



สภานายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี ซึ่งในปี พ.ศ. 2559 ทางวารสารรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ ได้ผ่านการรับรองคุณภาพ จากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) กลุ่ม 2 ซึ่งแสดงถึงความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาและยกระดับคุณภาพของวารสารให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานวิชาการ วิจัย สาขานิติศาสตร์ อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้สนใจทั่วไป ที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิง อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาความรู้ด้านนิติศาสตร์ต่อไป

สภามหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์และทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ฉบับนี้

ในโอกาสนี้ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คณาจารย์ นักศึกษา ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสาร จงมีแต่ความสุข ประสพแต่สิ่งดีงาม สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลามัยแข็งแรงสมบูรณ์ ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง นึกถึงสิ่งใดขอให้สมความปรารถนา และที่สำคัญร่วมกันทำประโยชน์ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป



(นายวิรัช ชินวินิจกุล)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมที่คณะนิติศาสตร์ จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้นปีละ 2 ฉบับ ซึ่งในปี 2560 นับเป็นปีที่ 6 แล้ว แสดงถึงการพัฒนาเจริญก้าวหน้าทางวิชาการและวิจัยของคณะนิติศาสตร์ วารสารรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ ฉบับนี้เป็นฉบับที่ 1 ของปี พ.ศ. 2560

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ที่คณะนิติศาสตร์ ได้จัดทำขึ้น ก่อเกิดประโยชน์ยิ่งในการช่วยส่งเสริมให้คณาจารย์ นักวิชาการ นักกฎหมาย นักวิจัย และนักศึกษา ทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้มีโอกาส เผยแพร่ผลงานวิชาการและวิจัยในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งเป็นสื่อกลาง แลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารการพัฒนากฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชน

มหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ และทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ฉบับนี้ รวมทั้งผู้ที่เสนอผลงานตีพิมพ์ในวารสาร และขอขอบคุณที่ได้มีส่วนช่วยพัฒนาวิชาการและวิจัยของมหาวิทยาลัยรามคำแหง

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งبارมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดประทานพรให้ทุกท่านประสบความสำเร็จในสิ่งอันพึงปรารถนา และขออวยพรให้การจัดทำวารสารครั้งนี้ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ทุกประการ



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคณบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้จัดพิมพ์ขึ้นเป็นประจำทุกปี ปีละ 2 ฉบับ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวได้ก้าวเข้าสู่ปีที่ 6 แล้ว และทางวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้พัฒนาคุณภาพวารสารเข้ามาอยู่ในฐานข้อมูลศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) กลุ่ม 2 ถือเป็นก้าวสำคัญและความภูมิใจของคณะนิติศาสตร์ ที่จะมุ่งมั่นพัฒนาและสร้างสรรค์ผลงานทางวิชาการและวิจัยด้านนิติศาสตร์ ให้มีมาตรฐานสู่สากลยิ่งขึ้นไป



ในนามคณะนิติศาสตร์ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้ร่วมแรงร่วมใจปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถในการจัดทำวารสารและยกระดับวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐาน เพื่อเกิดประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ นักศึกษา อันจะนำมาเพื่อการพัฒนาวงการกฎหมายต่อไป

ในโอกาสนี้ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

วิมล ร.แสงสุ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมลฐา แสงสุข)
คณบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยและบทความวิจารณ์หนังสือในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความในสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางการวิจัยของบุคคลภายใน และภายนอกมหาวิทยาลัย ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย นักศึกษาได้นำผลงานวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง และพัฒนาการของกฎหมาย รวมถึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 นี้ กองบรรณาธิการมุ่งมั่นตั้งใจคัดสรรบทความที่มีเนื้อหาน่าสนใจ ทั้งบทความวิชาการ บทความวิจัย รวมถึงบทความรับเชิญจากผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนมุมมองทางกฎหมายในรูปแบบการตีพิมพ์วารสารที่ได้มาตรฐาน และสำหรับปีพุทธศักราช 2560 ท่านผู้อ่านจะได้พบกับการปรับปรุงลักษณะใหม่ของวารสารฯ ออนไลน์ผ่านระบบวารสารอิเล็กทรอนิกส์ ThaiJo (Thai Journals Online System) อย่างน่าประทับใจค่ะ

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมธุรกิจค้าอัญมณีและเครื่องประดับ	
สิริกานต์ อยู่เรือง	1
สถานการณ์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน	
ตำบลบ้านม่วง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา	
กัญย์กัญญา ใจการวงศ์สกุล	
เทพ วงศ์สุภา	19
กรอบแนวความคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ.	
พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์	53
ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์	
ศุภการย์ สุขต่าย	77
แนวโน้มผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการจัดทำ ASEAN Common Visa	
ต่อภาคการท่องเที่ยวของไทยและประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง	
ทักษ์จัน ตั้งสุภูมิ	117
Thai Cross Border Insolvency Law	
Nantharat Techama	151
Third Party Funding under Investor-State Arbitration: Respondent State's	
Risks and Recent Developments in ASEAN and Hong Kong	
Yang Xinglong	177
บทความรับเชิญ	
คำพิพากษาศาลฎีกาน่าสนใจ : ปัญหาความรับผิดในทางละเมิดกรณีรถยนต์หายใครรับผิดชอบ	
ทีปกร โกมลพันธ์พร	
นริสา เอี่ยมอำนวย	211
บทวิจารณ์หนังสือ	
สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์	223

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมธุรกิจ
ค้าอัญมณีและเครื่องประดับ

สิริกานต์ อยู่เรือง

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมธุรกิจค้าอัญมณีและเครื่องประดับ Legal Problems on Controlling of Jewelry Business

สิริกานต์ อยู่เรือง^{*}
Sireekarn Yooruang

บทคัดย่อ

เมื่อกล่าวถึงธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับซึ่งเป็นธุรกิจส่งออกที่ทำรายได้เป็นอันดับ 3 ให้กับประเทศไทย จากการขยายตัวของธุรกิจประเภทนี้ทำให้มีผู้ประกอบการเพิ่มขึ้นตามลำดับ โดยเฉพาะผู้ประกอบการรายย่อย จึงทำให้มีผู้ประกอบการบางรายถือโอกาสฉ้อโกงหรือเอาเปรียบผู้ซื้อ โดยวิธีการขายของคุณภาพต่ำในราคาที่สูง หรือหลอกลวงว่าเป็นอัญมณีแท้ทั้ง ๆ ที่เป็นอัญมณีสังเคราะห์ จึงพบว่ามีปัญหาเรื่องการซื้อขายเพชร การซื้อขายอัญมณีต่าง ๆ การซื้อขายเครื่องประดับพลอย รวมถึงปัญหาของภาครัฐในการควบคุมดูแลธุรกิจเหล่านี้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการวิจัยศึกษาเข้ามาดูแลในส่วนของผู้ประกอบการ และหน่วยงานภาครัฐควรที่จะเข้ามาควบคุมดูแลโดยออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้ธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับมีมาตรฐานและเป็นที่น่าเชื่อถือของผู้บริโภค

^{*} อาจารย์ประจำสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศศ.บ. (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, LL.M. in International Trade Law University of Essex, LL.M. in Intellectual Property Law Queen Mary University of London.

Abstract

The business of buying and selling jewelry and gemstones is the third largest income earning export business in Thailand. The rapid expansion of this business has resulted in a great increase in the number of businessmen, including entrepreneurs, in the field. Unfortunately, some entrepreneurs look for opportunities to defraud or otherwise take advantage of buyers by selling low quality goods at high prices or misrepresenting the quality of the gemstones.

In researching this paper, the author found that there are problems in these specific areas: 1) transactions involving diamonds; 2) transactions involving gemstones; 3) transactions involving finished jewelry; and 4) the lack of regulation by a state agency. It is the author's opinion that Thailand should establish a jewelry federation at the state agency level that could control the actions of these entrepreneurs. The state agency should also have the authority to enact legal measures that would provide standards for the jewelry business. Insuring quality would make the business more credible, and increase consumer confidence.

คำสำคัญ : ธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ, ผู้ประกอบการ, การควบคุม

Keywords : Jewelry business, Businessman, Controlling

1. บทนำ

คงปฏิเสธไม่ได้ว่าอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับมีความสำคัญในการขับเคลื่อนความเจริญทางเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นอย่างมาก เมื่อได้กล่าวถึงฝีมือและคุณภาพของช่างเจียรไนอัญมณีของคนไทยแล้วซึ่งถือเป็นที่ยอมรับในตลาดโลก ซึ่งเป็นผลมาจากความสามารถในการผสมผสานด้านเทคโนโลยีกับภูมิปัญญาพื้นบ้าน ทำให้เครื่องประดับอัญมณีของเมืองไทยมีความหลากหลายโดดเด่น และงดงามจึงส่งผลให้นักท่องเที่ยวต่างชาติที่มาท่องเที่ยวในประเทศไทยส่วนหนึ่งนิยมเลือกซื้ออัญมณีและเครื่องประดับจากร้านต่าง ๆ บางรายได้สินค้าถูกต้องตามต้องการ แต่บางรายถูกฉ้อโกงจากผู้ประกอบการ ในลักษณะการขายสินค้าคุณภาพต่ำในราคาที่สูง มีการนำอัญมณีสังเคราะห์มาเสนอขาย โดยอ้างว่าเป็นอัญมณีแท้ หลอกลวงเกี่ยวกับเงื่อนไขการรับประกันสินค้าประเภท ชนิด หรือคุณภาพของสินค้า โดยขายในราคาที่สูงเกินจริง ซึ่งเป็นพฤติกรรมของการค้าขายโดยทุจริตกับผู้บริโภค

นอกจากอัญมณีที่กล่าวถึงในเบื้องต้น ยังมีเครื่องประดับที่ถือเป็นรายได้จากการเป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญซึ่งสามารถคำนวณมูลค่าการส่งออกเครื่องประดับปี พ.ศ.2558 คิดเป็นมูลค่า 371,071.6 ล้านบาทต่อปี ถือว่าเป็นรายได้ในอันดับ 3 ของการส่งออก¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับนั้นสามารถสร้างรายได้อย่างมหาศาลให้กับผู้ประกอบการไทยเป็นอย่างมาก ในขณะเดียวกันนอกจากผู้ส่งออกแล้วยังมีผู้ประกอบการธุรกิจเครื่องประดับรายย่อยอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งจากชื่อเสียงที่กล่าวมาทำให้มีนักท่องเที่ยวต่างชาตินิยมซื้ออัญมณีและเครื่องประดับจากร้านอัญมณีและเครื่องประดับที่ตั้งอยู่ในแหล่งต่าง ๆ ทั่วประเทศ ทำให้มีผู้ประกอบการอัญมณีและเครื่องประดับบางรายถือโอกาสฉ้อโกงหรือเอาเปรียบผู้ซื้อ ในลักษณะของการขายสินค้าคุณภาพต่ำในราคาที่สูงมีการนำอัญมณีสังเคราะห์มาเสนอขายโดยอ้างว่าเป็นอัญมณีแท้ในราคาสูงมาก หลอกลวงเกี่ยวกับเงื่อนไขการรับประกันสินค้า หลอกลวงเกี่ยวกับประเภท ชนิด หรือคุณภาพของสินค้า ขายสินค้าในราคาที่สูงเกินสมควร และชี้ชวนให้ซื้อสินค้าโดยวิธีการทุจริต นักท่องเที่ยวต่างชาติเหล่านี้เมื่อทราบว่าถูกฉ้อโกงหรือเอาเปรียบ ก็มักจะร้องเรียนต่อการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว กระทรวงการท่องเที่ยว และหน่วยงานอื่น ๆ พฤติการณ์ดังกล่าวนี้เกิดขึ้นซ้ำ ๆ กับนักท่องเที่ยวต่างชาติมาเป็นเวลานานและต่อเนื่อง แต่ยังไม่ได้มีการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุอย่างจริงจัง

¹สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์, สถิติจากศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยความร่วมมือจากกรมศุลกากร [Online], available URL: http://www.ops3.moc.go.th/infor/menucomth/stru1_export/export_topn_country/report.asp, 2559 (มีนาคม, 19).

จากการสำรวจพบว่าผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับส่วนใหญ่จะเป็นผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก (SMEs) ทำหน้าที่เป็นผู้รับจ้างผลิตให้กับผู้ประกอบการรายใหญ่ คิดเป็นสัดส่วนถึงร้อยละ 90 และอีกร้อยละ 10 เป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ โดยมีแรงงานในระบบประมาณ 5-6 แสนคน โดยกลุ่มของผู้ประกอบการ SMEs ที่ส่งออกพบว่า อัญมณีและเครื่องประดับจะเป็นผลิตภัณฑ์ที่ส่งออกคิดเป็นสัดส่วนถึงร้อยละ 13.6 ของผลิตภัณฑ์ SMEs ที่ไทยส่งออกทั้งหมด ถือเป็นผลิตภัณฑ์ที่ส่งออกอันดับ 1 โดยในปี พ.ศ.2557 มีมูลค่าการส่งออกสูงถึง 261,548 ล้านบาท² จากการศึกษาพบว่า ยังมีครัวเรือนเจียรไนพลอยขนาดเล็กมากที่ไม่รวมอยู่ในทะเบียนโรงงานอุตสาหกรรมซึ่งมีอยู่อีกเป็นจำนวนมาก

จึงเห็นได้ว่าการควบคุมดูแลมาตรฐานของผู้ประกอบการสินค้าประภอัญมณีรายใหญ่และรายย่อยนั้น ยังไม่ได้มีหน่วยงานใดเข้ามาดูแลโดยตรง มีเพียงแต่สมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับที่ได้ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2519 ด้วยวัตถุประสงค์แรกเป็นการรวมตัวของกลุ่มผู้ค้าเพื่อต่อสู้หาความยุติธรรมให้กับวงการอัญมณีก่อนที่จะมีการก่อตั้งสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับขึ้นมานั้น พ่อค้าอัญมณีของไทยทั้งหลายในยุคนั้นต่างเข้าร่วมเป็นสมาชิกของสมาคมเก่าแก่สมาคมหนึ่ง ซึ่งตั้งขึ้นมาตั้งแต่สมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 สมภาคนั้น คือ สมาคมเพชรพลอยและ เงินทอง การดำเนินการของสมาคมดังกล่าวในยุคนั้นยังมีกิจกรรมไม่มากนัก ประกอบกับในระยนั้นการค้าเพชรและพลอยมีปัญหาด้านภาษีเป็นอุปสรรค ทำให้รัฐบาลในขณะนั้นมีมาตรการเข้มงวดในการตรวจสอบและจับกุมผู้ค้าเพชรพลอยที่ปฏิบัติไม่ถูกต้องจึงส่งผลให้เกิดความปั่นป่วนทั้งวงการอัญมณี นับตั้งแต่คนชุดพลอย โรงงานเจียรไน และร้านค้า รวมถึงผู้ค้าต่างประเทศซึ่งต่างเกิดความไม่แน่ใจในนโยบายการควบคุม ตรวจสอบของรัฐบาล เหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้การค้าชะงักงัน นำความเสียหายโดยตรงสู่ผู้ประกอบการอาชีพอัญมณีอย่างมากและส่งผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม เป็นที่มาของการจัดตั้งสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ³

ในปัจจุบันสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับมีบทบาทหลักในการปกป้อง ส่งเสริมและพัฒนาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ ให้เป็นที่ประจักษ์ต่อผู้บริโภคและผู้เกี่ยวข้องทั้งภายในและต่างประเทศอย่างต่อเนื่อง

² ศูนย์วิจัยกสิกรไทย, **บทความธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ** [Online], available URL: http://www.kasikornbank.com/SME/Documents/KSMEAnalysis/IndustrySolution_GemAndJewelry_2015.pdf, 2558 (กันยายน, 1).

³ สมาคมผู้ค้าอัญมณีและเครื่องประดับ, **ประวัติสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ** [Online], available URL: <http://www.thaigemjewelry.or.th/ประวัติสมาคม-GemAndJewelry>, 2559 (มีนาคม, 2).

กล่าวโดยสรุปบทบาทและหน้าที่ของสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับมีเพียงการส่งเสริมและพัฒนาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับเท่านั้น แต่ไม่ได้มีมาตรการทางกฎหมายใดที่เข้ามากำกับดูแลปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการอัญมณีและเครื่องประดับอย่างเป็นรูปธรรม นอกจากนี้เมื่อเกิดข้อพิพาทหรือปัญหาในการซื้อขายสินค้าประเภทอัญมณีและเครื่องประดับขึ้นมา กฎหมายที่จะนำเข้ามาปรับใช้ก็จะมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องซื้อขาย และประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องฉ้อโกงเท่านั้นที่นำมาปรับใช้เมื่อเกิดปัญหาดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายและหน่วยงานเฉพาะที่จะเข้ามาควบคุมดูแลวางกฎเกณฑ์ในการดำเนินธุรกิจประเภทอัญมณีและเครื่องประดับโดยเฉพาะ

2. ประเด็นที่นำมาวิเคราะห์

2.1 ประเด็นแรก การซื้อขายเพชร

จากปัญหาในการซื้อสินค้าประเภทอัญมณีและเครื่องประดับในข้างต้นส่วนใหญ่มักจะเกิดจากนักท่องเที่ยวต่างชาติ เช่น มีบริษัทหรือผู้ประกอบการจ่ายค่าคอมมิชชั่นแก่มัคคุเทศก์เมื่อพานักท่องเที่ยวมาซื้อ ทำให้ราคาสินค้ามีราคาสูงกว่าปกติ หรือจะเป็นกรณีที่ขายสินค้าที่คุณภาพไม่เหมาะสมกับราคา มีเงื่อนไขในการรับคืนหรือเปลี่ยนที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น ทั้งนี้เมื่อเกิดปัญหาร้องเรียนขึ้นมาก็จะเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายคือ มีการแจ้งความร้องทุกข์ ดำเนินคดี แต่ในการดำเนินคดีตามกฎหมายนั้น มีขั้นตอนและกระบวนการที่ยาวนาน ซึ่งในบางครั้งทำให้นักท่องเที่ยวต่างชาติไม่สามารถรอและอยู่ดำเนินการทางกฎหมายในประเทศไทยได้ หรือเป็นกรณีที่นักท่องเที่ยวได้กลับประเทศไปแล้วมาพบในภายหลังว่าเครื่องประดับที่ซื้อไปนั้นคุณภาพต่ำกว่าราคาที่ซื้อ หรือพบว่าเป็นพลอยสังเคราะห์ เป็นต้น จากกรณีดังกล่าวทำให้มาตรฐานของอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับไทยนั้นดูไม่น่าเชื่อถือในสายตานักท่องเที่ยวต่างชาติ⁴ ในทางกลับกันการซื้อขายสินค้าประเภทอัญมณีและเครื่องประดับนี้เป็นการซื้อขายที่มีมูลค่าสูง ไม่มีเกณฑ์มาตรฐานราคากำหนดไว้ว่าพลอยประเภทนี้ราคาเท่าไร เพชรเม็ดนี้ ราคาเท่าไร เนื่องจากการซื้อขายมาจากความพอใจของผู้บริโภคเอง เมื่อผู้เขียนได้เข้าไปสัมภาษณ์เพื่อเก็บข้อมูลจากผู้ประกอบการธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ พบว่าถ้าเป็นการขายอัญมณีประเภทเพชรนั้นจะไม่มีปัญหาเท่ากับการขายอัญมณีประเภทพลอย เนื่องจากการขายเพชรจะมีราคากลางตลาดโลกของการซื้อขายเพชรโดยตรง ซึ่งราคากลางตลาดโลกนี้จะเรียกว่า rapaport price โดยจะใช้เกณฑ์จากน้ำหนัก ความสะอาดและสีของ

⁴สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), (ล้อมกรอบ) ธุรกิจการค้าอัญมณีกับปัญหานักท่องเที่ยวต่างชาติถูกเอาเปรียบ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2547).

เพชร เป็นการเทียบราคา ซึ่งเพชรที่จะเข้าสู่กระบวนการที่จะใช้ราคากลางตลาดโลกได้จะต้องเป็นเพชรที่ออกจากห้องตรวจสอบรับรองมาตรฐาน โดยจะมีสถาบันที่มีการรับรองคุณภาพซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากลในปัจจุบันมีใบรับรองคุณภาพเพชร (Certificate of Diamond) อยู่หลายสถาบันในหลาย ๆ ประเทศ สำหรับประเทศไทยมีสถาบันที่ได้รับความนิยมและเลือกใช้อยู่ 3 สถาบัน ดังนี้

2.1.1 สถาบันอัญมณีศาสตร์แห่งอเมริกา (Gemological Institute of America: GIA)⁵

สถาบัน GIA เริ่มก่อตั้งมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1931 ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นสถาบันบุกเบิกในเรื่องของการทำงานและการวิจัยเกี่ยวกับเพชรและอัญมณีที่ใช้ในวงการอุตสาหกรรมเลยทีเดียว หากเคยได้ยินคำว่า 4C's ที่ประกอบไปด้วย Carat (น้ำหนักกะรัต), Color (สี), Clarity (ความบริสุทธิ์), Cut (การเจียระไน) ซึ่ง 4 คุณลักษณะนี้ เป็นตัวกำหนดคุณค่าและราคาของเพชร รวมถึงการแบ่งเกรดสีของเพชรที่เริ่มจาก D-Z ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ GIA เป็นผู้เริ่มคิดค้นขึ้นนั่นเอง ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนามาตรฐานสำหรับการแบ่งเกรดและการประเมินคุณภาพเพชร สถาบัน GIA ถือได้ว่าเป็นห้องทดลองที่เข้มงวดและเป็นที่ยอมรับทั่วโลกสำหรับบริการหลักของ GIA คือการตรวจสอบและออกใบรับประกันอัญมณีไม่ว่าจะเป็นเพชร พลอย มุก โดยเฉพาะเพชรนั้น GIA ถือเป็นผู้กำหนดมาตรฐานเป็นรายแรก ๆ ของโลกเลยทีเดียว ทำให้ใบรับรองอัญมณีจาก GIA มีความน่าเชื่อถือสูงจึงได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย นอกจากนี้ GIA ยังมีบริการด้านการศึกษาให้กับผู้ที่สนใจด้านอัญมณี โดยผู้ที่จบหลักสูตรของ GIA นั้นถือว่าเป็น Graduate Gemologist (G.G.) สามารถจำแนกอัญมณีชนิดต่าง ๆ ได้ รวมถึงจำแนกอัญมณีแท้เทียม

2.1.2 ห้องปฏิบัติการด้านอัญมณีศาสตร์เอชอาร์ดี (The HRD Antwerp diamond lab : HRD)⁶

สถาบัน HRD ตั้งอยู่ที่ประเทศเบลเยียม และเป็นสถาบันเดียวในเบลเยียมที่ได้รับการยอมรับในวงการเพชร และเป็นสถาบันที่เป็นที่ยอมรับมากที่สุดในทวีปยุโรป และ ตลาดการค้าเพชร ทั่วโลกทั้งหมด 28 แห่งอยู่ในเมืองอันท์เวิร์ป (เมืองในประเทศเบลเยียม) ประมาณ 80% ของก้อนเพชรดิบในโลกก็ถูกส่งมาเจียระไนที่เมืองอันท์เวิร์ป และเพชรที่เจียระไนแล้วอีกกว่า 50% ก็ต้องผ่านเมืองอันท์เวิร์ปนี้แล้วทั้งนั้น นอกจากนี้สถาบัน HRD ยังมีส่วนในการตรวจสอบการนำเข้า

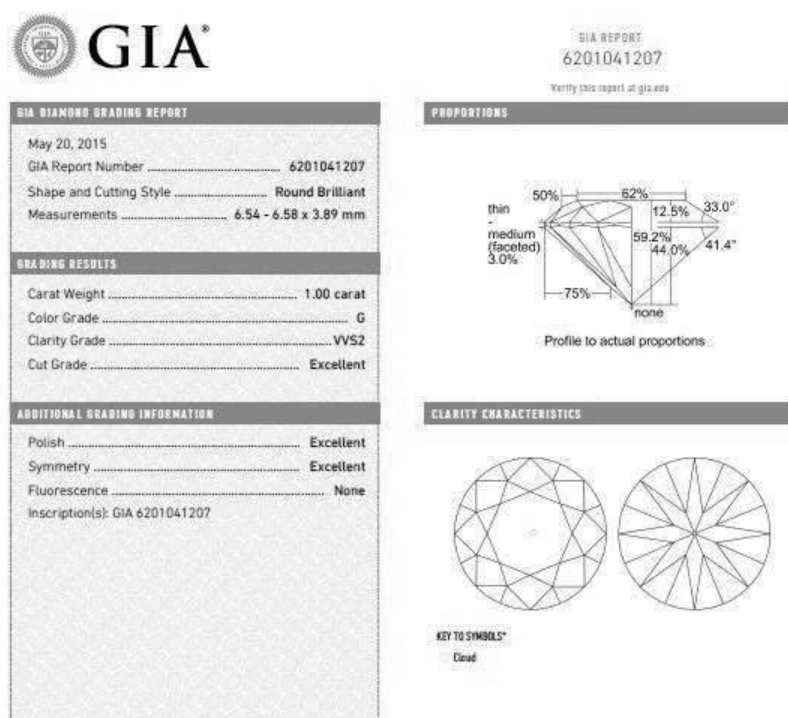
⁵Gemological Institute of America Inc., **ABOUT GIA: A TRADITION OF SCIENCE AND EDUCATION** [Online], available URL: <https://www.gia.edu/gia-about>, 2016 (March, 16).

⁶HRD: Hoge Raadvoor Diamant แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า Diamond High Council.

ส่งออกอัญมณีของประเทศเบลเยียม รวมไปถึงการวิจัยและการพัฒนาการประเมินคุณภาพของเพชรพลอยด้วย⁷

2.1.3 สถาบันอัญมณีศาสตร์สากล (International Gemological Institute : IGI)⁸

สถาบันIGIเริ่มก่อตั้งในปี ค.ศ.1975 ที่เมืองอันท์เวิร์ปประเทศเบลเยียม ปัจจุบันสถาบัน IGI มีหลายสาขาทั่วโลก ได้แก่ นิวยอร์ก ฮองกง มุมไบ กรุงทพ โตเกียว ดูไบ เทลอาวีฟ กวาเลเซ โทรอนโต ลอสแอนเจริส กัลกัตตา นิวเดลี ทริสเซอร์ สุริต เจนไน และ เชียงไฮ่ นอกจากนี้จะมีห้องตรวจสอบสำหรับตรวจสอบเพชรพลอยแล้ว สถาบัน IGI ยังเปิดเป็นโรงเรียนสอนเกี่ยวกับอัญมณีโดยเฉพาะสำหรับบุคคลทั่วไปและสำหรับมืออาชีพอีกด้วย



ตัวอย่างใบรับประกันที่ออกโดยสถาบัน GIA

⁷Antwerp World Diamond Centre, **Who we are** [Online], available URL: <http://www.hrdantwerp.com/en/who-we-are/diamond-lab>, 2016 (March,16).

⁸International Gemological Institute, **About IGI** [Online], available URL: http://www.igiworldwide.com/about_igi.html, 2016 (March, 20).

เมื่อได้มีการรับรองจากสถาบันต่าง ๆ ข้างต้น โดยแต่สถาบันก็จะออกใบรับรองคุณภาพของเพชรแต่ละเม็ดออกมา โดยจะใช้เกณฑ์การกำหนดความสะอาด และ สีใบรับรองของสถาบัน ซึ่งผู้บริโภคสามารถนำเกณฑ์ที่ออกมาใช้นี้มาเทียบกับราคากลางของตลาดโลกได้ เช่น เพชร 1 กะรัต ความสะอาด VVS1 สีน้ำ 97 จะมีราคากลางอยู่ที่กะรัตละ 230,000 บาท⁹ เป็นต้น อย่างไรก็ตามถ้าเป็นเพชรที่ไม่ได้มีการออกใบรับรองจากสถาบันต่าง ๆ ข้างต้น ผู้บริโภคส่วนใหญ่ก็จะซื้อจากผู้ประกอบการที่เป็นที่รู้จักหรือได้รับการแนะนำต่อ ๆ มา ทั้งนี้ ในการซื้อขายเพชรที่ไม่ได้มีใบรับรองจากสถาบันต่าง ๆ นั้น ผู้ประกอบการทั้งหลายจะใช้วิธีการออกใบรับประกันจากทางร้านให้เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือและเกิดความมั่นใจว่าเพชรที่ซื้อเป็นเพชรแท้และมีคุณภาพตรงตามที่คุณซื้อต้องการ ซึ่งก็จะทำให้หมดปัญหาว่าเป็นเพชรแท้หรือเพชรสังเคราะห์

กล่าวโดยสรุปการซื้อขายเพชร หากผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีเจตนาทุจริตมาแต่ต้น เช่น นำเพชรปลอมมาขาย หรือนำเพชรที่คุณภาพต่ำกว่ามาตรฐานมาขาย เพชรที่ได้มาก็จะมีมาตรฐานในเรื่อง Carat (น้ำหนักกะรัต), Color (สี), Clarity (ความบริสุทธิ์), Cut (การเจียรไน) ตามใบรับรองจากสถาบันที่กำหนดไว้ ดังนั้น ข้อควรสังเกตให้ซื้อเพชรที่มีใบรับรองจาก 3 สถาบันดังกล่าวข้างต้น หรือหากเชื่อถือผู้ประกอบการก็ถือเป็นความเสี่ยงที่จะได้รับเพชรที่ไม่ได้มาตรฐานแต่จะมีราคาที่ถูกกว่าเพชรที่มีใบรับรอง เช่น เพชร น้ำ 95 ใบเซอร์ GIA น้ำหนัก 1 กะรัต ความสะอาด VVS1 ราคาเม็ดละ 230,000 บาทส่วนเพชรที่ซื้อตามร้านในคุณภาพและความสะอาดแบบเดียวกันแต่ไม่มีใบรับรองจะอยู่ที่ราคาเม็ดละ 200,000 บาท อย่างไรก็ตามหากเป็นการซื้อเพชรตามร้านที่ไม่มีใบรับรอง ในทางปฏิบัติเป็นธรรมเนียมที่ผู้ขายคินจะถูกหักเปอร์เซ็นต์ขายคิน 10-20% ตามเงื่อนไขของใบรับประกันแต่ละร้าน ส่วนกรณีเป็นการขายคินเพชรที่มีใบรับรองจากสถาบันต่าง ๆ ข้างต้น สามารถคำนวณราคาขายได้จากราคากลางตลาดโลก (rapaport price) ณ วันที่ทำการซื้อขาย จึงทำให้ผู้บริโภคขายคินได้กำไรมากกว่าเพราะราคากลางตลาดโลกของเพชรมีแนวโน้มมักจะมีราคาขึ้นทุกสัปดาห์

⁹Rapaport Group, **The Rapaport Monthly Report** [Online], available URL: <http://www.diamonds.net/Prices/RapaportPriceLists.aspx>, 2016 (March, 20).

2.2 ประเด็นที่ 2 การซื้อขายอัญมณีต่าง ๆ

ส่วนของการซื้อขายสินค้าอัญมณี¹⁰ ประเภทอื่นที่ไม่ใช่เพชร เช่น ทับทิม ไพลิน มรกต บุษราคัม ในทางปฏิบัติจะมีการซื้อขายโดยแยกประเภทว่าเป็นอัญมณีประเภทพลอยแท้หรือพลอยสังเคราะห์ โดยส่วนใหญ่ผู้บริโภคจะใช้วิธีการให้ผู้ประกอบการนำไปตรวจสอบกับสถาบันที่ได้รับการเชื่อถือและให้ออกใบรับรองของสถาบันออกมา ทั้งนี้ ในการตรวจสอบสินค้าประเภทอัญมณีหรือพลอยนั้น ในการตรวจสอบในห้องตรวจสอบจะออกใบรับรองที่มีการระบุว่าเป็นแร่รัตนชาติประเภทใด น้ำหนักเท่าไร รูปทรง และข้อเสนอแนะของห้องตรวจสอบ ซึ่งในการออกใบรับรองจากห้องตรวจสอบอัญมณีหรือพลอยนั้นจะมีความแตกต่างจากการตรวจสอบเพชร โดยในการออกใบรับรองคุณภาพของพลอยจะมีรายละเอียดที่แตกต่างจากเพชรเนื่องจากการซื้อขายพลอยจะไม่เทียบราคาตามราคากลางตลาดโลก ตัวอย่างเช่นหากต้องการซื้อพลอยไพลิน น้ำหนัก 1 กะรัต แหล่งที่มาของพลอยจะทำให้ราคาแตกต่างกัน ถ้าเป็นพลอยไพลินสีลอน ซึ่งมาจากประเทศศรีลังกาจะมีราคาสูงถึงเม็ดละ 15,000 บาท แต่หากเป็นพลอยไพลินของประเทศไทยก็ยังมีแหล่งที่มาแตกต่างกันคือ ไพลินจากจังหวัดจันทบุรีและไพลินจากจังหวัดกาญจนบุรี ซึ่งมีสีที่ต่างกัน ราคาก็จะแตกต่างกัน โดยพลอยไพลินของประเทศไทยจะมีราคาเม็ดละประมาณ 5,000-7,000 บาท

ดังนั้น การซื้อขายพลอยจึงเป็นราคาที่สูงขึ้นกับความพอใจระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย แต่หากต้องการตรวจสอบสำหรับประเทศไทยจะมีสถาบันที่เป็นที่ยอมรับและนิยมอย่างแพร่หลายมีดังนี้

2.2.1 สถาบันอัญมณีศาสตร์แห่งเอเชีย (Asian Institute of Gemological Sciences : AIGS)¹¹

สถาบันอัญมณีศาสตร์แห่งเอเชีย (AIGS) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2521 และถือเป็นโรงเรียนที่ค้นคว้าและสอนดูเพชรพลอยแห่งแรกในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ที่เปิดสอนวิชาการดูเพชรพลอยทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติอย่างแท้จริง และได้ระดับมาตรฐานสากลเป็นที่ยอมรับทั่วโลก นอกจากนี้ยังได้ให้บริการตรวจสอบอัญมณีประเภทต่าง ๆ

¹⁰ อัญมณี หรือ "Gems" ในความหมายของ สถาบันอัญมณีศาสตร์แห่งอเมริกา หมายถึงแร่ (Minerals) และ หรือ สารประกอบอินทรีย์ (Organic materials) ที่นำมา ใช้เป็นเครื่องประดับ มีคุณสมบัติที่สำคัญคือ มีความสวยงาม (Beauty), ความทนทาน (Durability) และหาได้ยาก (Rarity) สถาบันดังกล่าวยังได้จัดแยกอัญมณีออกเป็น 2 กลุ่ม ใหญ่ ๆ คือ "Diamonds" และ "Colored Stones" คำหลังเป็นคำที่ใช้กันในวงการธุรกิจอัญมณี หมายถึง แร่ และสารประกอบอินทรีย์ที่มีคุณสมบัติรัตนชาติทั้งหลาย แต่ไม่หมายรวมถึงเพชร เช่นเดียวกับคำว่า "พลอย" ของทางไทยเรา (ซึ่งไม่รวมเพชร) ดังนั้น หากจะเทียบคำกับ สถาบันอัญมณีศาสตร์ แห่งอเมริกา พลอยในภาษาอังกฤษคือ Colored Stones และ พลอยเป็นส่วนหนึ่งของอัญมณี หรือรัตนชาติ.

¹¹ สถาบันอัญมณีศาสตร์แห่งเอเชีย (AIGS), เกี่ยวกับเรา-เราคือใคร [Online], available URL: <http://www.aigsthailand.com/About-Us-TH>, 2559 (มีนาคม, 25).

2.2.2 สถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับแห่งชาติ (The GemJewelry Institute of Thailand – GIT)¹²

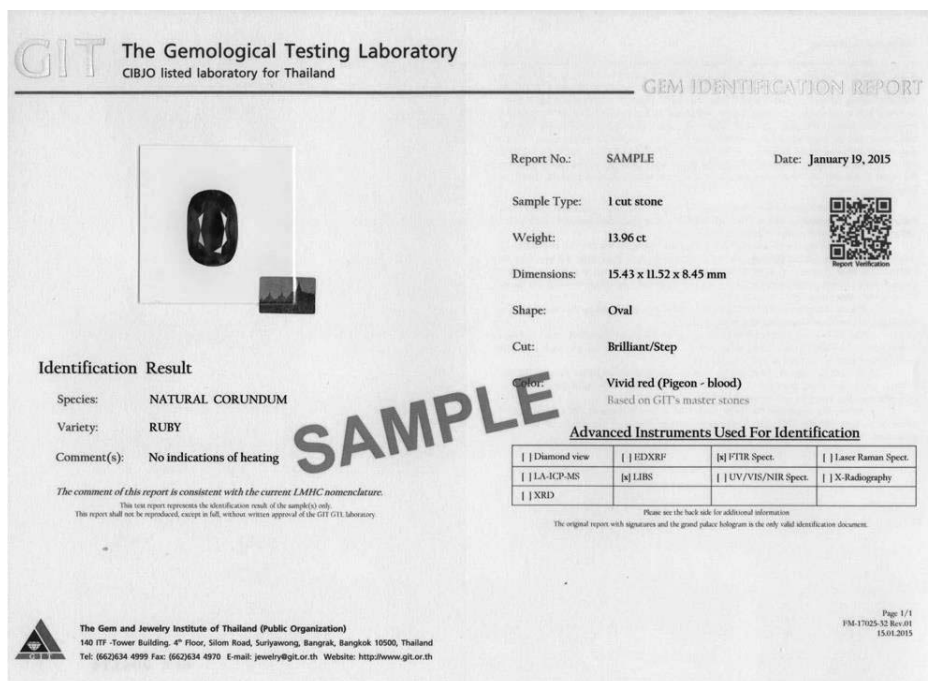
สถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับแห่งชาติ (องค์การมหาชน) เป็นองค์กรของรัฐในรูปแบบองค์การมหาชนตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 จัดตั้งขึ้นตามพระราช-กฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณี และเครื่องประดับแห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ.2546 และประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ.2546 ในกำกับดูแลของรัฐมนตรีกิจการกระทรวงพาณิชย์ เป็นสถาบันหลักในการส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับไทยให้สามารถแข่งขันได้ในตลาดโลก มีหน้าที่ดังนี้

- วิเคราะห์ ตรวจสอบ จัดระดับชั้น สร้างมาตรฐานและรับรองคุณภาพสินค้าอัญมณีเครื่องประดับ และโลหะมีค่า เพื่อสร้างความเชื่อมั่นคุณภาพของสินค้าอัญมณีและเครื่องประดับไทย ให้เป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ
- วิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับอย่างครบวงจร และสอดคล้องกับความต้องการของธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ
- พัฒนาคุณภาพบุคลากรเพื่อตอบสนองความต้องการของธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ
- จัดทำฐานข้อมูลด้านการตลาดอัญมณีเครื่องประดับเชิงลึก เพื่อเผยแพร่แก่ธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ
- เป็นหน่วยงานกลางในการประสานความร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชน ทั้งภายในและต่างประเทศเพื่อยกระดับธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับสู่สากล

¹² สถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับแห่งชาติ, **ทิศทางองค์กร** [Online], available URL: http://www.git.or.th/2014/about_mission.html, 2559 (มีนาคม, 25).



ตัวอย่างใบรับประกันที่ออกโดยสถาบัน AIGS



ตัวอย่างใบรับประกันที่ออกโดยสถาบัน GIT

จะเห็นได้ว่าการซื้อขายพลอยนั้นไม่มีเกณฑ์มาตรฐานใดมากำหนดราคา มีเพียงเวลาซื้อขายพลอยเม็ดนั้น มีสี ขนาด ชนิด (ประเภทของพลอย) ความสะอาด และแหล่งที่มาตรงตามความต้องการของผู้ซื้อก็เพียงพอแล้ว กล่าวโดยสรุปการซื้อขายพลอยไม่มีราคากลางเหมือนการซื้อขายเพชรตามประเด็นแรก จึงทำให้การซื้อขายเป็นไปตามความพอใจของผู้ซื้อและต้องมีการตรวจสอบเป็นรายเม็ดเพื่อให้เห็นคุณลักษณะของพลอยเม็ดนั้น

2.3 ประเด็นที่ 3 การซื้อขายเครื่องประดับพลอย

ผู้ประกอบการส่วนใหญ่มักจะนำพลอยมาประกอบเป็นตัวเรือนรูปพรรณแล้ว เช่น ต่างหูพลอยหรือแหวนพลอยชนิดต่าง ๆ เพื่อจำหน่าย ถือเป็นการซื้อขายที่มักนิยมซื้ออย่างแพร่หลาย และในส่วนนี้ทำให้เกิดปัญหาเนื่องจากการซื้อขายพลอยแท้ชนิดต่าง ๆ ที่นำมาประกอบเข้าเป็นเครื่องประดับนั้น ไม่ได้มีราคากลางกำหนดไว้เช่นเดียวกับการซื้อขายเพชร ดังนั้น ในการซื้อขายกันจึงเป็นความพอใจและการตกลงกันระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ จากสภาพปัญหาดังนี้จึงทำให้เกิดกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นว่าผู้บริโภคซื้อสินค้าในราคาที่สูงเกินไป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีปัญหาที่เกิดจากการที่มีมัลคูเทศก์นำเที่ยวได้ค่านายหน้าจากร้านขายอัญมณีและเครื่องประดับจากการพานักท่องเที่ยวไปซื้อที่ร้านของตน เช่น ผู้ซื้อต้องการแหวนทับทิมล้อมเพชร 1 วง ก็อาจจะถูกซื้อในราคาที่สูงเกินไป หรือไม่มีคุณภาพตรงตามที่ถูกขายบอกไว้ เพราะในการซื้อขายจะมีการบวกค่าคอมมิชชั่นซึ่งเรียกในวงการว่าค่าน้ำชาให้มัลคูเทศก์ไปด้วย ทำให้ราคาสูงกว่าความเป็นจริง และทำให้สินค้าเครื่องประดับมีราคาสูงกว่าที่ควรจะเป็น

กล่าวโดยสรุป จากกรณีปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจึงเห็นได้ว่ายังไม่ได้มีหน่วยงานใดที่เป็นหน่วยงานหลักที่เข้ามาดูแลมาตรฐานคุณภาพของสินค้าและให้ความคุ้มครองผู้บริโภคสินค้าประเภทอัญมณีและเครื่องประดับโดยตรง เพราะมีเพียงสมาคมผู้ค้าอัญมณีและเครื่องประดับที่มีบทบาทเพียงส่งเสริมและสนับสนุนเท่านั้น

2.4 ประเด็นที่ 4 ปัญหาของภาครัฐในการควบคุมดูแล

การเปิดขายสินค้าอัญมณีและเครื่องประดับการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ในการขออนุญาตเปิดไม่มีรูปแบบเฉพาะ การเปิดสามารถทำได้โดยการตั้งเป็นร้านค้า อาจจะจดทะเบียนในรูปแบบทางหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด แต่ไม่มีมาตรฐานที่ผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติในการขอเปิด กล่าวคือ จะเปิดเป็นร้านเพชรแท้หรือเพชรสังเคราะห์ก็ดำเนินการเหมือนกัน จากการศึกษาพบว่าร้านค้าบางแห่งไม่มีการแสดงชื่อและสถานประกอบการให้ผู้บริโภคเห็นอย่างชัดเจน ไม่มีการระบุชื่ออัญมณี เช่น มรกตเทียม เพชรเทียม มรกตสังเคราะห์ หรือ เพชรสังเคราะห์ ไม่ระบุน้ำหนัก

ของอัญมณี และไม่แสดงราคาสินค้า เป็นต้น เมื่อการซื้อขายเกิดปัญหาขึ้นมาก็ไปร้องเรียนสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค จึงเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการเกิดปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ ประเทศไทยควรจะมีสมาคม หรือสภาวิชาชีพ รวมถึงข้อบังคับเพื่อควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจประเภทอัญมณีและเครื่องประดับ รวมถึงองค์การภาครัฐและองค์การภาคเอกชนควรจะร่วมหารือถึงแนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่เกิดขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว ดังนั้น จึงควรแก้ไขด้วยการกำหนดมาตรการทางกฎหมายและปรับปรุงประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายให้เหมาะสมมากขึ้น โดยได้ข้อสรุปมาตรการที่ควรดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหา ดังนี้

2.4.1 มาตรการเพิกถอนใบทะเบียนพาณิชย์กิจของผู้ประกอบการที่ฉ้อโกงหรือเอารัดเอาเปรียบนักท่องเที่ยวต่างชาติ

2.4.2 มาตรการตรวจสอบประวัติผู้ขอจดทะเบียนพาณิชย์กิจการค้าปลีกอัญมณีและเครื่องประดับ

2.4.3 มาตรการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวและใบอนุญาตประกอบอาชีพมัคคุเทศก์

2.4.4 มาตรการเผยแพร่ข้อมูลแก่นักท่องเที่ยวต่างชาติ

3. ประเด็นที่เสนอแนะ

ผู้เขียนมีความเห็นดังนี้

3.1 หากเป็นการซื้อขายเพชรหรือซื้ออัญมณีที่ไม่ใช่เพชรก็ควรจะซื้อเพชรหรืออัญมณีจากสถาบันที่มีใบรับรองคุณภาพจากสถาบันที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น หรือเลือกซื้อจากผู้ประกอบการที่เชื่อถือได้ ทั้งนี้ในส่วนสถาบันรับรองคุณภาพที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนั้นเป็นสถาบันที่ทั่วโลกให้การยอมรับ จึงไม่พบปัญหามากนักหากเป็นกรณีซื้อขายเพชรหรืออัญมณีที่ได้ใบรับรองคุณภาพ ในทางกลับกันถ้าเป็นการซื้ออัญมณีที่ไม่มีใบรับรองคุณภาพ แม้จะซื้อจากผู้ประกอบการที่มีความน่าเชื่อถือก็ตาม ผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะออกใบรับรองจากทางร้านให้เท่านั้น ซึ่งจากการวิเคราะห์แล้วพบว่าเป็นการรับรองว่าสินค้าที่ซื้อไปเป็นเพชรแท้หรืออัญมณีแท้เท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาผู้บริโภคว่าซื้อไปแล้วสินค้านั้นไม่ได้ตรงตามคุณภาพที่ตนคาดหวังไว้ ดังนั้นในการแก้ปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าควรมีมาตรการทางกฎหมายที่ออกมาควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจอัญมณีในการออกใบรับประกันของตนเองว่าควรมีการระบุรายละเอียดอย่างไรบ้างเพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่เป็นแนวทางให้ผู้ประกอบการธุรกิจอัญมณีดำเนินการ โดยให้สมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับเข้ามามีส่วนร่วมในการวางมาตรการดังกล่าว

3.2 หากเป็นการซื้อเครื่องประดับพลอยควรจะซื้อจากร้านค้าที่มีมาตรฐานโดยหน่วยงานภาครัฐควรที่จะเข้ามาควบคุมมาตรฐานของผู้ประกอบการ เช่น มีการขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการที่ได้รับมาตรฐานจากกระทรวงพาณิชย์

3.3 สมาคมผู้ค้าอัญมณีและเครื่องประดับควรเข้ามาสร้างมาตรการควบคุมดูแลหรือวางแนวทางปฏิบัติแก่ผู้ประกอบการธุรกิจอัญมณีมากขึ้น ไม่ใช่เพียงแค่เป็นผู้ส่งเสริมหรือสนับสนุนเท่านั้น อาทิเช่น ให้สมาคมฯ มีหน้าที่ตรวจสอบประวัติผู้ขอเปิดกิจการค้าปลีกอัญมณีและเครื่องประดับก่อนที่จะไปจดทะเบียนพาณิชย์กิจอัญมณีและเครื่องประดับ หรือจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด เป็นต้น นอกจากนี้สมาคมฯ ควรออกกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับ ดังนี้

- 3.3.1 ผู้ประกอบการจะต้องผ่านการตรวจสอบประวัติ
- 3.3.2 มีมาตรการกำหนดให้การขายอัญมณีเป็นสินค้าที่ต้องควบคุมฉลาก
- 3.3.3 มีมาตรการกำหนดให้การขายอัญมณีเป็นสินค้าที่ต้องควบคุมสัญญา
- 3.3.4 มีมาตรการกำหนดให้การรับประกันต้องทำเป็นหนังสือ
- 3.3.5 มีมาตรการกำหนดให้การขายอัญมณีเป็นสินค้าที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นควรว่าสมาคมฯ ควรทำงานประสานกับหน่วยงานภาครัฐ เช่น ประสานความร่วมมือระหว่างตำรวจเพื่อให้เกิดความสะดวกในด้านการฟ้องคดีอาญาของนักท่องเที่ยวต่างชาติผู้เสียหายในด้านการฟ้องคดีอาญารฐานฉ้อโกง หรือ ประสานกับการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยในส่วนของการเผยแพร่ข้อมูลร้านค้าที่ได้รับมาตรฐานแก่นักท่องเที่ยวต่างชาติ รวมถึงประสานกับกระทรวงพาณิชย์ในการให้เครื่องหมายรับรองมาตรฐานร้านค้าที่ได้มาตรฐาน

อีกทั้งหน่วยงานของรัฐสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค ได้ออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก ฉบับที่ 7 (พ.ศ.2544) กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับต้องปฏิบัติดังนี้¹³

- ระบุชื่อและสถานที่ประกอบการ กรณีเป็นผู้นำเข้ามาเพื่อขายต้องมีการระบุประเทศผู้ผลิต
- การระบุชื่ออัญมณีซึ่งเป็นชื่อทางการค้า ต้องเป็นไปตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม ศัพท์บัญญัติอัญมณี มอก.1215

¹³ ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก ฉบับที่ 7 (พ.ศ.2544) เรื่อง ให้อัญมณีเจียระไนและเครื่องประดับอัญมณีเจียระไนเป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก.

- กรณีที่เป็นวัสดุเลียนแบบหรือสังเคราะห์ เช่น มรกตเทียม เพชรเทียม ให้ระบุว่าอัญมณีเลียนแบบหรืออัญมณีสังเคราะห์ และห้ามใช้คำว่า “เพชร” สำหรับอัญมณีที่ไม่ได้ประกอบด้วยธาตุคาร์บอนเพียงธาตุเดียวตามธรรมชาติ

- ต้องแสดงน้ำหนักอัญมณีเจียรไนแต่ละชนิดโดยระบุหน่วยเป็นกะรัตหรือสัญลักษณ์ ct แทนก็ได้

- ต้องระบุปริมาณความบริสุทธิ์ของทองรูปพรรณที่ใช้ในการขึ้นรูปโดยระบุหน่วยเป็นกะรัตหรือเปอร์เซ็นต์ หรือร้อยละ หรือใช้สัญลักษณ์ K หรือ % แทนก็ได้

- ให้ระบุราคาสินค้าเป็นเงินสกุลไทยและจะระบุเป็นเงินสกุลอื่นเพิ่มเติมก็ได้

อาจกล่าวโดยสรุปว่าสมาคมผู้ค้าอัญมณีและเครื่องประดับควรเป็นหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลผู้ประกอบการธุรกิจอัญมณี โดยประสานความร่วมมือกับหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนในการสร้างกลไกหรือมาตรการในการควบคุมดูแลธุรกิจอัญมณี เช่น มีมาตรการลงโทษที่เป็นรูปธรรมจากสมาคมฯ ในกรณีที่ผู้ประกอบการเครื่องประดับอัญมณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือแนวทางที่สมาคมฯ กำหนด รวมถึงมีการรณรงค์ให้เลือกซื้ออัญมณีจากร้านค้าที่ได้รับการรับรองจากกระทรวงพาณิชย์ และสร้างความตระหนักให้ผู้บริโภคตรวจสอบรายละเอียดบนฉลากสินค้าก่อนซื้อเครื่องประดับอัญมณีเจียรไนทุกครั้ง เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจเลือกซื้อและป้องกันการถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ ดังนั้นหากสมาคมฯ เข้ามามีบทบาทในการวางมาตรการทางกฎหมายเพื่อเข้ามาควบคุมอย่างชัดเจนจะทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ผู้บริโภค และเป็นการสนับสนุนตลาดเพชรพลอยและเครื่องประดับของประเทศไทยให้มีชื่อเสียงในระดับโลกต่อไป

บรรณานุกรม

- ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. **บทความธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ** [Online]. Available URL: http://www.kasikornbank.com/SME/Documents/KSMEAnalysis/IndustrySolution_GemAndJewelry_2015.pdf, 2558 (กันยายน, 1).
- สถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับแห่งชาติ. **ทิศทางองค์กร** [Online]. Available URL: http://www.git.or.th/2014/about_mission.html, 2559 (มีนาคม, 25).
- สถาบันอัญมณีศาสตร์แห่งเอเชีย (AIGS). **เกี่ยวกับเรา-เราคือใคร** [Online]. Available URL: <http://www.aigsthailand.com/About-Us-TH>, 2559 (มีนาคม, 25).
- สมาคมผู้ค้าอัญมณีและเครื่องประดับ. **ประวัติสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ** [Online]. Available URL: <http://www.thaigemjewelry.or.th/ประวัติสมาคม-GemAndJewelry>, 2559 (มีนาคม, 2).
- สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). **(ล้อมกรอบ) ธุรกิจการค้าอัญมณีกับปัญหานักท่องเที่ยวต่างชาติถูกเอาเปรียบ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2547.
- สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์. **สถิติจากศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร โดยความร่วมมือจากกรมศุลกากร** [Online]. Available URL: http://www.ops3.moc.go.th/infor/menucomth/stru1_export/export_topn_country/report.asp, 2559 (มีนาคม, 19).
- ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก ฉบับที่ 7 (พ.ศ.2544).
- Antwerp World Diamond Centre. **Who we are** [Online]. Available URL: <http://www.hrdantwerp.com/en/who-we-are/diamond-lab>, 2016 (March, 16).
- Gemological Institute of America Inc., **ABOUT GIA: A TRADITION OF SCIENCE AND EDUCATION** [Online]. Available URL: <https://www.gia.edu/gia-about>, 2016 (March, 16).
- International Gemological Institute. **About IGI** [Online]. Available URL: http://www.igiworldwide.com/about_igi.html, 2016 (March, 20).
- Rapaport Group. **The Rapaport Monthly Report** [Online]. Available URL: <http://www.diamonds.net/Prices/RapaportPriceLists.aspx>, 2016 (March, 20).

สถานการณ์ปัญหาทางกฎหมาย
ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน
ตำบลบ้านมาง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์กัญญ์กัญญา ใจการวงศ์สกุล
เทพ วงศ์สุภา

สถานการณ์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน
ตำบลบ้านมาง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา*

The Situation Legal Problems Related to the Household Debts in
Tumbon Banmang, Chiangmuan District, Phayao Province

ผู้ช่วยศาสตราจารย์กนกยัญญ์กัญญา ใจการวงศ์สกุล **, เทพ วงศ์สุภา ***
Assistant Professor Kankanya Jaikarnwongsakul, Thap Wongsupa

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงสถานการณ์เกี่ยวกับสภาพลักษณะ รูปแบบ ปริมาณของปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่ และศึกษาถึงรูปแบบช่องทาง วิธีการในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนรวมทั้งให้ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ผลการวิจัยนี้พบว่าในพื้นที่ตำบลบ้านมาง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา มีสภาพภูมิศาสตร์ล้อมรอบด้วยป่าและภูเขา ประชาชนประกอบอาชีพและมีรายได้มาจากการเกษตรกรรมเป็นหลัก ครัวเรือนส่วนใหญ่มีภาระหนี้สินจำนวนมาก รูปแบบการก่อหนี้และมีปัญหาทางกฎหมายส่วนใหญ่เกิดขึ้นมาจากการกู้ยืมเงิน การจำนอง การค้ำประกัน มีการก่อหนี้ทั้งในระบบและนอกระบบ ประชาชนในพื้นที่ซึ่งก่อหนี้มีแนวโน้มผิดนัดไม่ชำระหนี้มากขึ้นเนื่องจากมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดการภาระหนี้สินที่มีอยู่ และไม่มีความรู้ที่ถูกต้องถึงผลกระทบในทางกฎหมายจากภาระหนี้ที่ได้ก่อขึ้น จากการละลายไม่ชำระหนี้มีแนวโน้มเกิดปัญหาความเสี่ยงที่จะถูกดำเนินการบังคับคดีมีมากขึ้น ทั้งนี้พบว่ากรณีเกิดปัญหาขึ้นประชาชนในพื้นที่จะเข้าถึงผู้นำชุมชนที่ใกล้ชิดในพื้นที่เป็นหลัก รูปแบบวิธีการที่ง่ายและสะดวกที่ใช้ในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหา

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง สถานการณ์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนตำบลบ้านมาง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา ได้รับทุนสนับสนุนโดยมหาวิทยาลัยพะเยา และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ความเห็นในรายงานนี้เป็นของผู้วิจัย มหาวิทยาลัยพะเยาและ สกว. ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป.

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา, น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ม. (กฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

*** อดีตพัฒนาการอำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา.

หนี้สินครัวเรือนคือการไปพูดคุยและบอกเล่าเหตุการณ์ถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ช่องทางการเข้าถึงยังไม่มีระบบที่ชัดเจน และพบว่าประชาชนบางส่วนไม่เข้าถึงบุคคลใดหรือไม่ทราบว่าควรจะไปพบผู้ใด เมื่อเกิดปัญหา ประชาชนมีความรู้สึกละเลยที่นำเรื่องปัญหาหนี้สินให้คนอื่นทราบ ส่งผลให้มีการละเลย ไม่ดำเนินการใด ๆ เมื่อเกิดปัญหาขึ้น รวมทั้งผู้มีความรู้ทางกฎหมายในพื้นที่มีน้อยมาก และผู้นำชุมชนไม่มีความรู้ทางกฎหมายจึงไม่อาจที่จะให้คำปรึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมาย อันเกี่ยวกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนที่เกิดขึ้นนั้นได้ ข้อเสนอแนะควรสร้างผู้นำชุมชนที่เข้าถึงความรู้กฎหมายเพิ่มขึ้น และก่อนการก่อหนี้ของประชาชนนั้นกำหนดให้แหล่งทุนในระบบควรมีมาตรการจัดให้มีการพัฒนาให้ความรู้ทางกฎหมายที่สำคัญขึ้นเพื่อเกิดประโยชน์ในการจัดการปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนได้

Abstract

The goal of this research is to study a number of legal issues associated with the debt problems of individual members of households in this area. The researcher will examine the characteristics of different types of issues in a variety of situations. The study will also suggest models and methods for reaching those who are responsible for solving the household debt problems of individuals in this area, as well as offering guidance on how to solve such problems.

The research project examined Tumbon Banmang, Chiangmuan District, in Phayao Province. This district is surrounded by forests and mountains, and the people in this area work and mainly earn a living from agriculture. Most households have a lot of debt and associated legal problems, arising from loans, mortgages, or surety ships that have originated from both formal and informal funding sources. The debtors in this area tend to frequently default on payments due to problems like excessive debt obligations and a lack of knowledge about the impact of the legal obligations relating to their debts. Ultimately, it is likely that they will run a risk of facing legal action if they ignore the performance of obligation. When such problems occur, the people in this district typically go to the community leaders in the local area. At present, the easiest and most convenient way of reaching those responsible and involved in solving the problem of household debt is to talk to them about the problem. This is because there is no clear system regarding such matters, and also because some people are unable to reach those who are responsible for solving such problems or do not know who that would be. People in this area feel shy to tell the story of their debt to others, and this leads to a failure in taking any action. Also, there are very few people in this area with the required legal knowledge. The community leaders themselves lack the legal knowledge that would be required to provide legal advice and consulting on the issue of household debt. This research recommends that it is necessary to educate the people in this area with the goal of creating a community that knows the law. Before the level of debt for a household increases, formal funding sources should

provide prospective borrowers with some legal knowledge regarding their obligations. This would benefit the community as a whole.

คำสำคัญ : สถานการณ์, ปัญหาทางกฎหมาย,หนี้สินครัวเรือน

Keywords : Situation, Legal problems, Household debts

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากการติดตามโครงการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข แบบแอปีซี (ABC)¹ ของจังหวัดพะเยาซึ่งตำบลบ้านม่วง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยาเป็นอีกพื้นที่หนึ่งที่ได้รับคัดเลือกให้เป็นตำบลต้นแบบในการดำเนินการจัดทำบัญชีครัวเรือน เนื่องจากมีผู้นำชุมชนที่มีศักยภาพสูง มีพื้นฐานความเป็นชุมชนที่มีความเข้มแข็ง ทั้งนี้จังหวัดพะเยาได้มีการขับเคลื่อนให้ทุกอำเภอในจังหวัดพะเยา นำนโยบายของกระทรวงมหาดไทยในการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข² โดยการเชื่อมโยงบูรณาการกับแนวทางส่งเสริมชุมชนแห่งการเกื้อกูล การแก้ไขปัญหาความยากจนบูรณาการกับการจัดทำบัญชีครัวเรือน การทำระบบฐานข้อมูลและทำแผนชุมชน ทำให้ได้ทราบถึงปัญหานี้สินครัวเรือนของประชาชนได้เชื่อมโยงกับสภาพปัญหาการไม่รู้กฎหมายต่าง ๆ และไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนได้มีประสบการณ์ในการทำนิติกรรมสัญญาซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่สำคัญโดยขาดความรู้ความเข้าใจอันมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายตามมาด้วย ประชาชนในพื้นที่มีหนี้สินเพิ่มมากขึ้นจากการก่อหนี้ ทั้งแหล่งทุนในระบบและนอกระบบ โดยหนี้เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งคือลูกหนี้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งคือเจ้าหนี้ โดยกระทำการชำระหนี้ ไม่กระทำการชำระหนี้ หรือโอนทรัพย์สิน³ ซึ่งเจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้⁴

ทั้งนี้ได้พบสถานการณ์ปัญหาทางกฎหมายอันเกี่ยวกับหนี้สินที่สำคัญ ๆ เช่น การกู้ยืมเงิน การค้าประกัน การจำนอง การไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร หนี้ไม่ระงับ การถูกเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา การถูกเรียกเบี้ยปรับ การถูกบังคับคดีรวมถึงการขายทอดตลาดในทรัพย์สิน เป็นต้น จากประเด็นปัญหาดังกล่าวหากประชาชนมีการดำเนินการโดยขาดความรู้ความเข้าใจทางกฎหมายแล้วอาจได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมาย ได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

¹ กัญญ์กัญญา ใจการวงศ์สกุล และคณะ, รายงานผลการติดตามโครงการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข แบบแอปีซี จังหวัดพะเยา พื้นที่ตำบลบ้านม่วง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา, 2555, หน้า 5.

² เป็นการติดตามการดำเนินโครงการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข แบบแอปีซี (ABC) หรือ (Area Based Collaborative Research Project) ของจังหวัดพะเยา เพื่อศึกษาปัญหาของพื้นที่โดยเป็นการดำเนินงานที่สอดคล้องกับนโยบาย 1 คณะ 1 อำเภอ หรือ 1 คณะ 1 โมเดลของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา รวมทั้งสอดคล้องกับปณิธานของมหาวิทยาลัยพะเยาที่ว่า “ปัญญาเพื่อความเข้มแข็งของชุมชน” (Wisdom for Community Empowerment).

³ จิต เศรษฐบุตร, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 17.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 194 และมาตรา 213.

การถูกเอารัดเอาเปรียบจากคูกรณี รวมทั้งมีการจัดการหนี้สินที่ไม่ถูกต้องอันจะส่งผลให้เกิดปัญหาภาระหนี้สินของประชาชนเพิ่มขึ้นในอีกประการหนึ่งด้วย

มหาวิทยาลัยพะเยาและสำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย (สกว.) ได้มีการสนับสนุนทุนวิจัยเพื่อพัฒนาเชิงพื้นที่ ซึ่งใช้พื้นที่เป็นตัวตั้งในการทำงานร่วมกันระหว่างนักวิชาการในมหาวิทยาลัยชุมชน และกลไกการพัฒนาในพื้นที่เพื่อให้ได้ข้อมูลมาจากการวิจัยที่จะใช้จัดการกับเรื่องสำคัญของจังหวัดเพื่อนำไปสู่การพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชนที่ดีขึ้นโดยใช้แนวคิด ABC (Area-Based Collaborative Research)⁵ เพื่อสนับสนุนนักวิจัยได้ดำเนินงานวิจัยที่ตอบสนองความต้องการของชุมชน และในการวิจัยนี้ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในพื้นที่ และเพื่อนำข้อมูลที่ได้มาใช้ประโยชน์ในการหาแนวทางสร้างความร่วมมือกับชุมชนให้เกิดการพัฒนาพื้นที่ให้เหมาะสมตามบริบทของพื้นที่ต่อไป ทั้งนี้จำเป็นต้องอาศัยการนำเอาความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายไปปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ โดยมีเป้าหมายที่จะให้ชุมชนเกิดการเรียนรู้ พัฒนา และมีความเข้มแข็งสามารถพึ่งพาตนเองได้อย่างยั่งยืน ด้วยเหตุนี้จึงทำวิจัยเรื่องนี้เพื่อเป็นข้อมูลที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการจัดการหนี้สินของประชาชนในพื้นที่ได้อย่างถูกต้องโดยทำการค้นหาข้อมูลสถานการณ์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนในพื้นที่ และศึกษาถึงรูปแบบวิธีการในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับ การแก้ไขปัญหาของประชาชนในพื้นที่ เพื่อให้ได้ข้อมูลที่ชัดเจนและเกิดประโยชน์ในการหาแนวทางที่ใช้ต่อยอดเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างเหมาะสมตามบริบทของพื้นที่ ซึ่งการทำวิจัยครั้งนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการจัดการปัญหาหนี้สินครัวเรือนที่มีอยู่ในปัจจุบันและหนี้สินที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตของประชาชน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ทั้งในด้านการก่อหนี้และการระงับหนี้ โดยเรื่องนี้เป็นสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้โดยฝ่ายเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตน ส่วนฝ่ายลูกหนี้มีหนี้หรือหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งมีหลักการพื้นฐานอยู่ที่การรับรองและคุ้มครองนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคล⁶ ผลที่ได้จะเป็นข้อมูลสำคัญอันเป็นเครื่องมือที่เป็นต้นแบบในป้องกันและแก้ไขปัญหาภาระหนี้สินในครัวเรือนของประชาชนได้อีกทางหนึ่ง

⁵ สีลาภรณ์ บัวสาย และคณะ, “ABC : กระบวนทัศน์การวิจัยเพื่อวางโครงสร้างการพัฒนาประเทศ,” วารสารวิจัยเพื่อการพัฒนาเชิงพื้นที่ 6, 2 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2556): 112-117.

⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, ผลและความระงับแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2555), หน้า 5.

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาถึงสถานการณ์เกี่ยวกับสภาพลักษณะ รูปแบบ ปริมาณของปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่

2.2 เพื่อศึกษาถึงรูปแบบช่องทาง วิธีการในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่และให้ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

3. ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้ได้ศึกษาถึงสถานการณ์เกี่ยวกับสภาพลักษณะ ปริมาณ รูปแบบของปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน รวมทั้งศึกษาถึงรูปแบบช่องทาง วิธีการในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่ตำบลบ้านม่วง อำเภอยางชุมน้อย จังหวัดพะเยา โดยการลงพื้นที่ศึกษาบริบทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งศึกษาประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับหนี้สินของประชาชน

4. กรอบแนวคิดการวิจัย

งานวิจัยนี้ผู้วิจัยได้มีกรอบแนวคิดที่ใช้ในการศึกษาโดยศึกษาถึงบริบทของพื้นที่ เพื่อให้ทราบถึงความเชื่อมโยงกับรูปแบบในการก่อหนี้สินครัวเรือนและการเข้าถึงแหล่งทุนของประชาชนในพื้นที่ ตลอดจนให้ทราบสถานการณ์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากหนี้สินครัวเรือนในลักษณะต่าง ๆ รวมถึงความรู้ของประชาชนเกี่ยวกับช่องทางวิธีการในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้สินที่เกิดขึ้น อันจะมีผลให้เกิดประโยชน์เป็นแนวทางในการจัดการและแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนได้อย่างเหมาะสม

5. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีการศึกษาจากเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับข้อมูลที่ได้จากการพูดคุยสนทนา การสัมภาษณ์เชิงลึกกับผู้ที่เกี่ยวข้องและประชาชนในพื้นที่ตำบลบ้านม่วง อำเภอยางชุมน้อย จังหวัดพะเยา และการใช้แบบสอบถามข้อมูลเบื้องต้นกับกลุ่มตัวอย่างและใช้แบบสอบถามสำรวจข้อมูลหนี้สินครัวเรือนและช่องทางการเข้าถึงของประชาชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ เนื่องจากพื้นที่ดังกล่าวมีผู้นำชุมชนที่เข้มแข็งและประชาชนให้ความร่วมมือดี

ตลอดจนเป็นพื้นที่ซึ่งได้รับเลือกให้มีการจัดทำบัญชีครัวเรือนในโครงการบำบัดทุกข์บำรุงสุขแบบเอปซีจังหวัดพะเยา ซึ่งกลุ่มตัวอย่างในการทำวิจัยประกอบด้วย ผู้นำชุมชน ผู้ใหญ่บ้าน กำนัน นายอำเภอ นายกองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านม่วง ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล พัฒนาการอำเภอ นายอำเภอ ตัวแทนหน่วยงานของรัฐ นักพัฒนาชุมชน คณะกรรมการกองทุนหมู่บ้าน และประชาชนในพื้นที่รวมจำนวนทั้งหมด 100 คน เพื่อให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนที่เกิดขึ้น แล้วนำข้อมูลที่ได้รับจากการศึกษาทั้งหมดมาวิเคราะห์ร่วมกันในเชิงพรรณนา

6. ผลการวิจัย

6.1 สถานการณ์หนี้สินครัวเรือนไทย

ประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2551-2555 สัดส่วนหนี้สินครัวเรือนภาคสหกรณ์⁷ เพิ่มขึ้นจากเดิม 7.64 ของจีดีพี เป็นร้อยละ 9.96 ของจีดีพี หรือ 1.13 ล้านล้านบาท จากมูลค่าจีดีพี 11.4 ล้านล้านบาท โดยมาจากการใช้จ่ายในครัวเรือน อุปโภคบริโภคคิดเป็นร้อยละ 50 ที่อยู่อาศัย/ยานพาหนะ คิดเป็นร้อยละ 23 ชำระหนี้สินเดิมคิดเป็นร้อยละ 22 และลงทุนประกอบอาชีพคิดเป็นร้อยละ 5 ซึ่งมีอัตราการขยายตัวเพิ่มขึ้นต่อเนื่องทุกปี จาก 6.94 แสนล้านบาทในปี 2551 เพิ่มขึ้นเป็น 1.13 ล้านล้านบาทในปี 2555 คิดเป็นตัวเลขเฉลี่ยแล้วสหกรณ์ในภาคเกษตรจะมีหนี้เฉลี่ยครัวเรือนละ 15,476.44 บาท และสหกรณ์นอกภาคเกษตรหนี้เฉลี่ยครัวเรือนละ 213,750.68 บาท ข้อมูลเหล่านี้สะท้อนถึงการที่ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงแหล่งเงินกู้ในระบบสหกรณ์ได้สะดวกขึ้นกว่าในอดีต และในผลเพียงครั้งแรกปี พ.ศ. 2556 ช่วงไตรมาส 2 ได้พบว่าภาคสหกรณ์มีหนี้ครัวเรือนเพิ่มขึ้นเป็น 1.21 ล้านล้านบาท ขยายตัวเพิ่มขึ้น 6.91 เมื่อเทียบกับจากปี พ.ศ. 2555 ทั้งนี้อัตราการขยายตัวของหนี้ครัวเรือนซึ่งมีค่าเฉลี่ยในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2551-2555 มีประมาณร้อยละ 12.82 ต่อปี พบว่าค่าเฉลี่ยครัวเรือนสหกรณ์ในภาคการเกษตรประมาณร้อยละ 12.20 ต่อปี ส่วนหนี้ครัวเรือนสหกรณ์นอกภาคเกษตรกรรมมีประมาณร้อยละ 12.86 ต่อปี และจากข้อมูลการสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือนของสำนักงานสถิติแห่งชาติเกี่ยวกับระดับรายได้และมีค่าใช้จ่ายสูงอย่างต่อเนื่อง ในระหว่างปี พ.ศ. 2543-2554 โดยในปี พ.ศ. 2543 จากครัวเรือนที่มีรายได้เฉลี่ย 12,150 บาท ต่อเดือนต่อครัวเรือน แต่ในปี พ.ศ. 2554 ครัวเรือนมีรายได้เพิ่มขึ้นเป็น 23,236 บาทต่อเดือน ต่อครัวเรือน ข้อมูลค่าใช้จ่ายพบว่าในปี พ.ศ. 2543 จากค่าใช้จ่ายในการอุปโภคเฉลี่ย 9,848 บาทต่อเดือน

⁷ เพียวาร์ กิมปฐุม, ตัวเลขหนี้ครัวเรือนภาคสหกรณ์ไทยเพิ่มขึ้นหรือลดลงเทียบกับปีที่ผ่านมา [Online], available URL: http://www.cad.go.th/ewt_news.php?nid=19778&filename=index,2556 (ธันวาคม, 21).

แต่ปรากฏในปี พ.ศ.2554 ค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็น 17,403 บาทต่อเดือนต่อครัวเรือนซึ่งแสดงให้เห็นถึงค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นเกือบเท่าตัว ทั้งนี้จากนโยบายการกระตุ้นเศรษฐกิจของภาครัฐและเอกชนทั้งการเปิดการค้าเสรี การปล่อยสินเชื่อให้แก่ครัวเรือนและการเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ส่งผลให้ภาคครัวเรือนประสบกับปัญหาหนี้สินที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่องพบว่าในปี พ.ศ.2543 จากที่มีหนี้สินเฉลี่ย 68,405 บาทต่อครัวเรือน แต่ในปี พ.ศ.2554 มีหนี้สินเป็น 134,900 บาท และเมื่อได้พิจารณาหนี้สินเฉพาะครัวเรือนที่มีหนี้สินก็พบว่าในปี พ.ศ.2554 เฉพาะครัวเรือนที่มีหนี้สินโดยมีหนี้สินเฉลี่ย 241,760 บาทต่อครัวเรือน ในภาคเหนือปรากฏว่ามีหนี้สินครัวเรือนเฉลี่ยไม่เกิน 200,000 บาท ส่วนใหญ่นำไปใช้เพื่อการเกษตรและทำธุรกิจที่ก่อให้เกิดรายได้⁸

จากการสำรวจหนี้สินของครัวเรือนปี พ.ศ.2556⁹ พบว่าครัวเรือนที่มีหนี้สินมีร้อยละ 54.4 โดยมีจำนวนหนี้สินเฉลี่ย 159,492 บาทต่อครัวเรือน ส่วนข้อมูลเกี่ยวกับครัวเรือนที่มีหนี้ในระบบและนอกระบบปี พ.ศ.2556 พบว่าส่วนใหญ่ครัวเรือนเป็นหนี้ในระบบ โดยครัวเรือนที่มีหนี้ในระบบอย่างเดียวนับเป็นร้อยละ 91.6 และครัวเรือนที่มีหนี้ทั้งในระบบและนอกระบบคิดเป็นร้อยละ 3.8 สำหรับครัวเรือนที่มีนอกระบบอย่างเดียวนับเพียงร้อยละ 4.6 และยังพบว่าจำนวนเงินเฉลี่ยที่เป็นหนี้ในระบบสูงกว่านอกระบบถึง 50 เท่า คือ หนี้ในระบบ 156,356 บาท ส่วนหนี้นอกระบบ 3,136 บาท และพบว่าอัตราการเปลี่ยนแปลงของรายได้ ค่าใช้จ่าย และหนี้สินของครัวเรือนทั่วประเทศพบว่ามีอัตราเพิ่มขึ้น มีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นร้อยละ 5.2 ต่อปี มากกว่ารายได้คือ ร้อยละ 4.6 ต่อปี อันมีผลทำให้สัดส่วนของค่าใช้จ่ายต่อรายได้จากร้อยละ 74.9 ในปี พ.ศ.2554 เพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 75.8 ในปี พ.ศ.2556 หนี้ของครัวเรือนพบว่าครัวเรือนที่มีหนี้มีจำนวนลดลงร้อยละ 1.3 แต่จำนวนเงินที่เป็นหนี้เพิ่มขึ้นร้อยละ 8.7

สำหรับจังหวัดพะเยา จากข้อมูลผลิตภัณฑ์มวลรวมปี พ.ศ.2554 เท่ากับ 27,184 ล้านบาท มีผลิตภัณฑ์มวลรวมจังหวัดเฉลี่ยต่อหัว 50,814 บาท ซึ่งอยู่ในลำดับที่ 14 ของจังหวัดในภาคเหนือ และลำดับที่ 59 ของประเทศ อาชีพหลักของประชาชนในพื้นที่ยังคงประกอบอาชีพเกษตรกรรม¹⁰ ส่วนสภาพทางเศรษฐกิจอำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา ซึ่งประชาชนอำเภอเชียงม่วนมีรายได้เฉลี่ยต่อหัวประมาณ 39,584 บาทต่อคนต่อปี ประชาชนมีอาชีพหลักคือการเกษตรกรรม โดยมีการใช้

⁸สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **หนี้สินครัวเรือน: ผลกระทบระดับประเทศ** [Online], available URL: http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/citizen/news/news_58.jsp, 2556 (ธันวาคม, 21).

⁹สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **สรุปผลเบื้องต้น การสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือนในช่วง 6 เดือนแรกของปี 2556** [Online], available URL: <http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/themes/files/socioSum56-6.pdf>, 2556 (ธันวาคม, 21).

¹⁰รายงานสรุปจังหวัดพะเยา ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2557, หน้า 11.

แรงงานในครอบครัวเป็นหลัก¹¹ ทั้งนี้จากข้อมูลการจัดทำบัญชีครัวเรือนของประชาชนตำบลบ้านมาง อำเภอยางชุมน้อย จังหวัดพะเยา พบว่ารายได้ของประชาชนส่วนใหญ่ มาจากรายการเกี่ยวกับผลผลิตทางการเกษตร คิดเป็นจำนวนเงินเฉลี่ย 12,027 บาทต่อครัวเรือนต่อเดือน ส่วนรายได้จากแหล่งอื่น ทั้งหมดรวมทุกรายการคิดเป็นจำนวนเงินเฉลี่ย 25,325 บาทต่อครัวเรือนต่อเดือน ส่วนรายจ่าย ทั้งหมดเป็นจำนวนเงินเฉลี่ย 20,116 บาทต่อครัวเรือนต่อเดือน สำหรับเงินออมและหลักประกันนั้น คิดเป็นจำนวนเงินเฉลี่ย 5,142 บาทต่อครัวเรือนต่อเดือน ส่วนหนี้สินนั้นพบว่าหนี้สินในระบบ และนอกระบบ และเมื่อวิเคราะห์จากรายจ่าย รายรับและหนี้สินในภาพรวมทั้งตำบลพบว่ารายรับคิดเป็นจำนวนเงินทั้งหมด 8,027,927 บาทต่อเดือน ส่วนรายจ่ายรวมกับภาระหนี้สินคิดเป็นจำนวนเงินทั้งหมด 8,568,170 บาทต่อเดือน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าประชาชนในพื้นที่ทั้งตำบลมีจำนวนรายจ่าย มากกว่ารายได้¹² ทั้งนี้ตำบลบ้านมาง ประกอบด้วยจำนวน 11 หมู่บ้าน อยู่ในเขตเทศบาลจำนวน 2 หมู่บ้าน อยู่ในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลบ้านมาง จำนวน 9 หมู่บ้าน รวมจำนวน 2,279 หลังคาเรือน ซึ่งมีข้อมูลจำนวนประชากรรวมทั้งหมด 5,834 คน¹³ ประชากรชาย 2,904 คน ประชากรหญิง 2,930 คน โดยมีประชากรซึ่งเป็นกลุ่มคนทั่วไป กลุ่มคนไทลื้อ และกลุ่มชาวเขาเผ่าเย้า

6.2 สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน

จากผลการทำแบบสอบถามกลุ่มตัวอย่างในพื้นที่จำนวน 100 ครัวเรือน ประชาชน มีอาชีพทำการเกษตรเป็นหลัก มีอาชีพเสริม เช่น ทอผ้า รับจ้างทั่วไปและค้าขาย โดยมีรายได้เฉลี่ย ทั้งหมดต่อครัวเรือนอยู่ระหว่าง 15,001 ถึง 20,000 บาท และประชาชนมีหนี้สินคิดเป็นร้อยละ 98 จำนวนยอดเงินที่กู้ยืมมากที่สุดอยู่ระหว่างตั้งแต่ 50,000- 100,000 บาท คิดเป็นร้อยละ 83 โดยภาระหนี้สินก่อนนี้มาจากการกู้ยืมเงินเป็นหลักคิดเป็นร้อยละ 96 ซึ่งการกู้ยืมเงินส่วนมากควบคู่กับการค้าประกันมีทั้งการใช้บุคคลค้าประกัน ใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน ปัจจุบันมีภาระผูกพันทางหนี้ ที่สำคัญเกิดจากการกู้ยืมเงิน การค้าประกันและการจำนอง ส่วนในการก่อหนี้ซึ่งให้เลือกตอบได้ มากกว่าหนึ่งข้อพบว่าประชาชนมีประสบการณ์ในการกู้ในระบบอย่างเดียวคิดเป็นร้อยละ 95 กู้ทั้งใน

¹¹ องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านมาง อำเภอยางชุมน้อย จังหวัดพะเยา [Online], available URL: <http://www.banmanglocal.com>, 2556 (มิถุนายน, 1).

¹² กันยภัฏญา ใจการวงศ์สกุล, “กฎหมายกับโครงการบำบัดทุกข์บำรุงสุข แบบเอปซีในพื้นที่ตำบลบ้านมาง อำเภอยางชุมน้อย จังหวัดพะเยา,” รายงานสืบเนื่องจากการประชุมทางวิชาการระดับชาติ พะเยาวิสัย ครั้งที่ 4 วันที่ 29-30 มกราคม 2558 ณ มหาวิทยาลัยพะเยา จังหวัดพะเยา, หน้า 1195.

¹³ ข้อมูลประชากรตำบลบ้านมาง อำเภอยางชุมน้อย จังหวัดพะเยา ณ ที่ว่าการอำเภอยางชุมน้อย เดือน กันยายน 2556.

และนอกระบบ คิดเป็นร้อยละ 85 ส่วนการกู้ยืมนอกระบบอย่างเดียว คิดเป็นร้อยละ 10 มีการกู้ยืมตั้งแต่ 2 แหล่งทุนขึ้นไป และที่ดินส่วนใหญ่ได้จำนองกับธนาคาร ประชาชนกู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (ธ.ก.ส.) เป็นหลัก ซึ่งแหล่งทุนในระบบในพื้นที่ที่สำคัญ ได้แก่ ธ.ก.ส., กองทุนหมู่บ้าน, กองทุนในชุมชน เป็นต้น โดยผู้กู้มีวัตถุประสงค์นำเงินไปทำการเกษตรและอุปกรณ์การเกษตรเป็นสำคัญ ทั้งนี้พบว่าช่วงเวลาที่ประชาชนส่วนมากไปกู้เงินจากแหล่งเงินนอกระบบในเวลาที่ต้องใช้หนี้เงินกู้คืนให้กับแหล่งทุนในระบบเพื่อที่จะรักษาสีหน้าในการกู้ยืมเงินจากแหล่งทุนในระบบอย่างต่อเนื่องได้ โดยแหล่งทุนนอกระบบคิดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่ประชาชนบางส่วนมีการกู้ยืมเงินนอกระบบในกรณีที่ไม่สามารถกู้ยืมจากกองทุนหมู่บ้านหรือไม่สามารถกู้ยืมจากธนาคารได้ การกู้ยืมเงินจากแหล่งทุนนอกระบบมีความสะดวกและได้รับเงินรวดเร็ว ซึ่งประชาชนมักกู้ยืมจากแหล่งทุนนอกระบบที่เจ้าหน้าที่อยู่ในพื้นที่ซึ่งเป็นที่รู้จักกัน แต่เวลาต่อมาได้เริ่มรู้ถึงอันตรายรวมถึงทราบผลกระทบจากการทวงหนี้ที่รุนแรงที่ใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่แหล่งเงินกู้นอกระบบที่อยู่นอกพื้นที่ ส่วนเจ้าหน้าที่แหล่งเงินกู้นอกระบบในพื้นที่จะไม่ทำร้ายผู้กู้แต่จะมีการเรียกดอกเบี้ยที่สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ประชาชนก็ยังมีมุมมองว่าเมื่อเกิดกรณีฉุกเฉินเจ้าหน้าที่นอกระบบเป็นที่พึ่งให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนและเป็นแหล่งเงินทุนที่มีผล ต่อการชำระหนี้ของประชาชนให้กับแหล่งทุนในระบบทำให้การชำระหนี้ให้กับแหล่งทุนในระบบให้เป็นไปอย่างราบรื่น ส่วนหน่วยงานราชการในพื้นที่และผู้นำชุมชนได้มีการแจ้งเตือนให้ประชาชน ในพื้นที่บ่อยครั้งให้ได้ทราบถึงการทวงถามหนี้ที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่แหล่งทุนนอกระบบและเตือนให้ประชาชนใช้ความระมัดระวังที่ต้องไปใช้บริการกู้ยืมเงินจากแหล่งทุนนอกระบบที่อยู่นอกพื้นที่

ทั้งนี้มีปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับภาระหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่ โดยมีปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ 3 ปัญหาหลัก คือ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน การค้าประกัน และการจำนอง ดังนี้

6.2.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน

จากผลการวิจัยพบว่า หนี้จำนวนหนึ่งได้เริ่มเกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินและเพิ่มมากขึ้นมาจากการเข้าถึงแหล่งทุนในระบบหลายแห่งในพื้นที่ โดยพฤติกรรมของประชาชนนำเงินที่ได้ไปใช้จ่ายเกินขอบเขตที่ควรจะเป็น ดังที่ผู้ให้สัมภาษณ์ว่า¹⁴ “คนเป็นหนี้เยอะ ๆ ในปัจจุบันก็เนื่องจากมีแหล่งทุนหลายแห่งมาให้ชาวบ้านกู้ เมื่อก่อนไม่ค่อยเป็นหนี้กัน แต่ตอนนี้กู้ได้จากแหล่งทุนทุกที่มีมาให้กู้ มีนิสยพุ่มเพื่อใช้จ่ายไม่คิด ไม่คิดถึงผลกระทบถ้าจ่ายคืนไม่ได้ ไม่มีเงินจ่ายคืน ก็เดือดร้อนกัน การที่ใช้วิธีประหยัด ปลุกผักกินเอง ก็ไม่ได้ช่วยให้หนี้ลดลงได้มาก เพราะหนี้ที่กู้มาเยอะเกินไม่สมดุล

¹⁴ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 5 ตุลาคม 2556.

กัน” เมื่อปรากฏหนี้ที่เป็นจำนวนเงินที่สูงมีผลทำให้ไม่สามารถส่งคืนเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยให้กับแต่ ละแหล่งทุนได้ครบถ้วน เนื่องจากรายได้มีน้อยกว่ารายจ่าย เกิดผลกระทบที่ต้องผัดผ่อนชำระหนี้ เกิดขึ้น หรือต้องถูกมาตรการตามกฎหมายบังคับให้ต้องชำระหนี้ในจำนวนดอกเบี้ยที่เพิ่มมากขึ้นจาก การผัดผ่อนชำระหนี้ หรือได้รับผลกระทบทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกเบี้ยปรับจากการไม่ชำระหนี้ ดังผู้ให้สัมภาษณ์ว่า¹⁵ “ที่ไหนเขาให้กู้ก็พากันไปกู้หมด มีหนี้จำนวนมาก กู้หลายที่ก็ต้องจ่ายหลายที่ หมุนเวียนกันไปก็เกิดความเครียด บางคนเอาไปใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น เวลาจ่ายคืนยาก เพราะไม่รู้เอาที่ ไหนไปคืนให้เขา ทำให้ถูกเรียกดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นกว่าเดิม” จากลักษณะการกู้ยืมเงินที่มีการกู้จากหลาย แหล่งทุนมีผลต่อความสามารถในการชำระหนี้คืนและเกิดผลกระทบทางกฎหมายในการถูกเรียกเบี้ย ปรับและดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้น

นอกจากนี้ ในการทำสัญญากู้ยืมในระบบก็มีสัญญาที่เป็นรูปแบบสัญญา มาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่สถาบันการเงินหรือกองทุนกำหนดไว้ ซึ่งเป็นฝ่ายเจ้าหนี้ที่มีอำนาจ เศรษฐกิจเหนือกว่าฝ่ายลูกหนี้ ส่วนมากประชาชนในชนบทไม่ค่อยอ่านในรายละเอียดของสัญญา เพราะมีเนื้อหาสาระจำนวนมาก มีอุปสรรคในการอ่านที่ยากลำบากไม่คุ้นเคยกับการอ่านหนังสือ ซึ่งส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติเพียงลงลายมือชื่อตามสัญญา ดังผู้ให้สัมภาษณ์ว่า¹⁶ “สัญญาก็อ่านไม่ค่อยได้อ่าน มีหลายแผ่น ตัวหนังสือเล็กอ่านลำบาก พออ่านต้องใช้เวลา นาน ไม่เสร็จเสียที พนักงานธนาคารเขา จะบอกข้อมูลว่าเรากู้เท่าไร จ่ายเมื่อไร ดอกเบี้ยเท่าไร กู้ไปทำอะไร ซึ่งเราก็มักจะเซ็นในสัญญา ไปเลยไม่อ่านอะไรมาก สมาชิกกลุ่มเดียวกันเปลี่ยนกันคำประกันให้กัน เขาให้จ่ายเป็นรายปี มีระยะ สิ้นระยะยาว ทำให้มีเวลาในการหาเงินคืนให้เขาได้” นอกจากนี้จากการสอบถามเจ้าพนักงาน ธนาคารได้อธิบายเนื้อหาสาระของสัญญาเบื้องต้น และแจ้งถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ แต่ก็ไม่ได้แจ้ง หรือย้ำให้ทราบถึงผลกระทบทางกฎหมายว่าประชาชนจะได้รับผลกระทบอย่างไรหากประชาชนไม่ ชำระหนี้ อันทำให้ประชาชนไม่ค่อยได้ตระหนักถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมา ดังผู้ให้ สัมภาษณ์ว่า¹⁷ “ทางธนาคารไม่ได้แจ้งหรืออธิบายเกี่ยวกับผลกระทบทางกฎหมายหากลูกหนี้ไม่ชำระ หนี้ จะอธิบายสาระสำคัญทั่วไปเกี่ยวกับสัญญา เช่น จำนวนเงินที่กู้ ดอกเบี้ย กำหนดส่งคืนเงินพร้อม ดอกเบี้ย ระยะเวลากู้ เป็นต้น แต่ไม่ได้แนะนำว่าเอาเงินไปดำเนินการอย่างไร เพราะเป็นเรื่องที่ ประชาชนทราบถึงวัตถุประสงค์ของการกู้ยืมของเขาเอง และเราก็ทำหน้าที่ในการแจ้งเตือนเมื่อใกล้ ถึงกำหนดชำระหนี้” จากลักษณะการแจ้งข้อมูลทั่วไปของเจ้าหน้าที่ของธนาคาร ทำให้ประชาชนไม่ ทราบถึงผลกระทบทางกฎหมายหากประชาชนซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่กำหนด ทั้งนี้

¹⁵ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 6 ตุลาคม 2556.

¹⁶ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 5 ตุลาคม 2556.

¹⁷ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 8 ตุลาคม 2556.

การชำระหนี้เป็นความระงับแห่งหนี้ที่สำคัญที่สุดที่เป็นผลโดยตรงที่ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของการชำระหนี้ที่กำหนดกำหนดไว้เพื่อพิจารณาว่าลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ถูกต้องหรือไม่ เพราะหากลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ในความเสียหายตามปกติและอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายพิเศษที่เจ้าหนี้ได้รับจากการไม่ชำระหนี้ด้วย¹⁸

ทั้งนี้การกู้ยืมเงินจากแหล่งเงินกู้นอกระบบ หนี้นอกระบบเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างประชาชนด้วยกัน เนื่องจากไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก แต่มีการคิดดอกเบี้ยจากลูกหนี้สูงกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งลูกหนี้ส่วนใหญ่เมื่อได้กู้ยืมเงินนอกระบบแล้วจะไม่สามารถชำระหนี้เงินกู้ได้เนื่องจากอัตราดอกเบี้ยที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนด รวมถึงมีการบังคับให้ชำระหนี้ด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นรัฐบาลจึงมีนโยบายในการแก้ไขปัญหาเรื่องหนี้นอกระบบด้วยการให้เข้ามาเป็นหนี้ในระบบด้วยการให้ธนาคารในเครือข่ายของรัฐให้ประชาชนกู้ยืมเงินเพื่อไปใช้หนี้นอกระบบ นอกจากนี้ยังได้เสนอแนะให้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อแก้ไขหรือเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะว่าลูกหนี้ในสัญญากู้ยืมเงินนั้นสามารถเป็นผู้เสียหายในทางอาญาได้โดยไม่ถือว่าขาดคุณสมบัติการเป็นผู้เสียหายในทางนิตินัย ซึ่งจะทำให้กฎหมายสารบัญญัติมีผลใช้บังคับได้โดยไม่ติดขัดในด้านของวิธีสบัญญัติ รวมถึงเป็นการทำให้บรรลุปเป้าหมายในการคุ้มครองลูกหนี้ผู้กู้ยืมเงินตามเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 อีกด้วย¹⁹

ในทางปฏิบัติประชาชนซึ่งเป็นผู้กู้ยืมเงินมักจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้ให้กู้ในการทำสัญญา เนื่องด้วยสถานภาพทางเศรษฐกิจของผู้กู้ที่ด้อยกว่าผู้ให้กู้ซึ่งผู้ให้กู้มักจะกำหนดข้อสัญญาที่ฝ่ายตนได้เปรียบมีสิทธิมากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ข้อสัญญาจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแต่เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสที่จะต่อรองข้อตกลงได้คู่สัญญาไม่มีความเสมอภาคในการที่จะแสดงเจตนาโดยสมัครใจโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริง²⁰ เกิดปัญหาทางกฎหมายกรณีทำสัญญากู้ยืมเงินไม่ได้มีการกรอกจำนวนเงินที่กู้ยืมไว้ ซึ่งบางกรณีผู้กู้ยอมทำสัญญากู้ให้แก่ผู้ให้กู้โดยเพียงแต่ลงลายมือชื่อในแบบของสัญญาซึ่งไม่ได้มีการระบุจำนวนเงินและข้อความไว้ ไม่ระบุดอกเบี้ย ซึ่งบางกรณีผู้ให้กู้ ก็ให้เงินมาบางส่วนเท่านั้นซึ่งได้ไม่ครบถ้วนตามจำนวนที่ตกลงกู้กันโดยมีการกันเงินจำนวนหนึ่งไว้เป็น

¹⁸ ดารารพร ธีระวัฒน์, **กฎหมายหนี้หลักทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 186.

¹⁹ ไผทชิต เอกจริยากร, “ปัญหาหนี้นอกระบบในสังคมไทย,” **วารสารราชบัณฑิตยสถาน** 36, 1 (มกราคม-มีนาคม 2554): 14-30.

²⁰ จิต เศรษฐบุต, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดารารพร ธีระวัฒน์, **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 53.

ดอกเบี้ยยี่ที่ต้องชำระล่วงหน้าไว้บางส่วน ทั้งนี้ผู้กู้ก็ต้องอยู่ในสถานการณ์ที่จำยอมไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ให้กู้เพราะขณะที่ผู้กู้มากู้ยืมเงินนั้นมีความเดือดร้อนจึงส่งผลให้ต้องยอมรับในข้อตกลงทุกอย่างตามที่ผู้ให้กู้กำหนด โดยผู้กู้ได้แต่เพียงลงลายมือชื่อของตนในสัญญาเอาไว้เท่านั้น ดังผู้ให้สัมภาษณ์ว่า²¹ “บางที่เราจำเป็นมาก ๆ เราก็ต้องยอมให้เขาหักดอกเบี้ยเอาไว้ก่อนล่วงหน้า ได้เงินไม่เต็มตามจำนวนที่กู้ ก็ยอมเป็นไปตามนั้นเพราะเราไปเอาเงินเขามา ถ้าเราไม่ยอมก็ไม่ได้เงิน” นอกจากนี้มีกรณีที่ประชาชนได้ไปกู้ยืมเงินจากแหล่งทุนนอกระบบที่เจ้าของแหล่งทุนเป็นบุคคลนอกพื้นที่หรือมีอิทธิพลในพื้นที่จะมาเรียกเก็บดอกเบี้ยแบบรายวัน ดังมีผู้ให้สัมภาษณ์ว่า²² “ทั่วไปเขาก็คิดดอกเบี้ยร้อยละ 5-10 ต่อเดือน เขาให้เราเซ็นสัญญาเอาไว้ ไม่ได้กรอกรายละเอียดอะไร บางคนเรียกเฉพาะดอกเบี้ยเป็นรายวัน ดอกเบี้ยวันละ 200 บาท มาเก็บดอกเบี้ยทุกวัน พวกแม่ค้าเอาเงินไปค้าขายก็ต้องยอมจ่ายแม้จะรู้ว่าดอกเบี้ยแพงก็ตาม บางคนเอาเงินเขามาเยอะก็ต้องจ่ายวันละ 1,000-1,500 บาท ก็มีถ้าไม่จ่ายเขาก็มาขู่” นอกจากนี้กรณีผู้ให้กู้ที่อยู่ในพื้นที่ซึ่งเป็นแหล่งทุนนอกระบบได้กำหนดให้ผู้กู้นำเอกสารสิทธิในทรัพย์สิน โฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3) มาให้ผู้ให้กู้ยึดเก็บไว้เป็นหลักฐาน โดยผู้กรณีมีความเข้าใจว่าการยึดเอกสารเหล่านั้นเก็บไว้เป็นหลักฐานเพื่อใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ อันเป็นวิธีการที่มักใช้สำหรับการกู้ยืมเงินกับบุคคลที่รู้จักกันในพื้นที่ ดังผู้ให้สัมภาษณ์ว่า²³ “เจ้าหน้าที่เขาจะให้เอาโฉนดที่ดินหรือ น.ส. 3 มาให้เขายึดถือเก็บเอาไว้ มีความเชื่อใจกัน หากเรานำเงินมาคืนเขาก็คืนเอกสารสิทธิคืนให้” ส่วนกรณีที่เป็นญาติหรือเป็นเพื่อนมักจะไม่ค่อยมีการทำสัญญากู้ยืมกันเพราะความไว้วางใจเชื่อใจกัน เพราะหากทำสัญญากู้ยืมก็จะผลต่อความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างกันได้ แต่จะมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในภายหลังหากอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ทำให้ไม่สามารถบังคับให้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้เนื่องจากไม่มีหลักฐานใด ๆ สำหรับการฟ้องร้องบังคับคดี ดังผู้ให้สัมภาษณ์ว่า²⁴ “ถ้ายืมจากญาติพี่น้องหรือเพื่อน ก็ไม่ค่อยทำสัญญากู้ยืมเป็นการช่วยเหลือกัน แต่ตอนทวงคืนยากมาก เสียหายกันทั้งสองฝ่าย” ผลจากการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายอย่างถูกต้องย่อมมีปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ และกระทบต่อการฟ้องร้องบังคับคดีในเวลาต่อมา

ทั้งนี้ประเด็นปัญหากฎหมายที่ต้องทำความเข้าใจอย่างถูกต้องเกี่ยวกับหลักฐานในการกู้ยืมเงิน ซึ่งการกู้ยืมเงินมากกว่า 2,000 บาทขึ้นไปต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ยืมด้วย จึงจะสามารถฟ้องขอบังคับให้ชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมได้ ซึ่งหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้น

²¹ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

²² ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

²³ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 5 ตุลาคม 2556.

²⁴ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 8 ตุลาคม 2556.

อาจจะเป็นเอกสารหรือจดหมายที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ยืมกับผู้ให้ยืมไม่จำเป็นต้องทำในรูปของสัญญา แต่มีข้อความที่แสดงว่าผู้ยืมได้รับเงินไปและจะใช้คืนจึงจะเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืม โดยหลักฐานแห่งการกู้ยืม ไม่จำเป็นต้องมีขณะทำสัญญาผู้ยืมอาจมีขึ้นภายหลังทำสัญญาก็ได้ แต่ต้องมีก่อนฟ้องร้องเรียกเงินตามสัญญาผู้ยืม ไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อผู้ให้ยืม เอกสารนั้นไม่จำเป็นต้องมีเพียง 1 ฉบับอาจเป็นเอกสารหลายฉบับก็ได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1883/2551 มาตรา 653²⁵ วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับให้ต้องมีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ยืมจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีกันได้โดยไม่จำเป็นว่าหลักฐานเป็นหนังสือนั้นต้องระบุวันเดือนปีที่ทำสัญญา วันเดือนปีที่ครบกำหนดชำระ และอัตราดอกเบี้ยไว้

จากประเด็นปัญหาทางกฎหมายผู้ยืม²⁶ กรณีที่ผู้ยืมได้ยอมทำสัญญาผู้ยืมเงินให้แก่ผู้ให้ยืมโดยผู้ยืมเพียงลงลายมือชื่อในสัญญาเอาไว้ โดยที่ไม่ได้มีการกรอกข้อความและจำนวนเงินเอาไว้ แต่ต่อมาผู้ยืมไม่ชำระหนี้ ผู้ให้ยืมจึงกรอกจำนวนเงินในสัญญาผู้ยืมโดยระบุจำนวนเงินที่กู้ที่สูงขึ้น ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า สัญญาผู้ยืมที่นำมาฟ้องเป็นสัญญาปลอม โดยพิพากษาให้ยกฟ้องโดยผู้กู้ไม่ต้องรับผิดชอบเลย ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 7541/2548 จำเลยได้กู้เงินโจทก์จำนวน 10,000 บาท และได้ลงลายมือชื่อไว้ในแบบพิมพ์หนังสือสัญญาผู้ยืมที่ยังไม่ได้กรอกข้อความมอบไว้ให้แก่โจทก์ ต่อมาโจทก์ได้กรอกข้อความและจำนวนในหนังสือสัญญาผู้ยืมว่าจำเลยกู้เงินโจทก์ไป 300,000 บาท โดยจำเลยมิได้รู้เห็นยินยอมด้วย สัญญาผู้ยืมตามฟ้องจึงเป็นเอกสารปลอม โจทก์จึงไม่อาจอ้างเอกสารดังกล่าวมาเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ ถือว่าโจทก์ไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือที่จะฟ้องร้องบังคับคดีได้ตามมาตรา 653 วรรคแรก

ส่วนเรื่องดอกเบี้ย คู่สัญญาตกลงกันจะคิดดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้ อัตราดอกเบี้ยและวิธีการคิดดอกเบี้ยต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งมาตรา 7 เป็นเรื่องคู่สัญญาตกลงกันว่าในการกู้ยืมจะคิดดอกเบี้ยระหว่างกัน แต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้อย่างชัดเจน กฎหมายให้คิดดอกเบี้ยให้แก่เจ้าหนี้อัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่หากคู่สัญญาตกลงไม่ต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่กันก็เป็นไปตามที่ตกลงคือไม่เสียดอกเบี้ยให้กัน แต่ถ้าปรากฏว่าลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ก็ต้องเสียดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันผิดนัดตามมาตรา 224 ซึ่งแม้ในสัญญาจะไม่ได้กำหนดว่าเมื่อผิดนัดไม่ชำระหนี้ให้เสียดอกเบี้ยก็ตาม

²⁵ มาตราที่กล่าวในบทความนี้ หากไม่ระบุชื่อกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ ให้หมายถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁶ ปัญหา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 35-50.

ในการคิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ตามมาตรา 654 นั้น หากคู่สัญญาตกลงว่าการกู้ยืมเงินคิดดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปี กฎหมายให้ถือว่าให้ลดลงมาเป็นดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี แต่หลังจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2474 แล้วต่อมาปี พ.ศ.2475 มีพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ประกาศใช้บังคับ²⁷ ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยที่เกิดจากหนี้ยืมเงินเท่านั้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งกำหนดว่าเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาจึงเป็นโมฆะไปทั้งหมด มิใช่เป็นโมฆะเฉพาะดอกเบี้ยส่วนที่เกินร้อยละ 15 ต่อปี และในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2541 ในด้านสัญญา มาคุ้มครองกรณีความไม่เท่าเทียมของคู่สัญญาด้วย ดังนั้น เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยที่ตกเป็นโมฆะดังกล่าวได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 6465/2552 โจทก์เป็นบริษัทที่ประกอบกิจการให้กู้เงินไม่ได้เป็นสถาบันการเงินตามกฎหมายการเรียกดอกเบี้ยเงินกู้ของโจทก์จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 654 และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรามาตรา 3 ดอกเบี้ยที่โจทก์เรียกเก็บอัตราร้อยละ 2.5 ต่อเดือน และค่าธรรมเนียมที่หักไว้ล่วงหน้าซึ่งคิดแล้วเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี จึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายและดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะ โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องดอกเบี้ยรวมทั้งค่าธรรมเนียมดังกล่าว จึงต้องนำดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมที่โจทก์เรียกเก็บล่วงหน้าทั้งหมดหักออกจากเงินต้นตามสัญญา

ส่วนกรณีที่ลูกหนี้มาขอกู้เงินจากเจ้าหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้ได้คิดดอกเบี้ยล่วงหน้าแล้วนำไปรวมกับเงินต้นที่แท้จริง และเขียนสัญญากู้ระบุจำนวนเงินต้นที่รวมดอกเบี้ยเป็นเงินต้นตามสัญญา กรณีนี้ดอกเบี้ยล่วงหน้าที่เจ้าหนี้เรียกเกินอัตราตกเป็นโมฆะทั้งหมดเพราะเป็นดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ประกอบมาตรา 654 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1452/2511 โจทก์ฟ้องจำเลยว่ากู้เงิน 14,000 บาท จำเลยให้การว่ากู้และรับเงินเพียง 10,000 บาท จำเลยชำระแล้วส่วนอีก 4,000 บาท โจทก์คิดดอกเบี้ยร้อยละ 5 ต่อเดือน จำนวน 8 เดือนมารวมเข้าเป็นเงินต้นเป็นค่าให้การต่อสู้ว่าหนี้ตามสัญญาจำนวน 4,000 บาทไม่สมบูรณ์ จำเลยนำสืบพยานบุคคลได้ และเมื่อฟังได้ตามค่าให้การว่าดอกเบี้ย 4,000 บาท เป็นดอกเบี้ยที่เกินอัตราตกเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ใช่เป็นโมฆะเฉพาะส่วนที่เกิน และเมื่อจำเลยชำระหนี้ 10,000 บาทให้กับโจทก์แล้ว หนี้เป็นอันระงับสิ้นไป

อย่างไรก็ตาม ส่วนกรณีที่ลูกหนี้ได้ชำระดอกเบี้ยที่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้วหากเป็นเรื่องที่ชำระด้วยความสมัครใจโดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระ จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกคืนได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1747/2522 การที่ผู้กู้ชำระดอกเบี้ย

²⁷ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475, มาตรา 3.

เงินกู้ไปร้อยละ 2 ต่อเดือน แม้เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 654 แต่ก็เป็นเรื่องที่ชำระไปด้วยความสมัครใจโดยรู้อยู่แล้วว่าตนไม่มีความผูกพันที่จะต้องชำระจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกคืน

นอกจากนี้ กรณีสัญญากู้ยืมเงินที่มีข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยเกินร้อยละ 15 ต่อปีใน ส่วนดอกเบี้ยที่ตกเป็นโมฆะนับแต่วันกู้เท่านั้น แต่เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยเพราะเหตุผิดนัดร้อยละ 7.5 ต่อปีตามมาตรา 224 วรรคแรกได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1467/2535 ตามมาตรา 224 นั้น เมื่อลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดให้คิดดอกเบี้ยได้เสมอ ไม่ว่าจะมิข้อตกลงให้ดอกเบี้ยกันหรือไม่ก็ตาม เพราะเป็นการกำหนดอัตราโดยผลของกฎหมาย เมื่อสัญญากู้ถึงกำหนดชำระคืนในวันที่ 8 มีนาคม 2529 จำเลยไม่ชำระ ย่อมตกเป็นผู้ผิดนัดมีหน้าที่ต้องชำระดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันที่ 9 มีนาคม 2529 ซึ่งเป็นวันผิดนัดเป็นต้นไป

กรณีการปรับเพิ่มอัตราดอกเบี้ย หากมีข้อสัญญาระบุว่าให้ผู้ให้กู้ปรับเพิ่มอัตราดอกเบี้ยได้แม้ลูกหนี้ไม่ผิดนัด ดอกเบี้ยที่ปรับเพิ่มนี้ไม่ใช่เบี้ยปรับ แต่ถ้าสัญญาระบุว่าผู้ให้กู้จะปรับเพิ่มอัตราดอกเบี้ยได้เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ดอกเบี้ยที่ปรับเพิ่มนี้เป็นเบี้ยปรับ ซึ่งศาลมีอำนาจลดลงได้ตามมาตรา 383 แต่จะลดลงต่ำกว่าหรือเท่ากับดอกเบี้ยขณะไม่ผิดนัดไม่ได้ ซึ่งเบี้ยปรับตาม มาตรา 379 นี้ถ้ามีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าให้เจ้าหนี้รับหรือเรียกเอาได้เมื่อลูกหนี้ ไม่ชำระหนี้หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรแล้วเป็นเบี้ยปรับทั้งสิ้น ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 707/2509 สัญญากู้ระบุดอกเบี้ยร้อยละ 9 ต่อปี ถ้าผู้กู้ผิดนัด ยอมเสียดอกเบี้ยให้แก่ธนาคารโจทก์อีกร้อยละ 6 ต่อปี ดอกเบี้ยที่ปรับเพิ่มเป็นเบี้ยปรับ

อย่างไรก็ตาม สำหรับดอกเบี้ยกรณีผู้ให้กู้ยืมเป็นธนาคารพาณิชย์ในการคิด ดอกเบี้ยไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 654 ดังนั้นสถาบันการเงินอาจคิดดอกเบี้ยจากผู้ยืม สูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 และพระราชบัญญัติ ดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและ ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่สถาบันการเงินอาจคิดจากผู้ยืมสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีโดยไม่ตามมาตรา 654 มาใช้บังคับ อัตรานี้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามธนาคารแห่งประเทศไทย และกระทรวงการคลังเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ต่อมา มีพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 แก้ไขมาตรา 4 และ มาตรา 6 จากการกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงเป็นอัตราดอกเบี้ยสูงสุดหรืออัตราดอกเบี้ยอ้างอิงได้ใน ลักษณะอื่นและธนาคารแห่งประเทศไทยได้ประกาศหลักเกณฑ์เกี่ยวกับดอกเบี้ยและส่วนลดใน สินเชื่อให้ธนาคารพาณิชย์ถือปฏิบัติ โดยให้แต่ละธนาคารสามารถประกาศกำหนดอัตราดอกเบี้ยได้ เองตามหลักเกณฑ์ของธนาคารแห่งประเทศไทย ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ เงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ทุกฉบับแล้ว ดังนั้นการที่สถาบันการเงินจะมีสิทธิ

เรียกดอกเบี้ยกู้ยืมได้เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 ด้วยเหตุนี้หากสถาบันการเงินปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายและหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วก็มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้ หากทำสัญญากำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าที่ตนประกาศไว้ข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยที่กำหนดไว้ก็ตกเป็นโมฆะ²⁸

จากสถานการณ์สภาพปัญหาหนี้สินที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินและการคิดดอกเบี้ยของหนี้เงินกู้ในพื้นที่สะท้อนให้เห็นถึงความเสียเปรียบทางสถานภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของผู้กู้ที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมทั้งตกอยู่สถานภาพที่ต้องปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามวิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายแต่ก่อให้เกิดผลที่ทำให้ต้องรับภาระหนี้สินตามที่ตนได้กระทำนั้นมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดี ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจถึงบทบาทของกฎหมายในชีวิตประจำวันของประชาชนควบคู่กับการให้ความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติของกฎหมายให้แก่ประชาชนในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ต้องสร้างการตระหนักถึงการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย รวมทั้งทราบถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อจะได้มีการปฏิบัติต่อกันอย่างถูกต้อง เป็นธรรม มีผลผูกพันในทางกฎหมายสามารถดำเนินการอันจะเป็นประโยชน์ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้และผู้ที่เกี่ยวข้องต่อไป

6.2.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประกัน

จากผลการศึกษาวิจัยพบว่าประชาชนในพื้นที่ส่วนใหญ่ได้มีประสบการณ์และได้เข้าไปผูกพันตนในฐานะเป็นผู้ค้าประกันเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เมื่อทำการกู้ยืมเงินอันเป็นหนี้ประธาน ซึ่งมีหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้แล้ว โดยหนี้ประธานที่จะมีการค้าประกันนั้นเกิดจากมูลหนี้ชนิดใดก็ได้อันเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ และผู้ค้าประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น จากการวิจัยในพื้นที่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นแหล่งทุนในระบบหรือมีการกู้ยืมเงินจำนวนมากจากแหล่งทุนนอกระบบก็มักจะให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามคือไม่ใช่เจ้าหนี้และไม่ใช่ลูกหนี้ได้มีการทำสัญญาค้าประกันขึ้นอันเป็นหนี้อุปกรณเพื่อการเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยตัวบุคคล เนื่องจากสัญญาค้าประกันที่ทำขึ้นนั้นเป็นการประกันการชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ที่มาจากการกู้ยืมเงินของบุคคลอันเป็นหนี้ประธาน ในพื้นที่พบว่าเจ้าหนี้แหล่งทุนในระบบจะให้มีการทำสัญญาค้าประกันควบคู่กับการทำสัญญากู้ยืมเงิน หากประชาชนที่เป็นสมาชิกกลุ่มกองทุนหมู่บ้าน หรือสมาชิกกลุ่มของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรมีการกู้ยืมเงินไปโดยให้มีการทำสัญญาค้าประกันซึ่งให้สมาชิกในกลุ่มได้ทำการค้าประกันระหว่างกันซึ่งหมุนเวียนสลับกันเป็นผู้ค้าประกันให้แก่กัน ทำ

²⁸ ปัญญา ถนอมรอด, เรื่องเดิม, หน้า 50-77.

ให้มีผู้ค้ำประกันหลายคนในสัญญานั้น ดังผู้สัมภาษณ์ได้กล่าวว่า²⁹ “ประชาชนที่กู้ยืมเงินของธนาคาร ธ.ก.ส. หรือกองทุนหมู่บ้าน ก็จะมีกลุ่มสมาชิกของเขา เวลากู้ยืมเงินก็จะให้สมาชิกกลุ่มด้วยตนเอง สลับสับเปลี่ยนกันค้ำประกันให้แกกัน ดูจากจำนวนวงเงินที่กู้ ถ้ากู้ไม่มากก็ใช้คนค้ำประกันคนเดียว ถ้าวางเงินมากก็ใช้คนค้ำประกันหลายคนตามที่เขาจะระบุ” อย่างไรก็ตาม จากผลการวิจัยพบว่าผู้ค้ำประกันตกอยู่ในสถานะที่ไม่อาจปฏิเสธที่จะหลีกเลี่ยงการค้ำประกัน ได้เพราะเมื่อใดก็ตามที่บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มกองทุนหรือสมาชิกในกลุ่มของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร เมื่อได้ทำการกู้ยืมเงินก็มีความจำเป็นต้องตกอยู่ในสภาพที่ต้องยอมค้ำประกันให้กับเพื่อนสมาชิกที่กู้ยืมเงินอยู่เสมอ เพราะหากไม่มีบุคคลทำสัญญาค้ำประกันก็ทำให้ไม่สามารถทำสัญญากู้ยืมเงินซึ่งเป็นหนี้ประธานได้ ทำให้ผู้ค้ำประกันตกอยู่ในสถานภาพที่ต้องยอมทำสัญญาค้ำประกันให้กับเพื่อนสมาชิกในกลุ่มเพราะสังคมชนบทต้องอาศัยความเกื้อกูลช่วยเหลือกัน ดังผู้ให้สัมภาษณ์กล่าวไว้ว่า³⁰ “คนค้ำประกันบางคนเขาก็ไม่คิดอะไรมาก เพราะถ้าไม่ค้ำให้ก็จะหาว่าไม่ช่วยเหลือกัน ก็เซ็นชื่อในสัญญาให้เสร็จ ๆ ไป” จากบริบทในการเป็นสมาชิกกลุ่มในกองทุนหรือในกลุ่มธนาคารมีสถานภาพที่หลีกเลี่ยงในการค้ำประกันในหนี้ประธานของเพื่อนสมาชิกในกลุ่มได้ยาก และจำต้องผูกพันตามกฎหมายในหนี้ที่ได้ค้ำประกันนั้น

นอกจากนี้ยังพบว่าประชาชนในพื้นที่ไม่ทราบถึงขอบเขตความรับผิดชอบในกรณีที่ดินอยู่ในฐานะผู้ค้ำประกันโดยมีความเข้าใจว่าเป็นการรับทราบถึงข้อมูลการกู้ยืมเงินระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ รวมถึงเข้าใจเป็นเพียงการเป็นพยานให้กับเจ้าหนี้กับลูกหนี้แต่ไม่ทราบถึงความรับผิดชอบในฐานะของผู้ค้ำประกันที่ถูกต้อง ดังผู้ให้สัมภาษณ์ได้กล่าวว่า³¹ “เข้าใจว่าการค้ำประกันก็คือเหมือนไปเป็นพยานรับรู้ว่าเจ้าหนี้ลูกหนี้เป็นหนี้กัน เราก็ไปเซ็นค้ำประกันให้เขา เราไปรับรู้ว่าเขาเป็นหนี้กันเท่าไร? คินเงินกันเมื่อใด แต่ไม่รู้ที่เรารับผิดชอบขนาดไหน ถึงเมื่อใด เราแค่ไปรับทราบข้อมูลเวลาเขามีปัญหากันจะได้มีพยาน” รวมทั้งยังปรากฏอีกว่าไม่มีความเข้าใจเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันที่ยอมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมที่มีการค้ำประกันหลายคน ซึ่งประชาชนไม่เข้าใจว่าลูกหนี้ร่วมคือลักษณะแบบไหน แต่เข้าใจเพียงว่าเจ้าหนี้ต้องไปเรียกจากลูกหนี้ก่อนเสมอ ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบ ดังผู้ให้สัมภาษณ์กล่าวไว้ว่า³² “ไม่มีใครมาอธิบายให้ฟังว่าผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบขนาดไหน รับผิดชอบเมื่อใด อันนี้ชาวบ้านก็ไม่รู้เรื่อง ก็เข้าใจว่ายังไงเจ้าหนี้เขาก็ไปเรียกให้ลูกหนี้รับผิดชอบอยู่แล้ว ส่วนผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเจ้าหนี้เขาจะเรียกเอาจากลูกหนี้ เพราะผู้ค้ำประกันไม่ได้เป็นคน

²⁹ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

³⁰ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 8 ตุลาคม 2556.

³¹ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

³² ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

กู้ยืมเงินเจ้าหนี้ เป็นแค่บุคคลไปเป็นพยานให้เท่านั้น ถ้าเราเป็นคนค้าประกันเราก็ไม่ยอมจ่ายให้เจ้าหนี้”

ทั้งนี้ ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประกัน ซึ่งเป็นสัญญาที่มีการให้บุคคลภายนอกมาเป็นประกันการชำระหนี้ประธาน สัญญาการค้าประกันเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องที่จะชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไป ๆ ของลูกหนี้และผู้ค้าประกัน ซึ่งการค้าประกันเป็นสัญญาที่บุคคลภายนอกมาตกลงทำสัญญาประกันหนี้เงินกู้ระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ครบถ้วน ผู้ค้าประกันยอมผูกพันตนเช่นเดียวกับลูกหนี้ ทั้งนี้สัญญาการค้าประกันก็มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้าประกันด้วย ตามมาตรา 680 ในส่วนที่พบสถานการณ์เกี่ยวกับเรื่องการค้าประกัน ทำให้เกิดการเสียเปรียบในทางปฏิบัติที่ผู้ค้าประกันมักถูกเจ้าหนี้ระบุไว้ในข้อตกลงในสัญญาว่าให้รับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม (ผู้ค้าประกันรับผิดชอบลูกหนี้อันเป็นลักษณะของความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันเดิมก่อนมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 แต่ในปัจจุบันมาตรา 681/1 ได้บัญญัติไว้ว่า ข้อตกลงใดที่กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ) ซึ่งโดยทั่วไปสามารถจำกัดความรับผิดชอบไว้ได้ แต่หากไม่จำกัดความรับผิดชอบเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ผู้ค้าประกันก็ต้องรับผิดชอบจนสิ้นเชิงเช่นเดียวกับลูกหนี้ด้วย แต่ในทางปฏิบัติแล้วลูกหนี้และผู้ค้าประกันย่อมมีสถานภาพที่ด้อยกว่าเจ้าหนี้เนื่องจากลูกหนี้ได้ไปทำสัญญากู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้ก่อนตกอยู่ในสภาพที่เดือดร้อนอยู่ก่อนแล้ว จึงจำเป็นต้องจ่ายยอมที่ต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมซึ่งเจ้าหนี้มีการระบุถึงความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันว่าต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมซึ่งในทางปฏิบัติผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบไม่ต่างกับลูกหนี้ขั้นต้น ลักษณะการระบุในสัญญาเช่นนี้ทำให้เกิดความเสียเปรียบของผู้ค้าประกันในการเข้าทำสัญญา ซึ่งในความเป็นจริงแล้วสัญญาการค้าประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์เพื่อการชำระหนี้ในหนี้ประธานอันมีลูกหนี้ขั้นต้นที่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้อยู่แล้ว แต่ในทางปฏิบัติผู้ค้าประกันก็ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบฐานะลูกหนี้ร่วมที่เจ้าหนี้ผู้มีข้อได้เปรียบทางการเงินมักระบุไว้ในสัญญาได้อันเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้อย่างมากแต่เกิดข้อเสียเปรียบกับผู้ค้าประกันที่รับผิดชอบมากเกินไปรวมถึงความรับผิดชอบที่มากกว่าสถานภาพที่ควรจะเป็น ด้วยเหตุนี้จึงมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ค้าประกันในเวลาต่อมา นอกจากนี้ก่อนมีการแก้ไขกฎหมายจึงทำให้ผู้ค้าประกันส่วนใหญ่ต้องถูกฟ้องร้องบังคับให้ชำระหนี้หลังจากลูกหนี้ผิดนัดได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ดังปรากฏคำพิพากษาฎีกาที่ 6389/2534 โจทก์บอกกล่าวทวงถามให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกหนี้ขั้นต้นชำระหนี้แล้ว จำเลยที่ 1 เพิกเฉย ต้องฟังว่าจำเลยที่ 1 ผิดนัดแล้ว โจทก์ยอมมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นผู้ค้าประกันชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนตามมาตรา 686 รวมทั้งกรณีถ้าผู้ค้าประกันหลายคนต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้อย่างลูกหนี้ร่วม หากไม่ได้ระบุข้อตกลงไว้

เป็นพิเศษถือว่าผู้ค้ำประกันทั้งหลายเข้าประกันในหนี้รายเดียวกันก็ต้องรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่า ๆ กัน ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 67/2531 จำเลยที่ 1 ทำสัญญาชำระหนี้แก่โจทก์จำนวน 500,000 บาท โดยมีจำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ต่างทำสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้ในวงเงินดังกล่าวไว้แก่โจทก์คนละฉบับ ดังนั้นเป็นกรณีที่บุคคลหลายคนยอมเข้ามาเป็นผู้ค้ำประกันในหนี้รายเดียวกันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 682 ซึ่งผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม หาใช่แยกความรับผิดชอบไม่

จากความรับผิดชอบที่มากเกินไปของผู้ค้ำประกันนี้ เห็นว่าเป็นข้อกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันในฐานะเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาของหนี้ประธาน จึงเห็นควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว³³ เพื่อให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบมากกว่าที่ควรจะเป็น เพราะตามความเป็นจริงในทางปฏิบัติแล้วเจ้าหนี้ก็มีสถานภาพที่เหนือกว่าลูกหนี้และผู้ค้ำประกันในการทำสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ จึงสามารถระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมหรือระบุให้ใช้เงินแทนลูกหนี้ได้ทันทีได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 3553/2533 สัญญาค้ำประกันมีข้อความว่า ผู้ค้ำประกันยอมรับผิดชอบใช้เงินแทนลูกหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องเรียกเอาจากลูกหนี้ก่อน ข้อสัญญานี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีผลผูกพันคู่สัญญา

จากปัญหาที่เกิดขึ้นนี้สะท้อนทำให้ทราบว่าสถานการณ์เกี่ยวกับเรื่องการค้าประกัน ทำให้เกิดข้อเสียเปรียบในทางปฏิบัติที่ผู้ค้ำประกันมักถูกเจ้าหนี้ระบุไว้ในข้อตกลงในสัญญาว่าให้รับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม จากความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันนี้จึงมีความเห็นว่าเป็นข้อกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกันในฐานะเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาหนี้ประธาน แต่ตามความเป็นจริงในทางปฏิบัติแล้วเจ้าหนี้ก็มีสถานภาพที่เหนือกว่าลูกหนี้และผู้ค้ำประกันในการทำสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ เดิมก่อนมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557 จึงมีการระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมหรือระบุให้ใช้เงินแทนลูกหนี้ได้ทันทีนอกจากนี้การที่ประชาชนไม่มีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับผลกระทบทางกฎหมายในการที่เข้าไปผูกพันตนในสัญญาค้ำประกัน ทำให้เกิดความเดือดร้อนที่ต้องถูกเรียกให้ปฏิบัติตามการชำระหนี้อย่างไม่เป็นธรรม ตลอดจนความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันที่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้มากเกินไปที่ควรจะเป็น เนื่องจากในความเป็นจริงเจ้าหนี้ในฐานะที่มีสถานภาพทางสังคมทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าลูกหนี้และผู้ค้ำประกันซึ่งระบุให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ทันทีหลังจากลูกหนี้ผิดนัดอันมีผลกระทบต่อการถูกเรียกให้ชำระหนี้ ลักษณะสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นมีผลต่อการมีภาระหนี้สินและการผูกพันทางกฎหมายของประชาชนอีกด้วย

³³ เป็นข้อเสนอในการแก้ไขกฎหมายก่อนมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557.

6.2.3 ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำนอง

จากผลการวิจัยพบว่าประชาชนส่วนใหญ่ซึ่งได้มีการกู้ยืมเงินอันเป็นหนี้ประธานนั้นซึ่งผู้กู้บางรายได้นำเอาเอกสารโฉนดที่ดินของตนไปมอบไว้ให้แก่ผู้ให้กู้ยึดถือไว้ โดยมีความเข้าใจว่าเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้โดยไม่มีการทำเป็นหนังสือ ไม่ได้นำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากเมื่อใดผู้กู้นำเงินมาชำระคืนตามที่ตกลงกันผู้ให้กู้ก็จะคืนโฉนดที่ดินนั้นให้กับผู้กู้ ดังผู้ให้สัมภาษณ์ได้กล่าวว่า³⁴ “ชาวบ้านก็จะทำด้วยวิธีง่าย ๆ เพราะบางทีก็รีบร้อนต้องใช้เงินด่วนก็จะเอาโฉนดที่ดิน หรือ น.ส. 3 มาวางไว้ให้เจ้าหนี้ยึดถือเอาไว้” นอกจากนี้ประชาชนบางคนก็เข้าใจผิดว่าวิธีการที่นำโฉนดที่ดินให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้เป็นการจำนองแล้ว ดังผู้ให้สัมภาษณ์ได้กล่าวว่า³⁵ “ที่เราเอาโฉนดไปให้เขาเก็บไว้นั้นเป็นการจำนอง หากเราไม่ชำระหนี้ให้เขาครบ เขาก็มายึดที่ดินของเราไปเมื่อใดก็ได้”

ทั้งนี้ตามกฎหมายการจำนองเป็นสัญญาที่ผู้จำนองเอาทรัพย์สินของตนหรือทรัพย์สินที่กฎหมายอนุญาตให้จำนองได้ไปจดทะเบียนตราไว้ผู้รับจำนองเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับเอาากับทรัพย์สินที่จำนองได้ เอกสารที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินนำมาจดทะเบียนจำนองต้องเป็นเอกสารสิทธิที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายและยังไม่ได้ถูกเพิกถอน จึงจะมีผลบังคับการจำนองได้ ทั้งนี้ผู้จำนองจะเป็นลูกหนี้ขั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้ โดยผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองดังกล่าวให้แก่ผู้รับจำนอง โดยผู้รับจำนองต้องเป็นเจ้าหนี้ สัญญาจำนองจะมีได้เฉพาะเพื่อหนี้ที่สมบูรณ์เท่านั้น และต้องเป็นทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หากไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดจึงไม่เป็นการจำนอง ผู้ให้กู้จึงไม่มีสิทธิใด ๆ ในที่ดินตามโฉนดเพียงเป็นกระดาษที่อยู่ในความครอบครองเท่านั้น เมื่อมีการจำนองถูกต้องตามกฎหมายผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญโดยไม่ต้องคำนึงว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 505/2507 การที่ผู้ค้าประกันตกลงให้เจ้าหนี้เงินกู้ยึดโฉนดไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนนั้น ไม่เข้าลักษณะจำนอง และดังคำพิพากษาฎีกาที่ 546/2512 จำเลยที่ 2 ยอมผูกพันตนเองเพื่อประกันการชำระหนี้ซึ่งจำเลยที่ 1 เป็นลูกหนี้โจทก์ โดยมอบโฉนดที่ดินและใบมอบฉันทะซึ่งลงชื่อแล้วให้โจทก์ไว้เพื่อไปจดทะเบียนจำนอง เมื่อมิได้มีการจดทะเบียนจำนองให้ถูกต้องตามกฎหมาย สัญญาจำนองย่อมตกเป็นโมฆะ จำเลยที่ 2 ไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้จำนอง

³⁴ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 8 ตุลาคม 2556.

³⁵ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 8 ตุลาคม 2556.

การจำนองนั้นประชาชนจะเข้าไปทำสัญญาจำนองในกรณีที่มีการกู้ยืมเงินกับธนาคารซึ่งเป็นสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ของผู้กู้ โดยเฉพาะหากมีการกู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (ธ.ก.ส.) ซึ่งเป็นแหล่งทุนในระบบที่สำคัญของประชาชนในพื้นที่ สิ่งที่น่ามาจำนองเป็นอสังหาริมทรัพย์เป็นส่วนใหญ่ เช่น โฉนดที่ดิน หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3) เป็นต้น และเอกสารสิทธิอื่นนั้นจะเข้าสู่ระบบการดูแลของธนาคารเพราะนำไปจำนองไว้ ดังผู้ให้สัมภาษณ์ได้กล่าวว่า³⁶ “ที่ดินส่วนมากของประชาชนในพื้นที่จะเข้าไปอยู่กับ ธ.ก.ส. หหมด ทางธนาคารเขาก็ให้ทำสัญญาจำนองไว้ ซึ่งเขามักไม่บังคับจำนองกับลูกหนี้คงเอาโฉนดออกมาขายเพราะหนี้เยอะกว่าจะผ่อนใช้หนี้หมด แต่ถ้าเป็นธนาคารอื่น ๆ หลายคนถูกยึดไปแล้วเพราะไม่มีเงินจ่าย”

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่พบในกรณีที่ประชาชนบางรายได้ไปทำสัญญากู้ยืมเงินและทำสัญญาจำนองกับธนาคารพาณิชย์อื่นแล้วต่อมาไม่ชำระหนี้ได้ ธนาคารจึงขอศาลสั่งให้เอาทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาด ทั้งนี้ในทางปฏิบัติประชาชนก็ไม่ดำเนินการใด ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการหนี้สินของตน กลัวการถูกดำเนินการคดีในศาล จึงละเลยไม่ติดต่อกับธนาคารหรือเจ้าหนี้ รวมถึงไม่ไปดำเนินการที่เป็นประโยชน์ในการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการทรัพย์สินที่ขายทอดตลาด ดังผู้ให้สัมภาษณ์ได้กล่าวว่า³⁷ “ชาวบ้านกลัวการเป็นคดี ปลอมปละละเลยไม่สนใจ จนกระทั่งต้องเสียหายถูกขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนอง แทนที่จะมาติดต่อกับธนาคารเพื่อหาวิธีการหาทางออกร่วมกัน หรือบางทีทางธนาคารนัดก็ไม่มา”

จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัตินั้นธนาคารพาณิชย์มักจะระบุไว้ในสัญญาจำนองหรือสัญญาอื่น ๆ ด้วยอีกว่าให้เจ้าหนี้สามารถเรียกบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ ซึ่งเป็นผู้จำนองได้อีกด้วยหากราคาทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดไม่เพียงพอชำระหนี้ อันเป็นความเสียเปรียบในข้อสัญญาที่ผู้จำนองต้องตกอยู่ในสถานภาพที่ต้องถูกเรียกให้ชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่น ๆ อีก โดยที่ประชาชนผู้จำนองมีความเข้าใจว่าหากขายทอดตลาดในทรัพย์สินที่จำนองไปแล้วหนี้ที่เกิดขึ้นก็ระงับลง แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้จำนองซึ่งเป็นลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ค้างชำระหนี้แก่ทางธนาคารหรือเจ้าหนี้ต่อไปตามที่ระบุด้วยหากได้จำนวนเงินไม่เพียงพอกับหนี้ที่ค้างชำระ ดังผู้ให้สัมภาษณ์กล่าวว่า³⁸ “ก็เข้าใจว่าถ้าเขาดำเนินการกับทรัพย์สินที่จำนองของเราไปแล้ว ทุกอย่างก็จบไม่ต้องไปทำอะไรอีกแล้วคิดว่าเป็นอย่างนี้จริง ๆ ชาวบ้านเขาก็ไม่รู้ไม่มีใครมาอธิบายให้ทราบ” ทั้งนี้สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่พบบ่อยมาเพื่อประกันการชำระหนี้ประชาชน ดังนั้น

³⁶ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

³⁷ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

³⁸ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 8 ตุลาคม 2556.

หนี้จำนองต้องอยู่ในกรอบของหนี้ประธาน หากหนี้ประธานไม่ผูกพัน สัญญาจำนองก็ไม่ผูกพันให้ผู้จำนองต้องรับผิดชอบ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 40/2513 จำนองเป็นสัญญาที่เอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ จึงมีหนี้ที่จะต้องชำระแก่กันอันเป็นหนี้ประธานและมีจำนองเป็นอุปกรณ์ของหนี้ นั้น การบังคับจำนองแก่ทรัพย์สินซึ่งจำนองจะกระทำได้อีกเมื่อได้ชำระหนี้อันเป็นประธาน

อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้สามารถฟ้องบังคับจำนองกับผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลที่สามได้ โดยที่ผู้จำนองมีสิทธิที่จะชำระหนี้เพื่อจะปิดป้องมิให้ต้องถูกบังคับจำนองได้ เมื่อผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลที่สามชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้วหรือถูกบังคับจำนองแล้ว ผู้จำนองดังกล่าวมีสิทธิที่จะได้รับเงินใช้คืนจากลูกหนี้ได้ ดังนั้นการจำนองจึงเป็นการใช้ทรัพย์สินค้ำประกันอีกประเภทหนึ่ง ทั้งนี้การจำนองแบ่งออกเป็นจำนองทรัพย์สินของตนเองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของตนเอง และการจำนองเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่น โดยผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะจำนอง สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะไม่มีผลผูกพันแก่คู่สัญญาแต่อย่างใด ส่วนการบังคับจำนองผู้รับจำนองต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร (ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร) ซึ่งตามกฎหมายเดิมยังไม่ได้กำหนดเวลาชัดเจน แต่ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 728 แล้ว)³⁹ หากไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาผู้รับจำนองจะใช้สิทธิบังคับจำนองโดยฟ้องผู้จำนองต่อศาล ขอให้ศาลสั่งให้นำเอาทรัพย์สินที่จำนองนั้นออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ของตนหรือขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินที่จำนองนั้นหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของตนหากเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ดังนั้นเห็นได้ว่าการจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้อย่างแท้จริง หากเจ้าหนี้ประสงค์จะได้รับชำระหนี้คืนแล้วเจ้าหนี้ก็มักจะให้ลูกหนี้นำทรัพย์สินมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 4372/2545 โจทก์นำเงินดอกเบี้ยจำนวน 60,000 บาท ที่จำเลยค้างชำระ

³⁹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 728 บัญญัติว่า “เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรซึ่งต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นกรณีผู้จำนองซึ่งจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้กับบุคคลอื่นต้องชำระ ผู้รับจำนองต้องส่งหนังสือบอกกล่าวดังกล่าวให้ผู้จำนองทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ส่งหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ ถ้าผู้รับจำนองมิได้ดำเนินการภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้จำนองเห็นว่าหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทนซึ่งลูกหนี้ค้างชำระ ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น บรรดาที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาสิบห้าวันดังกล่าว”.

ซึ่งเป็นดอกเบี้ยยที่คิดในอัตราร้อยละ 2 ต่อเดือน อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 3 ประกอบด้วยมาตรา 654 ไปรวมเข้ากับต้นเงิน 300,000 บาท ยังคงสมบูรณ์อยู่ตามมาตรา 173 หนี้กู้ยืมระหว่างโจทก์จำเลยในเงินส่วนหนึ่งจึงเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ เมื่อจำเลยจดทะเบียนจำนองที่ดินเป็นประกันหนี้เงินกู้ในวงเงิน 360,000 บาท สัญญาจำนองจึงมีผลบังคับใช้ตามจำนวนหนี้ประธานที่สมบูรณ์คือ จำนวน 300,000 บาท เมื่อโจทก์บอกกล่าวบังคับจำนองแล้ว โจทก์ย่อมมีสิทธิบังคับจำนองในหนี้ส่วนนี้ได้

กรณีที่บุคคลที่สามเอาทรัพย์สินของตนจำนองเป็นประกันหนี้ของบุคคลอื่น บุคคลที่สามหรือผู้จำนองไม่ใช่ลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ชั้นต้น เนื่องจากผู้จำนองเป็นเพียงบุคคลที่นำทรัพย์สินมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้นไม่ได้เข้าผูกพันตนในการชำระหนี้แทนลูกหนี้ซึ่งในทางปฏิบัติที่ผ่านมาเคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 มีกรณีที่ได้ส่งผลให้ผู้จำนองต้องรับภาระตามสัญญาจำนองมากกว่าการเป็นผู้จำนอง ดังนั้นเฉพาะทรัพย์สินที่ระบุไว้ในสัญญาจำนองเท่านั้นที่จะต้องผูกพันชำระหนี้ ทรัพย์สินอื่น ๆ ของผู้จำนองซึ่งเป็นบุคคลที่สามไม่ผูกพันด้วยเจ้าหนี้จะไปยึดทรัพย์สินอื่นของผู้จำนองไม่ได้ตามมาตรา 733 ยกเว้นได้ทำสัญญาแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 733 คือคู่กรณีได้ตกลงยอมให้เจ้าหนี้ไปยึดทรัพย์สินอื่นของผู้จำนองมาชำระหนี้ได้ และคำพิพากษาฎีกาที่ 3590/2526 จำเลยที่ 2-5 มิได้เป็นลูกหนี้ร่วมกับจำเลยที่ 1 แต่เป็นผู้นำอสังหาริมทรัพย์ของตนมาจำนองเป็นประกันตามวงเงินที่กำหนดไว้ในสัญญาจำนองเท่านั้น จำเลยที่ 2-5 จึงไม่ต้องรับผิดชอบเงินตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม มาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สัญญาจึงตกลงกันเป็นอย่างอื่นคือตกลงว่าถ้าบังคับจำนองแล้วไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เหลือ ข้อตกลงนี้ใช้บังคับกันได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 7391/2547 มาตรา 733 เป็นเพียงบทสันนิษฐานถึงเจตนาของคู่กรณี หาใช่บทกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไปไม่ แต่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะ จึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้รับจำนองและผู้จำนองตกลงกันเป็นประการอื่นจากที่มาตรา 733 บัญญัติไว้ย่อมกระทำได้ ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับตามกฎหมาย ไม่ตกเป็นโมฆะ

จากสถานการณ์เกี่ยวกับปัญหาเกี่ยวกับการจำนองในการเข้าไปผูกพันตน ในฐานะผู้จำนองของประชาชนข้างต้น ประชาชนในพื้นที่ก็ยังคงมีความเข้าใจผิดและปฏิบัติไม่ถูกต้องเกี่ยวกับวิธีการจำนอง รวมถึงผลของการจำนอง ความรับผิดชอบของผู้จำนอง ตลอดจนการปฏิบัติตน หากมีการบังคับคดีขายทอดตลาดในทรัพย์สินที่จำนอง ดังนั้นจึงควรทำความเข้าใจให้ประชาชนได้ทราบถึงการปฏิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมายตลอดจนเพิ่มพูนความรู้ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการ

ปฏิบัติอันถูกต้องตามกฎหมายและมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องอันจะเป็นประโยชน์ต่อการจัดการหนี้สินของประชาชนได้

6.3 รูปแบบและวิธีการในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่

จากผลการวิจัยพบว่าประชาชนมีปัญหาเกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินครัวเรือน และในอนาคตมีแนวโน้มเกิดปัญหาเกี่ยวกับการการผิดนัดชำระหนี้ที่ก่อขึ้นและถูกฟ้องร้องดำเนินคดีทางกฎหมายเกี่ยวกับหนี้สินเพิ่มขึ้น ปัญหาทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ต้องทำให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจเพื่อให้สามารถจัดการปัญหาหนี้สินได้อย่างถูกต้องเหมาะสม หากประชาชนไม่มีความรู้ทางกฎหมายก็ส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องอันกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย การฟ้องร้องบังคับคดี และการจัดการหนี้สินด้วย ดังผู้ให้สัมภาษณ์กล่าวว่า⁴⁰ “ผู้นำชุมชนไม่ค่อยรู้กฎหมายยิ่งชาวบ้านเขาก็ไม่รู้เขาก็หวังผู้นำชุมชนจะเป็นที่พึ่งได้ แต่บางทีผู้นำชุมชนไม่รู้ก็ไม่มั่นใจ บางคนที่เขารู้กฎหมายเขาก็ไปจัดการหนี้สินที่ถูกต้อง แต่บางคนไม่รู้ก็ไปทำสัญญาที่เสียเปรียบเจ้าหน้าที่” และดังผู้ให้สัมภาษณ์กล่าวว่า⁴¹ “กองทุนในหมู่บ้าน คณะกรรมการก็ไม่ค่อยรู้กฎหมาย ปฏิบัติไม่ถูก แต่ถ้าให้ตึกก็ควรให้นักกฎหมายมาช่วยแนะนำ จะได้ทำอย่างถูกต้อง เพราะเป็นเรื่องเงินทอง” ทั้งนี้พบว่าประชาชนใช้วิธีการไปขอคำแนะนำหรือปรึกษาจากผู้นำชุมชนในพื้นที่เป็นหลักอันสะท้อนให้เห็นว่าบทบาทของผู้นำชุมชนมีความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาของประชาชนในพื้นที่อีกทางหนึ่ง ผู้นำชุมชนที่ใกล้ชิดในพื้นที่ คือ ผู้ใหญ่บ้าน กำนัน นายอำเภอ ปลัดอำเภอ ผู้นำชุมชน นายก-องค์การบริหารส่วนตำบล ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลสมาชิกสภาจังหวัด เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าของแหล่งเงินทุน และประชาชนตื่นตัวเห็นความสำคัญของกฎหมายมากขึ้นโดยมาขอคำปรึกษาเมื่อมีหน่วยงานมาให้บริการทางกฎหมายในพื้นที่ ได้มีการหาช่องทางในการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อขอคำแนะนำและปรึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้เกิดปัญหาขึ้นแล้ว สำหรับรูปแบบวิธีการที่ประชาชนใช้สำหรับการเข้าถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในการแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนไม่มีระบบที่ชัดเจนและไม่เป็นทางการซึ่งไปที่บ้านหรือสถานที่ทำงานของผู้นำชุมชนโดยการไปพูดคุยให้ทราบถึงสภาพปัญหาให้ฟังซึ่งเป็นวิธีการที่ง่ายและสะดวกที่สุด ขณะเดียวกันประชาชนอีกจำนวนหนึ่งไม่เข้าพบบุคคลใดหรือไม่ทราบว่าควรจะไปพบใคร มีความรู้สึกอายที่บอกเรื่องหนี้สินแก่คนอื่นไม่ต้องการเปิดเผยข้อมูลหนี้ของครอบครัว จึงละเลยไม่ดำเนินการใด ๆ จนเกิดความเสียหาย และพบว่าหากมีประชาชนเข้ามาขอคำแนะนำเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายอันเกี่ยวกับหนี้สินเกิดขึ้นนั้นผู้นำชุมชน มักใช้วิธีเรียกมาไกล่เกลี่ย

⁴⁰ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

⁴¹ ขอสงวนนาม, ณ ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา, สัมภาษณ์เมื่อ 9 ตุลาคม 2556.

ระหว่างคู่กรณี แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะให้คำปรึกษาทางกฎหมายได้มากนัก รวมถึงคณะกรรมการกองทุนหมู่บ้านในชุมชนที่ทำหน้าที่บริหารจัดการกองทุนหมู่บ้านก็ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมายเพียงพอ ก่อให้เกิดการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องอันมีความเสี่ยงต่อการปฏิบัติงานและเกิดความเสียหายต่อกองทุนและสมาชิกได้ นอกจากนี้ยังพบว่าหน่วยงานทางกฎหมายหรือผู้ที่มีความรู้ด้านกฎหมายในพื้นที่มีน้อยมาก อันมีผลทำให้ประชาชนในพื้นที่ไม่เข้าถึงในการขอรับปรึกษาทางกฎหมายได้ และกลัwdการดำเนินการฟ้องร้องคดีทำให้ประชาชนในพื้นที่ดำเนินการจัดการหนี้สินที่ไม่ถูกต้องและเกิดผลกระทบให้เกิดปัญหาในด้านอื่น ๆ ตามมาอีกด้วย

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า ประชาชนส่วนใหญ่ในพื้นที่เกือบทุกครัวเรือนมีภาระหนี้สินจำนวนมาก ซึ่งมาจากการกู้ยืมเงิน ทำการกู้เงินจากแหล่งทุนมากกว่า 1 แห่งโดยมาจากแหล่งทุนในระบบเป็นหลักและบางส่วนได้กู้เงินจากแหล่งทุนนอกระบบด้วย การกู้ยืมเงินจากแหล่งทุนในระบบมักจะทำให้มีการค้าประกันโดยใช้บุคคลในการค้าประกัน หรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ หรือใช้ทั้งสองกรณี ส่วนแหล่งทุนนอกระบบมักคิดดอกเบี้ยในอัตราเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และการกู้เงินจากหลายแหล่งทุนส่งผลต่อความสามารถในการจัดการหนี้และเกิดปัญหาจากการไม่ชำระหนี้ ทำให้ตกเป็นลูกหนี้ผิดนัด ส่งผลให้มีภาระหนี้สินเพิ่มขึ้นจากดอกเบี้ยผิดนัดและเงินต้นที่มีแต่เดิม และถูกแหล่งทุนนอกระบบเรียกให้ชำระดอกเบี้ยในอัตราที่สูงตลอดจนมีรูปแบบการทำสัญญาที่ไม่มีอำนาจต่อรองเนื่องจากสถานภาพทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าและมีการปฏิบัติไม่เป็นไปตามที่กำหนดกฎหมายส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งประชาชนไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการชำระหนี้ ที่ถูกต้องและเกิดผลกระทบทางกฎหมาย ทำให้มีการปฏิบัติระหว่างกันที่ไม่ถูกต้องอันเกิดผลเสียขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้รวมถึงผลกระทบต่อสังคมโดยรวม รวมทั้งพบว่าในช่วงเวลาที่ถูกรเรียกให้ชำระหนี้จากแหล่งเงินในระบบประชาชนในพื้นที่มีพฤติกรรมการกู้ยืมเงินนอกระบบโดยยอมเสียดอกเบี้ยที่สูงกว่ากฎหมายกำหนด เพื่อให้ได้เงินมาใช้ชำระหนี้ในเงินต้นและดอกเบี้ยให้กับแหล่งทุนในระบบเพื่อจะได้โอกาสและความน่าเชื่อถือในการได้สิทธิกู้ยืมต่อเนื่องจากแหล่งทุนนั้นอีก ต่อมามีการกู้ยืมเงินจากแหล่งทุนในระบบอีกครั้งเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้กับแหล่งทุนนอกระบบที่ได้กู้ยืมมา อันเป็นลักษณะของการจำยอมต่อการที่ตนตกอยู่ในฐานะต้องเสียเปรียบ แม้ว่าจะรู้หรือเข้าใจกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ก็ตามโดยคำนึงถึงปัจจัยความสัมพันธ์ระหว่างกันในชีวิตจริงเป็นหลัก อันเป็นสถานการณ์ที่สะท้อนให้เห็นถึงบทบาทของกฎหมายในชีวิตประจำวันของประชาชน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจบทบาทของกฎหมายในชีวิตประจำวันของประชาชนควบคู่กับการให้ความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติกฎหมายแก่ประชาชนในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งจากสภาพปัญหาของหนี้สิน

ที่เกิดขึ้นนี้เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมเงิน การค้ำประกัน การจำนอง โดยประเด็นเหล่านี้มีผลเกี่ยวข้องกับภาระหนี้สินที่เพิ่มขึ้นจากการผิพนัดไม่ชำระหนี้ ตลอดจนแนวโน้มเกิดผลกระทบในทางกฎหมายทำให้เกิดภาระหนี้สินที่เพิ่มขึ้นและกระทบต่อคุณภาพชีวิตของประชาชนด้วย

นอกจากนี้ยังพบว่า ปัญหาทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ต้องทำให้ประชาชนได้ตระหนักและมีความรู้ความเข้าใจเพื่อให้สามารถจัดการปัญหาหนี้สินที่มีของตนได้อย่างถูกต้องเหมาะสม หากประชาชนไม่มีความรู้ทางกฎหมายก็ส่งผลให้เกิดความเข้าใจและปฏิบัติตนไม่ถูกต้องอันกระทบต่อการจัดการหนี้สินครัวเรือนของตนด้วย ทั้งนี้พบว่าประชาชนจะมีการหาช่องทางในการเข้าถึงผู้นำชุมชนใกล้เคียงในพื้นที่เพื่อให้ช่วยแก้ปัญหา เพื่อขอคำแนะนำ และไกล่เกลี่ยในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นก่อน แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้จึงมีการฟ้องร้องบังคับคดีกันต่อไป ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าบทบาทของผู้นำชุมชนซึ่งเป็นคนกลางที่มีความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหามาของประชาชนในชุมชนในเบื้องต้นด้วย และการแก้ไขความขัดแย้งนี้มีผู้เสนอคู่มือในการพิจารณาความขัดแย้งทั้งในด้านเนื้อหา วิธีการ และความสัมพันธ์ โดยเห็นว่าในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกันมีความสำคัญมาก อันเป็นปัจจัยที่มีผลต่อการหาข้อยุติความขัดแย้งร่วมกันได้ ซึ่งต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีหลักและผู้มีส่วนได้เสียว่ามีความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันก่อนหน้านี้หรือไม่ มีปัญหาที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์กันอย่างรุนแรงหรือไม่ มีปัจจัยใดที่ทำให้เกิดปัญหาบาดหมางกันหรือไม่⁴² และอันสอดคล้องกับผลการศึกษาของนักวิชาการด้านกฎหมายกับสังคม (Law and Society) โดยพบว่าประชาชนที่ได้รับความเสียหายกรณีอุบัติเหตุในจังหวัดเชียงใหม่ในภาคเหนือของประเทศไทยนั้นประชาชนได้ใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบไม่เป็นทางการโดยให้ผู้นำชุมชนนั้น ๆ ส่วนการฟ้องร้องคดีต่อศาลโดยกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นทางการเป็นวิธีการที่ประชาชนใช้น้อยที่สุด⁴³ ทั้งนี้ งานวิจัยนี้พบว่าช่องทางการเข้าถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้นำชุมชนยังไม่มีระบบที่ชัดเจนและไม่เป็นทางการ ผู้นำชุมชนไม่สามารถที่จะให้คำปรึกษาทางกฎหมายได้มากนักและอีกส่วนหนึ่งประชาชนก็ไม่มั่นใจว่าจะได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายที่ถูกต้องจากผู้นำชุมชน และผู้ที่มีความรู้ด้านกฎหมาย ในพื้นที่มีน้อยมาก มีปัญหาการขาดแคลนบุคลากรในการให้คำปรึกษาแนะนำด้านกฎหมาย ทำให้ประชาชนในพื้นที่ดำเนินการจัดการหนี้สินที่ไม่ถูกต้อง ดังนั้นควรส่งเสริมบทบาทผู้นำชุมชนที่มีความรู้ด้านกฎหมายในพื้นที่ให้มากขึ้น โดยคาดหวังว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของที่พึ่งของประชาชนในการช่วยให้

⁴²Gary T. Furlong, **The conflict resolution toolbox: models and maps for analyzing, diagnosing and resolving conflict** (Canada: John Wiley and sons Canada, Ltd, 2005).

⁴³David M. Engel, **Code and Custom in Thai Provincial Court** (Tucson: University of Arizona Press, 1978).

แนะนำปรึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาหนี้สินหรือปัญหาด้านอื่น ๆ ให้ได้รับการแก้ไขอย่างรอบด้านและมีประสิทธิภาพมากขึ้น และหน่วยงานรัฐต้องมีมาตรการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังแก่เจ้าหนี้ซึ่งเรียกดอกเบี้ยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเอาผิดเอาเปรียบประชาชนด้วยเหตุนี้ จากสภาพปัญหาดังกล่าวจึงควรสร้างและพัฒนาผู้นำในชุมชนให้เกิดการเพิ่มพูนความรู้ทางกฎหมายที่สำคัญๆ รวมทั้งส่งเสริมให้แหล่งทุนในระบบควรมีมาตรการที่เป็นกฎเกณฑ์จัดให้มีการพัฒนาความรู้ทางกฎหมายขึ้นก่อนการก่อหนี้กู้ยืมเงินของประชาชน เพื่อเกิดการตระหนักถึงผลกระทบทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นหากไม่ดำเนินการชำระหนี้อย่างถูกต้องและเกิดประโยชน์ในการจัดการปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่ อันเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการป้องกัน แก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนในพื้นที่อย่างเหมาะสมต่อไป

ข้อเสนอแนะ

7.1 ทำความเข้าใจระหว่างผู้นำชุมชน หน่วยงานองค์กรที่เกี่ยวข้อง ประชาชนซึ่งในพื้นที่ให้ทุกฝ่ายได้ทราบถึงสภาพปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน สาเหตุของการผิมนัดชำระหนี้เพื่อจะได้ออกวางแผน ดำเนินการและติดตามแก้ไขปัญหาอย่างตรงจุด มีการประชาสัมพันธ์ทราบถึงผลกระทบจากการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เพื่อให้ประชาชนใช้ความรอบคอบในการก่อหนี้แต่ละครั้ง และแนะนำถึงประโยชน์ในการบริหารจัดการหนี้อย่างมีประสิทธิภาพ เน้นการสร้าง ความตระหนักแก่ประชาชนในประเด็นปัญหาหนี้สินครัวเรือน และผลกระทบในทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ส่งเสริมผู้นำชุมชนและประชาชนได้มีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางเลือกที่เหมาะสมและหลากหลายในการแก้ไขปัญหาหนี้สินครัวเรือนอย่างรอบด้านอย่างเหมาะสม

7.2 ทำการศึกษาวิจัยต่อยอดให้เกิดการพัฒนากลุ่มผู้นำชุมชน คณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับกองทุนในชุมชน โดยการสร้างผู้นำที่นำความรู้กฎหมายเพื่อให้เข้าใจถึงการกระทำสัญญากู้ยืมเงิน สัญญาจำนอง และสัญญาค้ำประกัน และสัญญาอื่นๆ และส่งเสริมผู้นำให้มีความรู้ทางด้านกฎหมาย เพื่อเพิ่มศักยภาพในการเป็นที่พึ่งของประชาชนในเบื้องต้นอย่างมีประสิทธิภาพในการให้คำปรึกษาแนะนำ ตลอดจนส่งเสริมการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของประชาชนในชุมชนให้สามารถบริหารจัดการหนี้อย่างรอบด้านและมีประสิทธิภาพโดยให้ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายได้ไปอบรม ถ่ายทอดความรู้ถึงประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชน เพื่อให้ประชาชนขอรับคำแนะนำปรึกษา เพื่อป้องกันและสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับหนี้สินของประชาชนซึ่งเป็นลูกหนี้ในพื้นที่ได้

7.3 ก่อนการก่อหนี้ของประชาชน ให้แหล่งทุนในระบบในพื้นที่ควรมีมาตรการจัดให้มีการพัฒนาความรู้ทางกฎหมายขึ้นเพื่อเกิดประโยชน์ในการตระหนักถึงผลที่เกิดขึ้นจากการก่อหนี้ และเป็นแนวทางในการจัดการปัญหาหนี้สินครัวเรือนของประชาชนอีกทางหนึ่ง

7.4 ควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประกัน การจำนอง ซึ่งมีบทบัญญัติกฎหมายที่สะท้อนถึงความไม่เป็นธรรมและข้อเสียเปรียบของผู้ค้าประกันและผู้จำนอง โดยคำนึงถึงสถานภาพทางสังคมและเศรษฐกิจที่บุคคลเหล่านี้ประกอบด้วยว่ามีสถานภาพด้อยกว่าเจ้าหน้าที่ อันกระทบให้เกิดการตกอยู่ในสภาพที่จำต้องยอมรับกับความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น ทั้งนี้เป็นข้อเสนอแนะในงานวิจัยก่อนมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการค้าประกัน การจำนอง (ฉบับที่ 20) พ.ศ.2557 และ (ฉบับที่ 21) พ.ศ.2558 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในเวลาต่อมา

บรรณานุกรม

- กันยัณัญญา ใจการวงศ์สกุล และคนอื่น ๆ. รายงานผลการติดตามโครงการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข แบบเบ็ดเสร็จจังหวัดพะเยา พื้นที่ตำบลบ้านม่วง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา, 2555.
- กันยัณัญญา ใจการวงศ์สกุล. “กฎหมายกับโครงการบำบัดทุกข์บำรุงสุข แบบเบ็ดเสร็จในพื้นที่ตำบลบ้านม่วง อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา.” รายงานสืบเนื่องจากการประชุมทางวิชาการระดับชาติ พะเยาวิจั ครั้งที่ 4 วันที่ 29-30 มกราคม 2558 ณ มหาวิทยาลัยพะเยา จังหวัดพะเยา, หน้า 1195.
- จรัญ ภักดีธนากุล. **ผลและความระงับแห่งหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2555.
- จิต เศรษฐบุตร. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- _____. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. **กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ปัญญา ถนอมรอด. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยืม คำประกัน จำนอง จำนำ**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ไพฑูริย์ เอกจริยากร. “ปัญหาหนี้ในระบบในสังคมไทย.” **วารสารราชบัณฑิตยสถาน** 36, 1 (มกราคม-มีนาคม 2554): 14-30.
- เพียวว์ กิมปฐม. **ตัวเลขหนี้ครัวเรือนภาคสหกรณ์ไทยเพิ่มขึ้นหรือลดลงเทียบจากปีที่แล้วทิศแนวโน้มปีหน้าจะเป็นอย่างไร** [Online]. Available URL: http://www.cad.go.th/ewt_news.php?nid19778&filename=index, 2556 (ธันวาคม, 21).
- สีลาภรณ์ บัวสาย และคณะ. “ABC: กระบวนทัศน์การวิจัยเพื่อวางโครงสร้างการพัฒนาประเทศ.” **วารสารวิจัยเพื่อการพัฒนาเชิงพื้นที่** 6, 2 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2556): 112-117.
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ. **สรุปผลเบื้องต้น การสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือนในช่วง 6 เดือนแรกของปี 2556** [Online]. Available URL: <http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/themes/files/socioSum56-6.pdf>, 2556 (ธันวาคม, 21).

สำนักงานสถิติแห่งชาติ. **หนี้สินครัวเรือน: ผลกระทบระดับประเทศ** [Online]. Available URL:

http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/citizen/news/news_58.jsp, 2556

(ธันวาคม, 21).

องค์การบริหารส่วนตำบลบ้านมาง อำเภอเชียงม่วน จังหวัดพะเยา. [Online]. Available URL:

<http://www.banmanglocal.com>, 2556 (มิถุนายน, 1).

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2557.

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475.

Engel, David M., **Code and Custom in Thai Provincial Court**. Tucson

Arizona Press, 1978.

Furlong, Gary T., *The conflict resolution toolbox: models and maps for analyzing, diagnosing and resolving conflict*. Canada: John Wiley and Sons Canada, Ltd., 2005.

กรอบแนวความคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติ
การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์เทพ วิทิตอนันต์

กรอบแนวความคิดในการร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ.*

The Conceptual Framework for Drafting the Act on
Research Involving Human Being B.E.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์เทพ วิฑิตอนันต์**

Assistant Professor Dr. Phunthep Vititanane

บทคัดย่อ

การศึกษานี้ใช้กระบวนการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิเคราะห์ข้อมูลจากการศึกษาวิจัยเอกสาร การประชุมกลุ่มย่อยและการสัมภาษณ์เชิงลึกเพื่อหาความคิดเห็นในเวทีสาธารณะ ผลการวิจัยพบว่าประเทศไทยยังขาดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ มีผลทำให้ผู้รับการวิจัยขาดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในกรณีการเข้าร่วมรับการวิจัยอย่างเพียงพอ ดังนั้น จึงสมควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยมาตรการทางกฎหมายควรกำหนดถึงสาระสำคัญ ได้แก่ การกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้รับการวิจัยให้มีความชัดเจน การจัดตั้งองค์กรเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับการวิจัยขึ้น โดยเฉพาะการกำหนดหลักการเกี่ยวกับการแสดงความยินยอมในการเข้าร่วมรับการวิจัยและการกำหนดมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัย

* บทความนี้เรียบเรียงและพัฒนาเนื้อหาสาระบางส่วนเพื่อประโยชน์ทางวิชาการ จากโครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาจัดทำเพื่อยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ.” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข.

** อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน; น.บ. มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ร.ป.ม. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Abstract

This research was conducted using a qualitative method, specifically a documentary research focus-group and public discussion forum. The author found that Thailand at this moment lacks a specific law regarding research that involves human beings. As a result, human beings who participate in these research projects do not have sufficient protection by law.

The author recommends that a specific law should be promulgated that would protect the rights of human subjects in scientific research projects or tests. The law should contain the following elements: 1) It should set forth the fundamental rights of the human subjects who participate in the research project; 2) It should establish an independent authority that would be responsible for the protection of the human subjects; and 3) The law should contain legal measures that would help any subjects who were injured in the course of the research.

คำสำคัญ : การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์, กฎหมายการแพทย์, สิทธิมนุษยชน

Keywords : Research involving human being, Medical laws, Human rights

1. บทนำ

ในปัจจุบันประชาคมระดับระหว่างประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ต่างก็ได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์เพื่อให้ความคุ้มครองและการรับรองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นไปตามของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights, 1948)¹ แห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (United Nations Organization - UN) ในฐานะที่เป็นหลักแห่งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ ภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State)² ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในประชาคมระดับระหว่างประเทศทั่วโลก ที่ปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย (Democracy)³ ซึ่งให้ความสำคัญกับการกำหนดหรือวางกลไกในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้อยู่ในสถานะที่มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐ คือ รัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐซึ่งอยู่ในฐานะฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจบังคับให้ปวงชนภายในรัฐต้องถือปฏิบัติตามภายใต้เจตจำนงสูงสุดแห่งรัฐ⁴ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นประเด็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในบริบทแห่งความเชื่อมโยงและการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศทางด้านการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และการวิจัยทางการแพทย์ในประชาคมระดับระหว่างประเทศ ซึ่งต่างก็ได้ให้ความสำคัญกับการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์

¹ Universal Declaration of Human Rights 1948.

² ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญาเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), หน้า 113-114.

³ J. S. Barkin and B. Cronin, "The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations," **International Organization** 48, 1 (Winter 1994): 107-180.; **Webster' New Twentieth Century Dictionary of the English Language** (Cleveland: W. Collins, 1979); **The Heritage Illustrated Dictionary of the English Language, International Edition** (United States: Houghton Mifflin, 1979).

⁴ E. Gellner, **Trust, Cohesion, and the Social Order** [Online], Available URL: <http://www.sociology.ox.ac.uk/gellner>, 2000 (March, 1); S. D. Krasner, "Sovereignty," **Foreign Policy** January/February, 122 (February 2001): 21; N. Fraser, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy," **Social Text** 25/26, 25 (1990): 56-80; M. Olson, "Dictatorship, Democracy, and Development," **The American Political Science Review** 87, 3 (1993): 567-570.

ในห้วงเวลาที่ผ่านมา ถึงแม้ว่ากระบวนการศึกษาวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการวิจัยทางการแพทย์จะสามารถก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมหาศาลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศและในประชาคมระดับระหว่างประเทศทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นประเด็นกรณีการคิดค้นและพัฒนาผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับยารักษาโรคที่ได้รับการคิดค้นและพัฒนาให้มีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น รวมทั้ง การพัฒนาทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอันทันสมัยของเครื่องมือและอุปกรณ์ด้านวิทยาศาสตร์และการแพทย์ แต่ถึงกระนั้นในกระบวนการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และการวิจัยทางการแพทย์ กลับได้ก่อให้เกิดปัญหาและสร้างความวิตกกังวลเป็นอย่างมากต่อผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ดังเช่น กรณีผู้วิจัย ผู้รับการวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัย หรือสถาบันวิจัย เป็นอาทิ อันเนื่องมาจากการนำมนุษย์หรือสัตว์มาใช้เป็นเครื่องมือในกระบวนการวิจัยและทดลอง เพื่อการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและการวิจัยทางการแพทย์อย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้วิจัยได้ดำเนินการคัดเลือกและนำบุคคลซึ่งสมัครใจในการเข้าร่วมในกระบวนการวิจัยในฐานะผู้รับการวิจัยหรือในกรณีบุคคลที่เป็นอาสาสมัครในโครงการวิจัยต่าง ๆ ซึ่งยังไม่มีกำหนดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะมาใช้ในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ซึ่งมีมาตรฐานในระดับสากลโดยกำหนดและยึดถือแนวปฏิบัติและหลักเกณฑ์ในระดับสากลในกรณีดังกล่าวข้างต้น ในสถานการณ์เช่นว่านี้ ประชาคมระดับระหว่างประเทศต่างตระหนักและให้ความสำคัญกับการสร้างความร่วมมือระหว่างกันอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อกำหนดแนวปฏิบัติและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในมาตรฐานเดียวกันทั่วโลก โดยมีเจตนารมณ์ร่วมกันเพื่อการปกป้องและคุ้มครองผู้รับการวิจัยหรืออาสาสมัครซึ่งเข้าร่วมในโครงการศึกษาวิจัยที่อาจไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสมและเพียงพอหรือการปฏิบัติต่อผู้รับการวิจัยในโครงการวิจัยที่อาจดำเนินไปโดยปราศจากความตระหนักและการคำนึงถึงปัจจัยเสี่ยงและอัตราความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัย รวมทั้ง การล่วงละเมิดและไม่ให้ความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์

หากพิจารณาถึงที่มาของแนวความคิดในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในประชาคมระดับระหว่างประเทศ พบว่า แนวความคิดในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยดังกล่าวได้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในปี ค.ศ.1947 จากข้อกำหนดนูเรมเบิร์กโค้ด (Nuremberg Code) ซึ่งได้รับการร่างขึ้น ณ กรุงนูเรมเบิร์ก สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)⁵

⁵ National Archives, Record Group 238. M887., The doctor trail: The medical case of the subsequent Nuremberg proceedings (Excerpts from the testimony of Father Leo Miechalowski) [Online], available URL: <http://www.ushmm.org/research/doctors/miechptx.thm>, 2010 (October,

ซึ่งถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญแห่งการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานในการควบคุมกำกับจริยธรรมของการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่มุ่งเน้นถึงการให้ความยินยอมโดยความสมัครใจของผู้รับการวิจัย โดยผู้วิจัยจะต้องคำนึงถึงปัจจัยเสี่ยงและอัตราความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัยเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่มวลมนุษยชาติจะได้รับจากผลการวิจัยนั้น ต่อมาในปี ค.ศ.1964 ได้มีการจัดทำคำประกาศเฮลซิงกิ (Helsinki Declaration) ซึ่งได้ กำหนดให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในการประชุมสมัชชาแพทยสมาคมโลก (World Medical Assembly) ณ กรุงเฮลซิงกิ ประเทศฟินแลนด์ ซึ่งได้ปรับปรุงแก้ไขอีกหลายครั้งในการประชุมสมัชชา⁶ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์⁷

แต่หากพิจารณาถึงสถานการณ์ในประเทศไทย ในประเด็นเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในประเทศไทย กลับพบว่าประเทศไทยยังอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่มีความสุ่มเสี่ยงต่อผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยเฉพาะในประเด็นความสุ่มเสี่ยงต่อฝ่ายผู้วิจัย ผู้รับการวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัย หรือสถาบันวิจัย เนื่องจากในปัจจุบันการที่ประเทศไทยยังไม่มีมาตรฐานชัดเจนในการกำหนดแนวปฏิบัติและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่บัญญัติออกมารองรับหรือให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย รวมทั้งประเทศไทยก็ยังมิได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เพื่อรองรับกลไกในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ตลอดจนเพื่อรองรับพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ และเพื่อให้การกำหนดกรอบแนวความคิดในการร่างกฎหมายดังกล่าว สอดคล้องและเป็นไปตามมาตรฐานที่ต้องยึดถือปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากลในระดับนานาชาติ ซึ่งการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวได้สร้างปัญหาและข้อจำกัดในการนำมาปฏิบัติซึ่งได้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อทั้ง

14). ใน สมทรง ณ นคร และวีระชัย ไควสุวรรณ, “หลักเกณฑ์สากลของจริยธรรมการวิจัยในคน,” วารสาร-ทันตขอนแก่น 7, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2547): 3-13.

⁶วิชัย โชควิวัฒน์, “หลักเกณฑ์ทางจริยธรรมสำหรับการศึกษาวิจัยในคน,” แพทยสภาสาร 27 (2541): 58-65; สมทรง ณ นคร และ วีระชัย ไควสุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-13.

⁷ดังเช่น กรณีการประชุมเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ในการประชุมครั้งที่ 29 ณ กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น ในปี ค.ศ.1975, การประชุมครั้งที่ 35 ณ กรุงเวนิส สาธารณรัฐอิตาลี ในปี ค.ศ. 1983, การประชุมครั้งที่ 41 ณ เขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ในปี ค.ศ.1989, การประชุมครั้งที่ 48 ณ กรุงซอมเมอร์เซต เวสต์ ณ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในปี ค.ศ.1996, การประชุมครั้งที่ 52 ณ กรุงเอดินเบิร์ก ณ ประเทศสกอตแลนด์ ในปี ค.ศ.2000, การประชุมครั้งที่ 53 ณ กรุงวอชิงตัน ณ สหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 2003, ครั้งที่ 55 ณ กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น ในปี ค.ศ.2004 และครั้งที่ 59 ณ กรุงโซล สาธารณรัฐเกาหลี ในปี ค.ศ.2008 เป็นอาทิ.

องค์กร หน่วยงาน และบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องประสบปัญหาและข้อจำกัดที่เกิดขึ้นจากการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะออกมารองรับกระบวนการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีมาตรการและกลไกทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์โดยองค์กรควบคุมวิชาชีพก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่ามาตรการและกลไกทางกฎหมายดังกล่าวยังมีข้อจำกัดทางกฎหมายในหลายประเด็นที่ส่งผลกระทบต่อแนวปฏิบัติในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ถึงแม้ว่าจะมีความพยายามในการเคลื่อนไหวเพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยวันที่ 3 มีนาคม 2558 คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติการวิจัยในคน พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยสำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติเป็นผู้เสนอ) และดำเนินการส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาและสั่งให้คณะกรรมการประสานงานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำเข้าสู่ระเบียบวาระเพื่อพิจารณา และนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติต่อไป แต่ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังคงอยู่ในขั้นการพิจารณาขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งยังมีได้ตราเป็นกฎหมายเฉพาะออกมาใช้บังคับแต่อย่างใด ดังนั้น การที่จะทำให้ระบบการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์สามารถดำเนินไปได้อย่างประสิทธิภาพนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายหรือหลักเกณฑ์เฉพาะออกมารองรับเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรมต่อไป

หากกล่าวโดยสรุป กรอบแนวความคิดในการยกย่องพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข)⁹ ผู้วิจัยได้ดำเนินการศึกษาวิจัยภายใต้กรอบแนวความคิดและขอบเขตแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้รับการวิจัยในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ เพื่อรองรับพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักจริยธรรมสากลในระดับนานาชาติ โดยการกำหนดแนวปฏิบัติและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเฉพาะออกมารองรับหรือให้ความคุ้มครองผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในโครงการศึกษาวิจัยทุกฝ่ายต่อไป

⁹ พันธุ์เทพ วิฑิตอนันต์, การศึกษาจัดทำเพื่อยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข, 2549).

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

โครงการศึกษาวิจัยนี้ ได้กำหนดวัตถุประสงค์หลักเพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดและกรอบแนวความคิดเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ และดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) ภายใต้กรอบและขอบเขตแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้รับการวิจัยในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ เพื่อรองรับพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ รวมทั้ง เพื่อให้สอดคล้องและเป็นไปตามมาตรฐานที่ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากลในระดับนานาชาติ

3. วิธีดำเนินการวิจัย

โครงการวิจัยนี้ กำหนดกระบวนการและขั้นตอนการวิจัย (Procedures and Process) โดยใช้กระบวนการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ประกอบไปด้วย การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการประชุมกลุ่มย่อย (Focus-Group) มีสาระสังเขปดังต่อไปนี้

3.1 การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากกรอบของแนวความคิดหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights of 1948) ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามยอมรับปฏิญญาสากลฯ ดังกล่าว และธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศ (Customary International Law) และมาตรฐานในระดับนานาชาติที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากล¹⁰ และประกาศเฮลซิงกิ (Helsinki Declaration)¹¹ เป็นอาทิ ซึ่งได้กำหนดให้มีกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล ตลอดจนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในลักษณะการเป็นองค์กรควบคุมวิชาชีพ¹²

¹⁰ ดังเช่น กรณีย์ ICH/GCP (International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use: ICH Harmonised Tripartite Guideline for Good Clinical Practice) เป็นอาทิ.

¹¹ Declaration of Helsinki, 2008.

¹² ดังเช่น ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2549 หมวด 9 การศึกษาวิจัยและการทดลองในมนุษย์ หรือคำประกาศสิทธิผู้ป่วยโดยแพทยสภา สภาการพยาบาลสภา

วิธีการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพ (Qualitative Research Analysis) โดยการนำผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากการวิจัยเอกสารทุกประเภทมาประมวลผลร่วมกันเพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาในการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข)

3.2 การประชุมกลุ่มย่อย (Focus-Group) เป็นการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลโดยนำร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) ที่ได้จัดทำขึ้นเป็นต้นร่างเพื่อนำมาใช้ในการประชุมกลุ่มย่อยในระดับผู้เชี่ยวชาญ เพื่อให้มีการตรวจสอบและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นจากบุคคลซึ่งมีความรู้ความเข้าใจและมีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์หรือมีประสบการณ์ในการกำหนดนโยบายภาครัฐเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์อย่างเป็นระบบแต่มีความหลากหลายอย่างอิสระ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเชิงลึกในประเด็นต่าง ๆ อย่างมีนัยสำคัญ

ประชากรและกลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการประชุมกลุ่มย่อย ผู้วิจัยคัดเลือกด้วยวิธีการสุ่มแบบเจาะจง (Purposive Random) จากประชากรและกลุ่มตัวอย่างที่มีคุณลักษณะเป็นบุคคลซึ่งมีความรู้ความเข้าใจและมีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์หรือมีประสบการณ์ในการกำหนดนโยบายภาครัฐเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ และเป็นบุคคลซึ่งมีการแสดงตนหรือมีปฏิสัมพันธ์กับประเด็นดังกล่าว โดยประชากรและกลุ่มตัวอย่างในการประชุมกลุ่มย่อยเป็นการระดมความคิดจากผู้เข้าร่วมประชุมในระดับผู้เชี่ยวชาญ ได้แก่ กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งทำหน้าที่ในการกำหนดแนวทางในการควบคุมและกำกับในระดับนโยบาย กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งทำหน้าที่ในการควบคุมและกำกับซึ่งเป็นตัวแทนองค์กรควบคุมวิชาชีพ กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตัวแทนองค์กรพัฒนาเอกชน กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำหน้าที่รับผิดชอบการดำเนินโครงการวิจัยในสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ และกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นนักวิชาการสาขาต่าง ๆ

วิธีการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพ (Qualitative Research Analysis) โดยนำผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) มาใช้ในการวิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลร่วมกับผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย (Focus-Group) เพื่อให้ได้มาซึ่งต้นร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข)

3.3 การสัมมนารับฟังความคิดเห็นในเวทีสาธารณะ (Public Discussion Forum) เป็นกระบวนการประชุมเพื่อสนทนาระหว่างหรือในประเด็นสาธารณะเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยมุ่งเน้นการให้ข้อมูล การรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ทุกภาคส่วน ซึ่งเป็นกระบวนการที่จัดทำขึ้นเพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในประเด็นสาธารณะเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งข้อมูลที่ได้จากการจัดเวทีสาธารณะเพื่อรับฟังความคิดเห็นในเวทีสาธารณะได้นำไปใช้ประกอบการพิจารณาในกระบวนการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข)

ประชากรและกลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการสัมมนารับฟังความคิดเห็นในเวทีสาธารณะ ผู้วิจัยได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นในเวทีสาธารณะ โดยเชิญประชากรและกลุ่มตัวอย่างที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ได้แก่ กลุ่มบุคคล องค์กร สถาบัน (ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาสังคม) กลุ่มผลประโยชน์ (Interest Groups) หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ที่ได้รับผลกระทบหรืออาจได้รับผลกระทบทั้งเชิงบวกหรือลบทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งประชาชนที่สนใจโดยทั่วไป

วิธีการวิเคราะห์ข้อมูล การวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพ (Qualitative Research Analysis) โดยการนำต้นร่างกฎหมายที่จัดทำขึ้นจากผลการวิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลจากการประชุมกลุ่มย่อย (Focus-Group) มาวิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลร่วมกับผลการวิเคราะห์ข้อมูลจากการสัมมนารับฟังความคิดเห็นในเวทีสาธารณะ (Public Discussion Forum) เพื่อให้ได้มาซึ่งร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข)

4. ผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัยกรอบแนวความคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) ถึงแม้ว่าแนวทางในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้รับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ของประเทศไทยจะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948) แห่งองค์การสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (United Nations Organization - UN) แต่กลับพบว่ายังมีกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศไทยอีกหลายประเด็นที่ยังไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลในระดับนานาชาติ โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งมาตรฐานในระดับนานาชาติที่จะต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากล¹³ รวมทั้งประกาศเฮลซิงกิ (Helsinki Declaration)¹⁴ ซึ่งได้กำหนดให้มีกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ตลอดจนการกำหนดหรือวางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพอื่น อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติขั้นพื้นฐานของมนุษย์อันพึงจะได้รับโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยต้องไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ตาม มีผลทำให้บุคคลดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับปวงชนชาวไทย¹⁵ ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ขององค์กรควบคุมวิชาชีพตามกฎหมายที่ตราออกมาควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์¹⁶ แต่การที่จะทำให้ระบบควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายหรือหลักเกณฑ์เฉพาะออกมารองรับ เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรมต่อไป

จากการศึกษาวิจัยแนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่มีผลต่อการดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) พบว่า โดยหลักการและเหตุผลสำคัญแห่งกฎหมายนี้ ควรอยู่ภายใต้กรอบแนวความคิดและหลักความเคารพความอิสระแห่งการตัดสินใจให้คำยินยอมที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการตัดสินใจให้คำยินยอมหรือปฏิเสธไม่เข้ารับการวิจัย ภายใต้แนวความคิดและหลักความเคารพความอิสระในการตัดสินใจให้คำยินยอม ซึ่งเป็นการกำหนดหรือวางหลักทั่วไปว่าก่อนให้คำยินยอม ผู้รับการวิจัยหรืออาสาสมัครต้องมีอิสระและสิทธิในการได้รับทราบข้อมูลที่ถูกต้องชัดเจนและเพียงพอต่อการตัดสินใจว่าจะเข้าร่วมรับการวิจัยนั้นหรือไม่ ในกรณีเช่นว่านี้ ผู้วิจัยมีหน้าที่ต้องทำให้ผู้ซึ่งจะเข้ารับการวิจัยได้รับทราบข้อมูลที่เกี่ยวกับการวิจัยอย่างชัดเจนและเพียงพอ ซึ่งทำให้การเข้ารับการวิจัยเป็น

¹³ ดังเช่น กรณิ ICH/GCP (International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use: ICH Harmonised Tripartite Guideline for Good Clinical Practice) เป็นอาทิ.

¹⁴ Declaration of Helsinki, 2008.

¹⁵ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, “รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 22/2550,” 11 มิถุนายน 2550.

¹⁶ ดังเช่น กรณิข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549 หมวด 9 การศึกษาวิจัยและการทดลองในมนุษย์ หรือคำประกาศสิทธิผู้ป่วยโดยแพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม ทันตแพทยสภา กระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 7 และมาตรา 9 เป็นอาทิ.

ความยินยอมที่เกิดจากการได้รับข้อมูลที่ชัดเจนและเพียงพอ (Real Informed Consent) ต่อการตัดสินใจอย่างแท้จริง รวมทั้งการรับรองสิทธิผู้รับการวิจัยหลังจากเข้าร่วมรับการวิจัยแล้ว เพื่อรองรับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยภายใต้โครงการนั้นอย่างถูกต้องและเพียงพอต่อการตัดสินใจว่าจะเพิกถอนความยินยอมในการเข้าร่วมโครงการวิจัยนั้นหรือไม่ หากพบว่าข้อมูลการศึกษาวิจัยในโครงการวิจัยนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการกำหนดตนเอง (Right to Self-Determination)

นอกจากกรอบแนวคิดและหลักการควบคุมและกำกับการวิจัยดังกล่าวข้างต้นแล้วพบว่า ประเด็นแนวความคิดและหลักความเคารพในศักดิ์ศรีของบุคคลซึ่งอ่อนแอเพราะบางเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นแนวความคิดและหลักในการเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีของบุคคลซึ่งอ่อนแอเพราะบาง ไม่ว่าจะเป็นกรณีบุคคลซึ่งมีความอ่อนแอเพราะบางด้านความสามารถทางร่างกายหรือมีความอ่อนแอเพราะบางด้านจิตใจ ดังเช่น กรณีเป็นการวิจัยทางคลินิกในผู้รับการวิจัยซึ่งเป็น “เด็ก” หรือกรณีเป็นการวิจัยใน “ผู้ป่วย” ซึ่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551 หมายความว่า บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตซึ่งควรได้รับการบำบัดรักษา เป็นต้น ตลอดจนแนวความคิดและหลักความเคารพสิทธิความเป็นส่วนตัวและรักษาเป็นความลับ¹⁷ ซึ่งเป็นการเคารพและปกป้องสิทธิความเป็นส่วนตัวและรักษาเป็นความลับของผู้รับการวิจัย ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้รับการวิจัยในการได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือได้มาจากการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์นั้น ดังเช่น ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อ อายุ อาชีพ หรือประวัติทางการแพทย์ของผู้รับการวิจัย และข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเกิดขึ้นจากการวิจัย เป็นอาทิ นอกจากนี้ ผู้วิจัยต้องมีความตระหนักถึงหลักการทางจริยธรรม ได้แก่ ความตระหนักถึงคุณประโยชน์และไม่ก่ออันตรายต่อผู้รับการวิจัย และหลักความยุติธรรม (หมายรวมถึง ความเที่ยงธรรม และความเท่าเทียมกันด้วย) โดยผู้วิจัยต้องปฏิบัติต่อผู้รับการวิจัยอย่างยุติธรรมและเท่าเทียมกัน และต้องตระหนักถึงความเสี่ยงและการให้ผลประโยชน์อย่างเหมาะสมแก่ผู้รับการวิจัย โดยเฉพาะกรณีที่เป็นการวิจัยทางคลินิกในผู้รับการวิจัยที่เป็นเด็ก ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเคารพในบุคคล (Respect for Person)

จากเหตุผลและความจำเป็นในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พบว่าการที่ประเทศไทยยังมิได้ดำเนินการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติออกมารองรับกลไกในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ให้สอดคล้องหรือเป็นไปตามมาตรฐานสากลในระดับนานาชาติ โดยเฉพาะมาตรฐานในระดับนานาชาติที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากล ได้สร้าง

¹⁷ ดังเช่น กรณีพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 7 และมาตรา 9 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 ข้อ 47 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 ข้อ 50 เป็นอาทิ.

ปัญหาและข้อจำกัดในทางปฏิบัติที่ส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อองค์กร หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องประสบกับปัญหาและข้อจำกัดที่เกิดขึ้นจากการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะออกมา รองรับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับกับการวิจัย ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ กรณีสถาบันการวิจัยที่กฎหมายกำหนดให้จะต้องมีการขึ้นทะเบียนใบอนุญาต จะต้องดำเนินการกับขึ้นทะเบียนกับองค์กรหรือหน่วยงานใด เว้นแต่ในกรณีที่กิจกรรมในการ ดำเนินการวิจัยนั้นกำหนดให้ต้องขออนุญาตตามกฎหมายอื่น แต่อาจมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ เกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัยกรณีที่หากสถาบันการวิจัยทำละเมิดต่อผู้รับการวิจัย ซึ่งอาจต้องรับผิดชอบ ทางแพ่งต่อผู้รับการวิจัยในกรณีที่จะเรียกร้องให้ผู้วิจัยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ต้องเป็นกรณีที่ผู้วิจัยได้ ดำเนินการวิจัยในลักษณะที่เข้าข่ายกระทำการละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัยจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ระหว่างสถาบันวิจัยกับผู้วิจัยว่าเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะใด ส่วนกรณีของผู้ให้ทุนวิจัยยังไม่มี มาตรการทางกฎหมายใดที่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ทุนการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้ทุนวิจัยกับผู้วิจัยเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะความรับผิดชอบเช่นเดียวกับ ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันวิจัยกับผู้วิจัย ซึ่งต้องดำเนินการพิจารณาเป็นรายกรณีไปขึ้นอยู่กับ ประเด็นข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ตามแนวทางดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ส่วนประเด็นปัญหาในการรับรองสถานะทางกฎหมายขององค์กร หน่วยงานและบุคคล ที่เกี่ยวข้อง พบว่า การไม่มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะออกมารับรองชุมชน องค์กรเอกชน และ คณะกรรมการที่ปรึกษาชุมชน ย่อมส่งผลกระทบต่อโครงการวิจัยขนาดใหญ่ที่ได้ทำการวิจัยที่เกี่ยวข้อง กับมนุษย์ในชุมชนใดชุมชนหนึ่งที่อาจส่งผลกระทบในเชิงที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับการวิจัยและ ชุมชนใดชุมชนหนึ่งในวงกว้าง ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีองค์กรเอกชนที่มีบทบาทในการปกป้องและ คุ้มครองสิทธิของผู้รับการวิจัยเป็นจำนวนมากก็ตาม แต่ก็ยังมิได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมาย ขององค์กรเอกชนเหล่านี้แต่อย่างใด ทั้งนี้ ในลักษณะเดียวกับการพิจารณาจริยธรรมการวิจัย ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีการจัดตั้งสถาบันวิจัยและคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยขึ้นในสถาบันวิจัยเป็น จำนวนมาก แต่คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยกลับยังมิได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ส่งผลโดยตรงต่อกรณีที่หากคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยมีความรับผิดชอบต่อการวิจัยในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการวิจัย กรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการอนุมัติโครงการวิจัย ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับการวิจัยอย่างแน่แท้ หรือกรณีที่คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยไม่ ตรวจสอบโครงการวิจัยที่ได้รับอนุมัติตามข้อเสนอโครงการวิจัยตามที่ได้รับอนุมัติ พบว่ายังไม่มี

มาตรการทางกฎหมายใดที่กำหนดให้คณะกรรมการจริยธรรมต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัย¹⁸

การคุ้มครองสิทธิของผู้รับการวิจัยในการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ประเด็นปัญหาเกิดจากกรณีที่ผู้รับการวิจัยที่เข้าร่วมในโครงการศึกษาวิจัยอาจไม่ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมและเพียงพอ ถึงแม้ว่าสิทธิของผู้รับการวิจัยจะได้รับการรับรองและความคุ้มครองภายใต้มาตรการทางกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังเช่น กรณีสิทธิที่จะรับการแจ้งล่วงหน้าว่าจะถูกทดลอง¹⁹ สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการทำละเมิด²⁰ หรือสิทธิการดำเนินคดีอาญากับบุคคลที่กระทำความผิดต่อชีวิตร่างกายหรือเสรีภาพ²¹ เป็นอาทิ รวมทั้ง การไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่สามารถนำมาใช้บังคับกับผู้รับการวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัย คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย และสถาบันวิจัยได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ พบว่า การนำมาตรการทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาใช้บังคับจึงมีข้อจำกัดหลายประการ รวมทั้ง การกำหนดมาตรฐานในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ซึ่งต้องดำเนินการศึกษาวิจัยอย่างเป็นระบบตามกระบวนการวิจัยเพื่อให้ได้มาซึ่งองค์ความรู้ที่ได้กระทำกับร่างกายหรือจิตใจของมนุษย์ แต่เนื่องจากโดยสภาพของกระบวนการวิจัยที่ต้องกระทำกับร่างกายหรือจิตใจของมนุษย์จึงมีความเสี่ยงต่อชีวิตร่างกายหรืออนามัยและหลักการทางจริยธรรม ดังนั้น จึงต้องดำเนินการกิจกรรมตามกระบวนการวิจัยอย่างเป็นระบบภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะตราออกมารองรับเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ดังเช่น กรณีที่ผู้วิจัยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์หรือวิทยาศาสตร์บางประเภท นอกจากจะต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ผู้วิจัยจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับขององค์กรวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง²² ในกรณีที่ผู้รับการวิจัยได้รับความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกาย ผู้วิจัยอาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากโครงการวิจัยนั้น

¹⁸วิชัย โชควิวัฒน์, “หลักเกณฑ์ทางจริยธรรมสำหรับการศึกษาวิจัยในคน,” แพทยสภาสาร 27 (2541): 58-65; สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา, *International Conference on Harmonization's Good Clinical Practice Guideline; ICH GCP ฉบับภาษาไทย* (กรุงเทพมหานคร: 2543); Council for International Organization of Medical Science (CIOMS), *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*. General (2002).

¹⁹พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550, มาตรา 9.

²⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 420.

²¹ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะความผิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ.

²²ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549, ข้อ 47; ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549, ข้อ 50.

หากกล่าวโดยสรุป การที่ประเทศไทยยังมิได้การตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติออกมารองรับกลไกในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ให้สอดคล้องหรือเป็นไปตามมาตรฐานสากลในระดับนานาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรฐานในระดับนานาชาติที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากลได้สร้างปัญหาทางกฎหมายและข้อจำกัดในทางปฏิบัติที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อทั้งองค์กร หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องประสบกับปัญหาและข้อจำกัดที่เกิดขึ้นจากการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะออกมารองรับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ถึงแม้ว่าจะมีมาตรการและกลไกทางกฎหมายควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ขององค์กรควบคุมวิชาชีพตามกฎหมายที่ตราออกมาควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อจำกัดทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อแนวปฏิบัติในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ดังนั้น คณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข จึงดำเนินการจัดทำร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) เพื่อให้การควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในประเทศไทยสามารถขับเคลื่อนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5. สรุปและอภิปรายผล

กรอบแนวความคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ.

จากการศึกษาวิจัยกรอบแนวความคิดและหลักการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ภายใต้กรอบและขอบเขตแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ของผู้รับการวิจัยในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ เพื่อรองรับพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากลในระดับนานาชาติ เพื่อดำเนินการยกต้นร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) และนำมาสมมนา รับฟังความคิดเห็นในเวทีสาธารณะ (Public Discussion Forum) ซึ่งเป็นกระบวนการที่จัดทำขึ้น เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในประเด็นสาธารณะเกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ข้อมูลที่ได้จากการจัดเวทีสาธารณะเพื่อรับฟังความคิดเห็นในเวทีประชาชนได้นำไปใช้ประกอบการพิจารณาโครงสร้างกรอบแนวความคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. ได้แก่ บทบัญญัติทั่วไปของกฎหมาย²³ สิทธิของบุคคลในการเข้ารับการ

²³ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 1-4.

วิจัย²⁴ คณะกรรมการการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์²⁵ สำนักงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์²⁶ การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์²⁷ คณะกรรมการตรวจตราการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์²⁸ การตรวจตราการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์²⁹ พนักงานเจ้าหน้าที่³⁰ บทกำหนดโทษ³¹ และบทเฉพาะกาล³² มีสาระสำคัญโดยสรุปดังต่อไปนี้

5.1 บทบัญญัติทั่วไป กำหนดชื่อร่างพระราชบัญญัติว่า “พระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ.”³³ เพื่อให้ครอบคลุมถึงสาระสำคัญแห่งการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ตามร่างกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งครอบคลุมถึงการศึกษาวิจัยอย่างเป็นระบบเพื่อให้ได้มาซึ่งความรู้ที่ได้กระทำต่อร่างกายของบุคคล เวชระเบียน ฐานข้อมูล วัสดุสิ่งตรวจ น้ำคัดหลั่ง เนื้อเยื่อหรือสารพันธุกรรมของบุคคล เซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์ หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์รวมอยู่ด้วย และหมายความรวมถึงการสอบถาม การสัมภาษณ์ทางสังคมศาสตร์ หรือการศึกษาทางจิตวิทยาที่กระทำต่อบุคคลด้วย ส่วนนิยามศัพท์กำหนดความหมายของถ้อยคำให้เกิดความชัดเจน โดยมีการนิยามความหมายของถ้อยคำให้ครอบคลุมถึงคำนิยามในร่างกฎหมายนี้ ดังเช่น นิยามคำว่า “ผู้วิจัย” หมายความว่า บุคคลผู้มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ณ สถาบันวิจัยแห่งใดแห่งหนึ่งหรือหลายแห่ง ในกรณีที่มีผู้วิจัยหลายคนหรือโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ได้หรือจะได้ดำเนินการในสถาบันวิจัยหลายแห่ง หมายความว่าถึงหัวหน้าคณะผู้วิจัยที่มีอำนาจควบคุมและกำกับโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์นั้น ส่วนนิยามคำว่า “ผู้รับการวิจัย” หมายความว่า บุคคลผู้เป็นอาสาสมัครหรือยอมตนเข้ารับการวิจัยในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ทั้งนี้ นิยามคำว่า “ผู้จัดให้มีการวิจัย” หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ริเริ่มจัดการหรือให้ทุนสนับสนุนการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ตลอดจนนิยามคำว่า “สถาบันวิจัย” หมายความว่า หน่วยงานที่มีผู้วิจัยซึ่งได้หรือจะได้ดำเนินการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ไม่ว่าหน่วยงาน

²⁴ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 1, มาตรา 5-7.

²⁵ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 2, มาตรา 8-18.

²⁶ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 3, มาตรา 19-31.

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 4, มาตรา 32-39.

²⁸ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 5, มาตรา 40-45.

²⁹ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 6, มาตรา 46-51.

³⁰ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 7, มาตรา 52-54.

³¹ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. หมวด 8, มาตรา 55-58.

³² ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 59-63.

³³ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 1.

นั้นจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ และให้หมายความรวมถึงสถานที่หรือชุมชนซึ่งมีการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ด้านการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ เป็นอาทิ³⁴

5.2 สิทธิของผู้รับการวิจัยหรืออาสาสมัครในการเข้ารับการวิจัย กำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้รับการวิจัยในการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทั่วไปในการยินยอมเข้ารับการวิจัยหรือปฏิเสธไม่เข้ารับการวิจัยได้อย่างอิสระ³⁵ อันถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการกำหนดตนเอง (Right to Self-determination) และหลักความเคารพในบุคคล (Respect for Person) โดยบุคคลผู้จะเข้ารับการวิจัยมีสิทธิจะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการวิจัยที่ถูกต้อง ชัดแจ้ง และเพียงพอที่จะตัดสินใจว่าจะเข้ารับการวิจัยหรือไม่ รวมทั้ง ผู้รับการวิจัยมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการวิจัยที่ถูกต้องชัดแจ้งและเพียงพอที่จะตัดสินใจเพิกถอนความยินยอมในการเข้าร่วมรับการวิจัย³⁶ และต้องได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของตนที่เกี่ยวข้องหรือได้มาจากการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์นั้น³⁷ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้รับการวิจัยในการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ครอบคลุมถึงประเด็นสำคัญ ได้แก่ หลักความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเคารพในความมีอิสระในการตัดสินใจให้คำยินยอม หลักความเคารพในศักดิ์ศรีของบุคคลที่อ่อนแอเปราะบาง และหลักความเคารพในความเป็นส่วนตัวและรักษาเป็นความลับ รวมทั้งผู้วิจัยต้องตระหนักถึงหลักการทางจริยธรรมอีกด้วย³⁸

5.3 องค์กรหรือสถาบันควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ กำหนดให้มีคณะกรรมการการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ดังเช่น การกำหนดอำนาจหน้าที่และมาตรฐานการดำเนินการของคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกันความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้รับการวิจัย การกำหนดนโยบายและควบคุมการดำเนินงานของสำนักงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์³⁹ รวมทั้ง อำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลสำนักงานให้ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้⁴⁰ ทั้งนี้ กำหนดให้มีสำนักงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ทำหน้าที่

³⁴ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 3.

³⁵ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 5.

³⁶ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 6.

³⁷ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 7.

³⁸ ดังเช่น หลักความตระหนักถึงคุณประโยชน์และไม่ก่ออันตรายต่อผู้รับการวิจัย และหลักความยุติธรรม เป็นอาทิ.

³⁹ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 8.

⁴⁰ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 14.

รับผิดชอบด้านธุรการและสนับสนุนการทำหน้าที่ของคณะกรรมการการวิจัย คณะกรรมการตรวจตรา และคณะกรรมการการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์⁴¹

5.4 มาตรการในการควบคุมและกำกับผู้วิจัยในการดำเนินการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ กำหนดให้การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ซึ่งจะต้องกระทำต่อบุคคล เวชระเบียน ฐานข้อมูล วัสดุ สิ่งตรวจ น้ำคัดหลั่ง เนื้อเยื่อหรือสารพันธุกรรมของบุคคลที่อาจจะเข้าถึงได้ หรือจะต้องกระทำต่อเซลล์ หรือส่วนประกอบของเซลล์ของมนุษย์ หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์ของมนุษย์ รวมอยู่ซึ่งได้มาจากบุคคลที่อาจจะเข้าถึงได้ จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมแทนกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจให้ความยินยอมได้ และไม่มีบุคคลผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมแทน ทั้งนี้ การวิจัยนั้นจะกระทำต่อเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด⁴² ตลอดจนกำหนดหลักการขึ้น พื้นฐานนับตั้งแต่กระบวนการขอรับความยินยอมจากบุคคลที่จะเข้ารับการวิจัยจนถึงกระบวนการขอรับความเห็นชอบในการดำเนินโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ได้แก่ ความยินยอมในการเข้ารับการวิจัย ความสมบูรณ์ของความยินยอมในการเข้ารับการวิจัย การขึ้นทะเบียนคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย

การขอรับความเห็นชอบโครงการวิจัย การวิจัยในสถาบันวิจัยหลายแห่ง หลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย การแจ้งผลการพิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการวิจัย และหลักประกันความเสียหายแก่ผู้รับการวิจัย⁴³

5.5 มาตรการตรวจตราการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ กำหนดให้มีคณะกรรมการตรวจตราการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์⁴⁴ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจตราและควบคุมกำกับกับการดำเนินงาน คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยให้เป็นไปตามมาตรฐานที่คณะกรรมการกำหนด เสนอแนะหรือให้ความช่วยเหลือแก่การดำเนินงานของคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย สั่งระงับการดำเนินการของ คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย และตรวจตราโครงการวิจัยให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนด⁴⁵ ทั้งนี้ กำหนดให้มีสำนักตรวจตราการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์⁴⁶ ทำหน้าที่รับผิดชอบงานด้านธุรการและสนับสนุนการทำหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจตราการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์⁴⁷

⁴¹ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 21.

⁴²ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 32.

⁴³ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 33-39.

⁴⁴ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 40.

⁴⁵ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 42.

⁴⁶ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 46.

⁴⁷ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 46-51.

5.6 บทกำหนดโทษ กำหนดให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนตามบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้ต้องมีความรับผิดทางอาญา⁴⁸ ในการกระทำความผิดที่มีลักษณะ ดังเช่น การวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในโครงการวิจัยที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย⁴⁹ หรือการคัดเลือกบุคคลหรือโฆษณาด้วยประการใดในการคัดเลือกบุคคลเพื่อให้เข้าร่วมเป็นผู้รับการวิจัยในโครงการวิจัยที่ยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัย⁵⁰ เป็นอาทิ

5.7 บทเฉพาะกาล กำหนดให้ในระยะเริ่มแรกของการจัดตั้งสำนักงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์จะต้องมีการเตรียมความพร้อมหลายด้าน หากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์มีผลใช้บังคับในทันทีโดยไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ออกมารองรับอย่างครบถ้วนอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการวิจัยโดยรวมได้ จึงกำหนดมิให้นำหลักการบางเรื่องในพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. มาใช้บังคับภายในห้วงระยะเวลาหนึ่ง และเมื่อหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ได้ประกาศใช้บังคับแล้ว จึงจะได้นำหลักการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับต่อไป⁵¹

6. สรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยกรอบแนวความคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) พบว่า ประเทศไทยควรอนุวัติการหรือบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติออกมารองรับกลไกในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ให้สอดคล้องหรือเป็นไปตามมาตรฐานสากลในระดับนานาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรฐานในระดับนานาชาติที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากลโดยสมควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้มีหลักเกณฑ์ที่เพียงพอในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิผู้รับการวิจัยในโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยกำหนดกฎหมายเฉพาะที่สามารถนำมาใช้ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของผู้รับการวิจัย และสามารถนำมาใช้บังคับกับผู้จัดให้มีการวิจัย คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยและสถาบันวิจัยว่ามีหลักเกณฑ์และขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายเพียงใด รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้วิจัยให้มีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของผู้รับการวิจัย เนื่องจากการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์เป็นระบบการวิจัยที่

⁴⁸ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 55-58.

⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 55.

⁵⁰ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 56.

⁵¹ ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ., มาตรา 59-63.

ผู้วิจัยต้องดำเนินการบวนการวิจัยที่ต้องกระทำต่อมนุษย์ กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์หรือกระทำต่อจิตใจของผู้รับการวิจัยโดยตรง อันมีผลทำให้ผู้วิจัยจะต้องดำเนินการบวนการวิจัยภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ ผู้วิจัยย่อมต้องตระหนักและให้ความเคารพต่อสิทธิของผู้รับการวิจัยอย่างเคร่งครัด รวมทั้งผู้วิจัยยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามระเบียบของสถาบันที่ผู้วิจัยสังกัดด้วย

ในการกำหนดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบและขึ้นทะเบียนของสถาบันการวิจัยและผู้ให้ทุนวิจัยในกระบวนการวิจัย กำหนดให้สถาบันการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ต้องมีใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้น เว้นแต่ในกรณีที่เกิดกิจกรรมในกระบวนการวิจัยนั้นต้องมีการขออนุญาตตามกฎหมายอื่น รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบของคณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยและกำหนดให้คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมาย มีผลทำให้คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้รับการวิจัย นอกจากการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะที่นำมาใช้บังคับกับผู้วิจัย ผู้รับการวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัย คณะกรรมการจริยธรรมการวิจัยและสถาบันวิจัย ในลักษณะดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในการพิจารณาขักร่างกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์จะต้องให้ความสำคัญและตระหนักถึงองค์การเอกชนที่ได้เข้ามามีบทบาทในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของผู้รับการวิจัย แต่ยังมีได้มีการรับรองสถานะทางกฎหมายขององค์การเอกชนเหล่านั้นอย่างเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด

หากกล่าวโดยสรุป จากเหตุผลและความจำเป็นในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ภายใต้มาตรฐานสากลในระดับนานาชาติ จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยยังมิได้ตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติออกมารองรับให้สอดคล้องหรือเป็นไปตามมาตรฐานสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรฐานในระดับนานาชาติที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากล ได้สร้างปัญหาทางและข้อจำกัดในทางปฏิบัติที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อทั้งองค์กร หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยห้วงเวลาที่ผ่านมามองการทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง ได้ร่วมกันดำเนินการเพื่อกำหนดมาตรฐานในการควบคุมและกำกับโครงการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่ได้ดำเนินการในองค์กร หน่วยงานหรือสถาบันนั่นเอง ซึ่งเป็นความพยายามที่จะสร้างความร่วมมือระหว่างกันในการกำหนดมาตรฐานให้เป็นไปในแนวทางที่เหมาะสมและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ถึงแม้ว่าภายใต้สถานการณ์ในปัจจุบันจะมีความเคลื่อนไหวในการเสนอร่างกฎหมายในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ โดยเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2558 คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติการวิจัยในคน พ.ศ. (สำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติเป็นผู้เสนอ) และดำเนินการส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาและดำเนินการส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาเพื่อนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติต่อไป

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับร่างกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ยกร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อนำมาใช้บังคับในการควบคุมและกำกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ระหว่างร่างพระราชบัญญัติการ

วิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข) ซึ่งเป็นต้นร่างกฎหมายที่ผู้วิจัยจัดทำขึ้นในนามคณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข กับร่างพระราชบัญญัติการวิจัยในคน พ.ศ. (ฉบับดำเนินการโดยสำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ) ซึ่งเป็นร่างกฎหมายที่ได้รับการนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พบว่าโดยหลักการและเหตุผลในการร่างกฎหมายไม่แตกต่างกันรวมทั้ง เนื้อหาสาระในการการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์โดยภาพรวมมีความคล้ายคลึงกัน เพียงแต่มีรายละเอียดในเชิงโครงสร้างกลไกในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่แตกต่างกันออกไปบ้าง ดังนั้น เพื่อให้มาตรการและกลไกในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ซึ่งประเทศไทยมีพันธสัญญาต้องตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติออกมารองรับให้สอดคล้องและเป็นไปตามมาตรฐานสากล และมาตรฐานในระดับนานาชาติที่ต้องปฏิบัติตามหลักจริยธรรมสากลสามารถนำมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงควรให้ความสำคัญกับการศึกษาวิจัยถึงปัญหา อุปสรรค และข้อจำกัดทางกฎหมาย รวมทั้งกลไกและมาตรการเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ ดังเช่น กรณีผู้วิจัย ผู้รับการวิจัย หรือผู้จัดให้มีการวิจัย เป็นอาทิ ตลอดจนการรับรองสถานะทางกฎหมายขององค์กร หน่วยงาน และบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การรับรองสถานะของชุมชน องค์การเอกชน และคณะกรรมการที่ปรึกษาชุมชน เพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกรณีโครงการวิจัยขนาดใหญ่ที่ได้ทำการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ในชุมชนใดชุมชนหนึ่งแล้วอาจส่งผลกระทบในเชิงที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้รับการวิจัยและชุมชนใดชุมชนหนึ่งในวงกว้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาและการพัฒนาแนวทางในการควบคุมและกำกับกับการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่มีประสิทธิภาพต่อไป

บรรณานุกรม

- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญาเบื้องต้น** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551.
- พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์. **การศึกษาจัดทำเพื่อยกร่างพระราชบัญญัติการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์**
พ.ศ. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการพิจารณาการศึกษาวิจัยในคน กรมการแพทย์
 กระทรวงสาธารณสุข, 2549.
- วิชัย โชควิวัฒน์. “หลักเกณฑ์ทางจริยธรรมสำหรับการศึกษาวิจัยในคน.” **แพทยสภารสาร** 27
 (2547): 58-65.
- สภาร่างรัฐธรรมนูญ. “รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 22/2550.” 11 มิถุนายน 2550.
- สมทรง ณ นคร และวีระชัย โค้วสุวรรณ. “หลักเกณฑ์สากลของจริยธรรมการวิจัยในคน.” **วารสาร-
 ทันตখনแก่น** 7, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2547): 3-13.
- สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา. **International Conference on Harmonization’s
 Good Clinical Practice Guideline; ICH GCP ฉบับภาษาไทย**. กรุงเทพมหานคร:
 2543.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
- พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539.
- พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545.
- พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550.
- พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551.
- พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551.
- พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ.2551.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.
- ประมวลกฎหมายอาญา.
- ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549.
- Barkin, J. S., and Cronin, B. “The State and the Nation : Changing Norms and the Rules
 of Sovereignty in International Relations.” **International Organization** 48, 1
 (Winter 1994): 107-180.
- Code of Federal Regulations.

Council for International Organization of Medical Science (CIOMS). **International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects.** General (2002).

Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001.

Fraser, N. "Rethinking the Public Sphere : A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy." **Social Text** 25/26, 25 (1990): 56-80.

Gellner, E. **Trust, Cohesion and the Social Order** [Online]. Available URL: <http://www.sociology.ox.ac.uk/gellner>, 2000 (March, 1).

The Heritage Illustrated Dictionary of the English Language : International Edition. United States: Houghton Mifflin, 1979.

Krasner, S. D. "Sovereignty." **Foreign Policy** January/February, 122 (February 2001): 20-29.

National Archives, Record Group 238. M887. **The Doctor Trail: The Medical Case of the Subsequent Nuremberg Proceedings (Excerpts from the testimony of Father Leo Miechalowski)** [Online]. Available URL: <http://www.ushmm.org/research/doctors/miechptx.thm>, 2004 (February, 2).

Olson, M. "Dictatorship, Democracy and Development." **The American Political Science Review** 87, 3 (1993): 567-570.

Statutory Instrument 2004 No. 1031 The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations 2004.

Webster' New Twentieth Century Dictionary of the English Language. Cleveland: W. Collins, 1979.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิ
ในเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ศุภการย์ สุขต่าย

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้า
และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์*

Legal Problems Related to the Protection of Rights in
Trademarks and Geographical Indications

ศุภการย์ สุขต่าย **
Supakran Suktai

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์นำเสนอปัญหาการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างสองสิทธิที่มีความเชื่อมโยงกัน คือ เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ภายใต้บทบัญญัติความตกลง TRIPS ความตกลง TPP กฎหมายสหภาพยุโรป กฎหมายสหรัฐอเมริกา และกฎหมายไทย ในกรณีที่สิทธิใดสิทธิหนึ่งได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อน อีกสิทธิหนึ่งจะสามารถนำมาคุ้มครองในภายหลังได้หรือไม่ หรือสามารถนำมาใช้ในภายหลังได้หรือไม่ หรือสามารถเพิกถอนสิทธิที่มีอยู่ก่อนได้หรือไม่ อันเป็นการช่วงชิงความเป็นเจ้าของในสัญลักษณ์หนึ่ง ๆ ประเด็นดังกล่าวนี้มีความขัดแย้งสูงในระดับระหว่างประเทศ ซึ่งได้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่มุ่งคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น กลุ่มสหภาพยุโรป และฝ่ายที่มุ่งคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น ความขัดแย้งนี้นำไปสู่คดี WT/DS174/R โดย Panel ได้มีการตีความบทบัญญัติการคุ้มครองระหว่างสองสิทธิในความตกลง TRIPS ไว้บางประการ อันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ที่ประเทศสมาชิกต้องอนุวัติกฎหมายให้มีความสอดคล้อง

* บทความนี้ดัดแปลงและเรียบเรียงจากส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว มีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิฑิต และร้อยโท ดร.ธนพจน เอกโยคยะ ส่วนคณะกรรมการป้องกันวิทยานิพนธ์มีด้วยกัน 5 ท่าน คือ อาจารย์ ดร.วัชร เนติวาณิช (ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์) อาจารย์ ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณ และคณาจารย์ที่ปรึกษาสองท่านดังกล่าว.

** นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ผลการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 ให้ความคุ้มครองระหว่างสิทธิเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ในกรณีที่สิทธิใดสิทธิหนึ่งได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อน รวมทั้งขาดความเชื่อมโยงกฎหมายทั้งสองฉบับ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติทั้งกฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่า ประเทศไทยยังไม่เคยมีคดีพิพาทระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เกิดขึ้น และเป็นเรื่องที่ยากใหม่สำหรับประเทศไทย ดังนั้น ผู้เขียนจึงมักเจอคำถามอยู่เสมอว่า “เป็นไปได้หรือไม่ ที่ชื่อเครื่องหมายการค้าจะเหมือนหรือคล้ายกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของไทย?” “เป็นไปได้หรือไม่ ที่จะมีความขัดแย้งระหว่างสองสิทธินี้ในประเทศไทย?” เร็ว ๆ นี้ ผู้เขียนพบว่า สินค้าเบียร์ “Budejovicky Budvar” (*Budweiser Budvar*) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสหภาพยุโรป ได้มาขอยื่นจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย เป็นที่แน่นอนว่า คำขอดังกล่าวนี้ถูกปฏิเสธ แต่ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่ทราบแน่ชัดว่า นายทะเบียนได้ปฏิเสธด้วยเหตุผลว่าเป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ หรือชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือชื่อเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้า “Budweiser” ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สิ่งหนึ่งที่ผู้เขียนเห็นได้ชัดเจน ในขณะนี้ว่า นี่เป็นสัญญาณแรกเริ่มของปัญหาระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ที่จะกำลังเกิดขึ้นในประเทศไทยในไม่ช้า

Abstract

This article focuses on legal problems related to the protection of intellectual property, with the emphasis on two kinds of intellectual properties that are related to each other: trademark and geographical indication. The article will compare these two kinds of intellectual properties under the TRIPS Agreement, the TPP Agreement, EU law, US law, and Thai law. It seeks to answer the following questions: 1) Where a right has existed under a prior agreement, can new rights be acquired subsequently through registration or use? And 2) Can the new rights, however acquired, prevail over the prior rights? These questions may take the form of a race for the ownership of a sign that can be protected as one of the above intellectual properties. When a particular sign belongs to different owners asserting different rights, the rights come into conflict. This issue has escalated to the international level, and countries have divided into two groups. One group supports geographical indication (such as the EU), and the other group supports trademark (such as the US and Australia). These conflicting interests have led to WTO case number WT/DS174/R, where the Panel interpreted the TRIPS provisions governing the two rights and set the minimum standard that Member States will have to follow.

The result of these studies shows that the protection of trademark and geographical indication under the Trademark Act B.E. 2534, and the protection under the Geographical Indication Act B.E. 2546, is not consistent with the TRIPS Agreement, and that there is a lack of cohesion between the two Acts. It is therefore necessary to amend and suggest new provisions in both Acts in order to resolve this problem.

The author's view is that Thailand has never had an issue between these two kinds of intellectual properties before. Therefore, this issue is rather new for Thailand. The author has frequently been asked, "is it possible that a trademark will be identical or similar to a Thai geographical indication?" and, "is it possible that there will be a conflict between the two rights in Thailand?"

Recently, the author has discovered that “Budejovicky Budvar” (Budweiser Budvar) beer, which is a geographical indication of the EU, has applied for trademark registration in Thailand. It is quite certain that this application will be rejected. However, it is unclear to the author whether the application will be refused on the ground that it is a geographical name, or because it is a geographical indication, or because it is identical or similar to the registered trademark of a United States product, namely “Budweiser.” Regardless of the outcome, this Budweiser case is, in the author’s view, a sign of a problem between trademark and geographical indication which will begin in Thailand soon.

คำสำคัญ : เครื่องหมายการค้า, สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

Keywords : Trademark, Geographical Indication

1. บทนำ

บทความนี้ผู้เขียนขอแบ่งการนำเสนอออกเป็น 4 ส่วน คือ

ส่วนที่ 1 ความเป็นมาของความขัดแย้งระหว่างสิทธิของเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ส่วนที่ 2 แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ขององค์การระงับข้อพิพาทองค์การการค้าโลกในคดี WT/DS174/R ที่ได้ตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ความตกลง TRIPS ข้อ 16.1 ข้อ 24.5 และข้อ 17

ส่วนที่ 3 การให้ความคุ้มครองสิทธิระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลง TRIPS ความตกลง TPP กฎหมายสหภาพยุโรป กฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายไทย

ส่วนที่ 4 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. ความเป็นมาของความขัดแย้งระหว่างสิทธิของเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

เครื่องหมายการค้า¹ และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์² เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง การให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีมาตั้งแต่สมัยโรมันและกรีก ส่วนการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเรื่องที่แตกออกมาจากการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเนื่องจากมีสิทธิและหน้าที่คล้ายกันและแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าในบางประการ ดังนี้ แต่ละประเทศทั่วโลกจึงให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสองประเภทนี้แตกต่างกัน บางประเทศให้ความคุ้มครองทั้งสองสิทธิแยกออกเป็นกฎหมายเฉพาะ บางประเทศให้ความคุ้มครองทั้งสองสิทธิอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน

¹“เครื่องหมายการค้า” (Trademark) คือ เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีลักษณะทำให้ประชาชนทราบและเข้าใจว่าสินค้านั้นแตกต่าง (Distinguish) ไปจากสินค้าอื่น ๆ อีกทั้งยังบ่งบอกถึงผู้ผลิตสินค้าภายใต้ชื่อของสินค้านั้น เพราะสินค้าประเภทเดียวกันที่มีผู้ผลิตต่างกันย่อมมีความแตกต่างกันไป ทั้งลักษณะและคุณภาพของสินค้า ตัวอย่างเช่น “Colgate” (คอลเกต) เป็นต้น.

²“สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” (Geographical Indication) คือ ชื่อ สัญลักษณ์หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือแทนแหล่งภูมิศาสตร์ ที่มีลักษณะทำให้ประชาชนสามารถรู้ถึงความมีลักษณะพิเศษที่เกี่ยวข้องระหว่างสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์แห่งหนึ่ง เพราะความที่สินค้านั้นมีชื่อเสียง มีคุณภาพ หรือมีลักษณะเฉพาะพิเศษ อันเกิดจากกรรมวิธีการผลิตของท้องถิ่นนั้น วัตถุดิบที่มีเฉพาะแหล่งภูมิศาสตร์นั้น หรือปัจจัยความเป็นอยู่ของมนุษย์ในพื้นที่.

การให้ความคุ้มครองแก่เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับสากลนั้น อยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement: TRIPS) ที่แต่ละประเทศสมาชิกมีพันธกรณีต้องอนุวัติกฎหมายภายในให้อยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard) ตามที่ความตกลง TRIPS บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้

ประเทศที่ออกกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นระบบกฎหมายเฉพาะจะปรากฏในกลุ่มประเทศโลกเก่า เช่น สหภาพยุโรป ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศอินเดีย และประเทศไทย เป็นต้น เนื่องจากเป็นประเทศที่มีสินค้าจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีชื่อเสียงหลายชนิดจึงต้องการให้มีการคุ้มครองที่เป็นกิจจะลักษณะ กล่าวคือ มีการออกกฎหมายเฉพาะมารองรับการคุ้มครองดังกล่าวในระดับที่เข้มงวด ในส่วนของกลุ่มโลกใหม่ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ได้ให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า (Trademark Regime) เนื่องจากประเทศโลกใหม่ไม่ค่อยมีสินค้าจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่าใดนัก จึงเห็นว่าไม่คุ้มค่าที่จะลงทุนออกกฎหมายใหม่มารองรับเป็นการเฉพาะ ประกอบกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็มีความคล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้าอยู่แล้ว จึงน่าจะรวมการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้อยู่ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ โดยถือว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีสถานะเทียบเท่ากับเครื่องหมายการค้าอันหนึ่ง³

การคุ้มครองที่แตกต่างกันนี้ทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้นอย่างมากระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น คดีสินค้าเบียร์ระหว่างเครื่องหมายการค้า Bavaria กับ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ Bayerisches Bier คดีสินค้าเบียร์ระหว่างเครื่องหมายการค้า Budwesier กับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ Budweiser Budvar คดีสินค้าชีสระหว่างเครื่องหมายการค้า Cambozola กับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ Gorgonzola เป็นต้น

ต่อมาเมื่อปี 2003 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องต่อองค์กรระดับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO Dispute Settlement Body) กล่าวว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปได้ขัดต่อบทบัญญัติความตกลง TRIPS ในเรื่องการให้สิทธิระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และข้อพิพาทดังกล่าวนี้ได้มีผลคำวินิจฉัยในปี 2005 คือ WT/DS174/R โดยคณะพิจารณา (Panel) ได้มีการความตีความบทบัญญัติในการคุ้มครองทั้งสิทธิในความตกลง TRIPS ไว้บางประการ (เพราะความตกลง TRIPS ไม่ได้มีบทบัญญัติการให้ความคุ้มครองที่เชื่อมโยงทั้งสองสิทธิกันอย่างชัดเจน) ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวไว้ในหัวข้อที่ 3 ต่อไป

³ ธนพจน เอกโยคยะ, กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ทีซีซีทอยส์ จำกัด, 2547), หน้า 111-112.

อย่างไรก็ตาม หลังจากมีคำวินิจฉัยในคดี WT/DS174/R มีผลทำให้ฝ่ายประเทศสหรัฐอเมริกา และฝ่ายสหภาพยุโรปได้มีความพยายามที่จะยกระดับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามผลประโยชน์ในกลุ่มประเทศของตนในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา ดังจะเห็นได้จากการจัดทำ FTA ระหว่างประเทศพัฒนาแล้วด้วยกันหรือระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา เช่น ในเวที APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation: APEC) สมาชิก APEC หลายประเทศได้ร่วมกันจัดทำความตกลง FTA ที่เรียกว่า ความตกลง TPP ซึ่งมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศผลักดันหลัก⁴ หรือเห็นได้จากสหภาพยุโรปมุ่งผลักดันขยายความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป ให้มีความคุ้มครองเทียบเท่ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ประเภทไวน์และสุรา เป็นต้น ทั้งนี้ แม้ประเทศไทยจะมีได้เข้าร่วมเจรจาจัดความตกลง TPP ด้วย แต่ก็มีความเป็นไปได้ว่า ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีในอนาคต ผู้เขียนจึงนำบทบัญญัติในความตกลง TPP มาวิเคราะห์ประกอบด้วยซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3. แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ขององค์กรระงับข้อพิพาท องค์การการค้าโลกในคดี WT/DS174/R ที่ได้ตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของ เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ความตกลง TRIPS ข้อ 16.1 ข้อ 24.5 และ ข้อ 17

คดี WT/DS174/R⁵ เป็นคดีที่สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียได้เรียกร้องต่อองค์กรระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (WTO Dispute Settlement Body) เพื่อคัดค้านการใช้กฎหมายมาตรา 14.2 และ 14.3 แห่ง Council Regulation (EEC) 2081/92 of 14 July 1992 on the Protection of Geographical Indications and Designations of Origin for Agricultural Products and Foodstuffs ของประชาคมยุโรป⁶ หรือเรียกว่า EC Regulation 2081/92 โดยอ้างว่าเป็นการขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และขัดต่อความตกลง TRIPS ในเรื่องการให้สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ทั้งนี้ ผู้เขียน

⁴ ฌ็อง-ฌัก อีคเคอร์, นักวิชาการพาณิชย์ชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, สัมภาษณ์, 14 ธันวาคม 2558.

⁵ คดี WT/DS174/R เป็นการวินิจฉัยข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่ยื่นในเอกสาร WT/DS174/20 และข้อเรียกร้องของออสเตรเลียที่ยื่นเอกสาร WT/DS290/18 ซึ่งทั้งสองประเทศเรียกร้องต่อสหภาพยุโรปในข้อพิพาท บทบัญญัติกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกัน (ผลคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2548).

⁶ ขณะนั้นสหภาพยุโรป (European Union–EU) ยังเป็นประชาคมยุโรป (European Communities–EC).

จะกล่าวถึงเฉพาะประเด็นการพิจารณาของ Panel ต่อบทบัญญัติความตกลง TRIPS ที่เกี่ยวข้องกับ การให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าและการให้สิทธิเจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า สหรัฐอเมริกาเรียกร้องบทบัญญัติ มาตรา 14.2⁷ แห่ง EC Regulation 2081/92 ที่ได้กำหนดว่า เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา 13⁸ ที่ซึ่งได้รับการ จดทะเบียนโดยสุจริตอยู่ก่อนวันที่มีการขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ให้เครื่องหมายการค้า นั้นสามารถใช้ต่อไปได้ (Was Lodge May Continue Notwithstanding) ดังนี้ แม้บทบัญญัติจะ แสดงให้เห็นว่า เครื่องหมายการค้าสามารถอยู่ร่วมกันกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ก็ตาม แต่กรณีเช่นนี้ สหรัฐอเมริกาได้อ้างว่า เป็นการลิดรอนสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เพราะความตกลง TRIPS ข้อ 16.1 ได้ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการห้ามการ ใช้ได้ด้วย

ในส่วนอีกบทบัญญัติหนึ่งที่สหรัฐอเมริกาได้เรียกร้อง คือ มาตรา 14.3⁹ แห่ง EC Regulation 2081/92 ได้กำหนดว่า ห้ามมิให้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หากการขึ้นทะเบียนนั้นทำให้ ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดในลักษณะแท้จริงของสินค้ากับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จัก และได้เข้ามาในระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้อ้างว่า เงื่อนไขดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิของ

⁷EC Regulation 2081/92, Article 14.2: Which due regard for community law, use of a trade mark corresponding to one of the situations referred to in Article 13 which was registered in good faith before the date on which application for registration of a designation of origin or geographical indication was lodged may continue notwithstanding the registration of a designation of origin or geographical indication, where there are no grounds for invalidity or revocation of the trademark as provided respectively by Article 3 (1) (c) and (g) and Article 12 (2) (b) of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

⁸EC Regulation 2081/92, Article 13 เป็นบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น ห้ามการใช้ใด ๆ ในทางพาณิชย์กับสินค้าที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียน หรือห้ามการใช้ในลักษณะเลียนแบบสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือห้ามการใช้ในลักษณะทำให้สาธารณชนหลงผิดในแหล่งกำเนิดหรือคุณสมบัติของสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เป็นต้น.

⁹Ibid, Article 14.3: A designation of origin or geographical indication shall not be registered where, in the light of a trade mark's reputation and renown and the length of time it has been used, registration is liable to mislead the consumer as to the true identity of the product.

เจ้าของเครื่องหมายการค้าตามความตกลง TRIPS ข้อ 16.1 ที่กำหนดให้เครื่องหมายการค้าสามารถห้ามการใช้ในกรณีอาจทำให้เกิดความสับสนเท่านั้น (Likelihood of Confusion)

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับหลักคำวินิจฉัยของ Panel ในคดี WT/DS174/R ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตีความบทบัญญัติความตกลง TRIPS ในการให้คุ้มครองสิทธิของเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในข้อ 16.1 ข้อ 24.5 และข้อ 17 ตามลำดับ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1 การให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามข้อ 16.1¹⁰

สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียน คือ สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิการใช้เครื่องหมายในทางการค้าของผู้อื่นที่เหมือนกันหรือคล้ายกันกับสินค้าหรือบริการเหมือนกันหรือคล้ายกันที่ได้จดทะเบียนโดยไม่ได้รับอนุญาตในลักษณะที่ทำให้เกิดความสับสน (Likelihood of Confusion)

Panel ได้พิจารณาข้อ 16.1¹¹ โดยประโยคแรกเป็นการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน แต่ไม่ได้บัญญัติชัดเจนว่าสามารถห้ามการใช้เครื่องหมายที่ได้รับคุ้มครองเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์¹² ในประโยคสุดท้ายเป็นข้อยกเว้นของข้อ 16.1 เป็นกรณีที่สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนจะไม่ทำให้เสื่อมสิทธิใด ๆ ที่มีอยู่ก่อน¹³

¹⁰Panel, WT/DS174/R European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indication for Agricultural Products and Foodstuffs (WT/DS174/R) 15 March 2005 [Online], available URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDDocuments/53812/Q/WT/DS/174R.pdf, 2005 (December, 31).

¹¹TRIPS Agreement, Article 16.1: The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion. In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed. The rights described above shall not prejudice any existing prior rights, nor shall they affect the possibility of Members making rights available on the basis of use.

¹²Panel, op.cit., Para. 7.601.

¹³Ibid., Para. 7.602.

อย่างไรก็ตาม ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ ในการจำกัดสิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนตามข้อ 16.1 ได้แก่ ข้อ 17¹⁴

ความเกี่ยวโยงของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับการให้สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามข้อ 16.1 นั้น บทบัญญัติข้อ 16.1 ไม่ได้บัญญัติให้เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิในการจำกัดสิทธิของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม Panel ก็ได้ตีความว่าสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนตามข้อ 16.1 สามารถห้ามการใช้ของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ (Uses as a GI)¹⁵

3.2 ข้อยกเว้นสิทธิของเจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามข้อ 24.5

บทบัญญัติของ 24.5 ได้กำหนดว่า “Where a trademark has been for or registered in good faith, or where rights to a trademark have been acquired through use in good faith either:

(a) before the date of application of these provisions in that member as defined in Part VI; of

(b) before the geographical indication is protected in its country of origin; Measures adopted to implement **this Section** shall not prejudice eligibility for or the validity of the registration of a trademark, or the right to use a trademark, on the basis that such a trademark is identical with, or similar to, a geographical indication.”

จากบทบัญญัตินี้กล่าว Panel ได้ตีความคำว่า “This Section” วรรคท้าย หมายถึง Section 3 ซึ่งเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น ดังนี้ มาตรการในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ในสิทธิของเครื่องหมายการค้า (The validity of the registration of a trademark) คือ ข้อ 22.3 และ ข้อ 23.2 (ห้ามปฏิเสธหรือเพิกถอนเครื่องหมายการค้า) และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า (The Right to Use a Trademark) คือ ข้อ 22.2 และข้อ 22.1 (ห้ามการใช้เครื่องหมายการค้า) ทั้งนี้ มาตรการใด ๆ ในความตกลง TRIPS ที่อยู่นอกเหนือจาก Section 3 มาตรการการคุ้มครองนั้น ๆ จะไม่เข้าข้อยกเว้นตามข้อ 24.5 เช่น ข้อ 16.1 สิทธิในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า เป็นต้น¹⁶

¹⁴Panel, *ibid.*, Para.7.603.

¹⁵*Ibid.*, Para.7.625.

¹⁶*Ibid.*, Para. 7.639.

อย่างไรก็ตาม ข้อ 22.3 และข้อ 23.2 เป็นกรณีการขัดแย้งกัน (Conflict) ระหว่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการคุ้มครองอยู่ก่อน (Prior Geographical Indication) กับเครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองในภายหลัง (Later Trademarks) ในทางกลับกันหากเป็นการขัดแย้งระหว่างเครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อน (Prior Trademark) และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครองภายหลัง (Later Geographical Indication) ต้องนำบทบัญญัติข้อ 24.5 มาปรับใช้หากการคุ้มครองเครื่องหมายการค้านั้นเข้าเงื่อนไขข้อ 24.5¹⁷ Panel ได้วินิจฉัยว่า ความตกลง TRIPS ข้อ 24.5 เป็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยจะไม่ไปกระทบกระเทือนต่อการใช้ของเครื่องหมายการค้า มิได้ให้สิทธิสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะไปกำจัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ โดยสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ายังคงมีสิทธิตามข้อ 16.1¹⁸

ดังนั้น การที่มาตรา 14.2 แห่ง EC Regulation 2081/92 ที่กำหนดให้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนมีสิทธิใช้ต่อไปได้แม้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลัง เป็นการให้สิทธิสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหนือกว่าสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการป้องกันการใช้กรณีนี้อาจทำให้เกิดความสับสน จึงเป็นการจำกัดสิทธิข้อ 16.1 แห่งความตกลง TRIPS จริง อีกทั้งข้อ 24.5 ไม่ได้ให้อำนาจในการกระทำเช่นนั้นได้¹⁹ อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปได้อ้างว่าบทบัญญัติของสหภาพยุโรปเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 17 แห่งความตกลง TRIPS ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

3.3 ข้อยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามข้อ 17

ความตกลง TRIPS ข้อ 17 ได้บัญญัติไว้ว่า “Members may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties.”

จากบทบัญญัติข้อ 17 ดังกล่าวเป็นการกล่าวอ้างของสหภาพยุโรปว่า แม้ว่า Panel จะวินิจฉัยว่า EC Regulation 2081/92 มาตรา 14.2 จะไม่สอดคล้องกับข้อ 24.5 และข้อ 16.1 แห่งความตกลง TRIPS ก็ตาม แต่สหภาพยุโรปก็อ้างว่าบทบัญญัตินี้สอดคล้องกับข้อ 17 แห่ง

¹⁷ Panel, *ibid.*, Para. 7.622.

¹⁸ *Ibid.*, Para. 7.618.

¹⁹ *Ibid.*, Para. 7.625.

ความตกลง TRIPS²⁰ ซึ่งสหภาพยุโรปได้แสดงหลักฐานอันเข้าเงื่อนไขของข้อยกเว้นข้อ 17 แห่งความตกลง TRIPS โดยอ้างถึง EC Regulation 2081/92 มาตรา 14.3 ซึ่ง Panel ได้พิจารณาจากการแสดงหลักฐานพร้อมตีความข้อ 17 ดังนี้

1) ข้อยกเว้นสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า (Limited Exceptions to the Rights Conferred by a Trademark)

2) การใช้ข้อความพรรณนาที่เป็นธรรม (Fair Use of Descriptive Terms)

3) ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและบุคคลที่สาม (Take Account of the Legitimate Interests of the Owner of the Trademark and of Third Parties) ดังนี้

ประการแรก ข้อ 17 เป็นข้อยกเว้น (Limited Exceptions) ในการจำกัดสิทธิที่เกิดจากเครื่องหมายการค้า ซึ่งรวมไปถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามข้อ 16.1²¹ โดยคำว่า “Exception” แสดงความหมายในตัวว่าเป็นการทำให้เสื่อมสิทธิอย่างจำกัด (Limited Derogation) ซึ่งไม่ใช่เป็นการตัดสิทธิที่มีอยู่เสียทั้งหมด โดยการที่เพิ่มคำว่า “Limited” นั้น เป็นการเน้นย้ำว่าข้อยกเว้นนั้นต้องมีลักษณะที่แคบและสามารถอนุญาตใช้ได้ในกรณีที่ทำให้สิทธิถูกลดทอนเล็กน้อยเท่านั้น²²

คำว่า “Limited Exception” ตามข้อ 17 ได้แสดงถึงการจำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ตามข้อ 16.1 คือ สิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ในการห้ามบุคคลที่สาม (Third Parties) จากการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายในทางการค้ากับสินค้าหรือบริการที่เหมือนหรือคล้ายที่ได้จดทะเบียนไว้ และการใช้ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสับสนขึ้นได้²³ ดังนั้น การจำกัดสิทธิบางประการในความหมายตามข้อ 17 นั้น หากพิจารณากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมายสหภาพยุโรปแล้ว ถือได้ว่าการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการใช้สำหรับสินค้าเกษตรกับอาหารเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่ได้จำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการห้ามสินค้าทั้งหมด อีกทั้งการบริการที่ได้รับความคุ้มครองในเครื่องหมายการค้าด้วย โดยการใช้อย่างบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นต้องเป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนแล้วเท่านั้น จึงเป็นการจำกัดสิทธิเพียงเฉพาะกลุ่มที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หากใช่เป็นการจำกัดสิทธิเจ้าของ

²⁰Panel, *ibid.*, Para. 7.644.

²¹*Ibid.*, Para. 7.647.

²²*Ibid.*, Para. 7.650.

²³*Ibid.*, Para. 7.651.

เครื่องหมายการค้าผู้ใช้เครื่องหมายอื่นไม่ จึงเป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้จำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ตามข้อ 17²⁴

ประการที่สอง ขอบเขตข้อยกเว้นใน ข้อ 17 นั้นได้มีการยกตัวอย่างในบทบัญญัติว่า “Fair use of descriptive terms” หรือ การใช้ข้อความพรรณนาที่เป็นธรรม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการใช้ในลักษณะนี้จะไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะอันจะสามารถเป็นเครื่องหมายการค้าได้²⁵ อย่างไรก็ตามแม้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะเป็นประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งและไม่ใช้ข้อความพรรณนาโดยแท้ก็ตาม แต่การยกตัวอย่างในข้อ 17 นั้นก็เป็นการคล้ายคลึงกับลักษณะของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์²⁶

ประการสุดท้าย เงื่อนไขสำคัญของข้อ 17 นั้น คือเป็นการกระทำที่จำกัดสิทธิโดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและของบุคคลที่สาม (such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of the third parties) Panel ได้ตีความข้อความดังกล่าวว่า ผลประโยชน์อันชอบธรรมนั้นไม่ใช่สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า (Rights Conferred by a Trademark) เพราะบทบัญญัตินี้ต้องการจำกัดสิทธิดังกล่าว อีกทั้ง เป็นการคำนึงถึง “บุคคลที่สาม” (The Third Parties) ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าบุคคลที่สามก็เป็นผู้ที่ไม่มีสิทธิอันเกิดจากเครื่องหมายการค้าเช่นกัน²⁷ ดังนั้นหากพิจารณาตามข้อ 15.1 แห่งความตกลง TRIPS สามารถเข้าใจได้ว่า เครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่บ่งเฉพาะ (Distinctiveness) ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีผลประโยชน์อันชอบธรรมในการรักษาความบ่งเฉพาะที่มีความเชื่อมโยงกับสินค้าหรือบริการ ซึ่งคุณค่าของเครื่องหมายการค้าจึงอยู่ที่ความมีชื่อเสียงของเครื่องหมายค้านั้นเอง²⁸

ผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลที่สาม Panel ได้กล่าวถึง “บุคคลที่สาม” ตามบทบัญญัตินี้ให้รวมถึง ผู้บริโภค (Customer)²⁹ และผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (GIs Users)³⁰ ซึ่งผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้บริโภคนั้น คือ การสามารถแยกแยะสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหนึ่งออกจากเครื่องหมายการค้าอื่นและปราศจากความสับสน ในส่วนผลประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น เห็นได้จากข้อ 22.1 แห่งความตกลง TRIPS ที่สะท้อนให้เห็นถึง

²⁴ Panel, *ibid.*, Para. 7.655.

²⁵ *Ibid.*, Para. 7.654.

²⁶ *Ibid.*, Para. 7.683.

²⁷ *Ibid.*, Para. 7.662.

²⁸ *Ibid.*, Para. 7.664.

²⁹ *Ibid.*, Para. 7.676.

³⁰ *Ibid.*, Para. 7.681.

ผลประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลในการใช้สินค้าที่มีคุณลักษณะและแหล่งที่มาจากสถานที่แหล่งกำเนิดของสินค้า³¹

บทบัญญัติข้อ 17 เป็นกรณีที่หากเกิดความสับสนขึ้น ข้อ 17 นี้ก็เป็นการจำกัดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในการห้ามการใช้อันอาจทำให้เกิดความสับสน แต่สำหรับมาตรา 14.3 แห่ง EC Regulation 2081/92 เป็นกรณีห้ามมิให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนหากเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนที่มีชื่อเสียง ซึ่งเป็นการป้องกันสาธารณชนในกรณีที่将会เกิดความสับสนสูง โดยจะไม่ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียน³² ดังนี้ Panel จึงเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 14.3 EC Regulation 2081/92 เป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์อันชอบธรรมตามข้อ 17 แห่งความตกลง TRIPS³³

กล่าวโดยสรุปแล้ว การอยู่ร่วมกันระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลัง ตามบทบัญญัติ EC Regulation 2081/92 ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ข้อ 16.1 และข้อ 24.5 แต่สอดคล้องกับข้อ 17³⁴ ทั้งนี้ การพิจารณากรณีใดอันจะเข้าข่ายกเว้นข้อ 17 นั้น แม้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่ได้บัญญัติให้มีการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป แต่หลักของ Fair Use นั้นต้องเป็นการพิจารณาแบบ Case by Case³⁵

4. การให้คุ้มครองสิทธิระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลง TRIPS ความตกลง TPP กฎหมายสหภาพยุโรป กฎหมายสหรัฐอเมริกา และกฎหมายไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงกรณีที่เกิดขึ้นและมีความเป็นไปได้ในความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วยกัน 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก กรณีเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน (Prior Trademark-Later Geographical Indication) ต่อมา 1.1 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถขึ้นทะเบียนในภายหลัง

³¹Panel, *ibid.*, Para. 7.682.

³²*Ibid.*, Para. 7.670.

³³*Ibid.*, Para. 7.686.

³⁴*Ibid.*, Para. 7.688.

³⁵*Ibid.*, Para. 7.672.

ได้หรือไม่ หรือ 1.2 สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถนำมาใช้โดยไม่ได้ขึ้นทะเบียนได้หรือไม่ หรือ 1.3 หากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนแล้วสามารถเพิกถอนเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่

ประการที่สอง กรณีที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อน (Prior Geographical Indication-Later Trademark) ต่อมา 2.1 เครื่องหมายการค้าสามารถจดทะเบียนในภายหลังได้หรือไม่ หรือ 2.2 เครื่องหมายการค้าสามารถนำมาใช้โดยไม่ได้จดทะเบียนได้หรือไม่ หรือ 2.3 หากเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนแล้ว สามารถเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้หรือไม่ โดยผู้เขียนจะนำบทบัญญัติที่มีอยู่ในความตกลง TRIPS (ประกอบกับคำวินิจฉัย Panel) ความตกลง TPP³⁶ กฎหมายสหภาพยุโรป กฎหมายสหรัฐอเมริกา และกฎหมายไทย มาวิเคราะห์เปรียบเทียบ การให้สิทธิระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในกรณีดังกล่าว ดังนี้

4.1 กรณีเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน (Prior Trademark – Later Geographical Indication)

เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน (Prior Trademark) ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของ Panel ในคดี WT/DS174/R ซึ่งหมายถึง เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการคุ้มครองโดยสุจริตอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้มาขอขึ้นทะเบียนในภายหลัง Prior Trademark มีอยู่ด้วยกัน 3 กรณี คือ เครื่องหมายการค้าที่มีสิทธิในการใช้อยู่ก่อน (Where rights to a trademark have been acquired through use) หรือเครื่องหมายการค้าที่ได้มีการยื่นคำขอจดทะเบียนอยู่ก่อน (Applied) หรือเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน (Registered) วันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมาขอขึ้นทะเบียน อย่างไรก็ตาม ในบทวิเคราะห์นี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะกรณีเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนแล้วเท่านั้น

4.1.1 การนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาขอขึ้นทะเบียนในภายหลัง

4.1.1.1 ความตกลง TRIPS

ความตกลง TRIPS อนุญาตให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถได้รับความคุ้มครองในภายหลังได้ แม้ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนอยู่ก่อน อันเป็นการอยู่ร่วมกัน (Coexistence) ระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ บทบัญญัติข้อ 24.5 กำหนดให้ เครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนโดยสุจริตอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิด ห้ามมิให้มีมาตรการใด ๆ ไปกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์แห่งสิทธิของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อน (Panel ได้ตีความมาตรการดังกล่าว

³⁶ ความตกลง TPP ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะในส่วนกรณีที่เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนแล้วเท่านั้น.

ได้แก่ ข้อ 22.2, 22.3, 23.1 และ 23.2) ดังนั้น บทบัญญัติข้อ 24.5 นี้จึงแสดงให้เห็นว่า เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลัง และการขึ้นทะเบียนฯ อาจส่งผลให้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนมีลักษณะเข้าข่ายละเมิด สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลง TRIPS ข้อ 22.2, 22.3, 23.1 และ 23.2 โดยความตกลง TRIPS ห้ามมิให้บทบัญญัติ (มาตรการ) ดังกล่าวไปกระทบกระเทือนในการห้ามใช้ หรือเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนได้

ข้อสังเกต กรณีพิจารณาว่ากรณีเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนตามข้อ 24.5 ต้องเป็นกรณีที่จดทะเบียนอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครอง (ขึ้นทะเบียน) ในประเทศแหล่งกำเนิด ดังนั้น แม้เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนในประเทศภาคีสมาชิกใดก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมาขอขึ้นทะเบียนในประเทศภาคีสมาชิกนั้น ก็หาทำให้มีสิทธิดีกว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เสมอไปไม่

4.1.1.2 ความตกลง TPP

ความตกลง TPP ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถขึ้นทะเบียนภายหลังได้ หากไม่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ซึ่งแตกต่างกับความตกลง TRIPS ที่ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลังได้ทุกกรณี จึงเป็นการยกระดับคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนให้สูงขึ้น

ดังปรากฏตามข้อ 18.32 แห่งความตกลง TPP กำหนดให้ กรณีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อน เห็นได้ว่า โอกาสที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลังนั้นจึงมีน้อยลง

ข้อสังเกต ความตกลง TPP ไม่ได้กล่าวถึงกรณีเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในประเทศแหล่งกำเนิดดังเช่นความตกลง TRIPS ข้อ 24.5 ดังนี้ จึงมีความเป็นไปได้ว่าอาจเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมาขอขึ้นทะเบียนในดินแดนนั้น ๆ ได้ อีกทั้งบทบัญญัติข้อ 18.32 แห่งความตกลง TPP ได้บัญญัติกรณีที่เครื่องหมายการค้าได้รับการคุ้มครองอยู่ก่อนในหลายกรณีด้วยกัน เช่น กรณีที่มีการใช้ การยื่นคำขอจดทะเบียน การได้รับจดทะเบียน ซึ่งขยายไปถึงกรณีที่เครื่องหมายการค้ามีสิทธิเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของประเทศสมาชิกรุ่น ๆ อีกด้วย จึงเป็นการขยายความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้สูงขึ้นมากกว่าความตกลง TRIPS (ความตกลง TRIPS มีเพียงเครื่องหมายการค้าที่ได้ใช้ ได้ยื่นคำขอจดทะเบียน และได้รับจดทะเบียนเท่านั้น)

4.1.1.3 กฎหมายสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติตามคำวินิจฉัย Panel ให้ชัดเจนขึ้น เพื่อให้บทบัญญัติมีความสอดคล้องกับข้อ 17 แห่งความตกลง TRIPS โดยกฎหมาย

สหภาพยุโรปสามารถให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถขึ้นทะเบียนในภายหลังได้ แต่ต้องคำนึงถึงเครื่องหมายการค้าที่มีองค์ประกอบของมาตรา 6.4³⁷ (ประกอบมาตรา 14.2) แห่ง EU Regulation 1151/2012 คือ เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนมีสิทธิอยู่ก่อนโดยสุจริต มีชื่อเสียง เป็นที่รู้จัก และมีการใช้มาช่วงระยะเวลาหนึ่ง และการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นทำให้สาธารณชนเข้าใจผิดในลักษณะที่แท้จริงของสินค้า ห้ามมิให้รับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนี้ หากไม่ครอบคลุมองค์ประกอบเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 6.4 ก็สามารถขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้อันเป็นการให้เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อยู่ร่วมกัน (Coexistence) ได้

ข้อสังเกต เครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อนตามกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น คือ เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนในดินแดนสหภาพยุโรปก่อนวันที่มีคำขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในดินแดนสหภาพยุโรป มิใช่วันที่เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับคุ้มครองในดินแดนแหล่งกำเนิดไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่ขัดต่อความตกลง TRIPS

4.1.1.4 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้ระบบเดียวกันกับเครื่องหมายการค้า จึงพิจารณาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งได้แก่ เครื่องหมายร่วมหรือเครื่องหมายรับรองแล้วแต่กรณี ดังนี้ หากเป็นกรณีเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนแล้ว (Prior Trademark) โดยเป็นการใช้หรือมีความเชื่อมโยง (Connection) กับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ในประการที่ทำให้เกิดความสับสน (Confusion) หรือเข้าใจผิด (Mistake) หรือเป็นการหลอกลวง (Deceive) กฎหมายเครื่องหมายการค้ากำหนดให้ปฏิเสธไม่รับการจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (เครื่องหมายการค้า) ในภายหลัง ดังกล่าว ตามมาตรา 2 (d) แห่ง The Trademark Act 1946 เห็นได้ว่า กฎหมายสหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เทียบเท่ากับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยเห็นว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่ง โดยไม่คำนึงว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีชื่อเสียงหรือไม่

ข้อสังเกต เครื่องหมายการค้าที่มีอยู่ก่อน คือ เครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนในดินแดนนั้น ๆ โดยไม่พิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครองในประเทศแหล่งกำเนิดหรือไม่ อันเป็นการไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS

³⁷EU Regulation 1151/2012, Article 6.4: A name proposed for registration as a designation of origin or geographical indication shall not be registered where, in the light of a trade mark's reputation and renown and the length of time it has been used, registration of the name proposed as the designation of origin or geographical indication would be liable to mislead the consumer as to the true identity of the product.

4.1.1.5 กฎหมายไทย

กฎหมายไทยให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถขึ้นทะเบียนในภายหลังได้เสมอ แม้สาธารณชนจะสับสนหลงผิดกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 มาตรา 5 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยกำหนดเงื่อนไข 2 ประการ คือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่สามารถได้รับการขึ้นทะเบียน 1) ต้องไม่เป็นชื่อสามัญของสินค้าที่จะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น และ 2) ต้องไม่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือนโยบายแห่งรัฐ เห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดห้ามการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วยเหตุที่เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 16 ได้เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสีย อาจหมายรวมถึง เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนแล้วมีสิทธิการคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การที่เปิดโอกาสให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียมาคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในช่วงประกาศโฆษณาเพียงอย่างเดียว นั้นยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้เขียนเห็นว่า การให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียน ในกรณีที่ทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนหรือหลงผิดกับเครื่องหมายการค้า นั้น เป็นเรื่องที่รัฐควรมีหน้าที่ในการกำกับดูแลด้วย



ตัวอย่างเครื่องหมายการค้า Bavaria³⁸ กับ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ Bayerisches Bier³⁹

³⁸Pakmart, **Bavaria** [Online], available URL: http://pakmartdutyfree.com/shop/Index.php?route=product/product&product_id=56, 2015 (March, 10).

³⁹Bayerisches Bier, **Gallery** [Online], available URL: https://www.facebook.com/Bayerisches-Bier-357104708085/photos?ref=page_internal, 2015 (March, 10).

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสมมติ เช่น หากเครื่องหมายการค้า “Bavaria” ได้รับจดทะเบียนกับสินค้าเบียร์ในประเทศเนเธอร์แลนด์อยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “Bayerisches Bier” (ในภาษาอังกฤษจะหมายถึง Bavaria) ได้รับการขึ้นทะเบียนในประเทศเยอรมนี (ประเทศแหล่งกำเนิด) ดังนี้ หากในเวลาต่อมา เครื่องหมายการค้า “Bavaria” ของประเทศเนเธอร์แลนด์ขอจดทะเบียนในประเทศไทย เครื่องหมายการค้า “Bavaria” ย่อมไม่ใช่เครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อนตามกฎหมายไทย และการพิจารณาจดทะเบียนย่อมต้องห้ามตามมาตรา 8 (12) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า เพราะถือได้ว่าเป็นกรณีที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อน และเครื่องหมายการค้ามาขอจดทะเบียนในภายหลัง (Prior Geographical Indication – Later Trademark) ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 2.1 ข้อ 4) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า นายทะเบียนไม่สามารถล่วงรู้หรือตรวจสอบได้ว่ามีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใดบ้างที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วในต่างประเทศ

ข้อสังเกต หลักในการพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อน ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 8 (12) กำหนดไม่ให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบไปด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แม้บทบัญญัติไม่ได้กำหนดว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะนำมาพิจารณา ให้หมายความถึงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองในหรือนอกราชอาณาจักรหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติของนายทะเบียนยังมีความเห็น แบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ เฉพาะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนในราชอาณาจักรเท่านั้น หรือสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนในดินแดนประเทศสมาชิกอื่น แต่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนในราชอาณาจักร ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หากกฎหมายไทยได้ให้หลักในการพิจารณาจากวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครอง (ขึ้นทะเบียน) ในประเทศแหล่งกำเนิดเป็นสำคัญ ก็จะถือได้ว่าเป็นหลักการพิจารณาเช่นเดียวกับความตกลง TRIPS

4.1.2 การนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาใช้โดยไม่ขึ้นทะเบียน

4.1.2.1 ความตกลง TRIPS

โดยลักษณะที่แท้จริงของการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น จะเป็นการบรรยายแหล่งที่มาของสินค้ากับชื่อของสินค้านั้น ๆ จึงอาจถือได้ว่าเป็นการใช้ในลักษณะข้อความพรรณนาได้⁴⁰ แต่จะสามารถพิจารณาว่าเป็นข้อยกเว้นอันเป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

⁴⁰ Panel, WT/DS174/R European communities-protection of trademarks and geographical indication for agricultural products and foodstuffs (WT/DS174/R) 15 March 2005 [Online], Available URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/53812/Q/WT/DS/174R.pdf, 2005 (December, 2014).

ตามข้อ 17 ได้หรือไม่ นั่นย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของบทบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า สามารถนำหลักในคำวินิจฉัยของ Panel ในคดี WT/DS174/R มาพิจารณาในกรณีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนอันสามารถเข้าข้อยกเว้นบทบัญญัติข้อ 17 ได้ หากการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนมีองค์ประกอบดังนี้ 1) การใช้ต้องใช้กับสินค้าที่มาจากแหล่งที่แท้จริงตามที่ระบุไว้ซึ่งเป็นการคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนหรือบุคคลที่สาม และ 2) การใช้ต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนซึ่งเป็นการคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า อันเป็นการรักษาลักษณะความบ่งเฉพาะ และคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนด้วย อย่างไรก็ตาม Panel ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิในการห้ามการใช้เครื่องหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความสับสนตามข้อ 16.1 และรวมถึงการห้ามใช้เครื่องหมายอย่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Uses as a GI) ด้วย

4.1.2.2 ความตกลง TPP

บทบัญญัติในความตกลง TPP ข้อ 18.20 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้สิทธิเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนในการห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในภายหลัง (Subsequent Geographical Indications) ในประการก่อให้เกิดความสับสน อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำวินิจฉัย Panel ที่ได้ตีความบทบัญญัติ ข้อ 16.1 ของความตกลง TRIPS ดังนั้น สามารถตีความได้เช่นเดียวกันกับความตกลง TRIPS คือ หากมีการนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาใช้โดยไม่ได้มีการขึ้นทะเบียนในประการที่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนอยู่ก่อน เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็สามารถห้ามการใช้ดังกล่าวได้

4.1.2.3 กฎหมายสหภาพยุโรป

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียน สามารถใช้ในภายหลังได้ โดยเป็นการใช้อย่างข้อความพรรณนา เนื่องจากการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้รับการขึ้นทะเบียนในสหภาพยุโรป ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนี้ ต้องพิจารณาตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า คือ The Community Trademark Regulation 207/2009 (กฎหมาย CTMR) ตามมาตรา 9 (a) (b) และ (c) ซึ่งบัญญัติว่าการใช้ใด ๆ อาจหมายถึงการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนด้วย ดังนี้ หากมีการใช้ที่ขัดต่อสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย CTMR ย่อมกระทำไม่ได้

อย่างไรก็ตาม การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียน อาจถือได้ว่า เป็นการใช้อย่างข้อความพรรณนา หากเป็นการใช้เพื่อระบุถึงชนิด คุณภาพ ปริมาณ วัตถุประสงค์ มูลค่า แหล่งภูมิศาสตร์ เวลาในการผลิตของสินค้าหรือระยะเวลาการให้บริการหรือ

คุณลักษณะพิเศษอื่น ๆ ของสินค้าหรือบริการ ซึ่งทั้งหมดนี้ต้องเป็นการกระทำที่ซื้อสัตย์ในทางการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงไม่สามารถห้ามการใช้ในลักษณะดังกล่าวได้ ตามมาตรา 12 (b) ของกฎหมาย CTMR

4.1.2.4 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนนั้นสามารถใช้ได้โดยเป็นการใช้อย่างข้อความพรรณนา เพราะกรณีการใช้อย่างข้อความพรรณนาถึงสินค้า ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ชื่อของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มักเป็นชื่อแหล่งภูมิศาสตร์หากนำไปใช้กับสินค้าที่มีแหล่งกำเนิดที่แท้จริงแล้ว ก็มีลักษณะที่เป็นการใช้อย่างข้อความพรรณนาได้ อันเป็นการกระทำที่เข้าข่ายยกเว้น ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ ตามมาตรา 33 (b) (4) แห่ง The Trademark Act 1946 อย่างไรก็ตาม เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ หากมีการใช้ในลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่มีลักษณะเดียวกันในประการที่อาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิด เจ้าของเครื่องหมายการค้าก็อาจห้ามการใช้ดังกล่าวได้ ตามมาตรา 32 (1) (a) แห่ง The Trademark Act 1946

4.1.2.5 กฎหมายไทย

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้มีการขึ้นทะเบียนสามารถใช้ในภายหลังได้ ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ในลักษณะข้อความพรรณนา หากเป็นการบรรยายถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยสุจริต

หากเปรียบเทียบบัญญัติมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ กับข้อ 17 แห่งความตกลง TRIPS เห็นได้ว่า มาตรา 47 ไม่ได้กล่าวถึง การใช้ที่ต้องคำนึงถึงเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือบุคคลที่สาม แต่หากพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยการกระทำใดที่เข้าข่ายการกระทำที่สุจริตนั้นก็จะพิจารณาจากความสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งที่มาของสินค้าเป็นสำคัญ⁴¹ จึงเป็นการพิจารณาที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและบุคคลที่สามอยู่แล้ว เพียงแต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจน ดังนั้น กล่าวได้ว่า การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียน สามารถนำมาใช้กับสินค้าที่มาจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริง ในประการที่ไม่ก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในความเป็น

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 542/2546: การที่จำเลยขอจดทะเบียนเป็นชื่อบริษัทคำว่า SONYIMPEXCO.,LTD. เป็นการทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิด จึงเป็นการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงแพร่หลายของคำว่า SONY ของโจทก์โดยไม่สุจริต.

เจ้าของกับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้อยู่ก่อนแล้ว ก็สามารถเป็นการใช้ที่เป็นธรรมอันเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 47 ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับข้อ 17 แห่งความตกลง TRIPS ได้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียน หากใช้กับสินค้าที่ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดที่แท้จริงตามที่ระบุไว้ น่าจะเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต



ตัวอย่างเครื่องหมายการค้า Budweiser⁴² กับ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ Budweiser Budvar⁴³

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสมมติ เช่น กรณี เครื่องหมายการค้า “Budweiser” ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้จดทะเบียนอยู่ก่อนในประเทศไทย ต่อมาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “Budweiser Budvar” ที่ได้รับการคุ้มครองในสาธารณรัฐเช็ก ซึ่งยังไม่ได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทย จะนำชื่อดังกล่าวมาใช้กับสินค้าที่มาจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริงในไทยได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า 1) หากสาธารณชนเข้าใจว่า “Budweiser” เป็นแหล่งภูมิศาสตร์ โดยเชื่อมโยงว่าสินค้าเบียร์ Budweiser ได้ผลิตจากเมือง Budweis ในสาธารณรัฐเช็ก ถือได้ว่า อาจเป็น การใช้ในลักษณะคำบรรยายซึ่งลักษณะและคุณสมบัติของสินค้าโดยสุจริต อันเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 47 2) หากสาธารณชนเข้าใจว่า “Budweiser” เป็นชื่อแบรนด์สินค้า โดยไม่ทราบว่าเป็นชื่อทางภูมิศาสตร์ในสาธารณรัฐเช็ก หากสาธารณชนไม่สับสน สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็สามารถใช้ได้ต่อไป

⁴²Brand New, **Budweiser Rocks the Bowtie** [Online], available URL: http://www.underconsideration.com/brandnew/archives/budweiser_rocks_the_bowtie.php#.VwWI4fmLTiU, 2015 (March, 7).

⁴³Original Dutch, **Budweiser** [Online], available URL: <http://www.origindutch.com/product/budweiser-budvar-beer-33cl-bottles>, 2015 (March, 7).

ได้ แต่หากสาธารณชนเกิดความสับสน ผู้เขียนเห็นว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้า “Budweiser” ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จดทะเบียนก็สามารถห้ามการใช้ “Budweiser Budvar” ของสาธารณรัฐเช็กที่ยังไม่ได้ขึ้นทะเบียนดังกล่าวได้

4.1.3 การเพิกถอนเครื่องหมายการค้าเมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียน

4.1.3.1 ความตกลง TRIPS

ไม่มีบทบัญญัติใดให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนได้ แต่หากพิจารณาตามบทบัญญัติข้อ 24.5 วรรคท้ายซึ่งกำหนดไว้ชัดเจนว่า มาตรการใด ๆ ที่คุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนโดยสุจริตอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในประเทศแหล่งกำเนิด ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งนี้เครื่องหมายการค้าต้องจดทะเบียนอยู่ก่อนโดยสุจริต และต้องเป็นเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในประเทศแหล่งกำเนิด

4.1.3.2 ความตกลง TPP

ไม่มีบทบัญญัติใดในความตกลง TPP ให้สิทธิเจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลังไปเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนอยู่ก่อน

4.1.3.3 กฎหมายสหภาพยุโรป

EU Regulation 1151/2012 มาตรา 14.2 ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายสหภาพยุโรปให้เครื่องหมายการค้ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถอยู่ร่วมกันได้ โดยที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะไม่ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน ดังนั้น เจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เมื่อได้ขึ้นทะเบียนในภายหลังแล้วจึงไม่สามารถเพิกถอนเครื่องหมายการค้าได้

4.1.3.4 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

ไม่มีบทบัญญัติใดให้สิทธิที่จะไปเพิกถอนเครื่องหมายการค้าอยู่ก่อนได้ เว้นแต่การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น การนำเครื่องหมายการค้ามาจดทะเบียนโดยรู้ว่าเป็นชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับความคุ้มครองในประเทศอื่นซึ่งตามกฎหมายถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) เป็นต้น หรือกรณีที่มีเหตุให้เพิกถอนได้ตามมาตรา 13 แห่ง The Trademark Act 1946 เช่น เครื่องหมายการค้าที่เป็นชื่อสามัญสำหรับสินค้าที่จดทะเบียน เครื่องหมายการค้าที่ได้ใช้เพื่อหลอกลวงเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า เป็นต้น

4.1.3.5 กฎหมายไทย

เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลังแล้ว ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อนได้ เป็นการไม่กระทบกระเทือนสิทธิการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอันเป็นการสอดคล้องกับความตกลง TRIPS อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายไทยยังมีความไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS บางประการ เพราะมีการกระทบกระเทือนสิทธิของการยื่นคำขอ และการใช้เครื่องหมายการค้าอยู่ก่อน ดังนี้

4.1.3.5.1 กรณีกระทบกระเทือนสิทธิการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ ซึ่งวางหลักไว้ว่า ให้เพิกถอนเครื่องหมายการค้า หากขณะรับจดทะเบียน เครื่องหมายการค้ามีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 ดังนี้ หากในขณะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในระหว่างการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายนั้นจะมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 (12) อันจะถูกเพิกถอนทะเบียนในภายหลังได้ แต่ความตกลง TRIPS ได้ให้ความคุ้มครองถึงการยื่นคำขอของเครื่องหมายการค้าอยู่ก่อนด้วย ดังนี้ กฎหมายไทยจึงไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า วันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครอง คือ วันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยื่นคำขอขึ้นทะเบียน ดังนั้น กรณีที่จะต้องไม่ไปกระทบต่อคำขอของเครื่องหมายการค้า ต้องเป็นกรณีที่คำขอลี้ขังบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ยื่นภายหลังวันที่ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

4.1.3.5.2 กรณีกระทบกระเทือนสิทธิการใช้เครื่องหมายการค้า กล่าวคือ หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่มีสิทธิการใช้อยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะได้รับการขึ้นทะเบียนและการใช้นั้นมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 27 (กรณีสินค้าทั่วไป เช่น การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ก่อให้เกิดบุคลอื่นสับสนหรือหลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า หรือในลักษณะที่เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น) และมาตรา 28 (กรณีสินค้าเฉพาะอย่าง เช่น การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าที่ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดที่แท้จริง) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ แล้วแต่กรณี หากภายหลังสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนแล้ว การกระทำเฉพาะกรณีละเมิด สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไปเท่านั้นที่มีสิทธิใช้ต่อไปได้ แต่กรณีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่าง ตามมาตรา 28 ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวไว้ อันเป็นกรณีที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การใช้เครื่องหมายการค้าที่เป็นการละเมิดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 27 นั้น บทบัญญัติใช้คำว่า “เพื่อ” ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาของผู้กระทำ “เพื่อ” ทำให้บุคคลอื่นหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริง หรือ “เพื่อ” ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ดังนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติ เห็นได้ว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่เจตนาไม่สุจริต (Bad Faith) ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะได้รับการขึ้นทะเบียน อีกทั้งหากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลังแล้ว กฎหมายให้ถือว่า การกระทำความผิดเป็นการกระทำโดยชอบ ทั้งนี้ ตามมาตรา 27 วรรคท้าย หากพิจารณาเปรียบเทียบกับความตกลง TRIPS ข้อ 24.5 ได้กำหนดให้การกระทำที่สุจริต (Good Faith) เท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครอง ดังนี้ บทบัญญัติมาตรา 27 จึงไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS

4.2 กรณีที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อน (Prior Geographical Indication - Later Trademark)

4.2.1 การนำเครื่องหมายการค้ามาขอรับจดทะเบียนในภายหลัง

4.2.1.1 ความตกลง TRIPS

โดยหลักแล้ว ความตกลง TRIPS ไม่อนุญาตให้เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบไปด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการจดทะเบียน หากเครื่องหมายการค้านั้นมีลักษณะเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามบทบัญญัติข้อ 22.3 และ 23.2 บทบัญญัติดังกล่าวนี้ Panel ได้กล่าวว่าเป็นการบัญญัติถึงความเชื่อมโยงระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างชัดเจน⁴⁴ ทั้งนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามข้อ 22.3 และข้อ 23.2 ดังนี้

ประการแรก เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป บทบัญญัติข้อ 22.3 กำหนดไว้ 2 กรณี คือ 1) หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าที่ไม่ได้มาจากแหล่งภูมิศาสตร์และการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้านั้นจะทำให้สาธารณชนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า กรณีดังกล่าวนี้เครื่องหมายการค้าจะไม่ได้รับการจดทะเบียน 2) หากเครื่องหมายการค้าได้ใช้กับสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ที่แท้จริง หรือเป็นกรณีที่เครื่องหมายการค้าไม่ได้ใช้กับสินค้าที่มาจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริง แต่การใช้ดังกล่าวไม่ทำให้สาธารณชนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริง เครื่องหมายการค้าดังกล่าวมานี้สามารถได้รับการจดทะเบียนในภายหลังได้ เห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ต้องการป้องกันมิให้ผู้บริโภคเกิดความหลงผิดใน

⁴⁴Panel, op. cit., p. 138, Para. 7.622.

แหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้าซึ่งเป็นหลักในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภค



ตัวอย่างเครื่องหมายการค้าที่อาจได้รับการจดทะเบียน⁴⁵

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสมมติ การใช้ชื่อ “CHAIYA SALTED EGG” จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้ากับเสื้อ เห็นได้ว่าไข่เค็มไชยา (CHAIYA SALTED EGG) เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่กรณีดังกล่าวนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าเสื้อ ซึ่งมีไข่เค็มและเป็นกรณีที่สาธารณชนไม่ได้หลงผิดในแหล่งที่มาของสินค้า เห็นได้ว่า กรณีดังกล่าว ความตกลง TRIPS อนุญาตให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ (ผู้เขียนขอพิจารณาเฉพาะเครื่องหมายการค้าในประเด็นที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น)

ประการที่สอง เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าไวน์และสุรา (สินค้าเฉพาะอย่าง) บทบัญญัติข้อ 23.2 กำหนดไว้ว่า หากเครื่องหมายการค้ามีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไวน์หรือสุราและนำไปใช้กับสินค้าไวน์หรือสุราที่ไม่ได้มาจากแหล่งที่ระบุในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ให้ปฏิเสธหรือเพิกถอนเครื่องหมายการค้าดังกล่าว อย่างไรก็ตาม กรณีที่เครื่องหมายการค้าได้ใช้กับสินค้าไวน์หรือสุราที่มาจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริง การกระทำดังกล่าวก็ไม่ต้องห้ามตามข้อ 23.2 เครื่องหมายการค้าก็สามารถได้รับการจดทะเบียนได้ เห็นได้ว่า ความตกลง TRIPS ยอมรับการนำชื่อทางภูมิศาสตร์หรือสิ่งบ่งชี้

⁴⁵GT Ltd., **T-Shirt** [Online], available URL: <http://shop.gavinturk.com/products/egg-t-shirt>, 2013 (March, 7).

ทางภูมิศาสตร์มาใช้ในลักษณะเป็นการบรรยายถึงแหล่งที่มาของสินค้า หากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นมาเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้า ก็ไม่ทำให้เครื่องหมายการค้านั้นถูกปฏิเสธหรือเพิกถอน

4.2.1.2 กฎหมายสหภาพยุโรป

กฎหมายสหภาพยุโรปได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ สามารถพิจารณาได้จากมาตรา 14.1 แห่ง EU Regulation 1151/2012 ซึ่งโดยหลักแล้วมาตรา 14.1 กำหนดให้ปฏิเสธหรือเพิกถอนเครื่องหมายการค้าที่ขัดต่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 13.1 และการกระทำนั้นได้กระทำกับสินค้าประเภทเดียวกัน (Type) กับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เครื่องหมายการค้าสามารถได้รับการจดทะเบียนได้ โดยต้องคำนึงถึงสิทธิของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยโอกาสที่เครื่องหมายการค้าจะได้รับการจดทะเบียนในภายหลังจึงมีความเป็นไปได้ หากได้ใช้กับสินค้าที่มาจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริง

4.2.1.3 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้เครื่องหมายการค้าในลักษณะของเครื่องหมายร่วมหรือเครื่องหมายรับรองได้ ดังนี้ หากมีเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนในภายหลังเหมือนหรือคล้ายกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยใช้กับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้และก่อให้เกิดความสับสน เครื่องหมายการค้านั้นต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนตาม The Trademark Act 1946 มาตรา 2 (d) และเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นมาคัดค้านตามมาตรา 13 (a) อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าก็มีการบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าไวน์และสุราในระดับที่สูงกว่าการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป โดยบทบัญญัติมาตรา 2 (a) ให้ปฏิเสธการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีความเชื่อมโยงกับสินค้าไวน์หรือสุราที่แสดงถึงสถานที่อื่นใดนอกจากสถานที่ที่เป็นแหล่งกำเนิดของสินค้าด้วย

4.2.1.4 กฎหมายไทย

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 8 (12) เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนแล้ว ไม่ว่าจะในประเทศไทยหรือต่างประเทศ กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนในภายหลัง เห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ไม่ว่าเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นจะได้สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยไม่ถือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งแม้เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะได้ใช้มาจนแพร่หลายก็ตามก็ไม่ทำให้เกิดลักษณะบ่งเฉพาะอันจะทำให้รับจดทะเบียนได้ตามมาตรา 6 เห็นได้ว่า กฎหมายไทยไม่รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอย่างเด็ดขาด ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ในข้อ

22.3 และข้อ 23.2 ที่อนุญาตให้เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนได้ หากไม่ต้องห้ามตาม บทบัญญัติดังกล่าว

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำที่นำมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ากับสิ่ง บ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อาจเป็นคำที่ไม่เหมือนหรือคล้ายกันได้ อาจเพราะใช้ภาษาที่ต่างกัน แต่อาจ หมายถึง สิ่งเดียวกัน จึงอาจทำให้นายทะเบียนเกิดความผิดพลาดในการตรวจสอบ เช่น กรณีเปียร์ เครื่องหมายการค้า “Bavaria Beer” กับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “Bayerisches Bier” เห็นได้ว่าทั้งสองคำมีความแตกต่างกัน เสียงเรียกขานที่แตกต่างกัน แต่คำว่า “Bayerisches Bier” เป็น ภาษาเยอรมัน ซึ่งในภาษาอังกฤษจะเขียนว่า “บาวาเรีย” เหมือนกัน ดังนั้น เครื่องหมายการค้า “Bavaria” จึงเป็นเครื่องหมายการค้าที่ต้องห้ามจดทะเบียนตามมาตรา 8 (12)

อย่างไรก็ตาม เห็นได้ว่า หากพิจารณาชื่อ “Bavaria Beer” กับ “Bayerisches Bier” ก็ไม่ก่อให้เกิดความสับสนหรือหลงผิด ดังนั้น หากข้อเท็จจริงเป็นเช่นนี้ ตาม ความตกลง TRIPS ก็สามารถให้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนในภายหลังได้ จึงเป็นการมุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของเครื่องหมายการค้าตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองในประการที่สาธารณชนไม่เกิด ความสับสน ซึ่งกลับกันกับกฎหมายไทย แม้สาธารณชนไม่เกิดความสับสน เครื่องหมายการค้าก็ไม่ อาจที่จะจดทะเบียนได้

4.2.2 การนำเครื่องหมายการค้ามาใช้โดยไม่จดทะเบียน

4.2.2.1 ความตกลง TRIPS

โดยหลักแล้วความตกลง TRIPS จะไม่อนุญาตให้มีการใช้อย่างใด ๆ ถ้าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามข้อ 22.2 และข้อ 23.1 ทั้งนี้ Panel ได้ ตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้หมายความรวมถึงการใช้อย่างเครื่องหมายการค้าด้วย ซึ่งผู้เขียนได้ พิจารณาประเด็นการใช้เครื่องหมายการค้าดังนี้

ประการแรก ข้อ 22.2 (a) สำหรับกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป การใช้ในลักษณะใดๆทำให้สาธารณชนหลงผิดใน แหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า หรือ (b) การใช้ในลักษณะใด ๆ ซึ่งทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม จะถือว่าเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่ละเมิดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งไม่สามารถ กระทำได้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียน โดยตรง แต่อาจใช้ในลักษณะที่ทำให้สาธารณชนสามารถเชื่อมโยงกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ก็ถือว่า เข้าลักษณะการกระทำละเมิดในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว

ประการต่อมา ข้อ 23.1 สำหรับกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าไวน์และสุรา โดยความตกลง TRIPS ให้ความคุ้มครองในระดับที่สูงขึ้น กล่าวคือ แม้จะเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่ไม่ทำให้สาธารณชนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงก็ตาม หากเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้ใช้กับสินค้าไวน์หรือสุราที่มาจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริงตามที่ระบุไว้ เครื่องหมายการค้านั้นก็อาจใช้ได้

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากเป็นการใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าคนละประเภทกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แม้จะไม่ใช่การใช้ที่ละเมิดตามข้อ 22.2 (a) และข้อ 23.1 ก็ตาม แต่ก็อาจเข้าลักษณะเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามข้อ 22.2 (b) ได้ เช่น การใช้ชื่อแชมเปญ (Champagne) กับน้ำหอม ซึ่งทำให้ชื่อของแชมเปญนั้นลดทอนคุณค่าลง (Dilution) เป็นต้น

4.2.2.2 กฎหมายสหภาพยุโรป

การใช้เครื่องหมายการค้าภายหลังวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียน เครื่องหมายการค้าสามารถใช้ได้โดยไม่ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติ มาตรา 13.1 แห่ง EU Regulation 1151/2012 กล่าวคือ เป็นการกระทำอย่างใด ๆ ที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภค เป็นต้น

4.2.2.3 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กรณีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกานั้น ถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองในลักษณะของเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งเนื่องจากการคุ้มครองในระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้า ดังนั้น การพิจารณาว่าสามารถใช้เครื่องหมายการค้าภายหลังได้หรือไม่ ก็พิจารณาตามหลักเกณฑ์เดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน จะนำมาใช้ในภายหลัง ในลักษณะที่ก่อให้เกิดสาธารณชนสับสนหรือหลงผิดกับเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว ไม่ได้ตามมาตรา 32 (1) (a)

อย่างไรก็ตาม การใช้เครื่องหมายการค้าในภายหลังนี้ มีข้อแตกต่างกับการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในภายหลัง คือ การใช้เครื่องหมายการค้าเป็นลักษณะการใช้ที่บ่งชี้ว่าใครเป็นเจ้าของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า นั้น แต่การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถใช้ในลักษณะข้อความพรรณนาได้ ดังนี้ การใช้เครื่องหมายการค้าในภายหลังจึงไม่มีลักษณะการใช้ข้อความพรรณนาอันจะอ้างเป็นข้อยกเว้นได้

4.2.2.4 กฎหมายไทย

เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในประเทศไทยแล้ว การกระทำใด ๆ ที่จะเป็นการละเมิดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ ซึ่งการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องไม่ต้องห้ามตามมาตรา 27 และมาตรา 28 ผู้เขียนเห็นว่า การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามบทบัญญัติดังกล่าวนั้น หมายความว่ารวมถึงการใช้เครื่องหมายการค้าด้วย

ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อย่างเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าทั่วไปโดยที่สินค้านั้นไม่ได้มีแหล่งกำเนิดที่แท้จริงตามที่ระบุไว้ในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การใช้ดังกล่าวต้องไม่ทำให้สาธารณชนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า หรือเป็นการใช้ที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ก็สามารถใช้อย่างเครื่องหมายการค้าได้

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ตามมาตรา 27 และมาตรา 28 ดังที่ได้กล่าวมานั้น เป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้เท่านั้น มิได้บัญญัติครอบคลุมถึงการใช้ในลักษณะใด ๆ ที่สาธารณชนสามารถเชื่อมโยงกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังเช่น บทบัญญัติของความตกลง TRIPS ที่ได้กำหนดไว้ตามข้อ 22.2 และข้อ 23.1 ดังนั้น หากเป็นการที่เครื่องหมายการค้ามีการใช้เครื่องหมายอื่นที่มีความเชื่อมโยงกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และทำให้สาธารณชนหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริง กรณีเช่นนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ มิได้บัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จากการกระทำเช่นนั้นไว้เป็นการเฉพาะ กรณีดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS



ตัวอย่างกรณีการใช้ในลักษณะใด ๆ สำหรับสินค้าทั่วไป⁴⁶ และสินค้าเฉพาะอย่าง⁴⁷

⁴⁶The 350 Degree Oven, **Homemade Chinese Salted Egg** [Online], available URL: <http://www.the350degreeoven.com/2012/10/chinese-taiwanese>, 2012 (March, 7).

⁴⁷Nonjatta, **Whisky shop W. exclusive: Bromore 15YO & Chita Grain** [Online], available URL: <http://www.nonjatta.com/2013/02>, 2013 (March, 7).

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสมมติ กรณีไขเค็มไชยาได้รับการขึ้นทะเบียนเป็น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประเทศไทยสำหรับสินค้าทั่วไป หากมีบุคคลอื่นนำมาใช้ แต่ไม่ได้ใช้คำว่า “ไขเค็มไชยา” หรือคำว่า “ไชยา” ติดอยู่บนสินค้า แต่หากเป็นการใช้รูปภาพมวยไชยาติดอยู่บนสินค้า ซึ่งทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งกำเนิดของสินค้า กรณีเช่นนี้ หากพิจารณาตามมาตรา 27 แล้ว บทบัญญัติได้คุ้มครองกรณีเฉพาะการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น อีกทั้งความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ นี้เป็นการกระทำความผิดทางอาญา ดังนั้น การตีความ บทบัญญัติย่อมต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด จึงไม่สามารถตีความเกี่ยวโยงไปถึงการใช้ชื่อใด ๆ ที่ทำให้สาธารณชนมีความเชื่อมโยงกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงอาจ ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 27 แต่อย่างใด แต่ในกรณีความตกลง TRIPS นั้น ความตกลง TRIPS ได้ บัญญัติคุ้มครองการกระทำในลักษณะนี้ด้วย ดังนั้น กฎหมายไทยจึงเป็นกรณีที่ไม่สอดคล้องกับความ ตกลง TRIPS

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสมมติอีกกรณีหนึ่ง สำหรับสินค้าเฉพาะอย่าง กรณี สินค้าสุรากลั่นสก๊อตวิสกี (Scotch Whisky) เห็นได้ว่า ไม่มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “สก๊อตวิสกี” หรือ “Scotch Whisky” แต่อย่างใด ซึ่งมาตรา 28 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสินค้าเฉพาะ อย่าง ได้บัญญัติเฉพาะการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น มิได้บัญญัติถึงกรณีการใช้ในลักษณะใด ๆ ดังนั้น กรณีนำภาพธงชาติของประเทศสก๊อตแลนด์มาติดอยู่บนสินค้า จึงเป็นกรณีอาจทำให้ สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงได้ ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวไม่อาจเป็น ความผิดตามมาตรา 28 ได้ แต่หากเป็นกรณีความตกลง TRIPS ได้บัญญัติให้เอาผิดกับการกระทำ ดังกล่าวด้วย จึงเป็นกรณีที่กฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS

4.2.3 การเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียน

4.2.3.1 ความตกลง TRIPS

ความตกลง TRIPS ไม่มีบทบัญญัติใดให้เครื่องหมายการค้าเพิกถอน สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ ผู้เขียนพบว่า เครื่องหมายที่สามารถได้รับการจดทะเบียนได้นั้น ต้องไม่มี ลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ตามข้อ 22.3 และ ข้อ 23.2 ดังนั้น การจดทะเบียน เครื่องหมายการค้าจึงมักไม่เกิดข้อขัดแย้งกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ แต่หากเกิดข้อขัดแย้งระหว่าง เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เครื่องหมายการค้าก็ต้องถูกเพิกถอนไป

4.2.3.2 กฎหมายสหภาพยุโรป

EU Regulation 1151/2012 มาตรา 14.1 ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น แล้วว่า เป็นกรณีที่เครื่องหมายการค้าสามารถได้รับจดทะเบียนได้ แต่เครื่องหมายดังกล่าวต้องไม่เป็น การต้องห้ามตามมาตรา 13.1 หรือไม่ได้ใช้กับสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนกับสิ่งบ่งชี้ ทางภูมิศาสตร์ แม้กฎหมายสหภาพยุโรปอนุญาตให้เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนใน

ภายหลังได้ แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติให้เครื่องหมายการค้าที่ได้รับจดทะเบียนในภายหลังนั้นสามารถเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อนได้ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นกรณีที่ห้ามมิให้เครื่องหมายการค้ากระทำละเมิดกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามมาตรา 14.1 โอกาสที่สาธารณชนจะสับสนหรือหลงผิดย่อมเกิดขึ้นได้น้อย จึงไม่เป็นการขัดกันระหว่างเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

4.2.3.3 กฎหมายสหรัฐอเมริกา

เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียน (จดทะเบียน) แล้ว ไม่มีบทบัญญัติใดให้เครื่องหมายการค้าไปเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อนได้อีกทั้ง การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต้องไม่เหมือนหรือคล้ายกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประการที่ก่อให้เกิดความสับสน ย่อมไม่เกิดข้อพิพาทขึ้นในเรื่องการเพิกถอน เว้นแต่ กรณีที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งพิจารณาหลักเกณฑ์เดียวกันกับข้อ 1.3 3) ที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในส่วนข้างต้น

4.2.3.4 กฎหมายไทย

กฎหมายไทยไม่อนุญาตให้เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนภายหลังอย่างเด็ดขาด ดังนั้น จึงไม่มีสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะไปกระทบต่อสิทธิของเจ้าของ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อนได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 8 (12) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ จึงเป็นการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหนือกว่าเครื่องหมายการค้า

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความตกลง TRIPS ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้าทั่ว ๆ ไป

ความตกลง TPP ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เปรียบเสมือนเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งซึ่งเป็นการคุ้มครองทั้งสองสิทธิให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน ซึ่งเป็นการยกระดับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าให้สูงขึ้นยิ่งกว่าความตกลง TRIPS และคำวินิจฉัย Panel อีกทั้งเป็นการสกัดกั้นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสหภาพยุโรปไม่ให้เข้าช้อยกเว้นตามข้อ 17 ได้

กฎหมายสหภาพยุโรป มีบทบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องหมายการค้ากับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ชัดเจน ซึ่งได้ให้สิทธิแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้าทั่ว ๆ ไป โดยให้การขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องไม่ก่อให้เกิดความสับสนกับลักษณะที่แท้จริงในสินค้าของเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง

กฎหมายสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่ง โดยไม่ต้องแยกพิจารณาว่าเครื่องหมายการค้านั้นมีระดับความมีชื่อเสียงประการใด ซึ่งพิจารณาจากความเหมือนหรือคล้ายและการก่อให้เกิดความสับสนเป็นหลัก

กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้าเพราะกรณีที่เครื่องหมายการค้าได้รับการจดทะเบียนอยู่ก่อน สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็สามารถได้รับการขึ้นทะเบียนได้ อันเป็นกรณีที่อาจก่อให้เกิดความสับสน มีเพียงให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียมาคัดค้านในช่วงระยะเวลาประกาศโฆษณาการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เท่านั้น และหากรับการขึ้นทะเบียนแล้ว ก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่สามารถเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในกรณีเช่นนี้ได้อย่างชัดเจน แต่ในทางกลับกันหากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อน เครื่องหมายการค้าจะไม่สามารถได้รับการจดทะเบียนอย่างเด็ดขาด จึงเป็นการให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหนือกว่าอย่างชัดเจน และเป็นกรณีที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้า ผู้เขียนสรุปได้ว่า ความตกลง TRIPS ก็ได้ให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้าเช่นกัน แต่ทั้งนี้ กฎหมายไทยยังมีกรณีที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS บางประการ ดังนี้

- ไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิห้ามการใช้อย่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ (Uses as GI)

- กรณีตามข้อ 24.5 แห่งความตกลง TRIPS ไม่ให้การขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในภายหลัง ไปกระทบต่อการใช้ การยื่นคำขอและการจดทะเบียนของเครื่องหมายการค้าโดยสุจริตอยู่ก่อน โดยผู้เขียนพบว่า กฎหมายไทยไม่สอดคล้องในกรณีที่ไม่ให้กระทบต่อการใช้ และการยื่นคำขอเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่ก่อนโดยสุจริต ดังนี้

- สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในกรณียื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่ก่อนโดยสุจริต เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลัง คำขอเครื่องหมายการค้าจะถูกปฏิเสธ ตามมาตรา 8 (12) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

- มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ.2546 ไม่สอดคล้องกับข้อ 24.5 แห่งความตกลง TRIPS เพราะอนุญาตการกระทำที่ไม่สุจริต ซึ่งความตกลง TRIPS ไม่อนุญาต

- สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เกิดจากการใช้อยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างได้รับการขึ้นทะเบียน กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

- เมื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนอยู่ก่อนแล้ว พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มาตรา 8 (12) ปฏิเสธคำขอเครื่องหมายการค้าทุกกรณี แต่ความตกลง TRIPS อนุญาตในบางกรณี

- การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ บัญญัติเพียงแต่การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ไม่มีการบัญญัติถึงการใช้โดยประการอื่นใด ที่จะเป็นการละเมิดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ผู้เขียนสรุปได้ว่า กฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับความตกลง TPP ในกรณีเครื่องหมายการค้าได้จดทะเบียนอยู่ก่อนและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ขอขึ้นทะเบียนภายหลัง ดังนี้

- ไม่มีบทบัญญัติในกรณีให้ปฏิเสธ หรือเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หากการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในประการที่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าทั่ว ๆ ไป รวมถึงสิทธิของเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายไทยที่มีสิทธิอยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะได้รับการขึ้นทะเบียน

- ไม่บทบัญญัติในการให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ใช้ในภายหลัง (Subsequence Geographical Indications) เป็นการเฉพาะ

ข้อเสนอแนะ

5.1 เสนอแนะแนวทางกฎหมายไทยในการคุ้มครองสิทธิเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

5.1.1 ให้มีบทบัญญัติกำหนดให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลัง โดยไม่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและจดทะเบียนอยู่ก่อน

5.1.2 ให้มีบทบัญญัติให้เพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ขึ้นทะเบียนในภายหลัง ในประการที่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและจดทะเบียนอยู่ก่อน

5.2 เสนอแนะแนวทางแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

กฎหมายไทยให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองในลักษณะเช่นเดียวกับความตกลง TRIPS แต่การคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทยดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ทั้งหมดทุกประการ ผู้เขียนจึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ดังนี้

5.2.1 ให้มีบทบัญญัติให้สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการห้ามการใช้อย่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ (Uses as GI)

5.2.2 ไม่ให้บทบัญญัติการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการใช้หรือการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่ก่อนโดยสุจริต อีกทั้ง ให้กรณีการใช้ใดๆ ให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วย

5.2.3 ให้คุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่เกิดจากใช้อยู่ก่อนวันที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่าง

5.2.4 ให้เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถได้รับการจดทะเบียนในภายหลังได้ หากไม่ทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้า แต่เฉพาะเครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สินค้าเฉพาะอย่าง ต้องใช้กับสินค้าที่มีแหล่งกำเนิดตามภูมิศาสตร์เท่านั้น

5.3 เสนอแนะแนวทางกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับความตกลง TPP ในส่วนที่เกี่ยวข้องการรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

5.3.1 ห้ามมิให้มีการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หากการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนอยู่ก่อน หรือเครื่องหมายการค้าที่ได้สิทธิอยู่ก่อนในประเทศไทย

5.3.2 ให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อนโดยสุจริตเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการคัดค้านการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

5.3.3 ให้มีการเพิกถอนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนในประการที่ก่อให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่ได้สิทธิอยู่ก่อนในประเทศไทย

5.3.4 ให้สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าในการห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Subsequence Geographical Indications) โดยผู้เขียนขอเสนอแนะเช่นเดียวกันกับข้อที่ 5.2 ข้อ 5.2.1

อย่างไรก็ตาม หากแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับความตกลง TPP แล้ว จะทำให้กฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS เพราะความตกลง TRIPS ให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สามารถได้รับการขึ้นทะเบียนในภายหลังได้ทุกกรณี โดยให้สิทธิแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เหนือกว่าเครื่องหมายการค้าทั่ว ๆ ไป แต่การคุ้มครองตามความตกลง TPP เป็นการให้สิทธิแก่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เทียบเท่ากับเครื่องหมายการค้า จึงเป็นการลดระดับสิทธิของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้ต่ำกว่ามาตรฐานของความตกลง TRIPS อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยได้เข้าร่วมความตกลง TPP

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ควรให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในภายหลัง โดยคำนึงถึงเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความคุ้มครองอยู่ก่อน โดยพิจารณาจากความสับสนหรือหลงผิดของสาธารณชน และความโดดเด่นเฉพาะของเครื่องหมายการค้าเป็นสำคัญ ก็จะทำให้เป็นการคุ้มครองที่สอดคล้องกับความตกลง TRIPS ข้อ 17 และสอดคล้องความตกลง TPP ข้อ 18.32

บรรณานุกรม

- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์. **สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) ทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิชุมชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556.
- ธนพจน เอกโยคยะ. **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ทีซีซีทอยส์ จำกัด, 2547.
- ธนพจน เอกโยคยะ. นักวิชาการพาณิชย์ชำนาญการพิเศษ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, สัมภาษณ์, 14 ธันวาคม 2558.
- Bayerisches Bier. **Gallery** [Online]. Available URL: https://www.facebook.com/Bayerisches-Bier-357104708085/photos?ref=page_internal, 2015 (March, 10).
- Brand New. **Budweiser Rocks the Bowtie** [Online]. Available URL: http://www.undercon/sideration.com/brandnew/archives/budweiser_rocks_the_bowtie.php#VwWI4fmLTiU, 2015 (March, 7).
- GT Ltd.. **T-Shirt** [Online]. Available URL: <http://shop.gavinturk.com/products/egg-t-shirt>, 2013 (March, 7).
- Nonjatta. **Whisky shop W. exclusive: Bromore 15YO & Chita Grain** (Online). Available URL: <http://www.nonjatta.com/2013/02>, 2013 (March, 7).
- Original Dutch. **Budweiser** [Online]. Available URL: <http://www.origindutch.com/product/budweiser-budvar-beer-33cl-bottles>, 2015 (March, 7).
- Pakmart. **Bavaria** [Online]. Available URL : http://pakmartdutyfree.com/shop/Index.php?route=product/product&product_id=56, 2015 (March, 10).
- Panel. **WT/DS174/R European communities-protection of trademarks and geographical indication for agricultural products and foodstuffs (WT/DS174/R) 15 March 2005** [Online]. Available URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/53812/Q/WT/DS/174R.pdf, 2005 (December, 31).
- The 350 Degree Oven. **Homemade Chinese Salted Egg** [Online]. Available URL: <http://www.the350degreeoven.com/2012/10/chinese-taiwanese>, 2012 (March, 7).

แนวโน้มผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการ
จัดทำ ASEAN Common Visa ต่อภาคการท่องเที่ยว
ของไทยและประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ทักษ์จัน ตั้งสุภูมิ

แนวโน้มผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการจัดทำ ASEAN Common Visa
ต่อภาคการท่องเที่ยวของไทยและประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง*
ASEAN Common Visa: Impacts on Thai Tourism
and Related Laws

ทักษจัน ตั้งสุภูมิ**
Taksachan Tangsuphoom

บทคัดย่อ

ประเทศสมาชิกอาเซียนมีแนวคิดที่จะจัดทำโครงการตรวจลงตราร่วมอาเซียน หรือ “ASEAN Common Visa” เพื่ออำนวยความสะดวกด้านการเดินทางและลดความยุ่งยากในกระบวนการด้านวีซ่าให้แก่ผู้ที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน และมีเป้าหมายให้การเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศภายในภูมิภาคอาเซียนเป็นไปอย่างเสรี โดยมุ่งหวังว่า ASEAN Common Visa จะเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ทำให้อาเซียนสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศให้เดินทางมาเยือนภูมิภาคเพิ่มขึ้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อภาคการท่องเที่ยวของแต่ละประเทศสมาชิกและภูมิภาคอาเซียนโดยรวม อีกทั้งเป็นการเสริมสร้างความเชื่อมโยงภายใต้การรวมตัวกันเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) อีกด้วย งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาว่าในกรณีที่จัดทำ ASEAN Common Visa ประเทศไทยมีแนวโน้มจะได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้ ASEAN Common Visa อย่างไรบ้าง โดยทำการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ ในด้านเศรษฐศาสตร์จะวิเคราะห์แนวโน้มผลกระทบของ ASEAN Common Visa ที่มีต่อภาคการท่องเที่ยวของไทยโดยเน้นการอธิบายผลกระทบทางตรง (direct effect) ที่คาดว่าจะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อสถานการณ์การท่องเที่ยวของไทยใน 3 ประการ ได้แก่ จำนวนนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศที่มาเยือน รายได้จากการท่องเที่ยว และการจ้างงานภายในประเทศ รวมทั้งวิเคราะห์ถึงผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของไทยที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในกรณีที่ มี ASEAN Common Visa ด้วยส่วนในด้านนิติศาสตร์จะศึกษาวิเคราะห์หลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของไทย เพื่อนำเสนอแนวทางในการเตรียมความพร้อมด้านกฎหมาย

* บทความนี้เรียบเรียงจากสารนิพนธ์เรื่องแนวโน้มผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการจัดทำ ASEAN Common Visa ต่อภาคการท่องเที่ยวของไทยและประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ อาจารย์ ดร.เนศรา สุขพานิช.

** นักศึกษาในหลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิตนิติเศรษฐศาสตร์การค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ภายในประเทศและประเมินความเป็นได้ในการจัดทำ ASEAN Common Visa สำหรับประเทศไทย
ในอนาคต

Abstract

By becoming the ASEAN Community, ASEAN's ten nations have deepened their alliances in three important areas: Political-Security, the Economy, and the Socio-Cultural sphere. This has led to several successes in economic growth and social progress. There is, however, still a lot to be achieved in the area of Travel and Tourism cooperation. The goal would be to increase the number of international tourist arrivals in ASEAN, which would create more tourism revenues and bring additional prosperity to the region. According to research by the World Tourism Organization, visa policies are among the most influential factors for international tourism, and visa facilitation has contributed to remarkable growth in the tourism sector for many parts of the world.

In this regard, the concept of an ASEAN Common Visa has been suggested by ASEAN leaders as a regional tool that would facilitate non-ASEAN travelers in visa and immigration procedures. An ASEAN Common Visa would be a single visa that would enable the visa holder to travel across all ASEAN countries with only one ASEAN visa. Since not many travelers today would be willing to queue at ten different embassies to obtain ten different visas, an ASEAN Common Visa would be a great benefit to travelers who desired to visit more than one country in the region on the same trip. Moreover, a move towards an ASEAN Common Visa would require all ASEAN Member States to implement joint visa policies and adopt common processes. In this way, the development of an ASEAN Common Visa would help standardize visa rules and regulations among ASEAN countries. An ASEAN Common Visa would also enable free, almost seamless movement of ASEAN citizens within ASEAN Member States. That would support the people-to-people connectivity goal of the ASEAN Community. With easier visa procedures under an ASEAN Common Visa scheme, it is widely expected that a common visa for ASEAN would attract more tourists to visit, which would contribute to increases in tourism, employment, business, and economic growth for all of the countries of ASEAN.

คำสำคัญ : การตรวจลงตราอาเซียน, การท่องเที่ยว, การตรวจคนเข้าเมือง

Keywords : ASEAN Common Visa, Tourism, Immigration

1. บทนำ

สถานการณ์การท่องเที่ยวของโลกในปัจจุบันมีแนวโน้มเติบโตอย่างต่อเนื่องทำให้มีจำนวนนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศเพิ่มสูงขึ้นทุกปีโดยกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน¹ เป็นจุดหมายปลายทางที่นักท่องเที่ยวทั้งจากภายในประเทศสมาชิกอาเซียนเอง (ASEAN nationals) และนักท่องเที่ยวนอกอาเซียน (non-ASEAN nationals) ให้ความสนใจเดินทางมาเยือนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา นอกจากนี้ยังมีการคาดการณ์กันว่าภาคการท่องเที่ยวของอาเซียนมีแนวโน้มที่จะเติบโตในทิศทางบวกต่อไปอีกจากการที่สมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศได้รวมตัวกันเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) อย่างสมบูรณ์เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.2015 (พ.ศ. 2558) ที่ผ่านมา ภาคการท่องเที่ยวของไทยเองก็มีแนวโน้มขยายตัวอย่างต่อเนื่องเช่นกันเนื่องจากประเทศไทยถือเป็นจุดหมายปลายทางหลัก (top destination) ที่นักท่องเที่ยวจากทั่วโลกนิยมเดินทางมาเยือนประกอบกับศักยภาพด้านการท่องเที่ยวของไทยในด้านต่าง ๆ ทำให้ประเทศไทยมีนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศเดินทางมาเยือนเพิ่มมากขึ้นทุกปี อีกทั้งในระยะหลังไทยยังเน้นการประชาสัมพันธ์การท่องเที่ยวของไทยในลักษณะเชื่อมโยงกับกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ เพื่อให้นักท่องเที่ยวต่างชาติที่เดินทางเข้ามาในภูมิภาคอาเซียนวางแผนเดินทางเข้ามาในไทยเพิ่มมากขึ้นด้วย

อย่างไรก็ดี ก่อนที่นักท่องเที่ยวระหว่างประเทศจะสามารถเดินทางเข้าไปท่องเที่ยวในประเทศไทยได้นั้น จำเป็นจะต้องได้รับการตรวจลงตราหรือ Visa (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “วีซ่า”) เพื่อเป็นหลักฐานในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาเยือนและพำนักภายในประเทศได้วีซ่าจึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวในฐานะที่เป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศที่นักท่องเที่ยวต้องดำเนินการขอรับวีซ่าเพื่อให้สามารถเดินทางเข้าไปในประเทศปลายทางได้ด้วยเหตุนี้ นโยบายวีซ่าจึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่เป็นตัวกำหนดอุปสงค์ด้านการท่องเที่ยวซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ประเทศหนึ่ง ๆ จะได้รับจากภาคการท่องเที่ยว โดยหากประเทศใดดำเนินนโยบายด้านวีซ่าที่เปิดกว้างต่อการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศในระดับสูงสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่นักท่องเที่ยวและมีศักยภาพในการดึงดูดนักท่องเที่ยวให้เดินทางมาเยือนได้มาก ก็จะเป็นปัจจัยสนับสนุนให้ประเทศนั้นได้รับประโยชน์จากภาคการท่องเที่ยวที่จะขยายตัวขึ้นได้มาก ส่งผลให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศปลายทางนั้นขยายตัวขึ้นตามไปด้วย

¹อาเซียน หรือ สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations: ASEAN) ประกอบด้วยกลุ่มประเทศสมาชิก 10 ประเทศ ได้แก่ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ ไทย เวียดนาม สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เมียนมา และกัมพูชา.

ทั้งนี้ หากพิจารณานโยบายด้านวีซ่าที่กลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันพบว่าแต่ละประเทศยังมีนโยบายด้านวีซ่าที่ไม่สอดคล้องกันและมีขั้นตอนในกระบวนการขอวีซ่าที่แตกต่างกัน ทำให้เกิดความไม่สะดวกในการดำเนินการด้านวีซ่าซึ่งความยุ่งยากของกระบวนการด้านวีซ่านี้เองได้กลายเป็นอุปสรรคสำคัญสำหรับการเดินทางท่องเที่ยวระหว่างประเทศสำหรับนักท่องเที่ยวในทุกยุคสมัย อาเซียนจึงมีแนวคิดที่จะดำเนินการมาตรการผ่อนปรตนโยบายด้านวีซ่าและลดความยุ่งยากในกระบวนการตรวจคนเข้าเมืองให้แก่นักท่องเที่ยวด้วยการจัดทำการตรวจลงตราร่วมอาเซียนหรือ “ASEAN Common Visa” เพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางข้ามแดนระหว่างประเทศให้กับบุคคลสัญชาตินอกอาเซียนที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาในกลุ่มประเทศอาเซียน ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อนักท่องเที่ยวที่วางแผนเดินทางไปในประเทศสมาชิกอาเซียนมากกว่าหนึ่งประเทศติดต่อกัน รวมถึงนักท่องเที่ยวที่มีสัญชาติที่ยังไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าสำหรับการเดินทางเข้าสู่ประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศ นอกจากนี้ ASEAN Common Visa จะเป็นการสร้างเงื่อนไขและสภาพแวดล้อมภายในภูมิภาคให้เป็นมิตรและดึงดูดใจต่อนักท่องเที่ยวผู้มาเยือนทำให้อาเซียนสามารถเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการท่องเที่ยวระหว่างประเทศได้อย่างสูงสุด

2. การตรวจลงตราร่วมอาเซียน: ASEAN Common Visa

2.1 ความเป็นมาของ ASEAN Common Visa

การเดินทางระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศมีข้อกำหนดว่าคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาในภูมิภาคจะต้องได้รับวีซ่าเพื่อเป็นหลักฐานแสดงการอนุญาตให้เข้าเมืองและพำนักชั่วคราวจากประเทศปลายทางนั้นก่อน โดยผู้เดินทางจะต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอรับวีซ่าตามเงื่อนไขและแนวปฏิบัติของแต่ละประเทศปลายทางที่กำหนดก่อนการเดินทาง จึงจะสามารถเข้าสู่ดินแดนของประเทศอาเซียนนั้น ๆ ได้ ทำให้นักท่องเที่ยวต่างชาติต้องเผชิญกับความยุ่งยากเกี่ยวกับข้อกำหนดด้านวีซ่าและพิธีการเข้าเมืองในการเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในกลุ่มประเทศอาเซียน ด้วยเหตุนี้ ภายใต้แผนยุทธศาสตร์การท่องเที่ยวอาเซียน พ.ศ.2554-2558 (ASEAN Tourism Strategic Plan 2011-2015) จึงกำหนดให้อาเซียนดำเนินการมาตรการอำนวยความสะดวกด้านการเดินทางภายในอาเซียน (travel facilitation) สำหรับผู้มาเยือนระยะสั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดให้นักท่องเที่ยวต่างชาติเดินทางเข้ามาเยือนภูมิภาคอาเซียนเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้การอำนวยความสะดวกด้านการตรวจลงตราระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน (visa facilitation) เป็นยุทธศาสตร์หนึ่งในการเสริมสร้างความเชื่อมโยงของอาเซียนในด้านประชาชนถึงประชาชน (people-to-people connectivity) ภายใต้แผนแม่บทว่าด้วยความเชื่อมโยงระหว่างกัน

ในอาเซียน (Master Plan on ASEAN Connectivity : MPAC) เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของอาเซียนที่ประสงค์จะให้มีการเดินทางหรือการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศภายในภูมิภาคเป็นไปอย่างเสรี

ในปัจจุบันอาเซียนได้ดำเนินการยกเว้นวีซ่าสำหรับบุคคลสัญชาติอาเซียน (ASEAN Nationals) ที่เดินทางระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันเองแล้วภายใต้กรอบความตกลง ASEAN Framework Agreement for Visa Exemption ต่อมาอาเซียนจึงได้มีแนวคิดที่จะจัดตั้งการตรวจลงตราร่วมอาเซียนหรือ “ASEAN Common Visa” เพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางให้แก่บุคคลสัญชาตินอกอาเซียน (non-ASEAN Nationals) ที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนโดยอินโดนีเซียเป็นผู้เสนอแนวคิดเรื่อง ASEAN Common Visa ขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2554 และผู้นำอาเซียนทั้งสิบประเทศได้มีการลงนามและรับรองร่างแถลงการณ์ของผู้นำอาเซียนว่าด้วยวีซ่าอาเซียน (Joint Non-Paper on ASEAN Common Visa for Non-ASEAN Nationals) ในระหว่างการประชุมสุดยอดอาเซียนครั้งที่ 19 เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2554 ณ เมืองบาหลี อินโดนีเซีย มีสาระสำคัญเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของผู้นำอาเซียนที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกเร่งพัฒนาแผนงานการจัดทำ ASEAN Common Visa สำหรับบุคคลที่ไม่ได้มีสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียนขึ้นโดยเร็ว และได้มอบหมายให้รัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนร่วมกับกลไกต่าง ๆ ของอาเซียนที่เกี่ยวข้องดำเนินการศึกษาความเป็นไปได้ในการพัฒนาแผนงานเพื่อจัดทำ ASEAN Common Visa เพื่อเสนอให้ที่ประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) พิจารณาต่อไป

2.2 หลักการและสาระสำคัญของ ASEAN Common Visa

ASEAN Common Visa มีหลักการสำคัญคือ ผู้ที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในอาเซียนสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอรับวีซ่าจากสมาชิกอาเซียนประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงครั้งเดียว จากนั้นก็จะสามารถเดินทางเข้าไปท่องเที่ยวในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นทั้งสิบประเทศได้ทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการขอรับวีซ่าจากประเทศปลายทางเป็นรายประเทศอีก ซึ่งต่างจากแนวปฏิบัติในปัจจุบันที่ผู้มาเยือนจะต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอวีซ่าจากแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นรายประเทศก่อนจึงจะสามารถเดินทางเข้าไปยังประเทศปลายทางนั้น ๆ ได้ ASEAN Common Visa จึงเป็นมาตรการอำนวยความสะดวกแก่นักท่องเที่ยวซึ่งจะทำให้กระบวนการขอวีซ่าของสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศสอดคล้องและเป็นมาตรฐานเดียวกันมากขึ้น ลดขั้นตอนและความยุ่งยากในกระบวนการด้านวีซ่าส่งผลให้อุปสงค์ของการเดินทางท่องเที่ยวภายในภูมิภาคเพิ่มขึ้นทำให้อาเซียนมีโอกาสดึงดูดนักท่องเที่ยวต่างชาติให้เดินทางเข้ามาเยือนภูมิภาคได้เพิ่มขึ้นด้วย โดยเฉพาะกลุ่มนักท่องเที่ยวที่วางแผนเดินทางไปในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนมากกว่าหนึ่งประเทศติดต่อกัน

และนักท่องเที่ยวสัญชาติที่สามนอกกลุ่มอาเซียน (non-ASEAN Nationals) ที่ปัจจุบันยังไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าสำหรับการเดินทางเข้าสู่ประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศ ซึ่งจะเป็นกลุ่มที่ได้รับประโยชน์จากการมี ASEAN Common Visa มากที่สุด

เงื่อนไขของวีซ่าที่สำคัญ คือ ASEAN Common Visa เป็นวีซ่าสำหรับการเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ในการท่องเที่ยว (tourist visa) เท่านั้น ซึ่งผู้เดินทางจะต้องดำเนินการเพื่อขอรับ ASEAN Common Visa ก่อนการเดินทาง (pre-issued visa) และเป็นวีซ่าประเภทที่ไม่สามารถขอต่ออายุวีซ่าได้โดยทั่วไป ASEAN Common Visa จะไม่สามารถถูกยกเลิกได้ เว้นแต่ในกรณีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ถือวีซ่ามีการปลอมแปลงเอกสารหรือประวัติบุคคลหรือในกรณีที่บุคคลนั้นมีวัตถุประสงค์อื่นในการเดินทางนอกเหนือจากเพื่อการท่องเที่ยว ทั้งนี้ ASEAN Common Visa ยังคงให้อำนาจอธิปไตยแก่รัฐสมาชิกในการตรวจคนเข้าเมืองและการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในดินแดนของรัฐตนอย่างเต็มที่อีกทั้งให้สิทธิแก่รัฐสมาชิกในการกำหนดระยะเวลาอนุญาตให้พำนักในประเทศได้ตามที่เห็นสมควรโดยอาจให้เป็นไปตามข้อกำหนดด้านวีซ่าภายในประเทศตนหรือตามความตกลงร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกก็ได้ นอกจากนี้ รัฐสมาชิกมีสิทธิที่จะปฏิเสธการเข้าเมืองของคนต่างด้าว ณ จุดผ่านแดน แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้รับการอนุมัติ ASEAN Common Visa แล้วก็ตาม หรือในกรณีที่มีการละเมิดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดของ ASEAN Common Visa รัฐสมาชิกก็สามารถปรับใช้กฎหมายภายในประเทศของตนเพื่อบังคับลงโทษกับบุคคลต่างด้าวดังกล่าวได้²

2.3 อุปสรรคและความท้าทายในการจัดตั้ง ASEAN Common Visa

ประเทศสมาชิกอาเซียนอยู่ระหว่างการศึกษาความเป็นไปได้ของการจัดทำ ASEAN Common Visa รวมทั้งประเมินผลดีผลเสีย ปัญหาอุปสรรค และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นตามมาจากการบังคับใช้นโยบายดังกล่าวโดยอาเซียนได้ตระหนักถึงความท้าทายในการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ในประเด็นต่าง ๆ อาทิเช่น ความเสี่ยงด้านความมั่นคงของรัฐเนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนมองว่าการจัดตั้ง ASEAN Common Visa อาจเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลไม่พึงประสงค์ (people of concern) สามารถเดินทางเข้าออกภายในอาเซียนได้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้น และประเทศสมาชิกจะสามารถตรวจสอบบุคคลที่จะเดินทางเข้ามาในประเทศได้น้อยลงจากการที่ทั้งสิบประเทศจะต้องอนุมัติวีซ่าร่วมกันภายใต้ ASEAN Common Visa อีกทั้งอาจเกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ ASEAN Common Visa เนื่องจากในปัจจุบันประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีข้อกำหนดภายในประเทศด้านวีซ่าและพิธีการตรวจคนเข้าเมืองที่แตกต่างกันซึ่งหากไม่มีการ

² กรมอาเซียน, ASEAN Common Visa คืออะไร [Online], available URL: <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/other-20130212-141607-257228.pdf>, 2559 (พฤษภาคม, 15).

ปรับเปลี่ยนข้อกำหนดให้สอดคล้องกันแล้วก็จะทำให้การอำนวยความสะดวกแก่นักเดินทางโดยใช้ ASEAN Common Visa ในทางปฏิบัติไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรนอกจากนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนอาจต้องแบกรับต้นทุนในการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ที่เพิ่มขึ้น ทั้งในด้านเงินทุนและทรัพยากรบุคคลจากการที่จะต้องลงทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถรองรับการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยแต่ละประเทศจะมีต้นทุนในการบริหารจัดการภายในประเทศมากน้อยแตกต่างกันไป ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเป็นไปได้ว่าประเทศสมาชิกมีโอกาสที่จะได้รับผลประโยชน์จากการมี ASEAN Common Visa ไม่เท่าเทียมกัน โดยประเทศที่มีระดับการพัฒนาที่สูงกว่าและมีความสามารถในการรับมือกับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการมี ASEAN Common Visa ได้มากกว่าก็มีแนวโน้มที่จะได้รับประโยชน์มากกว่าและสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวต่างชาติให้เดินทางเข้ามาในประเทศตนเพิ่มขึ้นได้มากกว่าด้วย³

2.4 ความเป็นไปได้ในการจัดตั้ง ASEAN Common Visa

แม้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะเห็นชอบร่วมกันในหลักการที่จะต้องเร่งรัดการจัดทำ ASEAN Common Visa ให้เกิดขึ้นโดยเร็วเพื่อส่งเสริมการท่องเที่ยวในภูมิภาค แต่การดำเนินการเพื่อจัดตั้ง ASEAN Common Visa กลับไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควรและยังไม่มีข้อยุติเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับแนวทางในการจัดทำ ASEAN Common Visa ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้จึงยังไม่มีท่าทีว่าอาเซียนจะสามารถเริ่มบังคับใช้ ASEAN Common Visa ได้จริงในอนาคตอันใกล้ตามแผนงานที่กำหนดไว้ เหตุผลหลักที่ทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียน ยังไม่แสดงท่าทีผลักดันการจัดตั้ง ASEAN Common Visa อย่างเต็มที่ คือความห่วงกังวลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐซึ่งเป็นประเด็นหลักที่ประเทศสมาชิกให้ความสำคัญและต้องพิจารณาอย่างรอบคอบก่อนที่จะริเริ่มจัดตั้ง ASEAN Common Visa เนื่องจากการบังคับใช้ ASEAN Common Visa อาจส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐในการตรวจคนเข้าเมือง⁴ กล่าวคือ จากเดิมที่แต่ละประเทศมีสิทธิโดยเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการควบคุมและตรวจตราคนต่างด้าวที่จะเดินทางเข้ามาในประเทศผ่านการอนุมัติวีซ่าตามที่แต่ละรัฐกำหนด แต่ในกรณีที่มี ASEAN Common Visa สมาชิก

³ Khalik, A., & Adamrah, M., ASEAN working on common visa procedure [Online], available URL: <http://www.thejakartapost.com/news/2011/11/16/asean-working-common-visa-procedure.html>, 2016 (June, 5).

⁴ Khalik, A., & Adamrah, M., ASEAN working on common visa procedure [Online], available URL: <http://www.thejakartapost.com/news/2011/11/16/asean-working-common-visa-procedure.html>, 2016 (June, 5).

อาเซียนจะต้องเปลี่ยนมาเป็นการอนุมัติวีซ่าร่วมกัน ซึ่งอาจทำให้แต่ละประเทศไม่สามารถควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าวที่จะเดินทางเข้ามาในรัฐตนได้อย่างเต็มที่อีกทั้งการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถเดินทางเข้าออกประเทศได้อย่างสะดวกอาจทำให้รัฐไม่สามารถสกัดกั้นบุคคล ไม่พึงประสงค์ที่จะแอบแฝงเข้ามาในประเทศได้ ซึ่งหากรัฐไม่มีมาตรการในการป้องกันที่ดีเพียงพอแล้วก็อาจจะเกิดปัญหาต่าง ๆ ภายในประเทศตามมาได้ เช่น ปัญหาด้านความมั่นคง การค้ามนุษย์ แรงงานต่างด้าว อาชญากรรมข้ามชาติ และปัญหาด้านสาธารณสุข เป็นต้น⁵ ประกอบกับการที่อาเซียนมีข้อจำกัดในเรื่องเงินทุน เทคโนโลยี และยังมีความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสมาชิกอยู่มากทำให้สมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศมีความพร้อมต่อการเข้าร่วม ASEAN Common Visa ในระดับที่แตกต่างกัน⁶ นอกจากนี้ประเทศสมาชิกยังไม่สามารถหาบทสรุปที่ชัดเจนร่วมกันได้ในรายละเอียดเกี่ยวกับหลักการ วิธีการดำเนินการ เงื่อนไขความตกลง และกรอบระยะเวลาที่เหมาะสมในการเริ่มบังคับใช้ ASEAN Common Visa อีกทั้งยังมีประเด็นเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติงานอื่น ๆ อีกมากที่ประเทศสมาชิกจะต้องตกลงกันให้ได้ก่อนที่จะเริ่มบังคับใช้ ASEAN Common Visa อย่างเป็นทางการ ซึ่งหากยังตกลงกันไม่ได้ก็เป็นไปได้ยากที่ ASEAN Common Visa จะเกิดขึ้นได้ หรืออาจต้องเลื่อนแผนการบังคับใช้ความตกลงออกไปอีกเพื่อให้อาเซียนมีเวลาในการเจรจากันมากขึ้น และปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้การจัดตั้ง ASEAN Common Visa เป็นไปอย่างล่าช้าก็คือการที่ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ยังไม่มีข้อผูกพันทางการเมือง (political commitment) ในการผลักดัน ASEAN Common Visa อย่างกระตือรือร้นโดยอาเซียนยังขาดแรงจูงใจทางการเมืองและความมุ่งมั่นของผู้นำประเทศที่จะส่งเสริมให้ ASEAN Common Visa เกิดขึ้นได้จริงซึ่งข้อผูกพันทางการเมืองนี้นับเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญของความร่วมมือภายใต้กรอบอาเซียน ดังเช่นที่มีการวิเคราะห์ไว้ว่า ความสำเร็จของความร่วมมือด้านการท่องเที่ยวระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้นำประเทศเป็นสำคัญ เพราะผู้นำประเทศจะมีบทบาทนำในการวางนโยบายการท่องเที่ยวและเป็นผู้มีอำนาจสั่งการให้เกิดการบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ในทางปฏิบัติรวมถึงความไว้วางใจและมิตรภาพที่ดีระหว่างกันก็จะเสริมสร้างบรรยากาศความร่วมมือที่ดีและช่วยผลักดันความร่วมมือให้ก้าวหน้าในระดับที่สูงขึ้นด้วย⁷

⁵ กรมศุลกากร, “ASEAN Common Visa,” *จุลสารศุลกากร* 22, 12 (กันยายน 2557): 6-8.

⁶ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.), *Single Window : ความเป็นไปได้ในกลุ่มประเทศลุ่มน้ำโขง (GMS)* [Online], available URL: www.tradelogistics.go.th/download/file/d81ad0a8.pdf, 2555 (พฤษภาคม, 15).

⁷ Wong, PY. E., “The Recipe for Success in Intergovernmental Tourism Collaboration- Perspectives of ASEAN Stakeholders,” *CAUTHE 2007: Tourism - Past Achievements, Future Challenges* (2007): 570-572.

3. ผลกระทบของ ASEAN Common Visa ต่อภาคการท่องเที่ยวของไทย

งานวิจัยของ UNWTO & WTTC ชี้ให้เห็นว่า การดำเนินนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่า (facilitative visa policy) จะส่งผลทางบวกต่อการท่องเที่ยวของอาเซียน ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีทางเศรษฐกิจต่อภูมิภาคอาเซียนโดยรวมและสมาชิกทั้งสิบประเทศ อย่างไรก็ตาม สมาชิกแต่ละประเทศมีแนวโน้มจะได้รับผลประโยชน์จากการผ่อนปรนนโยบายด้านวีซ่าในระดับที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับปัจจัยภายในประเทศ 2 ประการ ได้แก่ (1) ความสามารถในการแข่งขันด้านการท่องเที่ยวของประเทศปลายทาง (destination competitiveness) โดยประเทศที่มีระดับความสามารถในการแข่งขันด้านการท่องเที่ยวสูง เมื่อมีการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าก็จะสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวให้มาเยือนได้มาก และ (2) รูปแบบมาตรการหรือนโยบายอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าที่บังคับใช้ โดยหากนโยบายที่รัฐเลือกนำมาใช้สามารถลดความยุ่งยากในกระบวนการด้านวีซ่าได้มากขึ้นเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับนโยบายวีซ่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันก็จะส่งผลต่อการตัดสินใจเดินทางมาเยือนและสามารถดึงดูดให้นักท่องเที่ยวต่างชาติเดินทางมาเยือนประเทศนั้น ๆ ได้เพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย⁸

สำหรับประเทศไทย ASEAN Common Visa จะส่งผลต่อการเจริญเติบโตของภาคการท่องเที่ยวของไทยในระดับที่สูง จากผลการสำรวจของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยพบว่าร้อยละ 30 ของนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เดินทางเข้ามาในไทยให้ความสำคัญต่อความสะดวกของพิธีการเข้าเมือง และข้อกำหนดด้านวีซ่า โดยนำมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเลือกเดินทางมายังประเทศไทย⁹ จึงกล่าวได้ว่า การอำนวยความสะดวกด้านวีซ่ามีผลโดยตรงต่ออุปสงค์การท่องเที่ยวของไทยโดยยังมีการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่ามากเท่าใดก็จะเป็นผลดีต่อการท่องเที่ยวของไทยมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งข้อได้เปรียบสำคัญที่จะทำให้ไทยได้ประโยชน์จากการมี ASEAN Common Visa คือทำเลที่ตั้งของประเทศไทยซึ่งตั้งอยู่ ณ จุดศูนย์กลางของภูมิภาคและเป็นจุดยุทธศาสตร์ที่สำคัญในการเชื่อมโยงอาเซียนเนื่องจากในปัจจุบันมีการประชาสัมพันธ์ให้อาเซียนเป็นจุดหมายปลายทางเดียว ในการท่องเที่ยว (ASEAN as a single destination) โดยสนับสนุนให้นักท่องเที่ยวเดินทางมายังประเทศหนึ่งในอาเซียนแล้วเดินทางต่อไปยังประเทศสมาชิกอื่นด้วย (multi-destination) แทนที่จะมุ่ง

⁸ UNWTO & WTTC, *The impact of visa facilitation in ASEAN Member States* (Madrid: UNWTO, 2014), p. 12.

⁹ การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย, รายงานสรุปฉบับผู้บริหาร: โครงการสำรวจข้อมูลเพื่อการวิเคราะห์พฤติกรรมนักท่องเที่ยวเชิงลึก (ผลการวิเคราะห์ข้อมูลเบื้องต้น ช่วงเวลา 1 มกราคม-31 ธันวาคม 2556) [Online], available URL: <http://tatic.tourismthailand.org>, 2556, 2559 (พฤษภาคม, 15).

เดินทางมาท่องเที่ยวในประเทศใดประเทศหนึ่งและใช้เวลาอยู่ที่นั่นตลอดจนกระทั่งเดินทางกลับประเทศเช่นในอดีตที่ผ่านมา(mono destination) ในวันนี้ไทยจึงได้กำหนดนโยบายส่งเสริมการท่องเที่ยวที่เน้นการท่องเที่ยวแบบเชื่อมโยงในภูมิภาคอาเซียน โดยไทยมุ่งหวังจะเป็นจุดเชื่อมโยงด้านการท่องเที่ยวของภูมิภาคอาเซียนทั้งทางบก ทางเรือ และทางอากาศ ผ่านโครงการส่งเสริมความเชื่อมโยงต่าง ๆ เช่น ASEAN Connect Plus(Thailand) และ CLMVT Linkage อีกทั้งมีการกำหนดแผนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อเชื่อมโยงเส้นทางเชื่อมต่อภายในอาเซียนให้สามารถเดินทางถึงกันได้อย่างสะดวกและเน้นตั้งเป้าเปิดประตูชายแดนสู่การเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยว ในระดับภูมิภาคนอกจากนี้ ความได้เปรียบของไทยอีกประการหนึ่งก็คือประเทศไทยถือเป็นหนึ่งในจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวที่สำคัญทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาคอาเซียน โดยได้รับการยอมรับจากนักท่องเที่ยวทั่วโลกและเป็นประเทศที่มีนักท่องเที่ยวนิยมเข้ามาท่องเที่ยวเป็นลำดับต้น ๆ เมื่อเทียบกับประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น เนื่องจากเมืองไทยมีจุดเด่นในเรื่องลักษณะภูมิประเทศและมีทรัพยากรด้านการท่องเที่ยวที่หลากหลาย สามารถตอบสนองความต้องการและรสนิยมความชอบของนักท่องเที่ยวได้ทุกกลุ่มในทุกระดับ ประกอบกับการที่ไทยมีความพร้อมทางด้านโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ เช่น ระบบสาธารณูปโภค ระบบการคมนาคมขนส่ง มีท่าอากาศยานนานาชาติที่เป็นศูนย์กลางขนาดใหญ่เป็นอันดับสองของเอเชีย นักท่องเที่ยวจึงสามารถเดินทางมายังประเทศไทยและเข้าถึงแหล่งท่องเที่ยวภายในประเทศได้โดยสะดวก อีกทั้งยังมีสิ่งอำนวยความสะดวกในการท่องเที่ยวที่ครบครันซึ่งสามารถสร้างความพึงพอใจให้กับนักท่องเที่ยวได้ในระดับสูง ดังนั้น การมี ASEAN Common Visa จึงทำให้ประเทศไทยมีโอกาสจะได้ประโยชน์จากการที่นักท่องเที่ยวจะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพิ่มขึ้นอีก ทั้งในลักษณะที่มีไทยเป็นจุดหมายปลายทางแรกของการท่องเที่ยว (first destination) โดยตั้งใจเดินทางมาเที่ยวในไทยก่อนเป็นหลักแล้วจึงเดินทางต่อไปยังประเทศเพื่อนบ้านอื่นในอาเซียน และในกรณีที่ไทยเป็นจุดหมายปลายทางที่นักท่องเที่ยวเดินทางไปต่อเป็นลำดับรอง (second destination) โดยวางแผนเดินทางไปยังประเทศอื่นในอาเซียนก่อนแล้วจึงค่อยเดินทางมาท่องเที่ยวในประเทศไทย

จากปัจจัยภายในประเทศซึ่งเป็นข้อได้เปรียบด้านการท่องเที่ยวของไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงคาดการณ์ได้ว่าการมี ASEAN Common Visa จะส่งผลกระทบโดยตรงต่อภาคการท่องเที่ยวของไทยในทิศทางบวก โดยเมื่อ ASEAN Common Visa มีผลทำให้อุปสงค์ของการเดินทางท่องเที่ยวในอาเซียนเพิ่มขึ้นแล้ว ประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกอาเซียนก็มีแนวโน้มจะได้ประโยชน์จากอุปสงค์ที่เพิ่มขึ้นนี้ตามไปด้วย ทั้งนี้ งานวิจัยนี้จะทำการวิเคราะห์และอธิบายถึงแนวโน้มผลกระทบของ ASEAN Common Visa ที่คาดว่าจะมีต่อการท่องเที่ยวของไทย โดยอ้างอิงผลการศึกษาของ UNWTO & WTTC ซึ่งได้นำเสนอแบบจำลองผลกระทบที่เป็นผลประโยชน์ส่วนเพิ่ม (marginal effect) ที่คาดว่าอาเซียนจะได้รับจากการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าใน 3 ด้าน ได้แก่

จำนวนนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศที่เดินทางมาเยือน (international tourist arrivals Impact) รายได้จากการท่องเที่ยว (international tourism receipts impact) และอัตราการจ้างงานภายในประเทศ (employment impact)¹⁰ ดังรายละเอียดปรากฏในตารางที่ 1 และ 2

ตารางที่ 1 แบบจำลองผลกระทบที่คาดว่าอาเซียนจะได้รับการดำเนินนโยบายอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าแสดงผลในรูปของจำนวนหรือปริมาณของผลประโยชน์ที่อาเซียนจะได้รับเพิ่มขึ้นจากสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

	ตลาดกลุ่มเป้าหมาย (ร้อยละ)	แบบจำลองในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายในระดับต่ำ				แบบจำลองในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายในระดับสูง			
		นักท่องเที่ยว ที่มาเยือน (x1,000)	รายได้จาก การท่องเที่ยว (ล้านดอลลาร์ สหรัฐ)	การจ้างงานในภาค ท่องเที่ยวโดยตรง (x1,000)	การจ้างงาน โดยรวม (x1,000)	นักท่องเที่ยว ที่มาเยือน (x1,000)	รายได้จากการ ท่องเที่ยว (ล้านดอลลาร์ สหรัฐ)	การจ้างงาน ในภาค ท่องเที่ยว โดยตรง (x1,000)	การจ้าง งาน โดยรวม (x1,000)
บรูไนดารุสซาลาม	37.5	20	30	0.2	0.4	42	63	0.4	0.8
กัมพูชา	0.0	0	0	0.0	0.0	0	0	0.0	0.0
อินโดนีเซีย	4.9	109	190	9.0	15.7	209	364	17.2	30.1
สปป.ลาว	0.3	1	0	0.0	0.1	3	1	0.1	0.2
มาเลเซีย	10.7	1,561	1,392	25.3	41.6	2,321	2,071	37.7	61.9
เมียนมา	100.0	167	106	18.9	34.3	343	217	38.9	70.3
ฟิลิปปินส์	7.5	48	68	3.8	8.7	122	171	9.6	22.0
สิงคโปร์	4.6	358	605	3.1	5.1	504	851	4.4	7.2
ไทย	4.2	439	698	26.8	49.6	692	1,102	42.3	78.3
เวียดนาม	54.3	604	809	100.1	177.0	1,306	1,750	216.3	382.7
ภาพรวมอาเซียน	10.4	3,308	3,900	187.3	332.6	5,542	6,591	366.9	653.6

หมายเหตุ: จาก The Impact of Visa Facilitation in ASEAN Member States (หน้า 12), โดย UNWTO & WTTC, 2014, Madrid: UNWTO & WTTC.

¹⁰ ตัวเลขคาดการณ์ในแบบจำลองของ UNWTO & WTTC อาจมีค่าสูงกว่าความเป็นจริง เนื่องจากตัวเลขดังกล่าวเป็นการประเมินผลกระทบโดยพิจารณาจากจำนวนผู้มาเยือนภายใต้วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (non-immigrant visa) ซึ่งมีขอบเขตครอบคลุมถึงทั้งผู้มาเยือนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเดินทางท่องเที่ยวและการติดต่อธุรกิจระยะสั้น (leisure and business) ในขณะที่การศึกษานี้มีขอบเขตการศึกษาเฉพาะผลกระทบที่เกิดขึ้นจากจำนวนผู้มาเยือนที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการท่องเที่ยว (tourist visa) เท่านั้น.

ตารางที่ 2 แบบจำลองผลกระทบที่คาดว่าจะอาเซียนจะได้รับจากการดำเนินนโยบายอำนวยความสะดวกด้านวีซ่า แสดงผลในรูปของอัตราส่วนร้อยละของผลประโยชน์ที่อาเซียนจะได้รับเพิ่มขึ้นจากสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

	แบบจำลองในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายในระดับต่ำ				แบบจำลองในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายในระดับสูง			
	นักท่องเที่ยวที่มาเยือน	รายได้จากการท่องเที่ยว	การจ้างงานในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยตรง	การจ้างงานโดยรวม	นักท่องเที่ยวที่มาเยือน	รายได้จากการท่องเที่ยว	การจ้างงานในอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยตรง	การจ้างงานโดยรวม
บรูไนดารุสซาลาม	6.6	6.0	3.4	2.9	13.8	12.5	7.0	6.0
กัมพูชา	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
อินโดนีเซีย	1.0	1.0	0.3	0.2	1.9	1.9	0.5	0.3
สปป.ลาว	0.1	0.1	0.0	0.0	0.1	0.1	0.1	0.0
มาเลเซีย	4.5	4.5	2.5	2.0	6.7	6.6	3.7	2.9
เมียนมา	16.9	15.6	4.5	3.4	34.6	32.1	9.3	7.0
ฟิลิปปินส์	0.9	0.9	0.4	0.3	2.3	2.3	1.1	0.7
สิงคโปร์	2.6	2.6	1.8	1.6	3.7	3.7	2.6	2.2
ไทย	1.5	1.5	1.0	0.8	2.4	2.4	1.7	1.3
เวียดนาม	8.2	8.1	4.5	3.9	17.8	17.6	9.7	8.5
ภาพรวมอาเซียน	3.0	2.8	1.6	1.1	5.1	4.7	3.1	2.2

หมายเหตุ: จาก The Impact of Visa Facilitation in ASEAN Member States (หน้า 12), โดย UNWTO & WTTC, 2014, Madrid: UNWTO & WTTC.

3.1 ผลกระทบในแง่จำนวนนักท่องเที่ยวผู้มาเยือน (Tourist Arrival Impact)

ในกรณีที่อาเซียน Common Visa ประเทศไทยจะสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวต่างชาติให้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยได้เพิ่มขึ้น โดยผลการศึกษาของ UNWTO & WTTC ระบุว่านโยบายการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าจะทำให้ไทยมีโอกาสขยายตลาดกลุ่มนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศที่ในปัจจุบันยังต้องดำเนินการขอวีซ่าก่อนการเดินทางให้เข้ามาเยือนไทยได้เพิ่มขึ้นร้อยละ 4.2 กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มีเปลี่ยนแปลงนโยบายด้านวีซ่าใด ๆ คาดการณ์ว่าในปี ค.ศ.2016 จะมีนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศเดินทางมาเยือนไทยประมาณ 28.9 ล้านคน แต่หากมีการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ไทยจะสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวได้เพิ่มขึ้นจากเดิม โดยในกรณีที่มาตรการนั้นส่งผลกระทบน้อย คาดว่าในปี ค.ศ.2016 จะมีนักท่องเที่ยวมาเยือนไทยเพิ่มขึ้นเป็น 29.3 ล้านคน เพิ่มขึ้นจากเดิม 439,000 คน หรือคิดเป็นร้อยละ 1.5 และในกรณีที่มาตรการด้านวีซ่าที่บังคับใช้ส่งผลกระทบได้มากจะมีนักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาในไทยเพิ่มขึ้นเป็น 29.6 ล้านคน เพิ่มขึ้นจากเดิม 692,000 คนหรือคิดเป็นอัตราส่วนเพิ่มร้อยละ 2.4 เมื่อเทียบกับก่อนการมีนโยบายอำนวยความสะดวกด้านวีซ่า¹¹ หากพิจารณาสถานการณ์นักท่องเที่ยวต่างชาติในไทยพบว่า

¹¹UNWTO & WTTC, op.cit., p. 12.

นักท่องเที่ยวที่มาจากไทยเป็นคนสัญชาตินอกอาเซียนกว่าร้อยละ 70 และเป็นคนสัญชาติอาเซียนเพียงร้อยละ 30¹² ดังนั้น การมี ASEAN Common Visa เพื่อมุ่งอำนวยความสะดวกให้นักท่องเที่ยวต่างชาตินอกอาเซียน (non-ASEAN Nationals) ซึ่งเป็นตลาดหลักของการท่องเที่ยวไทยจึงเป็นการกระตุ้นอุปสงค์การเดินทางท่องเที่ยวของไทยในภาพรวมได้เป็นอย่างดีและทำให้ไทยมีจำนวนนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นอีกนอกจากนี้ ASEAN Common Visa จะเป็นมาตรการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าที่ตอบโจทย์รูปแบบการเดินทางของนักท่องเที่ยวสมัยใหม่ที่นิยมการท่องเที่ยวแบบเชื่อมโยงโดยมีการวางแผนเดินทางท่องเที่ยวไปในหลายประเทศสมาชิกอาเซียนติดต่อกันได้เป็นอย่างดีเนื่องจาก ASEAN Common Visa จะทำให้นักท่องเที่ยวสามารถเดินทางข้ามแดนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนได้สะดวกมากขึ้น ซึ่งจะทำให้ไทยได้ประโยชน์จากการที่จะมีนักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาในไทยเพิ่มขึ้น ทั้งในรูปแบบที่ตั้งใจมาเที่ยวเมืองไทยเป็นจุดหมายหลักโดยตรงและในกรณีที่เข้ามาแวะพักท่องเที่ยวในไทยเพื่อเดินทางผ่านต่อไปยังประเทศอื่นในอาเซียน และหากพิจารณาในมุมมองที่กว้างขึ้นไปอีก ASEAN Common Visa ยังเป็นการอำนวยความสะดวกด้านการเดินทางให้แก่นักท่องเที่ยวที่ประสงค์จะเดินทางไปยังประเทศปลายทางอื่น ๆ นอกภูมิภาคอาเซียน โดยใช้กลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นจุดเชื่อมต่อ ในการเดินทางด้วยซึ่งการมี ASEAN Common Visa อาจจะสามารถดึงดูดให้นักท่องเที่ยวที่ต้องเดินทางโดยใช้อาเซียนเป็นทางผ่านอยู่แล้ววางแผนการเดินทางเพื่อเข้ามาท่องเที่ยวในกลุ่มประเทศอาเซียนที่ตนต้องแวะผ่านด้วยแทนที่จะเป็นการเพียงการเดินทางผ่านเท่านั้นในการนี้ เพื่อให้ไทยได้ประโยชน์จากการมี ASEAN Common Visa อย่างสูงสุด ประเทศไทยจะต้องพัฒนาแหล่งท่องเที่ยวให้มีความหลากหลายและเชื่อมโยงกับกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน โดยประชาสัมพันธ์ให้นักท่องเที่ยวที่จะเดินทางเข้ามาในอาเซียนวางแผนการเดินทางมายังประเทศไทยก่อนหรือในการเดินทางไปท่องเที่ยวยังประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นก็จะต้องเดินทางผ่านไทยด้วยทุกครั้ง ซึ่งจะเป็นการผลักดันให้ไทยเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยวของภูมิภาคอาเซียน (tourism hub) อย่างเป็นรูปธรรมและส่งเสริมศักยภาพการท่องเที่ยวของไทยภายใต้การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

¹² อรรถ พิศาลวานิช, **บทวิเคราะห์: สถานการณ์การท่องเที่ยวในอาเซียนและศักยภาพการท่องเที่ยวของไทย ภายใต้ AEC** [Online], available URL: http://www.thaichamber.org/userfiles/file/travel_aec.pdf, 2559 (พฤษภาคม, 15).

3.2 ผลกระทบในแง่รายได้จากการท่องเที่ยวระหว่างประเทศ (International Tourism Receipt Impact)

ประเทศไทยมีแนวโน้มจะได้รับผลกระทบจาก ASEAN Common Visa ในด้านรายได้จากการท่องเที่ยวในทิศทางบวก เพราะหาก ASEAN Common Visa สามารถดึงดูดให้นักท่องเที่ยวระหว่างประเทศเดินทางมาเยือนไทยเพิ่มขึ้นได้แล้ว เมื่อนักท่องเที่ยวเข้ามาในประเทศ ก็จะมีการใช้จ่ายเพื่อซื้อสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้องกับการเดินทางท่องเที่ยวภายในประเทศตามมา ทำให้ไทยมีรายได้จากภาคการท่องเที่ยวเพิ่มมากขึ้นไปด้วย โดยผลการศึกษาของ UNWTO & WTTC ในตารางที่ 3.1 และ 3.2 แสดงให้เห็นว่า ไทยมีโอกาสจะได้รับรายได้จากภาคการท่องเที่ยวสูงถึง 698 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือคิดเป็นมูลค่าเพิ่มขึ้นประมาณร้อยละ 1.5 ในกรณีพื้นฐานนโยบาย ASEAN Common Visa ส่งผลกระทบต่อจำนวนนักท่องเที่ยวที่เพิ่มขึ้นน้อย และรายได้ของไทยอาจเพิ่มขึ้นอย่างมีคุณเป็น 1,102 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือเพิ่มขึ้นประมาณร้อยละ 2.4 หากนโยบาย ASEAN Common Visa มีประสิทธิภาพในการดึงดูดนักท่องเที่ยวให้เข้ามาในอาเซียนเพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างดีในทางปฏิบัติ¹³

ทั้งนี้ นอกจากจำนวนนักท่องเที่ยวที่เดินทางมาเยือนจะมีผลโดยตรงต่อรายได้ด้านการท่องเที่ยวของประเทศแล้ว รายได้การท่องเที่ยวจะขึ้นอยู่กับมูลค่าการใช้จ่ายโดยเฉลี่ยของนักท่องเที่ยวต่อคนต่อวัน (average spending per tourist) และจำนวนวันพักเฉลี่ยในประเทศของนักท่องเที่ยวต่างชาติต่อการเดินทางหนึ่งครั้งด้วย จากข้อมูลของการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พบว่านักท่องเที่ยวส่วนใหญ่ของไทยเป็นกลุ่มที่มีการใช้จ่ายในระดับปานกลางประมาณ 3,000-6,000 บาท ต่อวันต่อคน โดยในปี พ.ศ.2558 ค่าใช้จ่ายเฉลี่ยต่อคนของนักท่องเที่ยวต่างชาติในไทยอยู่ที่ 4,924 บาท ต่อวันและระยะเวลาการพำนักรถของนักท่องเที่ยวต่างชาติในไทยโดยเฉลี่ยอยู่ที่ประมาณ 10 วัน¹⁴ ดังนั้น หากไทยสามารถเพิ่มมูลค่าการใช้จ่ายของนักท่องเที่ยวในไทยให้สูงขึ้นได้มากเท่าใด ไทยก็จะยิ่งได้รับประโยชน์จากการมี ASEAN Common Visa มากขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยจึงให้ความสำคัญกับการพัฒนาคุณภาพและการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับสินค้าและบริการด้านการท่องเที่ยวของไทย โดยได้กำหนดกลยุทธ์การท่องเที่ยวต่าง ๆ เพื่อเพิ่มยอดการใช้จ่ายต่อวันต่อคนและเพิ่มจำนวนวันพักเฉลี่ยของนักท่องเที่ยวในไทย เช่น การสรรหาผลิตภัณฑ์การท่องเที่ยวใหม่ ๆ เพื่อดึงดูดความสนใจของนักท่องเที่ยว หรือนำเสนอเส้นทางท่องเที่ยวแบบเชื่อมโยงภายในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน โดยจัดโปรแกรมการท่องเที่ยวและกำหนดให้ไทยเป็นจุดหมาย

¹³ UNWTO & WTTC, op.cit., p. 12.

¹⁴ การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย, “สรุปผลโครงการสำรวจข้อมูลเพื่อการวิเคราะห์พฤติกรรมของนักท่องเที่ยว เชิงลึกปี 2558,” 25 กุมภาพันธ์ 2559.

ปลายทางหนึ่งที่นักท่องเที่ยวต้องแวะพักค้างแรมด้วยเสมอ รวมไปถึงการดำเนินโครงการส่งเสริมการท่องเที่ยวเชื่อมโยงเมืองชายแดนสู่ AEC เพื่อประชาสัมพันธ์แหล่งท่องเที่ยวของไทยในบริเวณพื้นที่ใกล้เคียงกับประเทศเพื่อนบ้าน โดยมุ่งหวังที่จะกระจายพื้นที่แหล่งท่องเที่ยวเพื่อดึงดูดให้นักท่องเที่ยวต่างชาติใช้เวลาท่องเที่ยวอยู่ในไทยให้นานขึ้นและกระตุ้นให้เกิดการใช้จ่ายในไทยเพิ่มขึ้น อีกทั้งเป็นการป้องกันการรั่วไหลของรายได้จากการท่องเที่ยวของไทยไปยังประเทศอาเซียนอื่นอีกด้วย

3.3 ผลกระทบในแง่การจ้างงานในประเทศ (Employment Impact)

การท่องเที่ยวมีบทบาทในการสร้างงานสร้างอาชีพในพื้นที่ที่เกิดกิจกรรมการท่องเที่ยวโดยตรงและส่งผลกระทบต่อปัจจัยอุตสาหกรรมต่อเนื่องอื่นๆ อีกเป็นวงกว้าง เนื่องจากภาคการท่องเที่ยวเป็นสาขาการค้าบริการที่มีการใช้แรงงานอย่างเข้มข้น (labor-intensive) โดยต้องอาศัยคนในการทำหน้าที่ให้บริการเป็นหลัก จึงสามารถรองรับแรงงานได้จำนวนมากโดยไม่ต้องพึ่งแรงงานที่มีทักษะหรือฝีมือมากนัก การจ้างงานและตำแหน่งงานจำนวนมากจึงเกิดขึ้นเป็นผลจากการขยายตัวของภาคการท่องเที่ยวภายในประเทศ ดังนั้น การที่ ASEAN Common Visa มีผลต่ออุปสงค์การเดินทางท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศในทิศทางบวก จึงมีส่วนช่วยส่งเสริมให้เกิดการจ้างงานภายในประเทศตามมาด้วย กล่าวคือ มูลค่าการใช้จ่ายของนักท่องเที่ยวในไทยและรายได้จากการท่องเที่ยวของไทยที่เพิ่มสูงขึ้นจากการมี ASEAN Common Visa นี้จะส่งผลให้เกิดการจ้างงานภายในประเทศเพิ่มมากขึ้นทั้งที่เป็นการจ้างงานโดยตรงในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและอุตสาหกรรมเกี่ยวเนื่องอื่น ๆ เพราะเมื่อ ASEAN Common Visa ทำให้นักท่องเที่ยวเข้ามาบริโภคสินค้าและบริการด้านการท่องเที่ยวภายในประเทศเพิ่มมากขึ้นภาคธุรกิจที่เกี่ยวข้องจึงต้องจ้างงานหรือเปิดตำแหน่งงานเพิ่มขึ้นเพื่อรองรับจำนวนนักท่องเที่ยวที่เพิ่มขึ้นนี้ด้วย ประกอบกับการที่ภาคการท่องเที่ยวถือเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนการจ้างงานภายในประเทศของไทยให้เติบโตขึ้นมาโดยตลอด ดังนั้น การมี ASEAN Common Visa จึงจะเป็นปัจจัยสนับสนุนที่ทำให้เกิดการจ้างงานสร้างอาชีพให้กับคนในพื้นที่ที่เป็นแหล่งท่องเที่ยวของไทยได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ จากข้อมูลระบบบัญชีประชาชาติด้านการท่องเที่ยวของประเทศต่าง ๆ ที่สภาการเดินทางและท่องเที่ยวโลก (The World Travel & Tourism Council: WTTC) ได้รวบรวมไว้พบว่า สำหรับประเทศไทยในทุกการใช้จ่ายเพื่อลงทุนด้านการเดินทางท่องเที่ยวที่เพิ่มขึ้นจะช่วยกระตุ้นการจ้างงานภายในประเทศได้ร้อยละ 0.81 และทุกการใช้จ่ายในการท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เพิ่มขึ้นจะช่วยกระตุ้นการจ้างงานได้ประมาณร้อยละ 0.68 โดยการศึกษาของ UNWTO & WTTC ก็แสดงให้เห็นว่าการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าในภูมิภาคผ่าน ASEAN Common Visa จะทำให้เกิดการจ้างงานโดยตรงในภาคการเดินทางและท่องเที่ยวของไทยมากขึ้นจำนวน 26,800 ตำแหน่งงาน เพิ่มขึ้นจากเดิมร้อยละ

1.0 ในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายในระดับต่ำ และอาจมีการจ้างงานในไทยเพิ่มมากขึ้นถึง 42,300 ตำแหน่งงาน หรือเพิ่มขึ้นจากเดิมร้อยละ 1.7 ในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายในระดับสูง ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาผลกระทบของ ASEAN Common Visa ต่อสถานการณ์การจ้างงานโดยรวมของไทยจะพบว่าตัวเลขการจ้างงานทั้งหมดจะเพิ่มสูงขึ้น อยู่ระหว่าง 49,600-78,300 ตำแหน่งงาน หรือคิดเป็นอัตราส่วนเพิ่มประมาณร้อยละ 0.8-1.3 เมื่อเทียบกับสถานการณ์การจ้างงานในประเทศหากไม่มี ASEAN Common Visa¹⁵

นอกจากนโยบาย ASEAN Common Visa จะส่งผลกระทบทางบวกต่อภาคการท่องเที่ยวของไทยแล้ว ASEAN Common Visa ยังส่งเสริมการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจโดยรวมของไทยด้วยเช่นกัน เนื่องจากการเคลื่อนย้ายบุคคลภายในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนมีความสะดวกมากขึ้น ก็มีแนวโน้มว่าจะมีนักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาในไทยเพิ่มขึ้น ทำให้มีเม็ดเงินจากการใช้จ่ายของนักท่องเที่ยวเข้ามาหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจภายในประเทศมากขึ้นไปด้วย ซึ่งหากพิจารณาจากมูลค่ารายได้จากภาคการท่องเที่ยวของไทยในแต่ละปีพบว่า รายได้ด้านการท่องเที่ยว นับเป็นสัดส่วนที่สูงเมื่อเทียบกับรายได้ของประเทศในด้านอื่นๆและมีความสำคัญต่ออัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจในแง่ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP) ของไทยมาโดยตลอด อีกทั้งผลจากตัวคูณทวีด้านการท่องเที่ยว (Tourism's Multiplier Effect) จะทำให้เกิดการคาดการณ์การลงทุนใหม่ ๆ ซึ่งเป็นการสร้างความเจริญให้กับบริเวณที่เป็นแหล่งท่องเที่ยวในประเทศไทยปลายทางด้วย อย่างไรก็ตามการเป็นพันธมิตรกันว่าประเทศไทยในฐานะที่เป็นจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวที่สำคัญของอาเซียนจะได้รับประโยชน์จากการเข้ามาเยือนของนักท่องเที่ยวภายใต้ นโยบาย ASEAN Common Visa อย่างแท้จริง ก็จะต้องมีการดำเนินการมาตรการทางเศรษฐกิจอย่างเหมาะสมเพื่อควบคุมส่วนรั่วไหลทางเศรษฐศาสตร์ที่อาจเกิดขึ้นด้วย จึงจะทำให้ ASEAN Common Visa สามารถสร้างมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจให้กับประเทศไทยได้ดังที่คาดการณ์กัน

4. ผลกระทบของ ASEAN Common Visa ทางนิติศาสตร์และประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การจัดตั้ง ASEAN Common Visa จะส่งผลกระทบต่อกฎเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ทั้งที่เป็นข้อกำหนดในระดับระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศของไทย โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับพิธีการตรวจคนเข้าเมืองและนโยบายการตรวจลงตรา ซึ่งไทยจะต้องมีการพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ในอนาคต

¹⁵UNWTO & WTTC, op.cit., p. 12.

4.1 ผลกระทบต่อกฎเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ (International Level)

ASEAN Common Visa เป็นมาตรการอำนวยความสะดวกในการเดินทางท่องเที่ยวระหว่างประเทศ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคีสมาชิกภายใต้กรอบอาเซียนที่สำคัญ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการอาเซียนและความตกลงว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาของอาเซียนโดยหลักการของ ASEAN Common Visa สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของความตกลงทั้งสองฉบับ และสามารถจัดตั้ง ASEAN Common Visa เพื่อบังคับใช้ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนได้ โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีของไทยและประเทศอาเซียนอื่น ภายใต้ความตกลงระดับภูมิภาคของอาเซียนแต่อย่างใด

4.1.1 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Trade in Services: AFAS)

การเดินทางท่องเที่ยวระหว่างประเทศ (Tourism and Travel Related Services) เป็นสาขาหนึ่งของการค้าบริการในรูปแบบที่ 2 คือ การบริโภคข้ามพรมแดน (consumption aboard) ซึ่งหมายถึงการที่นักท่องเที่ยวซึ่งเป็นผู้รับบริการจะต้องเดินทางข้ามพรมแดนจากประเทศตนเพื่อไปบริโภคสินค้าและบริการด้านการท่องเที่ยวจากผู้ให้บริการในประเทศที่เป็นจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยว ASEAN Common Visa จึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับความตกลง AFAS เนื่องจากวีซ่าเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศและเปรียบเทียบอุปสรรคในการเข้าถึงตลาดการท่องเที่ยวระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง โดยหากผู้บริโภคหรือนักท่องเที่ยวไม่ได้รับการอนุมัติวีซ่าจากประเทศปลายทางก็จะไม่สามารถเดินทางไปบริโภคสินค้าและบริการในประเทศปลายทางนั้นได้เลย ทำให้การเดินทางท่องเที่ยวระหว่างประเทศไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน ดังนั้น การอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าผ่านนโยบาย ASEAN Common Visa ซึ่งเป็นการผ่อนคลายนโยบายระเบียบเพื่อลดข้อจำกัดด้านวีซ่าที่เป็นอุปสรรคในการเข้าถึงตลาดการท่องเที่ยวในประเทศปลายทางและมีผลทำให้นักท่องเที่ยวสามารถเดินทางไปใช้บริการด้านการท่องเที่ยวในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนได้อย่างเสรีนั้นจึงสอดคล้องกับความมุ่งหมายของความตกลง AFAS ที่ต้องการให้สมาชิกอาเซียนเปิดเสรีการค้าบริการภายในประเทศตน โดยประเทศสมาชิกอาเซียนรวมทั้งไทยได้สมัครใจที่จะเปิดตลาดการให้บริการด้านการท่องเที่ยวอย่างเต็มที่ (full commitment)¹⁶ และได้รับระบุในตารางข้อผูกพันเฉพาะภายใต้ Mode 2 ในสาขาการท่องเที่ยวไว้ว่า

¹⁶ การผูกพันอย่างเต็มที่ (full commitment) ในสาขาบริการใด หมายความว่าประเทศสมาชิกต้องไม่กำหนดมาตรการใด ๆ ที่เป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาด (market access) ในภายหลัง และต้องให้การปฏิบัติที่

“None” ซึ่งหมายถึงการเปิดเสรีแบบไม่มีข้อจำกัดนั้นคือภายใต้ความตกลง AFAS ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ผูกพันตนที่จะเปิดให้นักท่องเที่ยวสามารถเดินทางข้ามแดนมาบริโภคสินค้าและบริการด้านการท่องเที่ยวระหว่างกันภายในกลุ่มประเทศอาเซียนอย่างไม่มีข้อจำกัดอยู่แล้ว จึงกล่าวได้ว่า ASEAN Common Visa เป็นเสมือนการต่อยอดพันธกรณีของอาเซียนภายใต้ความตกลง AFAS อีกทั้งได้ขยายขอบเขตการเปิดเสรีการค้าบริการด้านการท่องเที่ยวภายในอาเซียนให้กว้างขวางขึ้น โดย ASEAN Common Visa ไม่เพียงจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบุคคลสัญชาติอาเซียน (ASEAN Nationals) เท่านั้นแต่ยังเป็นการอำนวยความสะดวกในการเดินทางให้แก่บุคคลสัญชาตินอกอาเซียน (non-ASEAN Nationals) ที่ต้องการเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในภูมิภาคด้วย ซึ่งการบังคับใช้ ASEAN Common Visa จะช่วยยกระดับการค้าบริการในสาขาการท่องเที่ยวของอาเซียนให้ เป็นไปอย่างเสรีมากขึ้น และยังเป็นโอกาสให้มีการค้าการลงทุนด้านการท่องเที่ยวภายในอาเซียนเพิ่มขึ้นด้วย

4.1.2 ความตกลงว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาของอาเซียน (ASEAN Agreement on the Movement of Natural Persons)

มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกด้านการเคลื่อนย้ายบุคลากรที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาให้บริการภายในประเทศสมาชิก (service providers) ซึ่งเป็นการให้บริการในรูปแบบที่ 4 (Mode 4) โดยประเทศสมาชิกอาเซียนผูกพันตนที่จะเปิดให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาอย่างเสรีสำหรับบุคคลบางประเภทตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันดังกล่าว หลักการของ ASEAN Common Visa จึงมีความสอดคล้องกับความมุ่งหมายของความตกลง ASEAN MNP ที่ต้องการให้ผู้ที่จะเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวระยะสั้นในอาเซียนสามารถเคลื่อนย้ายข้ามแดนระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนได้อย่างเสรี นอกจากนี้ ความตกลง ASEAN MNP และ ASEAN Common Visa ต่างเป็นข้อกำหนดที่มีผลต่อพลวัตของการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศภายในอาเซียนโดยตรง โดยเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีผลผูกพันระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนในเรื่องเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการพำนักชั่วคราวของบุคคลธรรมดา (temporary entry stay) โดยไม่รวมถึงการเข้ามาหางานทำ การพำนักหรือการจ้างงานแบบถาวร¹⁷ อย่างไรก็ตาม แม้ความตกลง ASEAN MNP จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกด้านการเดินทางให้กับนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศ และไม่ได้มีข้อกำหนดที่ระบุถึงการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

ทัดเทียมกันระหว่างคนในชาติกับคนต่างชาติ แต่สมาชิกยังมีสิทธิในการกำหนดกฎระเบียบในประเทศเพื่อกำกับดูแลธุรกิจได้ (right to regulate).

¹⁷ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, ความตกลงว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาของอาเซียน [Online], available URL: http://www.dtn.go.th/images/86/services/ASEAN_MNP.pdf, 2558 (พฤษภาคม, 15).

ประเภทนักท่องเที่ยวไว้โดยตรง แต่ความตกลง ASEAN MNP ก็น่าจะเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่สามารถเอื้อประโยชน์ในการเดินทางข้ามแดนของนักท่องเที่ยวระหว่างประเทศได้ โดยในการตีความและการบังคับใช้ความตกลง ASEAN MNP ควรผลักดันให้คำว่า “บุคคลธรรมดาประเภทอื่น ๆ” (Other Category) ภายใต้ความตกลงนี้มีความหมายครอบคลุมไปถึงบุคคลธรรมดาประเภทนักท่องเที่ยวที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาเพื่อการท่องเที่ยวในระยะสั้นภายในอาเซียนได้ด้วยซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกด้านการเดินทางท่องเที่ยวภายในภูมิภาคอาเซียนเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ข้อสังเกตว่าประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิในการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศอย่างเสรีภายในประเทศสมาชิกภายใต้ความตกลง AFAS และ ASEAN MNP ไว้ว่า ข้อผูกพันทั้งหมดของไทยในความตกลงฯ จะไม่เกินกว่าขอบเขตของกฎหมายไทย ซึ่งมีผลให้ไทยสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีได้โดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมายใด ๆ และในการเดินทางเข้ามาและพำนักอยู่ภายในราชอาณาจักรไทย บุคคลต่างด้าวก็ยังคงปฏิบัติตามกฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับพิธีการตรวจคนเข้าเมืองและข้อกำหนดด้านวีซ่าสำหรับบุคคลแต่ละสัญชาติด้วย ดังนั้นในกรณีที่มีการจัดทำความตกลงว่าด้วย ASEAN Common Visa จึงควรกำหนดข้อความในลักษณะเช่นนี้ไว้เป็นเงื่อนไขในความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วย เพื่อให้ไทยสามารถอนุรักษ์การความตกลง ASEAN Common Visa ให้มีผลบังคับใช้ภายในประเทศได้โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน

4.2 ผลกระทบต่อกฎเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายระดับภายในประเทศ (National Level)

การจัดตั้ง ASEAN Common Visa ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนจะส่งผลกระทบต่อหลักเกณฑ์และมาตรการด้านพิธีการตรวจคนเข้าเมืองของไทยทั้งหมดตั้งแต่การตรวจลงตราการตรวจอนุญาตให้เข้าประเทศ การพำนักอยู่ในประเทศและการขอพำนักต่อ ตลอดจนถึงการตรวจอนุญาตให้ออกจากประเทศ โดยไทยอาจจะต้องพิจารณาปรับปรุงหรือตรากฎระเบียบปฏิบัติสำหรับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เพิ่มเติมในประเด็นเรื่องการเข้าเมืองและการพำนักอยู่ในราชอาณาจักรเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขของ ASEAN Common Visa ทั้งนี้ การเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยในกรณีที่มี ASEAN Common Visa นั้น สามารถอ้างอิงแนวปฏิบัติการปรับปรุงกฎหมายเพื่อบังคับใช้ความตกลงในการอำนวยความสะดวกด้านการตรวจลงตราภายใต้กรอบความร่วมมืออื่นซึ่งไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีความร่วมมือกันอยู่แล้ว ในปัจจุบัน เช่น ความตกลง ACMECS Single Visa ระหว่างไทย-กัมพูชา และโครงการบัตรเดินทางสำหรับนักธุรกิจเอเปค (APEC Business Travel Card) มาเป็นต้นแบบในการดำเนินการทางกฎหมายได้ ดังนี้

4.2.1 การพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย

4.2.1.1 การปรับปรุงหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ

อาเซียนจะต้องร่วมกันจัดทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย ASEAN Common Visa ที่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศ และผู้นำอาเซียนจะต้องลงนามในความตกลงดังกล่าวเพื่อเป็นการริเริ่มให้ความตกลงมีผลบังคับใช้ทางกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ โดยในความตกลงจะต้องระบุถึงวัตถุประสงค์และขอบเขตของความร่วมมือในด้านวิชาการระหว่างกัน รวมไปถึงหลักการพื้นฐานในด้านอื่น ๆ เพื่อเป็นการวางกรอบแนวคิดหลักของความร่วมมือภายใต้ความตกลง ASEAN Common Visa ตลอดจนการกำหนดวันเริ่มต้นบังคับใช้ความตกลงอย่างเป็นทางการ นอกจากนี้ประเทศภาคีอาจมีการจัดทำข้อตกลง (Arrangement) หรือบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding : MoU) ระหว่างกันเพิ่มเติมในประเด็นต่างๆ เพื่อกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติที่จะยึดถือเป็นแนวทางในการดำเนินการในการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ต่อไปทั้งนี้ ในกรณีที่การจัดทำความตกลง ASEAN Common Visa ระหว่างประเทศสมาชิกทั้งสิบประเทศยังไม่เสร็จสมบูรณ์ และหากประเทศไทยประสงค์ที่จะเริ่มบังคับใช้ ASEAN Common Visa ในระดับทวิภาคีกับประเทศสมาชิกอาเซียนบางประเทศที่มีความพร้อมและตกลงกันได้ก่อนตามแนวคิดการจัดทำความตกลงแบบ ASEAN minus X รัฐบาลไทยก็สามารถจัดทำความตกลงในระดับทวิภาคี เพื่อให้ ASEAN Common Visa มีผลบังคับใช้ในเบื้องต้นระหว่างไทยกับประเทศภาคีความตกลงได้เช่นกัน

ตัวอย่างในกรณีการบังคับใช้ความตกลง ACMECS Single Visa ไทย-กัมพูชา ได้มีการจัดทำความตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาสำหรับการอนุญาตการตรวจลงตราเดียวในกรอบยุทธศาสตร์ความร่วมมือทางเศรษฐกิจอิรวดี-เจ้าพระยา-แม่โขง (ACMECS Single Visa) โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทยและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของกัมพูชาเป็นผู้ร่วมลงนามในความตกลง ณ กรุงพนมเปญเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2550 เพื่อริเริ่มการใช้ ACMECS Single Visa ระหว่างไทยและกัมพูชาอย่างเป็นทางการ นอกจากนี้ ไทยและกัมพูชาได้จัดทำข้อตกลงปฏิบัติการว่าด้วย ACMECS Single Visa (Operational Arrangement for ACMECS Single Visa between Cambodia and Thailand) เพื่อกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับรายละเอียดการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งหลังจากที่มีการลงนามความตกลงทวิภาคีระหว่างกันแล้ว ทั้งไทยและกัมพูชาก็มีหน้าที่จะต้องดำเนินการทางกฎหมายภายในประเทศของแต่ละฝ่าย เพื่อให้ความตกลงการตรวจลงตราสำหรับ ACMECS Single Visa สามารถมีผลบังคับใช้ได้เป็นอย่างดีในทางปฏิบัติด้วย

4.2.1.2 การปรับปรุงหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายภายในประเทศใน

กรณีที่อาเซียนมีการจัดทำร่างความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย ASEAN Common Visa และเป็นที่ยอมรับร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกแล้ว กระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นหน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องพิจารณาเนื้อหาของร่างความตกลงดังกล่าวว่ามีลักษณะที่เข้าข่ายประเภทหนังสือสัญญาตามที่ระบุไว้ในมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 หรือไม่ โดยกระทรวงการต่างประเทศจะต้องเสนอร่างความตกลงหรือเอกสารสำคัญต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาและขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในแง่นโยบายก่อนการลงนามหรือก่อนการให้สัตยาบันความตกลงดังกล่าว¹⁸ ต่อมาเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างความตกลงแล้วจึงเข้าสู่กระบวนการอนุวัติการความตกลงในระดับระหว่างประเทศมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศ โดยดำเนินการขั้นตอนตามกฎหมายภายในเพื่อการมีผลใช้บังคับของหนังสือสัญญานั้น ในขั้นนี้ตามที่ประเทศสมาชิกอาเซียนรวมทั้งไทยได้ให้การรับรองร่างแถลงการณ์ของผู้นำอาเซียนว่าด้วยวิซ่าอาเซียน (Joint Non-Paper on ASEAN Common Visa for Non-ASEAN Nationals) ไว้แล้วนั้น พบว่าเอกสารดังกล่าวเป็นเพียงการแสดงเจตนารมณ์และนโยบายในเรื่องวิซ่าระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยที่มิใช่เป็นผลผูกพันด้านนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลไทย และไม่มีข้อบทที่ก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 แต่อย่างใด ไทยจึงสามารถลงนามและอนุวัติการแถลงการณ์ดังกล่าวให้มีผลบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องตราพระราชบัญญัติภายในประเทศเพิ่มเติม เพียงแต่อาจพิจารณาปรับปรุงแก้ไขหรือออกกฎหมายในลำดับรอง เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับ ASEAN Common Visa เท่านั้น

หนึ่ง ในการเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายภายในประเทศเพื่อรองรับความตกลงว่าด้วย ASEAN Common Visa ไทยอาจดำเนินการทบทวนกฎหมายของไทยทุกลำดับชั้น ตั้งแต่พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง และระเบียบ ข้อบังคับ กฎประกาศ รวมทั้งคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติ ซึ่งออกโดยส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อตรวจสอบว่า ข้อกฎหมายของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันมีความสอดคล้องกับเงื่อนไขความตกลงของ ASEAN Common

¹⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 190 วรรค 2 บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”.

Visa หรือไม่ อย่างไร และควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุงหรือบัญญัติข้อกำหนดเพิ่มเติมในประเด็นใด เพื่อให้เอื้อต่อการบังคับใช้ ASEAN Common Visa สำหรับประเทศไทยในอนาคต

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายภายในของไทยที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการบังคับใช้ ASEAN Common Visa คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พุทธศักราช 2522 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์และมาตรการเกี่ยวกับการเข้ามาและพำนักอยู่ของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทยทั้งหมด จึงอาจต้องมีการบัญญัติหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตรวจลงตราและพิธีการตรวจคนเข้าเมืองโดยอาศัยอำนาจตามที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. นี้ในการออกกฎหมายลำดับรองในรูปแบบต่าง ๆ เพิ่มเติม อาทิ กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ กฎ ประกาศ และคำสั่งของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนการทำงานและแนวปฏิบัติสำหรับ ASEAN Common Visa รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นของบทบัญญัติภายใต้ พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เนื่องจากไทยอาจจำเป็นต้องกระทำการใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องหรือต่างจากบทบัญญัติหรือแนวปฏิบัติที่เป็นอยู่เดิมในบางประเด็นเพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ภายใต้ความตกลง ASEAN Common Visa เช่น จะต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่กงสุลมีอำนาจในการอนุมัติวีซ่าแก่บุคคลต่างด้าวสำหรับการเดินทางเข้าสู่ทุกประเทศสมาชิกอาเซียน และประเทศสมาชิกต้องจัดให้มีช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองสำหรับผู้ถือ ASEAN Common Visa ตามจุดผ่านแดนที่ตกลงกัน เป็นต้น

ทั้งนี้ ในการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศเพื่อรองรับความตกลง ASEAN Common Visa สามารถอ้างอิงแนวปฏิบัติของไทยที่เคยดำเนินการในกรณีการบังคับใช้ความตกลง ACMECS Single Visa ระหว่างไทย-กัมพูชา มาเป็นต้นแบบได้ โดยได้มีการดำเนินการทางกฎหมายที่สำคัญ อาทิเช่น กระทรวงมหาดไทยได้ประกาศใช้กฎกระทรวง เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจการยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2553 โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 และมาตรา 12 (1) วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ในการบัญญัติข้อความเพิ่มเติมในวรรคสามของข้อ 6 แห่งกฎกระทรวง เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ.2545 และได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา มีสาระสำคัญเป็น การกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับการเข้ามาในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวที่ได้รับการตรวจลงตราเดียวในกรอบ ACMECS Single Visa เพื่อประกาศใช้ ACMECS Single Visa ในประเทศไทยอย่างเป็นทางการ และต่อมาได้มีการบังคับใช้คำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ 214/2555 เรื่องการตรวจบุคคลที่ได้รับการตรวจลงตราเดียวภายใต้กรอบยุทธศาสตร์ความร่วมมือทางเศรษฐกิจอิรวดี-เจ้าพระยา-แม่โขง (ACMECS Single Visa) ในการเดินทางเข้ามาในหรือเดินทางออกไปในราชอาณาจักร เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองในการ

ปฏิบัติงานภายใต้ความตกลง ACMECS Single Visa ในประเด็นต่าง ๆ นอกจากนี้ยังมีการออกประกาศกระทรวง เรื่อง กำหนดช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองในการเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรของบุคคลที่ได้รับการตรวจลงตราเดียวในกรอบยุทธศาสตร์ความร่วมมือทางเศรษฐกิจอิรวดี-เจ้าพระยา-แม่โขง (ACMECS Single Visa) โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 และมาตรา 11 แห่ง พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 เพื่อกำหนดช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองที่สามารถใช้ ACMECS Single Visa ได้ด้วย

อนึ่ง ในกรณีที่มีการบังคับใช้ความตกลง ASEAN Common Visa สมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายภายในประเทศตนเพื่อเป็นเงื่อนไขในการใช้บังคับสำหรับบุคคลต่างด้าวที่ได้รับการอนุมัติ ASEAN Common Visa ในการเดินทางเข้ามาในประเทศ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการเข้าเมืองและการพำนักอยู่ในราชอาณาจักรซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในการจัดการและควบคุมการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศโดยผู้วิจัยเห็นว่าสมาชิกแต่ละประเทศควรมีสติในการบัญญัติเงื่อนไขหรือข้อกำหนดภายใต้ ASEAN Common Visa สำหรับประเทศตนในประเด็นดังกล่าวตามที่รัฐเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ด้านการรักษาความมั่นคงของรัฐ

การเข้าเมือง : ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิได้รับ ASEAN Common Visa และต้องมีการกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ ช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองในการตรวจสอบบุคคลต่างด้าวที่ถือ ASEAN Common Visa โดยกำหนดขั้นตอนในพิธีการตรวจคนเข้าเมืองที่สำคัญ เช่น เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการตรวจสอบข้อมูลของคนต่างด้าวว่ามีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักรหรือไม่ พร้อมทั้งสืบค้นประวัติบุคคลในระบบบัญชีเฝ้าดู (watch list) และระบบบัญชีบุคคลต้องห้ามเข้าประเทศ (black list) โดยหากบุคคลต่างด้าวนั้นไม่มีลักษณะต้องห้ามก็ให้ดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ และคำสั่งที่เกี่ยวข้องสำหรับวิธีการและขั้นตอนการตรวจผู้โดยสารขาเข้าทั่วไป ซึ่งก็จะได้รับการประทับตราอนุญาตการตรวจลงตราให้สามารถเดินทางเข้าสู่ราชอาณาจักรได้ นอกจากนี้ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีด่านตรวจคนเข้าเมืองสำหรับผู้ถือ ASEAN Common Visa ไว้เป็นการเฉพาะด้วย โดยอาจพิจารณาจัดตั้งช่องตรวจขึ้นมาใหม่หรืออาจใช้ช่องตรวจเดียวกับคนต่างด้าวที่ได้รับการตรวจลงตรา Visa on Arrival ก็ได้

การพำนักชั่วคราวและการพำนักต่อ : หากมีการจัดตั้ง ASEAN Common Visa อาจต้องมีการพิจารณาทบทวนเกี่ยวกับระยะเวลาอนุญาตให้พำนักชั่วคราวภายในประเทศให้สอดคล้องกับพฤติกรรมการเดินทางของนักท่องเที่ยว ซึ่งแต่ละประเทศสมาชิกควรมีเสรีภาพในการกำหนดระยะเวลาพำนักของนักท่องเที่ยวภายใต้ ASEAN Common Visa ตามที่เห็นว่า

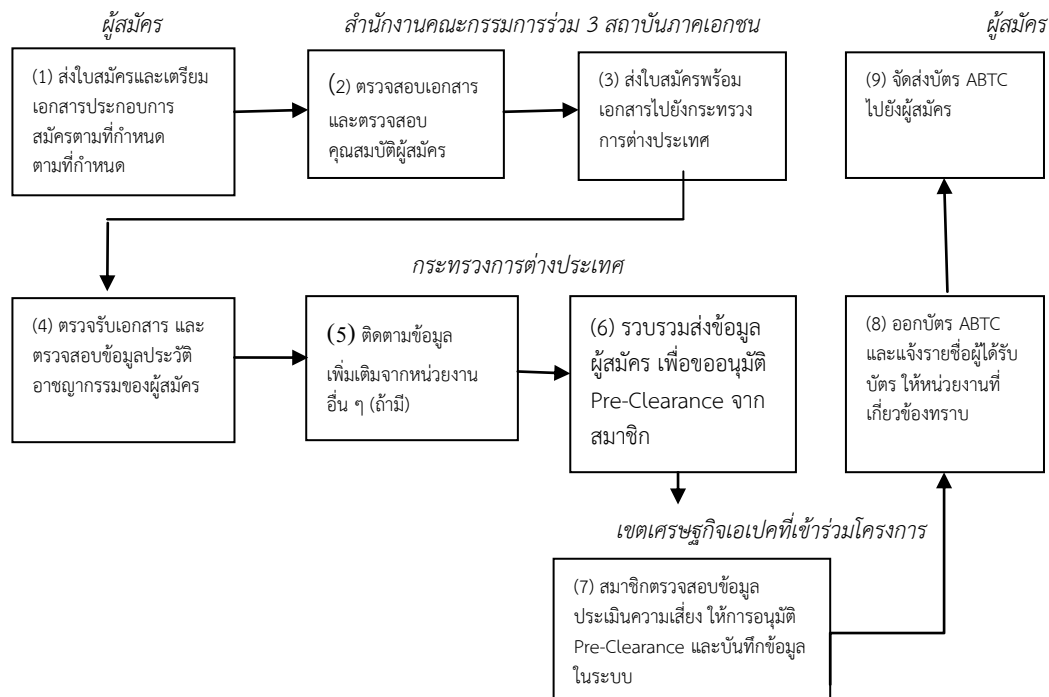
เหมาะสม สำหรับประเทศไทยอาจต้องพิจารณาขยายเวลาอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุมัติ ASEAN Common Visa ที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยมีสิทธิพำนักรอยู่ในราชอาณาจักรนานขึ้นกว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ของวีซ่าประเภทนักท่องเที่ยวโดยทั่วไป ซึ่งในปัจจุบันกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรภายใต้วีซ่าประเภทท่องเที่ยวสามารถพำนักรอยู่ในราชอาณาจักรไทยได้เป็นระยะเวลาไม่เกิน 60 วัน นับตั้งแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร หรือไทยอาจต้องพิจารณาปรับปรุงเงื่อนไขและขั้นตอนในการขออนุญาตกลับเข้ามาในราชอาณาจักรอีกครั้ง (re-entry permit) ตามกฎหมายแห่ง พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และระเบียบ คำสั่งที่เกี่ยวข้องให้เอื้อประโยชน์ต่อการวางแผนเดินทางท่องเที่ยวไปในหลายประเทศสมาชิกอาเซียนติดต่อกัน เพื่อให้ ASEAN Common Visa มีผลในการอำนวยความสะดวกให้แก่นักท่องเที่ยวในการเดินทางเชื่อมโยงระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนได้อย่างแท้จริง

4.2.2 การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

นอกจากการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้ความตกลง ASEAN Common Visa มีผลบังคับใช้สำหรับประเทศไทยแล้ว สิ่งที่สำคัญยิ่งกว่าก็คือการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง โดยในกรณีที่มี ASEAN Common Visa ไทยจะต้องมีการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุมัติการตรวจลงตราและการตรวจคนเข้าเมือง รวมทั้งการตรวจสอบติดตามสถานะของคนต่างด้าวในประเทศอย่างเข้มงวด ตั้งแต่การเข้ามา การพำนักรอยู่ จนกระทั่งเดินทางออกจากราชาอาณาจักร ซึ่งกระบวนการเหล่านี้จะเป็นพื้นฐานสำคัญในการเตรียมความพร้อมเพื่อรับมือกับภัยด้านความมั่นคงที่อาจเกิดขึ้นตามมาจากการบังคับใช้ ASEAN Common Visa เพื่อให้ไทยสามารถสกัดกั้นบุคคลไม่พึงประสงค์ไม่ให้เข้ามาในราชอาณาจักรได้ รวมไปถึงการผลักดันบุคคลไม่พึงประสงค์ที่แอบแฝงเข้ามาพำนักรอยู่ให้ออกไปนอกราชาอาณาจักรอย่างเป็นระบบ จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการพิจารณาอนุมัติการตรวจลงตราร่วม ASEAN Common Visa เป็นกระบวนการที่มีความสำคัญที่สุดและส่งผลกระทบโดยตรงต่อความมั่นคงของรัฐ เนื่องจากการที่สมาชิกประเทศหนึ่งออก ASEAN Common Visa ให้แก่คนต่างด้าวจะเป็นเสมือนการตัดสินใจแทนประเทศสมาชิกทั้งหมดในการอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิที่จะเดินทางเข้าไปในประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศได้โดยไม่ต้องขอวีซ่าจากประเทศปลายทางอีก ดังนั้น อาเซียนจึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุมัติ ASEAN Common Visa และต้องมีการประสานงานกันอย่างใกล้ชิดระหว่างหน่วยงานภายในประเทศและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ในประเทศสมาชิกอื่นเพื่อตรวจสอบข้อมูลด้านความมั่นคงหรือประวัติบุคคลก่อนการอนุมัติวีซ่า โดยคำนึงถึงความมั่นคงของรัฐและภูมิภาคโดยรวมเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยในปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินงานของ ASEAN Common Visa ที่ชัดเจน ในการนี้ อาเซียนอาจอ้างอิงขั้นตอนการดำเนินการของไทยในการอนุมัติวีซ่าภายใต้ความร่วมมือโครงการบัตรนักธุรกิจเอเปค (APEC Business Travel Card : ABTC) ซึ่งมีลักษณะเป็นการตรวจลงตราร่วมเช่นเดียวกับหลักการของ ASEAN Common Visa เพื่อนำมาเป็นต้นแบบในการกำหนดแนวปฏิบัติภายในประเทศในการอนุมัติตรวจลงตรา ASEAN Common Visa สำหรับประเทศไทยได้ โดยในกรณีของโครงการบัตร ABTC นั้น วิธีการขอสมัครบัตร ABTC มีขั้นตอนเริ่มจากผู้สมัครจะต้องลงทะเบียนและส่งใบสมัครบัตร ABTC ไปยังหน่วยงานที่เป็นศูนย์กลางในการประสานงานเกี่ยวกับโครงการบัตร ABTC ภายในประเทศตน ซึ่งในส่วนของประเทศไทยคือ สำนักงานคณะกรรมการร่วม 3 สถาบันภาคเอกชน (กกร.)¹⁹ และเมื่อได้รับใบสมัครแล้ว เจ้าหน้าที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเบื้องต้น พร้อมกับแจ้งรายละเอียดข้อมูลสำคัญต่าง ๆ ให้หน่วยงานด้านความมั่นคงตรวจสอบประวัติโดยสืบค้นจากฐานข้อมูลอาชญากรรมของประเทศ เพื่อให้มั่นใจว่าคนต่างด้าวผู้นั้นไม่เป็นผู้ที่มีความเสี่ยงต่อความมั่นคงของรัฐ โดยสำนักงาน กกร. และกระทรวงการต่างประเทศจะทำงานร่วมกันในการตรวจสอบประวัติบุคคลและพิจารณาอนุมัติยินยอมให้คนต่างด้าวผู้นั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้ จากนั้นเมื่อได้รับการอนุมัติบัตร ABTC ในระดับประเทศจากไทยแล้ว จะต้องส่งข้อมูลต่อไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่ประสานงานโครงการบัตร ABTC ของแต่ละเขตเศรษฐกิจเพื่อสอบถามความยินยอมการให้อนุมัติก่อน (pre-clearance) และหลังจากที่สมาชิกครบทุกเขตเศรษฐกิจได้ตอบรับโดยยินยอมให้การ pre-clearance สำหรับผู้สมัครนั้นแล้ว ประเทศต้นทางที่เป็นผู้รับเรื่องก็จะดำเนินการผลิตบัตร ABTC และจัดส่งไปยังผู้สมัครต่อไป โดยจะต้องบันทึกข้อมูลการออกบัตร ABTC ไว้เป็นหลักฐานอ้างอิงในระบบข้อมูลของประเทศตนด้วย (ภาพที่ 1)

¹⁹สำนักงานคณะกรรมการร่วม 3 สถาบันภาคเอกชน (กกร.) ประกอบด้วย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และสมาคมธนาคารไทย.



ภาพที่ 1 สรุปกระบวนการภายในประเทศในการออกบัตร APEC Business Travel Card จาก *Supporting Continued Growth in Trade and Facilitation: End to End Review of the APEC Business Travel Card Scheme Final Report* (น. 13), โดย APEC Secretariat, 2014, Maryland: Washington CORE L.L.C.

อนึ่ง ในการกำหนดกระบวนการอนุมัติ ASEAN Common Visa ภายในของไทย ผู้วิจัยเห็นว่าสามารถดำเนินการตามแนวปฏิบัติของโครงการบัตร ABTC ซึ่งไทยมีการดำเนินการอยู่แล้วในปัจจุบันได้เลย เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันสำหรับการอนุมัติการตรวจลงตราว่าไทยเป็นภาคีในความตกลงระดับระหว่างประเทศทั้งหมด นอกจากนี้ สมาชิกทุกประเทศควรมีสิทธิในการให้ความเห็นชอบต่อการอนุมัติ ASEAN Common Visa สำหรับคนต่างด้าวร่วมกันโดยนอกจากประเทศต้นทางซึ่งเป็นผู้รับคำร้องจะต้องดำเนินการตรวจสอบประวัติบุคคลจากฐานข้อมูลด้านความมั่นคงของรัฐหรือฐานข้อมูลร่วมอาเซียนเพื่อให้การอนุมัติวีซ่าในระดับภายในประเทศตนแล้ว จะต้องประสานงานกับประเทศสมาชิกอื่นเพื่อขอรับคำยินยอมให้เข้าประเทศและยืนยันการให้อนุมัติวีซ่าแก่คนต่างด้าวนั้นจากทุกประเทศสมาชิกด้วยทุกครั้ง เพื่อเป็นการคงไว้ซึ่งสิทธิและอำนาจอธิปไตยของรัฐในการตรวจคนเข้าเมืองและรักษาความมั่นคงของรัฐภายใต้ ASEAN Common Visa

5. ข้อเสนอแนะในการจัดตั้ง ASEAN Common Visa สำหรับประเทศไทย

การดำเนินมาตรการอำนวยความสะดวกด้านการเดินทางระหว่างประเทศโดยใช้นโยบายการตรวจลงตราาร่วมภายใต้กรอบความร่วมมือต่าง ๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน อาทิเช่น ความตกลงเชงเก้นวีซ่า (Schengen Visa) ของกลุ่มประเทศในภูมิภาคยุโรปโครงการบัตรเดินทางสำหรับนักธุรกิจเอเปคของเขตเศรษฐกิจเอเปค และความตกลง ACMECS Single Visa ระหว่างไทย-กัมพูชา ล้วนเป็นบทพิสูจน์ให้เห็นว่าการอำนวยความสะดวกด้านวีซ่าจะก่อให้เกิดผลดีต่อการท่องเที่ยวของประเทศปลายทาง ประกอบกับผลการศึกษาที่พบว่า ASEAN Common Visa มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อประเทศไทย โดยทำให้ภาคการท่องเที่ยวของไทยขยายตัวขึ้นด้วยนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ภาครัฐควรพยายามผลักดัน ASEAN Common Visa ให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ โดยเดินทางเจรจากับประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นเพื่อหาข้อสรุปร่วมกันและเพื่อริเริ่มการจัดทำความตกลงว่าด้วย ASEAN Common Visa ระหว่างสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศให้เกิดขึ้นโดยเร็ว อนึ่ง ข้อกำหนดของ ASEAN Common Visa ควรมุ่งอำนวยความสะดวกให้นักท่องเที่ยวสามารถเดินทางเข้ามาในภูมิภาคอาเซียนได้ง่ายขึ้นเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการท่องเที่ยวอาเซียน แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิก โดยต้องให้สิทธิแก่รัฐในการกำหนดเงื่อนไขด้านการเข้าเมืองและการพำนักอยู่ภายในประเทศตนตามที่แต่ละรัฐเห็นว่าเหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐสมาชิกด้วย ซึ่งประเด็นนี้ถือเป็นความท้าทายที่อาเซียนจะต้องหาจุดสมดุลในการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ให้สามารถตอบโจทก์ความต้องการของประเทศสมาชิกได้ทั้งสองเป้าหมาย อันจะทำให้อาเซียนได้รับประโยชน์จากการมี ASEAN Common Visa อย่างแท้จริง

ทั้งนี้ หากว่าการจัดทำ ASEAN Common Visa ให้มีผลบังคับใช้กับกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งสิบประเทศเป็นไปได้ยากหรือมีความล่าช้าในการดำเนินการ อาจพิจารณาผลักดันให้ ASEAN Common Visa สามารถเริ่มดำเนินการได้ในระยะแรกภายใต้กรอบความตกลงในระดับทวิภาคี กล่าวคือ ประเทศสมาชิกที่มีความพร้อมอาจตกลงกันเพื่อริเริ่มทดลองใช้ ASEAN Common Visa ระหว่างกันก่อน โดยให้เป็นไปตามความสมัครใจของประเทศสมาชิกตามแนวคิดการจัดทำความตกลงแบบ ASEAN minus X เช่นเดียวกับในกรณีของความตกลง ACMECS Single Visa ซึ่งไทยและกัมพูชาได้ทำความตกลงร่วมกันในระดับทวิภาคีเพื่อบังคับใช้วีซ่าร่วมกันเป็นโครงการนำร่องก่อนประเทศสมาชิกอื่น ๆ และหากผลจากการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ในระยะแรกเป็นไปด้วยดี เมื่อประเทศสมาชิกที่ยังไม่ได้เข้าร่วมในความตกลงเห็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการมี ASEAN Common Visa ในทางปฏิบัติ ก็จะมีแรงจูงใจในการเข้าร่วมความตกลงและเริ่ม

ดำเนินการบังคับใช้ ASEAN Common Visa ในประเทศตนเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และในที่สุด ASEAN Common Visa จะขยายขอบเขตไปจนมีผลบังคับใช้กับสมาชิกอาเซียนครบทั้งสิบประเทศ และสามารถอำนวยความสะดวกในด้านการเดินทางระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนให้แก่ผู้ที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในอาเซียน ครอบคลุมทั้งนักท่องเที่ยวที่เป็นคนสัญชาติอาเซียน (ASEAN travellers) และสัญชาตินอกอาเซียน (non-ASEAN travellers) ได้อย่างสมบูรณ์ต่อไป

บรรณานุกรม

- กรมศุลกากร. “ASEAN Common Visa.” จุลสารศุลกากร 22, 12 (กันยายน 2557): 6-8.
- การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย. รายงานสรุปฉบับผู้บริหาร : โครงการสำรวจข้อมูลเพื่อการวิเคราะห์พฤติกรรมนักท่องเที่ยวเชิงลึก (ผลการวิเคราะห์ข้อมูลเบื้องต้น ช่วงเวลา 1 มกราคม-31 ธันวาคม 2556) [Online]. Available URL: <http://tatic.tourismthailand.org>, 2556, 2559 (พฤษภาคม 15).
- การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย. “สรุปผลโครงการสำรวจข้อมูลเพื่อการวิเคราะห์พฤติกรรมของนักท่องเที่ยวเชิงลึก ปี 2558.” 25 กุมภาพันธ์ 2559.
- กรมการกงสุลและกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. การจัดทำความตกลง ACMECS Single Visa [Online]. Available URL: www.acmecsthai.org/internet/news/19921.doc, 2551, 2559 (พฤษภาคม, 15).
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. การเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ AEC [Online]. Available URL: <http://www.smeservicecenter.net/public/uploads/p137578390252190141.pdf>, 2554, 2559 (พฤษภาคม, 15).
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. ความตกลงว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาของอาเซียน [Online]. Available URL: http://www.dtn.go.th/images/86/services/ASEAN_MNP.pdf, 2558, 2559 (พฤษภาคม, 15).
- กรมอาเซียน. ASEAN Common Visa คืออะไร [Online]. Available URL: <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/other-20130212-141607-257228.pdf>, 2556, 2559 (พฤษภาคม, 15).
- กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กรอบความร่วมมือภูมิภาค: ยุทธศาสตร์ความร่วมมือทางเศรษฐกิจจิรวดี-เจ้าพระยา-แม่โขง [Online]. Available URL: <http://www.mfa.go.th/business/th/cooperation>, 2559 (พฤษภาคม, 15).
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.). Single Window: ความเป็นไปได้ในกลุ่มประเทศลุ่มน้ำโขง (GMS) [Online]. Available URL: www.tradelogistics.go.th/download/file/d81ad0a8.pdf, 2559 (พฤษภาคม, 15).

อรรณพ บุราณเศรษฐ. “มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ.” สารนิพนธ์หลักสูตรนักบริหารการทูต, สถาบันการต่างประเทศ เทวะวงศ์วโรปการ, กระทรวงการต่างประเทศ, 2552.

อิทธิ พิศาลวานิช. **บทวิเคราะห์: สถานการณ์การท่องเที่ยวในอาเซียนและศักยภาพการท่องเที่ยวของไทย ภายใต้ AEC** [Online]. Available URL: [http:// www.thaichamber.org/userfiles/file/travel_aec.pdf](http://www.thaichamber.org/userfiles/file/travel_aec.pdf), 2559 (พฤษภาคม, 15).

APEC Secretariat. **Supporting Continued Growth in Trade and Facilitation: End to End Review of the APEC Business Travel Card Scheme Final Report.** Maryland: Washington CORE, L.L.C., 2014.

ASEAN Media Release. **Tourism in ASEAN: New leader lifts lid on mobile jobs, common visa, visitor safety** [Online]. Available URL: <http://phuketwan.com/tourism/tourism-asean-leader-lifts-lid-mobile-jobs-common-visa-visitor-safety-18022>, 2016 (June, 5).

Khalik, A., & Adamrah, M. **ASEAN working on common visa procedure** [Online]. Available URL: <http://www.thejakartapost.com/news/2011/11/16/asean-working-common-visa-procedure.html>, 2016 (June, 5).

UNWTO & WTTC. **The impact of visa facilitation in ASEAN Member States.** Madrid: UNWTO, 2014.

Wong, PY. E. “The Recipe for Success in Intergovernmental Tourism Collaboration Perspectives of ASEAN Stakeholders.” **CAUTHE 2007: Tourism - Past Achievements, Future Challenges 2007: 570-572.**

Thai Cross Border Insolvency Law

Nantharat Techama

กฎหมายล้มละลายข้ามพรมแดนของไทย^{*} Thai Cross Border Insolvency Law

นันทรัตน์ เตชะมา^{**}
Nantharat Techama

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามพรมแดนของประเทศไทย เพราะในปัจจุบันการดำเนินธุรกิจได้เป็นไปในระดับสากล รวมถึงการดำเนินคดีล้มละลายด้วยเช่นกัน ประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติกฎหมายล้มละลายขึ้นเพื่อสร้างความเชื่อมั่นทางด้านการค้าและการลงทุน ซึ่งความเป็นจริงเกี่ยวกับตลาดการค้าเสรีจะต้องมีประเด็นปัญหาในเรื่องของการล้มละลายเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายที่มีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศได้นำไปสู่ความต้องการในการทำความเข้าใจที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องของการล้มละลายในระหว่างประเทศต่าง ๆ ความแน่นอนอีกทั้งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และสามารถคาดเดาได้เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องการล้มละลายข้ามพรมแดนเป็นสิ่งสำคัญที่จะช่วยอำนวยความสะดวกในเรื่องการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ดังนั้น ประเทศไทยควรที่จะพยายามหาบทบัญญัติที่เหมาะสมเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามพรมแดนเพื่อเป็นการส่งเสริมการค้าและการลงทุนจากต่างประเทศ

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่องกฎหมายล้มละลายข้ามพรมแดนของไทย ซึ่งได้สอบป้องกันวิทยานิพนธ์แล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 3 ท่าน คือผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิณัฐา แสงสุข รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ มูลศิลป์.

^{**}นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันการศึกษานานาชาติ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Abstract

The objective of this article is to establish suitable provisions for a Thai Cross-Border Insolvency Law. Nowadays, the business world has become global, and it is moving toward a universal approach to bankruptcy proceedings. Countries must enact Bankruptcy Codes that will promote the creation of greater certainty and thus facilitate trade and investment. It is a truism in free trade markets that there will be insolvencies. The significant differences in insolvency regulation and procedure among countries, combined with the increased globalization of business activities, has led to a need for a clearer understanding of the applicable laws between countries. A stable, uniform and predictable approach to cross-border insolvency issues is very important to facilitate the flow of investment and capital. In this regard, Thailand should try to clearly establish suitable provisions for any law regarding cross-border insolvencies in order to promote more foreign investment from around the world.

คำสำคัญ : การล้มละลายข้ามพรมแดน, กฎหมายล้มละลาย, กฎหมายไทย

Keywords : Cross border insolvency, Bankruptcy law, Thai law

1. Introduction

The notion of cross border insolvency starts more important than ever when there are the communications among individuals or corporations in doing the international business. The advance of nowadays technology makes the world smaller. People can more easily communicate and do the investment. The situation has changed so as to the Bankruptcy Law. This fact affected the notion of cross border insolvency to be updated for the changes of the way people doing their business. Nowadays, many countries pay more attention on free trade market by launching the international organizations to support the economic expansion. The law has to concern the relationship of these international investment especially transnational corporations. Cross border insolvency is a term used to describe circumstances in which an insolvent debtor has assets and/or creditors in more than one country. Cross border insolvency is the important key to solve problems of international investment.

However, against a background of increasing international trade, the absence of international coordination in respect of insolvency matters can often lead to an inability by administrative authorities in dealing with assets effectively, resulting in the concealing or removal of assets and a reduced return to creditors or, as the case maybe, a reduced chance of rescuing a failing business. The inability to effectively progress matters relating to cross border insolvency may be due to the need to follow complicated and unfamiliar procedural and judicial systems, or may be as a result of an absence of any legal framework allowing cooperation in the country in which an insolvent has an interest. This situation will be an obstacle of the innovation and economic growth; therefore, a well-designed and precise legal and regulatory framework with respect to insolvency is an important factor to promote more investment from around the world.

2. Principles and Theories of Cross Border Insolvency

International law accords nation-states broad grants of competence in making and applying law to particular events through these principles.

2.1 The Principle of Territoriality

Under the principle of territoriality, States are authorized to make law and apply law to all events occurring within their borders, regardless of whether such events involve nationals or non-nationals. It reflects the overriding importance of territoriality in the present day State system. Under this principle, the authority of the State extends to the limits of its territory. The State's competence to make law to regulate actors and activities within its territorial domain and to apply law to events, persons, and assets within its borders are both manifestations of such authority.¹

This principle is based on State Sovereignty. State's sovereignty could make bankruptcy decisions issued by foreign authorities neither effective nor enforceable within the State. The decisions issued by the State's authorities are neither effective nor enforceable abroad. The insolvency proceedings are strictly limited to assets of the debtor situated within one jurisdiction. Territorialism is the default system for all cross-border insolvency systems, because it relies on actual in rem control over assets. Under the territorial approach, a separate and independent plenary case is pursued in each forum in which the debtor's assets are located.²

¹Lan Brownlie, **Principles of Public International Law**, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2008), p. 289.

²Anderson Kent, "The Cross Border Insolvency Paradigm: A Defense on the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience," **Cornell Rev.** 696 (1999): 66-68.

2.2 The Principle of Universality

Universalism, also known as pure universalism, unity, and ubiquity, is a system in which all aspects of a debtor's insolvency are conducted in only one central procedure under one Insolvency Law. Universalism implies that there should be a single set of bankruptcy proceedings that collects, administers and then distributes all the debtor's assets wherever these assets may be situated throughout the world. All creditors should be entitled to submit proofs of their claims in these proceedings and be paid accordingly. The former signifies a single set of proceedings and the latter the collection and distribution of assets on a worldwide basis.³

2.3 The Principle of Reciprocity

From an objective point of view, reciprocity may be defined as the relationship between two or more States according to each other identical or equivalent treatment. Most attempts at definition add the element of a subjective interrelation of action and counteraction according to which the action of one party, whether consummated or expected, provides the motivation for that of the other. The designation of reciprocity as a principle of international law should only be applied to conclusions derived from the analysis of the latter—above all to the maxim that a State basing a claim on a particular norm of international law must accept that rule as also binding upon itself.⁴

3. The UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency

The Model Law on Cross Border Insolvency (Model Law) is designed to assist States to equip their national insolvency laws with a harmonized and fair framework that effectively addresses cross border insolvency cases. The Model Law is not a law in its own right and has no binding force; rather it provides a legal text for

³Anderson Kent, *ibid.*, pp. 75-77.

⁴Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2002), p. 128.

incorporation into national law. States may, if they wish, modify or leave out some provisions in order to adapt the Model Law to particular national circumstances. The rationale of the Model Law lies in the continuing global expansion of trade and investment leading to an increasing incidence of cross border insolvencies. The Model Law respects the differences among National Insolvency (procedural) Laws and therefore does not attempt a substantive harmonization of Insolvency Law. However, in order to achieve a satisfactory degree of harmonization and certainty, it is recommended that as few changes as possible be made when adopt the Model Law.⁵

The issues addressed by the UNCITRAL Model Law include the access of foreign representatives and creditors to courts in the adopting State. In this regard, it states that a foreign administrator can have access to the courts of the enacting State and allows the courts in the enacting State to determine the relief that may be available. Moreover, a transparent regime is set up with regard to the right of foreign creditors to commence or participate in insolvency proceedings in the enacting State.⁶ Moreover, the Model Law provides guidelines concerning the recognition of foreign proceedings and the consequences of such recognition.⁷ Rules on cooperation with foreign courts and representatives are set out, authorizing courts and competent authorities in the enacting State to seek assistance abroad.⁸ Rules regarding coordination when insolvency proceedings in the enacting State are taking place concurrently with proceedings in another State are also given. In this Section, rules are laid down in order to coordinate relief granted in the enacting State in favor of two or more insolvency proceedings that take place in foreign States regarding the same debtor.⁹

⁵ Julian Male, "Cross-Border Insolvency Harmonizing Treaties Becoming Important," Asia-Pacific Housing Journal, pp. 11-13.

⁶ Articles 9-14 of the Model Law.

⁷ Articles 15-24 of the Model Law.

⁸ Articles 25-27 of the Model Law.

⁹ Articles 28-32 of the Model Law.

4. Rules and Regulations Relating to Cross Border Insolvency

Insolvency Law reform is a progress being made in many countries such as the United Kingdom, the United States of America, and Japan.

4.1 The EC Regulation

The EC Regulation has direct force throughout the European Union (except Denmark) without the need for implementation in Member States. It was adopted by the European Union Council on Regulation (EC) No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings on 29 May 2000 which came into force on 31 May 2002. The Regulation contains rules on jurisdiction, recognition and applicable law and provides for the coordination of insolvency proceedings opened in several Member States. The Regulation applies when the debtor has an establishment or creditors in another Member State than his own and does not solve issues related to non-EU Member States.¹⁰

The provisions of the EC Regulations are similar to the Model Law in that a company's Center of Main Interests, for purposes of determining which court has jurisdiction to hear the "main proceeding", is where its registered office is, absent evidence to the contrary.¹¹ The recitals further clarify that the Center of Main Interests should be "the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties."¹² Secondary proceedings may be opened in other Member States where the debtor company has an establishment.¹³ The cornerstone of the Regulation is the recognition of insolvency judgment. Article 16 states that any judgment opening insolvency proceedings handed down by a court of a Member State which has jurisdiction under the Regulation shall be recognized in all the other Member States

¹⁰Vanessa Finch, *The Roots of Corporate Insolvency Law*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 1.

¹¹EC Regulations, Article 3(1).

¹²EC Regulations, Recital 13.

¹³EC Regulations, Article 3(2).

from the time it becomes effective in the State of opening of the proceedings.¹⁴ Chapter I of the EC Regulation provides for jurisdiction to open main insolvency proceedings and secondary insolvency proceedings. Chapter II of the EC Regulation provides recognition of main insolvency proceeding, the effect of recognition, the powers of officials to act on behalf of the estate in the proceeding, and the formalities required for such officials to act abroad. Under the Regulation, a court order opening insolvency proceeding must be automatically recognized in all other Member States.¹⁵ Chapter III regulates secondary insolvency proceedings in European Union countries apart from the country where the main insolvency proceeding is pending. Chapter IV of the EC Regulation provides for the provision of information to creditors and their entitlement to lodge claims in the proceedings. Any EU creditor will have the right to lodge a claim. Office holder will be entitled to be treated as creditors in proceedings against the debtor in another State.¹⁶

4.2 The US Chapter 15

Chapter 15 is based on the Model Law on Cross Border Insolvency which had been prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), with significant input from insolvency practitioners all over the world. A Chapter 15 case is commenced by the filing of a petition seeking recognition of a “foreign proceeding” by a “foreign representative.”¹⁷ Chapter 15 establishes more detailed procedures and expands the rights of the foreign representative. A Chapter 15 petition can be described as a request for “recognition” which is defined as “the entry of an order granting recognition of a foreign main proceeding or foreign non-main proceeding.”¹⁸ Nevertheless, a court may grant provisional relief upon the filing

¹⁴EC Regulations, Article 16.

¹⁵EC Regulations, Articles 16 and 25.

¹⁶Fiona M. Tolmie, **Corporate and Personal Insolvency Law**, 2nd ed. (London: Cavendish Publishing., 2003), p. 203.

¹⁷11 U.S.C. §1504.

¹⁸11 U.S.C. §1502.

of Chapter 15 petition and before recognition if it is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of creditors.¹⁹ Moreover, Chapter 15 follows the UNCITRAL Model Law by expressly encouraging cooperation and communication between courts handling cross border cases.²⁰ While most courts in the US and other countries have effectively utilized cross border protocols and cooperation agreements, some have been reluctant to do so without express statutory authority. Chapter 15 further establishes procedures and recommendations for communication and cooperation between US case trustees and examiners, their foreign counterparts and the foreign court.²¹ Chapter 15 also gives foreign creditors the right to participate in US bankruptcy cases and it prohibits discrimination against foreign creditors (except certain foreign government and tax claims, which may be governed by treaty).²² It also requires to foreign creditors concerning to US bankruptcy case, including notice of the right to file claims.²³ Finally, Chapter 15 also contained various provisions dealing with concurrent proceedings in the US and abroad. Once a foreign main proceeding has been recognized, a plenary case on behalf of the same debtor may be commenced in the US if the debtor has assets in the US.²⁴

4.3 The Law on Recognition of and Assistance in Foreign Insolvency Proceedings (LRAF)

A foreign representative is entitled to file a petition with the Tokyo District Court for recognition of the relevant foreign insolvency proceedings. A foreign representative may file a petition for recognition of the foreign insolvency proceeding and for a court order for assistance even before a decision is made with regard to the foreign insolvency proceedings.²⁵ Until clear precedents are established

¹⁹ 11 U.S.C. §1519.

²⁰ 11 U.S.C. §1525.

²¹ 11 U.S.C. §§1526 and 1527.

²² 11 U.S.C. §1513.

²³ 11 U.S.C. §1514.

²⁴ 11 U.S.C. §1528.

²⁵ Articles 4 and 17 of the LRAF.

on this issue, in such cases it will be necessary to seek the instruction of the Japanese courts at an early stage as to whether the foreign proceedings can be recognized in Japan under this Article. The court shall issue an order of recognition of foreign insolvency proceedings if it is convinced that the foreign insolvency proceeding is qualified for assistance within Japan. The court order shall be effective from the time it is made.²⁶ The distribution of assets under the foreign insolvency proceedings may not always be made in accordance with the same priority as the Japanese insolvency proceedings. The court may require the debtor to obtain the permission of the court in order to dispose of his or her assets in Japan or take it out of Japan.²⁷

5. Enforcement of Cross Border Insolvency-Derived Judgment

It was observed that some of the judgments would be enforceable in some jurisdictions under the existing provisions of the Model Law, while in others they would not. For judgments that were a part of insolvency proceedings, the Model Law structure, based on main and non-main proceeding, could be followed. For judgments that might be part of insolvency proceedings but involved third parties, a different concept of jurisdiction, such as domicile, might be required in order to ensure judgments emanating from proceedings that were neither main nor non-main could be recognized. Various concerns were expressed with respect to the ability to recognize judgments from jurisdictions other than the location of main or non-main proceedings. One solution would be to require a connection with the main insolvency proceedings so that the judgment would be enforceable in that jurisdiction.²⁸

²⁶ Article 22 of the LRAF.

²⁷ Article 31 of the LRAF.

²⁸ Auen Kunkaew, **Cross Border Insolvency** [Online], available URL: <http://www.iad.coj.go.th/userfiles/file/announcement/IU4.doc>, 2014 (August, 15).

6. The analysis of the UNCITRAL key elements compared among the UNCITRAL Model Law, cross border insolvency of the United Kingdom, the United States of America, and Japan to find out the suitable provisions for Thai Cross Border Insolvency Law.

The important issues on cross border insolvency to be analyzed are as follow:

6.1 The Definitions of Cross Border Insolvency

The precise and clear definitions will make the terms comprehensible to all interested parties and promote the international investment. All of these terms are quite important to be defined precisely.

6.1.1 Debtor

The determination of which entities are eligible to be subjected as debtors to a country's general Insolvency Law is an important issue and has important implications for a country's economy. If the law excludes certain entities, these entities will be neither subject to the discipline imposed by an effective insolvency regime nor able to take advantage of the protection does it afford. At the same time, important policy considerations may lead countries to establish special insolvency procedures for natural persons or for certain regulated entities. Laws differ on the specific standard that must be satisfied before insolvency proceedings can commence. Therefore, the term "debtor" should be defined as "an entity that is the subject of a foreign proceeding and under Thai Bankruptcy and Reorganization Law."

6.1.2 Trustee

Insolvency Laws refer to the person responsible for administering the insolvency proceedings by a number of different titles; including administrators, trustees, liquidators, supervisors, receivers, curators, official, or judicial managers. The term "insolvency representative" is used to refer to the person fulfilling the range of functions that may be performed in a broad sense without distinguishing

between those different functions in different types of proceeding. However appointed, the insolvency representative plays a central role in the effective and efficient implementation of an insolvency law, with certain powers over debtors and their assets and a duty to protect those assets and their value, as well as the interests of creditors and to ensure that the law is applied effectively and impartially. Therefore, the word “trustee” is used in Thai Bankruptcy Act and should be defined as “a person, other than the debtor, who has a right to administer and dispose of a debtor’s assets, and also include the plan preparer, the plan administrator of the reorganization plan.”

6.1.3 Recognition

One of the key objectives of the Model Law is to establish simplified procedures for recognition of qualifying foreign proceedings in order to avoid time-consuming legalization or other processes that often apply and to provide certainty with respect to the decision to recognize. These core provisions accord recognition to orders issued by foreign courts commencing qualifying foreign proceedings and appointing the foreign representative of those proceedings. Provided it satisfies specified requirements, a qualifying foreign proceeding should be recognized as either a main proceeding, taking place where the debtor had its center of main interests at the date of commencement of the foreign proceeding or a non-main proceeding, taking place where the debtor has an establishment. Recognition of foreign proceedings under the Model Law has several effects principal among them is the relief accorded to assist the foreign proceeding. Therefore, the word “recognition” should be defined as “the entry of an order granting recognition of a foreign main proceeding or foreign non main proceeding under this law.”

6.1.4 Secured Creditor

Creditors have duties and functions in the insolvency proceeding. The insolvency law should give a clear definition of the word “creditor” to make the understanding of who should be qualify as a creditor in the insolvency proceeding to have a right to proceed in the cross border insolvency case.

Therefore, the word “secured creditor” should be defined as “a creditor of the debtor in the meaning of Thai Bankruptcy and Reorganization Law and in the meaning of other related law”

6.1.5 Assets of the Debtor

Fundamental to insolvency proceedings is the need to identify, collect, preserve and dispose of the debtor’s assets. Many insolvency systems place these assets under a special regime sometimes referred to as the insolvency estate, over which the insolvency representative will have specified powers, subject to certain exceptions. There are some important differences in the way in which the concept of the insolvency estate is understood in various jurisdictions. In some States, the insolvency law provides that legal title over the assets is transferred to the designated official. In others, the debtor continues to be the legal owner of the assets, but its powers to administer and dispose of those assets are limited. Identification of assets and their treatment will determine the scope and conduct of the proceedings and, in particular in reorganization, will have a significant bearing on the likely success of those proceedings. Therefore, the word “assets of the debtor” should be defined as “asset, rights and interests of the debtor, including rights and interests in asset, whether or not in the possession of the debtor, tangible or intangible, movable or immovable, including the debtor’s interests in encumbered assets or in third party-owned assets.”

6.1.6 Center of Main Interests (COMI)

One of the most important new developments in cross border insolvency is the introduction of the concept of Center of its Main Interests (COMI). The operation of most of the Model Law provisions depends on whether one is concerned with a foreign main proceeding or a foreign non-main proceeding. A foreign main proceeding is a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has its Center of Main Interests. A foreign non-main proceeding is a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, taking place in a State where the debtor has an establishment, which is, any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services. These concepts have been enacted in all the jurisdictions with some local

variations, furthermore, an important point is that the test applies on the date of filing an application for insolvency and not at the time the business was conducted. Thai law should give its meaning as “the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis and that is ascertainable by third parties” to avoid misunderstanding of which proceeding should be the main proceeding or non-main proceeding.

6.1.7 Claim

Claims by creditors operate at two levels in insolvency proceedings: firstly, for purposes of determining which creditors may vote in the proceedings and how they may vote (according to the class into which they fall and the value of their claim, where that is a relevant factor) and, secondly, for purposes of distribution. The procedure for submission of claims and their admission is therefore a key part of the insolvency proceedings. Consideration should be given to determining which creditors should be required to submit claims and the types of claim that should be submitted. Consideration should also be given to the procedures applicable to the submission, verification and admission of claims, the consequences of failure to submit a claim and review of decisions concerning the admission of claims. Therefore, the word “claim” should be defined as “a right to payment from the estate of the debtor, whether arising from a debt, a contract or other type of legal obligation, whether liquidated or unliquidated, matured or unmatured, disputed or undisputed, secured or unsecured, fixed or contingent.”

6.1.8 Party in Interest

Many insolvency laws provide creditors, as the primary beneficiaries of the estate, and other parties in interest with some ability to scrutinize both the administration of the estate and the conduct of the insolvency representative in performing its duties. Most insolvency laws require a party in interest to raise its requests for relief or objections through the court. Other parties in interest may have legal standing to raise an objection or request relief when their rights, interests in assets or duties under the insolvency law are affected. The right to be heard must be balanced with the need for efficient administration of the insolvency

proceedings. The definition of the word “party in interest” should be “any party whose rights, obligations or interests are affected by insolvency proceedings or particular matters in the insolvency proceedings, including the debtor, the insolvency representative, a creditor, a creditor committee, a government authority or any other person so affected.”

6.1.9 Stay of Proceedings

To ensure transparency and predictability, it is highly desirable that an insolvency law clearly identify the actions that are to be included within and specifically excepted from the scope of the stay, irrespective of who may commence those actions, whether unsecured creditors (including priority creditors such as employees, legislative lien holders or Governments), third parties (such as a lessor or owner of assets in the possession or use of the debtor or occupied by the debtor), secured creditors or others. Exceptions might include set-off rights and netting of financial contracts; actions to protect public policy interests, such as to restrain environmental damage or activities detrimental to public health and safety; actions to prevent abuse, such as the use of insolvency proceedings as a shield for illegal activities; actions commenced in order to preserve a claim against the debtor; and actions against the debtor for personal injury or family law claims. The word “stay of proceedings” should be defined as “a measure that prevents the commencement, or suspects the continuation, of judicial or other individual actions concerning the debtor’s assets, rights, obligations or liabilities, including actions to make security interests effective against third parties or to enforce a security interest; and prevents execution against the assets of the insolvency estate, and the transfer, encumbrance or other disposition of any assets or rights of the insolvency estate.”

6.2 Adopting the UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency leading to the Effect of State Sovereignty

Cross border insolvency proceedings can be inefficient, prolonged and costly. This is because insolvency rules in different languages, in different countries, under different legal systems and traditions are not always uniform or consistent.

Where insolvency proceedings are governed by the laws of several jurisdictions, various conflicts of laws issues are bound to arise especially as regards the recognition of court decisions and regulations of foreign jurisdictions, judicial recognition and enforcement of foreign judicial proceedings, recognition of the claims of foreign creditors and the differences in the applicable laws in the disposal of assets. Insolvency orders are mostly a method of enforcing monetary court judgments and it is unrealistic to expect courts not to be particular about the enforcement of insolvency orders from many countries with different laws and legal systems. Then there is the problem of different insolvency administrators requiring assistance of national courts and authorities to principally bring about benefits to foreign creditors. Territoriality or the upholding of domestic laws over the laws of other States is a sensitive issue as it is so much part of the concept of State Sovereignty.

At the international level, there are different theoretical approaches advanced to construct an international bankruptcy regime. At present there are two conflicting approaches followed in cross-border insolvency cases. One is the traditional “territorialism” approach and the other is the “universalism” approach.

Traditionally, the way that the adopting States resolved the international issues inherent in these cases was by partitioning insolvency along national borders. This approach known as territorialism is consistent with the concepts of sovereignty and jurisdiction and permits local courts to control local assets pursuant to local laws. Universalism, on the other hand embraces the principle of “one law, one court” which implies that the courts of the debtor’s home country would have international jurisdiction to conduct international bankruptcy proceeding using the home country’s laws, and the home country administers the assets worldwide; having been surrendered to it and follows one plan of distribution to creditors.

The major impediment to the conclusion of the UNCITRAL Model Law concerns State sovereignty. The benefits of cross border insolvency laws can only be attained by implementing a formalized system that is attentive to the distinct interests of the effective administration of foreign-located assets and the

maintenance of State sovereignty that competes in cross border insolvencies. The adaptation of the provisions of a Model Law into the domestic laws of States has profound implications for international law, but it involves the co-existence of State sovereignty and international policy.

The economic underpinning of insolvency has resulted in State sovereignty and strong resistance in order to prevent their sovereignty from being undermined. Traditional views of sovereignty have given way to a growing consensus on the need for reciprocity. However, adopting countries can maintain State sovereignty through the public policy exception either. The public policy exception permits a court that is asked to recognize and enforce a foreign judgment to reject doing so if that court determines that the recognition and enforcement would contradict to a fundamental public policy of the enforcing country.

6.3 The Enforcement of Foreign Judgment

The growth in the number of cross border insolvencies in recent years has heightened interest in the question of recognition and enforcement of cross border insolvency judgments. As is obvious, absent recognition and enforcement, there is no effective remedy, and decisions are confined to territorial limits. Approaches based purely on the doctrine of reciprocity or on exequatur do not provide the same degree of predictability and reliability. General legislation on reciprocal recognition of judgments, including exequatur, might be confined to enforcement of specific money judgments or injunctive orders in two-party disputes, thus excluding decisions opening collective insolvency proceedings.

Despite this recognition early on in the drafting process, the Model Law does not specifically deal with the enforcement of judgments, and there has been significant controversy in recent years on this topic. Moreover, although international efforts at harmonizing the law on recognition and enforcement in general have been scant. Even when treaties have been signed to recognize and enforce specific types of judgments, insolvency judgments have typically been excluded.

One approach might be to focus on judgments issued by courts of the jurisdiction in which the debtor has its COMI or an establishment. Those two

concepts are already used in the cross border context. Such an approach could lead to the exclusion of judgments from courts with no jurisdictional claim over main or non-main insolvency proceedings concerning the debtor, including judgments entered by a court with jurisdiction over insolvency proceedings concerning the debtor, but commenced on the basis of presence of assets or the place of the debtor's registration. Since judgments from those courts might also be relevant to the goal of any instrument to be developed, a wider formulation might be required using some of the more general criteria such as jurisdiction over the debtor.

In 2014, UNCITRAL gave Working Group V the mandate to commence work on a Model Law or provisions on the enforcement of foreign insolvency derived judgments. Clearly, despite its enormous financial importance and academic complexity, cross border insolvency law remains in a state of confusion.

The substantial literature about cross border insolvency has examined the benefits and detriments of the competing ideas of universalism and territoriality. Under universalism, the liquidation of an insolvent debtor with assets in multiple countries is carried out in the country where the debtor has its center of main interests (COMI). The court in the COMI would have global reach to cover the debtor's assets worldwide. The law that would apply would also be the law of that country. Conversely, under territoriality, creditors in each country where the debtor's assets are located commence proceedings within their own jurisdiction using their own laws. This is often called the "grab rule" because local creditors race to grab the assets that are situated in the local jurisdiction before international liquidation proceedings can reach the far-flung assets. Under territoriality, not only is it likely that creditors as a whole receive less in the winding up than under a Universalist structure, but the inconsistent application of multiple laws across the world arguably also results in excessive costs and impinges on the willingness of creditors to extend credit to those companies exposed to potential cross border insolvency. This has the flow-on effect of limiting investment and restructuring international trade to the detriment of global welfare.

To be sure, the diversity in national insolvency laws evidences the fact that each State has designed laws to suit State's unique circumstances and policy preferences. There might be a commonality in the design of insolvency laws around the world sufficient to be able to derive a more general theory and to underpin an argument for cooperation. Certainly, each country's insolvency law seeks to maximize the return to interested parties from the assets of insolvent debtors. To meet these legislated requirements of the insolvency process, there needs to be a system that aggregates the greatest pool of assets from which to distribute. If that pool is reduced, then each interested party will receive less on a distribution.

Specifically, Article 21 of the Model Law states that following recognition of a foreign proceeding, the court may "grant any appropriate relief" as long as it is "necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors." The Model Law conditions this relief in Article 22 by requiring that the court be "satisfied that the interests of the creditor and other interested persons, including the debtor, are adequately protected." In this regard, we propose that the national courts of States enacting the Model Law read the "grant any appropriate relief" language broadly to enforce foreign insolvency judgments in appropriate circumstances. To be sure, the due process rights of affected parties have to be protected, and there has to be some check on expansive interpretations of jurisdiction by foreign courts.

6.4 The Cooperation among Courts and Administrative Authorities

Court cooperation and coordination are core elements of the Model Law. Cooperation is the only realistic way to prevent dissipation of assets, to maximize the value of assets, or to find the best solutions for the reorganization of the enterprise. It is also the only way in which proceedings concerning different members of the same enterprise group taking place in different States can be coordinated. Cooperation and communication lead to better coordination of the various insolvency proceedings, streamlining them with the object of achieving greater benefits for creditors.

Communications by judges directly with judges or administrators in a foreign country raises issues of credibility and proper procedures. The context alone is likely to create concern in litigants unless the process is transparent and clearly fair. Thus, communication among courts in cross border cases is both more important and more sensitive than in domestic cases.

To the extent that there is a lack of communication and coordination among courts and administrators from concerned jurisdictions, it is more likely that assets would be dissipated, fraudulently concealed, or possibly liquidated without reference to other more advantageous solutions. As a result, not only is the ability of creditors to receive payment diminished, but also is the possibility of rescuing financially viable businesses and saving jobs.

Probably all jurisdictions provide for some methods of judicial cooperation; however, they are often slow and complicated in that diplomatic channels have to be included, or even used. If judicial cooperation is considered to take place, some substantive issues are to be observed such as public policy consideration, burden of proof, avoidance rules, protection of the domestic creditors, or any other rights granted to a party by the Constitution or a Human Rights Convention.

Communications by judges directly with judges or administrators in a foreign country raises issues of credibility and proper procedures. The context alone is likely to create concern in litigants unless the process is transparent and clearly fair. Thus, communication among courts in cross border cases is both more important and more sensitive than in domestic cases.

However, the success of cross border insolvencies within the European Community depends primarily on how effectively harmonization between the different proceedings is conducted and on how thoroughly cooperation between the respective liquidators and courts can be achieved. While the various terms promote the cooperation and communication amongst local and foreign jurisdictions, Section 1525 of the US Code also demands cooperation and communication between the local courts and the foreign jurisdiction. Not only is

this duty imposed on the court to affirmatively and directly communicate with a foreign court or representative, but a trustee is also required to "cooperate to the maximum extent possible with a foreign court or representative. However, due to a specific governmental measure implemented, Japanese insolvency proceedings had extraterritorial effect and foreign procedures could be recognized in only a limited way. The law does not create cross border communication provisions between courts, but only between Japanese and foreign representatives and Japanese law excludes the coordination provisions with regard to concurrent proceedings. The idea is that when an application for recognition of a foreign proceeding is filed when a local proceeding has already commenced, the Japanese court must either dismiss the application or suspend the local proceeding.

It is clear that courts in different countries are capable of cooperating with each other and coordinating their administrations in the case of a cross border or multinational reorganization or liquidation. Commerce among nations would clearly be enhanced and facilitated by an international understanding that particular principles or guidelines would be available in the event of a business failure or reorganization.

7. Conclusion

Cross border insolvency is one inevitable consequence of international business. Regulating multinational insolvency cases could be very complicated since there are creditors from different countries while more than one jurisdiction is involved. The UNCITRAL Model Law on cross border insolvency is one of the main international regimes in regulating cross border insolvency. This system is trying to encourage the cooperation among involved insolvency courts in order to achieve greater efficiency. However, it will fail to reach its full potential until universal acceptance of this model is accomplished.

The Thai system for credit protection and insolvency serves an important role within the Thai economy and it conforms in most respects with international standards. Some aspects of the regime are not completely consistent with the

international standards. However, there are encouraging developments in the insolvency law regime of Thailand. Such a new law will be very useful for Thailand as the current law on insolvency has not been updated and lacks of effective and efficient remedies for creditors across border. The Bankruptcy Court also with the Bank in Thailand is now responding to the insolvency law developments. They start to do the conference on cross border insolvency to cope with the international insolvency issues which will arise after being fully join the ASEAN Economic Community. The best way to solve the international problems is to adopt the UNCITRAL Model Law on cross border insolvency to promote the harmonization and cooperation among courts of the member countries. Furthermore, Thailand will implement a plan called the ASEAN Economic Community (AEC) to promote the investment from around the world. Therefore, in order to provide the best preparation, Thailand should learn about cross border insolvency provisions of the UNCITRAL Model Law.

บรรณานุกรม

- Brownlie, Ian. **Principles of Public International Law**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 2008.
- Kent, Anderson. "The Cross Border Insolvency Paradigm: A Defense on the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience." **Cornell Rev.** 696 (1999): 66-68.
- Franck, Thomas M. **Fairness in International Law and Institutions**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2002.
- Male, Julian. "Cross-Border Insolvency Harmonizing Treaties Becoming Important." *Asia-Pacific Housing Journal*, pp. 11-13.
- Finch, Vanessa. **The Roots of Corporate Insolvency Law**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Tolmie, Fiona M. **Corporate and Personal Insolvency Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing., 2003.
- Kunkaew, Auen. **Cross Border Insolvency** [Online]. Available URL: <http://www.iad.coj.go.th/userfiles/file/announcement/IU4.doc>, 2014 (August, 15).

Third Party Funding under Investor-State
Arbitration: Respondent State's Risks and
Recent Developments in ASEAN
and Hong Kong

Yang Xinglong

การระดมทุนของบุคคลภายนอกสัญญาภายใต้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่าง
รัฐและผู้ลงทุน: ความเสี่ยงของรัฐผู้ถูกร้องและการพัฒนาในปัจจุบัน
ของกลุ่มประเทศอาเซียนและฮ่องกง

Third Party Funding under Investor-State Arbitration: Respondent
State's Risks and Recent Developments in ASEAN and Hong Kong

หยาง ซิงหลง^{*}
Yang Xinglong

บทคัดย่อ

การระดมทุนของบุคคลภายนอกสัญญา (TPF) ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐและผู้ลงทุนเอกชน สามารถแก้ไขปัญหาด้านการเงินของผู้ลงทุนได้ ทั้งในส่วนของการเท่าเทียมกับรัฐผู้ถูกร้อง และโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม การที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีหลักการเกี่ยวกับข้อตกลงเงินทุนของบุคคลภายนอกสัญญา เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ อันนำมาสู่ปัญหาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของรัฐและผู้ลงทุนได้ โดยอาจทำให้เกิดความเสี่ยงที่สำคัญเกี่ยวกับรัฐผู้ถูกร้อง เช่น ความอิสระและความเป็นธรรมของผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ความมั่นคงของค่าใช้จ่ายและการจัดสรรเงินทุนต่าง ๆ ดังนั้นการสนับสนุนและการพัฒนาให้มีการระดมทุนของบุคคลภายนอกสัญญาโดยใช้ประโยชน์จากข้อดี และการหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนและข้อเสียต่าง ๆ จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากในปัจจุบันกลุ่มประเทศอาเซียนและฮ่องกง ได้เริ่มมีการปฏิรูปเกี่ยวกับหลักการดังกล่าวแล้ว ตัวอย่างเช่น การแก้ไขกฎหมาย การแก้ไขหลักการอนุญาโตตุลาการ และการปรับข้อตกลงการค้าเสรี เพื่อให้กฎระเบียบเกี่ยวกับการระดมทุนของบุคคลภายนอกสัญญาครอบคลุมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่ด้วยเหตุที่แต่ละประเทศมีเขตอำนาจและสถาบันอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน ตลอดจนกลยุทธ์ของรัฐผู้ถูกร้องก็อาจแตกต่างกันออกไป จึงอาจส่งผลกระทบต่อการลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการระดมทุนของบุคคลภายนอกสัญญาได้

^{*} นักกฎหมายสาธารณะรัฐประชาชนจีน; LL.B. Chong quing Technology and Business University, LL.M. in International Business Law National University of Singapore, LL.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University.

Abstract

The existence of Third Party Funding (“TPF”) in investor-state arbitration could resolve the financial concern for investors, which provides them a more equivalent position with respect to respondent states and a chance to access to justice. International arbitral tribunals have in principle no competence to address TPF agreement because such agreement is disconnected from arbitration agreement. Due to this disconnection, the involvement of TPF in investor-state arbitration could bring vital risks to respondent states, such as the risk on independence and impartiality of arbitrators, the risk on security for costs, and the risk on allocation of cost. It is important to support the development of TPF and take advantage of its benefits, while at the same time regulate what is necessary to avoid uncertainties and limit its dangers. Recently, ASEAN countries and Hong Kong have started a series of reforms, for instance, modification of the current laws, reversion of the arbitration rules, as well as adaptation the new generation Free Trade Agreement, to tackle the need for a more comprehensive and effective regulation of TPF in arbitrations. But due to the different approaches chosen by different jurisdictions and arbitration institutions, strategies adopted by respondent states might have a great impact to mitigate these potential risks brought by the involvement of TPF.

คำสำคัญ: การระดมทุนของบุคคลภายนอกสัญญา, ความอิสระและความเป็นธรรมของผู้ที่ทำหน้าที่
อนุญาโตตุลาการ, ความมั่นคงของค่าใช้จ่าย

Keywords: Third party funding, Independence and impartiality of arbitrators,
Allocation of cost security for costs

1. Introduction

The last six years have witnessed a tremendous increase in Third Party Funding (“TPF”) participation under investor-state arbitration. TPF is defined as “any person or entity that is contributing funds or other material support to the prosecution or defense of the dispute and that is entitled to receive a benefit (financial or otherwise) from or linked to an award rendered in the arbitration” under the recent Task Force conducted by the ICCA along with Queen Mary College at the University of London.¹ According to the recent studies, there are at least three main reasons contributing to the increase of TPF involvement in investor-state arbitration. Firstly, investors might not be able to pursue claims against states due to the heavy costs associated with the investor-state arbitration mechanism, so the existence of TPF resolves the financial concern for the investors, which provides them a more equivalent position with respect to the respondent states and a chance to access to justice.² In addition, potential damage award rendering in favor of investors will be substantial under investment arbitration, so making an investment in arbitrations is a potentially lucrative investment for TPF funders.³ Last but not least, foreign award enforcement regimes, such as the regime⁴ under the Convention of International Centre for Settlement of Investment Dispute (“ICSID”), equip a winning investor with the right to enforce a damage award if the respondent

¹William W. Park, Catherine A. Rogers, “Third-Party Funding in International Arbitration: the ICCA Queen-Mary Task Force” (2015) (“Task Force”) Austrian Yearbook on International Arbitration.

²Eric De Brabandere, Julia Lepeltak, “Third Party Funding in International Investment Arbitration” Grotius Centre Working Paper No 2012/1, 7.

³Ibid, p. 9.

⁴Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and National (entered into force 14 October 1966) (“ICSID Convention”) art. 54 (“Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.”)

state is a Contracting State to the Convention, and there are currently 153 Contracting states to the Convention,⁵ thus the TPF funder's potential benefits will be secured.

Due to the *inter partes*⁶ effect of contractual agreements, investor-state arbitral tribunals have in principle no competence to address TPF agreement since such agreement normally contains its own choice of law and dispute resolution mechanism clauses, thus even if an investor is funded by a TPF agreement, the tribunal members are only limited to address the investment dispute. Due to this limitation, respondent states face several potential risks if a TPF agreement gets involved in arbitral proceedings, especially where the TPF agreement is not disclosed to the respondent state due to the confidentiality term under the agreement. Compulsory disclosure of TPF agreements is essential because respondent states might gain access to evaluate the interests of arbitrators if there is a financial or other means of bond between the arbitrators and the funder.⁷ Also the respondent states shall recover their costs from the funders if the funded investors are impecunious and unable to meet the obligations to pay the respondent states' costs if the funders are revealed.⁸ In order to mitigate these potential risks concerning TPF involvement in investment arbitration and to encourage respondent states to choose the seats in Asia, ASEAN, such as Singapore⁹ and Vietnam¹⁰, and Hong Kong Special Administrative of the People's

⁵ Date Base of ICSID Member State, ICSID. [Online], available URL: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO> accessed 1 September 2016.

⁶ B.A. Garner, Black's Law Dictionary (Thomson Reuters, 2009), 943. ("Latin Between Parties")

⁷ Ashurst Quickguides, "Third Party Funding in International Arbitration" (Ashurst, May 2015) [Online], available URL: https://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=6449 accessed 2 September 2016.

⁸ Brabandere (n 2) 5.

⁹ Civil Law (Amendment) Bill of Singapore (2016) ('2016 Bill') [Online], available URL: <https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/TPF%20-%20Annex%20A.pdf>

Republic of China (“Hong Kong”)¹¹ have started there form in terms of TPF in investment arbitration. The reform shall take in three forms,¹² namely TPF reform of domestic law, TPF reform of international arbitral rules,¹³ and TPF reform under the new generation Free Trade Agreement (“FTA”).

In this Article, Section II aims to provide an overview of TPF under investment arbitration, with focus on the benefits served and the potential risks brought by the involvement of TPF. Section III reviews the recent developments of TPF reform in ASEAN countries and Hong Kong and highlights the different approaches adopted to mitigate the potential risks for the respondent states. Section IV, based on the recent developments of TPF in ASEAN and Hong Kong, suggests several key strategies for the respondent states to cope with TPF involvement in investment arbitration. And the final section will provide a short conclusion to the issues examined in this Article.

accessed 3 September 2016. Also Civil Law (Third-Party Funding) Regulation 2016 of Singapore (“2016 Regulation”), para 2-3. [Online], available URL: [https:// www.mlaw. gov.sg/content/ dam/minlaw/corp/News/TPF%20-%20Annex%20B. pdf](https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/TPF%20-%20Annex%20B.pdf)> accessed 2 September 2016.

¹⁰EU-Vietnam Free Trade Agreement (published on 1 February 2016, have not came into force), Chapter II sec 3 art 11. [Online], available URL: [http://trade. ec.europa.eu/doclib/docs/ 2016/ february/tradoc_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf)> accessed 2 September 2016.

¹¹Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration (2015) (“Consultation Paper”), this Consultation Paper has been prepared by the Third Party Funding Sub-committee of the Law Reform Commission of Hong Kong. [Online], available URL: [http://www.hkreform.gov. hk/en/docs/tpf_e.pdf](http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf)>accessed 2 September 2016. Also China International Economic and Trade Arbitration Commission Hong Kong Arbitration Center, Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (“HK Guideline”), art 2.

¹²Marius Nicolae Lliescu, “A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact” (Kluwer Arbitration Blog, 2 May 2016) [Online], available URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/>>accessed 2 September 2016.

¹³Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC Draft”) (came into force on 1 August 2016) [Online], available URL: [http://siac.org.sg/images/stories/articles/ rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf](http://siac.org.sg/images/stories/articles/rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf)> accessed 2 September 2016.

2. Overview of TPF under Investor-State Arbitration

Definitions to describe TPF under investor-state arbitration are far from universally accepted. For instance, the EU-Vietnam FTA adopts the following definition: TPF means any funding provided by a natural or juridical person who is not a party to the dispute but enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute or in the form of a donation or grant.¹⁴ While under the Consultation Paper on Third Party Funding for Arbitration (2015) released by the Law Reform Commission of Hong Kong, TPF has been described as “the funding of claims by commercial bodies in return for a share of the proceeds. It involves a third person to the Proceedings providing financial assistance or support to a party to the Proceedings.”¹⁵ Singapore, without giving a specific definition of the TPF, provides that a TPF Agreement is a contract by a party or potential party to dispute resolution proceedings with a third party funder for the funding of the costs of the proceedings.¹⁶ According to these definitions, TPF funders are normally motivated by potential returns of their investments in arbitration, and funded parties are motivated mainly because they lack financial resources to pursue their claims. Respondent states rarely rely on TPF because they have adequate resources and other financing options to conduct their responses as well as counterclaims in arbitrations.¹⁷ Even the main goal of TPF aims to fund investors who are unable to access to justice, but where an investor with the finance to arbitrate its claim may want to lay off some risks associated with costly arbitration,¹⁸

¹⁴EU-Vietnam FTA (n 10) art 2.

¹⁵Consultation Paper (n 11) para 1.9.

¹⁶Civil Law (Amendment) Bill of Singapore, para 2.5B. (10) [Online], available URL: <https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/TPF%20-%20Annex%20A.pdf>> accessed 3 September 2016.

¹⁷Consultation Paper (n 11) para 1.12, 3.25.

¹⁸Ashurst (n 7) 2.

it might voluntarily approach TPF. For instance, a funded investor might be obliged to pay the respondent state's cost order if the claim fails, which could impact the financial viability and stability of the investor in the future, then approaching TPF shall shift the potential liability to the funder.

2.1 Access to Justice through Due Diligence Investigation

As aforementioned, investors might not be able to pursue their claims against states due to the heavy costs associated with the investor-state arbitration mechanism, so the existence of TPF resolves the financial concerns for the investors, which provides them a more equivalent position with respect to the respondent states and a chance to access to justice.¹⁹ In parallel, the respondent states might raise concern that TPF could encourage frivolous claims due to the involvement of the funder who is not connected with the merits of the investment dispute.²⁰ This section will identify, due to the due diligence investigation conducted by TPF funders, TPF does not encourage frivolous claims against states but could facilitate investors with limited financial resources to pursue meritorious claims.

TPF funders, before effectively deciding to engage their finances in investment arbitration, should routinely carry out a comprehensive due diligence investigation. Funders desire to invest in high value arbitrations with high chances of success, so the due diligence carried out by the investment advisers or the suitably qualified legal professionals selected by the funders should consider a number of factors including, but not limited to: (a) likelihood of the claim being successful through appraising the merits, evidence, witness of the claim; (b) quantum and the potential return of the claim; (c) timing of the arbitral proceedings; (d) costs for pursuing the claim; (e) likely costs for adverse cost order; (f) complexity concerning

¹⁹Brabandere (n 2) 7.

²⁰Susanna Khouri, Kate Hurford and Clive Bowman, "Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration: a Panacea or Plague? A discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding" (2011) TDM 4. [Online], available URL: <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1747> accessed 2 September 2016.

award enforcement; and (g) possibility of the respondent state's counterclaims.²¹ Pursuant to the factors listed above, the comprehensive investigation can be considered "an extra examination of the success rate of the future proceeding."²² Therefore, scholars have counter-argued that TPF funders cannot afford the consequences of engaging their finances to manifestly unmeritorious claims. Since only meritorious claims will be selected and funded by TPF, the likelihood of having frivolous claims can be decreased. A recent figure also proves that only a few claims examined by the leading funders have been successfully funded.²³

2.2 Negative Impacts to Funded Investors

As noted in the previous section, one of the main benefits served by TPF is to enable investors without sufficient resources to pursue their meritorious claims against states, which could facilitate access to justice. But besides the potential benefit, TPF also brings numerous negative impacts to investors seeking for funding, such as increasing investors' costs, allowing funder's control over arbitral proceedings, imposing threat to attorney's duty of confidentiality towards investors and attorney-client privilege.

A TPF agreement normally requires the funded investor to pay a significant proportion of the potential recoveries to the funder because the funder has to spend substantial sums in legal fees and other outlays during the arbitral proceedings, also if the tribunal holds that the reasonable costs paid by the respondent state shall be shifted to the investor, then the funder will be bound to pay such costs on behalf of the investor if the TPF agreement requires.²⁴ In addition, in cooperation with the due diligence investigation, the investor shall package its

²¹ Consultation Paper (n 11) para 3.28. B.M. Cremades Jr, "Third party Litigation Funding: Investing in Arbitration" (2011) 8 Transnational Dispute Management, 15 [Online], available URL: <http://www.curtis.com/siteFiles/Publications/TDM.pdf>> accessed 3 September 2016.

²² Brabandere (n 2) 7.

²³ Cremades (n 21) 13-5.

²⁴ Ashurst (n 7) 2.

claim to the funder for assessment. If the assessment fails, the costs incurred for packaging the claim will be wasted. Even if the funder accepts to fund the claim, the costs incurred for the package and the TPF agreement negotiation will not be recovered by the respondent state.²⁵ Last but not least, the funded investor faces potential risks concerning the insufficient capital adequacy of the funder and the termination of TPF agreement by the funder, so if the funder goes into bankruptcy or terminates the TPF agreement based on legal reasons, the funded investor shall be strictly bound to pay the rest of the costs and the adverse cost order if the claim fails, subsequently the investor might go into insolvency since adverse cost order are basically substantial in most investor-state arbitrations.²⁶

Given the financial risks involved in and the costs associated with investor-state arbitration, it is reasonable for funders to “gain a degree of economic control in the relationship with the funded claimant and in relation to the outcome of the dispute”,²⁷ whether overall or day to day control is based on the terms of the TPF agreement to the extent permitted by the applicable law.²⁸ Thus due to the economic powers owned by the funders, the funded investors might be compelled to enter into unfair terms, such as unreasonable returns or reservation on the right of approval of the settlement. Furthermore, since the funders are purely interested in financial gains, they might prefer earlier settlements that are not in the best interest of the funded investors.

Attorneys of a funded investor in principle have no reporting obligation to the funder because they are not parties to the TPF agreements. But again, due to the pure financial interest of the funder in the proceedings, the investor’s attorneys might be unduly influenced because the funder presents itself as an efficient

²⁵Ibid.

²⁶Khouri (n 20) 7.

²⁷Ibid, 6.

²⁸Consultation Paper (n 11) 121 (For instance, “while the applicable Australian law appears to permit quite a high degree of control of the conduct of a funded case by a Third Party Funder, the English courts have made it clear that the Funded Party should retain control”).

administrator, and might impose a monitor regime to secure its potential interests and keep a strict control on attorneys' work and fees.²⁹ In addition, if the attorneys have financial ties with the funder, such as constantly funding the attorneys' law firm, it gives rise to a new source of conflict of interest. Under such circumstance, potential conflicts between "the professional duties that a law firm owes to its clients and the economic reliance that law firm has on the Third Party Funder."³⁰ Lastly, the investor's attorneys might be chosen based on the TPF agreement due to the control of the funder, so where there is a disagreement on settlement between the funder and the investor if the funder aims to an early and cheap settlement for improving its cash flow, such control might influence the attorneys to "advise the claimant to accept the settlement even where the settlement may not in the claimant's best interest."³¹

The necessity to disclose all relevant information regarding a claim to funders has been addressed in the previous sections, but there is a possibility that the information, under the confidentiality provision of TPF agreements, shall not be disclosed to any third party if both the disputing parties have not agreed. Pursuant to the confidentiality provision, the investor faces the following conflict of interests: if the investor, in order to secure the funding, gives up its duty to maintain the confidentiality of the information, which shall breach its obligation of the confidentiality provision. Or if the investor fails to disclose the confidential information that is important for the due diligence investigation, he might lose the funding opportunity for pursuing the claim.³² In addition, there is another risk arising out from the relationship between the legal privilege in documents prepared by the investor's attorney and the due diligence investigation conducted by the funder. In

²⁹ Ignacio Torterola, "Third Party Funding in International Investment Arbitration" [Online], available URL: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Torterola_Third%20Party%20Funding%20in%20Arbitration.pdf accessed 3 September 2016.

³⁰ Ibid, 126.

³¹ Khouri (n 20) 7.

³² Consultation Paper (n 11) 125.

order to carry out a comprehensive due diligence analysis in terms of the likelihood of the claim being successful, obtaining all information held by both the funded investor and its attorneys is essential for the funder. Due to this consideration, the legal privilege of the communications, which was made to the investor by its attorneys, but was subsequently communicated to the funder by the investor, might be waived in the jurisdictions that do not recognize a common interest form of privilege. Therefore, the risk “of such advice being subject to a disclosure application brought by the other side on the basis that legal professional privilege was waived, has led to a consensus amongst certain Third Party Funders that due diligence on a claim should focus on facts available, rather than legal opinions being transferred.”³³

3. Potential Risks Concerning TPF Involvement for State Parties

As indicated above, international arbitral tribunals have in principle no competence to address TPF agreement because such agreement is disconnected from arbitration agreement. When a third impartial tribunal reviews sovereign state’s behaviours under investor-state arbitration, public interests concern will arise because the damage award issued against the respondent state will have a negative impact to the state’s government and citizens. So this section, in order to protect those public interests, aims to address how the involvement of TPF in arbitration would bring vital risks to respondent states, namely the risk on confidentiality of the TPF agreement, the risk on security for costs, and the risk on allocation of cost.

3.1 Risk on Confidentiality of TPF Agreement

TPF agreements normally contain a confidentiality provision which prohibits parties from disclosing relevant information to outsiders. Indeed, investors might voluntarily disclose their funding agreements either during the phase of negotiation or during the course of arbitration because “knowledge of the existence

³³Khoury (n 20) 9.

of a funding agreement may significantly affect the other side's willingness to settle the claim"³⁴ Whether to maintain the confidentiality of a TPF agreement to outsiders, especially to the respondent state, will be a strategic and tactical consideration for the funder and the investor. Thus due to such strategic and tactical consideration, the funded investor might avoid releasing its TPF agreement to the public, especially to the tribunal and the respondent state.

The Task Force conducted by the ICCA has reached the consensus that there are real and important concerns about potential conflicts of interest as between funders and arbitrators.³⁵ Firstly, conflicts of interest might bearise if an arbitrator was appointed by an investor with financial support of a funder in a previous arbitration, and subsequently, the arbitrator is appointed by another investor in another arbitration but with the financial support of the same funder. In this scenario, even the previous appointment is not necessarily a basis for disqualification of the arbitrator, but the involvement of the funder might give rise to the concern of repeated appointment of arbitrator. Thus if the TPF agreement in the subsequent arbitration is not disclosed to the respondent state, the state might lose the right to challenge the appointment of the arbitrator on the basis of "a lack of impartiality owing to repeat appointments by the same third party funder."³⁶

In addition, the involvement of a funder might disqualify an arbitrator in the following scenario. Where a presiding arbitrator is appointed under the mutual agreement of the disputing parties to an investment dispute mainly based on the selection of the funder. Subsequently, the arbitrator gets involved in any financial relationship with the funder. For instance, the arbitrator is selected as the attorney of another investor with the financial assistance of the same funder in a subsequent arbitration. Since the arbitrator in first arbitration will be paid as the attorney representing the latter claim by the funder, which shall be deemed as non-impartial arbitrator because of the significant contact with the funder for the purpose of

³⁴ Consultation Paper (n 11).

³⁵ Task Force (n 1) 6.

³⁶ Consultation Paper (n 11) para 5.50.

representation. As to this scenario, without disclosing the TPF agreement to the tribunal and the respondent state in the first arbitration, the respondent state might be facing a significant risk since the presiding arbitrator's impartiality and independence have already been questioned due to the representation in the subsequent arbitration.³⁷

3.2 Risk on Allocation of Costs

In order to well answer whether costs of respondent states incurred during arbitral proceedings can be allocated to TPF funders, there is a need to examine the cost allocation principles under the prominent international arbitration rules in the first place, especially the general principles under the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules. There is no general system or method existing with respect to allocation of costs worldwide, but arbitral tribunals, based on their discretionary power, often have a large discretion on this matter. The ICSID Convention, as one of the most advanced instruments governing investor-state arbitral proceedings, provides limited rules on the allocation of costs. Article 61 (2) of the Convention provides:

“In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.”³⁸

Pursuant to the Article, the ICSID tribunals are given a very wide discretion in terms of the allocation of costs between the parties. Presently, there are three main cost allocation schemes that are widely used under investor-state arbitrations, namely the “lose-pays” approach (English Rule), the “pay your own” approach (American Rule), and the “factor-dependent” approach (Welamson Rule). The English Rule, in order to avoid frivolous claims, requires a losing party to bear

³⁷Task Force (n 1) 7.

³⁸ICSID Convention.

the costs of a winning party. The American Rule, on the contrary, requires the tribunal not to shift the cost of a party to another party regardless of the outcome of the arbitration, so both of the parties are respectively responsible for their own costs during the proceedings. The Welamson Rule implies that investors and states are liable for the costs in accordance with the level of success in the arbitration,³⁹ and this approach thus uses a “sliding scale” to assess how the costs should be divided between the two parties.⁴⁰ In *EDF v. Romania*, the claimant lost the claim, but at the same time, the respondent state has failed on the issue of attribution. The tribunal reasoned:

“in the instant case, and generally, the Tribunal’s preferred approach to costs is that of international commercial arbitration and its growing application to investment arbitration. That is, there should be an allocation of costs that reflects in some measure the principle that the losing party pays, but not necessarily all of the costs of the arbitration or of the prevailing party.”⁴¹

And based on the findings, the claimant was ordered to pay one-third of the respondent state’s total costs.⁴² Based on the case studied above, the ICSID tribunals, in recent years, seem to be “moving away from the applicability of the “American Rule” towards the “loser-pays” principle, by adopting a “middle road” approach taking into consideration the specific facts of the case.”⁴³

As noted above, the ICSID Convention confers on tribunals broad discretion on the allocation of costs, but because the *inter partes* effect of TPF agreements stands, the ICSID tribunals have established the consistent practice that

³⁹S.D. Franck, “Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration,” (2011) 88 Washington University Law Review, 791-2.

⁴⁰Brabandere (n 2) 12.

⁴¹EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, para 327. [Online], available URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf> accessed 5 September 2016.

⁴²Ibid, para 329.

⁴³Brabandere (n 2) 12.

not to address TPF agreement while making the determination on costs allocation. In *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia*,⁴⁴ Claimant Ioannis contended that its costs, including legal representation, experts' fees, etc. should be recovered by the respondent state because it prevailed on jurisdiction as well as liability. On the contrary, the respondent state counter-argued that since the claim was funded by TPF, therefore, any costs of Ioannis incurred during the proceedings should not be awarded. The tribunal, for the first time in ICSID history, provided that:

“The Tribunal knows of no principle why any such third party financing arrangement should be taken into consideration in determining the amount of recovery by the Claimants of their costs...It is difficult to see why in this case a third party financing arrangement should be treated any differently than an insurance contract for the purpose of awarding the Claimants full recovery.”⁴⁵

In *RSM production Corporation v. Grenada*,⁴⁶ RSM, during the annulment proceedings, raised the argument that it was funded by TPF, thus did not have to pay the reasonable costs of the respondent. But the ICSID annulment committee, referring to the reasoning made in *Ioannis*, confirmed that TPF agreement should not be taken into account in determining the amount of recovery, therefore ordered RSM to pay the respondent state's claim costs.⁴⁷ Based on the principles indicated in the previous cases, the ICSID tribunals normally lack competence to issue cost order against TPF funder because the funder is not a party to the arbitration and is not involved in the underlying dispute between the two parties in the arbitration.⁴⁸ But as analyzed above, the existence of TPF under investor-state arbitration, through providing funding to impecunious investors, will undoubtedly lead to an increase in the number of claims against states. With this fact in mind, states and

⁴⁴Ioannis Kardassopoulos v Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award.

⁴⁵Ibid, para 691.

⁴⁶RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award.

⁴⁷Ibid, para 68-9.

⁴⁸ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs, Draft Report (“Draft Report”) (1 November 2015).

scholars strongly argue that funder should be accountable for respondent state's costs incurred during arbitral proceedings in the event that the claim brought by the funded investor is unsuccessful.⁴⁹ In addition, if the funder did actually influence heavily or delay the proceedings and cases, is it necessary for the tribunal to “focus on the consequences of the interference of third party funders and their possible negative influence on the proceedings”⁵⁰ and take into account the funder's role while deciding the costs allocation.

3.3 Risk on Security for Costs

Previous section has examined the current practices concerning allocation of costs under investor-state arbitration. Since a funded investor might to be ordered to pay state's reasonable costs incurred during arbitral proceedings, so it is the tribunal duty to consider whether the costs paid by the state can be fully recovered by the investor if the claim is unsuccessful, especially under the circumstance where the funded investor is impecunious. Thus there is a need to explore whether states can demand tribunals to take TPF into account when accessing application on security for costs. Presently, modern arbitral laws or rules have started the practice to provide explicit provision in terms of the tribunal's power to order security payment,⁵¹ but the circumstances or conditions upon which tribunal shall make the order are normally not provided, which gives the tribunal a broad discretion on this issue. While no uniform practice has developed, one common understanding has been widely accepted among different tribunals, which requires respondent state seeking security to provide “sufficient evidence to assume

⁴⁹ Ashurst (n 7) 5.

⁵⁰ Brabandere (n 2) 15.

⁵¹ Hong Kong Arbitration Ordinance (2011), Section 56(1) (a), (“unless otherwise agreed by the parties, when conducting arbitral proceedings, an arbitral tribunal may make an order— (a) requiring a claimant to give security for the costs of the arbitration.”); Hong Kong International Arbitration Center Administrative Arbitration Rules (2013), Art 24. (“the arbitral tribunal may make an order requiring a party to provide security for the costs of the arbitration.”)

that the current financial circumstances of the claimant are such that it will not be able to pay the respondent's costs at the end of the proceedings.”⁵²

With respect to the security for costs, the ICSID tribunals have constantly required evidence of exceptional circumstances before security can be ordered. In *EuroGas Inc v. Slovak Republic*,⁵³ the tribunal has reiterated the principle that “security for costs may only be granted in exceptional circumstances, “for example where abuse or serious misconduct has been evidenced.””⁵⁴ The tribunal found that: “financial difficulties and third party-funding – which has become a common practice – do not necessarily constitute per se exceptional circumstances justifying that the Respondent be granted an order of security for costs.”⁵⁵ Pursuant to the reasoning made by the Euro Gas tribunal, merely financial difficulties of investor and TPF involvement together cannot constitute exceptional circumstances justifying that tribunal should grant security for costs order in favor of respondent state. In *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*,⁵⁶ the tribunal held that the funded investor should be ordered to post security for costs under the following exceptional circumstance:

“the proven history where Claimant did not comply with cost orders and awards due to its inability or unwillingness, the fact that it admittedly does not have sufficient financial resources itself and the (also admitted) fact that it is funded by an unknown third party which, as the Tribunal sees reasons to believe, might not warrant compliance with a possible costs award rendered in favor of Respondent.”⁵⁷

⁵²Draft Report (n 48) 13.

⁵³*EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No. 3 Decision on the Parties' Request for Provisional Measures.

⁵⁴*Ibid*, para 121.

⁵⁵*Ibid*, para 123.

⁵⁶*RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs with Assenting and Dissenting Reasons. [Online], available URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf> > accessed 7 September 2016.

⁵⁷*Ibid*, para 86.

In RSM, even the tribunal has ordered the security for costs against the funded investor for the first time in ICSID history, but pursuant to reasoning of the tribunal, the order is made mainly based on the investor's proven history of not honoring costs awards, also the TPF could not alleviate the concern that the funded investor will again default on payment.

Pursuant to the cases studied above, nothing in the decision supports the ideas of ordering security payment whenever third funding is present.⁵⁸ It is true that more and more large and solvent investors are relying on TPF as a way to offset risk if their claims are not successful, also more and more impecunious investors are voluntarily disclosing that a solvent funder will be liable for a potential costs order if their claims fail, then granting security for costs order under these circumstances is unreasonable. But if an funded investor is impecunious and unable to pay state's reasonable costs, also the TPF agreement is not disclosed to the respondent state because the funder is not obliged to pay the potential adverse costs award under the agreement, so failing to take the arrangement between the funder and the funded investor into account by the tribunal, which could affect the state to fully recover its costs at the end of the proceedings. Even the ICSID tribunal, in *Muhammet v. Turkmenistan*, has confirmed that the TPF agreement must be unveiled to the respondent state due to the consideration of security for costs,⁵⁹ but such practice has not been universal accepted. Pursuant to the scenario, a respondent state might face the risk on recovering its costs if a security for costs order will not be granted.

⁵⁸Task Force (n 1) 15.

⁵⁹Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No.3. para 13. ("Claimants shall confirm to Respondent whether its claims in this arbitration are being funded by a third-party funder, and, if so, shall advise Respondent and the Tribunal of the name or names and details of the third-party funder (s), and the nature of the arrangements concluded with the third-party funder (s), including whether and to what extent it/they will share in any successes that Claimants may achieve in this arbitration.")

4. Recent Developments of TPF under Investor-state Arbitration in ASEAN and Hong Kong

TPF has gained its popularity in investor-state arbitration in the United Kingdom, the United States, and Australia for the past few years.⁶⁰ Also the European Union recently has released its new generation Free Trade Agreement, which contains TPF provisions aiming to mitigate the risks brought by the growing market of TPF in investment arbitration.⁶¹ As to the TPF in Asia, especially in developing countries and in undeveloped countries, appears to be unheard of or extreme rare. Accordingly, it is important to support the development of TPF and take advantage of its benefits, while at the same time regulate what is necessary to avoid uncertainties and limit its dangers.⁶² So this section will review the recent developments of TPF under investor-state arbitration in ASEAN, especially Singapore, Vietnam, as well as Hong Kong.

4.1 Law Proposals Permitting TPF under International Arbitration Proceedings

As the number of TPF involvement under investment arbitration increases, so regulation on such issue is becoming a more critical factor in choosing the seat of arbitration. In order to promote Singapore and Hong Kong's continued growth as the top arbitration seats in the world, The Hong Kong Law Reform Commission published a Consultation Paper proposing that TPF should be legalized for arbitrations in Hong Kong on 19 October 2015.⁶³ Also the Singapore Ministry of Law, on 30 June 2016, has launched its public consultation on the Draft Civil Law (Amendment) Bill 2016 ('2016 Bill') and Civil Law (Third Party Funding) Regulation

⁶⁰Consultation Paper (n 11) 49-51.

⁶¹EU-Vietnam FTA (n 10)

⁶²Francisco Blavi, "It's About Time to Regulate Third Party Funding" (Kluwer Arbitration Blog, 17 December, 2015) [Online], available URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/> accessed 10 September 2016.

⁶³Consultation Paper (n 11).

2016 (“2016 Regulation”)⁶⁴ to legalize TPF.

As to the Consultation Paper, four recommendations have been given to regulate TPF in arbitration taking place in Hong Kong.⁶⁵ In order to meet the current purpose of this article, the section will only highlight the recommendations aiming to reduce the risks facing by respondent states. Firstly, the Paper, under Recommendation 3, proposed that TPF agreement should be subjected to mandatory disclosure to tribunal and other party to the arbitration.⁶⁶ In addition, the Commission raised the concern that funders “should be permitted to enjoy the proceeds of a successful claim, but not be liable for costs if they have funded an unmeritorious claim or breached ethical and financial standards.”⁶⁷ Thus the Sub-Committee proposed whether the current Arbitration Ordinance should be amended to allow adverse costs orders against TPF funder and how such liability could be imposed. Thirdly, even the Commission did not consider the need to provide tribunal’s power to order funder to provide security for costs, but invited submissions on whether tribunal shall issue security order against funder and the basis for such power.⁶⁸ Even the draft legislation is not yet available but the proposal, indeed, has improved the public understanding of the widely debated issue.

⁶⁴2016 Bill and 2016 Regulation (n 9).

⁶⁵Consultation Paper (n 11) chapter 6. (Firstly, the Arbitration Ordinance should be amended to acknowledge the legal status of TPF; secondly, clear ethical and financial standards for TPF funder should be developed; thirdly, whether a statutory or governmental body, or a self-regulatory body shall conduct the development and supervision of the applicable ethical and financial standards; and whether the funder should be directly liable for adverse costs orders and how such liability should be imposed, and whether the tribunals have power to order the funder to provide security for costs and the basis for such power.)

⁶⁶Ibid, para 6.11.

⁶⁷Ibid, para 6.13.

⁶⁸Ibid, para 6.12-14.

With respect to the recent law reform on TPF in Singapore, the Ministry of Law released the public consultation concerning its proposal for enactment of a legislative framework for TPF in 2016. Traditionally, Singapore laws regard maintenance and champerty as torts under common law. Maintenance is defined as an “improper assistance in prosecution or defending a lawsuit given to a litigant by someone who has no bona fide interest in the case or meddling in someone else’s litigation.”⁶⁹ Champerty, which is an aggravated form of maintenance, is “an agreement between an officious intermeddler in a lawsuit and a litigant by which the intermeddler helps pursue the litigant’s claim as consideration for receiving part of any judgment proceeds.”⁷⁰ Under the doctrine of maintenance and champerty, an affected party to the arbitration could sue the funded party in tort if the affected party has suffered special damages as a result of the TPF agreement.⁷¹ In addition, Singapore laws treat this doctrine as opposite to the public policy, so if a party is funded by TPF, the affected party could raise the public policy concern to object enforcement in Singapore.⁷² Pursuant to the new Section 5(A) of the 2016 Bill, the common law tort of champerty and maintenance is abolished.⁷³ In addition, Section 5(B) (2) provides that in certain prescribed categories in accordance with Paragraph 3 of the 2016 Regulation,⁷⁴ TPF agreements are not contrary to public policy or

⁶⁹B.A. Garner, Black’s Law Dictionary (Thomson Reuters, 2009), 1097.

⁷⁰Ibid, 279.

⁷¹Kabir Singh, Sam Luttrell and Elan Krishna, “Third-party funding and arbitration law-making: the race for regulation in the Asia-Pacific” (Kluwer Arbitration Blog, 14 July 2016) [Online], available URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/14/third-party-funding-and-arbitration-law-making-the-race-for-regulation-in-the-asia-pacific/> accessed 10 September 2016.

⁷²Ibid.

⁷³2016 Bill (n 9) Sec 5(A).

⁷⁴2016 Regulation (n 9) para 3, (“For the purposes of section 5B(1) of the Act, the following classes of proceedings are prescribed dispute resolution proceedings: (a) international arbitration proceedings; (b) court proceedings arising from or out of the international arbitration proceedings; (c) mediation proceedings arising out of or in connection with international arbitration proceedings; (d) application for a stay of proceedings referred to in section 6 of the

illegal.⁷⁵ Even the 2016 Bill and the 2016 Regulation have proposed to legalize TPF under international arbitration proceedings, but with respect to mandatory disclosure of TPF agreement, cost allocation, as well as security for costs have not been addressed in the proposal.

4.2 Arbitration Rules Allowing Tribunals to Consider TPF under International Arbitration

As reviewed in the previous sections, modern arbitration rules, such as ICSID Arbitration Rules, lack the provision to address TPF due to the *inter partes* effect of TPF agreements. Recently, Singapore Arbitration Center (“SICA”) and Hong Kong Arbitration Center of China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC HKAC”) have released public consultation on the Draft SIAC Investment Arbitration Rules (“SIAC Draft”) and the Guidelines for Third Party Funding in Arbitration (“HK Guidelines”) on 1 February 2016 and on 23 May 2016 respectively, in order to provide their tribunals specific guidelines if TPF is involved in arbitral proceedings.

Pursuant to Rule 23(l) of the SIAC Draft, for the first time in history, permits the tribunal to “order the disclosure of the existence and details of a party’s third party funding arrangement, including details of the identity of the funder, the funder’s interest in the outcome of the proceedings, and whether or not the funder has committed to undertake adverse costs liability.”⁷⁶ In addition, based on Rule 32.1 and 34, the tribunal may take into account the TPF agreement in apportioning the costs of the arbitration, and shall make adverse costs order against the funder where appropriate.⁷⁷ Therefore, where the tribunal considers that there is a need to allocate the state’s costs to the funder, such funder is strictly bound to

International Arbitration Act; (e) proceedings for or in connection with the enforcement of an award or a foreign award under the International Arbitration Act. “)

⁷⁵2016 Bill (n 9) Sec 5(B) (2).

⁷⁶SIAC Draft (n 13) Rule 23 (l).

⁷⁷Ibid, rule 32 and 34.

pay the adverse order. The adverse cost consequences may also deter the funding of frivolous claims.⁷⁸ As to security for costs, the drafts only allow the tribunal to order either party to provide security for costs in any manner the tribunal thinks fit,⁷⁹ so whether the funder can be ordered to provide security for costs is still unresolved under the Draft. The express provisions under the Draft overcome the risk on conflicts of interest of arbitrators by granting the tribunal the power and flexibility to require disclosure to the extent appropriation in arbitration, also the advance rule concerning allocation of costs under the Draft aims to reduce the risk of exposing successful respondents states to a costs bill that they cannot recover.

As to the HK Guideline, one of the most important developments is the tribunal's discretionary power to invite, or in certain cases direct, any funded investor to disclose its funding, including the fact that the investor is funded, the name and address of the funder, and any other information required by applicable laws or rules or which the tribunal otherwise considers necessary.⁸⁰ As the article presented earlier, potential conflicts of interest as between funders and arbitrators might arise from TPF agreements, and under the Guideline, the tribunal, upon receiving the information of the existence of TPF, shall positively consider its own independence and impartiality and take any such steps as are required under applicable laws or rules.⁸¹ With respect to security for costs, the Guideline provides the tribunal the right to consider the nature and extent of the party's funding as a relevant factor to the extent permitted by applicable laws or rules.⁸² Even the introduction of the Guideline makes it clear that they are to be voluntary, thus "parties and arbitrators shall not be deemed to have adopted all or any part of the

⁷⁸Jonathan Lim and Dharshini Prasad, "A Brief Overview of the Draft SIAC Investment Arbitration Rules 2016" (Kluwer Arbitration Blog, 14 July 2016) [Online], available URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/12/a-brief-overview-of-the-draft-siac-investment-arbitration-rules-2016/>>accessed 10 September 2016.

⁷⁹SIAC Draft (n 13) Rule 23 (j).

⁸⁰HK Guideline (n 11) para 3.1-3.2.

⁸¹Ibid, para 3.3.

⁸²Ibid, para 3.4.

Guideline simply because of their participation in arbitration proceedings in which there is an element of Funding.”⁸³ But once the legality of TPF is confirmed, the Guidelines will surely provide a useful reference point for parties, especially for respondent states to CIETAC arbitrations.

4.3 New Generation Free Trade Agreement regulating TPF Participation

The detailed analysis on the recent developments in Singapore and Hong Kong points towards a clear trend to regulate the interaction of TPF with international arbitration. TPF reform also has been carrying out thorough mandatory provisions of the new generation Free Trade Agreement in ASEAN, one of the most groundbreaking developments is the text of the recently agreed EU-Vietnam FTA. Under Article 11 of Section 3 (Resolution of Investment Dispute), the funded investor, at the time of submission of the claim, is strictly bound to notify the existence and nature of the funding arrangement, including the name and address of the funder to the respondent state and the division of the tribunal. Where the division is not established, the notification shall be made to the President of the tribunal.⁸⁴ Where the TPF agreement is “concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as possible the agreement concluded or the donation or grant is made.”⁸⁵ Pursuant to the provisions, the funded investor is only obliged to disclose the existence and nature of the funding arrangement, and the name and address of the funder, but the terms of the TPF agreement does not fall into the scope of mandatory disclosure. In addition, the investor is bound to disclose any donation or grant made from a third party to the tribunal and the respondent state. When deciding on the issues of security for costs and allocation of cost, the tribunal shall take into account whether there is a TPF involved in the proceedings.⁸⁶ Even the FTA has expressly granted the tribunal

⁸³ Ibid, para 1.4.

⁸⁴ EU-Vietnam FTA (n 10) sec 3, art 11(1)-(2).

⁸⁵ Ibid, sec 3, art 11(2).

⁸⁶ Ibid, sec 3, art 11(3).

power to take the TPF into consideration, but the circumstances or conditions upon which the tribunal shall make the order are not provided. So it leaves the tribunal a great discretionary power to decide whether to grant the security order or adverse cost order to the funded party or even to the funder. ASEAN has launched a region-to-region FTA with the EU in 2007, even the negotiation was paused to give way to bilateral FTAs negotiations of ASEAN countries, but it is likely that the ASEAN and EU FTA will the same practice of EU FTA.

5. Strategies for Respondent States

Due to the increasing trend of TPF participation in arbitration, ASEAN countries, such as Singapore, Vietnam, and Hong Kong have started a series of reforms, for instance, modification of the current laws, reversion of the arbitration rules, as well as adaptation the of new generation FTA providing specific TPF provision, to tackle the need for a more comprehensive and effective regulation of TPF in international arbitrations. Indeed, these recent developments have a great impact to unveil TPF masks, also grant tribunals discretionary power to decide whether the respondent's costs should be shifted to the funder as well as whether security for costs order shall be granted to the respondent state through considering the nature and extent of the party's funding as a relevant factor, but due to the different approach choosing by different jurisdiction and arbitration institution, so there is a need to provide some useful strategies for respondent states where TPF is involved in arbitral proceedings.

5.1 Checking the Legality of TPF Pursuant to the Law of the Seat

The law of the seat unusually provides basic rules for the conduct of arbitration as well as governs the relationship between arbitral tribunal and local courts.⁸⁷ To be more specific, if TPF is not deemed as a legal creation pursuant to the law of the seat, the opposite party might sue the funded party in tort in

⁸⁷Singh (n 71).

accordance with the common law doctrine of champerty and maintenance. In addition, if the funded party's claim is successful, the opposite party can seek to set-aside the award in the competent court of the country where the award is rendered on the basis that the TPF is against to public policy of the country.⁸⁸ For instance, as noted above, before releasing the public consultation on abolishing the doctrine of champerty and maintenance, Singapore was in the position that the "principles behind the doctrine of champerty are general principles and must apply to whatever mode of proceedings is chosen for the resolution of a claim,"⁸⁹ Therefore, if the respondent state is notified the fact that the investor is funded by a third party during the arbitral proceedings, then the notified state shall seek to injunct the arbitration because the TPF is an abuse of process, or file a lawsuit against the funded investor in tort if the state has suffered damage as the result of the tortious TPF agreement. Where the state finds out the existence of the TPF agreement after the award is rendered in favor of the funded investor, the state may file an application to set-aside the award on the ground that the award is contrary to public policy in Singapore.

5.2 Ascertaining the Approach of TPF Adopted by Relevant FTA and Rules

As noted above, states and several arbitration institutions have started TPF reform through amending or revising the traditional FTA and arbitration rules. With respect to the recent developments of TPF in arbitration, it is essential for respondent states to ensure the approach adopted by the law or the arbitration rules. For instance, funded parties are obliged to fully disclose their TPF agreements at the time of submitting their claims under the EU-Vietnam FTA, but the SIAC Draft provides the tribunal discretionary power to order disclosure of TPF agreement where it considers appropriate. In addition, SIAC Draft expressly allows tribunals to take into account TPF agreement in apportioning the costs of the arbitration, but

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

other arbitration rules lack provision on adverse cost order. If respondent states get familiar with the approach chosen by the FTA as well as the arbitration rules, they will arrange the response or counterclaim better when confronting with the risks brought by the participation of the third party funder.

5.3 Addressing Inherent Discretionary Power of Tribunal

Even several states have launched public consultation on the proposal for enactment of a legislative framework for TPF, also leading arbitration institutions have started to make TPF more transparent by reversing their traditional arbitration rules. But not every jurisdiction or arbitration institution has its own regulations or rules governing TPF participation. Also only the newly EU FTA started the practice to take TPF into account. Thus, in the absence of explicit TPF regulation, the respondent state shall focus on the inherent discretionary power of the tribunal to regulate procedural issues, such as disclosing TPF agreement, and granting security for costs order and adverse costs order, when there is a third funder participating in arbitral proceedings.

To begin with, arbitrators might find that ordering funded investor to disclose its TPF agreement should be an essential factor to ensure their own independence and impartiality. Where a state raises an application on disclosure of TPF agreement according to the concern of repeated appointment, then in order to prove that the arbitrators are independent and impartial to the disputing parties, the tribunal might order the funded investor to disclose the existence of the TPF as well as the information of the funder. In addition, if there is any evidence showing that the investor is unable to pay adverse cost order when its claim fails, pursuant to the previous practice of ICSID,⁹⁰ the respondent state could raise the importance of disclosing the TPF agreement, especially disclosing the term of whether the funder is bound to pay the adverse order on behalf of the funded investor, because such disclosure will gain the state's confidence in recovering its reasonable costs.

⁹⁰ Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan (n 59).

Furthermore, even the SIAC Draft has granted its tribunals power to order third party funder to pay state's costs where appropriate, but this practice has not been well accepted in most arbitration institutions. Several scholars have raised the concern that tribunals should distinguish cases in which funder "actually heavily influence or delay the proceeding and cases where the existence of a third party funding agreement had none or only limited influence on the proceedings."⁹¹ Thus the respondent state, in order to collect costs recovery from the influential funder, shall make a persuasive argument focusing on the negative consequences and influences brought by the funder's involvement in the proceedings. Even the tribunal lacks power to address the TPF agreement itself, but where the arbitral proceedings are unduly influenced by the funder, the tribunal might take a further step to order the funder to pay the state's costs.

As to the security for costs, ICSID tribunals have taken the view that merely financial difficulty of investor and TPF involvement in investment arbitration do not necessarily constitute per se exceptional circumstances justifying that state be granted an order of security for costs. Even nothing in previous ICSID decisions supports the idea of ordering security payment whenever third funding is present, but security for costs may be granted in exceptional circumstances, for instance, the funded investor's abuse or serious misconduct. Thus the respondent state should put its best efforts to establish that the arbitral proceedings are unduly burdened by the abuse or serious misconduct of the funded investor. In addition, pursuant to the assenting opinion of arbitrator Griffith in *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, the respondent state shall demand the tribunal to order the funded investor to disclose all relevant factors and to make a case why security for costs order should not be made in the case. If the tribunal acknowledged that it is the funded investor's obligation to make a case why security for costs order should not be made, then the state, based on the arguments, could raise its counter arguments.

⁹¹Brabandere (n 2) 15.

6. Conclusion

TPF in investor-state arbitration is a fast growing industry and will undoubtedly play a large role in the future. Besides the advantages severed by TPF for investors and funders, TPF'S interaction with investor-state arbitration may bring several potential risks. Recent developments of TPF in ASEAN and Hong Kong have established a series of rules governing TPF issues, such as the mandatory disclosure of TPF agreement, the tribunal power to take the TPF agreement into account before granting security for costs order and rendering funder to pay adverse costs order. Indeed, having the existing substantive and binding or voluntary provisions available in arbitration would help respondent states to reduce the risks where TPF is involved in arbitration, but not every jurisdiction and arbitration institution has started the reform on TPF yet. Thus the strategies provided to respondent states, for instance, checking the legality of TPF in accordance with the law of the seat, ascertaining the approach adopted by relevant provisions, and focusing on the inherent power of tribunal to address procedural issues, which would help them to mitigate their legal risks when the TPF is involved in the arbitral proceedings.

บรรณานุกรม

- Ashurst. **Quickguides: Third Party Funding in International Arbitration** [Online]. Available URL: <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/>, 2015 (May).
- Blavi, Francisco. **It's About Time to Regulate Third Party Funding** [Online]. Available URL: <http://kluwarbitrationblog.com/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/>, 2017 (April, 17).
- Brabandere, Eric De and Julia Lepeltak,. "Third-Party Funding in International Investment Arbitration." **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal** 27, 2 (December 2012): 379-398.
- Cremades Jr, B.M. "Third party Litigation Funding: Investing in Arbitration." **Transnational Dispute Management** 8, 4 (October 2011): 15.
- Franck, S.D. "Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration" **Washington University Law Review** 88, 4 (2011).
- Khoury, Susanna, Kate Hurford and Clive Bowman, "Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration: a Panacea or Plague? A discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding." **Transnational Dispute Management** 8, 4 (October 2011): 15.
- Lim, Jonathan and Dharshini Prasad. **A Brief Overview of the Draft SIAC Investment Arbitration Rules 2016** [Online]. Available URL: <http://kluwarbitrationblog.com/2016/03/12/a-brief-overview-of-the-draft-siac-investment-arbitration-rules-2016/>, 2017 (April, 17).
- Lliescu, Marius Nicolae. **A Trend Towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact** [Online]. Available URL: <http://kluwarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact>, 2017 (April, 17).

- Park, William W. and Rogers, Catherine A. "The Arbitration Agreement and Arbitrability, Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force." In **Austrian Yearbook on International Arbitration**, 2015. ed. Christian Klausegger and et al., pp. 113-123.
- Singh, Kabir, Sam Luttrell and Elan Krishna, **Third-party funding and arbitration law-making: the race for regulation in the Asia-Pacific** [Online]. Available URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/14/third-party-funding-and-arbitration-law-making-the-race-for-regulation-in-the-asia-pacific/>, 2017 (April, 17).
- Sub-Committees on Costs and Security for Costs, **The ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration Draft Report**, [Online]. Available URL: http://www.arbitration-icca.org/media/6/09700416080661/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf, 2015 (November, 1).
- Third Party Funding for Arbitration Sub-Committee. **The Law Reform Commission of Hong Kong Consultation Paper: Third Party Funding for Arbitration** [Online]. Available URL: http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.DOC, 2017 (April, 17).
- Tortorola, Ignacio. **Third Party Funding in International Investment Arbitration** [Online]. Available URL: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Tortorola_Third%20Party%20Funding%20in%20Arbitration.pdf, 2017 (April, 17).

คำพิพากษาฎีกาน่าสนใจ : ปัญหาความรับผิดในทาง
ละเมิดกรณีรถยนต์หายใครรับผิดชอบ

ทีปกร โกมลพันธุ์พร
นริสา เอี่ยมอำนวย

คำพิพากษากฎีกาน่าสนใจ : ปัญหาความรับผิดในทางละเมิด กรณีรถยนต์หายใครรับผิดชอบ

ทีปกร โกมลพันธุ์พร*

นริสา เอี่ยมอำนวย**

ในอดีตมนุษย์เราต้องการเพียงปัจจัยสี่ ได้แก่ อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และยารักษาโรค ในการดำรงชีวิต แต่เมื่อโลกพัฒนาก้าวหน้ามาถึงขีดสุด ปัจจัยสี่ย่อมไม่เพียงพอต่อการดำรงชีพอีกต่อไป ความก้าวหน้าของโลกส่งผลให้มนุษย์ต้องการปัจจัยอื่น ๆ มาเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการดำเนินชีวิตปัจจุบัน เช่น โทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ตไร้สาย และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง รถยนต์ อย่างไรก็ตามรถยนต์จัดว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่มีอัตราการถูกโจรกรรมในแต่ละปีสูงขึ้นมาก¹ โดยเฉพาะในกรุงเทพมหานคร จากการสำรวจสามารถสรุปได้ว่า บริเวณลานจอดรถของห้างสรรพสินค้าในย่านชานเมือง ลานจอดรถของตลาดขนาดใหญ่ ลานจอดรถและบริเวณโดยรอบอาคารชุดพักอาศัยขนาดใหญ่ย่านชานเมืองเป็นสถานที่ที่มีสถิติเกิดเหตุรถยนต์สูญหายบ่อยครั้งที่สุด² และเมื่อเกิดเหตุโจรกรรมรถยนต์ขึ้นในสถานที่ต่าง ๆ ข้างต้น ผู้เสียหายย่อมต้องหาผู้รับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งที่เกิดขึ้น

ดังนั้น บทความนี้จะศึกษาเกี่ยวกับกรณีความรับผิดในทางแพ่งอันเนื่องมาจากรถยนต์สูญหายในกรณีต่าง ๆ ตามแนวคำพิพากษากฎีกาประกอบข้อสังเกตที่น่าสนใจ

*ผู้พิพากษาประจำศาล; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, น.บ.ท., LL.M. in International Commercial Law University of Leicester, LL.M. in Tax Law Queen Mary, University of London.

**ทนายความและที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล เอส.เจ., น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. in Business Laws (English Program) Thammasat University.

¹[Online], available URL: <https://www.autoinfo.co.th/article/10880/2560> (เมษายน, 10).

²[Online], available URL: http://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1436255296, 2560 (เมษายน, 10).

1. กรณีรถยนต์สูญหายในห้างสรรพสินค้า

1.1 เมื่อรถยนต์ของลูกค้าสูญหายไปจากบริเวณลานจอดรถของห้างสรรพสินค้า เนื่องจากพนักงานรักษาความปลอดภัยไม่รอบคอบ ไม่สอดส่องตรวจตราอย่างใกล้ชิด จะถือว่าเป็นการกระทำโดยดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของห้างสรรพสินค้าโดยประมาทเลินเล่อ อันเป็นการกระทำละเมิด ได้หรือไม่ มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2048/2559 รถคันที่โจทก์ (บริษัทประกันภัย) รับประกันภัยไว้สูญหายไปจากบริเวณลานจอดรถของห้างจำเลยในขณะที่ ส. ผู้เอาประกันภัยขับนำไปจอดไว้แล้วเข้าไปซื้อสินค้าภายในห้างจำเลยเพราะเกิดจากการกระทำของพนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างจำเลยที่ไม่รอบคอบ ขาดการสังเกตและสอดส่องตรวจตราดูแลอย่างใกล้ชิดเพื่อป้องกันการโจรกรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่จำเลยต้องปฏิบัติในการให้บริการแก่ลูกค้า อันเป็นการงดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลย เมื่อการงดเว้นนั้นเป็นเหตุให้มีคนร้ายลักรถคันที่โจทก์รับประกันภัยไป จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เอาประกันภัย จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนตามวงเงินคุ้มครองกรณีรถยนต์สูญหายแก่ผู้เอาประกันภัยแล้ว โจทก์ยอมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยเรียกให้จำเลยผู้กระทำละเมิดชดใช้เงินจำนวนดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันถัดจากวันที่โจทก์ชำระได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 14218/2558 จำเลยที่ 3 ว่าจ้างจำเลยที่ 2 ให้ดูแลรักษาความปลอดภัยโดยมีจำเลยที่ 1 เป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 2 ซึ่งจำเลยที่ 3 ประกอบกิจการห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ยอมมีหน้าที่ดูแลรักษาความปลอดภัยรถยนต์ของลูกค้าตามสมควร การที่จำเลยที่ 3 ว่าจ้างจำเลยที่ 2 ดูแลรักษาความปลอดภัยบริเวณลานจอดรถจึงเป็นการมอบหมายให้จำเลยที่ 2 และลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ทำการดูแลรักษาความปลอดภัยแทนจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 2 จึงเป็นตัวแทนของจำเลยที่ 3 ในการดูแลรักษาความปลอดภัย โดยจำเลยที่ 1 มีหน้าที่รับบัตรจอดรถคืนจากผู้ขับรถ เมื่อปรากฏว่ามีผู้ขับรถคันที่โจทก์รับประกันภัยออกจากลานจอดรถของจำเลยที่ 3 โดยบัตรจอดรถยังอยู่กับ ช. และไม่ปรากฏว่ามีการคืนบัตรจอดรถหมายเลขทะเบียนเดียวกับรถคันที่โจทก์รับประกันภัย พฤติการณ์ดังกล่าวถือว่าจำเลยที่ 1 ไม่ปฏิบัติหน้าที่เรียกคืนบัตรจอดรถจากคนร้ายเป็นเหตุให้รถที่โจทก์รับประกันภัยถูกลักไป อันเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 1 ที่ไม่ดูแลรักษาความปลอดภัยรถยนต์ของลูกค้าตามสมควร จำเลยที่ 3 ต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ฐานเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ประกอบมาตรา 425 โจทก์รับประกันภัยรถยนต์พิพาทจาก ช. ซึ่งประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าความวินาศภัยนั้นได้เกิดขึ้นเพราะการกระทำของบุคคลภายนอกไซ้ ผู้รับประกันภัยได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเพียงใด ผู้รับประกันภัยย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยและของผู้รับประกันภัยซึ่งมีต่อบุคคลภายนอกเพียงนั้น” ดังนี้ เมื่อโจทก์ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนไปย่อมเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดได้ตามบทบัญญัติดังกล่าว

ข้อสังเกต: แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้ให้ความหมายของ คำว่า “การกระทำ” ไว้ชัดเจนอย่างในประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าการกระทำละเมิดอันก่อให้เกิดความรับผิดในทางแพ่งนั้นจะต้องมีการกระทำเป็นองค์ประกอบสำคัญ ซึ่งการกระทำ (Action) มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่มีการเคลื่อนไหว และการกระทำที่ไม่มีการเคลื่อนไหว ซึ่งในส่วนหลังนี้ เรียกว่า การกระทำโดยดเว้น³ จึงถือได้ว่าแม้ผู้กระทำละเมิดจะไม่ได้เคลื่อนไหวร่างกายก็อาจมีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดได้ เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ดังนั้นจึงเป็นการกระทำละเมิดในลักษณะประมาทเลินเล่อโดยดเว้น

1.2 ห้างสรรพสินค้าออกบัตรจอดรถให้แก่ลูกค้าที่นำมาจอดทุกคันโดยเขียนลงในบัตรอ่อนเฉพาะหมายเลขทะเบียน แต่ไม่ได้ระบุหมวดตัวอักษรหน้าหมายเลขทะเบียน ไม่ระบุวันเดือนปี เวลาที่รถยนต์เข้ามาจอดและไม่ได้เก็บค่าจอดรถ หากรถที่ลูกค้านำมาจอดสูญหาย ห้างสรรพสินค้าจะปฏิเสธความรับผิดในทางแพ่งโดยอ้างว่าห้างสรรพสินค้าไม่มีวัตถุประสงค์ในการรับฝากรถของลูกค้าที่นำมาจอดเพื่อให้บริการ ได้หรือไม่ มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 5800/2553 จำเลยที่ 1 ประกอบกิจการจำหน่ายสินค้าอุปโภคบริโภค โดยไม่มีวัตถุประสงค์ในการรับฝากรถของลูกค้าที่นำมาจอดเพื่อให้บริการของห้างจำเลยที่ 1 แต่จำเลยที่ 1 ก่อสร้างห้างจำเลยที่ 1 อยู่ภายใต้ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร ซึ่งกำหนดให้เจ้าของอาคารต้องมีที่จอดรถ จำเลยที่ 1 จึงต้องจัดสร้างที่จอดรถดังกล่าวและจำเลยที่ 1 ได้ว่าจ้างจำเลยที่ 2 ในการดูแลรักษาความปลอดภัยห้างของจำเลยที่ 1 ซึ่งในการนำรถยนต์เข้ามาจอดต้องรับบัตรจอดรถจากพนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 2 และเมื่อจะนำรถยนต์ออกต้องแสดงบัตรจอดรถที่ตรงกับหมายเลขทะเบียนรถต่อพนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 2 ตรวจดูว่าถูกต้องจึงจะอนุญาตให้นำรถออกจากห้างของจำเลยที่ 1 ได้ แม้จำเลยที่ 1 ไม่เก็บค่าจอดรถ แต่ก็เป็นการจัดที่จอดรถให้แก่ลูกค้าตามพระราชบัญญัติของกฎหมาย และตามพฤติการณ์ยังเป็นการให้บริการอย่างหนึ่งของห้างจำเลยที่ 1 ที่มีผลต่อยอดจำหน่ายสินค้าของจำเลยที่ 1 โดยตรง ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอื่น จำเลยที่ 1 จึงเป็นผู้ให้บริการตาม

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย บัญญัติว่า การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย.

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 3 ทั้งห้าของจำเลยที่ 1 มีลูกค้าขั้บรถยนต์มาจอดและเข้าซื้อสินค้าเป็นจำนวนมากการดำเนินคดีย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคโดยส่วนรวมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 39 คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคโจทก์ย่อมมีอำนาจรับเรื่องไว้พิจารณาและแต่งตั้งให้พนักงานอัยการดำเนินคดีแทนผู้บริโภคได้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง ในวันเกิดเหตุเวลาประมาณ 19 นาฬิกา ผู้บริโภคขั้บรถยนต์พิพาทไปจอดที่ลานจอดรถของห้างสรรพสินค้าของจำเลยที่ 1 โดยรับบัตรจอดรถจากจำเลยที่ 4 ซึ่งเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 2 ที่ประจำอยู่ประตูทางเข้าของห้าง โดยจำเลยที่ 4 ได้เขียนกำกับหมายเลขทะเบียนรถยนต์ของผู้บริโภคไว้ในบัตรจอดรถก่อนมอบให้ผู้บริโภค เมื่อจอดรถแล้วผู้เสียหายได้เข้าไปซื้อสินค้าในห้างของจำเลยที่ 1 หลังจากนั้นประมาณ 50 นาที ผู้บริโภคได้กลับมาที่จอดรถ ปรากฏว่ารถยนต์พิพาทหายไปแล้ว โดยบัตรจอดรถยังอยู่ที่ผู้บริโภค การออกบัตรจอดรถให้เจ้าของรถยนต์ที่ผ่านเข้ามาจอดในลานจอดรถไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ โดยเขียนกำกับเฉพาะหมายเลขทะเบียนแต่ไม่ได้ระบุหมวดตัวอักษรหน้าหมายเลขทะเบียน และบัตรอ่อนไม่ระบุวันเดือนปีและเวลาที่รถยนต์เข้ามาจอด จึงง่ายต่อการปลอมแปลงและนำมาใช้ซ้ำ การที่พนักงานรักษาความปลอดภัยปล่อยให้คนร้ายนำรถของผู้บริโภคออกจากลานจอดรถโดยไม่ระมัดระวังในการตรวจบัตรจอดรถโดยเคร่งครัด จึงเป็นผลโดยตรงที่ทำให้รถยนต์ถูกลักไป เป็นการประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 3 และที่ 4 พนักงานรักษาความปลอดภัยซึ่งเป็นลูกจ้างที่กระทำในทางที่จ้างของจำเลยที่ 2 อันเป็นการละเมิดต่อผู้บริโภค ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และ 425 จำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 จึงต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดต่อผู้บริโภค แม้ตามสัญญาว่าจ้างงานรักษาความปลอดภัยครอบคลุมเฉพาะการรักษาความปลอดภัยในทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างและลูกจ้างของผู้ว่าจ้างเท่านั้น แต่ตามสัญญาข้อ 1 ระบุว่านอกจากจำเลยที่ 1 ว่าจ้างให้จำเลยที่ 2 ทำการรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 1 และลูกจ้างของจำเลยที่ 1 แล้วยังรวมตลอดถึงบรรดาทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์หรืออยู่ภายใต้การควบคุมดูแลหรือครอบครองของจำเลยที่ 1 ซึ่งอยู่ในบริเวณห้างจำเลยที่ 1 ด้วย นอกจากนี้ยังได้ระบุในสัญญาว่าจ้างงานรักษาความปลอดภัย ข้อ 7.3 ว่า "ประสานงานและให้ความร่วมมือ ช่วยเหลือในการป้องกันและปราบปรามโจรกรรม การก่อวินาศกรรม การก่ออาชญากรรมทุกรูปแบบตลอดจนการก่อความวุ่นวาย การจลาจลต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นภายในบริเวณสถานที่ของผู้ว่าจ้าง" ด้วย จึงย่อมรวมถึงรถยนต์ของผู้บริโภคซึ่งเป็นลูกค้าของจำเลยที่ 1 ที่มาจอดในบริเวณห้างและถูกคนร้ายลักไปเพราะการลักทรัพย์ถือเป็นการโจรกรรมและการก่ออาชญากรรมอย่างหนึ่ง จึงอยู่ในขอบเขตการว่าจ้างการรักษาความปลอดภัยตามสัญญาว่าจ้างงานรักษาความปลอดภัย จำเลยที่ 2 จึงเป็นตัวแทนที่รับมอบหมายจากจำเลยที่ 1 ในการรักษาความปลอดภัยทรัพย์สินในห้างจำเลยที่ 1 เมื่อจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ร่วมกันกระทำละเมิดทำให้รถยนต์พิพาทของ

ผู้บริโภคสูญหายไป จำเลยที่ 1 ในฐานะตัวการจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดซึ่งตัวแทนของจำเลยที่ 1 ได้กระทำไปในกิจการที่รับมอบหมายให้ทำแทนนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ประกอบมาตรา 425

1.3 หากห้างสรรพสินค้าประกาศยกเลิกแจกบัตรจอดรถเปลี่ยนเป็นติดตั้งกล้องวงจรปิดแทน และมีการปิดประกาศว่าจะไม่รับผิดชอบต่อการสูญหายหรือเสียหายใด ๆ ซึ่งลูกค้าก็ทราบถึงการยกเลิก แจกบัตรจอดรถ แต่นำรถเข้ามาจอด เมื่อรถของลูกค้าสูญหายห้างสรรพสินค้าดังกล่าวจะยกเรื่องประกาศและข้อกำหนดของห้างสรรพสินค้ามายกเว้นความรับผิดชอบในทางละเมิด ได้หรือไม่ มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 7471/2556 จำเลยเป็นห้างสรรพสินค้าขายปลีกและขายส่งสินค้าอุปโภคและบริโภค ย่อมต้องให้ความสำคัญด้านบริการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริการเกี่ยวกับสถานที่จอดรถซึ่งนับเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินใจของลูกค้าที่จะเข้าไปซื้อสินค้าหรือใช้บริการ อื่น ๆ หรือไม่ แม้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 8 (9), 34 บัญญัติให้จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของอาคารต้องจัดให้มีพื้นที่จอดรถเพื่ออำนวยความสะดวกแก่การจราจร แต่จำเลยยังต้องคำนึงและมีหน้าที่ดูแลความปลอดภัยของลูกค้าทั้งในชีวิตและทรัพย์สินมิใช่ปล่อยให้ลูกค้าระมัดระวังหรือเสี่ยงภัยเอาเอง การที่จำเลยเคยจัดให้มีการแจกบัตรสำหรับรถของลูกค้าที่เข้ามาในห้างซึ่งเป็นวิธีการที่ค่อนข้างรัดกุม เพราะหากไม่มีบัตรผ่าน กรณีจะนำรถยนต์ออกไปจะต้องถูกตรวจสอบโดยพนักงานของจำเลย แต่ขณะเกิดเหตุกลับยกเลิกวิธีการดังกล่าวเสียโดยใช้กล้องวงจรปิดแทนเป็นเหตุให้คนร้ายสามารถเข้าออกลานจอดรถห้างของจำเลยและโจรกรรมรถได้โดยง่ายยิ่งขึ้น แม้จำเลยจะปิดประกาศว่าจะไม่รับผิดชอบต่อการสูญหายหรือเสียหายใด ๆ รวมทั้งการที่ลูกค้าก็ทราบถึงการยกเลิกการแจกบัตรจอดรถ แต่ก็นำรถเข้ามาจอดก็ตาม ก็เป็นเรื่องข้อกำหนดของจำเลยแต่ฝ่ายเดียวไม่มีผลเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบในการทำละเมิดของจำเลย

1.4 รถยนต์ของลูกค้าที่เข้ามาจอดภายในห้างสรรพสินค้าถูกลักไปแต่ลูกค้าไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์รถยนต์ เมื่อห้างสรรพสินค้าจะต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิด ห้างสรรพสินค้าจะปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอาศัยเหตุว่าลูกค้าไม่ใช่เจ้าของรถยนต์ที่ถูกลักไป ได้หรือไม่ มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 11605/2553 พนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 1 มอบบัตรจอดรถซึ่งด้านหน้าระบุว่าจะต้องเสียค่าจอดรถชั่วโมงละ 10 บาท และหากทำบัตรจอดรถหายจะต้องถูกปรับ 200 บาท โดยต้องนำหลักฐานการเป็นเจ้าของรถมาแสดงให้แก่โจทก์และยินยอมให้โจทก์นำรถเข้าไปจอดในลานจอดรถของห้างฯ จำเลยที่ 2 เมื่อคนร้ายลักรถยนต์โดยขับรถฝ่าพนักงานรักษาความปลอดภัยออกไปด้วยความเร็วและไม่คืนบัตรจอดรถให้ แต่พนักงานรักษาความปลอดภัยไม่ดำเนินการใด ๆ เพื่อแจ้งเหตุหรือสกัดจับ กลับรอกะทั่งโจทก์กลับมาจึงแจ้งให้

ทราบ การกระทำของพนักงานรักษาความปลอดภัยของจำเลยที่ 1 ดังกล่าวจึงเป็นละเมิด และจำเลยทั้งสองต้องร่วมกันรับผิดชอบค่าทรัพย์สินที่อยู่ภายในรถยนต์ดังกล่าวด้วย เนื่องจากเป็นผลโดยตรงจากการที่จำเลยทั้งสองประมาทเลินเล่อ แม้โจทก์ไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์รถยนต์เก๋งที่ถูกคนร้ายลักไปโดยครอบครองรถยนต์เก๋งในฐานะเป็นเพียงหลักประกันการกู้ยืมเงิน แต่โจทก์ก็มีสิทธิใช้และมีหน้าที่บำรุงรักษารถยนต์เก๋งเพื่อส่งมอบคืนให้แก่เจ้าของ เมื่อจำเลยทั้งสองกระทำละเมิดเป็นเหตุให้รถยนต์เก๋งถูกคนร้ายโจรกรรมไปในระหว่างที่โจทก์ครอบครองใช้สอยอยู่ โจทก์จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในรถยนต์เก๋งคันดังกล่าว ถือได้ว่ามีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของโจทก์เกิดขึ้นแล้ว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง

2. กรณีรถยนต์สูญหายในที่จอดรถคอนโดมิเนียม หรืออพาร์ทเมนต์

กรณีรถยนต์ของผู้พักอาศัยในอพาร์ทเมนต์สูญหายไปจากที่จอดรถในอาคารจอดรถของอพาร์ทเมนต์ เมื่อผู้พักอาศัยเสียค่าบริการจอดรถเป็นรายเดือน อพาร์ทเมนต์จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2559 จำเลยที่ 1 (ผู้ว่าจ้าง) ทำสัญญาว่าจ้างจำเลยที่ 2 (ผู้รับจ้าง) ให้ดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้ว่าจ้าง ไม่ได้ว่าจ้างให้ดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้พักอาศัยของอพาร์ทเมนต์ จำเลยที่ 2 จึงไม่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้พักอาศัยของอพาร์ทเมนต์ ไม่ว่าผู้เช่าห้องพักจะจอดรถในอาคารหรือนอกอาคารจอดรถซึ่งจะเสียค่าบริการจอดรถเป็นรายเดือนหรือไม่ก็ตาม การรักษาความปลอดภัยในรถยนต์ไม่แตกต่างกันเพราะไม่ว่าจะจอดรถบริเวณใดจำเลยที่ 1 ก็ไม่ได้จัดให้มีพนักงานรักษาความปลอดภัยคอยตรวจตราหรือรักษาความปลอดภัยของรถยนต์ การเรียกเก็บค่าจอดรถเป็นรายเดือนเป็นเพียงการอำนวยความสะดวกให้ผู้พักอาศัยเป็นทางเลือกหากต้องการจอดในอาคารเพื่อรถไม่เสียหายจากแสงแดดหรือฝนตก ดังนี้ ไม่อาจรับฟังเป็นปรียายถึงพฤติกรรมการของจำเลยทั้งสองว่าจำเลยทั้งสองมีหน้าที่ดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้พักอาศัย ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยทั้งสองมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะดูแลรักษาทรัพย์สินของผู้พักอาศัย การที่รถยนต์ที่ ส. เอาประกันภัยไว้กับโจทก์สูญหายไป จึงมิใช่เป็นความผิดของจำเลยทั้งสอง จำเลยทั้งสองไม่ต้องรับผิดชอบต่อ ส. ผู้เอาประกันภัย โจทก์ไม่มีอำนาจรับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยมาฟ้องจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 880 วรรคหนึ่ง

หมายเหตุ: คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2559 ได้วินิจฉัยว่าจำเลยที่ 1 (ผู้ว่าจ้าง) ทำสัญญาว่าจ้างจำเลยที่ 2 (ผู้รับจ้าง) ให้ดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้ว่าจ้าง ไม่ได้ว่าจ้างให้ดูแล

รักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้พักอาศัยของอพาร์ทเมนต์ อีกทั้งแม้ผู้เช่าห้องพักจะจอดรถในอาคารหรือนอกอาคารจอดรถซึ่งจะเสียค่าบริการจอดรถเป็นรายเดือนหรือไม่ก็ตาม การรักษาความปลอดภัยในรถยนต์ไม่แตกต่างกันเพราะไม่ว่าจะจอดรถบริเวณใดจำเลยที่ 1 ก็ไม่ได้จัดให้มีพนักงานรักษาความปลอดภัยคอยตรวจตราหรือรักษาความปลอดภัยของรถยนต์ การเรียกเก็บค่าจอดรถเป็นรายเดือนเป็นเพียงการอำนวยความสะดวกให้ผู้พักอาศัยเป็นทางเลือกหากต้องการจอดในอาคารเพื่อรถไม่เสียหายจากแสงแดดหรือฝนตก เมื่อพิจารณาประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2369/2557 ซึ่งวินิจฉัยว่านิติบุคคลอาคารชุดจำเลยที่ 3 ไม่มีหน้าที่รักษาทรัพย์สินส่วนบุคคลมีเพียงหน้าที่ในการจัดการและดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดที่เกิดเหตุ รวมทั้งมีอำนาจกระทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ตามข้อบังคับและมติ สัญญาที่จำเลยที่ 3 ว่าจ้างจำเลยที่ 2 รักษาความปลอดภัยก็มีข้อความระบุชัดเจนว่า จำเลยที่ 3 จ้างจำเลยที่ 2 รักษาความปลอดภัยให้แก่บรรดาทรัพย์สินของจำเลยที่ 3 ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดเท่านั้น จึงไม่รวมไปถึงรถยนต์ซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของโจทก์ในความครอบครองของ ส. ด้วย แม้จะมีการรับบัตรอนุญาตจอดรถยนต์และการตรวจสอบการขนของเข้าออกอาคารตามระเบียบรักษาความปลอดภัย แต่ก็ก็เป็นเพียงมาตรการให้เกิดความปลอดภัยหรือความสงบเรียบร้อยในอาคารชุด ทั้งเป็นการควบคุมผู้ใช้สอยอาคารจอดรถซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนกลางในอาคารชุดมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาใช้ หากมีความหมายครอบคลุมไปถึงการรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้ใด (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2369/2557)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2369/2557 นิติบุคคลอาคารชุดจำเลยที่ 3 ไม่มีหน้าที่รักษาทรัพย์สินส่วนบุคคลมีเพียงหน้าที่ในการจัดการและดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดที่เกิดเหตุ รวมทั้งมีอำนาจกระทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ตามข้อบังคับและมติของเจ้าของร่วมตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ.2522 มาตรา 4, 17, 33, 36 และ 37 ซึ่งข้อบังคับของนิติบุคคลอาคารชุดจำเลยที่ 3 ระบุว่า จำเลยที่ 3 มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการดูแลทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดและให้มีอำนาจกระทำการใด ๆ ตามวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สูงสุดในการพักอาศัยและการใช้ทรัพย์สินส่วนกลางร่วมกัน สัญญาที่จำเลยที่ 3 ว่าจ้างจำเลยที่ 2 รักษาความปลอดภัยก็มีข้อความระบุชัดเจนว่า จำเลยที่ 3 จ้างจำเลยที่ 2 รักษาความปลอดภัยให้แก่บรรดาทรัพย์สินของจำเลยที่ 3 ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดเท่านั้น จึงไม่รวมไปถึงรถยนต์ซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของโจทก์ในความครอบครองของ ส. ด้วย แม้ภายหลังจำเลยที่ 3 ทำสัญญาว่าจ้างรักษาความปลอดภัยแก่บรรดาทรัพย์สินของจำเลยที่ 3 กับจำเลยที่ 2 แล้ว จำเลยที่ 3 ได้แจ้งระเบียบรักษาความปลอดภัยซึ่งได้มาจากการแสดงความคิดเห็นและข้อเสนอแนะแนวทางป้องกันการโจรกรรมทรัพย์สินจากคณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุดและเจ้าของร่วม เช่น การตรวจสอบสถิติเกอร์ที่ติดรถยนต์ การรับบัตรอนุญาตจอดรถยนต์และการตรวจสอบการขนของเข้าออกอาคาร

ตามระเบียบรักษาความปลอดภัย แต่ก็ยังเป็นเพียงมาตรการให้เกิดความปลอดภัยหรือความสงบเรียบร้อยในอาคารชุด ทั้งเป็นการควบคุมผู้ใช้สอยอาคารจอตลอดซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนกลางในอาคารชุดมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาใช้ หากได้มีความหมายครอบคลุมไปถึงการรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้ใด เพราะไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของจำเลยที่ 3 พฤติการณ์เช่นนั้นจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ของจำเลยที่ 3 ในอันที่จะต้องดูแลรักษาความปลอดภัยแก่รถยนต์อันเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้เป็นเจ้าของร่วม ทั้งสัญญาที่จำเลยที่ 3 ว่าจ้างจำเลยที่ 2 รักษาความปลอดภัยยังมีลักษณะเป็นการทำแทนเพื่อประโยชน์ของเจ้าของร่วมทุกคนในอาคารชุดรวมทั้ง ส. ผู้ครอบครองรถยนต์ของโจทก์ด้วย เงินที่ใช้ในการว่าจ้างจำเลยที่ 2 ก็มาจากเงินที่เจ้าของร่วมทุกคนชำระเป็นเงินกองทุนและเงินค่าใช้จ่ายส่วนกลาง จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นตัวแทนของเจ้าของร่วมในการว่าจ้างจำเลยที่ 2 รักษาความปลอดภัย จึงไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

ข้อสังเกต: โดยทั่วไปคอนโดมิเนียมและอพาร์ทเมนต์ จะให้บริการที่จอดรถอยู่ 2 ลักษณะ คือ

- ที่จอดรถในอาคาร ซึ่งมักเก็บค่าบริการจอดรถในอาคารในรูปแบบต่าง ๆ อาทิ ค่าเช่าที่จอดรถหรือค่าส่วนกลาง อันมีลักษณะเป็นทางเลือกเพื่อความสะดวกในการสงวนที่จอดรถสำหรับผู้พักอาศัยที่ชำระค่าที่จอดรถและเพื่อป้องกันรถยนต์ไม่ให้เสียหายจากแสงแดดหรือฝนตกเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิของผู้พักอาศัยทุกคนและไม่ใช่การรับฝากทรัพย์สิน ดังนั้น เมื่อเกิดเหตุโจรกรรมขึ้น เจ้าของคอนโดมิเนียมและอพาร์ทเมนต์ จึงไม่ต้องรับผิดชอบ อีกทั้งคอนโดมิเนียมและอพาร์ทเมนต์นั้นมิวัตถุประสงค์หลักเพื่อเป็นที่พักอาศัยส่วนบุคคล ไม่มีหน้าที่ในการรับฝากทรัพย์สินหรือสอดส่องดูแลรักษาความปลอดภัยในทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้พักอาศัยแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อรถยนต์ของผู้พักอาศัยในคอนโดมิเนียมและอพาร์ทเมนต์สูญหายเจ้าของคอนโดมิเนียมและอพาร์ทเมนต์จึงไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิด ส่วนกรณีที่มีการจัดให้แลกบัตรเข้าออก มีระบบรักษาความปลอดภัยต่าง ๆ นั้น ก็เป็นเพียงการบริหารจัดการภายในเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยเท่านั้น หากใช้เป็นเหตุให้เกิดหน้าที่คุ้มครองทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้พักอาศัยแต่อย่างใด

- ที่จอดรถบริเวณถนนรอบอาคาร กรณีผู้พักอาศัยไม่ประสงค์จะชำระค่าที่จอดรถดังกล่าว ผู้พักอาศัยก็สามารถเลือกที่จะจอดรถบริเวณถนนโดยรอบอาคารได้

ส่วนห้างสรรพสินค้า มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการลูกค้าเพื่อประโยชน์ทางการค้า รวมถึงการให้บริการด้านต่าง ๆ ซึ่งครอบคลุมถึงการคุ้มครองความปลอดภัยของลูกค้าและทรัพย์สินของลูกค้าอันเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการตัดสินใจเข้าไปซื้อสินค้าของลูกค้าและส่งผลต่อยอดจำหน่ายสินค้าของห้างสรรพสินค้าด้วย ทำให้ห้างสรรพสินค้ามีหน้าที่และความรับผิดชอบเพื่อการละเมิดกรณีรถยนต์สูญหายในห้างสรรพสินค้าซึ่งแตกต่างจากกรณีรถยนต์สูญหายในที่จอดรถคอนโดมิเนียม หรืออพาร์ทเมนต์

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่ากรณีรถยนต์สูญหายในสถานที่ใด หากใช้ว่าเจ้าของสถานที่ ผู้ประกอบกิจการ หรือนิติบุคคลเจ้าของสถานที่นั้น ๆ จะต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิดในทุกกรณีแต่อย่างใดไม่ เพราะการรับผิดชอบเพื่อการละเมิดดังกล่าวขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ ข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญา รวมถึงประเพณีปฏิบัติของแต่ละกรณี ๆ ไป

บทวิจารณ์หนังสือ (Book Review)

ดร.สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์

บทวิจารณ์หนังสือ (Book Review)

ดร.สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์*



ภาษีมูลค่าเพิ่ม : หลักการและหลักปฏิบัติในทาง
ระหว่างประเทศ

เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.สุเมธ ศิริคุณโชติ
ปี พ.ศ.2553. 238 หน้า, สำนักพิมพ์วิญญูชน
ISBN 978-616-269-481-3

ประเทศไทยได้เริ่มบังคับใช้ภาษี-มูลค่าเพิ่ม (Value Added Tax : VAT) ตั้งแต่ปี 2535 เป็นต้นมา โดยกระทรวงการคลังได้เสนอให้พิจารณายกเลิกภาษีการค้าซึ่งมีความไม่เหมาะสมต่อโครงสร้างการค้าและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและนำภาษีมูลค่าเพิ่มมาใช้แทน ทั้งนี้ หากพิจารณาตามความในประมวลรัษฎากร ภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นภาษีทางอ้อมประเภทหนึ่ง

ที่จัดเก็บจากฐานบริโภค ซึ่งผู้มีหน้าที่เสียภาษีประเภทนี้ คือ ผู้ประกอบการที่ขายสินค้าหรือบริการ โดยให้รวมถึงผู้นำเข้าสินค้าด้วย ดังนั้น ในทางปฏิบัติ ผู้ประกอบการจะเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากบุคคลที่ซื้อสินค้าหรือรับบริการ โดยจะจัดเก็บเฉพาะจากมูลค่าส่วนที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นตอนการผลิต การจำหน่าย หรือการให้บริการ

อย่างไรก็ดี ประเด็นเรื่องภาษีมูลค่าเพิ่มในปัจจุบันมิได้จำกัดอยู่แค่บริบทของการขายสินค้าและบริการภายในประเทศเท่านั้น เนื่องจากอิทธิพลของการลงทุนในรูปแบบไร้พรมแดน (Cross-Border Investment) ซึ่งเป็นการเคลื่อนย้ายเงินทุนและปัจจัยการผลิตของผู้ประกอบการไปยังประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกกำลังขยายตัวและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นอย่างชัดเจนประกอบกับกฎหมายภาษีของแต่ละประเทศมีเนื้อหาและรายละเอียดที่แตกต่างกัน อันจะส่งผลการดำเนินธุรกรรม

*นิติกรชำนาญการ สำนักงานกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. in Business LAW, LL.M. in Taxation, Northwestern University and Doctor of Juridical Science (SJD), University of Wisconsin-Madison, U.S.A.

ระหว่างประเทศอาจเกิดภาระภาษีมูลค่าเพิ่มในรูปแบบที่ซ้ำซ้อนอันเป็นภาระและต้นทุนที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ของผู้ประกอบการ

ดังนั้น หนังสือเรื่อง “ภาษีมูลค่าเพิ่ม: หลักการและหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ” เขียนโดยศาสตราจารย์ ดร.สุเมธ ศิริคุณโชติ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จะทำให้ผู้อ่านเข้าใจถึงหลักการพื้นฐานในเรื่องภาษีมูลค่าเพิ่มทั้งในแง่ของกฎหมายไทยและหลักการภาษีมูลค่าเพิ่มในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและแนวทางมาตรฐานที่กำหนดโดยองค์การระหว่างประเทศ นอกจากนี้ หนังสือเล่มนี้ได้ยกประเด็นปัญหาในทางกฎหมายและทางปฏิบัติของการบังคับใช้ภาษีมูลค่าเพิ่มในธุรกรรมระหว่างประเทศ รวมถึงเสนอแนะทางออกที่น่าสนใจในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยในตอนท้ายผู้เขียนยังได้วิเคราะห์แนวโน้มในอนาคตของภาษีมูลค่าเพิ่มที่จะนำมาบังคับใช้ในบริบทระหว่างประเทศไว้อีกด้วย

เนื้อหาของหนังสือเรื่อง “ภาษีมูลค่าเพิ่ม: หลักการและหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ” ได้ถูกแบ่งออกเป็น 8 บท โดยมีรายละเอียดพอสังเขป ดังนี้

ในบทที่หนึ่งและสองผู้เขียนได้อธิบายความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยได้เริ่มต้นจากความหมายและความเป็นมาทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาการ หลักการ และหลักปฏิบัติที่สำคัญของระบบภาษีมูลค่าเพิ่มในประเทศไทย และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการภาษีมูลค่าเพิ่มในทางระหว่างประเทศโดยได้ชี้ให้ผู้อ่านเข้าใจในเบื้องต้นว่าแต่ละประเทศมีการบังคับใช้และโครงสร้างของกฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป

ในบทที่สาม ผู้เขียนได้อธิบายให้เห็นถึงกิจการและบุคคลที่อยู่ในบังคับของภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยได้วิเคราะห์ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและของประเทศไทย รวมถึงการเป็นผู้ประกอบการที่จดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการค้าระหว่างประเทศตามประมวลรัษฎากรของไทย

จากนั้นในบทที่สี่ ห้า และหก ผู้เขียนได้อธิบายถึงหลักในการพิจารณาภาษีมูลค่าเพิ่มในการขายสินค้าหรือให้บริการในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องเวลา สถานที่ และมูลค่าของสินค้าหรือบริการ รวมถึงการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มทั้งตามวิธีการที่กำหนดในประมวลรัษฎากรของประเทศไทยและหลักการสากลในการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม

ต่อมาในบทที่เจ็ดและแปด ผู้เขียนได้อธิบายและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติในการบังคับและจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในทางระหว่างประเทศ โดยผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นถึงกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศในการบังคับจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม รวมถึงอธิบายสภาพปัญหาและสาเหตุที่

ภาษีมูลค่าเพิ่มอาจมีการถูกจัดเก็บซ้ำซ้อนในธุรกรรมระหว่างประเทศ ในส่วนนี้ ผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาโดยการจัดทำอนุสัญญาภาษีมูลค่าเพิ่มซ้อนระหว่างประเทศต่าง ๆ เพื่อขจัดปัญหาที่มักเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

ท้ายที่สุด หนังสือเล่มนี้เป็นหนังสือที่มีการนำเสนอเนื้อหาที่มีความทันสมัยสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่การค้าและการลงทุนมีความซับซ้อนและข้ามผ่านพรมแดนของหลายประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศย่อมมีสิทธิและอำนาจอธิปไตยในการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มในรูปแบบที่เหมาะสมกับบริบทของแต่ละประเทศ ดังนั้น หนังสือเรื่อง **“ภาษีมูลค่าเพิ่ม : หลักการและหลักปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ”** จึงเปรียบเสมือนคลังความรู้อันมีค่าที่ได้รวบรวมหลักการทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติของกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องภาษีมูลค่าเพิ่มไว้ในที่เดียวกันซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับผู้สนใจและผู้ทีศึกษาค้นคว้าในประเด็นเรื่องดังกล่าวให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดและหลักปฏิบัติในเรื่องภาษีมูลค่าเพิ่มในทางระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี

ผู้ทรงคุณวุฒิ

- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษ คณิง ภาไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. รองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นสุภฤกษ์ | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 4. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร | มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| 6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 7. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 8. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ | มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| 9. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 10. รองศาสตราจารย์ทัชชฌัย ทองอุไร | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 11. ดร.ธนฤต วรรณชชากุล | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล | มหาวิทยาลัยรังสิต |
| 13. นายนิติ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 14. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) |
| 15. นายประภาศ คงเอียด | กระทรวงการคลัง |
| 16. นายประเสริฐ เสี่ยงสุทธิวงศ์ | ศาลยุติธรรม |
| 17. ศาสตราจารย์พิเศษ ปัญญา สุทธิบัติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. ดร.พนิต ธีรภาพวงศ์ | กระทรวงการคลัง |
| 19. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ | กระทรวงการคลัง |
| 20. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 21. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ |
| 22. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 23. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 24. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 25. ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ | ศาลยุติธรรม |
| 26. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 27. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 28. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 29. นายสมชัย ฑีฆาอุตมาร | ศาลยุติธรรม |

- | | |
|---|---------------------------|
| 30. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบุรณ์เวช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 31. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 32. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ |
| 33. ดร.สมบุรณ์ เสี่ยงมบุตร | นักวิชาการอิสระ |
| 34. นายสราวุธ เบญจกุล | ศาลยุติธรรม |
| 35. นายสอนชัย สิริวิทยกุล | ศาลยุติธรรม |
| 36. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 37. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร | กระทรวงการคลัง |
| 38. นายสุบุญ วุฒิวงศ์ | ศาลยุติธรรม |
| 39. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ | มหาวิทยาลัยขอนแก่น |
| 40. นางปิยนุช มนุรังสรรค์ | ศาลยุติธรรม |

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษ มารุต บุนนาค | ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษ คณิง ภาไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์สงวน ตียะไพบูลย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. อาจารย์ภัทระ ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา รักดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. อาจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิชัย มานิตยกุล | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมลรัฐา แสงสุข | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. อาจารย์พิชญ์ วิทยารัฐ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 7. ศาสตราจารย์พิเศษ ปัญญา สุทธิบัติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 8. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล | มหาวิทยาลัยรังสิต |
| 9. นายนันทิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |

10. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
11. นายสุบุญ วุฒิวงศ์	ศาลยุติธรรม
12. ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ	ศาลยุติธรรม
13. นายสมชัย ชีมาอุตมากร	ศาลยุติธรรม
14. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์	สำนักงานอัยการสูงสุด
15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล	มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
16. นายวรุฒิ ทวาทสิน	ศาลยุติธรรม
17. นายนิรุฒ มณีพันธ์	บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน)
18. ดร.พนิต ธีรภาพวงศ์	กระทรวงการคลัง
19. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์	มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ
20. นายณศุท กรองแก้วอารียะ	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
21. นายเพชร ชื่นชม	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
22. นางสาวสุกัญญา แยมพราย	มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
 10240 โทร 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8206 Email: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH Sarabun New
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 มีความยาวไม่เกิน 40 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา

2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุชื่อคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าด้วย ตามจำนวนผู้เขียนใช้ตัวอักษร TH Sarabun NEW ขนาด 14 ตัวปกติ

3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร Sarabun NEW ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป

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

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

6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/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). สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

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

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** ...,/เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย/ชื่อรายงานวิจัย/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี),/สถานที่,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ],/ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ Website: www.lawjournal.ru.ac.th

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหง คณะนิติศาสตร์ ณ ห้อง 2402, 2403 อาคาร 2 ชั้น 4 ศูนย์กฎหมายไทย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240 หรือ Email: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียน
7. ผู้เขียนได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้เขียนในลำดับถัดไป



พิมพ์ที่...สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Ramkhamhaeng University Press.

๒๐๘๖ ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ ๑๐๒๔๐

สำนักพิมพ์ โทร. ๐-๒๓๑๐-๘๗๕๗-๘ www.rupress.ru.ac.th สฟ. 17073