรเพื่อชดเชยความล่าช้านั้น อันมีผลทำให้อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาขยายออกไปอีก⁴⁷ และ ในกรณีที่เกิดความล่าช้าจากกระบวนการอนุมัติการวางตลาดของผู้ทรงสิทธิบัตรที่ไม่เหมาะสม รัฐภาคีจะต้องมีการปรับแก้ระยะเวลาเพื่อชดเชยระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยานั้น⁴⁸ ซึ่งทั้งสองกรณีต่างเป็นการขยายระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยาออกไป ซึ่งความตกลง TRIPS ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว

โดยฝ่ายที่สนับสนุนเสนอมุมมองว่า เมื่อเปรียบเทียบกับสาขาเทคโนโลยีอื่น ๆ สาขาเภสัชกรรมถือว่ามีลักษณะที่เฉพาะและพิเศษกว่า คือ 1) สาขาเภสัชกรรมต้องใช้การลงทุน

⁴⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 7119/2522.

⁴⁷CPTPP, art. 18.46.

⁴⁸CPTPP, art. 18.48.

จำนวนมากทั้งในแง่มุมมองทางการเงินและในมุมมองด้านทรัพยากรมนุษย์ และจากการศึกษาของ Boston tufts centre ระบุว่า จำนวนเงินที่จำเป็นต้องใช้ในการพัฒนาโมเลกุลใหม่ของอุตสาหกรรมเภสัชกรรม คือ 2.5 พันล้านยูเอส⁴⁹ 2) อุตสาหกรรมยานี้มีความแตกต่างจากสาขาเทคโนโลยีอื่น ๆ ที่อุตสาหกรรมยาต้องมีการดำเนินการตรวจสอบอย่างเข้มงวดเพื่อรับประกันความปลอดภัยและประสิทธิภาพของยา 3) การพัฒนาและการตลาดของยาต้องใช้ระยะเวลาในหลายขั้นตอนซึ่งใช้เวลามากกว่า 10 ปี⁵⁰ ช่วงระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรยาจึงถือว่ามีความสำคัญต่อนักลงทุนในการที่จะเรียกคืนเงินลงทุนจำนวนมากที่ตนได้ลงไปกลับคืนมาพร้อมกับผลประโยชน์ตอบแทนจากการที่ตนได้ลงทุนไปนั้น⁵¹

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่คัดค้านเห็นว่า ข้อกล่าวอ้างหรือเหตุผลของฝ่ายที่สนับสนุนข้างต้นนั้นไม่เป็นความจริง เช่น ในแง่ของการลงทุนที่ว่า จากการศึกษาของ Boston tufts centre ระบุว่า จำนวนเงินที่จำเป็นต้องใช้ในการพัฒนาโมเลกุลใหม่ของอุตสาหกรรมเภสัชกรรม คือ 2.5 พันล้านยูเอส แต่จากการศึกษาวิจัยที่เผยแพร่โดย the London school of economic พบว่า มูลค่าในการลงทุนที่อุตสาหกรรมเภสัชกรรมจ่ายไปเพื่อพัฒนาตัวใหม่เฉลี่ยอยู่ที่เพียง 43.4 ล้านดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น และงานวิจัยอีกชิ้นที่เผยแพร่โดยมูลนิธิที่ไม่แสวงหาผลกำไรชื่อ Drugs for neglected diseases initiative พบว่า ค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการวิจัยและการพัฒนาที่ใช้ในการรักษาโรคเกี่ยวกับการนอนหลับมีเพียง 55 ล้านดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น⁵² ซึ่งเป็นการยากที่จะประเมินได้ว่าการประเมินใดที่เชื่อถือได้และมีความแม่นยำมากกว่ากัน

ส่วนในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว มีเพียงการกำหนดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรเท่านั้นว่า ให้สิทธิบัตรมีอายุการคุ้มครอง 20 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร⁵³ ซึ่งไม่สามารถต่ออายุการคุ้มครองได้ ส่วนในกรณีของอนุสิทธิบัตรนั้นกฎหมายสิทธิบัตรของไทยให้มีอายุการคุ้มครอง 6 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร แต่สามารถขอต่ออายุการคุ้มครองได้ 2 ครั้ง ครั้งละ 2 ปี⁵⁴ ซึ่งหากประเทศไทย

⁴⁹German Velasquez, *Vaccines, Medicines and COVID-19 How Can WHO Be Given a Stronger Voice?*, (Geneva: South Center, 2021), p. 63.

⁵⁰Kung-Chung Liu and Julien Chaisse, *The Future of Asian Trade Deals and IP* (Oxford: Hart Publishing, 2019), p. 185.

⁵¹WHO, WIPO and WTO, op. cit, p. 86.

⁵²German Velasquez, op. cit.

⁵³พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 35.

⁵⁴พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522, มาตรา 65 สัตต.

เข้าร่วมความตกลง CPTPP และบทบัญญัติเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาถูกนำกลับมาใช้ใหม่ ประเทศไทยจะต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวเข้ามาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งจะเป็นผลให้หากสำนักงานสิทธิบัตรกรมทรัพย์สินทางปัญญาดำเนินการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือหากสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาของประเทศไทยได้พิจารณาคำขออนุมัติให้วางขายยาในท้องตลาดล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร จะทำให้ต้องมีการขยายระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยานั้นออกไปอีกไม่เกิน 5 ปี ส่งผลให้สิทธิบัตรยานั้นหมดอายุช้าลง บริษัทยาต้นแบบสามารถขายยานั้นในราคาที่แพงได้นานยิ่งขึ้น ทั้งเป็นการชะลอการเข้าสู่ตลาดของยาสามัญที่มีราคาถูกกว่ายาต้นตำรับที่มีสิทธิบัตรอย่างมาก ทำให้คนไทยไม่สามารถที่จะเข้าถึงยาสามัญที่มีราคาถูกกว่าได้

5.1.3. บทบัญญัติในเรื่องการผูกขาดข้อมูลทางยา (Data exclusivity)

จากการศึกษาพบว่า ความตกลง CPTPP ในข้อบัญญัติที่ 18.50 และข้อบัญญัติ 18.51 ได้มีบทบัญญัติการผูกขาดข้อมูลทางยานี้ กล่าวคือ ภาควิชาความตกลง CPTPP ต้องให้ความคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยาและข้อมูลอื่น ๆ ที่ไม่ได้เปิดเผย ที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและประสิทธิผลของยานั้น อันรวมถึงข้อมูลทางคลินิกของผลิตภัณฑ์ยาทั่วไปและยาชีวภาพ โดยห้ามมิให้บริษัทยาชื่อสามัญขึ้นทะเบียนยาโดยใช้วิธีเปรียบเทียบข้อมูลทดลองทางคลินิก (Clinical trial) หรือข้อมูลเกี่ยวกับความปลอดภัยและประสิทธิผลของยากับยาต้นแบบหรือยาที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้ก่อนแล้ว เพื่อขออนุมัติการขึ้นทะเบียนยาเพื่อวางจำหน่าย โดยประเทศภาคีสมาชิกของความตกลง CPTPP จะต้องให้ความคุ้มครองแก่ข้อมูลดังกล่าวเป็นระยะเวลา 5 ปี นับจากวันที่อนุมัติการวางตลาดของยาชนิดใหม่ในดินแดนของภาคีนั้นสำหรับยาและเวชภัณฑ์ทั่วไป และ 3 ปี สำหรับข้อมูลทางคลินิกที่ต้องยื่นประกอบการขออนุมัติการวางตลาดของยาที่ได้รับการอนุมัติก่อนหน้านี้ ซึ่งครอบคลุมถึงยาที่มีข้อบ่งใช้ใหม่ สูตรตำรับยาใหม่หรือมีวิธีการใช้ยาใหม่ ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่ 18.50⁵⁵ และต้องให้ความคุ้มครองข้อมูลดังกล่าวสำหรับยาชีววัตถุเป็นระยะเวลา 8 ปี นับจากวันที่อนุมัติการวางตลาดของยานั้นในดินแดนของภาคีนั้นเป็นครั้งแรกหรือ 5 ปี โดยมีเงื่อนไขว่าระยะเวลาที่สั้นกว่านี้ได้รับการสนับสนุนโดยมาตรการป้องกันตลาดเพิ่มเติม ทั้งนี้ ตามข้อบัญญัติที่ 18.51 นอกจากนี้ ในความตกลง CPTPP มีบทบัญญัติการคุ้มครองข้อมูลการทดสอบทางชีววิทยาหรือข้อมูลทางคลินิกใหม่ของยาที่มีโมเลกุลขนาดเล็ก อันเป็นการให้ความคุ้มครองที่สูงมากเมื่อเทียบกับข้อตกลงการค้าเสรีอื่น ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว

⁵⁵CPTPP, art. 18.50.

การให้ความคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยาถูกมองว่าเป็นเรื่องที่มีความริและสมเหตุสมผล เนื่องจากเมื่อเทียบกับเทคโนโลยีสาขาอื่น ๆ การพัฒนายาต้องใช้ระยะเวลาที่นาน ต้องใช้เงินลงทุนที่สูง และต้องใช้ทรัพยากรมนุษย์จำนวนมาก รวมทั้งมีกระบวนการที่ซับซ้อน อันประกอบไปด้วยเภสัชวิทยา การทดสอบทางพิษวิทยาและการทดลองทางคลินิก ซึ่งข้อมูลการทดสอบที่สร้างขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวถือว่า เป็นทรัพย์สินที่มีค่าและถือเป็นความสำเร็จในการลงทุนของผู้คิดค้นยา จึงเป็นธรรมดาที่บริษัทที่คิดค้นยาต้องการที่จะปกป้องการลงทุนของพวกเขา⁵⁶ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยาจะช่วยป้องกันไม่ให้นักวิทยาศาสตร์เข้ามาแข่งขันในตลาดยากับบริษัทที่ตนแบบได้ อันจะส่งผลให้นักวิทยาศาสตร์ยังคงมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวและสามารถหาประโยชน์กับยานั้นเพื่อเรียกคืนเงินลงทุนจำนวนมหาศาลที่ตนได้ลงไปกลับคืนมาได้พร้อมกับกำไรจำนวนมาก

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ได้แย้งเห็นว่า การให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะชะลอการแข่งขันในตลาดของบริษัทที่เข้ามาออกไปอีก 5 ปี ทำให้ยาต้นตำรับนั้นมีราคาที่สูงอย่างต่อเนื่องอันเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงยาราคาถูกของผู้ป่วย⁵⁷ กล่าวคือ โดยทั่วไปหากบริษัทที่เข้ามาจะยื่นขอจดทะเบียนยาเพื่อที่จะจำหน่ายยาของบริษัทของตนตำรับที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วก่อนหน้านี้ บริษัทหรือผู้ผลิตยาของบริษัทจะต้องยื่นข้อมูลที่แสดงให้เห็นว่า ยาของบริษัทของตนมีชีวสมมูลเทียบเท่ากับยาต้นตำรับที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว โดยหน่วยงานที่กำกับดูแลเรื่องยาจะมีข้อมูลการทดลองทางคลินิกที่ใช้ในการพิสูจน์ได้ว่ายาต้นตำรับนั้นมีความปลอดภัยและมีประสิทธิภาพในการใช้รักษาได้ไว้อยู่แล้ว ดังนี้ หน่วยงานดังกล่าวต้องทำหน้าที่ประเมินว่า ยาซึ่งเข้ามามีมาตรฐานเรื่องชีวสมมูลเทียบเท่ากับยาต้นตำรับหรือไม่ ซึ่งการมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยาจะทำให้หน่วยงานที่กำกับดูแลเรื่องยานั้นไม่สามารถใช้ข้อมูลทดลองทางคลินิกของบริษัทที่ตนแบบมาอ้างอิงเพื่ออนุมัติยาของบริษัทที่ขอขึ้นทะเบียนได้ อันเป็นการกีดกันไม่ให้นักวิทยาศาสตร์ที่มีราคาถูกกว่าเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ ต้องรอจนกว่าระยะเวลาการคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยานั้นจะสิ้นสุดหรืออีกทางหนึ่งที่บริษัทที่เข้ามาจะสามารถขอขึ้นทะเบียนได้ คือ บริษัทที่เข้ามาจะต้องทำการทดลองทางคลินิกใหม่ทั้งหมดอีกครั้ง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบริษัทที่ตนแบบ ผู้ผลิตหรือบริษัทที่เข้ามาจะมีประสบการณ์ที่น้อยกว่าและมีเงินทุนที่จำกัด ดังนี้ การทำการทดลองทางคลินิกซ้ำ

⁵⁶ศุทธิณี สัตตอาภาวุฒิปรีชา, “COVID-19 Vaccine,” วารสารเพื่อการวิจัยและพัฒนา องค์การเภสัชกรรม 28, 1 (เมษายน-กันยายน 2564): 12-16.

⁵⁷Yan Yee Yap and others, “Trans-Pacific Partnership Agreement and Its Impact on Accessibility and Affordability of Medicines: A Meta-Synthesis,” *Therapeutic Innovation and Regulatory Science* 51, 4 (March 2017): 446.

อีกครั้งจึงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้กับมนุษย์และสัตว์ นอกจากนี้ การทำการทดลองทางคลินิกเพื่อรับประกันความปลอดภัยและควมมีประสิทธิภาพของยาฆ่า ๆ กันหลายครั้ง ทั้งที่สามารถคาดการณ์ได้ว่าผลที่ออกมาจะคล้ายกับผลการทดลองทางคลินิกก่อนหน้านี้ของบริษัทยาต้นแบบจึงถูกมองว่าขัดกับกฎหมายจริยธรรมและเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น ซึ่งในทางปฏิบัติเนื่องจากกระบวนการทดลองทางคลินิคนั้นต้องใช้งเงินจำนวนมากและมีความซับซ้อน บริษัทยาสามัญส่วนใหญ่เลือกที่จะรอให้ระยะเวลาการคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยานั้นหมดอายุก่อน มากกว่าที่จะทำการทดลองทางคลินิกใหม่ทั้งหมดอีกครั้ง

ปัจจุบันประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองข้อมูลทดสอบยาแต่อย่างใด ซึ่งหากประเทศไทยเข้าร่วมความตกลง CPTPP และประเทศในภาคีได้นำบัญญัติเรื่องการคุ้มครองข้อมูลทดสอบยากลับมาใช้ใหม่ ประเทศไทยจะต้องถูกผูกพันเช่นเดียวกัน ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประเทศไทยให้ต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน อันจะก่อให้เกิดการผูกขาดตลาดอีกรูปแบบหนึ่งที่ต่างจากสิทธิในสิทธิบัตร ส่งผลให้ยาที่ได้รับคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศไทยมีราคาที่สูงจนกว่าระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยาจะสิ้นสุดลง อันเป็นอุปสรรคอย่างมากในการเข้าถึงยาในราคาที่ถูกลงของคนไทย และการผูกขาดข้อมูลการทดสอบยาจะทำให้องค์การอาหารและยาไม่สามารถใช้ข้อมูลทดลองทางคลินิกของบริษัทยาต้นแบบมาอ้างอิงเพื่ออนุมัติยาชื่อสามัญที่ขอขึ้นทะเบียนได้ อันเป็นการกีดกันไม่ให้บริษัทยาชื่อสามัญที่มีราคาถูกลงกว่าเข้ามาแข่งขันในตลาดได้ ต้องรอจนกว่าระยะเวลาการคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยานั้นจะสิ้นสุดลง หรือบริษัทยาชื่อสามัญนั้นจะต้องทำการทดลองทางคลินิกเองใหม่ทั้งหมด ซึ่งเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากและมีค่าใช้จ่ายสูง โดยส่วนใหญ่บริษัทยาชื่อสามัญเลือกที่จะรอให้ระยะเวลาการคุ้มครองข้อมูลการทดสอบยาหมดลงเสียก่อน กล่าวคือทำให้บริษัทยาชื่อสามัญขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญได้ยากขึ้นและล่าช้าออกไป

กล่าวโดยสรุป แม้บทบัญญัติเหล่านี้จะถูกระงับไว้ภายใต้ความตกลง CPTPP แต่เป็นการระงับไว้ชั่วคราวมิได้ถูกยกเลิกออกไปจากความตกลง ดังนี้ หากเหล่าประเทศภาคีสมาชิกต่างเห็นพ้องต้องกันที่จะนำบทบัญญัติใดกลับมาใช้ บทบัญญัตินั้นจะมีผลบังคับและจะส่งผลกระทบต่อเข้าถึงยาของประเทศไทยตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ข้างต้น หากประเทศไทยตัดสินใจเข้าเป็นภาคี ยิ่งหากต่อไปในภายภาคหน้าประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินใจที่จะกลับเข้ามาเข้าร่วมในความตกลงนี้อีกครั้ง โอกาสที่บทบัญญัติเหล่านี้จะกลับมาใช้บังคับอีกยังเป็นไปอย่างมาก

5.2 บทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับทันทีหากประเทศไทยเข้าร่วมความตกลง CPTPP ได้แก่ บทบัญญัติเรื่องการเชื่อมโยงระบบการขึ้นทะเบียนยา กับระบบสิทธิบัตร (Patent linkage)

ปรากฏในข้อบัญญัติที่ 18.53⁵⁸ ของความตกลง CPTPP กล่าวคือ ประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP จะต้องจัดทำระบบเชื่อมโยงการขึ้นทะเบียนยา กับระบบสิทธิบัตรเข้าด้วยกัน (Patent linkage) ซึ่งสมาชิกมี 2 ทางเลือก คือ

ทางเลือกแรก คือ หากประเทศภาคีใดอนุญาตให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลที่เป็นผู้ยื่นข้อมูลความปลอดภัยและควมมีประสิทธิภาพของยาเป็นคนแรก สามารถใช้หลักฐานหรือข้อมูลเกี่ยวกับความปลอดภัยและควมมีประสิทธิภาพของยาที่ได้รับการอนุมัติแล้วก่อนหน้าเพื่อขออนุมัติการวางตลาด รัฐภาคีนั้นต้องมีระบบที่ต้องแจ้งให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบ หรือเปิดโอกาสให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถรับการแจ้งเตือน ก่อนที่จะมีการวางตลาดยา ดังกล่าว ว่ามีบุคคลอื่นดังกล่าวข้างต้นนั้นพยายามที่จะวางยานั้นในตลาดในระหว่างระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรยาที่ได้รับการอนุมัตินั้นหรือวิธีการใช้ที่ได้รับอนุมัติของยานั้น

ทางเลือกที่สอง คือ ประเทศภาคีต้องใช้หรือคงไว้ซึ่งระบบที่ไม่ใช่การพิจารณาดีทางศาล ซึ่งจำกัดไม่ให้มีการอนุมัติการวางตลาดแก่บุคคลที่สามใด ๆ ที่พยายามจะวางตลาดยา ที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร เว้นแต่จะได้รับความยินยอมหรือการยอมรับโดยปริยายจากผู้ทรงสิทธิบัตร ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตร ซึ่งถูกยื่นให้กับหน่วยงานผู้อนุมัติการวางตลาดโดยผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ยื่นคำขออนุมัติการวางตลาดหรือโดยอาศัยการประสานงานโดยตรงระหว่างหน่วยงานผู้อนุมัติการวางตลาดและสำนักงานสิทธิบัตร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่อนุญาตให้ขึ้นทะเบียนยาสามัญเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิบัตรก่อนเท่านั้น

ฝ่ายที่สนับสนุนข้อบัญญัตินี้มองว่า ระบบการเชื่อมโยงระบบการขึ้นทะเบียนยา กับระบบสิทธิบัตรนี้จะช่วยแก้ปัญหาและลดข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิบัตร โดยจะทำให้จบปัญหาได้เร็วกว่าและเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่ากรณีปล่อยให้มีการอนุมัติคำขอไปก่อนแล้วค่อยมาฟ้องร้องกันทีหลัง ซึ่งในทางปฏิบัติแม้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรจะมีกลไกในการฟ้องร้องผู้ที่กระทำการละเมิดสิทธิบัตรได้ แต่ระบบการเชื่อมโยงการขึ้นทะเบียนยา กับระบบสิทธิบัตรเป็นที่นิยมมากกว่าการฟ้องร้องที่มีความซับซ้อนและยากสำหรับเจ้าของสิทธิบัตรในการที่จะฟ้องบริษัทยาชื่อสามัญได้⁵⁹

⁵⁸CPTPP, art. 18.53

⁵⁹Kyung-Bok Son and others, “Moderating the Impact of Patent Linkage on Access to Medicines: Lessons from Variations in South Korea, Australia, Canada, and the United States,” *Globalization and Health* 14 (October 2018): 2.

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ได้แย้งเห็นวาระบบดังกล่าวเป็นการสร้างภาระให้กับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนยา ซึ่งโดยหลักเขามีหน้าที่ในการตรวจสอบความปลอดภัยและประสิทธิภาพของยาเท่านั้น มิใช่มีหน้าที่ในการป้องกันการละเมิดสิทธิบัตรที่อาจจะเกิดขึ้น แต่บทบัญญัติดังกล่าวจะทำให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าวกลายเป็นผู้พิทักษ์สิทธิบัตรด้วย⁶⁰

จากการศึกษาพบว่า บทบัญญัตินี้เป็นเช่นเดียวกับข้อกำหนด TRIPs Plus ที่ส่งเสริมการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงขึ้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติในการที่จะชะลอการเข้าสู่ตลาดของบริษัทยาชื่อสามัญ กล่าวคือ บริษัทยาชื่อสามัญจะยังไม่สามารถนำยาชื่อสามัญที่มีคุณสมบัติเหมือนยาต้นแบบแต่มีราคาที่ถูกกว่าเข้ามาขายในตลาดได้ ต้องรอจนกว่ายาที่ได้รับสิทธิบัตรหรือยาต้นแบบหมดอายุหรือบริษัทยาชื่อสามัญจะต้องได้รับอนุญาตจากบริษัทยาต้นแบบก่อน อันเป็นการขยายสิทธิผูกขาดของบริษัทยาต้นแบบในการที่จะขายยาต้นแบบในราคาที่สูงได้ยาวนานยิ่งขึ้น โดยระบบนี้คาดว่าจะชะลอการเข้าสู่ตลาดของยาชื่อสามัญออกไปประมาณ 3-4 ปี ทำให้ผู้ป่วยไม่มีทางเลือก หากต้องการจะได้รับการรักษาต้องยอมจ่ายเงินในราคาที่สูงเพื่อซื้อยาต้นแบบเท่านั้น⁶¹

โดยจากการศึกษาพบว่า การเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตรกับการขึ้นทะเบียนยา (Patent linkage) นี้ไม่ปรากฏในความตกลง TRIPs ทั้งไม่ปรากฏในกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย หมายความว่า หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะต้องนำการเชื่อมโยงระบบการขึ้นทะเบียนยากับระบบสิทธิบัตร (Patent linkage) ในข้อบทที่ 18.53 มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน และต้องมีการปรับเปลี่ยนวิธีการปฏิบัติให้สอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าวด้วย โดยประเทศไทยมีทางเลือกสองทาง

ทางเลือกที่หนึ่ง หากมีบุคคลใดมาขอขึ้นทะเบียนยาสามัญเพื่อวางตลาดยาในระหว่างที่ยังอยู่ในระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรของยาต้นแบบ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) จะต้องมีการแจ้งเตือนแก่เจ้าของสิทธิบัตรยาต้นแบบให้รู้ตัวก่อนว่ามีบุคคลอื่นพยายามที่จะวางตลาดยาในระหว่างอายุการคุ้มครอง และจะต้องไม่ขึ้นทะเบียนให้บริษัทยาสามัญจนกว่าบริษัทยาต้นแบบที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรจะดำเนินการทางศาลหรือวิธีการอื่น ๆ ในประเด็นการละเมิดสิทธิบัตรให้เสร็จสิ้นก่อน

ในทางเลือกนี้จะพบว่า ปัจจุบันในประเทศไทยหน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องการขึ้นทะเบียนยากับหน่วยงานที่รับผิดชอบเรื่องการจดสิทธิบัตรเป็นคนละหน่วยงาน กล่าวคือ หน่วยงานที่ดูแลในเรื่องการขึ้นทะเบียนยา ได้แก่ อย. กระทรวงสาธารณสุข ส่วนหน่วยงานที่ดูแลในเรื่องสิทธิบัตร ได้แก่ กรมทรัพย์สินทางปัญญากระทรวงพาณิชย์

⁶⁰WHO, WIPO and WTO, op. cit, p. 187.

⁶¹Yan Yee Yap and others, op. cit.

โดย อย. จะมีหน้าที่ในการตรวจสอบคุณภาพ ประสิทธิภาพและความปลอดภัยของยา ก่อนที่จะอนุญาตให้ยานั้นสามารถจำหน่ายในประเทศไทยได้ โดยบังคับให้บริษัทที่ต้องการขายยาในประเทศไทยต้องทำการขออนุมัติการขึ้นทะเบียนยาจะไม่กระทำไม่ได้ อันเป็นไปตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510⁶² ซึ่งการตรวจสอบแบ่งได้ 2 กรณีหลักๆ

กรณีแรก ถ้าเป็นการขึ้นทะเบียนตำรับยาใหม่ อย. จะต้องตรวจสอบข้อมูลทดลองทางคลินิก (Clinical trial) อันได้แก่ รายละเอียดตั้งแต่ผลของการทดลองวิจัยยานั้นในสัตว์หรือในคน จนกว่าจะแน่ใจว่ายานั้นมีประสิทธิภาพในการรักษาและมีความปลอดภัยจริงและยังจะต้องตรวจสอบต่อหลังจากที่อนุญาตให้จำหน่ายไปแล้วอีกระยะหนึ่ง

กรณีที่สอง หากเป็นการขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญ ผู้ยื่นขอขึ้นทะเบียนไม่จำเป็นต้องทำการทดลองวิจัยทางคลินิกใหม่ เพียงแต่จะต้องพิสูจน์ว่ายานี้ชื่อสามัญนั้นมีประสิทธิภาพและความปลอดภัยเหมือนกับยาต้นแบบโดยการแสดงผลการศึกษาชีวสมมูล (Bioequivalence)⁶³ กล่าวคือ อย. ต้องดูว่าเมื่อเปรียบเทียบกับยาต้นแบบกับยาชื่อสามัญแล้วยาชื่อสามัญมีประสิทธิภาพและความปลอดภัยเหมือนยาต้นแบบหรือไม่ โดยอาศัยข้อมูลประสิทธิภาพและความปลอดภัยของยาต้นแบบเป็นหลักฐานในการขึ้นทะเบียน

ส่วนสิทธิบัตรเป็นเรื่องของกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ที่มีหน้าที่ในการพิจารณาว่า สิ่งประดิษฐ์หรือยานั้นสามารถที่จะจดสิทธิบัตรได้หรือไม่และในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิบัตรยาเกิดขึ้นจะเป็นสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรที่จะต้องดำเนินการเองภายใต้การดูแลของกรมทรัพย์สินทางปัญญา

ดังนั้น จะพบว่าทั้งสองหน่วยงานนี้แบ่งแยกหน้าที่กันอย่างชัดเจน ซึ่งหากประเทศไทยเข้าร่วมความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะต้องสร้างระบบการเชื่อมโยงสิทธิบัตร กล่าวคือ อย. และกรมทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องประสานความร่วมมือกันในการทำงาน โดยหากมีการนำยาชื่อสามัญมาขอขึ้นทะเบียนยากับ อย. นอกจากที่ อย.ต้องตรวจสอบคุณภาพและความปลอดภัยของยาแล้ว ยังจะต้องตรวจสอบว่า ยามีสิทธิบัตรแล้วหรือไม่ และ อย.จะต้องแจ้งไปยังบริษัทยาต้นแบบที่จดสิทธิบัตรยานั้นไว้ให้ทราบว่ามี การมาขอขึ้นทะเบียนยาชนิดเดียวกันโดยบริษัทอื่น โดยบริษัทดังกล่าวหาทางวางขายยานั้นในท้องตลาดในระหว่างเวลาที่ยาต้นแบบยังอยู่ในระยะเวลาคopyright และ อย. จะต้องให้ระยะเวลา กับบริษัทยาต้นแบบในการที่จะดำเนินการทางศาลหรือการฟ้องร้องบริษัทอื่นนั้นที่มายื่น ในประเด็น

⁶²พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510, มาตรา 12.

⁶³การศึกษาชีวสมมูล (Bioequivalence) หมายถึง การศึกษาเปรียบเทียบความเท่าเทียมกันของอัตราการดูดซึมและปริมาณยาที่ถูกดูดซึมเข้าสู่กระแสเลือดของผู้ที่รับประทานยาชื่อสามัญกับยาต้นแบบ.

การละเมิดสิทธิบัตรหรือไม่ก่อนจนเสร็จสิ้น อย. ถึงจะอนุมัติให้ขึ้นทะเบียนยาได้ ทาง อย. จะอนุมัติทันทีไม่ได้ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อประเทศไทยในการเข้าถึงยาและต่อกฎหมายสิทธิบัตร คือ

1) เป็นการเพิ่มภาระให้กับองค์การอาหารและยา (อย.) ที่จะต้องทำหน้าที่เหมือนเจ้าหน้าที่บังคับสิทธิบัตร ในการตรวจสอบว่า มีการละเมิดสิทธิบัตรยาหรือไม่ ทั้งเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่เจ้าของสิทธิบัตรยาให้สามารถบังคับใช้สิทธิของตนได้โดยไม่ต้องใช้กระบวนการทางศาล ซึ่งโดยปกติแล้วตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรหากพบว่า มีการละเมิดสิทธิบัตร ผู้ทรงสิทธิบัตรจะต้องเป็นผู้นำคดีไปฟ้องศาลด้วยตนเอง

2) มีผลเป็นการชะลอระยะเวลาการขึ้นทะเบียนของยาชื่อสามัญ และเมื่อยาสามัญไม่สามารถที่จะวางจำหน่ายได้ ยาดันแบบก็จะผูกขาดตลาดยาวนานมากกว่า 20 ปี ซึ่งจะเป็นการขยายระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรออกไปอีก ประชาชนก็ต้องซื้อยาในราคาแพง แม้ในความเป็นจริงระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรยานั้นจะหมดลงไปแล้วก็ตาม และ

3) การมีระบบการเชื่อมโยงสิทธิบัตรจะกระทบต่อการที่รัฐจะประกาศบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory licensing: CL) เพราะยาที่รัฐจะประกาศ CL ได้นั้นจะต้องเป็นยาที่ได้รับบริการขึ้นทะเบียนยาจาก อย. แล้วเท่านั้น

ทางเลือกที่สอง ประเทศไทยจะต้องจัดให้มีระบบที่ไม่ใช่วิธีการพิจารณาคดีทางศาล มาดูแลไม่ให้มีการอนุมัติการขึ้นทะเบียนยาให้กับบุคคลอื่นเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของสิทธิบัตรยานั้นก่อนว่าให้สามารถใช้อัลกอริทึมความปลอดภัยและประสิทธิภาพของยาที่มีสิทธิบัตรนั้นได้อันหมายความว่า อย. ไม่สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นที่ประกอบการผลิตยาชื่อสามัญใช้ข้อมูลความปลอดภัยและประสิทธิภาพของยาที่มีสิทธิบัตรนั้นขึ้นทะเบียนตำรับยาได้จนกว่าจะได้รับความยินยอมจากเจ้าของสิทธิบัตรยาดันแบบก่อน

ซึ่งผลที่ตามมา คือ บริษัทยาสามัญไม่สามารถใช้ข้อมูลความปลอดภัยและประสิทธิภาพของยาดันแบบได้หากบริษัทยาดันแบบไม่อนุญาตให้ใช้ ซึ่งในทางปฏิบัติบริษัทยาดันแบบที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรยาดันแบบย่อมไม่มีทางที่จะอนุญาตเป็นแน่แท้ อันจะทำให้บริษัทยาชื่อสามัญที่ต้องการจะขึ้นทะเบียนยาชื่อสามัญต้องทำการทดสอบผลการใช้ยาใหม่ ทั้งที่ยาสามัญนั้นใช้สูตรเดียวกันกับยาดันแบบก็ตาม ส่งผลให้บริษัทยาสามัญต้องลงทุนเพิ่มและเสียค่าใช้จ่ายอีกจำนวนมากและที่สำคัญต้องใช้เวลานานกว่าจะได้ผลการทดสอบครั้งใหม่ ทำให้ยาสามัญเข้าสู่ตลาดได้ช้าลง ยาดันแบบที่ได้รับสิทธิบัตรจะสามารถผูกขาดราคาขายได้นานขึ้นไปโดยปริยายแม้อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาดันแบบจะสิ้นสุดลงไปแล้วก็ตาม เนื่องจากยาชื่อสามัญไม่สามารถขึ้นทะเบียนยาได้ต้องรอจนกว่าผลทดสอบการใช้ยาใหม่จะสำเร็จ ทำให้ประชาชนไม่สามารถที่จะเข้าถึงยาสามัญนั้นได้ทันทีหลังจากที่ยาดันแบบหมดอายุการคุ้มครอง

ซึ่งไม่ว่าจะเป็นทางเลือกที่หนึ่งหรือทางเลือกที่สองต่างส่งผลต่อการเข้าถึงยาของประเทศไทยทั้งสิ้น ดังนี้ หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในและจะต้องทำการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบการขึ้นทะเบียนยากับระบบการจดสิทธิบัตรยาเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว อันจะส่งผลให้เกิดปัญหาการเข้าถึงยาของคนไทยดังที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น ผลประการหนึ่งที่สำคัญ คือ จะมีผลให้เป็นการยืดระยะเวลาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรยาออกไปให้นานกว่า 20 ปี โดยปริยายทำให้ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงยาสามัญที่มีราคาถูกลงได้ ซึ่งจากการศึกษาผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับการที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมกับความตกลง CPTPP แม้จะเหลือเพียงบทบัญญัติในเรื่องการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตร (Patent linkage) เท่านั้นที่มีผลใช้บังคับทันทีก็ตาม เพราะการมีบทบัญญัติดังกล่าวก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าถึงยาของคนไทยได้

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความตกลง CPTPP มีบทบัญญัติในด้านอื่น ๆ อีกมากมายถึง 30 ข้อบทที่ครอบคลุมถึงเรื่องต่าง ๆ นอกจากประเด็นสิทธิบัตรยาอันเป็นปัญหาต่อการเข้าถึงยาของประเทศไทย ซึ่งหากประเทศไทยเห็นว่า ประเทศไทยจะได้รับประโยชน์จากความตกลง CPTPP มากกว่า และตัดสินใจที่จะเข้าร่วมความตกลงดังกล่าว ประเทศไทยต้องเตรียมหามาตรการในประเด็นสิทธิบัตรยานี้ โดยเฉพาะในเรื่องของระบบการเชื่อมโยงสิทธิบัตร (Patent linkage) ที่มีผลใช้บังคับทันทีที่ประเทศไทยตัดสินใจเข้าร่วมความตกลง เพื่อรองรับกับการเข้าสมาชิกของความตกลง CPTPP และจะส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงยา รุนแรงน้อยที่สุด

โดยผู้วิจัยเห็นว่า หากประเทศไทยเข้าร่วมความตกลง CPTPP และต้องนำบทบัญญัติในเรื่องการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตรหรือ Patent linkage มาปรับใช้ ประเทศไทยควรเลือกทางเลือกที่หนึ่ง เพราะเป็นทางเลือกที่ยังพอมีโอกาสที่ยาสามัญจะสามารถขึ้นทะเบียนยาได้ก่อนที่สิทธิบัตรยาต้นแบบจะหมดอายุก่อนได้ อันเป็นทางเลือกที่ไม่เข้มงวดมาก แต่หากเป็นทางเลือกที่สองบริษัทยาชื่อสามัญไม่มีทางที่จะสามารถขึ้นทะเบียนยาได้ก่อนที่อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาต้นแบบจะหมดอายุลงเพราะบริษัทยาต้นแบบไม่มีทางอนุญาตให้บริษัทยาชื่อสามัญขึ้นทะเบียนกับองค์การอาหารและยาได้ก่อนที่อายุการคุ้มครองสิทธิบัตรยาต้นแบบของตนจะหมดลง ซึ่งถือเป็นการเลือกที่เข้มงวดมากกว่า และเมื่อประเทศไทยเลือกทางเลือกที่หนึ่งแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทยควรที่จะทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 เพื่อออกมารองรับกับระบบการเชื่อมโยงการขึ้นทะเบียนยากับระบบสิทธิบัตร (Patent linkage) โดยให้มีการเพิ่มส่วนที่เกี่ยวกับ “มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยา” เข้าไปเป็นส่วนที่ 7 ในหมวดที่ 2 ซึ่งแต่เดิมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 เคยบัญญัติเรื่องคณะกรรมการสิทธิบัตรยาเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมราคายา แต่ต่อมาได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542

โดยเพิ่มบทบัญญัติให้รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งโดยเฉพาะ เพื่อทำหน้าที่ในการประสานงานกับองค์การอาหารและยาในการที่จะช่วยองค์การอาหารและยาตรวจสอบว่า ยาที่นำมาขอขึ้นทะเบียนนั้นละเมิดสิทธิบัตรหรือไม่ รวมถึงการจัดทำระบบสืบค้นฐานข้อมูลของสิทธิบัตรยาไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้การสืบค้นข้อมูลของยาที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นเป็นระบบและมีเนื้อหาที่ละเอียด ถูกต้องแม่นยำและมีประสิทธิภาพอันจะทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบข้อมูลสิทธิบัตรยา ซึ่งคุณสมบัติของคณะกรรมการ อำนวย หน้าที่ ระบบการทำงานของคณะกรรมการชุดนี้ และรายละเอียดอื่น ๆ ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงที่รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้ออก ทั้งนี้ เพื่อรองรับการเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลง CPTPP

5.3 ข้อกังวลเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา (CL) ของประเทศไทย หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP

สำหรับมาตรการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตร (CL) เป็นมาตรการที่ถูกกำหนดไว้ในข้อที่ 31b ของความตกลง TRIPs ที่อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถใช้สิทธิตามสิทธิบัตรได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิก่อน ในกรณีที่เกิดภาวะฉุกเฉินของประเทศ หรือสถานการณ์เร่งด่วนอย่างที่สุดอื่น ๆ หรือการใช้เพื่อประโยชน์ของสาธารณสุขที่ไม่ใช่การใช้ในเชิงพาณิชย์ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรเทาและแก้ปัญหาการเข้าถึงยาที่มีราคาแพง กล่าวคือ ในกรณีที่ประเทศใดเกิดวิกฤตมีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณสุข ประเทศนั้นสามารถประกาศใช้ CL เพื่อนำเข้าผลิตภัณฑ์ยาที่มีสิทธิบัตรได้ เนื่องจากยาที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นที่จะมีสิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอ ขาย หรือนำเข้ามาซึ่งยานั้น ทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรมีสิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียว ส่งผลให้เจ้าของสิทธิบัตรยาสามารถกำหนดราคาขายให้สูงเท่าใดก็ได้เพราะไม่มีคู่แข่ง การที่รัฐมีการประกาศใช้ CL จะทำให้ผู้ป่วยสามารถเข้าถึงยาที่มีราคาแพงนั้นได้แม้ยานั้นจะอยู่ภายในอายุการคุ้มครองสิทธิบัตรก็ตาม การประกาศใช้ CL จึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐบาลในการแก้ปัญหาการเข้าถึงยา

จากการศึกษาพบว่า ที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการประกาศใช้ CL กับยาจำนวน 7 รายการ โดยผลจากการประกาศใช้ CL นั้นพบว่า ผู้ป่วยสามารถเข้าถึงยาได้มากขึ้นโดยเฉพาะผู้ป่วยที่มีรายได้น้อยสามารถเข้าถึงยาที่ดีและมีคุณภาพมากกว่า ยกตัวอย่าง เช่น การประกาศใช้ CL สำหรับยาเอฟาวิเรนซ์ ที่เป็นยาต้านไวรัสเอชไอวี ซึ่งถือว่าเป็นยาที่มีประสิทธิภาพดีกว่าและผลข้างเคียงน้อยกว่า ยานิวริราพินที่เป็นยาที่เป็นส่วนประกอบในสูตรยาด้านไวรัสพื้นฐาน โดยทันทีที่ประกาศใช้ CL ราคา ยาเอฟาวิเรนซ์ลดลงทันที จากที่ผู้ป่วยต้องจ่ายเดือนละ 1,400 บาท เหลือเพียงเดือนละ 650 บาท เท่านั้น เป็นต้น⁶⁴ ซึ่งเป็นการใช้สิทธิโดยหน่วยงานของรัฐ

สำหรับการใช้ CL ของประเทศไทยภายใต้ความตกลง CPTPP นี้ มีประเด็นว่า หากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะยังคงสามารถใช้ CL ได้หรือไม่ จากการศึกษพบว่า มีการแบ่งความคิดเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย ขึ้นอยู่กับการตีความบทบัญญัติในความตกลง CPTPP

ความเห็นฝ่ายแรก เห็นว่า หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะยังคงสามารถใช้ CL ได้ ทั้งนี้ ตามที่ปรากฏในบทบัญญัติที่ 18.41 บทบัญญัติที่ 18.6 และ บทบัญญัติที่ 9.8

บทบัญญัติที่ 18.41 มีใจความสำคัญว่า ไม่มีข้อความใดในบทบัญญัติที่ 18 เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาของความตกลง CPTPP นี้ ที่จะขัดขวางหรือจำกัดสิทธิของประเทศภาคีสมาชิกในการที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิตามบทบัญญัติที่ 31 ของความตกลง TRIPs ที่ประเทศนั้นเป็นภาคี⁶⁵

บทบัญญัติที่ 18.6 มีใจความสำคัญว่า ภาคีในความตกลง CPTPP ยืนยันข้อผูกพันที่จะปฏิบัติตามปฏิญญาว่าด้วยความตกลงทริปส์และสาธารณสุข โดยภาคีสมาชิกมีความเข้าใจร่วมกันว่า พันธกรณีในบทนี้ไม่เป็นการกีดกันภาคีฝ่ายหนึ่งในการใช้มาตรการเพื่อการคุ้มครองด้านสาธารณสุข รวมทั้งภาคีสมาชิกยืนยันว่า บทบัญญัติในความตกลง CPTPP จะถูกตีความและถูกนำไปใช้ในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมสิทธิของภาคีแต่ละฝ่ายในการคุ้มครองด้านสาธารณสุข โดยเฉพาะการส่งเสริมการเข้าถึงยาอย่างทั่วถึง ทั้งนี้ ภาคีแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะพิจารณาตัดสินว่า สิ่งใดเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินระดับประเทศ หรือสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่ง รวมถึงเป็นที่เข้าใจร่วมกันว่าวิกฤติการณ์ด้านสาธารณสุข หมายถึงรวมถึงวิกฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับ เอชไอวี/เอดส์ วัณโรค มาลาเรีย และโรคระบาดอื่น ๆ โดยให้ถือว่าโรคเหล่านี้เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินระดับประเทศหรือสถานการณ์เร่งด่วนอย่างยิ่งอื่น ๆ นอกจากนี้ ประเทศภาคีสมาชิกยืนยันข้อผูกพันในการเข้าถึงยา โดยจะไม่ขัดขวางหรือกีดกันภาคีสมาชิกจากการใช้ประโยชน์ตามวรรคที่หกของปฏิญญาโดฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และการสาธารณสุข (Implementation of Paragraph Six of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health) และตามพิธีสารแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงทริปส์ (Amendment of the TRIPS Agreement) และหากประเทศภาคีใดมีการปรับใช้มาตรการใด ๆ ในการเข้าถึงยาตามความตกลง TRIPs ไม่ว่าจะเป็นส่วนย่อยของวงของความตกลง TRIPs หรือส่วนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในความตกลง TRIPs แล้วการปรับใช้นั้นขัดแย้งกับพันธกรณีในบทบัญญัติของความตกลง CPTPP ในส่วนทรัพย์สินทางปัญญา ภาคีเหล่านั้นต้องหาหรือ

⁶⁴ซูเพ็ญ วิบูลสันติ, ภาวิตา ล้อมตระกูล และวิชชาดา พงศ์พฤกษา, “ความเห็นต่อผลกระทบของการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาต่อประชาชน รัฐบาล บริษัทฯ และเศรษฐกิจของประเทศไทย: ศึกษากรณีบุคลากรทางการแพทย์ ในจังหวัดเชียงใหม่,” *ไทยเภสัชศาสตร์และวิทยาการสุขภาพ* 4, 3 (September 2009): 362.

⁶⁵CPTPP, art. 18.41.

ร่วมกันในทันที เพื่อจะปรับใช้บทบัญญัติของความตกลง CPTPP ในส่วนทรัพย์สินทางปัญญา ให้เหมาะสมและเป็นไปตามข้อยกเว้นหรือการแก้ไขเพิ่มเติมของความตกลง TRIPs เหล่านั้น⁶⁶

บทบัญญัติที่ 9.8⁶⁷ เรื่องการเวนคืนและการชดเชย (Expropriation and compensation) ในข้อย่อที่ 5 ได้มีการยืนยันว่า ข้อบทว่าด้วยการเวนคืนนี้ไม่นำมาใช้กับกรณีที่ประเทศภาคีสมาชิกใด ได้มีการประกาศใช้ CL ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในข้อบัญญัติที่ 18 ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาและสอดคล้องกับความตกลง TRIPs กล่าวคือ ในเรื่องของการเวนคืนนี้ไม่ใช้กับ CL ที่เป็นไปตามความตกลง TRIPs เมื่อไม่ใช่เรื่องการเวนคืนจึงไม่อยู่ภายใต้ข้อบทว่าด้วยการคุ้มครองนักลงทุนในข้อบทที่ 9⁶⁸ ที่มีการกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสามารถฟ้องรัฐได้โดยผ่านอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการลงทุน ส่งผลให้ประเทศภาคีนั้นจะไม่สามารถถูกฟ้องร้องตามข้อบทการคุ้มครองนักลงทุนในข้อบทที่ 9 ได้

สรุปคือฝ่ายนี้เห็นว่า ความตกลง CPTPP ไม่ได้ขัดขวางประเทศภาคีสมาชิกในการที่จะใช้ CL หากการใช้ CL ของรัฐบาลไทยนั้นสอดคล้องกับความตกลง TRIPs ดังนี้ หากประเทศไทยเข้าร่วมความตกลง CPTPP ประเทศไทยจะยังคงสามารถใช้ CL ได้ อีกนัยหนึ่งหากประเทศภาคีอื่นเห็นว่าการบังคับใช้ CL ของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPs ก็สามารถที่จะอ้างข้อ 9.8 นี้มาฟ้องร้องประเทศไทยได้ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการประกาศใช้ CL ที่อาจทำให้รัฐบาลไม่กล้าที่จะประกาศใช้ CL อันส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงยาของประชาชนคนไทยได้

ฝ่ายที่สองเห็นว่า เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในความตกลง CPTPP แม้ประเทศไทยจะยังคงสามารถใช้ CL ได้ แต่ประเทศไทยอาจเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องจากนักลงทุนต่างชาติผ่านกลไกอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ตามเนื้อความที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติที่ 18.41 บทบัญญัติที่ 18.6 บทบัญญัติที่ 9.8 ร่วมกับเชิงอรรถที่ 16 ภาคผนวก 9-B ในเรื่องการเวนคืนและการชดเชย

กล่าวคือ แม้เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติที่ 18.41 บทบัญญัติที่ 18.6 และบทบัญญัติที่ 9.8 ตามที่กล่าวข้างต้น ประเทศไทยจะยังคงใช้ CL ได้ หากการใช้นั้นสอดคล้องกับความตกลง TRIPs ก็ตาม แต่ประเทศไทยอาจเสี่ยงต่อการที่จะถูกฟ้องร้องได้ โดยฝ่ายนี้เห็นว่า การใช้บทบัญญัติที่ 9.8 เรื่องการเวนคืนและการชดเชยนั้นต้องเชื่อมโยงถึงเชิงอรรถที่ 16 อันมีใจความว่า มาตรา 9.8 ต้องถูกตีความให้สอดคล้องกับภาคผนวก 9-B เรื่องการเวนคืนด้วย ซึ่งภาคผนวก 9-B⁶⁹ ระบุว่า “การกระทำที่ไม่เลือกปฏิบัติ ที่ได้ออกแบบและนำมาใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณสุขอันชอบธรรม เช่น

⁶⁶CPTPP, art. 18.6.

⁶⁷CPTPP, art. 9.8.

⁶⁸CPTPP, Ch. 9.

ด้านสาธารณสุข ความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อม ไม่ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม ยกเว้นในสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นได้ยาก” อันหมายความว่า เมื่อการใช้ CL เป็นการใช้ที่ไม่ใช่เป็นการเลือกปฏิบัติและนำมาใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะในด้านสาธารณสุขโดยชอบธรรม การใช้ CL จึงไม่ถือเป็นการเวนคืน เว้นแต่เป็นกรณีที่เป็นสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นได้ยาก (Rare circumstance) ซึ่งขึ้นอยู่กับความคิดเห็นว่าสถานการณ์ใดจะทำให้การใช้ CL ถือเป็นการเวนคืน โดยความคลุมเครือและไม่ชัดเจนนี้ ทำให้การใช้ CL อาจเป็นเหตุให้รัฐบาลถูกฟ้องร้องจากเจ้าของสิทธิบัตรยาภายใต้ข้อบ่งชี้ว่าด้วยการคุ้มครองนักลงทุนได้

สรุปฝ่ายนี้มองว่า แม้ประเทศไทยจะสามารถใช้ CL ได้แต่เสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้อง ซึ่งจะส่งผลให้รัฐบาลไทยอาจจะไม่กล้าที่จะประกาศใช้ CL ได้เนื่องจากเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องจากเจ้าของสิทธิบัตรยา ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงยาของประชาชนคนไทยได้

ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ไม่ว่าจะตีความแบบใด ทั้งแบบฝ่ายที่หนึ่งและแบบฝ่ายที่สอง ต่างให้ผลที่เหมือนกันว่า แม้ประเทศไทยจะสามารถประกาศใช้ CL ได้ แต่ประเทศไทยอาจเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องจากบริษัทยาผ่านกลไกอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ ตามข้อบ่งชี้ว่าด้วยการคุ้มครองนักลงทุน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น จะส่งผลให้รัฐบาลไทยอาจจะไม่กล้าประกาศใช้ CL เนื่องจากเสี่ยงที่จะถูกฟ้องร้องได้ ผลที่ตามมาคือ ประชาชนจะไม่สามารถที่จะเข้าถึงยาที่มีประสิทธิภาพและราคาถูกลงได้ ก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าถึงยา

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาทั้งหมดแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติในความตกลง CPTPP ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรยานี้ ส่งผลให้เกิดปัญหาในการเข้าถึงยาของประเทศไทย แม้บทบัญญัติบางประการจะถูกปรับใช้ไว้ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงการระงับไว้ชั่วคราวเท่านั้น ซึ่งไม่มีความแน่นอนว่าบทบัญญัติเหล่านั้น จะถูกนำกลับมาใช้อีกหรือไม่ ทั้งในปัจจุบันพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติให้สอดคล้องกับความตกลงดังกล่าวเลย

ผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่ควรที่จะเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP เพราะจะทำให้ประเทศไทยต้องประสบปัญหาในการเข้าถึงยา แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในด้านอื่น ๆ ของความตกลงแล้ว ประเทศไทยเห็นว่าการเข้าร่วมความตกลง CPTPP จะก่อให้เกิดประโยชน์กับประเทศมากกว่า และตัดสินใจที่จะเข้าร่วมกับความตกลงดังกล่าว ในส่วนของกฎหมายสิทธิบัตรนี้ ประเทศไทยต้องทำการแก้ไขกฎหมาย โดยเฉพาะเรื่องการเชื่อมโยงระบบสิทธิบัตรกับการขึ้นทะเบียนยา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับทันทีหลังจากที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลง CPTPP

โดยผู้วิจัยขอเสนอว่า

1) ประเทศไทยควรเลือกระบบการเชื่อมโยงสิทธิบัตรแบบไม่เคร่งครัด (Soft patent linkage) มาใช้ และ

2) ประเทศไทยควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 โดยให้มีการเพิ่มส่วนที่เกี่ยวกับ “มาตรการสำหรับสิทธิบัตรยา” เข้าไปเป็นส่วนที่ 7 ในหมวดที่ 2 โดยเพิ่มบทบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งโดยเฉพาะ เพื่อทำหน้าที่ในการประสานงานกับองค์การอาหารและยาในการที่จะช่วยองค์การอาหารและยาตรวจสอบว่า ยาที่นำมาขอขึ้นทะเบียนนั้นละเมิดสิทธิบัตรหรือไม่ รวมถึงการจัดทำระบบสืบค้นฐานข้อมูลของสิทธิบัตรยาไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อให้การสืบค้นข้อมูลของยาที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นเป็นระบบและมีเนื้อหาที่ละเอียดถูกต้องแม่นยำและมีประสิทธิภาพอันจะทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบข้อมูลสิทธิบัตรยา ซึ่งคุณสมบัติของคณะกรรมการ อานาจ หน้าที่ ระบบการทำงานของคณะกรรมการชุดนี้ และรายละเอียดอื่น ๆ ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้ออก ทั้งนี้ เพื่อรองรับการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงดังกล่าว

บรรณานุกรม

- จิรศักดิ์ รอดจันทร์. สิทธิบัตร: หลักกฎหมายและแนววิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ และภุมรินทร์ บุตรอินทร์. ประวัติศาสตร์และแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- ชูเพ็ญ วิบูลสันติ, ภาวิดา ลิ้มตระกูล และวิชชาดา พงศ์พุกษา. “ความเห็นต่อผลกระทบของการประกาศใช้สิทธิ เหนือสิทธิบัตรยาต่อประชาชน รัฐบาล บริษัทฯ และเศรษฐกิจของประเทศไทย: ศึกษากรณีบุคลากรทางการแพทย์ในจังหวัดเชียงใหม่.” *ไทยเภสัชศาสตร์และวิทยาการสุขภาพ* 4, 3 (September 2009): 252-264.
- บริษัทโบลลิเกอร์ แอนด์ คอมพานี (ประเทศไทย) จำกัด. โครงการศึกษาการเข้าร่วมความตกลงที่ครอบคลุมและก้าวหน้าสำหรับหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจภาคพื้นแปซิฟิก (CPTPP). กรมเจรจาการค้า กระทรวงพาณิชย์. กรุงเทพมหานคร: กรมเจรจาการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2562.
- ศุทธิณี สัตตอจหาญปรีชา. “COVID-19 Vaccine.” *วารสารเพื่อการวิจัยและพัฒนา องค์การเภสัชกรรม* 28, 1 (เมษายน-กันยายน 2564): 12-16.
- อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- Bently, Lionel and Brad Sherman. *Intellectual Property Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Bhardwaj, Ravikant. K. D. Raju, and Manchikanti Padmavati. “The impact of patent linkage on marketing of generic drugs.” *Journal of Intellectual Property Rights* 18, 4 (January 2013): 316-322.
- Cornish, William R. *Intellectual Property: Patent, Copyright, Trademarks and Allied Right*. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- Davies, D. Seaborne. “The Early History of the Patent Specification.” *Law Quarterly Review* 50 (April 1934): 86-109.
- Drahos, Peter. *A Philosophy of Intellectual Property*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 1996.

- _____. “BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property.” **Journal of World Intellectual Property** 4, 6 (January 2001): 791-808.
- Fromer, Jeanne C. “Expressive Incentives in Intellectual Property.” **Virginia Law Review** 98 (December 2012): 1746-1824.
- Gleeson, Deborah and others. “The Trans Pacific Partnership Agreement, Intellectual property and Medicines: Differential Outcomes for Developed and Developing countries.” **Global Social Policy** 18, 1 (October 2018): 7-27.
- Khan, Muhammad Aamir. Naseeb Zada and Kakali Mukhopadhyay. “Economic implications of the Comprehensive and Progressive Agreement for TransPacific Partnership (CPTPP) on Pakistan: a CGE approach.” **Journal of Economic Structures** 7, 2 (January 2018): 1-20.
- Li, Chunding and John Whalley. “Effects of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.” **The World Economy** 44, 5 (May 2021): 1312-1337.
- Liu, Kung-Chung. and Julien Chaisse (eds). **The Future of Asian Trade Deals and IP**. Oxford: Hart Publishing, 2019.
- Machlup, Fritz and Edith Penrose. “The Patent Controversy in the Nineteenth Century.” **Journal of Economic History** 10, 1 (May 1950): 1-29.
- Matthews, Duncan. “TRIPS flexibilities and access to medicines in developing countries: The problem with technical assistance and free trade agreements.” **European Intellectual Property Review** 11 (2005): 420-427.
- Musungu, Sisule F. and Cecilia Oh. **The use of flexibilities in TRIPs by developing countries: can they promote access to medicine?**. Geneva: The South Centre, 2006.
- Petri, Peter A. and Michael G. Plummer. “Should China Join the New Trans-Pacific Partnership?.” **China & World Economy** 28, 2 (March 2020): 18-36.
- Pusceddu, Piergiuseppe. “Assessing Access to Medicines in Preferential Trade Agreements: From the Trans-Pacific Partnership to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.” **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 49 (October 2018): 1048–1079.

- Roffe, Pedro. **Bilateral Agreement and TRIPs plus World: The Chile-USA Free Trade Agreement**. Ottawa: Quaker International Affairs Program, 2004.
- Son, Kyung-Bok. and others. “Moderating the Impact of Patent Linkage on Access to Medicines: Lessons from Variations in South Korea, Australia, Canada, and the United States.” **Globalization and Health** 14 (October 2018): 2.
- Upreti, Pratyush Nath. “From TPP to CPTPP: why intellectual property matters.” **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 13, 2 (February 2018): 100.
- Valdes, Raymundo. and Maegan McCann. **Intellectual Property Provisions in Regional Trade Agreements: Revision and Update’** in Rohini Acharya, **Regional Trade Agreement and the Multilateral Trading System**. UK: Cambridge University Press, 2016.
- Van Den Bossche, Peter. **The Law and Policy of the World Trade Organization**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Velasquez, German. **Vaccines, Medicines and COVID-19 How Can WHO Be Given a Stronger Voice?**. Geneva: South Center, 2021.
- VJ, Moir H. and others. “The Trans Pacific Partnership Agreement and Access to HIV Treatment in Vietnam.” **Global Public Health** 13 (2018): 400-413.
- WHO, WIPO and WTO. **Promoting Access to Medical Technologies and Innovation Intersections between Public Health Intellectual Property and Trade**. Geneva Switzerland: WHO, WIPO, WTO, 2013.
- Wu, Chien-Huei. “ASEAN at the Crossroad: Trap and Track between CPTPP and RCEP.” **Journal of International Economic Law** 23, 1 (March 2020): 97-117.
- Yap, Yan Yee and others. “Trans-Pacific Partnership Agreement and Its Impact on Accessibility and Affordability of Medicines: A Meta-Synthesis.” **Therapeutic Innovation and Regulatory Science** 51, 4 (March 2017): 446-459.

การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์

ดร.ชมพูนุท สติตย์เสมากุล

การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์*

Trade Dress Protection on Websites

ดร.ชมพูนุท สถิตย์เสมากุล**
Dr.Chomphunud Sathitsemakul

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันอินเทอร์เน็ตเข้ามามีบทบาทที่สำคัญต่อวิถีชีวิตรูปแบบใหม่ทำให้มีการดำเนินธุรกิจผ่านเว็บไซต์ที่ลูกค้าทั่วโลกสามารถเข้าถึงบริษัทของผู้ประกอบการได้ 24 ชั่วโมง ดังนั้น เพื่อที่จะดึงดูดความสนใจของลูกค้า ทำให้เกิดการซื้อขายสินค้าหรือบริการได้ง่ายและรวดเร็ว จึงส่งผลให้ต้องมีการพัฒนาเว็บไซต์ ตลอดจนสิ่งต่าง ๆ ที่ใช้ในการเข้าถึงระบบอินเทอร์เน็ต การตกแต่งร้านจากเดิมที่ต้องตกแต่งหน้าร้านเพื่อเป็นสัญลักษณ์หนึ่งที่ทำให้ลูกค้าจดจำและแยกแยะความแตกต่างของผู้ประกอบการแต่ละรายได้ เปลี่ยนมาเป็นการตกแต่งผ่านเว็บไซต์ของตนให้มีเอกลักษณ์เฉพาะเป็นที่จดจำแทน จนเป็นดังเครื่องหมายรูปลักษณะที่ปรากฏบนเว็บไซต์ (Web Dress) เพราะรูปแบบการดำเนินธุรกิจเปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะแม้ผู้ประกอบการไทยจะเป็นผู้คิดค้นออกแบบเว็บไซต์เอง แต่เมื่อมีผู้ลอกเลียนทำเว็บไซต์ทั้งในไทยหรือต่างประเทศ ผู้ประกอบการนั้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด ทั้งที่ตนต้องสูญเสียโอกาสทางธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรมอันเกิดจากการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์และส่งผลเสียหาย

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2566.

This research article is part of the research entitled “Trade Dress Protection on Websites.” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2023.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.ด. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. E-mail: chomphunud.s@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Assumption University; LL.M. in Business Law, Assumption University; LL.D. National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 31 มกราคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 มีนาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 7 มีนาคม 2566.

ในวงกว้าง เพราะการละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณ์นั้นสามารถถ่ายทอดผ่านการมองเห็นไปทั่วโลกผ่านระบบอินเทอร์เน็ต จนทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของธุรกิจ

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษาความสำคัญและความจำเป็นที่จะต้องมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า (Trade Mark) ในลักษณะเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) ซึ่งเป็นประเภทของเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งที่หมายความรวมถึงเครื่องหมายบริการด้วย โดยเฉพาะกรณีรูปลักษณ์โดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress) โดยศึกษาว่า ควรปรับแก้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 อย่างไรจึงจะสามารถคุ้มครองผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการซึ่งได้มีการออกแบบเว็บไซต์เพื่อใช้ในกิจการของตนอย่างเป็นธรรม ตลอดจนคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับสินค้าหรือบริการตรงตามคุณภาพและความประสงค์ที่แท้จริง

ผลการศึกษาพบว่า เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) ยังมีได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์จึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาทั้งสิ้น 4 ประการ ดังนี้ 1. ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ในประเทศไทย 2. ปัญหาของการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” “เครื่องหมายการค้า” “เครื่องหมายบริการ” “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม” 3. ปัญหาของการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะในรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ และ 4. ปัญหาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

ผู้วิจัยเสนอแนะว่า การบัญญัติหรือการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายรูปลักษณ์ เพื่อรองรับกับการให้ความคุ้มครองในสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคตควรเปิดกว้างให้ความคุ้มครองไปถึงส่วนประกอบต่าง ๆ ที่เมื่อมองภาพรวมแล้ว สามารถแยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการได้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ จึงควรแก้ไขคำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมาย” ให้มีความยืดหยุ่นไม่จำกัดเพียงสิ่งใดสิ่งหนึ่ง อันจะทำให้เครื่องหมายรูปลักษณ์ได้รับความคุ้มครองในอนาคต

นอกจากนี้ การตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง ต้องทำการตรวจสอบจากภาพรวมการออกแบบเว็บไซต์ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ มิใช่ตรวจสอบจากองค์ประกอบเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งที่ปรากฏบนเว็บไซต์ และการออกแบบเว็บไซต์นั้นอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ จึงควรแก้ไขมาตรา 7 วรรคสาม โดยกำหนดขอบเขตระยะเวลาในการเผยแพร่ และมีวิธีพิสูจน์ถึงความแพร่หลายภาครัฐจึงจำเป็นต้องขอคำแนะนำเพิ่มเติมทางเทคนิคจากผู้มีความเชี่ยวชาญในระบบคอมพิวเตอร์และออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะ ตามมาตรา 7 วรรคสามต่อไป

ทั้งนี้ ควรมีการกำหนดความหมายของ “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ให้ชัดเจนไว้ในมาตรา 4 รวมถึงประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความแพร่หลายให้ชัดเจน เพื่อลดปัญหาการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนและผู้ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และเมื่อเครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จันมีชื่อเสียงแพร่หลายได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) แล้ว ควรมีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเฉพาะสำหรับการตรวจสอบความแพร่หลายทางเว็บไซต์ซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิคที่จำเป็นต้องปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญระบบคอมพิวเตอร์ร่วมด้วย

คำสำคัญ: เครื่องหมายรูปลักษณ์, รูปลักษณ์โดยรวมของเว็บไซต์, พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

Abstract

Nowadays, the internet plays a significant part in a new way of life. This results in business operations through the website, allowing clients from all over the world to contact companies whenever they want. In order to arouse interest from clients, rapid and simple purchase of products and services has originated. This has spurred creation of websites and tools required to access an internet and website's system. Instead of decorating and developing physical stores as a mark to help clients recognizing and categorizing each entrepreneur, this has been changed to digital decoration through their own websites to make them remarkable. This change of business operation creates trade dress which is visible on websites defined as "web dress". Even though Thai business owners are now designing and building website themselves, Thailand doesn't have any laws to protect web dress. When there is any imitation happening either domestically or internationally, business owners do not have any protection regarding this matter even this causes unfairly loss of business opportunities and damages to wide area since infringement of web dress can be globally visible through internet's system. This obviously causes confusion to consumers of a real business' ownership. This research article intends to study significance and necessity of providing protection of trademark in a form of trade dress which is a type of trademark including service mark, especially general aspects of web dress.

This research is to study any approaches to amend the Trademark Act B.E. 2534 amended by the Trademark Act (No. 3) B.E. 2559 in order to equitably protect business owners who own websites as well as protect customers to obtain authentic with high quality of goods and services that truly satisfies their desires.

This research has discovered that the Trademark Act B.E. 2534 amended by the Trademark Act (No. 3) B.E. 2559 does not provide protection of trade dress, which leads to four legal issues that must be taken into account; 1. general trade dress protection on websites in Thailand; 2. definition of "Marks," "Trademarks," "Service Marks," "Certification Marks," and "Collective Marks"; 3. identification of characteristics of trade dress on websites; and 4. general trade dress protection on well-known websites.

The researcher recommends that the law to protect trade dress should be passed or amended to include a wide range of components that are suitable to distinguish the origin of goods and services in the future. Definition of “Marks” should be more flexible, open-ended and not restricted in order to ensure efficiency in enforcement. This will allow the trade dress to be further protected.

Additionally, while determining whether a website is unique or not, the overall web design must be considered rather than just a single element that appears on the page. Section 7 paragraph 3 should be revised to include a time restriction for dissemination and how to prove its prevalence. It is necessary for the government section to seek for more technical guidance from computer system or web development specialists and release a statement from the Ministry of Commerce on regulations for proving distinctive qualities under Section 7 paragraph 3.

In this regard, Section 4 shall define a “well-known mark” and shall include a statement from the Ministry of Commerce outlining the requirements for consideration of a well-known mark. A clear standard for determining prevalence must be created to lessen the issue of the Registrar’s and related parties’ discretion while evaluating trademark registration. Additionally, as well-known trade dress that appears on websites is similarly protected as well-known marks, there ought to be defined criteria for identifying web ubiquity, which also requires technical suggestions from computer system or web development specialists as well.

Keywords: trade dress, web dress, trademark act

1. บทนำ

ในปัจจุบันเว็บไซต์ได้กลายเป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีบทบาทในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในยุคสังคมออนไลน์ เว็บไซต์ถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งในการประกอบอาชีพต่าง ๆ เนื่องจากคุณสมบัติของเว็บไซต์ที่สามารถนำเสนอ เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารได้อย่างไร้ขีดจำกัดทั้งในเรื่องระยะทางและเวลา ประชาชนทั่วโลกสามารถเข้าถึงเว็บไซต์เพื่อทำความรู้จัก หาข้อมูล ซื้อสินค้าหรือบริการได้ตลอด 24 ชั่วโมง ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้สถานการณ์การตั้งภาครัฐและเอกชน หรือแม้แต่บุคคลทั่วไปต่างต้องการจัดทำเว็บไซต์ขึ้น เพื่อเป็นช่องทางการสื่อสารรูปแบบใหม่ที่ไร้พรมแดนอันเป็นช่องทางแรกในการติดต่อ ให้ข้อมูล สร้างความรู้จักระหว่างกัน ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างภาพลักษณ์ให้กับองค์กร บริษัท หรือร้านค้า จึงได้มีการคิดออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะเฉพาะตัว น่าประทับใจ สร้างความเชื่อมโยงไปถึงแหล่งที่มาของเจ้าของเว็บไซต์ได้ แทนการออกแบบตกแต่งหน้าร้านรูปแบบเดิม เว็บไซต์จึงเปรียบเสมือนหน้าร้านออนไลน์ และมีลักษณะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) ซึ่งเป็นประเภทของเครื่องหมายการค้า ชนิดหนึ่งที่มีความรวมถึงเครื่องหมายบริการด้วย

เครื่องหมายรูปลักษณ์คุ้มครองไปทั้งรูปลักษณ์และความรู้สึก (Look and Feel) ของผลิตภัณฑ์ เช่น บรรจุภัณฑ์ของผลิตภัณฑ์ การตกแต่งภายในร้าน หรือปกนิตยสาร ตลอดจนการรับรู้ภายในตลาด ทั้งนี้ ในกรณีของเว็บไซต์ “รูปลักษณ์และความรู้สึก” หมายถึง รูปแบบและการออกแบบโดยรวมของเว็บไซต์ ซึ่งรวมถึงรูปภาพ ภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว ข้อความ คำ โลโก้ กราฟิก สี แบบตัวอักษร ตลอดจนการจัดวางโครงสร้าง การจัดเรียงองค์ประกอบ และคุณลักษณะต่าง ๆ ของสิ่งที่ปรากฏบนเว็บไซต์ นอกจากนี้ ยังสามารถนำไปใช้กับอารมณ์และความประทับใจทั่วไปที่เกิดขึ้นเมื่อได้เห็นเว็บไซต์¹ ซึ่งการออกแบบเว็บไซต์ให้ดึงดูดความสนใจ สร้างความประทับใจ และมีลักษณะบ่งเฉพาะเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการแต่ละรายที่ใช้เครื่องหมายรูปลักษณ์ผ่านการออกแบบเว็บไซต์นั้น จะทำให้ผู้บริโภคทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายได้

ทั้งนี้ เมื่อประเทศไทยมิได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ แม้ผู้ประกอบการไทยจะเป็นผู้คิดค้นออกแบบเว็บไซต์เอง แต่เมื่อมีผู้ลอกเลียนทำเว็บไซต์ทั้งในไทยหรือต่างประเทศ ผู้ประกอบการนั้นก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองแต่อย่างใด ทั้งที่ต้นตอสูญเสียบโอกาสทางธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม อันเกิดจากการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์ ที่อาจกระทำได้ง่ายในระยะเวลาอันสั้น แต่ส่งผลเสียหายในวงกว้าง เพราะการละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณ์นั้น สามารถถ่ายทอดผ่านการมองเห็นไปทั่วโลก

¹Cheryl Cooper, CAN TRADE DRESS PROTECT YOUR WEBSITE FROM COPYCATS? [Online], available URL: <https://www.whitehouse-cooper.com/can-trade-dress-protect-website-copycats/>, 2022 (May, 14).

ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต จนทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของธุรกิจ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ทุกฝ่ายต้องตระหนักร่วมกัน โดยต้องพัฒนากฎหมายและกลยุทธการป้องกันที่เหมาะสมมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ความคุ้มครองต่อการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่บนเว็บไซต์ (Website) อันเป็นสิ่งจำเป็นที่ไม่ควรถูกมองข้ามอีกต่อไป บทความนี้จึงได้แสดงถึงปัญหา ความสำคัญ และความจำเป็นที่จะต้องมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า (Trade Mark) ในลักษณะเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) โดยเฉพาะกรณีรูปลักษณ์โดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress)

2. การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) และเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

อนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) และความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) ได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ในบางลักษณะ โดยในอนุสัญญากรุงปารีสไม่ได้กำหนดคำจำกัดความของสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ รัฐสมาชิกจึงสามารถกำหนดความหมายและเงื่อนไขการคุ้มครองได้เอง เช่น Article 6 (1) ได้บัญญัติเงื่อนไขของการยื่นและการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้เป็นหน้าที่ของรัฐสมาชิกที่จะทำการกำหนดในกฎหมายภายใน ด้วยเหตุนี้ ทำให้ไม่สามารถระบุได้ว่า อนุสัญญานี้ได้ให้ความคุ้มครองส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการประเภทใดโดยเฉพาะหรือไม่ คุ้มครองในลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ และไม่สามารถระบุขอบเขตหน้าที่และส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการได้ แต่ในอนุสัญญาได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไว้ในหลักการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตาม Article 10bis (3) (II), (III) ในส่วนของการก่อให้เกิดความสับสนและการทำให้เข้าใจผิด จากหลักการนี้ การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จึงสามารถได้รับความคุ้มครองจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตาม Article 10bis โดยการก่อให้เกิดความสับสนและการทำให้เข้าใจผิดไม่ว่าจะโดยวิธีการใดในสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ จึงเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมาตราดังกล่าวกำหนดขอบเขตกว้างครอบคลุมถึงการกระทำทุกอย่างในส่วนของการค้าที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมาย (Mark) สัญลักษณ์ (Sign) สี (Color) ของสินค้าหรือบริการหรือสิ่งชี้เฉพาะ (Distinctive Indication) อื่น ๆ ที่นักธุรกิจใช้ในการดำเนินธุรกิจ และยังรวมไปถึงลักษณะทุกอย่างของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏออกมา² นอกจากนี้ การที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศสามารถ

² นลินทร ชาติศิริ, “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 16.

กำหนดความหมายและเงื่อนไขการคุ้มครองเครื่องหมายการค้ารูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ได้เอง ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับหลักการของอนุสัญญาฯ ทำให้เครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) สามารถได้รับความคุ้มครองได้

ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับประเภทของการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะใน Article 15 (1) ประกอบกับ Article 2 (1) โดยการรวมกันของเครื่องหมายนั้น ต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายได้ด้วยประสาทสัมผัสทางการมองเห็น ใน Article 15 (1) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเครื่องหมายที่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการไว้ว่า “เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใด ๆ หรือการรวมกันของเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์อันสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าและบริการของผู้ประกอบการนั้น ๆ จากผู้ประกอบการรายอื่น ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าได้ โดยเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใด ๆ นั้นอาจหมายถึง คำซึ่งรวมถึงชื่อบุคคล ตัวอักษร ตัวเลข รูปร่างและรูปทรงของวัตถุ กลุ่มสี รวมถึงการรวมกันของเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ดังกล่าวย่อมสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ในกรณีที่เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ใด ๆ ไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือการบริการได้ ประเทศสมาชิกสามารถทำการจดทะเบียนโดยกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการบ่งเฉพาะแยกแยะความแตกต่างโดยการใช้ขึ้น ซึ่งประเทศสมาชิกอาจกำหนดเงื่อนไขของการจดทะเบียนว่า ให้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์นั้น ๆ ต้องสามารถแยกแยะได้โดยประสาทสัมผัสทางการมองเห็น”³ จากคำจำกัดความนี้ สัญลักษณ์ใน Article 15 (1) มีลักษณะเป็นส่วนประกอบต่าง ๆ ที่สามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการหนึ่งได้ โดยมีได้จำกัดเพียงแค่ลักษณะของสัญลักษณ์ที่กล่าวไว้ข้างต้นเท่านั้น ดังนั้น เครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ซึ่งสามารถมองเห็นได้ด้วยตาจนทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะความแตกต่างของผู้ประกอบการซึ่งขายสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์ได้ เครื่องหมายรูปลักษณะที่ปรากฏบนเว็บไซต์ จึงสามารถได้รับความคุ้มครองได้เช่นกัน

สำหรับพิธีสารมาดริด (Madrid Protocol) ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” หมายถึง เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้า หรือเครื่องหมายบริการ และเนื่องด้วยระบบมาดริดอยู่ภายใต้การดูแลและบริหารงานขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ซึ่งองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกได้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายถึง

³ อรพัทธ์ วงศาโรจน์, “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีการตกแต่งร้าน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยอีสต์สมิธตัน, 2556), หน้า 53-54.

สัญลักษณ์ที่สามารถใช้แยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการหนึ่งออกจากอีกผู้ประกอบการหนึ่งได้ ไม่ว่าจะเป็น คำ ตัวอักษร ตัวเลข ภาพวาด ภาพ รูปร่าง สี ฉลาก รวมถึงการประกอบกันของสิ่งเหล่านี้ ต่างใช้เป็นเครื่องหมายได้ หากสามารถใช้แยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการหนึ่งออกจากอีกผู้ประกอบการหนึ่งได้ ดังนั้น พิธีสารมาดริดมิได้ปิดกั้นในการจะให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ เพราะเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์นั้น หมายถึงองค์ประกอบโดยรวมทั้งหมดที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ซึ่งอาจประกอบไปด้วย ชื่อ กราฟิก ตัวอักษร ตัวเลข ภาพวาด ภาพ รูปร่าง สี รวมถึงการประกอบกันของสิ่งเหล่านี้เป็นภาพรวมทั้งหมดที่ปรากฏบนเว็บไซต์ เพื่อให้ผู้บริโภคที่พบเห็นสามารถเข้าใจและแยกแยะความแตกต่างได้ว่า เครื่องหมายรูปสัญลักษณ์บนเว็บไซต์นั้นมีแหล่งกำเนิดมาจากผู้ประกอบการรายใด ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความหมายและความคุ้มครองเครื่องหมายที่แตกต่างกัน

ในสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ไว้ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าของตน โดยในสหรัฐอเมริกาเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นเครื่องหมายการค้าภายใต้ The Lanham Act of 1946 อันหมายถึง การตรวจสอบการจดทะเบียน ตลอดจนการให้ความคุ้มครองนั้นจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าอื่น แต่การตีความคุณลักษณะของเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่จะได้รับความคุ้มครองและจดทะเบียนได้ จะมีการใช้หลักเกณฑ์ของศาลในการพิจารณา ศาลตีความไว้หลายคดีโดยให้ความคุ้มครองไปถึง สี รูปร่างของผลิตภัณฑ์ หีบห่อบรรจุภัณฑ์ ฉลาก การตกแต่งร้านค้า และเว็บไซต์ เป็นต้น โดยมีได้มีการแก้ไขจำกัดความแต่อย่างใด เนื่องจาก Section 45 ในกฎหมายฉบับนี้ ต้องการให้มีการตีความคำว่า “สัญลักษณ์” (Symbol) อย่างกว้าง หากสิ่งใดก็ตามสามารถทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้าได้ ทั้งนี้ ใต้ให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมาย” หมายถึง คำ หรือสัญลักษณ์ใด ๆ ที่ใช้ในทางธุรกิจเพื่อระบุผลิตภัณฑ์หรือบริการและแยกผลิตภัณฑ์หรือบริการให้เห็นถึงความแตกต่างจากผลิตภัณฑ์หรือบริการอื่น มาตรา 45 บัญญัติว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความรวมถึง เครื่องหมายอื่น ๆ เช่น รูปร่างของสินค้า บรรจุภัณฑ์ สี กลิ่น เสียง ตลอดจนเครื่องหมายที่มองเห็นได้ (Visual Signs) ซึ่งเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่ทำหน้าที่ในการบ่งชี้และแยกแยะสินค้าหรือบริการ สามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบการจดทะเบียนของ The Lanham Act เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อส่วนประกอบของสิ่งต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์สามารถทำหน้าที่เป็นอย่างเครื่องหมายการค้าที่สามารถทำให้แยกแยะสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการแต่ละรายได้ จึงนับได้ว่ารูปสัญลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ควรได้รับการคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าในลักษณะของเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ (Trade Dress) อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก The Lanham Act ไม่ได้บัญญัติไว้ถึงการเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการ และลักษณะของส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย ศาลได้ให้คำนิยามโดย

การขยายความโดยได้ให้ความหมายของคำว่า Trade Dress ไว้ในคดีสำคัญจำนวน 4 คดี ได้แก่ คดี Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc. คดี Two Pesos, Inc v. Taco. Cabana คดี Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros. Inc. และคดี Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.

กรณีตัวอย่างคดี Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.⁴ ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า โดยทั่วไปลักษณะของสินค้าที่จะมีคุณสมบัติด้านประโยชน์ใช้สอยจะต้องมีลักษณะที่จำเป็นต่อการใช้สินค้าหรือความมุ่งหมายของสินค้าหรือเป็นลักษณะที่มีผลต่อราคาหรือคุณภาพของสินค้า⁵ กล่าวคือ ลักษณะที่จะขอรับความคุ้มครองตามส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น จะต้องไม่เป็นส่วนประกอบสำคัญหรือเป็นส่วนที่ปรับปรุงขึ้นมาเพื่อเสริมการทำงานของสินค้า

กรณีตัวอย่างคดี Two Pesos, Inc v. Taco cabana, Inc.,⁶ โจทก์มีรูปแบบการตกแต่งร้านอาหารเป็นสไตล์เม็กซิกันที่รัฐเท็กซัส ประเทศสหรัฐอเมริกา ตกแต่งร้านโดยมีที่นั่งนอกชานภายในตกแต่งจากสิ่งประดิษฐ์ที่ทำจากมือ มีภาพวาดจิตรกรรมฝาผนัง ภายนอกร้านใช้สีสันทาสีทาต้านบนของตัวตึก ส่วนขอบรอบ ๆ ร้านใช้แสงนีออนประดับและใช้ร่มเป็นสัญลักษณ์ในการประดับร้าน ซึ่งเป็นการตกแต่งร้านที่มีรูปแบบเฉพาะตัว⁷ ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 43 (a) Lanham Act of 1946 ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า เครื่องหมายรูปลักษณะไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะแค่สินค้าเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการบริการ ซึ่งสามารถกลายเป็นผลิตภัณฑ์ของเครื่องหมายรูปลักษณะได้ เช่น สีเขียว การตกแต่งภายนอกและในร้าน ป้าย การตกแต่งภายในครัวของร้าน เมนูปกรณที่ใช้ในการเสิร์ฟอาหาร เครื่องแบบพนักงานของร้าน เทคนิคการขาย รวมทั้งการจัดวางของบุคลิกลักษณะหรือการตกแต่งที่เชื่อมโยงกับสินค้าหรือบริการ (หมายรวมถึงรูปลักษณะรูปทรง สี หรือการรวมกันของสี กราฟิก องค์ประกอบ) เช่น การมองภาพโดยรวมของการ์ดอวยพร⁸

⁴Inwood Laboratories v. Ives Laboratories, 456 U.S. 844 (1982).

⁵Stephen F. Mohr and Glenn Michell, **Functionality of trade dress : a review and analysis of U.S. case law** (New York: International Trademark Association, 1994), p.22.

⁶505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753, 120 L.Ed.2d 615 (1992).

⁷ชวจารี เรี่ยวแรงกุลศล, “กฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครอง เครื่องหมายรูปลักษณะ,” **สุทธิปริทัศน์** 30, 96 (ตุลาคม-ธันวาคม 2559): 190.

⁸Roulo v. Russ Berrie & Co., 886 F. 2d 931, 937. 12 U.S.P.Q. 2d (BNA) 705, 725 (7th Cir. 1989).

โครงสร้างและภาพลักษณ์ของรายการสินค้าที่ส่งทางไปรษณีย์⁹ การบรรจุหีบห่อของสินค้านอกเหนือจากตัวเครื่องหมายการค้าเองเพียงลำพัง ทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นรูปลักษณะทั้งหมดของร้านอาหาร ทั้งนี้ สิ่งเหล่านี้จะต้องเป็นที่โดดเด่นจนเป็นที่จดจำของผู้บริโภคด้วย

กรณีตัวอย่างในคดี Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc. เครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมไปถึงการออกแบบของลายเส้นบนพื้นผ้าด้วย โดยส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการประเภทแบบหรือรูปร่างนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ผู้ซื้อเห็นถึงความเชื่อมโยงของแบบและแหล่งกำเนิดของสินค้า¹⁰

ในคดี Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.¹¹ ศาลได้ให้ความเห็นว่าการออกแบบสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะที่แสดงให้เห็นถึงการจำแนกสินค้าโดยแยกความแตกต่างของผู้ผลิตหรือแหล่งกำเนิดสินค้า และการออกแบบสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าก็จะได้รับลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ ภาพลักษณ์โดยรวมอาจไม่ได้ใช้ในลักษณะที่คล้ายกับการเป็นสาเหตุของการทำให้สับสนในแหล่งกำเนิดของสินค้า ทั้งนี้ ต้องเป็นไปด้วยการเคารพในการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าด้วย

ศาลอุทธรณ์แห่ง The Seventh Circuit ของสหรัฐอเมริกา¹² กำหนดนิยามของภาพลักษณ์โดยรวม (Trade Dress) ว่า “รูปลักษณะของสินค้าที่กลายเป็นความเชื่อมโยงในความรู้สึกนึกคิดของสาธารณชนกับผู้ผลิตรายแรกหรือต้นกำเนิดสินค้าแห่งแรก และถ้าผู้ผลิตรายที่สองเลียนแบบสินค้าเหมือนกันทำให้สาธารณชนเชื่อว่าเป็นสินค้าที่มาจากผู้ผลิตรายแรกและตัดสินใจซื้อสินค้านั้นไปก็เป็นการหลอกลวง”¹³

⁹Tools USA & Equip. Co. v. Champ Frame Straightening Equip. Co., 87 F. 3d 654, 662, 39 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1355, 1357 (4th Cir. 1996).

¹⁰Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc. 529 U.S. 205 (2000).

¹¹Scott C. Sandberg, “Trade Dress: What does it mean?,” *Franchise Law Journal* 29, 1 (Summer 2009): 2. (Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001)).

¹²เป็นศาลของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ที่มีเขตอำนาจในการรับอุทธรณ์ในรัฐ Illinois, Indiana และ Wisconsin.

¹³Darius C. Gambino and William L. Bartow, *Trade Dress: Evolution Strategy and Practice* (UK: Oxford University Press, 2013), p. 3.

จากคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดีข้างต้น เมื่อพิจารณาแล้วการคุ้มครอง Trade Dress สามารถครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ กล่าวคือ เครื่องหมายรูปลักษณ์ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะแค่สินค้าเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการบริการ ซึ่งสามารถกลายเป็นผลิตภัณฑ์ของเครื่องหมายรูปลักษณ์ได้ จึงอาจรวมไปถึงองค์ประกอบโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าลักษณะของรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ที่จะขอรับความคุ้มครองตามส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการนั้น ไม่ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญหรือเป็นส่วนที่ปรับปรุงขึ้นมาเพื่อเสริมการทำงานของสินค้า แต่เป็นการออกแบบเว็บไซต์อย่างมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวให้ดึงดูดความสนใจ ก่อให้เกิดการจดจำ และสามารถสร้างความประทับใจแก่ผู้บริโภคจนเกิดความเชื่อมโยงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการได้ Trade Dress จึงให้ความคุ้มครองรวมไปถึงเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์อย่างไรก็ดี แม้ต่อมาปี 2020 จะมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยขึ้น โดยออก The Trademark Modernization Act of 2020 (TMA)¹⁴ มีผลบังคับใช้ในวันที่ 18 ธันวาคม 2021 ซึ่งสร้างช่องทางเพิ่มเติมสำหรับการบังคับใช้ และการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้อง และการรักษาความเป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงกระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาการจดทะเบียนหรือยกเลิกการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ระเบียบ และระยะเวลาการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐ¹⁵ เป็นต้น แต่การแก้ไขดังกล่าวยังมิได้มีการกล่าวถึงเครื่องหมายรูปลักษณ์

นอกจากนี้ ใน Trade Marks Act 1994 ของสหราชอาณาจักรนั้น กำหนดความหมายของคำว่า เครื่องหมายการค้าแบบที่มีได้เฉพาะเจาะจงถึงสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติให้เอื้อประโยชน์ในการตีความ ความหมายของคำนี้อย่างกว้าง โดยมาตรา 1(1)¹⁶ ใช้คำว่าสัญลักษณ์ใด ๆ

¹⁴The Trademark Modernization Act of 2020 as incorporated in Consolidated Appropriations Act, 2021 (Public Law 116-260, Subtitle B, Section 221).

¹⁵Federal Register, **Changes to Implement Provisions of the Trademark Modernization Act of 2020** [Online], available URL: <https://www.federalregister.gov/documents/2021/11/17/2021-24926/changes-to-implement-provisions-of-the-trademark-modernization-act-of-2020> (May, 21).

¹⁶In this Act “trade mark” means any sign which is capable—

(a) of being represented in the register in a manner which enables the registrar and other competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to the proprietor, and

(b) of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings. A trademark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals, colours, sounds or the shape of goods or their packaging.

(any sign) ที่สามารถ (1) จดทะเบียนได้ในลักษณะที่ทำให้ผู้รับจดทะเบียน องค์กรที่มีอำนาจอื่นหรือประชาชนทั่วไปสามารถพิจารณาเกี่ยวกับบรรดาความคุ้มครองที่ผู้ทรงสิทธิมีในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้อย่างชัดเจนและแม่นยำ และ (2) จำแนกสินค้าหรือบริการภายใต้สัญลักษณ์นั้น จากสินค้าหรือบริการอื่นได้¹⁷ โดยมีการยกตัวอย่างว่าอาจประกอบไปด้วยคำ (รวมถึงชื่อของบุคคล) แบบของผลิตภัณฑ์ ตัวอักษร ตัวเลข สี เสียง รูปร่างรูปทรงของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้า ซึ่งเครื่องหมายการค้านั้นต้องสามารถแยกแยะสินค้าหรือบริการภายใต้สัญลักษณ์นั้นของเจ้าของกิจการหนึ่งออกจากเจ้าของกิจการอื่นได้” จากนิยามที่เปิดกว้างนี้ จึงเห็นได้ว่า สหราชอาณาจักรก็ได้ปิดกั้นในการให้ความคุ้มครอง หากสิ่งใดที่สามารถบ่งชี้แหล่งกำเนิดสินค้าหรือบริการ และแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่มีเครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากสินค้าหรือบริการที่มีอีกเครื่องหมายหนึ่งได้ จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายให้มีความยืดหยุ่นและเกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อรองรับเครื่องมือทางการค้าใหม่ ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น เครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์หากสามารถทำหน้าที่แสดงให้เห็นความแตกต่างของสินค้าหรือบริการระหว่างผู้ประกอบการแต่ละรายได้ก็สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าตามนิยามนี้ได้ ทั้งนี้ ในสหราชอาณาจักรหรือประเทศในเครือจักรภพได้ให้ความคุ้มครองในสิ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการที่เรียกว่า “GET-UP” ไร่ GET-UP หมายถึง เครื่องแต่งตัว (dress) หรือรูปลักษณะภายนอกที่ถูกนำเสนอมาเพื่อขาย อันได้แก่ รูปร่าง ขนาด สีของภาชนะ (container) หรือหีบห่อบรรจุภัณฑ์ (packaging) การออกแบบฉลาก รวมถึงตลอดจนถึงการออกแบบผลิตภัณฑ์ด้วย นอกจากนี้ ยังรวมถึงระบบการโฆษณาหรือการกระทำใด ๆ จำเพาะเพื่อการดำเนินงานทางธุรกิจ¹⁸

กฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Trademark Law of the People’s Republic of China) ให้ความหมายของ “เครื่องหมาย” ไว้ว่า หมายถึง คำ รูปรอยประดิษฐ์ หรือสิ่งเหล่านี้รวมกันโดยมีลักษณะที่แสดงให้เห็นภาพที่มีลักษณะบ่งเฉพาะและทำให้ประชาชนหรือผู้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างไปจากสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่น ในมาตรา 8 กำหนดว่า เครื่องหมายที่มองเห็นได้ใด ๆ ที่สามารถใช้เพื่อแยกแยะสินค้าของบุคคลธรรมดา

¹⁷ไพศาล ลิ้มสถิตย์, จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์ และจุมพล แดงสกุล, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการมาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาเครื่องหมายการค้า ที่มีความคล้ายคลึงกับเครื่องหมายของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า และข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมายควบคุมเครื่องหมายการค้า [Online], available URL: [https://cas.or.th/?p=8053, 2565](https://cas.or.th/?p=8053,2565) (มิถุนายน, 25).

¹⁸Dan R. Shanahan, *Australian Trade Mark Law and Practice* (New South Wales: Star Printery Pty. Ltd., 1982), pp. 322 & 326-327.

นิติบุคคล หรือองค์กรอื่น ๆ จากผู้อื่น รวมถึงงานใด ๆ การออกแบบ ตัวอักษร ตัวเลข สัญลักษณ์สามมิติ และการรวมกันของสี หรือการผสมใด ๆ ดังกล่าวอาจเป็นเครื่องหมายการค้าเพื่อขอจดทะเบียนได้ และได้ให้ความหมายคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายสำหรับสินค้าหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างจากสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น¹⁹ และให้ความหมายคำว่า “เครื่องหมายบริการ” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายสำหรับการบริการหรือเกี่ยวข้องกับบริการ เพื่อแสดงว่าการบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของเจ้าของเครื่องหมายบริการนั้น แตกต่างจากการบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น นอกจากนี้ มาตรา 9 กำหนดว่า เครื่องหมายการค้าที่ยื่นขอจดทะเบียนต้องมีลักษณะที่เห็นได้ชัดเจนและสามารถแยกแยะได้ง่าย และจะต้องไม่ขัดแย้งกับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายที่ผู้อื่นได้รับก่อนหน้า ดังนั้น หากพิจารณาจากคำจำกัดความข้างต้นของกฎหมาย เครื่องหมายการค้าของจีนแล้ว แม้ไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนของเครื่องหมายรูปลักษณ์ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายได้ให้ความสำคัญกับลักษณะที่ปรากฏบนผลิตภัณฑ์ซึ่งรวมถึงรูปร่างของผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ด้านนอกของผลิตภัณฑ์ รูปแบบหรือสีที่ครอบคลุมผลิตภัณฑ์หรือบรรจุภัณฑ์หรือการรวมกันของสิ่งดังกล่าว²⁰ “เครื่องหมายรูปลักษณ์” ถูกกำหนดให้เป็นบรรจุภัณฑ์ หรือการตกแต่งของสินค้า ในทางการค้า และในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาคำจำกัดความนี้ ยังได้รับการขยายให้ครอบคลุมองค์ประกอบต่าง ๆ ทั้งหมด ทั้งแบบเดียวหรือการรวมกันของสิ่งเหล่านั้น ที่สามารถถูกใช้เพื่อส่งเสริมสินค้าหรือบริการ ในทางการค้าเช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้าประเภทอื่น ๆ โดยต้องสามารถแยกแยะความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ เครื่องหมายรูปลักษณ์ต้องสร้างความประทับใจโดยรวมของสินค้าหรือบริการและต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองหรือบ่งเฉพาะโดยการใช้จึงจะได้รับความคุ้มครอง²¹ โจทย์จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า Look and Feel มีชื่อเสียงแพร่หลายและรับรู้ได้โดยผู้บริโภค และต้องพิสูจน์ได้ว่าการลอกเลียนแบบนั้นส่งผลให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิด ซึ่งอาจพิสูจน์ได้ค่อนข้างยาก ศาลจึงมักจะพิจารณาจากองค์ประกอบต่าง ๆ

¹⁹กรมทรัพย์สินทางปัญญา, กฎหมายเครื่องหมายการค้า - สาธารณรัฐประชาชนจีน [Online], available URL: https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_china_8.pdf, 2565 (มิถุนายน, 25).

²⁰Chanyuan Zhu, **Getting creative: when to protect trade dress under trademark or competition law** [Online], available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ae0d70eb-9755-4425-9e08-8a18f502718e>, 2020 (September, 24).

²¹Xuri Bao, **China: Strengthening trade dress protection in China** [Online], available URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/portfolio-management/china-strengthening-trade-dress-protection-china>, 2017 (May, 1).

เช่น คุณภาพ ปริมาณ ต้นทุนการโฆษณา และระยะเวลาที่สินค้าออกสู่ตลาด ตัวอย่างกรณีศาล Pudong New Area People's Court ในเซี่ยงไฮ้ เมื่อปี 2021 ได้ตัดสินกรณีพิพาทระหว่าง New Balance v. New Barlun (China) Co., Ltd. ซึ่งพิจารณาว่า New Balance ลงทุนอย่างต่อเนื่องเป็นจำนวนมากในการโฆษณาสินค้าของตนเอง อันเป็นผลให้สัญลักษณ์ 'N' สามารถสื่อถึงตราสินค้าและบ่งบอกถึงการเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ก่อนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของจำเลย หรือกรณีเมื่อปี 2019 ที่ศาล Chaoyang District Court พิจารณาคดีระหว่าง Land Rover v. Jiangling ซึ่งศาลให้ความเห็นว่า รูปลักษณ์ของรถยนต์ Land Rover มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับแพร่หลายผ่านการสื่อสารและการประชาสัมพันธ์ทางการตลาดมาอย่างยาวนาน ทำให้ Jiangling ถูกศาลสั่งให้ระงับการผลิตรถยนต์ของตนเองและชำระค่าชดเชยให้แก่ Land Rover ดังนั้น สิ่งที่สำคัญที่สุด คือ การแสดงให้เห็นถึงความมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับแพร่หลายดังเช่นกรณีข้างต้น ซึ่งอาจทำให้สินค้าใหม่ในตลาดประสบความยากลำบากกว่า หรือแม้แต่กรณีที่สินค้าของสองบริษัทมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับแพร่หลายใกล้เคียงกัน ก็จะทำให้การพิสูจน์การลอกเลียนแบบเป็นไปได้ยากยิ่งขึ้น²² และยังเป็นอุปสรรคสำคัญในการปกป้องและคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับบริษัทที่เพิ่งเข้าสู่ตลาดได้ไม่นาน นอกจากนี้ กรณีการฟ้องร้องระหว่าง Chanel ซึ่งเป็นเจ้าของน้ำหอม Chanel's N° 5 ตั้งแต่ปี 1921 และ Yiwu Story of Love Cosmetics Co., Ltd. ซึ่งออกผลิตภัณฑ์ N° 9 Flower of Story โดยมีความคล้ายคลึงกันทั้งบรรจุภัณฑ์ภายนอกและภายใน โดยศาล Shaanxi intermediate people's court ให้ความเห็นว่า ผลิตภัณฑ์ของทั้งสองบริษัทมีความเหมือนกันอย่างยิ่งจนอาจทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดได้ถึงที่มาของผลิตภัณฑ์ รวมถึงอาจทำให้เชื่อได้ว่าทั้งสองบริษัทมีความเชื่อมโยงกันได้ และน้ำหอมเป็นสินค้าฟุ่มเฟือยซึ่งบรรจุภัณฑ์นั้นสามารถทำหน้าที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่สามารถบ่งบอกถึงที่มาของผลิตภัณฑ์ได้ การลอกเลียนแบบจึงส่งผลเสียหายต่อผลิตภัณฑ์ต้นฉบับได้ ท้ายที่สุด ศาลตัดสินให้จำเลยต้องหยุดการผลิตสินค้าของตนและชำระค่าชดเชยแก่ Chanel²³ คำตัดสินคดีต่าง ๆ ของสาธารณรัฐประชาชนจีน จึงแสดงให้เห็นว่ามีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

²²Thomas T. Moga, *Design Patents vs. Trade Dress: Protecting IP in China* [Online], available URL <https://www.chinabusinessreview.com/design-patents-vs-trade-dress-protecting-ip-in-china/>, 2020 (July, 31).

²³Laura Batzella and Fredrick Xie, *China: [China IP] Chanel N.5: Bottle Shape Is Protected, Packaging No* [Online], available URL: <https://www.mondaq.com/china/trademark/1192488/china-ip-chanel-n5-bottle-shape-is-protected-packaging-no>, 2022 (May, 12).

สำหรับประเทศไทยตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) ยังมีได้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครององค์ประกอบรวมในเครื่องหมายรูปลักษณะที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน²⁴ จึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาในหัวข้อถัดไป

3. ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย

3.1 ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ในประเทศไทย

การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ให้มีเอกลักษณ์ ดึงดูดความสนใจ และทำให้ทราบถึงแหล่งที่มาว่าสินค้าและบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นเป็นของผู้ประกอบการรายใด ส่วนประกอบต่าง ๆ ที่รวมกันบนเว็บไซต์จากการออกแบบอย่างมีเอกลักษณ์จึงมีลักษณะบ่งเฉพาะ ซึ่งเมื่อมองภาพรวมขององค์ประกอบบนเว็บไซต์เหล่านั้นแล้ว จึงมีลักษณะเป็นอย่างไรเครื่องหมายรูปลักษณะ อันเป็นเครื่องหมายการค้า เพราะวัตถุประสงค์หลักของการออกแบบอย่างมีเอกลักษณ์นั้นก็เพื่อทำหน้าที่แยกแยะถึงแหล่งที่มาหรือผู้ประกอบการได้อย่างเครื่องหมายการค้าตนเอง ดังนั้น เครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์จึงสมควรได้รับความคุ้มครองอย่างไรเครื่องหมายการค้า

อย่างไรก็ดี แม้การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จะยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างไรเครื่องหมายการค้า ในลักษณะเครื่องหมายรูปลักษณะตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย แต่การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ก็มีลักษณะเทียบเคียงได้กับการออกแบบตกแต่งร้านให้มีลักษณะบ่งเฉพาะจนกลายเป็นสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตัวอย่างเช่น ร้านกาแฟ Café Amazon ซึ่งมีสาขามากมายทั่วประเทศไทย ผลสำรวจทางการตลาดในปี 2555-2556 พบว่า ร้านกาแฟ Café Amazon เป็นร้านกาแฟลำดับต้น ๆ ที่ผู้บริโภคนึกถึง ที่นอกจากจะจดจำเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการของร้านได้แล้ว และยังมีเชื่อมโยงไปถึงเอกลักษณ์สำคัญของร้านกาแฟ Café Amazon คือ การตกแต่งร้านด้วยโครงสร้างวัสดุไม้เทียมโทนสีเขียวและน้ำตาล การใช้เฟอร์นิเจอร์ไม้สีน้ำตาล รวมถึงการจัดสวนในรูปแบบ Tropical (เขตร้อนชื้น) เหมือนกันทุกสาขา รูปแบบการตกแต่งร้านแฝงถึงกลิ่นอายความเป็นอัตลักษณ์ภายใต้แบรนด์ Amazon ที่จำลองสภาพแวดล้อมอันอุดมสมบูรณ์แวดล้อมไปด้วยฝูงสัตว์ป่า ในบรรยากาศที่ปกคลุมไปด้วยกิ่งก้านสาขาของต้นไม้ ทำให้บ่งบอกความเป็นตัวตนของแบรนด์ Amazon ได้ ซึ่งผลการวิจัยทางการตลาดพบว่า ถึงแม้ไม่เห็นชื่อร้านแต่เมื่อเห็นการตกแต่งร้านแล้วผู้บริโภคสามารถระบุได้ทันทีว่า คือ ร้านกาแฟ Café Amazon จากตัวอย่างนี้ สามารถพิสูจน์ให้เห็น

²⁴อาจารย์ เร็วแรงกุล, เรื่องเดิม, 194.

ถึงลักษณะบ่งเฉพาะและเป็นสัญลักษณ์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย แต่ถูกนำเสนอออกมาในรูปแบบการตกแต่งร้าน ซึ่งเมื่อไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเครื่องหมายบริการ หากเกิดปัญหาการตกแต่งร้านที่เหมือนหรือคล้ายก็ทำให้ผู้ประกอบการเสียโอกาสทางการค้าและอาจทำให้เสียชื่อเสียงทางการค้าด้วยก็ได้²⁵

ทั้งนี้ มีร้านกาแฟแห่งหนึ่งในประเทศกัมพูชา ได้ลอกเลียนแบบร้านกาแฟ Café Amazon ของกลุ่ม ปตท. ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิด ปตท.ได้มอบหมายให้สำนักงานกฎหมายไปดำเนินการยื่นโนติสว่าทางร้านกาแฟได้ละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยลอกเลียนแบบเครื่องหมายการค้า Café Amazon ร้านกาแฟ เครื่องแต่งกาย และแม้แต่เมนู จึงขอให้ดำเนินการปรับเปลี่ยน ซึ่งร้านกาแฟดังกล่าวก็ยอมรับผิด โดยปรับเปลี่ยนโลโก้จาก Café Amazing มาเป็น Amazing Café ซึ่งก็ยังคงคล้ายคลึงกับโลโก้ Café Amazon อยู่ดี ดังนั้น จะเห็นได้ว่า รูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏทั้งหมดของกิจการในกรณีนี้คือ การตกแต่งร้านมีผลเชื่อมโยงไปถึงแหล่งที่มาของผู้ประกอบการ เมื่อมีการทำเลียนแบบชื่อร้าน การตกแต่งร้าน เครื่องแต่งกาย แก้ว โลโก้ สี²⁶ หรือแม้แต่เมนู ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และชื่อเสียง ทำให้ผู้บริโภคสับสนเข้าใจผิดคิดว่าเป็นของผู้ประกอบการที่แท้จริงหรือเป็นกิจการในเครือ การละเมิดนี้จึงก่อให้เกิดผลกระทบในแง่ลบทางการค้าต่อเจ้าของที่แท้จริง

นอกจากนี้ แม้เว็บไซต์มีลักษณะบ่งเฉพาะ กล่าวคือ มีการออกแบบโดยใช้ความคิดสร้างสรรค์ ออกแบบอย่างมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวเพื่อใช้กับธุรกิจหรือองค์กรของตน มีการใช้แบบตัวอักษร สี กราฟิก รูปภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ให้ข้อมูลเฉพาะอันเชื่อมโยงถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ เป็นต้น แต่ยังคงเกิดกรณีปัญหาการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์ ทำเว็บไซต์ปลอมมาหลอกขายสินค้าหรือบริการ ทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิด สั่งสินค้าแล้วไม่ได้รับหรือได้รับไม่ตรงตามคำสั่งซื้อ บางครั้งมีการออกแบบเว็บไซต์เลียนแบบเว็บไซต์ของรัฐ ทำการโจรกรรมผ่านช่องทางออนไลน์ โดยการแอบอ้างชื่อหน่วยงานทางการ เช่น กรมสอบสวนคดีพิเศษหรือกรมสรรพากรขึ้นมา²⁷ รวมถึงการปลอมเว็บไซต์ขายสินค้าหรือบริการที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

²⁵Brand Buffet Team (CMMU Insights), วิเคราะห์ แแบรนด์ Cafe Amazon และ The Amazon's Embrace [Online], available URL: <http://www.brandbuffet.in.th/2013/08/brand-analysis-cafe-amazon-embrace/>, 2565 (พฤศจิกายน, 2).

²⁶Thai Franchise Center, ดึงโดนก๊อป! Cafe' Amazon (ไทย) vs CaféAmazing (กัมพูชา) [Online], available URL: <https://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=3075>, 2565 (พฤศจิกายน, 2).

²⁷WAIWY4.0, แนะนำวิธีดูเว็บปลอมหน่วยงานรัฐ มิจฉาชีพใช้หลอกติดตั้งแอปมัลแวร์ พร้อมยกตัวอย่างเทียบของจริง [Online], available URL: <https://droidsans.com/fake-thai-site-for-malware-download-examples/>, 2566 (กุมภาพันธ์, 10).

เว็บไซต์จริง



เว็บไซต์ปลอม



เว็บกรมสอบสวนคดีพิเศษ

จะเห็นได้ว่า แม้มือตัวหนังสือเหมือนกัน แต่เว็บปลอมเอาสกรอลแทย์ของเว็บจริงมาใส่เป็นชื่อ แต่เว็บปลอมใส่เป็น .net ห้อยท้าย และยังใช้สี สัญลักษณ์องค์กร การออกแบบตำแหน่งปุ่มเมนูและองค์ประกอบต่าง ๆ รวมถึงแบบอักษรประเภทเดียวกับเว็บจริง หากไม่สังเกตให้ดีก็อาจหลงเข้าไปใช้บริการได้



เว็บกรมสรรพากร

จะเห็นได้ว่า เว็บไซต์ปลอมมีการใช้ภาพนิ่งเดียวกันกับที่กรมสรรพากรต้องลงทุนจ้างนายแบบนางแบบ ช่างถ่ายรูป ช่างแต่งหน้า คิดออกแบบภาพนิ่งที่จะถ่ายออกมาแล้วดึงดูดความสนใจ และเว็บไซต์ปลอมมีข้อความ องค์ประกอบต่าง ๆ จัดทำหน้าเว็บไซต์คล้ายของจริงเป็นอย่างมาก หากไม่สังเกตอย่างถี่ถ้วนอาจเข้าใจผิดได้



คดีระหว่าง Lepton Labs, LLC โจทก์ กับ Walker et al. จำเลย

มีปัญหาการลอกเลียนการออกแบบเว็บไซต์ขายอาหารเสริม ลดน้ำหนัก โจทก์ฟ้องจำเลย ในข้อหาละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณะโดยกล่าวหาว่าจำเลยคัดลอกรูปลักษณะของเว็บไซต์ของโจทก์ โจทก์ได้เสนอการเปรียบเทียบเว็บไซต์หลาย ๆ ด้านบนเว็บไซต์ของคู่กรณีจะเห็นได้ว่าการใช้สีของตัวอักษร สีของเว็บไซต์ การจัดวางโครงสร้าง องค์ประกอบต่าง ๆ การแสดงผลด้วยกราฟ เป็นต้น ซึ่งเมื่อมองภาพรวมของเว็บไซต์แล้วทำให้ผู้บริโภคสับสนหลงผิดได้ว่า เป็นของผู้ประกอบการรายใดหรืออาจเข้าใจได้ว่า จะเป็นเจ้าของเดียวกันแต่ใช้คนละชื่อทางการค้า

ปัจจุบันศาลของสหรัฐอเมริกาเริ่มมีแนวโน้มที่จะพัฒนาแนวทางการให้ความคุ้มครองรูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์ โดยการนำเอาหลักการของกฎหมายคุ้มครองรูปลักษณะผลิตภัณฑ์เดิมที่มีอยู่มาปรับใช้ ดังเช่นคดีระหว่าง Lepton Labs, LLC v. Walker et al.²⁸ ชำงตัน โจทก์ฟ้องจำเลยในข้อหาละเมิดเครื่องหมายรูปลักษณะ โดยกล่าวหาว่าจำเลยคัดลอกรูปลักษณะของเว็บไซต์ของโจทก์ แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะของเว็บไซต์ยังไม่เรียบร้อย แต่เป็นที่ชัดเจนว่าต้องมีการทบทวนองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมของเครื่องหมายรูปลักษณะที่ถูกกล่าวหา คดีระหว่าง Express Lien, Inc. v. Nationwide Notice, Inc.²⁹ ศาลได้สรุปว่าโจทก์ได้วิเคราะห์เกี่ยวกับข้อกล่าวหาถึงความแตกต่างกันของเว็บไซต์ของตนเพื่อจะอธิบายว่าองค์ประกอบของเว็บไซต์มีคุณสมบัติเป็น

²⁸Lepton Labs, LLC v. Walker et al., case number 2: 14-cv-04836 in the U.S. District Court for the Central District of California (filed September 23, 2014) [Online], available URL: [https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/cacdce/2:2014cv04836/592641/27, 2020 \(May, 18\).](https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/cacdce/2:2014cv04836/592641/27, 2020 (May, 18).)

²⁹Justia, Express Lien Inc v. Nationwide Notice Inc, No. 2:2016cv02926 - Document 42 (E.D. La. 2017) [Online], available URL: [https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv02926/176364/42/, 2021 \(March, 25\).](https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv02926/176364/42/, 2021 (March, 25).)

เครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง ได้แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบที่เป็นลักษณะเฉพาะของเว็บไซต์นั้น และยังกล่าวว่า การออกแบบเว็บไซต์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยผู้บริโภค และกลายเป็นปัจจัยบ่งชี้ที่สำคัญของแหล่งที่มาของข้อมูลที่ระบุอยู่ในเว็บไซต์³⁰ คดีระหว่าง SG Servs. v. God's Girls Inc.³¹ ศาลกล่าวว่า สีของเว็บไซต์และการเลือกจัดเรียงคำบนเว็บไซต์มีคุณสมบัติไม่บ่งถึงลักษณะการใช้สอยจึงสามารถได้รับความคุ้มครองภายใต้ Lanham Act อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อองค์ประกอบนั้นเป็นเพียง “ส่วนประกอบ” และ “ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ที่แท้จริงที่ลูกค้าต้องการซื้อ” คดีนี้เจ้าของเว็บไซต์ได้ออกแบบเว็บไซต์ด้วยสีชมพูและเลือกใช้ถ้อยคำบนเว็บไซต์อย่างมีลักษณะบ่งเฉพาะ แต่เจ้าของเว็บไซต์ยังมีหลักฐานไม่เพียงพอในการกล่าวหาว่าเว็บไซต์ God's Girls ลอกเลียนแบบ ศาลจึงยกฟ้อง และคดีระหว่าง Ingrid & Isabel LLC v. Baby Be Mine, LLC³² โจทก์และจำเลยประกอบธุรกิจขายผ้าคาดท้อง “ผ้ารัดหน้าท้องเป็นผ้าคาดเอวสตรีมีครรภ์” รวมถึงสินค้าอื่น ๆ เกี่ยวกับสตรีมีครรภ์ การตัดสินครั้งนี้เปิดประตูสู่การขยายการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โจทก์กล่าวว่าจำเลยละเมิดกฎหมายเครื่องหมายการค้าโดยมีการแสดงให้เห็นในเรื่องของความเหมือนไม่ว่าจะเป็นแบบตัวอักษร รูปแบบเว็บไซต์ การจัดวางเว็บไซต์ สี ขึ้นมาประกอบเพื่อแสดงให้เห็นว่า จำเลยจงใจลอกเลียนเว็บไซต์ของโจทก์³³ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาในอนาคตเกี่ยวกับการลอกเลียนการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ทำให้เหมือนคล้ายหรือทำให้สับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ จึงสมควรที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยควรมีการปรับปรุง เพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับลักษณะของเครื่องหมาย อันจะทำให้เครื่องหมายรูปลักษณ์ได้รับการคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการต่อไป เพื่อมิให้ผู้ประกอบการเสียชื่อเสียงและโอกาสทางการค้า

³⁰Scott D. Locke. **Trade Dress in the age of e-commerce: The challenge of protecting the “look and feel” of website and mobile apps** [Online], available URL: <https://dorflaw.com/wp-content/uploads/2017/09/201709015-Trade-Dress-of-Websites.pdf>, 2022 (April, 13).

³¹SG Servs. v. God's Girls Inc., 2007 U.S. Dist. LEXIS 61970 (C.D. Cal. May 9, 2007).

³²Justia, **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC et al, No. 3:2013cv01806 - Document 67 (N.D. Cal. 2014)** [Online], available URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2013cv01806/265474/67/>, 2021 (March, 25).

³³Bobby Ghajar and Lori Levine, **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC** [Online], available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e2ff965-b395-4fc5-b885-eeb2b2a17741>, 2023 (March, 10).

3.2 ปัญหาของการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย”, “เครื่องหมายการค้า”, “เครื่องหมายบริการ”, “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม”

การให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 มาตรา 4 ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “เครื่องหมาย” ยังไม่กว้างมากพอที่จะครอบคลุมไปถึงการคุ้มครององค์ประกอบรวมในเครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress)³⁴ โดยได้มีการบัญญัติไว้ดังนี้

“เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

จากบทนิยามคำว่า “เครื่องหมาย” ข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการให้คำนิยามที่จำกัด กล่าวคือ สิ่งที่จะยอมรับให้เป็นเครื่องหมายนั้นมีเฉพาะเพียงที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น สิ่งอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้จะสามารถทำหน้าที่แยกแยะความแตกต่างระหว่างเจ้าของกิจการที่ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวอันสามารถบ่งชี้ถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการก็ไม่สามารถถือเป็นเครื่องหมายที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไปได้ เช่น กลิ่น รสชาติ หีบห่อบรรจุภัณฑ์ หรือรูปลักษณะโดยรวมภายนอกที่ปรากฏบนเว็บไซต์ เป็นต้น

ปัญหาจากการที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังมีได้บัญญัติถึงความหมายคำว่า “เครื่องหมาย” ให้ครอบคลุมถึงรูปลักษณะส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์ ทำให้รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ไม่ใช่เครื่องหมายตามคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าและไม่สามารถขอรับความคุ้มครองหรือบังคับใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าของไทยได้ ทั้งที่รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นมีลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่ง โดยหากพิจารณาโครงสร้างและส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์นั้นจะพบว่า ประกอบไปด้วยภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกันในเว็บไซต์ ซึ่งแม้สิ่งเหล่านั้นอย่างใดอย่างหนึ่งจะมีได้มีความหมายที่บ่งเฉพาะเป็นเอกลักษณ์ในตัวเอง แต่เมื่อสิ่งเหล่านั้นมารวมกันแล้วมีความบ่งเฉพาะสื่อถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการได้ จึงสมควรได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น หากมองภาพรวมส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์ จึงอาจถือเป็นเครื่องหมายอย่างหนึ่งที่เรียกว่า “เครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress)” ที่สมควรได้รับความคุ้มครองเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ

³⁴ชวารี เรี่ยวแรงกุล, เรื่องเดิม, หน้า 194.

3.3 ปัญหาของการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะในรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์

สำหรับเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการในลักษณะของการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์นั้น การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์อาจมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง หรืออาจเกิดจากลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ก็ได้ แต่ทั้งนี้ การพิจารณาว่าส่วนประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นจะมีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่นั้น ไม่ควรพิจารณาเพียงที่ละส่วนที่ประกอบกันขึ้น เพราะโดยลักษณะของแต่ละส่วนนั้นอาจมีบางส่วนที่สามารถได้รับความคุ้มครองหรือบางส่วนไม่มีลักษณะหรือคุณสมบัติใดคุณสมบัติหนึ่งที่จะได้รับความคุ้มครองก็ได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาทุกส่วนพร้อม ๆ กันว่า เมื่อมีการออกแบบลักษณะนั้น และเมื่อนำมารวมกันแล้วองค์ประกอบที่เป็นภาพรวมเหล่านั้น เมื่อมองด้วยสายตาแล้วจะสามารถทำให้ทราบได้หรือไม่ว่ารูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นมีความบ่งเฉพาะแตกต่างจากรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์อื่น และสามารถบ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการไปในตัวในสายตาของสาธารณชนโดยทั่วไปหรือไม่

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง มีความโดดเด่น มีเอกลักษณ์ อันทำให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะได้ว่าสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นมีแหล่งที่มาเป็นของผู้ประกอบการรายใด หรือแม้แต่การออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จะมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้ก็ตาม แต่หากการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ในลักษณะรูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ไม่สามารถถูกระบุในนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 แล้ว รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ในลักษณะของเครื่องหมายรูปลักษณะก็ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการได้เลย และแม้ต่อมารูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์จะสามารถถูกระบุในนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ตามมาตรา 4 หรือได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายรูปลักษณะก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 7 ยังมีได้มีการกำหนดถึงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปลักษณะรวมทั้งในส่วนประกอบโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ว่าควรมีขอบเขตแค่นั้นเพียงไร ต้องมีการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายรูปลักษณะอย่างไร และการจะได้ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ขึ้นต้องมีการเผยแพร่หรือโฆษณาต่อเนื่องกันและเป็นเวลานานพอสมควรจนสาธารณชนในประเทศไทยรู้จักมากเพียงใด ประเด็นเหล่านี้จึงเป็นปัญหาที่ควรพิจารณาและหาแนวทางแก้ไขต่อไป

3.4 ปัญหาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย

เนื่องด้วยลักษณะการทำงานของระบบอินเทอร์เน็ตส่งผลให้เว็บไซต์สามารถเผยแพร่ไปได้ทั่วโลกโดยไม่จำกัดระยะทางและเวลา เว็บไซต์จึงได้กลายเป็นสื่อที่มีความสำคัญซึ่งมีบทบาท

อย่างมากต่อสถานประกอบการในเรื่องของการโฆษณาและประชาสัมพันธ์จนเปรียบเสมือนเป็นหน้าร้านออนไลน์ จึงมีการออกแบบเว็บไซต์อย่างมีลักษณะบ่งเฉพาะของแต่ละองค์กร บริษัทหรือร้านค้า ที่เมื่อผู้บริโภคพบเห็นองค์ประกอบโดยรวมบนเว็บไซต์แล้วสามารถทราบถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ได้ ทำให้รูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์มีลักษณะเป็นอย่างไร เครื่องหมายรูปลักษณ์ เมื่อเว็บไซต์มีคุณสมบัติที่สามารถนำเสนอ เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารได้อย่างไร้ขีดจำกัด จึงทำให้เว็บไซต์มีชื่อเสียงแพร่หลายได้ง่ายในเวลาอันสั้น แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์เป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ จึงเกิดปัญหาว่าเครื่องหมายรูปลักษณ์จะสามารถได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ ซึ่งหากเว็บไซต์มีการทำการตลาดผ่านทางโฆษณาออนไลน์เพื่อให้ผู้บริโภคเห็นเว็บไซต์ของตนได้บ่อยครั้งจะยิ่งเพิ่มความนิยมขึ้นอย่างแพร่หลายและรวดเร็ว อันนำมาซึ่งชื่อเสียงและผลประกอบการ แต่เครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีชื่อเสียงแพร่หลายกลับไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงเกิดคำถามตามมาว่า สำหรับเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลายนั้นจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) ด้วยหรือไม่ และใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาถึงความมีชื่อเสียงแพร่หลายของเว็บไซต์บนโลกอินเทอร์เน็ต

ประเทศไทยมีเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายโดยยึดหลักสากลตาม TRIPs และ WTO คือ พิจารณาจากการรู้จักของสาธารณชนทั่วไป หรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องหรือการยอมรับความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายนั้นในหมู่ผู้บริโภค³⁵ โดยไม่มีการกำหนดระยะเวลาให้ความคุ้มครองตราใดที่ยังใช้เครื่องหมายนั้นอยู่ อย่างไรก็ตาม แม้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปเป็นการเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 (11) และแม้ต่อมาได้มีการแก้ไข พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 โดยให้ความคุ้มครองไว้ในมาตรา 8 (10) แต่ก็ยังไม่เคยมีการกำหนดนิยามหรือเกณฑ์การพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปไว้ ส่งผลให้เกณฑ์การพิจารณาปฏิเสธการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปจึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจและการรับรู้ของนายทะเบียนแต่เพียงฝ่ายเดียวว่ารู้จักเครื่องหมายนั้นมาก่อนหรือไม่ ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการรับรู้ที่คลาดเคลื่อนจนอาจต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้วพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลต่อไป

³⁵เครื่องหมายการค้า, เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) [Online], available URL: https://thaitradebrand.com/knowledge/4_Well_Known_Marks.pdf, 2566 (มีนาคม, 8).

เมื่อพิจารณาจากประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ลงวันที่ 21 กันยายน 2547 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 และมาตรา 8 (10) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ดังนี้

1) สินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นจะต้องมีการจำหน่ายหรือมีการใช้หรือมีการโฆษณาหรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใด ๆ เช่น ใช้เป็นเครื่องหมายของทีมฟุตบอล เป็นต้น อย่างแพร่หลายตามปกติโดยสุจริต ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้น ไม่ว่าในประเทศหรือต่างประเทศ จนทำให้สาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักเป็นอย่างดี

2) เครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภค³⁶

นอกจากประกาศของกระทรวงพาณิชย์แล้วยังมีแนวทางการพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า³⁷ ซึ่งกำหนดแนวทางการพิจารณาไว้ ได้แก่

1) กรณีเครื่องหมายที่ยื่นขอจดทะเบียนเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ตามบัญชีการแจ้งเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2548 หรือ บัญชีเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ให้นำทะเบียนพิจารณาไปตามบัญชีนั้น

2) หากเครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกันไม่ใช่เครื่องหมายที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงนั้นแล้ว ให้นำทะเบียนมีคำสั่งพิจารณาตามประกาศกระทรวง และแนวทางการพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า

3) การพิจารณาหลักฐานความแพร่หลายจากคำขออื่น เครื่องหมายและรายการสินค้าต้องมีลักษณะเหมือนกัน จึงจะสามารถอ้างอิงได้³⁸

³⁶กระทรวงพาณิชย์, ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป [Online], available URL: <https://onestopservice.ditp.go.th/download/file/34dip.pdf>, 2565 (มกราคม, 5).

³⁷แนวทางการพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ซึ่งได้นำหลักการสำคัญของ Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-known Marks ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกมาประกอบ.

³⁸กรมทรัพย์สินทางปัญญา, ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง คู่มือการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ฉบับปี พ.ศ. 2565 [Online], available URL: https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2565/TM/TM_2565.pdf, 2565 (มกราคม, 5).

จากหลักเกณฑ์ที่กระทรวงพาณิชย์ประกาศไว้และคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าได้กำหนดแนวทางการพิจารณาไว้ นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีที่เครื่องหมายนั้นต้องเป็นไปตามความหมายของ “เครื่องหมาย” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559 ที่สามารถจะขอรับความคุ้มครองได้เสียก่อน จึงจะใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ และเครื่องหมายร่วมต่อไปได้ ซึ่งเมื่อกฎหมายยังไม่ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ว่าเป็น “เครื่องหมาย” จึงเป็นปัญหาตามมาถึงการจะได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้หรือไม่

เนื่องจากการพัฒนาทางเทคโนโลยีทำให้การเผยแพร่ข้อมูลสินค้าหรือบริการผ่านเว็บไซต์เป็นช่องทางที่สามารถทำให้ผู้บริโภคทั่วโลกรับรู้รับทราบถึงสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์ได้เป็นจำนวนมากอย่างไร้ขีดจำกัด ดังนั้น การเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์จะสามารถถือเป็นการแพร่หลายแล้วหรือยัง เพราะเป็นกรณีที่ใช้ชื่อแพร่หลายตามปกติโดยสุจริตจนทำให้สาธารณชนทั่วไปและสาธารณชนที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ตลอดจนสาธารณชนทั่วโลกรู้จักและเข้าถึงได้ หรือใช้หลักเกณฑ์ใดในการตรวจสอบความแพร่หลายและความมีชื่อเสียง และสำหรับการออกแบบบนเว็บไซต์อย่างมีลักษณะบ่งเฉพาะอันสามารถแสดงถึงที่มาและความแตกต่างของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายผ่านทางเว็บไซต์ได้นั้น ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อว่า ในอนาคตหากประเทศไทยให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์และเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายแล้ว สำหรับเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีชื่อเสียงแพร่หลายนั้น จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) ด้วยหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ เพียงไร หรือมีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเฉพาะสำหรับการตรวจสอบความแพร่หลายทางเว็บไซต์อย่างไร อันพอจะวัดระดับการรับรู้ ยอมรับในสาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย ได้ใช้หลักเกณฑ์ใดในการตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการออกแบบบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงหรือต้องพิจารณาว่า มีการใช้และทำการตลาดทั้งภายในประเทศและต่างประเทศผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตจนมีชื่อเสียงแพร่หลายหรือยัง

อย่างไรก็ดี หากเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายแล้ว การปลอมแปลง การเลียนแบบ การทำกรณีใด ๆ ที่ทำให้เกิดการสับสนหลงผิดก็จะถือว่ามีความผิดเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีการกำหนดในเรื่องเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย และเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปมีสิทธิตามมาตรา 61 (2) เพื่อขอให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 ในกรณีที่มีการนำเครื่องหมายที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้นไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากระเบียบกรมทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยการแจ้งเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป พ.ศ. 2548 ในข้อ 7.1 จะเห็นว่า เครื่องหมายที่สามารถขอแจ้งจะเป็นเครื่องหมายที่มีการใช้กับสิ่งอื่น นอกเหนือจากสินค้าหรือบริการก็ได้ เช่น ชื่อทางการค้า (Trade Name) สัญลักษณ์ทางธุรกิจ (Business Symbol) ซึ่งในข้อ 1 ของคำแนะนำร่วมขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกเกี่ยวกับบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-known Marks) จะเรียกเครื่องหมายดังกล่าวว่า สิ่งบ่งชี้ธุรกิจ (Business Identifier) ซึ่งหมายถึง เครื่องหมายที่บ่งชี้ถึงตัวธุรกิจเอง ไม่ใช่ตัวสินค้าหรือบริการที่ดำเนินการโดยตัวธุรกิจนั้น³⁹ ในกรณีนี้เมื่อเปรียบเทียบกับการออกแบบเครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อบ่งชี้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของได้ และหากมีการใช้บนเว็บไซต์อันมีลักษณะเป็นการเผยแพร่หรือโฆษณาอย่างแพร่หลาย สาธารณะชนทั่วโลกสามารถเข้าถึงและรับรู้ได้ถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการ เครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์จึงมีลักษณะเป็นเครื่องหมายที่บ่งชี้ถึงตัวธุรกิจ แต่ปรากฏผ่านวิธีการออนไลน์บนเว็บไซต์ตั้งที่องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลกเกี่ยวกับบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป เรียกว่า สิ่งบ่งชี้ธุรกิจ (Business Identifier) ดังนั้น จึงถือว่าเครื่องหมายรูปลักษณ์ที่ปรากฏบนเว็บไซต์มีลักษณะของการมีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปที่สมควรได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปอย่างเดียวกับเครื่องหมายอื่นเช่นกัน แต่จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดค่านิยามที่ชัดเจนและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่อไป

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันนี้โลกออนไลน์เข้ามามีบทบาทกับการดำเนินชีวิตของผู้บริโภคและผู้ประกอบการมากขึ้นอย่างรวดเร็ว เว็บไซต์เป็นเครื่องมือทางการค้าเปรียบเสมือนหน้าร้านออนไลน์ที่ต้องใช้การลงทุนทางสมอง การเงินและใช้ศาสตร์หลายแขนงในการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์ให้ดึงดูดความสนใจและต้องสามารถสื่อสารให้ผู้บริโภคเข้าถึงสินค้าหรือบริการได้ง่ายต้องทำการตลาดมีการออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะเพื่อให้ผู้บริโภคจดจำและทราบถึงแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ปรากฏบนเว็บไซต์ โดยจากวัตถุประสงค์ในการออกแบบตกแต่งเว็บไซต์จึงควรได้รับการคุ้มครอง

³⁹นินนาท บุญเดช, “การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 77.

อย่างเครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) การออกแบบเว็บไซต์ให้สวยงาม น่าดึงดูดใจสร้างความประทับใจต่อภาพลักษณ์ทางธุรกิจ เว็บไซต์จึงมีลักษณะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณะและสามารถเป็นสิ่งบ่งชี้ธุรกิจ (Business Identifier) ทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้าจากแหล่งกำเนิดสินค้านั้น การออกแบบเว็บไซต์มีลักษณะที่ผู้บริโภคสามารถรับรู้ได้ทางสายตา ประกอบไปด้วย โลโก้ ชื่อบริษัท สี แบบตัวอักษร กราฟิก การออกแบบและภาพประกอบ เป็นต้น ซึ่งรูปลักษณะโดยรวม คือ รูปลักษณะทั้งหมดและลักษณะภายนอกโดยรวมทั้งหมดเพียงแต่สื่อออกมาบนเว็บไซต์ (Web Dress) ดังนั้น การออกแบบเว็บไซต์จึงสมควรถูกจัดอยู่ในความหมายของรูปลักษณะโดยรวม (Trade Dress) ที่จะสามารถขอรับความคุ้มครองรูปลักษณะโดยรวมได้ แต่เนื่องจากประเทศไทยตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ยังมิได้บัญญัติถึงความหมายคำว่า “เครื่องหมาย” ให้ครอบคลุมถึงรูปลักษณะส่วนประกอบทั้งหมดของเว็บไซต์ ทำให้รูปลักษณะโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ไม่ใช่เครื่องหมายตามคำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” ส่งผลให้ไม่สามารถเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการตามกฎหมายไทยได้ นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังไม่มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะ (Trade Dress) ทั้งที่การออกแบบเว็บไซต์ คือ การรวมกันเกือบทุกประเภทของเครื่องหมายตามความหมายของ เครื่องหมายตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญากรุงปารีส ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า พิธีสารมาดริด กฎหมายเครื่องหมายการค้าของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้มีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะ ซึ่งเป็นส่วนประกอบของสินค้าหรือบริการทุกลักษณะจะสามารถได้รับความคุ้มครองได้เหมือนกันหมด เนื่องจากถือว่าสามารถทำหน้าที่ในการบ่งชี้แหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการของผู้เป็นเจ้าของได้เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า ดังนั้น การออกแบบเว็บไซต์เพื่อใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายเพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่อยู่บนเว็บไซต์นั้นเป็นของผู้ประกอบการรายใด ตลอดจนการออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะโดยตัวเองหรือเว็บไซต์นั้นได้มีการใช้ เผยแพร่จนแพร่หลาย เป็นที่รู้จักของสาธารณชนในประเทศไทย ทำให้ผู้บริโภคผู้ใช้สินค้านั้นทราบและเข้าใจได้ว่า สินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นแตกต่างไปจากสินค้าบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์อื่น จึงสมควรที่การออกแบบเว็บไซต์ จะได้รับความคุ้มครองในฐานะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณะภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยต่อไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) ยังมีได้ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะจึงนำไปสู่ประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาทั้งสิ้นสี่ประการ และมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาในการคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โดยรวมบนเว็บไซต์ในประเทศไทย เนื่องจากมาตรา 4 ไม่ได้บัญญัติให้ เครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) เป็นเครื่องหมายอันอาจขอยื่นจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ส่งผลให้เจ้าของเครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ไม่ได้รับความคุ้มครองจากปัญหาการลอกเลียนการออกแบบรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ในลักษณะ ลวงขาย (Passing Off) ผู้ประกอบการต้องเสียรายได้และชื่อเสียง ตลอดจนผู้บริโภคสับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการทำให้ได้รับสินค้าหรือบริการไม่ตรงตามความประสงค์

การพิจารณาภาพรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์อันมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันทางสายตาที่สามารถเชื่อมโยงสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นกับผู้ประกอบการได้ สมควรเป็นเหตุผลที่ใช้ประกอบการพิจารณาว่า การออกแบบเว็บไซต์ใดที่เหมือนหรือคล้ายกันจนสามารถเห็นได้โดยสายตาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา มิใช่การแยกมองแต่ละส่วนประกอบเท่านั้น แต่ต้องมีลักษณะเป็นการมองโดยภาพรวม โดยจำเป็นต้องเทียบให้เห็นเป็นภาพรวมบนเว็บไซต์ว่าเหมือนหรือคล้ายกันจนอาจทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าของเครื่องหมายรูปลักษณ์ได้

ดังนั้น การบัญญัติหรือการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายรูปลักษณ์ไม่ควรจำกัดในรายละเอียดมากเกินไปจนสมควร เพื่อรองรับกับการให้ความคุ้มครองในสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ควรเปิดกว้างให้ความคุ้มครองไปถึงส่วนประกอบต่าง ๆ ที่เมื่อมองภาพรวมแล้ว สามารถแยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการได้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ รวมถึงจำเป็นต้องคำนึงถึงบทบาทของการออกแบบเว็บไซต์สำหรับการแข่งขันในตลาดการค้าเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ การจดทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์จำเป็นต้องมีการบรรยายถึงองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมที่มีลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปลักษณ์อย่างครบถ้วน ดังนั้น เมื่อมีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณ์ โดยมีการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงการออกแบบเว็บไซต์ นอกจากส่งผลดีต่อผู้ประกอบการที่ลงทุนลงแรงออกแบบเว็บไซต์ให้มีลักษณะบ่งเฉพาะในแบบของตน เพื่อสร้างความประทับใจแก่ผู้บริโภคและสร้างยอดขายแล้ว ยังเป็นการป้องกันมิให้เกิดการลอกเลียนการออกแบบรูปลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์ในลักษณะการลวงขายได้อีกด้วย ทำให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าหรือบริการตรงตามความประสงค์ที่แท้จริงและก่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม

ประการที่สอง ปัญหาของการให้คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” “เครื่องหมายการค้า” “เครื่องหมายบริการ” “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม”

เนื่องจากคำจำกัดความของคำว่า “เครื่องหมาย” ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2559) มาตรา 4 มีการกำหนดคำนิยามที่แคบและเฉพาะ

เจาะจงจนเกินไป ทำให้ขอบเขตการให้ความคุ้มครองไม่ครอบคลุมไปถึงเครื่องหมายรูปลักษณ์ ตลอดจนส่งผลให้เครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ไม่สามารถได้รับความคุ้มครองไปด้วย ดังนั้น หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ต่อไป ควรแก้ไขให้มีความยืดหยุ่น และเปิดกว้าง ไม่จำกัดเพียงสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพื่อให้สามารถนำไปใช้กับการเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจในอนาคตที่จะเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้กฎหมายเครื่องหมายการค้าสามารถปรับเข้ากับสถานการณ์ต่าง ๆ ในอนาคตได้ต่อไป ดังนี้

“เครื่องหมาย ให้หมายความรวมถึง สิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเป็นดังสัญลักษณ์ ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ เสียง หรือสิ่งเหล่านี้เป็นอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน”

การแก้ไขคำนิยามข้างต้นมีลักษณะเป็นการให้ตัวอย่างสิ่งที่สามารถเป็นเครื่องหมาย โดยใช้คำว่า “ให้หมายความรวมถึง” แทนคำว่า “หมายความว่าเป็นการจำกัดการให้ความหมาย นอกจากนี้ ยังได้มีการเพิ่มเติมคำว่า “สิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเป็นดังสัญลักษณ์” ทำให้สามารถขยายความคุ้มครองถึงสิ่งที่จะขอรับความคุ้มครองได้อย่างไม่มีข้อจำกัดเป็นการเปิดกว้างการให้ความคุ้มครองเพื่อที่จะรองรับรูปแบบของเครื่องหมายแบบใหม่โดยมีต้องปรับแก้กฎหมายในประเด็นนี้บ่อยครั้งเกินสมควร ส่งผลให้การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแบบพิเศษบางประเภทที่ได้รับความคุ้มครองในต่างประเทศก็สามารถขอรับความคุ้มครองในประเทศไทยได้ อันเป็นการอุดช่องว่างทางกฎหมายมิให้เกิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าแบบอื่นที่จะมีขึ้นในอนาคตในประเทศไทยได้อย่างทั่วถึงและเป็นธรรม รวมถึงทำให้เครื่องหมายรูปลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์สามารถได้รับความคุ้มครองได้ต่อไปเพราะมีลักษณะเป็นเครื่องหมายแล้ว

อย่างไรก็ดี คำนิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” “เครื่องหมายบริการ” “เครื่องหมายรับรอง” และ “เครื่องหมายร่วม” คำจำกัดความค่าเหล่านี้ยังไม่กว้างมากพอที่จะครอบคลุมไปถึงการคุ้มครององค์ประกอบรวมในเครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ เครื่องหมายรูปลักษณ์ (Trade Dress) รูปลักษณ์โดยรวมมีพื้นฐานสำคัญ คือ รูปลักษณ์ทั้งหมดและลักษณะภายนอกโดยรวมทั้งหมด (Total Image and Overall Appearance) รวมทุกองค์ประกอบที่ปรากฏรวมกันบนสื่อใด ๆ โดยอาจมีการกำหนดนิยามของ “เครื่องหมายรูปลักษณ์” ไว้ ดังนี้

“ภาพรวมองค์ประกอบของสินค้าหรือบริการ ภาพลักษณ์ รูปลักษณ์โดยรวมของสินค้า การประกอบกันของส่วนประกอบต่าง ๆ อาจรวมถึงขนาด รูปร่าง รูปภาพ สี กราฟิก โลโก้ คำ ชื่อ ตัวอักษร วิธีการนำเสนอสินค้าหรือบริการ ที่ถือเป็นภาพรวมอันมองเห็นได้ทางสายตาหรือการรวมกัน

ของลักษณะที่ก่อให้เกิดความเชื่อมโยงในความรู้สึกนึกคิดของสาธารณชนกับผู้ผลิตหรือต้นกำเนิดสินค้าหรือบริการที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ เพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างกับสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะปรากฏในสื่อใดเพื่อใช้ในทางการค้าหรือบริการ”

ประการที่สาม ปัญหาของการกำหนดลักษณะบ่งเฉพาะในรูปสัญลักษณ์โดยรวมบนเว็บไซต์เนื่องจากตามมาตรา 7 ยังมีได้มีการกำหนดถึงลักษณะบ่งเฉพาะของเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์ รวมทั้งในส่วนประกอบโดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์ว่าควรมีขอบเขตแค่ไหนเพียงไร ต้องมีการพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะเครื่องหมายรูปสัญลักษณ์อย่างไร และการจะได้ลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้นั้นต้องมีการเผยแพร่หรือโฆษณาต่อเนื่องกันและเป็นเวลานานพอสมควรจนสาธารณชนในประเทศไทยรู้จักมากเพียงใด

การคุ้มครองรูปสัญลักษณ์โดยรวมที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้น รูปสัญลักษณ์โดยรวมต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยเน้นไปที่ความสามารถในการแยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์ มิได้เน้นไปที่เอกลักษณ์ของรูปสัญลักษณ์โดยรวมเป็นหลัก เพราะหน้าที่ที่สำคัญของเครื่องหมายการค้าคือ ทำหน้าที่แยกแยะแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะป็นลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากตัวเองหรือลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้ก็ตาม ทั้งนี้ อาจมีการกำหนดให้ต้องพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะของภาพรวมองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ให้เพียงพอว่า มีลักษณะโดดเด่นเฉพาะตัว ทั้งการออกแบบ การใช้แบบตัวอักษร สี รูปประดิษฐ์ ข้อความ โลโก้ เสียง ภาพนิ่งและเคลื่อนไหว กราฟิก การจัดวางตำแหน่งปุ่มเมนู แพนผัง วิธีการจัดวางโครงสร้างเว็บไซต์ องค์ประกอบโดยรวมต่าง ๆ สร้างบรรยากาศในการรับรู้และความรู้สึกที่มองภาพรวมแล้ว ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ทันทีว่าเว็บไซต์นี้เป็นของผู้ประกอบการรายใด เป็นการสร้างภาพลักษณ์และความรู้สึกเชื่อมโยงระหว่างผู้บริโภคที่มีต่อเว็บไซต์สะท้อนให้รับทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการที่ปรากฏบนเว็บไซต์ การตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเอง ต้องทำการตรวจสอบจากภาพรวม การออกแบบเว็บไซต์ว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะหรือไม่ มิใช่ตรวจสอบจากองค์ประกอบเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งที่ปรากฏบนเว็บไซต์ เช่น ต้องมีการตรวจสอบภาพรวมองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ ไม่ว่าจะป็นในเรื่องการใช้สีในการตกแต่งสอดคล้องกับสีที่เป็นสัญลักษณ์ประจำที่ใช้ในองค์กรหรือธุรกิจขององค์กร และการมีชื่อร้าน มีโลโก้ มีการจัดวางตำแหน่งปุ่มเมนูและรูปภาพต่าง ๆ ที่ผ่านการคิด วิเคราะห์ถึงตำแหน่งที่เป็นจุดสนใจของผู้บริโภค การกดเข้าไปยังปุ่มเมนูแต่ละปุ่มแล้วจะพบสิ่งใดเป็นลำดับขั้นตอนต่อไป การใช้แบบตัวอักษร ขนาดตัวอักษร การทำกราฟิกที่ดึงดูดความสนใจ สร้างความจดจำ เป็นต้น รวมถึงควรมุ่งพิจารณาจากการเปรียบเทียบระหว่างเว็บไซต์ของคู่กรณีในด้านของความเหมือนคล้ายของเว็บไซต์ การให้บริการของเว็บไซต์ ประเภทของธุรกิจ ภาพรวมของการออกแบบเว็บไซต์ และช่องทางการตลาดด้วย นอกจากนี้ ในการพิจารณาว่าเว็บไซต์นั้นมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้

(Secondary Meaning) หรือไม่ ควรจะพิจารณาจากจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์ด้วย มิใช่คำนึงถึงปริมาณรายได้ที่ได้รับเท่านั้น⁴⁰ ทั้งนี้ จะไม่คุ้มครองไปถึงการออกแบบเว็บไซต์สำเร็จรูปที่สามารถดาวน์โหลดได้ฟรีเพราะกรณีนี้เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์จากการทำซ้ำการออกแบบเว็บไซต์ได้โดยตรง

ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมในวรรคสอง ดังนี้

“เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ามียุทธศาสตร์เฉพาะ ...

(12) ภาพรวมของสิ่งที่ประดิษฐ์ขึ้น”

อย่างไรก็ดี การออกแบบเว็บไซต์นั้นอาจมีลักษณะบ่งเฉพาะโดยการใช้ จึงควรแก้ไข มาตรา 7 วรรคสาม ดังนี้ “เครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะตามวรรคสอง (1) – (12) หากได้มีการจำหน่าย เผยแพร่ หรือโฆษณาสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจนแพร่หลายแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว ให้ถือว่ามียุทธศาสตร์เฉพาะ” ในกรณีนี้สมควรต้องกำหนดขอบเขตเรื่องระยะเวลาในการเผยแพร่ และมีวิธีพิสูจน์ถึงความแพร่หลาย เนื่องจากเว็บไซต์สามารถเผยแพร่ทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตให้ผู้บริโภคทั่วโลกสามารถเข้าไปชมเว็บไซต์ได้เป็นจำนวนมากทั่วโลกภายในเวลาไม่กี่นาที ซึ่งอาจจะถือว่ามี การแพร่หลายในทันทีที่มีการเปิดใช้งานเว็บไซต์ ดังนั้น ในกรณีนี้ภาครัฐจำเป็นต้องขอคำแนะนำเพิ่มเติมทางเทคนิคกับผู้มีความเชี่ยวชาญในระบบคอมพิวเตอร์ และออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่องหลักเกณฑ์การพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะตามมาตรา 7 วรรคสามต่อไป เช่น มีการทำแบบสำรวจการรับรู้ของผู้บริโภคต่อสินค้าหรือบริการ หรืออาจมีวิธีในการตรวจสอบจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์จากประชาชนคนไทยหรือต่างชาติ โดยการพิจารณาถึงการเผยแพร่จะพิจารณาเฉพาะสาธารณชนในประเทศไทยเท่านั้นที่รู้จักเว็บไซต์ดังกล่าว และแม้จะเป็นเครื่องหมายรูปลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองจากต่างประเทศมาแล้วก็ตาม แต่หากจำนวนสาธารณชนในประเทศไทยยังไม่รู้จักเพียงพอก็อาจถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะที่เกิดจากการใช้

ประการที่สี่ ปัญหาของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะโดยรวมบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย จะสามารถเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้หรือไม่ และจะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) หรือไม่ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายหรือไม่ อย่างไร

⁴⁰ อรรถา สังข์สงบ, “แนวทางการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress) ในประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ 12 (มีนาคม 2553): 306.

เนื่องจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าได้มีการให้อำนาจรัฐมนตรีกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะของเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาว่าเครื่องหมายใดเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป ซึ่งตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ดังกล่าวยังไม่ชัดเจนและยังไม่ได้มีการอธิบายโดยชัดแจ้งว่า ใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาถึงความแพร่หลาย จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความแพร่หลายให้ชัดเจน เพื่อลดปัญหาการใช้ดุลพินิจของของนายทะเบียนในการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการและศาลยุติธรรมในการพิจารณาว่า เครื่องหมายใดเป็นเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปหรือไม่ และควรมีการกำหนดความหมายของ “เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป” ให้ชัดเจนไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 ดังนี้

“เครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป หมายถึง เครื่องหมายที่มีการจำหน่ายหรือมีการใช้หรือมีการโฆษณาหรือได้มีการใช้เครื่องหมายโดยวิธีใด ๆ อย่างแพร่หลายตามปกติโดยสุจริตกับสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าของหรือผู้แทนหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายนั้น ไม่ว่าในประเทศหรือต่างประเทศ จนทำให้สาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยรู้จักเป็นอย่างดี และเครื่องหมายนั้นจะต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภคชาวไทย”

เมื่อเครื่องหมายรูปลักษณะที่ปรากฏบนเว็บไซต์จนมีชื่อเสียงแพร่หลายได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks) แล้ว ควรมีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเฉพาะสำหรับการตรวจสอบความแพร่หลายทางเว็บไซต์ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทางเทคนิคระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อวัตถุประสงค์การรับรู้ ยอมรับในสาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย เช่น วัดจากจำนวนผู้กดติดตามเว็บไซต์เป็นหลัก มิใช่แค่จำนวนการคลิกเข้ามาชมเว็บไซต์ซึ่งอาจเป็นการเข้ามาชมโดยบังเอิญและควรมีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความมีลักษณะบ่งเฉพาะในตัวเองจากการออกแบบบนเว็บไซต์ที่มีชื่อเสียง โดยอาจตรวจสอบว่ามีการจ้างการออกแบบ มีระบบการวิเคราะห์ข้อมูลก่อนที่จะออกแบบเว็บไซต์ ปุ่มเมนู และส่วนประกอบต่าง ๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์ กราฟิกและการจัดวางองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ผ่านการคิด วิเคราะห์ การคำนวณใช้ความสร้างสรรค์และเงินทุน รวมถึงอาจต้องพิจารณาว่า มีการใช้และทำการตลาดทั้งภายในประเทศและต่างประเทศตั้งแต่ 1 ปี สำหรับกรณีการพิจารณาถึงความมีลักษณะบ่งเฉพาะจากการใช้

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายให้ความคุ้มครองเครื่องหมายรูปลักษณะ แต่เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงควรมีขั้นตอนและสิ่งจำเป็นเพิ่มเติม ดังนี้

1) เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายเชิงบังคับกำหนดหัวข้อหรือรูปแบบที่จำเป็นต้องมีในทุกเว็บไซต์ซึ่งเป็นของผู้ประกอบการคนไทย เช่น ช่องให้รีวิวสินค้าหรือบริการ เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถ คอมเมนต์รีวิว

ให้ผู้บริโภค รายอื่น ๆ รับประทาน และตัดสินใจได้ว่า สินค้าหรือบริการบนเว็บไซต์นั้นเป็นของผู้ประกอบการรายใด หรือทำปลอมเลียนแบบขึ้นมา ส่งผลให้สาธารณชนจะได้ไม่สับสนหลงผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ

2) รัฐควรเพิ่มจำนวนผู้เชี่ยวชาญระบบคอมพิวเตอร์ คอยสอดส่องเว็บไซต์ที่มีพฤติกรรมเป็นเว็บปลอม (Scam), หรือขายของปลอม (Fake) หากเว็บไซต์ใดผ่านการตรวจสอบแล้วจะมีสัญลักษณ์รับรองปรากฏ เพื่อเพิ่มความน่าเชื่อถือให้แก่เว็บไซต์อีกทางหนึ่ง แต่หากเป็นเว็บปลอมให้ปิดเว็บไซต์

3) เมื่อผู้บริโภคกดซื้อสินค้าใด ๆ ก็ตามของหน้าเว็บไซต์นั้น ข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ชื่อ เบอร์โทรศัพท์ ที่อยู่จัดส่ง จะต้องถูกรวบรวมไปในหน้าเว็บไซต์เพื่อจัดส่งสินค้า ดังนั้น ความปลอดภัยในการซื้อสินค้าหรือบริการบนเว็บไซต์ขอปึงก็เป็นสิ่งสำคัญ เว็บไซต์ที่น่าเชื่อถือจึงควรมีเครื่องมือและระบบที่ช่วยรักษาข้อมูลให้สมบูรณ์และปลอดภัย เพื่อไม่ให้บุคคลภายนอกสามารถฉกฉวยข้อมูลความลับส่วนบุคคลไปใช้

4) ควรมีเว็บไซต์กลางของภาครัฐที่ทำหน้าที่บรรจข้อมูลเว็บไซต์ที่ถูกต้องของหน่วยงานทั้งรัฐและเอกชน รวมถึงบริษัท ห้างร้านต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้ามาค้นหาเว็บไซต์ที่ถูกต้องได้อย่างสะดวก และเป็นการป้องกันการสับสนหลงผิดอีกด้วย

บรรณานุกรม

- กรมทรัพย์สินทางปัญญา. **กฎหมายเครื่องหมายการค้า - สาธารณรัฐประชาชนจีน** [Online]. Available URL: https://www.ipthailand.go.th/images/781/L_china_8.pdf, 2565 (มิถุนายน, 25).
- _____. **ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง คู่มือการพิจารณารับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ฉบับปี พ.ศ. 2565** [Online]. Available URL: https://www.ipthailand.go.th/images/3534/2565/TM/TM_2565.pdf, 2565 (มกราคม, 5).
- กระทรวงพาณิชย์. **ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป** [Online]. Available URL: <https://onestopservice.ditp.go.th/download/file/34dip.pdf>, 2565 (มกราคม, 5).
- เครื่องหมายการค้า. **เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย (Well-known Marks)** [Online]. Available URL: https://thaitradebrand.com/knowledge/4_Well_Known_Marks.pdf, 2566 (มีนาคม, 8).
- ชวจารี เรียวแรงกุลศล. “กฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการคุ้มครอง เครื่องหมายรูปลักษณะ.” **สุทธิปริทัศน์** 30, 96 (ตุลาคม-ธันวาคม 2559): 190.
- นินนาท บุญยเดช. “การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีในกฎหมายระหว่างประเทศ.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์**, 2552.
- นลินทร ชาตศิริ. “การกระทำอันเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าและสภาพบังคับทางกฎหมาย: ศึกษาเฉพาะกรณีทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2539.
- ไพศาล ลิ้มสถิตย์, จุณวิทย์ ชลิตาพงศ์ และจุมพล แดงสกุล. **รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการมาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาเครื่องหมายการค้า ที่มีความคล้ายคลึงกับเครื่องหมายของเครื่องหมายแอลกอฮอล์ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า และข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์** [Online]. Available URL: <https://cas.or.th/?p=8053>, 2565 (มิถุนายน, 25).
- อรพัทธ์ วงศาโรจน์. “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในกรณีการตกแต่งร้าน.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ**, 2556.
- อรรยา สิงห์สงบ. “แนวทางการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในรูปลักษณะโดยรวมของเว็บไซต์ (Web Dress) ในประเทศสหรัฐอเมริกา.” **วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ** ครอบคลุม 12, 15 (มีนาคม 2553): 306.

- Thai Franchise Center. **ตั้งโดนก๊อป! Cafe'Amazon (ไทย) vs CaféAmazing (กัมพูชา)** [Online]. Available URL: <https://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=3075,2565> (พฤศจิกายน, 2).
- WAIWY4.0. **แนะนำวิธีดูเว็บปลอมหน่วยงานรัฐ มิจฉาชีพใช้หลอกติดตั้งแอปมัลแวร์ พร้อมยกตัวอย่างเทียบของจริง** [Online]. Available URL: <https://droidsans.com/fake-thai-site-for-malware-download-examples/>, 2566 (กุมภาพันธ์, 10).
- Bao, Xuri. **China: Strengthening trade dress protection in China** [Online]. Available URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/portfolio-management/china-strengthening-trade-dress-protection-china>, 2017 (May, 1).
- Batzella, Laura and Fredrick Xie. **China: [China IP] Chanel N.5: Bottle Shape Is Protected, Packaging No** [Online]. Available URL: <https://www.mondaq.com/china/trademark/1192488/china-ip-chanel-n5-bottle-shape-is-protected-packaging-no>, 2022 (May, 12).
- Brand Buffet Team (CMMU Insights). **วิเคราะห์ แบนด์ Cafe Amazon และ The Amazon's Embrace** [Online]. Available URL: <http://www.brandbuffet.in.th/2013/08/brand-analysis-cafe-amazon-embrace/>, 2565 (พฤศจิกายน, 2).
- Cooper, Cheryl. **Can trade dress protect your website from copycats?** [Online]. Available URL: <https://www.whitehouse-cooper.com/can-trade-dress-protect-website-copycats/>, 2022 (May, 14).
- Federal Register. **Changes to Implement Provisions of the Trademark Modernization Act of 2020** [Online]. Available URL: <https://www.federalregister.gov/documents/2021/11/17/2021-24926/changes-to-implement-provisions-of-the-trademark-modernization-act-of>, 2020 (May, 21).
- Gambino, Darius C. and William L. Bartow. **Trade Dress: Evolution Strategy and Practice**. UK: Oxford University Press, 2013.
- Ghajar, Bobby and Lori Levine. **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC** [Online]. Available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e2ff965-b395-4fc5-b885-eeb2b2a17741>, 2023 (March, 10).
- Inwood Laboratories v. Ives Laboratories, 456 U.S. 844 (1982).

- Justia. **Express Lien Inc v. Nationwide Notice Inc, No. 2:2016cv02926 - Document 42 (E.D. La. 2017)** [Online]. Available URL: <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/louisiana/laedce/2:2016cv02926/176364/42/>, 2021 (March, 25).
- Justia. **Ingrid & Isabel, LLC v. Baby Be Mine, LLC et al, No. 3:2013cv01806-Document 67 (N.D. Cal. 2014)** [Online]. Available URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2013cv01806/265474/67/>, 2021 (March, 25).
- Labs, Lepton. **LLC v. Walker et al., case number 2: 14-cv-04836 in the U.S. District Court for the Central District of California (filed September 23, 2014)** [Online]. Available URL: <https://docs.justia.com/cases/federal/districtcourts/california/cacdce/2:2014cv04836/592641/27>, 2020 (May, 18).
- Locke, Scott D. **Trade Dress in the age of e-commerce: The challenge of protecting the “look and feel” of website and mobile apps** [Online]. Available URL: <https://dorflaw.com/wp-content/uploads/2017/09/201709015-Trade-Dress-of-Websites.pdf>, 2022 (April, 13).
- Moga, Thomas T. **Design Patents vs. Trade Dress: Protecting IP in China** [Online]. Available URL: <https://www.chinabusinessreview.com/design-patents-vs-trade-dress-protecting-ip-in-china/>, 2020 (July, 31).
- Mohr, Stephen F. and Glenn Michell. **Functionality of trade dress : a review and analysis of U.S. case law**. New York: International Trademark Association, 1994.
- Roulo v. Russ Berrie & Co., 886 F. 2d 931, 937. 12 U.S.P.Q. 2d (BNA) 705, 725 (7th Cir. 1989).
- Sandberg, Scott C. “Trade Dress: What does it mean?.” **Franchise Law Journal** 29, 1 (Summer 2009): 2.
- SG Servs. v. God’s Girls Inc., 2007 U.S. Dist. LEXIS 61970 (C.D. Cal. May 9, 2007).
- Shanahan, Dan R. **Australian Trade Mark Law and Practice**. New South Wales: Star Printery Pty. Ltd., 1982.
- Tools USA & Equip. Co. v. Champ Frame Straightening Equip. Co., 87 F. 3d 654, 662, 39 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1355, 1357 (4th Cir. 1996).
- The Trademark Modernization Act of 2020 as incorporated in Consolidated Appropriations Act, 2021 (Public Law 116-260, Subtitle B, Section 221).

TraFFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001).

Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc., 529 U.S. 205 (2000).

Zhu, Chanyuan. **Getting creative: when to protect trade dress under trademark or competition law** [Online]. Available URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ae0d70eb-9755-4425-9e08-8a18f502718e>, 2020 (September, 24).

505 U.S. 763, 112 S.Ct. 2753, 120 L.Ed.2d 615 (1992).

The Extension of Additional Protection under the Aspect of Geographical Indications (GI) Law to Cover Coffee: A Case Study of Thailand

Panitipad Suksomboon

The Extension of Additional Protection under the Aspect of Geographical Indications (GI) Law to Cover Coffee: A Case Study of Thailand*

Panitipad Suksomboon**

Abstract

Coffee is among the beverage with the highest consumption rate in the world. Despite the complexity of coffee plantations, coffee production has been increasing over the past decades. This phenomenon later led to the geographical indications tags which emphasized the environment where coffee is being grown and coffee bean processing techniques which is unique in each location. With respect to the current geographical indications law under the World Trade Organization (WTO) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) which is also concerning the protection of the products with the uniqueness in geographical regions, the additional protection only provides to certain product namely wine and spirits. Accordingly, many countries come up with the suggestion to extend such additional protection to cover coffee products. However, it is still debatable among the member states whether it is necessary to implement such extension since some has argued that general protection is adequate enough. This research found that in particular

*This research article is a part of thesis “TRIPS and Issues Concerning Additional Protection and Harmonization of European, Japanese and Thai GI registration: A Case Study of Doi Tung Coffee.” This thesis title has been approved by a graduate school as partial fulfilment of the requirement for the Doctor of philosophy in European Studies (PEUS) at Chulalongkorn University. Professor Dr.Sakda Thanitcul is an advisor. Assistant Professor Dr.Bhawan Ruangsilp, Associate Professor Dr.Verita Sriratana, and Professor Dr.Sakda Thanitcul are examiners.

**Student in Doctor of Philosophy in European Studiies (PEUS), Chulalongkorn University.
E-mail: panithipad.s@gmail.com

Received 25 November 2022, Revised 18 January 2023, Accepted 19 January 2023.

countries and areas, namely European Union (EU), Japan and Thailand where coffee plays certain significant role in the economy, the relevant law on additional protection still does not cover coffee products. In order to maximize the economic value of coffee products and to reflect the true intention of the geographical indications law, the additional protections should be extended to cover coffee products as well.

Keywords: geographical indications law, coffee, additional protection

1. Introduction

The geographical indications or the appellations as being called in some jurisdictions are a distinct expression of local cultural and agro ecological characteristics that are valuable and pose a competitive advantage for the business environment at the present day. Geographical indications help identify the origin in a delimited territory or region where there is a unique quality, reputation or other characteristics of the product which are essentially attributable to its geographical origin and/or the natural or human factors of the local area.¹ Geographical indications offers the right to exclusively use any certain name which typically defines a specific geographical area to regional producers and processors of certain products.

When the World Trade Organization (WTO) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) was initiated and implemented in the mid-1990s, the term, geographical indications, became more prominent. The article 22 paragraph 1 of the TRIPS agreement stipulated that “*Geographical indications are, for the purposes of this Agreement, indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristics of the good is essentially attributable to its geographic origin.*” According to the aforementioned article of TRIPS Agreement, every product registered with geographical indications is covered with a standard level of protection which was also known as general protection. The protection in the standard level as aforementioned was intended to protect any misleading use or unfair competition in the products of certain producers or processors. This type of protection is able to cover every product registered under geographical indications including coffee. However, certain products namely wine and spirit would receive a higher or enhanced level of protection for registering geographical indications in

¹Dominique Barjolle and others, “The Role of the State for Geographical indications of Coffee: Case Studies from Columbia and Kenya” **World Development** 98 (2017): 105-119.

accordance with the article 23 of the TRIPS agreement, this type of protection also known as additional protection.²

There is an ongoing debate whether the additional protection in accordance with the article 23 of the TRIPS agreement should cover to other products, particularly coffee. Many countries advocate the extension of article 23 of TRIPS agreement to other products, while some countries still oppose this extension by arguing that the standard level of protection under the article 22 of the TRIPS agreement was already adequate.³

2. Research Methodology

This study mainly based on documentary research including academic researches, articles, theses and governmental statistical publications both in Thai and foreign language. In addition, this study adopted a qualitative study design using a guided in-depth interview to collect insight information from personnel in relevant fields including personnel from Doi Tung Royal Project, personnel from Tum Singh Coffee, personnel from Ahka Ama and the personnel from the Department of Intellectual Property, Ministry of Commerce of Thailand.

This paper aims to demonstrate the study in connection with the remarkable characteristics and the similarities and differences of the additional protection under the realm of geographical indication laws and regulations in each specific countries or areas, the European Union, Japan and Thailand. In addition, this paper will also discuss on certain debatable issues concerning the possibility of extending the additional protection to cover coffee products. The conclusion of this paper supports the implementation of extending the additional protection to other products and suggests the potential recommendation in efficiently implementing such extension

²World Trade Organization, **Background and the current situation** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/gi_background_e.htm, 2008 (November, 23).

³Ibid.

within Thailand territory in order to achieve ultimate purpose of having geographical indications.

3. The Implication related to the Additional Protection of Geographical Indication under the TRIPS Agreement

The additional protection firstly appears in the article 23 of the TRIPS agreement and this particular protection is granted only to certain products, namely wines and spirits. This additional protection under the TRIPS agreement is expressed in two ways⁴. Firstly, article 23 paragraph 1 provides that Member states shall provide the legal means for interested parties to prevent the use of geographical indications identifying wines and spirits not originating in the place indicated by the geographical indications. This additional protection should be available even where such use would not mislead the public, where the true origin of the goods would be indicated, would not amount to unfair competition, or where the geographical indication would be used in translation or accompanied by expressions such as “style”, “kind”, “imitation”, or the like. Secondly, article 23 paragraph 2 provides a permission to refuse any registration of trademark for wines or spirits that contain or consist of a geographical indication where such wines and spirits do not have that stated origin. The additional protection would also be granted in situations where the public is not misled.

This additional protection in accordance with the article 23 has various exceptions. In particular, a phrase claiming to be protected under the realm of geographical indications shall fulfill the requirements prescribed in the preceding of the TRIPS agreement. Even if the product fulfills this criterion under the TRIPS agreement, many significant exclusions might make some phrases unprotect able,

⁴World Trade Organization, **Part II — Standards concerning the availability, scope and use of Intellectual Property Rights** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04b_e.htm, 2020, (November, 15).

at least in certain member states' territory. Set forth below is the exceptions of additional protection under the TRIPS agreement:

- a. pursuant to article 24 paragraph 4 of TRIPS agreement, a portion of the current usage would be retained; and
- b. pursuant to article 24 paragraph 6 of TRIPS agreement, any term or word which is customary in common language or the so-called generic word shall be unprotected. The exception might be applied to certain words having regional origins that have gained worldwide recognition.

On the other hand, the additional protection under article 23 of TRIPS agreement provides a wide range of protection to certain product as particularly prescribed in terms of the economic value and legal implication in comparison to the general protection stipulated in article 22. The limitations of the general protection pursuant to article 22 are as follows.

Firstly, there are concerns with regard to the free-riding issue which significantly affects the producers or processors of certain products in terms of the economic values. In order to be qualified for the general protection, the unauthorized use of a geographical indicator must either mislead the public regarding the product's geographical origin or constitute an action resulted in unfair competition. The intention of article 22 specifying the requirement of misleading test is adjusted in order to comply with the unfair competition or the consumer protection rules.⁵ However, in contrast to the article 23 granted the additional protection to certain product namely wines and spirits, the general protection under article 22 does not provide an adequate protection or sufficiently benefit certain producers who was authorized to use a registered Geographical Indication. It turns out that it implicitly allows other producers to exploit or benefit the reputation of particular geographical designation instead.⁶ For instance, any producer will be able to use a geographical indicator

⁵Ibid.

⁶Friederike Frantz, "Twenty Years of TRIPS, Twenty Years of Debate: The Extension of High Level Protection of Geographical Indications – Arguments, State of Negotiations and Prospects," *Annual Survey of International & Comparative Law* 21, 1 (2016): 93-117.

on the product even if such product does not originate in the claimed location on condition that the genuine origin of the product is clearly mentioned on its label.⁷ A case in point of the aforementioned misdirection is one in which a manufacturer utilizes the geographical indicator “Geneva” on a clock face despite the fact that the clock does not originate in Geneva but it clearly engraves the genuine origin on the clock’s back.⁸

The second concerns with regard to the legal insecurity was raised as the limitation in accordance with this general protection. As the article 22 paragraph 2⁹ of the TRIPS agreement implemented the requirement of misleading test, this particular test might create legal confusion regarding the enforcement of the protection for a Geographical indication in various jurisdiction. This is because the interpretation of such misleading test would depend on the determination of the courts or the administrative authorities. This discretionary interpretation of the misleading test pursuant to the article 22 paragraph 2 of the TRIPS agreement in various jurisdiction would result in conflicting rules and regulations. The legal ambiguity of this concerning issue would inevitably jeopardize and impair the smooth operation of international commerce in items bearing a geographical designation.

⁷Dwijen Rangneker, **Geographical Indications: A review of proposals at the TRIPS Council: extending article 23 to products other than wines and spirits** (Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2003), p. 4.

⁸Felix Addor, Nikolaus Thumm and Alexandra Grazioli, “Geographical Indications: Important Issues for Industrialized and Developing Countries,” **Institute for Prospective Technological Studies (IPTS) Report 74** (2003): 24-31.

⁹Article 22 paragraph 2 of the TRIPS agreement stipulated that “In respect of geographical indications, Members shall provide the legal means for interested parties to prevent:

(a) the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good;

(b) any use which constitutes an act of unfair competition within the meaning of Article 10bis of the Paris Convention (1967).”

Lastly, the general protection under the article 22 stipulates the limitation related to the burden of proof to the producers.¹⁰ In order to comply with the misleading test, it is mandatory for the producers to defend a geographical designation of their registered products by demonstrating any potential evidences to the court or administrative authority that there is an occurrence of misleading or an action of unfair competition. This procedure might be costly and time-consuming. While the additional protection under the article 23 which protects only for wines and spirits does not impose such burden of proof on the producers.¹¹ By contrast, the article 23 expressly bans any use of geographical indications for wines and spirits that do not originate in the geographical area designated by the indication.¹²

The TRIPS agreement's preamble prescribed that members, desiring to reduce trade distortions and impediments, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures for enforcing intellectual property rights do not become impediments to legitimate trade.¹³ While article 23 of the TRIP agreement is allowed for preferential and discriminatory treatment of geographical indications for wines and spirits, which is not included in the preamble of the TRIP Agreement. The community of the intellectual property practitioners have split into two camps. The first camp argues that the article 23 should be extended to include geographical indication for products other than wines and spirits while the other camp argues that the extension is unnecessary and the *status quo* should be maintained. This issue would later be elaborated in part 5.

¹⁰Niranjan Rao, "Geographical Indications in Indian Context: A Case Study of Darjeeling Tea," **Economic and Political Weekly** 40, 42 (2005): 4545-4547.

¹¹Dwijen Rangneker, *op. cit.*

¹²Niranjan Rao, *op. cit.*

¹³World Trade Organization, **Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2021 (February, 18).

4. The Current Protection under the Aspect of Geographical Indications in the European Union, Japan and Thailand

The four major types of coffee beans that are sold commercially across the world are *Coffea arabica* (Arabica), *Coffea caniphora* (Robusta), *Coffea excelsa*, or *Coffea liberica* var *dewevrei* (Excelsa), and *Coffea liberica* (Liberica). Out of the four species of coffee beans, the two most popular coffee beans are Arabica and Robusta.¹⁴ Cultivation of Arabica and Robusta are relatively different concerning their botanical requirement, which governs the productivity and longevity of coffee plantations. Arabica coffees are grown in higher altitudes, usually 800 to 2,000 meters above sea level, whereas, Robusta coffees are often grown at low altitudes (optimal altitudinal range of 300 m to 760 m) and usually in humid conditions. Compared with Arabica coffee, Robusta is more resistant to disease. Thus, its yield per tree is higher than Arabica. Statistics show that Robusta yields approximately one-third more beans per hectare than Arabica beans.¹⁵ Arabica coffee preferred cooler temperatures, usually around 18 Celsius to 24 Celsius offered by higher altitude. Apart from those special requirements of the species, there are a lot of factors resulting in the quality and quantity of coffee's yield such as nutrient, soil property, environment or even the geographical characteristics.

Although, coffee also has complex and unique production methods like wines and spirits which are received the additional protection under article 23 of the TRIPS agreement and relevant regulation in particular TRIPS's member states, coffee is received only the general protection under article 22 of the TRIPS agreement. Set forth below is the current protection under the realm of geographical indications in different jurisdictions, the European Union, Japan and Thailand.

¹⁴Elisa Reis Guimarães, Paulo Henrique Leme and Daniel Rezende "The brand new Brazilian specialty coffee market," *Journal of Food Products Marketing* 25, 1 (2018): 49-71.

¹⁵Christian Bunn, Peter Laderach, Oriana Ovalle Rivera and Dieter Kirschke, "A bitter cup: climate change profile of global production of Arabica and Robusta coffee," *Climatic Change* 129 (2015): 129-189.

4.1 The European Union

The European Union (EU) is considered as a group of countries that play a significant role in the coffee trade market, as it is a group of countries that import a tremendous amount of coffee each year. Statistics show that more than 40% of the world coffee export is to EU. In addition, the EU also has the highest coffee consumption in the world.¹⁶ Thus, the EU is one of the major target markets for coffee distributors and coffee-producing countries across the world. Registration of geographical indications for coffee products according to the regulations of the European Community (EC) will help increase the value of coffee products while increasing the economic value. Geographical indications granted from the EU would help guarantee that coffee products have high quality and pose unique characteristics due to specific geographical areas. With the registration of geographical indications, coffee products will become more reputable. At present, there are multiple coffees across the world recognized with the EU geographical indications, including Doi Chang Coffee and Doi Tung Coffee from Thailand.

The current EC system is based on two main categories of protection for geographical indications, namely the Protected Designations of Origin (PDO) and the Protected Geographical indications (PGI).¹⁷ In addition, other terms are being used for geographical indication in the EU, especially for several wines registered under geographical indication, which can sometimes cause confusion. The registration of PDO mandates that the product must be entirely produced and processed in certain geographical area at every stage. This implies that the product exhibits qualities or characteristics that essentially and strongly link to the geographical location. For PGI, on the other hand, the product must be produced or processed in the geographical

¹⁶United States Department of Agriculture, F. A. S., **Coffee: World Markets and Trade** [Online], available URL: <https://apps.fas.usda.gov/psdonline/circulars/coffee.pdf>, 2021 (March, 3).

¹⁷Laurence Bérard and Philippe Marchenay, “Localized products in France: definition, protection and value-adding,” **From local food to localized food, Anthropology of food 2** (2007): 19-21.

area at least one stage, meaning that the product exhibits specific quality, reputation, or other characteristics attributable to the site. For a PGI, the registration allowed greater flexibility based more on reputation and linked less concretely to the qualities of a geographic region. Even though the criteria or product specifications between PGI and PDO are different, they are similar in nearly every other respects. This includes the application and recognition process, control systems, and consumer guarantees.¹⁸

The scope of protection of geographical indications as defined in EU law includes the false or misleading use of a protected geographical indications and the marketing of geographical indications products that do not originate in place indicated by the geographical indications. In legal terms, infringement is considered as any unauthorized use under Article 13 Protection of Regulation (EU) No 1151/2012. Specifically, the infringements defined in article 13(1) of the aforementioned regulation would include the following action:¹⁹

1) Any direct or indirect commercial use of a registered name in respect of products not covered by the registration where those products are comparable to the products registered under that name or where using the name exploits the reputation of the protected name, including when those products are used as an ingredient;

2) Any misuse, imitation, or evocation, even if the true origin of the products or services is indicated or if the protected name is translated or accompanied by an expression such as ‘style’, ‘type’, ‘method’, ‘as produced in’, ‘imitation’ or similar, including when those products are used as an ingredient;

3) Any other false or misleading indication as to the provenance, origin, nature, or essential qualities of the product that is used on the inner or outer packaging advertising material of documents relating to the product concerned, and the packing of the product in a container liable to convey a false impression as to its origin; and

¹⁸Filippo Arfini and Valentin Bellassen, **Sustainability of European Food Quality Schemes** (New York: Springer, 2019), p. 42.

¹⁹Ibid, p. 48.

4) Any other practice liable to mislead the consumer as to the true origin of the product.

These infringements are also relevant when the products are used as ingredients. Violations committed either by non-certified or certified producers or retailers falls under the scope of this protection. The applicable EU geographical indications legislation depends on the product categories as follows:²⁰

- 1) Regulation (EU) No 1151/2012 for agricultural products and foodstuffs;
- 2) Regulation (EU) No 1308/2013 for Wines;
- 3) Regulation (EC) No 110/2008 for Spirits; and
- 4) Regulation (EU) No 251/2014 for aromatized wines.

With respect to the geographical indications law in EU, coffee products would be able to be protected under PDO or PGI depending on the requirements and criteria they meet in each case.

4.2 Japan

The Diet, the Japanese parliament, has adopted in 2014 the “*Tokutei Norin Suisan Butsu to no Meisho no Hogo ni Kansuru Horitsu*” (the Act for the Protection of the Names of Designated Agricultural, Forestry and Fishery Products and Foodstuffs (Act No 84)).²¹ Although the title of the act does not distinctly carry the word ‘*chiriteki hyouji*’ or geographical indications in English, it is typically considered as the Geographical Indications Act in Japan.²² Japanese government acknowledges the importance of the protection of particular geographical indications since there are

²⁰Ibid., p. 49.

²¹Ministry of Agriculture, F. a. F., **Tokutei Norin Suisan Butsu to no Meisho no Hogo ni Kansuru Horitsu [Act for the Protection of the Names of Designated Agricultural, Forestry and Fishery Products and Foodstuffs.]** [Online], available URL: http://www.maff.go.jp/j/shokusan/gi_act/outline/pdf/doc4.pdf, 2020 (February, 22).

²²Ministry of Agriculture, F. a. F. **Geographical Indication (GI) Protection System in Japan** [Online], available URL: https://www.maff.go.jp/e/japan_food/gi_act/pdf/gi_pamph.pdf, 2020 (February, 22).

numerous regional brand products obtained high quality and reputation as a result of unique production methods and natural characteristics such as regional climate and soil conditions of a certain location in Japan.

It is important to note that in Japan, only the products and foodstuffs both edible and non-edible related to agriculture, forestry and fishery are fell under the protection of the Geographical Indications Act. This protective scope is rather narrower than the minimum standard of geographical indications as prescribed in the article 22 paragraph 1 of the TRIPS agreement, which intentionally protects all kind of products having quality, reputation or other characteristics linked to these products which can be attributed to a specific geographic region. Specifically, set forth below is the protective categories under article 2 of the Geographical Indications Act.²³

- 1) Edible agricultural, forestry, and fishery products;
- 2) Non-edible agricultural, forestry, and fishery products;
- 3) Food and beverages; and
- 4) Product manufactured or processed using agricultural, forestry, and fishery product.

Article 2 of the Geographical Indications Act aforementioned is clearly demonstrated that alcohol, quasi-pharmaceutical products, regenerative medicine, pharmaceutical products, cosmetics are explicitly excluded from the protective scope. However, alcoholic drinks, such as wine, sake, spirits, or shochu can be obtained a geographical indication in accordance with the law concerning Liquor Business Associations and Measures for Securing Revenue from Liquor Tax (Act No. 7, 1953) instead. Pursuant to article 2 of the Geographical Indications Act of Japan, coffee as a product related to agriculture would, therefore, be protected only in a general standard comparing to those prescribed in TRIPS agreement.

²³Intellectual Property Division Food Industry Affairs Bureau, Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries, “Geographical Indication Protection System Guidelines for the Use of Geographical Indications,” 2015.

4.3 Thailand

In the past three decades, the role of intellectual property rights in agribusiness around the world, including Thailand, where agriculture is one of the main business sectors, has been increasing enormously. This so-called Green Revolution in the 1960s was the most significant reason for the introduction of proprietary aspects in industrial agriculture. Seeds became the private property of multinational corporations and international research centers such as the International Maize and Wheat Improvement Center and the International Rice Research Institute (IRRI).²⁴ Even though the protection of intellectual property rights is assured by various international conventions, certain conflict is still raised between developing and developed countries regarding those intellectual property rights. Developed countries, which produce most of the world's intellectual property and pose biotechnological knowledge, accuse many developing countries with regard to piracy of the intellectual property. While developing countries which own the large reserves of the world's pool of genetic resources, accuse developed countries of biopiracy.²⁵ As a result, some developing countries like Kenya, India, as well as Thailand intend to implement the TRIPS agreement of the World Trade Organization to protect their national intellectual and cultural heritage together with their rich biodiversity resources.²⁶

As a member of the World Trade Organization and as a contracting party of the TRIPS agreement, Thailand is required to implement the relevant provisions and appropriate measures in accordance with such agreement under the domestic legal framework. At the national level, Thailand ensures the protection of the geographical

²⁴Chuthaporn Ngokkuen and Ulrike Grote, "Challenges and opportunities for protecting geographical indications in Thailand" *Asia-Pacific Development Journal* 19, 2 (2012): 93-123.

²⁵Bongo Adi, "Intellectual property rights in biotechnology and the fate of poor farmers' agriculture," *Journal of World Intellectual Property* 19, 2 (2006): 91-112.

²⁶Jinghua Zou, **Rice and cheese, anyone? The fight over TRIPS geographical indications continues** [Online], available URL: https://www.brooklaw.edu/students/journals/bjil/bjil30iii_zou.pdf, 2020 (January, 9).

indications through the enforcement of a particular law, the Geographical Indication Protection Act B.E. 2546 (2003) (“GIPA”), which became effective in the same year.

Pursuant to article 3 of GIPA, it stipulated that the Geographical Indication means “*a name, symbol or any other thing used for calling or representing a geographical origin and capable of identifying that the goods originating in that geographical origin are the goods, the particular quality, reputation or characteristic of which is attributable to such geographical origin*” Moreover, Geographical Indication under Thai law can be classified into two types which are direct Geographical Indication and indirect Geographical Indication. Direct Geographical Indication refers to a geographical name that relates directly to Geographical Indication products, such as Chaiya Salted Egg or Thung Kula Rong-Hai Thai Hom Mali Rice, while indirect Geographical Indication refers to a sign or anything that does not contain a geographical name to identify the geographical origin or production origin, such as a picture of Yamo, the colloquial name of Thao Suranaree, the nineteenth-century heroine from Nakhon Ratchasima province of northeastern Thailand.

In terms of the scope of protection, there are two types of protection under Geographical Indication GIPA. Firstly, it is a general protection as prescribed in section 27. It is a protection against any use of geographical indication in a way of misleading or constituting an unfair competition. Secondly, it is a higher level of protection for particular products, namely rice, silk, wine and spirits.²⁷ Pursuant to section 28, this higher protection prohibited any use of Geographical Indication in translation or accompanied by the expression of “kind” or “type” or the like. Since coffee does not be prescribed as a particular product which will be receiving a higher protection pursuant to section 28 of GIPA, coffee, therefore, received only a general protection pursuant to section 27.

²⁷The Royal Gazette, “The Ministerial Regulations re: Establishment of a List of Specific Categories of Goods, and Established Rules and Procedures for the Use of Identical or Synonymous Geographical Indications B.E. 2554 (2011)”.

²⁸Geographical Indications Protection Act B.E. 2546 (2003), section 28.

In these 3 particular countries, there are some of the differences and similarities in connection with the law regulating the geographical indications among them. GIPA of Thailand is rather relative to the EU law on geographical indications since there also are two levels of protection, namely the general protection, which is the protection against any use of geographical indications that are misleading or constituting an unfair competition, and a higher level of protection protecting particular products even when the use of such geographical indications does not mislead the public regarding the true origin of the product. The higher level of protection also prohibits the use of geographical indications in translation or accompanied by the expressions of “kind”, “type” or like. However, GIPA of Thailand only granted a single symbol while EU divided its geographical indications symbols into 2 types, PDO and PGI. In particular, the PDO is rather difficult to achieve comparing to the PGI. This is because the registration of PDO also required that all of the raw material must be derived solely from the geographical area. In addition, there must be an exclusive link between the geographical location and the quality or characteristics of the products.

In terms of the similarity, GIPA of Thailand is rather similar to the PGI of EU law on geographical indication since all the products can be registered with the administrative authority depending on the reputation and other characteristics of the products which have particular linkage in relation to certain geographical area.

In Japan, there is a protection similar to GIPA of Thailand and the PGI of EU law on geographical indication. In particular, there are two levels of standard in order to protect the products under the realm of geographical indication, the general protection pursuant to the Geographical Indication Act and the additional protection to certain products including alcoholic drinks, such as wine, sake, spirits, or shochu pursuant to the law concerning Liquor Business Associations and Measures for Securing Revenue from Liquor Tax. The general protection under the Geographical Indication Act in Japan, however, provided the protection to only certain products as strictly prescribed in such law which included edible agricultural, forestry, and fishery products, non-edible agricultural, forestry, and fishery products, food and beverages and product manufactured or processed using agricultural, forestry, and

fishery product. In conclusion, this kind of protection under the relevant laws and regulations in Japan provided a lower standard comparing to the minimum standard of TRIPS agreement.

To conclude, there is certain protection of coffee products provided under the realm of geographical indication law in these 3 particular countries but only in a similar level of general standard of the TRIPS agreement. Coffee products still does not receive a protection in a higher level as wine and spirits does.

5. The Potential Implementation of Extending the Additional Protection under Geographical Indications to Cover Coffee Products in Thailand

As earlier discussed in the previous part, the general protection under article 22 of the TRIPS agreement still provides wide range of loopholes particularly affected the economic values. While the additional protection under article 23 of the TRIPS agreement providing a sufficient and absolute protection is still applicable only to certain products, namely wines and spirits. This kind of protection implicitly allows the producers other than wines and spirits producers to exploit or benefit the reputation of particular geographical designation. These concerns are being raised by many countries around the world.

Many countries criticize several limitations of article 22, and suggest that the extension of article 23 to cover all of the products, not only wines and spirits, is essential. However, some countries still believe that additional protection should be limited to wines and spirits. The difference in a point of view regarding the extension of the additional protection led to the division of countries into the Demanders and The Joint Proposal Group. The countries supporting the extension of the additional protection are called the Demanders while the countries opposing such extension are called the Joint Proposal Group.²⁹

²⁹Jain Surbhi, "Effects of the extension of geographical indications: a South Asian perspective," *Asia-Pacific Development Journal* 16, 2 (2009): 65-86.

The leading proponent of the proposal for mandatory extension of article 23 to other products includes the European Union (EU) and some Eastern European countries (non-EU members) such as China, Iceland, India, Kenya, Mauritius, Nigeria, Pakistan, Sri Lanka, Switzerland, Thailand, Tunisia, Turkey, Jamaica, and several other Caribbean and Asian countries, and African countries.³⁰ On the other hand, the main leaders of the Joint Proposal Group are Argentina, Australia, Brazil, Canada, Chile, Chinese Taipei, Colombia, Costa Rica, Djibouti, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Hong Kong, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Paraguay, the Philippines, the United States, South Africa, and Uruguay.³¹

The Demanders provided several arguments in support of the extension of additional protection. Firstly, this extension would be a satisfactory for all producers and balance the international minimum level of protection under the geographical indication for all products. Secondly, the extension would increase the value of products with geographical indication and encourage more quality as well as niche products to be exported into the global market. Since the protection which prohibit the indication of the true origin or use in translation or with an expression of “kind”, “type”, “style” or “imitation”, as being protected under the additional protection, would be prevented for all kind of products with geographical indications and help prevent more geographical indication from becoming a generic word which eventually leads to the loss of all economic value. Thirdly, there are no reasonable grounds in connection with the economy or system to support the existence of additional protection in only certain types of products. Fourthly, producers of a product registered under the geographical indication would be increasingly protected from the illegal use of other producers. As such, the producers would not unnecessary carry a costly and time-consuming burden from the misleading test of the general protection as

³⁰Williams D, **Extension of Stronger Geographical Indications Protection: Against the Interests of Developing Countries?** [Online], available URL: <https://www.iprsonline.org/ictsd/docs/WilliamsBridgesYear6N4May2002.pdf>, 2020 (November, 26).

³¹Jain Surbhi, op. cit.

prescribed in article 22 of the TRIPS agreement. Lastly, the extension would prevent trade distortions which eventually lead to an opportunity in the new market.

On the other hand, the Joint Proposal Group also provided several arguments against extending the additional protection to other products. They usually claimed that the immigrants brought their traditional methods of producing food and beverages with them to their new founding countries or the so-called new home countries. Therefore, it is argued to be unfair that a region should have a monopoly on producing a particular product when the similar production methods are practiced elsewhere. Moreover, extending the protection would not be fair since all the World Trade Organization's member does not have a geographical indication to protect as European countries do. As such, additional protection would therefore generate unequal gains. Furthermore, extending additional protection to certain product other than wines and spirits involves enormous costs on bureaucratic implementation. Lastly, re-labeling products that consumers are accustomed to would cause great confusion.

In Thailand, coffee contributes greatly to the economy. As of 31st of October 2021, revenue generated from the Thai coffee industry amounted to 2,811,000 USD.³² The market is also growing rapidly each year, with forecasted annual growth of 12.35% (CAGR 2021-2015).³³ In 2020, the total export value of Thai coffee, whether decaffeinated, roasted, coffee substitutes composing of coffee, or coffee husks and skins totaled at 3,020,000 USD.³⁴ The top three export destinations of Thai coffee in the same year include Japan, Cambodia, and the United States. The export value of Thai coffee in Japan was 680,000 USD, which is equivalent to 22% of the entire export value.³⁵ In terms of coffee product type, the product with the highest export value is the unroasted and non-decaffeinated coffee bean. The export value of the product

³²Statista, **Coffee Thailand** [Online], available URL: <https://www.statista.com/outlook/30010000/126/coffee/thailand#market-revenue>, 2020 (July, 7).

³³Ibid.

³⁴Trade Economy, **Thailand: Imports and Exports of Coffee** [Online], Available URL: <https://trendeconomy.com/data/h2/Thailand/0901>, 2020 (November, 15).

³⁵Ibid.

was equivalent to 1,900,000 USD in 2020, which is approximately 63% share of the entire Thai coffee export market.³⁶ These finding demonstrates the significant role and increasingly demand of coffee for Thai economy.

Several practitioners in the area of coffee and intellectual property regulation of Thailand including academic professionals and administrative authority personnel suggested that the extension of the additional protection to other product, particularly coffee, is necessary supporting by the following reasons. Firstly, if there are certain types of products that are protected, the concerning issue with regard to the discrimination would be raised³⁷ and it would not be fair for most of the producers in the market.³⁸ Secondly, the extension of the additional protection would mean that the reputation of the protected product would be enhanced, it, therefore, results in a higher competitiveness to penetrate the global market.³⁹ Thirdly, coffee is a product with high market value, export value and strong demand from the global market. Finally, receiving an additional protection would be an incentive for the local producer to continue improving their product quality in the long run. However, some practitioners argue that there is still doubt in extending the additional protection in terms of the lower market value of coffee in comparison to wines and spirits, the uniqueness of the geographical region for coffee plantation and the competitiveness to other reputable regions currently existing in the global market.⁴⁰

While the extension of the additional protection on the global scale could be difficult to achieve in a short term due to the differences of the legal framework in various jurisdictions, several specialists in administrative authority of Thailand

³⁶Ibid.

³⁷Thanakrit Ake-Yokaya, Expert on Geographical Indication, interview, 25 March 2021.

³⁸Weeranuch Pattanabunpibool, Director of Sales, Doi Tung Coffee, interview, 1 April 2021.

³⁹Thanit Changthaworn, Deputy Director of Biodiversity-Based Economy Development Office (Public Organization: BEDO), interview, 11 June 2021.

⁴⁰Pajchima Thanasanti, former Director General of Department of Intellectual Property, Ministry of Commerce, Thailand, interview, 18 June 2021.

suggest that such challenge might be overcome by either promoting the exchange list or participating in the Geneva Act of Lisbon agreement which offers a similar level to additional protection under TRIPS agreement and TRIPS-plus. Essentially, the protection under the geographical indication realm as prescribed in the Geneva Act of Lisbon agreement would cover to all products. Since Thailand does not have particular laws and regulations in supporting an exchange list, participating in the Geneva Act of Lisbon agreement might be the only possible way to achieve this implication at the moment.⁴¹

The researcher agreed with several practitioners who support that the additional protection under the realm of geographical indication law should also be extended to cover coffee products. This is not only to maximize the economic value of such products but also to improve the current laws and regulations to be more efficient in terms of the economic protection which is one of the primary intentions of legislating the geographical indication law.

6. Conclusion and Suggestions

According to the significance of coffee in terms of the economic value not only for Thailand but for the global market as well, the general protection as prescribed in the article 22 of the TRIPS agreement or domestic law in specific jurisdiction might not be sufficient for protecting the products from the illegal use of other producers. Extending the additional protection which protected the registered products not only from the misleading but also from the indication of the true origin or use in translation or with an expression of “kind”, “type”, “style” or “imitation” to coffee would provide more benefits to particular geographical indication owned producers. In particular, the coffee producers can receive a higher level of protection and it results in a higher

⁴¹Jutatip Vuthiparum, Professional Trade Officer at Department of Intellectual Property, Ministry of Commerce, Thailand, interview, 16 June 2021.

competitiveness to penetrate the global market. This implementation could enhance the enforcement of laws and regulations related to the geographical indication to the utmost purpose, protecting the uniqueness of the products having linkage to specific geographical region.

However, there is still several challenges on implementing this extension. The researcher found certain limitation and possibility for extending the additional protection in order to cover coffee products. Firstly, the limitation in relation to the differences of domestic legal frameworks from various jurisdiction would be one of the most challenging concerns. This is because certain countries would essentially concern their sovereignty as the utmost security of the country. The protection of particular products under the geographical indication law is inevitably being considered as the matter regarding the legal amendment which is part of sovereignty. As such, the implementation of extending this additional protection to cover other products other than those currently prescribed in particular domestic law would be a serious matter and depend on each countries' domestic policy and preference. Secondly, the researcher agreed with several professionals that participation in the Geneva Act of Lisbon Agreement which offers a similar level of protection as TRIPS-plus to all products might be one of the possible ways for Thailand to achieve the extension of the additional protection to cover coffee products and, at the end, all kind of products.

To conclude, coffee products is one of the most valuable products to various countries, including Thailand. However, the extension of additional protection to cover coffee products by amending the law relating to the geographical indication would significantly be a challenging task resulting from the debates regarding the economic value of the coffee products from various practitioners, the uniqueness of the geographical region for coffee plantations and the possible competitiveness to other reputable regions currently existing in the global market. Accordingly, entering into the existing multilateral agreement like Geneva Act of Lisbon Agreement would be more reachable for Thailand to achieve this kind of protection for coffee products at the very first stage.

Bibliography

- Addor F. Thumm N. and Grazioli A. “Geographical Indications: Important Issues for Industrialized and Developing Countries.” **Institute for Prospective Technological Studies (IPTS) Report**, 74 (2003): 24-31.
- Ake-Yokaya, Thanakrit . Expert on Geographical Indication. Interview. 25 March 2021.
- Arfini F. and Bellassen V. **Sustainability of European Food Quality Schemes**. New York: Springer, 2019.
- Barjolle D, Xiomara and others. “The Role of the State for Geographical indications of Coffee: Case Studies from Columbia and Kenya.” **World Development** 98 (2017): 105-119.
- Bérard L. and Marchenay P. “Localized products in France: definition, protection and value-Adding.” **From local food to localized food, Anthropology of food** 2 (2007): 19-21.
- Bongo, Adi. “Intellectual property rights in biotechnology and the fate of poor farmers’ Agriculture.” **Journal of World Intellectual Property** 9, 1 (2006): 91-112.
- Bunn C. and others. “A bitter cup: climate change profile of global production of Arabica and Robusta coffee” **Climatic Change** 129 (2015): 129-189.
- Changthaworn, Thanit . Deputy Director of Biodiversity-Based Economy Development Office (Public Organization: BEDO). Interview. 11 June 2021.
- Frantz F. “Twenty Years of TRIPS, Twenty Years of Debate: The Extension of High Level Protection of Geographical Indications – Arguments, State of Negotiations and Prospects.” **Annual Survey of International & Comparative Law** 21, 1 (2016): 93-117.
- Guimaraes E. and others. “The brand new Brazilian specialty coffee market” **Journal of Food Products Marketing** 25, 1 (2018): 49-71.
- Intellectual Property Division Food Industry Affairs Bureau, Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries. “Geographical Indication Protection System Guidelines for the Use of Geographical Indications.” 2015.

- Ministry of Agriculture, F. a. F. **Geographical Indication (GI) Protection System in Japan** [Online]. Available URL: https://www.maff.go.jp/e/japan_food/gi_act/pdf/gi_pamph.pdf, 2020 (February, 22).
- _____. **Tokutei Norin Suisan Butsu to no Meisho no Hogo ni Kansuru Horitsu [Act for the Protection of the Names of Designated Agricultural, Forestry and Fishery Products and Foodstuffs.]** [Online]. Available URL: http://www.maff.go.jp/j/shokusan/gi_act/outline/pdf/doc4.pdf, 2020 (February, 22).
- Ngokkuen C. and Grote U. “Challenges and opportunities for protecting geographical indications in Thailand.” **Asia-Pacific Development Journal** 19, 2 (2012): 93-123.
- Pattana bunpiboo, Weeranuch I. Director of Sales, Doi Tung Coffee. Interview. 1 April 2021.
- Rangneker D. **Geographical Indications: A review of proposals at the TRIPS Council: extending article 23 to products other than wines and spirits**. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2003.
- Rao N. “Geographical Indications in Indian Context: A Case Study of Darjeeling Tea.” **Economic and Political Weekly** 40, 42 (2005): 4545-4550.
- Statista. **Coffee Thailand** [Online]. Available URL: <https://www.statista.com/outlook/30010000/126/coffee/thailand#market-revenue>, 2020 (July, 7).
- Surbhi J. “Effects of the extension of geographical indications: a South Asian perspective.” **Asia-Pacific Development Journal** 16, 2 (2009): 65-86.
- Thanasanti, Pajchima. former Director General of Department of Intellectual Property, Ministry of Commerce, Thailand. interview. 18 June 2021.
- Trade Economy, **Thailand: Imports and Exports of Coffee** [Online]. Available URL: <https://trendeconomy.com/data/h2/Thailand/0901>, 2020 (November, 15).
- United States Department of Agriculture, F. A. S. **Coffee: World Markets and Trade** [Online]. Available URL: <https://apps.fas.usda.gov/psdonline/circulars/coffee.pdf>, 2021 (March, 3).
- Vuthiparum, Jutatip . Professional Trade Officer at Department of Intellectual Property, Ministry of Commerce, Thailand. interview. 16 June 2021.
- Williams D. **Extension of Stronger Geographical Indications Protection: Against the interests of Developing Countries?** [Online]. Available URL: <https://www.iprsonline.org/ictsd/docs/WilliamsBridgesYear6N4May2002.pdf>, 2020 (November, 26).

World Trade Organization. **Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf, 2021 (February, 18).

_____. **Background and the current situation** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/gi_background_e.htm, 2022 (February, 23).

_____. **Part II — Standards concerning the availability, scope and use of Intellectual Property Rights** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04b_e.htm, 2020 (November, 15).

Zou J. **Rice and cheese, anyone? The fight over TRIPS geographical indications continues** [Online]. Available URL: https://www.brooklaw.edu/students/journals/bjil/bjil30iii_zou.pdf, 2020 (January, 9).

Individual Control over Alternative Credit Data
via Notice-and-Consent Mechanism under
the Thai Personal Data Protection Law

Kriengsak Areejitkasame

Individual Control over Alternative Credit Data via Notice-and-Consent Mechanism under the Thai Personal Data Protection Law*

Kriengsak Areejitkasame**

Abstract

The purpose of this research paper is to find an effective way to provide the data subject with proper individual control over personal information via notice-and-consent mechanism in the processing of alternative credit data under the Thai personal data protection law.

This study employed a qualitative research method by (1) reviewing the origin, legal concept, and practice of the protection of personal data by providing the data subject with individual control over personal information via notice-and-consent mechanism; (2) examining the criteria and elements in law that determine notice-and-consent mechanism relating to the processing of alternative credit data; and (3) analyzing and evaluating whether the Thai personal data protection law properly provides the data subject with individual control over personal information via notice-and-consent mechanism in the processing of alternative credit data by comparing the Thai law with international measures, frameworks, laws, and relevant cases.

*The research article is a part of dissertation “Protection of Alternative Credit Data: A Comparative Legal Analysis.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirement for the Doctor of Philosophy in Economic Law Program at Shanghai University of Finance and Economics. Professor Song Xiaoyan is an advisor. Professor Shen Wei, Professor Liao Zhimin, Professor Wu Wenfang, Professor Hu Yuan, and Associate Professor Liu Yang are examiners.

**Student in Doctor of Philosophy in Economic Law Program, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai, China. E-mail: kriengsakareed@hotmail.com

Received 23 March 2022, Revised 2 May 2023, Accepted 23 May 2023.

This study found that (1) the legal concept of granting individual control over personal information, especially via notice and consent has long been playing a key role in information privacy law, and widely adopted in credit process; (2) the processing of alternative credit data presents the risks of failure to inform, lack of freedom to choose and decide, and improper reuse and repurpose that undermine individual control; (3) although the Thai Personal Data Protection Act (PDPA), 2019 (B.E. 2562) has provided fair individual control over personal information relating to alternative credit data processing, it still has certain limitations, including inflexible and impractical notice and consent, and lack of clear guidance on subsequent use of personal data. This study, therefore, recommends the relevant Thai authorities to impose stricter requirements under the PDPA or issue financial regulations that focus on the data subject's understandability, establish greater resilient, substantive, and consumer-centric notice and consent, and ensure the controller's accountability.

Keywords: individual control over personal information, notice-and-consent mechanism, processing of alternative credit data

1. Introduction

At present, personal data protection law focuses on protecting personal data by providing individual control over personal information particularly via notice-and-consent mechanism. Personal data protection law requires financial institutions collecting alternative credit data to provide notice and consent by offering the data subject to read the privacy policy containing terms and conditions of personal data processing, and request for consent from the data subject. The legal concept underlying this approach is to give individual control over one's own information.

The collection, use and disclosure of alternative credit data also mainly rely on notice-and-consent mechanism. Alternative credit data in this study refers to any non-traditional data that the lender uses for an assessment of the borrower's potentiality and willingness to pay back loans, including such data as utility payment, mobile usage, geolocation, social network analysis, etc. These alternative credit data normally cover sensitive personal data that requires careful treatment and safeguards; otherwise, the unauthorized or improper use of such data can undermine the data subject's fundamental rights and freedom.

Although the approach of providing individual control over personal information has been widely adopted in the collection of personal data, including alternative credit data, literature found deficiencies of such approach. Studies focusing on evaluating approaches to empower the data subject's control especially via notice and consent in the US or EU data protection law, found that this approach cannot truly provide control owing to individual's lack of informed and rational choices, and structural problems from too many companies collecting and using personal data.¹ Besides, individual cannot give free and informed consent because of the complexity,

¹Daniel J. Solove, "Privacy self-management and the consent dilemma," *Harvard Law Review* 126, 7 (May 2013): 1880-1881.

long-period retention, implication of the volume of big data, and the passive role of consent and that sum of individual decisions may not benefit the society as a whole.²

Furthermore, there has not been literature analyzing and evaluating the criteria and elements of individual control over personal information relating to the processing of alternative credit data under the Thai legal personal data protection framework. The existing Thai literature mostly focused on general legal problems of data protection, or traditional credit data under the credit information business law, including the scope of credit information that should be expanded to reflect the borrower's creditworthiness,³ the misuse of credit information in employment,⁴ general principles, and scope of personal data and sensitive data in the protection of personal data in the financial and banking sector.⁵

This study, therefore, attempts to examine the legal criteria and elements that determine individual control over personal information especially via notice-and-consent mechanism under the Thai personal data protection law with a primary focus on the processing of alternative credit data. This study proposes modifications to the legal concept of individual control over personal information under the Thai personal data protection law and suggests amendments to the Thai law in order to properly provide proper individual control over personal information in the processing of alternative credit data. It recommends that notice-and-consent mechanism under the PDPA be supplemented by transparency and understandability requirement as a prerequisite, as well as the elements of flexibility, practicality, and consumer focus.

²Robert H. Sloan and Richard Warner, "Beyond notice and choice: Privacy, norms, and consent," *Journal of High Technology Law* 14, 2 (March 2013): 370-414.

³Wilairat Y., "Problems on "Credit Information" under the Law Relating to Credit Information Business," (M.A. thesis, Thammasat University, 2017), p. 100.

⁴Srichola S. and Tipayanee P., "Legal Issues Related to Credit Information on the Use of Credit Information for Other Purposes," *DPU Graduate Studies Journal* 4, 3 (March 2016): 215-226.

⁵Khaosanit D., "Legal Measures in Private Data Protection : Case Study in Finance and Banking of Commercial Bank," (M.A. thesis, Dhurakij Pundit University, 2018), p. 111.

2. Objective

This study attempts to find an effective way to properly provide the data subject with individual control over personal information via notice-and-consent mechanism in the processing of alternative credit data under the Thai personal data protection law.

3. Methodology

By employing qualitative research, regarding whether the existing Thai personal data protection legislation provides proper individual control over personal information via notice-and-consent mechanism in the processing of alternative credit data, this study (1) reviewed the origin, legal concept, and practice of the protection of personal data by providing the data subject with individual control over personal information via notice-and-consent mechanism; (2) examined the criteria and elements in law that determine notice-and-consent mechanism relating to the processing of alternative credit data; and (3) analyzed and evaluated whether the Thai personal data protection framework properly provides the data subject with individual control over personal information via notice-and-consent mechanism in the processing of alternative credit data. It employed comparative legal analysis of the Thai law and foreign personal data protection measures, frameworks, and laws among the most influential international and regional developments, including the Council of Europe (CoE), Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) as well as privacy laws and regulations in the European Union (EU) and the United States (US), which are regarded as international and regional norms of conduct for information privacy. The evaluation and comparative results were further combined and analyzed to propose modifications to the relevant legal concept and also make recommendation for amending the Thai personal data protection legislation. The examined materials include technical reports, literature, legal texts, international frameworks and measures, textbooks, and law cases and data protection authorities' decisions, both in Thailand and foreign countries.

4. The Legal Concept of Providing Individual Control over Personal Information

4.1 Privacy and Personal Data Protection as Individual Control Over Personal Information

Several authors give a definition of privacy as individual control over personal information. Warren and Brandeis' definition of privacy as the right to one's personality is deemed as the cornerstone of data protection as the right to privacy as control over personal information.⁶ In addition, Alan Westin and Parent also have similar views on privacy protection. Alan Westin similarly defined privacy as the ability to determine for ourselves when, how, and to what extent information about us is communicated to others.⁷ Later, William Parent defined privacy as not sharing unrecorded personal information with others, and Parent emphasized that privacy is a moral value for those who value freedom and individuality.⁸ For Parent, personal information is the fact that most people do not want to reveal about themselves, such as salary, sexual orientation or health. Parent assumed that documented personal information, such as in public publications or court records, is considered a public record that should not be considered privacy invasion at any time. Fried also discussed that privacy "is not simply an absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves".⁹ Meanwhile, Miller described privacy as "the individual's ability to control the circulation of information relating to him".¹⁰

⁶Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis "The right to privacy," *Harvard Law Review* 14, 5 (December 1890): 193-220.

⁷Alan F. Westin, "Privacy and freedom," *Washington and Lee Law Review* 25, 1 (March 1968): 166-170.

⁸William A. Parent, "Privacy, Morality and the Law," *Philosophy and Public Affairs*, 12, 4 (October 1983): 269-288.

⁹Charles Fried, "Privacy," *Yale Law Review* 77, 3 (January 1968): 475-493.

¹⁰Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy-Computers Data Banks and Dossiers* (Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 1971), p. 190.

Additionally, individual control regarding a person has a strong linkage to other fundamental values, including dignity, privacy, and autonomy.¹¹

Privacy as individual control concept also gains significance in many nations' information privacy laws and practice. The German constitutional court asserted the importance of individual control by judging that a person shall be able to predict with reasonable certainty about his information in certain areas that is known to social context and estimate the knowledge of information receiving parties; otherwise, he is crucially inhibited in his freedom to plan or to decide freely and without being subject to any pressure influence.¹² Most data protection laws around the world provide individual control using notice and consent.¹³ In the European Union, consent is the most common basis for legitimizing data processing as defined in Article 7 of the Data Protection Directive.¹⁴ In the US, notice and consent is the main principle used in privacy regulation for a long time and also a core principle in Fair Information Practice.¹⁵ In court practice, the German Supreme Court viewed that a person has the right "to determine for himself whether his personal data should be divulged

¹¹Helen Nissenbaum, "Privacy as contextual integrity," *Washington Law Review* 79, 1 (February 2004): 119-158. Daniel J. Solove, *The future of reputation: Gossip, rumor, and privacy on the internet*, (New Haven: Yale University Press, 2007), p. 130.; Alan F. Westin, *op. cit.*

¹²Bundesverfassungsgericht U. V., *zum Volkszählungsgesetz 1983* [Online], available URL: <https://freiheitsfoo.de/files/2013/10/Census-Act.pdf>, 1983 (December, 15).

¹³Omer Tene and Jules Polonetsky, "Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics," *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 11, 5 (April 2013): 240-272.

¹⁴Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 1995.; Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, Article 29," 13 July 2011.

¹⁵The White House, "Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy," 1 February 2012.; Colin J. Bennett, *Regulating privacy: Data protection and public policy in Europe and the United States* (New York: Cornell University Press, 1992), p. 263.

or utilized”¹⁶ In the case of *Tournier v. Bank of England*,¹⁷ the court considered that the bank cannot disclose confidential data of the consumer without the consumer’s consent.

4.2 Individual Control via Notice-and-Consent Mechanism

Notice-and-consent mechanism represents individual control over personal information in that a person has an ability to determine when and how others may collect personal data and how to use it.¹⁸ Notice refers to the privacy policy or terms and conditions of data processing and rights of individuals. Consent is an act of the data subject in agreeing with the terms and conditions. In other words, notice provides information on terms and conditions regarding the collection, analysis, use or dissemination of personal data; while, consent represents the data subject’s right to accept or reject such terms and conditions.¹⁹

In the online and digital financial services sphere, notice-and-consent mechanism is widely adopted in the form of presenting a privacy policy to the consumer and request them to accept the terms and conditions of personal data processing by giving consent. Most personal data protection laws and business practices focus on giving individual control over personal information via notice-and-consent mechanism in order to determine whether the data controller can collect personal data and use in which way. For example, the EU GDPR requires the data controller to obtain consent from the data subject before or at the time of collection of personal sensitive data. Consent is also one of the six lawful bases for personal data processing.

¹⁶Riedel Eibe, “New Bearings in German Data Protection. Judgement of the Federal Constitutional Court, Karlsruhe, of 15 December 1983,” *Human Rights Law Journal* 94, 101 (January 1984): 94-116.

¹⁷*Tournier v National Provincial Bank of England*, 1 K.B. 461, 1924.

¹⁸Alan F. Westin, op. cit.

¹⁹Robert H. Sloan and Richard Warner, op. cit.

5. Key Attributes and Risks to Individual Control in the Processing of Alternative Credit Data

5.1 Key Attributes of the Processing of Alternative Credit Data Relating to Individual Control over Personal Information

5.1.1 Obscurity

In this study, obscurity essentially refers to insufficient transparency and explainability owing to certain characteristics of the model and analysis, including proprietary nature of the analytic models, changing logic of analysis, and difficulty to explain the outcomes from the model. Transparency is not only developed by the disclosure and sharing of information, but more importantly by continuous dynamic intercommunication between organization and stakeholders.²⁰ Although transparency has many evolving definitions, it is interrelated with accountability, secrecy, privacy, efficiency, and effectiveness²¹ Therefore, companies have to carry out certain actions in order to verify if consumers understand their transparency policy and how they use consumers' information.²² Some organizations are not transparent regarding the treatment of consumers' information, such as the information accessed by the third party; thus, it appears that consumers highly expect to be well informed about their online activity and how their data are used by the firm.²³

Understanding the algorithms or models used to process alternative credit data is important but not straightforward. Today's 'big' alternative credit data that relies on algorithms bring the issue of modularity. Modularity means different modules perform different parts of the task and merge the results to arrive at the

²⁰Antonino Vaccaro and Peter Madsen, "Corporate dynamic transparency: the new ICT-driven ethics?," **Ethics and information technology** 11, 2 (June 2009): 113-122.

²¹Ball C., "What is transparency?," **Public Integrity** 11, 4 (September 2009): 293-308.

²²Nill A. and Aalberts R., "Legal and Ethical Challenges of Online Behavioral Targeting in Advertising," **Journal of Current Issues & Research in Advertising** 35, 2 (July 2014): 126-146.

²³Granados N. and Gupta A., "Transparency strategy: Competing with information in a digital world," **MIS quarterly** 37, 2 (June 2013): 637-641.

final result.²⁴ Although each module is understandable, putting them together creates complexity. For example, a credit scoring algorithm may include a module that scores the customer's total debt burden, payment history, and the customer's possible profitability. The consumer's previous payment records may enter all these modules, but how the record affects the final credit decision may not be clear. For example, a record of pre-payments may be helpful for scoring based on payment history, but because this consumes the income that can be used to pay for new loans, it may reduce the score in the total debt burden module.

5.1.2 Automation

There are two key types of automation referred in this study: automated decision-making and profiling. Automated decisions are decisions made by computer processing systems without any human involvement, typically based on inferences produced by profiling using machine learning models applied to big data. Meanwhile, profiling is the automated processing of personal data to evaluate, analyze or predict likely aspects of a person's interests, personal preferences, behavior, performance at work, economic situation, health, reliability, location or movements. Automated decision-making can be used for inferences and predictions in the case of alternative credit data. There are merits that accurate default prediction and personalize credit pricing are beneficial for both lenders and borrowers.²⁵ When a lender can accurately predict default, they can determine a cutoff for extending a loan or price risk accordingly, reducing a loss for lenders.²⁶

²⁴Koene A. Clifton, C., Hatada Y. Webb H., and Richardson, R., **A governance framework for algorithmic accountability and transparency** [Online], available URL: [https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU\(2019\)624262](https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU(2019)624262), 2019 (April, 4).

²⁵Gillis T. B., **False dreams of algorithmic fairness: The case of credit pricing**, (Cambridge: Harvard University Press, 2020) 37-40.

²⁶Phillips R., "Optimizing prices for consumer credit," **Journal of Revenue and Pricing Management** 12, 4 (July 2013): 360-77.; Staten M., "Risk-Based Pricing in Consumer Lending," **Journal of Law, Economics & Policy** 11, 1 (March 2015): 33-58.

5.1.3 Open Data

Having an open data platform allows service providers or financial institutions to access potential customer data without having to store it. Customer data is shared to third party service providers via secure channels to offer a choice of financial products or services. In requesting access to such information, the client authorizes third party providers to access or store information necessary to provide financial products or services. In essence, open data platform allows data sharing of the bank's customer data to other third-party service providers. In addition, the data shared through open data platform will not only include account information, but will also include alternative credit data from other sources that can be analyzed to gain an insight into the customer's financial behavior. Therefore, the approach to protecting personal data in this open data platform is very important to increase trust and control over of the customer in the context of data sharing for finance.²⁷

5.2 Risks to Individual Control over Personal Information from the Processing of Alternative Credit Data²⁸

5.2.1 Failure to Inform

1) Insufficient Information

Insufficient information means that a data subject has not received the information necessary to make informed decisions about the collection, collection, use, and sharing of personal data, or is unable to make appropriate decisions regarding the rights as a data subject. Insufficient information may arise from the fact that

²⁷World Bank, **The Role of Consumer Consent in Open Banking: Financial Inclusion Support Framework** [Online], available URL: <https://documents.worldbank.org/curated/en/099425002082230437/pdf/P1705050aeb8e704f088260f228802b73b8.pdf>, 2021 (December, 15).

²⁸Citron D. K. and Solove D. J., "Privacy harms," **Boston University Law Review** 102, 3 (April 2022): 793-863. This study follows Citron and Solove's classification of autonomy harms but does not take into account chilling effects because chilling effects often refer to the government acts that inhibit people from engaging in certain civil liberties, such as free speech, political participation or religious activities, which are rather outside of the scope of this study.

the data controller does not provide complete information or provides unclear information, such as the purpose of the information use, data storage period, data sharing, the right to correct or delete data or even the right to withdraw consent. In certain cases, data controllers may not be able to disclose to their owners technical or intellectual property information, such as information about the algorithm or logic used in analyzing or predicting data, or even certain factors used in assessing such data as customer credit scoring. To ensure that consent is informed, data controllers should provide as much information as possible about the purposes for which the data will be used, including relevant risk information and negative or positive impacts.

2) Unawareness

Unawareness here refers to the fact that the data subject does not have sufficient awareness of the collection, use or sharing of their personal data. Awareness element comes from the concept of individual control as the degree to which a person is aware of a situation and has conscious intentions and is able to initiate, stop, or keep the situation.²⁹ In the case of financial services, financial institutions may have many obscure channels to collect personal data, including customer interactions in chat and phone channels, social media data, or even using third party data such as credit bureaus. Furthermore, when giving consent at the time of offering services, the data owner may not be sufficiently conscious of allowing the data controller to use sensitive or financial data, or share to other service providers.

3) Complexity of Information

Complexity of information refers to the processing of personal data that is difficult for the data subject to understand or data that the data controller is unable to explain in understandable language. Profiling and automated decision-making processes often make information too complex to understand. Most of such decisions

²⁹Van Ooijen I. and Vrabec H. U., “Does the GDPR enhance consumers’ control over personal data? An analysis from a behavioural perspective,” *Journal of Consumer Policy* 42, 1 (March 2019): 91-107.

are made using algorithmic models, artificial intelligence or machine learning which are often based on complicated assumptions or factors or advanced techniques of analysis. In this study, the focus is on the complexity of using big data analytics or advanced algorithmic models that are often complex both in terms of explaining the overall model and explaining the logic of the results, inference or prediction from the analysis.

5.2.2 Lack of Freedom to Choose and Decide

1) Coercion

Coercion is the pressure or limitation on an individual's freedom to choose or act. In data privacy, the data subject may be coerced to consent to the collection, use or disclosure of personal data with no other options, such as refusal or subject-specific consent. From time to time, the data subject may be requested to accept terms and conditions or data processing activities that are not essential to the provision of the service. Besides, the data subject may be compelled that personal data be collected or processed in an automated way without human involvement.

2) Manipulation

Manipulation refers to inappropriately influencing an individual's behavior or decisions. Big data collection together with predictive and inference capability allows the data controller to understand and predict consumer behavior. Profiling and automated decision-making in effect will categorize individuals and put some restrictions on types or prices of certain products or services according to the data subject's preferences or the specific need at that time. This will deprive the data subject of the freedom to choose goods or services as they should be. A clear example of using consumer data for manipulation is the Cambridge Analytica incident, where personal data was purchased from Facebook for psychological analysis and used to help Donald Trump become President of the US.³⁰

³⁰Lapowsky I., **How Cambridge Analytica Sparked the Great Privacy Awakening** [Online], available URL: <https://www.wired.com/story/cambridge-analytica-facebook-privacy-awakening>, 2019 (March, 17).

3) Limitation of Choices

The data subject's ability to control concept emphasizes the role of choice and individual self-determination over other values.³¹ Where a service provider focuses on offering tailor products or services, it may deprive the user of ample comparable options. In terms of information, the data subject may fall into a filter bubble where the information received by the user is based on the specific or behavioral information of the data subject without presenting all available necessary information. As a result, the data subject is unable to obtain sufficient information or product selection from other sources before making a decision to use service.

5.2.3 Improper Reuse and Repurpose

1) Lack of Control

In some circumstances, the data subject may not be able to choose whether to properly handle personal data or limit the use of personal data. Digital platforms have made important decisions on the collection and flow of personal data, and the public has been increasingly going through “digital resignation,” feeling unable to control their data and just accepting the loss of control.³² When the credit results of analysis or processing come out, the data subject may not have the right to object to the decisions or to request human intervention or review on such results or even to limit the scope of the data use obtained from such analysis. In the case of open data platform, consumers may not be able to control the sharing of personal data to third parties, particularly the sharing of data subsequently after it has been shared with the first third party.

2) Unfulfilled Promise

Unfulfilled promises may arise from non-compliance with the terms and conditions on the collection, use or sharing of personal data that the data

³¹Lazaro C. and Metayer D. L., “Control over personal data: True remedy or fairy tale,” *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society* 12, 1 (June 2015): 3-34.

³²Draper N.A. and Turow J., “The corporate cultivation of digital resignation,” *New Media & Society* 21, 8 (August 2019): 1824-1839.

subject provided when the data subject was initially accessed. This type of harm prevents individuals from making preferred choices or getting results according to their own decisions. For example, the data subject may not be able to limit the data use by the subsequent third-party service providers within the scope of the purpose for which it was provided to the first service provider.

6. Comparative Analysis of the Criteria and Elements of Individual Control over Personal Information under the Thai and Foreign Laws, Frameworks, and Cases

6.1 Transparency as a Prerequisite for Individual Control

Transparent information is necessary in that the data subject should be informed when personal data is collected or accessed so that the data subject is aware of the important matters and the conditions or guidelines for processing personal data, including the purposes for which the data is collected, type of the data collected, the storage period, the third party to whom the data will be disclosed, etc. Once the data subject has all the necessary information, he or she can appropriately make an informed decision concerning personal data processing.

6.1.1 Principle of Transparency

With regard to transparency in the processing of personal data by the controller, in principle, the Thai legal framework, including the PDPA, does not explicitly state the principle of transparency or requirements. Nevertheless, the CoE Convention 108+ and the General Data Protection Regulation (GDPR) clearly state transparency principles in terms of processing personal data and the way in which it is distributed, including situations in which it is necessary to provide such information to the data subject.

Under the CoE Convention 108+, personal data has to be processed fairly and in a transparent manner.³³ Data controller has to provide the data subjects

³³CoE Convention 108+ 2018, Article 5, 4 (a.) – Legitimacy of data processing and quality of data.

necessary information in order to ensure fair and transparent processing of the personal data, including legal basis and the purposes of the intended processing, the categories of personal data processed, the recipients or categories of recipients of the personal data, and the means of exercising the rights.³⁴

The GDPR requires that personal data shall be processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject (lawfulness, fairness and transparency).³⁵ The GDPR, Recital 58 stipulated the principle of transparency with an emphasis on the characteristics of information addressed to the public or the data subject that shall be concise, easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language and, may include visualization where appropriate. The form of such information can be in an electronic form including providing in a website. The GDPR emphasizes that this principle is necessary for the data subject to know and understand by whom personal data is being collected and for what purpose, especially in situations where there is a large number of parties involved with the use of complex technology as in the case of online advertising.³⁶

6.1.2 Right to be Informed and Access

The PDPA has clear provisions in terms of the right to be informed and right to access, which are in accordance with international law and principles.

The right to be informed is prescribed under Section 23 of the PDPA. In collecting the personal data, the data controller shall inform the data subject, before or at the time of such collection, of (1) the purpose of the collection for use or disclosure of the personal data; (2) notification of the case where the data subject must provide his or her personal data for compliance with a law, or contract; (3) the personal data to be collected and the retention period; (4) the categories of persons or entities to whom the collected personal data may be disclosed; (5) information, address, and the contact channel details of the data controller; and (6) the rights of the data subject.

³⁴CoE Convention 108+ 2018, Article 8 – Transparency of processing.

³⁵General Data Protection Regulation 2018, Art. 5, 1 (a).

³⁶Ibid., Recital 58.

Apart from the right to be informed, the data subject is entitled to request access and obtain a copy of the personal data related to him or her, which is under the responsibility of the data controller, or to request the disclosure of the acquisition of the personal data obtained without his or her consent within 30 days after receiving the request.³⁷ The controller can reject such request only in the case where the rejection is subject a law or a court order, or such access and obtaining a copy of the personal data would adversely affect the rights and freedoms of others.³⁸

Under the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (Privacy Guidelines), right to be informed is specified as openness principle that refers to a readily available general policy indicating developments and practices about personal data, including the practice to acquire, collect, store or use and the purpose of the use of personal data.³⁹ The APEC Privacy Framework stipulates that when collecting data, the data controller shall provide notice to data subjects on specific purposes, third parties to whom data may be received, choices and means that data subjects will be able to limit the use and disclosure and access and correction of personal data.⁴⁰ The controller is also required to take all reasonably practicable steps to provide the notice either before or at the time of collection; otherwise, as soon after as is practicable.

Under CoE Convention 108+, the data subject has the right to obtain, on request, at reasonable intervals and without excessive delay or expense, confirmation of the processing of personal data relating to him or her, the communication in an intelligible form of the data processed, all available information on their origin, on the preservation period as well as any other information that the controller is required to provide in order to ensure the transparency of processing.⁴¹

³⁷Personal Data Protection Act 2019, Thailand, Section 30.

³⁸Ibid., Section 30.

³⁹OECD Privacy Guidelines 2013, Art. 12.

⁴⁰APEC Privacy Framework 2005, Art. 21.

⁴¹CoE Convention 108+ 2018, Article 9 (b.) – Rights of the data subject.

Furthermore, the data subject has the right to obtain, on request, knowledge of the reasoning underlying data processing where the results of such processing are applied to him or her.⁴² Similarly, under APEC Privacy Framework, the data subject is able to obtain from the data controller regarding the holding of personal data and can have access to personal data within a reasonable timeframe and manner and understandable form.⁴³

The GDPR imposes a duty on data controllers to ensure that data subjects know how personal data will be used before data processing.⁴⁴ The controller is also required to allow the data subject to access the data even after processing or access per request.⁴⁵ In addition, the controller must explain to the data subject in a way that is easily accessible about the process of processing personal data, including the specific purpose, which must be notified at the beginning of the collection, using plain and clear language and informing about the risks, rules, safeguards and rights of data processing.⁴⁶

6.1.3 Case

1) *Smaranda Bara and Others v. Președintele Casei Nationale de Asigurări de Sănătate, Casa Natională de Administrare Fiscală (ANAF)*:⁴⁷ the right to be informed of sharing and processing of personal data

In this case, personal tax information relating to self-employed income was passed from the national tax agency to the national health insurance fund on the basis that there was money owed to the health insurance. The key issue of this case was whether the data subject had to be informed in advance about

⁴²Ibid., Article 9 (c.) – Rights of the data subject.

⁴³APEC Privacy Framework 2005, Art. 29 (a), (b).

⁴⁴General Data Protection Regulation 2018, Art. 12, 13 and 14.

⁴⁵Ibid., Art. 15.

⁴⁶Ibid., Recital 39.

⁴⁷*Smaranda Bara and Others v. Casa Natională de Asigurări de Sănătate and Others*, CJEU, C-201/14, 2015.

the identity of the data controller and the purpose of sharing personal data before the data could be processed. The Court of Justice of the European Union (CJEU) ruled that when a government agency transfers personal data to another government agency for further processing, the data subject must be informed about the sharing and processing of such data.

By the same token, if a financial institution plans to transmit or share alternative credit data with another service provider through an open data platform, the financial institution must notify the data subject at the time of data collection or access. In the case of sensitive personal data, consent must be obtained by giving information about the transfer of data to third parties, type of data, and the purpose of the information. Furthermore, if the personal data is processed for a new purpose that is significantly changed from that initially declared, the data controller must obtain new consent to the data subject. The GDPR prescribes a guidance on purpose compatibility test and lays out factors to consider, including the linkage between the previous and new purpose, and the context surrounding data processing.⁴⁸ However, the Thai PDPA does not provide any guidance on such matter.

6.2 Notice-and-consent Mechanism

6.2.1 Consent Requirement under the Thai Legislation

The PDPA has requirements for obtaining consent from a data subject prior to the collection, use and disclosure of personal data and this must be done explicitly. Under Section 19 of the PDPA, the data controller shall not collect, use, or disclose personal data, unless the data subject has given consent prior to or at the

⁴⁸In order to check whether the new purpose is compatible with the original purpose, a compatibility test should be conducted. There are four key factors that the data controller needs to consider: the relationship between the original purpose and the new purpose, the context in which the data was collected and the reasonable expectation of the data subject, the nature of the data and the impact of the subsequent processing on the data subject, and the safeguards applied by the controller. See General Data Protection Regulation 2018, Recital 50.

time of such collection, use, or disclosure.⁴⁹ A request for consent shall be explicitly made in a written statement, or via electronic means, unless it cannot be done by its nature. When requesting consent, the PDPA also requires that it state its purpose and define the essential elements of obtaining consent. The data controller shall also inform the purpose of the collection, use, or disclosure of the personal data. Such request for consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other matters, in an easily accessible and intelligible form and statements, using clear and plain language, and does not deceive or mislead the data subject in respect to such purpose.⁵⁰

The consent of the data subject must be freely given. In requesting consent from the data subject, the data controller shall utmost take into account that the data subject's consent is freely given. Also, the entering into the contract, including any provisions of the service shall not be a condition to obtaining consent for the collection, use, or disclosure of personal data that is not necessary or not related to such contract entering, including the provisions of the service. The data subject may withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall be as easy as to giving consent, unless there is a restriction of the withdrawal of consent by law, or the contract which gives benefits to the data subject. However, the withdrawal of consent shall not affect the collection, use, or disclosure of personal data that the data subject has already given consent legally. In the event that the withdrawal of consent will affect the data subject in any manner, the data controller shall inform the data subject of such consequences of consent's withdrawal. If requested for the data subject's consent which is not in accordance with those prescribed above shall have no binding effect on the data subject and shall no longer enable the data controller to collect, use, or disclose the personal data.

⁴⁹Except the case where it is permitted to do so by the provisions of this Act or any other laws.

⁵⁰In this regard, the Committee may require the data controller to request for data subject's consent in accordance with the form and statements as prescribed by the Committee. See the PDPA 2019, Section 19.

6.2.2 Consent as a lawful basis for Processing of Personal Data

The OECD Guideline and APEC Privacy Framework state in the similar way that data collection must be limited by lawful and fair means, with the knowledge of the data subject or obtaining the consent of the data subject as appropriate.⁵¹ In addition, the data controller must obtain consent from the data subject before personal data is disclosed or used for purposes other than the purpose for which the data subject was originally notified.⁵²

Under CoE Convention 108+ and the GDPR, consent is one of the six lawful bases for processing personal data. The other five lawful bases are contract, legal obligation, vital interest, public task, and legitimate interests.⁵³ In addition, explicit consent is also be required for the processing of sensitive personal data for one or more specified purposes.⁵⁴ The GDPR also stipulates that consent must be given with a clear affirmative act of the data subject's agreement to the processing of his or her personal data either as an action or as a statement.⁵⁵ The data subject must be able to withdraw consent at any time.⁵⁶ However, a written declaration, such as terms and conditions of service must contain clear and plain language in an easily accessible format.⁵⁷ The data subject must explicitly give consent to the processing of sensitive data.⁵⁸ Consent cannot be taken from silence, pre-ticked boxes, pre-completed forms

⁵¹OECD Privacy Guidelines 2013, Art. 7; APEC Privacy Framework 2005, Art. 25 (a).

⁵²OECD Privacy Guidelines 2013, Art. 10 (a) ; APEC Privacy Framework 2005, Art. 24.

⁵³General Data Protection Regulation 2018, Art. 6 (1).

⁵⁴Ibid., Art. 9 (2) (a)

⁵⁵Ibid., Art. 7.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷Ibid.

⁵⁸According to General Data Protection Regulation 2018, Art. 9 (1), sensitive data refers to special categories of personal data which reveal racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation.

or inactivity.⁵⁹ The Thai PDPA has also established consent as one of the lawful bases for personal data processing.

6.2.3 Elements of Valid Consent

The EU GDPR defines consent as any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes.⁶⁰ Valid consent must include elements of freely given, specific, informed and unambiguous.⁶¹ Free consent means that the data subject has free expression of an intentional choice, that the choice can be exercised without deception, intimidation, coercion, or significant negative consequences for not giving consent. To be called freely given consent, the data subject must have free choice, or must be able to refuse or withdraw consent without detriment.⁶² In case of employment context, for instance, if the employer wants to process the employee's personal data for purposes other than the performance of employment contract, such as recreational activities or relationship with other organizations, the employee should be able to reject to give consent without any negative consequences. Furthermore, the consent shall not be conditional on the processing of personal data that is not necessary for the performance of the contract.⁶³ For example, if the data controller provides goods and services that are conditional on consent to share the data subject's personal data to third parties, this is not considered freely given consent because such consent to share personal data is not necessary for the performance of the contract.

Informed consent means that the data subject has sufficient information to make a decision or make that choice. The message that appears to the data subject should be easy to understand and accurate, at least the data subject

⁵⁹General Data Protection Regulation 2018, Recital 32; Explanatory Report of CoE Convention 108+ 2018, para. 42.

⁶⁰General Data Protection Regulation 2018, Art. 4 (11); CoE Convention 108+ 2018, Art. 5 (2).

⁶¹General Data Protection Regulation 2018, Art. 4 (11). See also CoE Convention 108+ 2018, Art. 5 (2).

⁶²General Data Protection Regulation 2018, Recital 42.

⁶³Ibid., Art. 7 (4).

should be aware of identity of the controller, types of data, purpose of processing, the recipients of data, the right of data subject.⁶⁴ Besides, the information should be in clear and easy to understand language without technical jargons or terms that should be generally incomprehensible.⁶⁵ Specific consent basically means consent is specific to the purpose of processing.⁶⁶ Consent must be obtained from the data subject for one or more specific consent.⁶⁷ In the event that the data processing is subject to any changes for a different purpose, the data subject must give consent again. The three main elements of specific consent are specific to the purpose, sufficient details in the consent request, and clear separation of information on data processing and other matters.⁶⁸ Unambiguous consent is that the data subject has to obviously give consent to a particular data processing from the data subject's statement or a clear affirmative action. Consent can be collected via a written or recorded oral statement or electronic means.⁶⁹ All consent has to be given in an unambiguous way, meaning that there should be no doubt that the data subject wished to express the agreement to allow personal data processing.⁷⁰ Safeguards should be ensured that the data subject is aware of the fact and extent of such consent giving.⁷¹

It is obvious that in the PDPA, consent is one of the legal bases prior to the collection, use and disclosure of personal data and also obtaining consent before collecting sensitive data. The essential elements of consent according

⁶⁴General Data Protection Regulation 2018, Recital 42; Article 29 Working Party, "Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)," 15 February 2007.

⁶⁵Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, Article 29," 13 July 2011.

⁶⁶Ibid.

⁶⁷General Data Protection Regulation 2018, Article 6(1)(a).

⁶⁸Article 29 Working Party, "Guidelines on Consent under Regulation 2016/679," (6 July 2018).

⁶⁹Ibid.

⁷⁰General Data Protection Regulation 2018, Art. 4 (11).

⁷¹Ibid., Recital 42.

to the PDPA are explicit, understandable, straightforward, freely given, and can withdraw at any time.⁷² Besides, although the PDPA does not have informed and specific consent requirements, the PDPA does require the data controller to provide necessary information to the data subject as discussed in the areas of the right to be informed, particularly in respect of identity of the data controller, purpose of data processing, and the right to withdraw consent.⁷³

6.2.4 Cases

1) *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*:⁷⁴
disclosure of information without consent

Tournier was a client of the National Provincial and Union Bank of England. His account was in overdraft and he agreed to pay the bank in installments. The bank's manager then called the Tournier's employer to inquire about his address. During the conversation, the manager disclosed Tournier's unpaid checks to Tournier's employer. The employer subsequently refused to renew Tournier's employment contract. Tournier, then, filed a lawsuit in the Court of Appeal. The Court held that the bank was liable for breach of contract between the bank and the customer. This was implied from the contractual term that the bank would not disclose to third parties without the customer's expressed or implied consent the status of the customer's account or transactions with the bank or any related customer's information, unless the bank is requested by a court, the disclosure is for a public duty, or to protect the bank's own interests. These four conditions are known as the principles of the conditions where the bank can disclose the customer's information. This case represents the lawful bases of the PDPA and the GDPR that cover the four principles. The laws also provide additional requirements in the terms of vital interests, contractual relationships and legitimate interests.

⁷²Personal Data Protection Act 2019, Thailand, Section 19.

⁷³*Ibid.*, Section 23.

⁷⁴*Tournier v National Provincial Bank of England. 1 K.B. 461, 1924.*

2) *Deutsche Telekom AG v. Bundesrepublik Deutschland*:⁷⁵ specific consent

In this case, the telecom provider requested consent on publication of the data subject's personal data, but the data subject did not have options on specific publishers. The issue was whether the telecom provider needed to request a new consent from the data subject with the specified name of the recipients of the personal data. The CJEU ruled that consent did not need to be renewed before submitting data to directories since this is specifically related to the purpose of the publication of personal data, but not relevant to choosing any specific providers. Besides, the disclosure of the specific publication for personal data itself could be detrimental to the data subject.

Article 13 of the GDPR requires that the data controller disclose information to the data subject, including to the recipients or categories of recipients of the personal data, if any. The GDPR does not require the data controller to reveal the recipients of personal data identity, but can choose to inform the categories of recipients or the name or identity of the recipients. Similarly, the PDPA also requires the data controller to provide information of the categories of persons or entities to whom the collected personal data may be disclosed, but not specific third parties.⁷⁶

3) *Clearview AI*:⁷⁷ not obtaining consent before the collection and use of personal data

The Clearview AI company has developed a search engine that uses images to search. Clearview AI collects images from websites and social media networks

⁷⁵*Deutsche Telekom AG v. Bundesrepublik Deutschland*, CJEU, C-543/09, 2011.

⁷⁶Personal Data Protection Act 2019, Thailand, Section 23.

⁷⁷*Commission nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL - French Data Protection Authority), **Restricted Committee Deliberation No. SAN-2022-019 of 17 October 2022 concerning CLEARVIEW AI** [Online], available URL: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_of_the_restricted_committee_no_san-2022-019_of_17_october_2022_concerning_clearview_ai.pdf, 2022 (October, 17).

that do not require logging into accounts and extracts images from videos available on the public platforms from individuals via Clearview AI's facial recognition software. In May 2020, the National French data protection authority investigated and later on November 26, 2021 imposed financial penalty of 20 million euros. One of the breaches is unlawful processing of personal data according to Article 6 of the GDPR. Processing of personal data must be on a lawful basis. The company did not obtain consent from the consumer before collecting and use of the consumer's images in its facial recognition software. The PDPA also requires the data controller to inform the data subject of the collection of personal data and as for the collection or sensitive data, explicit consent must be obtained as well.

7. Limitations of the Thai Legal Personal Data Protection Legislation

7.1 Limits of Notice-and-consent Mechanism

7.1.1 Consent as Right Waiving and Lack of Accountability

The notice-and-consent mechanism is a data protection practice that allows consumers to obtain information and at the same time have control over personal information. For instance, the PDPA requires explicit consent before the collection and processing of sensitive data. However, this approach may not be sufficient to properly protect the right to data privacy, since consent by a data subject can be deemed that the data subject is willing to waive the right to data privacy or even other constitutional rights.⁷⁸ Furthermore, the data controller may not have sufficient accountability since the controller may issue a privacy notice and request consent solely to comply with legal requirements without being in good faith in protecting the personal data of the data subject.

7.1.2 Impracticality of Valid Consent

As mentioned earlier, the PDPA only specifies that the controller has to obtain explicit consent, inform the purpose of the collection, use, or disclosure of

⁷⁸Daniel J. Solove, *op. cit.*

the personal data, using clear and plain language, and does not deceive or mislead the data subject in respect to such purpose, and also the consent of the data subject must be freely given. However, such requirements are rather subjective and requires appropriate interpretation in certain cases. For instance, in case the lender employs advanced algorithmic models composing of wide-ranging factors for assessing creditworthiness of the borrower, the content of the privacy policy to request for consent can be lengthy, complex or providing even insufficient information for the data subject. Although the PDPA imposes an obligation on the controller to give the data subject access to information and the right to be informed, the data subject may not be aware or understand, and the data controller may provide information that is too technical or inadequate for the data subject to make informed decisions on personal information. In some cases, the data controller itself may not be able to explain or lack understanding on the result of such credit model, such as the result generated from machine learning that discovers certain complex relationship among the factoring affecting creditworthiness in the model.

7.1.3 Lack of Negotiation Power

When the data subject receives privacy policies or terms and conditions, the PDPA does not provide the data subject with certain power or options to negotiate on such terms. Besides, as the data controllers are mostly large companies providing services, such as commercial banks or fintech companies, to a large number of customers, it is very difficult for the consumer to propose changing on the terms of privacy policy. To help address this issue, the EU lawmaker issues additional guidance for elements of specific consent, including specific to the purpose, sufficient details in the consent request, and clear separation of information on data processing and other matters.⁷⁹ From this elements, in case the controller or the lender requests to collect alternative credit data from the data subject with one or more purposes, the lender needs to clearly specify a particular terms and

⁷⁹Article 29 Working Party, “Guidelines on Consent under Regulation 2016/679,” (6 July 2018).

conditions of the privacy policy for each purpose and also provides opportunity for the data subject to choose to accept or reject certain consent.

7.1.4 Difficulty in Assessing Trade-off

One of the key purposes of consent requirement is to give the data subject opportunity to assess the trade-off between the benefits of giving personal information and the loss of personal privacy. Data subjects weigh the risks associated with the release of personal information to a controller against expected benefits, such as financial rewards, personalization, and social benefits.⁸⁰ However, in a practical situation, the data subject may not be able to thoroughly consider the cost and benefit, understand or even read the terms and conditions before giving consent, the data subject, therefore, cannot assess trade-offs between giving personal data and benefits from the controller's products or services due to certain limitations, such as limited reading time, the potential risks of giving consent, expected benefits etc.

7.2 Lack of Clear Guidance on Repurpose of Data Processing

In the case of an open data platform with subsequent sharing of personal data, if it is shared to multiple third-party service providers or if the purpose of use is changed multiple times, the data subject will incur new consent burdens. The PDPA does prevent the controller from the processing of personal data for the purpose different from the originally informed purpose unless the data subject has been informed of such new purpose, and the consent is obtained prior to the time of collection, use, or disclosure. Although this is a clear requirement on repurpose, the PDPA does not provide a clear guidance on how to differentiate that the new purpose is different from the original purpose. Unlike the PDPA, the GDPR prescribes a guidance on purpose compatibility test that the controller has to consider certain factors, including any linkage or relationship between the original and the new purpose, the context of personal data collection and the data subject's reasonable expectation,

⁸⁰Smith H. J., Dinev T., and Xu H., "Information privacy research: An interdisciplinary review," *MIS Quarterly* 35, 4 (December 2011): 989–1016.

the nature of the data, the consequences of further processing for data subjects, and the availability of appropriate safeguards for further processing operations.⁸¹

8. Conclusion and Discussion

Individual control over personal information is one of the top concepts cited by many authors and philosophers in the field of information privacy law. That an individual has control of one's own information means that an individual can choose and decide who does what and how with his own information. Thus, this individual control concept fosters other value of privacy, including autonomy and freedom, and self-determination. When referring to individual control over personal information in terms of personal data protection law, literature often concludes that individual control is essentially provided via notice-and-consent mechanism. However, the processing of alternative credit data brought emerging risks to this approach, including failure to inform, lack of freedom to choose and decide, and improper reuse and repurpose.

From the comparative analysis and assessment of the personal data protection legal framework related to the processing of alternative credit data in Thailand, it is evident that the Thai personal data protection law insufficiently provides individual control over personal information via notice and consent. The Thai legal framework mainly focuses on the use of notice-and-consent mechanisms, which still have many limitations. For instance, where the data subject gives consent to the collection of personal data, the data subject may be deemed to have waived the right to data privacy without negotiating power on the privacy policy offered by the data controller. Besides, in the case of repurpose or use of personal data for new purposes, the law does not provide clear guidelines on assessing whether such repurpose requires the new consent of the data subject.

⁸¹General Data Protection Regulation 2018, Recital 50 and Art. 6 (4); Explanatory Report of CoE Convention 108+ 2018, para. 49.

9. Recommendation

This study recommends that notice-and-consent mechanism under the PDPA be supplemented by the following elements of control over personal information.

9.1 Enhanced Transparency with the Data Subject's Understandability

Transparency element is a prerequisite for control over personal information. Before a data subject can have control over personal information, he or she must have complete, sufficient and understandable information to be able to make informed decisions regarding the collection, processing and sharing of personal information. Transparency in this study means transparency from both the data controller perspective and the data subject perspective. The data controller shall provide the data subject with all necessary information on data processing and including rights regarding personal data, in a complete and explainable manner. This is particularly the case when data is processed using advanced analytic models. As a data subject, while receiving such information, one must be aware and have an appropriate level of cognition in order to be able to make informed decisions about the processing activities of personal information appropriately.

Therefore, this study suggests that the relevant Thai authorities establish the concept of understandability of the data subject under the PDPA or issue an explicit financial regulations relating to alternative credit data protection. The data controller shall ensure that processing of personal data can be described clearly in all cases, especially those that use advanced analytics or artificial intelligence to analyze, predict or produce results that could have a significant impact on the data subject, such as receiving credit, making a job decision, etc. Such results should include both an explanation of the model used in terms of logic, factors, or weights of the factors used in the analysis and must explain about the origin and the resulting factors, and how it can be improved or changed. For example, the data subject should know how their credit scores using automated or algorithm models come from and how to improve such scores. This study also recommends to take into account the data

subject's literacy regarding data protection and rights which shall be protected by law as well. In this case, the data controller may test the data subject's knowledge or consider other useful personal data that could demonstrate the privacy literacy of the data subject, such as education level, age, occupation, etc.

9.2 Flexible, Substantive, and Consumer-Centric Notice-and-Consent Mechanism

In order to reinforce the significant role of notice and consent in representing the data subject's control over personal information, in addition to valid consent elements, including freely given, unambiguous, specific, understandable, this study recommends that the PDPA, especially under Section 19, be amended to allow flexibility in terms of negotiation, emphasize on the controller's accountability or the substance of the terms and conditions rather than focusing only for the sake of compliance. The law should require the controller to consider the characteristics or literacy of each particular group of the consumer. In certain cases that the data processing involves a high chance of producing privacy risks to the data subject, the notice and consent should give room for the data subject to negotiate or provide the data subject with sufficient choices on the privacy policy, such as the coverage of sensitive data collected and used, or the scope of data processing activities or even the categories or name of the third parties to whom the data will be shared. Besides, the data processing activities may be segregated by the type of data and purposes so that the data subject can choose or negotiate on each processing activity conveniently.

Furthermore, data controllers should be encouraged to be accountable and be aware of the importance of protecting personal data according to good principles, not only focusing on making notice and consent for compliance with the law or regulation, but should look for ways or measures that help protect the personal data of responsible consumers. In this case, the principle of 'privacy by default' should be established under the PDPA to emphasize on the proactive role of the data controller to establish data protection measures, including providing evident choices to individuals, keeping personal data in confidential unless the data subject

allows, providing sufficient individual rights, as well as always adhere to principles, such as data minimization and purpose limitation before the data processing begins.⁸²

In addition, the data controller should be required to take a consumer-centric approach by taking into account the data subject's literacy, characteristics and surrounding context in obtaining consent from the data subject. When the controller issues privacy notice and asks for consent from the individual, the controller should keep in mind that the content and information sent to the individual should match with their level of understanding or literacy on the data collected or particular purposes or means of data processing. If certain groups of individuals show that they require especially understandable and explainable language in the privacy notice, the controller should facilitate appropriate measures, including offering additional links of knowledge or explanation in their notice, or revising the notice to be more straightforward and suitable for each group of consumers. Besides, the controller should be required to consider the data subject's real situation when giving consent, including the means used (e.g. mobile apps or computer), and the sense of urgency when using such particular service. To illustrate, if the consumer is in dire need to get a particular loan, he or she will have no sufficient time to thoroughly read a complex and lengthy privacy policy before giving consent.

As for the case of open data platform, consumer's consent as well as the relevant laws and regulations also play a crucial role in granting the consumer's control. Although, banks and financial institutions are generally required to maintain confidentiality of customer data, there are exceptions in cases where the customer

⁸²General Data Protection Regulation, Article 25(2) specifies the requirements for data protection by default that "The controller shall implement appropriate technical and organizational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures shall ensure that by default personal data are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons."

has given consent to the disclosure of that information. One of the objectives of open data platform is to provide more control of the account information and also to determine the data receiving parties. The study, thus, suggests that the Thai financial regulator issue an explicit regulation or guideline for obtaining consent, including informing the customer of the type of data to be collected, the purpose of the data collection, the retention period, the list or types of service providers to whom the data will be received, and consumer's authentication. These elements are essential to maintain individual control over alternative credit data shared among service providers in open data platforms.

Bibliography

- Ball C. “What is transparency?.” **Public Integrity** 11, 4 (September 2009): 293-308.
- Bennett Colin J. **Regulating privacy: Data protection and public policy in Europe and the United States**. New York: Cornell University Press, 1992.
- Bundesverfassungsgericht U. V. **zum Volkszählungsgesetz 1983** [Online]. Available URL: <https://freiheitsfoo.de/files/2013/10/Census-Act.pdf>. 1983 (December, 15).
- Citron D. K. and Solove D. J. “Privacy harms.” **Boston University Law Review** 102, 3 (April 2022): 793-863.
- Commission nationale de l’Informatique et des Libertés* (CNIL - French Data Protection Authority). **Restricted Committee Deliberation No. SAN-2022-019 of 17 October 2022 concerning CLEARVIEW AI** [Online]. Available URL: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_of_the_restricted_committee_no_san-2022-019_of_17_october_2022_concerning_clearview_ai.pdf, 2022 (October, 17).
- Daniel J. Solove. “Privacy self-management and the consent dilemma.” **Harvard Law Review** 126, 7 (May 2013): 1880-1881.
- Draper N.A. and Turow J. “The corporate cultivation of digital resignation.” **New Media & Society** 21, 8 (August 2019): 1824-1839.
- Fried C. “Privacy.” **Yale Law Review** 77, 3 (January 1968): 475-493.
- Gillis T. B. **False dreams of algorithmic fairness: The case of credit pricing**, (Cambridge: Harvard University Press, 2020).
- Granados N. and Gupta A. “Transparency strategy: Competing with information in a digital world.” **MIS Quarterly** 37, 2 (June 2013): 637-641.
- Khaosanit D. “Legal Measures in Private Data Protection : Case Study in Finance and Banking of Commercial Bank.” M.A. thesis, Dhurakij Pundit University, 2018.
- Koene A. Clifton, C., Hatada Y. Webb H., and Richardson, R. **A governance framework for algorithmic accountability and transparency** [Online]. Available URL: [https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU_\(2019\)624262](https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU_(2019)624262), 2019 (April, 4).

- Lapowsky I. **How Cambridge Analytica Sparked the Great Privacy Awakening** [Online]. Available URL: <https://www.wired.com/story/cambridge-analytica-facebook-privacy-awakening>, 2019 (March, 17).
- Lazaro C. and Metayer D. L. "Control over personal data: True remedy or fairy tale." **SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society** 12, 1 (June 2015): 3-34.
- Miller A. R. **The Assault on Privacy-Computers Data Banks and Dossiers**. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press, 1971.
- Nil A. and Aalberts R. "Legal and Ethical Challenges of Online Behavioral Targeting in Advertising." **Journal of Current Issues & Research in Advertising** 35, 2 (July 2014): 126-146.
- Parent William A. "Privacy, Morality and the Law." **Philosophy and Public Affairs**, 12, 4 (October 1983): 269-288.
- Phillips R. "Optimizing prices for consumer credit." **Journal of Revenue and Pricing Management** 12, 4 (July 2013): 360-77.
- Riedel Eibe. "New Bearings in German Data Protection. Judgement of the Federal Constitutional Court, Karlsruhe, of 15 December 1983." **Human Rights Law Journal** 94, 101 (January 1984): 94-116.
- Sloan Robert H., and Richard Warner. "Beyond notice and choice: Privacy, norms, and consent." **Journal of High Technology Law** 14, 2 (March 2013): 370-414.
- Smith H. J., Dinev T., and Xu H. "Information privacy research: An interdisciplinary review." **MIS Quarterly** 35, 4 (December 2011): 989-1016.
- Solove Daniel J. **The future of reputation: Gossip, rumor, and privacy on the internet**. New Haven: Yale University Press, 2007.
- Srichola S. and Tipayanee P., "Legal Issues Related to Credit Information on the Use of Credit Information for Other Purposes." **DPU Graduate Studies Journal** 4, 3 (March 2016): 215-226.
- Staten M. "Risk-Based Pricing in Consumer Lending." **Journal of Law, Economics & Policy** 11, 1 (March 2015): 33-58.
- Tene O. and Polonetsky J. "Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics." **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property** 11, 5 (April 2013): 240-272.

- Vaccaro A. and Madsen P. “Corporate dynamic transparency: the new ICT-driven ethics?.” **Ethics and information technology** 11, 2 (June 2009): 113-122.
- Van Ooijen I. and Vrabec H. U. “Does the GDPR enhance consumers’ control over personal data? An analysis from a behavioural perspective.” **Journal of Consumer Policy** 42, 1 (March 2019): 91-107.
- Warren S. and Brandeis L. “The right to privacy.” **Harvard Law Review** 14, 5 (December 1890): 193-220.
- Westin Alan F. “Privacy and freedom.” **Washington and Lee Law Review** 25, 1 (March 1968): 166-170.
- Wilairat Y. “Problems on “Credit Information” under the Law Relating to Credit Information Business.” M.A. thesis, Thammasat University, 2017.
- World Bank. **The Role of Consumer Consent in Open Banking: Financial Inclusion Support Framework** [Online]. Available URL: <https://documents.worldbank.org/curated/en/099425002082230437/pdf/P1705050aeb8e704f088260f228802b73b8.pdf>, 2021 (December, 15).
- Article 29 Working Party. “Guidelines on Consent under Regulation 2016/679.” (6 July 2018).
- Article 29 Working Party. “Opinion 15/2011 on the Definition of Consent, Article 29.” 13 July 2011.
- Article 29 Working Party. “Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR).” 15 February 2007.
- Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. 1995.
- The White House. “Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy.” 1 February 2012.
- Asia-Pacific Economic Cooperation Privacy Framework 2005.
- Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data.

Council of Europe. **Convention 108+ Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data** [Online]. Available URL: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf, 2022 (April, 25).

European Union General Data Protection Regulation 2018.

Organization for Economic Co-operation and Development Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data 2013.

Personal Data Protection Act 2019 (B.E. 2562), Thailand.

WP29 Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187).

Deutsche Telekom AG v. Bundesrepublik Deutschland, CJEU, C-543/09, 2011.

Smaranda Bara and Others v. Casa Națională de Asigurări de Sănătate and Others, CJEU, C-201/14, 2015.

Tournier v National Provincial Bank of England. 1 K.B. 461, 1924.

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: กรณีศึกษาจากคดีหอย 30 ล้าน

ดร.พิชญ์ วิทยารัฐ
ทีปกร โกลมลพันธ์พร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ: กรณีศึกษาจากคดีห้วย 30 ล้าน

ดร.พิชญ์ วิทยารัฐ*

Dr.Pich Wittayarat

ทีปกร โคมลพันธ์**

Teepakorn Komolphanporn

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 205/2565

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นคดีที่บุคคลทั่วไปให้ความสนใจเป็นอย่างมากและตกเป็นกระแสวิพากษ์วิจารณ์ไปทั่วประเทศในช่วงประมาณ พ.ศ. 2560 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์เป็นครูในโรงเรียนแห่งหนึ่งที่จังหวัดกาญจนบุรีได้ยื่นคำฟ้องว่าจำเลยเก็บสลากกินแบ่งรัฐบาลงวดที่ 41 ประจำวันที่ 1 พฤศจิกายน 2560 ชุดที่ 04, 07, 14, 15 และ 22 หมายเลข 533726 รวม 5 ฉบับ ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์ที่ซื้อมาแล้วทำสูญหาย และต่อมาถูกรางวัลที่หนึ่งประจำงวดดังกล่าวโดยระหว่างวันเวลาที่จำเลยเก็บสลากกินแบ่งรัฐบาล

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, UK; น.ด. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: pich_w@rumail.ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, UK; LL.D. Ramkhamhaeng University.

**อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; LL.M. in International Commercial Law (with Merit), University of Leicester, UK; LL.M. in Tax Law, Queen Mary University of London, UK; หลักสูตรประกาศนียบัตรผู้นำยุคใหม่ในระบอบประชาธิปไตย รุ่นที่ 9 (ปนป.9) สถาบันพระปกเกล้า, หลักสูตรประกาศนียบัตรชั้นสูงการพัฒนาการเมืองและการเลือกตั้งระดับสูง รุ่นที่ 12 (พตส.12) สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, อดีตผู้พิพากษาศาลจังหวัดภูเก็ต. E-mail: talktoboat@hotmail.com

Public Prosecutor attached to the Office of the Attorney General; LL.B. Assumption University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in International Commercial Law (with Merit), University of Leicester, UK; LL.M. in Tax Law, Queen Mary University of London, UK; Intermediate Certificate Course of Young Leadership in Democratic Governance Class 9 (King Prajadhipok's Institute); Advanced Certificate Course in Advance Political and Electoral Development Class 12 (Office of The Election Commission of Thailand); Former Judge of the Phukiao Provincial Court (The Court of Justice of Thailand).

ไว้ในความครอบครอง จำเลยเบียดบังเอาสลากกินแบ่งรัฐบาลทั้ง 5 ฉบับ ซึ่งมีมูลค่าเงินรางวัล 30,000,000 บาท ไปเป็นของจำเลยโดยทุจริต หรือมิเช่นนั้นจำเลยรับสลากกินแบ่งรัฐบาลดังกล่าวไว้ โดยรู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิดฐานยกยอกทรัพย์สินหาย ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352, 357 จำเลยให้การปฏิเสธ โดยในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษายกฟ้องคดีจึงขึ้นสู่ศาลฎีกา

คดีดังกล่าวมีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาโจทก์ว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ เพราะหากโจทก์มิใช่เจ้าของสลากกินแบ่งรัฐบาลดังกล่าว โจทก์จะไม่ใช่ผู้เสียหายที่มีอำนาจฟ้องจำเลย โดยใน คำพิพากษาศาลฎีกานั้น มีข้อกฎหมายที่น่าสนใจ ดังนี้

1. ปัญหาเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานของศาล กล่าวคือ ในคดีนี้โจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์เดินทางมารับสลากกินแบ่งรัฐบาลจากแม่ค้าที่ตลาดเรดซิตี้ในจังหวัดกาญจนบุรี อันเป็นสถานที่เกิดเหตุ ในช่วงเย็นของวันที่ 31 ตุลาคม 2560 และได้ทำตกหล่นในเวลาไล่เลี่ยกัน แต่จำเลยได้โต้แย้งว่าช่วงเย็นของวันดังกล่าวโจทก์ไม่ได้ไปที่ตลาดเรดซิตี้

โดยประเด็นปัญหาในเรื่องนี้อยู่ที่การอ้างพยานหลักฐานของจำเลย ซึ่งจำเลยได้อ้างข้อมูลการตรวจสอบหาตำแหน่งที่ตั้งเสาส่งสัญญาณและพื้นที่ให้บริการสัญญาณของเสาส่งสัญญาณแต่ละต้นเพื่อหาตำแหน่งที่อยู่ของผู้ใช้งานโทรศัพท์เคลื่อนที่ในช่วงเวลานั้นและมี “พันตำรวจโท ม. (นามสมมุติ)” มาเบิกความอธิบายขั้นตอนและวิธีการที่ใช้ในการตรวจหาตำแหน่งดังกล่าวนอกจากนี้ยังมี “พันตำรวจตรี ป. (นามสมมุติ)” รองสารวัตรกองกำกับการ กองบังคับการปราบปราม เจ้าพนักงานตำรวจชุดเดียวกับพันตำรวจโท ม. ซึ่งเคยทำหน้าที่ตรวจสอบทางเทคนิคมาประมาณ 8 ปี และได้รับมอบหมายให้ร่วมตรวจสอบข้อมูลการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในคดีนี้มาเบิกความอธิบายขั้นตอนและวิธีการที่ใช้ในการตรวจหาตำแหน่งโดยละเอียดไว้สอดคล้องต้องกัน

อย่างไรก็ตาม โจทก์ได้โต้แย้งว่าพยานปากที่จำเลยนำมาสืบเกี่ยวกับสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ล้วนแต่เป็นพยานบอกเล่า อีกทั้งไม่ใช่พยานผู้เชี่ยวชาญที่มีการขึ้นทะเบียนไว้กับศาล เป็นเพียงพนักงานสืบสวนสอบสวนที่มาเบิกความวิเคราะห์ข้อมูลสัญญาณโทรศัพท์เคลื่อนที่ตามความคิดเห็นและความเชื่อของตนเอง โดยไม่มีผู้เชี่ยวชาญมารับรองความถูกต้องของการวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าว จึงไม่มีน้ำหนักให้รับฟังได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการพิเคราะห์ว่าพยาน 2 ปากที่เบิกความนี้ จะสามารถรับฟังได้มากน้อยเพียงใด

ปกติแล้วพยานที่จะมาเบิกความในศาล อาจมีได้ 2 ลักษณะคือเป็นพยานบุคคล กับพยานความเห็นที่มีลักษณะเป็นผู้เชี่ยวชาญ โดยหากเป็นพยานบุคคล จะต้องเป็นพยานที่รับรู้ได้เห็นได้ยินมาด้วยตนเองโดยตรงเท่านั้นถึงจะสามารถรับฟังได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้จะถูกเรียกว่าประจักษ์พยาน แต่ถ้าเป็นพยานบุคคลที่ไม่ได้รู้ ไม่ได้เห็น ไม่ได้ยินมาด้วยตนเองโดยตรง แต่ได้รับรู้เรื่องราวที่เกิดขึ้น

มาจากบุคคลอื่นอีกทีหนึ่ง ลักษณะนี้จะถูกเรียกว่าพยานบอกเล่า ซึ่งโดยหลักจะถูกห้ามมิให้รับฟังไว้ แต่จะมีข้อยกเว้นบางประการ กล่าวคือ กรณีที่ไม่อาจหาประจักษ์พยานมาเบิกความ หรือเป็นพยานบอกเล่าชนิดที่มีความน่าเชื่อถือ¹ โดยกรณีพยานบุคคลลักษณะนี้จะแตกต่างจากพยานที่มาเบิกความ แสดงความคิดเห็นในลักษณะเชิงวิชาการ โดยอาศัยความรู้ความสามารถในทางวิชาการมาแสดงความคิดเห็นถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยพยานในลักษณะนี้จะถูกแยกออกไปเป็นพยานอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่าพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งกรณีนี้บุคคลที่เบิกความนั้นแม้จะไม่ได้รู้ ไม่ได้เห็น ไม่ได้ยินมาด้วยตนเอง โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อเบิกความโดยอาศัยความรู้ความสามารถในทางวิชาการให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นก็สามารถรับฟังได้

พยานผู้เชี่ยวชาญ คือพยานผู้ที่มาเบิกความให้ความเห็นโดยอาศัยความรู้ความสามารถ ความชำนาญการเป็นพิเศษในทางวิชาการต่อศาล ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องทางวิทยาศาสตร์หรือทางศิลปศาสตร์ ก็ได้ เช่น การตรวจวัดระดับแอลกอฮอล์ ตรวจลายนิ้วมือ เชื้อโรคไวรัส ตรวจศิลปวัตถุ ตรวจสภาพจิตใจ การก่อสร้าง หรืออาจจะเป็นกฎหมายต่างประเทศก็ได้ โดยการเบิกความจะไม่ใช่เบิกความตามสิ่งที่ได้เห็น อันบุคคลทั่วไปสามารถเบิกความได้ แต่จะเบิกความโดยใช้ความรู้ทางวิชาการของผู้เชี่ยวชาญนั้นโดยเฉพาะ และไม่สามารถหาได้จากความเห็นของบุคคลทั่วไป² ตัวอย่างเช่น นายเอกเบิกความจากที่นายเอก ได้เห็นการวิ่งของรถยนต์จำลองว่าจะใช้ความเร็วประมาณ 100 กิโลเมตรต่อชั่วโมง เช่นนี้ เมื่อนายเอก ไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถใด ๆ แต่เป็นการกะด้วยสายตาซึ่งบุคคลทั่วไปสามารถแสดงความคิดเห็นเช่นนี้ได้ นายเอกจึงไม่เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่หากนายโทเบิกความโดยอาศัยหลักการจากการตรวจวัดร่องรอยการเบรกของรถยนต์จำลอง และวิเคราะห์เป็นข้อมูลว่าจำลองจะขับรถโดยใช้ความเร็วประมาณ 100 กิโลเมตรต่อชั่วโมง เช่นนี้การเบิกความของนายโทจึงเป็นการเบิกความโดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญในทางวิชาการที่บุคคลทั่วไปไม่สามารถแสดงความคิดเห็นเช่นนี้ได้หากไม่ได้มีความรู้เหมือนนายโท เพราะฉะนั้นลักษณะการเบิกความของนายโทจึงเป็นการเบิกความตามความเห็นในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ

ดังนั้น พยานผู้เชี่ยวชาญ ตามบริบทของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญา สามารถแบ่งพยานผู้เชี่ยวชาญออกได้เป็น 3 ลักษณะ กล่าวคือ³

¹เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), หน้า 143-144.

²โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 471.

³เรื่องเดียวกัน, หน้า 472-481.

ก. ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้ง จะมีการระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 129 โดยพยานผู้เชี่ยวชาญลักษณะนี้จะมีการแต่งตั้งจากศาลโดยการเสนอของคู่ความ ซึ่งผู้เชี่ยวชาญประเภทนี้ คู่ความฝ่ายหนึ่งอาจเป็นผู้เสนอให้ศาลตั้งและศาลได้มีการสอบถามคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อเปิดโอกาสให้คู่ความอีกฝ่ายได้คัดค้านเสียก่อน ซึ่งโดยปกติการจะขอให้ศาลตั้งผู้เชี่ยวชาญคนใดนั้น ศาลจะแต่งตั้งจากทะเบียนผู้เชี่ยวชาญที่ได้ขึ้นทะเบียนผู้มีความรู้ความสามารถในสาขาวิชาต่าง ๆ ไว้แล้ว

ข. ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ คือพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางวิชาการบางอย่าง ซึ่งคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอ้างมาเป็นพยานของตนในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 โดยผู้เชี่ยวชาญในกรณีนี้เป็นผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความเป็นฝ่ายเสนอมาเป็นพยานหลักฐานของฝ่ายตน โดยศาลไม่ได้มีคำสั่งตั้งบุคคลนั้นเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะไม่ได้ตั้งบุคคลนั้นเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่การที่ศาลจะรับฟังได้นั้นศาลจะต้องพิจารณาว่าพยานมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือไม่ และเรื่องที่พยานจะให้ความเห็นเป็นไปในทางวิชาการหรือไม่ โดยการที่จะเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญนี้ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นผู้มีความเป็นเลิศในทางวิชาการสาขานั้น ๆ เพียงแต่มองในแง่เปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปแล้วจะมีความเชี่ยวชาญในด้านนั้น ๆ มากกว่าคนทั่วไป

ค. ผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญา ซึ่งผู้เชี่ยวชาญลักษณะนี้เดิมที่ถูกเรียกว่า “ผู้ชำนาญพิเศษ” ซึ่งก็คือ “ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ” ในบางเรื่องทำนองเดียวกับผู้มีความรู้เชี่ยวชาญซึ่งคู่ความอ้างเป็นพยานในคดีแพ่ง (ตามข้อ ข) โดยมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 243 โดยพยานประเภทนี้ จะมีลักษณะเหมือน “ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ” โดยผู้ที่อ้างพยานดังกล่าวคือคู่ความโดยศาลมิได้มีคำสั่งตั้งพยานดังกล่าวเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล แต่การรับฟังของศาลก็ยังคงต้องพิจารณาถึงความรู้ในทางวิชาการของผู้เชี่ยวชาญคนนั้นเช่นกันกับ “ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ”⁴

จากการพิจารณาถึงพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งหมดแล้วจะเห็นว่า พยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งนั้น อาจต้องมีการขึ้นทะเบียนไว้กับศาล แต่พยานผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ หรือพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญา ไม่จำเป็นต้องมีการขึ้นทะเบียนกับศาล ซึ่งคู่ความสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้เลย เพียงแต่ศาลจะต้องพิจารณาว่าผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความรู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นหรือไม่ และไม่ต้องมีความรู้ถึงขนาดเป็นเลิศ เพียงแต่มีความรู้มากกว่าคนปกติทั่วไปก็สามารถรับฟังเป็นความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญได้แล้ว

ด้วยเหตุนี้ ในคำพิพากษาฎีกาที่ 205/2565 ศาลจึงได้มีการวินิจฉัยว่า การเบิกความของ “พันตำรวจโท ม.” และ “พันตำรวจตรี ป.” ที่เบิกความอธิบายถึงขั้นตอนและวิธีการที่ใช้ในการ

⁴อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า 277.

ตรวจสอบหาตำแหน่งของโจทก์จากสัญญาในเสาส่งสัญญาโทรศัพท์เคลื่อนที่นั้น เป็นพยานที่เบิกความจากการวิเคราะห์ข้อมูล โดยได้เบิกความไปตามหลักวิชาการตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย โดยมีได้มีส่วนได้เสียกับคู่ความฝ่ายใด แม้มิใช่ผู้เชี่ยวชาญที่ขึ้นทะเบียนไว้กับศาล แต่ก็มีความรู้เชี่ยวชาญและประสบการณ์ในการตรวจสอบหาตำแหน่งการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่มาอย่างยาวนาน จึงสามารถรับฟังได้ ซึ่งเห็นได้ว่าศาลรับฟังพยาน 2 ปากดังกล่าว ไม่ใช่ในฐานะพยานบุคคล อีกทั้งไม่ได้เบิกความจากการได้ยินมาอีกที เป็นการเบิกความจากสิ่งที่ตนเองได้ตรวจสอบพบเองจึงไม่ใช่พยานบอกเล่า โดยการรับฟังนี้เป็นการรับฟังในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอาญา ตามมาตรา 243 มิใช่ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งแต่อย่างใด จึงไม่จำเป็นต้องขึ้นทะเบียนไว้กับศาล เพียงแต่ศาลพิจารณาถึงความรู้ในเชิงวิชาการของผู้นั้นก็เพียงพอที่จะรับฟังได้แล้ว

2. ปัญหาเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสลากกินแบ่งรัฐบาล กรณีนี้โจทก์ได้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงว่า โจทก์ได้ส่งข้อความผ่านทางแอปพลิเคชันไลน์ให้แก่นางสาว ร. (นามสมมุติ) ผู้ขายสลากกินแบ่งรัฐบาล โดยมีข้อความขอซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลเลขท้ายสองตัว 26 โดยได้ส่งข้อความในวันที่ 21 ตุลาคม 2560 นอกจากเลขดังกล่าวแล้วโจทก์ได้ส่งซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลอีก ในวันที่ 23 และ 25 ตุลาคม 2560 ข้อเท็จจริงปรากฏแก่ศาลว่านางสาว ร. ผู้ขายได้มีการแยกสลากกินแบ่งรัฐบาลที่โจทก์ต้องการจะซื้อทั้งหมดออกจากสลากกินแบ่งรัฐบาลใบอื่น ๆ แล้ว (รวมถึงสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ถูกรางวัลที่ 1 ด้วย) จนเวลามาถึงวันที่ 31 ตุลาคม 2560 เวลา 17.46 นาฬิกา นางสาว ร. ผู้ขายสลากกินแบ่งรัฐบาลได้ส่งข้อความเตือนโจทก์ว่า “มาเอาห่วย” โจทก์ตอบกลับว่า “พรงนี้ ถ่ายรูปมาให้ด้วย” ซึ่งนางสาว ร. ได้ส่งรูปสลากกินแบ่งมาให้โจทก์ดูในวันที่ 1 พฤศจิกายน 2560 เวลา 15.14 นาฬิกา (ไม่มีรูปของสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ถูกรางวัลที่ 1)

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น โจทก์จึงกล่าวอ้างว่า การที่นางสาว ร. ผู้ขายสลากกินแบ่งรัฐบาลได้แยกสลากกินแบ่งที่ถูกรางวัลออกมาเป็นการกำหนดหมาย และทำการคัดเลือกสลากกินแบ่งรัฐบาลชุดที่ถูกรางวัลออกมาแล้ว สัญญาซื้อขายจึงเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ และกรรมสิทธิ์ในสลากกินแบ่งรัฐบาลได้โอนมายังโจทก์ซึ่งเป็นผู้ซื้อตั้งแต่วันที่นางสาว ร. ผู้ขายได้แยกสลากกินแบ่งรัฐบาลชุดที่ถูกรางวัลออกจากสลากกินแบ่งรัฐบาลในชุดอื่นแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 และมาตรา 460 โจทก์จึงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ถูกรางวัลแล้ว (แม้โจทก์จะยังไม่ได้รับสลากกินแบ่งรัฐบาลไปจากผู้ขายก็ตาม)

ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาถึงหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ว่ามีหลักการในการโอนกรรมสิทธิ์อย่างไร ซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ทำการซื้อขายกันระหว่างอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์จะมีความแตกต่างกันมากที่สุดประการหนึ่งคือ หากเป็นอสังหาริมทรัพย์จะมีการโอนกรรมสิทธิ์กันได้เมื่อมีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กัน เพราะหากมิได้มีการจดทะเบียน

โอนกรรมสิทธิ์สัญญาอันจะเป็นโมฆะเสมือนหนึ่งสัญญาไม่เคยเกิดขึ้น แตกต่างจากสังหาริมทรัพย์ที่ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียน ซึ่งการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จะโอนทันทีที่มีการทำสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 458⁵ ถ้าหากในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายทรัพย์ยังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งก็จะต้องมีการ หมาย ชั่ง ตวง นับ วัด คัดเลือก หรือทำประการใดให้ทรัพย์ดังกล่าวนั้นเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งเสียก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 460⁶ มากกว่านั้น หากทรัพย์ที่ซื้อขายกันมีมูลค่าไม่เกินสองหมื่นบาท การบังคับชำระหนี้อาจจะบังคับผ่านศาลได้แม้จะ ไม่มีการวางมัดจำ หรือชำระหนี้บางส่วน หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสาม⁷

เพราะฉะนั้น จากหลักกฎหมายว่าด้วยซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อเทียบกับข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้างแล้วจึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าในกรณีดังกล่าวนี้มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้วหรือไม่ เพราะถ้าไม่มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นกรรมสิทธิ์ในสลากกินแบ่งรัฐบาลดังกล่าวจะยังไม่โอนมายังโจทก์ซึ่งเป็นผู้ซื้อ แต่ถ้าหากมีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว เมื่อผู้ขายได้มีการแยกสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ถูกรางวัลออกจากสลากใบอื่น จึงต้องถือว่าเป็นการหมาย หรือคัดเลือก อันทำให้สลากกินแบ่งรัฐบาลฉบับดังกล่าวที่ถูกรางวัลโอนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์ผู้ซื้อแล้ว ตามมาตรา 458 ประกอบกับมาตรา 460

การเกิดสัญญาซื้อขายนั้นมีลักษณะเหมือนการเกิดสัญญาในทางแพ่งโดยทั่วไปคือ “สัญญา” นั้น หมายความว่า นิติกรรมสองฝ่ายหรือกว่านั้นที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันระหว่างบุคคลเหล่านั้น เพื่อก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับนิติสัมพันธ์ สัญญาจึงเกิดได้จากบุคคลอย่างน้อยสองคนแสดงเจตนามุ่งประสงค์จะผูกพันกันตามกฎหมาย โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทำ คำเสนอไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำสนองกลับมา เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการสัญญาก็จะเกิดขึ้น⁸ ดังนั้น เมื่อสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาอย่างหนึ่งจึงต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายทำคำเสนอและคำสนองให้ถูกต้องตรงกันเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งทั่วไป เพียงแต่สัญญา

⁵มณฑิชา ภักดีคง, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2560), หน้า 71-73.

⁶จุฑามาศ นิศารัตน์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), หน้า 129-134.

⁷ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 106-107.

⁸Atiyah, Adams, and MacQueen, *Atiyah's Sale of Goods* (Essex, England: Pearson, 2010), pp. 36-37.

ที่ถูกเรียกว่าสัญญาซื้อขายจะต้องมีองค์ประกอบอันเป็นการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453 ด้วย กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย เพราะฉะนั้นประเด็นเรื่องการเกิดขึ้นแห่งสัญญาจะมีหรือไม่นั้น สิ่งสำคัญขึ้นอยู่กับว่ามีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันหรือไม่เสียก่อน ถ้าไม่มีการทำคำเสนอและไม่มีคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน สัญญาก็จะไม่เกิด เมื่อสัญญาไม่เกิดก็ไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือไม่ และรวมถึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้วหรือไม่เช่นกัน

คำเสนอ เป็นการแสดงเจตนาขอเข้าทำสัญญา ซึ่งคำเสนอนั้นจะเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดภาระผูกพันหรือหนี้ของผู้ทำคำเสนอ ด้วยเหตุนี้คำเสนอจึงต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจน ปราศจากการเคลือบแคลงสงสัยว่าผู้ทำคำเสนอ มีเจตนาเข้าทำสัญญาหรือไม่⁹ เพราะหากเป็นเพียง การเชื่อเชิญ หรือเชิญชวนให้เข้าทำสัญญาแต่จะต้องผ่านการพิจารณาก่อนแบบนี้จะไม่ถือเป็นคำเสนอ และเมื่ออีกฝ่ายตอบตกลงตามคำเชิญ หรือเชิญชวนนั้นก็จะเป็นคำสนองแต่อย่างได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 8260/2550 แผ่นพับโฆษณาให้บุคคลทั่วไปทราบ ว่า โจทก์มีโครงการโอนทรัพย์สิน จำนวนชำระหนี้ เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่มีภาระหนี้ค้างชำระสูงและไม่สามารถชำระหนี้ต่อไปได้ ให้สามารถ ปลดภาระหนี้ที่มีอยู่ด้วยวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่จำนองให้โจทก์แทนการชำระหนี้ โดยโจทก์กำหนด หลักเกณฑ์และเงื่อนไขซึ่งจะต้องผ่านการพิจารณาของโจทก์ก่อน แผ่นพับโฆษณาดังกล่าวยังไม่ชัดเจน แน่นนอน จึงมิใช่คำเสนอ แต่เป็นเพียงคำเชิญชวนให้ผู้สนใจทำคำเสนอเข้ามาเท่านั้น คำร้องขอของจำเลย ที่แสดงความประสงค์จะเข้าร่วมโครงการ จึงจัดว่าเป็นคำเสนอเมื่อโจทก์มิได้สนองรับยอมไม่ก่อให้เกิดสัญญา มากกว่านั้น คำเสนอจะต้องมีข้อความที่ชัดเจนแน่นอน ถึงขนาดที่หากเมื่อผู้สนองได้ทำ คำสนองกลับแล้ว สามารถเกิดเป็นสัญญาได้ทันที โดยที่ทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการตกลงเรื่องใดกันอีก ซึ่งความชัดเจนแน่นอนของคำเสนอนี้เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้มีปัญหาในการตีความเกิดขึ้นได้บ่อยครั้งว่า กรณีใดที่ถือเป็นการชัดเจนแล้ว หรือกรณีใดที่ไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอได้¹⁰ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 927/2498 ข้อความที่กล่าวว่า “ข้าพเจ้าจึงขอความกรุณาซื้อไม้สักนี้ต่อไป ส่วนราคานั้นทางการจะขายเท่าใดแล้วแต่จะเห็นสมควร” เป็นคำแสดงความประสงค์ใคร่จะขอซื้อ โดยขอให้อีกฝ่ายหนึ่งกำหนดราคามาก่อน จึงไม่มีลักษณะเป็นคำเสนอ

⁹ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2555), หน้า 310.

¹⁰เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งเรื่องของความชัดเจนของการทำคำเสนอถือเป็นประเด็นหลักในการวินิจฉัยของ คำพิพากษาฎีกา ที่ 205/2565 กล่าวคือ ศาลได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ว่า การส่งข้อความผ่าน แอปพลิเคชันไลน์ของโจทก์ ที่มีข้อความไปถึงผู้ขายว่าซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลเลขท้ายสองตัว 26 นั้นไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็น คำเสนอได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า สลากกินแบ่งรัฐบาลมีหมายเลขหลักเป็นเกณฑ์ชี้ขาดในการ ถูกรางวัลสำคัญ และกรณีขายสลากเป็นชุดประกอบด้วยหมายเลขหลักตรงกันหลายฉบับมักขาย เกินกว่าราคาที่ระบุไว้ที่หน้าสลาก ดังนั้น คำเสนอในการซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาลอย่างน้อยจะต้อง ปรากฏหมายเลขหลักและราคาที่จะซื้อขายอยู่ด้วย การที่โจทก์ส่งซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลเลขท้าย 2 ตัว หมายเลข 26 จากนางสาว ร. เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2560 แล้วนั้น ไม่มีรายละเอียดชัดเจน พอที่จะถือว่าเป็นคำเสนอได้ คงเป็นเพียงการแจ้งความประสงค์ของโจทก์ให้นางสาว ร. ทราบว่าต้องการ ซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลเลขท้าย 2 ตัว หมายเลข 26 เพื่อให้นางสาว ร. จัดหาสลากกินแบ่งรัฐบาล หมายเลขดังกล่าวมาเสนอขายโจทก์เท่านั้น การที่นางสาว ร. ได้คัดเลือกสลากกินแบ่งรัฐบาลชุดที่ เลขท้าย 2 ตัว หมายเลข 26 แยกมาจากสลากกินแบ่งรัฐบาลฉบับอื่นเพื่อเตรียมไว้ขายให้กับโจทก์ จึงไม่ทำให้เกิดสัญญาซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาลชุดดังกล่าวระหว่างโจทก์กับนางสาว ร. อันจะทำให้ กรรมสิทธิ์ในสลากกินแบ่งรัฐบาลตกเป็นของโจทก์ดังที่โจทก์ฎีกาแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า ศาลไม่ถือว่าข้อความที่โจทก์ส่งไปเป็นคำเสนอ เพราะศาลเห็นว่าไม่ชัดเจน เพียงพอที่จะเป็นคำเสนอได้ แต่เป็นเพียงการแจ้งความประสงค์ของโจทก์จะซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลเท่านั้น เมื่อนางสาว ร. ผู้ขายคัดแยกสลากออกมาจึงไม่ใช่เป็นการทำคำสนอง สัญญาซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาล ชุดดังกล่าวจึงยังไม่เกิด ทำให้กรรมสิทธิ์ในสลากกินแบ่งรัฐบาลชุดที่ถูกรางวัลยังไม่โอนมายังโจทก์ จึงต้องถือว่าโจทก์ไม่ใช่เจ้าของ ด้วยเหตุนี้ สลากกินแบ่งรัฐบาลชุดที่จำเลยนำไปรับเงินรางวัลย่อมไม่ใช่ ทรัพย์สินของโจทก์ โจทก์จึงไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ที่ศาลล่างทั้งสองวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องและพิพากษายกฟ้องต้องกันมานั้น ศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น พิพากษายืน

บรรณานุกรม

- เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547.
- จุฑามาศ นิศารัตน์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561.
- มณฑิชา ภักดีคง. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2560.
- ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- _____. คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.
- อุดม รัฐอมฤต. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.
- Atiyah. Adams. and MacQueen, *Atiyah's Sale of Goods*. Essex, England: Pearson, 2010.

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาญจนรัตน์ | สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 2. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 3. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | นักวิชาการอิสระ |
| 4. นายสงวน ตีระไพบูลย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

บรรณาธิการ

- | | |
|---|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ภัคดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|---|---------------------|

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรระ ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสศิริ วรรณการ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนิธิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนนทกะ | นักวิชาการอิสระ |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ |
| 12. นายวรวิทย์ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | การรถไฟแห่งประเทศไทย |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอาริช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
 โทร 0 2310 8208, 08 6685 9111 โทรสาร 0 2310 8208 E-mail: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournal.ru.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 เนื้อหามีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

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

2. ชื่อผู้พิมพ์ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุ หน่วยงานต้นสังกัด 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. **หัวข้อเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของ บรรทัดถัดไป

6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์ วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้อง สอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย รามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่ พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่ พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์),/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).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplthesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ 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,/ปีที่พิมพ์.
- 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.grad2.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 คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 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 การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้พิมพ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้พิมพ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชา ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจากหลากหลายสถาบัน จำนวน 3 ท่าน ที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้พิมพ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded
7. เมื่อผู้พิมพ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้พิมพ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรวมคำแห่งฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

- 1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ
- 1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้พิมพ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้พิมพ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของ ผู้พิมพ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้พิมพ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้พิมพ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้พิมพ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มี การส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้พิมพ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้พิมพ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้พิมพ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้พิมพ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่เงินบทความวิจัย ผู้พิมพ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขาวิชานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างอิงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่น ๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

**RAMKHAMHAENG
LAW JOURNAL**

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

www.lawjournal.ru.ac.th

www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI กลุ่มที่ 2