



ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2566
Vol. 12 Issue 2 July - December 2023



RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

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



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 12 ฉบับที่ 2

สภานายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ที่ได้ทุ่มเทในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ โดยทางสภามหาวิทยาลัยมีความยินดีอย่างยิ่งที่ได้มีการสนับสนุน เปิดโอกาสให้คณาจารย์ นักศึกษา และนักวิชาการได้แลกเปลี่ยนเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ และผลงานวิจัย เพื่อนำความรู้ไปต่อยอด นำไปประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติ และวงการกฎหมายไทยต่อไป



ในนามของสภามหาวิทยาลัย ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัย และสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้คณาจารย์ นักศึกษา ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข ประสบแต่สิ่งดีงาม สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลามัยแข็งแรง ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง กระทำสิ่งใดขอให้สำเร็จสมความปรารถนาทุกประการ



(นายวีระพล ตั้งสุวรรณ)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหงขอชื่นชมคณะนิติศาสตร์ที่ได้ทุ่มเทจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์อย่างต่อเนื่องประจำปี โดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นวารสารทางวิชาการสำหรับอาจารย์ นักกฎหมาย และนักวิชาการ ทั้งนี้ มหาวิทยาลัยได้มีการสนับสนุนให้มีการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้และความร่วมมือทางวิชาการ รวมถึงการเผยแพร่ความรู้ทางด้านกฎหมาย เพื่อนำความรู้ไปประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติ และสังคมต่อไป



ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใดขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

Handwritten signature in black ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน
อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้ตีพิมพ์ทั้งบทความวิจัยและบทความวิชาการ โดยมีวัตถุประสงค์มุ่งหมายเพื่อให้เป็นศูนย์กลางการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้องให้แก่ นักกฎหมาย นักวิชาการ และบุคคลที่มีความสนใจทางด้านกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ในนามของคณะผู้จัดทำได้ทำงานกันอย่างมุ่งมั่นและทุ่มเทเพื่อให้งานวารสารได้มาตรฐานตรงตามศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) โดยบทความทุกฉบับได้มีการกลั่นกรองคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาต่าง ๆ เพื่อให้ผลงานมีคุณภาพในการตีพิมพ์

ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและพ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้คณาจารย์รวมทั้งศิษย์เก่าและศิษย์ปัจจุบัน ประสบความสำเร็จ มีความสุข สุขภาพร่างกายแข็งแรงและเป็นกำลังสำคัญที่จะพัฒนางานนิติศาสตร์และประเทศชาติให้เจริญก้าวหน้าต่อไป



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์แพรวพรรณ หลายปัญญา)
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน
คนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับบทความหนังสือและหรือคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชน ผู้สนใจทั่วไป 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

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน วารสารรวมคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่องค์ความรู้ในสาขานิติศาสตร์อย่างต่อเนื่อง เป็นประจำทุกปี ปีละ 2 ฉบับ สำหรับวารสารรวมคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 ประจำเดือนกรกฎาคม-ธันวาคม พ.ศ. 2566 มีบทความวิจัยที่ผ่านการพิจารณาโดยกองบรรณาธิการและประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสิ้น 8 บทความ รวมถึงคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจซึ่งเป็นบทความรับเชิญอีก 1 บทความ

ดิฉันในนามกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้สนับสนุนทุกท่านที่ได้สละเวลาอันมีค่าถ่ายทอดองค์ความรู้และมุมมองด้านกฎหมายผ่านงานเขียนของท่านยังประโยชน์แก่ผู้อ่าน และขอขอบพระคุณคณะทำงานทุกท่านที่มุ่งมั่นทุ่มเท จนทำให้วารสารฉบับนี้สามารถจัดพิมพ์ออกสู่สายตาผู้อ่านตรงตามวัตถุประสงค์ของวารสาร จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิจัย

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กิตติพร สุดประเสริฐ สมคิด เลิศไพฑูรย์	1
ปัญหาทางกฎหมายของการที่ผู้จ้างนอกรั้วพรมจ้างให้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ พินิจ ทิพย์มณี	37
ปัญหาเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์ เฉลิมพงษ์ เพ็ญโรจน์	71
ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading Scheme - ETS) ธนพร ปักษาจันทร์	97
มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากแหล่งมลพิษทางบก ศศิมาพรรณ อัครภุชร์รัชต์	119
การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล วุฒิ ศรีธีระวิศาล	153
การศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ของกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ รัฐสภา จูรีมาศ	179
ปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อ เหมือนหรือพ้องกัน: กรณีศึกษาสุราพิสโกในประเทศไทย เปมิกา รัตนกฤตยาณี ปวริศร เลิศธรรมเทวี	219

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ผู้เสียหาย, ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายและ
ผู้แทนเฉพาะคดีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

247

มณฑล อรรถบิลกุล

ปรีดีเฉลิม เจริญศิลป์

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ
ตามมาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

กิตติพร สุดประเสริฐ
ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์

**ปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ถูกลบออกเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8)
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560***
**Issues Concerning Provisions Enjoying Special Protection under Article 256(8)
of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560**

กิตติพร สูดประเสริฐ**
Kittitorn Sudprasert
ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์***
Professor Dr.Somkit Lertpaithoon

บทคัดย่อ

“แนวความคิดบทบัญญัติที่ถูกลบออกเป็นพิเศษ” เป็นกลไกหนึ่งที่รัฐธรรมนูญสมัยใหม่นำมาใช้เพื่อปกป้องตัวมันเองตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเกี่ยวกับอำนาจและข้อจำกัด” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ และอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม คือ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต, ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ, ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริญญา เทวานฤมิตรกุล.

The article is a part of dissertation “Problems Concerning Constitutional Amendment: Study of Amending Power and Limitations.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Doctor of Laws at Thammasat University. Professor Dr.Somkit Lertpaithoon is advisor and Professor Dr.Banjerd Singkaneti is co advisor. Professor Dr.Udom Rathamarit, Professor Dr.Somkit Lertpaithoon, Professor Dr.Banjerd Singkaneti, Professor Dr.Taweekiat Meenakanit and Assistant Professor Dr.Prinya Thaewanarumitkul are examiners.

*นักศึกษาลัทธิสุตธนิศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: ksudprasert@gmail.com

LL.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University.

***อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; D.E.A. de droit public interne, Paris II University, France; Doctorat en droit, Paris II, France. E-mail: somkit1959@yahoo.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Thammasat University; LL.B. Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. D.E.A. de droit public interne, Paris II University, France; Doctorat en droit, Paris II, France.

วันที่รับบทความ (received) 12 มิถุนายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 สิงหาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 8 สิงหาคม 2566.

ที่ช่วยทำให้รัฐธรรมนูญดำรงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชน ด้วยการผ่อนคลายความตายตัวของบทบัญญัติชั่วคราวหรือเรื่องพื้นฐานของการปกครองหรือส่วนประกอบของความเป็นประชาธิปไตย เรื่องที่สำคัญสามารถถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยวิถีทางของรัฐธรรมนูญ แต่ขณะเดียวกันยังคงคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ด้วยเช่นเดียวกัน ด้วยการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเหล่านั้นให้ต้องใช้กระบวนการพิเศษ ซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อนจนในความเป็นจริงแล้วแทบไม่สามารถแก้ไขได้เลย เพราะเหตุว่าการจะแก้ไขหลักการเรื่องดังกล่าวได้สำเร็จต้องอาศัยเสียงเห็นพ้องต้องตรงกันของกลุ่มการเมืองทุกฝ่ายในชาติร่วมกัน โดยเฉพาะต้องได้รับความเห็นชอบจาก “ประชาชน” โดยตรงหรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องโดยอ้อมในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจอธิปไตย

คำสำคัญ: รัฐธรรมนูญ, บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม

Abstract

“The concept of Provisions Enjoying Special Protection” is considered one of the mechanisms that the modern constitution has adopted to protect itself under the democratic regime. Being applied as a tool for maintaining the constitution that reflects the general will of the public, those provisions will ease rigidity of the eternal clauses or basic elements of the government or major components of democracy that are amendable according to the constitutional process while at the same time, preserving the supremacy of the constitution by stipulating specific amendment processes which in general, requires special and complicated procedures to the extent that it would be least likely to succeed in practice as in order to achieve the amendment of such provisions, it needs consensus of all political groups in the country and in particular, it needs to be endorsed by “the people” whether directly or at least indirectly as a source of sovereign power.

Keywords: constitution, provisions enjoying special protection, procedural amendment

1. บทนำ

ปัจจุบันนี้มีอาจปฏิเสธได้เลยว่า เรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการ โดยภาพรวมมีความหลากหลายอย่างมาก แม้ว่าองค์ประกอบพื้นฐานที่สร้างสิ่งกีดขวางเป็นพิเศษในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่แล้วจะเหมือนกันก็ตาม เช่น ต้องได้เสียงส่วนใหญ่ตามที่กำหนด มีการลงมติมากกว่าหนึ่งครั้ง มีการยัดเวลาลงมติ มีการทำประชามติ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มีการออกแบบโดยใช้วิธีการเดียวหรือหลายวิธีการร่วมกัน ทำให้สูตรการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแทบจะไม่ซ้ำกันเลยในแต่ละประเทศ² ขณะเดียวกันในบางครั้งรัฐธรรมนูญก็ต่อต้านการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเอง เพราะไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม องค์ประกอบบางอย่างของรัฐธรรมนูญก็จะถูกป้องกันไม่ให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขได้ แม้ว่าประชาชนส่วนใหญ่ต้องการที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบเหล่านี้ก็ตาม นักวิชาการเรียกองค์ประกอบเหล่านี้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ (Unamendability)³ หรือที่เรียกว่า “บทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause)” อันถือเป็นรากฐานแนวความคิดเรื่องข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴ ซึ่งวิธีการปกป้ององค์ประกอบเหล่านี้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแสดงออกให้เห็นอย่างเป็นทางการผ่านการกำหนดเป็นข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดแจ้งไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ (Formal Unamendability) ปัจจุบันนี้ข้อห้ามแก้ไขของรัฐธรรมนูญกลายเป็นบรรทัดฐานในยุคสมัยใหม่ของรัฐธรรมนูญนิยมไปเสียแล้ว และปรากฏว่าเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของประเทศที่ปกครองที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดไปแล้ว⁵

²European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), **Report on Constitutional Amendment study no. 469/2008** [Online], available URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), 2010 (January, 19).

³Richard Albert, **Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions** (New York: Oxford University Press, 2019), p. 140.

⁴บุญเทพ ศิริพงษ์ค์, รายงานผลการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 8.

⁵Roznai Y., **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers** (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 20–21 cited by Richard Albert and Bertil Emrah Oder, “The Forms of Unamendability,” in **An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 68)**, eds. Richard Albert and Bertil Emrah Oder (Cham: Springer, 2018), p.3.

ขณะที่ตามหลักการประชาธิปไตยแล้วยอมรับว่ารัฐธรรมนูญถือเป็นพันธสัญญาสังคม (Social Contract)⁶ ที่ประชาชนแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมือง (Popular Will) ในการสร้างระบอบการเมืองและระบบกฎหมายของประเทศขึ้นมาในสังคมร่วมกัน⁷ ประชาชนจึงเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในการปกครอง หรือที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐธรรมนูญเองต้องดำรงคงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนในแต่ละยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปเสมอ ดังนั้นแล้ว ประชาชนควรมีสติหิตีเด็ดขาดและความชอบธรรมในการแก้ไขพันธสัญญานี้ได้ เหตุผลที่ว่า มันควรจะเป็นการตัดสินใจของประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือผ่านผู้แทนที่จะพิจารณาว่าองค์ประกอบในรัฐธรรมนูญในเรื่องใดสำคัญต่อระบอบรัฐธรรมนูญหรือไม่⁸ การมีข้อกำหนดที่จำกัดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมได้ของรัฐธรรมนูญนั้น ด้านหนึ่งก็เป็นที่น่ากังวลว่า ยิ่งขอบเขตของการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญกว้างขวางมากเท่าไร นั่นคือมีหลักการ สถาบัน หรือหลักเกณฑ์ที่เสียงส่วนใหญ่ไม่สามารถแตะต้องได้เป็นจำนวนมาก ก็ยิ่งทำให้เกิดแรงตึงเครียดในระบอบประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นเท่านั้น⁹ เมื่อพลเมืองไม่สามารถจะแก้ไขปรับเปลี่ยนคุณค่าพื้นฐานของสังคมได้ แรงจูงใจของประชาชนในการเข้าร่วมกระบวนการตัดสินใจต่าง ๆ ก็ย่อมเสื่อมถอยลงไป เมื่อเป็นเช่นนั้น การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญย่อมเสี่ยงต่อการบั่นทอนการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย¹⁰ ไม่ว่าจะเป็นช่องทางทางมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนเองหรือทางอ้อมโดยผ่านผู้แทนก็ตาม สุดท้ายรัฐธรรมนูญนิยมก็มีสภาพเป็นเพียงรัฐธรรมนูญอำนาจนิยมเท่านั้น

แม้ว่าบทบัญญัติขั้วนี้รันดร์นั้น จะเป็นแนวความคิดหนึ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญหลายประเทศทั่วโลกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญมิให้ถูกทำลายหรือล้มล้างจากการแผ่มากับการใช้อำนาจ

⁶ไพโรจน์ ไชยนาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2495), หน้า 15.

⁷วรศักดิ์ อรรณณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 19.

⁸Bernal C., “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine,” *Int J Const Law* 11 (2013): 339, 349 cited by Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability* [Online], available URL: https://www.researchgate.net/publication/327400015_Necrocracy_or_Democracy_Assessing_Objections_to_Constitutional_Unamendability_Unamendability_in_Constitutional_Democracies, 2007 (Jun, 15).

⁹Fabrice Hourquebie, *Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites* [Online], available URL: www.enelsyn.gr/.../Paper%20by%20Fabrice%20Hourq..., 2007 (Jun, 15).

¹⁰Sapir G., *The constitutional revolution—past, present and future* (Miskal: Yedioth Ahronoth Books, 2010), pp. 178–179. cited by Yaniv Roznai, *ibid*.

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ก็ตาม แต่การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีบทบัญญัติป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญเช่นนี้ มีผู้โต้แย้งว่าย่อมไม่เป็นธรรม เนื่องจากการไปผูกมัดคนยุคหลังว่า ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเหล่านี้ซึ่งล้าแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานการปกครองทั้งสิ้น ทั้ง ๆ ที่คนยุคหลังอาจไม่ได้มีส่วนร่วมในเจตจำนงในการกำหนดว่าหลักการพื้นฐานเรื่องใดบ้างที่ห้ามเปลี่ยนแปลง¹¹ ดังนี้ ถ้าหากคนยุคหลังปรารถนาที่จะเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องดังกล่าวแล้วจะดำเนินการด้วยวิธีการใดได้บ้าง นอกเสียจากจะยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมแล้วร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยกำหนดหลักการใหม่เรื่องนั้นมาแทนที่ จนกล่าวได้ว่าการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องเหล่านั้นมีลักษณะที่ตายตัว ซึ่งอาจส่งผลให้หลักการในเรื่องหนึ่งเรื่องใดดำรงคงอยู่โดยไม่สอดคล้องกับเจตจำนงที่แท้จริงของประชาชนในยุคหลัง การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นนี้ แม้ในด้านหนึ่งจะเป็นการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ก็ตาม แต่อีกด้านหนึ่งทำให้ตัวรัฐธรรมนูญเองดำรงคงอยู่ไปโดยไม่สอดคล้องกับเจตจำนงที่แท้จริงของประชาชนและตกอยู่ภายใต้การปกครองของคนที่ยาไปแล้ว (Necrocracy) ได้ในที่สุด ดังนั้นแล้วจึงปรากฏแนวความคิดที่ผ่านคลายความตายตัวดังกล่าวให้น้อยลง แต่ขณะเดียวกันก็ยังคงคุ้มครองหลักการเรื่องเหล่านั้นมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งแนวความคิดที่กล่าวมานี้เรียกว่า “บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)”¹²

บทความนี้จะกล่าวถึงแนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ ตัวอย่างของรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่บัญญัติให้มีบทบัญญัติดังกล่าว ตลอดจนวิเคราะห์มาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในปัญหาบางประการพร้อมข้อเสนอแนะ

2. แนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

2.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มีข้อเขียนทางวิชาการที่เสนอแนวความคิดเพื่อแสดงให้เห็นเด่นชัดว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant dérivé) นั้นมิใช่อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุด ล้นพ้น อิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ โดยอาจพิจารณาจากมุมมองต่าง ๆ ประกอบกันได้ดังนี้

¹¹ปิยบุตร แสงกนกกุล, เกร็ดเล็กเกร็ดน้อยว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมือง [Online], available URL: <https://blogazine.pub/blogs/piyabutr-saengkanokkul/post/3755,2555> (พฤษภาคม, 10).

¹² European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), op. cit.

2.1.1 พิจารณาจากมุมมองที่มาแห่งอำนาจและหน้าที่แห่งอำนาจ

ถึงแม้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงอำนาจที่ถูกก่อตั้งและได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ Carl Schmitt จึงเห็นว่า อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมเหมือนกับอำนาจอื่น ๆ ที่มีที่มาหรือเกิดจากรัฐธรรมนูญ จึงเป็นอำนาจที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย ดังนั้น อำนาจนี้จึงถูกจำกัดตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจดังกล่าวไม่สามารถถูกใช้ให้เกินกว่ากรอบระเบียบแบบแผนของรัฐธรรมนูญ (Constitutional order) กำหนดไว้ได้¹³ เมื่อเป็นเช่นนี้ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ต้องเคารพต่อระเบียบแบบแผนของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบ่อเกิดของตัวมันเอง

ส่วนมุมมองหน้าที่แห่งอำนาจ (Function of Power) แล้ว Murswiek เห็นว่า รัฐธรรมนูญถูกสถาปนาขึ้นโดยอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญ และรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นเพียงหนึ่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญของรัฐเท่านั้น ดังนั้น ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญและผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่เพียงต่างกันในเรื่องที่มาเท่านั้น แต่ยังต่างกันในเรื่องหน้าที่อีกด้วย โดยทั้งสองเรื่องดังกล่าวมีความสัมพันธ์เชิงลำดับชั้นที่เกี่ยวข้องกันนั่นคือ ผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องขึ้นตรงกับรัฐธรรมนูญและต้องใช้อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้¹⁴ ดังนั้นแล้ว ถ้าอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้กำหนดห้ามมิให้หลักการบางเรื่องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่มีสิทธิเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องนั้นได้ เนื่องจากเป็นหน้าที่ของอำนาจหรือองค์กรที่ถูกก่อตั้งจากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมซึ่งเป็นอำนาจสูงสุด ที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องแสดงความเคารพต่อเจตจำนงแห่งอำนาจสูงสุดดังกล่าว มิฉะนั้นแล้ว ถ้าอำนาจในการแก้ไขต่อการมีอยู่ของอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม¹⁵

¹³Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham and London: Duke University, 2008), pp. 150, 152.

¹⁴Murswiek D (2008) *Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen*. Unpublished paper presented in Bilkent University, Ankara, p 3, 10 Nov 2008. <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie.>, cited by: Sağlam F (2010) Anayasa ve Değişmez Kurallar. In: Prof. Dr Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan. Adalet Yayınevi, Ankara, p. 575. cited by Serkan Köybaşı, "Amending the Unamendable: The Case of Article 20 of the German Basic Law" in *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 68)*, op. cit., p. 265.

¹⁵Dmitri Georges Lavroff, *Le Droit Constitutionnel de la Ve République*. (Daloz 1995) 99–100 cited by Serkan Köybaşı, op. cit., p. 263.

ด้วยเหตุนี้เอง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้จะทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมาย รัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น จึงเปรียบได้ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้นและได้รับมอบอำนาจ มาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ดังนี้แล้ว รัฐธรรมนูญเองอาจกำหนดข้อกำหนดในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวถือเป็น “การแก้ไข เพิ่มเติมตัวมันเอง (“self-amendments”)” และข้อกำหนดในการแก้ไขเพิ่มเติมต่าง ๆ ถูกใช้เป็น เงื่อนไขสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเอง หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใดไม่เป็นไปตามข้อกำหนด ข้อหนึ่งข้อใดแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ สิ่งที่พยายามแก้ไขเพิ่มเติมก็มี อาจเป็นส่วนหนึ่งหรือทำให้เนื้อหาของรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปได้แต่อย่างใด¹⁶

2.1.2 พิจารณาจากมุมมองทฤษฎีการมอบอำนาจ

ปัจจุบันมีการศึกษาค้นคว้าโดยการนำทฤษฎีมอบอำนาจ (Theory of Delegation) ซึ่งได้รับความสัมพันธ์ระหว่าง “ตัวการ” และ “ตัวแทน” มาใช้เพื่อนำมากำหนดขอบเขตของอำนาจ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดย Yaniv Roznai อธิบายเรื่องนี้ซึ่งสรุปได้ว่า¹⁷

ในที่นี้ผู้ที่มีมอบอำนาจหรือตัวการ คือ อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม และผู้รับ มอบอำนาจหรือตัวแทน คือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา ซึ่งตัวแทนพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดจะเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ เมื่อ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นการทำหน้าที่แทนประชาชน ในฐานะตัวการ เช่นนี้แล้ว อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเพียงตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจมา จึงมีสถานะต่ำกว่าอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม ซึ่งให้สิทธิทางกฎหมายแก่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ดังนี้แล้วอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีข้อจำกัดบางประการโดยธรรมชาติ เนื่องจากขอบเขตทางกฎหมายของการมอบอำนาจนั้นมีลักษณะที่มีข้อจำกัดโดยตัวมันเอง¹⁸

เมื่ออำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม ได้มอบให้โดยมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการที่ประชาชนมอบอำนาจให้องค์กรที่ได้รับมอบ ไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถ แก้ไขเพิ่มเติมได้นั้นก็ต้องเป็นไปตามความสามารถตามกฎหมายที่ได้รับมอบมาจากอำนาจดั้งเดิม¹⁹

¹⁶Ulrich K. Preuss, “The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience,” *Israel Law Review* 44, 3 (2011): 429, 434.

¹⁷Yaniv Roznai, *Towards a Theory of Unamendability* [Online], available URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 2015 (February, 24).

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

กล่าวได้ว่า การมอบอำนาจและความไว้วางใจเป็นหลักแนวคิดของขอบเขตของอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสิทธิครอบครองอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นความไว้วางใจที่เจ้าของอำนาจมอบให้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีข้อผูกมัดในการปฏิบัติตามสิ่งที่ได้รับมอบหมาย ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขทางกระบวนการหรือเงื่อนไขทางเนื้อหาก็ตาม จนกว่าจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อความก้าวหน้า ด้วยเหตุนี้ธรรมชาติของผู้รับมอบอำนาจมักจะมีเงื่อนไขเสมอ ดังนั้นอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบจึงมีข้อจำกัด²⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจมีลำดับชั้นอยู่เสมอ ตัวแทนไม่มีทางเท่ากับตัวการ²¹

2.1.3 พิจารณาจากมุมมองหลักการกำหนดถึงสิ่งใดแล้วย่อมตัดสิ่งอื่นออกไป

กรณีถ้าอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญแต่เดิมกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้อย่างชัดเจนแล้ว หากเราพิจารณาจากหลักการกำหนดถึงสิ่งใดแล้วย่อมตัดสิ่งอื่นออกไป (*Expressio Unius Est Exclusio Alterius*) แล้วนั้น ย่อมไม่มีประเด็นถกเถียงกันว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องดังกล่าวได้หรือไม่ เพราะองค์กรที่ใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอาจฝ่าฝืนข้อจำกัดนั้นได้อยู่แล้ว ในทางกลับกันถ้าหากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมมิได้กำหนดห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องใด ๆ เอาไว้เลย ก็ย่อมมีข้อควรพิจารณาว่า องค์กรดังกล่าวมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงทุก ๆ เรื่องได้ทั้งหมดในรัฐธรรมนูญใช่หรือไม่ ซึ่งลำพังการมีอยู่โดยนัยของการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญยังเป็นเรื่องที่สามารถโต้แย้งกันได้ หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการจะห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องหนึ่งเรื่องใด เราก็น่าจะคาดหมายได้ว่าผู้ร่างควรได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องนั้นไว้เพื่อให้มีผลเช่นนั้น²² ปัญหาที่ปรากฏชัดโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขอยู่ และจะยิ่งยุ่งยากขึ้นอีกหากรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขรวมอยู่ด้วย ตามหลักการของ *expressio unius est exclusio alterius* การมีอยู่ของข้อจำกัดที่ระบุไว้อย่างชัดเจนเป็นหลักฐานว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาข้อจำกัดของอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว และการไม่ได้กำหนดข้อจำกัดอื่น ๆ ไว้เป็นสิ่งที่จงใจให้เป็นเช่นนั้น และดังนั้น จึงไม่ควรต้องมีข้อกำหนดห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยายอีก²³

²⁰Yaniv Roznai, *Towards a Theory of Unamendability*, op. cit.

²¹Ibid.

²²การปฏิเสธหลักการโครงสร้างพื้นฐานของอินเดียในสิงคโปร์อิงกับข้อโต้แย้งนี้ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู *Teo Soh Lung v. The Minister for Home Affairs [1989] 2M.L.J. 449, 456–457. cited by Yaniv Roznai, “Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability,” op. cit., p. 49.*

²³Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability*, op. cit.

เมื่อพิจารณาจากมุมมองทั้งสามข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต่างจากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่เป็นอำนาจที่ไม่ถูกผูกมัดโดยกฎหมายหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่เป็นอำนาจก่อตั้งรัฐมอบข้อบังคับทางกฎหมายและการเมือง และร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมนี้อาจเกิดขึ้นเองและเป็นอิสระ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงความเคารพต่อวิธีการหรือข้อจำกัดตามระเบียบแบบแผนที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นท่ามกลางสถานการณ์ที่ว่างเปล่า (Tabula Rasa Situation)²⁴ จากความแตกต่างดังกล่าว อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Competence Limit) และใช้อำนาจได้เท่าที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความสามารถใช้อำนาจได้เท่าที่อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมมอบให้แต่เพียงเท่านั้น นอกจากนี้แล้ว แนวความคิดดังกล่าวยังสะท้อนให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน ดังนี้คือ

ประการที่หนึ่ง องค์กรผู้รับมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามวิธีการขั้นตอนหรือเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อันเป็นข้อจำกัดทางกระบวนการ

ประการที่สอง ถ้าเจ้าของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจหรือห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาเรื่องใดในรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน องค์กรที่รับมอบอำนาจไปนั้นก็ไม่มีความสามารถแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาเรื่องนั้น ๆ ได้อย่างใด อันเป็นข้อจำกัดทางเนื้อหา

2.2 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับความเป็นประชาธิปไตย

ข้อถกเถียงในทางวิชาการเกี่ยวกับเรื่องข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมากก็คือ ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีความสอดคล้องกับหลักการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งอาจแบ่งความเห็นออกเป็นฝ่ายที่ได้แย้งและฝ่ายสนับสนุนได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการประชาธิปไตย

ฝ่ายที่ได้แย้งการมีอยู่ของข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมนี้มีนักวิชาการหลายคนได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจ ตัวอย่างเช่น Richard Albert เห็นว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการทำลายพันธสัญญาพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนิยมในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากไปจำกัด

²⁴Robert J., “La Forme Républicaine du Gouvernement,” *Revue du Droit Public* 2 (2013): 362. cited by Serkan Köybaşı, op. cit., p. 266.

ทางออกตามรัฐธรรมนูญที่ประชาชนซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญพึงมี การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ เป็นเหมือนการจับเอาสิทธิพื้นฐานตามระบอบประชาธิปไตยทั้งหลายไว้เป็นตัวประกัน²⁵ ส่วน Elisha Mulford เห็นว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกดขี่ด้วยเวลาที่แย่ที่สุด หรือใช้เวลาเป็นเครื่องกดขี่เสรีชน และเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ที่กำหนดชะตาโดยไม่ที่สิ้นสุด ให้เสรีชน อยู่ภายในกำมือของคนซึ่งตายไปแล้ว²⁶

ข้อโต้แย้งสำคัญที่มีต่อการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ คือ มีลักษณะเหมือน ไม่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากประชาชนซึ่งปกครองตนเองควรมีสิทธิในการโต้แย้งหรือขอแก้ไขพันธะ พื้นฐานนี้ได้โดยความสามารถในการแก้ไขรัฐธรรมนูญน่าจะเป็นพื้นฐานสำคัญของสังคมประชาธิปไตยใด ๆ ก็ตาม การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญทำให้เกิดกฎเกณฑ์หรือคุณค่าบางอย่างที่ไม่เพียงอยู่เหนือ การเมืองตามปกติทั่วไป แต่ยังอยู่เหนือการเมืองในเชิงรัฐธรรมนูญและเจตจำนงของประชาชน (Popular Will) ด้วย²⁷

ตามความเห็นฝ่ายนี้ การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญถือเป็นการทรยศ ต่อหนึ่งในมรดกที่น่าชื่นชมมากที่สุดของระบอบประชาธิปไตย คือ ความสามารถในการแก้ไขกฎหมาย²⁸ หรือปฏิเสธสิทธิในทางประชาธิปไตยของพลเมืองในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตนเอง และทำให้พวกเขา ต้องเสียสิทธิในอำนาจอธิปไตยพื้นฐานของประชาชนในการเลือกและเป็นสิ่งที่ต้องการ²⁹ แม้กระทั่ง การไม่ยอมให้เสียงส่วนใหญ่ หรือแม้แต่เสียงข้างมากแบบพิเศษทำการแก้ไขกฎเกณฑ์หรือคุณค่าดังกล่าว และโดยการเพิกเฉยต่อความสำคัญของกระบวนการทางการเมืองที่เป็นอยู่ในปัจจุบันอันเป็นพื้นฐาน ของการปกป้องการใช้อำนาจอธิปไตยในการปกครองตนเอง

²⁵Richard Albert, “Constitutional Handcuffs, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 225,” *Arizona State Law Journal* 42, (2010): 663, 667. cited by Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability*, op. cit.

²⁶Yaniv Roznai, *ibid*.

²⁷Roznai Y. and Suteu S. “Eternal territory? The crimean crisis and Ukraine’s territorial integrity as an unamendable principle,” *German Law J* 16, 3 (2015): 542. cited by Yaniv Roznai, *ibid*.

²⁸Schwartzberg M., *Democracy and legal change* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 2. cited by Yaniv Roznai, *ibid*.

²⁹Richard Albert, ‘Constitutional Handcuffs, op. cit. cited by Yaniv Roznai, “Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability,” op. cit., p. 37.

2.2.2 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือปกป้องหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตย

สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนนั้น เห็นว่า ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือสำคัญในการปกป้องหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตย เนื่องจากว่าในส่วนเนื้อหาของเรื่องที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ไม่มีคำตอบสำเร็จรูป และแต่ละกรณีต้องมีการพิจารณาไปตามเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ แน่นอนว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญสามารถปกป้องประเด็นที่เป็นคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยที่เราเห็นว่าเหมาะสม เช่น เรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กระบวนการทางประชาธิปไตย หรือเรื่องหลักนิติธรรม รวมถึงข้อกำหนดที่ไม่สามารถแก้ไขได้อื่น ๆ โดยมุมมองทางประชาธิปไตยแล้ว ล้วนให้ความสำคัญกับหลักการทั้งหลายเหล่านี้ นอกจากนี้แล้ว การไม่สามารถแก้ไขได้นั้นยังป้องกันปัญหาความโต้แย้งในเชิงประชาธิปไตยในสังคมที่มีการแบ่งแยกอย่างรุนแรงเมื่อเข้าไปก้าวล่วงอัตลักษณ์ของชาติพันธุ์ หรือความเชื่อทางศาสนา และทำให้คนส่วนน้อยถูกมองข้ามไป³⁰ และหากเราเห็นว่าระบบรัฐธรรมนูญนิยมเป็นระบบของกฎหมายที่อยู่สูงกว่า ซึ่งตามระบบนี้ ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากจะต้องหลีกเลี่ยงให้กับข้อผูกพันในหลักการบางอย่าง หรือเป็นขีดจำกัดทางกฎหมายที่จำเป็นต่ออำนาจในการปกครอง³¹

นอกจากการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญจะช่วยปกป้องหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยแล้วนั้น อีกด้านหนึ่งยังเป็นการสร้างสถานะเย็นตัว (Chilling Effect)³² ซึ่งทำให้เกิดความลังเลก่อนจะเพิกถอนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญส่วนที่ไม่สามารถแก้ไขได้ จึงทำให้มีเวลาสำหรับเจตจำนงทางการเมืองและของสาธารณะเกี่ยวกับเนื้อหารัฐธรรมนูญส่วนที่ได้รับการปกป้อง และทดแทนเนื้อหาส่วนนั้นด้วยความต้องการของสาธารณะอย่างแท้จริง โดยเราไม่อาจหนีความจริงว่าการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญเป็นการบังคับเจตจำนงทางการเมืองว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ๆ สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของสังคมหรือไม่³³ ดังนั้น การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ และการบังคับตามบทบัญญัติดังกล่าวอาจจะให้เวลาเพิ่มเติมที่เพียงพอสำหรับผู้คนได้พิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงการสนับสนุนต่อการเปลี่ยนแปลงที่ตรงข้ามกับคุณค่าพื้นฐานที่ตนเคยยึดถือและคอยห่วงเหี่ยวจากการปฏิวัติ³⁴

³⁰Mazen Masri, “Unamendability in Israel: A Critical Perspective” (this volume) cited by Yaniv Roznai, op. cit.

³¹Yaniv Roznai, ibid.

³²Mark Tushnet, “Amendment theory,” in Comparative constitutional theory, eds. Jacobsohn G. and Schor M. (Edward Elgar, 2018), p. 332. cited by Yaniv Roznai, ibid.

³³Yaniv Roznai, ibid.

³⁴Ackerman B., **We the people: foundations** (Cambridge: Harvard University Press, 1993), pp. 20–22. cited by Yaniv Roznai, ibid.

ตามความเห็นฝ่ายหลังนี้กล่าวได้ว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ จึงอาจมองได้ว่าไม่ใช่สิ่งที่ไม่เป็นประชาธิปไตยแต่น่าจะมองว่าเป็นเครื่องมือช่วยป้องกันโอกาสเกิดการทำลายตัวเองของระบอบประชาธิปไตย³⁵ ดังนั้น ความเห็นที่ว่าข้อผูกมัดที่ตั้งไว้ล่วงหน้าใด ๆ ที่จำกัดอำนาจในการแก้ไขทำให้เกิดปัญหาเรื่องความเป็นประชาธิปไตย เป็นมุมมองที่ค่อนข้างแคบที่มีต่อประชาธิปไตย

จากความเห็นของทั้งสองฝ่ายที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ทำให้เห็นว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเหมือนเหรียญที่มีสองด้าน ด้านหนึ่งอาจเป็นตัวปัญหาต่อการปกครองต่อระบอบประชาธิปไตย แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นเครื่องมือที่ใช้แก้ปัญหาในการปกครองที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตจากประชาธิปไตยเสี่ยงข้างมากที่ฉ้อฉล เช่นนี้แล้ว ประเด็นที่สำคัญในเรื่องนี้อยู่ที่ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะออกแบบรัฐธรรมนูญอย่างไร เพื่อให้การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญดำรงอยู่เป็นเครื่องมือปกป้องหลักการประชาธิปไตย และในเวลาเดียวกันก็ไม่เป็นอุปสรรคต่อการเปลี่ยนแปลงหลักการปกครอง สถาบันการเมือง หรือคุณค่าทางประชาธิปไตยเดิม ที่ประชาชนยุคหลังต้องการสถาปนาหลักการ สถาบัน หรือคุณค่าทางประชาธิปไตยใหม่มาแทนที่ตามเจตจำนงของคนในชาติร่วมกัน

3. แนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

3.1 ลักษณะของบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

หากตั้งคำถามว่า อาศัยเหตุผลอะไรที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในยุคก่อนมีความชอบธรรมที่จะให้ผู้มีอำนาจในยุคหลังต้องสละอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบางอย่างได้ ถึงแม้ว่าผู้ทรงอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะได้สงวนบางเรื่องไว้เป็นข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม กล่าวคือหลักการหรือบทบัญญัติที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของรัฐธรรมนูญหรือการปกครองประเทศทั้งหลาย เป็นต้นว่าในเรื่องรูปของรัฐ ระบอบการปกครอง หรือที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐนั้น หากยอมให้ความเชื่อความศรัทธาทางการเมืองของคนยุคก่อนต้องผูกพันหรือบังคับกับคนยุคหลังไปตลอดกาลแล้วโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลยก็ย่อมขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมืองโดยสิ้นเชิง ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญในยุคก่อนย่อมไม่มีอำนาจใด ๆ ที่จะบังคับคนในยุคหลังให้ต้องผูกพันกับรูปของรัฐ ระบอบการปกครอง หรือที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยอันตายตัวท่ามกลางฐานะความเป็นอยู่ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป³⁶ อาจกล่าวได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

³⁵Yaniv Roznai, *ibid*.

³⁶ไพโรจน์ ชัยนาม, *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย* (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 197, 207 อ้างถึงใน ปุนเทพ ศิริพนธ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 4.

ให้มีบทบัญญัติป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ย่อมไม่เป็นธรรม เนื่องจากเป็นการไปผูกมัดคนยุคหลังว่า ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเหล่านี้ซึ่งล้าแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานการปกครองทั้งสิ้น ทั้ง ๆ ที่คนยุคหลังอาจไม่ได้มีส่วนร่วมในเจตจำนงในการกำหนดว่าหลักการพื้นฐานเรื่องใดบ้างที่ห้ามเปลี่ยนแปลงด้วยเลย³⁷ และถ้าพิจารณาในความเป็นจริงแล้วคงไม่มีหลักการหรือบทบัญญัติเรื่องใดในรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างแท้จริง เนื่องจากว่ามีอาจมีหลักการหรือบทบัญญัติใด ๆ รอดพ้นการเปลี่ยนแปลงจากการปฏิบัติหรือรัฐประหารไปได้เลยนั่นเอง³⁸ แต่แทนที่จะให้หลักการเหล่านั้นถูกเปลี่ยนแปลงโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญเช่นนั้นได้ซึ่งมิได้มาจากเจตจำนงของประชาชนเลย ก็ควรยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวด้วยวิถีทางตามรัฐธรรมนูญซึ่งสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนในยุคนั้น ๆ อย่างแท้จริงมากกว่า

บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)³⁹ เป็นแนวความคิดที่ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการผ่อนคลายความตายตัวของบทบัญญัติขั้นบันไดและเพื่อให้บทบัญญัติหรือหลักการเรื่องต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงของคนยุคหลังได้อย่างแท้จริง แต่ขณะเดียวกันก็ยังคุ้มครองหลักการเรื่องเหล่านั้นมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไปไปพร้อม ๆ กันด้วย ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการพิเศษ⁴⁰ มาใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษเหล่านั้นเป็นกระบวนการและมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องทั่วไป แต่ทั้งนี้ต้องให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยทางตรงหรืออย่างน้อยก็ต้องทางอ้อมซึ่งเป็นขั้นตอนที่จะขาดเสียมิได้ในสังคมประชาธิปไตย⁴¹ กรณีทางตรง รัฐธรรมนูญมักจะกำหนดบังคับให้เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเหล่านี้แล้วต้องให้นำข้อเสนอเหล่านั้นมาให้ประชาชนออกเสียงตัดสินใจชี้ขาดให้ความเห็นชอบโดยการทำประชามติก่อนประกาศใช้⁴² ส่วนกรณีทางอ้อมนั้น รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้มีการตั้งองค์กรพิเศษมาทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

³⁷ปิยบุตร แสงกนกกุล, เรื่องเดิม.

³⁸Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge University Press 2010) 70. cited by Richard Albert, op. cit., p. 141.

³⁹European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), op. cit.

⁴⁰Ibid.

⁴¹Markus Böckenförde, *Constitutional Amendment Procedures* [Online], available URL: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf>, 2014, p. 12.

⁴²ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ฉบับปี 1997 มาตรา 235 รัฐธรรมนูญยูเครน ฉบับปี 1996 มาตรา 154 มาตรา 155 และมาตรา 256 วรรคหนึ่ง หรือรัฐธรรมนูญเมียนมาร์ ฉบับปี 2008 มาตรา 436 A และ B.

หลักการเหล่านั้นแทนประชาชนก็ได้⁴³ หรือบางกรณีอาจกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมทั้งทางตรงและทางอ้อมร่วมกันก็ได้⁴⁴ หรือถ้ามิได้กำหนดบังคับให้ประชาชนต้องมีส่วนร่วมทางตรงหรือทางอ้อม รัฐธรรมนูญนั้นก็จะกำหนดให้เลือกใช้ระหว่างการต้องได้รับมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมากพิเศษสามในสี่ของสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภา หรือได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการทำประชามติ⁴⁵

เหตุที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ต้องใช้มติด้วยเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ของรัฐสภา ร่วมกับการต้องได้รับสัตยาบันจากประชาชนในการให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษเหล่านั้น ก็เพราะว่าการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวในแต่ละครั้งย่อมกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการปกครองหรืออำนาจอธิปไตยของประเทศทั้งสิ้น จึงจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบในประเด็นเรื่องนั้นจากทั้งกลุ่มการเมืองที่ครองเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในสภาาร่วมกัน แต่ทั้งนี้ส่วนใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญเองมักจะกำหนดให้ความเห็นชอบจากองค์กรสภาดังกล่าวเป็นเพียงกระบวนการลงมติในการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องเหล่านั้นในขั้นแรกหรือเบื้องต้นเท่านั้น และจะต้องมีกระบวนการให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้ายจากประชาชนด้วยการทำประชามติ (Referendum) เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรง ในการตัดสินใจชี้ขาดว่าหลักการพื้นฐานเรื่องนั้น ๆ ควรมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือไม่ ดังนั้น การต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากทั้งฝ่ายเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในสภา และจากประชาชนโดยการทำประชามติ ก็เพื่อให้เกิดความเห็นพ้องต้องตรงกันของทุกฝ่ายหรือกลุ่มการเมืองในประเทศร่วมกันอย่างแท้จริง ส่วนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องพื้นฐานแทนรัฐสภานั้น เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าอำนาจที่จะนำมาใช้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาเรื่องดังกล่าวมิใช่เป็นของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่รัฐสภาจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมได้เองเพียงองค์กรเดียวโดยลำพัง

⁴³ซึ่งอาจเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี 1993 มาตรา 136 หรือรัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ฉบับปี 1999 มาตรา 347 และมาตรา 348 เป็นต้น หรือเป็นสภา Grand National Assembly ตามรัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ฉบับปี 1991 มาตรา 157 และมาตรา 158.

⁴⁴ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญสเปน ฉบับปี 1978 มาตรา 168 ซึ่งกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ดำเนินการเช่นเดิม แต่จะต้องให้มีการยุบสภาชุดเก่าโดยทันทีหลังจากที่มีการลงมติให้ความเห็นชอบข้อเสนอขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญครั้งแรกแล้วให้ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาชุดใหม่เข้ามาพิจารณาให้ความเห็นชอบข้อเสนออันนี้อีกครั้งหนึ่งเมื่อผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาชุดใหม่แล้วจึงนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้าย.

⁴⁵รัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ฉบับปี 1852 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับปี 2014) มาตรา 268.

ตามที่กล่าวมานั้น การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการและเงื่อนไขพิเศษในการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษให้ยุ่งยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่องทั่วไปมาน้อยเท่าไร ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวให้ความสำคัญกับบทบัญญัติเรื่องเหล่านั้นมาน้อยเท่านั้น กล่าวคือ หากให้ความสำคัญน้อยแล้ว กระบวนการและข้อจำกัดในการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษอาจไม่เข้มงวดกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่องทั่วไปมากนัก แต่หากให้ความสำคัญมาก การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะใช้กระบวนการและข้อจำกัดที่เข้มงวดกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องทั่วไปนั้นมากยิ่งขึ้น ซึ่งเปรียบได้กับในกรณีหากให้ความสำคัญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมากเท่าไร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องใช้กระบวนการที่ยุ่งยากกว่ากฎหมายธรรมดาตามากเท่านั้น⁴⁶ จะอย่างไรก็ตามจากความเข้มงวดของกระบวนการและเงื่อนไขพิเศษดังกล่าว ในทางปฏิบัติแล้วเกือบจะเหมือนการทำให้บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั้นไม่อาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลย⁴⁷

3.2 ขอบเขตเนื้อหาของบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

หากตั้งคำถามต่อไปว่า เนื้อหาที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ให้การปกป้องเป็นพิเศษมีเรื่องอะไรบ้างนั้น ย่อมไม่มีคำตอบสำเร็จรูปในเรื่องนี้แต่จะขึ้นอยู่กับผู้ทรงอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ว่าจะให้ความสำคัญกับบทบัญญัติหรือหลักการเรื่องไหนมาน้อยเพียงใด ภายใต้ประวัติศาสตร์ทางการเมืองของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไปซึ่งไม่มีสูตรตายตัว อย่างไรก็ตาม การมีข้อกำหนดที่จำกัดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมได้ของรัฐธรรมนูญนั้น ด้านหนึ่งก็เป็นที่น่ากังวลว่า ยิ่งขอบเขตของการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญกว้างขวางมากเท่าไร นั่นคือมีหลักการ สถาบัน หรือหลักเกณฑ์ที่เสียส่วนใหญ่ไม่สามารถแตะต้องได้เป็นจำนวนมาก ก็ยิ่งทำให้เกิดแรงตึงเครียดในระบบประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นเท่านั้น⁴⁸ เมื่อพลเมืองไม่สามารถจะแก้ไขปรับเปลี่ยนคุณค่าพื้นฐานของสังคมได้ แรงจูงใจของประชาชนในการเข้าร่วมกระบวนการตัดสินใจต่าง ๆ ก็ย่อมเสื่อมถอยลงไป เมื่อเป็นเช่นนั้น การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญย่อมเสี่ยงต่อการบั่นทอนการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย⁴⁹ จึงกล่าวได้ว่าข้อกำหนดที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้นั้นอาจเป็นฉนวนที่ก่อให้เกิดวิกฤตทางรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากการไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการไปขัดขวางช่องทางตามรัฐธรรมนูญในการแก้ไขหลักการพื้นฐานบางอย่าง จึงมีโอกาที่จะเป็นอันตราย เพราะประชาชนอาจจะมองว่าการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญเป็นอุปสรรคที่ไม่อาจยอมรับได้ต่อการเปลี่ยนแปลง

⁴⁶Fabrice Hourquebie, op. cit.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Sapir G., op. cit., p. 79 cited by Yaniv Roznai, op. cit.

ทางการเมืองและสังคม จึงหันไปสู่การปฏิบัติแบบใช้กำลังเพื่อจะเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานเหล่านั้นแทน⁵⁰ ซึ่งเหมือนกับว่าประชาชนในยุคหลังมีความรู้สึกว่าตนถูกกดขี่บังคับให้ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการบางอย่างตามเจตจำนงของประชาชนยุคก่อนทั้งที่ตนไม่ต้องการ ดังนั้นแล้ว เพื่อเป็นการลดความตึงเครียดและป้องกันการเกิดวิกฤตดังกล่าว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงลดความเข้มงวดของข้อห้ามแก้ไขบางหลักการหรือบางบทบัญญัติจากเดิมที่แก้ไขไม่ได้เลยโดยเด็ดขาดเป็นให้สามารถแก้ไขได้ภายใต้กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับใดที่เลือกใช้แนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection) แล้ว ปกติก็มักจะปรากฏบทบัญญัติขั้วนิรันดร์ (Eternity Clause) ในรัฐธรรมนูญฉบับนั้นอีก ซึ่งบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษอาจปรากฏให้เห็นในรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ทุกบทบัญญัติในหมวดใดหมวดหนึ่งได้รับการปกป้องทั้งหมด ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ได้กำหนดปกป้องบทบัญญัติในหมวด 1 สาธารณรัฐ หมวด 2 สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของบุคคลและพลเมือง และหมวด 12 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵¹ หรือรัฐธรรมนูญรัสเซียได้กำหนดว่า ถ้าข้อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการแก้ไขบทบัญญัติในหมวด 1 หลักการพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญ หมวด 2 สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์และพลเมือง และในหมวด 9 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการทบทวนรัฐธรรมนูญ⁵² หรือรัฐธรรมนูญสเปนได้กำหนดปกป้องบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยหลักการพื้นฐาน (Preliminary) เช่น หลักประชาธิปไตย เป็นต้น หมวด 1 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐาน ในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางมหาชน (Fundamental rights and public liberties) เช่น หลักความเสมอภาค สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและการสมาคม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษา สิทธิเลือกตั้งเป็นการทั่วไป เป็นต้น และหมวด 2 ว่าด้วยประมุขของรัฐ (The Crown) เช่น การสืบราชสันตติวงศ์ เป็นต้น⁵³

ขณะที่รัฐธรรมนูญบางประเทศได้มีการปกป้องบทบัญญัติหรือหลักการพื้นฐานโดยกำหนดไว้เป็นเรื่อง ๆ อย่างชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญภูฏานได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งรวมถึงการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการพื้นฐานในสองเรื่องดังต่อไปนี้ได้ ประกอบด้วย เรื่องที่ว่าด้วยสถาบันกษัตริย์ และเรื่องที่ว่าด้วยราชอาณาจักรภูฏานซึ่งรับรองว่าภูฏานปกครองด้วยรัฐธรรมนูญ

⁵⁰Yaniv Roznai, *ibid.*

⁵¹รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ฉบับปี 1997, มาตรา 235.

⁵²รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี 1993, มาตรา 136.

⁵³รัฐธรรมนูญสเปน ฉบับปี 1978, มาตรา 168.

ราชาธิปไตย⁵⁴ แม้กระทั่งรัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์เองที่มีฐานะเป็นกฎหมายธรรมดาและสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ในทุกบทบัญญัติด้วยกระบวนการอย่างเดียวกับกฎหมายธรรมดา ก็ยังได้มีการกำหนดให้มีการปกป้องบทบัญญัติบางเรื่องซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ให้ได้รับการปกป้องเป็นพิเศษเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องวาระของรัฐสภา ตามมาตรา 17(1) แห่งกฎหมายว่าด้วยรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 1986, เรื่องที่เกี่ยวกับคณะกรรมการการเลือกตั้ง (the Representation Commission) เรื่องนิยามของคำว่า “ประชากรซึ่งมีสิทธิเลือกตั้ง” การแบ่งเขตเลือกตั้งหลังจากสำรวจจำนวนประชากรแต่ละครั้ง อายุของบุคคลซึ่งมีสิทธิเลือกตั้ง วิธีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น ซึ่งสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่ต้องใช้กระบวนการที่ยุ้งยากกว่าการแก้ไขกฎหมายเรื่องอื่น ๆ⁵⁵

อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญบางประเทศได้บัญญัติให้มีทั้งบทบัญญัติชั่วคราวและบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษร่วมกัน เหตุที่รัฐธรรมนูญยังคงต้องรับรองบทบัญญัติชั่วคราวไว้เช่นนี้เนื่องจากหลักการบางเรื่องของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องพื้นฐานอย่างแท้จริง และเป็นสิ่งที่ไม่อาจก้าวล่วงไปเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ และด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลักการดังกล่าวดำรงอยู่เหนืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵⁶ ซึ่งหลักการเรื่องดังกล่าวอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยรัฐสภา แต่ต้องให้อำนาจพิเศษที่มาจากประชาชนอันเป็นเจ้าของเจตจำนงทางการเมืองสูงสุดในรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงหลักการทั้งหลายเหล่านี้ ส่วนหลักการเรื่องไหนที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีควมสำคัญรองลงมา แต่ยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างทางการเมืองอย่างใกล้ชิดหรือเป็นส่วนประกอบที่ทำให้ประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์มากขึ้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็จะกำหนดปกป้องเรื่องนั้นเป็นพิเศษมากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน

อนึ่งรัฐธรรมนูญยูเครนเป็นตัวอย่างของกรณีนี้ ซึ่งได้กำหนดห้ามมิให้มีการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ที่คาดหมายได้ว่าจะเป็นการล้มล้างหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของมนุษย์หรือพลเมือง” หรือ “ที่มีความมุ่งหมายเป็นการบั่นทอนอิสรภาพหรือละเมิดบุรณภาพเหนือดินแดน” ได้แต่อย่างใด จึงกล่าวได้ว่าหลักการพื้นฐานทั้งสองเรื่องดังกล่าวนี้อยู่ในฐานะบทบัญญัติชั่วคราว (Eternity Clause) ซึ่งไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยเด็ดขาดไม่ว่าจะอยู่ในช่วงเวลาหรือสถานการณ์ใด ๆ ก็ตาม⁵⁷ ส่วนหลักการเรื่องพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญยูเครนแม้จะปกป้องไว้เป็นพิเศษมากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ขณะเดียวกันก็ได้กำหนดให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องเหล่านั้นได้โดยต้องใช้กระบวนการที่ยุ้งยากซับซ้อนกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องทั่วไป

⁵⁴รัฐธรรมนูญภูฏาน ฉบับปี 2008, มาตรา 35(1) ประกอบมาตรา 1(2) และมาตรา 2(26).

⁵⁵รัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ฉบับปี 1852 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับปี 2014), มาตรา 268.

⁵⁶Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitution Amendment: a Comparative study* (Bursa: Ekin Press, 2008), p. 74.

⁵⁷รัฐธรรมนูญยูเครนฉบับปี 1996, มาตรา 157 วรรคหนึ่ง.

ในฐานะที่หลักการเรื่องดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ ซึ่งประกอบด้วย บทบัญญัติในหมวด 1 หลักการทั่วไป เช่น การรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ ความเป็นรัฐเดี่ยวอันแบ่งแยกมิได้ รับรองว่าอำนาจอธิปไตยอยู่เหนือดินแดนทุกแห่งของยูเครน รวมถึงรับรองสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เป็นต้น หมวดที่ 3 การเลือกตั้งและการทำประชามติ โดยได้รับรองการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนทางตรงโดยผ่านการใช้สิทธิเลือกตั้งและการออกเสียงลงประชามติ ระบบและวิธีการเลือกตั้ง กระบวนการและเงื่อนไขในการทำประชามติ เป็นต้น และในหมวด 13 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งรับรองถึงกระบวนการและข้อจำกัดต่าง ๆ ในการเปลี่ยนแปลงหลักการอันเป็นพื้นฐานและที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย รวมถึงบทบัญญัติเรื่องทั่วไปในรัฐธรรมนูญด้วย ตลอดจนได้รับรองอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละครั้งว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นต้น⁵⁸ กล่าวได้ว่าเนื้อหาในบทบัญญัติทั้งสามหมวดดังกล่าวล้วนแต่เป็นเรื่องหลักการอันเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือในการปกครองประเทศ รวมทั้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงของประชาชนด้วยกันทั้งสิ้น

จากที่ยกตัวอย่างเนื้อหาเรื่องที่แตกต่างกันที่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งเห็นตรงกันว่าต้องให้การปกป้องเป็นพิเศษกว่าเรื่องหรือบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่เป็นพื้นฐานของความเป็นรัฐ ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย หรือของรัฐธรรมนูญเอง หากได้รับผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วย่อมทำให้โครงสร้างพื้นฐานหรือความเป็นอัตลักษณ์ของสิ่งเหล่านั้นถูกบั่นทอนหรือทำลายจนถึงแก่ัน ซึ่งทำให้หมดความเป็นรัฐ ความเป็นประชาธิปไตย หรือความเป็นรัฐธรรมนูญนั้นถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิง แล้วเกิดสิ่งเหล่านั้นแบบใหม่มาแทนที่ ดังนั้นแล้วการจะแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวผู้ร่างรัฐธรรมนูญมักจะออกแบบกระบวนการพิเศษมาใช้สำหรับกรณีนี้ซึ่งยุ่งยากซับซ้อนกว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้

4. บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อได้พิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 256(8)⁵⁹ แล้วจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้นำเอาแนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)

⁵⁸รัฐธรรมนูญยูเครนฉบับปี 1996, มาตรา 156 วรรคหนึ่ง.

⁵⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 256(8) “ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือ

มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก กล่าวอีกนัยหนึ่ง เนื้อหาตามมาตรา 256(8) ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีครั้งแรกในรัฐธรรมนูญไทย ฉบับปี 2560 อันเป็นหลักการใหม่ที่สร้างขึ้นมาเพื่อใช้เป็นกลไกปกป้องบทบัญญัติหรือหลักการบางเรื่องที่คณะกรรมการฯ เห็นว่าสำคัญรองลงมาจากบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) แต่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน เนื่องจากว่าบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษเมื่อแก้ไขเพิ่มเติมแล้วมีผลกระทบต่อรูปแบบของรัฐหรือโครงสร้างทางการเมืองอย่างมาก⁶⁰ จึงต้องให้การคุ้มครองบทบัญญัติหรือหลักการเรื่องสำคัญทั้งหลายเหล่านั้นมากยิ่งขึ้น โดยบทบัญญัติและหลักการเรื่องที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั้นรัฐธรรมนูญอนุญาตให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีความยุ่งยากซับซ้อนกว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นบทบัญญัติในเรื่องทั่ว ๆ ไป โดยกำหนดให้เมื่อผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาในวาระที่ 3 แล้ว ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนจึงจะประกาศใช้ต่อไปได้⁶¹

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า หลักการที่มาตรา 256(8) ให้การปกป้องเป็นพิเศษนั้น เมื่อพิจารณาจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วแท้จริงหลักการเหล่านั้นควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษหรือไม่ หรือมีหลักการเรื่องอื่นที่ควรได้รับการปกป้องมากกว่าที่กำหนดไว้ ตลอดจนมีหลักการเรื่องใดที่ควรให้การปกป้องเพิ่มเติม ซึ่งจะได้วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

4.1 เนื้อหาเรื่องที่มาตรา 256(8) กำหนดไว้ควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษจริงหรือไม่

สำหรับบทบัญญัติในหมวดและเรื่องต่าง ๆ ที่มาตรา 256(8) ได้บัญญัติให้การปกป้องเป็นพิเศษนั้น ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วบทบัญญัติหรือเรื่องเหล่านั้นควรได้รับการปกป้องมากกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ จริงหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาโดยแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 เป็นการปกป้องบทบัญญัติในหมวดนั้นทั้งหมด ซึ่งสามารถรู้ได้อย่างชัดเจนแน่นอนว่ามีมาตราจำนวนเท่าไรและเนื้อหาเรื่องอะไรที่ได้รับการปกป้อง ซึ่งประกอบด้วยสามหมวดดังนี้

เรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาล หรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป.”

⁶⁰สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), หน้า 453.

⁶¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 256(1) ถึง (8).

หมวด 1 บททั่วไป (มาตรา 1 ถึงมาตรา 5) ได้แก่ ความเป็นรัฐราชอาณาจักร (มาตรา 1) การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 2) เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย (มาตรา 3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) และการประกาศหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 5)

หมวด 2 พระมหากษัตริย์ (มาตรา 6 ถึงมาตรา 24) ได้แก่ สถานะขององค์พระมหากษัตริย์ ทรงเป็นที่เคารพสักการะ (มาตรา 6) ทรงเป็นพุทธมามกะ (มาตรา 7) ทรงเป็นจอมทัพไทย (มาตรา 8) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ (มาตรา 9) พระราชอำนาจแต่งตั้งองคมนตรีและให้พ้นจากตำแหน่ง (มาตรา 10 ถึงมาตรา 14) พระราชอำนาจแต่งตั้งข้าราชการในพระองค์และการให้พ้นจากตำแหน่ง (มาตรา 15) พระราชอำนาจแต่งตั้งคณะหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 16 ถึงมาตรา 19) การสืบราชสันตติวงศ์ (มาตรา 20 ถึงมาตรา 23) การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ (มาตรา 24)

หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (มาตรา 255 และมาตรา 256) ได้แก่ บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานเรื่องการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและรูปแบบของรัฐ (มาตรา 255) และกระบวนการขั้นตอนและเงื่อนไขการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง (มาตรา 256)

กล่าวในกรณีการปกป้องบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป และหมวด 2 พระมหากษัตริย์ ทั้งสองหมวดดังกล่าวนี้เป็นเนื้อหาที่ขยายรายละเอียดของ “การปกครองในระบอบประชาธิปไตย” “การปกครองที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และ “ความเป็นรัฐเดี่ยว” ให้มีความสมบูรณ์แบบ ส่วนบทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น ยอมรับว่าบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของความเป็น รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ที่จะขาดเสียมิได้⁶² ซึ่งบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวจะ กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และกระบวนการที่ใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกัน ก็จะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วย ด้านหนึ่งก็เพื่อให้การใช้อำนาจ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีขั้นตอนที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนแน่นอน และอีกด้านหนึ่ง ก็เพื่อควบคุม มิให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับมาลบล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การปกป้อง บทบัญญัติในทั้งสามหมวดตามที่มาตรา 256(8) กำหนดไว้นั้นย่อมสอดคล้องและเหมาะสมกับบริบท การปกครองของประเทศไทยและระบอบประชาธิปไตย และจะเห็นได้ว่ามีรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ ที่กำหนดปกป้องบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยหลักการทั่วไปของการปกครอง หมวดที่ว่าด้วยสถาบันกษัตริย์ ในกรณีที่ประเทศนั้นปกครองโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และหมวดที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ มากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน

⁶²Ulrich K. Preuss, op. cit., pp. 429, 430.

กลุ่มที่ 2 เป็นการกำหนดเรื่องที่จะปกป้องคุ้มครองไว้กว้าง ๆ หรือเป็นนามธรรม (Abstract) ซึ่งมีได้กำหนดเจาะจงเป็นบทบัญญัติในหมวดหนึ่งหมวดใดหรือมาตราหนึ่งมาตราใดไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ซึ่งประกอบด้วยบทบัญญัติในสามเรื่องดังนี้

เรื่องที่ 1 การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ” กรณีนี้จะเห็นว่าย่อมครอบคลุมบทบัญญัติแทบทุกมาตราในหมวด 10 ศาล⁶³ หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ และหมวด 12 องค์กรอิสระ⁶⁴ ซึ่งตามทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วทั้งศาล และองค์กรอิสระต่างเป็นสถาบันที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เช่นเดียวกับรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ทั้ง ๆ ที่ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบระบบรัฐสภา (Parliamentary System) แต่จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการแก้ไข เพิ่ม ลดทอน เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกหน้าที่หรืออำนาจบางอย่างของรัฐสภา สมาชิกผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีกลับถูกสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการอย่างเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ ในเมื่อศาลและองค์กรอิสระเป็นอำนาจในระนาบเดียวกันกับรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่ม ลดทอน เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระนี้ก็ควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยวิธีการอย่างเดียวกับกรณีหน้าที่หรืออำนาจของรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีด้วยเช่นเดียวกัน เพราะการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นนี้แล้วย่อมทำให้บทบัญญัติเรื่องหน้าที่หรืออำนาจของสถาบันที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นนั้นมีลำดับชั้นหรือคุณค่าที่สูงต่ำไม่เท่ากัน ซึ่งบทบัญญัติเรื่องที่มีลำดับชั้นหรือคุณค่าต่ำกว่าย่อมมีอาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติเรื่องที่มีลำดับชั้นหรือคุณค่าที่สูงกว่าได้แต่อย่างใด ทำนองเดียวกับบทบัญญัติเรื่องทั่วไปย่อมมีลำดับชั้นหรือคุณค่าที่ต่ำกว่าบทบัญญัติชั้นวินัยหรือที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีอาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องทั่วไปซึ่งมีลำดับชั้นต่ำกว่าให้ไปขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติชั้นวินัยหรือซึ่งมีลำดับชั้นที่สูงกว่าได้ฉันทัดฉันทันนั้น สิ่งที่ตกอย่า

⁶³ประกอบด้วย ศาลยุติธรรม ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลปกครอง และศาลทหาร

⁶⁴นอกจากองค์กรอิสระทั้ง 5 องค์กรแล้ว ในหมวดนี้ยังปรากฏหน้าที่และอำนาจของศาลฎีกาในการตัดสินเรื่องเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เฉพาะที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ตูลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตามมาตรา 235(1) และหน้าที่และอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในการวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ตามมาตรา 235.

ให้เห็นชัดเจนตามที่ได้กล่าวมานี้ก็คือ ในมาตรา 256(9) ได้กำหนดให้มีการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ “เรื่อง ที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ” หรือไม่ แต่ถ้าเกิดข้อสงสัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ “เรื่องเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของรัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรี” ก็ไม่ปรากฏว่ามีช่องทางใดที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ให้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้เลยนั่นเอง⁶⁵

เรื่องที่ 2 การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติ ตามหน้าที่หรืออำนาจได้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีความชัดเจนแน่นอนหรือทำให้รู้ล่วงหน้าก่อนได้ว่า หากรัฐสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญบทบัญญัติใดแล้วจะไปกระทบต่อการปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจของ องค์กรดังกล่าวเหล่านั้นหรือไม่ แม้จะจริงอยู่ว่ามาตรา 256(9) จะได้กำหนดให้มีช่องทางยื่นเรื่องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติเรื่องดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม⁶⁶ ยิ่งทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะตีความรัฐธรรมนูญขยาย ไปครอบคลุมบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ อันมีผลเป็นการเพิ่มข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐสภามีอาจรู้ล่วงหน้ามาก่อน ขณะเดียวกันก็จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจ ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้โดยปริยายโดยผ่านการตีความรัฐธรรมนูญไว้ในคำวินิจฉัย ดังที่ปรากฏให้เห็นมาแล้วในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550⁶⁷ และตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560⁶⁸ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญอย่างไรที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้นั่นเอง และ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ว่าศาลและองค์กรอิสระต่างก็เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี รวมทั้งประเทศไทยปกครองด้วยประชาธิปไตยระบบรัฐสภา (Parliamentary System) แต่กลับไม่มีการปกป้องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ทำให้รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร

⁶⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 256(8) “ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูล เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกันแล้วแต่กรณีมีสิทธิ เข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้.”

⁶⁶เรื่องเดียวกัน.

⁶⁷คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556.

⁶⁸คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564.

วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรืออำนาจได้เอาไว้เลย เช่น แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยยกเลิกอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรในการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีได้อีกต่อไป หรือยกเลิกอำนาจของนายกรัฐมนตรีในการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวย่อมกระทบต่อระบบรัฐสภาอย่างถึงแก่นแต่มีลักษณะเป็นระบบประธานาธิบดี (Presidential System) ซึ่งสิ่งเหล่านี้ควรต้องให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบ แต่มาตรา 256(8) ก็มีได้กำหนดปกป้องเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด

กล่าวถึงตรงนี้ หากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว หลักการพื้นฐานสำคัญของการก่อตั้งศาลหรือองค์กรอิสระขึ้นมานั้นก็เพื่อให้องค์กรเหล่านั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่และใช้อำนาจได้อย่างอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำหรือแทรกแซงจากองค์กรอื่นตาม “หลักความเป็นอิสระ” ทำนองเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีภายใต้ระบบรัฐสภาที่แต่ละองค์กรต่างมีเครื่องมือในการถ่วงดุล หรือคานอำนาจและล้มล้างอีกองค์กรหนึ่งได้ จะอย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้เกิดสภาวะการฉกฉวยและในขณะเดียวกันก็สามารถปกป้ององค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กรมิให้ถูกทำลายหลักการพื้นฐานขององค์กรนั้น ๆ ลงโดยผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่ปกป้องแต่เพียงศาลหรือองค์กรอิสระเท่านั้น รวมทั้งเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความชัดเจนแน่นอนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะไปกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอย่างไรที่มีอาจกระทำได้นั้น ก็ควรกำหนดปกป้องไว้เฉพาะเฉพาะหลักการที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจริง ๆ

เรื่องที่ 3 การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” กรณีนี้ย่อมหมายความว่าทั้งผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี⁶⁹ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร⁷⁰ สมาชิกวุฒิสภา⁷¹ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใน หมวด 12⁷² นอกจากนี้แล้วยังรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในหมวด 11⁷³ อีกด้วย การที่มาตรา 256(8) ได้กำหนดปกป้องเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษนั้นอาจสืบสาวได้จากเจตจำนงของคณะรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ซึ่งได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราว ฉบับปี 2557 ด้วยการกำหนดกรอบให้กับคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญต้องร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรให้ครอบคลุมถึงเรื่องกลไกที่มีประสิทธิภาพ

⁶⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 160 ประกอบมาตรา 98.

⁷⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 97 และมาตรา 98.

⁷¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 108.

⁷²หมายถึงรวมถึงคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการเลือกตั้ง (มาตรา 222) ผู้ตรวจสอบแผ่นดิน (มาตรา 228) กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (มาตรา 232) กรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 238 และมาตรา 241 แล้วแต่กรณี) และกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา 246 และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ).

⁷³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 200 ถึงมาตรา 202.

ในการป้องกันและตรวจสอบมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอบด้วยกฎหมายว่ากระทำการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ หรือเคยกระทำการอันทำให้การเลือกตั้งไม่สุจริตหรือเที่ยงธรรม เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองอย่างเด็ดขาด⁷⁴ นอกจากนี้แล้วยังได้กำหนดตอกย้ำเอาไว้อีกชั้นหนึ่งให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องบัญญัติให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้มีการทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญจะได้วางไว้⁷⁵ แต่หากพิจารณารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมานั้น ไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญของประเทศใดที่กำหนดปกป้องเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใดเลย ตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญของหลายประเทศกลับให้ความสำคัญและให้การปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นเรื่องที่ต้องแก้ไขได้ยากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ การที่มาตรา 256(8) กำหนดไว้เช่นนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญของไทยให้ความสำคัญกับตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญมากกว่าการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ย่อมเป็นการสวนทางกับหลักการพื้นฐานประชาธิปไตย กล่าวเฉพาะสิทธิเลือกตั้ง ซึ่งรัฐธรรมนูญหลายประเทศให้ความสำคัญและปกป้องเป็นพิเศษกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้ว่าหากจะแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องใช้กระบวนการพิเศษในการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าว⁷⁶ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญของไทย⁷⁷ กลับสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการปกติซึ่งประชาชนไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการตัดสินใจให้ความเห็นชอบในการเปลี่ยนแปลงเรื่องดังกล่าวได้เลย ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในฐานะที่เป็นสิทธิพลเมืองเนื่องจากหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเพิ่มคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง โดยนัยนี้ก็ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเลือกตั้งของประชาชนมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย เหตุดังกล่าว “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” จึงมิใช่เรื่อง “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใดที่ควรจะได้รับการปกป้องเป็นพิเศษกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ

ยิ่งไปกว่านั้น การที่มาตรา 256(8) บัญญัติไว้เช่นนี้อาจเป็นดาบสองคม กล่าวคือ หากมีการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วย

⁷⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, มาตรา 35(4).

⁷⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, มาตรา 35(9).

⁷⁶ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญรัสเซีย กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเกี่ยวกับระบบการเลือกตั้งเป็นอำนาจของสภารัฐธรรมนูญมิใช่รัฐสภา หรือรัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ กำหนดให้ถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการเลือกตั้งต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษสามในสี่ของรัฐสภาหรือให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบ เป็นต้น.

⁷⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 95 และมาตรา 96.

ซึ่งเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยที่มีผลมาจากการเรียกร้องของประชาชนในเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ⁷⁸ ซึ่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ได้ยกเลิกคุณสมบัติของนายกรัฐมนตรีดังกล่าวนี้ไป⁷⁹ จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเรื่องดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับประชาธิปไตยซึ่งควรจะทำให้ได้ง่ายแต่กลับทำได้ยากมาก เนื่องจากนอกจากต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วยังต้องนำไปให้ประชาชนทำประชามติให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายอีก ซึ่งทำให้การแก้ไขเรื่องนี้มีต้นทุนที่สูงเกินความจำเป็น⁸⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่มาตรา 256(8) ให้การปกป้องเรื่องดังกล่าวย่อมเป็นเครื่องมือที่ใช้รักษาสິงที่อาจไม่เป็นประชาธิปไตยให้อยู่ต่อไปได้นั่นเอง

จากที่กล่าวทั้งสามเรื่องที่มาตรา 256(8) ได้กำหนดปกป้องเป็นพิเศษไว้นั้น เห็นว่าเป็นการกำหนดมุ่งปกป้ององค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงบางองค์กรเท่านั้น รวมทั้งยังกำหนดด้วยข้อความที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอน ตลอดจนเรื่องต่าง ๆ ที่กำหนดนั้นมิได้เป็นเรื่อง “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจริง ๆ ด้วยเหตุดังกล่าว มาตรา 256(8) ควรกำหนดให้การปกป้องเรื่องที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองประชาธิปไตยในสามเรื่องดังต่อไปนี้คือ “ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามระบบรัฐสภา” “หลักความเป็นอิสระของศาลและองค์กรอิสระ” และ “การจำกัดสิทธิเลือกตั้งของประชาชน” แทนสามเรื่องเดิมที่มาตรา 256(8) ได้กำหนดปกป้องไว้

4.2 เนื้อหาเรื่องที่ควรได้รับการปกป้องตามมาตรา 256(8) เพิ่มเติม

มีรัฐธรรมนูญหลายประเทศที่นำเอาแนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษมาใช้เพื่อปกป้องบทบัญญัติหรือหลักการบางอย่างซึ่งล้วนแล้วเป็นเรื่องที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม หากจะกล่าวถึงเนื้อหาเรื่องรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เห็นว่าเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องให้การปกป้องเป็นพิเศษจริง ๆ มากกว่าเรื่องหรือบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันที่น่าสนใจและอาจใช้เป็นแนวทางให้กับมาตรา 256(8) เพื่อบัญญัติปกป้องเรื่องเหล่านั้นเพิ่มเติมได้ดังนี้

⁷⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2535, มาตรา 159 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 201 วรรคสอง และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171 วรรคสอง.

⁷⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 158 วรรคสอง.

⁸⁰เช่นเดียวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติชั่วคราวในรัฐธรรมนูญ, “การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติชั่วคราวในรัฐธรรมนูญ,” ในหนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 3 หัวข้อ “ทบทวน/ถกเถียง/ท้าทาย นิติศาสตร์ในห้วงยามของความเปลี่ยนแปลง” [Online], available URL: <https://drive.google.com/file/d/1RjXNCMd0CVhdSJUXQ6vgKRoiExgLdD49/view>, 2566 (พฤษภาคม, 1).

เรื่องที่ 1 เรื่องที่เกี่ยวกับ “สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” กรณีเรื่องดังกล่าว หากวิเคราะห์ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 แล้วอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้านต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนั้นมิได้เป็นบทบัญญัติที่ได้รับการปกป้องเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8) เลยแต่อย่างใด กล่าวคือ ถ้าในกรณีที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการลดทอนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเรื่องหนึ่งเรื่องใดให้น้อยลงจากเดิม เช่น ตามมาตรา 25 วรรคสอง⁸¹ ได้กำหนดให้ประชาชนสามารถอ้างสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการตรากฎหมายของรัฐสภาออกมาใช้บังคับก่อนแต่อย่างใด แต่หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไปทั้งหมด ย่อมมีผลทำให้แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเรื่องหนึ่งเอาไว้อย่างชัดแจ้งก็ตาม ประชาชนก็ยังมีอาจอ้างสิทธิหรือเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นได้โดยตรง จนกว่าจะมีการตรากฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวออกมาใช้บังคับเสียก่อน ซึ่งประชาชนไม่สามารถคาดหมายได้เลยว่ารัฐสภาจะตรากฎหมายเรื่องนั้นออกมาใช้บังคับเมื่อไร รวมถึงมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไร ด้วยเหตุดังกล่าว ในเมื่อประชาชนเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตนโดยตรง ประชาชนก็ควรมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตนได้โดยตรงด้วยเช่นเดียวกัน

เรื่องที่ 2 เรื่องที่เกี่ยวกับ “การเปลี่ยนแปลงวาระการดำรงตำแหน่งของสถาบันต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจแทนประชาชน” หากวิเคราะห์ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 แล้ว บทบัญญัติที่กำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งในสถาบันการเมืองหรือองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในหมวด 7 รัฐสภา⁸² หมวด 8 คณะรัฐมนตรี⁸³ หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ⁸⁴ หมวด 12

⁸¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 25 วรรคสอง “สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายตราขึ้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ.”

⁸²สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี ตามมาตรา 99 และสมาชิกวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละห้าปี ตามมาตรา 109.

⁸³คณะรัฐมนตรีมีวาระการดำรงตำแหน่งเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 167(2) ส่วนนายกรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งรวมกันแล้วเกินแปดปีมิได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการดำรงตำแหน่งติดต่อกันหรือไม่ แต่มีให้นับวาระระยะเวลาในระหว่างที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหลังพ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 158 วรรคสี่.

⁸⁴ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 207.

องค์การอิสระ⁸⁵ นั้น ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative Democracy) โดยพื้นฐานแล้วบุคคลที่เข้าไปดำรงตำแหน่งในสถาบันหรือองค์กรเหล่านั้นต้องได้รับมอบอำนาจจากประชาชนโดยตรงหรือโดยอ้อม และต้องมีวาระการดำรงตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจนแน่นอน เนื่องจากการที่ประชาชนมอบอำนาจให้บุคคลในสถาบันหรือองค์กรดังกล่าวไปใช้แทนตนนั้นเป็นเพียงการมอบอำนาจให้ใช้ชั่วคราว เมื่อครบวาระแล้วก็ต้องคืนอำนาวดังกล่าวให้แก่ประชาชนเพื่อให้ตัดสินใจใหม่อีกครั้ง ซึ่งถือเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของประชาชนรูปแบบหนึ่งในระบอบประชาธิปไตย⁸⁶ แต่จะเห็นได้ว่า กรณีเกิดสถานะที่ผู้ปกครองคนใดหากได้รับการสนับสนุนจากทั้งสองสภาในจำนวนเสียงที่มากเพียงพอในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เป็นผลสำเร็จ มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มหรือขยายวาระการดำรงตำแหน่งของตนให้ยาวขึ้นหรือย่นวาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรอื่นที่ตนเห็นว่าอาจขัดขวางการใช้อำนาจของตนให้สั้นลง ก็สามารถกระทำได้ เพราะเพียงแค่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาเท่านั้น โดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายก่อนประกาศใช้แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ปกครองที่ลู่แก่อำนาจอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการยกเลิกวาระการดำรงตำแหน่งของตนเพื่อให้ตนสามารถดำรงตำแหน่งได้ไปตลอดโดยไม่มีการวาระ สถานะเช่นนี้ก็จะทำให้ประเทศตกอยู่ภายใต้ระบอบเผด็จการ ดังนั้น การที่จะขยายวาระให้ยาวขึ้นหรือย่นวาระให้สั้นลง หรือยกเลิกวาระไปเสียทั้งหมดของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น ด้านหนึ่ง ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการแสดงเจตจำนงของตนว่าจะมอบอำนาจให้กับบุคคลใดไปใช้อำนาจแทนตนภายใต้วาระการดำรงตำแหน่งที่ชัดเจนแน่นอน รวมทั้งขัดต่อหลักการ “พื้นฐาน” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อีกด้านหนึ่งย่อมอาจนำมาสู่การปกครองแบบเผด็จการได้ในที่สุด ดังนั้นแล้ว เพื่อป้องกันมิให้เกิดสถานะดังกล่าว จึงควรปกป้องบทบัญญัติเรื่องเหล่านี้ไว้เป็นพิเศษด้วยเช่นกัน

เรื่องที่ 3 เรื่องที่เกี่ยวกับ “การปรับเปลี่ยนวิธีการหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยตรง” เมื่อทำการวิเคราะห์ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการปรับเปลี่ยนวิธีการหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยตรง ซึ่งหมายความถึงการทำประชามติและการเลือกตั้งนั้น กล่าวเฉพาะ “การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน

⁸⁵ กรรมการการเลือกตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 223, ผู้ตรวจการแผ่นดินมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 229, กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 233, กรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 239.

⁸⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 193.

ราษฎร” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁸⁷ ซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงที่สุดหากเทียบกับองค์กรอื่น ๆ เนื่องจากมาจากการ “แต่งตั้ง” ของประชาชนโดยตรงโดยผ่านการเลือกตั้ง ขณะเดียวกันการเลือกตั้งเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative Democracy) ที่จะขาดเสียมิได้เนื่องจากเป็นวิธีการที่ประชาชนมอบอำนาจให้แก่บุคคลที่จะเข้าไปใช้อำนาจแทนตน⁸⁸ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเลือกตั้งจึงเป็นวิธีการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนโดยตรง ดังนั้นแล้ว การที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการปรับเปลี่ยนระบบการเลือกตั้งหรือที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้ง เช่น คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง วิธีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น ประชาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวโดยตรงก็ควรได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการปรับเปลี่ยนในเรื่องนี้ด้วยเช่นเดียวกัน มิใช่กำหนดให้เป็นเรื่องของฝ่ายการเมืองที่จะกำหนดกันเองเพียงฝ่ายเดียว

ทั้งสามเรื่องที่กำลังมาขำขันนั้นจะเห็นได้ว่า ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่อง “พื้นฐาน” หรือที่เป็น “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมด้วยกันทั้งสิ้น แต่มาตรา 256(8) กลับมีได้บัญญัติรับรองปกป้องเรื่องเหล่านี้เอาไว้เลย ดังจะเห็นได้ว่า “หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” “เรื่องเกี่ยวกับวาระการดำรงตำแหน่งของบุคคลในองค์กรต่าง ๆ” และ “เรื่องเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ก็สามารถทำได้โดยเพียงแต่ผ่านกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้น โดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบก่อนประกาศใช้แต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง ดังนั้น มาตรา 256(8) จึงควรบัญญัติปกป้องทั้งสามเรื่องดังกล่าวไว้ด้วยเช่นกัน

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

นับตั้งแต่ช่วงทศวรรษสุดท้ายของศตวรรษที่ 20 รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ได้สร้างกลไกใหม่ ๆ ขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือปกป้องตัวเองจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หนึ่งในเครื่องมือดังกล่าวนี้ก็คือ “แนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)” ซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์ดังนี้

⁸⁷ซึ่งประกอบด้วยเรื่องต่าง ๆ เช่น ประเภทและจำนวนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 83) วิธีการเลือกตั้ง (มาตรา 85) การกำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในแต่ละจังหวัดจะพึงมีและการแบ่งเขตเลือกตั้ง (มาตรา 86) หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการส่งสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ (มาตรา 90) วิธีการคำนวณสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อของแต่ละพรรคการเมือง (มาตรา 91) คุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 95) ลักษณะของบุคคลผู้ที่ไม่ได้สิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 96) คุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (มาตรา 97) เป็นต้น.

⁸⁸วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 185.

ประการแรก เป็นเครื่องมือที่นำมาใช้ผ่อนคลายนความตายตัวของบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ดังจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่ประกาศใช้ก่อนปี 1990 นั้น ส่วนใหญ่เลือกใช้วิธีการปกป้องหลักการเรื่องพื้นฐานสำคัญในระดับสูงสุดด้วยการกำหนดเป็นข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องเหล่านั้นไว้อย่างเด็ดขาดในฐานะที่เป็นบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ แต่รัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้หลังจากปี 1990 หลายประเทศเลือกใช้วิธีการปกป้องหลักการเรื่องดังกล่าวโดยลดระดับความเข้มงวดในการปกป้องลงมาเป็นการปกป้องเป็นพิเศษหรือได้รับการปกป้องมากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องเหล่านั้นต้องใช้กระบวนการพิเศษที่มีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ โดยจะออกแบบให้ต้องได้รับความเห็นพ้องต้องตรงกันของทุกกลุ่มการเมืองทั้งเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในสภา ตลอดจนต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม รวมทั้งต้องใช้องค์กรพิเศษแก้ไขเพิ่มเติมแทนรัฐสภาหรือร่วมกับรัฐสภา ซึ่งความยุ่งยากดังกล่าวในทางปฏิบัติแล้วแทบไม่สามารถแก้ไขได้เลย

ประการที่สอง เป็นเครื่องมือที่นำมาใช้สร้างความสมดุลระหว่างหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับหลักประชาธิปไตยให้เกิดขึ้น แม้แนวความคิดบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั้นจะผ่อนคลายนความตายตัวของบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ ซึ่งจากเดิมที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องเหล่านั้นได้โดยเด็ดขาด เปลี่ยนเป็นหลักการเรื่องเหล่านั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนได้อย่างแท้จริง ขณะที่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ยังได้รับการคุ้มครองให้มีความมั่นคงไปในเวลาเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากการกำหนดกระบวนการพิเศษที่ใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั่นเอง

ทั้งนี้ เนื้อหาที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ กำหนดให้การปกป้องเป็นพิเศษนั้นไม่มีสูตรตายตัว แต่ขึ้นอยู่กับผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ เห็นว่าหลักการหรือบทบัญญัติเรื่องใดที่เป็น “พื้นฐาน” ของความเป็นรัฐ ของรัฐธรรมนูญ หรือของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษ เนื่องจากหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าวแล้วย่อมทำให้สิ่งเหล่านั้นถูกระทบกระเทือนหรือบั่นทอนจนถึง “แก่น” และอาจถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิงได้ แต่ถ้าหากไม่มีการกำหนดช่องทางให้แก้ไขเรื่องเหล่านั้นได้เลยก็ย่อมทำให้รัฐธรรมนูญดำรงอยู่โดยไม่สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนในยุคหลังที่ต้องการเปลี่ยนแปลงมัน ซึ่งสภาวะดังกล่าวย่อมเกิดการปกครองของคนตายไปแล้ว (Necrocracy) แทนที่ของการปกครองแบบประชาธิปไตย (Democracy)

สำหรับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ของไทยนั้น ตามที่ได้ทำการวิเคราะห์เนื้อหาเรื่องที่มาตรา 256(8) ควรให้การปกป้องเป็นพิเศษมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้พบว่า นอกจากบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ และ

หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แล้วนั้น การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ” และ “เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้” ทั้งสามเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีได้มีลักษณะเป็นหลักการ “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง รวมทั้งข้อความที่ใช้ก็ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนซึ่งเปิดช่องให้มีการตีความขยายครอบคลุมบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ได้เป็นจำนวนมากโดยศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนมุ่งให้ความสำคัญกับเพียงองค์กรศาลและองค์กรอิสระมากกว่าองค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจทำให้เกิดความลักลั่นระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง ด้วยเหตุดังกล่าวเพื่อให้หลักการเรื่องที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงได้รับการปกป้องซึ่งประกอบด้วย สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในหมวด 3 เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามระบบรัฐสภา หลักความอิสระของศาลหรือองค์กรอิสระ วาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบการเลือกตั้งและสิทธิเลือกตั้งของประชาชน

ดังนั้น มาตรา 256(8) จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมจากเดิมเป็นว่า

“(8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามระบบรัฐสภาหรือหลักความเป็นอิสระของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการขยายหรือย่นวาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบบการเลือกตั้ง หรือคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป”

บรรณานุกรม

- กิตติพร สุดประเสริฐ. “การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติชั่วคราวที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ.” ในหนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 3 หัวข้อ “ทบทวน/ถกเถียง/ท้าทาย นิติศาสตร์ในห้วงยามของความเปลี่ยนแปลง [Online]. Available URL: <https://drive.google.com/file/d/1RjXNCMd0CVhdSJUxQ6vgKRoiExgLdD49/view>, 2566 (พฤษภาคม, 1).
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. **เกร็ดเล็กเกร็ดน้อยว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมือง** [Online]. Available URL: <https://blogazine.pub/blogs/piyabutrsaengkanokkul/post/3755>, 2555 (พฤษภาคม, 10).
- ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. **รายงานผลการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ ไชยนาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2495.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- Albert, Richard. **Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions**. New York: Oxford University Press, 2019.
- Albert, Richard and Bertil Emrah Oder, eds. **An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 68)**. Cham: Springer, 2018.
- Böckenförde, Markus. **Constitutional Amendment Procedures**, [Online]. Available URL: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf>, 2014.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). **Report on Constitutional Amendment study no. 469/2008** [Online]. Available URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), 2010 (January, 19).

Fabrice Hourquebie. **Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites** [Online]. Available URL: www.enelsyn.gr/.../Paper%20by%20Fabrice%20Hourq..., 2007 (June, 15).

Gözler, Kemal. **Judicial Review of Constitution Amendment: a Comparative study**. Bursa: Ekin Press, 2008.

Preuss, Ulrich K. "The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience." **Israel Law Review** 44, 3 (2011): 429, 434.

Roznai, Yaniv. **Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability**[Online]. Available URL: https://www.researchgate.net/publication/327400015_Necrocracy_or_Democracy_Assessing_Objections_to_Constitutional_Unamendability_Unamendability_in_Constitutional_Democracies, 2007 (Jun, 15).

_____. **Towards a Theory of Unamendability**. New York University School of Law, Public Law Research Paper No. 15-12 [Online]. Available URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 2015 (February, 24).

Schmitt, Carl. **Constitutional Theory**. Durham and London: Duke University, 2008.

รัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ฉบับปี 1852 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับปี 2014).

รัฐธรรมนูญภูฏาน ฉบับปี 2008.

รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ฉบับปี 1991.

รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ฉบับปี 1997.

รัฐธรรมนูญเมียนมาร์ ฉบับปี 2008.

รัฐธรรมนูญยูเครน ฉบับปี 1996.

รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี 1993.

รัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ฉบับปี 1999.

รัฐธรรมนูญสเปน ฉบับปี 1978.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2535.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564.

ปัญหาทางกฎหมายของการที่ผู้จ้างงกทรัพยากรจ้างง ให้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

ศาสตราจารย์พิเศษไพฑูรย์ คงสมบูรณ์
รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ปัญหาทางกฎหมายของการที่ผู้จำนองยกทรัพย์สินจำนองให้ตกเป็น
สาธารณสมบัติของแผ่นดิน*

Legal Issues as to When a Mortgagor Surrenders a Mortgaged Property
to Become Public Domain

ศาสตราจารย์พิเศษไพฑูรย์ คงสมบูรณ์**

Adjunct Professor Paitoon Kongsomboon

รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี***

Associate Professor Pinit Tipmanee

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มุ่งนำเสนอปัญหาทางกฎหมายกรณีผู้จำนองยกทรัพย์สินจำนองให้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยนำปัญหาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14595/2558 มาแยกวิเคราะห์พบว่าปัญหาไม่ว่าจะเป็นเรื่องผลสมบูรณ์ของสัญญา ปัญหาในการแสดงเจตนาและผลที่เกิดขึ้นแนวทางป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย สิทธิของผู้จำนองที่จะยกที่ดินให้เป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายของการที่ผู้จำนองยกทรัพย์สินจำนองให้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยศูนย์บริการ RDI มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ประจำปี พ.ศ. 2566.

This article is part of the research entitled “Legal Issues as to When a Mortgagor Surrenders a Mortgaged Property to Become Public Domain.” This research is funded by Dhurakij Pundit University Research Development and Innovation, 2023.

**นักวิชาการอิสระ; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. New York University, U.S.A.; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

Independent Scholar; LL.B. Chulalongkorn University; LL.M. New York University, U.S.A.; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage.

***อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ม. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. E-mail: tipmanee_dpu@hotmail.com

Lecturer in Law, Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Dhurakij Pundit University.

วันที่รับบทความ (received) 8 มิถุนายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 6 กันยายน 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 6 กันยายน 2566.

ตลอดจนผู้จ้างควรได้รับการเยียวยาเพียงใด อีกทั้งความรับผิดชอบทางอาญารัฐาน้องโจงเจ้าหนี้ จากการศึกษาพบว่าเมื่อการยกทรัพย์สินของตนเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่มีขั้นตอนทำได้โดยง่าย เมื่อตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว ย่อมอยู่ในบังคับของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305, 1306 และ 1307 ผู้วิจัยจึงเสนอแนะเพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ยกมาวิเคราะห์ จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 ให้ใช้บังคับกับกรณีการยกให้ทรัพย์สินอันตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วย

คำสำคัญ: สิทธิของผู้จ้าง, สาธารณสมบัติของแผ่นดิน, หลักสุจริต

Abstract

The aim of this research article is to present legal issues as to when a mortgagor surrenders a mortgaged property to be land of public domain. Issues raised in the Supreme Court judgment no. 14595/2558 was analyzed and it was found that there were various issues including the validity of a contract, issues involving a declaration of contractual intention and contingent consequences, preventive measures against damages, right of a mortgagor to surrender a mortgaged property to be land of public domain, the extent of redress entitled by the mortgagor, as well as criminal liabilities pertaining an offence of cheating a creditor.

According to the study, it was found that there is no simple procedure as to the surrender of one's property to be land of public domain and that once such property has become land of public domain, it shall be subject to and governed by the provisions of the Civil and Commercial Code sections 1305, 1306, and 1307. It is therefore suggested by the researcher that, in order to prevent the consequences arising from the afore-analyzed Supreme Court judgment, it is deemed expedient that the provisions in the Civil and Commercial Code section 525 be amended to also be applicable in cases concerning a surrender of a property to be land of public domain.

Keywords: rights of mortgagor, land of public domain, good faith principle

1. ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีที่นำมาใช้ และความสำคัญของปัญหา

เป็นบทความวิจัยที่นำข้อเท็จจริงมาจากการคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14595/2558 ซึ่งคดีที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวได้รับฟังเป็นที่ยุติได้ดังนี้

1) วันที่ 14 พฤศจิกายน 2539 นายเริ่มได้นำที่ดินที่ตนเองเป็นเจ้าของโฉนดที่ดินเลขที่ 20189 เนื้อที่ประมาณ 3 ไร่ 1 งาน 60 ตารางวา ไปจดทะเบียนจำนองที่ดินไว้แก่ธนาคารอาคารสงเคราะห์ เพื่อเป็นการประกันหนี้เงินกู้

2) วันที่ 6 ธันวาคม 2539 นายเริ่มได้ยกให้หรืออุทิศที่ดินส่วนหนึ่งของที่ดินแปลงที่ติดจำนองไว้กับธนาคารอาคารสงเคราะห์ เนื้อที่ประมาณ 3 งาน (ที่ดินพิพาท) ให้แก่กรมพัฒนาชุมชน เพื่อก่อสร้างศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก

3) นายเริ่มได้ผิดนัดไม่ชำระหนี้เงินกู้กับธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนอง ธนาคารจึงยื่นฟ้องนายเริ่ม จนกระทั่งได้มีการบังคับคดียึดที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดและธนาคารอาคารสงเคราะห์เป็นผู้ซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาดได้

4) วันที่ 15 ธันวาคม 2548 มีการจดทะเบียนรับจำนองและจดทะเบียนขายที่ดินแปลงดังกล่าวให้ธนาคารอาคารสงเคราะห์

5) วันที่ 8 พฤศจิกายน 2550 โจทก์ซื้อที่ดินแปลงดังกล่าวพร้อมบ้านปูนชั้นเดียว เลขที่ 95 ซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินจากอาคารสงเคราะห์ตามสำเนาโฉนดที่ดินและหนังสือสัญญาขายที่ดินซึ่งจดทะเบียนโดยถูกต้อง

6) โจทก์นำคดีฟ้องศาลขอให้บังคับจำเลย (องค์การบริหารส่วนตำบลวังศรีผู้รับโอนสิทธิและหน้าที่จากกรมพัฒนาชุมชน) รื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้าง (อาคารศูนย์พัฒนาเด็กเล็กบ้านวังลำ ซึ่งผู้ในความดูแลของจำเลย) ออกไปจากที่ดินของโจทก์ จำเลยให้การว่าที่ดินพิพาทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เพราะนายเริ่มเจ้าของเดิมได้อุทิศให้แก่ทางราชการ เมื่อที่ดินพิพาทตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จำเลยย่อมมีอำนาจหน้าที่ครอบครองดูแลรักษาตามกฎหมาย ขอให้ยกฟ้อง

“ทรัพย์สิน” มาจากภาษาละตินว่า “jus in rem” คำว่า “jus” มีความหมายว่า กฎหมาย หรือสิทธิ ส่วนคำว่า “rem” มีความหมายว่า “ทรัพย์สิน” เมื่อรวมกันแปลได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือสิทธิในทรัพย์สิน ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “real right” โดยนักปราชญ์ชาวอังกฤษ John Austin ได้อธิบายคำว่าทรัพย์สิน เป็นสิทธิของบุคคลที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินและสามารถใช้อำนาจยับยั้งต่อบุคคลทั่วไปได้ จนมีผู้กล่าวกันว่าทรัพย์สินใช้ยับยั้งบุคคลได้ทั่วโลก¹ เช่น เรามีกรรมสิทธิ์ในหนังสือ เราจะขีดเขียน

¹บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2547), หน้า 59.

ฉีกทำลายอย่างใดก็ได้ แม้หนังสือนั้นจะตกไปอยู่ที่ผู้ใด เราก็มีสิทธิติดตามเอาคืนได้² เว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 1329 ถึง มาตรา 1332 กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายถือเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) เจ้าของกรรมสิทธิ์มีอำนาจใช้ทรัพย์สินดังกล่าวจนทรัพย์สินนั้นจะสูญสลายไป กรรมสิทธิ์ไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่าอาจสิ้นไปโดยกาลเวลาฤๅโดยเจ้าของมิได้ใช้อำนาจของเจ้าของนั้นยิ่งใหญ่ถึงแก่จะทำลายเสียก็ยังทำได้เพียงแต่ไม่ใช่โฉนดจะต้องสิ้นสิทธิไป³ กล่าวคือกรรมสิทธิ์ไม่สูญสิ้นไปตามกาลเวลา

หลักสุจริตถือเป็นรากฐานของระบบกฎหมายแพ่ง แพร่พรายอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้ง 1755 มาตรา โดยกฎหมายมอบอำนาจให้ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดี นักกฎหมายชาวโรมันได้วางหลักเกณฑ์ว่าหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไป และเป็นรากฐานของกฎหมาย (the general principle of law and the essential fundamental of civil law) และนักกฎหมายชาวเยอรมันผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ยอมรับหลักนี้ นอกจากนั้น กฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ยังถือว่าหลักสุจริตเป็นหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ (sacrosanct) ผู้ใดฝ่าฝืนไม่ได้โดยเฉพาะในเรื่องสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักสุริตบุคคลนั้นย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง เพราะกฎหมายและผู้พิพากษาจะไม่เข้าข้างบุคคลที่ประพฤติและปฏิบัติไม่สุจริต (bad faith)⁴ อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5⁵ ของไทย ได้เลียนแบบมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์⁶ โดยมีหลักการและขอบเขตคือ การนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับหลักกฎหมายปิดปาก (doctrine of estoppel) ตามหลักกฎหมายทั่วไปก็เพื่อให้เกิดความั่นตรมแก่คู่สัญญา และเพื่อป้องกันไม่ให้คู่สัญญาที่เคยทำการใดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหลงผิด และอ้างเอาผลประโยชน์อันเกิดจากการกระทำไม่สุจริตใจของตน⁷ พิจารณาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14595/2558 ยกที่ดินแปลงที่ติดจำนองให้ทั้งที่รู้ว่า

²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1336 “...เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับมีสิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ที่ไม่มสิทธิยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย.”

³เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2521), หน้า 166-171.

⁴ประสิทธิ์ โฆวิทกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548) หน้า 81.

⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1336 “ในการใช้สิทธิของตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำ โดยสุจริต.”

⁶ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์, มาตรา 2 “Every person is bound to exercise his rights and fulfil his obligation according to the principle of good faith.”

⁷ประสิทธิ์ โฆวิทกุล, เรื่องเดิม, หน้า 83.

จะทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ จะถือว่าสุจริตได้หรือไม่ นำมาวิเคราะห์ว่าสอดคล้องกับหลักกฎหมายโรมัน คือ *venire contrafactum proprium* มีความหมายในภาษาอังกฤษว่า *one cannot contradict with one's prior conduct* ปิดปากไม่ให้ผู้ที่แสดงพฤติกรรมจนทำให้ผู้อื่นที่สุจริตต้องได้รับความเสียหายให้นำหลักสุจริตมาแก้ไขให้ผู้ที่เกี่ยวข้องพฤติกรรมเหล่านั้นได้รับความคุ้มครอง

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล ได้ให้ความเห็นเป็นแนวทางในการพิจารณาหลักสุจริตในกฎหมายแพ่งหลักทั่วไปไว้ในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14 ว่า⁸ การที่กฎหมายยุติธรรมได้มอบอำนาจให้แก่ผู้พิพากษาที่จะใช้ดุลยพินิจ เพื่อบังคับความยุติธรรมนั้น ถ้าผู้พิพากษาที่ทรงความรู้ความสามารถพร้อมด้วยประสบการณ์ หากได้ใช้ดุลยพินิจอย่างสุ่มรอบคอบ และมีจิตใจที่บริสุทธิ์ยุติธรรมแล้ว คำพิพากษานั้น นอกจากจะอำนวยความสะดวกแก่คู่กรณีอย่างแท้จริง ยังเป็นการวางแนวบรรทัดฐาน เป็นแบบอย่างสำหรับในคดีที่เกิดขึ้นภายหลัง ซึ่งเป็นการพัฒนากฎหมายให้เจริญก้าวหน้าและทันสมัยวิธีหนึ่งด้วย ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการพัฒนากฎหมายแบบ *case law* โดยอาศัยหลัก *equity* นั้นเอง หวังเป็นอย่างยิ่งว่า นักกฎหมายไทยจะได้ศึกษาค้นคว้าและให้ความสนใจในมาตรา 5 และผู้พิพากษาก็เป็นบุคคลที่มีความสำคัญยิ่งในการพัฒนาหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตตามมาตรา 5 ด้วย

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีดังกล่าวข้างต้น พบว่ามีปัญหาข้อกฎหมายที่ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำมาศึกษาและวิเคราะห์ได้ในหลายประเด็น ดังนี้ ผลของสัญญาอุทิศทรัพย์นั้นมีผลอย่างไร การแสดงเจตนาต้องทำอะไร และจะมีผลเมื่อใด โจทก์จะมีวิธีฟ้องและแก้ไขปัญหาระงับได้อย่างไร หากทรัพย์ตกเป็นสาธารณสมบัติสิทธิจำนองจะยังคงมีอยู่หรือไม่ สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สืบจากการขายทอดตลาดตามคำพิพากษาของศาลผลจะเป็นอย่างไร และประเด็นสุดท้าย หากทนายแล้วผลเป็นไปตามคำพิพากษา โจทก์ควรได้รับการเยียวยาหรือไม่ อย่างไร ผู้วิจัยจึงใคร่ขอยกประเด็นปัญหาเหล่านี้ขึ้นมาพิจารณาวิเคราะห์ตามลำดับดังนี้

2. วิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น

2.1 ประเด็นปัญหาแรก ในระหว่างสัญญาจำนองมีผลบังคับ ผู้จำนองแสดงเจตนาอุทิศทรัพย์จำนองให้เป็นสาธารณประโยชน์ของแผ่นดินได้หรือไม่

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

หากว่ากันตามหลักกฎหมายลักษณะจำนองแล้ว สัญญาจำนองที่มีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าผู้รับจำนองจะต้องเป็นเจ้าของในมูลหนี้ประธานที่สมบูรณ์ที่มีการจำนองเป็นประกันนั้น หากในระหว่างลูกหนี้ผู้จำนองกับผู้รับจำนองไม่ได้มีมูลหนี้ต่อกัน แม้จะมีการจดทะเบียนจำนองก็ตาม สัญญาจำนองนั้นก็จะมีผลบังคับไม่ ทั้งนี้ เพราะสัญญาจำนองไม่ได้ก่อให้เกิดหนี้ในตัวเองเป็นเพียงสัญญาหลักประกัน ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์เท่านั้น ดังคำกล่าวที่ว่า “ความมีอยู่และความสมบูรณ์ของมูลหนี้ประธานย่อมส่งผลมาถึงความสมบูรณ์ของสัญญาจำนองด้วย” (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคแรก, 707, 708 และ 744)⁹ ส่วนผู้จำนองจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลอื่นใดก็ได้¹⁰ เพียงแต่ผู้จำนองจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินในขณะที่ทำการจดทะเบียนหนังสือสัญญาจำนองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่¹¹ เพราะถ้าผู้จำนองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนองหรือเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจโดยชอบจากเจ้าของทรัพย์สิน การจำนองย่อมไม่ผูกพันเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง แม้ผู้รับจำนองจะได้รับจำนองไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตก็ตาม ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนสัญญาจำนองได้ และเรียกให้เจ้าหน้าที่ส่งมอบโฉนดที่ดินที่จำนองคืนได้¹²

ผลของสัญญาจำนองที่สมบูรณ์ตามกฎหมายย่อมก่อให้เกิด “สิทธิจำนอง” เหนือทรัพย์สินจำนอง สิทธิจำนองนี้ย่อมครอบคลุมไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่ง แม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน¹³

⁹คำพิพากษาฎีกาที่ 817/2521 (ประชุมใหญ่) ผู้รับจำนองต้องเป็นเจ้าของในมูลหนี้อันใดอันหนึ่งตามมาตรา 702 แต่ผู้จำนองอาจไม่ใช่ตัวลูกหนี้ก็ได้ ตามมาตรา 709.

¹⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 709 “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้ อันบุคคลอื่นจะต้องชำระ ก็ให้ทำได้.”

¹¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 705 “การจำนองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใครอื่นจะจำนองหาได้ไม่” และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 “อันสัญญาจำนองนั้นท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่.”

¹²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1336 “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” และคำพิพากษาฎีกาที่ 1315/2493 มีผู้ทุจริตปลอมหนังสือเอาโฉนดที่ดินของเขาไปจำนองไว้กับผู้ซื้อโดยเจ้าของที่ดินมิได้ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด ดังนี้ ย่อมถือว่าผู้รับจำนองไม่ได้ทรัพย์สินสิทธิอย่างใดในที่ดินนั้น จะยกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 มาอ้างอิงไม่ได้ เจ้าของที่ดินมีสิทธิขอให้เพิกถอนนิติกรรมจำนอง และเรียกให้ส่งโฉนดคืนได้ (อ้างฎีกาที่ 2049/2492).

¹³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 716 “จำนองย่อมครอบคลุมไปถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งจำนองหมดทุกสิ่ง แม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน.”

หากว่ากันโดยหลักแล้ว การจำนองเป็นสัญญายอมใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาอันเป็นบุคคลสิทธิ¹⁴ แต่โดยที่มีบทบัญญัติกฎหมายลักษณะจำนองว่าหลักไว้ว่า ทรัพย์สินที่จำนองนั้นผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระก่อนเจ้าหนี้สามัญโดยมีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่¹⁵ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้รับจำนองยอมอ้างสิทธิจำนองใช้บังคับบุคคลได้ทั่วไป หากทรัพย์สินที่จำนองได้โอนไปยังบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะโอนก็ทอดก็ตามสิทธิจำนองที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนองนั้น ย่อมโอนไปด้วย ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองเอากับผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินคนใหม่ได้ ผู้รับโอนทรัพย์สินจะอ้างว่าไม่รู้สิทธิจำนองของผู้รับจำนองไม่ได้ ทั้งนี้เพราะสิทธิจำนองได้ปรากฏเปิดเผยในทางทะเบียน ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าสิทธิจำนองเป็นทรัพย์สินอันก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะจำนอง¹⁶

จากหลักกฎหมายลักษณะจำนองข้างต้นเห็นได้ว่าการจำนองเป็นแต่เพียงการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ประธานเท่านั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองยังคงเป็นของผู้จำนองอยู่ ผู้จำนองยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองทรัพย์สินสิ่งนั้น ฉะนั้นผู้จำนองจะดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินจำนองสิ่งนั้นประการใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการขาย แลกเปลี่ยน ให้ หรืออุทิศ ในระหว่างมีชีวิต หรือตกทอดเป็นทรัพย์สินมรดกแก่ทายาท หากผู้จำนองถึงแก่ความตาย¹⁷

ปัญหาข้อกฎหมายข้อแรกที่ต้องวิเคราะห์ก็คือ นายเริ่มผู้จำนองมีสิทธิอุทิศที่ดินที่ตนนำไปจำนองเป็นประกันหนี้เงินกู้ไว้กับธนาคารอาคารสงเคราะห์ให้แก่ทางราชการเพื่อให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้หรือไม่ ประเด็นข้อนี้ศาลฎีกาในคดีที่ได้ยกขึ้นมาวิเคราะห์มีคำวินิจฉัยว่า

¹⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 149 “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ.”

¹⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 702 วรรคสอง “ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่.”

¹⁶ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1298 “ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่โดยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ทรัพย์สิน หมายถึง สิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีอยู่เหนือ ทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระติดพันในสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป.

¹⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1599 “เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท” และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1603 “กองมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายหรือโดยพินัยกรรม.”

“ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 12 จำนอง หมวด 5 สิทธิและหน้าที่ของ ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองตามมาตรา 736 ถึงมาตรา 743 ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิและหน้าที่ของ ผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองไว้ย่อมแสดงว่าผู้จำนองย่อมมีสิทธิโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองไปยังบุคคลอื่น ได้ในฐานะที่ผู้จำนองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1336 และมาตรา 702 วรรคสอง ดังนั้น นายเริ่มผู้จำนองจึงมีสิทธิอุทิศที่ดินพิพาท (ที่ดินจำนอง) ให้แก่ทางราชการได้”

สำหรับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในประเด็นแรกนี้ผู้วิจัยเห็นด้วยเมื่อหลักการของกฎหมายลักษณะ จำนองบัญญัติไว้เช่นนี้ ย่อมไม่มีทางอื่นที่ศาลฎีกาจะมีคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นไปได้ ทั้ง ๆ ที่ศาลฎีกาเอง ก็อาจจะคาดเห็นได้ว่า การกระทำเช่นนี้ของนายเริ่มผู้จำนองไม่ว่าจะด้วยเหตุผลประการใดก็ตาม อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายที่พึงมีของธนาคารอาคารสงเคราะห์ที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ดิน แปลงพิพาท ผลทางกฎหมายที่จะตามมาก็คือ หากนายเริ่มผู้จำนองโอนขายที่ดินแปลงพิพาทหรือ ยกที่ดินแปลงพิพาทให้แก่เอกชนรายใดรายหนึ่ง สิทธิจำนองอันเป็นทรัพย์สินสิทธิเหนือที่ดินแปลงพิพาท ย่อมโอนไปยังผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินรายใหม่ ธนาคารเจ้าหนี้ผู้รับจำนองยังคงมีสิทธิบังคับจำนอง เอาจากที่ดินแปลงพิพาทแปลงนั้นได้ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายที่ผู้วิจัยได้ยกขึ้นมาพิจารณาข้างต้น แต่สำหรับ กรณีตามปัญหาในคดีดังกล่าวนี้ นายเริ่มผู้จำนองอุทิศที่ดินแปลงพิพาทให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ผลตามกฎหมายที่ตามมาคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 ที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ ยึดทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่” โดยผลของ บทบัญญัตินี้ ธนาคารอาคารสงเคราะห์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมไม่มีสิทธิที่จะบังคับคดียึดที่ดิน แปลงพิพาทออกขายทอดตลาดเพื่อเอาเงินมาชำระหนี้ที่นายเริ่มค้างชำระแก่ธนาคารได้ คงทำได้เพียง บังคับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้สามัญกับทรัพย์สินอื่น ๆ ของนายเริ่ม หากนายเริ่มยังคงมีทรัพย์สินอื่น ๆ อยู่อีก¹⁸

2.2 ประเด็นปัญหาข้อที่สอง การแสดงเจตนาอุทิศทรัพย์สินจำนองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ต้องทำอะไร มีผลเมื่อใด ประการใด

สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domain public of state) คือ ทรัพย์สินที่แผ่นดินถือว่า ในฐานะเป็นผู้แทนของพลเมืองเพื่อใช้ในการสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อให้พลเมืองได้ใช้ร่วมกัน

¹⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 214 “เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สิน ของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” และประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296 “ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลกำหนดให้ชำระเงิน ให้เจ้าพนักงานบังคับคดี มีอำนาจบังคับคดีโดยวิธีดังต่อไปนี้ (1) ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา (2)อายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ ตามคำพิพากษาที่จะเรียกให้บุคคลภายนอกชำระเงินหรือส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน.”

ลักษณะสำคัญของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มี 2 ประการ คือ

- 1) เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน และ
- 2) ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

ดังนั้น สาธารณประโยชน์อาจเป็นที่ดินที่เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินมาแต่แรก หรือเคยเป็นทรัพย์สินของเอกชนมาก่อน และต่อมาตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินภายหลัง อาจได้มาจากการที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ได้อุทิศให้กับทางราชการเพื่อสาธารณประโยชน์ เช่น เพื่อสร้างวัด สร้างโรงเรียน หรือใช้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยปริยาย เช่น ยกให้เป็นทางเดินหรือลำรางพิพาทอยู่ในเขตโฉนดของโจทก์ แต่เมื่อมีประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์เป็นทางสัญจรมาหลายสิบปี โจทก์เจ้าของที่ดินก็ไม่ว่ากล่าวหวงห้ามในการที่ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์จากลำรางนี้หรือทางเดินนี้ แสดงว่าโจทก์เจ้าของที่ดินได้อุทิศที่ดินส่วนที่เป็นลำรางหรือทางเดินนี้ให้เป็นสาธารณประโยชน์โดยปริยายแล้ว¹⁹ แล้วแต่กรณี

วิธีการยกที่ดินให้เพื่อเป็นสาธารณประโยชน์ โดยผู้วิจัยยกแนววินิจฉัยของศาลฎีกามากกว่าไว้เป็นพื้นฐานเพื่อการวิเคราะห์ปัญหาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14595/2558

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 343-344/2508 ลำรางพิพาทอยู่ในเขตโฉนดของโจทก์ แม้โจทก์จะได้อุทิศให้เป็นทางสาธารณะก็ตามแต่เมื่อลำรางนี้ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์เป็นทางสัญจรไปมาหลายสิบปี ก่อนที่ที่ดินนั้นจะตกมาเป็นของโจทก์ เจ้าของที่ดินก็มีได้กล่าวหวงห้ามในการที่ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ในลำรางนี้แสดงว่าเจ้าของที่ดินเดิมได้อุทิศที่ดินส่วนที่เป็นลำรางพิพาทนี้ให้เป็นสาธารณประโยชน์โดยปริยายแล้ว แม้จะไม่ได้แก่โฉนดลำรางพิพาทก็เป็นลำรางสาธารณะ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 599/2524 การที่เจ้าของที่ดินเดิมได้ปลูกต้นพุทธรักษาไว้เป็นแนวเขตที่ของตนโดยเว้นที่นอกเขตรั้วพุทธรักษาไว้ให้เป็นทางคนเดินและประชาชนได้ใช้ทางสายนี้ติดต่อกันตลอดมาเป็นเวลาหลายสิบปีแล้วโดยเจ้าของที่ดินมิได้หวงห้ามหรือสงวนสิทธิไว้แต่ประการใดนั้น แสดงว่าได้อุทิศที่พิพาทให้เป็นทางสาธารณประโยชน์แล้วโดยปริยาย และการที่จะเป็นทางสาธารณประโยชน์หรือทางหลวงนั้น ก็หาต้องมีทะเบียนหรือมีหลักฐานของทางราชการสงวนสิทธิไว้แต่ประการใดไม่ ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจะโอนแก่กันได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา การที่จำเลยโอนที่พิพาทอันเป็นทางสาธารณประโยชน์ให้บุคคลอื่น จึงใช้บังคับไม่ได้ ศาลย่อมมีอำนาจที่จะบังคับคดีให้จำเลยรื้อถอนกำแพงและสิ่งปลูกสร้างออกจากทางสาธารณประโยชน์ได้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3340/2532 ที่ดินพิพาทได้มาโดยการซื้อจากเงินเรียไรของชาวบ้าน ซึ่งมีเจตนาและความประสงค์ขุดสระน้ำในที่พิพาท เพื่อประโยชน์ของชาวบ้านได้ใช้ร่วมกัน ดังนี้ ที่ดินพิพาทจึงเป็นที่สาธารณประโยชน์ตั้งแต่ขุดสระน้ำเสร็จตามความประสงค์หรือเจตนาของชาวบ้านในการซื้อที่ดินพิพาท จึงไม่จำเป็นต้องมีการอุทิศโดยตรงอีก เพราะพฤติการณ์ที่ต่อมาชาวบ้านได้ใช้น้ำจากสระร่วมกันตลอดมาโดยไม่มีผู้ใดโต้แย้งคัดค้าน ถือว่าเป็นการอุทิศโดยปริยายแล้ว ฉะนั้นที่ดินพิพาทจะโอนแก่กันได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา การที่อธิบดีกรมที่ดินมีคำสั่งเพิกถอนที่ดินพิพาทออกจากทะเบียนที่ดินสาธารณประโยชน์ และว่าที่ดินพิพาทเป็นที่ธรณีสงฆ์ตามเดิมจึงไม่มีผลบังคับ.

โดยหลักกฎหมายเรื่องการให้ การให้นั้นเป็นเอกเทศสัญลักษณ์หนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป้าหมายของสัญญาให้คือ การให้อีกฝ่ายหนึ่งโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรตอบแทน เพียงแต่สำหรับทรัพย์สินประเภทที่การซื้อขายกันนั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนได้แก่ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์พิเศษตามมาตรา 456 วรรคแรก ได้แก่ เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป รวมทั้งแพและสัตว์พาหนะด้วยหากผู้ให้ยกทรัพย์สินประเภทนี้ให้ผู้รับกฎหมายบังคับให้การให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้เพราะการให้มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ให้ไปยังผู้รับการให้ทรัพย์สินที่มีหลักฐานในทางทะเบียนจึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงในทางทะเบียนด้วย²⁰ แต่หากเป็นการยกที่ดินให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยเป็นแนวตลอดมาว่าการยกที่ดินให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่²¹ แต่อย่างไรก็ดี ที่ดินที่ยกให้ย่อมเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินตั้งแต่เมื่อมีการแสดงเจตนายกให้²²

²⁰ ศันสน์ภรณ์ โสติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2564), หน้า 365.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 525 “การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีเช่นนี้การให้ย่อมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ.”

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782/2523 การยกที่ดินให้เป็นทางสาธารณะไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5112/2538 จำเลยที่ 1 และ ต. สามี่จำเลยที่ 1 ผู้เป็นบิดาของจำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้อุทิศที่ดินบางส่วนอันเป็นที่ดินของจำเลยที่ 1 และของจำเลยที่ 2 กับที่ 3 ที่มีแนวเขตติดต่อกันให้ใช้ตัดถนนสายพิพาทถนนสายพิพาทตลอดสายได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304(2) ทันทิที่จำเลยที่ 1 และ ต. ในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยที่ 2 และที่ 2 แสดงเจตนาอุทิศให้แม้ทางราชการตัดถนนสายใหม่ซึ่งอยู่ใกล้กับถนนสายพิพาททำให้ไม่มีประชาชนใช้ถนนเฉพาะส่วนที่เป็นที่พิพาทอีก หรือ แม้ ต. จะได้อุทิศที่พิพาทให้ตัดถนนสายพิพาทโดยมีเงื่อนไขต่อผู้มาเจรจาขอให้อุทิศส่วนที่เป็นที่พิพาทไว้ว่าหากทางราชการได้ตัดถนนสายใหม่แล้วให้ยกเลิกถนนสายพิพาทส่วนที่เป็นที่พิพาทเสียก็ตามก็หาทำให้ถนนสายพิพาทตลอดสายสิ้นสภาพความเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปไม่ ถนนส่วนที่เป็นที่พิพาทตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันแล้วสภาพความเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหาได้สูญสิ้นไปเพราะการไม่ได้ใช้ไม่ แม้จำเลยจะได้ครอบครองถนนบริเวณที่เป็นที่พิพาทเป็นเวลานานเท่าใดก็ตามก็ไม่มีสิทธิที่จะยึดถือเอาที่ดินส่วนที่เป็นที่พิพาทกลับคืนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยได้อีกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1306 การที่จำเลยร่วมกันขุดไถทำลายถนนส่วนที่เป็นที่พิพาท รวมทั้งการร่วมกันนำเสาคอนกรีตเสริมเหล็กและเสาไม้จำนวนหลายต้นไปปักลงในส่วนของถนนที่ถูกขุดไถทำลายและการที่จำเลยร่วมกันนำเสาไปปักติดป้ายบอกข้อความว่าถนนดังกล่าวเป็นทางส่วนบุคคลที่จำเลยสงวนสิทธิย่อมเป็นการทำให้สาธารณสมบัติของแผ่นดินที่อยู่ในความครอบครองดูแลรักษาของกรุงเทพมหานครโจทก์เสียหายการกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์.

ในเรื่องวิธีการอุทิศที่ดินให้เป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ได้แสดงเหตุผลไว้ว่า²³ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาฎีกาที่ 2792/2519 ทั้งนี้เพราะการแสดงเจตนาอุทิศที่ดินให้เป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดินนั้น ราชการไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนารับที่ดินที่อุทิศให้ก็เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินแล้ว ผู้อุทิศให้จะกลับใจเรียกคืนในภายหลังก็ได้

กล่าวโดยสรุป การยกที่ดินให้เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินจึงไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนหรือแก้ไขรายการทางทะเบียนที่ปรากฏในโฉนดที่ดินแปลงที่ยกให้แก่อย่างใด ทั้งนี้เพราะการยกที่ดินให้เพื่อสาธารณประโยชน์ย่อมเป็นการสละที่ดินของตนให้เป็นสาธารณของแผ่นดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 ไม่ต้องทำตามแบบการยกให้แก่เอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525

การให้จะมีผลเมื่อใด หากเป็นการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะมีผลเมื่อผู้ให้และผู้รับต่างมีคำเสนอสนองตรงกัน โดยเฉพาะผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินที่ผู้ให้โอนให้²⁴ แต่หากเป็นกรณีอุทิศให้เป็นที่ดินสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน นักวิชาการได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ให้ความเห็นไว้ว่า²⁵ การแสดงเจตนาสละกรรมสิทธิ์ให้เป็นของแผ่นดินนั้นมิใช่จะต้องกระทำการให้ถูกต้องตามวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อย่างการโอนให้บุคคลธรรมดา แผ่นดิน หรือผู้แทนของแผ่นดิน ไม่จำเป็นต้องมาทำการรับโอนหรือรับรู้แต่อย่างใดด้วย เพียงแต่เจ้าของเดิมทำการแสดงเจตนาสละให้ก็เพียงพอแล้ว

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ให้ความเห็นไว้ว่า²⁶ อ้างถึงหนังสือกระทรวงมหาดไทยตอบข้อหารือจังหวัดภูเก็ตที่ มท.0608/14861 ลงวันที่ 17 ธันวาคม 2516 กรณีที่เจ้าของที่ดินรายหนึ่งได้แสดงเจตนายกให้ซึ่งที่ดินที่เป็นทางเดินอยู่แล้วให้แก่เทศบาล แต่เทศบาลไม่ยอมรับอ้างว่าทางเดินในที่ดินเอกชนรายนั้นไม่ได้มาตรฐาน จังหวัดภูเก็ตจึงขอหารือว่าทางเทศบาลจะไม่ยอมรับได้หรือไม่ กระทรวงมหาดไทยได้มีหนังสือฉบับดังกล่าวตอบข้อหารือมีใจความสำคัญสรุปได้ว่า การโอนที่ดิน

²³มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า 57.

²⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 521 “อันว่าให้นั้นคือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสนหาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

²⁵ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1,4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525), หน้า 155.

²⁶มานิตย์ จุมปา, เรื่องเดิม, หน้า 70.

ให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหาได้มีกฎหมายใดบัญญัติว่าต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของรัฐผู้ดูแลรักษาหรือไม่ การปฏิเสธของหน่วยงานรัฐโดยเห็นว่าเป็นทางเดินไม่ได้มาตรฐานจึงเป็นการไม่ชอบ ถือเป็นการรอนสิทธิของบุคคลซึ่งไม่มีกฎหมายสนับสนุน ฉะนั้นเมื่อเจ้าของที่ดินอุทิศที่ดินส่วนที่เป็นทางเดินให้แก่เทศบาล ที่ดินส่วนนั้นย่อมตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ประโยชน์ร่วมกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304(2)²⁷ แล้ว

มีผลเป็นประการใด เมื่อเอกชนยกที่ดินให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ที่ดินดังกล่าวตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินทันที²⁸ แม้หน่วยงานของรัฐจะมีได้ดำเนินการอย่างไร ๆ เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของเอกชนผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่ได้อุทิศที่ดินแปลงดังกล่าวก็ตาม²⁹ กล่าวคือ เมื่อเอกชนอุทิศที่ดินให้เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินเพื่อสาธารณประโยชน์ไปแล้ว ที่ดินแปลงนั้นย่อมเป็นสาธารณ-

²⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1304(2) “สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น...

(2) ทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เป็นต้นว่า ที่ชายตลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ.”

²⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 5727/2537 จำเลยให้การว่าไม่เคยทำสัญญายินยอมให้ที่ดินเป็นทางสาธารณประโยชน์ โดยอ้างว่าแม้ลายมือชื่อในสัญญาจะเป็นลายมือชื่อของจำเลยแต่จำเลยก็ไม่ได้ยินยอมให้โจทก์พิมพ์ข้อความที่ปรากฏลงในสัญญา ดังนั้น ที่จำเลยนำสืบว่าลายมือชื่อผู้ให้สัญญาไม่ใช่ลายมือชื่อของจำเลย จึงเป็นการนำสืบนอกประเด็นรับฟังไม่ได้ การที่จำเลยตกลงยอมให้ที่ดินเป็นทางสาธารณะ ที่ดินนั้นย่อมตกเป็นทางสาธารณะทันที ส่วนการจดทะเบียนเป็นทางสาธารณะเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่จะดำเนินการ ศาลไม่อาจบังคับให้เจ้าพนักงาน ซึ่งมีคู่ความดำเนินการจดทะเบียนที่ดินนั้นให้เป็นทางสาธารณะได้.

²⁹คำพิพากษาฎีกาที่ 191/2528 เมื่อ พ. ยกที่พิพาทให้แก่จำเลยเพื่อใช้ทำถนน โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ที่จะถือได้ว่าเป็นการสงวนสิทธิไว้อีกย่อมเป็นการสละการครอบครองที่ดินให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 การที่จำเลยยังไม่ตัดถนนผ่านที่พิพาทหรือตัดถนนผ่านที่พิพาทไม่หมดทั้งแปลงและภายหลังโจทก์ได้ซื้อที่ดินมีโฉนดของ พ. แล้วเข้าครอบครองที่พิพาทต่อจาก พ. ก็ทำให้โจทก์มีสิทธิใด ๆ ในที่พิพาทในอนาคตจะเรียกคืนที่พิพาทจากจำเลยไม่ และคำพิพากษาฎีกาที่ 1181/2538 จำเลยยกที่ดินของจำเลยทั้งหมดให้แก่ทางราชการเพื่อตัดเป็นถนนสาธารณะยอมทำให้ที่ดินตกเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแม้ทางราชการไม่ได้ใช้ที่ดินทั้งหมดโดยคงเหลือส่วนของที่ดินพิพาทซึ่งอยู่ติดกับที่ดินของโจทก์เป็นที่ว่างระหว่างที่ดินของโจทก์กับถนนสาธารณะที่ดินพิพาทก็ยังคงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินอยู่และแม้ที่ดินของโจทก์เพิ่มมาติดกับที่ดินพิพาทเมื่อจำเลยยกที่ดินให้แก่ทางราชการแล้วก็ตาม โจทก์ก็ย่อมมีสิทธิเดินและนำรถยนต์ผ่านที่ดินพิพาทเข้าออกที่ดินของโจทก์ไปสู่ถนนสาธารณะได้ เมื่อจำเลยนำดินและทรายมาถมกองและปลูกต้นไม้ไว้ในที่ดินพิพาทปิดบังทำให้โจทก์ใช้ประโยชน์เข้าออกที่ดินของโจทก์ไม่สะดวกและนำรถเข้าออกจากที่ดินของโจทก์ไม่ได้ถือว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษมีสิทธิฟ้องขับไล่จำเลยได้.

ประโยชน์ของแผ่นดิน แม้เอกชนผู้อุทิศให้จะกลับใจยกเลิกคำอุทิศก็ไม่ทำให้ที่ดินกลับมาเป็นของเอกชนอีก³⁰

ดังนั้น ที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่ต้องขึ้นทะเบียนว่าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่ประการใด ถือว่าเป็นอยู่ตลอดไปจนกว่าความเป็นสาธาณณะนั้นจะสิ้นสภาพไป ไม่ต้องนำหลักการเปิดเผยโดยวิธีการจดทะเบียนการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เหมือนอย่างที่ดินของเอกชน ที่สามารถตรวจสอบโดยระบบจดทะเบียนทรัพย์สิน อันอาจเกิดปัญหากับประชาชนผู้สุจริตได้ว่าจะทราบได้อย่างไร และด้วยวิธีการใด ว่าที่ดินแปลงดังกล่าวตนประสงค์จะซื้อขาย หรือรับจ้าง หรือจะทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นๆ ว่าได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปแล้ว

สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น แม้ผู้ใดจะซื้อไปจากการขายทอดตลาดของศาล ผู้ซื้อก็มีได้กรรมสิทธิ์³¹ ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 ว่าการซื้อขายตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ผู้ซื้อทรัพย์สินได้จากการขายทอดตลาดย่อมไม่ได้รับ

³⁰คำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2517 การที่จำเลยยื่นคำขอแบ่งแยกโฉนดที่ดินขอยพิพาทซึ่งมีผู้ใช้สัญจรไปมาอยู่แล้วให้เป็นทางสาธารณประโยชน์ และเคยทำบันทึกตกลงยกถนนขอยพิพาทให้แก่สุขาภิบาล แสดงว่าจำเลยได้แสดงเจตนาอุทิศขอยพิพาทให้เป็นทางสาธารณประโยชน์แล้วย่อมมีผลทำให้ถนนขอยพิพาทตกเป็นทางสาธารณประโยชน์โดยทันที แม้จำเลยยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดิน ขอยกเลิกคำขอจดทะเบียนแบ่งแยกเป็นทางสาธารณประโยชน์ที่ยื่นไว้แต่เดิมก็ดี หรือจำเลยบอกเลิกการยกให้ถนนขอยพิพาทต่อสุขาภิบาลก็ดี หากทำให้ถนนขอยพิพาทซึ่งได้กลายสภาพเป็นทางสาธารณประโยชน์ไปแล้ว เปลี่ยนสภาพกลับคืนมาเป็นทางเอกชนได้ และคำพิพากษาฎีกาที่ 2616/2517 ตามบันทึกคำแสดงเจตนาอุทิศที่ดินให้เป็นถนนสาธารณประโยชน์มีข้อความชัดเจนว่า จำเลยยอมยกที่ดินให้ทางราชการจัดการเข้าทำการสร้างถนนสาธารณะได้ตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และเทศบาลก็ได้ยอมรับที่ดินที่จำเลยอุทิศแล้ว โดยเทศบาลให้คนงานกรุยขอบทางจนรู้เขตแน่นอนแล้วว่าที่ดินที่จำเลยและคนอื่น ๆ อุทิศให้เป็นทางสาธารณะอยู่ตรงไหน ดังนี้ แม้เทศบาลจะยังมิได้ทำถนนตามแนวทางพิพาท ทางพิพาทก็ตกเป็นทางสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว การที่จำเลยให้ทางการออกโฉนดทับแนวทางพิพาทในภายหลังก็ดี การที่จำเลยกันรั้วปิดแนวทางพิพาทก็ดี ไม่ทำให้แนวทางพิพาทกลับคืนมาเป็นของจำเลยอีกได้.

³¹คำพิพากษาฎีกาที่ 2622/2522 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330 ที่บัญญัติถึงสิทธิของบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลหรือคำสั่งเจ้าพนักงานรักษาททรัพย์ในคดีล้มละลายนั้น ใช้บังคับเฉพาะทรัพย์สินที่มีใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน โจทก์ซื้อส่วนหนึ่งของที่ดินของนิคมสร้างตนเองอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจากการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล ซึ่งโจทก์นำยึดโดยอ้างว่าเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา แม้โจทก์จะซื้อโดยสุจริต โจทก์ได้รับโอนมาก็ไม่มีสิทธิในที่ดินนั้น เพราะการโอนมิได้อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายหรือพระราชกฤษฎีกา ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305 จำเลยครอบครองที่ดินดังกล่าวอยู่ก่อน ย่อมมีสิทธิดีกว่าโจทก์ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลย.

ความคุ้มครองและไม่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 สาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ห้ามยึดนั้น แม้ขณะยึดจะไม่ทราบว่าเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน ก็ไม่ทำให้การยึดนั้นมีผลย้อนต่อแผ่นดินได้ การยึดทรัพย์สินเช่นว่านี้ จึงไม่มีผลตามกฎหมายแต่ประการใด

สำหรับประเด็นปัญหาข้อที่สองที่ยกขึ้นมาศึกษาวิเคราะห์ ผู้วิจัยเห็นว่าเท่าที่พิจารณาหลักกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในแง่มุมต่าง ๆ แล้ว มีความกังวลและรู้สึกวาทกฎหมายที่ศาลนำไปปรับบังคับใช้กับกรณีที่เอกชนเจ้าของที่ดินแสดงเจตนาอุทิศที่ดินของตนให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น ค่อนข้างจะพิจารณาด้านของเอกชนผู้เป็นเจ้าของที่ดินเพียงด้านเดียวเท่านั้น การที่ทรัพย์สินของเอกชนจะตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยการอุทิศให้ค่อนข้างจะง่ายและสะดวกรวดเร็วไม่มีขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติอย่างใดเลย เมื่อตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว มีผลตามกฎหมายที่สำคัญตามมาเป็นต้นว่า โอนไม่ได้ ยึดมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาไม่ได้ ประเด็นผลตามกฎหมายที่ตามนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตที่ไม่ทราบมาก่อนเลยว่าทรัพย์สินนั้นได้ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่ประชาชนทั่วไปใช้ประโยชน์ร่วมกัน กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตแต่อย่างใดเลย เรื่องนี้ควรต้องมาช่วยกันพิจารณาว่า ควรจะต้องกำหนดวิธีปฏิบัติอย่างไรจึงจะมีผลทำให้การได้มาซึ่งสาธารณสมบัติเป็นที่เปิดเผย คนทั่วไปสามารถตรวจสอบได้ มิฉะนั้นแล้วความน่าเชื่อถือที่ประชาชนมีต่อโฉนดที่ดินหรือเอกสารสิทธิอื่น ๆ ที่ออกโดยทางราชการในการถือครองที่ดินจะลดลง เพราะจะเกิดความไม่แน่ใจว่าผู้ที่มีชื่อในเอกสารสิทธิเกี่ยวกับที่ดินเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้ที่มีสิทธิในที่ดินแปลงดังกล่าวหรือไม่ เทียบเคียงกับกรณีที่บุคคลได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 ยังต้องไปทำการจดทะเบียนการได้กรรมสิทธิ์ของตนให้ถูกต้องสมบูรณ์ มิฉะนั้นแล้วจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตและจดทะเบียนสิทธิของตนแล้วไม่ได้³² เพราะเหตุใดการที่รัฐได้ทรัพย์สินของเอกชนมาโดยการอุทิศให้ มีผลทำให้ทรัพย์สินสิ่งนั้นตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้ ถ้าเจ้าของผู้อุทิศให้มีความประสงค์จะให้ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์กลับไม่ต้องมีขั้นตอนใด ๆ ที่จะเปิดเผยให้บุคคลโดยทั่วไปทราบหรือทำการตรวจสอบสถานะของทรัพย์สินสิ่งนั้นว่าตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเพราะเจ้าของได้แสดงเจตนาอุทิศให้แก่ทางราชการไปแล้ว ครั้นจะสอบถามโดยตรงกับผู้ที่เคยเป็นเจ้าของทรัพย์สินสิ่งนั้นก็ไม่ว่าจะได้รับคำตอบที่ถูกต้อง

³²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1299 วรรคสอง “ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมีได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว.”

หรือบางครั้งไม่อาจติดต่อกับบุคคลนั้นได้เพราะผู้นั้นได้มีการย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่อื่นหรือในบางกรณีบุคคลผู้นั้นอาจถึงแก่กรรมแล้วก็ได้ สุดท้ายต้องไม่ลืมว่าบทกฎหมายในทางแพ่งต้องให้ความสำคัญเป็นธรรมแก่บุคคลทุกคนที่เข้ามามีความสัมพันธ์กันโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่ทำให้ผู้ที่ทำการโดยสุจริตได้รับผลกระทบและเสียหายจนเกินควร

2.3 ประเด็นปัญหาข้อที่สาม ผู้รับจำนองจะมีวิธีป้องกัน แก้อภัยเพื่อมิให้ตนต้องเสื่อมเสียสิทธิได้รับความเสียหายเพราะการที่ผู้จำนองยกที่ดินจำนองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้อย่างไร

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ในทางปฏิบัติจะมีการตกลงให้ผู้รับจำนองเป็นผู้ยึดถือเอกสารทะเบียนกรรมสิทธิ์ไว้ ถึงแม้ในกฎหมายกำหนด³³ ให้การจำนองเป็นเพียงการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้น โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินก็ตาม เช่น รับจำนองที่ดิน ผู้รับจำนองจะยึดถือโฉนดที่ดินแปลงที่นำมาจำนองไว้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้จำนองนำโฉนดที่ดินแปลงดังกล่าวไปจดทะเบียนก่อภาระผูกพันอื่น ๆ อีก³⁴ แต่หากผู้รับจำนองไม่ยอมให้โฉนดกลับคืนผู้จำนองหากมีการร้องขอผู้จำนองอาจร้องขอต่อศาลให้ผู้รับจำนองส่งโฉนดคืนให้ได้ แต่วิธีการดังนั้นก็ไมอาจป้องกันการที่ผู้จำนองจะแสดงเจตนาอุทิศที่ดินจำนองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทั้งนี้ เพราะการแสดงเจตนาอุทิศที่ดินให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินมิได้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 ที่จะต้องไปจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ประการใด ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในประเด็นปัญหาข้อที่สองที่กล่าวข้างต้น

การจำนองนอกจากจะก่อให้เกิดทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินแล้ว การจำนองยังก่อให้เกิดสิทธิในเชิงป้องกันขึ้นอีกทางหนึ่ง ดังจะเห็นจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722 ที่ว่า “ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้วและภายหลังที่จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนภาระจำยอมหรือทรัพย์สินอย่างอื่นโดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยไซ้ ท่านว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าภาระจำยอม

³³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 714 “อันว่าจำนองนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้กับบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง.”

³⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 3893/2533 ผู้จำนองมีสิทธิโอนที่ดินที่จำนองแก่บุคคลภายนอกได้ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งผู้รับจำนองอาจใช้สิทธิบังคับจำนองแก่ผู้รับโอนที่ดินได้ การโอนที่ดินของผู้จำนองมิใช่เป็นการก่อภาระติดพันแก่ทรัพย์สินจำนองแต่อย่างใด ทั้งผู้รับจำนองก็ยังคงมีสิทธิอยู่ตามสัญญาจำนอง ซึ่งหากบังคับจำนองได้เงินไม่พอชำระหนี้ ผู้จำนองก็ต้องรับผิดชอบตามสัญญา หากจะพ้นความรับผิดชอบไปไม่ ดังนั้น จำเลยผู้รับจำนองจึงต้องส่งมอบโฉนดที่ดินซึ่งจำเลยครอบครองเพื่อให้โจทก์ผู้จำนองดำเนินการทำนิติกรรมโอนขายแก่บุคคลภายนอกตามฟ้อง.

หรือทรัพย์สินอย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนองก็ให้ **ลบลสิทธิที่กล่าวหลังนี้เสียจากทะเบียน**” บทบัญญัติมาตรา 722 นี้เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองเพื่อป้องกันมิให้ผู้จำนองไปทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนอง หากผู้จำนองทำเช่นนั้นกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะดำเนินการตามสิทธิของตนที่พึงมีตามบทบัญญัติมาตรา 722 นี้ ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิตามมาตรา 722 นี้ เมื่อกรณีต้องด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการดังนี้

- 1) มีการจดทะเบียนจำนองเหนือทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้
- 2) ภายหลังจากจดทะเบียนจำนอง ผู้จำนองได้ไปจดทะเบียนการระจำยอมหรือทรัพย์สินอื่นเหนือทรัพย์สินที่จำนองนั้น

- 3) การไปจดทะเบียนตามข้อ 2) ทำไปโดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วย และ

- 4) จดทะเบียนตามข้อ 2) นั้น เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนอง

เมื่อครบหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ข้อนี้แล้ว ผู้รับจำนองจะร้องขอต่อศาลเพื่อให้ลบลทะเบียนการระจำยอมหรือทรัพย์สินที่ผู้จำนองก่อให้เกิดขึ้นได้ มาตรา 722 บัญญัติความตอนหนึ่งว่า “...สิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าการระจำยอมหรือทรัพย์สินอย่างอื่นนั้น...” อันเป็นการรับรองสิทธิจำนองที่เกิดขึ้น เพราะผลของการจดทะเบียนจำนอง ตัวอย่างเช่น ก. จำนองที่ดินแปลงหนึ่งไว้กับ ข. เป็นประกันหนี้เงินกู้ ต่อมา ก. ยอมให้ ค. เจ้าของที่ดินข้างเคียงเดินผ่านที่ดินที่จำนองใช้ โดยจดทะเบียนการระจำยอมโดย ข. ผู้รับจำนองมิได้รู้เห็นยินยอม ต่อมาเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ก. ไม่ชำระหนี้ ข. จะบังคับจำนอง ปรากฏว่า ถ้าขายทอดตลาดที่ดินจำนองจะไม่ได้เงินพอชำระหนี้ เพราะราคาที่ดินตกมากเนื่องจากติดการระจำยอมเช่นนี้ ข. มีสิทธิร้องขอต่อศาลขอให้สั่งลบลทะเบียนการระจำยอมออกเสียจากทะเบียนได้ หลักสำคัญในมาตรานี้ การจดทะเบียนการระจำยอมหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ต้องกระทำภายหลังจดทะเบียนจำนอง³⁵

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 722 มีขอบเขตการบังคับใช้ค่อนข้างจะแคบ กล่าวคือ ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิร้องขอให้ศาลสั่งลบลก็เฉพาะกรณีผู้จำนองไปจดทะเบียนการระจำยอมหรือจดทะเบียนทรัพย์สินอื่นอันมีลักษณะทำนองเดียวกันกับการระจำยอม เช่น จดทะเบียนสิทธิเก็บกินสิทธิเหนือพื้นดิน เป็นต้น ไม่หมายความว่ารวมถึงการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์หรือการจดทะเบียนจำนองซ้อนทั้งเพราะการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองมีกฎหมายบัญญัติให้ผู้จำนองซึ่งยังคงเป็น

³⁵ถาวร โพธิ์ทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 84-85.

เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองอยู่ สามารถจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ใครเมื่อใดก็ได้³⁶ กฎหมายจำนองเองก็บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองอยู่แล้วว่าสิทธิจำนองย่อมโอนติดไปกับทรัพย์สินจำนองนั้นด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 736-743) กรณีจำนองซ้อนก็เช่นเดียวกัน มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 712 บัญญัติให้ผู้จำนองสามารถทำได้ ขณะเดียวกันบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 730, 731 และ 732 บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองลำดับแรกไว้แล้ว

หากย้อนไปพิจารณาข้อวิเคราะห์ที่แสดงไว้ในประเด็นปัญหาข้อที่สองเห็นได้ว่า กรณีเอกชนผู้จำนองโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองให้แก่บุคคลอื่นไม่ว่าโดยการจดทะเบียนซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือให้ สิทธิจำนองย่อมติดไปกับทรัพย์สินจำนองด้วย การจำนองหาได้ระงับไปไม่ ผู้จำนองยังคงอ้างสิทธิจำนองยันต่อผู้รับโอนทรัพย์สินจำนองนั้นได้ ผู้รับจำนองต้องทำการโอนโฉนดทรัพย์สินจำนอง มิฉะนั้นแล้ว ทรัพย์สินจำนองอาจถูกบังคับจำนองและถูกยึดออกขายทอดตลาดได้ แต่หากเป็นกรณีเอกชนผู้จำนองแสดงเจตนาอุทิศทรัพย์สินจำนองให้แก่แผ่นดินเพื่อใช้เป็นสาธารณประโยชน์อันตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ผลตามกฎหมายที่ตามมาต่างกันอย่างมาก กรณีที่ทรัพย์สินจำนองตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้วย่อมอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 ที่ว่าห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่

ข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยที่ผู้วิจัยได้ยกขึ้นมาวิเคราะห์ในบทความนี้ นายเริ่มผู้จำนองเพียงแต่แสดงเจตนาอุทิศที่ดินจำนองของตนให้ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ อันมีผลให้ที่ดินแปลงนั้นตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยสมบูรณ์แล้ว นายเริ่มเจ้าของที่ดินผู้ยกให้และหน่วยงานราชการของรัฐในฐานะผู้รับต่างมิได้มีการไปจดทะเบียนสิทธิการโอนที่ดินโดยการยกให้แต่อย่างใด ประกอบกับผู้รับจำนองได้ฟ้องบังคับจำนอง ศาลมีคำสั่งบังคับคดียึดที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด และธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนองเป็นผู้ซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาด ได้มีการจดทะเบียนระงับจำนองและจดทะเบียนโอนขายให้ธนาคารอาคารสงเคราะห์ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีปรากฏเช่นนี้ ศาลฎีกาจึงมีคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14595/2558 ว่ากรณีไม่อาจปรับเข้ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722 ซึ่งเป็นเรื่องขอให้ลบลสิทธิที่จดทะเบียนออกจากทะเบียน หากผู้รับจำนองเสื่อมสิทธิได้รับความเสียหายอย่างไรได้

³⁶ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 702 วรรคสอง “ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ประกอบ มาตรา 1336 อ้างแล้ว.”

การที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าการใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722 ผู้รับจำนองจะใช้ได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่ผู้จำนองได้จดทะเบียนการจำนองหรือทรัพย์สินอื่น ๆ อันมีลักษณะทำนองเดียวกับการจำนอง แต่ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ผู้จำนองไม่ได้มีการจดทะเบียนการยกให้ที่ดินพิพาทให้แก่หน่วยงานของรัฐ และหากผู้รับจำนองจะใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722 ต้องใช้สิทธิก่อนที่จะมีการบังคับจำนอง แต่ในคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนองได้ยื่นบังคับจำนองและได้มีการดำเนินการบังคับคดียึดทรัพย์จำนองออกขายทอดตลาด และธนาคารผู้รับจำนองเข้าประมูลสุ่ราคาเป็นผู้ซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาดได้ รวมทั้งได้มีการจดทะเบียนรับจำนองและจดทะเบียนการซื้อขายที่ดินแปลงพิพาทโดยถูกต้อง อันถือเป็นการล่วงเลยเวลาที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 722 ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าขอบเขตการใช้สิทธิของผู้รับจำนองตามบทบัญญัติมาตรา 722 ค่อนข้างจะแคบภายใต้หลักเกณฑ์ที่มีข้อจำกัด ทั้งนี้เพราะการจำนองเป็นเพียงสัญญาหลักประกันโดยการนำทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของมาจดทะเบียนเป็นประกันการชำระหนี้ ส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองยังคงเป็นของผู้จำนองอยู่ ผู้จำนองจึงอาจจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ใครเมื่อใดก็ได้ หรืออาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของได้ตามหลักเรื่องกรรมสิทธิ์ เพียงแต่มีบทกฎหมายจำนองบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับจำนองมิให้ต้องเสียหายเพราะการกระทำของผู้จำนองดังเช่นบทบัญญัติมาตรา 702 วรรคสอง มาตรา 722 มาตรา 723 เป็นต้น

นอกจากจะใช้สิทธิตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722 ที่มีขอบเขตค่อนข้างจำกัดดังกล่าวแล้ว ปัญหาในงานวิจัยที่ควรนำมาวิเคราะห์ต่อไปมีว่าผู้รับจำนองจะใช้สิทธิเพิกถอนการฉ้อฉล³⁷ ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 ได้หรือไม่เพียงใด

³⁷ หลักการเพิกถอนการฉ้อฉลในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237-240 เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้อีกกรณีหนึ่งคือ การเพิกถอนการฉ้อฉล เป็นหลักการของกฎหมายที่ประสงค์จะรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามมาตรา 214 เพราะทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ถือเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ ดังนั้น ถ้าลูกหนี้ทำให้กองทรัพย์สิน (patrimony) ของตนลดน้อยลงโดยทุจริต ซึ่งกฎหมายเรียกว่า “การฉ้อฉล” ทำให้เจ้าหนี้เสียหายโดยการทำให้ทรัพย์สินไม่เพียงพอที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้ได้แล้ว กฎหมายจึงให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการที่จะขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำที่เป็นการฉ้อฉลที่ลูกหนี้ได้ทำลงนั้นได้ อ้างถึงใน ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2565), หน้า 125.

ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติในเรื่องการเพิกถอนการฉ้อฉล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 ก่อนข้างจะมีขอบเขตในการบังคับใช้กว้างอันจะเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหนี้ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากกรณีนี้ไม่อาจปรับใช้กับมาตรา 722 ได้ ก็อาจจะนำหลักเรื่องการเพิกถอนการฉ้อฉลมาใช้ได้ ทั้งนี้เพราะผู้จำนองเป็นลูกหนี้ทำนิติกรรมขึ้นให้ผู้รับจำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้เสียเปรียบ กรณีนี้ย่อมปรับเข้ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 ได้

นอกจากนี้ ในงานวิจัยให้ความเห็นว่า อาจมีการทำข้อตกลงกันไว้ระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองเป็นข้อตกลงอีกฉบับหนึ่งแนบท้ายหนังสือสัญญาจำนองที่ได้จดทะเบียนไว้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มักเรียกว่า “ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง” ในหัวข้อที่ว่าด้วยคำรับรองและคำยืนยันของผู้จำนองว่า “ในระหว่างที่สัญญาจำนองมีผลบังคับ ผู้จำนองจะไม่กระทำการใด ๆ อันมีผลทำให้เป็นที่เสื่อมสิทธิอันก่อความเสียหายให้แก่ผู้รับจำนอง เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับจำนอง หากผู้จำนองได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ทรัพย์สินจำนอง ผู้จำนองยอมให้ผู้รับจำนองใช้สิทธิบรรดาที่มีตามกฎหมายได้ทันที และยอมให้ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับได้อีกด้วย” ข้อความทำนองนี้อาจเป็นวิธีการหนึ่งที่ป้องกันได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาวิจัยแล้วเห็นว่าไม่ว่าจะใช้วิธีให้ผู้รับจำนองเป็นผู้ยึดถือโฉนดที่ดินแปลงนี้ไว้ (ซึ่งในข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนอง ในส่วนของสถาบันการเงินมักมีตกลงข้อนี้ไว้เสมอ) หรือผู้รับจำนองใช้สิทธิตามบทบัญญัติ มาตรา 722 โดยการรับรองขอให้ศาลสั่งลบการจดทะเบียนภาระจำยอม หรือทรัพย์สินอื่นที่ผู้รับจำนองก่อขึ้น ภายหลังจากการจำนองโดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วย หรือการใช้สิทธิเพิกถอนการฉ้อฉล ตามมาตรา 237 หรือการทำข้อตกลงอันมีลักษณะเป็นคำรับรองของผู้จำนองว่าจะไม่กระทำการใด ๆ ต่อทรัพย์สินจำนองที่อาจก่อความเสียหายแก่ผู้รับจำนองนั้น ก็เป็นวิธีที่จะใช้ป้องกันเฉพาะกรณีที่ผู้จำนองกระทำการเหล่านั้นต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นเอกชนด้วยกันเท่านั้น ไม่อาจใช้บังคับกับกรณีที่ผู้จำนองแสดงเจตนาอุทิศทรัพย์สินจำนองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทั้งนี้เพราะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินไว้เป็นการเฉพาะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305 มาตรา 1306 และ มาตรา 1307³⁸) จึงไม่อาจนำหลักทั่วไปที่บังคับใช้กับทรัพย์สินของเอกชนโดยทั่วไปมาใช้บังคับได้

³⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1305 “ทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นจะโอนแก่กันได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา,” มาตรา 1306 “ท่านห้ามมิให้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับแผ่นดินในเรื่องทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน” และ มาตรา 1307 “ท่านห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่.”

2.4 ประเด็นปัญหาข้อที่สี่ เมื่อทรัพย์จํานองตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปแล้วสิทธิจํานองจะยังคงมีอยู่ต่อไปหรือไม่ ผู้รับจํานองจะอ้างสิทธิในฐานะผู้รับจํานองฟ้องบังคับจํานองกับทรัพย์สิ่งนั้นได้อีกหรือไม่ สิทธิของบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สิ่งนั้นจากการขายทอดตลาดตามคำพิพากษาของศาลผลจะเป็นเช่นไร

โดยหลักแล้วสิทธิจํานองย่อมระงับสิ้นไปด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744³⁹ และเมื่อใดที่สิทธิจํานองระงับก็ต้องนำความไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง และไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะยกเป็นข้ออ้างต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 746⁴⁰ และจากหลักกฎหมายอีกเช่นกัน หากสิทธิจํานองยังไม่ระงับสิทธิจํานองย่อมครอบไปถึงทรัพย์จํานองทุกสิ่งทุกส่วน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 716, 717⁴¹) หรือกรณีถ้าทรัพย์สิ่งนั้นที่จํานองได้เอาประกันภัยไว้และเกิดภัยอันตรายเสียหายขึ้น สิทธิจํานองก็ครอบไปถึงเงินประกันที่จะได้รับจากผู้รับประกันภัยด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 231 วรรคแรก) หลักดังกล่าวนี้ใช้ได้ไม่เฉพาะแต่ในเรื่องทรัพย์สิ่งจํานองได้เอาประกันภัยไว้เท่านั้น แต่ยังใช้ได้ตลอดถึงกรณีที่ทรัพย์สิ่งจํานองถูกรื้อออกกฎหมายเวนคืนและรัฐได้ชดใช้เงินค่าทดแทน สิทธิจํานองก็ครอบไปถึงเงินค่าทดแทนจากการเวนคืนนี้ด้วย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 231 วรรคท้าย⁴²)

³⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 744 “อันจํานองย่อมระงับสิ้นไป

(1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ

(2) เมื่อปลดจํานองให้แก่ผู้จํานองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ

(3) เมื่อผู้จํานองหลุดพ้น

(4) เมื่อถอนจํานอง

(5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สิ่งจํานองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจํานองหรือถอนจํานอง หรือเมื่อมีการขายทอดตลาดทรัพย์สิ่งจํานองตามมาตรา 729/1

(6) เมื่อเอาทรัพย์สิ่งจํานองนั้นหลุด.”

⁴⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 746 “การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ดี การระงับหนี้ไม่ว่าอย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจํานองหรือหนี้จํานองเป็นประกันนั้นเป็นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในเมื่อมีคำขอร้องของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก.”

⁴¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 716 จํานองย่อมครอบไปถึงบรรดาทรัพย์สิ่งจํานองหมดทุกสิ่งแม้จะได้ชำระหนี้แล้วบางส่วน”, และ มาตรา 717 “แม้ว่าทรัพย์สิ่งจํานองจะแบ่งออกเป็นหลายส่วนก็ตาม ท่านว่าจํานองก็ยังคงครอบไปถึงส่วนเหล่านั้นหมดทุกส่วนด้วยกันอยู่นั่นเอง...”

⁴²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 231 วรรคแรก ถ้าทรัพย์สิ่งจํานอง จํานํา หรืออยู่ในบังคับบูรณสิทธิประการอื่นนั้นเป็นทรัพย์อันได้เอาประกันภัยไว้ไซ้ ท่านว่าสิทธิจํานอง จํานําหรือบูรณสิทธิอย่างอื่นนั้นย่อมครอบไปถึงสิทธิที่จะเรียกร้องเอาแก่ผู้ประกันภัยด้วย... มาตรา 231 วรรคท้าย วิธีเดียวกันนี้ท่านให้อนุโลมใช้บังคับแก่กรณีบังคับซื้อ กับทั้งกรณีที่ต้องใช้ค่าเสียหายอันควรจะได้แก่เจ้าของทรัพย์สิ่ง เพราะเหตุทรัพย์สิ่งทำลายหรือบุบสลายนั้นด้วย.”

อย่างไรก็ตาม กรณีผู้จํานองยกที่ดินอันเป็นทรัพย์สินจํานองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แตกต่างไปจากกรณีที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินจํานองถูกเวนคืน กรณีที่รัฐออกกฎหมายเวนคืนรัฐต้องจ่ายเงิน ค่าทดแทนจำนวนหนึ่งให้แก่ผู้จํานองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งกรณีการเวนคืนทรัพย์สินจํานองจึงอยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 231 วรรคท้าย แต่หากเป็นกรณีที่ผู้จํานองแสดงเจตนายกที่ดินจํานองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่ว่าทั้งแปลง หรือบางส่วน ย่อมถือเป็นการให้โดยเสน่หา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 521 หน่วยงาน ของรัฐซึ่งเป็นผู้รับจากการให้โดยเสน่หาไม่จําต้องจ่ายค่าเงินตอบแทนอย่างใด ๆ แก่เจ้าของที่ดิน ซึ่งเป็นผู้ให้เลย กรณีนี้จึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 231 วรรคท้าย ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อที่ดินที่ยกให้ตกเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว ย่อมต้องอยู่ภายใต้ของบทบัญญัติ มาตรา 1305, 1306 และ 1307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่าทรัพย์สินที่ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น จะโอน แก่กันมิได้และจะถูกบังคับคดีโดยการยึดมาขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษา ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ไม่ได้ อันเป็นหลักกฎหมายในทำนองเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 301(5)⁴³ ที่ว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมายหรือ ตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

แม้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744 จะมีได้มีความบัญญัติ ไปถึงกรณีที่ทรัพย์สินจํานองตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว จะทำให้การจํานองเป็นการระงับไป ก็ตาม แต่ในการบังคับใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศ สัญญามีหลักอยู่ว่า หากในเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งไม่มีบทกฎหมายกล่าวไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้นำหลักทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 มาใช้บังคับได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อทรัพย์สินจํานองมีการโอนเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว ย่อมเป็นการพ้นวิสัย ที่จะบังคับเอาทรัพย์สินนั้นมาขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ประจํา (เทียบเคียงคำพิพากษา ฎีกาที่ 2761-2764/2517 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่า ขณะทำสัญญาการรับช่วงการทำเหมืองแร่ กฎหมายไม่ห้าม แม้ต่อมาภายหลังมีกฎหมายห้าม ถือเป็นเรื่องการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย) กรณีย่อมบังคับ ตามหลักทั่วไป ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าเมื่อทรัพย์สินจํานองตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว แม้กรณี

⁴³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 301 “ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปนี้ ย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี...

(5) ทรัพย์สินอย่างใดที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย หรือตามกฎหมายย่อมไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี.”

ไม่อาจปรับเข้ากับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744 อันมีผลทำให้การจำนองระงับก็ตาม แต่ผู้รับจำนองก็ไม่อาจจะบังคับจำนองเอากับทรัพย์สินนั้นได้เพราะกรณีต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 1307 ที่ห้ามมิให้มีการบังคับคดีกับทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นไปในทำนองเดียวกับบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 301(5) ที่ว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็จะบังคับคดีกับทรัพย์สินสิ่งนั้นไม่ได้เช่นกัน ซึ่งเป็นเรื่องการบังคับจำนองตกเป็นพันวิสัยที่จะบังคับได้อันอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองเช่นเดียวกับกรณีจำนองระงับ ตามมาตรา 744 จึงต้องกลับมาวิเคราะห์เพิ่มเติมอีกว่าหากที่ดินแปลงดังกล่าวสิ้นสภาพการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เช่น อาจมีการโอนที่ดินแปลงดังกล่าวนี้ให้กลับคืนมาเป็นของเอกชนอีกครั้งโดยการตราเป็นกฎหมาย ดังนี้ กรณีจะยังมีอยู่ในบังคับของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคสองอีกหรือไม่ เพราะสิทธิจำนองย่อมไม่ระงับลงแม้ว่าจะมีการยกทรัพย์สินจำนองให้เป็นสาธารณประโยชน์ของแผ่นดินแล้วก็ตาม แต่ขณะนี้ความเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้สิ้นสภาพไปจากทรัพย์สินสิ่งนั้นแล้ว กรณีจะเป็นไปในทำนองเดียวกันกับที่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองฟ้องบังคับจำนองจนศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด แต่เจ้าหนี้ผู้นั้นก็ได้ดำเนินการบังคับคดีจำนองจนพ้นกำหนดเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ผลก็คือโจทก์ผู้เป็นเจ้าหนี้จำนองย่อมสิ้นสิทธิบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินจำนองของจำเลย แต่สิทธิจำนองเหนือทรัพย์สินจำนองยังคงมีอยู่ซึ่งโจทก์สามารถไต่ถามต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับโอนทรัพย์สินจำนองต่อไปได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4613/2559 (ประชุมใหญ่)⁴⁴ ที่ 401/2561⁴⁵ และดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 274 ประกอบ) อีกทั้งต้องระลึกเสมอว่า

⁴⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 4613/2559 (ประชุมใหญ่) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 2 การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง มาตรา 271 บัญญัติให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องร้องขอให้บังคับคดีภายในสิบปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ซึ่งหมายถึงตั้งแต่มีคำพิพากษาของศาลชั้นที่สุดในคดีนั้น เมื่อศาลชั้นต้นอ่านคำพิพากษาเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2543 ไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์ ดังนี้ การร้องขอให้บังคับคดีโดยการยึดทรัพย์สินจำนองจึงต้องกระทำภายในสิบปี แต่โจทก์เพิกถอนคำขอลงวันที่ 30 ตุลาคม 2556 ต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ดำเนินการบังคับคดียึดทรัพย์สินจำนองของจำเลย ล่วงพ้นระยะเวลาสิบปีนับแต่วันที่ 23 มิถุนายน 2543 แล้ว โจทก์จึงสิ้นสิทธิบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินจำนองของจำเลย อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินสิทธิจำนองยังคงอยู่ และโจทก์สามารถไต่ถามต่อลูกหนี้จำนองหรือต่อบุคคลภายนอกที่รับโอนทรัพย์สินจำนองต่อไปได้ (ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 6/2559).

⁴⁵คำพิพากษาฎีกาที่ 401/2561 แม้ผู้ร้องมิได้ร้องขอให้บังคับคดีในคดีที่ผู้ร้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาภายใน 10 ปี ทำให้สิ้นสิทธิในการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 (เดิม) ก็ตาม แต่ทรัพย์สินสิทธิจำนองของผู้ร้องยังคงมีอยู่.

การฟ้องคดีเพื่อบังคับจำนองไม่มีอายุความแม้หนี้ประธานจะขาดอายุความแล้ว สิทธิจำนองก็ทำได้ ระบุไปไม่ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/27 และมาตรา 744(1)) ด้วยหลักกฎหมายที่เป็นเช่นนี้ ทำให้ผู้วิจัยวิเคราะห์ได้ว่าหากที่ดินเป็นทรัพย์สินจำนองตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สิทธิจำนองหาได้ระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744 แต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการพ้นวิสัยที่ผู้รับจำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองเอาที่ดินทรัพย์สินจำนองสิ่งนั้นได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 เทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 2761-2764/2517 (ประชุมใหญ่))

ฉะนั้น ความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าหากต่อมามีความเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสิ้นสภาพไป และที่ดินแปลงดังกล่าวตกเป็นทรัพย์สินของเอกชน สิทธิจำนองก็กลับคืนมาเป็นคุณแก่ผู้รับจำนองคนเดิมอีก ทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 742 วรรคสอง เช่นนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ดินแปลงดังกล่าวไว้ ย่อมใช้สิทธิของตนในการบังคับจำนองเอาแก่บุคคลผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นได้ แม้หนี้ประธานที่มีอยู่เกี่ยวกับลูกหนี้จะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม ซึ่งประเด็นนี้อาจเป็นปัญหาที่ต้องนำมาวิเคราะห์กันต่อไป

ประเด็นปัญหาในข้อสือกประการหนึ่งก็คือ สิทธิของผู้ที่ซื้อทรัพย์สินนั้นจากการขายทอดตลาด ตามคำสั่งศาลอันสืบเนื่องจากการบังคับจำนองจะเป็นเช่นใด ผลแห่งการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305 วางหลักไว้ว่าจะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา หากทำสัญญาซื้อขายกันก็ตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ประกอบมาตรา 1305 (คำพิพากษาฎีกาที่ 395/2538 ซึ่งคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 ที่ผู้วิจัยได้ยกมาวิเคราะห์ก็วินิจฉัยยืนตาม) อันมีผลทำให้ผู้ซื้อทรัพย์สินที่ได้จากการขายทอดตลาดของศาลย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้กรรมสิทธิ์ (ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2622/2522) ดังที่กล่าวมาข้างต้น

2.5 ประเด็นปัญหาข้อที่ห้า ผู้รับจำนองควรได้รับการเยียวยาเพียงใดหากผู้จำนองยกทรัพย์สินจำนองให้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สัญญาจำนองเป็นสัญญาอุปกรณ์เป็นเพียงสัญญาซึ่งผู้จำนองเอาทรัพย์สินของตนมาจดทะเบียนจำนองไว้กับผู้รับจำนอง เพื่อเป็นประกันหนี้ประธานที่ลูกหนี้ก่อไว้กับผู้รับจำนอง โดยหลักแล้วตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744(1) บัญญัติว่าหากหนี้ประธานระงับลงไม่ว่าด้วยเหตุใดการจำนองย่อมระงับลงไปด้วย แต่หนี้จำนองอาจจะบังคับได้แม้หนี้ประธานจะไม่ระงับก็เป็นได้

ก่อนอื่นต้องทราบก่อนว่าบุคคลผู้เป็นเจ้าของหนี้ ย่อมมีสองสถานะ กล่าวคือ เป็นทั้งเจ้าหนี้สามัญเหนือมูลหนี้ประธานที่มีต่อผู้เป็นลูกหนี้และเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนอง เมื่อมี

2 สถานะเช่นนี้ เป็นผลให้เจ้าหนี้จึงอาจใช้สิทธิของตนในฐานะใดฐานะหนึ่งก็ได้ กฎหมายมิได้บังคับว่า ต้องใช้สิทธิบังคับจำนองแต่เพียงทางเดียวเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 127/2506, 2003/2519 และ 3262/2527⁴⁶) และหากบังคับจำนองเอาทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินไม่พอชำระหนี้ ประชาน หนี้ประชนส่วนที่ขาดหากมีข้อตกลงกันไว้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ว่าลูกหนี้ขอรับผิดชอบในส่วนที่ขาดจำนวน ดังนี้ เจ้าหนี้ก็ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้ส่วนที่ขาดอย่างเจ้าหนี้สามัญได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480 (ประชุมใหญ่), 168/2518 908/2532⁴⁷ และที่ 1507/2538⁴⁸ ประกอบ) เป็นเรื่องจำนองที่กำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง

นอกจากบทบัญญัติเรื่องจำนองแล้ว ยังมีบทบัญญัติทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193(3) ที่ว่าลูกหนี้จะถือเอาประโยชน์แห่งเงินเวลาเริ่มต้นไม่ได้ หากลูกหนี้ได้ทำลายหรือทำให้ลดน้อยถอยลงซึ่งประกันอันได้ให้ไว้ การที่ลูกหนี้นียกทรัพย์สินที่ตนนำไปจำนองไว้กับเจ้าหนี้ให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินย่อมถือได้ว่าเป็นการทำลายหลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ เมื่อกรณีต้องด้วยมาตรา 193(3) แล้ว เจ้าหนี้ผู้นั้นย่อมใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ประชนจากลูกหนี้ได้ ถือเป็นการใช้สิทธิในฐานะเป็นเจ้าหนี้สามัญและอาจถือเป็นละเมิดได้ด้วย

⁴⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 3262/2527 การกู้เงินที่มีจำนองเป็นประกัน เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนี้สามัญ โดยบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 หรือจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาจำนองอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้การจำนองไม่ห้ามเจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องผูกพันที่จะบังคับชำระหนี้เอาเฉพาะทรัพย์สินที่จำนองแต่ทางเดียว โจทก์ฟ้องจำเลยโดยอาศัยมูลหนี้เดิมคือหนี้ตามสัญญากู้มิได้ฟ้องบังคับโดยอาศัยสัญญาจำนอง ฉะนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ที่ว่าถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระกันอยู่ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินที่ขาด จึงนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับคดีนี้ได้

⁴⁷คำพิพากษาฎีกาที่ 908/2532 โจทก์เป็นลูกจ้างของจำเลย ในการทำสัญญาจ้างโจทก์ได้จำนองที่ดินแปลงหนึ่งไว้เป็นประกันความเสียหาย ซึ่งยอมแยกการจำนองกับหนี้ที่เอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันออกจากกันได้ เมื่อโจทก์ทำให้จำเลยเสียหายจำเลยจึงมีสิทธิเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจำนองก็ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ไม่บังคับว่าจำเลยมีสิทธิฟ้องบังคับจำนองเพียงทางเดียว ดังนั้น เมื่อจำเลยไม่ประสงค์จะบังคับชำระหนี้ค่าเสียหายจากที่ดินที่จำนองและจำเลยมีหนี้ต้องชำระเงินสะสมและเงินบำเหน็จจำนวนหนึ่งให้โจทก์ ประกอบกับจำเลยได้ใช้สิทธิขอหักหนี้มาในค่าให้แล้ว จำเลยจึงมีสิทธินำเงินบำเหน็จของโจทก์มาหักกับค่าเสียหายของจำเลยได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 โดยไม่จำต้องบังคับเอาจากทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันก่อน

⁴⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 1507/2538 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้จำนองอาจตกลงกับผู้รับจำนองเป็นประการอื่นได้ จะมีข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองยกเว้นบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ก็ได้

นอกจากบทบัญญัติในทางแพ่งแล้ว ในประเด็นสุดท้ายอาจปรับเข้ากับควมรับผิดชอบในทางอาญาฐานโกงเจ้าหนี้ (ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350⁴⁹ ประกอบ)

คดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 ที่ผู้วิจัยได้นำมาใช้ศึกษาวิเคราะห์นั้น สืบเนื่องมาจากคดีบังคับจำนองโดยธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนองฟ้องนายเริ่มผู้จำนองเพื่อบังคับจำนองศาลมีคำพิพากษาให้ธนาคารชนะคดี ธนาคารอาคารสงเคราะห์จึงนำยึดที่ดินโฉนดที่ดินเลขที่ 20189 เนื้อที่ทั้งแปลงประมาณ 3 ไร่ 1 งาน 60 ตารางวา (ทรัพย์สินจำนอง) ออกขายทอดตลาด เข้าใจว่าทั้งธนาคารผู้นำยึดหรือศาลซึ่งมีคำพิพากษาบังคับจำนองต่างไม่รู้ว่าบางส่วนของที่ดินแปลงดังกล่าว (ต่อไปในบทความนี้ผู้วิจัย จะเรียกว่า ที่ดินพิพาท ซึ่งมีเนื้อที่ประมาณ 3 งาน) นายเริ่มผู้จำนองได้อุทธรณ์ที่ดินพิพาทส่วนนี้ให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว ทั้งนี้เพราะไม่มีการจดทะเบียนการยกให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินในโฉนดที่ดินเลขที่ 20189 แต่อย่างไรก็ตาม ธนาคารอาคารสงเคราะห์เป็นผู้ประมูลซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาดได้มีการจดทะเบียนระงับจำนองและจดทะเบียนขายให้ธนาคารอาคารสงเคราะห์ หลังจากนั้นอีก 2 ปี นางอุไรวรรณโจทก์ซื้อที่ดินโฉนดดังกล่าวพร้อมบ้านปูนชั้นเดียวซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินจากธนาคารอาคารสงเคราะห์โดยมีการจดทะเบียนซื้อขายและจดทะเบียนมีชื่อโจทก์เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ลงในโฉนดที่ดินแปลงเลขที่ 20189 โจทก์เข้าไปเพื่อจะใช้ประโยชน์ในที่ดินแปลงดังกล่าว จึงได้ทราบว่ายากายในที่ดินแปลงดังกล่าวทางทิศใต้เนื้อที่ประมาณ 3 งาน คือที่ดินพิพาทมีอาคารศูนย์พัฒนาเด็กเล็กบ้านวังลำ ซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์การบริหารส่วนตำบลวังคีรี (จำเลย) ตั้งอยู่ นางอุไรวรรณเป็นโจทก์ยื่นฟ้องขอให้บังคับองค์การบริหารส่วนตำบลวังคีรี จำเลย รื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดินของโจทก์ ห้ามจำเลยและบริวารเกี่ยวข้องกับที่ดินของโจทก์อีกต่อไป จำเลยให้การขอให้งดฟ้อง

ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ โจทก์ฎีกา ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 ว่า “ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 12 จำนองหมวด 5 สิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินซึ่งจำนอง ตามมาตรา 736 ถึงมาตรา 743 ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้รับโอนทรัพย์สินที่จำนองไว้ ย่อมแสดงว่าผู้จำนองย่อมมีสิทธิโอนทรัพย์สินซึ่งจำนองไปยังบุคคลอื่นได้ในฐานะที่ผู้จำนองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 705 ผู้จำนองจึงมีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งจำนองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และมาตรา 702 วรรคสอง คดีนี้ไม่ได้มีการจดทะเบียนสิทธิการโอนที่ดินพิพาทจากนายเริ่มให้แก่ทางราชการตามโฉนดที่ดินและผู้รับจำนองได้ฟ้องบังคับจำนอง

⁴⁹ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 350 “ผู้ใดเพื่อมิให้เจ้าหนี้ของตนหรือของผู้อื่นได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งได้ใช้หรือจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้ ย้ายไปเสีย ซ่อนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่นซึ่งทรัพย์สินใดก็ดี แก่สิ่งให้ตนเองเป็นหนี้จำนวนใดอันไม่เป็นความจริงก็ดี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

และจดทะเบียนระงับจำนองไปแล้ว ตามสารบัญญัติทะเบียนโฉนดที่ดิน กรณีไม่อาจปรับเข้ากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 722 ซึ่งเป็นเรื่องขอลบสิทธิที่จดทะเบียนออกจากทะเบียน หากผู้รับจำนองเสื่อมสิทธิได้รับความเสียหายอย่างไร ก็เป็นเรื่องที่ผู้รับจำนองต้องไปว่ากล่าวเอาแต่ผู้จำนองต่อไป ดังนั้น นายเริ่มผู้จำนองจึงมีสิทธิอุทธรณ์ที่ดินพิพาทให้แก่ทางราชการได้ เมื่อนายเริ่มได้อุทธรณ์ที่ดินพิพาทให้แก่ทางราชการเพื่อก่อสร้างศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก กรมพัฒนาชุมชน ซึ่งต่อมาโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่จำเลยที่ดินพิพาทจึงตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน โดยเฉพาะนับแต่วันที่นายเริ่มแสดงเจตนายกเลิก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304(3) โดยไม่จำต้องจดทะเบียนการยกให้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 การอุทธรณ์ที่ดินพิพาทของนายเริ่มให้แก่ทางราชการจึงชอบด้วยกฎหมาย”

ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ นายเริ่มจดทะเบียนจำนองที่ดินเนื้อที่เต็มตามโฉนดคือ 3 ไร่ 1 งาน 60 ตารางวา เป็นประกันหนี้เงินกู้ไว้กับธนาคารอาคารสงเคราะห์ ต่อมานายเริ่มอุทธรณ์ที่ดินเนื้อที่บางส่วนประมาณ 3 งาน ให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งได้แก่ ที่ดินพิพาทเช่นนี้เห็นว่า สิทธิจำนองยังคงมีอยู่และครอบคลุมถึงที่ดินเนื้อที่ประมาณ 2 ไร่ 2 งาน 60 ตารางวา อันเป็นเนื้อที่ดินในส่วนที่นายเริ่มมิได้แสดงเจตนายกเลิกให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เนื้อที่ดินส่วนนี้ยังคงเป็นของนายเริ่มผู้จำนอง ดังนั้น เฉพาะที่ดินพิพาทเนื้อที่ 3 งาน เท่านั้นที่ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่อยู่ในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1305 และ 1307

ด้วยเหตุที่มีได้มีการเปิดเผยทางทะเบียน จึงทำให้ธนาคารอาคารสงเคราะห์มิได้รู้ว่าที่ดินพิพาทส่วนนั้นตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว ธนาคารเจ้าหนี้จึงนำยึดที่ดินจำนองทั้งแปลงออกขายทอดตลาดโดยธนาคารประมูลราคาเข้าซื้อที่ดินจำนองนั้นไว้เอง สัญญาซื้อขายที่ดินที่ทำขึ้นระหว่างนายเริ่มผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองกับธนาคารผู้ซื้อทรัพย์สินแม้จะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ประกอบมาตรา 1305 ก็เป็นโมฆะเฉพาะส่วนที่ดินพิพาทเท่านั้น ที่ดินส่วนที่มีได้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 1305 หากได้ตกเป็นโมฆะไปด้วยไม่เพราะการซื้อขายที่ดินในส่วนนี้หาได้มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายแต่อย่างใดไม่ กรณีจึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2243/2517⁵⁰) เมื่อธนาคารอาคารสงเคราะห์ซื้อที่ดินแปลงดังกล่าวทั้งแปลงจากการ

⁵⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2243/2517 โจทก์จำเลยเจตนาจะซื้อขายที่ดินเฉพาะส่วนจำนวนเนื้อที่ 35 ตารางวาครั้งต่อกัน แต่โจทก์ได้ทำนิติกรรมขายที่ดินให้จำเลยไป 88 ตารางวาครั้ง โดยเชื่อว่าเจ้าพนักงานที่ดินได้ปฏิบัติถูกต้องแล้ว ถือว่าเป็นการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม นิติกรรมจึงตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อตามพฤติการณ์แห่งกรณีเห็นได้ชัดว่า โจทก์จำเลยมีเจตนาจะซื้อขายที่ดินจำนวนเนื้อที่ 35 ตารางวาครั้ง การซื้อขายที่ดินในส่วนนี้จึงสมบูรณ์แยกออกจากที่ดินจำนวนเนื้อที่ 53 ตารางวาของโจทก์ ซึ่งเป็นส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้.

ขายทอดตลาดอันเนื่องมาจากการบังคับจำนอง และได้มีการจดทะเบียนระงับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 744(5) และมาตรา 746 เช่นนี้ย่อมมีผลทำให้การจำนองระงับที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ 20189 เนื้อที่ 2 ไร่ 2 งาน 60 ตารางวา ซึ่งเป็นที่ดินในส่วนที่มีได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ของธนาคารอาคารสงเคราะห์ตามผลของสัญญาซื้อขายโดยสมบูรณ์ ต่อมาเมื่อโจทก์ได้ซื้อที่ดินแปลงดังกล่าวจากธนาคารอาคารสงเคราะห์ ผลของสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างโจทก์กับธนาคารซึ่งได้มีการจดทะเบียนกันโดยถูกต้องจึงต้องแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ในส่วนแรกที่ดินพิพาทเนื้อที่ประมาณ 3 งาน ที่ดินส่วนนี้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ธนาคารอาคารสงเคราะห์หาได้มีกรรมสิทธิ์แต่อย่างใดไม่ ดังผู้วิจัยได้วิเคราะห์แล้วในข้างต้น แม้โจทก์จะรับซื้อรับโอนที่ดินส่วนนี้ไว้โดยสุจริต โจทก์ก็ไม่มีสิทธิในที่ดินแปลงดังกล่าวแต่อย่างใดไม่ เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน สำหรับในส่วนที่สอง ที่ดินเนื้อที่ประมาณ 2 ไร่ 2 งาน 60 ตารางวา ซึ่งมีได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ธนาคารอาคารสงเคราะห์ย่อมมีกรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์ในที่ดินส่วนนี้ เมื่อโจทก์รับซื้อรับโอนที่ดินส่วนนี้มาจากธนาคารอาคารสงเคราะห์โดยสุจริต โจทก์ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินส่วนนี้ไปโดยสมบูรณ์เช่นกัน

คดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 สืบเนื่องมาจากคดีที่นายเริ่มผู้จำนองได้อุทธรณ์ที่ดินพิพาทของตนเพียงบางส่วนให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งที่ดินแปลงนี้นายเริ่มได้จดทะเบียนจำนองเป็นประกันหนี้เงินกู้ไว้กับธนาคารอาคารสงเคราะห์ ที่ดินส่วนนี้มีได้อุทธรณ์ให้แก่ทางราชการยังมีจำนวนเนื้อที่เหลือมากพอที่จะเป็นหลักประกันหนี้ แต่ก็ไม่ใช่ว่าธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนองจะไม่มีความเสี่ยงแต่ประการใด

ผู้วิจัยวิเคราะห์ต่อไปถึงว่า หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปเป็นว่านายเริ่มผู้จำนองอุทธรณ์ที่ดินทั้งแปลงหรือเกือบหมดทั้งแปลงให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ความเสียหายย่อมบังเกิดมีขึ้นกับธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้เป็นเจ้าของหนี้แน่นอน หนี้ประธานรายนั้นจะเรียกว่าไม่มีทรัพย์สินสิ่งใดเป็นหลักประกันเลยก็ได้ แม้จะมีก็ไม่อาจบังคับจำนองได้เพราะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไปแล้ว และยังมีผลกระทบไปถึงสิทธิของบุคคลผู้ซื้อที่ดินแปลงนั้นต่อไปอีกด้วย แม้จะเป็นการซื้อจากการขายทอดตลาดตามคำพิพากษาของศาลก็ตาม หากนายเริ่มผู้จำนองทำการเช่นที่กล่าวนี้และก่อความเสียหายแก่ธนาคารผู้เป็นเจ้าหนี้จำนอง หากปรับหลักกฎหมายที่ได้ยกขึ้นกล่าวไว้ในประเด็นปัญหาข้อที่ห้าข้างต้น กล่าวคือ ธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนองไม่อาจบังคับจำนองกับที่ดินในส่วนที่ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้ แต่ธนาคารเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เงินกู้จากนายเริ่มในฐานะเป็นเจ้าหนี้สามัญได้ และบังคับชำระหนี้เงินได้ทันทีโดยที่นายเริ่มลูกหนี้ไม่อาจอ้างเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นได้ ส่วนจะบังคับชำระหนี้เงินกู้ได้ครบจำนวนหรือไม่ขึ้นอยู่กับนายเริ่มมีทรัพย์สิน

มากพอหรือไม่ที่ธนาคารจะบังคับขายทอดตลาด เพื่อนำเงินมาชำระหนี้และถือได้ว่าการที่นายเริ่มผู้จำนองยกทรัพย์สินจำนองทั้งหมดหรือเกือบหมดให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินย่อมก่อความเสียหายในทางทรัพย์สินแก่ธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้เป็นเจ้าของหนี้ แม้นายเริ่มจะอ้างว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนองตนย่อมมีสิทธิยกทรัพย์สินจำนองให้แก่ใครหรือให้แก่แผ่นดินก็ได้ แต่เห็นได้ว่าการที่นายเริ่มผู้จำนองทำเช่นนั้นย่อมถือได้ว่านายเริ่มผู้จำนองใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้รับจำนองอันถือเป็นการละเมิดต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดแก่ธนาคารเจ้าหนี้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 , 421 และ 438)

ในส่วนคดีอาญาความผิดฐานฉ้อโกงเจ้าหนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 หากได้ความว่าธนาคารผู้รับจำนองได้ยื่นฟ้องบังคับจำนองแล้วหรือไม่ยื่นหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังนายเริ่มผู้จำนองอันแสดงให้เห็นว่าธนาคารอาคารสงเคราะห์จะฟ้องคดีบังคับจำนองต่อศาล หากนายเริ่มผู้จำนองได้ทำการยกทรัพย์สินจำนองให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน การกระทำของนายเริ่มเช่นนี้ย่อมเป็นความผิดฐานฉ้อโกงเจ้าหนี้

ส่วนกรณีที่นางอุไรวรรณได้ซื้อที่ดินแปลงดังกล่าวต่อจากธนาคารอาคารสงเคราะห์เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการตกลงซื้อที่ดินทั้งแปลงจำนวน 3 ไร่ 1 งาน 60 ตารางวา ขณะที่เข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินแปลงดังกล่าวทั้งธนาคารผู้ขายและนายอุไรวรรณผู้ซื้อ ก็ได้ล่วงรู้ว่าที่ดินพิพาทจำนวนเนื้อที่ 3 งานนั้น นายเริ่มเจ้าของเดิมได้ยกให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว ผลในทางคดีก็เป็นไปตามที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 ว่าเมื่อธนาคารอาคารสงเคราะห์ไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทจึงไม่มีอำนาจโอนขายที่ดินพิพาทให้แก่นางอุไรวรรณ แม้จะรับโอนไว้โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน แต่นายอุไรวรรณย่อมไม่ได้กรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน

เมื่อผลแห่งคดีเป็นเช่นนี้ นางอุไรวรรณผู้ซื้อไม่มีสิทธิเรียกเงินคืนจากธนาคารอาคารสงเคราะห์ผู้ขายได้เท่ากับราคาที่ดินพิพาทซึ่งนายอุไรวรรณไม่ได้กรรมสิทธิ์ในส่วนที่ดินส่วนนี้ เพราะที่ดินส่วนนี้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินมาตั้งแต่ที่นายเริ่มผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินเดิมยกที่ดินพิพาทนี้ให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ส่วนราคาที่ดินที่มีได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน นางอุไรวรรณไม่มีสิทธิเรียกคืนเงินจากธนาคารอาคารสงเคราะห์ได้ เพราะที่ดินส่วนนี้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของนางอุไรวรรณโดยสมบูรณ์แล้ว

3. สรุปและเสนอแนะ

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดนี้เกิดมาจากเหตุที่ว่าผู้เป็นเจ้าของที่ดินมีสิทธิที่จะยกที่ดินของตนให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้ แม้ที่ดินแปลงนั้นจะมีการจำนองติดอยู่ก็ตาม การยกทรัพย์สินของตนให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่มีขั้นตอนทำได้ง่าย ข้อสำคัญเมื่อยกให้เป็นสาธารณสมบัติ

ของแผ่นดินแล้วภายหลังจะเปลี่ยนใจขอเพิกถอนหาได้ไม่ เมื่อตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แล้วย่อมอยู่ในบังคับของบทบัญญัติ มาตรา 1305, 1306 และ 1307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อทรัพย์สินของเอกชนรายใดตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เพราะเจ้าของอุทิศให้แล้วกลับมีหลักว่าการตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่จำเป็นต้องมีการเปิดเผยทางทะเบียนเหมือนเช่นทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ประเภทอื่น ๆ หากเป็นที่ดินก็ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนให้ปรากฏในสารบัญเณดที่ดิน ทำให้บุคคลทั่วไปไม่สามารถที่จะล่วงรู้และตรวจสอบได้ เพราะไม่มีวิธีการตรวจสอบนอกเสียจากไปสอบถามเจ้าของที่ดิน และเจ้าของที่ดินพูดความจริงให้รู้ว่าที่ดินแปลงนั้นตนได้ยกให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้วทั้งแปลงหรือเพียงบางส่วน ซึ่งบางครั้งอาจดูเหมือนง่ายแต่ในความเป็นจริงแล้วมักจะไม่ได้รับความจริงจากบุคคลที่เป็นเจ้าของหรือทายาทของเจ้าที่ดิน

ผู้วิจัยจึงใคร่ขอเสนอแนะในเบื้องต้นว่า ถึงเวลาอันสมควรและมีความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีการฉ้อฉลเช่นคดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 14595/2558 เกิดขึ้นอีก ควรได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 ให้ใช้บังคับกับกรณีการยกให้ทรัพย์สินอันตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วย

บรรณานุกรม

- กำชัย จงจักรพันธ์, “ผิดนัด” กับ “ผิดสัญญา” เหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร.” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 8, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2562): 1-15.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2565.
- ถาวร โพธิ์ทอง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จิรัชการพิมพ์, 2547.
- ประมุข สุวรรณศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2525.
- ประสิทธิ์ ไชยกุล. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.
- พจน์ ปุષปาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดเหนี่ยวและบุริมสิทธิ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2533.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.
- วิชญ์ เครื่องาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2532.
- ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- _____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.
- _____. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 25. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

ปัญหาเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับ
ที่ดินสาธารณะประโยชน์

เฉลิมพงษ์ เพ็ญโรจน์

ปัญหาเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์*

Conflicts of Jurisdiction over Disputes relating to Public Land

เฉลิมพงษ์ เพ็ญโรจน์**
Chalermpong Penroj

บทคัดย่อ

บทความนี้ มุ่งนำเสนอเกี่ยวกับปัญหาการดำเนินคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ในศาลไทย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ เขตอำนาจศาลปกครองและศาลยุติธรรมทั้งของประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์เป็นคดีที่มีเนื้อหาของคดีคาบเกี่ยวระหว่างหลักกฎหมายปกครองอันเป็นกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชน คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม จึงเกิดปัญหาว่าคดีลักษณะดังกล่าวควรได้รับการพิจารณาพิพากษายังศาลใด ประเทศไทยแม้จะมีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทำหน้าที่วินิจฉัย

*บทความนี้เรียบเรียงจากดุษฎีนิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันดุษฎีนิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์สุชสมัย สุทธิบัติ และ ดร.มานิช นามเดช คณะกรรมการสอบป้องกันดุษฎีนิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ, รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ, ศาสตราจารย์ ดร.ปิยะฉัตร จารุธีรศานต์, นายสุชาติ มงคลเลิศพล และ นายสมจิตร ทองศรี.

The article is a part of dissertation “Conflicts of Jurisdiction over Disputes relating to Public Land.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements of the Doctor of Laws at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Suksami Sutthibodee and Dr. Manoch Namdech are advisors. Adjunct Professor Panya Sutthibodee, Associate Professor Dr. Poom Chokmoh, Professor Dr. Piyachat Jarutirasam, Mr. Suchart Mongkollertlop and Mr. Somjit Thongsri are examiners.

**นักศึกษาลัทธิสุตฺรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต โครงการปรัชญาดุษฎีบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: appleta007@gmail.com

Ph.D. Candidate, Doctor of Philosophy Program in Social Sciences, Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 15 ตุลาคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 12 ธันวาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 12 ธันวาคม 2566.

ชี้ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล แต่ก็ยังไม่ได้แก้ปัญหาคติพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ มาสู่ศาล เพราะต้นตอของปัญหายังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างจริงจังและถูกต้องตามหลักกฎหมาย ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์จะเป็นคดีที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ และเป็นเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจการทางปกครอง และเป็นคดีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง ในที่ดิน ในขณะที่เดียวกันการต่อสู้ทางคดีจำเป็นต้องใช้พยานหลักฐานทางเทคนิคและผู้เชี่ยวชาญในการสนับสนุนทางคดีเป็นส่วนใหญ่ ราษฎรทั่วไปที่มีข้อพิพาทกับฝ่ายรัฐจะตกอยู่ในสถานการณ์ที่เสียเปรียบทางคดี เพราะหน่วยงานรัฐจะมีข้อมูลและผู้เชี่ยวชาญที่สามารถสนับสนุนคดีฝ่ายตนได้มากและดีกว่าฝ่ายราษฎรทั่วไป อีกทั้งหากคดีถูกนำไปสู่ศาลยุติธรรมซึ่งใช้ระบบการพิจารณาแบบกล่าวหา ฝ่ายราษฎรก็จะตกอยู่ในภาวะกฎหมายปิดปาก เพราะภาระการพิสูจน์จะตกแก่ฝ่ายราษฎรที่อ้างข้อต่อสู้ข้อเถียงของตนว่าเอกสารที่ฝ่ายรัฐทำขึ้นมานั้นไม่ถูกต้องอย่างไร ตามมาตรา 127 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อีกทั้งศาลยุติธรรมไม่อาจพิพากษาเกินคำฟ้องหรือคำขอตามมาตรา 142 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้ไม่อาจค้นหาความจริงได้มากเท่าศาลปกครองที่ใช้การวิธีพิจารณาคดีในระบบไต่สวนตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 วรรคแรก จึงมีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีได้มากกว่าศาลยุติธรรม ซึ่งศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิแห่งทรัพย์สินใด ๆ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง และมาตรา 71(4) อีกทั้งมีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอันเป็นประเด็นรองแห่งคดีได้ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 41 วรรคสอง คติพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์จึงเป็นคดีปกครองและควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำสำคัญ: คติพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์, คดีที่ดิน, คดีที่ดินกับศาลปกครอง

Abstract

The article focused on disputed cases regarding public land. Its purpose is creating understanding of disputed cases regarding public land and the jurisdiction of the administrative courts and the courts of justice regarding such cases. The dispute on public land is a case where the content of the case overlaps between administrative law and civil law in the jurisdiction of the Administrative Court and the court of justice. Therefore, there is a problem as to which court should a case like this be adjudicated in Thailand, although there is already a Committee on Conflicts of Jurisdiction of Courts. It has not solved the problem of bringing disputed cases regarding public land to court. The root cause of the problem has not been resolved seriously and legitimately.

The government officials or administrative agencies are always involved with this case. So, it is necessary to examining the exercise of powers of government officials or administrative agencies. Therefore, it must fight with most of the technical evidence and experts. General citizens who fight their cases against the government will be at a disadvantage in the case because government agencies will have more information and experts who can support their own cases. Moreover, if the case is brought to the Court of Justice which applies anessai system people's parties will be in a state of silence. The burden of proof will fall on the civilian party who cited their arguments as to how the documents the government has made are inaccurate, according the Section 127 of the Civil Procedure Code. In addition, the Court of Justice does not may judge beyond the plaint or request under section 142 of the Civil Procedure Code. As a result, it is impossible to find the truth as much as the Administrative Court that uses the judicial process in the judicial system according to the Rules of the General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court on Administrative Court Procedure, B.E. 2543. As a result, the truth of case will be found more than the Court of Justice.

Finally, the Administrative Court also has the power to consider judgment on any property rights according to the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542, Section 71(4) and has power to decide issues

of ownership or possessory rights which are secondary issues of the case according to the Rules of the General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court on Administrative Court Procedure, B.E. 2543, Article 41, paragraph two. It is the Administrative case that should be under the jurisdiction of the Administrative Court.

Keywords: diputed cases regarding public land, land case, land case against the administrative court

1. บทนำ

ตั้งแต่อดีตจนปัจจุบัน ที่ดินยังคงเป็นปัจจัยพื้นฐานการผลิตที่สำคัญทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่กำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา เกษตรกรรมเป็นอาชีพที่สำคัญของประชาชนและสามารถทำรายได้ส่วนใหญ่ให้แก่ประเทศ อันเป็นส่วนสำคัญในการพัฒนาประเทศให้เจริญก้าวหน้า และโดยที่ปัจจุบันประชากรเพิ่มมากขึ้น เป็นผลให้ความต้องการสินค้าอุปโภคบริโภคเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นที่ดินจึงเป็นปัจจัยการผลิตขั้นพื้นฐาน เป็นตัวแปรสำคัญในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม จึงต้องมีการจัดการการใช้ที่ดินอย่างถูกต้อง ด้วยที่ดินเป็นทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด จึงต้องจัดให้มีการใช้ประโยชน์ในที่ดินมากที่สุด เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด การใช้ที่ดินเพื่อสร้างประโยชน์จึงทำให้เกิดความต้องการใช้ที่ดินมากยิ่งขึ้นตามการพัฒนาของสังคมที่เกิดขึ้น เมื่อมีความต้องการใช้ที่ดินมากขึ้น แต่ที่ดินมีอยู่อย่างจำกัด ย่อมอาจทำให้เกิดเป็นข้อพิพาทในการแย่งการใช้ประโยชน์ที่ดินในหลาย ๆ กรณี โดยเฉพาะกรณีที่ดินที่เป็นสาธารณประโยชน์ที่อยู่ในความดูแลของหน่วยงานของรัฐ

2. คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์

คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินถือเป็นคดีพิพาทที่มีปริมาณการฟ้องคดีทั้งต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรม เป็นจำนวนมากประเภทหนึ่ง โดยตั้งแต่ศาลปกครองเริ่มทำการ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2565 มีคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง (คดีรับเข้า) รวมทั้งสิ้น 26,747 คดี จากคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง (คดีรับเข้า) ทั้งหมด 181,157 คดี คิดเป็นร้อยละ 14.76 ของคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง (คดีรับเข้า) ทั้งหมด โดยแบ่งออกเป็นคดีพิพาทที่มีประเด็นการใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายที่ดินเข้ามาเกี่ยวข้อง (คดีรับเข้า) และคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินตามกฎหมายอื่น (คดีรับเข้า) แล้วพบว่า คดีพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับการใช้ตามประมวลกฎหมายที่ดิน และที่คาบเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายที่ดิน (คดีรับเข้า) ตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2565 ทั้งในศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด มีจำนวนคดีพิพาทในศาลปกครองกลาง จำนวน 5,205 คดี ในศาลปกครองภูมิภาค จำนวน 11,964 คดี และในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 7,383 คดี รวมทั้งสิ้น 24,552 คดี คิดเป็นร้อยละ 91.79 ของจำนวนคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินทุกประเภท (คดีรับเข้า)¹ ส่วนในศาลยุติธรรมมีคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาคดีของ

¹รายงานสถิติคดีศาลปกครองสูงสุด จำแนกตามหัวเรื่อง (Administrative Case Report ในระบบ Adm Case) ตั้งแต่เปิดศาลจนถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2565.

ศาลฎีกาจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับที่ดินเป็นอันดับต้น ๆ เสมอ² และเป็นคดีที่มีข้อโต้แย้งระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลจึงต้องส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทำการวินิจฉัยชี้ขาดอย่างต่อเนื่อง ซึ่งคดีส่วนใหญ่เรื่องที่ถูกส่งไปให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทำการวินิจฉัยล้วนแต่จะเป็นคดีเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินเป็นส่วนใหญ่³ แสดงให้เห็นว่า คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลคดีเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินยังไม่อาจหาข้อยุติได้อย่างแท้จริง เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีที่ดินสาธารณะประโยชน์ การนำคดีลักษณะดังกล่าวมาสู่ศาลเพื่อพิจารณาพิพากษา ปัจจุบันยังไม่มีข้อยุติชัดเจนว่าควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด ระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง จึงก่อให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาสู่ศาลทั้งสอง 3 ประการ ดังนี้

2.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์เป็นคดีคาบเกี่ยวระหว่างข้อพิพาททางแพ่งและทางปกครอง จึงมีเนื้อหาของคดีไม่ชัดเจนว่าคดีลักษณะดังกล่าวควรเป็นคดีลักษณะใด เพราะเป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในทางแพ่งและเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันส่งผลต่อหรือเป็นอุปสรรคต่อการใช้ประโยชน์ที่ดินอันเป็นปัจจัยการผลิตขั้นพื้นฐานของประเทศ รวมถึงเป็นอุปสรรคต่อการให้บริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐในด้านต่าง ๆ ตลอดจนการใช้อำนาจตามกฎหมาย เพื่อจัดการใช้ประโยชน์ในที่ดินสาธารณะ เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ และเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจทั่วไปของหน่วยงานของรัฐ เช่น การดูแลที่ดินสาธารณะประโยชน์ การใช้ที่ดินสาธารณะประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐในการกิจของหน่วยงานของรัฐ เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการแย่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินสาธารณะประโยชน์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือมีการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่กลับไม่สามารถแบ่งแยกลักษณะคดีดังกล่าวได้ว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครองและควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด

²สำนักแผนงานและงบประมาณ, ศาลยุติธรรม, หนังสือรายงานสถิติคดีของศาลยุติธรรมประจำปีพุทธศักราช (ฉบับภาษาไทย) [Online], available URL: <https://oppb.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/2085>, 2566 (มกราคม, 3).

³สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, ศาลยุติธรรม, รวมนัยคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล [Online], available URL: <https://oscj.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/119>, 2566 (มกราคม, 3).

2.2 ปัญหาเกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน สาธารณประโยชน์ตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป ส่วนศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง เมื่อเกิดปัญหาว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์ควรให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์แต่ละคดีมีความสำคัญและแตกต่างกัน จึงสร้างความสับสน ยุ่งยากให้แก่คู่ความหรือคู่กรณี รวมถึงตัวผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีด้วย จึงทำให้คู่ความหรือคู่กรณีได้เปรียบหรือเสียเปรียบในทางคดี จึงมีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทำการชี้ขาดว่าคดีลักษณะดังกล่าวควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด แต่คำวินิจฉัยก็ผูกพันเฉพาะคู่กรณี จึงไม่อาจแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง

2.3 ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาลในคดีเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์

ศาลยุติธรรมจะใช้วิธีพิจารณาระบบกล่าวหา กล่าวคือ การนำเสนอพยานหลักฐานในคดีเป็นหน้าที่ของคู่ความในคดี ศาลจะเป็นผู้ควบคุมกติกาอย่างเคร่งครัด ส่วนระบบไต่สวนในศาลปกครองนั้น ศาลหรือตุลาการจะมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี และมีตุลาการผู้แถลงคดีทำหน้าที่ถ่วงดุลการพิจารณาพิพากษาคดีขององค์คณะ ดังนั้น การนำวิธีพิจารณาคดีอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวมาใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนต่างมีข้อเด่นข้อด้อยที่แตกต่างกัน ประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล (หลักการกรรมสิทธิ์ ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ) ซึ่งมีผลต่อสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีหรือคู่ความในคดีพิพาทต่อไป นอกจากนี้ การมีค่าบังคับของศาลในแต่ละวิธีพิจารณาคดีจะก่อให้เกิดปัญหา เช่น การที่ศาลยุติธรรมเห็นว่าการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาและมีค่าบังคับในประเด็นเรื่องคำสั่งทางปกครองได้ ครั้นจะแยกให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาเฉพาะในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ และให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาในประเด็นเรื่องคำสั่งทางปกครอง ก็เกิดความยุ่งยากและถกเถียงกันในทางคดี เกิดข้อได้เปรียบเสียเปรียบในทางคดีของคู่ความหรือคู่กรณี รวมถึงก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับคดีต่อมา

3. อำนาจศาลปกครองและศาลยุติธรรมเกี่ยวกับคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์

สาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นทรัพย์สินของชาติและประชาชนทุกคนสำหรับใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยส่วนรวม ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่รัฐ และหน่วยงานของรัฐมี

อำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันไว้เป็นการเฉพาะ คดีเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน เป็นคดีที่คู่กรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน อันได้แก่ ที่ดินมีกรรมสิทธิ์และที่ดินมีสิทธิครอบครอง เช่น โฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) เป็นต้น โดยสิทธิในที่ดินนั้นหมายถึง สิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินและตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดิน ดังนั้น ผู้มีสิทธิในที่ดินจึงอาจเป็นเจ้าของที่แท้จริง หรืออาจเป็นเพียงผู้ที่มีสิทธิครอบครองทำประโยชน์ ซึ่งชาวบ้านมักนิยมเรียกว่าเป็นเจ้าของ เพราะเห็นว่าสามารถเอาไปซื้อขายและโอนการครอบครองได้ ซึ่งคดีสิทธิในที่ดินจะเป็นคดีที่มีเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นเรื่องการโต้แย้งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินในเวลาเดียวกัน อันเป็นข้อพิพาททั้งในทางปกครองและทางแพ่ง เช่น การฟ้องเพิกถอนการออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองทำประโยชน์ หรือหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง (นสล.) เป็นต้น จึงทำให้คดีลักษณะดังกล่าวอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง การมีศาลปกครองเป็นอิสระแยกจากศาลยุติธรรม (ระบบศาลคู่) ทำให้กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายอิสระแยกจากกฎหมายเอกชน เรียกระบบกฎหมายนี้ว่า ระบบกฎหมายคู่ คือ กฎหมายเอกชน – ศาลยุติธรรม และกฎหมายมหาชน – ศาลปกครอง⁴ โดยศาลไทยจะพิจารณาจากประเด็นหลักและประเด็นรองของคดีเป็นพื้นฐานในการดำเนินคดี

ศาลปกครอง (Administrative Court) เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276 และมีการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 มีฐานะเทียบเท่าศาลยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่ง และข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอีกกรณีหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์สาธารณะของรัฐให้เกิดดุลยภาพ ศาลปกครองเป็นศาลที่ใช้ระบบไต่สวน คือ นอกจากศาลจะรับทราบหลักฐานและพยานที่โจทก์และจำเลยเสนอต่อศาลแล้ว ศาลยังทำหน้าที่รวบรวมข้อมูลและข้อเท็จจริงของคดีนั้น ๆ เอง จากหลักฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการสืบพยานเพิ่มเติม หรือตัดพยานก็ได้ เพื่อให้ได้ข้อมูลที่เพียงพอต่อการวินิจฉัย โดยในแต่ละคดีจะมีการพิจารณาโดยองค์คณะของตุลาการศาลปกครองแบ่งออกเป็นศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลางและศาลปกครองภาค) และศาลปกครองสูงสุด

⁴โกดิน พลกุล, **หลักกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 40.

สิทธิในการฟ้องคดี คู่ความหรือคู่กรณีที่สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ จะต้องเป็นผู้มีความสามารถครบถ้วนตามกฎหมายแพ่ง หรือมีการดำเนินการให้ถูกต้องตามเงื่อนไขของผู้มีความสามารถตามกฎหมายแพ่งแล้ว หากจะฟ้องศาลยุติธรรมต้องปรากฏว่า มีการโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 บุคคลที่โต้แย้งสิทธิกันหรือต้องการใช้สิทธิทางศาลอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และอาจเป็นนิติบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งกระทำการในฐานะเท่าเทียมกับเอกชนในขอบเขตของกฎหมายแพ่งก็ได้ กล่าวคือ อยู่ในขอบเขตของหลักเคารพในเจตนาระหว่างบุคคลหรือหลักเคารพในสิทธิของบุคคลตามกฎหมายแพ่ง ส่วนผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น จะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 และต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อพิพาท โดยออกคำสั่งบังคับได้ด้วยตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72

อำนาจของศาลปกครองจะถูกกำหนดและจำกัดอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197 กล่าวคือ “มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้นๆ...” นั่นก็คืออำนาจตามความในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (6) และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้แบ่งแยกประเภทของคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยพิจารณาในเรื่องของการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง มิได้เอาผลการกระทำมาเป็นตัวกำหนดประเภทของคดี อันเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง จึงมีลักษณะในการพิจารณาประเภทของคดีแตกต่างจากของศาลยุติธรรม ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ที่มีคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินรัฐ เป็นเพียงผู้ทำหน้าที่ดูแลรักษาปกป้องที่ดินของรัฐอันเป็นประโยชน์ของส่วนรวมของประชาชนทุกคนเพื่อเป็นประโยชน์สาธารณะเท่านั้น จึงไม่ใช่เป็นการพิพาทโต้แย้งเรื่องกรรมสิทธิ์ต่อกันตามกฎหมายแพ่งเหมือนเอกชนทั่วไพบิพาทกัน คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์จึงเป็นคดีพิพาทในทางปกครองเป็นประเด็นหลักแห่งคดีอันเป็นคดีปกครอง

ตามหลักกฎหมายมหาชน หากคดีถูกนำมาฟ้องยังศาลปกครองและไม่มีประเด็นโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทำการชี้ขาด แนวคำพิพากษาของศาลปกครองส่วนใหญ่จะมีคำพิพากษาว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง แม้คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์จะมีประเด็นเกี่ยวข้องกับการโต้แย้งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทของคู่กรณีที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองในการออกคำสั่งซึ่งกระทบสิทธิของเอกชนหรือคู่กรณี ไม่ว่าจะเป็นออกคำสั่งทางปกครองในการเพิกถอนโฉนดของเอกชนหรือการไม่รังวัดสอบเขตที่ดินตามคำร้องขอของฝ่ายเอกชนอันเป็นการละเลยต่อหน้าที่ในทางปกครองที่ต้องปฏิบัติหรือกรณีเอกชนฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองออกหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดินทับหรือซ้อนทับที่ดินของเอกชน ล้วนแต่เป็นการกระทำและการใช้อำนาจทางปกครองทั้งสิ้น ซึ่งหน่วยงานทางปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่อคู่กรณีได้ คู่กรณีที่อยู่ภายใต้บังคับคำสั่งทางปกครองและได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนเสียหาย ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ อันเป็นกรณีที่มีการขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือ การละเลยต่อหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) หรือ ละเมิดเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตามกฎหมายออกกฎ คำสั่ง หรือละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับตามคำขอของโจทก์ที่ขอได้ เช่น ให้เพิกถอนโฉนดที่ดินและให้จำเลยออกไปจากที่ดินพิพาทได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 71(1) และ (4) หรือ ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนดตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) หรือ สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 481/2557 (ประชุมใหญ่), คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 19/2546, วินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 55/2561, วินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 133/2561, 151/2561, 174/2561, 66/2562, 98/2562 และ 132/2563

นอกจากนี้ มาตรา 71 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังบัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่เกี่ยวกับสิทธิแห่งทรัพย์สินมีผลผูกพันบุคคลภายนอก คู่กรณีซึ่งเกี่ยวข้องอาจอ้างกับบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกจะมีสิทธิดีกว่า อันเป็นบทบัญญัติที่ยืนยันให้เห็นว่า ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน สอดรับกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วย

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 41 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่คดียื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นข้อหาใดมีหลายประเด็นเกี่ยวพันกัน และปรากฏว่ามีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยก่อน จึงจะวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีได้อยู่ในอำนาจหรือเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นอื่นหรือศาลอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นซึ่งรับคดีไว้มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวพันกันที่ต้องวินิจฉัยก่อนนั้นเพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีได้” ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์เป็นคดีที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นคู่กรณี โดยมีการโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองเป็นประเด็นหลัก เรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองเป็นประเด็นรอง ศาลปกครองจึงมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองอันเป็นประเด็นรองแห่งคดีดังกล่าวเองได้ ดังเช่นคดีที่กรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้สำนักงานที่ดินจังหวัดสระบุรี สาขาแก่งคอยออกโฉนดที่ดินในบริเวณที่พิพาทให้ผู้ฟ้องคดี และให้เพิกถอนการออกโฉนดที่ดินให้นาย ว. เฉพาะส่วนที่ได้รับวัดรุกล้ำเข้ามาในที่ดินพิพาทที่ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิครอบครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และแม้กรณีพิพาทตามคำฟ้องจะปรากฏว่า มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยให้ได้ความก่อนว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ แล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีได้ว่า คำสั่งของสำนักงานที่ดินจังหวัดสระบุรี สาขาแก่งคอย ที่ออกโฉนดที่ดินให้แก่ นาย ว. ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการที่สำนักงานที่ดินจังหวัดสระบุรี สาขาแก่งคอยไม่ดำเนินการออกโฉนดที่ดินให้ผู้ฟ้องคดีตามคำขอเป็นการละเลยต่อหน้าที่หรือไม่ ศาลก็มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวพันกันที่ต้องวินิจฉัยก่อนนั้น เพื่อให้ศาลสามารถวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีได้ตามข้อ 41 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินอันเป็นประเด็นเกี่ยวพันก่อนเพื่อที่จะวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดี อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองต่อไปได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 324/2551) เอกชนซึ่งไม่ใช่เจ้าของที่ดินยื่นฟ้องกรมที่ดินและเจ้าพนักงานที่ดิน ขอให้เพิกถอนโฉนดที่ดินที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกทับที่ดินสาธารณประโยชน์เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 133/2561) สำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดออกหนังสืออนุญาตให้ นาย บ. เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก. 4 – 01) ทับซ้อนกับที่ดินที่โจทก์ได้รับอนุญาต (ส.ป.ก. 4 – 01) เมื่อที่ดินพิพาทเป็นที่ดินของรัฐ การที่โจทก์ฟ้องเพิกถอนเอกสารสิทธิ ส.ป.ก. 4 – 01 ที่ออกทับซ้อนและเรียกค่าเสียหายกรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการ

ออกคำสั่งทางปกครองอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 55/2561) เป็นต้น⁵

4. คติพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการจัดแบ่งประเภททรัพย์สินของแผ่นดินออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (Domaine public) และทรัพย์สินของเอกชน (Domaine privé) โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลว่า หากเป็นคดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง⁶

การกำหนดแนวเขตที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้คำนึงถึงสิทธิของเจ้าของที่ดินหรือบุคคลที่สามเสมอ ดังจะเห็นได้ว่าการกำหนดเขตตามกฎหมายหลายฉบับกำหนดให้มีการรับฟังผู้เสียหายและบุคคลภายนอกก่อน เพื่อให้การกำหนดแนวเขตเป็นไปโดยถูกต้อง และไม่ให้เกิดการใช้อำนาจรัฐไปล่วงละเมิดกระทบสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สิน (droit de propriété) ฝ่ายปกครองมีหน้าที่วางระเบียบที่เหมาะสมสำหรับการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินแต่ละประเภท กล่าวคือสำหรับสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับประชาชนใช้ร่วมกันนั้น ฝ่ายปกครองต้องวางระเบียบการใช้ร่วมกันของประชาชน ให้การใช้เป็นไปอย่างเรียบร้อยเป็นประโยชน์แก่ทุกฝ่ายโดยไม่อาจกีดกันหรือจำกัดการใช้ประโยชน์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือประโยชน์แก่ผู้ใดผู้หนึ่งเกินความจำเป็น⁷

การกำหนดแนวเขตที่ดินสาธารณะกับที่เอกชนแตกต่างจากการแบ่งแนวเขตที่ดินระหว่างที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนด้วยกัน⁸ ที่หากมีปัญหาจะมีการชี้ขาดเขตแดน (action en bornage) อันอยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลยุติธรรม (les tribunaux judiciaires) ซึ่งในที่นี้ คือ ศาลชั้นต้น

⁵สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, ศาลยุติธรรม, **รวมย่อคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล** [Online], available URL: <https://oscj.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/119, 2566> (มกราคม, 3).

⁶ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, **กฎหมายและการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: แสงจันทร์การพิมพ์, 2522), หน้า 162.

⁷ดิสทัต โหตระกิตย, “บันทึกเรื่อง การนำสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันไปให้เอกชนใช้ประโยชน์อื่นชั่วคราวตามกฎหมายฝรั่งเศส,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 11, 2 (2535): 331 – 347.

⁸สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, “เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล: ปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไข,” **เอกสารสัมมนาทางวิชาการ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, สุราษฎร์ธานี, 25 – 27 เมษายน 2551.**

(tribunal d'instance) โดยวิธีเดียวกันนี้ใช้กับทรัพย์สินของเอกชน (domaine privé) ด้วย แต่ปัญหาการกำหนดแนวเขตที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หากกรณีที่เป็นไปโดยไม่ปกติถูกต้อง จะเป็นเรื่องอำนาจการตรวจสอบของตุลาการศาลปกครอง (le juge administratif) ทั้งนี้ เพราะศาลปกครองมีหน้าที่ควบคุมเรื่องการคุ้มครองดูแลสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยถูกต้อง เพราะเรื่องกำหนดแนวเขตที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินนี้ เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีข้อพิพาทกับเอกชน มิใช่เรื่องเอกชนต่อเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีบางกรณีที่คดีเกี่ยวกับเรื่องนี้อาจขึ้นต่อศาลยุติธรรม (l' autorité judiciaire)

เมื่อฝ่ายปกครองกำหนดแนวเขตอย่างถูกต้อง (délimitation régulière) แล้ว เช่น กรณีแนวเขตปรากฏชัดเจนโดยปรากฏการณ์ธรรมชาติ เอกชนย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ เหนือฝ่ายปกครองได้ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองมีอำนาจเต็มที่ในการกำหนดเขต สำหรับกำหนดแนวเขตที่ไม่ถูกต้อง (délimitation irrégulière) โดยเฉพาะการกำหนดแนวเขตที่ผิดกฎหมาย (l' illégalité de la delimitation) อันเป็นผลให้ที่ดินของเอกชนกลายเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เจ้าของที่ดินสามารถใช้สิทธิทางศาลปกครองเพื่อฟ้องคดีเป็นคดีปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกการกำหนดแนวเขตนั้น (l' annulation de l' acte de délimitation) ได้ ซึ่งเมื่อศาลปกครองมีคำสั่งยกเลิกการกำหนดเขต ก็หมายความว่าเจ้าของที่ดินจะได้ทรัพย์สินคืน การชี้แนวเขตไม่ถูกต้อง อาจเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขต (recours pour excès de pouvoir) เช่น ใช้อำนาจแบบมโหทธิ (préjudice) หรือการประกาศเรื่องการขึ้นทะเบียนหรือการรังวัดที่ดินในพื้นที่แบบไม่ถูกต้องทำให้ประชาชนเสียหาย ฯลฯ⁹

สำหรับกรณียกเว้นที่ให้อยู่ในการตรวจสอบของศาลยุติธรรม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเรียกค่าเสียหาย โดยเฉพาะในกรณีที่การกำหนดแนวเขตที่เป็นผลให้ที่ดินของเอกชนต้องกลายเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินไป ซึ่งเรื่องนี้ถือว่าเป็นการเวนคืนทางอ้อม อันเป็นผลให้เจ้าของที่ดินใกล้เคียงที่เป็นผู้เสียหายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน (droit à indemnité) ในจำนวนที่เหมาะสม การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมในกรณีนี้ มักเป็นเรื่องที่เจ้าของที่ดินข้างเคียงไม่ประสงค์จะใช้สิทธิร้องขอให้ยกเลิกการกำหนดเขตที่ศาลปกครองหรือร้องขอไม่ทันภายในกำหนดเวลา และเรื่องนี้ก็ยังมีทางออกได้โดยใช้วิธีเกี่ยวกับทฤษฎีการเวนคืนทางอ้อม (application de la théorie de l'expropriation indirecte) หรือทฤษฎีเรื่องการพรากทรัพย์สินเอกชนไปเป็นของรัฐ (la théorie de l'emprise) โดยการฟ้องคดีที่ศาลยุติธรรมเพื่อให้ศาลพิจารณาเรื่องค่าเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินเอกชนต้องถูกพรากไปเป็นของรัฐ (indemnité de dépossession) การอนุญาตให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในเรื่องค่าเสียหายนี้ ก็เป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยที่สิทธิของเจ้าของที่ดินสมควรได้รับความคุ้มครอง แม้เจ้าของที่ดินข้างเคียงจะละเลยที่จะฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครองหรือฟ้องล่าช้าต่อการชี้แนวเขตที่ไม่ถูกต้อง

⁹Jean Dufau, *Le domaine public* (Paris: Moniteur, 1977), pp. 109–114.

และในเรื่องนี้ เมื่อศาลยุติธรรมสามารถพิจารณาเรื่องค่าเสียหายได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ในปี 1873 (พ.ศ.2416) จึงมีการตีความขยายกันไปว่า ก่อนที่จะตัดสินว่าเอกชนจะได้ค่าเสียหายหรือไม่ ศาลยุติธรรมอาจจะมีอำนาจโดยปริยายในการตัดสินว่าการกำหนดแนวเขตเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ด้วย เพราะศาลยุติธรรมมีหน้าที่คุ้มครองดูแลสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน (gardien de la propriété privée)

สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (le domaine public) ทั้งหมดอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ไม่ว่าจะเป็น

- (ก) คดีพิพาทว่าอสังหาริมทรัพย์ใดเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ เช่น
 - คดีที่พิพาทกันว่าสวนสาธารณะชานนครปารีสที่ชื่อว่า “Bois des Vincennes” และ “Bois de Boulogne” เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของนครปารีส (ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) หรือไม่
 - คดีที่พิพาทกันว่า โรงจอดรถที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ของโรงแรม และสถานีรถไฟเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของการรถไฟหรือไม่

(ข) คดีฟ้องขับไล่บุคคลซึ่งครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน โดยไม่มีเอกสารสิทธิอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ดูแลรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไม่ว่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น จะใช้เพื่อประโยชน์โดยทั่วไป หรือเฉพาะกรณีก็ตาม¹⁰ สาธารณรัฐฝรั่งเศสแก้ปัญหาคดีสิทธิในที่ดิน โดยมีการออกกฎหมายพิเศษเพื่อแก้ไขปัญหาคความยุ่งยากในการแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาและสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

ประมวลกฎหมายทั่วไปว่าด้วยทรัพย์สินแห่งนิติบุคคลมหาชนซึ่งมีผลใช้บังคับตามรัฐกำหนดเลขที่ 2006-360 เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2006 วางบทบัญญัติพิเศษแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรมไว้เป็นการเฉพาะในภาค 2 การจัดการ บรรพ 3 บทบัญญัติที่ใช้ร่วมกัน ลักษณะ 3 คดีข้อพิพาท มาตรา L2331-1 คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และมาตรา L2331-2 คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

มาตรา L2331-1 ให้คดีว่าด้วยเรื่องต่อไปนี้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

- (1) การอนุญาตหรือทำสัญญาเกี่ยวกับการครอบครองและทำประโยชน์สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไม่ว่าโดยรูปแบบหรือการเรียกชื่อใด ๆ ซึ่งกระทำโดยหรือตกลงโดยหน่วยงานของรัฐหรือผู้รับสัมปทาน
- (2) การกำหนดแนวทางหรือกำหนดจำนวนเงินค่าธรรมเนียมการครอบครองทำประโยชน์หรือการใช้ประโยชน์สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไม่ว่าวิธีการกำหนดใด

¹⁰ Jean Dufau, op. cit., pp. 267-268.

(3) ความผิดเกี่ยวกับเส้นทางคมนาคมขนาดใหญ่ตามมาตรา L774-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

(4) การเข้าหรือการจัดการขององค์การน้ำแร่ที่ดำเนินกิจการในที่ดินของรัฐ

(5) การเช่า 99 ปีระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา L1311-3 อนุมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(6) การเช่า 99 ปีระหว่างองค์การมหาชนด้านสุขภาพตามมาตรา L6148-2 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข

มาตรา L2331-2 ให้ถือว่าด้วยความผิดอาญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดินซึ่งเป็นถนนตามมาตรา L116-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยเส้นทางถนนอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

อีกทั้งยังมีหลักเกณฑ์ทั่วไปตามกฎหมายฝรั่งเศสว่า โดยหลักศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในกรณีของทรัพย์สินของแผ่นดินที่เป็นของเอกชน (domaine privé) ส่วนศาลปกครองมีเขตอำนาจในกรณีของสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน (domaine public)

5. คติพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางมหาชน (öffentliche Sachen) หมายถึง ทรัพย์สินที่มีอยู่เพื่อการใช้ร่วมกันของประชาชน (Sachen im Bürgergebrauch) และเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครอง (Sachen im Verwaltungsgebrauch) ซึ่งแตกต่างจากทรัพย์สินทางการเงินและการคลังของรัฐ (Finanzvermögen)

ทรัพย์สินทางมหาชนตามกฎหมายเยอรมันหมายถึงทรัพย์สินของรัฐ ได้แก่ ทรัพย์สินของรัฐ (öffentliche Sachherrschaft) ที่รัฐซื้อหรือทำการเวนคืน (Enteignung) มาจากเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรืออาจหมายถึงทรัพย์สินของเอกชนก็ได้ ซึ่งในกรณีนี้หมายถึงการที่มีข้อกำหนดให้ทรัพย์สินของเอกชนมีวัตถุประสงค์ในการใช้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม (privater Eigentümer öffentlicher Sachen) อันเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินทางมหาชนที่อยู่ในความคุ้มครองดูแลตามกฎหมายมหาชนทันที ดังนั้น จะเห็นได้ว่าถนนหนทาง ทางน้ำ หรือที่ป่าจำนวนมากในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่แม้ยังเป็นทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์อยู่ แต่ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจดูแลจัดการได้ตามกฎหมายปกครองเฉพาะฉบับต่าง ๆ เช่น กฎหมายทางหลวง กฎหมายทรัพยากรทางน้ำ หรือกฎหมายอนุรักษ์ธรรมชาติ โดยมีความคุ้มครองพิเศษตามกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องทำการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณลักษณะของทรัพย์สินที่จะนำมาใช้เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมอย่างชัดเจน

ทุกครั้งไป ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดโดยนิติกรรมทางปกครองหรือโดยกฎหมาย (Widmung durch Verwaltungsakt und durch Rechtsnorm) โดยเฉพาะในการกำหนดแนวเขตถนนหรือการวางแผนสร้างโครงการขนาดใหญ่ของรัฐ (Planung) ที่มีผลกระทบต่อเจ้าของที่ดินข้างเคียงไม่ว่าจะกระทบในประเด็นเรื่องสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิอื่น ๆ จะต้องมีการรับฟังประชาชน (Planfeststellungsverfahren) อย่างละเอียดก่อนเสมอ ปัญหาเรื่องการชี้แนวเขตที่ไม่ถูกต้องจึงมิได้ถูกแยกออกมาศึกษาต่างหากโดยเฉพาะ ดังนั้น หากปัญหาเรื่องการกำหนดเขตทรัพย์สินหรือที่สาธารณะจะมีขึ้นก็เป็นเรื่องที่จะต้องนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมาใช้บังคับ กล่าวคือ หากการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดเขตที่สาธารณะมีการออกโดยไม่ชอบในทางรูปแบบ เนื้อหาและวิธีการ ศาลปกครองก็จะมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของการกระทำของฝ่ายปกครองได้

6. แนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมัน

ปัญหาข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับที่ดิน เช่น

เจ้าของที่ดินริมถนนเทศบาลได้รับความเดือดร้อนจากน้ำที่ไหลระบายจากถนนของเทศบาลจนท่วมขังบนที่ดินของเอกชน และท่วมทางระบายน้ำข้างถนนที่ไม่ได้รับการดูแลรักษาจนน้ำเน่าเสียและเกิดมลพิษลามเข้ามาในที่ดินของเอกชน เอกชนจึงฟ้องศาลยุติธรรมเรียกให้จัดปิดเป่าความเสียหายเดือดร้อนให้สิ้นไป ดังนี้ ศาลยุติธรรมวินิจฉัยว่าการเรียกร้องให้เทศบาลดูแลรักษาถนนตามฟ้องเป็นการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยทางหลวง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจสาธารณะตามกฎหมาย จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม แต่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หรือในกรณีที่เจ้าของที่ดินริมถนนหลวง ฟ้องเทศบาลให้ขจัดเสียงรบกวนจากถนน แม้จะเป็นการฟ้องขจัดปิดเป่าความเสียหายเดือดร้อนของเจ้าของที่ดินก็จัดเป็นการฟ้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจปกครอง ดำเนินมาตรการตามอำนาจหน้าที่ทางปกครอง จัดเป็นคดีในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

คดีฟ้องโต้แย้งกรรมสิทธิ์ ตามแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมัน ปัญหาโต้แย้งกรรมสิทธิ์เป็นปัญหาข้อพิพาททางกฎหมายเอกชน และอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม โดยถือว่ารัฐย่อมถือครองทรัพย์สินในฐานะเช่นเดียวกับเอกชน เพียงแต่ทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นรัฐมีอำนาจจัดการใช้ประโยชน์ตามหลักกฎหมายมหาชน แม้ว่าเดิมทีเดียว Otto Mayer ประมาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนเยอรมัน (ค.ศ. 1846-1924) (พ.ศ. 2389-2467) จะได้เคยเสนอให้นำแนวคิดว่าด้วยกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายมหาชน (Öffentliches Eigentum - Public Ownership) ซึ่งถือว่ารัฐมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของแผ่นดินตามกฎหมายมหาชนแยกต่างหากจากกรรมสิทธิ์ในกฎหมายเอกชนตามแบบกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้ในระบบกฎหมายเยอรมันก็ตาม วงวิชาการ

และภาคปฏิบัติในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังไม่ยอมรับแนวคิดนี้ และถือว่าหากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองไว้โดยเฉพาะ กรรมสิทธิ์ของรัฐแล้วแต่มีธรรมชาติเป็นกรรมสิทธิ์ตามหลักกฎหมายเอกชนด้วยกันทั้งสิ้น เพียงแต่เป็นกรรมสิทธิ์ที่ตกอยู่ใต้บังคับอำนาจกฎหมายมหาชนในลักษณะทำนองเดียวกับทรัพย์สินตามกฎหมายมหาชนเหนือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชนอีกชั้นหนึ่งตามวัตถุประสงค์หรือการอุทิศให้เป็นสาธารณสมบัติเท่านั้น (เรียกว่าเป็น *das modifizierte Privateigentum* หรือเป็นกรรมสิทธิ์เอกชนชนิดพิเศษ) ด้วยเหตุนี้ หากมีปัญหาโต้แย้งในเรื่องกรรมสิทธิ์ว่าเป็นของผู้ใด ไม่ว่าจะเป็นการโต้แย้งระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างรัฐกับเอกชน ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่ากรณีการวินิจฉัยปัญหากรรมสิทธิ์เป็นปัญหาในกฎหมายเอกชน และศาลที่มีอำนาจพิจารณาคือศาลยุติธรรม แต่ขอบเขตแห่งอำนาจเหนือทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติจะมีเพียงใด ย่อมเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือการอุทิศให้เป็นสาธารณสมบัติ ซึ่งมีได้ทั้งโดยกฎหมาย โดยคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง อันเป็นปัญหากฎหมายมหาชน ด้วยเหตุนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมัน หากมีประเด็นหลักในข้อพิพาทเป็นเรื่องโต้แย้งกรรมสิทธิ์ อำนาจพิจารณาย่อมเป็นของศาลยุติธรรม ส่วนปัญหาว่าขอบเขตแห่งสิทธิเหนือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของรัฐมีเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับปัญหาชั้นต่อไปว่าเป็นทรัพย์สินของรัฐที่ถือไว้เช่นเดียวกับเอกชน เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา หรือเป็นทรัพย์สินของรัฐที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์หรืออุทิศให้รัฐไว้เพื่อสาธารณประโยชน์อันจะทำให้มีสภาพเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งขอบเขตแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของรัฐจะมีเพียงใดนั้นเป็นปัญหากฎหมายมหาชน

การจัดสรรที่ดินของรัฐให้แก่เอกชนตามหลักการส่งเสริมนิคมสร้างตนเอง หรือตามโครงการส่งเสริมอื่น ๆ เป็นปัญหากฎหมายมหาชน และการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นอำนาจของศาลปกครอง ในกระบวนการรังวัดออกโฉนดที่ดินเหนือทางน้ำในดินแดนของรัฐชเลสวิททางตอนเหนือของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมลรัฐกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกิดโต้แย้งกรรมสิทธิ์กันที่ดินที่เป็นที่ตั้งของฝัมน้ำที่ต่อเนื่องมาจากทะเลบอลติกถึงเมืองชเลสวิทว่าเป็นสิทธิของผู้ใด ในกรณีนี้ มลรัฐได้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม เพื่อขอให้แสดงสิทธิว่าที่ดินอันเป็นที่ตั้งของฝัมน้ำที่พิพาทกันนั้นไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของสหพันธ์ คดีนี้แม้ศาลจะเห็นว่า มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าที่ดินดังกล่าวเป็นทางน้ำซึ่งอยู่ใต้อำนาจของสหพันธ์หรือไม่อันเป็นปัญหาในกฎหมายมหาชน แต่ศาลเห็นว่าประเด็นพิพาทหลักในกรณีนี้คือ ปัญหาว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของสหพันธ์หรือเป็นของรัฐเป็นสำคัญ ศาลยุติธรรมสูงสุดจึงพิพากษาคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

อีกคดีหนึ่งสหพันธ์สาธารณรัฐโต้แย้งสิทธิกับเทศบาลว่าใครจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งเคยเป็นทางน้ำ แต่ต่อมาได้ตื้นเขินกลายเป็นที่ดินริมตลิ่ง เทศบาลได้สร้างถนนลงไปบนที่ดินนั้น โดยที่ดินอีกส่วนหนึ่งได้นำออกให้เข้าเป็นที่ตั้งลานขนถ่ายสินค้าและอ้างว่าเทศบาลมีกรรมสิทธิ์ คดีโต้แย้งกรรมสิทธิ์นี้ศาลยุติธรรมสูงสุดวินิจฉัยว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโต้แย้งสิทธิกับรัฐนีเดอร์ซัคเซิน (Niedersachsen) เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินใต้ฝัมน้ำในเขตท่าเรือ

ของเมืองในรัฐนี้เคอร์ซัคเซ่นซึ่งมลรัฐต้องการขยายท่าเรือออกมาเหนือบริเวณนั้น โดยสหพันธ์เห็นว่า เป็นทางน้ำสาธารณะและย่อมอยู่ในกรรมสิทธิ์ของสหพันธ์ตามสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทางน้ำ ระหว่างเจ้าแคว้นโอลเดินบวร์กกับจักรวรรดิเยอรมันที่ได้ทำไว้ เมื่อ ค.ศ. 1921 (พ.ศ. 2464) การที่มลรัฐ จะสร้างท่าเรือในบริเวณดังกล่าวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากสหพันธ์ตามกฎหมายเอกชนย่อม กระทำมิได้ ในขณะที่มลรัฐอ้างว่าตามกฎหมายว่าด้วยทางน้ำ รัฐย่อมมีสิทธิที่จะใช้ที่ทางน้ำสร้างเป็น ที่ตั้งท่าเรือได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน คดีนี้สหพันธ์ฟ้องศาลยุติธรรมเพื่อขอให้ศาลพิพากษาแสดงสิทธิ ว่าที่ดินใต้ท้องน้ำดังกล่าวเป็นของสหพันธ์ แต่รัฐโต้แย้งว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เพราะเป็น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของรัฐในการจัดตั้งท่าเรือตามกฎหมายมหาชน ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า ในคดีนี้สหพันธ์ร้องขอให้ศาลแสดงว่าสหพันธ์มีกรรมสิทธิ์เหนือที่ดิน พินาทตามสัญญา โอนกรรมสิทธิ์ในทางน้ำที่เจ้าแคว้นโอลเดินบวร์กโอนสิทธิแก่จักรวรรดิซึ่งได้ทำไว้ เมื่อ ค.ศ. 1921 (พ.ศ. 2464) หรือไม่ เป็นประเด็นตามกฎหมายเอกชน โดยยังไม่ต้องพิจารณาว่ารัฐ จะมีสิทธิตามกฎหมายมหาชนที่จะใช้ที่ดินสร้างท่าเรือหรือไม่ เพราะเป็นปัญหาที่พึงได้รับการพิจารณา ภายหลัง ในคดีที่ได้แย้งกันว่าเจ้าของที่ดินได้อุทิศที่ดินเป็นทางสาธารณะสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ และที่ดินนั้นเป็นที่ดินเอกชน หรือกลายเป็นทางสาธารณะไปแล้วเป็นปัญหาที่อยู่ในอำนาจพิจารณา ของศาลยุติธรรม แต่ในกรณีที่มีการโต้แย้งกันว่าการแสดงเจตนาอุทิศมีข้อบกพร่องและเจ้าของที่ดิน ประสงค์จะบอกกล่าวการอุทิศนั้น ศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาคดีนี้เห็นว่า หากข้อบกพร่องไม่มีลักษณะ ร้ายแรงถึงขนาดแล้ว ก็ไม่อาจเรียกได้ว่าการอุทิศนั้นตกเป็นโมฆะ และทางนั้นย่อมมีสถานะเป็นทาง สาธารณะแล้ว เพียงแต่อาจเป็นเหตุให้มีการถอนสภาพได้เท่านั้น แต่ปัญหาวouldจะถอนสภาพหรือไม่ เป็นปัญหากฎหมายมหาชน เป็นอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องเรียกคืน ที่ดินที่ใช้เป็นทางสาธารณะคืนจากเทศบาลนั้น จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม แต่การ ที่เอกชนเรียกให้เทศบาลโอนที่ดินที่เอกชนโอนให้เทศบาลไปโดยไม่มีค่าตอบแทนกลับคืนมาเป็นของ เอกชน เพราะปรากฏว่าเทศบาลไม่ได้ใช้ที่ดินนั้นทำถนนตามที่เคยตกลงกันไว้ ดังนี้ ฟ้องเรียกที่ดินคืน โดยอ้างว่าเป็นกรณีที่เทศบาลได้ที่ดินไปตามหลักกลาภมิควรได้ เพราะเป็นการได้ไปโดยเหตุอันมิได้ มีได้เป็นขึ้น ย่อมเป็นข้อพิพาททางกฎหมายเอกชน และอำนาจพิจารณาเป็นของศาลยุติธรรม

7. บทสรุป

คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์เป็นคดีที่มีประเด็นคาบเกี่ยวระหว่างคดีปกครอง และคดีทางแพ่ง จึงทำให้มีการนำคดีมาสู่ศาลได้ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง จึงก่อให้เกิดปัญหา เกี่ยวกับข้อพิพาทในคดีลักษณะดังกล่าวว่าศาลใดควรจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง รวมทั้งวิธีพิจารณาคดีของศาลควรใช้ระบบใด ก่อให้เกิดปัญหา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างกันของศาลทั้งสอง อาจส่งผลคดีที่แตกต่างกัน เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในทางคดี ทำให้คู่ความหรือคู่กรณีได้รับความเสียหายในทางคดี รวมถึงงบประมาณและบุคลากรของศาลใช้ไปโดยเปล่าประโยชน์ และทำให้คดีล่าช้าเนื่องจากดำเนินคดีผิดศาลได้ คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์เป็นคดีที่มีประเด็นเกี่ยวโยงกับการโต้แย้งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองเมื่อส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลทำการวินิจฉัยชี้ขาด ก็ยังไม่อาจหาข้อยุติได้อย่างจริงจัง เนื่องจากคำวินิจฉัยผูกพันเฉพาะคู่ความหรือคู่กรณี และองค์ประกอบของคณะกรรมการเป็นบุคลากรที่มาจากศาลยุติธรรมส่วนใหญ่ อีกทั้งเลขานุการผู้รวบรวมส่งเรื่องให้คณะกรรมการก็มาจากศาลยุติธรรม ประกอบกับคณะกรรมการไม่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่รับวินิจฉัยทุกเรื่อง จึงสร้างความกังขาในคำวินิจฉัยที่ออกมาให้กับคู่ความหรือคู่กรณี อีกทั้งการพิจารณาคดีจะใช้พยานหลักฐานทางเทคนิคและเอกสารจำนวนมาก อีกทั้งจำเป็นต้องมีผู้เชี่ยวชาญมาช่วยเหลือในทางคดีโดยเฉพาะมีข้อพิพาทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองโดยตรง ซึ่งหากพิจารณาคดีลักษณะนี้ที่ศาลยุติธรรมซึ่งใช้วิธีพิจารณาคดีระบบกล่าวหา ใช้หลักการการพิสูจน์ตามหลักกฎหมายลักษณะพยาน คู่ความฝ่ายเอกชนหรือราษฎรซึ่งโดยปกติจะเป็นผู้กล่าวหาอ้างหรือมีภาระการพิสูจน์ว่าเอกสารของทางราชการไม่ถูกต้อง จึงต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบให้ศาลเห็นตามข้ออ้างข้อเถียงของตน ซึ่งในทางปฏิบัติทางฝ่ายราษฎรไม่มีสรรพกำลังที่จะสนับสนุนด้านพยานหลักฐานสู่ทางด้านฝ่ายหน่วยงานรัฐได้ ประกอบกับมีภาระการพิสูจน์ จึงถูกกฎหมายปิดปาก ทำให้ถูกศาลพิพากษาให้แพ้คดีไป จึงก่อให้เกิดความเสียเปรียบและเสียหายทางคดี เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับลักษณะคดีดังกล่าว คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์จึงเป็นคดีปกครองและควรให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา เพราะศาลปกครองเป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะ ใช้วิธีพิจารณาคดีระบบไต่สวน ทำให้มีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงได้กว้างขวางกว่าศาลยุติธรรม เกิดความเที่ยงธรรมกับทางฝ่ายคู่กรณีที่เป็ราษฎรทั่วไปที่พิพาทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์เป็นคดีที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่ต้องมีเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องในคดี เพราะวัตถุแห่งคดีที่ผู้ฟ้องคดีต้องการให้บรรเทาความเดือดร้อนเสียหายคือ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือใช้ ชดใช้ค่าเสียหายจากการดำเนินกิจการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง อีกทั้งศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับแก้ปัญหาความเดือดร้อนเสียหายดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง, มาตรา 42, มาตรา 71(4) และมาตรา 72 ประกอบระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 41 วรรคสอง เพื่อเป็นการตรวจสอบการทำงาน

ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย สอดคล้องกับหลักการพิจารณาเกี่ยวกับคดีที่ดินของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ไม่ถือว่าคดีโต้แย้งเกี่ยวกับที่ดินระหว่างรัฐกับเอกชน เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน เนื่องจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิ์หรือทรงสิทธิครอบครองที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน เพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ดูแลรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน¹¹ เป็นการใช้อำนาจของรัฐเหนือเอกชนสอดคล้องหลักพิจารณาเขตอำนาจศาลตามกฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งต่างจากกรณีที่เอกชนใช้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในการจัดการที่ดินของตน จึงถือว่าสิทธิเท่าเทียมกันได้ คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะจึงเป็นคดีที่ต้องนำหลักกฎหมายปกครองอันเป็นกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับเป็นหลักและเป็นคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

8. ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา โดยแบ่งออกเป็น 2 ระยะ คือ มาตรการทางกฎหมายระยะสั้นและมาตรการทางกฎหมายระยะยาว

8.1 มาตรการทางกฎหมายระยะสั้น

โดยการจัดให้มีการสัมมนาหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คณะกรรมการกฤษฎีกา กรมที่ดิน สำนักงานอัยการสูงสุด สภานายความ อาจารย์คณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัย และหน่วยงานภาคประชาชน ร่วมกันระดมความคิดเห็นกำหนดหลักเกณฑ์ร่วมกันในการแบ่งแยกประเภทคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน สาธารณประโยชน์ว่าควรมีลักษณะอย่างไร และมีวิธีพิจารณาคดีแบบใด และศาลไหนเป็นศาลรับพิจารณาพิพากษา โดยไม่กระทบต่อความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีของทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง โดยเฉพาะองค์ประกอบของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลควรมีหลายคณะกรรมการแยกตามความเชี่ยวชาญ ดังเช่น คณะกรรมการต่าง ๆ ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นตามกฎหมายที่ออกประกาศใช้ โดยผู้เขียนเห็นควรยึดหลักเกณฑ์ร่วมกันในการพิจารณาว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์หรือไม่ และอยู่ในอำนาจศาลใดพิจารณาพิพากษา แบ่งเป็น 3 ลักษณะดังนี้

¹¹บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติโอนที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินในท้องที่อำเภอโขงเจียม จังหวัดอุบลราชธานี ให้แก่กรมป่าไม้ พ.ศ. 2528.

8.1.1 หลักเกณฑ์ด้านคู่ความหรือคู่กรณี

พิจารณาว่า คดีพิพาทมีหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นคู่ความหรือคู่กรณี หรือต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทหรือไม่ ถ้ามี ให้พิจารณาเข้าเงื่อนไขเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์

8.1.2 หลักเกณฑ์ด้านประเด็นแห่งคดี

พิจารณาว่า

1) เป็นเรื่องของการใช้อำนาจทางปกครองตามหลักกฎหมายมหาชนว่าด้วยการออกกฎ คำสั่ง หรือการดำเนินกิจการทางปกครองหรือไม่ ถ้าใช่ ให้พิจารณาเข้าเงื่อนไขเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์

2) เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ ต้องการให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ ถ้าใช่ ให้พิจารณาเข้าเงื่อนไขเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์

3) มีการโต้แย้งเรื่องกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์หรือไม่ ถ้ามีให้พิจารณาเข้าเงื่อนไขเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์

8.1.3 หลักเกณฑ์ด้านกฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี

กฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี หากศาลต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาและบังคับกับคดีดังกล่าวเป็นกฎหมายปกครองอันเป็นกฎหมายมหาชน ก็จะเป็นคดีปกครองอยู่ในอำนาจศาลปกครองใช้วิธีพิจารณาคดีระบบไต่สวน หากศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องนำหลักกฎหมายแพ่งอันเป็นกฎหมายเอกชนมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ก็จะเป็นคดีแพ่งอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป โดยใช้วิธีพิจารณาคดีระบบกล่าวหา

หากทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม รวมทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลพิจารณาคดีที่รับเข้ามาว่าเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ลักษณะ ดังผู้วิจัยเสนอก็ให้จัดเป็นคดีปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หากไม่เข้าเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งก็ให้เป็นคดีแพ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

8.2 ส่วนมาตรการทางกฎหมายระยะยาว

ผู้วิจัยเสนอให้มีการกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง โดยการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในบทนิยามให้เพิ่มความหมายของคำว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะประโยชน์ หมายความว่า คดีพิพาทที่มีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน

ของรัฐหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ โต้แย้งเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดิน สาธารณประโยชน์ อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” และแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จาก “คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง” เป็น “คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินสาธารณประโยชน์และเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง” ซึ่งเป็นศาลปกครองใช้วิธีพิจารณาระบบไต่สวนอยู่แล้ว ศาลมีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อ 5 และข้อ 50 ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 อันจะทำให้ศาลสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีที่ปรากฏในคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ หรือคำให้การเพิ่มเติมก็ได้เพื่อประโยชน์ของคู่ความหรือคู่กรณี และประโยชน์สาธารณะ อันจะสอดคล้องกับหลักวิชาการกฎหมายมหาชน แนวคำวินิจฉัยชี้่อำนาจ อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลหรือศาลคดีขัดกัน และคำพิพากษาของศาลทั้งของประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. **ทรัพย์สินทางปกครองในกฎหมายเยอรมนี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- _____. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ และสมเกียรติ วรปัญญาอนันต์. **รายงานฉบับสมบูรณ์ ปัญหาเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจหรือการดำเนินการทางปกครองในเรื่องสิทธิในที่ดิน**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.
- จรีรัตน์ สร้อยเสริมทรัพย์. “รายงานการวิจัย เรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการบังคับใช้เกี่ยวกับการบุกรุกที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินในประเทศไทย.” นนทบุรี: มหาวิทยาลัยราชพฤกษ์, 2552.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **กฎหมายและการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: แสงจันทร์การพิมพ์, 2522.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.
- _____. **ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.
- ดิสทัต โหตระกิตย์. “บันทึกเรื่อง การนำสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันไปให้เอกชนใช้ประโยชน์อื่นชั่วคราวตามกฎหมายฝรั่งเศส.” **วารสารกฎหมายปกครอง** 11, 2 (2535): 331 – 347.
- บุบผา อัครพิมาน. **ศาลปกครองกับหลักกรรมสิทธิ์**. กรุงเทพมหานคร: ศาลปกครอง, 2547.
- โกคิน พลกุล. **หลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515.
- _____. **สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ประชาชน, 2545.
- มาโนช นามเดช. “หลักการสำคัญของการจัดตั้งศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลของประเทศฝรั่งเศส.” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 12, 2 (เมษายน-มิถุนายน 2555).
- ฤทัย หงส์ศิริ. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557.
- วรวิทย์ เทพทอง. **คำอธิบายกฎหมายที่ดิน**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.
- สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. “เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล: ปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไข.” **เอกสารสัมมนาทางวิชาการ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล**. สุราษฎร์ธานี, 25–27 เมษายน 2551.

- สุชาติ มงคลเลิศพล. **คดีปกครองเกี่ยวกับที่ดิน**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, 2558.
- สมจิตร ทองศรี. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. ศาลยุติธรรม. **รวมย่อคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล** [Online]. Available URL: <https://oscj.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/119>, 2566 (มกราคม, 3).
- สำนักแผนงานและงบประมาณ. ศาลยุติธรรม. **หนังสือรายงานสถิติคดีของศาลยุติธรรมประจำปี พุทธศักราช (ฉบับภาษาไทย)** [Online]. Available URL: <https://oppb.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/2085>, 2566 (มกราคม, 3).
- อักขราทร จุฬารัตน. **ประมวลกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท บพิตรการพิมพ์ จำกัด, 2556.
- อิสสระ นิตินันท์ประภาศ. **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: รุ่งศิลป์การพิมพ์, 2526.
- Brown, L. Neville. **French Administrative Law**. 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- David, Rene. **Les Grands Systemes de Droit Contemporains**. 8th ed. Paris: Dalloz, 1982.
- Dufau, Jean. **Le domaine public**. Paris: Moniteur, 1977.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซ เรือนกระจก (Emission Trading Scheme-ETS)

ธนพร ปักชาจันทร์

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading Scheme - ETS)*

Legal Problems on Emission Trading Scheme (ETS)

ธนพร ปักชาจันทร์**

Thanaphorn Paksachan

บทคัดย่อ

ภาวะโลกร้อนก่อให้เกิดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ทั่วโลกจึงให้ความสำคัญกับการลดก๊าซเรือนกระจกอันเป็นสาเหตุสำคัญของการเกิดภาวะโลกร้อน กลไกหนึ่งที่ประเทศพัฒนาแล้วหลายประเทศใช้คือระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งนำแรงจูงใจทางการเงินมาใช้เพื่อให้ภาคอุตสาหกรรมลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยสามารถนำสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ได้รับจัดสรรจากภาครัฐมาซื้อขายระหว่างกันในระบบได้ ซึ่งจากการวิจัยพบว่าสหภาพยุโรปและประเทศเกาหลีใต้ต่างก็มีองค์การภาครัฐในการกำกับดูแลระบบอย่างเข้มงวดและมีกฎหมายเฉพาะที่ใช้ควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพ

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading Scheme - ETS)” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑิธ เอกจริยกร คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ พ.ต.อ.ดร.ชวลิต ชวลิตพงษ์พันธุ์, ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑิธ เอกจริยกร และ ศาสตราจารย์ ดร.สทนต์ รัตนไพจิตร.

The article is a part of thesis “Legal Problems on Emission Trading Scheme (ETS).” This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Thammasat University. Professor Dr.Phathaichit Ekkachariyakon is advisor. Pol.Col. Dr.Chavalit Chavalitpongpan, Professor Dr.Phathaichit Ekkachariyakon and Professor Dr.Sahaton Rattanapajit are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
E-mail: Thanaphorn1993@gmail.com.

LL.M. Candidate in International Trade Regulation, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 5 มิถุนายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 8 สิงหาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 9 สิงหาคม 2566.

สำหรับประเทศไทยมีความประสงค์ที่จะนำระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกมาปรับใช้เพื่อบรรลุเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศ ผู้วิจัยจึงกำหนดขอบเขตในการศึกษาโดยเน้นศึกษากฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อศึกษาแนวทางการร่างกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายต่อระบบนี้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการส่งเสริมให้ระบบมีความโปร่งใสและมีมาตรฐานสากล จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยยังไม่มีองค์กรในการกำกับดูแลระบบแม้ว่าจะมีองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการลดก๊าซเรือนกระจกก็ตาม แต่หน่วยงานดังกล่าวเป็นองค์การมหาชนที่มีข้อจำกัดในส่วนอำนาจหน้าที่ จึงไม่สามารถกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้ อีกทั้งประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ จึงทำให้ขาดกฎหมายในการกำกับดูแลระบบ ผู้วิจัยเสนอแนะว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของอำนาจหน้าที่ อบก. ให้สามารถดำเนินการใด ๆ ในระบบได้โดยไม่เป็นการกระทบสิทธิของผู้ประกอบการในระบบ และควรมีการยกร่างกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กำกับดูแลระบบให้มีความน่าเชื่อถือและมีประสิทธิภาพเพื่อบรรลุเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศต่อไป

คำสำคัญ: ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก, ตลาดคาร์บอน, สิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

Abstract

Global warming is the primary factor to climate change. The reduction of greenhouse gases, which are the primary factors contributing to global warming, is an important objective for numerous countries worldwide. The Emissions Trading Scheme is one of the mechanisms used by several developed nations to reduce greenhouse gas emissions. It encourages industry to reduce greenhouse gas emissions through financial incentives. The concept is to let manufacturing plants that release greenhouse gases into the atmosphere trade “allowances” with one another. According to the research, the regulatory organizations and specific regulations that regulate the system exist in both South Korea and the European Union.

In order to meet the country’s objectives for greenhouse gas reduction, Thailand will shortly implement the Emissions Trading Scheme. Thailand, however, lacks a regulated organization for supervising the system. Although Thailand established a Greenhouse Gas Management Organization (Public Organization) that focuses on lowering greenhouse gas emissions, the organization’s responsibility is restricted to system management. Furthermore, Thailand lacks specific legislation that would govern this system. As a result, the researcher recommends that the Greenhouse Gas Management Organization (Public Organization) should have legal authority to operate the system without disrupting with the rights of operators. In order to ensure the system is trustworthy and helps the country achieve the greenhouse gas reduction targets, specific law for governing should be enacted.

Keywords: emission trading scheme, carbon market, allowances

1. บทนำ

ก๊าซเรือนกระจกเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดภาวะโลกร้อนและเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอันมีผลต่อความยั่งยืนด้านสิ่งแวดล้อมของโลก ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาปัญหาเรื่องภาวะโลกร้อนและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจจากนานาประเทศทั่วโลก จึงได้ร่วมกันพยายามแก้ไขปัญหานี้มาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการช่วยลดปัจจัยที่ส่งผลต่อการเกิดภาวะโลกร้อน

ในการร่วมกันแก้ไขปัญหาคั้งแรกได้จัดการประชุมระดับนานาชาติเพื่อหาแนวทางยับยั้งการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและเพื่อที่จะป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับมนุษย์ จึงมีการรับรองอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change) หรืออนุสัญญา UNFCCC ในปี ค.ศ. 1992 โดยกำหนดเป้าหมายสูงสุดเพื่อรักษาความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศให้อยู่ในระดับที่ปลอดภัยจากการรบกวนของมนุษย์ และเพื่อให้ระบบนิเวศปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศตามธรรมชาติและไม่เกิดผลกระทบต่อการผลิตอาหารและการพัฒนาเศรษฐกิจที่ยั่งยืน¹ มีหลักการคือแบ่งรัฐภาคีอนุสัญญาออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ รัฐภาคีตามภาคผนวกที่ 1 ประกอบไปด้วยประเทศที่พัฒนาแล้ว มีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดนโยบายแห่งชาติและดำเนินมาตรการเพื่อลดก๊าซเรือนกระจกอย่างเข้มงวด รัฐภาคีตามภาคผนวกที่ 2 ได้แก่ ประเทศที่พัฒนาแล้วยกเว้นประเทศที่มีการเปลี่ยนผ่านทางเศรษฐกิจจากสังคมนิยมเป็นทุนนิยมมีพันธกรณีในการให้ความช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการลดก๊าซเรือนกระจก และรัฐภาคีที่อยู่นอกภาคผนวกที่ 1 อันได้แก่ ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มนี้จึงไม่มีพันธกรณีที่ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประเทศพัฒนาแล้วแต่ยังคงต้องจัดเตรียมและแจ้งข้อมูลบัญชีก๊าซเรือนกระจกแห่งชาติและดำเนินการตามแผนงานลดก๊าซเรือนกระจก เป็นต้น

ต่อมารัฐภาคีตามภาคผนวกที่ 1 ไม่สามารถลดก๊าซเรือนกระจกได้ตามเป้าหมายเนื่องจากอนุสัญญา UNFCCC ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายและไม่มียกเว้นโทษ จึงมีการประชุมรัฐภาคีอนุสัญญาขึ้นอีกครั้งและมีการร่าง “พิธีสารเกียวโต” (Kyoto Protocol) ขึ้นในปี ค.ศ. 1997 เพื่อให้การดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกมีผลผูกพันทางกฎหมาย โดยพิธีสารเกียวโตมีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 2005 โดยมีวัตถุประสงค์ให้รัฐภาคีตามภาคผนวกที่ 1 ต้องลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยรวมอย่างน้อย

¹United Nations Framework Convention on Climate Change, Article 2.

ร้อยละ 55 เมื่อเทียบกับระดับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปี ค.ศ. 1990 ซึ่งกำหนดเป็นปีฐานเนื่องจากเป็นครั้งแรกที่ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกพิจารณาอย่างจริงจังในการร่วมกันลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยพิธีสารเกียวโตได้เสนอกลไกในการลดก๊าซเรือนกระจกจำนวน 3 กลไก ได้แก่ กลไกการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emissions Trading หรือ ET) กลไกการดำเนินการร่วมกัน (Joint Implementation หรือ JI) และกลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism หรือ CDM) แต่กลไก ET และกลไก JI เป็นกลไกที่รัฐภาคีตามภาคผนวกที่ 1 มีพันธกรณีต้องดำเนินการร่วมกันในขณะที่กลไก CDM ได้เปิดโอกาสให้รัฐภาคีตามภาคผนวกที่ 1 ร่วมมือกับรัฐภาคีนอกภาคผนวกที่ 1 ได้² ดังนั้น ในระยะเวลานั้นประเทศไทยจึงดำเนินโครงการ CDM โดยสมัครใจเข้าร่วมตามแต่ศักยภาพของประเทศมาจนถึงปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม ปัญหาโลกร้อนยังคงทวีความรุนแรงขึ้นเนื่องจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากภาคอุตสาหกรรมในประเทศจีนและประเทศอินเดียในระยะเวลานั้นมีปริมาณสูง รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการให้สัตยาบันสำหรับพิธีสารเกียวโตโดยเห็นว่าพิธีสารเกียวโตไม่ตอบโจทย์ด้านเศรษฐกิจของประเทศ จึงส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศแคนาดา และประเทศญี่ปุ่นถอนตัวจากพิธีสารเกียวโตในปี ค.ศ. 2011 นอกจากนี้ ประเทศกำลังพัฒนามีการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเพิ่มขึ้นแต่กลับไม่มีพันธกรณีที่จะต้องลดก๊าซเรือนกระจกให้ได้ตามเป้าหมายที่พิธีสารเกียวโตกำหนด จึงส่งผลให้การลดก๊าซเรือนกระจกทั่วโลกไม่ได้ประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงเป็นสาเหตุให้รัฐภาคีตามอนุสัญญา UNFCCC ร่วมกันพิจารณาหาแนวทางแก้ไขอีกครั้ง ต่อมาในปี ค.ศ. 2015 ที่ประชุมรัฐภาคีอนุสัญญา UNFCCC สมัยที่ 21 จึงได้มีการรับรอง “ความตกลงปารีส” (Paris Agreement) ซึ่งเป็นตราสารกฎหมายที่รับรองภายใต้อนุสัญญา UNFCCC มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิเฉลี่ยของโลก เพื่อเพิ่มความสามารถในการปรับตัวและฟื้นตัวจากผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และเพื่อทำให้เกิดเงินทุนหมุนเวียนที่มีความสอดคล้องกับแนวทางการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในระดับต่ำและการพัฒนาที่ยืดหยุ่นเพื่อสภาพอากาศที่ปลอดภัย³ โดยความตกลงปารีสไม่ได้แบ่งกลุ่มประเทศภาคีเหมือนเช่นอนุสัญญา UNFCCC และพิธีสารเกียวโต เนื่องจากต้องการให้ทุกประเทศภาคีมีส่วนร่วมในการดำเนินการลดก๊าซเรือนกระจกและสามารถใช้กลไกต่าง ๆ เป็นตัวช่วยได้เช่นเดียวกันทุกประเทศ

²สำนักงานนวัตกรรมไม่เศรษฐกิจ องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้, กลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism: CDM) [Online], available URL: <http://www.fio.co.th/p/km/document/km-530107.pdf>, 2565 (ตุลาคม, 29).

³Paris Agreement, Article 2.

สำหรับการร่วมลดก๊าซเรือนกระจกในประเทศไทยมีหน่วยงานที่เข้ามาดูแลคือ องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) หรือ อบก. ซึ่งเป็นองค์การมหาชนที่มีหน้าที่ส่งเสริมโครงการต่าง ๆ เกี่ยวกับการลดก๊าซเรือนกระจกในประเทศไทย และเป็นผู้กำกับดูแลโครงการ CDM ในประเทศไทยมาจนถึงปัจจุบัน ต่อมาเมื่อประเทศไทยให้สัตยาบันเข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงปารีส และได้แสดงเจตจำนงในการลดก๊าซเรือนกระจกให้ได้ร้อยละ 20-25 ภายในปี ค.ศ. 2030 จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนาสามารถนำระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกมาใช้ได้ ดังนั้น อบก. จึงตั้งใจจะนำเอาระบบนี้มาใช้เพื่อบรรลุเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกตามที่ได้แสดงเจตจำนงไว้

ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading Scheme-ETS) มีแนวคิดในการนำแรงจูงใจทางการเงินมาส่งเสริมให้ผู้ปล่อยก๊าซเรือนกระจกรายใหญ่ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งขั้นตอนดำเนินการคือภาครัฐต้องกำหนดเพดานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศ จากนั้นจึงจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้กับสถานประกอบการที่อยู่ในระบบเพื่อจำกัดระดับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของแต่ละแห่ง โดยหลักการสถานประกอบการจะไม่สามารถปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้เกินกว่าระดับที่กำหนดไว้ในแต่ละปีและต้องรายงานผลการตรวจวัดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้กับรัฐทุกปี จากนั้นสถานประกอบการต้องคืนสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ได้รับจัดสรรมาตามปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ตนปล่อยออกมาตามที่รายงานทุกสิ้นปี หากปล่อยก๊าซเรือนกระจกมากกว่าที่ได้รับจัดสรรก็สามารถซื้อสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากสถานประกอบการอื่นภายใต้ระบบเดียวกันหรืออาจซื้อคาร์บอนเครดิตจากโครงการลดก๊าซเรือนกระจกอื่นที่ระบบ ETS ยอมรับแล้วนำมาคืนในระบบแทนได้ ในทางกลับกันหากสถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกน้อยกว่าที่ได้รับการจัดสรรก็สามารถเก็บสะสมสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกไว้ใช้คืนระบบสำหรับปีถัดไปหรือจะขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกให้แก่สถานประกอบการอื่นก็ได้

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงสนใจศึกษาเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก หรือต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า “ระบบ ETS” เนื่องด้วยเป็นครั้งแรกที่ประเทศไทยจะนำระบบดังกล่าวมาใช้ และมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมกระบวนการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลเพื่อให้ผู้ที่เข้าร่วมการซื้อขายทั้งในระดับประเทศและระดับนานาชาติเกิดความเชื่อถือในระบบของประเทศไทย ซึ่งส่วนสำคัญที่จะส่งผลให้เกิดระบบที่น่าเชื่อถือตามมาตรฐานสากลได้นั้นจำเป็นต้องมีการกำกับดูแลจากหน่วยงานภาครัฐและมีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเข้ามาควบคุมอย่างเข้มงวด จึงเกิดประเด็นปัญหาที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาใน 2 ประเด็นคือ ปัญหาการไม่มีองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย และปัญหาการไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย

2. ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในต่างประเทศ องค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การวิจัยนี้ผู้วิจัยเลือกศึกษาระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของสหภาพยุโรปและประเทศเกาหลีใต้

2.1 สหภาพยุโรป

ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในสหภาพยุโรปมีชื่อว่า “EU Emissions Trading System (EU ETS)” ปัจจุบันมีประเทศที่อยู่ภายใต้ระบบ EU ETS จำนวน 31 ประเทศ ซึ่งเป็นประเทศในสหภาพยุโรปจำนวน 28 ประเทศ รวมกับสาธารณรัฐไอซ์แลนด์ ราชอาณาจักรเดนมาร์ก และราชอาณาจักรนอร์เวย์

2.1.1 องค์กรที่กำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

เนื่องจากระบบ EU ETS มีจำนวนสมาชิกหลายประเทศ องค์กรที่มีหน้าที่ในการออกกฎหมายและกำกับดูแลจึงเป็นองค์กรกลางของสหภาพยุโรป ได้แก่ รัฐสภายุโรป คณะกรรมาธิการยุโรป และคณะมนตรียุโรป โดยคณะกรรมาธิการเป็นผู้มีอำนาจเสนอกฎหมาย จากนั้นรัฐสภาและคณะมนตรีจะพิจารณาและเสนอแก้ไขตามที่เห็นสมควรแล้วจึงส่งกลับให้คณะกรรมาธิการพิจารณาอีกครั้งซึ่งจะมีการส่งให้แต่ละฝ่ายพิจารณาและแก้ไขอยู่เช่นนี้จนกระทั่งได้ข้อสรุปจึงจะประกาศใช้

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายแล้วประเทศสมาชิกต้องอนุวัติการกฎหมายนั้นเพื่อนำมาใช้ตามความเหมาะสมของประเทศตนเอง และคณะกรรมาธิการยุโรปจะเป็นผู้กำกับดูแลในแต่ละขั้นตอนอีกชั้นหนึ่ง เช่น หน่วยงาน The German Emissions Trading Authority (DEHSt) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สำนักงานสิ่งแวดล้อมเยอรมนีมีหน้าที่อนุวัติการกฎหมายและบังคับใช้ระบบ EU ETS ในประเทศเยอรมนี รวมถึงสนับสนุนคณะกรรมาธิการยุโรปในการวิเคราะห์และพัฒนา EU ETS เพิ่มเติม เป็นต้น นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปต้องตรวจสอบว่าประเทศสมาชิกปฏิบัติตามกฎหมายอย่างถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ หากพบว่าประเทศสมาชิกไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย คณะกรรมาธิการอาจแทรกแซงและลงโทษได้โดยส่งเรื่องไปยังศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปเพื่อให้พิจารณาและพิพากษาต่อไปได้⁴

⁴European Commission, **The EU ETS Handbook** [Online], available URL: https://www.sallan.org/pdf-docs/ets_handbook_en.pdf, 2015 (July, 16).

2.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

สหภาพยุโรปมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบบ EU ETS คือ Directive 2003/87/EC ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์การดำเนินการอย่างกว้างเพื่อให้ประเทศสมาชิกนำไปปรับใช้ตามความเหมาะสม ซึ่งขอบเขตบังคับใช้พิจารณาจากกิจกรรมที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกในปริมาณสูงกว่ากิจกรรมนั้นปล่อยก๊าซชนิดใดที่ควรต้องควบคุม และกฎหมายฉบับนี้มีหลักเกณฑ์ที่ผู้วิจัยพิจารณาใน 4 ประการ ดังนี้

1) กระบวนการได้มาซึ่งสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ประกอบไปด้วย 3 ขั้นตอน โดยขั้นตอนแรกคือการขออนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก ซึ่งผู้ประกอบการที่ต้องเข้าระบบ EU ETS ต้องยื่นขออนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจกเป็นคำร้องขอต่อหน่วยงานที่มีอำนาจออกใบอนุญาต จากนั้นเจ้าหน้าที่จะพิจารณาคำขอและหากเห็นว่าผู้ประกอบการสามารถตรวจวัดและรายงานผลการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้เจ้าหน้าที่ก็จะออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบการนั้น⁵ ขั้นตอนต่อมาคือการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกซึ่งสามารถจัดสรรได้ 2 วิธี ได้แก่ การจัดสรรแบบให้เปล่า และการประมูล โดยในระยะแรกเน้นไปที่การจัดสรรแบบให้เปล่า ซึ่งจะจัดสรรตามที่ประเทศสมาชิกประกาศแผนการจัดสรรแห่งชาติ หรือ National Allocation Plans (NAPs) ไว้ แต่หลังจากปี ค.ศ. 2013 ระบบ EU ETS เน้นการจัดสรรโดยการประมูลเป็นส่วนใหญ่ โดยประเทศสมาชิกต้องทำแผนการจัดสรรที่เรียกว่า “the National Implementation Measures (NIMs)” เพื่อแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับปริมาณสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกซึ่งจะได้รับการตรวจสอบจากคณะกรรมการผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบ ขั้นตอนสุดท้ายคือการตรวจวัด การรายงาน และการทวนสอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Monitoring, Reporting and Verification – MRV) โดยผู้ประกอบการต้องส่งแผนการตรวจวัดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกมาพร้อมกับการยื่นขออนุญาตในขั้นแรกเพื่อให้หน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการตรวจสอบและรับรองแผนการตรวจวัดดังกล่าว ต่อมาเมื่อผู้ประกอบการดำเนินการตรวจวัดตามแผนการที่ได้ยื่นไว้แล้วจะต้องส่งรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกประจำปีผ่านการทวนสอบโดยผู้ทวนสอบที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการตามกำหนดเวลา จากนั้นผู้ประกอบการต้องคืนสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามขั้นตอนในระบบต่อไป⁷ ในขั้นตอนนี้ประเทศสมาชิกต้องตรวจสอบว่าผู้ประกอบการในประเทศส่งรายงานการตรวจวัดให้กับหน่วยงานที่มีอำนาจดำเนินการหลังจากสิ้นสุดแต่ละปีปฏิบัติการแล้วหรือไม่⁸ และรายงานนั้นเป็นไป

⁵Directive 2003/87/EC, Article 6.

⁶European Commission, op. cit.

⁷Ibid.

⁸Directive 2003/87/EC, Article 14.

ตามข้อกำหนดที่คณะกรรมการได้กำหนดไว้หรือไม่ หากยังไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ผู้ประกอบการรายนั้นจะไม่สามารถซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้จนกว่ารายงานจะได้รับการตรวจสอบว่าถูกต้องแล้ว⁹ นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกต้องส่งรายงานการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก การลงทะเบียน การอนุมัติการหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ MRV และอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้กับคณะกรรมการเพื่อเผยแพร่ต่อไป¹⁰

2) กระบวนการดำเนินการเกี่ยวกับสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก หลังจากที่มีการตรวจวัดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในแต่ละปีอย่างถูกต้องตามหลักเกณฑ์ MRV แล้ว ประเทศสมาชิกจะต้องทำการคืนสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ใช้ไปในปีปฏิบัติการนั้น โดยผู้วิจัยแบ่งพิจารณาเป็น 3 กรณีกล่าวคือ ในกรณีที่สถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามปริมาณสิทธิที่ได้รับจัดสรรก็จะต้องคืนสิทธิเท่ากับปริมาณก๊าซเรือนกระจกทั้งหมดที่ปล่อยออกมาตามความเป็นจริง และสิทธิที่ถูกคืนไปนั้นจะถูกยกเลิกต่อไป¹¹ กรณีต่อมาหากสถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกน้อยกว่าปริมาณที่ได้รับจัดสรรแล้วยังคงเหลือสิทธิอยู่หลังจากที่ได้คืนตามระบบแล้วก็สามารถสะสมสิทธินั้นไว้เพื่อใช้สำหรับคืนหรือซื้อขายในปีต่อไปได้หรือสถานประกอบการอาจขายสิทธิที่เหลืออยู่ได้โดยกฎหมายกำหนดให้สิทธิสามารถโอนแก่กันระหว่างบุคคลภายในสหภาพด้วยกันหรืออาจโอนระหว่างบุคคลภายในสหภาพกับบุคคลภายนอกสหภาพในประเทศที่สิทธินั้นได้รับการยอมรับให้นำมาโอนแก่กันได้โดยไม่มีข้อจำกัด¹² ทั้งนี้ การจะซื้อขายได้ต้องทำการลงทะเบียนไว้ในระบบ EU ETS ซึ่งต้องส่งคำสั่งซื้อขายผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ และไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายแบบตกลงราคากันเองระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายหรือการซื้อขายในตลาดทางการ คำสั่งซื้อขายนั้นจะถูกส่งไปยังสำนักทะเบียนของสหภาพยุโรปเพื่อให้เกิดการโอนแก่กันอย่างเป็นรูปธรรม¹³ สำหรับกรณีสุดท้ายคือหากสถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเกินกว่าปริมาณที่ได้รับจัดสรร สถานประกอบการนั้นมีทางเลือกในการซื้อสิทธิเพิ่มจากสถานประกอบการอื่นที่มีจำนวนสิทธิเหลืออยู่เพื่อให้ตนเองมีสิทธิเพียงพอต่อการคืนตามหลักเกณฑ์ที่แต่ละประเทศกำหนด หรืออาจยืมสิทธิที่จะได้รับจัดสรรในปีถัดไปมาคืนในส่วนที่ปล่อยเกินนั้นได้ แต่จะสามารถยืมได้เฉพาะในช่วงระยะเวลาตามที่สหภาพยุโรปกำหนด

⁹Ibid, Article 15.

¹⁰Directive 2003/87/EC, Article 21.

¹¹Ibid, Article 12.

¹²Ibid.

¹³European Commission, op. cit.

เท่านั้น¹⁴ แต่หากว่าสถานประกอบการนั้นไม่สามารถหาสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกมาคืนตามจำนวนได้ก็จะต้องชำระค่าปรับจำนวน 100 ยูโรต่อตันของคาร์บอนไดออกไซด์สำหรับก๊าซเรือนกระจกที่ปล่อยเกินออกมา โดยโทษปรับจะสูงขึ้นทุกปีตามดัชนีราคาผู้บริโภคในยุโรป¹⁵

3) การชดเชยการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากโครงการอื่นภายใต้พิธีสารเกียวโต ในระยะแรก สหภาพยุโรปอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถนำคาร์บอนเครดิตจากโครงการอื่นภายใต้พิธีสารเกียวโตมาใช้คืนแทนสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้ แต่ต้องได้รับการรับรองจากประเทศที่ลงนามในสนธิสัญญาการภาคยานุวัติกับสหภาพแล้ว แต่หลังจากปี ค.ศ. 2020 เป็นต้นมา สหภาพยุโรปก็ไม่อนุญาตให้นำคาร์บอนเครดิตจากโครงการอื่นมาใช้คืนสำหรับอุตสาหกรรมบางประเภท เนื่องจากเมื่อสหภาพยุโรปปรับลดเพดานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกลงส่งผลให้มีผู้ประกอบการที่ต้องการหาคาร์บอนเครดิตในโครงการอื่นเพื่อนำมาชดเชยการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในระบบ EU ETS จำนวนมากขึ้นจนส่งผลต่อเสถียรภาพตลาดทำให้ราคาของสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกลดลงและทำให้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์สำหรับการลดก๊าซเรือนกระจก¹⁶

4) บทกำหนดโทษ สหภาพยุโรปกำหนดให้ประเทศสมาชิกวางระเบียบเกี่ยวกับการลงโทษผู้ที่ละเมิดต่อข้อกำหนด ซึ่งบทกำหนดโทษต้องมีประสิทธิภาพ สมเหตุสมผล และตามสมควรโดยที่ประเทศสมาชิกจะต้องแจ้งบทกำหนดโทษเหล่านั้นให้กับคณะกรรมการสิทธิการทราบ และบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2013 จะต้องเพิ่มสูงขึ้นตามดัชนีราคาผู้บริโภคในยุโรป¹⁷

2.2 ประเทศเกาหลีใต้

ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศเกาหลีใต้ใช้ชื่อว่า “The Korean Emissions Trading System (KETS)” ซึ่งเป็นแห่งแรกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่สถานประกอบการในประเทศต้องอยู่ภายใต้การบังคับของรัฐในการดำเนินการตามระบบ KETS โดยตลาดคาร์บอนของประเทศเกาหลีใต้มีขนาดใหญ่เป็นอันดับสองรองจากระบบ EU ETS

¹⁴Ibid.

¹⁵Directive 2003/87/EC, Article 16.

¹⁶International Carbon Action Partnership, **Offset Use Across Emission Trading Systems** [Online], available URL: <https://icapcarbonaction.com/en/publications/offset-use-across-emissions-trading-systems>, 2023 (January, 24).

¹⁷Directive 2003/87/EC, Article 16.

2.2.1 องค์การที่กำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

หน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลระบบ KETS โดยภาพรวมได้แก่ กระทรวงสิ่งแวดล้อม (The Ministry of Environment - MOE) และมีการแต่งตั้งคณะกรรมการจากกระทรวงต่าง ๆ เพื่อกำกับดูแลแต่ละขั้นตอนโดยเฉพาะ ได้แก่ คณะกรรมการจัดสรร ตั้งขึ้นโดยกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลัง¹⁸ คณะกรรมการองค์กรและการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดสรร โดยประธานมาจากกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลังและมีสมาชิกจากกระทรวงอื่น¹⁹ คณะกรรมการรับรองการปล่อยมลพิษ มีหน้าที่พิจารณาและปรับแก้เกี่ยวกับการประเมินความถูกต้องและการรับรองปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่แท้จริง²⁰ นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการ the Committee on Green Growth ที่มีอำนาจเข้ามาร่วมดำเนินการบางส่วนเนื่องจากเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมาย Framework Act on Low Carbon, Green Growth ที่ระบุถึงเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกของประเทศไว้²¹

2.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

ระบบ KETS มีกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลจำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ Framework Act on Low Carbon, Green Growth ซึ่งกำหนดกรอบเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจก และ Act on The Allocation and Trading of Greenhouse-gas Emission Permits ที่กำหนดหลักเกณฑ์ดำเนินการในระบบ โดยมีขอบเขตบังคับใช้กับธุรกิจที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกเฉลี่ยในช่วง 3 ปีรวมกันไม่ต่ำกว่า 125,000 ตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่า และธุรกิจที่อยู่ในความควบคุมของกฎหมายที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจก 25,000 ตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่าในระหว่าง 3 ปีที่ผ่านมา สำหรับหลักเกณฑ์การกำกับดูแลแบ่งพิจารณาใน 4 ประการเช่นเดียวกับสหภาพยุโรป ดังนี้

1) กระบวนการได้มาซึ่งสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ประกอบไปด้วย 3 ขั้นตอน โดยในขั้นตอนแรกสถานประกอบการที่เข้าร่วมในระบบต้องยื่นคำขอเพื่อการจัดสรรต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด²² ขั้นตอนต่อมาคือการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ในขั้นตอนนี้คณะกรรมการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกต้องจัดทำแผนการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสำหรับแต่ละช่วงการดำเนินการที่กำหนดระยะเวลาไว้²³

¹⁸Act on The Allocation and Trading of Greenhouse-gas Emission Permits, Article 6.

¹⁹Ibid, Article 7.

²⁰Ibid, Article 26.

²¹Ibid, Article 4.

²²Ibid, Article 13.

²³Ibid, Article 5.

ต่อมาเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการจะจัดสรรสิทธิให้กับสถานประกอบการโดยมีการจัดสรรใน 2 วิธี คือ การจัดสรรแบบให้เปล่า และการประมูล ซึ่งเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาถึงวิธีการจัดสรรสำหรับแต่ละประเภทธุรกิจตามความเหมาะสม²⁴ และขั้นตอนสุดท้ายคือการตรวจวัดการรายงาน และการทวนสอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (MRV) ในขั้นตอนนี้สถานประกอบการต้องจัดทำรายงานการตรวจวัดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละปีปฏิบัติการแล้วส่งให้กับคณะกรรมการรับรองการปล่อยก๊าซเรือนกระจก²⁵ เพื่อให้ประเมินและรับรองความถูกต้องของรายงานดังกล่าว โดยหากรายงานเกิดความผิดพลาดเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจสำรวจและรับรองปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามความเป็นจริงได้ จากนั้นจึงแจ้งผลการจัดสรรให้แก่สถานประกอบการทราบพร้อมทั้งลงข้อมูลในทะเบียนสิทธิต่อไป²⁶

2) กระบวนการดำเนินการเกี่ยวกับสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ผู้วิจัยแบ่งเป็น 3 กรณี ได้แก่ กรณีที่สถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเท่ากับปริมาณสิทธิที่ได้รับจัดสรร โดยหลังจากสถานประกอบการจัดทำรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและได้รับการรับรองปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามความเป็นจริงแล้ว สถานประกอบการต้องคืนสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามจำนวนดังกล่าว จากนั้นเจ้าหน้าที่ต้องจดทะเบียนรายละเอียดต่าง ๆ ที่ลงในทะเบียนสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก²⁷ ในกรณีที่สถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกน้อยกว่าปริมาณสิทธิที่ได้รับจัดสรรหลังจากคืนสิทธิตามระบบแล้วสถานประกอบการสามารถสะสมสิทธิที่เหลืออยู่ต่อไปได้ตามระยะเวลาที่อนุญาตโดยต้องได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรืออาจขายสิทธิที่เหลืออยู่นั้นได้โดยต้องมีการรายงานต่อเจ้าหน้าที่และเจ้าหน้าที่ได้ลงทะเบียนในบัญชีทะเบียนด้วย²⁸ และกรณีสุดท้ายคือหากสถานประกอบการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเกินกว่าปริมาณที่ได้รับจัดสรร สถานประกอบการนั้นสามารถซื้อสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากสถานประกอบการอื่นได้ หรืออาจยืมสิทธิที่จะได้รับจัดสรรในปีถัดไปเพื่อนำมาคืนในระบบได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ²⁹ แต่หากว่าสถานประกอบการไม่สามารถคืนสิทธิได้ตามปริมาณ

²⁴Ibid, Article 12.

²⁵Ibid, Article 24.

²⁶Ibid, Article 25.

²⁷Ibid, Article 27.

²⁸Ibid, Article 20.

²⁹Ibid, Article 28.

การปล่อยจริงที่เกิดขึ้นได้ จะต้องจ่ายค่าปรับตามที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำหนดแต่ไม่เกินสามเท่าของราคาตลาดเฉลี่ยของปีปฏิบัติการสำหรับธุรกิจนั้น โดยต้องไม่เกินกว่า 100,000 วอนต่อตันของคาร์บอนไดออกไซด์ของจำนวนที่ยังขาดอยู่³⁰

3) การชดเชยการปล่อยก๊าซเรือนกระจก กรณีที่สถานประกอบการมีผลลัพธ์จากการลดก๊าซเรือนกระจกจากโครงการภายนอกตามมาตรฐานสากล สามารถร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ให้แปลงผลลัพธ์ดังกล่าวให้กลายเป็นสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้ โดยเจ้าหน้าที่ต้องลงทะเบียนการแปลงผลลัพธ์ไว้ในระบบทะเบียน จากนั้นสถานประกอบการจึงสามารถนำสิทธิดังกล่าวไปคืนตามกระบวนการได้ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการกำหนดปริมาณการแปลงผลลัพธ์ที่จะนำมาชดเชยได้ โดยคำนึงถึงเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกและปัจจัยสำคัญอื่น ๆ ด้วย³¹

4) บทกำหนดโทษ หากมีผู้กระทำความผิด เช่น ฉ้อโกงบุคคลอื่นเพื่อได้รับมาซึ่งสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก หรือรายงานผลการตรวจวัดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกเท็จ เป็นต้น ผู้นั้นต้องได้รับโทษตามกฎหมายซึ่งประเทศเกาหลีใต้กำหนดโทษค่อนข้างเข้มงวดโดยมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุกขึ้นอยู่กับฐานความผิดที่ก่อขึ้น³²

3. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในประเทศไทย

เพื่อบรรลุเป้าหมายการลดก๊าซเรือนกระจกตามที่ประเทศไทยได้แสดงเจตจำนงไว้ในความตกลงปารีส องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) หรือ อบก. จึงเล็งเห็นว่าควรนำระบบ ETS เข้ามาใช้โดยใช้ชื่อว่า “ระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกภาคสมัครใจของประเทศไทย (Thailand Voluntary Emission Trading Scheme) หรือ ระบบ Thailand V-ETS” ซึ่งปัจจุบันอยู่ในขั้นตอนการศึกษาและจัดทำโครงการนำร่องเพื่อทดสอบระบบการตรวจวัดและการรายงานผล และพัฒนาแนวทางการบริหารจัดการและกฎการดำเนินงานของระบบให้มีความเหมาะสมกับบริบทของประเทศ ซึ่งผู้วิจัยได้ศึกษาและพิจารณาประเด็นปัญหาใน 2 ประเด็น ดังนี้

³⁰Ibid, Article 33.

³¹Ibid, Article 29.

³²Ibid, Article 41.

3.1 ประเด็นปัญหาการไม่มีองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย

องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) เป็นองค์การที่ดำเนินการเกี่ยวกับก๊าซเรือนกระจกโดยตรงและเป็นองค์การที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับก๊าซเรือนกระจกเป็นอย่างดี จึงมีความเหมาะสมที่จะกำกับดูแลระบบ ETS ในประเทศไทย แต่เนื่องด้วย อบก. เป็นองค์การมหาชนที่แม้จะเป็นหน่วยงานภาครัฐแต่ยังคงมีข้อจำกัดในส่วนของอำนาจหน้าที่บางประการ จึงส่งผลให้ อบก. ยังไม่สามารถกำกับดูแลระบบ ETS ได้ โดยผู้วิจัยพิจารณาใน 3 ประเด็น ดังนี้

3.1.1 ประเด็นแรกพิจารณาเกี่ยวกับสาเหตุในการจัดตั้ง อบก. ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในปี พ.ศ. 2550 ประเทศไทยต้องการดำเนินกลไกการพัฒนาที่สะอาดตามที่พิธีสารเกียวโตซึ่งเปิดโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถเข้าร่วมได้ คณะรัฐมนตรีจึงเห็นว่ทำให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการและเพื่อให้มีศูนย์กลางในการประสานความร่วมมือจากฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องจึงได้มีประกาศพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง อบก. ขึ้นเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ในการจัดตั้ง อบก. แต่ต้นั้นเพื่อบริหารจัดการโครงการลดก๊าซเรือนกระจกตามกลไกการพัฒนาที่สะอาด

3.1.2 ประเด็นที่สองพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง อบก. หลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของ อบก. ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 พบว่าวัตถุประสงค์ส่วนใหญ่เน้นไปที่การให้ อบก. เป็นศูนย์กลางข้อมูลและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการลดก๊าซเรือนกระจก แม้ว่าในมาตรา 7(1) แห่งพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้จะกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการพัฒนา และส่งเสริมโครงการและตลาดซื้อขายปริมาณก๊าซเรือนกระจกซึ่งอาจอนุมานได้ว่าอาจรวมไปถึงโครงการลดก๊าซเรือนกระจกจากระบบ ETS ด้วยก็ตาม แต่ก็เพียงการให้ อบก. เป็นผู้ริเริ่มโครงการ และส่งเสริมการลดก๊าซเรือนกระจกเท่านั้น ไม่ได้มีขึ้นเพื่อให้กำกับดูแลระบบ ETS

3.1.3 ประเด็นอำนาจหน้าที่ของ อบก. ในประเด็นนี้แม้ อบก. จะมีอำนาจหน้าที่ที่สามารถกระทำได้หลายประการทั้งในส่วนการเป็นศูนย์กลางในการประสานความร่วมมือระหว่างหน่วยงานและมีบางประการที่ดูคล้ายว่าเกี่ยวข้องกับระบบ ETS เช่น สามารถถือกรรมสิทธิ์ มีสิทธิครอบครอง และมีทรัพย์สินต่าง ๆ หรือก่อตั้งสิทธิ หรือทำนิติกรรมทุกประเภท เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการขององค์การ เป็นต้น แต่อำนาจหน้าที่ทั้งสั้่นนั้นต้องอยู่ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ขององค์การ ซึ่งเมื่อกรอบวัตถุประสงค์ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงการเป็นผู้กำกับดูแลระบบ ETS ดังนั้น อบก. จึงไม่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลระบบ ETS

เช่นนี้จึงสามารถสรุปได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีองค์กรในการกำกับดูแลระบบ ETS ของประเทศไทย แม้ว่าจะมีหน่วยงานที่เหมาะสมในการดำเนินการแต่ยังขาดอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย

3.2 ประเด็นปัญหาการไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย

ในการวิจัยนี้ผู้วิจัยพิจารณากฎหมายและร่างกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้กับระบบ ETS ในประเทศไทย 3 ฉบับ ดังนี้

3.2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีเพียงบทบัญญัติในส่วนของการนิยามคำว่า “ทรัพย์สิน” ที่เป็นเพียงการรองรับสถานะของปริมาณก๊าซเรือนกระจกกว่าอาจเป็นทรัพย์สิน และมีบทบัญญัติเรื่องการซื้อขายที่กำหนดให้ทรัพย์สินสามารถนำมาซื้อขายแลกเปลี่ยนระหว่างกันได้เท่านั้น จึงอาจนำมาปรับใช้กับขั้นตอนการซื้อขายได้เท่านั้นแต่ไม่ครอบคลุมกับกระบวนการทั้งหมดของระบบ ETS จึงไม่สามารถใช้บังคับได้ครอบคลุมกับลักษณะเฉพาะของระบบนี้ได้

3.2.2 ร่างพระราชบัญญัติมาตรการการคลังเพื่อสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ... เป็นร่างกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดหลักเกณฑ์การเก็บภาษีสิ่งแวดล้อม แม้จะมีการนิยามถึง “การซื้อขายสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิทธิการปล่อยมลพิษ” ที่สามารถเข้าใจได้ว่าหมายความว่ารวมถึงระบบ ETS แต่กลับไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลในแต่ละขั้นตอนของระบบแต่อย่างใด มีเพียงข้อกำหนดการให้อำนาจคณะกรรมการในการพิจารณาระบบการซื้อขายสิทธิการปล่อยมลพิษมาใช้ได้ตามที่เห็นสมควร บทบัญญัติในร่าง พ.ร.บ. ฉบับนี้จึงไม่ครอบคลุมกระบวนการในระบบ อีกทั้งร่าง พ.ร.บ. ฉบับนี้ได้รับการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 จนถึงปัจจุบันยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเนื่องจากยังมีประเด็นที่ต้องแก้ไข จึงเป็นไปได้ว่าร่าง พ.ร.บ. ฉบับนี้อาจไม่ประกาศใช้ในระยะเวลาอันใกล้

3.2.3 ร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ... มีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ระบบ ETS มาใช้ได้โดยให้อำนาจหน้าที่รัฐในการกำหนดนโยบายเพื่อป้องกัน และบรรเทาผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และกำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแห่งชาติที่มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอแนะแนวทางต่อรัฐมนตรี และหน่วยงานรัฐในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จึงเป็นเพียงร่างกฎหมายที่ให้แนวทางในการนำระบบ ETS มาใช้ในประเทศไทยโดยความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น

ดังนั้น กล่าวได้ว่าในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กำกับดูแลระบบ ETS ของประเทศไทย

4. บทสรุป

สหภาพยุโรปมีองค์กรกลางที่กำกับดูแลระบบ EU ETS โดยคณะกรรมการการยุโรปมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลทั้งระบบโดยรวม และมีกฎหมายกลางเพื่อให้ประเทศสมาชิกอนุวัติการกฎหมายดังกล่าวแล้วนำไปปรับใช้ในประเทศตนเองได้แก่ Directive 2003/87/EC ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกยังมีหน่วยงานภายในประเทศที่มีอำนาจกำกับดูแลระบบในประเทศนั้น ๆ อีกชั้นหนึ่งเพื่อให้การดำเนินการมีความครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ สำหรับประเทศเกาหลีใต้มีองค์กรที่กำกับดูแลโดยรวมคือกระทรวงสิ่งแวดล้อม แต่เพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินการโดยการตั้งคณะกรรมการสำหรับกำกับดูแลแต่ละขั้นตอนขึ้นมาจากผู้เชี่ยวชาญของแต่ละกระทรวงตามกฎหมายกำหนด ในส่วนของกฎหมายจะมีกฎหมาย 2 ฉบับที่บังคับใช้ คือ Act on The Allocation and Trading of Greenhouse-gas Emission Permits ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับกำกับดูแลระบบ KETS ฉบับหนึ่ง และอีกฉบับหนึ่งคือ Framework Act on Low Carbon, Green Growth เป็นกรอบเป้าหมายดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศ

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันมีองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ที่มีหน้าที่เป็นศูนย์กลางข้อมูลและประสานงานเกี่ยวกับการลดก๊าซเรือนกระจก แต่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลระบบ ETS จึงทำให้ประเทศไทยยังขาดองค์กรในการกำกับดูแลระบบ ETS ของประเทศไทย ในส่วนของกฎหมายในประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับระบบ ETS ในประเทศไทยได้ จึงเกิดประเด็นปัญหาใน 2 ประเด็นคือ

- 1) ประเด็นปัญหาการไม่มีองค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย
- 2) ประเด็นปัญหาการไม่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกของประเทศไทย

5. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยเสนอแนะ 2 ประการ ดังนี้

- 1) เสนอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 โดยเพิ่มเติมในส่วนของอำนาจหน้าที่ให้ ออบก. สามารถดำเนินการต่าง ๆ อันไม่เป็นการกระทบสิทธิของผู้ประกอบการในระบบ ETS ได้ เช่น การเป็นตัวแทนภาครัฐในการ

จัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก การออกใบรับรองผลการลดก๊าซเรือนกระจก เป็นต้น เนื่องจาก อบก. เป็นองค์การมหาชนซึ่งไม่ใช่ส่วนราชการ จึงมีข้อจำกัดในการดำเนินการที่อาจกระทบต่อสิทธิของผู้ประกอบการ เช่น การลงโทษผู้ประกอบการที่ไม่ดำเนินการตามกฎหมาย เป็นต้น แต่ผู้วิจัยเห็นว่าอำนาจหน้าที่เท่าที่ไม่กระทบสิทธิของผู้ประกอบการก็เพียงพอสำหรับการกำกับดูแลระบบ ETS ในปัจจุบัน แต่หากในอนาคตประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่เข้มงวดขึ้นก็อาจเกิดความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งองค์กรใหม่ที่เป็นส่วนราชการเพื่อให้การกำกับดูแลระบบมีความรัดกุมและน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น

2) เสนอให้มีการยกพระราชบัญญัติที่จะนำมาใช้ควบคุมระบบ ETS โดยใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก พ.ศ. ...” ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ อบก. และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กำหนดให้จัดทำแผนการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและดำเนินการจัดสรรให้แก่สถานประกอบการ รวมถึงเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับระบบทะเบียนและการจัดเก็บข้อมูล เป็นต้น

(2) กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ โดยพิจารณากิจกรรมที่ก่อให้เกิดก๊าซเรือนกระจกกว่า ก๊าซเรือนกระจกแต่ละชนิดจะถูกปล่อยออกมาจากสถานประกอบการใดที่ปล่อยออกมาในปริมาณมาก แล้วจึงพิจารณาว่าจะต้องควบคุมสถานประกอบการใดบ้างต่อไปและต้องควบคุมก๊าซชนิดใด

(3) กระบวนการจัดสรรสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เห็นควรให้มีการจัดสรรสิทธิทั้ง 2 วิธี ได้แก่ การประมูลและการจัดสรรแบบให้เปล่า ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งนี้ ต้องกำหนดหลักเกณฑ์การยื่นขออนุญาต การตรวจสอบคำขอ การดำเนินการจัดสรรอย่างเป็นธรรม และการส่งรายงานการตรวจวัดต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อนำไปพิจารณาเกี่ยวกับการจัดสรรสิทธิในครั้งต่อไปในทุกปีปฏิบัติการ

(4) กระบวนการตรวจวัด การรายงาน และการทวนสอบที่น่าเชื่อถือ ควรกำหนดให้ผู้ประกอบการทำรายงานวิธีการตรวจวัดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกแล้วส่งรายงานดังกล่าวให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการเพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้ตรวจสอบความถูกต้องและรับรองว่าวิธีดังกล่าวนั้นได้มาตรฐานสากลก่อนจึง จะสามารถใช้วิธีนั้นในการตรวจวัดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามความเป็นจริง และส่งรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามความเป็นจริงได้ และก่อนจะส่งรายงานการปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามความเป็นจริง รายงานนั้นจะต้องได้รับการทวนสอบและรับรองความถูกต้องจากผู้ทวนสอบซึ่งเป็นบุคคลภายนอกของสถานประกอบการและเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการรับรองจากภาครัฐเท่านั้น เพื่อให้เกิดการกลั่นกรองความถูกต้องและสร้างความน่าเชื่อถือตามมาตรฐานสากล

(5) กระบวนการรักษาเสถียรภาพตลาด ในกรณีปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามปริมาณที่ได้รับจัดสรร สถานประกอบการต้องคืนสิทธิตามปริมาณที่ได้ปล่อยก๊าซเรือนกระจกตามจริงนั้นให้แก่

เจ้าหน้าที่รัฐ กรณีปล่อยก๊าซเรือนกระจกน้อยกว่าปริมาณที่ได้รับจัดสรรในสิทธิ หลังจากมีการคืนสิทธิ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น หากผู้ประกอบการมีสิทธิเหลือสามารถนำมาขายให้กับผู้ประกอบการอื่นได้ ดังนั้น ควรมีหลักเกณฑ์รับรองสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างชัดเจนว่าสามารถนำมาโอนแก่กันได้ ภายใต้การควบคุมของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการโอนโดยมีการเสียค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ สิทธิที่เหลือจากการคืนนั้นสามารถสะสมไว้ใช้ในปฏิบัติการต่อไปได้ และในกรณีปล่อยก๊าซเรือนกระจก มากกว่าปริมาณที่ได้รับจัดสรร ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้มีการยืมสิทธิที่จะได้รับจัดสรรในอนาคต มาเพื่อคืนในส่วนที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกเกินส่วนที่ได้รับไว้ก่อนหน้านี้ เนื่องด้วยจะทำให้ผู้ประกอบการ ไม่ตระหนักถึงการลดก๊าซเรือนกระจกอย่างแท้จริง และส่งผลให้การลดก๊าซเรือนกระจกโดยภาพรวม ของประเทศไม่มีประสิทธิภาพ แต่เห็นควรให้มีการซื้อสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากตลาด คาร์บอนได้ นอกจากนี้ เห็นควรให้สามารถนำคาร์บอนเครดิตจากโครงการลดก๊าซเรือนกระจกอื่นมา แปลงเป็นสิทธิตามจำนวนก๊าซเรือนกระจกที่เทียบเท่ากันแล้วนำมาคืนตามระบบ ETS ได้ เพื่อเป็นการ ยืดหยุ่นมากขึ้นและเพื่อส่งเสริมโครงการลดก๊าซเรือนกระจกโครงการอื่นร่วมด้วย ทั้งนี้ ในการดำเนินการ ทุกขั้นตอนต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของภาครัฐและต้องมีการบันทึกการดำเนินการขั้นตอนต่าง ๆ ในทะเบียนกลางของรัฐเพื่อความโปร่งใสและมีประสิทธิภาพ

บรรณานุกรม

- กรมองค์การระหว่างประเทศ. **ความตกลงปารีส: ก้าวสำคัญของการดำเนินการด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ** [Online], available URL: https://thai-inter-org.mfa.go.th/th/page/ความตกลงปารีส?menu=5d847835517e9b159b5e_ba97, 2562 (ตุลาคม, 11).
- สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน. **กรอบอนุสัญญาสหประชาชาติ (UNFCCC)** [Online], available URL: <http://www.eppo.go.th/index.php/th/planpolicy/climatechange/unitednation/unfccc>, 2562 (สิงหาคม, 2).
- _____. **พิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol)** [Online], available URL: <https://www.eppo.go.th/index.php/th/plan-policy/climatechange/unitednation/kyotocol-protocol/kyotocol-protocol>, 2562 (สิงหาคม, 10).
- สำนักงานนวัตกรรมไม่เศรษฐกิจ องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้. **กลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism: CDM)** [Online]. Available URL: <http://www.fio.co.th/p/km/document/km-530107.pdf>, 2565 (ตุลาคม, 29).
- องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน). **หลักการและกรอบแนวคิดของระบบการซื้อขายสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจก** [Online]. Available URL: <http://carbonmarket.tgo.or.th/index.php?lang=TH&mod=Y29uY2VwdF90cmFkZQ==>, 2562 (สิงหาคม, 2).
- European Commission. **EU Emissions Trading System (EU ETS)** [Online]. Available URL: https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en, 2018 (November, 18).
- European Commission. **The EU ETS Handbook** [Online]. Available URL: https://www.sallan.org/pdf-docs/ets_handbook_en.pdf, 2015 (July, 16).
- Francesco Bassett. **Success or failure? The Kyoto Protocol's troubled legacy** [Online]. Available URL: <https://www.climateforesight.eu/articles/success-or-failure-the-kyoto-protocols-troubled-legacy/>, 2023 (May, 2).
- German Environment Agency German Emissions Trading Authority (DEHSt). **The German Emissions Trading Authority** [Online]. Available URL: <https://www.dehst.de/EN/service-and-publications/getting-to-know-dehst/getting-to-know-dehst-node.html>, 2021 (July, 15).

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550.

ร่างพระราชบัญญัติการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ พ.ศ. ...

ร่างพระราชบัญญัติมาตรการการคลังเพื่อสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ...

Act on The Allocation and Trading of Greenhouse-gas Emission Permits 2012.

Directive 2003/87/EC of The European Parliament and of The Council of 13 October 2003.

Framework Act on Low Carbon, Green Growth.

Kyoto Protocol 1997.

Paris Agreement 2016.

United Nations Framework Convention on Climate Change 1992.

มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุม
มลพิษทางทะเลจากแหล่งมลพิษทางบก

ศศิมาพรรณ อัครภูริรัชต์

มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเล
จากแหล่งมลพิษทางบก*

Legal Measures in Thailand for the Control of
Marine Pollution from Land-based Sources

ศศิมาพรรณ อัครภูริรัชต์**

Sasimapran Argkarapureerat

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มุ่งหามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากแหล่งมลพิษทางบก มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายของไทยให้สอดคล้องตามเจตนารมณ์และปฏิบัติตามพันธกรณีของไทยที่มีต่อกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องของการคุ้มครองและรักษาสีน้ำเงินของประเทศไทยเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ว่าด้วยเรื่องของการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development)

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากแหล่งมลพิษทางบก” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้วโดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์จตุพร วงศ์ทองสรณ์, ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์ และ อาจารย์ฐิติพร วัฒนชัยคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ดร.ประพนธ์ คล้ายสุบรรณ, รองศาสตราจารย์จตุพร วงศ์ทองสรณ์, ดร.พรชัย ด้านวิวัฒน์, รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช และ รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์.

The article is a part of thesis “Legal Measures in Thailand for the Control of Marine Pollution from Land-based Sources.” This Thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Chatuphorn Vongthongson, Dr.Pornchai Danwiwat and Ms.Thitiporn Wattanachai are advisors. Dr.Prapot Klaisuban, Associate Professor Chatuphorn Vongthongson, Dr.Pornchai Danwiwat, Associate Professor Dr.Somchai Sirisomboonvej and Associate Professor Dr.Mallika Pinijchan are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: Sasimapran.contact@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 9 พฤษภาคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 กรกฎาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 25 กรกฎาคม 2566.

ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 มีพันธกรณีอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายแม่บทที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรทางทะเลโดยเฉพาะ แต่ต้องอาศัยพระราชบัญญัติส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 ประกอบกับ พ.ศ. 2561 ซึ่งก็ไม่ได้กล่าวถึงการรักษาสีน้ำเขียวทางทะเลอย่างชัดเจน ส่งผลต่อการแก้ปัญหาขยะทะเลที่จะอาศัยเพียงพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบกับนโยบายและแผนการส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติซึ่งไม่มีสภาพบังคับ นอกจากนี้ ปัญหากฎหมายภายในประเทศก็ยังไม่สามารถป้องกัน (Prevent) ลด (Reduce) หรือควบคุม (Control) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ข้อเสนอแนะ ประเทศไทยควรพิจารณาการตรากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเล รวมถึงจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมเป็นศาลชำนาญพิเศษ สำหรับปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมควรนำทฤษฎีและการดำเนินการทางเศรษฐศาสตร์เพื่อแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเลให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ไทยมีต่อกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

คำสำคัญ: มลพิษทางทะเล, มลพิษทางบก, การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล

Abstract

In this thesis, the researcher studies the legal measures in Thailand to be in consonance with the intents and compliance with international obligations on the management of environmental resources to reach the objective of the principle of sustainable development.

Thailand has become a party in the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, which has international obligations to implement internal marine law in consistence with the principle of international marine law. The study shows that at present, Thailand does not have parent law directly to manage marine resources. It has employed the Enhancement and Conservation of National Environmental Quality Act, B.E. 2535 (1992), and B.E. 2561 (2018). This is affected by solving problems with marine debris, which cannot depend on such Act associated with unenforceable policies and plans for promotion of national environmental quality. Moreover, problems of domestic law cannot be prevented, reduced, or controlled efficiently.

Suggestion - Thailand should directly consider an issuance of the law regarding on the protection of the marine environment, such as the Marine Pollution Prevention and Control Act. Including establishing an environmental court as a specialized court. For marine environmental problems, theories and economic operations should be conducted in order to ensure that the solutions to marine environment problems are efficient and important. This will be the implementation of an internal law to be in consonance with the obligations that Thailand has towards international laws.

Keywords: marine pollution, land pollution, concerning the prevention of marine

1. บทนำ

“ทะเล” เป็นหนึ่งในแหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่มีความหมายและความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างมาก นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมนุษย์อาศัยความรู้ความสามารถในการแสวงหาประโยชน์จากทางทะเล ไม่ว่าจะเป็นการทำประมง การท่องเที่ยว การแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติจากทะเล อาทิเช่น แร่ธาตุ น้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ หรือการคมนาคมทางทะเลในการเดินทางหรือการเชื่อมความสัมพันธ์ของทุกรัฐในโลก อีกทั้งทะเลยังมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาด้านเศรษฐกิจและการกำหนดขอบเขตสิทธิอำนาจทางทะเลอันเป็นความมั่นคงของรัฐชายฝั่ง จึงกล่าวได้ว่าปัญหาทางทะเลถือเป็นปัญหาด้านระหว่างประเทศอย่างแท้จริง แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปการแสวงหาผลประโยชน์ทางทะเลของมนุษย์เป็นไปอย่างต่อเนื่องและยาวนานโดยปราศจากความตระหนักถึงการดูแลรักษาประโยชน์ทางทะเลและการเฝ้าระวังรักษาสสิ่งแวดล้อมทางทะเลอย่างสมควร อันก่อให้เกิดนานาปัญหาซึ่งกระทบต่อสิ่งมีชีวิตและระบบนิเวศท้องทะเล โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่เรียกว่า “ขยะทะเล” (Marine Debris)¹

จากการศึกษาพบว่ามลพิษทางทะเลมีบ่อเกิดสำคัญของปัญหาอย่างหลากหลายแหล่งที่มาแตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะเป็นแหล่งกำเนิดจากขยะบนบก อาทิเช่น ขยะบนบกที่ไม่ได้รับการจัดเก็บและบำบัดอย่างถูกต้อง ที่ถูกพัดพาไปกับแม่น้ำ ลำคลอง หลุมฝังกลบขยะ (land-fills) ที่มีการจัดการไม่ถูกต้อง ขยะจากระบบระบายน้ำ (discharge from storm water drains) หรือการทิ้งขยะบนชายหาดและบริเวณชายฝั่งจากกิจกรรมการท่องเที่ยวและด้านอื่น ๆ อันเป็นมลพิษบนบกที่นำไปสู่ปัญหาขยะทะเลซึ่งเป็นหนึ่งในปัญหาสำคัญและส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลเป็นของเสียที่เกิดจากการที่มนุษย์นำลงสู่ทะเลทั้งทางตรง และทางอ้อมโดยตั้งใจและไม่ได้ตั้งใจ โดยขยะดังกล่าวไม่สามารถย่อยสลายได้ในเวลาสั้นจึงถูกพัดพาไปในที่ห่างไกลจากแหล่งกำเนิด โดยคลื่น ลม กระแสน้ำ และน้ำขึ้นน้ำลง ขยะส่วนใหญ่ประกอบด้วยของใช้ในชีวิตประจำวัน เช่น ถัง ขวด ภาชนะใส่อาหาร และปัจจุบัน “ขยะพลาสติก” (Plastic Waste) ถือเป็นภาวะมลพิษสิ่งแวดล้อมทางทะเล² อันเปรียบเสมือนบ่อเกิดจุดเริ่มต้นของมลภาวะสิ่งแวดล้อมทางทะเลและอันตรายต่าง ๆ เช่น อันตรายต่อทรัพยากร

¹National Oceanic and Atmospheric Administration, **What is marine debris?** [Online], available URL: <https://oceanservice.noaa.gov/facts/marinedebris.html>, 2023 (April, 15).

²เจมจุฑา สุวรรณจินดา, “การคุ้มครองและรักษาสสิ่งแวดล้อมทางทะเลของประเทศไทยตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982: ศึกษากรณีภาวะมลพิษจากแหล่งบนบก,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร-ดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 35.

ที่มีชีวิตและสิ่งมีชีวิตในทะเล ภัยอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ อุปสรรคต่อการใช้ทรัพยากรทางทะเล ซึ่งเปรียบเสมือนภัยพิบัติโดยมนุษย์ที่กำลังทำลายสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ เนื่องจากด้วยวิวัฒนาการและพัฒนาของโลกที่ก้าวหน้าอย่างต่อเนื่อง พลาสติกจึงถูกผลิตเพื่อตอบสนองกิจกรรมและการดำรงชีวิตของมนุษย์เป็นจำนวนมากขึ้นทุกวันอย่างไม่มีข้อจำกัด จากการศึกษาพบว่าจำนวนพลาสติกที่เกิดขึ้นมีมากกว่า 320 ล้านตันต่อปี³ ซึ่งถือเป็นจำนวนที่มากขึ้นอย่างไม่มีพีดานจำกัด

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเล ซึ่งได้กำหนดประเภทของภาวะมลพิษไว้ 6 แหล่งด้วยกัน⁴

- 1) ภาวะมลพิษจากแหล่งที่บนบก (Pollution from land-based sources)
 - 2) ภาวะมลพิษจากกิจกรรมพื้นดินท้องทะเลภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติ (Pollution from seabed activities subject to national jurisdiction)
 - 3) ภาวะมลพิษจากกิจกรรมในบริเวณพื้นที่ (Pollution from activities in the Area)
 - 4) ภาวะมลพิษจากการทิ้งเท (Pollution by dumping)
 - 5) ภาวะมลพิษจากทางเรือ (Pollution from vessels)
 - 6) ภาวะมลพิษจากหรือผ่านบรรยากาศ (Pollution from or through the atmosphere)
- ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามลพิษที่มีแหล่งที่มาจากบนบกจัดเป็นแหล่งที่ก่อมลพิษที่มีความสำคัญอันดับแรกโดยจากการค้นคว้า⁵ พบว่าประเทศไทยส่งออกขยะทะเลมากเป็นอันดับ 6 ของโลก⁶ เนื่องจาก

³Plastic Waste Partnership, **Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal** [Online], available URL: <http://www.basel.int/Implementation/Plasticwastes/ConsultationsandMeetings/tabid/8203/Default.aspx>, 2019 (November, 18).

⁴United Nations Convention on the Law of the Sea, Section 5. International Rules and National Legislation to prevent, reduce and control pollution of The Marine Environment, Article 207-212.

⁵Niall McCarthy, **The Countries Polluting The Oceans The Most** [Online], available URL: <https://www.statista.com/chart/12211/the-countries-polluting-the-oceans-the-most/>, 2019 (April, 15).

⁶Niall McCarthy, Plastic Ethics, **The countries polluting the oceans the most with plastic waste** [Online], available URL: <https://www.plasticethics.com/home/2019/3/17/the-countries-polluting-the-oceans-the-most-with-plastic-waste>, 2019 (June, 3).

การปล่อยขยะลงทะเลอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน ซึ่งถือว่าปัญหาด้าน “ขยะทะเล” เป็นปัจจัยที่สำคัญอันควรได้รับการเยียวยาและแก้ไขปัญหาดังกล่าวเป็นอันดับต้น ๆ ของมวลปัญหาทั้งปวงในโลก องค์การสหประชาชาติได้ริเริ่มกระบวนการหารือเพื่อกำหนดวาระการพัฒนาภายหลังปี พ.ศ. 2558 (post-2015 development agenda) ตามกระบวนการทศน์ “การพัฒนาที่ยั่งยืน” โดยประเด็นสำคัญของวาระการพัฒนาภายหลังปี พ.ศ. 2558 คือ การจัดทำเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals–SDGs)⁷ ซึ่งได้มีการกำหนดเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนเพิ่มขึ้นจาก 8 ข้อ เป็น 17 ข้อ โดยกำหนดให้วัตถุประสงค์ในการแก้ไขและเยียวยาการแก้ปัญหาขยะทะเลหรือมลพิษทางมหาสมุทรเป็นเป้าหมายที่ 14 กล่าวคือ “การใช้ประโยชน์จากมหาสมุทรและทรัพยากรทางทะเล” และกำหนดเป้าหมาย “การใช้ประโยชน์จากระบบนิเวศทางบก” เป็นข้อที่ 15 ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินการใช้ประโยชน์จากระบบนิเวศทั้ง 2 แหล่งให้เป็นไปอย่างสอดคล้องกัน โดยมีวิสัยทัศน์คือเพื่อคืนความสมบูรณ์ให้แก่ธรรมชาติ และคืนความปลอดภัยในการดำรงชีวิตให้แก่สิ่งแวดล้อมทั้งหลายในโลกจากการดำรงชีวิตของมนุษยชาติ

2. ลักษณะปัญหา

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในรัฐภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญาฯ ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 รวมถึงพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2561 ก็ยังไม่สามารถควบคุมดูแลให้การป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลได้อย่างเต็มที่ เป็นเหตุให้ปัญหาด้านขยะทะเล และมลพิษทางทะเลไม่สามารถแก้ไขได้อย่างเหมาะสมและบรรลุเป้าหมายการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล โดยจากการวิเคราะห์ปัญหาสามารถแบ่งแยกประเด็นในการศึกษาได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาการอนุวัติกฎหมายภายในที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ และไม่ครอบคลุมปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเลอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีแม่บทอันเป็นกฎหมายเฉพาะในการจัดการปัญหาดังกล่าว แม้จะมีความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่เมื่อไม่มีการปฏิบัติตามพันธกรณีอย่างจริงจัง จึงส่งผล

⁷สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, เป้าหมายการพัฒนายั่งยืนของประเทศไทย [Online], available URL: <https://sdgs.nesdc.go.th/>, 2562 (ตุลาคม, 19).

ให้การบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศยังไม่มีประสิทธิภาพที่สมควร ในขณะที่ปัญหาขยะพลาสติกซึ่งกลายเป็น “ขยะทะเล”⁸ อันจะถือเป็นการละเลยซึ่งการป้องกันภาวะมลพิษจากแหล่งที่มาบนบกตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law Of the Sea หรือ UNCLOS)⁹ ข้อที่ 207 (5) ซึ่งได้กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องมีการจัดการทางกฎหมายที่มุ่งเน้นจะลดการปล่อยมลพิษลงสู่ทะเล โดยเฉพาะอย่างยิ่งสารที่คงอยู่ได้นานให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹⁰ เช่นนี้เมื่อไม่มีกฎหมายแม่บทจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง กล่าวคือพระราชบัญญัติส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และแม้ว่าต่อมาพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้รับการแก้ไข ในปี 2561 หากแต่เป็นการแก้ไขด้าน “การจัดการทำรายการ การประเมินสิ่งแวดล้อม” ตลอดจนการเพิ่มเบี้ยประชุม การเพิ่มค่าตอบแทน จึงถือได้ว่าเป็นการเพิกเฉยต่อปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเลอย่างชัดเจน ทั้งนี้ แม้ว่าขณะศึกษากำลังอยู่ในขั้นตอนการ “ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล” ซึ่งเบื้องต้นอาจตอบสนอง สอดคล้องกับพันธกรณีที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเลฯ ก็ยังมีปัญหาในบทนิยามของคำว่า “การทิ้งเท” ที่ไม่ครอบคลุมปัญหาการทิ้งขยะลงในทะเล ซึ่งเป็นหัวใจหลักของการกำหนดขอบเขตการวินิจฉัยและการใช้อำนาจแห่งตัวบทกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน

ประการที่สอง ปัญหาความร่วมมือระหว่างประเทศไทยและนานาชาติเพื่อแก้ไขปัญหาจัดการสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าไม่อาจไม่สามารถบรรลุเป้าหมายได้ตามวัตถุประสงค์เท่าที่ควรจะเป็น ในประเด็นนี้เป็นการศึกษาปัญหาขยะพลาสติกจากประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นปัญหาที่ทั่วโลกจับตามอง องค์การอนุรักษ์ท้องทะเล (Ocean Conservancy) ได้เผยแพร่รายงาน “Stemming the Tide: Land-based strategies for a plastic free ocean” ที่จัดทำร่วมกับ McKinsey Center for Business and Environment ได้ระบุในรายงานว่าปัญหาขยะพลาสติกถูกพบว่ามีแหล่งผลิตที่มาจากประเทศสมาชิกอาเซียนมากที่สุดโดยพิจารณาจากความต้องการในการใช้พลาสติกตามหลัก

⁸ฐานข้อมูลความรู้ทางทะเล (Marine Knowledge Hub), ปัญหาสิ่งแวดล้อมทางทะเล.ขยะทะเล [Online], available URL: http://www.mkh.in.th/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=309&Itemid=158&lang=th, 2562 (มิถุนายน, 23).

⁹บทความฉบับนี้จะใช้คำว่า UNCLOS.

¹⁰United Nations Convention on the Law Of the Sea, Article 207(5).

อุปสงค์อุปทาน¹¹ อีกทั้งยังระบุว่าจำนวนขยะมากกว่าครึ่งหนึ่งของโลกหรือแปดล้านตันต่อปีมาจากจีน และประเทศในกลุ่มอาเซียนอย่างอินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ เวียดนาม และไทย จึงเห็นได้ว่ากลุ่มอาเซียนเองเป็นกลุ่มที่สร้างปัญหาขยะทะเลจากขยะพลาสติกเป็นอันดับต้นของโลกและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีสภาพบังคับที่ยังไม่สามารถแก้ปัญหาขยะภายในประเทศของตนได้¹² อีกทั้งหากพิจารณาถึงจุดประสงค์ในการรวมกลุ่มของอาเซียนที่คำนึงถึงประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจโดยมีเจตนารมณ์และแสดงจุดยืนถึงการไม่แทรกแซงกิจการภายในประเทศของระหว่างกัน อีกทั้งการให้ความสนใจด้านปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศในกลุ่มอาเซียน เมื่อพิจารณาจากการประชุมระดับนานาชาติของกลุ่มอาเซียนไม่ว่าจะเป็นครั้งที่ 34 ครั้งที่ 35 หรือแม้กระทั่งครั้งที่ 36 สามารถตั้งข้อสังเกตได้ว่าปัญหาปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมถูกพิจารณาความสำคัญอยู่ในลำดับที่รองลงมาเสมอ ทั้งนี้ ยังอาจพิจารณาได้ว่าการแสดงออกของประเทศไทยในบทบาทนำเสนอแนวทางการร่วมมือหรือการแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมทางทะเลเพื่อแสดงจุดยืนในพันธกรณีต่อกฎหมายระหว่างประเทศของไทยนั้น อาจไม่สามารถบรรลุเป้าหมายได้อย่างแท้จริง

ประการที่สาม กรณิมาตรการกฎหมายของไทยในด้านอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อปัญหาการจัดการสิ่งแวดล้อม จากกรณีที่ประเทศจีนประกาศและแสดงเจตนาต่อองค์การค้าโลกว่าจะใช้นโยบาย China's "National Sword" หรือการแบนการนำเข้าขยะอย่างเด็ดขาดซึ่งจะมีผลในเดือนมกราคม พ.ศ. 2561¹³ มาตรการดังกล่าวนี้ส่งผลกระทบต่อราคาขยะทั่วโลกผันผวนทันทีเนื่องจากจีนเป็นผู้นำเข้าขยะจากตะวันตกรายใหญ่ที่สุดของโลก ประกอบกับผลการประชุมสนธิสัญญาอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention) ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีมติให้เพิ่มความเข้มงวดของชนิดขยะที่สามารถนำเข้าส่งออกระหว่างกันได้ ทั้งต้องได้รับความยินยอมในการนำเข้าจากประเทศปลายทางด้วย ส่งผลให้ประเทศอุตสาหกรรม เช่น ประเทศญี่ปุ่น แคนาดา สหรัฐอเมริกา และประเทศในทวีปยุโรป เปลี่ยนจุดหมายการส่งออกเศษขยะ

¹¹Ocean Conservancy and McKinsey Center for Business and Environment, **Stemming the Tide: Land-based strategies for a plastic- free ocean** [Online], available URL: <https://www.mckinsey.com>, 2015 (August, 19).

¹²ลัฐภา เนตรทัศน. **สถานการณ์ขยะพลาสติกทะเลในอาเซียน** [Online], available URL: https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/Article_1_Dec2019plasticdebris.pdf, 2565 (กันยายน, 25).

¹³Cheryl Katz1, **How China's Ban on Importing Waste Has Stalled Global Recycling** [Online], available URL: <https://e360.yale.edu/features/piling-up-how-chinas-ban-on-importing-waste-has-stalled-global-recycling>, 2019 (April, 24).

มายังประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ อันเป็นหนึ่งในสาเหตุให้มีการลักลอบนำเข้าขยะมายังประเทศไทย ทั้งนี้ แม้ภายหลังมีการแก้ไขเพิ่มเติมภาคผนวกแห่งอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของเสียอันตรายและการกำจัด (Ban Amendment)¹⁴ แต่ก็พบว่าประเทศไทยละเลยในการเข้าร่วมในการแก้ไขดังกล่าว ก่อให้เกิดการลักลอบนำเข้าขยะมายังโรงงานภายในประเทศไทย ก่อให้เกิดภาวะมลพิษทางบกเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ หากพิจารณาทางธุรกิจย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่าการลักลอบนำเข้าขยะดังกล่าวนั้น ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ประกอบการเอกชนบางกลุ่ม เช่น นายทุนโรงงานทะเลขยะจากจีนหรือผู้ประกอบการโรงงานเพื่อกำจัดขยะ ย่อมทำให้โรงงานผู้ได้รับประโยชน์เรียกร้องให้มีการนำเข้าขยะโดยละเลยไม่สนใจปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงสนใจที่จะศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทยเพื่อจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยให้มีลักษณะเป็นคำสั่งหรือข้อบังคับเพื่อให้มีลักษณะมีสภาพบังคับอันจักทำให้ประชาชนและบุคคลทั่วไปปฏิบัติตาม ทั้งจะสามารถจัดการสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงและยั่งยืน

3. ปัญหาการอนุวัติกฎหมายภายในโดยไม่สอดคล้องและครอบคลุมต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าเมื่อประเทศไทยลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ตั้งแต่วันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2525 และให้สัตยาบันวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2554¹⁵ ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องอนุวัติกฎหมายภายในไม่ว่าจะโดยการตรากฎหมายภายในประเทศหรือปรับแก้กฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับพันธกรณีอนุสัญญาดังกล่าว อีกทั้งการเข้าเป็นภาคีของไทยต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลฯ ก็เป็นการผูกพันอย่างไม่มีข้อสงวน เนื่องจากโดยสภาพแห่งอนุสัญญาก็มิได้เปิดช่องให้รัฐภาคีอาจตั้งข้อสงวนได้ อันเป็นข้อห้ามอย่างชัดเจน อนุสัญญาฯ ได้กล่าวถึงมาตรการของรัฐในการป้องกัน ลด และควบคุมซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ อาจเป็นการบัญญัติในรูปแบบของข้อกฎหมาย ข้อตกลง แนวทางปฏิบัติ

¹⁴Proposed Amendments, **Basel Convention** [Online], available URL: <http://www.basel.int/TheConvention/Amendments/Proposedamendments/tabid/7906/Default.aspx>, 2020 (September, 24).

¹⁵โสภารัตน์ จารุสมบัติ, **อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 กับการดำเนินงานของประเทศไทย** [Online], available URL: <http://www.polsci.tu.ac.th/fileupload/472/880.pdf>, 2559 (กุมภาพันธ์, 3).

หรือนโยบายของรัฐตามระเบียบการจัดการและการบริหารภายในประเทศ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อให้เกิดความสอดคล้อง และบรรลุวัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้งอนุสัญญาอันเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม ในการตรากฎหมายภายในหรือการอนุวัติการตามแนวปฏิบัติของแต่ละรัฐย่อมแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละรัฐสำหรับประเทศไทยซึ่งได้รับอิทธิพลทางกฎหมายที่ใช้ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) กล่าวคือ การตรากฎหมายภายในย่อมต้องบัญญัติอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน ดังนั้น การศึกษาหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาเพื่อวิเคราะห์กฎหมายภายในของประเทศไทยถึงความสอดคล้องกับอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 โดยผู้วิจัยได้แบ่งการวิเคราะห์เป็น 2 กรณี ดังนี้

3.1 วิเคราะห์พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ประกอบกับ พ.ศ. 2561 และปัญหาการไม่ปฏิบัติตามนโยบายส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อม

ประเทศไทยได้มีการนำวัตถุประสงค์ว่าด้วยเรื่องการป้องกัน การลด และการควบคุมภาวะมลพิษจากแหล่งบนบกไปบัญญัติอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ อย่างไม่ชัดเจนหรือเป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นไปในลักษณะว่าแม้มิได้เป็นการขีดขวางการดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982¹⁶ แต่ก็มิได้เป็นการดำเนินการให้สอดคล้องอันมีเจตนาเพื่อให้บรรลุผลโดยกฎหมายที่คุ้มครองดูแลแก้ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ที่เป็นกฎหมายแม่บทอันใกล้เคียงอย่างยิ่งกับปัญหาด้านทรัพยากรทางทะเล คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นการกล่าวแนวทางอย่างกว้างเท่านั้น ในขณะที่ยวกันพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีปัญหาในเรื่องของเขตอำนาจที่ไม่ชัดเจนว่าใช้บังคับได้มากน้อยเพียงใด ทั้งมาตรา 3 ซึ่งเป็นบทนิยามกำหนดความหมายตลอดจนขอบเขตในการพิจารณาบทนิยามใด ๆ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ได้กำหนดคำนิยามถึงขอบเขตอำนาจการบังคับใช้เช่นกัน

จากการศึกษาพบว่าปัญหาอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายเป็นเรื่องสำคัญแห่งมาตรการทางกฎหมายในการดูแลสิ่งแวดล้อมทางทะเล ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการบังคับใช้กฎหมายบริเวณพื้นที่ทางทะเล พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มิได้มีการกล่าวถึงขอบเขตอำนาจ

¹⁶United Nations Convention on the Law of the Sea, Section 5. International Rules and National Legislation to prevent, reduce and control pollution of The Marine Environment, Article 207-212.

การใช้ทางทะเลอย่างชัดเจน พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 จึงพิจารณาได้ว่ามีอำนาจการบังคับใช้เพียงทะเลอาณาเขตกล่าวคือแค่บริเวณที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยในเขตดังกล่าว เท่านั้น ทั้งที่แท้จริงแล้วอำนาจตลอดจนสิทธิทางทะเลของไทยตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งได้กำหนดให้รัฐมีสิทธิอธิปไตยในบริเวณเขตต่อเนื่อง เขตเศรษฐกิจจำเพาะ บริเวณไหล่ทวีป ตลอดจนการใช้ประโยชน์บริเวณพื้นดินนอกอาณาเขตของรัฐไทยอย่างทะเลหลวง ซึ่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้กำหนดให้รัฐทั้งปวงมีสิทธิให้คนชาติของตนทำการประมงในทะเลหลวง¹⁷ ตลอดจนหน้าที่ในการดำเนินการร่วมมือกับรัฐอื่นในการดำเนินมาตรการ เช่นที่จำเป็นสำหรับคนชาติของตนเพื่อการอนุรักษ์ทรัพยากรสิ่งมีชีวิตในทะเลหลวง เมื่อพิจารณาประเด็นเรื่อง “ขยะทะเล” หรือ สิ่งแวดล้อมทางทะเลซึ่งมีสถานะसारเป็นของเหลว ขยะทะเลที่ย่อมลอยตามกระแสนลมและสร้างมลภาวะเป็นพิษออกไปได้ทั่วทุกอาณาเขตของทะเล ตลอดจนกลายเป็นปัญหาขยะข้ามพรมแดน กรณีดังกล่าว เห็นได้ว่าแม้ประเทศไทยจะทราบ และใช้ประโยชน์จากสิทธิอธิปไตย ตลอดจนพื้นดินนอกอาณาเขตอย่างทะเลหลวง แต่ก็ไม่ได้มีกฎหมายภายในของไทย อันเป็นสภาพบังคับสามารถออกมาตรการทางกฎหมายหรือการกำหนดถึงมาตรการในการป้องกัน ลดหรือควบคุม ภาวะมลพิษทางทะเลเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีได้อย่างชัดเจนหรือแม้กระทั่งมาตรการ การดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลอาณาเขตที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยทั้งปวง ประเทศไทยเองก็ไม่สามารถ ระวังผลร้ายจากการเกิดมลพิษได้อย่างสมบูรณ์ หากแต่ยังปล่อยให้มลพิษจากแหล่งต่าง ๆ มากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหามลพิษจากแหล่งบนบก มลพิษจากการทิ้งเทโหลลงสู่ทะเล และก่อให้เกิด ปัญหามลพิษข้ามพรมแดน ไม่เพียงแต่ขัดต่อพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งยังเป็นการ สร้างความเดือดร้อนให้แก่รัฐข้างเคียง และกลายเป็นปัญหาระดับโลก

กรณีปัญหาการไม่ปฏิบัติตามนโยบายสิ่งแวดล้อม พิจารณาได้ว่ากรณีอำนาจคณะกรรมการ กรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 อาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและ รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มาตรา 13(1) ซึ่งได้ให้อำนาจคณะกรรมการกรมส่งเสริม คุณภาพสิ่งแวดล้อมซึ่งมีหน้าที่และอำนาจสามารถเสนอแนะวิธีแก้ปัญหาในเชิงนโยบายเศรษฐกิจได้ แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการกระทำได้ดังกล่าว ปัจจุบันแม้มีการรณรงค์ให้งดใช้ถุงพลาสติก หรือการใช้ วัสดุอื่นที่สามารถนำมาใช้ซ้ำได้นั้นก็เป็นนโยบายและความร่วมมือของเอกชน ซึ่งขาดการสนับสนุน จากหน่วยงานของรัฐโดยมาตรการด้านเศรษฐกิจ อันเป็นอีกหนึ่งสาเหตุให้สินค้ารักโลกหรือสินค้า

¹⁷United Nations Convention on the Law of the Sea, Part 7, Section 2. Convention and Management of The Living Resources of The High Sea, Right to fish on the high seas, Article 116.

เพื่อสิ่งแวดล้อมมีต้นทุนที่สูงและเป็นการผลักภาระให้แก่ผู้บริโภค อันส่งผลให้วิสัยทัศน์ในการดูแลสิ่งแวดล้อมของประชาชน ตลอดจนหน่วยงานรัฐมีทัศนคติว่าต้องใช้ต้นทุนที่สูงและสิ้นเปลืองงบประมาณและส่งผลให้ประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมกลายเป็นประเด็นที่ถูกมองข้ามเสมอ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2560 คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมได้เล็งเห็นถึงปัญหาการดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มประสิทธิภาพ จึงได้มีมติเห็นชอบประกาศนโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2560 – 2579 เพื่อเป็นการจัดทำนโยบายและแผนต่อเนื่องจากนโยบายและแผนการส่งเสริมรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2540 – 2559 ที่ผ่านมา โดยได้กำหนดทิศทางพัฒนาในมิติสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยว่าด้วยเรื่องของการแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ปี พ.ศ. 2535 เพื่อให้บทบัญญัติเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์และปัญหาด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น โดยมีเจตนารมณ์นำมาตรการทางเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้ มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมและเพิ่มมาตรการในการกำกับดูแลตามมาตรการกำหนดไว้ ปรับปรุงเรื่องการเงินของกองทุนสิ่งแวดล้อมในการแก้ไขปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อมให้มีประสิทธิภาพและคล่องตัวมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นการวางแผนงบประมาณ การเลือกใช้นโยบายฯ แนวความคิดทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ อันเป็นการเริ่มต้นที่ดี ทั้งนี้ นโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติดังกล่าว ได้กล่าวรวมทั้งขยายขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติให้รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีป และทะเลหลวงที่ประเทศไทยมีสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย หากแต่ว่าภายหลังที่ราชกิจจานุเบกษาได้ประกาศพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ปี พ.ศ. 2561 ที่มุ่งเน้นแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของนิยามมาตรา 4 ได้เพิ่มนิยามคำว่า “หน่วยงานรัฐ” อันเป็นการบัญญัติให้หน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯ แก้ไขเปลี่ยนแปลง “การจัดทำรายงานการวิเคราะห์สิ่งแวดล้อม” เป็น “การจัดทำรายงานการประเมินสิ่งแวดล้อม” ปรากฏในมาตรา 5 และมาตรา 46 ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเรื่องเบี้ยประชุม เพิ่มค่าตอบแทนแก่บุคคลที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณารายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม (คชก.) มอบหมายให้ทำหน้าที่มาตรา 51/7 เท่านั้นโดยไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือกล่าวถึงการขยายขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติให้รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีป และเขตทะเลหลวงอย่างที่จะควรจะเป็นตามนโยบาย

เมื่อได้พิจารณาถึงการจัดทำนโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2560 – 2579 ข้างต้นแล้วนั้น จึงกล่าวได้ว่าเป็นการจัดทำกรอบทิศทางในการบริหารจัดการ

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศในระยะ 20 ปีข้างหน้า เรียกว่านโยบายและแผนการส่งเสริมรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติดังกล่าว เป็นเพียงการออกตามระเบียบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ โดยอาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมฯ เท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติหรือสภาพบังคับใด การกำหนดนโยบายจึงเปรียบเสมือนกรอบแผนการปฏิบัติงานสำหรับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยเท่านั้นไม่ได้มีสภาพบังคับทางกฎหมายแต่อย่างใด จึงไม่สามารถแก้ปัญหาการห้ามมิให้ทิ้งขยะในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีป และเขตทะเลหลวงแต่อย่างใด

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงพิเคราะห์ได้ว่ากฎหมายที่ดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันมีเพียงพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ที่ให้ความดูแลปัญหาขยะทะเลอันเปรียบเสมือนกฎหมายแม่บท อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ก็เป็นเพียงการกล่าวถึงการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมโดยกว้าง ในขณะที่เดียวกันก็กล่าวถึงการดูแลสิ่งแวดล้อมทางทะเลแต่เพียงผิวเผินซึ่งแท้จริงแล้วอาจกล่าวได้ว่าเป็นการมุ่งเน้นไปทางการการดูแลสิ่งแวดล้อมบนบก โดยมีใช้การแก้ไขปัญหาสีเขียวสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยตรง จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยตรง ทั้งที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จะส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องผูกพันตามพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าว กล่าวคือจะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญารวมถึงการกำหนดมาตรการอื่นที่จำเป็นเพื่อการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายภายในให้มีประสิทธิภาพเมื่อประเทศไทยขาดกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยตรงจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในทางปฏิบัติเปรียบเสมือนต้องอาศัยเพียงกฎหมายใกล้เคียงดังกล่าวเพียงฉบับเดียวที่จะดูแลปัญหาสิ่งแวดล้อมจากทุกแหล่งมลพิษย่อมไม่เพียงพอหากเปรียบเทียบกับปัญหาและระดับความวิกฤตด้านสิ่งแวดล้อม การติดตามผลงานด้านสิ่งแวดล้อมก็เป็นเพียงการรายงานตามระเบียบจึงเปรียบเสมือนเป็นการออกนโยบายฯ ตามหน้าที่เพราะท้ายที่สุดหากไม่ปฏิบัติตามนโยบายที่กำหนดไว้ก็ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แต่ก็เรียกได้ว่าเป็นแนวทางในการปฏิบัติในการดูแลสิ่งแวดล้อม

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 หน่วยงานที่มีอำนาจกำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมของน้ำในแม่น้ำ ลำคลอง ฯลฯ คือ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ซึ่งจะวางนโยบายในการควบคุมสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวกับน้ำ และประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจ

กำหนดมาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมของน้ำในแม่น้ำ ลำคลอง หนอง บึง ทะเลสาบ อ่างเก็บน้ำ และแหล่งน้ำสาธารณะอื่นที่มีอยู่ภายในผืนแผ่นดินและคุณภาพของน้ำทะเลชายฝั่ง รวมทั้งบริเวณพื้นที่ปากแม่น้ำ จะเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมนี้จำกัดอยู่แค่น่านน้ำภายในและทะเลอาณาเขตเท่านั้น อีกทั้งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 นั้นไม่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเลโดยตรง หรือกล่าวได้ว่ามิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล และเมื่อพิจารณาคำนิยามของภาวะมลพิษที่มีหมายความว่า สภาวะที่สิ่งแวดล้อมเปลี่ยนแปลงหรือปนเปื้อนโดยมลพิษซึ่งทำให้คุณภาพของสิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรมลง เช่น มลพิษทางน้ำ มลพิษทางอากาศ มลพิษในดิน ก็ไม่ปรากฏเกี่ยวกับมลพิษทางทะเลแต่อย่างใด เมื่อปรากฏว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 นั้น มีบทกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งและบทกำหนดโทษทางอาญา จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดและพิจารณาอย่างรอบคอบ

3.2 วิเคราะห์ปัญหา “ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล พ.ศ. ...”

จากการที่องค์การทางทะเลระหว่างประเทศได้จัดทำพิธีสารลอนดอน ค.ศ. 1996¹⁸ เพื่อให้เกิดระบบของการทิ้งเทของเสียให้มีมาตรฐานเข้มงวด และโดยการจัดการและวางข้อกำหนดตามพิธีสารดังกล่าวให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลในการซึ่งได้รับการยอมรับจากผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ในการจัดการปัญหาเรื่องขยะอันเกิดจากแหล่งบนบกและนำไปทิ้งเทอันก่อให้เกิดมลพิษสู่ทะเล ทั้งนี้จึงวิเคราะห์ได้ว่าพิธีสารดังกล่าวมีเจตนารมณ์มุ่งประสงค์ให้รัฐนำไปอนุวัติเป็นกฎหมายภายในประเทศของตนเพื่อคำนึงถึงความสำเร็จตามหลักความร่วมมือและหลักการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันในกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

ปัจจุบันสืบเนื่องจากที่รัฐสภาไทยได้พิจารณาและเห็นชอบเข้าเป็นภาคีสมาชิกพิธีสาร London Protocol ค.ศ. 1996¹⁹ อันมีผลให้ไทยต้องรับพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

¹⁸United States Environment Protection Agency, 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 1972 (London Protocol) [Online], available URL: <https://www.epa.gov/ocean-dumping/1996-protocol-convention-prevention-marine-pollution-dumping-wastes-and-other-matter>, 2023 (April, 3).

¹⁹เดชาธรวิเวโก, “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล พ.ศ.... บทนิยามของ การทิ้งเท,” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี 14, 19 (พฤศจิกายน 2563): 19.

โดยการอนุวัติหรือตรากฎหมายภายในให้สอดคล้องกันกับตัวพิธีสารฯ ดังกล่าว จนกลายเป็น “ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งทะเลของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล” ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเมื่อเป็นกฎหมายภายใน การจะใช้กฎหมายโดยขอบเขตและอำนาจแห่งการบังคับใช้ และดำเนินคดีต่อผู้ที่ฝ่าฝืนตามกฎหมายย่อมต้องพิจารณาถึงคำนิยามคำว่า “การทิ้งทะเล” ซึ่งเป็นการกระทำสำคัญอันจะเข้าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวเสียก่อน แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาตัวพระราชบัญญัติฉบับร่างดังกล่าวก็มีปัญหาในเรื่องของบทนิยามคำว่า “การทิ้งทะเล” ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญ เนื่องจากการกำหนดขอบเขตอำนาจการใช้กฎหมายและการวินิจฉัยว่าการกระทำเช่นไรหรือเพียงใด เป็น “การทิ้งทะเล”²⁰ อันจะละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าว โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฯ ได้ตีกรอบบทนิยามความหมาย การทิ้งทะเลว่า “การทิ้งทะเลให้หมายความว่าการทิ้งอย่างจงใจลงในทะเลซึ่งของเสียหรือวัสดุอื่นจากเรือ อากาศยาน แท่นลอยน้ำ หรือโครงสร้างอื่นที่มนุษย์สร้างขึ้นในทะเล...” ซึ่งเมื่อตีความบทนิยามดังกล่าว พิจารณาก็ได้ว่าไม่ครอบคลุมและไม่ชัดเจน ซึ่งย่อมส่งผลต่อขอบเขตอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากการทิ้งทะเลตามบทนิยามแห่งพระราชบัญญัติฯ เป็นการนิยามโดยแคบเท่านั้น ซึ่งโดยแท้ควรขยายบทนิยามดังกล่าวให้หมายถึง²¹ “การกำจัด” หรือการกระทำอย่างใด ๆ เพื่อให้วัตถุพ้นจากตัวผู้กำจัด เช่น ทิ้งขยะลงในทะเล การ “กักเก็บ” โดยเป็นการรวมวัสดุเข้าในภาชนะอย่างหนึ่งและฝังเป็นขยะใต้ทะเล “การละทิ้ง” กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีหน้าที่ต้องรื้อถอน นำออก แต่ไม่ดำเนินการหรือดำเนินแล้วแต่ไม่ดำเนินการต่อไปจนแล้วเสร็จ “การล้น” โดยเป็นการกระทำไม่ว่าด้วยการระเบิดหรือวิธีการอื่นแล้วไม่ทำการเก็บ กู้ หรือลากจูง เพื่อไปทำลายตามกระบวนการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการกำจัดโดยเฉพาะการ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าปัญหาความไม่ชัดเจนแห่งบทนิยามตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้นมีความสำคัญ ทั้งนี้ร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวมีบทกำหนดโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยมีโทษปรับสูงสุดถึงสองแสนบาท อีกทั้งมาตรา 31 แห่งร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวมีโทษปรับสูงสุดหนึ่งแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีนี้เมื่อมีโทษทางอาญาจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด

ปัญหาเรื่องบทนิยามดังกล่าวย่อมเป็นช่องว่างทางกฎหมายส่งผลให้การตีความ และพิจารณาถึงองค์ประกอบทางความผิดไม่ชัดเจน ทำให้อาจไม่สามารถแก้ปัญหาขยะทะเลอันเกิดจากการทิ้งทะเลหรือสิ่งไม่พึงประสงค์ลงในทะเลอาณาเขต และขยะดังกล่าวก็อาจเป็นการก่อมลพิษสู่เขตอื่น ๆ

²⁰ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งทะเลของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล พ.ศ., มาตรา 3.

²¹ เดชาธร วิเวโก, เรื่องเดียวกัน.

ทางทะเล ตลอดจนเป็นขยะข้ามพรมแดนไปยังประเทศเพื่อนบ้าน ทะเลหลวง ทำลายระบบนิเวศน์ และสิ่งมีชีวิตซึ่งมีความสำคัญต่อห่วงโซ่อาหารของมนุษย์ในการอุปโภค บริโภค ในที่สุด

3.3 ปัญหาการไม่มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมและศาลพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศไทยโดยเฉพาะ

ประเด็นปัญหาเรื่องวิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมและการศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะในประเทศไทยเป็นอีกหนึ่งกรณีปัญหาสำคัญ เนื่องจากปัญหาการกำหนดมาตรการการลงโทษในสิ่งแวดล้อมก็มีบทบาทที่สำคัญที่จะผลักดันให้การแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเมื่อศึกษาจากศาลสิ่งแวดล้อมในต่างประเทศกรณีประเทศสวีเดน²² ซึ่งประเทศสวีเดนเป็นประเทศที่มีการพัฒนาเกี่ยวเนื่องกับคดีสิ่งแวดล้อมมาโดยตลอดเป็นระยะเวลานาน ประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมของสวีเดน (The Environment code of Sweden) ได้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2542 ซึ่งเกิดจากการประมวลหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมเฉพาะเรื่องทั้งหมด 15 เรื่องเข้าด้วยกัน ซึ่งจัดให้มีศาลพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะ 5 แห่งตามเขตอำนาจศาล²³ เพื่อแยกพิจารณาประเด็นสิ่งแวดล้อมโดยและประเด็นอื่นที่อาจเกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม เช่น เขตอำนาจศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาเรื่องการขอใบอนุญาต ศาลด้านทรัพยากรน้ำ ศาลด้านทรัพยากรที่ดิน ตลอดจนศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาในการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะ อีกทั้งเนื่องจากคดีสิ่งแวดล้อมเป็นคดีที่ต้องมีการพิจารณาโดยคำนึงถึงระบบนิเวศน์โดยเฉพาะ²⁴ ซึ่งได้จัดให้มีพยานผู้เชี่ยวชาญประจำศาล²⁵ ที่ปรึกษาด้านเทคนิคซึ่งเกี่ยวกับระบบนิเวศน์โดยตรง อีกทั้งยังมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบติดตามผลการพัฒนาด้านพันธุกรรมทางสิ่งแวดล้อมโดยวิศวกรเฉพาะด้านประจำศาล นอกจากนี้ จากการศึกษาศาลสิ่งแวดล้อมของประเทศนิวซีแลนด์ที่ได้จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1996²⁶ ยังมีลักษณะเป็นศาลชำนาญพิเศษ

²²เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย. ศาลสิ่งแวดล้อมเปรียบเทียบ: ความเป็นไปได้ในการจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย [Online], available URL: <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=1517,2563> (ตุลาคม, 19).

²³The Environment code of Sweden, Consideration of cases and Matters.

²⁴The Courts of Sweden (Sveriges Domstolar), **Environmental Court** [Online], available URL: http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage_2328.aspx, 2020 (October, 22).

²⁵The Environment code of Sweden, The Environment Court, Chapter 20, section two.

²⁶ประเสริฐ สิทธิพนธ์, “บทบาทในการดำเนินคดีสิ่งแวดล้อมของศาลยุติธรรมและศาลปกครองเชิงเปรียบเทียบ,” **วารสารกระบวนการยุติธรรม** 11, 3 (กันยายน – ธันวาคม 2561): 56-57.

เช่นเดียวกันประเทศสวีเดน แต่ในวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานของศาลสิ่งแวดล้อมของประเทศนิวซีแลนด์นั้น จะพิจารณาจากถ้อยคำพยานต่าง ๆ ตามความเห็นจากรายงานวิจัยและใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนัก โดยใช้หลักความได้สัดส่วน ศาลมีได้รับฟังตามพยานผู้เชี่ยวชาญหรือรายงานวิจัยทั้งหมด แต่จะพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เมื่อได้พิจารณาลักษณะของศาลสิ่งแวดล้อมของประเทศสวีเดนและประเทศนิวซีแลนด์ เห็นได้ว่าต่างกับประเทศไทยที่ในการดำเนินคดีด้านสิ่งแวดล้อมต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่งหรือวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับ เนื่องจากการไม่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมอันเป็นเหตุให้ไม่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมเป็นการเฉพาะ

กรณีประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความสิ่งแวดล้อมหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมนั้น จึงมีความจำเป็นและเป็นประโยชน์แก่การดำเนินคดีสิ่งแวดล้อมให้มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการกระจายอำนาจ แบ่งเบาภาระศาล เพื่อให้บรรลุประสงค์มาตรการทางกฎหมายสิ่งแวดล้อม ซึ่งหากอาศัยเพียงพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมฯ ในฉบับปัจจุบันประกอบกับนโยบายฯ สิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นเพียงกรอบทำงานดังกล่าวอาจไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหา แม้มาตรการการลงโทษทางแพ่งจะดำเนินตามกรอบมาตรการลงโทษทางเศรษฐกิจตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย แต่จากที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น ปัญหาขยะทะเลและสิ่งแวดล้อมทางทะเลมีลักษณะเป็นปัญหาที่แพร่กระจายออกไปทั่วโลก อีกทั้งความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมแม้ว่าผู้ก่อมลพิษจะได้ชดเชยค่าเสียหายเพียงใดก็อาจเป็นการยาก หรือเป็นไปได้เลยที่จะทำให้มลพิษดังกล่าวหายไป หรือทำให้สิ่งแวดล้อมนั้น ๆ กลับคืนสู่สภาพธรรมชาติตามเดิม ตลอดจนการดำเนินคดีด้านสิ่งแวดล้อมนั้นมีลักษณะที่ต้องการความเข้าใจเป็นพิเศษและแตกต่างจากการดำเนินคดีทางแพ่งหรือทางอาญาทั่วไป อีกทั้งการบังคับคดีที่อาจเป็นในลักษณะพิเศษซึ่งต้องอาศัยความชำนาญการมากกว่าการดำเนินการทางปกติ อันเป็นการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมและมลพิษทางทะเลให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4. ปัญหาความร่วมมือระหว่างประเทศระหว่างไทยและนานาชาติเพื่อแก้ไขปัญหาจัดการสิ่งแวดล้อม

ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมเป็นปัญหาที่มีมาอย่างเนิ่นนาน ทั้งเกิดขึ้นโดยธรรมชาติและจากการกระทำของมนุษย์

จากการศึกษาพบว่าปัญหาพลาสติกรั่วไหลสู่ทรัพยากรทางทะเลจากกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นปัญหาที่ทั่วโลกกำลังจับตามอง เนื่องจากการผลิตพลาสติก และการใช้พลาสติกตามหลักอุปสงค์ อุปทานทางเศรษฐกิจของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นอยู่ในอันดับที่สูงเป็นอันดับต้นของโลก

อีกทั้งประเทศกลุ่มสมาชิกอาเซียนยังเป็นกลุ่มประเทศที่มีการนำเข้าขยะพลาสติกจากประเทศพัฒนาแล้ว จากฝั่งตะวันตกอย่างอเมริกา และยุโรป จึงเรียกได้ว่ามีทั้งขยะที่ภายในประเทศสมาชิกผลิตเอง และนำเข้าจากต่างประเทศเข้ามามีอีก ทั้งที่ประเทศไทยเองนั้นก็มิได้มีศักยภาพในการกำจัดขยะที่สูงมากนัก อีกทั้งขยะบางประเภทต้องกำจัดอย่างรวดเร็วภายในอายุเวลาของขยะนั้น ๆ เมื่อขยะปริมาณดังกล่าวหมดอายุหรือไม่สามารถกำจัดได้ ผู้ประกอบการเอกชนหลายรายเลือกที่จะทิ้งลงทะเลตามหลักการกำจัดขยะให้พ้นตัวมิได้ใส่ใจว่าจุดจบของขยะดังกล่าวจะอยู่ที่ใด เมื่อภายหลังรัฐต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยมีกฎหมายภายในในการรณรงค์หรือการจำกัดโควตาการนำเข้าขยะ แต่ก็ยังพบว่า เป็นปัญหาในแนวทางการปฏิบัติทั้งเรื่องการตรวจสอบ สภาพพื้นที่การจัดเก็บอย่างมีจำกัดส่งผลให้อาเซียนเป็นกลุ่มที่สร้างปัญหาขยะทะเลจากขยะพลาสติกเป็นอันดับต้นของโลก ซึ่งสามารถวิเคราะห์อีกหนึ่งปัญหาสำคัญได้ว่า ปัญหาจุดประสงค์ทางเศรษฐกิจของอาเซียนที่อาจย้อนแย้งต่อการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ

ปัญหาขยะทะเลย่อมเป็นปัญหาที่ส่งผลต่อสิ่งแวดล้อม ทัศนียภาพ และเป็นปัญหาระดับโลก เนื่องจากทะเลมีลักษณะสสารเป็นของเหลว ย่อมมีการนำพา “วัตถุ” ซึ่ง ณ ที่นี้ คือ ขยะทะเลลอยไปได้ทั่วอย่างไม่มีพรหมแดนกัน สมาชิกอาเซียนจึงคำนึงถึงปัญหา “ขยะข้ามพรมแดน” เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนมีภูมิประเทศที่ใกล้เคียงต่อเนื่องกัน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจุดประสงค์แรกเริ่มในการรวมกลุ่มอาเซียนนั้นเป็นการรวมกลุ่มที่เน้นการขับเคลื่อนทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ ปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนดังกล่าวคือ ธุรกิจการท่องเที่ยวของเอกชน และการให้ความสนับสนุนด้านการท่องเที่ยวจากหน่วยงานรัฐซึ่ง GDP จากการท่องเที่ยวมีผลเป็นอย่างมากในการจ้างงาน²⁷ ตลอดจนรายได้รายรับของประเทศชาติ หากแต่ถ้าแหล่งกำเนิดของขยะทะเลที่สำคัญอีกแหล่งหนึ่งคือขยะพลาสติกจากการท่องเที่ยว ด้วยเหตุนี้ประเด็นทางด้านสิ่งแวดล้อมของอาเซียนมักไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควรจากประเทศสมาชิก หรือเรียกได้ว่าหากจำเป็นจะต้องเลือก ย่อมต้องพิจารณาด้านการท่องเที่ยวก่อน อีกทั้งแต่แรกเริ่มการรวมกลุ่มที่เน้นการไม่แทรกแซงกิจการภายในอันเป็นหลักการพื้นฐานในการอยู่ร่วมกันของอาเซียน ทั้งนี้ จากรายงานพบว่าครั้งเมื่อประเทศไทยเป็นเจ้าภาพการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 34 เคยมีการยื่นข้อเสนอให้แก้ปัญหาขยะทะเลโดยการจัดทำขึ้นเป็น “ข้อตกลง” แต่เมื่อการประชุมดังกล่าวเสร็จสิ้นข้อตกลงเชื่อกันว่ากับไม่ปรากฏกลายเป็น “ข้อเสนอแนะ” หรือที่เรียกว่า กรอบความร่วมมือของอาเซียนซึ่งเปรียบเสมือนกับนโยบายส่งเสริมฯ สิ่งแวดล้อมฯ

²⁷พิริยะ ผลพิรุฬห์, แนวโน้มตลาดแรงงานภาคการท่องเที่ยวหลังยุคโควิด-2019 [Online], available URL: [https://econ.nida.ac.th/2023/แนวโน้มตลาดแรงงานภาคการท่องเที่ยวหลังยุคโควิด, 2566 \(กรกฎาคม, 19\).](https://econ.nida.ac.th/2023/แนวโน้มตลาดแรงงานภาคการท่องเที่ยวหลังยุคโควิด, 2566 (กรกฎาคม, 19).)

ของประเทศไทยซึ่งทำให้ไร้ซึ่งสภาพบังคับ หรือแม้แต่พันธะทางการเมืองระหว่างประเทศเป็นไปอย่างอ่อนมากยิ่งขึ้น และอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์แห่งการประชุมดังกล่าว

ต่อมาในการประชุมสุดยอดอาเซียนฯ ครั้งที่ 35 มีการหยิบยกประเด็นเรื่องการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืน และต่อมาในการประชุมสุดยอดอาเซียนฯ และเมื่อครั้งที่ 36 ก็มีการหยิบยกประเด็นเรื่องมาตรการในการป้องกัน Covid-19 ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ในสถานการณ์ ณ ขณะนั้น แต่อีกประเด็นสำคัญในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวนอกจากเพื่อเป็นการควบคุม ป้องกัน การกระจายของโรคโควิด 19 แล้ว ยังเป็นการคาดการณ์ถึงการท่องเที่ยวภายหลังจากการที่ปัญหาด้านโรคระบาดหมดไป เพื่อเป็นการฟื้นฟูเศรษฐกิจด้านการท่องเที่ยว จึงเห็นได้ว่าปัญหาด้านมาตรการการจัดการด้านการขยะทะเลค่อย ๆ เลื่อนร่ายหายไปจากเวทีระหว่างประเทศ แสดงให้เห็นถึงวิสัยทัศน์ของรัฐบาลที่มองว่าสิ่งแวดล้อมเป็นประเด็นปัญหาสำคัญในระดับรองลงมาเสมอ อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงพันธกรณีระหว่างไทยและอาเซียนในประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อม และ “มาตรการการลดปัญหาขยะทะเล” โดยกรอบปฏิบัติการอาเซียนว่าด้วยขยะทะเล (ASEAN Framework of Action on Marine Debris) และปฏิญญากรุงเทพฯ ว่าด้วยการต่อต้านขยะทะเลในภูมิภาคอาเซียน (Bangkok Declaration on Combating Marine Debris in ASEAN Region) แม้จะไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมาย (Non – legal binding) กล่าวคือปฏิญญาดังกล่าวเปรียบเสมือนเอกสารการประชุมต่าง ๆ ในเวทีระดับประเทศที่ไม่ต่างกับบันทึกการหารือการประชุม เอกสารฝ่ายเดียว หรือกล่าวคือเป็นเอกสารที่แสดงถึงเจตนารมณ์ทางการเมืองเท่านั้น มิได้มีสภาพเป็นข้อตกลงหรือมีผลบังคับใช้ หรือเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่รัฐต้องปฏิบัติตาม Hard law เหมือนกับสนธิสัญญา แต่อย่างไรก็ตามกรณีนี้อาจถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย แต่อาจมีผลเป็นแรงจูงใจให้รัฐต่าง ๆ รับผิดชอบต่อการจัดทำกฎหมายภายใน ทั้งนี้ เนื่องจากปัญหาขยะทะเลเป็นปัญหาข้ามพรมแดน จึงเป็นไปได้ที่จะอาศัยแต่เพียงมาตรการการแก้ไขระดับภายในประเทศเท่านั้น แต่ยังคงมีความจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือในระดับภูมิภาค กล่าวคือการแก้ปัญหาจึงควรเริ่มต้นจากการเป็นความร่วมมือซึ่งเรียกได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ แนวคิดการพึ่งพาอาศัยกันเป็นอีกหนึ่งแนวคิดที่เป็นหัวใจสำคัญของความร่วมมือ ซึ่งลำพังปัญหากฎหมายระหว่างประเทศแม้จะขึ้นชื่อว่ากฎหมาย แต่ตัวกฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีปัญหาด้านสภาพบังคับอยู่แล้ว กล่าวคือต้องอาศัยกฎหมายภายในเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างชัดเจน และเพื่อผลักดันให้ความร่วมมือระหว่างประเทศสัมฤทธิ์ผล อีกทั้งการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมักมีการพัฒนามาจากความร่วมมือเสมอ และต่อมาก็จะพัฒนาเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ดังตัวอย่างเช่น การดำเนินการตามกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแห่งสหประชาชาติหรือ United Nations

Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ มีสถานะเป็น “Soft Law” หรือ กฎหมายที่สภาพบังคับบางส่วนนั้นยังไม่ได้มีผลโดยตรงต่อเอกชน แต่ภายหลังมีการพัฒนากลายเป็น Kyoto Protocol ซึ่งส่งผลให้มีสภาพบังคับชัดเจนทางกฎหมายของ Climate Change Convention โดยมีสภาพบังคับในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2005 ในที่สุดซึ่งประเด็นด้าน Soft Law นั้น อาจเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกมองข้ามในการตรากฎหมายประเภทอื่นแต่อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่าเป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีความสำคัญและสามารถพัฒนาให้เกิดสภาพบังคับอันเป็นส่วนสำคัญแห่งองค์ประกอบของกฎหมายสิ่งแวดล้อม ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ควรผลักดันจากกฎหมายภายในประเทศให้เป็นไปตามกรอบความร่วมมือของอาเซียนว่าด้วยเรื่องมาตรการการจัดการปัญหาขยะทะเลให้กลายเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อขับเคลื่อนจาก Soft Law ให้กลายเป็น Hard Law ต่อไป

5. ปัญหามาตรการกฎหมายของไทยในด้านอื่นที่ส่งผลกระทบต่อการจัดการสิ่งแวดล้อม

จากการศึกษาอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal) หรือ “อนุสัญญาบาเซล” ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามพรมแดน กำหนดห้ามไม่ให้ประเทศภาคีส่งออกหรือเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามพรมแดนประเทศ ยกเว้นในกรณีที่ประเทศผู้ส่งออกและประเทศผู้รับมีการตกลงยินยอมร่วมกัน²⁸ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญของอนุสัญญาบาเซลฯ คือ ห้ามส่งออกของเสียอันตรายจากประเทศพัฒนาแล้วไปกำจัดทิ้งหรือรีไซเคิลในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อความเข้มงวดในการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน โดยที่ประชุมภาคีอนุสัญญาบาเซล สมัยที่ 3 (COP 3) ในปี พ.ศ. 2538 มีมติเป็นเอกฉันท์ให้จัดทำ “ข้อแก้ไขอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการห้ามส่งออกของเสียอันตราย” หรือที่เรียกว่า Ban Amendment²⁹ โดยมีเนื้อใจความสำคัญห้ามประเทศที่กำหนดในภาคผนวก 7 ได้แก่ ประเทศในกลุ่ม

²⁸ สุจิตรา วาสนาดำรงต์, “รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องอนุสัญญาบาเซลฯ: บทวิเคราะห์ด้านการเจรจา ด้านการค้าและการจัดการสิ่งแวดล้อม,” รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เสนอ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550, หน้า 10.

²⁹ สำนักข่าวสับปะรด, สนธิสัญญาบาเซลควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน [Online], available URL: [https://www.pineapplenewsagency.com/th/c166/สนธิสัญญาบาเซล+ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน, 2563 \(มิถุนายน, 12\).](https://www.pineapplenewsagency.com/th/c166/สนธิสัญญาบาเซล+ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน, 2563 (มิถุนายน, 12).)

The Organization of Economic Cooperation Development: OECD, ประชาคมยุโรป: The European Community, EC และ ลีกเตนส์ไดน์ ส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศที่ไม่ได้ระบุในภาคผนวก 7 เพื่อทำการกำจัดและการห้ามเพื่อการนำกลับมาใช้ประโยชน์ใหม่ โดยมุ่งแก้ไขจุดอ่อนที่เกิดจากการสมยอมกันระหว่างประเทศต้นทางและประเทศปลายทาง เพื่อให้เกิดการคุ้มครองประเทศกำลังพัฒนาจากการรับภาระของเสียอันตรายมากขึ้น โดยระบุห้ามไม่ให้ส่งออกหรือเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามพรมแดนของประเทศที่ให้สัตยาบันในภาคแก้ไขนี้อย่างเด็ดขาด จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นไม่ได้อยู่ในกลุ่ม OECD หรือ EC 07' ถือว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่ได้ระบุในภาคผนวก 7 เพื่อทำการกำจัด และการห้ามเพื่อการนำกลับมาใช้ประโยชน์ใหม่ แต่เนื่องจากการที่ประเทศไทยนั้นยังไม่ได้ให้สัตยาบัน “ข้อแก้ไขอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการห้ามส่งออกของเสียอันตราย” (Ban Amendment) ดังกล่าวอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้ในปัจจุบันประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้รับการส่งออกหรือนำเข้าขยะอิเล็กทรอนิกส์ขยะพลาสติกรวมถึงเศษโลหะต่างๆ จากประเทศพัฒนามาทั้งที่ประเทศไทยก็ยังขาดประสิทธิภาพในการกำจัดขยะ อีกทั้งยังดึงดูดให้เจ้าของธุรกิจไร้ศีลจากต่างประเทศเข้ามาตั้งโรงงานในประเทศไทย ซึ่งเป็นโรงงานไม่ได้มาตรฐาน ขาดการควบคุมด้านมลพิษ โรงงานหลายแห่งดำเนินการโดยกลุ่มทุนจากประเทศจีน³⁰ ดังนั้น ประเทศไทยต้องพิจารณาเข้าร่วมในข้อแก้ไขและพิธีสารที่จัดทำเพื่ออนุวัติการตามอนุสัญญาบาเซล ทั้งนี้ เพื่อป้องกันปัญหาการลักลอบนำเข้าขยะตามภาคผนวก 7 ซึ่งมีการแก้ไขใหม่

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าประเทศที่นำเข้าขยะดังกล่าวมากที่สุดในฝั่งเอเชียคือ ประเทศจีน กระทั่งเมื่อกันยายน ค.ศ. 2017 จีนได้ประกาศและแสดงเจตนาต่อองค์กรค้าโลกว่าจะใช้นโยบาย China's National Sword หรือเป็นการแบนขยะจากต่างประเทศไม่ให้เข้าสู่ประเทศจีน เนื่องจากปริมาณขยะในประเทศและการนำเข้าจากครั้งก่อน ๆ ที่กำจัดไม่ทัน ซึ่งมาตรการดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อราคาขยะของโลก อันถือเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่ส่งผลให้ผู้ประกอบการโรงงานภายในประเทศจีนที่ต้องโยกย้ายถิ่นฐานการลงทุนมายังประเทศเพื่อนบ้านซึ่งก็คือ ประเทศฝั่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ไม่ว่าจะเป็นประเทศมาเลเซีย อินโดนีเซีย เวียดนาม ฟิลิปปินส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยที่มีวัฒนธรรม ภาษา และค่าครองชีพ ใกล้เคียงคล้ายคลึงกันกับประเทศจีน เช่นนี้ เมื่อขยะราคาผันผวน มีราคาต้นทุนที่ถูกลง ผู้ประกอบการโรงงานขยะพลาสติก ตลอดจนเอกชนและนายทุนที่

³⁰ รุติพันธ์ พัฒนมงคล, ไทยแลนด์ไม่ใช่แดนถึงขยะโลก เรียกร้องลงสัตยาบันภาคแก้ไขของอนุสัญญาบาเซลฯ [Online], available URL: <https://www.sarakadee.com/2021/06/29/อนุสัญญาบาเซล>, 2566 (มกราคม, 11).

มีพื้นฐานกิจการในไทยย่อมได้รับผลประโยชน์จากการนำเข้าพลาสติกดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาถึงหลักการลงทุนทางธุรกิจ ย่อมเป็นการลดต้นทุนของผู้ผลิตในการประกอบการและการลักลอบนำเข้า ก็เป็นการลดต้นทุนทางภาษี สร้างกำไรให้แก่โรงงานผลิตได้มากขึ้นจนอาจจะเลยปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งตามวิสัยทัศน์ทั่วไปมักมองว่าเป็นปัญหาสำคัญรองลงมาหรือเป็นปัญหาอันดับท้าย ๆ อยู่แล้ว ทำให้ไทยกลายเป็นถึงขยะแห่งใหม่ของโลก ก่อให้เกิดสาเหตุปัญหาขยะเอ่อล้นอันเป็นปัญหาต่อสิ่งแวดล้อมของโลก

ภายหลังช่วงปี พ.ศ. 2538³¹ ตัวบทอนุสัญญาบาเซลฯ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของภาคผนวก หรือ “ข้อแก้ไขอนุสัญญาบาเซลฯ ด้วยการห้ามส่งออกของเสียอันตราย” หรือที่เรียกว่า Ban Amendment โดยการแก้ไขนี้เป็นการเพิ่มเติมประเภทของสารและวัตถุอันตรายลงในภาคผนวก อันเป็นข้อห้ามมิให้ประเทศพัฒนาแล้วอย่างกลุ่ม OECD หรือ กลุ่ม EC นำเข้าขยะดังกล่าวมายังประเทศกำลังพัฒนา โดยฉบับแก้ไขดังกล่าวนี้จะมีผลบังคับใช้ ในวันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2562 ที่ผ่านมา ซึ่งเนื้อความสำคัญในการแก้ไขในมาตรา 1 วรรค 1(A) แห่งภาคผนวกที่ 7 อันเป็นภาคผนวกแห่งการแก้ไขดังกล่าว เพื่อตีกรอบประเทศการอนุญาตว่าด้วยเรื่องของการนำเข้า ส่งออกขยะของประเทศพัฒนาแล้วไปยังประเทศที่พัฒนาแล้วด้วยกันเท่านั้น ซึ่งกล่าวคือประเทศในกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) อาทิเช่น ออสเตรเลีย แคนาดา นิวซีแลนด์ สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น กลุ่มสหภาพยุโรป (EC) และประเทศลิกเตนสไตน์ (Liechtenstein) ทั้งนี้ เนื่องจากการคำนึงถึงเสถียรภาพที่เพียงพอในการกำจัด รีไซเคิล หรือการนำขยะไปใช้ใหม่ หากแต่เมื่อพิจารณาถึงปัญหาผลประโยชน์จากการนำเข้าขยะจากการศึกษาและบทวิเคราะห์ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น กรณีปัญหามาตรการโควตาของรัฐที่ไร้ประสิทธิภาพและไม่ชัดเจนขณะที่ประเทศจีนประกาศมาตรการดังกล่าว รัฐบาลไทยในขณะนั้นเองก็ยังเป็นรัฐบาลคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) จึงประกาศให้ขยะเป็นวาระแห่งชาติ จัดตั้ง “คณะอนุกรรมการเพื่อบูรณาการการจัดการขยะอิเล็กทรอนิกส์และเศษพลาสติกที่นำเข้าจากต่างประเทศ” โดยการนำเข้าขยะพลาสติกจะต้องขอนำเข้าโดยการทำเป็นโควตากับกระทรวงอุตสาหกรรมเสมอ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีอนุสัญญาบาเซลฯ ที่รัฐต้องจัดทำรายงานข้อมูลประจำปีข้อมูลการเคลื่อนย้ายและการจัดการของเสียที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดเรื่องอนุสัญญาบาเซลฯ เป็นประจำทุกปี ซึ่งเป็นพันธกรณีของประเทศไทยในฐานะประเทศภาคีสมาชิก และได้วางแผน Road map การนำเข้าเอาไว้ 3 ปี โดยกำหนดโควตาการนำเข้าให้ ปี ค.ศ. 2018 นำเข้าได้

³¹ สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, คู่มือปฏิบัติในการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตราย ตามอนุสัญญาบาเซล (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไอเดียสแควร์, 2551), หน้า 2.

70,000 ตัน ปี ค.ศ. 2019 นำเข้าได้ 40,000 ตัน และปี ค.ศ. 2020 ไม่ให้นำเข้าอีก แต่ปรากฏว่ามาตรการโควตาดังกล่าวไร้ประสิทธิภาพมีการแอบลักลอบนำเข้าขยะสูงสุดถึง 100,000 ตันต่อเดือน³² ซึ่งภายหลังกระทรวงอุตสาหกรรมกล่าวอ้างว่าเป็นโควตาดกค้าง ซึ่งจะหมดในเดือนกันยายนนี้ จึงเป็นกรณีไม่ชัดเจนว่าโควตาดังกล่าวมาจากไหน เพราะทั้งที่โควตาตามประกาศจะมีการนำเข้าขยะตามที่ประกาศไว้ข้างต้นมีเพียงถึงแค่ปี 2019 และภายหลังมีการจัดประชุมเพื่อรับฟังความเห็นและแบบสำรวจความต้องการของโรงงานพลาสติกในการนำเข้าพบว่าต้องการโควตาทั้งสิ้น 650,000 ด้วยเหตุผลที่ว่าขยะในประเทศไม่พอใช้ ราคาแพง คุณภาพไม่ดี ซึ่งถือได้ว่าเป็นจำนวนโควตาที่เยอะที่สุดเท่าที่ประเทศไทยเคยนำเข้ามา ภายหลังจากที่มีการเรียกร้อง ประกอบกับเอกชนออกมาคัดค้านการนำเข้าขยะ กรมโรงงานจึงออกมาชี้แจงว่ายังไม่ได้มีนโยบายให้นำเข้าเศษพลาสติก เป็นเพียงการให้ข้อมูลความต้องการนำเข้าจากเอกชนเท่านั้น อีกทั้งเรื่องนี้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการและกระทรวงพาณิชย์ที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ จึงเห็นได้ว่าการประกาศจัดทำแผนบริหารจัดการขยะมูลฝอยก็ไม่เป็นไปตามที่กำหนด และไม่ใช้จุดจบในการแก้ไขปัญหาด้านการนำเข้าขยะ จนกระทั่งปัญหาดังกล่าวค่อย ๆ เลือนหายไปจากหน้าสื่อมวลชนในที่สุด

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น พิจารณาได้ว่าแม้ประเทศไทยจะไม่ได้ให้สัตยาบันในส่วนของภาคผนวกที่แก้ไขใหม่ (Ban Amendment) แต่ประเทศไทยก็ยังคงเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาบาเซลฯ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายแม่บทอันส่งผลให้ประเทศไทยยังคงต้องมีพันธกรณีในการห้ามนำเข้าขยะอิเล็กทรอนิกส์อันเป็นสาเหตุสำคัญแห่งปัญหาดังกล่าว ซึ่งนับแต่ปี พ.ศ. 2538 ซึ่งอนุสัญญาบาเซลฯ มีผลใช้บังคับ ประเทศไทยในฐานะภาคีสมาชิกก็ยังมีได้จัดให้มีกฎหมายภายในเพื่อตอบสนองรับพันธกรณีแก่บทบัญญัติดังกล่าวอันถือเป็นการละเลยต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อม ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้านสิ่งแวดล้อมอย่างชัดเจน

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่านัยสำคัญของปัญหาต่าง ๆ นั้นล้วนเริ่มจากการเมินเฉยต่อปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมจนส่งผลให้กลายเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศไทยว่าด้วยเรื่องอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายแม่บทที่ได้กำหนดสิทธิ

³²ประชาชาติธุรกิจ, ขงร่างคณนำเข้าขยะอิเล็กทรอนิกส์ กลุ่มพลาสติกขอโควตานำเข้าหมื่นตัน [Online], available URL: <https://www.prachachat.net/economy/news-209830>, 2563 (กันยายน, 24).

และอำนาจหน้าที่ของรัฐภาคีที่มีต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล ทั้งนี้ หากคำนึงถึงปัญหาที่ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมของประเทศเสื่อมโทรม ลดลงทั้งด้านปริมาณ และ คุณภาพ อาจทำให้ประเทศไทย มีภาระค่าใช้จ่ายในการจัดการ แก่ไข เยียวยา ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมสูงขึ้นเป็นทวีคูณ เมื่อพิจารณา เปรียบเทียบกับหลักการลงทุนทางเศรษฐศาสตร์ก็อาจไม่สามารถประเมินความเสี่ยง หรือความคุ้มค่า ในการลงทุนงบประมาณดังกล่าวได้ ดังนั้น ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกฎหมายภายในประเทศให้มี สภาพบังคับอย่างมีประสิทธิภาพ การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทิ้งทะเล ให้ครอบคลุมถึงเขตอำนาจ การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเขตอำนาจการใช้อำนาจทางกฎหมายของรัฐ เพื่อคุ้มครอง ดูแล จัดการ ให้เขตอำนาจทางสิ่งแวดล้อมดังกล่าวมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น การให้ ความสำคัญด้านความร่วมมือระหว่างประเทศของประเทศไทย ซึ่งได้วิเคราะห์กรณีความร่วมมือในเวที อาเซียนของไทยแม้ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมนั้นมิใช่สาเหตุโดยตรงในการรวมกลุ่มของอาเซียน แต่อย่างไร ก็ตาม ประเด็นดังกล่าวก็ถือว่าการดำเนินการของอาเซียนที่มากทาง กล่าวคือแม้กรอบความร่วมมือ ดังกล่าวจะเป็นการดำเนินการอย่าง Soft Law แต่ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นปัญหาในลักษณะ ข้ามพรมแดนย่อมไม่อาจอาศัยการแก้ไขปัญหาเพียงภายในประเทศได้ อาศัยภูมิประเทศทางกลุ่ม สมาชิกอาเซียนที่มีแนวอาณาเขตทางทะเลติดกัน ทั้งนี้ จึงกล่าวได้ว่าการแก้ปัญหาความร่วมมือของอาเซียน ด้านมลพิษทางทะเลจึงเปรียบเสมือนการสร้างมาตรฐาน (Standard) สำหรับภูมิภาคอาเซียน เป็นการ ริเริ่มใช้ประโยชน์จากการรวมกลุ่มของสมาชิกอาเซียนในการคำนึงการรักษาสิ่งแวดล้อมอันเป็น ทรัพยากรสมบัติของมวลมนุษยชาติของโลกร่วมกัน ซึ่งอาจเป็นการพัฒนาไปสู่การดูแลรักษาทรัพยากร ทางทะเลให้มีประสิทธิภาพที่ดีในอนาคต ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาปัญหามลพิษจากแหล่งบนบก สถานการณ์ประเทศไทยปัจจุบันพบว่าปัญหาและประเภทของขยะทะเลที่ถูกพบมากที่สุดคือ ขยะพลาสติก และขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกลักลอบนำเข้าในราชอาณาจักร ซึ่งปัญหาในประเภทขยะดังกล่าว ส่งผลให้เกิดการสูญพันธุ์ของสัตว์ทะเลเพิ่มขึ้น เนื่องจากพลาสติกเมื่อถูกน้ำทะเลก่อให้เกิดสารทาง เคมีชีวภาพกลายเป็นพลาสติกขนาดเล็กหรือที่เรียกว่าไมโครพลาสติก สัตว์ทะเลบริโภคเข้าไป และ เมื่อมนุษย์บริโภคสัตว์ทะเลดังกล่าวตามวงจรห่วงโซ่อาหาร อาจก่อให้เกิดปัญหาด้านสุขอนามัยใน ระยะยาว ตลอดจนขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่เดิมทีการลักลอบนำเข้าขยะก็มีมากอย่างต่อเนื่อง เนื่องจาก ปัญหาการตรวจสอบ ตลอดจนละเลยปัญหาล้วนรวมมวลมนุษยชาติของผู้ประกอบที่คำนึงถึงผลกำไร ส่วนตนในการลักลอบขยะที่มีมากอยู่แล้วนั้น เมื่อประเทศไทยมิได้ลงนามให้สัตยาบันในการแก้ไข เพิ่มเติมวัตถุ สารอันตรายแห่งอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสีย อันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal) อันเป็นเหตุให้ประเทศที่พัฒนาแล้วส่งออกขยะ

มายังประเทศไทย จึงเสมือนได้ว่าประเทศไทยเป็นหนึ่งในส่วนกลางกองขยะของโลก ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศย่อมแน่นอนว่าประเทศไทยย่อมไม่มีความผูกพันในส่วนภาคผนวกที่แก้ไขใหม่ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะมีได้ลงนามให้สัตยาบันในส่วนภาคผนวกที่แก้ไขดังกล่าว แต่ไทยก็ยังคงมีพันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซลฯ ซึ่งเปรียบเสมือนกฎหมายแม่บทในเรื่องดังกล่าวอยู่ เมื่อพิจารณาบทบาทของประเทศไทยในฐานะรัฐซึ่งมีความเป็นเอกราชชาติหนึ่งในโลกและหนึ่งในรัฐภาคีสมาชิกแห่งอนุสัญญาฯ ดังกล่าว การเข้าร่วมลงนามใน Ban Amendment ก็อาจเป็นการแสดงจุดยืนของประเทศไทยในเวทีระดับนานาชาติ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีภาพลักษณ์ที่แย่ในเรื่องของมาตรฐานการจัดการขยะพลาสติก การลักลอบนำเข้าจากชาติมหาอำนาจโดยถูกมองว่ารัฐเพิกเฉยต่อปัญหาและข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของเอกชนในการได้ต้นทุนที่ต่ำลง พิจารณาถึงธุรกิจและผลประโยชน์ของคนบางกลุ่มมากกว่าทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นสมบัติของส่วนรวม อันเป็นการโต้แย้งสิทธิของมนุษยชาติ จึงเป็นสาเหตุให้เมื่อพิจารณาถึงการปล่อยมลพิษขยะพลาสติกทางทะเล ประเทศไทยผู้เป็นผู้ปล่อยมลพิษดังกล่าวเป็นอันดับ 6 ของโลกจึงถูกพูดถึงในแง่ลบ อันส่งผลต่อภาพพจน์ของประเทศไทยในด้านอื่น ๆ เช่น ด้านเศรษฐกิจและการลงทุน ตลอดจนมาตรการที่หละหลวมของกฎหมายภายใน จนกระทั่งเมื่อระบบนิเวศน์และสภาพแวดล้อมทางทะเลเสื่อมโทรม อาจส่งผลต่อปัญหาด้านการท่องเที่ยวซึ่งเป็นกลไกสำคัญด้านเศรษฐกิจในที่สุด

จากการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาข้างต้นนั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการศึกษา ผู้วิจัยขอนำเสนอข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากแหล่งมลพิษทางบกเพื่อนำไปสู่การบัญญัติเป็นกฎหมายภายในหรือนโยบายอันเป็นประโยชน์ต่อไป ดังนี้

6.1 กรณีปัญหาการอนุวัติกฎหมายภายในโดยไม่สอดคล้องและครอบคลุมต่อพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น

เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ สิ่งแวดล้อมฯ เรื่องเขตอำนาจการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมอาณาเขตและสิทธิทางทะเลหรือตรากฎหมายแม่บทฉบับใหม่ในรูปแบบพระราชบัญญัติ เพื่อให้ตอบสนองกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐไทยมีต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยเรื่องกฎหมายทะเล ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและถูกต้องตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอ ดังนี้

6.1.1 ประเทศไทยควรพิจารณาในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติการป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเลแทนการใช้กฎหมาย

สิ่งแวดล้อมอันเป็นลักษณะของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อให้การป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเลได้รับความคุ้มครองโดยตรง อันทำให้กฎหมายสิ่งแวดล้อมทางทะเลมีสภาพบังคับและศักยภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ควรพิจารณาตรวจร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งทะเลของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล ซึ่งแม้จะมีใช้การคุ้มครองมลพิษทางบกโดยตรง แต่เพื่อให้มีความครอบคลุมการป้องกันรักษาภาวะขยะทะเลอันก่อให้เกิดมลพิษในประเทศไทยได้ดีมากยิ่งขึ้น

6.1.2 ควรกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจซึ่งมีผลดีต่อสิ่งแวดล้อม เช่น นโยบายการลดปริมาณการผลิตถุงพลาสติก โดยให้สิทธิพิเศษทางภาษีเพื่อเป็นการลดหย่อนต้นทุนการผลิต ส่งเสริมผู้ประกอบการ สนับสนุนผู้บริโภค โดยอาจารย์ณรงค์ให้บริษัทหรือหน่วยงานที่ผลิตถุงผ้า หรือ ผลิตถุงพลาสติกโดยใช้วัสดุสังเคราะห์พิเศษที่ละลายย่อยสลายและเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม แม้จะเป็นการทำให้ผู้ประกอบการรับภาระต้นทุนที่หนักขึ้น หากรัฐออกนโยบายลดหย่อนภาษีกรณีพิเศษเพื่อเป็นแรงจูงใจให้แก่ผู้ประกอบการ ตลอดจนส่งเสริมให้ความรู้ด้านวัสดุศาสตร์ในการผลิตใช้วัสดุอย่างอื่นแทนถุงพลาสติก อันถือเป็นมาตรการการสร้างสมดุลทางเศรษฐกิจตามหลักเศรษฐศาสตร์อย่างหนึ่ง

6.1.3 ควรผลักดันให้มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อม ตลอดจนศาลสิ่งแวดล้อมเป็นศาลชำนาญพิเศษของศาลไทย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมให้ตรงกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการรักษาสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น ตลอดจนมาตรการการใช้บังคับกฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพโดยสมบูรณ์

6.2 กรณีปัญหาความร่วมมือระหว่างประเทศระหว่างไทยและนานาชาติซึ่งอาจไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างแน่แท้

ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แห่งการแก้ปัญหาดังกล่าว ควรผลักดันจากกฎหมายภายในประเทศให้เป็นไปตามกรอบความร่วมมือของอาเซียนว่าด้วยเรื่องมาตรการการจัดการปัญหาขยะทะเล ให้กลายเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อขับเคลื่อนจาก Soft Law ให้กลายเป็น Hard Law ต่อไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างมาตรฐานระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งถือว่าเป็นกลุ่มสมาชิกที่มีบทบาทในเวทีระดับนานาชาติ และถือเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการแก้ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่ดี โดยกรอบความร่วมมือดังกล่าว อาจเป็นการร่างข้อตกลงระหว่างประเทศภาคีสมาชิกอาเซียนในการสอดส่อง ดูแล การลักลอบนำเข้าขยะพลาสติกหรือขยะพลาสติกเข้ามายังประเทศสมาชิกอาเซียน เนื่องจากอย่างที่ทราบว่าการประกอบการทำงานของอาเซียนมีข้อเสนอแนะให้ประเทศสมาชิกอาเซียนอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องอย่างอนุสัญญาบาเซลฯ ปัญหาการลักลอบนำเข้าขยะพลาสติกและขยะอิเล็กทรอนิกส์ประการสำคัญคือ การตรวจสอบการนำเข้าของหน่วยงานรัฐ

ภายในประเทศ ซึ่งประเทศไทยให้อำนาจกรมโรงงานอุตสาหกรรม และกรมศุลกากรในการตรวจสอบ ขยะดังกล่าว ซึ่งทางข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรมศุลกากรซึ่งเป็นด่านแรกในการนำเข้าสินค้าหรือขยะ ตรวจสอบบัญชีรายชื่อ อีกทั้งปริมาณที่จำกัดทางศุลกากร การตรวจดังกล่าวจึงเป็นเพียงการสุ่มตรวจ เท่านั้น อีกทั้งหากผู้ลักลอบนำเข้าขยะต้องการหลบเลี่ยงความผิดก็จะทิ้งขยะลงในทะเล ซึ่งแม้จะเป็น ทะเลหลวง แต่เนื่องจากโดยธรรมชาติทางชีวภาพแล้วคลื่นมักจะซัดเข้าฝั่ง เป็นเหตุให้ขยะดังกล่าว แม้อยู่ในทะเลหลวงก็ก่อให้เกิดปัญหาการขยะข้ามพรมแดน อันเป็นผลเสียระดับระหว่างประเทศ และระดับโลกในที่สุด อาศัยประโยชน์จากพื้นที่ที่มีส่วนต่อติดกันบางส่วนของประเทศสมาชิกอาเซียน การร่วมมือตรวจสอบการลักลอบนำเข้าขยะ โดยเป็นการร่วมตรวจสอบระหว่างประเทศอาจมีประสิทธิภาพ ลดปัญหาการลักลอบนำเข้าขยะได้ดียิ่งขึ้น

6.3 กรณีปัญหาการปฏิเสธที่จะผูกพันของไทยต่อกฎหมายระหว่างประเทศในฉบับอื่น ที่ส่งผลกระทบต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมและปัญหาขยะทะเล

เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ข้อเสนอแนะ ดังนี้

6.3.1 ควรผลักดันให้ประเทศไทยลงนามและให้สัตยาบันต่อการแก้ไขภาคผนวก อนุสัญญาบาเซลฯ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมปัญหาการนำเข้า ส่งออก ขยะอิเล็กทรอนิกส์ ที่ประเทศไทยยังไม่มีประสิทธิภาพทางเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์เพียงพอในการจัดการปัญหาขยะ ดังกล่าว อีกทั้งยังเพื่อเป็นการแสดงเจตจำนงต่อการแก้ไข และการพัฒนาการแก้ปัญหาการปล่อยมลพิษ ลงสู่สิ่งแวดล้อมทางทะเลซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหามลพิษของประเทศไทยในเวทีระดับโลก ทั้งนี้ก็เพื่อ ประโยชน์ทางการเมืองระหว่างประเทศซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อปัจจัยด้านอื่น เช่น ด้านเศรษฐกิจและการลงทุน ระหว่างประเทศให้มีภาพพจน์ที่ดีมากยิ่งขึ้น

6.3.2 เห็นควรให้มีการผลักดันให้ร่างพระราชบัญญัติการจัดการซากผลิตภัณฑ์เครื่องใช้ ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ฯ ตามนโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2560 – 2579 เสร็จสมบูรณ์โดยเร็วที่สุด เพื่อให้สอดคล้องและเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณี ระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องของอนุสัญญาบาเซลฯ อีกทั้งเพื่อให้มีระบบการจัดการซากผลิตภัณฑ์ เครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป ซึ่งย่อมต้องอาศัยความร่วมมือ ของภาครัฐในการตรากฎหมายเพื่อให้ประชาชนดำเนินการให้เป็นไปตามกรอบตามระเบียบ และ ความร่วมมือของหน่วยงาน ตลอดจนเอกชนเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยส่งเสริมมาตรการในการ แก้ไข การลดปัญหาขยะที่ต้นเหตุ ได้แก่ มาตรการ 3R หรือกล่าวคือ

1) การลด (Reduce) โดยเป็นการลดหรือจำกัดปริมาณการผลิตตั้งแต่แรกให้อยู่ในการควบคุมของรัฐ

2) การนำกลับมาใช้ใหม่ (Reuse) โดยการนำขยะดังกล่าวกลับมาใช้ใหม่ โดยทั้งนี้รัฐควรสนับสนุนให้ผู้ประกอบการผลิตวัสดุที่สามารถนำมาใช้ใหม่หรือใช้ซ้ำและไม่เกิดอันตรายต่อสุขภาพและอนามัย

3) การรีไซเคิล (Recycle) โดยเริ่มจากการแยกขยะอย่างมีประสิทธิภาพซึ่งอาจจัดสรรเป็นเทคโนโลยีในการแยกขยะหรือนำเสนอให้หน่วยงานท้องถิ่นให้ความรู้ในการแยกขยะแก่ประชาชน จัดให้มีถังขยะแบบแยกสัดส่วนให้มากขึ้น เพื่ออำนวยความสะดวก และจัดการขยะให้เป็นระเบียบ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวอันจะถือเป็นการลดภาวะมลพิษทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างดีขึ้น

จากการศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากแหล่งมลพิษทางบก ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะสามารถนำเป็นข้อพิจารณาในเรื่องของความร่วมมือระหว่างประเทศ การเสนอนโยบายทางเศรษฐกิจซึ่งส่งผลดีต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนการสนับสนุน สร้างสมดุลทางเศรษฐกิจระหว่างหน่วยงานรัฐต่อผู้ผลิตและผู้บริโภคเพื่อประโยชน์ทางสิ่งแวดล้อมให้ตรงตามเจตนารมณ์เป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน และเพื่อเป็นการผลักดันกรอบความร่วมมือให้กลายเป็นกฎหมายเพื่อดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมอันถือเป็นมรดกร่วมกันแห่งมนุษยชาติต่อไป

บรรณานุกรม

- เขมจุฑา สุวรรณจินดา. “การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลของประเทศไทยตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982: ศึกษากรณีภาวะมลพิษจากแหล่งบนบก.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ฐานข้อมูลความรู้ทางทะเล (Marine Knowledge Hub). ปัญหาสิ่งแวดล้อมทางทะเล. ขยะทะเล [Online]. Available URL: http://www.mkh.in.th/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=309&Itemid=158&lang=th, 2562 (มิถุนายน, 23).
- ฐิติพันธ์ พัฒนมงคล. ไทยแลนด์ไม่ใช่แดนถังขยะโลก เรียกร้องลงสัตยาบันภาคแก้ไขของอนุสัญญาบาเซลฯ [Online]. Available URL: <https://www.sarakadee.com/2021/06/29/อนุสัญญาบาเซล>, 2566 (มกราคม, 11).
- เดชาธร วิเวโก. “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอันลงทะเล พ.ศ. บทนิยามของ การทิ้งเท.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี 14, 19 (พฤศจิกายน 2563): 19.
- นัยนพร ชุนจันทร์. “ความเป็นไปได้ของประเทศไทยในการเข้าร่วมเป็นภาคีพิธีสาร 1996 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันภาวะมลพิษทางทะเลจากการทิ้งเทของเสียและสสารอื่น.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ประชาชาติธุรกิจ. ชงร่างคมนำเข้าขยะอิเล็กทรอนิกส์ กลุ่มพลาสติกขอโควตานำเข้าหมิ่นตัน [Online]. Available URL: <https://www.prachachat.net/economy/news-209830>, 2561, 2563 (กันยายน, 24).
- ประเสริฐ สิทธินิวผล. “บทบาทในการดำเนินคดีสิ่งแวดล้อมของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง: เปรียบเทียบ.” วารสารกระบวนการยุติธรรม 11, 3 (กันยายน – ธันวาคม 2561): 56-57.
- พิริยะ ผลพิรุฬห์. แนวโน้มตลาดแรงงานภาคการท่องเที่ยวหลังยุคโควิด-2019 [Online]. Available URL: <https://econ.nida.ac.th/2023/แนวโน้มตลาดแรงงานภาคการท่องเที่ยวหลังยุคโควิด>, 2566 (กรกฎาคม, 19).
- ลัฏกา เนตรทัศน์. สถานการณ์ขยะพลาสติกทะเลในอาเซียน [Online]. Available URL: https://lawforasean.krisdika.go.th/File/files/Article_1_Dec2019plasticdebris.pdf 2565 (กันยายน, 25).

สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. เป้าหมายการพัฒนายั่งยืนของประเทศไทย [Online]. Available URL: <https://sdgs.nesdc.go.th/>, 2562 (ตุลาคม, 19).

สำนักข่าวสับปะรด. สนธิสัญญาบาเซล ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน [Online]. Available URL: <https://www.pineapplenewsagency.com/th/c166/สนธิสัญญาบาเซลควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน>, 2563 (มิถุนายน, 12).

สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ. คู่มือปฏิบัติในการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตราย ตามอนุสัญญาบาเซล. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไอเดียสแควร์, 2551.

Katz, Cheryl. **How China's Ban on Importing Waste Has Stalled Global Recycling** [Online]. Available URL: <https://e360.yale.edu/features/piling-up-how-chinas-ban-on-importing-waste-has-stalled-global-recycling>, 2019 (March, 7).

National Oceanic and Atmospheric Administration. **What is marine debris?** [Online]. Available URL: <https://oceanservice.noaa.gov/facts/marinedebris.html>, 2023 (April, 15).

Ocean Conservancy and McKinsey Center for Business and Environment. **Stemming the Tide: Land-based strategies for a plastic-free ocean** [Online]. Available URL: <https://www.mckinsey.com>, 2015 (August, 2019).

Plastic Ethics. **The countries polluting the oceans the most with plastic waste** [Online]. Available URL: <https://www.plasticethics.com/home/2019/3/17/the-countries-polluting-the-oceans-the-most-with-plastic-waste,2019> (June, 3).

_____. **The Countries Polluting The Oceans The Most** [Online]. Available URL: <https://www.statista.com/chart/12211/the-countries-polluting-the-oceans-the-most/>, 2019 (April, 15).

Plastic Waste Partnership. **Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal** [Online]. Available URL: <http://www.basel.int/Implementation/Plasticwastes/ConsultationsandMeetings/tabid/8203/Default.aspx>, 2019 (November, 18).

Proposed amendments. **Basel Convention** [Online]. Available URL: <http://www.basel.int/TheConvention/Amendments/Proposedamendments/tabid/7906/Default.aspx>, 2020 (September, 24).

United States Environment Protection Agency. **1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, 1972 (London Protocol)** [Online]. Available URL: <https://www.epa.gov/ocean-dumping/1996-protocol-convention-prevention-marine-pollution-dumping-wastes-and-other-matter>, 2023 (April, 3).

ร่างพระราชบัญญัติการป้องกันมลพิษทางทะเลเนื่องจากการทิ้งเทของเสียหรือวัสดุอื่นลงทะเล พ.ศ. ...
The Environment code of Sweden.

United Nations Convention on the Law of the Sea.

Convention and Management of The Living Resources of The High Sea, Right to Fish on the High Seas.

International Rules and National Legislation to Prevent, Reduce and Control Pollution of The Marine Environment.

การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล

วุฒิ ศรีธีระวิศาล

การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล*

The Creation of Video Game Avatar by Using Personal Identity

วุฒิ ศรีธีระวิศาล**
Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

ในปัจจุบัน ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง เพื่อให้ผู้เล่นได้รับประสบการณ์ที่เหมือนจริงในการเล่น เกม การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใชภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นตัวอย่างในการสร้างตัวละคร สภาพปัญหาคือ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมนำภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นแรงบันดาลใจในการสร้างเป็นตัวละครในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยอ้างว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงออก ศาลจะมีแนวทางในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อย่างไร บทความนี้ศึกษาการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่า ในคดี Edgar Davids v. Riot Games ศาลในประเทศเนเธอร์แลนด์พิจารณาว่า การใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นการให้ประโยชน์แก่สังคมหรือ

*บทความนี้เรียบเรียงจากดัชนีพนธ์ เรื่อง “การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในวิดีโอเกม” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันดัชนีพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน และรองศาสตราจารย์ ดร.ภุมินทร บุตรอินทร์ คณะกรรมการสอบป้องกันดัชนีพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, รองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน, รองศาสตราจารย์ ดร.ภุมินทร บุตรอินทร์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จารุประภา รักพงษ์ และ ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์.

This article is a part of dissertation “The Use of Personal Identity in Video Games.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirement for the Doctor of Laws at Thammasat University. Associate Professor Dr.Munin Pongsapan and Associate Professor Dr.Bhumindr Butr-Indr are advisors. Adjunct Professor Vichai Ariyanuntaka, Associate Professor Dr.Munin Pongsapan, Associate Professor Dr.Bhumindr Butr-Indr, Assistant Professor Dr.Jaruprapa Rakpong and Dr.Jumpol Pinyosinwat are examiners.

**นักศึกษาลัทธิสุตฺรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: w.sriterawisarn@gmail.com

LL.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 19 กรกฎาคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 27 กรกฎาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 27 กรกฎาคม 2566.

เป็นเพียงการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ของผู้พัฒนาวิดีโอเกมเท่านั้น แต่ในคดี *Pellegrino v. Epic Games, Inc.* ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่โดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้อย่างแรงบันดาลใจแล้วเปลี่ยนรูปภาพลักษณ์มาเป็นตัวละครของผู้พัฒนาวิดีโอเกมเอง ซึ่งแนวทางของทั้งสองประเทศจะเป็นประโยชน์ต่อศาลไทยเมื่อมีคดีที่เกี่ยวข้องกับการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล

คำสำคัญ: สิทธิในภาพลักษณ์, หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่, วิดีโอเกม

Abstract

Today, video game developers create video game's characters using images of famous individuals to give a realistic gaming experience to game players. In order to create an avatar in a video game, it can be argued that video game developers inevitably created an avatar inspired by the image of a celebrity as an example. This paper has studied the creation of video game avatar by using personal identity in the European Union and the United States. The paper was found that the Dutch court in *Edgar Davids v. Riot Games* strikes the balance by considering whether the use of a personal identity is a benefit to society or simply a commercial exploitation of personal identity by video game developers. Nevertheless, in *Pellegrino v. Epic Games, Inc.*, the US court applies the Transformative Use Test takes into account the fact that video game developers use personal identity as the inspiration and then transform the identity into their own avatar in video game. Both countries' approaches would be beneficial for the Thai courts when considering the case involving the creation of avatar in video game by using the image of a person.

Keywords: the right to image, transformative use test, video game

1. บทนำ

ในปัจจุบัน ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง เพื่อให้ผู้เล่นได้รับประสบการณ์ที่เหมือนจริงในการเล่นเกมนำเทคโนโลยีความเป็นจริงเสมือน (Virtual Reality หรือ VR)¹ ที่ผู้เล่นเกมสามารถสวมอุปกรณ์แว่นวีอาร์ (VR) เช่น แว่น “Vision Pro” ของ Apple หรือ “Meta Quest Pro” ของ Meta² ซึ่งเมื่อสวมใส่แล้ว ผู้เล่นเสมือนเข้าไปอยู่ในโลกเสมือนที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างขึ้น หรือการนำเทคโนโลยีความเป็นจริงเสริม (Augmented Reality หรือ AR) ที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างตัวละครให้สามารถออกมาปรากฏในสถานที่ที่ผู้เล่นกำลังเล่นเกมจำลองเหตุการณ์จริงหรือโลกแฟนตาซีประกอบสถานที่จริงตามเนื้อหาของแต่ละเกม เช่น การนำตัวละครในวิดีโอเกมออกมาให้ปรากฏอยู่ในโลกจริงขณะที่ผู้เล่นกำลังเล่น และเทคโนโลยีผสม (Mixed Reality หรือ MR)³ ที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมนำเทคโนโลยี VR และ AR มาผสมกัน ซึ่งทั้งหมดจะปรากฏอยู่ในโลกเสมือน (Metaverse)⁴ ผู้เล่นสามารถซื้อวิดีโอเกมแต่ละประเภทโดยดาวน์โหลดผ่านเครือข่ายออนไลน์ได้อย่างไร้พรมแดน เช่น ผ่าน Steam, Xbox Game Pass หรือ My Nintendo Store เป็นต้น ผู้เล่นสามารถนำวิดีโอเกมที่ซื้อไปเล่นกับเครื่องเล่นผ่านแพลตฟอร์มของแต่ละอุปกรณ์การเล่น เช่น Steam Deck, ROG Ally หรือ Nintendo Switch เป็นต้น ส่งผลให้อุตสาหกรรมวิดีโอเกมมีมูลค่าและสร้างรายได้ให้แก่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมเป็นจำนวนมาก โดยในปี พ.ศ. 2566 รายได้ในตลาดวิดีโอเกมคาดว่าจะสูงถึง 384.90 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ⁵

¹Mark A. Lemley and Eugene Volokh, “Law, virtual reality, and augmented reality,” *University of Pennsylvania Law Review* 166, 5 (April 2018): 1051-1138, 1054-1055.

²Stephen Nellis, *Apple to sell Vision Pro AR headset for triple Meta’s top-line price* [Online], available URL: <https://www.reuters.com/technology/apple-expected-reveal-mixed-reality-headset-developer-conference-2023-06-05/>, 2023 (July, 17).

³Marie Hopkins, “Live Sports Virtual Reality Broadcasts: Copyright and Other Protections,” *Duke Law & Technology Review* 16 (2017-2018): 141-160, 147.

⁴Jon M. Garon, “Playing in the Virtual Arena: Avatars, Publicity, and Identity Reconceptualized through Virtual Worlds and Computer Games,” *Chapman Law Review* 11, 3 (Spring 2008): 465-520, 467. Beckett Cantley and Geoffrey Dietrich, “The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences,” *Rutgers Computer and Technology Law Journal* 49, 1 (2022): 1-25, 3-5.

⁵Statista, *Video Games – Worldwide* [Online], available URL: <https://www.statista.com/outlook/dmo/digital-media/video-games/worldwide>, 2023 (July, 17).

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลไม่มีหลักสากลกำหนดไว้โดยเฉพาะ ส่งผลให้แต่ละประเทศให้การคุ้มครองแตกต่างกันไป ในสหภาพยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี⁶ และประเทศเนเธอร์แลนด์⁷ เป็นต้น ให้การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ผ่าน “สิทธิในบุคลิกภาพ” (“Right of personality”) ซึ่งเป็นการรับรองบุคคลในฐานะสิ่งมีชีวิตทางร่างกายรวมทั้งจิตวิญญาณ อันเป็นการรับประกันว่า บุคคลนั้นจะมีความเปลี่ยวเปลี่ยวในการดำรงชีวิตอยู่⁸

สิทธิในบุคลิกภาพประกอบไปด้วยมุมมองสองฝั่ง ในฝั่งแรก เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการได้รับการคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น⁹ ซึ่งเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวมีพัฒนาการมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Dignity)¹⁰ อันเป็นสิทธิมนุษยชน ในฝั่งตรงกันข้าม เป็นสิทธิในทางปฏิเสธที่จะห้ามไม่ให้ใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์โดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งแตกต่างจากมุมมองฝั่งแรกเพราะมีประโยชน์ในทางพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องนอกเหนือไปจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในสหภาพยุโรปมีการกำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์แตกต่างกันไปตามพัฒนาการของประวัติศาสตร์ทางกฎหมายของแต่ละประเทศ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลผ่าน “สิทธิในการเผยแพร่” (“Right of publicity”) อันมีลักษณะแห่งสิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญา¹¹ เป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ แต่ไม่ได้มีการคุ้มครองทุกมลรัฐ

จากการคุ้มครองที่แตกต่างกัน ส่งผลให้เกิดปัญหาว่า การที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต ในด้านหนึ่ง เป็นการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง อันเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินของบุคคลนั้น ในอีกด้านหนึ่ง เป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกมในการสร้างสรรค์วิดีโอเกมโดยใช้

⁶Corinna Coors, “Celebrity image rights versus public interest: striking the right balance under German law,” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 9, 10 (2014): 835-840, 836.

⁷Ruud van der Velden, “Image rights in The Netherlands—injunction prohibiting use of football player’s image and name,” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 1, 11 (2006): 701-702, 701.

⁸Johann Neethling, “Personality Rights: A Comparative Overview,” *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 38, 2 (2005): 210-245, 210.

⁹Gillian Black, *Publicity Rights and Image: Exploitation and Legal Control* (Hart Publishing, 2011), 16.

¹⁰James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,” *Yale Law Journal* 113, 6 (2004): 1153-1221, 1163.

¹¹Dustin Marlan, “Unmasking the Right of Publicity,” *Hastings Law Journal* 71, 2 (February 2020): 419-474, 435.

บุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นต้นแบบในการสร้างสรรค์ตัวละคร ศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อย่างไร ทั้งนี้ ในประเทศไทยก็ยังไม่เคยมีคดีเกิดขึ้นโดยตรง บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผ่านตัวอย่างของการสร้างตัวละครโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมเพื่อพิจารณาถึงแนวทางที่ศาลใช้ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสิทธิในภาพลักษณ์และเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกม

อนึ่ง บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของดัชนีพนธ์ที่ผู้เขียนกำลังศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในวิดีโอเกม ที่ศึกษาปัญหาว่า แม้รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยจะให้การรับรองสิทธิของบุคคลในชื่อเสียงและสิทธิในความเป็นส่วนตัวก็ตาม แต่เมื่อยังไม่มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการสร้างตัวละครในวิดีโอเกม โดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล หากไม่มีการศึกษาหลักในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์จะทำให้ไม่มีแนวทางที่ศาลไทยจะใช้เป็นตัวอย่างในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์เพื่อหาการถ่วงดุลระหว่างสิทธิในภาพลักษณ์และเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกม

2. การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในสหภาพยุโรป

2.1 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

2.1.1 สิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว

ในสหภาพยุโรป อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) มาตรา 8 กำหนด การคุ้มครอง “สิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว” (“Right to respect for private and family life”) ว่า

1) บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ในเคสสถาน และการสื่อสาร

2) การแทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในสิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และการแทรกแซงดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของสังคม หรือความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม เพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือศีลธรรม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น¹²

¹²European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 8–Right to respect for private and family life

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Human Rights) จะต้องพิจารณาว่า คำร้องของผู้ที่ขอให้พิจารณานั้น เป็นการอ้างการคุ้มครองประโยชน์แห่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวหรือไม่ หากเป็นการอ้างเช่นนั้นแล้ว ศาลจะตรวจสอบว่ามีการแทรกแซงสิทธินั้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ หรือรัฐมีภาระผูกพันในการปกป้องสิทธิดังกล่าวหรือไม่ เงื่อนไขที่รัฐอาจแทรกแซงการใช้สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองนั้นเป็นไปตาม ECHR มาตรา 8 วรรคสอง ข้อจำกัดที่อาจแทรกแซงได้มีเพียงการแทรกแซงที่เป็นไปตามกฎหมายและเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยโดยจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล¹³ ขอบเขตของมาตรา 8 จะเป็นการตีความอย่างกว้าง ถึงแม้ว่าสิทธิบางประเภทไม่มีกำหนดอยู่ในมาตรา 8 โดยตรง เช่น การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวย่อมรวมถึง “สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล” (“Right to one’s own image”¹⁴) ด้วย อันเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการระบุภาพลักษณ์ของบุคคลที่ในลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้น อันเป็นภาพลักษณ์ที่ทำให้บุคคลนั้นแตกต่างจากบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือไม่ บุคคลนั้นย่อมประสงค์ที่จะคาดหวังได้ว่าความเป็นส่วนตัวของเขาจะได้รับการคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลตามมาตรา 8 ไม่ใช่สิทธิแบบเด็ดขาด กล่าวคือ สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลนั้นเป็นสิทธิที่จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์กับประโยชน์อื่น ซึ่งได้แก่การใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลด้วยเสรีภาพในการแสดงออก

2.1.2 เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of expression)

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 10 กำหนดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกว่า

1) บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิดังกล่าวรวมถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะได้รับและเผยแพร่ข้อมูลและความคิดโดยปราศจากการแทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่คำนึงถึงพรมแดน มาตรานี้ไม่ห้ามรัฐจากการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตในการจัดให้มีการกระจายเสียงแพร่ภาพ หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องกับโทรทัศน์ หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”.

¹³Council of Europe, **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights** [Online], available URL https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, 2023 (July, 17).

¹⁴Ibid, 49.

2) จากสาเหตุที่ใช้เสรีภาพดังกล่าวมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติ การใช้เสรีภาพอาจอยู่ภายใต้รูปแบบ เงื่อนไข ข้อจำกัด หรือบทกำหนดโทษ ตามที่ได้กำหนดไว้ตามกฎหมาย และตามที่มีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยในประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ ดินแดน หรือความปลอดภัยสาธารณะ การป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม การคุ้มครองสุขภาพ หรือศีลธรรม การคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียง หรือสิทธิของบุคคลอื่น การคุ้มครองการเปิดเผยซึ่งข้อมูลที่ได้รับ มาเป็นความลับ หรือการรักษาไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางของศาล¹⁵

2.1.3 ข้อความคิดเสรีภาพในการแสดงออก

ในสหภาพยุโรป เสรีภาพในการแสดงออก ตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์อันเป็นส่วนสำคัญของสังคมประชาธิปไตย ซึ่งการแสดงออกนั้นไม่จำกัดอยู่เพียงคำพูดเพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมถึง การแสดงออกทางสื่ออื่น เช่น สิ่งพิมพ์ ภาพวาด สัญลักษณ์ ภาพยนตร์ และระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (electronic information systems)¹⁶ แต่เสรีภาพในการแสดงออกนี้ “ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด” (“not an absolute right”) เพราะหลักพื้นฐานตามมาตรา 10 เป็นการให้คำจำกัดอย่างกว้างที่ครอบคลุม กิจกรรมการแสดงออกทุกรูปแบบ การแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงออกจึงขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ ที่จะให้ข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงออก เช่น หากมีประโยชน์อื่นหรือสิทธิอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่า

¹⁵European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 10 - Freedom of expression

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

¹⁶Toby Mendel, *Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights* [Online], available URL <https://rm.coe.int/16806f5bb3>, 2023 (July, 26).

เสรีภาพในการแสดงออกอัน เช่น ความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น การตีความในข้อห้ามปรามตามมาตรา 10(2) จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด (strict) โดยศาลเท่านั้น ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป อาจต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น วัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ และระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ¹⁷

ในประเทศเนเธอร์แลนด์ เมื่อมีการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในสื่อต่าง ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลก็จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ระหว่างสิทธิในภาพ (Portrait right) กับ ประโยชน์อื่นรวมถึงเสรีภาพในการรับข้อมูล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการแสดงออก ด้วยเช่นกัน¹⁸ โดยประโยชน์ที่บุคคลที่ “มีความนิยมที่หาประโยชน์ได้” (“people with exploitable popularity”) มีคือประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (commercial interest)¹⁹ ในภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เสรีภาพในการแสดงออกได้รับการคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญภายใต้หลัก First Amendment ซึ่งข้อความคิดของเสรีภาพในการแสดงออกของสหรัฐอเมริกา อยู่ภายใต้ “การค้นหาความจริง วาทกรรมทางประชาธิปไตย และการกำหนดตัวตนของบุคคล” (“the search for truth, democratic discourse, and personal autonomy”²⁰) เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับวิดีโอเกมแล้ว Eli Pales พบว่า วิดีโอเกมเป็นสื่ออย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองด้วยเสรีภาพในการแสดงออก เพราะวิดีโอเกมเป็นสื่อที่จะให้ทางเลือกแก่ผู้เล่นสามารถโต้ตอบ (interactivity) กับ เนื้อเรื่องภายในเกมได้ เช่น เกม “Until Dawn” เป็นเกมแนวสยองขวัญ (horror) ประกอบไปด้วย 8 ตัวละคร แต่ละตัวละครอาจจะมีชีวิตรอดในเกมได้หากตัดสินใจเลือกคำตอบในการเล่นไปในทางใด ระหว่างเล่น ซึ่งแตกต่างจากหนังสือหรือภาพยนตร์ที่ไม่มีตัวเลือกให้ผู้อ่านหรือผู้ชมได้เลือกตอนจบได้²¹ วิดีโอเกมจึงเป็นตัวอย่างของสื่ออย่างหนึ่งที่อยู่ในสังคมประชาธิปไตย ส่วนการค้นหาความจริง (“truth seeking”) นั้น เป็นเรื่องของตลาดทางความคิด (marketplace of ideas) วิดีโอเกมก็เปิดโอกาสให้ ผู้เล่นได้แสวงหาความจริงในสิ่งที่ชีวิตจริงไม่อาจทำได้ เช่น การที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างเกมเบสบอล ให้ผู้เล่นได้ทดสอบความสามารถในการตีลูกเบสบอลหรือความเร็วในการรับลูกเบสบอล เป็นต้น²² ซึ่งก็จะนำไปสู่ข้อถกเถียงถึงความสามารถในการเล่นเบสบอลต่อไป และในข้อสุดท้าย เสรีภาพในการแสดงออกเป็นการคุ้มครองความเป็นตัวตนของบุคคลและการแสดงออกในตัวบุคคลนั้น (self-expression)

¹⁷Ibid, 3.

¹⁸Steffen Hagen, “Sports Image Rights in the Netherlands,” *The International Sports Law Journal* 3, 4 (2011): 115-127, 118.

¹⁹Ibid, 119.

²⁰Eli Pales, “Video Games and the First Amendment,” *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 20, 3 (2023): 393-432, 419.

²¹Ibid, 422.

²²Ibid, 424-425.

Eli Pales ยกตัวอย่างที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสามารถสร้างวิดีโอเกมที่มาจากความคิดหรือจินตนาการของผู้พัฒนาวิดีโอเกมนั้น ไม่ต่างจากที่ศิลปินวาดภาพลงบนผ้าใบ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็เขียนโค้ด ใช้ซอฟต์แวร์ และการออกแบบองค์ประกอบภายในวิดีโอเกมแต่ละประเภท เป็นต้น²³

2.1.4 คดี Edgar Davids v. Riot Games

ในคดี Edgar Davids v. Riot Games²⁴ มีข้อเท็จจริงคือ โจทก์เป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงทีมชาติเนเธอร์แลนด์ชื่อ Edgar Davids ในอดีตเคยเล่นฟุตบอลให้กับหลายสโมสรฟุตบอล เช่น สโมสร Ajax ในประเทศเนเธอร์แลนด์, สโมสร Juventus ในประเทศอิตาลี และสโมสร FC Barcelona ในประเทศสเปน โดยภาพลักษณ์ของโจทก์เป็นที่รู้จักของแฟนฟุตบอลจำนวนมากเนื่องจากโจทก์มีภาพลักษณ์ที่โดดเด่นจากการสวมแว่นตารอบสีดำเพื่อป้องกันดวงตาในระหว่างแข่งขันฟุตบอล และไว้ทรงผมยาวแบบเดรดล็อก ส่วนในอาชีพการค้าแข้งของโจทก์ ขณะลงแข่งฟุตบอล โจทก์มีสไตล์การเล่นฟุตบอลที่ดุเดือด จนมีแฟนบอลเรียกโจทก์ว่า “The Pitbull”²⁵

จำเลยคือ Riot Games เป็นผู้พัฒนาวิดีโอเกม “League of Legends หรือ LoL” ในระหว่างการเล่นเกมผู้เล่นเกม LoL สามารถเลือกเล่นเป็น “ตัวละครเสมือนจริง” (“virtual character”) หรือในเกมเรียกว่า “Champion” ตามกฎและกติกาในการเล่นเกม LoL ผู้เล่นจะต้องใช้ตัวละคร “Champion” ที่เลือกไปยึดฐานที่มั่นของผู้เล่นคนอื่นให้ได้จึงจะชนะ ในขณะเล่นเกม ผู้เล่นจะได้เล่น “Champion” ที่มีมาให้กับเกม LoL โดยไม่ต้องชำระค่าใช้จ่าย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ได้สร้างตัวละคร “Champion” ออกมาเรื่อย ๆ ให้ผู้เล่นซื้อตามระดับความสามารถและความใหม่ล่าสุดของตัวละคร นอกจากนี้ เพื่อความสนุกและในการเอาชนะผู้เล่นตรงข้าม ผู้พัฒนาวิดีโอเกมยังสร้าง “Skin” ไว้สำหรับการเพิ่มความสามารถให้กับตัวละคร “Champion” โดยการจำหน่ายออนไลน์ เมื่อผู้เล่นซื้อ “Skin” มาแล้ว ผู้เล่นสามารถนำ “Skin” ที่ซื้อไปสวมใส่ให้กับตัวละคร “Champion” ของตน ตัวละครก็จะกลายเป็นลักษณะและมีความสามารถตาม “Skin” แต่ละประเภท ตัวละคร “Champion” ตัวหนึ่งในเกม LoL มีชื่อว่า “Lucian” (“ผู้ชำระล้างความมืด”)²⁶ เป็นตัวละครผู้ชายผิวสี และใช้ สกิลที่เกี่ยวข้องกับอาวุธปืนคู่

²³Ibid, 427.

²⁴Edgar Davids v. Riot Games, District Court Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:5415 (9 August 2017). [Online], available URL <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2017:5415>, 2023 (July, 17).

²⁵Kian Hsia and Thijs v. Heuvel, “Levelling the playing field in eSports – Dutch portrait rights in games,” *Interactive Entertainment Law Review* 1, 1 (2018): 67-70, 67.

²⁶League of legends, *Lucian* [Online], available URL <https://www.leagueoflegends.com/th-th/champions/lucian/>, 2023 (July, 17).



ภาพที่ 1 ตัวละคร “Striker Lucian” ในเกม League of Legends²⁷

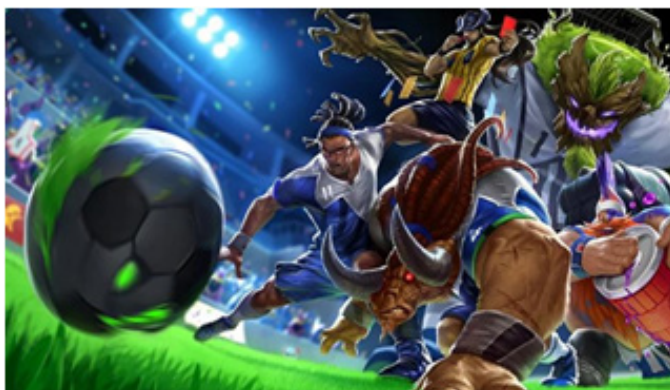


ภาพที่ 2 ภาพที่ Riot Game Group โฆษณาในเกม League of Legends²⁸

ในระหว่างการแข่งขันฟุตบอลโลกเมื่อปี ค.ศ. 2014 จำเลยสร้าง “Skin” ที่เกี่ยวกับฟุตบอล 4 รูปแบบ ด้วยกัน หนึ่งใน “Skin” ชื่อว่า “Striker” เป็น “Skin” สำหรับตัวละคร “Lucian” (ซึ่งคำว่า “Striker” หมายถึง ผู้เล่นฟุตบอลในตำแหน่งกองหน้าที่จะยิงประตู) เมื่อผู้เล่นซื้อ “Striker” มาสวมใส่แล้วก็จะกลายเป็น “Striker Lucian” ตามภาพที่ 1 จำเลยโฆษณาตัวละคร “Skin” กับ “Striker Lucian” จนเป็นที่แพร่หลายตามสื่อต่าง ๆ ตามภาพที่ 2 และ 3

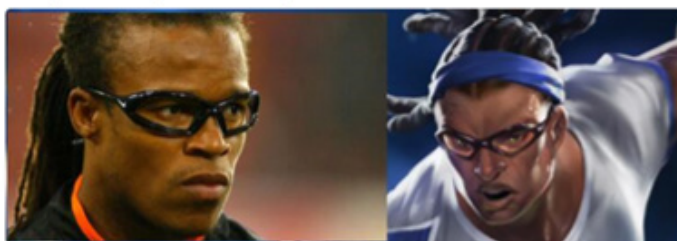
²⁷Edgar Davids v. Riot Games, supra note 24, para 2.5.

²⁸Ibid, para 2.6.



ภาพที่ 3 ภาพโฆษณาเกม League of Legends²⁹

For all you wondering, Striker Lucian was
inspired by soccer pro [eiser] ~



18:18 - 4 jun. 2014

ภาพที่ 4 ภาพที่ปรากฏในบัญชีผู้ใช้งาน twitter ชื่อ “@RiotBaconhawk”³⁰

หลังจากโฆษณาแล้ว มีผู้เล่นเกมแสดงความคิดเห็นว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีลักษณะคล้ายกับโจทก์ หลังจากนั้นจำเลยโดยผู้ใช้บัญชีทวิตเตอร์ชื่อ “@RiotBaconhawk” ได้แสดงข้อความว่า “สำหรับคนที่มีความสงสัย ตัวละคร Striker Lucian ได้รับแรงบันดาลใจจากนักฟุตบอลอาชีพ” (“For all you wondering, Striker Lucian was inspired by soccer pro”) และยังสามารถแสดงภาพเปรียบเทียบระหว่างภาพของโจทก์กับภาพของตัวละคร “Striker Lucian” ตามภาพที่ 4

²⁹Wesley Yin-Poole, *Edgar Davids wins lawsuit over League of Legends Lucian skin* [Online], available URL <https://www.eurogamer.net/articles/2017-08-14-ex-footballer-edgar-davids-wins-lawsuit-against-league-of-legends-dev-riot-over-lucian-skin>, 2023 (July, 17).

³⁰Edgar Davids v. Riot Games, *supra* note 24, para 2.7.

ต่อมาเมื่อโจทก์ทราบเรื่องจึงมีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยหยุดใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์กับตัวละคร “Striker Lucian” แต่อย่างไรก็ตาม จำเลยยังคงใช้ “Skin” “Striker” กับตัวละคร “Lucian” ส่งผลให้โจทก์ฟ้องจำเลยว่า จำเลยละเมิดสิทธิในภาพ (“Portrait’s right”) ของโจทก์ ต่อศาล District Court Amsterdam (Rechtbank Amsterdam) แห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ จากการที่จำเลยใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกม LoL โดยไม่ได้รับอนุญาต ขอให้จำเลยหยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ภายใน 3 วัน นับแต่ศาลพิพากษา ให้จำเลยแสดงกำไรที่ได้รับของวิดีโอเกม LoL หลังจากที่มีการจำหน่าย “Skin” “Striker” กับตัวละคร “Lucian” ให้จำเลยจ่ายค่าปรับ (penalty fee) และค่าเสียหายจากการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์³¹ จำเลยให้การปฏิเสธสรุปได้ว่า ตัวละคร “Striker Lucian” ไม่ใช่ภาพของโจทก์ จำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ ขอให้ยกฟ้อง

คดีมีประเด็นให้วินิจฉัยประการแรกว่าตัวละคร “Striker Lucian” เป็น “ภาพ” (“Portrait”) ของโจทก์ หรือไม่ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ (Auteurswet หรือ Dutch Copyright Act) มาตรา 21 กำหนดว่า “หากมีการสร้างสรรค์ภาพเหมือนโดยที่ผู้สร้างสรรค์ไม่ได้รับมอบหมายจากหรือในนามของบุคคลที่แสดงในภาพหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่แสดงในภาพ บุคคลที่แสดงในภาพหรือกรณีที่บุคคลที่แสดงในภาพจะเสียชีวิตแล้วก็ตาม ทายาทของบุคคลที่แสดงในภาพ หากมีผลประโยชน์ที่มีเหตุผลต่อการเผยแพร่ในส่วนบุคคลที่แสดงในภาพอาจมีสิทธิที่จะได้แจ้งการเปิดเผยซึ่งภาพเหมือนนั้น”³² ตามมาตรา 21 เป็นสิทธิในภาพ (Portrait’s right) ปรับใช้กับภาพเหมือน (Portrait) ไม่ว่าจะเป็นรูปภาพ ภาพวาด ภาพที่แสดงออกทางดิจิทัล เช่น ตัวละครเสมือนในวิดีโอเกม ถือเป็นภาพเหมือนทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นใช้เทคโนโลยีใดก็ตาม³³ และคำว่า “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ในมาตรา 21 คือ ประโยชน์ในความเป็นส่วนตัวและผลประโยชน์ในทางพาณิชย์กับการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล³⁴ โดยสิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่จำกัดที่ความมีชื่อเสียงของบุคคล ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ไม่มีชื่อเสียงหรือบุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับบุคคลสาธารณะ

³¹Ibid, para 3.1.

³²Dutch Copyright Act, Article 21 “If a portrait is made without the maker having been commissioned by or on behalf of the persons portrayed, or having been commissioned for their benefit, the copyright owner is not permitted to make the portrait public if there is a reasonable interest against publication on the part of the person portrayed or, after his death, of one of his relatives”. Eechoud, M. V., “Copyright Act – Auteurswet Unofficial translation”. [Online], available URL <https://www.ivir.nl/syscontent/pdfs/119.pdf>, 2023 (July, 17).

³³Edgar Davids v. Riot Games, *supra* note 24, para 4.7.

³⁴Kian Hsia and Thijs v. Heuvel, *op. cit.*, 69-70.

สิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจจะมีน้ำหนักน้อยกว่าเสรีภาพของสื่อต่าง ๆ จึงทำให้ต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ของการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่สามารถแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ได้กับเสรีภาพของสื่อ³⁵

ในการพิจารณาว่าตัวละคร “Striker Lucian” มีคุณสมบัติที่จะเป็นภาพเหมือน (Portrait) ได้หรือไม่ ศาลต้องพิจารณาในข้อแรกว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีการแสดงออกอย่างไร ในเกม LoL และศาลต้องพิจารณาในข้อสองว่า จำเลยโฆษณาตัวละคร “Striker Lucian” อย่างไร

ปัญหาว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีการแสดงออกอย่างไร ในเกม LoL เห็นว่า การที่จำเลยใช้ตัวละคร “Striker Lucian” แสดงออกตามสื่อโซเชียลมีเดียตามภาพที่ 2 และ 3 หรือการแสดงภาพของโจทก์เปรียบเทียบกับตัวละครตามภาพที่ 4 ล้วนเป็นรายละเอียดที่อาจจะมองเห็นไม่ชัดขณะเล่นเกมตามภาพที่ 1 เพราะในขณะเล่นเกม มีความเร็วของเกม หรือความละเอียดของภาพในเกมที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว เมื่อเปรียบเทียบแล้วศาลเห็นว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีลักษณะเหมือนกับโจทก์ มีผิวสี มีท่าทางของนักกีฬา มีท่าทางการเล่นที่ดุดัน ไว้ทรงผมเดรดล๊อคสีดำ และสวมแว่นตา เมื่อดูโดยรวมแล้วอยู่ด้วยกันภายใต้ชุดฟุตบอล เมื่อสาธารณชนเห็นตัวละคร “Striker Lucian” ย่อมนึกถึงโจทก์ อีกทั้งการที่โจทก์มีข้อความตามที่ปรากฏในบัญชีผู้ใช้ทวิตเตอร์เป็นหลักฐานตามภาพที่ 4 ที่จำเลยอ้างว่า ตัวละคร “Striker Lucian” นั้น เป็นการสร้างตัวละครโดยได้รับแรงบันดาลใจมาจากนักฟุตบอลอาชีพ อีกทั้งจำเลยสร้าง “Skin” “Striker” แล้วจำหน่ายให้แก่ผู้เล่นในระหว่างการแข่งขันฟุตบอลโลก นอกจากนี้ ตามนิยามของภาพเหมือนแล้วไม่จำเป็นต้องเหมือนกับบุคคลที่ถูกแสดงในภาพ เนื่องจากภาพเหมือนไม่ใช่ตัวบุคคล สิ่งที่เป็นประเด็นเกี่ยวข้องคือ บุคคลที่แสดงในภาพนั้นสามารถเป็นที่จดจำจากสาธารณชนได้หรือไม่ เจตนาของการใช้กับบริบทที่ถูกนำไปใช้คือสิ่งสำคัญที่ต้องนำมาวินิจฉัย เมื่อพิจารณาเช่นนี้แล้ว ศาลเห็นว่า ตัวละคร “Striker Lucian” จึงเป็นภาพเหมือนของโจทก์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 21³⁶

คดีมีประเด็นให้วินิจฉัยประการที่สองว่าการใช้ตัวละคร “Striker Lucian” เป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์หรือไม่ ในข้อนี้เป็นประเด็นของ “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” (“Reasonable interest”) อื่น ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 21 ที่ศาลต้องพิจารณาก่อนว่า โจทก์มี “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ในการโต้แย้งการเผยแพร่ตัวละคร “Striker Lucian” ของจำเลยหรือไม่ เห็นว่า การได้คำตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในภาพเหมือนนั้นเป็น “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ตามมาตรา 21 เมื่อโจทก์เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงและเป็นบุคคลที่ได้รับความนิยมจากผู้ชื่นชอบฟุตบอลจากการที่โจทก์เป็นนักฟุตบอลอาชีพ โจทก์ย่อมมี “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ในการโต้แย้งการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในภาพเหมือนโดยปราศจากคำตอบแทน การที่จำเลยจำหน่าย

³⁵Steffen Hagen, op. cit., 118-119.

³⁶Edgar Davids v. Riot Games, supra note 24, para 4.11.

“Skin” “Striker” แล้วนำไปใช้กับตัวละคร “Lucian” ให้ผู้เล่นชื่อ “Skin” ดังกล่าว ย่อมทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากไม่ได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์

นอกจากนี้ การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม LoL ไม่ได้เป็นการให้ข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับตัวโจทก์ หรือเป็นการให้ประโยชน์อื่นใดแก่สาธารณะอันจะเป็นช้อยกเว้นของ “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ตามที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกม LoL สร้างขึ้น เป็นเพียงตัวเลือกหนึ่งในเกม LoL ซึ่งผู้เล่นสามารถซื้อมาใช้กับตัวละคร “Lucian” ดังนั้น จำเลยจึงมีเพียงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ (commercial interest) เท่านั้น

เมื่อศาลชั้นนำหน้าระหว่างผลประโยชน์ของโจทก์ในการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเชิงพาณิชย์โดยปราศจากค่าตอบแทนด้านหนึ่ง กับผลประโยชน์ของจำเลยในการสร้าง “Skin” ที่เรียกว่า “Striker” และใช้กับตัวละคร “Striker Lucian” อีกด้านหนึ่งแล้ว “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ของโจทก์ย่อมมีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ของจำเลย³⁷ การใช้ตัวละคร “Striker Lucian” จึงเป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ และการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม LoL ผู้เล่นเกมสามารถเล่นได้ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลจึงมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ และให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์จากการละเมิด โดยจำนวนค่าเสียหายนั้นต้องสอดคล้องกับรายได้และกำไรของจำเลยในประเทศเนเธอร์แลนด์ในช่วงระหว่างที่มีการจำหน่ายตัวละคร “Striker Lucian”³⁸

3. บทวิเคราะห์

3.1 การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์

จากคดี Edgar Davids v. Riot Games แสดงให้เห็นว่า สิทธิในภาพลักษณ์ไม่จำกัดถึงประเภทของสื่อที่ภาพลักษณ์ของบุคคลถูกนำไปใช้ วิดีโอเกมเป็นสื่อประเภทหนึ่งที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสามารถนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ได้ด้วยเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ตัวละครเหมือนกับบุคคลที่มีชื่อเสียง ผู้เล่นย่อมได้รับประสบการณ์จากการเล่นเป็นตัวละครและภาพลักษณ์ของบุคคลที่ตนชื่นชอบ ศาล District Court Amsterdam ได้เปรียบเทียบตัวละคร “Striker Lucian” กับโจทก์ว่า มีการแสดงออกอย่างไรในเกม LoL แล้วชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม โดยพิจารณาในด้านหนึ่งเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ว่า แม้โจทก์จะเป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงและเป็นบุคคลร่วมสมัยของสังคมในขณะแข่งขันฟุตบอลโลก แต่โจทก์ก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับความยินยอม และพิจารณาในอีกด้านหนึ่งว่า แม้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมจะมีเสรีภาพในการแสดงออกตาม ECHR มาตรา 10 โดยการสร้าง

³⁷Ibid, para 4.15.

³⁸Ibid, para 5.1.

“Skin” “Striker” ที่นำออกมาจำหน่ายในช่วงฟุตบอลโลกกับตัวละคร “Striker Lucian” ก็ตาม แต่เมื่อคำนึงถึงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับกับเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกมแล้ว การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ตามที่ถูกพัฒนาวิดีโอเกม LoL สร้างขึ้น เป็นเพียงตัวเลือกหนึ่งในเกม LoL ซึ่งผู้เล่นสามารถซื้อมาใช้กับตัวละคร “Lucian” ดังนั้น จำเลยจึงมีเพียงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ (commercial interest) เท่านั้น โดยที่ตัวละคร “Striker Lucian” ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์สาธารณะว่าสังคมจะได้รับประโยชน์ใดจากการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์นอกไปเสียจากการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงโดยไม่ได้รับความยินยอมและไม่ให้ค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์

3.2 ผลกระทบของคดี Edgar Davids v. Riot Games

จากคดี Edgar Davids v. Riot Games ศาล District Court Amsterdam พิจารณาว่าประโยชน์ของจำเลยเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในทางพาณิชย์เท่านั้น และยังพิจารณาปัจจัยแวดล้อมอื่นว่า การที่โจทก์มีข้อความตามที่ปรากฏในบัญชีผู้ใช้วีดิเตอร์เป็นหลักฐานตามภาพที่ 4 ที่จำเลยอ้างว่า ตัวละคร “Striker Lucian” นั้นเป็นการสร้างตัวละครโดยได้รับแรงบันดาลใจมาจากนักฟุตบอลอาชีพนั้นเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ และเนื่องจากโจทก์เป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงได้รับความนิยมนอกจากสาธารณชนที่ชื่นชอบในกีฬาฟุตบอล และเป็นช่วงการแข่งขันฟุตบอลโลก โจทก์ย่อมมีประโยชน์ทางพาณิชย์ในการได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกม จำเลย ทั้งการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกมไม่ได้ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่เป็นการใช้เพื่อทางการค้าของจำเลยจากการจำหน่าย “Skin” ประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์จึงได้รับผลกระทบ

ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า ภาพลักษณ์ของโจทก์เป็นเพียงแรงบันดาลใจให้จำเลยสร้างตัวละคร “Striker Lucian” เท่านั้น เพราะตามภาพที่ 4 แสดงให้เห็นถึงข้อความในการสร้างตัวละครแล้วว่า จำเลยได้รับแรงบันดาลใจจากนักฟุตบอลอาชีพและมีภาพของโจทก์เปรียบเทียบกับตัวละคร “Striker Lucian” และเมื่อพิจารณาตัวละคร “Striker Lucian” แล้ว ในขณะที่ผู้เล่นเล่นเกม LoL ก็ต้องใช้สกิลที่เกี่ยวข้องกับอาวุธปืนคู่ การปรากฏของตัวละคร “Striker Lucian” ในเกม LoL ไม่ได้เป็นการใช้ตัวละครดังกล่าวกับเกมฟุตบอลอันเป็นกิจกรรมที่โจทก์มีส่วนร่วม แต่เกม LoL เป็นเกมประเภท Multiplayer Online Battle Arena หรือ MOBA ที่ผู้เล่นจะต้องเล่นในการต่อสู้เพื่อชิงฐานของผู้เล่นฝั่งตรงข้าม การที่ศาลพิจารณาว่าตัวละครนั้นเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์แล้วมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ ให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์จากการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ย่อมส่งผลให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมเกิดความกลัว (chilling effect) ที่จะสร้างตัวละครจากการใช้บุคคลที่มีชื่อเสียงเป็นต้นแบบ ทั้ง ๆ ที่ตัวละคร “Lucian” เป็นเพียงตัวละครผู้ชาย ผิวสี มีกล้ามเนื้อ และทรงผมคล้ายกับบุคคลอื่นที่คล้ายโจทก์อีกหลายคน และเมื่อสวมใส่ “Skin” อื่น ก็อาจจะถูกพิจารณา

ได้ว่าเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ เพราะตัวละคร “Lucian” มีรูปร่างและลักษณะคล้ายโจทก์ การที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมเกิดความกลัวว่าจะถูกดำเนินคดีและต้องชดใช้ค่าเสียหายนี้ ย่อมส่งผลให้ไม่มีการพัฒนางานหรือการสร้างสรรค์งานอื่นให้แก่สังคม ซึ่งท้ายที่สุดแล้ว ผลกระทบก็จะตกแก่สาธารณะที่ไม่ได้รับประโยชน์จากการสร้างตัวละครโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

3.3 หลักอื่นในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์

นอกจากการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ตาม ECHR มาตรา 8 และ 10 ดังจะเห็นได้จาก คดี Edgar Davids v. Riot Games แล้ว การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมจากภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง มีคดีที่คล้ายกันในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ “หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ” (“Transformative Use Test”) ในคดี Pellegrino v. Epic Games, Inc.³⁹

คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ โจทก์คือ Leo Pellegrino เป็นนักแซกโซโฟน มีท่าทางการแสดงขณะเป่าแซกโซโฟนโดยใช้เท้าในการเต้นเป็น “ท่าเฉพาะ” (“Signature Move”) ในทุกการแสดงต่อหน้าผู้ชมหลายพันคนและผ่านทางออนไลน์ ท่าเต้นของโจทก์ได้รับความนิยมจากผู้ชม จำเลยคือ Epic Games เป็นผู้พัฒนาวิดีโอเกมชื่อ “Fortnite Battle Royale” หรือ “Fortnite” เปิดให้เล่นเมื่อปี ค.ศ. 2017 และเป็นวิดีโอเกมที่ได้รับความนิยมทั้งสร้างรายได้ให้จำเลยเป็นจำนวนมาก จากมูลค่าของจำเลยเดิมมีเพียง 825 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพิ่มขึ้น 15 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ด้วยความสำเร็จของเกม Fortnite ซึ่งเป็นเกมต่อสู้แบบ “battle royale”⁴⁰

เกม Fortnite เป็นส่วนผสมขององค์ประกอบเกมเอาชีวิตรอด สำรวจ และวิ่งไล่ผู้เล่นอื่น และผู้เล่นที่อยู่ได้เป็นคนสุดท้ายก็จะเป็นผู้ชนะ ด้วยรูปแบบการเล่นดังกล่าว ผู้เล่นในการเล่นคราวหนึ่งมีได้ถึง 100 คน จะเล่นเดี่ยว หรือเล่นเป็นกลุ่ม เล่นไปจนเหลือคนเดียวหรือกลุ่มสุดท้าย โดยใช้อาวุธหรือความรุนแรงภายในเกมในการกำจัดผู้เล่นคนอื่น ในการเล่นเกมนั้น จำเลยไม่ได้คิดค่าใช้จ่ายในการเล่นหรือดาวน์โหลดเกม ผู้เล่นสามารถดาวน์โหลด ลงทะเบียน และเข้าเล่นได้โดยไม่เสียเงิน รายได้ของจำเลยมาจากร้านจำหน่ายของภายในเกมอันเป็นสถานที่ในการจำหน่ายเนื้อหาอื่นภายในเกม (virtual content) รวมถึงการปรับแต่งตัวละครดิจิทัล (digital avatars) โดยใช้เนื้อหา “การแสดงอารมณ์” (“emotes”) ที่จะทำให้ตัวละครแสดงการเต้นหรือท่าเคลื่อนไหวตามแต่ละ “emotes” จำเลยสร้าง “emotes” โดยคัดลอกท่าเต้นและท่าเคลื่อนไหวของบุคคลจากวิดีโอที่ได้รับความนิยม ภาพยนตร์และรายการโทรทัศน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ถูกคัดลอกซึ่ง “emotes” ได้รับความนิยมจากผู้เล่นเกมเพราะเป็นการทำให้ผู้เล่นมีความสุขไปกับท่าเต้นหรือท่าเคลื่อนไหวนั้น ระหว่างเล่นเกม ถึงขนาดที่ว่าท่าเต้นในเกมถูกนักเต้นอาชีพนำออกไปเต้นในชีวิตจริงแล้วนำไปโพสต์ลงในสื่อสังคมอื่น

³⁹Pellegrino v. Epic Games, Inc. 451 F. Supp. 3d 373 (E.D. Pa. 2020).

⁴⁰Ibid, para. 378.



ภาพที่ 5 ภาพ “emotes” “Phone It In”⁴¹

ใน “emotes” หนึ่งในที่มีชื่อว่า “Phone It In” คล้ายกับท่าเต้น “Signature Move” ของ โจทก์ คำว่า “Phone It In” เป็นการอ้างถึงภาพลักษณ์ของโจทก์ในโฆษณาโทรศัพท์ Google Pixel 2 ในปี ค.ศ. 2017 โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ จำเลยจำหน่าย “emotes” “Phone It In” ในราคา 800 V-Bucks ซึ่งเป็นเงินดิจิทัลในเกม คำนวณเป็นเงินได้ประมาณ 8 ดอลลาร์สหรัฐ⁴² เมื่อผู้เล่นซื้อ “emotes” “Phone It In” แล้ว สามารถนำไปสวมใส่ให้กับตัวละครที่ผู้เล่นใช้เล่นเกม ตัวละครก็จะสามารถเต้นท่าเต้นของโจทก์ได้ในระหว่างเล่นเกม ส่งผลให้มีผู้เล่นหลายคนเข้าใจว่าโจทก์ให้การสนับสนุนเกม Fortnite ในขณะที่ผู้เล่นอีกหลายคนก็เข้าใจว่า “emotes” “Phone It In” สร้างโดยจำเลยเนื่องจากจำเลยไม่ได้อ้างอิงว่าเป็นท่าเต้นของโจทก์⁴³

โจทก์ฟ้องจำเลยหลายข้อหาด้วยกัน หนึ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้คือ โจทก์อ้างว่า จำเลยใช้ชื่อหรือภาพลักษณ์ (name or likeness) อันเป็นสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ และเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ด้วย⁴⁴ จำเลยให้การในประเด็นดังกล่าวว่า จำเลยมีเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ First Amendment ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ศาล United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania วินิจฉัยว่า วิดีโอเกม Fortnite เป็นงานแสดงออกอย่างหนึ่ง (an expressive work) (ถือเป็น speech ในรูปแบบหนึ่ง) ที่ได้รับการ

⁴¹Eric Goldman, *Videogame Can Replicate Musician’s “Signature Move” (Unless It’s a False Endorsement, Which It Isn’t)*–Pellegrino v. Epic Games [Online], available URL <https://blog.ericgoldman.org/archives/2020/04/videogame-can-replicate-musicians-signature-move-unless-its-a-false-endorsement-which-it-isnt-pellegrino-v-epic-games.htm>, 2023 (July, 17).

⁴²Pellegrino v. Epic Games, Inc., *supra* note 39, para. 378.

⁴³*Ibid*, para. 379.

⁴⁴*Ibid*.

คุ้มครองภายใต้ First Amendment ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ว่า เสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยในการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์มีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการเผยแพร่และสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์หรือไม่ หลักที่ศาลนำมาพิจารณาในคดีนี้คือ หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ โดยพิจารณาว่า เสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยจะมีน้ำหนักแห่งประโยชน์มากกว่าสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ได้นั้นต้องพิจารณาว่า “สินค้าที่มีการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลได้เปลี่ยนรูปไปเป็นการแสดงออกของจำเลยมากยิ่งขึ้นไปว่าเป็นเพียงภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น” (“the product containing [the] celebrity’s likeness is so transformed that it has become primarily the defendant’s own expression rather than the celebrity’s likeness.”)⁴⁵ ศาลพิจารณาคำฟ้องของโจทก์แล้วเห็นว่า ในคำฟ้องไม่ได้อ้างว่าตัวละครในเกม Fortnite เมื่อสวม “Phone It In” “emote” แล้ว เป็นการใชภาพลักษณ์หรือข้อมูลทางกายภาพ (appearance or biographical information) ของโจทก์ แต่ตัว Avatar ที่สวม “Phone It In” “emote” ไม่ได้มีส่วนที่คล้ายกับโจทก์อย่างมาก ทั้งผู้เล่นเกม Fortnite ยังสามารถปรับแต่งตัวละครที่เล่นด้วย “คาแรคเตอร์ใหม่” (“new characters”) และ “emotes” อื่นที่คล้ายกับบุคคลที่มีชื่อเสียงคนอื่นนอกจากโจทก์ ทั้งเกม Fortnite ก็เป็นเกมต่อสู้แบบ “battle royale” และสามารถใช้ “emotes” ต่าง ๆ เช่น “Phone It In” ในระหว่างที่เล่นเกมใน “จักรวาล Fortnite” (“Fortnite Universe”) นอกจากนี้ ยังมีการใช้อาวุธและความรุนแรงในการกำจัดผู้เล่นคนอื่นเพื่อชนะการเล่นในแต่ละครั้ง แตกต่างจากกิจกรรมของโจทก์ซึ่งเป็นนักดนตรีใช้ท่าเต้น “Signature Move” ในการแสดงดนตรี เมื่อตัวละคร Avatar ในเกม Fortnite ไม่ได้ใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์หรือทำในสิ่งที่โจทก์มีตัวตนในชีวิตจริง (“These allegations establish that the avatars in Fortnite do not share Pellegrino’s identity nor do what Pellegrino does in real life.”)⁴⁶ ศาลจึงเห็นว่า ข้ออ้างของจำเลยที่อ้างว่า การที่จำเลยใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม Fortnite ได้เปลี่ยนรูปใหม่จนความคล้ายของตัวละครนั้นกลายมาเป็นการแสดงออกของจำเลยเองมากยิ่งขึ้นไปว่าเป็นเพียงภาพลักษณ์ของโจทก์ ตามหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ภายใต้ First Amendment มีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการเผยแพร่และสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ ข้ออ้างของโจทก์ในประเด็นนี้จึงตกไป⁴⁷

⁴⁵Ibid, para. 380.

⁴⁶Ibid, para. 381.

⁴⁷Ibid, paras. 381-382.

4. บทสรุป

สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์และควบคุมการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล ซึ่งจะต้องมีการหาดุลยภาพแห่งสิทธิกับเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกมในการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล ในสหภาพยุโรปจะต้องพิจารณาหลักเสรีภาพในการแสดงออกตาม ECHR มาตรา 10 ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการพิจารณาตามหลัก First Amendment

จากคดี *Pellegrino v. Epic Games, Inc.* จะเห็นได้ว่า สิทธิในการเผยแพร่เป็นสิทธิที่ให้คุณบุคคลสามารถควบคุมการใช้ภาพลักษณ์และแสวงหากำไรจากการใช้ภาพลักษณ์⁴⁸ ศาล United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania ปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบกับตัวละครในเกม Fortnite ที่ใช้ “emotes” “Phone It In” ตามภาพที่ 5 ซึ่งผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้าง “emote” ขึ้นมาจากท่าเต้น “Phone It In” ของโจทก์ จะเห็นได้ว่า แม้เป็นการสร้างขึ้นมาโดยได้รับตัวอย่างจากท่าเต้นโจทก์ก็ตาม แต่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ได้ใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม Fortnite โดยเปลี่ยนรูปแบบจนความคล้ายของตัวละครนั้นกลายมาเป็นการแสดงออกของจำเลยเองมากยิ่งขึ้นไปกว่าเดิมเป็นเพียงภาพลักษณ์ของโจทก์ อีกทั้งศาลยังพิจารณาว่าตัวละคร และ “emotes” “Phone It In” ไม่ได้ใช้ข้อมูลทางกายภาพของโจทก์ และเมื่อดูตัวละครเปรียบเทียบกันแล้วก็ได้มีความคล้ายกันกับภาพลักษณ์ของโจทก์แต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงการเล่นเกม Fortnite ซึ่งเป็นเกมต่อสู้โดยใช้อาวุธและความรุนแรง จะเล่นคนเดียวหรือเล่นเป็นทีม เพื่อให้ผู้เล่นคนนั้นหรือทีมผู้นั้นอยู่เป็นคนสุดท้ายหรือทีมสุดท้ายจึงจะชนะ เกม Fortnite ไม่ได้เป็นเกมดนตรี หรือมีการเป่าแซกโซโฟนเหมือนกับที่โจทก์แสดงในชีวิตจริง การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในคดีนี้จึงเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบและไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์

ในมุมมองของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว เมื่อเปรียบเทียบการนำงานต้นฉบับมาดัดแปลง “งานดัดแปลง” (Derivative work) จะยังไม่ถือเป็นข้อยกเว้นของงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะเป็นเพียงการทำซ้ำงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์โดยเปลี่ยนรูปแบบเท่านั้น แต่จากคดี *Pellegrino v. Epic Games, Inc.* จะเห็นได้ว่า การที่จำเลยนำท่าเต้น “Phone It In” ที่โจทก์คิดขึ้นและเป็นท่าเต้นประจำ มาเป็นท่าเต้นของตัวละคร Avatar ในเกม Fortnite แม้จะได้รับแรงบันดาลใจมาจากท่าเต้นของโจทก์ แต่การที่โจทก์เป็นนักแซกโซโฟนไม่ได้มีกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเกมต่อสู้อันเป็นกิจกรรมของจำเลย วัตถุประสงค์เดิมของท่าเต้นโจทก์

⁴⁸Nam Le, “Trademark Law - Looking out for the Big Guys: Outdated Precedent Reveals the Need for New Legal Test in Fortnite Likeness Case - *Pellegrino v. Epic Games, Inc.*,” 451 F. Supp. 3D 373 (E.D. PA. 2020),” *Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy* 26, 2 (2020-2021): 309-320, 313.

จึงได้เปลี่ยนรูปใหม่มาเป็นงานของจำเลยด้วยหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ซึ่งสอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ First Amendment

เมื่อเปรียบเทียบกับคดี Edgar Davids v. Riot Games แล้วจะเห็นได้ว่า มีข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน เพราะการใช้ “skin” กับตัวละคร “Lucian” และ “emote” “Phone It In” เป็นการสวมให้ตัวละคร Avatar ภายในเกม และการจำหน่าย “skin” ในเกม LoL หรือ “emotes” ในเกม Fortnite ก็ทำให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์เช่นเดียวกัน แต่ศาลในคดี Edgar Davids v. Riot Games พิจารณาที่ประโยชน์ทางพาณิชย์ของโจทก์ที่ได้รับผลกระทบ โดยศาลคำนึงว่าการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่สังคม แต่เป็นการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าของจำเลยเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงการเปลี่ยนรูปของตัวละครหรือองค์ประกอบอื่นในเกมว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับชีวิตจริงของโจทก์ ซึ่งเป็นเรื่องการปรับหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ต่างกันกับศาลประเทศสหรัฐอเมริกา หากปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่กับตัวละคร “Striker Lucian” ตามเหตุผลในคดี Pellegrino v. Epic Games, Inc. การใช้ภาพลักษณ์ของ Edgar Davids ซึ่งเป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียง ก็น่าจะเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่เพราะเป็นการนำวัตถุดิบหลักในภาพลักษณ์ของโจทก์มาใช้ในการสร้างตัวละครในวิดีโอเกม LoL จนกลายมาเป็นการแสดงออกในตัวละคร “Striker Lucian” อันเป็นงานของจำเลย และจะเห็นได้ว่า ตัวละคร “Striker Lucian” ในเกม LoL ไม่ได้เล่นฟุตบอล ทั้งเกม LoL ไม่ได้เป็นเกมฟุตบอล และไม่ได้มีลูกฟุตบอลในการเล่น แต่เป็นการใช้อาวุธปืนคู่ในตัวละคร Lucian ไม่ต่างจากตัวละครในเกม LoL ที่ใช้อาวุธและความรุนแรงในเกม Fortnite ในการเอาชนะผู้เล่นฝั่งตรงข้าม การปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ในตัวละครในวิดีโอเกมเช่นนี้ส่งผลให้ผู้เล่นได้เล่นเป็นตัวละครหรือได้ใช้ท่าทางของบุคคลที่ตนชื่นชอบ และสังคมก็จะได้รับประโยชน์จากการชื่นชมผลงานของผู้พัฒนาวิดีโอเกม ซึ่งสามารถนำมาเป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาคดีหากเกิดขึ้นในประเทศไทย

จากการศึกษาหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป และคดีที่เกิดขึ้นในประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ในภาพลักษณ์กับเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกม สิทธิในภาพลักษณ์อาจถือเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ศาลไทยควรพิจารณาหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่มากกว่าการพิจารณาเพียงผลกระทบต่อประโยชน์ทางพาณิชย์ของบุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้เพียงอย่างเดียว เพราะการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในสื่อแต่ละประเภท สื่อเองก็ได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น แต่บุคคลนั้นอาจไม่ได้รับค่าตอบแทนด้วย เช่น การวาดภาพการ์ตูนล้อเลียน (caricatures) เป็นต้น แต่หากเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาเปลี่ยนรูปให้เป็นการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมของผู้พัฒนาวิดีโอเกมเอง โดยตัวละครนั้นไม่มีกิจกรรมเดียวกันกับบุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ในชีวิตจริง ตามคดี Pellegrino v. Epic Games, Inc. ก็น่าจะเป็นการเปลี่ยนวัตถุประสงค์ของการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลแล้ว ทั้งนี้ จะต้องมียกระดับของ

การเปลี่ยนรูปของตัวละครเช่นเดียวกันดังจะเห็นได้จากการนำภาพลักษณ์ของนักฟุตบอลมาเปลี่ยนรูป
ถืออาวุธปืนคู่เป็นตัวละคร “Striker Lucian” ในคดี Edgar Davids v. Riot Games

ในข้อสุดท้าย หากเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลโดยเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์
เช่น ไม่มีการเปลี่ยนรูปหรือนำภาพลักษณ์มาใช้โดยตรงกับสินค้าแล้วนำออกจำหน่ายโดยไม่ได้รับความ
ยินยอมย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์เป็นอย่างแน่แท้ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ควรที่จะทำ
สัญญาอนุญาตให้สิทธิในภาพลักษณ์ก่อน และใช้ภาพลักษณ์ภายในขอบเขตของความยินยอมในวิดีโอเกม
ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

บรรณานุกรม

- Black, Gillian, **Publicity Rights and Image: Exploitation and Legal Control**. Hart Publishing, 2011.
- Cantley, Beckett and Geoffrey Dietrich, “The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences,” **Rutgers Computer and Technology Law Journal** 49, 1 (2022): 1-25.
- Coors, Corinna. “Celebrity image rights versus public interest: striking the right balance under German law,” **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 9, 10 (2014): 835-840.
- Council of Europe, **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights** [Online], available URL https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, 2023 (July, 17).
- Goldman, Eric. **Videogame Can Replicate Musician’s “Signature Move” (Unless It’s a False Endorsement, Which It Isn’t)–Pellegrino v. Epic Games** [Online], available URL <https://blog.ericgoldman.org/archives/2020/04/videogame-can-replicate-musicians-signature-move-unless-its-a-false-endorsement-which-it-isnt-pellegrino-v-epic-games.htm>, 2023 (July, 17).
- Garon, Jon M. “Playing in the Virtual Arena: Avatars, Publicity, and Identity Reconceptualized through Virtual Worlds and Computer Games.” **Chapman Law Review** 11, 3 (Spring 2008): 465-520.
- Hopkins, Marie. “Live Sports Virtual Reality Broadcasts: Copyright and Other Protections,” **Duke Law & Technology Review** 16 (2017-2018): 141-160.
- Hsia, Kian and Thijs. v. Heuvel. “Levelling the playing field in eSports – Dutch portrait rights in games,” **Interactive Entertainment Law Review** 1, 1 (2018): 67-70.
- Lemley, Mark A. and Eugene Volokh, “Law, virtual reality, and augmented reality,” **University of Pennsylvania Law Review** 166, 5 (April 2018): 1051-1138.
- League of legends. **Lucian** [Online], available URL <https://www.leagueoflegends.com/th-th/champions/lucian/>, 2023 (July, 17).

- Le, Nam. “Trademark Law - Looking out for the Big Guys: Outdated Precedent Reveals the Need for New Legal Test in Fortnite Likeness Case - *Pellegrino v. Epic Games, Inc.*, 451 F. Supp. 3D 373 (E.D. PA. 2020),” **Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy** 26, 2 (2020-2021): 309-320.
- Marlan, Dustin. “Unmasking the Right of Publicity,” **Hastings Law Journal** 71, 2 (February 2020): 419-474.
- Neethling, Johann. “Personality Rights: A Comparative Overview,” **Comparative and International Law Journal of Southern Africa** 38, 2 (2005): 210-245.
- Nellis, Stephen. **Apple to sell Vision Pro AR headset for triple Meta’s top-line price** (6 June 2023) [Online], available URL: <https://www.reuters.com/technology/apple-expected-reveal-mixed-reality-headset-developer-conference-2023-06-05/>, 2023 (July, 17).
- Pales, Eli. “VIDEO GAMES AND THE FIRST AMENDMENT.” **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property** 20, 3 (2023): 393-432 Statista, **Video Games – Worldwide** [Online], available URL: <https://www.statista.com/outlook/dmo/digital-media/video-games/worldwide>, 2023 (July, 17).
- Steffen, Hagen. “Sports Image Rights in the Netherlands,” **The International Sports Law Journal** 3, 4 (2011): 115-127.
- Velden, Ruud van der. “Image rights in The Netherlands—injunction prohibiting use of football player’s image and name,” **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 1, 11 (2006): 701-702.
- Whitman, James. Q. “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,” **Yale Law Journal** 113, 6 (2004): 1153-1221.
- Yin-Poole, Wesley. “Edgar Davids wins lawsuit over League of Legends Lucian skin” (14 August 2017). [Online], available URL <https://www.eurogamer.net/articles/2017-08-14-ex-footballer-edgar-davids-wins-lawsuit-against-league-of-legends-dev-riot-over-lucian-skin>, 2023 (July, 17).

การศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ
ทางอินเทอร์เน็ตของกฎหมายประเทศไทย
และต่างประเทศ

รัฐสภา จุริมาศ

การศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต
ของกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ*
Comparative Study of Liability of Internet Service Providers under
Thai Laws and Foreign Laws

รัฐสภา จูรีมาศ**

Rattasapa Chureemas

บทคัดย่อ

พื้นที่บนอินเทอร์เน็ตมีลักษณะเหมือนพื้นที่สาธารณะดังเช่น สวนสาธารณะ โดยให้ทุกคนสามารถมีสิทธิในการใช้พื้นที่นี้และทำกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ ได้ตามต้องการ อย่างไรก็ตาม อาจเกิดกรณีบางกลุ่มที่มีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมบนพื้นที่ดังกล่าวได้ ซึ่งอาจทำให้ผู้ดูแลไม่สามารถควบคุมได้อย่างเหมาะสม และนำไปสู่การรับผิดชอบต่อพฤติกรรมของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (Internet Service Providers: ISPs) โดยที่ไม่ใช่ความผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

*บทความนี้เรียบเรียงจากส่วนหนึ่งของโครงการวิจัย เรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตของกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจาก คณะสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประจำปี พ.ศ. 2565.

This article is part of the research entitled “Comparative Study of Liability of Internet Service Providers under Thai Laws and Foreign Laws.” This research is funded by Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University, 2022.

**อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; LL.M. in Taxation law (International Program), School of Law, Assumption University, LL.M. in Commercial Law, Bristol School of Law, The University of the West of England, United Kingdom; น.ด. มหาวิทยาลัยรังสิต. E-mail: rattasapa@g.swu.ac.th

Lecturer at Bachelor of Law Program, Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University, Thailand; LL.B. Assumption University; LL.M. in Taxation law (International Program), School of Law, Assumption University, LL.M. in Commercial Law, Bristol School of Law, The University of the West of England, United Kingdom; LL.D. Rangsit University.

วันที่รับบทความ (received) 11 มิถุนายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 10 กันยายน 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 18 กันยายน 2566.

ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่หลากหลายนำไปสู่การติดต่อสื่อสารส่งผ่านข้อมูลโดยอาศัยผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หลายประเทศมีการกำหนดให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบจากการกระทำของบุคคลผู้ใช้บริการ ด้วยเหตุนี้ การให้บริการทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นพื้นที่สาธารณะที่เปิดโอกาสในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ แม้ว่าจะมีผู้ดูแลรับผิดชอบการจัดการพื้นที่สาธารณะอยู่ ซึ่งอาจจะไม่สามารถควบคุมกิจกรรมทั้งหมดได้ อย่างไรก็ตาม หลักความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตบนพื้นที่สาธารณะตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ นโยบาย และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องรวมถึง EU Electronic Commerce Directive กำหนดให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้ใช้บริการของตนตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายในประเทศไทยที่ไม่มีการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (Internet Service Providers: ISPs) การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต่อการกระทำของผู้ใช้บริการในพื้นที่บนโลกอินเทอร์เน็ต จึงมีความจำเป็นต้องสร้างความสมดุลระหว่างการรับผิดชอบต่อและการป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการให้บริการและการเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ การกำหนดความรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดโดยไม่มีกลไกการป้องกันที่เหมาะสมอาจส่งผลกระทบทางลบต่อนวัตกรรมและการแสดงออกอย่างเสรีได้

บทความฉบับนี้จึงมุ่งเน้นในการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีของการคุ้มครองความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในการกระทำผิดจากผู้ให้บริการ ตลอดจนผลกระทบต่อการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีมาตรการคุ้มครองผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต โดยศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์หลักพื้นฐาน นโยบาย และกฎหมายที่เป็นสากลต่อความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต รวมถึงหลักความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตตาม E-Commerce Directive ของสหภาพยุโรป และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศเวียดนาม เพื่อเสนอความจำเป็นในการวางแนวทางการคุ้มครองผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ดังนั้น การหาวิธีความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่เหมาะสมเป็นสิ่งสำคัญเพื่อสร้างสภาพแวดล้อมออนไลน์ที่มีความสมดุลและเป็นระบบ

คำสำคัญ: ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต, ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ, ความรับผิดทางอินเทอร์เน็ต

Abstract

The internet space is akin to a public space, such as a public park, where everyone has the right to use the space and engage in various public activities as they wish. However, there may be cases where certain groups exhibit inappropriate behavior in this space, making it difficult for administrators to maintain control and responsibility for users' actions. This could lead to Internet Service Providers (ISPs) being held responsible for users' actions rather than the users themselves, as per international laws and regulations, unlike Thai law, which lacks such provisions.

The diverse technological advancements have led to increased communication and data transmission through internet service providers as intermediaries. However, many countries hold ISPs accountable for their users' actions. Therefore, while internet service providers offer an open and public space for various activities, and though administrators may not be able to control all activities, it is crucial to establish a balance between responsibility and preventing adverse impacts on services and economic growth.

This article focuses on studying the concepts and theories of protecting ISPs from the wrongful actions of their users, especially considering the implications of the Computer Crimes Act, BE 2550 (2007) and its amendments by the Computer Crimes Act (No. 2), BE 2560 (2017). Particularly, Thai law lacks measures to protect ISPs. The study involves a comparative analysis of international principles, policies, and laws related to ISP liability, including the E-Commerce Directive of the European Union, as well as the laws of Japan, Singapore, and Vietnam. It highlights the necessity of establishing appropriate ISP liability guidelines in Thailand. Consequently, finding an appropriate approach to ISP liability is crucial to creating a balanced and equitable online environment for ISPs and users.

Keywords: internet service providers, intermediary liability, internet liability

1. บทนำ

ปัจจุบันการพัฒนาของเทคโนโลยีเครือข่ายและการเกิดขึ้นของการค้าในรูปแบบใหม่หรือที่เรียกว่า การค้าดิจิทัล ส่งผลทำให้ผู้คนทั่วไปจำนวนมากให้ความสนใจในโลกออนไลน์และเข้าถึงโลกออนไลน์มากยิ่งขึ้น โดยผู้คนเหล่านี้ได้ทำการรับและเผยแพร่ข้อมูลต่าง ๆ ผ่านโลกออนไลน์ การเผยแพร่ข้อมูลอันหลากหลายจึงก่อให้เกิดความต้องการผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ผู้ที่เสนอบริการดิจิทัลและโครงสร้างพื้นฐาน) (Internet Service Providers: ISP) เมื่อพิจารณาจากกิจกรรมทางออนไลน์ที่หลากหลายนี้จะเห็นว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีลักษณะที่หลากหลายรูปแบบซึ่งรวมถึง ISP, บริษัท โฮสติ้งเว็บไซต์, ผู้ให้บริการแอปพลิเคชันโทรคมนาคมมือถือและแพลตฟอร์ม (WhatsApp, Line, Text ฯลฯ) ผู้ให้บริการออนไลน์ (Gmail, Outlook, บล็อกโฮสติ้ง ฯลฯ) และเครื่องมือค้นหาทางอินเทอร์เน็ต (Bing, Google ฯลฯ) ซึ่งผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตดังกล่าวถือเป็นผู้ให้บริการที่ช่วยให้ธุรกิจมีตลาดที่ขยายตัวมากยิ่งขึ้นและเป็นการเปิดโอกาสให้แต่ละบุคคลสามารถแสดงออกและอนุญาตให้ผู้เข้าใช้บริการ (Users) สามารถดำเนินการต่าง ๆ บนโลกออนไลน์ได้ ตลอดจนการเคลื่อนไหวทางการเมือง ประสานงาน และจัดกิจกรรมต่าง ๆ และสามารถมีส่วนร่วมในการเผยแพร่และสืบค้นข้อมูลดังกล่าวบนพื้นที่นั้นได้

ดังนั้น พื้นที่ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจึงเป็นพื้นที่ที่เปิดกว้างเช่นเดียวกับพื้นที่สาธารณะ (เปรียบเสมือนสวนสาธารณะสนามเด็กเล่น ฯลฯ) เพื่อจัดเตรียมพื้นที่สำหรับกิจกรรมสาธารณะให้กับบุคคลใด ๆ ที่จะเข้ามาทำกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ ซึ่งทุกคนมีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้อาจจะทำกิจกรรมดี ๆ บางอย่าง แต่ในทางกลับกันบางคนอาจทำกิจกรรมที่มีพฤติกรรมแย่ ๆ บนพื้นที่สาธารณะได้ แม้ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในพื้นที่สาธารณะจะมีหน้าที่ดูแลพื้นที่สาธารณะทั้งหมด แต่กิจกรรมบางอย่างอาจอยู่นอกเหนือการควบคุมในพื้นที่ดังกล่าว ซึ่งทำให้ผู้ดูแลพื้นที่ไม่สามารถดำเนินการเพื่อป้องกันกิจกรรมที่เข้าข่ายไม่เหมาะสมได้ และเป็นเหตุให้ไม่มีผู้ดูแลในกิจกรรมนั้น ๆ

ด้วยสาเหตุดังกล่าวปัจจัยสำคัญของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลรักษาความเรียบร้อยนั้น ที่อาจมีความเสี่ยงที่จะต้องตกเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำของผู้เข้าใช้บริการบนพื้นที่ดังกล่าวของตนได้ ฉะนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องพิจารณาว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะมีความรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่ปรากฏในพื้นที่ของตนอย่างไร ในการใช้งานบนพื้นที่อินเทอร์เน็ตผู้ให้บริการบางรายอาจดำเนินการบางอย่างบนพื้นที่ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต โดยใช้เนื้อหาอันมีลักษณะผิดกฎหมายบนพื้นที่ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ISP) อาจมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือเป็นอันตรายที่เกิดขึ้นกับบริการของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจากการกระทำของผู้ใช้บริการ

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบการกระทำต่าง ๆ ที่ผิดกฎหมายของผู้ใช้บริการอย่างเด็ดขาดนั้น ย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจส่งผลทำให้ผู้ให้บริการบนพื้นที่ออนไลน์บนอินเทอร์เน็ตหยุดการให้บริการ และการกระทำดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของสังคมได้ ฉะนั้น การหาจุดเหมาะสมเพื่อกำหนดแนวทางความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจึงเป็นเรื่องสำคัญประการหนึ่ง ในการสร้างความสมดุลระหว่างความรับผิดชอบกับความจำเป็นที่จะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในการให้บริการของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ปัจจุบันประเทศไทยกำลังก้าวสู่การเป็นศูนย์กลางเศรษฐกิจดิจิทัลของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีดิจิทัลอย่างเต็มศักยภาพในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน นวัตกรรม ข้อมูล และทรัพยากรอื่นใดเพื่อขับเคลื่อนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยการขับเคลื่อนของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต อาจทำให้เกิดการเติบโตทางเศรษฐกิจดิจิทัลของประเทศไทย แต่ก็อาจเป็นสาเหตุของการยับยั้งกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (ความรับผิดชอบอาจทำให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีบริการที่ไม่แน่นอนอีกต่อไป) นวัตกรรม (ความรับผิดชอบอาจทำให้ บริษัท ที่มีอยู่ซึ่งขับเคลื่อนน้อยลง ในการสร้างสรรค์นวัตกรรมหรือปรับปรุงรูปแบบธุรกิจที่มีอยู่) และการแสดงออกอย่างเสรีในประเทศไทย หากกำหนดให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดต่อการกระทำของผู้ใช้บริการ โดยปราศจากการสร้างกลไกป้องกันความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ดังเช่นที่มีการกำหนดใน Intermediary Liability Regulatory Manila Principle: Best Practice for Regulating Internet Intermediary และรวมถึง E-Commerce Directive of European

2. แนวคิดทฤษฎีของหลักการความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

ความสำคัญของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีมากขึ้นมากกว่ายุคสมัยก่อนที่ใช้สื่อออนไลน์อย่าง โทรศัพท์ วิทยุ และหนังสือพิมพ์ ซึ่งสื่อเหล่านี้ขาดความเป็นอิสระ เนื่องจากสื่อดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุมจากทั้งรัฐและนายทุน จึงทำให้ไม่สามารถนำเสนอเนื้อหาหรือข้อความได้อย่างเสรี ด้วยเหตุนี้ อินเทอร์เน็ตและแพลตฟอร์มต่าง ๆ ที่ให้บริการโดยผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีจุดเด่นในเรื่องของความเป็นอิสระจึงทำให้ก้าวข้ามข้อจำกัดและจุดด้อยของสื่อประเภทเก่าได้ อีกทั้งยังสามารถที่จะเป็นพื้นที่แลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นที่สำคัญ เป็นต้น

โดยแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ได้มีการนำเสนอที่น่าสนใจผ่านบทความเรื่อง “NoC Online Intermediaries Research Project: Synthesis”¹ ที่ได้อธิบายถึงผู้ให้บริการ

¹Gasser and Wolfgang Schulz, NoC Online Intermediaries Research Project: Synthesis [Online], available URL: https://publixphere.net/page/NoC_Online_Intermediaries_Research_Project_Synthesis, 2015 (June, 12).

ทางอินเทอร์เน็ตว่า หมายถึง “ผู้ที่อยู่ระหว่างผู้ใช้งานออนไลน์กับเนื้อหา” แต่ทั้งนี้ปัจจุบันผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตได้ขยายบทบาทหน้าที่อย่างกว้างขวางที่มากกว่าการเป็นเพียงผู้เชื่อมโยงหรือประสานระหว่างสองฝ่าย แต่ยังครอบคลุมไปถึงกิจกรรมอื่น ๆ อีกด้วย เช่น การให้บริการโครงสร้างพื้นฐานที่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการได้มีส่วนร่วม สร้างสรรค์ แบ่งปัน และจัดการข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต หรือแม้แต่การทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางที่มีบทบาทหลากหลายในกระบวนการทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ได้ทำหน้าที่เป็นเพียง “ผู้ส่งข้อมูล” แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการพัฒนาบทบาทหน้าที่สู่การเป็นผู้จัดการหรือผู้จัดระเบียบเนื้อหาที่สร้างโดยผู้ให้บริการ (User-Generated Content) ที่มีการเรียงลำดับและจัดกลุ่มเนื้อหาอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อเพิ่มคุณค่าให้แก่เนื้อหาที่มีอยู่ต่อยอดในเชิงธุรกิจได้ เช่น บริษัท Amazon ซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวางว่าเป็นตลาดบนอินเทอร์เน็ตปัจจุบัน บริษัท Amazon ไม่ได้เป็นเพียงพื้นที่ซื้อขายสินค้าออนไลน์เท่านั้น แต่ยังเป็นผู้ให้บริการระบบประมวลผลแบบคลาวด์คอมพิวเตอร์ (Cloud Computing) และผู้ผลิตโทรศัพท์มือถืออีกด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่อวิเคราะห์จากเนื้อหาข้างต้นแล้ว ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตยังมีการแสดงให้เห็นถึงข้อดีรวมถึงข้อเสียในการมีผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต่อการไหลเวียนของข่าวสารอีกด้วย ในส่วนของข้อดีนั้น ได้แก่

1) การส่งเสริมการแสดงออกถึงตัวตนของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อเสรีภาพในการแสดงออกเชิงวัฒนธรรมผสมผสาน เช่น เว็บไซต์ Wikipedia เว็บไซต์สารานุกรมออนไลน์ ที่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการทั่วไปมีส่วนร่วมในการ สร้างสรรค์ เพิ่มเติม และแก้ไขเนื้อหาบนเว็บไซต์ หรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารในลักษณะของวิดีโอที่ให้ผู้ใช้งานสามารถอัปโหลดคลิปวิดีโอได้ด้วยตนเองอย่าง YouTube เป็นต้น

2) เป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจในการช่วยลดต้นทุนของผู้บริโภค เอกชน และรัฐบาล ทั้งต้นทุนในการสืบค้นข้อมูล ต้นทุนในการทำธุรกรรม ต้นทุนด้านการสื่อสาร และต้นทุนด้านการบริหาร และลงทุน มีการรายงานของสำนักเศรษฐศาสตร์ Copenhagen Economics ที่จัดทำขึ้นเพื่อเสนอต่อ European Digital Media Association (EDiMA)²

3) ช่วยสร้างการยอมรับทางสังคม ด้วยการเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถเข้าถึงและใช้บริการสื่อสังคมออนไลน์ได้อย่างเท่าเทียมกัน แม้แต่ผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิในการเข้าถึงวาทกรรมสาธารณะก็ยังมีสิทธิเข้าถึงเครือข่ายสังคมออนไลน์ ตัวอย่างกรณีศึกษา เช่น กรณีตัวอย่างบุคคลที่เคยมีความผิดในคดีทางเพศ

²EDiMA, **Online Intermediaries** [Online], available URL: <https://www.copenhageneconomics.com/dyn/resources/Publication/publicationPDF/9/189/0/1253-1%20Edima%20Online%20Intermediaries%20Report%20FINAL%2010JAN2012.pdf>, 2012 (March, 27).

ที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การคุมขัง หรือไม่ได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ โดยกฎหมายท้องถิ่นในสหรัฐอเมริกา ได้ทำการปิดกั้นสิทธิในการเข้าถึงสื่อสังคมออนไลน์ของบุคคลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและปลอดภัยบนเครือข่ายสื่อออนไลน์บางแห่ง เช่น Facebook ได้มีการกำหนดเงื่อนไขการให้บริการ (Terms of Service) ที่ห้ามไม่ให้บุคคลที่เคยมีความผิดเกี่ยวกับคดีทางเพศ เข้าใช้บริการ ซึ่งประเด็นดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์ว่า ส่งผลกระทบต่อกระบวนการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดโดยการควบคุมสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรีของคนกลุ่มดังกล่าว

ในขณะที่ผลเสียของการมีผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ได้แก่

1) การห้ามไม่ให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตปิดบังตัวตน การบังคับให้ผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตเปิดเผยตัวตนดังกล่าว อาจถือเป็นการรุกรานความเป็นส่วนตัว และในบางประเทศยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงถึงขอบเขตและการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้บริการอยู่บ่อยครั้ง

2) กฎหมายเกี่ยวกับภาระความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่รุนแรง ทำให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเซ็นเซอร์ตัวเองโดยมีตัวอย่างจากหลายประเทศ เช่น ในประเทศเวียดนามกฎหมายเกี่ยวกับการรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีความคลุมเครือทำให้บล็อกเกอร์และผู้ดูแลระบบเลือกที่จะเซ็นเซอร์ตนเองหรือลบความคิดเห็นที่สุ่มเสี่ยงล่วงหน้า เพื่อป้องกันปัญหาและความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นตามกฎหมายของประเทศเวียดนาม เนื่องจากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจถูกยึดใบอนุญาตประกอบกิจการได้หากไม่ทำการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาหรือ URL ใด ๆ ตามคำสั่งของรัฐบาล เป็นต้น

3) ในบางประเทศมีการปิดกั้นเนื้อหาที่ส่งผลทำให้เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงออก และในบางประเทศการกลั่นกรองเนื้อหาผ่านผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจมีเรื่องการใช้อำนาจทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งส่งผลเสียต่อการไหลเวียนข้อมูลข่าวสารที่เป็นความจริงและขัดต่อกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ ความพยายามที่จะทำให้อินเทอร์เน็ตนั้นกลายเป็นพื้นที่สาธารณะที่อุดมไปด้วยคุณภาพและทำให้เกิดการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารอย่างเสรีนั้น ถ้ามองตามหลักความเป็นจริงก็ยังไม่สามารถเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ เนื่องจากอุปสรรคเรื่องการแทรกแซงจากรัฐ และความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละพื้นที่

ซึ่งอุปสรรคประการแรก คือ การแทรกแซงของรัฐ ที่อาจจะมาในรูปแบบของการขอความร่วมมือเชิงบังคับให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเปิดเผยข้อมูลผู้ใช้ (Users) แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องด้วยเหตุผลจากบทบาทหน้าที่ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่ต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลจำนวนมากของผู้ใช้บริการ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรือเนื้อหาประเภทต่าง ๆ จึงส่งผลให้ภาครัฐเห็นโอกาสในการใช้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเป็นทางลัด หรือสะพานทอดไปถึงข้อมูลต่าง ๆ ของผู้ใช้บริการ เพื่อวัตถุประสงค์ที่หลากหลาย เช่น การสืบสวนคดี การจับกุมผู้ใช้บริการที่เผยแพร่เนื้อหาที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

อุปสรรคประการต่อมา คือ ความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละพื้นที่ เมื่อพิจารณาจะพบว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่ได้รับความนิยมจากผู้ให้บริการเน็ตทั่วโลกหลายรายส่วนใหญ่เป็น

บริษัทที่มีสัญชาติอเมริกันและเมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเหล่านี้เข้าไปดำเนินกิจการภายนอกประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่ามีหลายกรณีที่บรรทัดฐานทางสังคมแบบอเมริกาขัดแย้งกับบรรทัดฐานทางสังคมของประเทศที่ให้บริการ เนื่องจากในบางประเทศไม่ได้ให้ความสำคัญกับกระบวนการประชาธิปไตย หรือการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนมากเท่าที่ควรจะเป็น ด้วยบริบททางสังคมและวัฒนธรรมที่แตกต่างกันนี้เอง ส่งผลให้บทบาทและหน้าที่ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตสัญชาติอเมริกันเข้าไปในประเทศที่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกหรือกระบวนการประชาธิปไตย ค่านิยมแบบอเมริกันจึงอาจจะขัดแย้งกับค่านิยมท้องถิ่น เช่น ในกรณีของทวิตเตอร์ (Twitter) ที่แม้จะให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) แต่ก็ยังจำเป็นต้องตรวจตราและควบคุมการแสดงออกกว่าจะสร้างคามเกลียดชัง (Hate Speech) บนแพลตฟอร์มของทวิตเตอร์ที่ให้บริการในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี ซึ่งมีนโยบายและกฎเกณฑ์สำหรับกำกับดูแลระหว่างประเทศเป็นปัจจัยที่มีส่วนอย่างมากในการกำหนดความหมายและหน้าที่ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

อุปสรรคประการสุดท้าย ข้อถกเถียงประเด็นเรื่องการรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (Internet intermediary liability) แม้จะมีแนวคิดที่ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตควรมีส่วนรับผิดชอบความผิดทางกฎหมายที่เกิดจากเนื้อหาที่ผิดกฎหมายโดยการกระทำของบุคคลที่สาม แต่หลายประเทศในตะวันตกซึ่งให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงออกก็มีความคิดเห็นว่า ควรมีการคุ้มครองผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจากการรับผิดดังกล่าว เพื่อรักษาบทบาทของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในฐานะที่เป็นช่องทางสำหรับการแสดงออกอย่างเสรี ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการละเว้นการรับผิดหรือข้อตกลงยกเว้นความรับผิด (Safe Harbor) ตามกฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม (CDA) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ให้การคุ้มครองบริการคอมพิวเตอร์แบบโต้ตอบ (Interactive Computer Service) หมายถึง การบริการข้อมูล ระบบ หรือการเข้าถึงซอฟต์แวร์ใด ๆ ที่ให้หรือช่วยให้ผู้ใช้บริการหลายคนเข้าถึงคอมพิวเตอร์และส่งข้อมูลไปยังเซิร์ฟเวอร์คอมพิวเตอร์ได้ รวมถึงการบริการหรือระบบที่ให้การเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่ดำเนินการโดยห้องสมุดหรือสถาบันการศึกษา โดยในมาตรา 230 (47 U.S. Code § 230)(C)(2) เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองเมื่อมีการปิดกั้นและคัดกรองเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ระบุว่าผู้ให้บริการหรือผู้ใช้บริการคอมพิวเตอร์แบบโต้ตอบจะไม่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่มีการดำเนินการเพื่อจำกัดการเข้าถึงข้อมูลที่มีลักษณะลามกอนาจาร ใช้ความรุนแรง ก่อความ ไม่ว่าเนื้อหาดังกล่าวจะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม³

³Cornell Law School, 47 U.S. Code § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material, [Online], Available URL:<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>, 2016 (August, 23).

หรือกฎหมายลิขสิทธิ์แห่งสหัสวรรษดิจิทัล The Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ตามมาตรา 512 (17 U.S. Code § 512) ข้อจำกัดความรับผิดชอบเกี่ยวข้อเนื้อหาออนไลน์ (b) การให้บริการรูปแบบ System Caching ระบุว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายใด ๆ ในการละเมิดลิขสิทธิ์ กรณีที่เนื้อหาถูกเผยแพร่ทางออนไลน์โดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการหรือการที่ผู้ให้บริการได้ปฏิบัติอย่างรวดเร็วเพื่อลบหรือปิดการเข้าถึงเนื้อหาที่อ้างว่ามีการละเมิดเมื่อมีการแจ้งจากผู้ที่ถูกละเมิด เป็นต้น⁴

หากกล่าวโดยสรุป ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีบทบาทสำคัญต่อระบบการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสาร แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องพบกับอุปสรรคหลายประการ ซึ่งอุปสรรคที่สำคัญ ได้แก่ การแทรกแซงจากรัฐบาลกฎหมายเฉพาะในแต่ละพื้นที่ที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเข้าไปดำเนินกิจการระบบอภิบาลทางอินเทอร์เน็ตและการรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นสุดท้ายคือ การรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นส่งผลโดยตรงต่อระบบการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารเพราะยิ่งกฎหมายบัญญัติให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีภาระรับผิดชอบมากขึ้นเท่าใดก็มีแนวโน้มที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตซึ่งควรจะเป็นผู้รักษาสีทิสเสรีภาพในการสื่อสารของผู้ใช้บริการกลับทำตัวเป็นผู้ควบคุมและปิดกั้นเนื้อหาเสียเอง เพื่อหลีกเลี่ยงความผิดที่จะเกิดแก่ตนเอง

3. หลักความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายในประเทศไทย

3.1 ลักษณะการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการควบคุม

ในปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มีรูปแบบการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนมากขึ้นตามพัฒนาการทางเทคโนโลยีซึ่งเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ประเทศไทยจึงได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อนำมาใช้กำกับดูแลและควบคุมปัญหาเกี่ยวกับการใช้คอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และ/หรือระบบคอมพิวเตอร์ (รวมถึงอินเทอร์เน็ต) และหากกล่าวถึงความหมายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องอ้างอิงถึงกฎหมายภายในประเทศไทยที่มีการบังคับใช้ อันได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามความหมาย

⁴Cornell Law School, 17 U.S. Code § 512 - Limitations on liability relating to material online, [Online], Available URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>, 2016 (August, 23).

ของผู้ให้บริการว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า “ผู้ให้บริการคนอื่นในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันได้โดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งในนามของตนเอง และบุคคลอื่น และผู้ให้บริการยังหมายถึงผู้เก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น”⁵

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของผู้ให้บริการของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 จะหมายถึงผู้ให้บริการใน 2 ประเภท ประการแรก คือ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ISP) คือ ผู้ที่ได้ให้บริการสาธารณะสำหรับการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตหรือให้การเชื่อมต่อในการสื่อสารต่าง ๆ ผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ประการที่สอง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่จัดเตรียมพื้นที่สำหรับจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น ซึ่งรวมถึงผู้ดูแลระบบและเจ้าของเว็บไซต์ด้วยเหตุนี้ จึงอาจตีความได้ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต หมายถึง ร้านอินเทอร์เน็ตเข้าร่วมด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการให้คำนิยามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 นี้ ยังคงมีความไม่ชัดเจนและด้วยความไม่ชัดเจนในความหมายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต อาจทำให้เกิดการตีความที่เกินขอบเขตและมากจนเกินไป จึงอาจนำไปสู่ปัญหาในการสร้างภาระความรับผิดชอบแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจำนวนมาก

ข้อสังเกต ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามในมาตรา 4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติถึงผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเอาไว้ว่า “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ให้บริการเป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันได้โดยประการอื่นผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ และให้หมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว ผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์ และผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น⁶

จากการศึกษาพบว่า การให้คำนิยามของผู้ให้บริการในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ได้ใช้แนวคิดที่คล้ายคลึงกันในการจำกัดคำนิยามของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศ ซึ่งจากการนิยามดังกล่าวมีปัญหาที่จำเป็นจะต้องนำมาวิเคราะห์ คือ ขอบเขตของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ควรหมายถึงใครบ้างและต้องมีลักษณะอย่างไรถึงจะเข้าข่ายการเป็นผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

⁵แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560.

⁶พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565, มาตรา 3.

ในประเทศไทย จากการศึกษาความหมายในกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ที่ได้กล่าวข้างต้นสามารถวิเคราะห์สาระสำคัญได้ดังนี้

1) ต้องเป็นการให้บริการแก่บุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกต่าง ๆ ให้แก่ผู้ขอรับบริการสำหรับการเข้าถึงหรือเชื่อมต่อเข้ากับอินเทอร์เน็ตในลักษณะต่าง ๆ เช่น Dial, DSL, เคเบิลไร้สาย หรือการเชื่อมต่อระบบไฮสปีด เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจให้บริการ เปิดบัญชีชื่อผู้ใช้ในอีเมล เพื่อติดต่อสื่อสารกับผู้อื่นโดยรับ-ส่งผ่านเซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการ ในบางครั้งผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจให้บริการเก็บไฟล์ข้อมูลระยะไกลรวมถึงเรื่องเฉพาะทางอื่น เป็นต้น⁷

2) ให้บริการในนามของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น กล่าวคือ เป็นการให้บริการในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตด้วยนามขององค์กรหรือบริษัทของผู้เป็นเจ้าของ หรือให้บริการในนามเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่นก็ย่อมกระทำได้เช่นกัน

3.2 ความรับผิด

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีการใช้บังคับเป็นเวลากว่า 10 ปี โดยที่ผ่านมาพบว่ากฎหมายนี้มีปัญหาในการตีความจนกระทบกับการบังคับใช้ เช่น การนำฐานความผิดที่ใช้กับเรื่องฉ้อโกงปลอมแปลงทางออนไลน์ไปใช้กับการหมิ่นประมาท ทำให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น จนทำให้เกิดกระแสสังคมเรียกร้องหลักประกันสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นขึ้น เพื่อเป็นการปรับปรุงกฎหมายให้เท่าทันกับเทคโนโลยีและภัยคุกคามที่เปลี่ยนแปลงไป จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 15 ที่ระบุว่า “ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14⁸

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

⁷ETDA, ISP (Internet Service Provider) [Online], available URL: <https://www.etda.or.th/th/Useful-Resource/terminology/หมวดหมู่-I/329.aspx>, 2020 (November, 16).

⁸แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 14 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560.

เมื่อพิจารณาจากมาตราดังกล่าวกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้บริการในมาตรานี้ คือ ผู้ใด หรือบุคคลใด ซึ่งผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา 15 ได้นั้นต้องเป็นผู้ให้บริการตามมาตรา 3⁹ โดยจะเอาผิดกับผู้ให้บริการตามกระบวนการกระทำความผิด คือ ให้ความร่วมมือ ยินยอม และรู้เห็นเป็นใจ จึงถือเป็นการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 15 ซึ่งในขั้นตอนของการ “ให้ความร่วมมือ” หรือ “รู้เห็นเป็นใจ” ต้องทำให้เป็นที่ชัดแจ้งว่าผู้ให้บริการมีเจตนากระทำความผิดร่วมกับผู้ที่โพสต์เนื้อหาผิดกฎหมายด้วย แต่คำว่า “ยินยอม” เป็นกรณีที่เกิดความซับซ้อนในการพิจารณา ซึ่งผู้ให้บริการนั้นได้พบเห็นข้อความแล้ว แต่มีเจตนาที่จะยินยอมให้อยู่ต่อไปหรือกรณีใดที่ผู้ให้บริการไม่ได้ยินยอม แต่ทำหน้าที่โดยประมาทเลินเล่อตรวจสอบไม่พบเนื้อหาผิดกฎหมาย หรือเนื่องจากความผิดพลาดส่วนบุคคลโดยไม่ได้ตั้งใจ ซึ่งหากตีความค่านิยมของมาตรา 3 ที่ให้ความหมายของผู้ให้บริการไว้นั้น หากนำมาตรา 15 มาตีความทำให้ผู้ให้บริการจะมีลักษณะการตีความโดยกว้างและมีความหมายกว้างมากเกินไป โดยอาจรวมไปถึงจำพวกผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ดูแลระบบดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย ซึ่งโดยธรรมชาติผู้ให้บริการกลุ่มนี้จะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับเนื้อหาที่สื่อสารกันระหว่างผู้ใช้บริการ

ดังนั้น หากตีความจากมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ผู้มีสถานะเป็นผู้ให้บริการตามมาตรา 15 จึงต้องตีความโดยกว้าง รวมถึงกลุ่มผู้ให้บริการอย่างน้อย 4 จำพวก ดังนี้

- 1) ผู้ประกอบการโทรคมนาคมไม่ว่าโดยระบบโทรศัพท์ ระบบดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย
- 2) ผู้ให้บริการเข้าถึงเครือข่ายระบบคอมพิวเตอร์ไม่ว่าโดยอินเทอร์เน็ตผ่านสายและไร้สาย หรือในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ภายในเรียกว่า อินทราเน็ต ที่จัดตั้งขึ้นในเฉพาะองค์กรหรือหน่วยงาน
- 3) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ หรือให้เช่าบริการโปรแกรมประยุกต์ (Host service provider)
- 4) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่นตาม มาตรา 3(2) นั้น ย่อมหมายถึงผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่าน application ต่าง ๆ ที่เรียกว่า content provider

⁹“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า “ผู้ให้บริการคนอื่นในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันได้ โดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งในนามของตนเอง และบุคคลอื่น และผู้ให้บริการยังหมายถึงผู้เก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น.”

3.3 ข้อยกเว้นความผิด

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้มีการยกเว้นการรับผิดเอาไว้ตามมาตรา 15 วรรคสองและวรรคสาม ที่ระบุว่า “ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์” และ “ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ในกระบวนการยกเว้นความผิดของผู้ให้บริการกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมจะทำหน้าที่ยกร่างกฎกระทรวงมาใช้งานร่วมกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เนื่องจากข้อกฎหมายหลายประเด็นมีการระบุในเรื่องของเนื้อหาที่กว้างเกินไป การที่มีกฎกระทรวงและกฎหมายลูกเข้ามาใช้ประกอบจะทำให้การตีความและการบังคับใช้ของกฎหมายมีความละเอียดมากยิ่งขึ้น

ซึ่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้มีการบัญญัติวรรคสามเพิ่มเติมว่า หากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตพิสูจน์ได้ว่าตนปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นไม่ต้องรับโทษ หลักนี้สืบเนื่องมาจากการที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องใช้หลักการระบบ Notice and Takedown เป็นกระบวนการแจ้งเตือนผู้ให้บริการว่ามีข้อมูลในการควบคุมดูแลของตนกำลังฝ่าฝืนกฎหมายอยู่ โดยต้องนำข้อมูลนั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่ายและต้องระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวตามขั้นตอนที่รัฐมนตรีประกาศอันเป็นกฎหมายลำดับรองออกมา และหากยังมีข้อมูลที่ฝ่าฝืนกฎหมาย “ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต” จึงมีความผิด ซึ่งระบบการแจ้งเตือนให้ลบเนื้อหา (Notice and Takedown) นี้ เป็นกลไกสำคัญอย่างหนึ่งที่ทำหน้าที่ช่วยให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ISP) ไม่ต้องรับผิดชอบในเนื้อหาให้พื้นที่แก่เนื้อหาที่ละเมิดผู้อื่น และเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการไม่ต้องมีภาระรับผิด หากได้รับการเผยแพร่เนื้อหาที่อาจผิดกฎหมายหลังจากได้รับการแจ้งจากผู้ใช้อาจถูกละเมิดสิทธิภายในระยะเวลาที่กำหนด หากหยุดเผยแพร่ได้ภายในกำหนดจะถือว่าไม่มีความผิด แต่หากเกินกำหนด ก็อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้¹⁰

แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้เป็นภาระของผู้ให้บริการในการพิสูจน์เพื่อให้ตนเองพ้นจากความผิด ซึ่งกระบวนการพิสูจน์ดังกล่าวย่อมต้องใช้ทั้งระยะเวลาที่ใช้เวลาระยะยาวและมีค่าใช้จ่ายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในการพิสูจน์ค่อนข้างสูง แม้ว่าผู้ให้บริการนั้นได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีตามมาตรา 15 วรรคสองแล้ว แต่หากผู้กล่าวหาเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่

¹⁰Thainetizen, รู้จักหลักการ “Notice and Notice” สำหรับการกำกับเนื้อหาออนไลน์ [Online], available URL: <https://thainetizen.org/2016/05/notice-and-notice-content-regulation/>, 2016 (พฤษภาคม, 19)

การพิสูจน์ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรียังกล่าวมากกว่าการให้
ภาระการพิสูจน์แก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

ข้อสังเกต พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้น
ความรับผิดของผู้ให้บริการ (ยกเลิกมาตรา 32/3 เพิ่มส่วนที่ 7 ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการ
มาตรา 43/1 “ผู้ให้บริการที่จะได้รับยกเว้นความรับผิดสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจากการ
ให้บริการของตนต้องเป็นผู้ให้บริการที่ได้ประกาศมาตรการการยกเลิกการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการ
ที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำไว้อย่างชัดเจนและได้ปฏิบัติตามมาตรการนั้น” มาตรา 43/2 “กรณี
ของผู้ให้บริการที่เป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น
ผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์” มาตรา 43/3 “กรณีของผู้ให้บริการเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการชั่วคราว”
มาตรา 43/4 “กรณีของผู้ให้บริการรับฝากข้อมูลคอมพิวเตอร์” มาตรา 43/5 “กรณีของผู้ให้บริการ
สืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูล” และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 53)¹¹ เช่น ตามมาตรา 43/2 ผู้ให้บริการ
เป็นสื่อกลางส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือให้สามารถติดต่อถึงกัน โดยประการอื่นผ่านทางระบบ
คอมพิวเตอร์ที่จะได้รับยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 43/1 ต้องให้บริการภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ไม่ได้เป็นผู้ริเริ่มการส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์
- (2) ส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านกระบวนการทางเทคนิคที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ โดยไม่ได้
เป็นผู้เลือกข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น
- (3) ไม่ได้กำหนดผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ เว้นแต่เป็นการตอบสนองโดยระบบอัตโนมัติ
- (4) ส่งผ่านข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น และ
- (5) ไม่ได้เก็บสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ทำซ้ำขึ้นในระหว่างกระบวนการพักข้อมูลคอมพิวเตอร์
เป็นการชั่วคราวไว้บนระบบหรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่ผู้อื่นสามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไป
และไม่ได้เก็บสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์เช่นนั้นไว้นานเกินกว่าที่จำเป็น

4. หลักความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตตามกฎหมายของต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทย จะเห็นได้ว่าเป็นการทำให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต
ต้องถูกผลักให้มีภาระความรับผิดตามกฎหมายเท่ากับผู้กระทำความผิด หากมีการนำเข้าเนื้อหาอันมิชอบ
ด้วยกฎหมายเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ในพื้นที่ที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลไทย ซึ่งเป็นการผลักภาระ
และไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต การกำหนดความรับผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ ทำให้

¹¹มาตรา 43/1 มาตรา 43/2 มาตรา 43/3 มาตรา 43/4 มาตรา 43/5 มาตรา 43/6 มาตรา 43/7 มาตรา 43/8
และมาตรา 53 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2565.

มีการตั้งข้อสังเกตอย่างกว้างขวางทั้งในวงการวิชาการและภาคประชาสังคมทั้งจากภายในและต่างประเทศ ถึงผลกระทบของการกำหนดภาระความรับผิดตามกฎหมายต่อทัศนคติและแบบแผนการกำกับดูแลเนื้อหาของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ตลอดจนผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิในการรับรู้ของผู้ใช้บริการ

ในการวิเคราะห์เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะถึงการแก้ไขกฎหมายความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย จำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงขอบเขตของความรับผิดของการบังคับใช้กฎหมาย และปัญหาของข้อกฎหมายเสียก่อนว่าสามารถวิเคราะห์และตีความอย่างไรได้บ้าง เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งเมื่อการศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตภายในประเทศไทยและต่างประเทศจึงสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

ประเทศ ประเด็น	สหภาพยุโรป	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเวียดนาม	ประเทศญี่ปุ่น
1. กฎหมาย	Electronic Commerce Directive 2000/31/EC	- The Electronic Transactions Act (ETA) - Singapore Copyright Act 2021	- The Law on Cybersecurity - Decree No. 21/CP dated March 05, 1997 of the Government issuing the “provisional regulation on the management, establishment and use of Internet network in Vietnam	Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified

ประเทศ ประเด็น	สหภาพยุโรป	ประเทศลึงคโปร์	ประเทศเวียดนาม	ประเทศญี่ปุ่น
2. คำนิยามของ ผู้ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ต	เป็นการบริการ อันมีลักษณะ ที่ให้ค่าตอบแทน ในระยะไกล ด้วยวิธี อิเล็กทรอนิกส์ ผ่านอุปกรณ์ และตามคำขอ ส่วนบุคคลของ ผู้รับบริการ	เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ ให้ผู้ใช้บริการ สามารถเข้าถึง อินเทอร์เน็ตได้ โดยผู้ให้บริการ ทางอินเทอร์เน็ต จะเชื่อมโยง ผู้ให้บริการเข้ากับ เทคโนโลยีรับส่ง ข้อมูล	ผู้ที่ให้บริการ บนเครือข่าย โทรคมนาคม อินเทอร์เน็ต หรือบริการเสริม ออนไลน์อื่น ๆ หรือ ผู้ที่เกี่ยวข้อง กับการรวบรวม ใช้และประมวลผล ข้อมูลผู้ใช้ รวมถึง ข้อมูลส่วนบุคคล	บุคคลที่ใช้ สิ่งอำนวยความสะดวก สะดวกด้าน โทรคมนาคมที่ ระบุเพื่อทำหน้าที่ เป็นสื่อกลางในการ สื่อสารของบุคคลอื่น หรือจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวก สะดวกด้าน โทรคมนาคม เฉพาะที่ใช้ สำหรับการสื่อสาร ของบุคคลอื่น
3. ความรับผิด	เมื่อผู้ให้ บริการทาง อินเทอร์เน็ต ไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 12-15 ของ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC เช่น ในกรณีที่ ผู้ให้บริการมี การร้องขอต่อ	เมื่อผู้ให้บริการ ทางอินเทอร์เน็ตไม่ กระทำการใด ๆ ต่อ ข้อมูลในพื้นที่ของตน ที่มีการร้องเรียนหรือ แจ้งให้ลบจากผู้ที่มี ความเกี่ยวข้องกับ ข้อมูล อันมีลักษณะ เป็นการละเมิด ผู้ให้ บริการอินเทอร์เน็ต จะมีความรับผิด ต่อข้อมูลดังกล่าว หากไม่นำข้อมูลที่มี ลักษณะที่ผิด	เมื่อผู้ให้บริการ ทางอินเทอร์เน็ต กระทำการต่อไปนี้ การยุยง หลอกลวง ล่อลวงและฝึก อบรมประชาชน ให้ต่อต้านรัฐ การบิดเบือน ประวัติศาสตร์ การโพสต์ข้อมูล ที่ไม่เป็นความจริง การเผยแพร่ข้อมูล เท็จที่ก่อให้เกิด ความสับสน	เมื่อผู้ให้บริการ โทรคมนาคม ไม่ปฏิบัติตาม มาตรการป้องกัน การส่งข้อมูล ตามที่กฎหมาย กำหนด ย่อมมี ความผิดทั้งทาง แพ่งและทางอาญา

ประเทศ ประเด็น	สหภาพยุโรป	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเวียดนาม	ประเทศญี่ปุ่น
3. ความรับผิด (ต่อ)	ผู้ให้บริการ ทางอินเทอร์เน็ต ให้แก้ไขความ สมบูรณ์ถูกต้อง ของข้อมูลหรือ ลบข้อมูล แต่ผู้ ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ต ไม่แก้ไข รวมถึง การขอให้ปิดกั้น ในการเข้าถึง ข้อมูลของผู้ใช้ บริการ เมื่อผู้ ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ตนั้น เพิกเฉยทั้งที่รู้ หรือควรรู้ ผู้ให้บริการ ทางอินเทอร์เน็ต ก็อาจมีความ รับผิดได้	กฎหมายนั้น ออกจาก ระบบของตนภายใน ระยะเวลาตามที่ กฎหมายกำหนด	ในหมู่ประชาชน การโพสต์ข้อมูล ลามกอนาจารหรือ ความผิดทาง อาญา และการ บ่อนทำลาย ชนบธรรมนิยม ประเพณีอันดีงาม ของประเทศ รวมถึงการโจมตี เครือข่ายในระบบ สารสนเทศที่มี ความสำคัญต่อ ความมั่นคงของชาติ หรือการจัดสรร ซื้อ ขาย ยึด จงใจ เปิดเผยข้อมูล ที่ถือเป็นความลับ ของรัฐ หรือ เปลี่ยนแปลงข้อมูล ที่เป็นความลับ ของรัฐ และโพสต์ เกี่ยวกับความลับ ของรัฐ เป็นต้น	

ประเทศ ประเด็น	สหภาพยุโรป	ประเทศสิงคโปร์	ประเทศเวียดนาม	ประเทศญี่ปุ่น
4. ข้อยกเว้น ความรับผิด	ข้อยกเว้น ความรับผิดของ ผู้ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ต จะอยู่ในส่วน ที่ Section 4: Liability of intermediary service providers ซึ่งจะครอบคลุม การบริการเพียง 3 ประเภท เท่านั้น ได้แก่ Mere conduit (มาตรา 12), Caching (มาตรา 13) และ Hosting (มาตรา 14)	ผู้ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ต ได้รับ การแจ้งเตือนให้ลบ ข้อมูลที่มีลักษณะผิด กฎหมายออกจาก ระบบ โดยได้รับจาก ผู้มีส่วนได้เสีย เมื่อผู้ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ตดำเนิน การตามขั้นตอน ที่เหมาะสมอย่าง รวดเร็วเพื่อลบหรือ ปิดใช้งานการเข้าถึง บนเครือข่ายผู้ ให้บริการทาง อินเทอร์เน็ตอาจได้ รับยกเว้นความรับผิด	ประเทศเวียดนาม ไม่มีการกำหนด ข้อยกเว้น ความรับผิด ของผู้ให้บริการ ทางอินเทอร์เน็ต เอาไว้เป็นการ เฉพาะ	ผู้ให้บริการ โทรคมนาคม รายใดรายหนึ่งมี มาตรการป้องกัน การส่งข้อมูล ตามที่กำหนด ผู้ให้บริการ โทรคมนาคม จะไม่รับผิดชอบ ต่อความเสียหาย ใด ๆ ที่เกิดขึ้น

4.1 สหภาพยุโรป (European Union: EU)

สหภาพยุโรปให้การคุ้มครองผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ภายใต้ประกาศการค้าอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2000 (Electronic Commerce Directive of 2000) แห่งสหภาพยุโรป¹² ในปัจจุบันการเติบโตของอีคอมเมิร์ซ (E-commerce) มีความสำคัญสำหรับระบอบการปกครองมากขึ้น ในขณะเดียวกัน

¹²OpenNet Initiative, **Europe - Regional Overview (2009)** [Online], available URL: <http://opennet.net/research/regions/Europe>, 2009 (July, 19).

สหภาพยุโรปจึงพัฒนาระบบการกำกับดูแล ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ISP) ซึ่งสิ่งสำคัญในการพัฒนา คือการที่จะต้องคำนึงถึงระบบความรับผิดในกิจกรรมของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ภายใต้ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC

โดยวัตถุประสงค์หลักของการกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในกฎหมายนี้ คือ¹³

1) เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ใช้บริการโดยการควบคุมและลดเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น หากผู้ใช้บริการที่ตกเป็นเหยื่อต่อการทำละเมิด กฎหมายกำหนดให้ควรแจ้งให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่เป็นเจ้าของพื้นที่ให้บริการทราบถึงสิ่งผิดกฎหมายที่พบเจอ และผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตควรลบหรือปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาที่ผิดกฎหมาย ที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตสามารถตระหนักได้ว่า ข้อมูลดังกล่าวควรที่จะมีการลบอย่างทันท่วงทีมีฉะนั้นก็อาจมีความผิด

2) เพื่อกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาระบบอีคอมเมิร์ซ โดยเป็นการกำหนดความแน่นอนทางกฎหมายเกี่ยวกับบทบาทของแต่ละบุคคล เพื่อทำให้มั่นใจว่าจะไม่มีข้อผูกมัดในการตรวจสอบความถูกต้องทางกฎหมาย

3) เพื่อสร้างตลาดดิจิทัลหนึ่งเดียว โดยใช้มาตรฐานทั่วไปกับสหภาพยุโรป สำหรับข้อยกเว้นความรับผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกรณีมีความแตกต่างกันมาก

4.1.1 ลักษณะการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการควบคุม

ความหมายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือ ISP (Internet Service Provider) ภายใต้กฎหมาย European Electronic Commerce Directive 2000/31/EC ซึ่งเป็นพื้นฐานของความรับผิดต่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตทั่วสหภาพยุโรป ได้ให้คำนิยามลักษณะผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือ ISP ไว้ใน Article 2 Definitions มาตรา 2 ของ European Electronic Commerce Directive 2000/31/EC เช่น¹⁴

(1) Information Society Services¹⁵ หมายถึง การบริการอันมีลักษณะที่ทำให้คำตอบแทนในระยะไกล ด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ผ่านอุปกรณ์และตามคำขอส่วนบุคคลของผู้รับบริการ (Article 2(a) and Article 1(2) of Directive 98/34/EC ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Directive 98/48/EC)

(a) “information society services”: services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC;

¹³Alexandre de Streel, Miriam Buiten and Martin Peitz, “Liability of online hosting platforms: should exceptionalism end?,” **Centre on Regulation in Europe** (September 2018): 13-14.

¹⁴EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC.

¹⁵EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC, Article 1(2).

(2) Service Provider¹⁶ หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ให้บริการข้อมูลในสังคม (Article 2 (b) of Directive 98/34/EC)

(b) “service provider”: any natural or legal person providing an information society service;

ซึ่งลักษณะขอบเขตและการกำกับควบคุมของกฎหมาย Electronic Commerce Directive 2000/31/EC ฉบับนี้ จะมีลักษณะการกำกับดูแลในเรื่องของ Information Society Service โดยจะเป็นการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งเกิดขึ้นทางออนไลน์ โดยเฉพาะการขายสินค้าออนไลน์ แต่อาจไม่ครอบคลุมถึง การส่งมอบสินค้า หรือการให้บริการแบบออฟไลน์ (services off-line) ซึ่ง Information Society Service ไม่ได้จำกัดเฉพาะบริการที่ก่อให้เกิดการทำสัญญาออนไลน์เท่านั้น แต่ยังขยายไปถึงการบริการที่ไม่ได้รับคำตอบแทนจากผู้ให้บริการ เช่น การให้บริการข้อมูลออนไลน์ หรือการสื่อสารเชิงพาณิชย์ หรือการให้สามารถค้นหา เข้าถึง และเรียกข้อมูลต่าง ๆ ได้ และ การบริการข้อมูลในสังคมยังรวมถึงการบริการที่ประกอบด้วยการส่งข้อมูลผ่านเครือข่ายการสื่อสาร ในการให้การเข้าถึงเครือข่ายการสื่อสารหรือในการโฮสต์ข้อมูลที่ได้รับจากผู้ให้บริการ ตาม European Electronic Commerce Directive 2000/31/EC (18)

ทั้งนี้ ก็มีข้อกำหนดด้านข้อมูลจากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องให้ข้อมูลพื้นฐานแก่ผู้ใช้บริการ โดยจะต้องทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเข้าถึงได้อย่างถาวร เช่น ชื่อของผู้ให้บริการ ที่อยู่ของผู้ให้บริการจัดตั้งขึ้น รายละเอียดของผู้ให้บริการรวมถึงที่อยู่อีเมลเพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถติดต่อได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ รายละเอียดการเป็นสมาชิกของผู้ให้บริการในทะเบียนการค้า ข้อมูลในกรณีการให้บริการอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของการอนุญาตจากหน่วยงานกำกับดูแล หรือหน่วยงานวิชาชีพ เช่น รายละเอียดของคณะวิชาชีพหรือสถาบันที่ตนลงทะเบียนอยู่ ตำแหน่งทางวิชาชีพเคยเป็นหรือเคยได้รับ การอ้างอิงถึงกฎของวิชาชีพที่ใช้บังคับและวิธีการให้บริการที่ผู้ใช้สามารถเข้าถึงได้ เช่น ลิงก์ไปยังเว็บไซต์ขององค์กรวิชาชีพ และรายละเอียดภาษีมูลค่าเพิ่มของผู้ให้บริการ รวมทั้งการคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ซึ่งจำเป็นต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าหน่วยงานที่มีอำนาจให้ความคุ้มครองดังกล่าวไม่ได้คุ้มครองเฉพาะสำหรับพลเมืองของประเทศของตนเท่านั้น แต่สำหรับพลเมืองในชุมชนทุกคนเพื่อรับประกันเสรีภาพในการให้บริการและความแน่นอนทางกฎหมาย แก่ซัพพลายเออร์ (suppliers) และผู้รับบริการ (recipients of services) อย่างมีประสิทธิภาพ ตาม European Electronic Commerce Directive 2000/31/EC (22)

4.1.2 ความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความผิด

ในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะปรากฏในส่วนที่ 4 “ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ” ซึ่งในมาตรา 12-15 ของ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC อันเป็นลักษณะของการยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต การพิจารณาว่าผู้ให้บริการ

¹⁶EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC, Article 2(b).

ทางอินเทอร์เน็ตจะต้องรับผิดชอบเมื่อใด ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจต้องรับผิดชอบสำหรับเนื้อหาที่ผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริการบางอย่าง แต่ในขณะเดียวกันก็อาจสามารถเรียกร้องการยกเว้นจากความรับผิดชอบเกี่ยวกับเนื้อหาที่ผิดกฎหมายที่จัดเก็บหรือส่งผ่านแพลตฟอร์มได้ หากการบริการดังกล่าวอยู่ภายใต้ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีความรับผิดภายใต้มาตรา 12 ที่มีข้อยกเว้นความรับผิดว่า หากผู้ให้บริการเป็นเพียงแค่ช่องทางในการส่งข้อมูลในเครือข่ายการสื่อสาร หรือเพียงแค่ให้สิทธิในการเข้าถึงเครือข่ายการสื่อสาร และผู้ให้บริการไม่ได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการส่งข้อมูล หรือไม่ได้เลือกผู้รับข้อมูล อีกทั้งไม่ได้เลือกหรือแก้ไขข้อมูลที่มีอยู่ในการส่ง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจไม่มีความรับผิดแต่หากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรานี้ไม่ว่าด้วยการตัดสินใจที่จะดำเนินการส่งข้อมูลต่าง ๆ โดยการเลือกผู้รับข้อมูลหรือแก้ไขข้อมูลที่มีอยู่ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตก็อาจมีความรับผิดได้¹⁷ หรือความรับผิดภายใต้มาตรา 13 ที่หากในกรณีที่ผู้ใช้บริการมีการร้องขอต่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในการแก้ไขความสมบูรณ์ถูกต้องของข้อมูล แต่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่แก้ไข หรือขอให้ลบข้อมูลที่เก็บไว้ รวมถึงการขอให้ปิดกั้นในการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้บริการ และหากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นปล่อยปละละเลยทั้งที่รู้หรือควรรู้ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตก็อาจมีความรับผิดได้¹⁸

เมื่อพิจารณาแล้วอาจกล่าวได้ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะต้องรับผิดชอบต่อเนื้อหาที่ผิดกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงความรู้ในการจำกัดเนื้อหาที่เผยแพร่ผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์ในระบบดิจิทัลเนื่องจากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นถือว่าเป็นผู้รับผิดชอบ จึงมีภาระหน้าที่ในการตรวจสอบเนื้อหาทั้งหมดที่โพสต์ลงบนอินเทอร์เน็ต รวมถึงความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่โอนหรือจัดเก็บข้อมูลจากซัพพลายเออร์ไปยังผู้รับบริการโดยไม่ทราบถึงเนื้อหา ซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมายนี้เป็นงานด้านเทคนิคที่ซับซ้อน และมักจะเป็นปัญหาของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตขนาดเล็กที่บุคคลเหล่านี้ส่วนใหญ่ไม่มีวิธีการจัดการในการปฏิบัติตามกฎหมายเช่นนี้ และจะต้องเผชิญต่อความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นโดยความรับผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดนั้นไม่คำนึงถึงขอบเขตของกฎหมาย ดังนั้น จึงมีผลบังคับใช้กับกฎหมายประเภทต่าง ๆ เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ การหมิ่นประมาท เนื้อหาที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ แนวทางปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น และความรับผิดทางอาญา ทางแพ่ง รวมถึงทางตรง และทางอ้อม โดยที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะต้องรับผิดชอบหากมีการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยเจตนา ในกรณีที่หากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตรู้ว่าเนื้อหาบางอย่างบนอินเทอร์เน็ตที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือกฎหมายอาจกำหนดว่าหากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตควรที่จะต้องสันนิษฐานได้ว่าเนื้อหาบางอย่างเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นจะทำให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องรับผิด

¹⁷EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC, Article 12.

¹⁸EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC, Article 13.

ในประเด็นของการกำกับดูแลที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า Electronic Commerce Directive 2000/31/EC นี้ มีลักษณะเป็นการควบคุมการกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในทางการบริการอินเทอร์เน็ต เช่นนี้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (ISP) จึงจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดในการควบคุมดูแลพื้นที่ให้บริการของตน เพื่อไม่ให้เกิดหรือปล่อยปะละเลยการกระทำที่ผิดกฎหมายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น และในการควบคุมความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นจะอยู่ในส่วนที่ Section 4: Liability of intermediary service providers แต่อย่างไรก็ดีในบทบัญญัตินี้มีข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับให้บริการอินเทอร์เน็ตบางประเภทอยู่เพื่อความเป็นธรรมต่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะครอบคลุมการบริการเพียง 3 ประเภทเท่านั้น ได้แก่ Mere conduit (มาตรา 12), Caching (มาตรา 13) และ Hosting (มาตรา 14) ดังนั้น เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นเหล่านี้ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของแต่ละข้ออย่างครบถ้วน

4.2 ประเทศสิงคโปร์ (Singapore)

ในปัจจุบันประเทศสิงคโปร์มีการใช้อินเทอร์เน็ตมากยิ่งขึ้นในช่วงหลายปีที่ผ่านมาและประเทศสิงคโปร์ถือได้ว่าเป็นเมืองหลวงแห่งเทคโนโลยีชั้นสูงของเอเชีย เนื่องจากการพัฒนาที่รวดเร็วขึ้นในด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ กฎหมายของประเทศสิงคโปร์จึงตอบสนองต่อความท้าทายทางเทคโนโลยีที่รวดเร็วตามยุคสมัย ซึ่งประเทศสิงคโปร์เป็นหนึ่งในประเทศที่มีการเชื่อมต่อระบบบรอดแบนด์มากที่สุดในโลกด้วยการใช้โทรศัพท์มือถือและยังคงเป็นหนึ่งในไม่กี่ประเทศในโลกที่การเข้าถึงอินเทอร์เน็ตบรอดแบนด์พร้อมให้สำหรับผู้ใช้งานแทบทุกแห่งในประเทศ โดยผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตของประเทศสิงคโปร์สามารถจำแนกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

- 1) รัฐบาล ผู้มีอำนาจกำกับดูแลอินเทอร์เน็ตและการใช้งานอินเทอร์เน็ตภายในประเทศ
- 2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ได้แก่ ประชาชนภายในประเทศที่ใช้งานอินเทอร์เน็ตภายใต้การควบคุมโดยกฎหมาย
- 3) ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ให้ผู้ให้บริการสามารถเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้ โดยผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะเชื่อมโยงผู้ใช้บริการเข้ากับเทคโนโลยีรับส่งข้อมูล

อย่างไรก็ดี อินเทอร์เน็ตในฐานะเทคโนโลยีใหม่จึงทำให้เสรีภาพทางอินเทอร์เน็ตในสิงคโปร์ยังมีลักษณะของการถูกจำกัด เนื่องจากรัฐบาลยังคงใช้การควบคุมเนื้อหาออนไลน์และประเทศสิงคโปร์ยังคงถูกปกครองโดยพรรคปฏิบัติการณ์ของประชาชน (PAP)¹⁹ ที่ปกครองด้วยระบบรัฐสภาของประเทศสิงคโปร์ และในการเลือกตั้งของประเทศสิงคโปร์ถึงแม้ว่าผู้ลงสมัครจะได้รับอนุญาตให้ลงสมัครรับเลือกตั้ง แต่ยังมี การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก การชุมนุม และการตั้งสมาคม โดยปัจจุบันรัฐบาลประเทศสิงคโปร์

¹⁹Freedom house, **Freedom on the net Singapore** [Online], available URL: <https://freedomhouse.org/country/singapore/freedom-net/2021>, 2021 (July, 20).

ได้มีมาตรการปราบปรามการใช้โซเชียลมีเดียและอินเทอร์เน็ตของประชาชนมากขึ้น ต่อผู้ให้บริการที่มีการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยต่อรัฐบาลหรือเผยแพร่ข้อมูลที่ทำให้รัฐบาลเกิดความเสียหาย รวมถึงการส่งต่อของข้อมูลบางประการที่ยังไม่ถูกคัดกรองโดยรัฐบาล อันเป็นการลดพื้นที่สำหรับการแสดงออกโดยเสรีและการชุมนุมโดยเสรีทางออนไลน์ ภายใต้กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Transactions Act) หรือ ETA ที่ได้ประกาศใช้ครั้งแรกในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2541 ซึ่ง ETA ได้รับการออกแบบให้เป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตและอำนวยความสะดวกในการใช้งานในกรณีที่ฝ่ายต่าง ๆ เลือกที่จะทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

4.2.1 ลักษณะการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการควบคุม

ดังที่กล่าวไปแล้วในข้างต้นมาตรการที่ประเทศสิงคโปร์ใช้กำกับดูแลควบคุมผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตภายในประเทศ คือ กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (The Electronic Transactions Act) หรือ ETA เพื่อเป็นกฎหมายสำหรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่สัญญาที่เกิดขึ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยในกฎหมายนี้นิยามของคำว่า “ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต” หมายถึง หน่วยงานที่ทำการส่ง การกำหนด หรือจัดให้มีการเชื่อมต่อสำหรับการสื่อสารทางออนไลน์ หรือเป็นการส่งหรือรับข้อมูลระหว่างจุดที่ระบุโดยผู้ใช้โดยไม่มีการปรับเปลี่ยนเนื้อหาตามที่ส่งหรือรับ และกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ได้รับการออกแบบให้เป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งครอบคลุมประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต และในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2564 กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้ง เพื่อให้โครงสร้างพื้นฐานด้านกฎหมายและกฎระเบียบของประเทศสิงคโปร์สอดคล้องกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่มีการพัฒนา เพื่อให้ประเทศสิงคโปร์สามารถแข่งขันกับประเทศอื่นได้ในระดับสากลและเพื่อพัฒนาการรักษาความปลอดภัยและการใช้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์²⁰ อีกทั้งในประเด็นเรื่องมาตรการควบคุมผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตของประเทศสิงคโปร์นี้ จะเป็นลักษณะของการขออนุญาตเป็นผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเครือข่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตภายใต้กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะมีลักษณะของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตแยกย่อยไปหลายประการ เช่น ผู้ให้บริการการแลกเปลี่ยนอินเทอร์เน็ต Singapore Internet Exchange (SGIX), ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต Internet service providers (ISPs), ผู้ให้บริการเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ต Internet content providers (ICPs) และผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตขององค์กรเอกชน เช่น SingTel, StarHub และ M1 เป็นต้น

²⁰IMDA, *The Electronic Transactions Act 2010* [Online], available URL: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/electronic-transactions-act-and-regulations>, 2021 (July, 20).

4.2.2 ความรับผิดและข้อยกเว้นความผิด

ในประเด็นเรื่องความรับผิดและข้อยกเว้นความผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ได้มีการบัญญัติไว้ในบทที่ 6 ของกฎหมายบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ETA มาตรา 26²¹ “ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ต้องรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญาใด ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาของบุคคลที่สาม ในรูปแบบของบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตให้เพียงการเข้าถึงต่อผู้ใช้บริการเท่านั้น” กล่าวโดยสรุป ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะมีความรับผิดเมื่อไม่ได้กระทำตามเงื่อนไขการยกเว้นความผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 26 ในกฎหมาย ETA ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการแจ้งและผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่นำเนื้อหาที่เป็นการละเมิด ออกจากระบบหรือพื้นที่ของตน และไม่นำข้อมูลที่มีลักษณะที่ผิดกฎหมายออกในระยะเวลาที่กำหนดนั้น ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตย่อมมีความผิดไปร่วมด้วยกับบุคคลที่สาม

²¹Electronic Transactions Act 2010, Article 26.

26.— (1) Subject to subsection (3), a network service provider shall not be subject to any civil or criminal liability under any rule of law in respect of third-party material in the form of electronic records to which the network service provider merely provides access if such liability is founded on —

(a) the making, publication, dissemination or distribution of such materials or any statement made in such material; or

(b) the infringement of any rights subsisting in or in relation to such material.

(2) Subject to subsection (3), a network service provider shall not be subject to any liability under the Personal Data Protection Act 2012 in respect of third-party material in the form of electronic records to which the network service provider merely provides access.

(3) Nothing in this section affects —

(a) any obligation founded on contract;

(b) the obligation of a network service provider as such under a licensing or other regulatory regime established under any written law;

(c) any obligation imposed under any written law or by a court to remove, block or deny access to any material; or

(d) any liability of a network service provider under the Copyright Act 2021 in respect of a rights infringement as defined by section 97 of that Act.

(3A) To avoid doubt, subsection (1) does not apply in relation to any liability under section 45E, 45F or 45N of the Broadcasting Act 1994.

ข้อสังเกต อย่างไรก็ดี นอกจากกฎหมายบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ETA มาตรา 26 ที่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเอาไว้แล้ว ในเรื่องของความรับผิดทางกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในทำนองเดียวกันดังปรากฏอยู่ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสิงคโปร์ซึ่งก็คือ Singapore Copyright Act 2021 ใน Division 2 — Remedies against network service providers ตั้งแต่มาตรา 313-328 กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นที่เกี่ยวกับระบบแคช (มาตรา 317) หากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต (network services provider) ได้รับการแจ้งเตือนให้ลบข้อมูลที่มีลักษณะผิดกฎหมายออกจากระบบ โดยได้รับจาก หรือในนามของเจ้าของลิขสิทธิ์ เมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมอย่างรวดเร็วเพื่อลบหรือปิดใช้งานการเข้าถึงสำเนาที่แคชไว้บนเครือข่ายหลักผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจได้รับยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายนี้ หรือการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยการจัดเก็บ (มาตรา 318) เมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่มีสิทธิและความสามารถในการควบคุมการละเมิดสิทธิ์ใด ๆ ทราบว่ามีการละเมิดสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับสำเนาที่เก็บไว้และได้รับการแจ้งเตือนให้ลบออกโดยอ้างว่าได้รับจากหรือในนามของเจ้าของสิทธิ์ของสำเนาที่เก็บไว้ และผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเร่งดำเนินการตามขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อลบหรือปิดใช้งานการเข้าถึงสำเนาที่เก็บไว้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจได้รับยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายนี้²²

4.3 ประเทศเวียดนาม (Vietnam)

อินเทอร์เน็ตได้เริ่มเข้ามามีบทบาทต่อระบอบการปกครองในประเทศเวียดนามตั้งแต่ช่วงปี พ.ศ. 2533 แต่อินเทอร์เน็ตในฐานะเทคโนโลยีใหม่ ณ ขณะนั้น ทำให้การใช้งานหรือการทำกิจกรรมทางอินเทอร์เน็ตในประเทศเวียดนามต้องได้รับอนุญาตโดยเฉพาะภายในขอบเขตที่รัฐบาลสามารถควบคุมได้ และในขณะนั้นประเทศเวียดนามมีระบอบการปกครองโดยพรรคคอมมิวนิสต์เวียดนาม (CPV) ซึ่งมีระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวมาเป็นเวลานานจนถึงปัจจุบัน ซึ่งโดยหลักการแล้วในการเลือกตั้งของประเทศเวียดนามถึงแม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งจะอนุญาตให้ผู้สมัครได้รับอนุญาตให้ลงสมัครรับเลือกตั้ง แต่ส่วนใหญ่ยังคงถูกจำกัดในทางด้านของเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพทางศาสนา อีกทั้งยังรวมถึงการเคลื่อนไหวทางการเมืองของประชาชนก็ยังคงถูกจำกัดอย่างเข้มงวด โดยปัจจุบันรัฐบาลในประเทศเวียดนามได้มีการปราบปรามการใช้โซเชียลมีเดียและอินเทอร์เน็ตของประชาชนมากยิ่งขึ้นต่อการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยต่อรัฐบาลและการส่งต่อของข้อมูลที่ยังไม่ถูกคัดกรองโดยรัฐบาล

²²Copyright Act 2021, Division 2— Remedies against network service providers [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/22-2021/Published/?Provids=P16-#pr313> --%E0%B8%AB%E0%B8%99%16%E0%B8%B2, 2022 (July, 26).

4.3.1 ลักษณะการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการควบคุม

ประเทศเวียดนามอาจจำแนกผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตได้เป็น 3 กลุ่ม คือ 1) รัฐบาล ซึ่งมีอำนาจกำกับดูแลอินเทอร์เน็ตและการใช้งานอินเทอร์เน็ตภายในประเทศ 2) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นประชาชนภายในประเทศที่ต้องใช้งานอินเทอร์เน็ตภายใต้การควบคุมโดยกฎหมายของประเทศเวียดนาม 3) ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ผู้ที่ให้บริการบนเครือข่ายโทรคมนาคม อินเทอร์เน็ต หรือบริการเสริมออนไลน์อื่น ๆ หรือ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวม ใช้ และประมวลผล ข้อมูลผู้ใช้ รวมถึงข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะทำหน้าที่เปรียบเสมือนผู้ให้บริการที่เชื่อมผู้ให้บริการกับอินเทอร์เน็ต แต่ในการเปิดเซิร์ฟเวอร์เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้ใช้อินเทอร์เน็ตก็ไม่ได้มีเสรีภาพหรืออิสระมากเท่าที่ควร เพราะยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นต้องทำตามรัฐบาลของประเทศเวียดนาม เช่น ในการให้บริการต้องเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตผ่านเกตเวย์ระหว่างประเทศที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเพียงเท่านั้น เพื่อให้รัฐบาลสามารถตรวจสอบและเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวการที่รัฐบาลได้มีกฎหมายในการควบคุมเกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตต่อผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ ในมุมมองของต่างประเทศต่อประเทศเวียดนามอาจมองว่าการใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศเวียดนามนั้นถูกจำกัดเป็นอย่างมาก ถึงแม้ว่าในรัฐธรรมนูญปี 2556 (2013) ของประเทศเวียดนามจะบัญญัติยอมรับในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อหรือการแสดงออกที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในลักษณะที่ 5 มาตราที่ 25 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด เสรีภาพในการเสนอข่าวสาร การเข้าถึงข้อมูล การรวมกันเป็นสมาคม และการชุมนุมประท้วง การใช้สิทธิดังกล่าวต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ”²³

ในการใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศเวียดนามจะถูกกำหนดอยู่ภายใต้ Decree No. 21/CP dated March 05, 1997 of the Government issuing the “provisional regulation on the management, establishment and use of Internet network in Vietnam” (ระเบียบชั่วคราวเกี่ยวกับการจัดการ การจัดตั้ง และการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตในเวียดนาม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดถึงขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐและการใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศเวียดนาม ซึ่งในบทบัญญัติทั่วไปตามระเบียบฉบับนี้ มาตรา 1 ระบุว่ารัฐบาลเวียดนามจะเป็นผู้จัดการและควบคุมเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในเวียดนามทั้งหมด ตลอดจนการบริการของเครือข่ายและการจัดการเกตเวย์ระหว่างประเทศที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต รวมถึงการควบคุมข้อมูลที่ส่งบนเครือข่ายของหน่วยงานหรือองค์กรที่ต้องการเชื่อมต่อ

²³Article 25 The Constitution of The Socialist Republic of Vietnam, 2013, The citizen shall enjoy the right to freedom of opinion and speech, freedom of the press, of access to information, to assemble, form associations and hold demonstrations. The practice of these rights shall be provided by the law.

เครือข่ายข้อมูลคอมพิวเตอร์กับอินเทอร์เน็ต²⁴ ซึ่งในมาตรา 3 ของระเบียบฉบับนี้ ข้อมูลทั้งหมดที่เข้าถึงได้ รวมถึงการส่งและรับในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตต้องผ่านเกตเวย์ระหว่างประเทศในเวียดนามและต้องเป็นไปตามมาตรา 10 ของกฎหมายว่าด้วยสื่อ (Law on Media) กล่าวคือ จะต้องปฏิบัติตามหลักการดังต่อไปนี้²⁵

(1) ต้องงดเว้นการยุยงประชาชนให้กบฏหรือต่อต้านรัฐบาล หรือบ่อนทำลายความสามัคคีของชาติ และการยุยงให้เกิดการรวมตัวของประชาชน

(To abstain from inciting the people to rebel against the State of the Socialist Republic of Vietnam and damage the unification of the people;)

(2) ต้องไม่ยุยงให้เกิดความรุนแรงในสื่อ การโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับสงครามจากการสร้างความเกลียดชังระหว่างกลุ่มชาติพันธุ์และผู้คนจากประเทศต่าง ๆ รวมถึงการส่งเสริมความลามกอนาจาร ความเสื่อมทราม อาชญากรรม และสิ่งขัดต่อประเพณีและขนบธรรมเนียม

(To abstain from inciting the use of violence, from disseminating propaganda relating to war, from creating hatred between ethnic groups and people from different countries, from encouraging obscenity, depravity and crime;)

(3) ห้ามกระทำการในลักษณะใด ๆ ที่เป็นการเปิดเผยความลับของรัฐบาล เช่น ความลับทางการทหาร ความมั่นคงเศรษฐกิจ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความลับอื่น ๆ ที่กำหนดโดยกฎหมาย

(To abstain from disclosing State secrets including: military, security, economic, foreign relations, and other secrets stipulated by law;)

(4) ห้ามเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จ บิดเบือน หรือหมิ่นประมาทวิบุรุษของชาติ หรือปฏิเสธความสำเร็จของการปฏิวัติ หรือดูหมิ่น ทำลายศักดิ์ศรีอันเป็นอันตรายต่อชื่อเสียงขององค์กร หรือชื่อเสียงและศักดิ์ศรีของพลเมือง

(To abstain from disseminating information which is untruthful, distorted, or slanderous and harmful to the reputation of organizations or the reputation and dignity of citizens.)

ทำให้ในการเผยแพร่สื่อออนไลน์ใด ๆ ที่ “เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ” หรือ “ต่อต้าน” รัฐบาลนั้นมีความผิดทางกฎหมาย อีกทั้งกำหนดให้ทุกหน่วยงานในประเทศเวียดนามที่ต้องการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเพื่อการใช้งานส่วนตัวหรือเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือ

²⁴Article 1 Decree No. 21/CP dated March 05, 1997 of the Government issuing the “provisional regulation on the management, establishment and use of Internet network in Vietnam.

²⁵Article 10 Law On Media, Matters on which the media is not permitted to report.

ก่อตั้งเซิร์ฟเวอร์ของตน จำเป็นที่จะต้องระบุตำแหน่งเซิร์ฟเวอร์ลงในประเทศเวียดนามและต้องเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตผ่านเกตเวย์ระหว่างประเทศที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเพียงเท่านั้น²⁶

ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2561 ก็ได้มีการร่างกฎหมายความปลอดภัยทางไซเบอร์ฉบับใหม่ของประเทศเวียดนาม ซึ่งต่อมาได้ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2565 เป็นกฎหมายหลักในควบคุมการบริการบนอินเทอร์เน็ตโดยจะมีการกำหนดรายชื่อระบบสารสนเทศด้านความมั่นคงที่สำคัญของประเทศ และเจ้าของระบบสารสนเทศที่สำคัญดังกล่าวจะต้องให้ข้อมูลที่กำหนดบางอย่างแก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และปฏิบัติตามมาตรการรักษาความปลอดภัยตามที่รัฐบาลกำหนด²⁷ รวมถึงการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกำหนดให้บริษัทใช้มาตรการบางอย่าง เช่น การลบข้อมูล การให้ข้อมูลแก่เจ้าหน้าที่ และการระงับชื่อโดเมน ในสถานการณ์เช่นที่มีการละเมิดกฎหมาย หรือการละเมิดความมั่นคงของชาติ ระเบียบสังคม และความปลอดภัย เป็นต้น

4.3.2 ความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความผิด

กฎหมายฉบับใหม่นี้ได้กำหนดค่านิยามแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเพื่อกำหนดความรับผิด ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งหมายถึง องค์กรหรือบริษัทที่ให้บริการบนเครือข่ายโทรคมนาคม อินเทอร์เน็ต หรือบริการเสริมออนไลน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวม ใช้ ส่งและจัดเก็บข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต รวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลผ่านระบบของตน และส่งรายงานไปยังหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมาย นอกจากนี้ ยังกำหนดให้องค์กรและบุคคลต่าง ๆ ภายใต้อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของตน จะต้องการควบคุมและตรวจสอบเนื้อหาเพื่อป้องกันการก่อวินาศกรรมเพื่อตอบโต้และแก้ไขผลที่ตามมาจากการโจมตีทางไซเบอร์ที่กระทำผ่านข้อมูล ระบบขององค์กรและบุคคลทั้งในประเทศและต่างประเทศ เช่น ตามกฎหมายระบุว่ากระทรวงข้อมูลและการสื่อสารและหน่วยงานความปลอดภัยทางไซเบอร์ภายใต้กระทรวงความมั่นคงสาธารณะมีอำนาจในการขอให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตลบโพสต์หรือการแชร์ของผู้ใช้บริการอันเกี่ยวกับเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมได้ โดยหน่วยงานของรัฐจะส่งคำบอกกล่าวไปยังเจ้าของระบบอย่างน้อย 12 ชั่วโมง และข้อมูลที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมดังกล่าวจะต้องถูกลบออกภายใน 24 ชั่วโมง²⁸ หลังจากได้รับคำบอกกล่าว

²⁶Decree No. 21/CP regarding the Promulgation of “Temporary Regulation on the Management, Establishment, and Use of the Internet in Vietnam,” issued by the Government of Vietnam on March 5, 1997], replaced by decree No. 55/2001/nd-cp in 2001, (Viet.)

²⁷CMS Law Now, **Vietnam’s new Cybersecurity Law requiring data localisation to take effect on 1 October 2022** [Online], available URL: <https://cms-lawnow.com/en/ealerts /2022/08/vietnam-s-new-cybersecurity-law-requiring-data-localisation-to-take-effect-on-1-october-2022>, 2022 (July, 14).

²⁸Law on Cybersecurity, 2018, Vietnam, Article 26 2. (b).

จะมีการแจ้งผลการตรวจสอบภายใน 30 วันนับจากเสร็จสิ้นการตรวจสอบ และนอกจากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยทางไซเบอร์ ยังได้กำหนดเนื้อหาที่มีลักษณะไม่เหมาะสมหรือผิดกฎหมายตามกฎหมายนี้ไว้อีกหลายประการ เช่น ในกรณีตามมาตรา 8 การห้ามมิให้กระทำการต่อไปนี้โดยเด็ดขาด การยุยง สมรู้ร่วมคิด ดิสสับบรอน หลอกลวง ล่อลวง และฝึกรบประชาชนให้ต่อต้านรัฐ การบิดเบือนประวัติศาสตร์ การเลือกปฏิบัติทางเพศ ความผิดทางศาสนา การเหยียดเชื้อชาติ การโพสต์ข้อมูลที่ไม่เป็นความจริง การเผยแพร่ข้อมูลที่ก่อให้เกิดความสับสนในหมู่ประชาชน การค้าประเวณี หรือการค้ามนุษย์ การโพสต์ข้อมูลลามกอนาจารหรือความผิดทางอาญา และการบ่อนทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของประเทศ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการก่อการร้ายและอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต รวมถึงการโจมตีเครือข่ายในระบบสารสนเทศที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของชาติ²⁹

ปัจจุบันประเทศเวียดนามไม่มีข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเนื่องจากประเทศเวียดนามปกครองโดยพรรคคอมมิวนิสต์เวียดนาม (CPV) โดยมีระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวมาเป็นเวลานาน ซึ่งโดยหลักการแล้วในการเลือกตั้งของประเทศเวียดนามถึงแม้ว่าผู้สมัครอิสระจะได้รับอนุญาตให้ลงสมัครรับเลือกตั้ง แต่ส่วนใหญ่จะถูกห้ามในทางปฏิบัติ อีกทั้งเรื่องของเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพทางศาสนา และการเคลื่อนไหวทางการเมืองของประชาชนก็ยังถูกจำกัดอย่างเข้มงวด ปัจจุบันรัฐบาลได้ปราบปรามการใช้โซเชียลมีเดียและอินเทอร์เน็ตของประชาชนมากยิ่งขึ้นต่อการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยต่อรัฐบาลและการส่งต่อของข้อมูลที่ยังไม่ถูกคัดกรองโดยรัฐบาล จึงเป็นเหตุผลที่ว่า การดำเนินการต่าง ๆ ของพรรคคอมมิวนิสต์เวียดนามมักจะทำโดยไม่เปิดเผยและบทบัญญัติกฎหมายค่อนข้างอ่อนแอ ข้อมูลต่าง ๆ ในโลกออนไลน์จึงอาจถูกระงับได้โดยง่ายหากถือว่าเป็นการคุกคามผลประโยชน์ของรัฐโดยตรง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงสรุปได้ว่ารัฐบาลของประเทศเวียดนามไม่ได้ให้ความสำคัญกับการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในประเทศเวียดนามเท่าที่ควร เพียงแค่กำหนดความรับผิดหากเกิดการรั่วไหลของข้อมูลหรือการที่มีข้อมูลที่ต้องห้ามตามกฎหมายในแพลตฟอร์มออนไลน์ของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเพียงเท่านั้น จึงทำให้ประชาชนในประเทศเวียดนามส่วนใหญ่หันไปใช้บริการจากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่มาจากภายนอกประเทศแทน และด้วยความเกรงกลัวต่ออุดมการณ์ของระบอบการปกครองปัจจุบันและการกำหนดรับผิดที่เข้มงวด ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจึงอาจต้องกระทำการต่าง ๆ ตามคำร้องขอโดยเฉพาะจากทางการหรือรัฐเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิด จึงทำให้มีช่องว่างสำหรับการพัฒนาประเทศเวียดนามในประเด็นเรื่องของเสรีภาพในการแสดงออกทางออนไลน์ และความอิสระหรือกฎเกณฑ์บางประการสำหรับผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตก็ไม่อาจพัฒนาได้ตามเทคโนโลยีในยุคปัจจุบัน

²⁹Law on Cybersecurity, 2018, Vietnam, Article 8.

4.4 ประเทศญี่ปุ่น (Japan)

ในประเทศญี่ปุ่นได้นิยามคำจำกัดความของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต คือ “ผู้ให้บริการโทรคมนาคม”³⁰ ซึ่งหมายถึง บุคคลที่ใช้ส่งอำนวยความสะดวกด้านโทรคมนาคมที่ระบุเพื่อทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการสื่อสารของบุคคลอื่นหรือจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกด้านโทรคมนาคมเฉพาะที่ใช้สำหรับการสื่อสารของบุคคลอื่น ซึ่งไม่ใช่แค่เครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพียงเท่านั้นที่ได้ให้คำนิยามในผู้ให้บริการโทรคมนาคม ที่ผ่านมาประเทศญี่ปุ่นนั้นได้มีการให้เสรีภาพในการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพย่อมมาพร้อมขอบเขตการใช้งานที่ผ่านการควบคุมโดยรัฐบาลประเทศญี่ปุ่น

4.4.1 ลักษณะการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการควบคุม

ในปัจจุบันประเทศญี่ปุ่นได้ให้เสรีภาพในการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นอย่างมากซึ่งผู้ให้บริการทุกคนสามารถสร้างเนื้อหาหรือเข้าถึงเนื้อหาได้อย่างสะดวก แต่อย่างไรก็ตาม จะมีในบางข้อมูลหรือเนื้อหาเท่านั้นที่รัฐได้เข้ามาแทรกแซงหรือทำการควบคุมเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในอนาคตในการเข้ามา

³⁰Article 2 Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender.

The meanings of the terms set forth in the following items are as prescribed respectively in those items:

(i) the term “specified telecommunications” means sending telecommunications aimed at reception by unspecified persons (meaning telecommunications as defined in Article 2, item (i) of the Telecommunications

Business Act (Law No. 86 of 1984); hereinafter the same applies in this item) (excluding sending telecommunications aimed at direct reception by the public);

(ii) the term “specified telecommunications facilities” means telecommunications facilities (meaning telecommunications facilities as defined in Article 2, item (ii) of the Telecommunications Business Act) which are used for specified telecommunications;

(iii) the term “specified telecommunications service provider” means a person that uses specified telecommunications facilities to serve as a medium for other people’s communication, or that provides specified telecommunications facilities used for other people’s communication;

(iv) the term “sender” means a person that records information in a recording medium of specified telecommunications facilities used by a specified telecommunications service provider (limited to cases in which the information recorded in the recording medium is transmitted to unspecified persons), or a person who has input information into a transmission device of specified telecommunications facilities (limited to cases in which the information input into the transmission device is transmitted to unspecified persons).

กำกับดูแลของรัฐนั้น โดยปกติแล้วรัฐจะไม่เข้าแทรกแซงให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตปิดกั้นหรือกรองเนื้อหาในญี่ปุ่นเนื่องจากสามารถใช้งานได้อย่างอิสระ

ซึ่งในประเทศญี่ปุ่นในเรื่องที่เกี่ยวกับผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตได้มีการออกกฎหมายเพื่อใช้เป็นการเฉพาะเอาไว้ คือ Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender หรือ “กฎหมายการจำกัดความรับผิดชอบต่อความเสียหายของผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่ระบุสิทธิในการเรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลประจำตัวของผู้ส่งที่ประเทศญี่ปุ่น” ซึ่งนำมาบังคับใช้กับผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต กฎหมายนี้ไม่เพียงแต่ควบคุมผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่ดำเนินการส่งข้อความสะดวกเครือข่ายของตนเอง แต่ยังรวมถึงผู้ให้บริการที่อำนวยความสะดวกในการสื่อสารโทรคมนาคมระหว่างผู้ใช้ แต่ไม่ได้ดำเนินการส่งข้อความสะดวกเครือข่ายของตนเอง เช่น บริการโฮสต์เฉพาะที่ลูกค้าสามารถใช้งานเวิร์ฟเวอร์อีเมล บริการบนอินเทอร์เน็ตที่ไม่ได้ออกแบบมาเพื่ออำนวยความสะดวกในการสื่อสารโทรคมนาคม เช่น บริการธนาคารทางอินเทอร์เน็ตและจดหมายข่าวทางอินเทอร์เน็ตและการสมัครรับข้อมูลสื่อไม่ถือเป็นบริการโทรคมนาคม ดังนั้น จึงไม่ได้ควบคุมภายใต้กฎหมาย

กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (MIC) เป็นหน่วยงานกำกับดูแลระดับประเทศที่ดูแลผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตและเทคโนโลยีดิจิทัลการดำเนินการอย่างเสรี ยุติธรรม ซึ่งโทรคมนาคมอินเทอร์เน็ต และการออกอากาศอยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (MIC) แทนที่จะเป็นคณะกรรมการอิสระ หน่วยงานกำกับดูแลตนเองบางแห่งยังจัดการเนื้อหาและปัญหาอื่น ๆ ด้วย ทั้งนี้ที่ผ่านมามีกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (MIC) ได้เข้ามามีบทบาทควบคุมและดูแลมากขึ้น จึงทำให้อุตสาหกรรมในประเทศญี่ปุ่นดีขึ้นตั้งแต่ กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (MIC) ก่อตั้งขึ้นในปี 2544 ซึ่งเป็นผลมาจากการควบรวมกิจการของกระทรวงมหาดไทย กระทรวงพาณิชย์ และโทรคมนาคม และหน่วยงานจัดการและประสานงานของรัฐบาล³¹

4.4.2 ความรับผิดชอบและข้อยกเว้นความผิด

กฎหมาย Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender จำกัดความรับผิดชอบต่อความเสียหายของผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่ระบุและสิทธิในการเรียกร้องให้เปิดเผยข้อมูลประจำตัวของผู้ส่ง มาตรา 3 ข้อ 2 ได้ระบุไว้ว่า “หากผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายใดรายหนึ่งมีมาตรการป้องกันการส่งข้อมูลตามที่กำหนด ผู้ให้บริการโทรคมนาคมจะไม่รับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น ภายใต้การใช้มาตรการเหล่านี้เท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกัน

³¹Freedom house, **Freedom on the net Japan** [Online], available URL: <https://freedomhouse.org/country/japan/freedom-net/2021>, 2021 (March, 28).

การส่งข้อมูลไปยังบุคคลที่ไม่ระบุรายละเอียดและมาตรการเหล่านี้ขึ้นอยู่กับข้อใดข้อหนึ่งต่อไปนี้ ซึ่งในมาตรา 3 ข้อ 2 นี้ ได้ระบุมาตรการของการป้องกันผู้ส่งข้อมูลซึ่งจะมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) หากมีเหตุเพียงพอให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายดังกล่าวเชื่อว่าถูกละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุอันควรผ่านการเผยแพร่ข้อมูลโดยโทรคมนาคมที่กำหนด³²

(if the related service provider knew that the violation of the rights of others was due to distribution of information by specified telecommunications;)

2) หากบุคคลที่กล่าวหาว่าถูกละเมิดสิทธิ โดยการกระจายข้อมูลโดยโทรคมนาคมที่กำหนด ได้ยื่นคำร้องให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายดังกล่าวดำเนินมาตรการป้องกันข้อมูลที่จะละเมิดสิทธิของบุคคลนั้น (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “การละเมิดข้อมูล”) ถูกส่งต่อ (ต่อจากนี้จะเรียกว่า “มาตรการป้องกันการแพร่ระบาด” ในข้อนี้) โดยระบุข้อมูลที่จะละเมิด สิทธิที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิด และเหตุผลที่บุคคลนั้นกล่าวหาว่าตนถูกละเมิด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ละเมิดข้อมูล”) และหากผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายใดระบุข้อมูลที่เป็นการละเมิดและผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายดังกล่าวยังไม่ได้รับแจ้งจากผู้ส่งว่าไม่ยินยอมให้ดำเนินการป้องกันการแพร่ระบาดหลังจากเจ็ดวันผ่านไป ล่วงไปนับแต่วันที่ผู้ส่งได้รับการสอบสวน³³

(if the related service provider had knowledge of the distribution of information by the specified telecommunications, and there are adequate grounds to believe that the related service provider was aware of the fact that the violation of the rights of others was due to the distribution of information by specified telecommunications.)

จากมาตรา 3 ข้อ 2 ที่ได้บัญญัติไว้หากเป็นไปตามข้อกำหนดบางประการ แม้ว่าผู้ให้บริการโทรคมนาคมหรือผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่ระบุ จะมีการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการส่งสัญญาณ ก็จะได้รับยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยผู้ส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องในกรณีก็ตามหลักเหตุผลแล้ว ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตหรือหน่วยงานที่คล้ายคลึงกันมีหน้าที่ในการกำหนดมาตรการป้องกันการส่งสัญญาณ เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วการปฏิบัติหน้าที่นั้น (ขั้นตอนในการป้องกันการส่งสัญญาณ) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

³²Article 3(i) Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender.

³³Article 3(ii) Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender.

5. บทสรุป

ประเทศไทยมีแนวคิดที่จะให้ผู้บริการนั้นมีความหมายที่ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ ไม่ได้มีการจำกัดว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตจะต้องมีสถานะบุคคลเป็นนิติบุคคล อาจจะเป็นเพียงบุคคลธรรมดา ร่วมก่อตั้งและสร้างพื้นที่ ๆ สามารถให้บริการได้และมีความหมายเข้าข่ายดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตตามความหมายแล้ว ในขณะที่แนวคิดในต่างประเทศ โดยส่วนมากจะมองว่าผู้ให้บริการจะต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ การร่วมกันดำเนินกิจการ อันใดอันหนึ่ง แล้วก่อตั้งเป็นนิติบุคคลตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยมีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ และมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ ซึ่งโดยสภาพมิได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น โดยเป็นการจำกัดกรอบความหมายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่แคบกว่าประเทศไทยมาก แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยและนานาประเทศ ก็ยังมี ส่วนที่เห็นพ้องต้องกันในเรื่องของการให้ความหมายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอยู่บ้าง เช่น การมองว่า ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ได้มีเพียงหน้าที่ในการให้บริการ ในการเชื่อมต่อระบบอินเทอร์เน็ต เพียงอย่างเดียว แต่อาจหมายถึงผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น นำเสนอบริการที่หลากหลายเพื่อให้ง่ายต่อการเชื่อมต่อนั้นและความต้องการบริการที่มีการจัดการ ทั่วไประบบ³⁴ การเป็นโฮสต์ของเว็บไซต์หรือการช่วยดูแลระบบทางเทคนิค³⁵ เป็นต้น

อีกทั้งกฎหมายของประเทศไทยนั้นยังไม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเพียงพอ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอาจต้องร่วมรับผิดชอบในสิ่งที่ตนไม่ได้ก่อ ซึ่งกฎหมายของกลุ่มสหภาพยุโรปนั้น ได้ระบุว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่คล้ายท่ที่ลบล้างข้อมูล ในกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่มีหน้าที่เป็นท่ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ให้บริการที่กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ผู้อื่นในพื้นที่ของตน ซึ่งต่างจากมาตรา 15 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีความผิดและต้องรับโทษเท่ากับ ผู้ใช้บริการที่กระทำละเมิดต่อผู้อื่น โดยไม่ให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตได้พิสูจน์ตนเอง ฉะนั้น ควรเปิดโอกาส ให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตพิสูจน์หักล้างข้อกล่าวหาจึงเป็นเรื่องที่เหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต

³⁴องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD), ความหมายของทางอินเทอร์เน็ต [Online], available URL: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6740,2563> (ตุลาคม, 23).

³⁵คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific – United Nation ESCAP), ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต [Online], available URL: <https://www.unescap.org/sites/default/files/lsp,2563> (ตุลาคม, 23).

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าการกำหนดความรับผิดในลักษณะการจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ดังจะเห็นได้จากของสหภาพยุโรปที่กำหนด “เมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามมาตรา 12-15 ของ Electronic Commerce Directive 2000/31/EC เช่น ในกรณีที่ผู้ใช้บริการมีการร้องขอต่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตให้แก้ไขความสมบูรณ์ถูกต้องของข้อมูลหรือลบข้อมูล แต่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่แก้ไข รวมถึงการขอให้ปิดกั้นในการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใช้บริการ เมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นเพิกเฉยทั้งที่รู้หรือควรรู้ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตก็อาจมีความรับผิดได้” หรือของประเทศสิงคโปร์ The Electronic Transactions Act (ETA) “เมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่นำเนื้อหาที่มีการแจ้งให้ลบจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่มีลักษณะของการละเมิด ออกจากระบบหรือพื้นที่ของตน และไม่นำข้อมูลที่มีลักษณะที่ผิดกฎหมายออกในระยะเวลาที่กำหนดนั้น” รวมถึงกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender “เมื่อผู้ให้บริการโทรคมนาคมไม่ปฏิบัติตามมาตรการป้องกันการส่งข้อมูลตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมมีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา” ซึ่งจากกรณีลักษณะข้อกำหนดความผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตของทั้ง 3 ประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่มีการกำหนดเงื่อนไขให้กับผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องกระทำการลบข้อมูลหรือนำข้อมูลออกเมื่อมีการแจ้งให้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด หากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ดำเนินการเช่นนั้นจึงจะถือว่ามีความผิดตามกฎหมายของประเทศดังกล่าว ซึ่งต่างจากกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 15 ที่ระบุว่า “ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์

ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

ซึ่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้มีการบัญญัติวรรคสามเพิ่มเติมว่า หากผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตพิสูจน์ได้ว่าตนปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตนั้นไม่ต้องรับโทษ Notice and Takedown เป็นกระบวนการแจ้งเตือนผู้ให้บริการว่ามีข้อมูลในการควบคุมดูแลของตนกำลังฝ่าฝืนกฎหมายอยู่ โดยต้องนำข้อมูลนั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่าย และต้องระงับการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว ตามขั้นตอนที่รัฐมนตรีประกาศอันเป็นกฎหมายลำดับรองออกมา และหากยังมีข้อมูลที่ฝ่าฝืนกฎหมาย “ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต” จึงมีความผิด ซึ่งระบบการแจ้งเตือนให้ลบเนื้อหา (Notice and Takedown) เป็นกลไกที่ทำหน้าที่ช่วยให้ผู้ให้บริการทาง

อินเทอร์เน็ต (ISP) ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อหาให้พื้นที่แก่เนื้อหาที่ละเมิดผู้อื่น และเป็นการกำหนดเงื่อนไขที่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการไม่ต้องมีภาระรับผิด หากได้ระงับการเผยแพร่เนื้อหาที่อาจผิดกฎหมาย หลังจากได้รับการแจ้งจากผู้ที่เกี่ยวข้องละเมิดสิทธิ ภายในระยะเวลาที่กำหนดหากหยุดเผยแพร่ได้ ภายในกำหนดจะถือว่าไม่มีความผิด แต่หากเกินกำหนดก็อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้เป็นภาระของผู้ให้บริการในการพิสูจน์เพื่อให้ตนเองพ้นจากความผิด ซึ่งกระบวนการพิสูจน์ดังกล่าวย่อมต้องใช้ทั้งระยะเวลาที่ใช้เวลาระยะยาวและมีค่าใช้จ่ายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตในการพิสูจน์ค่อนข้างสูง แม้ว่าผู้ให้บริการนั้นได้ปฏิบัติตามตามประกาศของรัฐมนตรีตามมาตรา 15 วรคสองแล้ว แต่หากผู้กล่าวหาเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่การพิสูจน์ว่าผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีดังกล่าวมากกว่าการให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าการกำหนดความรับผิดของที่ไม่มีลักษณะแยกข้อกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตเป็นเหตุให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องแบกรับความรับผิดร่วมกับผู้ใช้บริการที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งสร้างความไม่เป็นธรรมให้แก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตได้

6. ข้อเสนอแนะ

1) เนื่องจากในประเทศไทยยังมีปัญหาเกี่ยวกับคำจำกัดความของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่มีความหมายที่ค่อนข้างกว้าง จึงควรมีการกำหนดคำนิยามของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตให้ชัดเจนไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 โดยอาศัยหลักเกณฑ์จากนานาประเทศที่เห็นพ้องต้องกันในเรื่องของการให้ความหมายของผู้ให้บริการ เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

2) ควรบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับบทคุ้มครองผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่ต้องร่วมรับผิดกับผู้ใช้บริการที่กระทำผิดกฎหมายผู้อื่นในพื้นที่ของตนในสิ่งที่ตนไม่ได้ก่อ โดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการจากประเทศที่กล่าวมา ดังเช่น กำหนดลักษณะคล้ายกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ The Electronic Transactions Act (ETA) “เมื่อผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตไม่นำเนื้อหาที่มีการแจ้งให้ลบจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่มีลักษณะของการละเมิดออกจากระบบหรือพื้นที่ของตน และไม่นำข้อมูลที่มีลักษณะที่ผิดกฎหมายออกในระยะเวลาที่กำหนดนั้น” ซึ่งจะทำกฎหมายมีความชัดเจนยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรพิจารณาประเด็นตามมาตรา 15 วรค 3 “ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตต้องมีภาระในการพิสูจน์ ควรให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้แจ้งหรือเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตอีกประการหนึ่งด้วย

บรรณานุกรม

- คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific – United Nation ESCAP). **ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต**. [Online]. Available URL: <https://www.unescap.org/sites/default/files/lsp>, 2563 (ตุลาคม, 23).
- องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD). **ความหมายของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต** [Online]. Available URL: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6740>, 2563 (ตุลาคม, 23).
- Thainetizen. **รู้จักหลักการ “Notice and Notice” สำหรับการกำกับเนื้อหาออนไลน์** [Online]. Available URL: <https://thainetizen.org/2016/05/notice-and-notice-content-regulation/>, 2559 (พฤษภาคม. 19).
- Alexandre de Streel. Miriam Buiten and Martin Peitz. **Liability of online hosting platforms: should exceptionalism end?**. Centre on Regulation in Europe asbl (September 2018): 13-14.
- Bach, Deborah. **Liability of internet ‘intermediaries’ in developing countries** [Online]. Available URL: <http://www.sciencedaily.com/releases/2016/06/160630145018.htm>. 2016 (June, 30).
- Chanhom, Kanaphon. **Defamation and Internet Service Providers in Thailand** [Online]. Available URL: <http://researchgate.net/publication/303659572>, 2016 (July, 28).
- CMS Law Now. **Vietnam’s new Cybersecurity Law requiring data localisation to take effect on 1 October 2022** [Online]. Available URL: <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2022/08/vietnam-s-new-cybersecurity-law-requiring-data-localisation-to-take-effect-on-1-october-2022>, 2022 (July, 14).
- EdiMA. **Online Intermediaries** [Online]. Available URL: <https://www.copenhageneconomics.com/dyn/resources/Publication/publicationPDF/9/189/0/125301%20Edima%20Online%20Intermediaries%20Report%20FINAL%2010JAN2012.pdf>, 2012 (March, 27).
- ETDA. **ISP (Internet Service Provider)** [Online]. Available URL: <https://www.etda.or.th/th/Useful-Resource/terminology/หมวดหมู่-I/329.aspx>, 2020 (November, 16).
- Freedom house. **Freedom on the net Japan** [Online]. Available URL: <https://freedomhouse.org/country/japan/freedom-net/2021>. 2021 (March, 28).

- _____. **Freedom on the net Singapore** [Online]. Available URL: <https://freedomhouse.org/country/singapore/freedom-net/2021>, 2021 (March, 28).
- Gasser and Wolfgang Schulz. **NoC Online Intermediaries Research Project: Synthesis** [Online]. Available URL: https://publixphere.net/page/NoC_Online_Intermediaries_Research_Project_Synthesis, 2015 (June, 12).
- IMDA. **The Electronic Transactions Act 2010** [Online]. Available URL: <https://www.imda.gov.sg/regulations-and-licensing-listing/electronic-transactions-act-and-regulations>, 2021 (July, 20).
- OpenNet Initiative. **Europe - Regional Overview (2009)** [Online]. Available URL: <http://open.net.net/research/regions/Europe>, 2009 (July, 14).
- The center of Democracy and Technology. **Intermediary Liability: Protecting Internet Platforms for Expression and Innovation** [Online]. Available URL: <http://www.cdt.org/paper/intermediary-liability-protecting-internet-platforms-expressionandinnovatio>, 2010 (April, 12).
- พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.
- Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Sender.
- Decree No. 21/CP regarding the Promulgation of “Temporary Regulation on the Management, Establishment, and Use of the Internet in Vietnam,” issued by the Government of Vietnam on March 5, 1997], replaced by decree No. 55/2001/nd-cp in 2001, (Viet.).
- Electronic Transactions Act 2010.
- EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC.
- Law on Cybersecurity 2018. Vietnam.
- Law On Media.
- The Constitution of The Socialist Republic of Vietnam. 2013. The citizen shall enjoy the right to freedom of opinion and speech. freedom of the press. of access to information. to assemble. form associations and hold demonstrations. The practice of these rights shall be provided by the law.
- The Digital Millennium Copyright Act (DMCA).

ปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้า
เฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกัน: กรณีศึกษา
สุราพิสโกในประเทศไทย

เปมิกา รัตนกฤตยาณี
รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี

ปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อ
เหมือนหรือพ้องกัน: กรณีศึกษาสุราฟิสโกในประเทศไทย*

Current Debates Surrounding the Protection of Geographical Indications
for a Specific Goods with the Identical or Homonymous Name:
A Tale of Thailand's PISCO Registrations

เปมิกา รัตนกฤตยาณี**

Pemika Rattanakrittayanee

รองศาสตราจารย์ ดร.ปวรितร์ เลิศธรรมเทวี***

Associate Professor Dr.Pawarit Lertdhamtewe

บทคัดย่อ

งานวิจัยเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกันโดยมีกรณีศึกษา คือ กรณีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกัน: กรณีศึกษาสุราฟิสโกในประเทศไทย” ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริชัย มงคลเกียรติศรี และอาจารย์ปัจฉิมา ธนสันติ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ดร.ธนติ ชังถาวร และ ดร.ปารดา แก้วภราดัย.

This article is a part of thesis “Current Debates Surrounding the Protection of Geographical Indications for a Specific Goods with the Identical or Homonymous Name: A Tale of Thailand's PISCO Registrations.” This thesis has been approved by the graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Bangkok University. Assistant Professor Dr.Sirichai Mongkolkiatsri and Patchima Tanasanti are advisors. Dr.Tanit Changthavorn and Dr.Parada Kaewparadai are examiners.

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเทคโนโลยีสารสนเทศ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. E-mail: p.rattanakrittayanee@gmail.com

LL.M. Candidate in Intellectual Property and Information Technology Law, Bangkok University.

***อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, United Kingdom. E-mail: p.lertdhamtewe@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, United Kingdom.

วันที่รับบทความ (received) 1 มิถุนายน 2565, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 21 พฤศจิกายน 2565, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 18 มกราคม 2566.

ทางภูมิศาสตร์สินค้าสุราพิสโกที่มีแหล่งที่มาจากสาธารณรัฐเปรูและสาธารณรัฐชิลี เพื่อศึกษาค้นคว้ากฎหมายไทยและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และแสวงหาแนวทางในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลหรือเป็นไปในเชิงกว้างยิ่งขึ้นภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indication) ในประเทศไทยนั้น เป็นการให้ความคุ้มครองในรูปแบบกฎหมายเฉพาะ (sui generis) โดยการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2547 โดยได้แบ่งระดับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับทั่วไปสำหรับสินค้าทั่วไป (General Protection) และการให้ความคุ้มครองในระดับพิเศษ (Special Protection) สำหรับสินค้าประเภทข้าว ไรน์ ไวน์และสุรา ตั้งแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ มีผลบังคับใช้นั้น ได้มีการขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั้งสินค้าภายในประเทศไทยและสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศเป็นจำนวนมาก รวมทั้งกรณีของการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าสุราพิสโกด้วย

จากการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และกรณีศึกษาดังกล่าวข้างต้นนั้น พบว่ากฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยนั้นสามารถให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกันได้ แต่สำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต่างประเทศนั้น มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าต้องเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายในของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของสินค้านั้น รวมทั้งจะต้องเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีการใช้สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย เมื่อกฎหมายได้มีการกำหนดให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องพิสูจน์เรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่นำมาขอขึ้นทะเบียนอย่างสืบเนื่องแต่ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า การใช้สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอในประเทศไทย รวมถึงไม่ได้มีกำหนดว่า จะต้องเป็นการใช้ ณ ที่ใด ใช้โดยลักษณะ รูปแบบ หรือวิธีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นอย่างไรนั้น กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ว่าผู้ขอขึ้นทะเบียนต้องพิสูจน์การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างไรจึงจะเพียงพอให้รับฟังได้ว่าได้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอในประเทศไทยแล้วอย่างแท้จริง ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับการใช้สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย และควรมีการกำหนดว่า จะต้องเป็นการใช้ในรูปแบบหรือลักษณะใดถึงขนาดที่จะพิจารณาได้ว่าเพียงพอต่อการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยได้ รวมถึงเห็นควรเสนอให้มีการวางแผนปฏิบัติ หรือแนวทางการตีความเพื่อให้เป็นแนวปฏิบัติในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาเป็นระยะเวลา 10 ปี ติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน 2537 หรือเป็นการใช้โดยสุจริตก่อนวันดังกล่าวตามมาตรา 28 วรรคท้าย

คำสำคัญ: สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, สินค้าเฉพาะอย่าง, ชื่อเหมือนหรือพ้อง

Abstract

The objective of this research is to study and analyze the problem of protection of specific geographical indications for the identical or homonymous name with a case study. This is the case of registration of geographical indications of Pisco originating from the Republic of Peru and the Republic of Chile. To study and research Thai laws and international agreements related to geographical indications and seek guidance on matters relating to the protection of geographical indication laws in line with international standards or more broadly under international agreements related.

Thailand protects geographical indications through a sui generis law by enacting the Geographical Indication Protection Act B.E. 2546, which came into force in B.E. 2547. Geographical Indication coverage is divided into 2 levels, which are general protection for geographical indications (General Protection) and special protection for products in the category of Geographical Indication. Rice, silk, wine and spirits. Since the Geographical Indication Protection Act have that effect, there has been a large number of applications for Geographical Indication protection for both Thai domestic products and foreign Geographical Indication products, including the case of registration of geographical indications for Pisco.

From the research study on the protection of geographical indication laws and the aforementioned case studies, the Geographical Indication Protection Law of Thailand can provide protection for the Identical or Homonymous Name geographical indication. In the case of foreign geographical indications, there are rules that it must be a protected geographical indication in accordance with the domestic law of the country of origin and must be a geographical indication that has been used continuously until the date of filing an application for registration of geographical indications in Thailand. Therefore, when the law requires applicants for the registration of geographical indications to prove the continual use of the geographical indications for registration but does not define the definition of continuous use until an Application submission date in Thailand. It is not stipulated where it is used and how to use geographical indications. In such a case, it creates practical problems as to how the applicant for registration must prove the use of geographical indication in order to be

sufficient to hear that geographical indication has been used until now. The date of filing the application in Thailand is truly. Therefore, it is recommended that certain rules be established for continued use until the date of application for registration in Thailand. And it should be defined in what form or manner it must be used to such a degree that it can be considered sufficient for the registration of a geographical indication in Thailand, including agreeing to propose a practice guideline or a guideline for interpretation as a guideline for considering the use of geographical indications for a period of 10 consecutive years prior to April 15, 1994.

Keywords: geographical indication, specific goods, identical or homonymous name

1. บทนำ

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้กลายมาเป็นประเด็นสำคัญในระดับระหว่างประเทศ เมื่อมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)¹ ในปี ค.ศ. 1995 ภายใต้ องค์การการค้าโลก สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ถูกพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ “ความตกลงทางการค้าที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา” (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)² หรือ “ความตกลงทริปส์” (TRIPS Agreement) โดยมิวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อเป็นการลดการบิดเบือนและอุปสรรคที่มีต่อการค้าระหว่างประเทศและคำนึงถึงความจำเป็นที่จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอสำหรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และทำให้มั่นใจว่ามาตรการและวิธีดำเนินการที่ใช้บังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะไม่กลายเป็นอุปสรรคต่อการค้าอันชอบธรรม³ ความตกลงทริปส์กำหนดกรอบพันธกรณีให้บรรดาภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติ และในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความตกลงทริปส์ กำหนดให้บรรดาภาคีสมาชิก รวมทั้งประเทศไทย ต้องจัดให้มีการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้เพียงพอและเหมาะสมในระบบกฎหมายภายใน⁴

ความตกลงทริปส์ได้กำหนดบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ในข้อที่ 22 ถึงข้อที่ 24 ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปดังต่อไปนี้

ความตกลงทริปส์ได้ให้ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายถึง สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่มีแหล่งกำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หรือภูมิภาค หรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพ หรือชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นใด ของสินค้านั้นต้องเป็นผลอันเนื่องมาจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น เป็นสำคัญ⁵ โดยกำหนดให้สมาชิกต้องจัดให้มีวิธีการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับผู้มีส่วนได้เสีย

¹Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, opened for signature 15 April 1994, 190 UNTS 2 (entered into force 1 January 1995) (“WTO Agreement”).

²Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, opened for signature 14 April 1994, 1869 UNTS 229 (entered into force 1 January 1995) annex 1C (“TRIPS Agreement”), art. 22.

³Ibid, Preamble to the TRIPS Agreement.

⁴Ibid, art. 22.

⁵Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs Agreement, Article 22(1) “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 characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin.”

ในการป้องกันการใช่วิธีการใดๆที่จะเป็นการทำให้ประชาชนสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁶ และการกระทำที่ถือว่าการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย⁷ นอกจากนี้ ความตกลงทริปส์ยังกำหนดให้สมาชิกมีอำนาจหน้าที่ในการที่จะปฏิเสธหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีได้มีแหล่งกำเนิดในดินแดนตามที่ระบุไว้ ในกรณีที่การใช้เครื่องหมายหรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวเป็นการใช้ไปในลักษณะที่อาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดอันแท้จริงของสินค้า⁸ รวมถึงการป้องกันการใช้อย่างผิดกฎหมายที่เป็นการใช้ในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงแต่เป็นการใช้ที่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดว่าสินค้านั้นมาจากแหล่งกำเนิดอื่นด้วย⁹

การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แก่ไวน์และสุรา ซึ่งความตกลงทริปส์นี้ได้กำหนดให้มีการให้ความคุ้มครองไวน์และสุราในระดับที่สูงกว่าสินค้าทั่วไป อาทิ ในกรณีที่สินค้าไวน์และสุรานั้น สมาชิกจะต้องกำหนดวิธีการทางกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีได้จากแหล่งกำเนิดของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสินค้าไวน์และสุรานั้น ซึ่งเป็นกรณีที่มีความแตกต่างกับการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในกรณีของสินค้าทั่วไป เนื่องจากในกรณีของสินค้าทั่วไปนั้น การใช้จะต้องเป็นการใช้ที่ก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดแก่ประชาชน หรือเป็นการใช้ในลักษณะที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังได้มีการกำหนดในเรื่องของการใช้ในลักษณะที่เป็นคำแปล

⁶Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 22(2) (a) “2. 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.”

⁷Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 22(2) (b) “(b) any use which constitutes an act of unfair competition within the meaning of Article 10bis of the Paris Convention (1967).”

⁸Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 22(3) “A Member shall, ex officio if its legislation so permits or at the request of an interested party, refuse or invalidate the registration of a trademark which contains or consists of a geographical indication with respect to goods not originating in the territory indicated, if use of the indication in the trademark for such goods in that Member is of such a nature as to mislead the public as to the true place of origin.”

⁹Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 22(4) “ The protection under paragraphs 1, 2 and 3 shall be applicable against a geographical indication which, although literally true as to the territory, region or locality in which the goods originate, falsely represents to the public that the goods originate in another territory.”

หรือโดยคำว่า ชนิด ประเภท แบบ การเลียนแบบ หรือถ้อยคำอย่างอื่นในลักษณะเดียวกัน¹⁰ และยังมีบทบัญญัติที่เป็นการห้ามมิให้สมาชิกจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับไวน์และสุราที่มีได้มีแหล่งกำเนิดที่แท้จริง¹¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่ได้มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดของประชาชนเหมือนกับกรณีเดียวกับสินค้าทั่วไป และในกรณีที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุราที่มีชื่อเรียกขานเหมือนหรือพ้องกันนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองหากไม่เป็นการก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้าที่มีชื่อเรียกขานที่เหมือนหรือพ้องกันนั้น¹²

อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์นั้นได้มีการกำหนดข้อยกเว้นในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้แก่บรรดาสมาชิกไว้หลายประการด้วยกัน อาทิ การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แก่ประเทศสมาชิกที่ได้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นต่อเนื่องกันเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือได้ใช้มาโดยสุจริตก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 (ค.ศ. 1994)¹³ อีกทั้งยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

¹⁰Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 23(1) “Each Member shall provide the legal means for interested parties to prevent use of a geographical indication identifying wines for wines not originating in the place indicated by the geographical indication in question or identifying spirits for spirits not originating in the place indicated by the geographical indication in question, even where the true origin of the goods is indicated or the geographical indication is used in translation or accompanied by expressions such as “kind”, “type”, “style”, “imitation” or the like.”

¹¹Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 23(2) “ The registration of a trademark for wines which contains or consists of a geographical indication identifying wines or for spirits which contains or consists of a geographical indication identifying spirits shall be refused or invalidated, ex officio if a Member’s legislation so permits or at the request of an interested party, with respect to such wines or spirits not having this origin.”

¹²Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 23(3) “In the case of homonymous geographical indications for wines, protection shall be accorded to each indication, subject to the provisions of paragraph 4 of Article 22. Each Member shall determine the practical conditions under which the homonymous indications in question will be differentiated from each other, taking into account the need to ensure equitable treatment of the producers concerned and that consumers are not misled.”

¹³Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 24(4) “ Nothing in this Section shall require a Member to prevent continued and similar use of a particular geographical indication of another Member identifying wines or spirits in connection with goods or services by any of its nationals or domiciliaries who have used that geographical indication in a continuous manner with regard to the same or related goods or services in the territory of that Member either (a) for at least 10 years preceding 15 April 1994 or (b) in good faith preceding that date.”

กับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยให้การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ความตกลงทริปส์นี้ จะไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หากเครื่องหมายการค้านั้นได้จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าโดยสุจริตก่อนวันที่ความตกลงทริปส์ มีผลบังคับใช้ หรือก่อนวันที่เครื่องหมายแหล่งกำเนิดได้รับความคุ้มครองในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด ของสินค้านั้น¹⁴

สำหรับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นชื่อสามัญ ทั้งชื่อหรือความใดที่ถูกยอมรับว่าเป็นชื่อสามัญของประเทศสมาชิกลนั้น หากเป็นชื่อสามัญของสินค้านั้นก็ให้ใช้ชื่อสามัญนั้นต่อไปได้ แม้ว่า จะเป็นชื่อที่เหมือนชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการคุ้มครองก็ตาม¹⁵ รวมทั้งได้กำหนดข้อยกเว้น อันเกี่ยวกับการใช้ชื่อทางการค้าที่จะไม่เป็นการก่อให้เกิดประโยชน์หรือหลงผิดอีกไว้อีกด้วย¹⁶ และ ข้อยกเว้นประการสุดท้ายคือ การกำหนดให้สมาชิกไม่จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น และรวมถึงไม่จำเป็นต้อง ให้ความคุ้มครองแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีได้เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อีกต่อไปแล้วด้วย¹⁷

¹⁴Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 24(5) “Where a trademark has been applied for or registered in good faith, or where rights to a trademark have been acquired through use in good faith either...”

¹⁵Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 24(6) “Nothing in this Section shall require a Member to apply its provisions in respect of a geographical indication of any other Member with respect to goods or services for which the relevant indication is identical with the term customary in common language as the common name for such goods or services in the territory of that Member. Nothing in this Section shall require a Member to apply its provisions in respect of a geographical indication of any other Member with respect to products of the vine for which the relevant indication is identical with the customary name of a grape variety existing in the territory of that Member as of the date of entry into force of the WTO Agreement.”

¹⁶Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 24(8) “ The provisions of this Section shall in no way prejudice the right of any person to use, in the course of trade, that person’s name or the name of that person’s predecessor in business, except where such name is used in such a manner as to mislead the public.”

¹⁷Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPs Agreement, Article 24(9) “There shall be no obligation under this Agreement to protect geographical indications which are not or cease to be protected in their country of origin, or which have fallen into disuse in that country.”

สำหรับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยนั้น เป็นการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในแบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis*) โดยตราพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ขึ้นใช้บังคับ¹⁸ เนื่องจากประเทศไทยมีนโยบายที่จะให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อป้องกันมิให้ประชาชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า โดยกำหนดให้มีการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์และห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อันจะทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้าที่ระบุในทะเบียนในขณะเดียวกันนโยบายดังกล่าวก็เป็นการอนุวัติการตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีตามข้อ 22 ถึงข้อ 24 ของความตกลงทริปส์ในภาคผนวกท้ายความตกลงมารราเขตจัดตั้งองค์การการค้าโลกด้วย แต่กฎหมายไทยในขณะนั้นไม่เพียงพอที่จะรองรับนโยบายการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และรองรับพันธกรณีดังกล่าวได้¹⁹

โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว²⁰ และได้กำหนดความหมายของแหล่งภูมิศาสตร์ว่า แหล่งภูมิศาสตร์หมายความว่า พื้นที่ของประเทศ เขต ภูมิภาคและท้องถิ่น และให้หมายความรวมถึงทะเล ทะเลสาบ แม่น้ำ ลำน้ำ เกาะ ภูเขา หรือพื้นที่อื่นทำนองเดียวกันด้วย ดังจะเห็นได้จากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว อาทิ ข้าวหอมมะลิทุ่งกุลาร้องไห้ ทุเรียนภูเขาไฟศรีสะเกษ ผ้าไหมแพรวากาฬสินธุ์ ไวน์ที่ราบสูงภูเรือ เป็นต้น หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศที่ได้รับความคุ้มครองในประเทศไทยแล้ว อาทิ แชมเปญ (CHAMPAGNE) โปรชชุตโตดิปาร์มา (PROSCIUTTO DI PARMA) เซอร์รี่ฮิกาชิเนะ (HIGASHINE CHERRY) กาแฟบวนมาถวด (BUON MA THUOT COFFEE) เป็นต้น

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ 1) การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเภททั่วไปสำหรับสินค้าทั่วไป (General Protection) และ 2) การคุ้มครอง

¹⁸ดูการอนุวัติการกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย ใน Pawarit Lertdhamtewe, "The Protection of Geographical Indications in Thailand," *The Journal of World Intellectual Property* 17, 4 (August 2014): 114-128.

¹⁹หลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546.

²⁰พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 3 "สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว."

สินค้าเฉพาะอย่างสำหรับสินค้าประเภทข้าว ไหม ไวน์ และสุรา²¹ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองพิเศษ (Special Protection)

โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องไม่ใช่สิ่งที่เป็นชื่อสามัญของสินค้าที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นหรือเป็นชื่อที่ใช้เรียกขานสินค้านั้นโดยตรง อาทิ ลอดช่องสิงคโปร์ ไข่กรอกอีสาน กล้วยแขก เป็นต้น หรือหากเป็นกรณีของชื่อพันธุ์ของพืชหรือพันธุ์สัตว์ ก็ไม่สามารถนำมาขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้เช่นกัน เนื่องจากการใช้เป็นชื่อเรียกขานเท่านั้น มิได้เป็นสิ่งที่เป็ผลอันเนื่องมาจากลักษณะทางภูมิศาสตร์ อาทิ นกเขาขาว สุนัขพันธุ์บางแก้ว กาแฟพันธุ์อาราบิก้า (Arabica) หรือซอสพริกศรีราชา เป็นต้น นอกจากนี้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องไม่เป็นชื่อสามัญของสินค้านั้นแล้วจะต้องไม่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและนโยบายแห่งรัฐด้วย²² และหากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่นำมาขอขึ้นทะเบียนนั้นเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศนั้น กฎหมายกำหนดว่าจะต้องปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศนั้น และมีการใช้สืบเนื่องตลอดมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย²³

สำหรับผู้กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิในการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ จะแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

(1) ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลซึ่งมีเขตรับผิดชอบครอบคลุมบริเวณแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า

(2) บุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งประกอบกิจการค้า เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และมีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า

(3) กลุ่มผู้บริโภคหรือองค์กรผู้บริโภคสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์²⁴

ในกรณีที่ผู้มิได้มีสัญชาติไทยหรือชาวต่างชาติกฎหมายกำหนดให้ต้องเป็นผู้มีสัญชาติของประเทศที่เป็นภาคีแห่งความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หรือ เป็นผู้มิภูมิลำเนาหรือสถานที่ประกอบธุรกิจอย่างแท้จริงในประเทศไทย

²¹พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 28 ประกอบกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดชื่อ ประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน พ.ศ.2557 ข้อ 1 กำหนดรายชื่อ ประเภทสินค้าต่อไปนี้เป็นสินค้าเฉพาะอย่าง 1) ข้าว 2) ไหม 3) ไวน์ 4) สุรา.

²²พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 5.

²³พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 6.

²⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 7.

หรือประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย²⁵ โดยคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นของสินค้า แหล่งภูมิศาสตร์ และรายละเอียดอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด²⁶ เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้รับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จะส่งผลให้เฉพาะผู้ที่อยู่ในพื้นที่ที่ทำการผลิตเท่านั้นที่มีสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียน และหากผู้ที่อยู่ในพื้นที่อื่นใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นย่อมถือเป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบ²⁷

การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบกฎหมายกำหนดไว้ 2 ลักษณะคือ การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อแสดงหรือทำให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่าสินค้าที่มีได้มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนเป็นสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว และการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบอีกประการคือ การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยประการใดที่ทำให้เกิดความสับสน หรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้าและในคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่น ของสินค้านั้น เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น แต่ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นของการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบไว้ว่า การกระทำที่กำหนดไว้ข้างต้นนั้น หากเป็นการกระทำก่อนวันขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ²⁸

ในกรณีของการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบสำหรับสินค้าเฉพาะอย่าง อันได้แก่ ข้าว ไข่ ไหม ไวน์ และสุรา นั้น กฎหมายกำหนดให้การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่มีได้มีที่มาตามที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แม้ว่าจะได้มีการระบุแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้า หรือใช้คำ หรือได้กระทำการใดเพื่อให้ทราบถึงแหล่งภูมิศาสตร์ที่แท้จริงของสินค้านั้นไว้ด้วย ก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ รวมทั้งการใช้คำว่า “ชนิด” “ประเภท” “แบบ” หรือคำ หรือสิ่งในทำนองเดียวกันประกอบกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ใช้กับสินค้านั้น ก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้ การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบสำหรับสินค้าเฉพาะอย่างนั้น ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยว่าการกระทำที่กำหนดให้เป็นการกระทำที่มีชอบสำหรับสินค้า ข้าว ไข่ ไหม ไวน์ สุรา ซึ่งเป็นสินค้าที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสินค้าเฉพาะอย่างนั้น หากว่าผู้ใช้ได้ใช้มาเป็นระยะเวลา 10 ปี ติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 หรือใช้โดยสุจริตก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 มิให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ²⁹

²⁵พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 8.

²⁶พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 10.

²⁷ศูนย์ทรัพยากรสิทธิทางปัญญาและบ่มเพาะวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications: GI)** [Online], available URL: <http://tuipi.tu.ac.th/tuip06.php>, 2565 (ตุลาคม, 28).

²⁸พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 27.

²⁹พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 28.

ในเรื่องของสินค้าที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสินค้าเฉพาะอย่างนั้นในกรณีที่มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกันกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าเฉพาะอย่างที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วหรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่อยู่ระหว่างการดำเนินการขึ้นทะเบียน แต่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั้งสองเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกัน สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่มาขอขึ้นทะเบียนรายหลังต้องระบุแหล่งภูมิศาสตร์และประเทศที่ผลิตสินค้านั้นไว้ท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยชัดเจน³⁰ กรณีนี้ เช่น ฟิสโก (PISCO) และ ฟิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ไวน์ที่ราบสูงภูเขาและ ไวน์เขาใหญ่ เป็นต้น

การให้ความคุ้มครองดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของความตกลงทริปส์ นับตั้งแต่ประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวในประเทศไทย มีสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศจำนวนมากเข้ามาขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย และได้รับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว อาทิ นาปา วาลเลย์ (Napa Valley) คอนยัค (Cognac) สก๊อตช์ วิสกี้ (Scotch Whisky) และ ฟิสโก (PISCO) โดย ฟิสโก (PISCO) นั้นเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คำขอแรกที่ได้รับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฟิสโก (PISCO) ซึ่งมีแหล่งกำเนิดมาจากสาธารณรัฐเปรู³¹ เป็นสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์รายแรกเข้ามายื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย ปรากฏในการยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2547 และต่อมาได้รับการขึ้นทะเบียนในปี พ.ศ. 2548³² กรณีศึกษาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฟิสโกได้รับความสนใจเป็นอย่างมากเมื่อสมาคมผู้ผลิตสุราฟิสโกแห่งสาธารณรัฐชิลี ได้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ฟิสโก (PISCO) สำหรับสินค้าประเภทสุรา เช่นเดียวกัน ในปี พ.ศ. 2550³³ จึงเป็นที่น่าสนใจว่า คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ฟิสโก (PISCO) จากสาธารณรัฐชิลี มีการแก้ไขซึ่งเดิมยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในชื่อ ฟิสโก (PISCO) และต่อมาในปี พ.ศ. 2556 เปลี่ยนเป็นฟิสโกชิลี (PISCO CHILE) ถือเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน พ.ศ. 2547 ในข้อที่ 2

³⁰พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 29.

³¹คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 0001 (ปัจจุบันเป็นคำขอเลขที่ 47200001) ยื่นคำขอในวันที่ 27 สิงหาคม 2547 และได้รับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นทะเบียนเลขที่ 480000 ว่า “PISCO” (ฟิสโก).

³²ทะเบียนเลขที่ สข 48200001.

³³คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 50200030 ยื่นคำขอในวันที่ 11 มกราคม 2550.

ของประเทศไทย³⁴ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวก็ได้รับการประกาศโฆษณาขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ชื่อพิสโกชิลี (PISCO CHILE)³⁵ ในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม การประกาศโฆษณาขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียน³⁶ และในชั้นพิจารณาของนายทะเบียนและคณะกรรมการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความเห็นเป็นไปในแนวทางเดียวกันคือ ให้นำขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโกชิลี (PISCO CHILE) แต่เนื่องจากมีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงมีการนำคดีไปสู่การพิจารณาตีของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เกิดเป็นกรณีพิพาทที่กลายเป็นกรณีศึกษาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าสุราซึ่งเป็นสินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกัน แต่มีแหล่งภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกัน เป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขึ้นเป็นคดีแรกในประเทศไทย

ปัญหาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สุราพิสโก ซึ่งมีแหล่งภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกัน ก่อให้เกิดปัญหาข้อกฎหมาย (Legal Issues) ที่สำคัญอย่างน้อยสองประการ กล่าวคือ ประการแรก ปัญหาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าสุราพิสโกเป็นประเด็นในเรื่องการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่าง ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองสินค้าเฉพาะอย่างเฉพาะชั่วคราว ใหม่วิน และสุรา โดยมีเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นจากการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป โดยเฉพาะประเด็นเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ได้มีที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนนั้นเป็นการกระทำโดยมิชอบ³⁷ และการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบ กฎหมายยังมีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นไว้ กล่าวคือ การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่ไม่ตรงตามคำขอขึ้นทะเบียน แม้ว่าผู้ใช้จะได้ระบุแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริง

³⁴กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน พ.ศ. 2547, ข้อ 2 “ในกรณีสินค้าเฉพาะอย่างตามข้อ 1 มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหมือนหรือพ้องกันกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว หรืออยู่ระหว่างดำเนินการขึ้นทะเบียนแต่เป็นสินค้าที่มีแหล่งภูมิศาสตร์ต่างกัน ให้การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่ขอขึ้นทะเบียนรายหลังต้องระบุแหล่งภูมิศาสตร์และประเทศที่ผลิตไว้ท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยชัดเจน.”

³⁵ประกาศโฆษณาขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโกชิลี (PISCO CHILE).

³⁶พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 16 “ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศโฆษณาตามมาตรา 15 บุคคลผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียนได้.”

³⁷พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 28 วรรคสอง “ภายใต้บังคับวรรคสี่ เมื่อประกาศให้สินค้าประเภทใดเป็นสินค้าเฉพาะอย่างตามวรรคหนึ่ง การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าที่มีได้มีแหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนเป็นการกระทำโดยมิชอบ แม้ว่าผู้ใช้จะได้ระบุแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นไว้ด้วย หรือได้ใช้คำหรือได้กระทำการใดที่แสดงให้เห็นถึงแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นก็ตาม.”

ของสินค้านั้นได้ด้วย หรือได้ใช้คำหรือได้กระทำการใดที่แสดงให้เห็นทราบถึงแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นก็ตาม หากการใช้ดังกล่าว เป็นการนำมาเป็นระยะเวลาสิบปีติดต่อกัน ก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 หรือโดยสุจริตก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537³⁸ อีกทั้ง กฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีบทบังคับให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนจะต้องส่งหลักฐานพิสูจน์การนำมาเป็นระยะเวลาสิบปีติดต่อกัน บทความนี้ต้องการศึกษาปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกัน โดยใช้กรณีศึกษาสุราพิสโก เพื่อกำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายต่อไป จึงเป็นเหตุผลสำคัญของการศึกษาในครั้งนี้

2. กรณีศึกษาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สุราพิสโก (PISCO) ในประเทศไทย

พิสโก (PISCO) เป็นสินค้าสุราที่มีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนาน เนื่องจากการผลิตพิสโก (PISCO) นั้น เกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 16 ในดินแดนซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิสเปน (Spanish Empire) ซึ่งปัจจุบันได้รับเอกราชและเป็นสาธารณรัฐชิลี และสาธารณรัฐเปรู โดยพิสกอนั้นเป็นสินค้าสุราที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยกฎหมายภายในของทั้งสองประเทศและได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศต่าง ๆ และสำหรับในประเทศไทยนั้น พิสโก (PISCO) ที่มีแหล่งกำเนิดในสาธารณรัฐเปรูนั้นได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เมื่อปี พ.ศ. 2548 ต่อมาในปี พ.ศ. 2550 ผู้ผลิตสินค้าสุราพิสโกได้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พิสโก (PISCO) และได้เปลี่ยนชื่อในการขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็น พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ที่มีแหล่งกำเนิดในสาธารณรัฐชิลี แต่ปรากฏว่าคำขอขึ้นทะเบียนพิสโก ชิลี (PISCO CHILE) เกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกัน จึงทำให้ยังไม่ได้รับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมายจนกระทั่งในปัจจุบัน (ปี พ.ศ. 2565) ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาจึงเกิดความสนใจที่จะหยิบยกกรณีศึกษาดังกล่าวมาศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าเฉพาะอย่างที่มีชื่อเหมือนหรือพ้องกันตามกรณีศึกษาดังกล่าว

2.1 พิสโก เปรู (PERUVIAN PISCO)

พิสโก (PISCO) ที่มีแหล่งกำเนิดในสาธารณรัฐเปรูได้รับความคุ้มครองเป็นสิ่งบ่งชี้แหล่งกำเนิด (Appellation of Origin) และ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) สำหรับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยนั้นระบุว่า พิสโก (PISCO) หมายถึง สุราที่ได้จากการ

³⁸พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 28 วรรคสี่ “การกระทำตามวรรคสองมิให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบหากผู้ซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวมาเป็นระยะเวลาสิบปีติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 หรือโดยสุจริตก่อนวันดังกล่าว.”

ต้มกลั่นน้ำองุ่นสดของผลองุ่นพิสโกที่หมักเสร็จใหม่ ๆ ตามวิธีการ เพื่อให้ได้คุณภาพตามหลักประเพณีที่ถือปฏิบัติสืบทอดกันมาในพื้นที่ที่เพาะปลูกได้ตามชายฝั่งของลิมา (lima) อิกา (Ica) อเรกิปา (Arequipa) โมเคกัว (Moquegua) และหุบเขาโคคุมบ้า (Cocumbá) ซามา (Sama) และคาปลินา (Caplina) แห่งทาคนา (Tacna) ซึ่งเป็นเขตพื้นที่ทางตอนใต้ของสาธารณรัฐเปรู โดยระบุประวัติความเป็นมาว่าพื้นที่นี้มีการเพาะปลูกองุ่นและผลิตสุราที่ทำจากองุ่นที่เพาะปลูกในพื้นที่ด้วยวิธีการเพื่อให้ได้คุณภาพตามหลักประเพณีที่ถือปฏิบัติสืบทอดกันมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 17³⁹

2.2 พิสโก ชิลี (PISCO CHILE)

พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสาธารณรัฐชิลีสำหรับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยนั้นระบุว่า พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) นั้นหมายถึง สุราที่กลั่นจากองุ่นหลากหลายสายพันธุ์ที่ปลูกได้ภายในพื้นที่ที่สามและสี่ของสาธารณรัฐชิลี ได้แก่ เขตพื้นที่ อทาคาม่า (Atacama) และเขตพื้นที่ที่ 4 โคควิมโบ (Coquimbo) ซึ่งเป็นเขตพื้นที่การผลิตพิสโก ชิลี โดยระบุประวัติความเป็นมาว่า คำว่า PISCO (พิสโก) มาจากภาษาควิซัวหรือเกชัว (Quechua) ของชาวอินคา (Inca) ในแถบอเมริกาใต้ ซึ่งอาจหมายถึงนกหรือภาชนะเครื่องปั้นดินเผาที่ใช้เก็บของเหลว ต่อมาในศตวรรษที่ 16 ชาวสเปนได้นำต้นองุ่นเข้ามาเพาะปลูกในแถบ ลา เซเรนา (La Serena) เพื่อการผลิตไวน์และสุรา ปรากฏตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ระบุว่าท่าเรือพิสโก (Port of Pisco) ซึ่งตั้งอยู่ริมชายฝั่งมหาสมุทรแปซิฟิกนั้นได้ถูกใช้เป็นท่าเรือขนส่งสินค้าไวน์และสุราเพื่อส่งออกไปจำหน่ายยังทวีปยุโรปในยุคนั้น ปัจจุบันท่าเรือพิสโกตั้งอยู่ทางตอนใต้ของกรุงลิมา เมืองหลวงของสาธารณรัฐเปรู ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในแถบดินแดนดังกล่าวเป็นศูนย์กลางการขายไวน์และสุรามาตั้งแต่ในยุคสมัยนั้น ที่มีการผลิตและมีการขนส่งไปโดยภาชนะเครื่องปั้นดินเผาที่เรียกว่าพิสโก

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 18 เป็นช่วงที่การค้าการส่งออกไวน์นั้นมีความเฟื่องฟูเป็นอย่างมากโดยเฉพาะในพื้นที่ลาเซเรนา (La Serena) ซึ่งในปัจจุบันอยู่ในเขตพื้นที่ที่ 4 โคควิมโบ (Coquimbo) ของสาธารณรัฐชิลี ได้ส่งไวน์และสุราไปยังท่าเรือพิสโกอันเป็นพื้นที่ที่มีการบริโภคนสูง ทำให้การผลิตพิสโก ชิลีดำเนินมาจนถึงปัจจุบัน ด้วยกระบวนการผลิตและชื่อเสียงอันเกิดมาจากแหล่งภูมิศาสตร์ในเขตพื้นที่ที่ 3 อทาคาม่า (Atacama) และเขตพื้นที่ที่ 4 โคควิมโบ (Coquimbo) ของสาธารณรัฐชิลี ซึ่งต่อมาในปัจจุบัน เขตพื้นที่ดังกล่าวได้กลายมาเป็น เขตพิสโก (Zona Píscuera) โดยพระราชกฤษฎีกาที่ 181 ในปี ค.ศ. 1931

³⁹ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่องการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ PISCO (พิสโก) ทะเบียนเลขที่ 48200001.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1936 เมือง La Union ได้เปลี่ยนชื่อเป็นเมือง “Pisco Elqui” ซึ่งตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ที่ 4 หรือเขตพื้นที่โคควิมโบ (Coquimbo) ในเขตพื้นที่แม่น้ำเอลกิ (Elqui) ไหลผ่าน และน้ำจากแม่น้ำเอลกิเป็นส่วนผสมสำคัญในการผลิตสุราพิสโก ชิลี เพื่อใช้เรียกร่องสิทธิของสุราพิสโกที่ผลิตในสาธารณรัฐชิลี ที่มีการผลิต การเพาะปลูก กระบวนการผลิต การบรรจุในเขตพื้นที่ของสาธารณรัฐชิลี ที่ใช้ปัจจัยจากสภาพภูมิประเทศ ภูมิอากาศ ตลอดจนปัจจัยจากมนุษย์ที่รักษารมณียัมปฏิบัติสืบต่อกันมาในการผลิตสุราพิสโก ชิลี จนมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักในหมู่ผู้บริโภคมาจนถึงปัจจุบัน⁴⁰

3. การยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก (PISCO) และ PISCO CHILE (พิสโก ชิลี) ในประเทศไทย

หากพิจารณาความสำคัญของสินค้าสุรามาได้ชื่อ “พิสโก” อาจกล่าวได้ว่า สินค้าสุราพิสโก (PISCO) เป็นสินค้าเศรษฐกิจของประเทศทั้งสอง ซึ่งมีประวัติศาสตร์ร่วมกันมาอย่างยาวนาน นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 นับตั้งแต่ครั้งที่ทั้งสองประเทศยังอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิสเปน ต่อมาทั้งสองประเทศมีการแบ่งแยกการปกครอง โดยสาธารณรัฐชิลีได้รับเอกราชในปี พ.ศ. 2361 (ค.ศ. 1818) และต่อมาในปี พ.ศ. 2364 (ค.ศ. 1821) สาธารณรัฐเปรูก็ได้ได้รับเอกราชเช่นเดียวกัน ดังนั้น ทั้งสาธารณรัฐเปรูและสาธารณรัฐชิลีต่างก็มีการรับและสืบสานวัฒนธรรมมาในการทำสุรามาจากสเปน ทั้งสองประเทศได้ผลิตสุราพิสโก (PISCO) จากองุ่นที่ปลูกภายในอาณาเขตแห่งรัฐของตน และดำเนินกระบวนการผลิตในแบบที่เป็นเอกลักษณ์แบบฉบับของตนเอง สินค้าสุราพิสโกของทั้งสองประเทศจึงเป็นสินค้าที่ยึดโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์และมีชื่อเสียงโด่งดังทั่วโลก จึงทำให้สินค้าสุราพิสโก (PISCO) ของทั้งสองประเทศได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งเป็นสินค้าที่ได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในอีกหลายประเทศทั่วโลก อาทิ แคนาดา สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐเกาหลีใต้ และสหรัฐอเมริกา การขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าสุราพิสโกของทั้งสองประเทศก่อให้เกิดประเด็นพิพาทในแต่ละประเทศที่นำไปเพื่อขอรับความคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งรวมถึงในประเทศไทย นำมาสู่การฟ้องร้องคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางเพื่อร้องขอให้เพิกถอนการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี ดังกล่าวข้างต้น

สำหรับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีแหล่งกำเนิดในต่างประเทศที่ประสงค์ได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยนั้น ในการยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีได้มีสัญชาติไทยนั้น จะต้องเป็นสัญชาติของประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครอง

⁴⁰ประกาศโฆษณาการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ PISCO CHILE (พิสโก ชิลี) คำขอเลขที่ 5200030.

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี หรือเป็นผู้ที่มีภูมิลำเนาในการประกอบธุรกิจอย่างแท้จริง ในประเทศไทย หรือประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครอง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย⁴¹ ซึ่งทั้งสาธารณรัฐชิลีและสาธารณรัฐเปรูนั้นเป็นสมาชิก ขององค์การการค้าโลกเช่นเดียวกันกับประเทศไทยซึ่งต่างก็มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามความตกลงทริปส์ อันเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และนอกจากนั้นแล้วจะต้องไม่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชนหรือนโยบายแห่งรัฐ⁴² และจะต้องเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น รวมถึงจะต้องปรากฏหลักฐาน ว่ามีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นต่อเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ในประเทศไทย⁴³ โดยการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง⁴⁴ สำหรับ รายละเอียดในการยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับ คุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นของสินค้า แหล่งภูมิศาสตร์และรายละเอียดอื่นที่กำหนด ในกฎกระทรวง⁴⁵ หากคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และนายทะเบียนเห็นควรให้ขึ้นทะเบียนโดยมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข ให้นายทะเบียนมีคำสั่งประกาศ โฆษณา⁴⁶ ซึ่งกรณีคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) นั้น มีคุณสมบัติ

⁴¹พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 8 “ผู้ขอขึ้นทะเบียนตามมาตรา 7 ซึ่งมีได้มีสัญชาติไทยและมีความประสงค์จะขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศต้องมีคุณสมบัติ อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ (1) มีสัญชาติของประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย....”

⁴²พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 5 “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียน สำหรับสินค้าใดต้องไม่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ (1) เป็นชื่อสามัญของสินค้าที่จะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น (2) เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือนโยบายแห่งรัฐ.”

⁴³พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 6 “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศ ที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศนั้น และมีการใช้สืบเนื่องตลอดมาจนถึงวันที่ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย.”

⁴⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 9 “การขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทาง ภูมิศาสตร์ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง.”

⁴⁵กฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียน การประกาศโฆษณาการคัดค้าน และการโต้แย้งคัดค้าน การขึ้นทะเบียน การอุทธรณ์ และการแก้ไขหรือเพิกถอนทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2547.

⁴⁶พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 15 “ในกรณีที่คำขอขึ้นทะเบียน เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 และมาตรา 10 และนายทะเบียน เห็นควรให้ขึ้นทะเบียนโดยมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข ให้นายทะเบียนมีคำสั่งประกาศโฆษณาการรับขึ้นทะเบียนตามวิธีการ ที่กำหนดในกฎกระทรวง.”

ครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด จึงได้มีการประกาศโฆษณาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียประสงค์คัดค้านได้ทำการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดต่อไป

การประกาศโฆษณาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ โดยในการคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ จะกระทำได้อีกเมื่อคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้รับการประกาศโฆษณาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นระยะเวลา 90 วัน โดยบุคคลผู้ที่มีส่วนได้เสียในการรับขึ้นทะเบียนดังกล่าว สามารถยื่นคำคัดค้านได้ภายในระยะเวลาแห่งการประกาศโฆษณานั้น สำหรับในกรณีศึกษาในเรื่องนี้ ปรากฏว่าภายหลังจากที่คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ได้รับการประกาศโฆษณาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้วนั้น รัฐบาลสาธารณรัฐเปรูผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก (PISCO) จึงได้ใช้สิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในการคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁴⁷ โดยอ้างเหตุผลแห่งการคัดค้านเพื่อขอให้มีความวินิจฉัยปฏิเสธการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE)

เมื่อมีการคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้วนั้น กฎหมายกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องส่งคำคัดค้านดังกล่าวให้แก่ผู้ขอขึ้นทะเบียนทราบภายใน 15 วัน นับแต่ได้รับคำคัดค้านนั้น และเมื่อผู้ขอขึ้นทะเบียนได้รับคำคัดค้านดังกล่าวแล้วนั้น ผู้ขอขึ้นทะเบียนมีสิทธิที่จะยื่นคำโต้แย้งคำคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยจะต้องยื่นคำโต้แย้งภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้านนั้น และหากผู้ขอขึ้นทะเบียนมียื่นคำโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กำหนด จะถือว่าผู้ขอขึ้นทะเบียนละทิ้งคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าว⁴⁸ ดังนั้น เมื่อกฎหมายได้มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ขอขึ้นทะเบียนให้มีสิทธิโดยชอบที่จะยื่นคำโต้แย้งคำคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังเช่นในกรณีศึกษานี้ ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าสุราพิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ได้ยื่นโต้แย้งคำคัดค้านของรัฐบาลสาธารณรัฐเปรูเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก (PISCO) โดยอาศัยเหตุผลเพื่อขอให้มีความวินิจฉัยยกคำคัดค้านของรัฐบาลสาธารณรัฐเปรูและดำเนินการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ต่อไป

⁴⁷พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 16 วรรคหนึ่ง “ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศโฆษณาตามมาตรา 15 บุคคลผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียนได้.”

⁴⁸พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 17 วรรคสอง “ให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนยื่นคำโต้แย้งภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำคัดค้านและให้พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งสำเนาคำโต้แย้งดังกล่าวให้ผู้คัดค้าน ในกรณีที่ผู้ขอขึ้นทะเบียนไม่ยื่นคำโต้แย้ง ให้ถือว่าผู้ขอขึ้นทะเบียนละทิ้งคำขอ.”

เมื่อคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ถูกคัดค้านโดยผู้มีส่วนได้เสียและได้มีการโต้แย้งคำคัดค้านโดยผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น จึงเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนที่จะต้องทำการพิจารณาและมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการคัดค้านและการโต้แย้งคำคัดค้านนั้น โดยในการพิจารณาของนายทะเบียนนั้น กฎหมายได้ให้อำนาจนายทะเบียนในการเรียกให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือแสดงเอกสารเพิ่มเติมหรือนายทะเบียนอาจขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ต่อการวินิจฉัยก็ได้⁴⁹

เมื่อมีการคัดค้านและการโต้แย้งคำคัดค้านของการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้วนั้น นายทะเบียนจะต้องมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว สำหรับในกรณีศึกษานี้ นายทะเบียนได้พิจารณาคำคัดค้านและคำโต้แย้งแล้วเห็นว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะรับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 จะต้องเป็นไปตามมาตรา 15 กล่าวคือต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 และมาตรา 10 กล่าวคือต้องพิจารณาว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียนนั้นเป็นชื่อสามัญของสินค้าหรือไม่ และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือนโยบายแห่งรัฐหรือไม่ นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักฐานแสดงได้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้รับความคุ้มครองเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายภายในของภูมินั้นก่อนนำมาขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสาธารณรัฐชิลี และมีการใช้สืบเนื่องตลอดมาจนกระทั่งถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทยหรือไม่ โดยนอกจากพิจารณาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่นำมาขอขึ้นทะเบียนแล้ว ยังต้องพิจารณาคุณสมบัติของผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อีกด้วย สำหรับกรณีที่ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มิใช่ผู้มีสัญชาติไทยนั้น กฎหมายกำหนดว่าต้องเป็นผู้มีสัญชาติของประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย หรือเป็นผู้มีภูมิลำเนาหรือสถานที่ประกอบธุรกิจอย่างแท้จริงในประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย สำหรับในกรณีนี้สาธารณรัฐชิลีเป็นภาคีขององค์การการค้าโลก (WTO) อันเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ด้วย ผู้ขอขึ้นทะเบียนฟิสโก ชิลี จึงเป็นผู้มีคุณสมบัติในการยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมาย นอกจากนั้น การขอขึ้นทะเบียนของผู้ขอขึ้นทะเบียนฟิสโก ชิลี ได้กล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับคุณภาพ ชื่อเสียง คุณสมบัติ หรือคุณลักษณะของสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รายละเอียดซึ่งแสดงความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

⁴⁹พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 12 “การตรวจสอบคำขอตามมาตรา 11 ขอขึ้นทะเบียนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำชี้แจงหรือแสดงหลักฐานเพิ่มเติมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยก็ได้ ในกรณีที่จำเป็นต้องรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ต้องวินิจฉัยให้นายทะเบียนส่งเรื่องให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาและให้ความเห็น.”

กับแหล่งภูมิศาสตร์นั้น รายละเอียดเกี่ยวกับสถานที่ตั้งแหล่งภูมิศาสตร์ รายละเอียดการใช้ที่แสดงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขอขึ้นทะเบียนบนฉลาก รวมทั้งหลักฐานประกอบรายละเอียดดังกล่าวไว้แล้วในคำขอขึ้นทะเบียน การขอขึ้นทะเบียนจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 9 มาตรา 10 ประกอบข้อ 9 และข้อ 10 แห่งกฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียน การประกาศโฆษณา การคัดค้านและการโต้แย้งคำคัดค้าน การขึ้นทะเบียน การอุทธรณ์ และการแก้ไขหรือเพิกถอนทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2547

สำหรับกรณีที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) จะมีคำว่า พิสโก (PISCO) เหมือนหรือพ้องกันกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่รัฐบาลสาธารณรัฐเปรูได้รับการขึ้นทะเบียนไว้แล้วก็ตาม แต่เมื่อสุราพิสโก (PISCO) เป็นสินค้าสุรา ซึ่งเป็นสินค้าเฉพาะอย่างตามมาตรา 28 ประกอบข้อ 1(4) แห่งกฎกระทรวงกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน อีกทั้งมาตรา 29 กำหนดให้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกันแต่เป็นสินค้าที่มีแหล่งภูมิศาสตร์ต่างกันได้ โดยการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกันดังกล่าวนี้ จะต้องปฏิบัติตามข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงข้างต้น กล่าวคือ ให้การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่ใช้ขึ้นทะเบียนรายหลังต้องระบุแหล่งภูมิศาสตร์และประเทศที่ผลิตสินค้านั้นไว้ท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยชัดเจน เมื่อผู้ขอขึ้นทะเบียนพิสโก ชิลี ได้มีการระบุคำว่า CHILE (ชิลี) ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นแหล่งภูมิศาสตร์และประเทศที่ผลิตสินค้านั้นไว้ท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้ว ดังนั้น จึงชอบที่นายทะเบียนจะรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ตามมาตรา 28 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ประกอบข้อ 1(4) และข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน พ.ศ. 2547 จึงวินิจฉัยยกคำคัดค้านและรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) คำขอเลขที่ 50200030 ต่อไป⁵⁰

เมื่อนายทะเบียนมีคำวินิจฉัยแล้วจะต้องทำการแจ้งผลคำวินิจฉัยให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับทราบถึงผลของคำวินิจฉัยพร้อมทั้งเหตุผลนั้นภายในระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเกิดความไม่พอใจในผลและเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยของนายทะเบียนนั้น ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนายทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีสิทธิที่จะยื่นคำอุทธรณ์คำวินิจฉัยของนายทะเบียนต่อคณะกรรมการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายในระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่รับคำวินิจฉัยนั้น ซึ่งในกรณีศึกษานี้ ผู้มีส่วนได้เสียได้ใช้สิทธิในการยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายในระยะตามที่กฎหมายกำหนด โดยคณะกรรมการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้มีคำวินิจฉัยยกอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์และให้นายทะเบียนพิจารณาดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป

⁵⁰ คำวินิจฉัยนายทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 50200030.

ทั้งนี้ หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้มีสิทธินำคดีไปสู่ศาลได้ภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยนั้น ถ้าไม่ใช่สิทธิภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเป็นที่สุดตามมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 จึงให้นายทะเบียนรอกการดำเนินการไว้ 90 วัน นับแต่วันที่ทั้งสองฝ่ายได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตามมาตรา 18 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว...”

ในประเด็นเรื่องการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) นั้นถือเป็นการดำเนินการที่ถูกต้องด้วยกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งคือพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 เนื่องจากทั้งพิสโก (PISCO) และพิสโก ชิลี (PISCO CHILE) นั้นทั้งสองเป็นสินค้าสุราเช่นเดียวกัน ดังนั้น การให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยนั้นได้มีบทบัญญัติที่เป็นการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าเฉพาะอย่างสำหรับสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่นำมาขอขึ้นทะเบียนรายหลังให้ต้องระบุชื่อประเทศหรือแหล่งภูมิศาสตร์ท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นด้วย บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เรียกขานเหมือนกันหรือพ้องกันที่ไม่เป็นการก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งที่มาของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ในข้อบทที่ 24(4) ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี ซึ่งเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มาจากขึ้นทะเบียนรายหลังได้มีการระบุชื่อประเทศซึ่งคือ “ชิลี (CHILE)” ไว้ต่อท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นพิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ตามบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 และได้มีการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโกชิลี (PISCO CHILE) จึงถือได้ว่าการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่เหมาะสมหรือพ้องกันในกฎหมายไทยนั้นสอดคล้องกับความตกลงทริปส์แล้ว

จากการศึกษากรณีศึกษาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) ในประเทศไทยนั้น แม้ผู้ศึกษาเห็นว่าการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) นั้นเป็นไปโดยชอบด้วยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 และสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งความตกลงทริปส์ แต่จากการศึกษาในครั้งนี้ผู้ศึกษาได้เล็งเห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่เหมาะสมหรือพ้องกัน อันเป็นปัญหากฎหมายที่อาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนทางปฏิบัติ โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรกในเรื่องของการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กฎหมายกำหนดให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต่างประเทศที่ประสงค์ได้รับความคุ้มครอง ต้องปรากฏหลักฐานโดยชัดเจนว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมายภายในของประเทสนั้น และมีการใช้สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย ประเด็นต่อมา คือในประเด็นที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นของการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบสำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่กำหนดว่า หากว่าผู้ใช้ได้ใช้มาเป็นระยะเวลา 10 ปีติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 หรือใช้โดยสุจริตก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537

มิให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบนั้น ซึ่งแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ แต่บทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่อาจก่อให้เกิดความชัดเจนได้ในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบ หรือข้อยกเว้น การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบนั้นกฎหมายกำหนดไว้ แต่การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความเป็นจริง ซึ่งจะเป็นหลักฐานในการพิสูจน์การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของผู้ขอขึ้นทะเบียนได้นั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง โดยที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นล้วนเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงของแหล่งกำเนิดแห่งสินค้านั้น แต่การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการให้ความคุ้มครองตามหลักดินแดนของแต่ละรัฐที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน เมื่อรัฐผู้เป็นภาคีขององค์การการค้าโลกมีพันธกรณีที่ต้องอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ในเรื่องของการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนั้น เมื่ออนุวัติการกฎหมายได้อย่างสอดคล้องกับความตกลงทริปส์แล้ว เพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นยังคงต้องคำนึงถึงวิธีการในทางปฏิบัติด้วย สำหรับการ-use สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความเป็นจริงนั้นมิได้มีเพียงการใช้เป็นชื่อเรียกสินค้าเท่านั้น หากแต่ต้องการใช้ในรูปแบบอื่น เช่น การใช้เป็นเครื่องหมายการค้า ใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับที่เพียงพอต่อการพิสูจน์ถึงการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นโดยชัดแจ้ง จึงเป็นกรณีซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างยิ่ง

4. สรุปปัญหาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สุราพิสโก (PISCO) สาธารณรัฐเปรูและสาธารณรัฐชิลีในประเทศไทย และข้อเสนอแนะ

กรณีศึกษาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าสุราพิสโก (PISCO) และ พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) นี้ เป็นเพียงกรณีศึกษาเดียวที่มีในประเทศไทยนับตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 รวมทั้งยังไม่เคยปรากฏว่ามีคำพิพากษาฎีกาในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาก่อน จากการศึกษาจากข้อเท็จจริงซึ่งเป็นจริงตามประวัติศาสตร์ของทั้งสาธารณรัฐเปรูและสาธารณรัฐชิลีแล้วพบว่าทั้งสองประเทศต่างมีประวัติศาสตร์ร่วมกันมาอย่างยาวนานตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ทั้งสองประเทศอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิสเปน และจักรวรรดิสเปนก็เป็นผู้นำอู่นเข้ามาเพาะปลูกและมีการนำวัฒนธรรมในการผลิตไวน์และสุรามาเผยแพร่ในพื้นที่ และในเวลาต่อมาทั้งสองประเทศต่างได้รับเอกราชและได้รับการสถาปนาเป็นสาธารณรัฐชิลี และสาธารณรัฐเปรู โดยทั้งสองประเทศนั้นมีหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่น่าเชื่อถือเป็นอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อมโยงกับคำว่า “พิสโก (PISCO)” ซึ่งเป็นชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ใช้สำหรับสินค้าสุราที่มาขอรับความคุ้มครองในประเทศไทย โดยสาธารณรัฐเปรู

ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก (PISCO) สำหรับสินค้าสุราในปี พ.ศ. 2548 และสาธารณรัฐชิลีได้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก (PISCO) ในปี พ.ศ. 2550 และต่อมาแก้ไขคำขอขึ้นทะเบียนเป็น พิสโก ชิลี (PISCO CHILE) โดยพิสโก ชิลีนัน ยังไม่ได้รับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในเวลาปัจจุบัน

เมื่อประเทศไทยมีการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่เหมาะสมหรือพ้องกันกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วซึ่งในกรณีนี้คือ พิสโก (PISCO) ที่มีแหล่งกำเนิดในสาธารณรัฐเปรู จึงส่งผลให้การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างที่ขอขึ้นทะเบียนรายหลังต้องระบุแหล่งภูมิศาสตร์และประเทศที่ผลิตสินค้านั้นไว้ท้ายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ชัดเจน⁵¹ นอกจากนี้ กฎหมายได้มีการกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีขอบไว้ในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁵² ข้อยกเว้นสำหรับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบนี้เองจึงมาสู่ประเด็นการศึกษาวิจัยนี้ โดยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโกที่ได้ทำการศึกษาในครั้งนี้นั้นคือ ประเด็นในเรื่องของการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยจักแบ่งประเด็นเรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ออกเป็น 2 ประเด็นคือ การใช้สืบเนื่องตลอดมาจนถึงวันยื่นขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย⁵³ และการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบ⁵⁴

ประเด็นแรก เรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีแหล่งกำเนิดในต่างประเทศ กฎหมายกำหนดให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องแสดงรายละเอียดว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ประสงค์จะขอรับความคุ้มครองนั้น จะต้องปรากฏหลักฐานโดยชัดแจ้งว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศนั้น และมีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นสืบเนื่องตลอดมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย ดังนั้น กรณีที่ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะแสดงรายละเอียดว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายภายในของประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดแห่งสินค้านั้นเป็นเรื่องที่สามารถทำได้โดยง่ายและไม่ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ แต่สำหรับกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนต้องพิสูจน์ว่าได้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นสืบเนื่องตลอดมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทยนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นปัญหาอย่างยิ่งในทางปฏิบัติ เนื่องจากกฎหมายได้มีการกำหนดให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องพิสูจน์เรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่นำมาขอขึ้นทะเบียนอย่างสืบเนื่องจนกระทั่งถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 นั้น ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่า การใช้สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอในประเทศไทย

⁵¹พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 29.

⁵²พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 28.

⁵³พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 6.

⁵⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546, มาตรา 28.

รวมถึงไม่ได้มีกำหนดว่าจะต้องเป็นการใช้ ณ ที่ใด ใช้โดยลักษณะ รูปแบบ หรือวิธีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นอย่างไร ทั้งนี้เนื่องจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นล้วนเป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงเป็นอย่างมากในแหล่งพื้นที่ซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดแห่งสินค้านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของต่างประเทศที่ประสงค์ได้รับความคุ้มครองในประเทศไทยนั้น มีภาระต้องพิสูจน์ถึงการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สืบเนื่องมาจนกระทั่งวันยื่นคำขอในประเทศไทยนั้น เห็นควรให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่เหมาะสมในทางปฏิบัติด้วย เพราะการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความเป็นจริงนั้นเป็นการใช้ในรูปแบบที่หลากหลายมาก อาทิ ใช้เป็นชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น ใช้เป็นเครื่องหมายการค้าของสินค้านั้น ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้านั้น หรือใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น เอกสารแสดงประวัติความเป็นมาของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ บรรจุภัณฑ์ ใบสั่งซื้อ หรือสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องในทำนองเดียวกัน กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ว่าผู้ขอขึ้นทะเบียนต้องพิสูจน์การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างไรจึงจะเพียงพอให้รับฟังได้ว่าได้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สืบเนื่องมาจนกระทั่งวันยื่นคำขอในประเทศไทยแล้วอย่างแท้จริง

ประเด็นต่อมาเรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ตามมาตรา 28 วรรคท้าย ที่ได้วางบทบัญญัติไว้ว่า “การกระทำตามวรรคสองมิให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบ หากผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ดังกล่าวเป็นระยะเวลาสิบปีติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 หรือโดยสุจริตก่อนวันดังกล่าว” ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้นถึงกรณีที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ได้มีบทบัญญัติหรือมีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 28 วรรคท้ายนั้น จึงส่งผลให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่อาจมีแนวทางที่แน่ชัดในการปฏิบัติที่ต้องมีการพิสูจน์ว่าต้องเป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ณ ที่ใด ใช้โดยลักษณะ รูปแบบ หรือวิธีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นอย่างไร โดยการกำหนดบทบัญญัติตามมาตรา 28 วรรคท้ายนี้ เป็นการกำหนดบทบัญญัติให้สอดคล้องตามความตกลงทริปส์ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความตกลงทริปส์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น มีเพียงบทบัญญัติตามข้อ 24.4 ที่กำหนดว่า “Article 24 paragraph 4. Nothing in this Section shall require a Member to prevent continued and similar use of a particular geographical indication of another Member identifying wines or spirits in connection with goods or services by any of its nationals or domiciliaries who have used that geographical indication in a continuous manner with regard to the same or related goods or services in the territory of that Member either (a) for at least 10 years preceding 15 April 1994 or (b) in good faith preceding that date.” ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมานั้น ไม่อาจตีความได้โดยชัดแจ้งว่าการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ทั้งสองกรณี คือ ในกรณีที่เป็น

การใช้โดยสุจริตก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 และกรณีใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นระยะเวลาสิบปีติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 นั้น ต้องเป็นการใช้ในกรณีใด และใช้ ณ ที่แห่งใด ซึ่งกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่กฎหมายจะกำหนดให้สิทธิหรือจำกัดสิทธิแก่บุคคลใดนั้น ควรจะมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งเพื่อไม่ก่อให้เกิดกรณีพิพาทระหว่างปัจเจกบุคคล รวมทั้งไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อีกด้วย

ข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาวิจัยสรุปได้เป็นแนวทางการยกระดับกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย ในขณะเดียวกันสอดคล้องกับกรอบกติกาขององค์การการค้าโลก โดยเฉพาะความตกลงทริปส์ ข้อเสนอแนะดังกล่าวยังสอดคล้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในบทที่ 1 โดยสรุปได้เป็น 3 ประเด็น ดังต่อไปนี้

1) ภายใต้ระบบกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย เห็นควรว่าควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับการใช้สืบเนื่องมาจนถึงวันยื่นคำขอขึ้นทะเบียนในประเทศไทย

2) ประเทศไทยควรมีการกำหนดว่าจะต้องเป็นการใช้ในรูปแบบหรือลักษณะใดถึงขนาดที่จะพิจารณาได้ว่าเพียงพอต่อการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย ทั้งนี้ รายละเอียดและหลักเกณฑ์ดังกล่าวควรมีการศึกษาวิจัยเพิ่มเติมต่อไป และอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาของการศึกษาวิจัยนี้

3) ปัญหาสำคัญของการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สุราพิสโกในประเทศไทย เกิดจากปัญหาการตีความบทบัญญัติกฎหมายดังที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น ทั้งนี้ เห็นควรเสนอให้มีการวางแนวปฏิบัติหรือแนวทางการตีความเพื่อให้เป็นแนวปฏิบัติในการพิจารณาเกี่ยวกับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาเป็นระยะเวลา 10 ปี ติดต่อกันก่อนวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2537 หรือเป็นการใช้โดยสุจริตก่อนวันดังกล่าวตามมาตรา 28 วรรคท้าย

บรรณานุกรม

ศูนย์ทรัพย์สินทางปัญญาและบ่มเพาะวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications: GI)** [Online]. Available URL: http://tuipi.tu.ac.th/tuip_06.php, 2565 (ตุลาคม, 28).

Lertdhamtewe, Pawarit “The Protection of Geographical Indications in Thailand.” *The Journal of World Intellectual Property* 17, 4 (August 2014): 114-128.

พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546.

กฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน พ.ศ. 2547.

กฎกระทรวงว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียน การประกาศโฆษณาการคัดค้าน และการโต้แย้งคำคัดค้าน การขึ้นทะเบียน การอุทธรณ์ และการแก้ไขหรือเพิกถอนทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2547.

ประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่องการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ PISCO (พิสโก)

คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 0001.

คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 50200030.

คำวินิจฉัยนายทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เลขที่ 50200030.

ประกาศโฆษณาขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์พิสโก ชิลี (PISCO CHILE).

ประกาศโฆษณาการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ PISCO CHILE (พิสโก ชิลี) คำขอเลขที่ 5200030.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, opened for signature 14 April 1994, 1869 UNTS 229 (entered into force 1 January 1995) annex 1C (“TRIPS Agreement”).

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, opened for signature 15 April 1994, 190 UNTS 2 (entered into force 1 January 1995) (“WTO Agreement”).

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ผู้เสียหาย, ผู้มีอำนาจ
จัดการแทนผู้เสียหายและผู้แทนเฉพาะคดี
ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

มณฑล อรรถบดินกุล
ปรีดีเฉลิม เจริญศิลป์

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: ผู้เสียหาย, ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายและ ผู้แทนเฉพาะคดีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

มณฑล อรรถบถยกุล*
Monthol Uttabolyukol
ปรีดีเฉลิม เจริญศิลป์**
Preechaloem Charoensilp

1. บทนำ

บทความนี้พิจารณาถึงความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยเปรียบเทียบกับคำว่า “เหยื่อ” ตามปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญาและการใช้อำนาจโดยมิชอบขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งผลการศึกษาพบว่าความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสอดคล้องกับคำว่า “เหยื่อ” ตามปฏิญญาฯ ดังกล่าวแล้ว รวมถึงอภิปรายเพิ่มเติมบางประเด็น นอกจากนี้ บทความนี้วิเคราะห์แนวบรรทัดฐานใหม่ที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาฎีกาที่ 4536/2565 รวมถึงอภิปรายเหตุการณ์สมมติว่า หากข้อเท็จจริงบางประการเปลี่ยนแปลงไป ผลของคำพิพากษากฎีกาฉบับที่อ้างถึงจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่

*ผู้ช่วยเลขานุการรองอัยการสูงสุด; น.บ. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยศรีปทุม; LL.M. International Commercial Arbitration, Bucerius Law School, Germany. E-mail: monthol.uttabolyukol@law-school.de

Assistant Secretary to the Deputy Attorney General; LL.B. Chiang Mai University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. Sripatum University; LL.M. International Commercial Arbitration, Bucerius Law School, Germany.

**รองอัยการจังหวัด สำนักงานอัยการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายและการบังคับคดีจังหวัดนนทบุรี; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. International Environmental Law, University of Kent, United Kingdom; LL.M. International Trade Law, University of Essex, United Kingdom. E-mail: Preeeloem@hotmail.com

Deputy Provincial Chief Public Prosecutor, The Office of Nonthaburi Provincial Public Prosecution on Civil Rights Protection, Legal Aid and Legal Execution; LL.B. Thammasat University; LL.M. International Environmental Law, University of Kent, United Kingdom; LL.M. International Trade Law, University of Essex, United Kingdom.

2. คำพิพากษานิติ 4536/2565 (ย่อยาว)¹

(ที่มาของคดี)

คดีสืบเนื่องจากโจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยในความผิดฐานกระทำอนาจาร พยายามกระทำชำเรา และกระทำชำเราเด็กหญิง ช. ผู้เสียหาย (อายุ 9 ปีเศษ) โดยผู้เสียหายไม่ยินยอม

(บิดาของเด็กหญิงช. ซึ่งไม่มีอำนาจปกครองยื่นคำร้องขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าเสียหายและขอเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการ)

ก่อนวันนัดพร้อมเพื่อสอบคำให้การจำเลยและตรวจพยานหลักฐาน ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าเสียหาย...

ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่า รับคำร้อง สำเนาให้จำเลย รอสอบคำให้การส่วนแบ่งจำเลยในวันนัด

ต่อมาผู้ร้องยื่นคำร้องว่า ผู้ร้องเป็นบิดาจึงมีฐานะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เสียหาย ขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่า รอส่งวันนัด

ครั้นถึงวันนัดผู้ร้องยื่นคำร้องว่า ผู้ร้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้เสียหาย เนื่องจากผู้คัดค้านซึ่งเป็นมารดาและผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เสียหาย มีพฤติการณ์ประพฤติดนเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้เสียหาย หากศาลอนุญาตให้ผู้คัดค้านเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการและมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายแล้ว ผู้ร้องเกรงว่าจะเป็นผลร้ายแก่ผู้เสียหาย ขอให้คำสั่งตั้งผู้ร้องเป็นผู้แทนเฉพาะคดีของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6

(มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กหญิง ช. ซึ่งมีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียวยื่นคำร้องขอเป็นโจทก์ร่วม)

ในวันเดียวกันผู้คัดค้านแถลงคัดค้านว่า ผู้คัดค้านเป็นผู้มีอำนาจปกครองผู้เสียหายแต่เพียงผู้เดียว และยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ

(ศาลชั้นต้นไต่สวน และคำสั่งศาลชั้นต้น)

ศาลชั้นต้นไต่สวนแล้ว มีคำสั่งตั้งผู้ร้องเป็นผู้แทนเฉพาะคดี มีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้เสียหาย ให้ยกคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ของผู้คัดค้าน และอนุญาตให้ผู้เสียหายโดยผู้ร้องในฐานะผู้แทนเฉพาะคดีเข้าร่วมเป็นโจทก์

(มารดาอุทธรณ์ และคำสั่งศาลอุทธรณ์)

ผู้คัดค้านอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 5 พิพากษายืน

(ผู้คัดค้านฎีกา)

ผู้คัดค้านฎีกา

¹ คำพิพากษานิติ 4536/2565.

(คำสั่งศาลฎีกา)

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า...เด็กหญิง ช. ผู้เสียหาย...(อายุ 9 ปีเศษ)...เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องและผู้คัดค้าน ต่อมา...ผู้ร้องและผู้คัดค้านจดทะเบียนหย่า โดยมีข้อตกลงให้ผู้คัดค้านเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เสียหาย...ต่อมาผู้คัดค้านจดทะเบียนสมรสกับจำเลย...และหลังโจทก์ยื่นฟ้องคดีนี้...ผู้คัดค้านจดทะเบียนหย่ากับจำเลย

(ศาลฎีกาเห็นว่า)...โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยในความผิดฐานกระทำความผิด พยายามกระทำชำเรา และกระทำชำเราผู้เสียหาย ผู้เสียหาย (เด็กหญิง ช.) เท่านั้นเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานดังกล่าว ผู้คัดค้านจึงไม่ใช่ผู้เสียหายในคดีนี้

อย่างไรก็ตาม ผู้คัดค้านในฐานะผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย...และมีสิทธิยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการแทนผู้เสียหาย... ในคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์นั้น แม้ผู้แทนโดยชอบธรรมจะมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายดังกล่าวมาข้างต้น แต่หากปรากฏว่าผู้แทนโดยชอบธรรมมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหาย ญาติของผู้นั้น หรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องอาจร้องต่อศาลขอให้ตั้งเขาเป็นผู้แทนเฉพาะคดีก็ได้... ซึ่งการที่ศาลจะตั้งผู้หนึ่งผู้ใดเป็นผู้แทนเฉพาะคดีตามบทบัญญัติดังกล่าวก็โดยคำนึงถึงประโยชน์เฉพาะตัวของผู้เสียหายเท่านั้น

หากศาลมีคำสั่งตั้งบุคคลใดเป็นผู้แทนเฉพาะคดีแล้ว ผู้แทนโดยชอบธรรมก็ย่อมไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย...และไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการแทนผู้เสียหาย...อีกต่อไป...(ที่) ผู้คัดค้าน (อ้างว่า) ไม่มีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหาย...ดังกล่าวนอกจากจะไม่สมเหตุผลและขัดแย้งกับพฤติการณ์ของผู้คัดค้านที่ให้การต่อพนักงานสอบสวนว่าไม่ติดใจให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีแก่จำเลยตามกฎหมายจนถึงที่สุด...(ยัง)เป็นการช่วยเหลือจำเลยในการต่อสู้คดีด้วย... ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ได้ความตามทางใต้สวนว่า ขณะเกิดเหตุผู้คัดค้านและจำเลยเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย...อันแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างผู้คัดค้านกับจำเลยและความจำเป็นที่ผู้คัดค้านต้องพึ่งพาอาศัยจำเลยในการดำรงชีพแล้ว ย่อมมีความเป็นไปได้ที่ผู้คัดค้านจะช่วยเหลือจำเลยในการต่อสู้คดี

แม้ผู้คัดค้านจะเบิกความปฏิเสธว่า ผู้คัดค้านกับจำเลยจดทะเบียนหย่ากันแล้ว...แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจยืนยันความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างผู้คัดค้านกับจำเลยได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังจดทะเบียนหย่าไม่ถึงหนึ่งเดือนผู้คัดค้านได้ส่งหนังสือขอรับความเป็นธรรม...ถึงพนักงานอัยการ เพื่อขอให้ดำเนินการสอบคำให้การผู้เสียหายเพิ่มเติมกับให้ขอผลตรวจร่างกายผู้เสียหายจากโรงพยาบาลซึ่งผู้คัดค้านเป็นผู้พาผู้เสียหายไปตรวจในภายหลัง และขอให้สอบสวนแพทย์ผู้ตรวจร่างกายผู้เสียหาย หลังจากนั้นผู้คัดค้านยังส่งหนังสือถึงพนักงานอัยการเพื่อยืนยันขอให้สอบสวนผู้เสียหายเพิ่มเติมกับนำจดหมายที่ผู้เสียหายเป็นผู้เขียนว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดส่งมอบแก่พนักงานอัยการ และทำหนังสือพร้อมส่งมอบคลิปวิดีโอแก่พนักงานอัยการ ทำให้น่าเชื่อว่าภายหลังจดทะเบียนหย่า

ผู้คัดค้านและจำเลยยังคงมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน มิฉะนั้นผู้คัดค้านคงไม่กระทำการที่มีผลเป็นการช่วยเหลือจำเลยในการต่อสู้คดีเช่นนี้...เมื่อประมวลข้อเท็จจริงที่ได้จากทางไต่สวนและพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้วินิจฉัยมาเข้าด้วยกันแล้ว ประกอบกับโจทก์แถลงคัดค้านคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ของผู้คัดค้าน โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากมีพฤติการณ์กระทำการเป็นปฏิปักษ์กับโจทก์ อาจทำให้คดีของโจทก์เสียหาย... ทำให้เชื่อได้ว่าผู้คัดค้านมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหายในคดีนี้จริง กรณีจึงมีความจำเป็นต้องตั้งผู้แทนเฉพาะคดี...

ผู้คัดค้านไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย...และไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการแทนผู้เสียหาย...

พิพากษายืน²

3. ข้อพิจารณา

3.1 ความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) นิยามความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” ไว้ว่า

“ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6

จากนิยามศัพท์ดังกล่าว ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงประกอบไปด้วย

1) บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง (หรือ “ผู้เสียหายที่แท้จริง”)

2) บุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทน (ผู้เสียหายที่แท้จริง) ได้ (หรือ “ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย”) ซึ่งผู้ใดมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย ต้องเป็นไปตามมาตรา 4, 5 และ 6

นอกจากนี้ หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อาจจะมีบุคคลอื่นถือว่าเป็น “ผู้เสียหาย” อีกก็ได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 333 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาทตายเสียก่อนร้องทุกข์ ให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย”

²หมายเหตุ ตัดทอน ทำตัวหนา และใส่วงเล็บโดยผู้เขียน.

อีกกรณีหนึ่งที่อาจจะไม่ได้มีการกล่าวถึงในรายละเอียดมากนักในทางทฤษฎี คือ “รัฐ” โดยในหนังสือหรือตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในหัวข้อที่เกี่ยวกับผู้เสียหายโดยมาก มักจะไม่ได้อธิบายหรืออธิบายเกี่ยวกับความเป็นผู้เสียหายของรัฐ หรือการที่รัฐเป็นผู้เสียหายเท่าใดนัก ทั้ง ๆ ที่ในคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับ ศาลฎีกามักมีการกล่าวถ้อยคำทำนองว่า “ความผิดฐาน...รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย”³ หรือ “ความผิดฐาน...เป็นความผิดต่อแผ่นดิน”⁴ เอาไว้

โดยส่วนตัวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า “รัฐ” (หรือ “แผ่นดิน”) ย่อมเป็นผู้เสียหายในความผิดอาญาทุกฐาน⁵ เพราะการกระทำความผิดไม่ว่าฐานใด ย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ไม่มากก็น้อย จึงถือว่ารัฐเสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว และย่อมถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายในความผิดทุกฐาน รวมถึงความผิดต่อส่วนตัวด้วย เพียงแต่ว่าในความผิดต่อส่วนตัว รัฐ (โดยพนักงานสอบสวน) จะทำการสอบสวนไม่ได้ หากไม่มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ ซึ่งจะมีผลทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน⁶ และพนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้อง⁷ ซึ่งทำให้ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวด้วย

³ตัวอย่างเช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติการเล่นแร่ พ.ศ. 2534 (คำพิพากษาฎีกาที่ 3026/2565); ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 151 และ มาตรา 157 (คำพิพากษาฎีกาที่ 2090/2563); ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 และความผิดต่อพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ (คำพิพากษาฎีกาที่ 846/2562); ความผิดฐานช่องโจร (คำพิพากษาฎีกาที่ 16640/2555); ความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 39, 40, 43, 151 และ 157 (คำพิพากษาฎีกาที่ 295/2555) และความผิดตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 (คำพิพากษาฎีกาที่ 9555/2554) เป็นต้น.

⁴ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานเรียก รับหรือยอมรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเป็นการตอบแทนในการที่จะจูงใจหรือได้จูงใจเจ้าพนักงานโดยวิธีอันทุจริตหรือผิดกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 143 (คำพิพากษาฎีกาที่ 3026/2565); ความผิดฐานรับของโจร (คำพิพากษาฎีกาที่ 6966 - 6967/2558); ความผิดตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 (คำพิพากษาฎีกา 20395/2555); ทำความผิดฐานปลอมเอกสารและใช้เอกสารปลอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264, 268 (คำพิพากษาฎีกา 5129/2533) เป็นต้น.

⁵ในมุกฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกาถือว่า ในทางกฎหมายรัฐเป็นผู้เสียหายในทุกฐานความผิด ในขณะที่ผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหาย (“ผู้เสียหายที่แท้จริง”) อาจจะมีสิทธิบางประการได้ โปรดดู Daniel E. Hall, **Criminal Law and Procedure**, 6th ed (New York: Delmar Cengage Learning, 2012), pp. 330-331 “Recalled that the legal victim of crimes is the government...However, most crimes have another victim, the victim-in-fact. That is the person assaulted, battered, raped or robbed...”

⁶ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 121 วรรคสอง.

⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 120.

ในมุกฎหมายเปรียบเทียบ ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมพื้นฐานสำหรับผู้เสียหายในคดีอาญา และการใช้อำนาจโดยมิชอบ⁸ (“The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”) กำหนดว่า

“...Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws...”

ข้อความดังกล่าว อาจถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

““เหยื่อ” หมายถึงบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ที่ได้รับความทรมานจากความเสียหายซึ่งรวมถึงความเสียหายทางร่างกายหรือจิตใจ ได้รับความทุกข์ทรมานทางอารมณ์ ความสูญเสียทางเศรษฐกิจ หรือความเสื่อมเสียอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตน ผ่านการกระทำผิดต่อหรือการละเว้นที่ล่วงละเมิดกฎหมายอาญา...”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” (ซึ่งน่าจะหมายถึงเฉพาะผู้เสียหายที่แท้จริง) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว เห็นได้ว่าสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “เหยื่อ” ตามปฏิญญาดังกล่าวแล้ว

มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าในภาษาอังกฤษกฎหมาย (Legal English) ผู้เสียหายในคดีอาญาจะใช้คำว่า “Victim” ในขณะที่ผู้เสียหายทางแพ่ง จะใช้คำว่า “Injured Person” แต่ในภาษาไทยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้เสียหาย” เช่นเดียวกัน⁹ ซึ่งในบางบริบทการใช้คำเดียวกันอาจจะไม่สะท้อนความรู้สึกที่แท้จริงว่าการกระทำความผิดอาญานั้น นอกจากจะกระทบต่อผู้เสียหายโดยตรงแล้วยังกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐอีกด้วย

นอกจากนี้ เนื่องจากการใช้คำ ๆ เดียวกันสำหรับบุคคลที่ถูกประทุษร้ายในทางแพ่งและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญาว่า “ผู้เสียหาย” จึงอาจเกิดกรณีที่บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายในทางแพ่งกลับไม่เป็นผู้เสียหายในทางอาญา¹⁰ ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อกังขาแก่บุคคลที่ไม่ใช่นักกฎหมายได้

ในมุกฎหมายเปรียบเทียบ เมื่อสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ตรา Civil Code¹¹ (ประมวลกฎหมายแพ่ง) ขึ้นใช้บังคับแล้ว มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า อาจจะมีควมจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม

⁸United Nation’s the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power of 1985.

⁹โปรดดู เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 223 “ถ้าฝ่ายผู้เสียหาย...” รวมถึงมาตรา 442, 444 และ 446 เป็นต้น.

¹⁰ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2219/2521 เป็นต้น.

¹¹中华人民共和国民法典 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2564.

Criminal Procedure Law¹² (กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ในเรื่องสิทธิของผู้เสียหายด้วย¹³ ในขณะที่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เหยื่ออาจมีสิทธิบางประการนอกจากการเป็นพยานบุคคลในชั้นศาล เช่น สิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทน สิทธิที่จะได้รับทราบถึงผลของคดี สิทธิที่จะได้รับคำปรึกษา และความช่วยเหลือจากที่ปรึกษาหรือบุคคลที่ไว้วางใจ เป็นต้น¹⁴

4. วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 4536/2565

4.1 ผู้เสียหายในคดีนี้

เมื่อปรับหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นเข้ากับคำพิพากษาฎีกาฉบับที่หมายเหตุนี้ เนื่องจากคดีนี้ฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดฐานกระทำความผิด พยายามกระทำชำเรา และกระทำชำเรา เด็กหญิง ผู้เสียหายในคดีนี้จะประกอบไปด้วย

1) เด็กหญิง ข. (“ผู้เสียหายที่แท้จริง” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4))

2) ผู้มีอำนาจจัดการแทนเด็กหญิง ข. ซึ่งจะมีสองบุคคล คือ

(1) มารดาเด็กหญิง ข. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(1))

(2) บิดาเด็กหญิง ข. ซึ่งไม่มีอำนาจปกครอง แต่ศาลสั่งตั้งเป็นผู้แทนเฉพาะคดี (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6) และ

3) รัฐ

4.2 พฤติการณ์ที่ทำให้ศาลสั่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดี

คำพิพากษาฎีกาที่หมายเหตุนี้ มีประเด็นที่น่าพิจารณา คือ

1) ความสัมพันธ์ระหว่างมารดาเด็กหญิง ข. กับจำเลย

อาจกล่าวได้โดยสรุปว่า ศาลฎีกาไม่เชื่อว่ามารดาเด็กหญิง ข. และจำเลยไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างแท้จริงอีกแล้ว สังเกตได้จากที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

¹²中华人民共和国刑事诉讼法.

¹³Liling Yue, *Principles of Chinese Criminal Procedure* (New York: Hart Publishing, 2021), pp. 90-94.

¹⁴Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure* (Oxford: Hart Publishing, 2012) pp. 65-66.

“...การกระทำดังกล่าว (การจดทะเบียนหย่า) ก็ไม่อาจยืนยันความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างผู้คัดค้านกับจำเลยได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจดทะเบียนหย่าไม่ถึงหนึ่งเดือน ผู้คัดค้านได้ส่งหนังสือขอรับความเป็นธรรม...ถึงพนักงานอัยการ...ทำให้น่าเชื่อว่าภายหลังจดทะเบียนหย่าผู้คัดค้านและจำเลยยังคงมีความสัมพันธ์อันดีต่อกัน มิฉะนั้นผู้คัดค้านคงไม่กระทำการที่มีผลเป็นการช่วยเหลือจำเลยในการต่อสู้คดีเช่นนี้...”

และความอีกตอนหนึ่งว่า

“...ขณะเกิดเหตุผู้คัดค้านและจำเลยเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย มีบุตรด้วยกัน 1 คน และจำเลยเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายของทุกคนในครอบครัว รวมถึงค่าใช้จ่ายของผู้เสียหาย อันแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างผู้คัดค้านกับจำเลยและความจำเป็นที่ผู้คัดค้านต้องพึ่งพาอาศัยจำเลยในการดำรงชีพ...”

2) มารดาเด็กหญิง ช. มีพฤติการณ์ช่วยเหลือจำเลย

ศาลฎีกามองว่าพฤติการณ์ของมารดาเด็กหญิง ช. ทั้งที่ให้การต่อพนักงานสอบสวน, ยื่นหนังสือร้องขอความเป็นธรรมต่อพนักงานอัยการ รวมถึงมีการให้เด็กหญิง ช. ทำหนังสือถึงพนักงานอัยการ เป็นพฤติการณ์ที่ช่วยเหลือจำเลย โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“...การที่ผู้คัดค้านมีหนังสือถึงพนักงานอัยการขอให้สอบผู้เสียหายเพิ่มเติม เนื่องจากผู้เสียหายบอกต่อผู้คัดค้านว่าจำเลยไม่ได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายกับนำจดหมายที่ผู้เสียหายเป็นผู้เขียนว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดส่งมอบแก่พนักงานอัยการ และทำหนังสือพร้อมส่งมอบคลิปวิดีโอแก่พนักงานอัยการ เพราะต้องการพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายหรือไม่ อันเป็นการกระทำเพื่อรักษาเกียรติยศชื่อเสียงของผู้เสียหาย...ผู้คัดค้านที่ให้การต่อพนักงานสอบสวนว่าไม่ติดใจให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีแก่จำเลยตามกฎหมายจนถึงที่สุด¹⁵ ...พยายามทำลายความน่าเชื่อถือของความเห็นแพทย์ผู้ตรวจร่างกายผู้เสียหายที่ระบุว่าผู้เสียหายอาจจะผ่านการร่วมประเวณี อันมีผลเป็นการช่วยเหลือจำเลยในการต่อสู้คดีด้วย...”

3) พนักงานอัยการแถลงคัดค้านการขอเข้าเป็นโจทก์ร่วม

คดีนี้ พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ส่วนมารดาเด็กหญิง ช. ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายยื่นคำร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการ โดยพนักงานอัยการได้แถลงต่อศาลว่ามารดาเด็กหญิง ช. มีพฤติการณ์เป็นปฏิปักษ์กับโจทก์ อาจทำให้คดีของพนักงานอัยการเสียหายได้ โดยศาลฎีกาวินิจฉัย ดังนี้

¹⁵ คดีนี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน จึงไม่สามารถยอมความได้.

“...โจทก์แถลงคัดค้านคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ของผู้คัดค้าน โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจาก มีพฤติการณ์กระทำการเป็นปฏิปักษ์กับโจทก์ อาจทำให้คดีของโจทก์เสียหาย...”

ผู้เขียนเห็นว่า การแถลงของพนักงานอัยการดังกล่าว ยังไม่ใช่กรณีตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหาย จะกระทำให้คดีของอัยการเสียหาย โดยกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ในกระบวนการพิจารณา พนักงานอัยการมีอำนาจร้องต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำการนั้น ๆ ได้”

เนื่องจากกรณีดังกล่าว มารดาของเด็กหญิง ช. ยังไม่ได้เข้ามาเป็นโจทก์ร่วม อย่างไรก็ตาม การที่พนักงานอัยการโจทก์ แถลงต่อศาลชั้นต้นดังกล่าว ก็น่าจะมาจากหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกัน

เมื่อพิจารณาตัวบทมาตราดังกล่าวแล้ว เฉพาะพนักงานอัยการเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจ ร้องต่อศาลให้สั่งให้ผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำการได้ ผู้เสียหายไม่น่าจะมีอำนาจขอให้ศาลสั่งห้าม พนักงานอัยการกระทำหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ได้

สาเหตุที่พนักงานอัยการมีอำนาจเช่นนี้ น่าจะเป็นเพราะว่า การดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการ คือการดำเนินคดีแทนรัฐ ดังที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงพระดำรัสไว้ว่า¹⁶

“...จึงได้สร้างวิธีขึ้นเอาอย่างฝรั่งให้มีอัยการไทยฟ้องร้องจำเลยในศาล อัยการนี้แทนแผ่นดิน ถ่อมยศแผ่นดินลงไปเป็นโจทก์เหมือนหนึ่งราษฎร...ทั้งนี้ แปลว่ารัฐบาลสมมติตัวเองว่าเป็นราษฎร ผู้หนึ่ง...”

ทั้งนี้ พนักงานอัยการมีหลักประกันความเป็นอิสระ โดยต้องไม่มีอิทธิพลภายนอก เข้ามาแทรกแซงดุลยพินิจของพนักงานอัยการ ในขณะที่เดียวกันก็มีกลไกการตรวจสอบและควบคุม¹⁷

อนึ่ง เท่าที่ผู้เขียนศึกษามาพบว่า มีกรณีตัวอย่างการปรับใช้มาตรา 32 ดังกล่าว ค่อนข้างน้อย ที่ชัดเจนคือกรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 5139/2539 ซึ่งโจทก์ร่วมตายลง ผู้ร้องซึ่งเป็นบุตรของโจทก์ ร่วมร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมต่างผู้ตายต่อไป แต่เนื่องจากผู้ร้องเป็นภริยาของจำเลย พนักงานอัยการ จึงแถลงคัดค้าน และต่อมาศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการได้ ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับคำพิพากษาฎีกาฉบับที่หมายเหตุนี้ จะเห็นว่าเป็นพฤติการณ์ที่คล้ายคลึงกัน คือ ผู้ที่ขอเข้าเป็นโจทก์ร่วม มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับจำเลย จึงอาจจะทำให้คดีของพนักงานอัยการเสียหายได้

4) เมื่อตั้งผู้แทนเฉพาะคดีแล้ว ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย ย่อมไม่มีอำนาจจัดการแทน ผู้เสียหายอีกต่อไป

¹⁶กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ, “นิติบุคคลในประเทศ,” นิติวิทยาสาร (2496): 71.

¹⁷รุ่งโรจน์ แจ่มพิทยากรณ์, “การสังคดีที่ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนในชั้นพนักงานอัยการ,” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 1, 2 (ธันวาคม 2555): 40-53.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่หมายเหตุนี้วางบรรทัดฐานใหม่ประการหนึ่ง คือ เมื่อศาลมีคำสั่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 แล้ว ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายตามมาตรา 5 ย่อมไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายอีกต่อไป โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“...เชื่อว่าผู้คัดค้านมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหายในคดีนี้จริง กรณีจึงมีความจำเป็นต้องตั้งผู้แทนเฉพาะคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 การที่ศาลล่างทั้งสองมีคำสั่งตั้งผู้ร้องซึ่งเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้แทนเฉพาะคดีถือได้ว่าเป็นประโยชน์แก่ตัวผู้เสียหาย และเมื่อวินิจฉัยดังนี้แล้ว จึงมีผลทำให้ผู้คัดค้านไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(1) และไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการแทนผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 3(2) อีกต่อไป...”

ในประเด็นนี้ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้ถึงกรณีที่หากศาลมีคำสั่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดีแล้ว จะมีผลทำให้ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลฎีกาก็มิได้ให้หลักกฎหมายหรือเหตุผลเพื่อประกอบการวินิจฉัยแต่อย่างใด เท่าที่ผู้เขียนค้นคว้ามา กรณีดังกล่าวนี้ ไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานมาก่อน คงมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2319 - 2320/2522 ซึ่งอาจจะนำมาพิจารณาเทียบเคียงได้ โดยในคดีดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า

“...การร้องขอให้ศาลตั้งผู้แทนเฉพาะคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 6 จะมีได้เฉพาะในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม ฯลฯ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมไม่สามารถจะทำการตามหน้าที่โดยเหตุใดเหตุหนึ่ง รวมทั้งมีผลประโยชน์ขัดกับผู้เยาว์เมื่อโจทก์มีมารดาเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมและสามารถจะทำการตามหน้าที่ได้ กรณีจึงไม่ต้องด้วยมาตรา 6 ที่จะให้ศาลตั้งผู้แทนเฉพาะคดีได้...”

เมื่อปรับแนวบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2319 - 2320/2522 เข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนี้ จะเห็นได้ว่าการที่ศาลจะตั้งผู้แทนเฉพาะคดีได้ จะต้องไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนโดยชอบธรรมมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์เท่านั้น ดังนั้น กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมยังมีอยู่จะต้องเป็นกรณีที่ ไม่เหมาะสมเพราะมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นความเป็นธรรมตามธรรมดาที่จะต้องไม่ให้ผู้แทนโดยชอบธรรมมีอำนาจจัดการแทนผู้เยาว์ต่อไปได้ มิฉะนั้น ผู้แทนโดยชอบธรรม (ซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหาย) และ ผู้แทนเฉพาะคดี (ซึ่งไม่มีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เสียหาย) อาจจะเข้ามาดำเนินคดีทั้งคู่ และอาจจะมีความขัดกัน ในท้ายที่สุด ซึ่งย่อมเป็นภาวะไม่พึงปรารถนา

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาในเรื่องนี้

5) หากข้อเท็จจริงในคดีเปลี่ยนแปลงไป

ทั้งนี้ เนื่องจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ จำเลยมีฐานะเป็นบิดาเลี้ยงของเด็กหญิง ข. ซึ่งมีอายุ 9 ปีเศษ (จึงไม่เกินกว่า 15 ปีบริบูรณ์) โดยเด็กหญิง ข. อาศัยอยู่กับจำเลย ประกอบกับ

มารดาของเด็กหญิงมีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพรากผู้เยาว์¹⁸ ทั้งนี้ เพราะ “...(กฎหมาย)...ประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่ละเมิดอำนาจปกครองดูแลเด็กของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันเป็นการคุ้มครองเด็กมิให้ถูกล่อลวงไปในทางเสียหาย...”¹⁹ หรือในความผิดฐานพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจารนั้น “...กฎหมายบัญญัติโดยมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองอำนาจของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลผู้เยาว์ และปกป้องมิให้ผู้ใดมาก่อการรบกวนหรือกระทำการอันใดอันเป็นการกระทบกระทั่งต่ออำนาจปกครอง ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย...”²⁰ ดังนั้น ในความผิดฐานพรากผู้เยาว์ บุคคลที่เป็นผู้เสียหาย คือ ผู้ใช้อำนาจปกครองเท่านั้น ส่วนเด็กที่ถูกพราก ไม่ใช่ผู้เสียหาย²¹

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปคือ ถ้าหากข้อเท็จจริงในคำพิพากษานี้เปลี่ยนแปลงไปเป็นว่า เมื่อตอนที่หย่าขาดจากกัน บิดาและมารดาเด็กหญิงมิได้ตกลงกันให้มารดาเด็กหญิง ช. มีอำนาจปกครองเด็กหญิง ช. แต่เพียงผู้เดียวแล้ว ย่อมมีผลทำให้บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีอำนาจปกครองเด็กหญิง ช. ร่วมกันกับมารดาด้วย ดังนั้น การที่จำเลยซึ่งเป็นบิดาเลี้ยง แม้จะอาศัยอยู่บ้านหลังเดียวกันกับเด็กหญิง ช. แต่เมื่อจำเลยกระทำการอันไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายเด็กหญิง ช. ทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าเด็กหญิง ช. ยังอยู่ในความดูแลของบิดามารดา ย่อมถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะแยกเด็กหญิง ช. ออกจากอำนาจปกครองของบิดา โดยให้เด็กหญิง ช. ตกอยู่ในอำนาจควบคุมของจำเลย และจ่ายยอมให้จำเลย กระทำอนาจาร อันเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาแล้ว²²

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า ก่อนปี พ.ศ. 2558 ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ จึงทำให้การกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศที่มีลักษณะเป็นการคุกคามผู้อื่นไม่เป็นความผิดอาญา แม้ภายหลังจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาแล้ว²³ แต่ตัวบทที่แก้ไขเพิ่มเติมก็ยังไม่ชัดเจนและคลุมเครืออยู่อีกทั้งการบัญญัติไว้ในภาค 3 ละหุโทษ อาจจะไม่ผลในการป้องปรามการกระทำความผิดดังกล่าวได้ดีเท่าที่ควร กรณีจึงน่าจะได้มีการทบทวนการบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวด้วย²⁴

¹⁸ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 317 วรรคแรก “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษ...”

¹⁹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 489/2561.

²⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 216/2564.

²¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7328/2549.

²²เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5117/2562.

²³พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

²⁴รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนี้ โปรดดู สุริสา นิยมรัตน์, “ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ,” วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 7, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 132-162.

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่า “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีความหมายตรงกับคำว่า “เหยื่อ” (Victims) ในปฎิญญา ฯ แล้ว แต่เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย ใช้คำว่า “ผู้เสียหาย” กับทั้งผู้เสียหายจากการประทุษร้ายทางแพ่ง และผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญา จึงทำให้เกิดความสับสนอยู่บ้าง ในโอกาสต่อไปน่าจะได้มีการศึกษาเพิ่มเติมถึงการปรับเปลี่ยนถ้อยคำให้เหมาะสม เพื่อแสดงให้เห็นว่าสถานะของผู้เสียหายทางแพ่งและทางอาญา แม้อาจจะมีความเหลื่อมทับกันอยู่บ้าง แต่ก็ไม่ได้มีความหมายเหมือนกันไปทั้งหมด ซึ่งจะลดความสับสนในการปรับใช้กฎหมาย รวมถึงความเข้าใจของสาธารณชนได้อีกด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่หมายเหตุนี้ ได้วางบรรทัดฐานใหม่ว่าเมื่อศาลมีคำสั่งตั้งผู้แทนเฉพาะคดีแล้ว ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายย่อมไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายอีกต่อไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นแนวทางที่ถูกต้องและเหมาะสมแล้ว ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดทวิภาวะคือ มีผู้มีอำนาจดำเนินการแทนผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เยาว์สองคนได้ในคดีเดียวกันในขณะเดียวกัน ซึ่งจะสร้างความสับสนแก่การปฏิบัติงานเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากศาลฎีกามีได้ให้เหตุผลหรือหลักกฎหมายประกอบ ผู้เขียนจึงมีความเห็นด้วยความเคารพว่า ในโอกาสต่อไปศาลฎีกาควรจะได้ให้เหตุผลหรือหลักกฎหมายเพิ่มเติมด้วย เพื่อให้แนวบรรทัดฐานนี้ได้รับการยอมรับโดยคุชฎี รวมทั้งเป็นประโยชน์ในการวิเคราะห์และศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่าหากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่หมายเหตุนี้เปลี่ยนแปลงไป ถ้าหากบิดาของเด็กหญิง ข. ผู้เสียหาย มิได้ยกให้มารดามีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว ในคดีนี้อาจจะมีการดำเนินคดีอาญาฐานพรากผู้เยาว์กับจำเลยอีกด้วย กับทั้งกรณีมีเหตุที่จะได้ทบทวนบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานคุกคามทางเพศที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2558 เสียด้วย

บรรณานุกรม

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ. “นิติบุคคลในประเทศ.” *นิติวิทยาสาร* (2496): 71.
 รุ่งโรจน์ แจ่มพิทยาภรณ์. “การสังคดีที่ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนในชั้นพนักงานอัยการ.”

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 1, 2 (ธันวาคม 2555): 40–53.

สุริศา นิยมรัตน์. “ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ.” *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์*
 7, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 132–162.

Bohlander, Michael. *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford; Hart Publishing, 2012.
 Hall, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. 6th ed. New York: Delmar Cengage Learning, 2012.

Yue, Liling. *Principles of Chinese Criminal Procedure*. New York: Hart Publishing, 2021.
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16640/2555.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 20395/2555.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2090/2563.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 216/2564.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2219/2521.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2555.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 489/2561.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5117/2562.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5129/2533.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6966-6967/2558.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7328/2549.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 846/2562.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9555/2554.

Civil Code of the People’s Republic of China.

Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China.

United Nation’s the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and
 Abuse of Power of 1985.

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาต๊วย
2. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน
3. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
4. นายสงวน ตีระไพบุลย์สิน

สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด
นักวิชาการอิสระ
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภักดิ์คอง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย
2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ธิมภ์ศิระ
4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรัสเกียรติ
5. อาจารย์ศศิประภา ศิสศิริ วรรณการ
6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ
7. นายนันทิ จิตสว่าง
8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์กะ
9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร
10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์
11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล
12. นายวรุฒิ ทวาทสิน
13. นายนิรุฒ มณีพันธ์
14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง
15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย
17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ
18. นางสาวนริศรา สารรัตน์
19. นายเพชร ชื่นชม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
นักวิชาการอิสระ
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
นักวิชาการอิสระ
ศาลยุติธรรม
สำนักงานอัยการสูงสุด
บริษัท อลงกรณ์ กฎหมายธุรกิจ จำกัด
ศาลยุติธรรม
การรถไฟแห่งประเทศไทย
ศาลยุติธรรม
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
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 เนื้อหาความยาวไม่เกิน 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. **หัวเรื่อง** 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,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,**ชื่อรายงานวิจัย**,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,**ชื่อเรื่อง**/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/ (เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ [www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/ Samplethesis-niti260353.doc](http://www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-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

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

1. การตีพิมพ์บทความไม่มีค่าใช้จ่ายในกรณีบทความได้รับอนุมัติตีพิมพ์
2. ในกรณีผู้พิมพ์ขอถอนบทความออกจากกระบวนการตีพิมพ์ โดยบทความได้ผ่านการพิจารณาประเมินบทความจากผู้ทรงคุณวุฒิแล้วหรือกรณีผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความ ปฏิเสธการตีพิมพ์บทความ ผู้พิมพ์บทความจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าธรรมเนียมในส่วนของการค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความเป็นจำนวนเงิน 3,000 บาท (สามพันบาทถ้วน) (1 บทความ $\times$ 3 ผู้ทรงคุณวุฒิ $\times$ 1,000 บาท) โดยโอนเข้าบัญชีธนาคารทหารไทยธนชาติ ชื่อบัญชี วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ เลขที่บัญชี 156-2-25965-3

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์ (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 โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้พิมพ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจงเพื่อประกอบการ “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. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มีการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในระยะเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่เขียนบทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย 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