

บทบรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สาม มีหัวข้อเรื่อง (theme) คือ “กฎหมายต่าง ๆ ของประเทศในกลุ่มอาเซียน” บทความตามหัวข้อเรื่องที่ปรากฏในวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สามนี้ ประกอบด้วยบทความที่น่าสนใจและครอบคลุมมิติต่าง ๆ รวมทั้งสิ้นห้าเรื่องด้วยกัน **มิติด้านการคุ้มครองผู้บริโภค** ได้แก่ บทความเรื่อง “มองกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน: กฎหมายของประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเวียดนาม” **มิติด้านกระบวนการยุติธรรม** ได้แก่ บทความเรื่อง “ประชาคมอาเซียน จำเป็นต้องมีองค์กรระงับข้อพิพาทที่เป็นองค์กรตุลาการหรือไม่” และบทความเรื่อง “ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E - court) ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศสิงคโปร์และประเทศไทย” **มิติด้านการค้าการลงทุน** ได้แก่ บทความเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายและหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยในต่างประเทศ เพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน: ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของประเทศมาเลเซียและสิงคโปร์” และ**มิติเกี่ยวกับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยตรง** ได้แก่ บทความเรื่อง “บทเรียนจากสหภาพยุโรปกับการบูรณาการประชาคมอาเซียน: วิเคราะห์เชิงกฎหมายและโครงสร้างสถาบัน”

สำหรับบทความอื่น ๆ นอกจากบทความตามหัวข้อเรื่องนั้นยังคงนำเสนอและให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับกฎหมายในด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายและน่าสนใจไม่แพ้กัน ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจ กฎหมายอาญา กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม และกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเขียนโดยคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตลอดจนอาจารย์และผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สาม ยังคงมีบทความภาษาต่างประเทศอยู่เช่นเคย ซึ่งได้แก่ บทความเรื่อง “The transfer to third parties of the ownership of football players’ economic rights” พร้อมทั้งคอลัมน์ประจำอันเป็นเกร็ดข้อมูลความรู้ทางกฎหมายที่ให้สาระและแง่คิดทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ฎีกาวิเคราะห์ และปกิณกะกฎหมาย

นอกจากนี้ วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สามนี้ ยังทำหน้าที่เป็นเวทีแห่งการเริ่มต้น แลกเปลี่ยนบทความและงานเขียนทางกฎหมายอย่างเป็นทางการระหว่างคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อีกด้วย ดังสัญลักษณ์แห่งความร่วมมือระหว่างกันที่ปรากฏอยู่บนปกวารสารนิติศาสตร์ฉบับนี้ (และบนปกวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับเดือนกันยายนี่) ซึ่งเป็นไปตามมติที่ได้จากการประชุมหารือร่วมกันระหว่างกองบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ดังภาพถ่ายที่ปรากฏด้านล่างนี้ และบทความตามหัวข้อเรื่องเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยในต่างประเทศ ก็เป็นบทความที่กองบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้รับมาตามความร่วมมือระหว่างกันดังกล่าว



กองบรรณาธิการวารสาร
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มธ.
ประชุมร่วมกับกองบรรณาธิการ
วารสารกฎหมาย จุฬาฯ
เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2558
ณ คณะนิติศาสตร์ มธ.
ท่าพระจันทร์



สำหรับวารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษครบรอบ 44 ปี ที่กองบรรณาธิการจะมอบให้แก่สมาชิกและผู้มีอุปการคุณที่ให้การสนับสนุนการจัดพิมพ์วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ด้วยดีเสมอมา ดังที่กองบรรณาธิการได้เคยแจ้งไว้แล้วก่อนหน้านี้ในกองบรรณาธิการตั้งใจจะมอบให้เป็นของขวัญส่งท้ายปีเก่าต้อนรับปีใหม่ โดยจะมอบให้พร้อม ๆ กับวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ ซึ่งเป็นวารสารฉบับสุดท้ายของปีนี้และอยู่ในความรับผิดชอบของกองบรรณาธิการชุดปัจจุบันนี้ โดยจะออกในช่วงปลายปีนี้ (ประมาณกลางเดือนธันวาคม 2558) ทั้งนี้ วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ จะมีหัวข้อ (theme) เรื่อง “กฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ” เพื่อนำเสนอข้อมูลความรู้ต่าง ๆ ทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำเสนอข้อมูล ความคิดเห็น ตลอดจนข้อสังเกตต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่อยู่ระหว่างการยกร่างในขณะนี้

บรรณาธิการและกองบรรณาธิการจึงขอให้สมาชิกและผู้อ่านทุกท่านได้โปรดติดตามวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อย่างต่อเนื่อง และรอพบกับวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่สี่ พร้อมกับวารสารนิติศาสตร์ ฉบับพิเศษครบรอบ 44 ปี ปลายปีนี้ ต่อไป

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธี
บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 44 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2558)

สารบัญ

บทความหัวข้อ กฎหมายต่าง ๆ ของประเทศในกลุ่มอาเซียน

มองกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคของประเทศสมาชิก ในกลุ่มอาเซียน : กฎหมายของประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเวียดนาม.....	เอมฝน เตชะอภัยคุณ.....	555
ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องมีองค์กรระงับข้อพิพาท ที่เป็นองค์กรตุลาการหรือไม่.....	รัชนิกร ลาภวณิชชา.....	588
มาตรการทางกฎหมายและหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับ การส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทย ในต่างประเทศเพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน: ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของประเทศมาเลเซียและสิงคโปร์.....	ชนิสรา งามอภิชน.....	605
บทเรียนจากสหภาพยุโรปกับการบูรณาการประชาคมอาเซียน: วิเคราะห์เชิงกฎหมายและโครงสร้างสถาบัน.....	ธนพัฒน์ เล็กเกียรติจักร.....	627
ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย.....	เรวดี ขวัญทองยิ้ม.....	656

บทความอื่น ๆ

การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ในระบบกฎหมายของไทย.....	นิลุบล เลิศนุวัฒน์.....	669
การพยายามกระทำความผิดตามประมวลอาญา มาตรา 81.....	ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ.....	697
การชดใช้เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ ในกฎหมายฝรั่งเศส.....	อังคณาวิศ ปิ่นแก้ว.....	716
ปัญหาการเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ด้วยเหตุที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช่เครื่องหมายการค้า.....	เอกรินทร์ วิริโย.....	733

บทความภาษาต่างประเทศ

The transfer to third parties of the ownership
of football players' economic rights.....*Nicola Cavallaro*.....762

ฎีกาวิเคราะห์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556
(คดีจดทะเบียนที่ดินมือเปล่าโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน).....*อานนท์ มาเม้า*.....779

ปกิณกะกฎหมาย

Data Security Breach ภัยสมัยใหม่ ใครต้องระวัง.....*ชวิน อุณหัทร*.....795

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 44 No. 3 (September 2015)

CONTENTS

Laws in ASEAN Countries

An Overview of Consumer Protection Law in Selected ASEAN Countries:

Malaysia, Singapore and Vietnam.....*Aimpaga Techa-apikun* ...555

Does the ASEAN Community Need a Judicial Institution?.....*Ratchaneekorn Larpvanichar* ...588

Legal Measures and Government Sectors Relating to the
Promotion of Outward Foreign Direct Investment of
Thai Small and Medium Enterprises (SMEs) in order to
Advance the Formation of the ASEAN Economic Community (AEC):
A Comparative Study of Legal Measures of Malaysia
and Singapore.....*Chanisa Ngamapichon* ...605

The Electronic Court (E-Court) System: A Comparative Study
Between Singapore and Thailand.....*Raewadee Khwanthongyim* ...627

The European Union's Experience and the Integration
of the ASEAN Community: An Analysis of Legal Aspects
and Organizational Structure.....*Tanapat Lekkiatkachorn* ...656

Other Articles

The Application of Floating Charge under the Thai Legal System.....*Nilubol Lertnuwat* ...669

Impossible Attempt in Article 81 of the Thai Penal Code.....*Twekiat Menakanist* ...697

Compensation in case of Natural Disasters in French Law.....*Angkanawadee Pinkaew* ...716

Problems on Trademark Cancellation
on the Ground that the Trademark Has Not Been Used.....*Aggarin Viriyo* ...733

Foreign-Language Article

The Transfer to Third Parties of the Ownership
of Football Players' Economic Rights.....*Nicola Cavallaro* ...762

Case Note

Supreme Court Decision Number 9797/2556
(Registration of Land without Ownership
in Good Faith and with Consideration).....*Arnon Mamout* ...779

Legal Variety

Data Security Breach: Who Cares?.....*Chawin Oinpat* ...795

มองกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค ของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน: กฎหมายของประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ และประเทศเวียดนาม

เอมเฟกา เตชะอภัยคุณ*

บทคัดย่อ

เนื่องด้วยในปลายปี พ.ศ. 2558 นี้อาเซียนจะดำเนินการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอย่างเป็นทางการ โดยที่นโยบายด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคก็ได้ถูกรับรู้ไว้เป็นส่วนหนึ่งของแผนดำเนินการเพื่อการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน การศึกษากลไกทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศในอาเซียนจักเป็นประโยชน์ในการทำ ความเข้าใจสถานการณ์ปัจจุบันของโลกทางกฎหมายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคของแต่ละประเทศสมาชิกที่กำลังจะเข้ามารวมเป็นกลุ่มกันในรูปแบบที่ใกล้ชิดมากยิ่งขึ้น

ในบทความนี้ผู้เขียนได้เลือกที่จะศึกษากลไกทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคใน ภาพรวมของประเทศสมาชิกสามประเทศด้วยกัน ได้แก่ ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์และ ประเทศเวียดนาม โดยทั้งสามประเทศมีทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์และระบบ กฎหมายแบบซีวิลลอว์ และมีกลไกทางกฎหมายที่แตกต่างและคล้ายคลึงกันในหลาย ๆ ด้าน นอกจากนี้ ทั้งสามประเทศมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่หลากหลายและทันสมัย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทความนี้นอกจากจะแสดงให้เห็นกลไกทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิของ

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปริญญาโทหลักสูตรคู่ขนาน Joint Degree LLM European legal practice มหาวิทยาลัย Rouen ประเทศฝรั่งเศส และมหาวิทยาลัย Universidade Católica Portuguesa ประเทศโปรตุเกส ภายใต้โครงการ Erasmus Mundus และ Master II en droit parcours droit international et européen มหาวิทยาลัย Rouen ประเทศฝรั่งเศส, ปริญญาเอกสาขากฎหมายเอกชน เกียรตินิยมดีเยี่ยม โดยมติเอกฉันท์ของกรรมการ มหาวิทยาลัย Aix-Marseille Université ประเทศฝรั่งเศส, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



ผู้บริโภคในประเทศสมาชิกที่เลือกศึกษาแล้ว บทความนี้ยังสะท้อนเห็นตัวอย่างการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศสมาชิกรวมไปถึงการรับเอาอิทธิพลของกฎหมายในต่างประเทศมาใช้ในประเทศสมาชิกของอาเซียนอีกด้วย

Abstract

Because of the upcoming 2015 establishment of ASEAN Economic Community (AEC) and the integration of the policy on consumer protection into the Action Plan of AEC, the study of legal mechanism protecting consumer in ASEAN member countries is essential and needed to understand the current situation of each member countries which are about to integrate and cooperate as a closer community.

In this article, the author opts to study consumer-protection legal mechanism in Malaysia, Singapore, and Vietnam as the first two are common law countries, while, the last one is civil law country. The selected countries share some common legal mechanism on consumer protection, but of course at the same time, there are many different aspects between them. Moreover, they all have contemporary and various consumer protection mechanisms. To me, not only does the article outline the legal mechanism in the selected countries, but it also reflects the trend of ASEAN member countries' law development and the acceptance and impact of foreign laws.

ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องมี องค์กรระงับข้อพิพาทที่เป็นองค์กรตุลาการหรือไม่

รัชนีกร ลาภวณิชชา*

บทคัดย่อ

ประชาคมอาเซียนจำเป็นต้องมีองค์กรระงับข้อพิพาทที่เป็นองค์กรตุลาการหรือไม่ หรือหน่วยงานที่ดูแลรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวนี้มีความเหมาะสม เพียงพอ และมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทตลอดจนตีความกฎหมายที่อาเซียนมีอยู่ บทความนี้จะนำเสนอปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ หากประชาคมอาเซียนยังคงเดินไปตามทางที่ปราศจากองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการในระดับประชาคม นอกจากนี้ยังเป็นที่น่าสนใจว่าเหตุใดการรวมกลุ่มประชาคมในทวีปยุโรปเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงพัฒนาไปอย่างยั่งยืน และมาถึงจุดที่กล่าวได้ว่ามีระบบกฎหมายสหภาพเป็นของตนเอง มีหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาศาลสหภาพยุโรป สิ่งเหล่านี้จำเป็นหรือไม่สำหรับประชาคมอาเซียนที่ยืนยันว่าการรวมกลุ่มประชาคมนั้นจะต้องคำนึงถึง “หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน” ของรัฐสมาชิก แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องระงับข้อพิพาทในเรื่องต่าง ๆ โดยสันติ

Abstract

Should the ASEAN Community necessarily have its own dispute settlement institution, a court of justice? Whether the current ASEAN organ is suitable, sufficient and efficient enough either for the task of law interpretation or providing the ASEAN Member State with settlements for any kinds of disputes among them? This article, therefore, focuses on a number of legal issues which will arise inevitably if the ASEAN

* น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) Droit international (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit de l'Université Lille II (กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล), อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Community insists upon achieving its objectives without any judicial institution. What is *raison d'être* of a success story of a cooperation in European continental after the World War II? Why does a “community” development in Europe appear to be sustainable? Could we affirm that such European Community has had its own legal order at the outset? Finally, are these very matters indispensable for the ASEAN Community since it upholds the principle of non-interference of the Member State, yet it has to peacefully resolve all of the Member State’s disputes?

**มาตรการทางกฎหมายและหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบ
เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและ
ขนาดย่อมไทยในต่างประเทศเพื่อรองรับการจัดตั้ง
ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน: ศึกษาเปรียบเทียบ
มาตรการทางกฎหมายของประเทศมาเลเซีย
และสิงคโปร์**

*ชนิสรา งามอภิชน**

บทคัดย่อ

จากการพิจารณาถึงการออกไปลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ (Outward Foreign Direct Investment – OFDI) จากประเทศไทย พบว่าเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่มอาเซียนด้วยกัน ประเทศไทยยังมีอัตราการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศที่ต่ำกว่าประเทศอื่น ๆ ในกลุ่มอาเซียน เช่น ประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย ซึ่งหนึ่งในเหตุผลหลักของอัตราการลงทุนที่ต่ำ คือ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยในต่างประเทศ เพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนยังไม่เพียงพอที่จะสนับสนุนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมให้มีความพร้อมออกไปลงทุนในต่างประเทศ อีกทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่มีได้ อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งโดยเฉพาะ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและขาดความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ ดังนั้น จึงสมควรต้องมีการแก้ไขมาตรการทางกฎหมายให้เหมาะสม เพียงพอและทัดเทียมกับประเทศสมาชิกอื่นในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ทั้งนี้ เพื่อให้การลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยในต่างประเทศสามารถแข่งขันกับธุรกิจของประเทศในกลุ่มอาเซียนได้ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นหนึ่งในมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญของไทยเพื่อรองรับการเปิดเสรีประชาคม

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต University of King's College London, นิติศาสตรมหาบัณฑิต La Trobe University, เนติบัณฑิตไทย, อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



เศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economics Community - AEC) อีกทั้งหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องที่ควรมีบทบาทหน้าที่ในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการสนับสนุนและส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยในต่างประเทศ เพื่อเพิ่มจำนวนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยที่สามารถไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศได้นอกจากนี้ ยังเพื่อสนับสนุนให้การดำเนินกิจการในต่างประเทศดังกล่าวเป็นไปได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้เมื่อวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยในต่างประเทศมีการเติบโตไปอย่างมั่นคงและแข็งแกร่งย่อมเกิดผลดีต่อดุลการค้าและการดึงเม็ดเงินเข้าสู่ประเทศซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เศรษฐกิจของประเทศไทยมีความแข็งแกร่ง มั่นคงและเติบโตได้อย่างยั่งยืน

Abstract

Considering the situation of Outward Foreign Direct Investment (OFDI) in Thailand, it has been found that Thailand has the lower rate of OFDI of small and medium enterprises (SMEs) comparing to other ASEAN countries e.g. Singapore and Malaysia. One of the main reasons of this situation is that the lack of efficiency of legal measures relating to the supporting and promoting OFDI of Thai SMEs. In addition, there is the problem of enforcement of existing legal measures. Furthermore, there are many government agencies involving to the enforcement of these legal measures; however, there is no distinct role and function of each one. This problem leads to the lack of unity and efficiency of the enforcement of existing legal measures. It can be suggested that existing legal measures relating to OFDI of Thai SMEs need to be reconsidered and amended in order to increase the competitiveness of Thai businesses in OFDI channel. These legal measures are important to advance the formation of ASEAN Economic Community (AEC). In addition, all government agencies dealing with OFDI of Thai SMEs should have their distinct role and function to enforce these legal measures in order to bring about the efficiency of supporting and encouraging the investment of Thai SMEs in foreign countries and to increase the numbers of Thai businesses which are capable of expanding their business outside the home country. Importantly, efficient legal measures together with distinct role and function of each government organization can support the competitiveness and sustainability of Thai SMEs in the AEC market. The growth and sustainability of Thai SMEs will be benefit to the balance of trade of the country and one of the factors to empower Thai economics.

บทเรียนจากสหภาพยุโรปกับการบูรณาการ ประชาคมอาเซียน: วิเคราะห์เชิงกฎหมายและโครงสร้างสถาบัน

ธนวัฒน์ เล็กเกียรติ์จจร*

บทคัดย่อ

ชาติสมาชิกอาเซียนกำลังจะก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมอาเซียนภายในสิ้นปีนี้ ซึ่งจะเป็นการยกระดับความร่วมมือภายในภูมิภาค เพื่อเสริมสร้างเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนการสร้างสันติภาพและการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยอาเซียนได้นำเอาโครงสร้างแบบสามเสาหลักซึ่งสหภาพยุโรปเคยนำมาใช้ในช่วงปี พ.ศ. 2536 – 2552 มาเป็นต้นแบบในการบูรณาการภูมิภาคที่จะเกิดขึ้นใหม่นี้ บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออภิปรายในเชิงกฎหมายและสถาบันว่าการนำรูปแบบโครงสร้างสถาบันของสหภาพยุโรปดังกล่าวข้างต้นมาใช้ จะช่วยให้เป้าหมายของประชาคมอาเซียนบรรลุผลได้หรือไม่อย่างไร

ซึ่งจากผลการวิเคราะห์พบว่า ถึงแม้ประชาคมอาเซียนจะใช้รูปแบบการจัดวางองค์กรแบบสหภาพยุโรป ก็คงจะเป็นการยากที่วัตถุประสงค์ต่าง ๆ ที่ตั้งเอาไว้จะบรรลุผล เนื่องจากอาเซียนยังขาดวิธีการในดำเนินงานแบบประชาคม นอกจากนั้นยังคงไว้ซึ่งความเป็นองค์การในระดับระหว่างรัฐบาลและไม่มีกลไกในการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยในลักษณะเดียวกันกับสหภาพยุโรปแต่อย่างใด

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Master 2 recherche, droit approfondi de l'Union européenne et droit de l'OMC (mention assez bien) Université de Rennes 1, Doctorant à l'Institut de recherche en droit privé de l'Université de Nantes, อาจารย์ประจำภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา



Abstract

ASEAN countries are looking forward to the establishment of the ASEAN Community by the end of this year in order to enhance the cooperation within the Region for strengthening the economic and social stability and ensuring the peaceful and progressive development. Consequently, ASEAN embarked on building new regional integration model inspired by the three pillars structure employed in the EU from 1993 until 2009. This paper aims to discuss, in organizational and legal aspects, if and how the goals of ASEAN Community will be achieved by applying the EU's aforementioned structure.

The result of the analysis reveals that the objectives, expected by the ASEAN Community, would be laborious to complete despite the EU organizational model due to the absence of the “Community method” in the working process of ASEAN member states. Furthermore, the ASEAN Community remains a strictly intergovernmental body and there are no any other sovereignty-sharing mechanisms in the same manner as the EU.

ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศสิงคโปร์ และประเทศไทย

เรวดี ขวัญทองยิ้ม*

บทคัดย่อ

กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเป็นไปเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยประชาชนต้องสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างรวดเร็ว ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่ายและเนื่องด้วยปัจจุบันระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมีบทบาทสำคัญมากในการดำรงชีวิตประจำวันของผู้คนในสังคมเป็นอย่างมาก สำนักงานศาลยุติธรรมจึงมีแนวคิดที่จะนำเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาใช้ในกระบวนการบริหารจัดการคดีและการพิจารณาคดีพิพากษาคดีของศาล เพื่อพัฒนาการบริการแก่คู่ความและประชาชนทั่วไปให้เป็นอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยการนำระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) มาใช้ ซึ่งในประเทศภูมิภาคเศรษฐกิจอาเซียนที่ใช้ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) และประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีคือ ประเทศสิงคโปร์ ดังนั้น การพัฒนาระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ของไทย จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาแนวคิดและวิธีการของประเทศสิงคโปร์ เพื่อนำข้อมูลไปปรับใช้ในการพัฒนาระบบระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ของไทยให้เกิดประสิทธิภาพต่อไป

ประเทศสิงคโปร์ได้วางแผนเพื่อพัฒนาระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) อย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 ภายใต้นโยบาย E government Action Plan โดยระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ของประเทศสิงคโปร์ครอบคลุมกระบวนการยุติธรรมทุกด้านทั้งกระบวนการบริหารจัดการคดี กระบวนการพิจารณาคดีของศาล การบริหารจัดการองค์ความรู้แก่บุคคลในกระบวนการยุติธรรมและประชาชนทั่วไป และการประสานข้อมูลและความร่วมมือกับองค์กรอื่น ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชนที่อยู่นอกกระบวนการยุติธรรมด้วย จนเป็นผลให้ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court)

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ของประเทศสิงคโปร์สามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ที่มีประสิทธิภาพยังส่งผลดีทำให้นักลงทุนต่างชาติมีความเชื่อมั่นต่อกระบวนการยุติธรรมของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นผลดีอย่างมากต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศสิงคโปร์อีกด้วย

สำหรับในประเทศไทย แม้ในขณะนี้ได้มีการใช้ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) อย่างเป็นรูปธรรมแล้วในศาลแขวงดอนเมือง แต่เนื่องจากเป็นการดำเนินการในระยะเริ่มต้นจึงมุ่งเน้นเฉพาะการวางระบบการบริหารจัดการข้อมูลคดี การจัดทำสารบบความ สารบบคำพิพากษา การเก็บรักษาข้อมูลในสำนวนคดีในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และปรับปรุงแก้ไขวิธีการรับและส่งคำคู่ความเป็นหลักเท่านั้น ยังมิได้นำระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) มาใช้อย่างเต็มรูปแบบดังเช่นประเทศสิงคโปร์ แต่อย่างน้อยการริเริ่มพัฒนาระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์ (E – Court) ของสำนักงานศาลยุติธรรมก็ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการพัฒนาระบบของศาลยุติธรรมเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายยิ่งขึ้น

Abstract

Justice is for the effective protection of people's interests, which not only people can access it promptly, but also reduce the process duration and expenses. Due to the information technology has become more influential to the people's daily life in the present days, the Office of the Judiciary has an idea of adopting the information technology, an electronic court (E - Court) system, to utilize with the management of the case, and the procedure and judgment of the court, for developing the service to the parties and people to be more instantaneously and productively.

Among the AEC countries where the E – Court has become effective and successful, Singapore is an example country of this role. Therefore, there is necessary that the development of the E – Court system of Thailand has to study and analysis the concept and methodology of Singapore E – court system for the sake of improvement the efficiency of the E – Court system of Thailand. From the year of 1958 to the present days, Singapore has planned to develop the E – Court system, subject to the E government Action Plan policy, continuously. The E – Court System of Singapore is including every judicial process, such as the management of the cases, the procedure of the court, the knowledge management for the personnel in the justice process and general people, and the collaboration



between involving authority, both public and private sector. This has brought the result that the E – Court system of Singapore can save the right of the people effectively and promptly, with lower time and expense. In addition, the productive E – Court system has also ensure the foreign investors’ confidence of the justice process of Singapore, which is the beneficial to the economic system of Singapore.

In Thailand, although the E – Court system has become effective, right now, in the Don Mueang Kwaeng Court, it is also the beginning of the process which emphasis only the management of the information of the cases, the making of case – list, judgment – list, the maintenance of the electronic information of information of such case, and the improvement of the delivery of the pleading, the E – Court system has not been utilized formally like Singapore. However, the beginning step of the Office of the Judiciary’s developing of the E – Court system is the first milestone for improving the Justice Court system to deliver justice to the people effectively with shorter time and lower expenses.

การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ในระบบกฎหมายของไทย

นิลุบล เลิศนุวัฒน์*

บทคัดย่อ

การประกันหนี้แบบลอยหรือ floating charge เป็นรูปแบบการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่อนุญาตให้ผู้นำทรัพย์สินมาวางเป็นประกันยังสามารถครอบครอง ใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวได้ การประกันหนี้รูปแบบดังกล่าวถูกสร้างขึ้นในประเทศอังกฤษตั้งแต่คริสต์ทศวรรษที่ 1860 และมีการพัฒนาและใช้งานจนถึงปัจจุบัน ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้นำลักษณะการประกันหนี้รูปแบบดังกล่าวมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาความเคร่งครัดของการประกันหนี้ด้วยวิธีจำนองและจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเด็นสำคัญที่บทความนี้พิจารณา คือ การรับเอารูปแบบการประกันหนี้ตามกฎหมายอังกฤษเข้ามาในระบบกฎหมายไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ โดยศึกษาว่าการใช้การประกันหนี้แบบ floating charge ในประเทศอังกฤษมีปัญหาหรืออุปสรรคใดหรือไม่ และวิเคราะห์ว่าการปรับใช้รูปแบบการประกันหนี้ดังกล่าวในระบบกฎหมายของไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ และจะมีอุปสรรคประการใดหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าการนำเอารูปแบบการประกันหนี้แบบ floating charge มาปรับใช้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการประกันหนี้ตามกฎหมายไทย แต่ยังมีอุปสรรคบางประการในการปรับใช้กฎหมายโดยเฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายหรือกำหนดข้อตกลงเพิ่มเติมเพื่อใช้บังคับระหว่างกัน

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, LL.M. Melbourne University, Ph.D. Victoria University, อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



Abstract

Floating charge is a form of securing a debt with a property, under which a charger is allowed to possess, utilize, and dispose of the said property. Created in the United Kingdom in 1680, this form of security has been developed and used until the present. The draft Business Security Act B.E. ... adopts the floating charge to solve a lack of flexibility in mortgage and pledge under the Civil and Commercial Code. An important issue to be discussed in this article is whether it is possible to adopt this debt security under the law of the United Kingdom to the Thai legal system. This article also explores whether there has been any difficulty in applying this security in the United Kingdom. It will then analyze the possibility of adopting the same security in Thailand as well as any possible obstacle thereto. From this study, it is revealed that adoption of the floating charge will benefit the debt security under Thai law. However, there are some obstacles in applying the relevant laws especially in case where the parties agree to exempt certain provisions of law or to effect additional terms and conditions between them.

การพยายามกระทำความผิด ตามประมวลอาญา มาตรา 81

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ*

บทคัดย่อ

ความผิดทางอาญาสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภทคือ ความผิดที่ต้องการผล และความผิดที่ไม่ต้องการผล อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงคำว่า “ผล” ในทางกฎหมายอาญา ต้องทำความเข้าใจว่า ผลนั้นมีอยู่สองประเภท คือ (1) ผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (le but immédiat) ซึ่งรวมอยู่ในการกระทำนั้นเอง เช่น การยิงปืนให้กระสุนลั่นออกไป ผลประเภทนี้เป็นส่วนหนึ่งของ “องค์ประกอบในส่วนของการกระทำ” และ (2) ผลสุดท้าย (le but final ou le résultat) ซึ่งจะเกิดต่างหากจากการกระทำนั้น เช่น ความบาดเจ็บเล็กน้อย สาหัส หรือตาย อันเป็นผลที่เกิดจากการกระทำนั้น ดังนั้น เมื่อกล่าวถึง “ความผิดที่ไม่ต้องการผล” ในทางกฎหมายอาญาจึงหมายถึงความผิดที่ไม่ต้องการ “ผลสุดท้าย” เท่านั้น ไม่ใช่ว่าการกระทำความผิดนั้นไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ เลย

เมื่อพิจารณาเช่นนี้จะพบว่าการพยายามกระทำความผิดนั้น เป็นความรับผิดทางอาญาที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำที่กระทำการครบ “องค์ประกอบในส่วนของการกระทำ” ต้องถูกลงโทษ แม้ “ผลสุดท้าย” จะไม่ได้เกิดขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การพยายามกระทำความผิดเป็นความรับผิดที่กฎหมายกำหนดให้เป็น “ความผิดที่ไม่ต้องการผล” ดังนั้นสำหรับการพยายามกระทำความผิด การที่ “ผลสุดท้าย” ไม่ได้เกิดขึ้นจึงไม่ใช่เรื่องของ การ “ขาดองค์ประกอบ” ในทางตรงข้ามกลับเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ (ในการพยายามกระทำความผิด) แล้วจึงเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดได้

เหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิด เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าการกระทำที่เป็น การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่อันตรายสมควรควบคุม (เรียกความผิดในกลุ่มนี้ว่า

* นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) และนิติศาสตร์มหาบัณฑิต (สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) เนติบัณฑิตไทย, LL.M. (University of Pennsylvania), ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายอาญา (D.E.A. de sciences criminelles), ปริญญาเอกเกียรตินิยมทางกฎหมายอาญา (Doctorat en droit pénal, mention très honorables, l' Université de Nancy II), ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

“ความผิดอันเป็นการเริ่มต้น”) และในแง่ของตัวผู้กระทำนั้นเมื่อได้แสดงเจตนาร้ายออกมาแล้ว ไม่ว่าจะผลจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ไม่ควรปล่อยไปโดยไม่ทำอะไร ไม่เช่นนั้นบุคคลนั้นก็อาจไปกระทำการเดิมซ้ำในอนาคต และอาจเกิดผลสุดท้ายได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สมควรเกิดขึ้น

สำหรับคำกล่าวที่ว่า “ความผิดนั้นมีขึ้นไม่ได้เลยฉันใด การพยายามกระทำในสิ่งที่ไม่เป็นความผิดก็มีไม่ได้ฉันนั้น” ควรต้องตีความว่าการที่ความผิดนั้นมีขึ้นไม่ได้ ก็เพราะการกระทำที่ผู้กระทำมุ่งหมายที่จะกระทำนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติเอาไว้ให้เป็นความผิด ดังนั้นจึงมีความผิดไม่ได้ ไม่ว่าจะจะเป็นความผิดสำเร็จหรือการพยายามกระทำความผิด แต่หากได้กระทำการมุ่งต่อผลที่ “กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด” แม้จะทำไม่สำเร็จดังนี้กฎหมายให้เอาโทษเสมอต่างกันที่อัตราโทษ ซึ่งต้องพิจารณาที่อัตราความเสี่ยงที่ความผิดนั้นจะสำเร็จเท่านั้น การตีความว่าการยิงศพ เป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบนั้นจึงเป็นความเข้าใจผิดในการตีความกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะองค์ประกอบทุกอย่าง (ของการพยายามกระทำความผิด) นั้นมีครบถ้วน ส่วนผลสุดท้ายที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้นั้น ไม่เป็นสาระสำคัญอีกต่อไป เพราะการพยายามกระทำผิดเป็น “ความผิดที่ไม่ต้องการผล”

Abstract

There are two types of criminal offences, result crimes and conduct crimes. To punish the actor, as its name implies, a conduct crime requires only prohibited acts be committed regardless of the consequence. Two kinds of consequences, however, are concerned here; the first one is the immediate result which is considered a part of the prohibited act, such as the bullet is fired. The second type is the final result which separated from the act itself and could not be controlled by the actor such as the injury or death of the victim. Only the final result differentiates result crimes from conduct offences. Having considered that, attempt offences punish an actor who commits the prohibited act with the required mental elements irrespective of the final result; therefore, the attempt offences are conduct crimes. Thus, in case of attempt offence, the absence of the consequence could not be considered the lack of an element of crime.

The underpinned reason of criminalization of attempt offences is to control a dangerous person who expresses her criminally dangerous mind. If no punishment has been imposed on the person, it is likely she would repeat herself and might be successful next time. This is surely not the result the criminal law is looking for.

The frequently cited phrase “if the completed crime is impossible, the attempt to that crime is also impossible” is legitimate; however, the impossibility here is the

legal impossibility rather than the factual impossibility. In case, an actor has done an act with the intention to achieve the prohibited result, even though that act is factually impossible to success, the actor will be punished by the article 81 in conjunction with an article providing an offence. It has been suggested if D shot a corpse thinking it is a living V, D should be considered as innocent as there is no one could be factually killed; therefore, D has a defense of lacking of an element of crime. This is obviously incorrect. It is difficult to see how the lack of consequence element could be a successful defense to a conduct crime as an attempt offence, because the consequence is irrespective in this case.

การชดใช้เยียวยาความเสียหายอันเกิดจาก ภัยพิบัติทางธรรมชาติในกฎหมายฝรั่งเศส

อังคณาดี ปิ่นแก้ว*

บทคัดย่อ

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา หลายประเทศทั่วโลกได้ประสบกับความเสียหายอันเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาติรูปแบบต่าง ๆ มากมาย โดยความเสียหายอันเกิดจากภัยพิบัติทางธรรมชาตินั้นมีลักษณะเฉพาะอันแตกต่างจากความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดทั่วไป โดยทั่วไปแล้วการชดใช้เยียวยาความเสียหายอันเกิดจากภัยธรรมชาติมีหลายรูปแบบด้วยกันขึ้นอยู่กับสภาพสังคม ระบบเศรษฐกิจและแนวคิดทางกฎหมายของแต่ละประเทศ ฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่ประสบภัยพิบัติทางธรรมชาติอยู่บ่อยครั้ง และเป็นเพียงไม่กี่ประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีระบบการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่มีประสิทธิภาพที่ทำให้ความเสียหายของผู้ประสบภัยได้รับการชดใช้เยียวยาแทบจะทั้งสิ้น

Abstract

In the past decade, many countries across the world have faced mounting damage from various forms of natural disasters. The damage caused by natural disasters possesses some specific aspects which are different from the other damage generated by tortious act. Generally, a variety of legislative approaches in relation to financial compensation for natural catastrophes, largely depend upon the social and

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1), LL.M (Business Law) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Master II en Droit Privé (เกียรตินิยมดี), Docteur en Droit (เกียรตินิยมดีมาก), Université de Nantes, France อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งในการศึกษาวิจัยเรื่องการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากภัยพิบัติ ศึกษากฎหมายฝรั่งเศส ทุณสนับสนุนการวิจัยโดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

economic system and the legal concept in the particular country. France, occasionally hit by the natural disasters, is generally accepted as one of the few countries that provides every citizen with adequate financial compensation in the event of their suffering damage due to natural disasters.

ปัญหาการเพิกถอน การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ด้วยเหตุที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ไม่ใช้เครื่องหมายการค้า

เอกรินทร์ วิริโย*

บทคัดย่อ

เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ใช้กับสินค้าหรือบริการเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถแยกความแตกต่างของสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นออกจากสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช้เครื่องหมายการค้าของตนแล้ว ก็จะทำให้ไม่มีเครื่องหมายการค้าเพื่อแสดงความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภคได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว และบุคคลอื่นจะไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้า จึงทำให้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวเป็นเพียงการได้รับความคุ้มครองลอย ๆ แต่ไม่มีการนำมาใช้กับสินค้าหรือบริการเพื่อทำหน้าที่อย่างแท้จริง ฉะนั้น ความตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายเครื่องหมายการค้าของแต่ละประเทศ จึงได้กำหนดรองรับกรณีดังกล่าวไว้ว่าหากเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช้เครื่องหมายการค้า ก็อาจจะมีการเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ เพื่อเป็นการกระตุ้นให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องใช้เครื่องหมายการค้าของตนและเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นที่ประสงค์จะใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันสามารถยื่นขอจดทะเบียนใหม่

* LL.B, Monash University, LL.M. (International and Comparative Law), Monash University, Australia, Certificate of Copyright in Digital Age, United States Patent and Trademark Office, Certificate of International Visitor Leadership Program on Protection of Intellectual Property Rights, United States Department of States, ประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่นที่ 23 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักกฎหมายกฤษฎีกาประจำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา



เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ แต่ถึงกระนั้น การเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วยเหตุที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นมีความแตกต่างกัน โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดภาระการพิสูจน์ในการเพิกถอนไว้ไม่สูงมากนักและทำให้สามารถเพิกถอนได้ง่ายกว่า เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่มเอเชีย ไม่ว่าจะเป็นประเทศไทย อินโดนีเซีย และอินเดีย ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจต่อการศึกษารเปรียบเทียบและวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายตลอดจนคำวินิจฉัยขององค์กรที่เกี่ยวข้องและศาลในประเทศดังกล่าว

Abstract

Trademark is used with the goods or services in order to make the consumer known of the distinction between the goods or services using that trademark and those using another trademark. However, if the trademark owner has not used the trademark, there would be no trademark to show this distinction between the goods or services for the consumer. Particularly, under the trademark laws, the trademark owner will have the use exclusive rights of that trademark and other persons will not be able to use the identical or similar trademark unless permitted by the trademark owner. If this is the case, that trademark is only on the registration but no actual use takes place for its functioning. Therefore, the international agreements and trademark laws in each country has a provision in this case stating that if the trademark owner has not used the trademark, there may be cancellation of that trademark registration. This provision has an objective to encourage the trademark owner to use the trademark and provide the opportunity for other persons wishing to use the identical or similar trademark to apply for the new registration. Still, the cancellation of trademark registration on the ground that the trademark owner has not used that trademark is different in each country. In the United States of America, the burden of proof on the cancellation of trademark registration is not set so high and this makes the cancellation easier when compared to the countries in Asia such as Thailand, Indonesia and India. This is an interesting issue for comparative study and analysis on the laws and the decisions of the relevant body and court in these countries.



The transfer to third parties of the ownership of football players' economic rights

Nicola Cavallaro *

บทคัดย่อ

ไม่ว่ามาตรฐานซึ่งยอมรับกันจะกำหนดไว้เป็นอย่างไร และไม่ว่าจะมีความเห็นที่แตกต่างกันอย่างไรในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาลงทุนในกิจการกีฬาของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการฟุตบอล ในปัจจุบันผู้ลงทุนยังคงยึดถือกันตามทางปฏิบัติตลอดจนค่านึงถึงระบบการกีฬา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกีฬาฟุตบอล ในทุกวันนี้ปรากฏการณ์เช่นนี้เป็นรูปแบบการลงทุนที่เกิดขึ้นจริงซึ่งมีลักษณะความเสี่ยง ทั้งนี้ ได้มีกรณีที่มีการนำเงินทุนไปสนับสนุนสโมสรที่ประสบปัญหา โดยมีการ “พนันตั้งแต่แรกเริ่ม” ซึ่งเป็นการพนันว่าผู้เล่นจะได้รับมูลค่าเพิ่มและผลกำไรส่วนต่างเท่าใดในเวลาที่มีการย้ายสโมสร ประเด็นที่กล่าวถึงนี้มีใช่เป็นเพียงประเด็น “กรรมสิทธิ์ของบุคคลที่สาม” เท่านั้น แต่ยังเป็นประเด็น “การลงทุนของบุคคลที่สาม” (Third-Party Investment: TPI)

เศรษฐกิจก้าวไปอย่างรวดเร็วในเรื่องกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการกีฬา และต้องยอมรับกันว่าสำหรับสโมสรหลายแห่งนั้นปรากฏการณ์ “กรรมสิทธิ์ของบุคคลที่สาม” หรือ “การลงทุนของบุคคลที่สาม” นับเป็นเครื่องมือที่สโมสรนำมาใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งเงินทุนอันจำเป็นในการแข่งขัน นอกจากนี้ ได้มีสำนักงานกฎหมายหลายแห่งซึ่งมีความเชี่ยวชาญในกฎหมายการลงทุน สำนักงานกฎหมายเหล่านั้นดำเนินการเกี่ยวกับการจัดตั้งและการบริหารจัดการเงินทุนในการกีฬาเพื่อให้ตนได้รับการ

* Italian lawyer admitted before the Supreme Court. Past “Cultore della materia” (honorary title) at the Chair of Institutions of Private Law, Catholic University, Milan, 1992 / 1993. E-mail: nicocavallaro@yahoo.it. This article reproduces, with adaptations and updates, the work by the same Author Nicola Cavallaro which originally appeared and was published as follows in Italy: “La Third Party Ownership: riflessioni di ammissibilità nel nostro ordinamento”, in “Diritto dello Sport”, Bononia University Press, Anno VII, 3 - 4, July - December 2013, Bologna.

ยอมรับในอนาคตอันใกล้ว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขาใหม่ ซึ่งเรียกว่าสาขา “กฎหมายการกีฬาเพื่อการลงทุน” (Investment Sports Law)

Abstract

Regardless of the standards adopted, and the different opinions of the doctrine about the entry of investors in the world of sport and, in particular, football, the theme of such investors is today acquired by practice and to the attention of the sporting system and, particularly, the football one. This phenomenon, in recent times, has even hired the connotations of a genuine form of investment with the characters of risk, so there is a case for which a fund is financing a club in trouble “betting since the beginning” on the increasing value and capital gain generated by the player at the time of its following transfer. We talk, so now, not only of “Third Party Ownership” but even about “Third Party Investment” (“TPI”).

The economy goes faster of sporting rules, and we need to acknowledge that the phenomena of “Third Party Ownership” or “Third Party Investment” constitute for many clubs the only instruments for ensuring the necessary funding in order that they can afford a sporting competition. Moreover, there are many Law Firms, which specialize in Investment Law, whose departments begin also to deal with the establishment and management of funds in sports, so that in the near future they could spread a new specialization branch named “Investment Sports Law”.

ฎีกาวิเคราะห์

อานนท์ มาเม้า*

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 (คดีจดทะเบียนที่ดินมือเปล่าโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน)

1. ความเบื้องต้น

ที่ดินซึ่งเป็นสิทธิของเอกชนในประเทศไทยมีหลายประเภท ไม่ว่าจะเป็นที่ดินประเภทที่มีเอกสารสิทธิหรือที่ไม่มีเอกสารสิทธิ สำหรับที่ดินประเภทที่มีเอกสารสิทธิ ก็ไม่ได้มีเฉพาะแต่ที่ดินมีโฉนดเท่านั้น หากแต่ยังมีเอกสารสิทธิจำพวกอื่น ๆ ด้วย เช่น เอกสารสิทธิจำพวก น.ส.3, น.ส. 3 ก, ใบจอง ดังนั้น ระบบที่ดินในประเทศไทยจึงมีความหลากหลายเรื่องประเภทของที่ดินเป็นอย่างมาก

จากการเก็บข้อมูลที่ดินทั่วประเทศของกรมที่ดินเกี่ยวกับที่ดินประเภทมีเอกสารสิทธิ พบว่า ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นปีที่เริ่มออกโฉนดครั้งแรกจนถึงข้อมูลล่าสุดเมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2556 ที่ดินประเภทมีเอกสารสิทธิในประเทศไทย ณ ปัจจุบัน เป็นที่ดินประเภทมีโฉนดถึงร้อยละ 78.24 แต่ก็ยังมีเหลือที่ดินที่มีเอกสารสิทธิที่ไม่ใช่โฉนดจำพวก น.ส.3 ก, น.ส.3 และใบจองถึงร้อยละ 21.76¹

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายแพ่งและภาคีวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ กรมที่ดิน. สถิติปริมาณเอกสารสิทธิที่ดินทั่วประเทศ. สืบค้นเมื่อ 27 กรกฎาคม 2558 จาก

<http://www.dol.go.th/doc/images/medias/doc/file/pdf/plan56-3/deed56/nationwide.pdf>

**ปริมาณเอกสารสิทธิที่ดินทั่วประเทศไทย
ตั้งแต่เริ่มออกโฉนดครั้งแรก (2444) ถึง 30 กันยายน 2556**

ประเภท	จำนวนเอกสารสิทธิแปลง	จำนวนเนื้อที่		
		ไร่	งาน	วา
โฉนด	30,073,613	100,152,991	1	3.39
น.ส.3 ก	3,315,429	16,531,650	3	51.46
น.ส.3	1,074,385	9,853,369	1	50.06
ใบจอง	140,434	1,473,438	2	89.90
รวม	34,603,861	128,011,450	0	94.81

ที่ดินซึ่งไม่มีโฉนดอันได้แก่ที่ดินดังกล่าวข้างต้น นักกฎหมายและศาลฎีกาเรียกว่า “ที่ดินมือเปล่า” ซึ่งไม่มีกรรมสิทธิ์อยู่ในตัวเอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากที่ดินมือเปล่าจำพวกนี้เป็นที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิอันแสดงให้เห็นในระบบทะเบียนของรัฐ จึงทำให้ข้อมูลเกี่ยวกับที่ดินดังกล่าวเปิดเผยให้เห็นแก่สาธารณชนได้โดยผ่านระบบทะเบียน อีกทั้งการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงในระบบทะเบียนก็ทำให้ผู้นอนอยู่ในฐานะที่จะตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับที่ดินดังกล่าวได้ และระบบทะเบียนนั้นยังเป็นแหล่งรายได้ของรัฐ เช่น ค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ที่ดินประเภทที่มีเอกสารสิทธิ แม้ไม่ใช่โฉนด แต่ก็ยังถือว่าเป็นที่ดินซึ่งมีความสำคัญ

เนื่องจากที่ดินมือเปล่า “จำพวกมีเอกสารสิทธิ” เช่น น.ส.3, น.ส. 3 ก นั้น เป็นที่ดินซึ่งบุคคลอาจได้มาโดย “ทางทะเบียน” กล่าวคือ โดยการจดทะเบียนโอนเอกสารสิทธิจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ในขณะที่เดียวกันก็เป็นที่ดินซึ่งบุคคลอาจได้มาโดย “ทางครอบครอง” เช่นกัน กรณีจึงอาจเกิดปัญหาได้หากมีบุคคลหนึ่งได้มาซึ่งที่ดินมือเปล่าโดยการครอบครองไปแล้ว ต่อมา มีอีกบุคคลหนึ่งได้ดำเนินการจดทะเบียนรับโอนเอกสารสิทธิมาเป็นของตน จึงเกิดประเด็นว่า บุคคลแรกกับบุคคลที่สองใครจะมีสิทธิดีกว่ากัน

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมีได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว” ในกรณีถ้าเป็นกรณีที่ดินมีโฉนด ไม่มีข้อสงสัยหรือประเด็นให้ตั้งคำถามว่า เราจะปรับใช้มาตรา 1299 วรรคสองกับกรณีที่มีบุคคลหนึ่งได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินมีโฉนดโดยทางอายุความหรือโดยการครอบครองปรปักษ์ตามมาตรา 1382 และมีอีกบุคคลหนึ่งได้มาโดยการจดทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนในเวลาต่อมาหรือไม่อย่างไร เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่า เราปรับใช้มาตรา 1299 วรรคสองกับกรณีที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เช่นว่านั้นโดยไม่มีข้อสงสัย ทั้งได้มีการพิพากษาศาลฎีกาตัดสิน

ไว้เป็นที่ขัดแย้งหลายฉบับ² อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิ มีประเด็น น่าสนใจที่ผู้เขียนเห็นควรนำเสนอในที่นี้ เนื่องจากศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาคัดสินออกไปเป็น 2 แนว หนึ่งเห็นว่า ไม่ปรับใช้มาตรา 1299 วรรคสองกับที่ดินมือเปล่า กับอีกแนวหนึ่งเห็นว่า ปรับใช้ มาตรา 1299 วรรคสองกับที่ดินมือเปล่า และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 ซึ่งผู้เขียนนำมา วิเคราะห์นี้เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาเมื่อไม่นานมานี้ต่อประเด็นดังกล่าว เนื้อหาโดยละเอียด ผู้เขียน จะได้กล่าวตามลำดับ

สำหรับหัวข้อที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป ได้แก่ คำพิพากษานับย่อ บทวิเคราะห์ และบท ส่งท้าย

2. คำพิพากษานับย่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่นำมาแสดงในหัวข้อนี้ เป็นคำพิพากษานับย่อโดยสำนักงาน ศาลยุติธรรม ผู้เขียนจะนำมาแสดงเฉพาะย่อสั้น ความในคำพิพากษานับย่อนั้น มีดังนี้³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 นายประศรี แก้วสอน โจทก์
นายคุด เก็งรัมย์ จำเลย

แพ่ง จดทะเบียนทรัพย์สินสิทธิ สิทธิครอบครอง (มาตรา 1299 วรรคสอง, 1373)

ขณะที่จำเลยจดทะเบียนซื้อที่ดินพิพาทจาก ท. จำเลยไม่รู้ว่า ท. ยกที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ ไปก่อนแล้ว การที่ ท. มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ดินพิพาท ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1373 ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ท. เป็นผู้มียุทธสิทธิครอบครองที่ดินพิพาท และขณะ ท. ขายที่ดินพิพาทให้ จำเลย โจทก์อาศัยอยู่กับ ท. ยังไม่ได้แยกครอบครัวออกไป จึงมีมูลเหตุทำให้จำเลยซึ่งเป็น บุคคลภายนอกเข้าใจว่า โจทก์ทำนาในที่ดินพิพาทโดยอาศัยสิทธิของ ท. ผู้มีชื่อในหนังสือรับรอง การทำประโยชน์ (น.ส.3) การที่จำเลยซื้อที่ดินพิพาทจาก ท. จึงเป็นการกระทำโดยสุจริตและ จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริต โจทก์ไม่อาจยกการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทขึ้นต่อจำเลยได้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคสอง จำเลยจึงมีสิทธิครอบครองในที่ดินดีกว่าโจทก์

3. บทวิเคราะห์

ในส่วนบทวิเคราะห์นี้ ผู้เขียนจะอธิบายทั้งความรู้เพิ่มเติมที่แม้ไม่เป็นประเด็นโดยตรง ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 แต่ก็เกี่ยวข้องโดยอ้อมในฐานะความรู้พื้นฐานสืบเนื่องจาก ประเด็นหลักของคดี และจะวิเคราะห์ประเด็นโดยตรงในคำพิพากษานับย่อ โดยหัวข้อในบทวิเคราะห์

² เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7007/2540, 3653/2541, 2070/2548, 5641/2548

³ สำนักงานศาลยุติธรรม, คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2556 เล่มที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2558), น.151 – 155.

จะประกอบด้วย 5 หัวข้อย่อย ได้แก่ ความหมายของที่ดินมือเปล่า, ประเภทของที่ดินมือเปล่า, การโอนที่ดินมือเปล่า, แนวคำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นของผู้เขียน

3.1 ความหมายของที่ดินมือเปล่า

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ตัดสินเกี่ยวกับ “ที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3)” หรือที่เรียกว่า “ที่ดิน น.ส.3” ศาลฎีกาในคดีนี้มีได้กล่าวถึงคำว่า “ที่ดินมือเปล่า” แต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ที่ดิน น.ส.3 จัดว่าเป็น “ที่ดินมือเปล่า” ประเภทหนึ่ง ซึ่งคำว่า “ที่ดินมือเปล่า” เป็นคำศัพท์เฉพาะที่นักกฎหมายและศาลใช้ ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15/2556⁴, 7324/2556⁵ โดยเราอาจสรุปให้ความหมายของ “ที่ดินมือเปล่า” ว่าหมายถึง ที่ดินซึ่งบุคคลไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้ เพราะโดยสภาพของที่ดินดังกล่าวนั้นไม่มีกรรมสิทธิ์ในตัวเอง⁶ ดังนั้น ที่ดินมีโฉนดจึงไม่ใช่ที่ดินมือเปล่าเพราะที่ดินมีโฉนดคือที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์อันรับรองไว้ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 (1)⁷ อย่างไรก็ตาม คำว่า “ที่ดินมือเปล่า” นี้ไม่มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน และกฎหมายอื่นใด

แม้สภาพของที่ดินมือเปล่านั้นเป็นที่ดินที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ในตัวเองก็ตาม ถึงกระนั้น ที่ดินมือเปล่านั้นก็ยังเป็น “ที่ดิน” ซึ่งถือเป็น “อสังหาริมทรัพย์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139⁸ และแม้บุคคลไม่อาจมีกรรมสิทธิ์หรือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินมือเปล่า แต่ทรัพย์สินอื่น ๆ ก็อาจมีได้ในที่ดินประเภทนี้ หากว่าที่ดินประเภทนี้จะไม่อาจมีทรัพย์สินอื่น ๆ

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15/2556 แม้ขณะฟ้องคดี โจทก์จะไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ 137029 แต่ข้อเท็จจริงได้ความว่า ท. บิดาโจทก์ ผู้มีชื่อถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินเป็นเจ้าของที่ดินแปลงดังกล่าวมาตั้งแต่ที่ดินยังไม่มีเอกสารสิทธิ ต่อมาจึงออกเป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์และเปลี่ยนเป็นโฉนดที่ดินเมื่อปี 2543 น. ยกที่ดินให้โจทก์เมื่อ 27 ปี ก่อน ขณะเป็นที่ดินมือเปล่า ซึ่งยอมโอนให้แก่กันได้โดยเพียงเจ้าของแสดงเจตนาสละการครอบครอง...

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7324/2556 ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินตามหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน.5) ออกโดยส่วนจัดนิคมสหกรณ์ในสังกัดกรมส่งเสริมสหกรณ์ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ดินพิพาทดังกล่าวมีหนังสือแสดงการทำประโยชน์เป็นหลักฐาน จึงมีข้อสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนที่ดินของสำนักงานที่ดินอำเภอหรือจังหวัดในกรมที่ดิน ซึ่งกฎหมายต้องการให้แสดงออกซึ่งกรรมสิทธิ์ในทางทะเบียนยิ่งกว่าการครอบครอง ที่ดินที่มีหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน.5) เป็นหลักฐานจึงถือได้ว่าเป็นที่ดินมือเปล่าที่มีหลักฐานอื่น ๆ เช่นเดียวกับที่ดินที่มีแบบแจ้งการครอบครอง (ส.ค.1) ใบไต่สวน หรือหลักฐานการเสียภาษีบำรุงท้องที่เป็นหลักฐานแสดงสิทธิ...

⁶ โปรดดู วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น.282.

⁷ มาตรา 3 บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในกรณีต่อไปนี้

(1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ หรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้

(2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือกฎหมายอื่น

⁸ มาตรา 139 อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย

ได้อีกแต่อย่างใด ตัวอย่างทรัพย์สินอื่นที่อาจมีได้ในที่ดินมือเปล่า เช่น ภาระจำยอม⁹ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิครอบครอง ซึ่งเป็นทรัพย์สินสำคัญอันเกี่ยวข้องกับที่ดินมือเปล่ามากที่สุด

3.2 ประเภทของที่ดินมือเปล่า

ที่ดินมือเปล่านั้น เราอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ “ที่ดินมือเปล่าซึ่งไม่มีเอกสารสิทธิ” และ “ที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิ”¹⁰ โดยเอกสารสิทธิในที่นี้อาจให้ความหมายว่า คือ เอกสารหลักฐานที่รัฐรับรองเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของบุคคล ดังนั้น “ที่ดินมือเปล่าซึ่งไม่มีเอกสารสิทธิ” ย่อมหมายถึง ที่ดินซึ่งบุคคลไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้ และเป็นที่ดินซึ่งปราศจากเอกสารหลักฐานใด ๆ ที่รัฐรับรองแก่บุคคลเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินซึ่งบุคคลนั้นมีสิทธิอยู่ ตัวอย่างในกรณีนี้ เช่น ที่ดินดั้งเดิมของบุคคลที่ยังไม่มีการออกเอกสารหลักฐานใด ๆ จากรัฐ หรือที่งอกริมตลิ่งซึ่งงอกออกไปจากที่ดิน น.ส.3 ของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1308¹¹ โดยที่บุคคลนั้นเข้าครอบครองหรือมีสิทธิครอบครองในที่งอกนั้นแล้วแต่ยังไม่ได้ดำเนินการขออนุญาตออกเอกสารสิทธิเกี่ยวกับที่งอกดังกล่าว¹² สำหรับ “ที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิ” ย่อมหมายถึง ที่ดินซึ่งบุคคลไม่อาจมีกรรมสิทธิ์ได้ แต่เป็นที่ดินซึ่งมีเอกสารหลักฐานที่รัฐรับรองเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของบุคคล ตัวอย่างในกรณีนี้ เช่น ที่ดิน น.ส.3, ที่ดิน น.ส.3 ก, ที่ดิน น.ส.3 ข, ที่ดิน ส.ค.1, ที่ดินซึ่งมีใบจอง หรือ น.ส.2, ที่ดิน กสน.5

3.3 การโอนที่ดินมือเปล่า

ที่ดินมือเปล่าเป็นที่ดินซึ่งไม่มีกรรมสิทธิ์ ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวจึงไม่อาจเป็นไปได้ ที่ดินมือเปล่าที่โอนให้แก่กันจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งจะเป็นเรื่องการโอนการครอบครอง ซึ่งก็คือ การโอนการครอบครองในที่ดินมือเปล่าให้แก่กัน เราจะสังเกตเห็นได้ว่า การโอนการครอบครองเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง อันมีกฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378 ถึงมาตรา 1380 ซึ่งสะท้อนให้เห็นสภาพตามธรรมชาติพื้นฐานของการครอบครอง คือ การกระทำที่ตั้งอยู่บนข้อเท็จจริง (*de facto*) นั้นเอง และในกรณีนี้เช่นว่านี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปด้วยว่า การครอบครองและการโอนการครอบครองมิใช่เรื่อง “นิติกรรม”

⁹ ศาลฎีกาเคยตัดสินว่าภาระจำยอมมีได้ทั้งที่ดินมีโฉนดและที่ดินไม่มีโฉนด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6847/2539 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1387 ไม่ได้แยกเป็นที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์หรือที่ดินมีโฉนดให้มีผลแตกต่างกัน หากแต่บัญญัติไว้ว่าอสังหาริมทรัพย์อาจตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น ดังนี้แม้ที่ดินของจำเลยจะเป็นที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์แต่ก็เป็นอสังหาริมทรัพย์จึงย่อมตกเป็นภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินโจทก์ซึ่งเป็นที่ดินมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เหมือนกับที่ดินของจำเลยได้

¹⁰ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.282.

¹¹ มาตรา 1308 ที่ดินแปลงใดเกิดที่งอกริมตลิ่ง ที่งอกย่อมเป็นทรัพย์สินของเจ้าของที่ดินแปลงนั้น

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2346/2523 ผู้ซึ่งมีสิทธิครอบครองที่ดินตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ของที่ดินแปลงใด ย่อมมีสิทธิครอบครองที่งอกริมตลิ่งของที่ดินแปลงนั้นด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1308



ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149¹³ เนื่องจากการครอบครองและการโอน การครอบครองเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในตัวเองเมื่อครบหลักเกณฑ์ของตัวบทกฎหมาย โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีความสมัครใจที่จะมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิแต่ประการใด ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การได้มาซึ่งการครอบครองในที่ดินโดยทางความเป็นจริงย่อมเป็นการได้มาที่ไม่ใช่นิติกรรมหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม¹⁴

อนึ่ง ที่ดินมือเปล่ามี 2 ประเภท ได้แก่ ที่ดินมือเปล่าซึ่งไม่มีเอกสารสิทธิ และที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิ ประเด็นความซับซ้อนจะเกิดขึ้นในกรณีที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิจำพวกมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (จำพวก น.ส. 3, น.ส. 3 ก) เนื่องจากมีเรื่องทะเบียนของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ โดยสภาพที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิก็เป็นที่ดินที่โอนการครอบครองจาก

¹³ มาตรา 149 นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

¹⁴ ลำพังเรื่องการครอบครอง การได้มาซึ่งการครอบครอง และการโอนการครอบครอง ไม่ใช่เรื่องนิติกรรมอยู่ในตัวของมันเอง เนื่องจากเป็นเรื่องซึ่งเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายตามข้อเท็จจริง โดยไม่จำเป็นว่าบุคคลจะมีเจตนาที่จะมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายหรือไม่แต่ประการใด

อย่างไรก็ดี นิติกรรมบางเรื่องอาจมีเรื่องการครอบครองเข้าไปเกี่ยวข้อง เช่น สัญญาให้สังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ เราจะเห็นได้ว่า สัญญาให้สังหาริมทรัพย์มีเรื่องการครอบครองเป็นส่วนหนึ่งในการเกิดขึ้นของสัญญา ดังนั้น ภายในเรื่องสัญญาดังกล่าวที่ถือว่าสัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งนั้น มีเรื่องการครอบครองในตัวมันเองไม่ใช่นิติกรรมแฝงหรือซ่อนอยู่ ประเด็นนี้จึงแสดงให้เห็นถึงการทับซ้อนของเรื่องสัญญาซึ่งเป็นนิติกรรมกับเรื่องการครอบครองที่ไม่ใช่นิติกรรม

รูปธรรมของประเด็นปัญหาข้างต้นคือ ในกรณีที่บุคคลได้มาซึ่งการครอบครองทรัพย์สินตามสัญญาให้ แต่สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ เราจะวินิจฉัยว่า บุคคลผู้ถือการครอบครองทรัพย์สินอยู่นั้นเป็นผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยทางนิติกรรมหรือโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม

เพื่อให้เห็นปัญหามากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะยกประเด็นตัวอย่างนี้ คือ กรณีบุคคลรับโอนที่ดินทางทะเบียนจากสัญญาให้และได้รับมอบการครอบครองมาพร้อมกันด้วย แต่สัญญาให้นั้นตกเป็นโมฆะ ในขณะที่บุคคลนั้นยังคงถือการครอบครองอยู่ ปัญหามีอยู่ว่า การได้มาซึ่งการครอบครองที่ดินของบุคคลนั้นเป็นการได้มาโดยทางนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง หรือการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง

ต่อประเด็นดังกล่าว สัญญาให้แม้ตกเป็นโมฆะอันทำให้บุคคลไม่ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือที่ดินนั้นโดยผลของนิติกรรม แต่เมื่อบุคคลนั้นได้มาซึ่งการครอบครองแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการได้มาโดยผลของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 จึงเป็นการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ แม้สัญญาตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อตามความเป็นจริง ผู้ให้โอนการครอบครองแก่ผู้รับแล้ว และผู้รับก็ได้ยึดถือโดยมีเจตนายึดถือเพื่อตน ผู้รับจึงเป็นผู้มีสิทธิครอบครองตามกฎหมาย กล่าวให้ถึงที่สุดคือ การได้มาซึ่งสิทธิครอบครองซึ่งแฝงอยู่ในสัญญา สามารถแยกออกได้จากสัญญา แม้สัญญาตกเป็นโมฆะตามเรื่องนิติกรรม ก็ไม่กระทบต่อการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองตามผลของกฎหมาย ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้แล้ว ตัวอย่างคือ คดีสัญญาขายฝากที่ดินมือเปล่าตกเป็นโมฆะเพราะมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง แต่ศาลฎีกาก็ให้บังคับตามเรื่องสิทธิครอบครองว่า คู่กรณีมีเจตนาผูกพันในเรื่องสิทธิครอบครองกันอย่างไร ก็ให้เป็นไปตามนั้น โดยตั้งอยู่บนฐานของหลักกฎหมายเรื่องสิทธิครอบครอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2325/2520, 8093/2551, 5801/2552)

บุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งได้ในทางความเป็นจริง แต่ในขณะเดียวกัน ที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิก็เป็นที่ดินซึ่งปรากฏอยู่ในทะเบียนของรัฐ อันอาจเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนได้ และโดยเฉพาะกรณีที่ดินจำพวกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ ก็บัญญัติว่า “การโอนสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่”¹⁵ เพราะฉะนั้น จึงมีปัญหาว่า ที่ดินมือเปล่าจำพวกมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น สามารถโอนได้ในทางความเป็นจริงหรือต้องโอนเฉพาะแต่ทางทะเบียน โดยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกันแน่

ต่อประเด็นดังกล่าว มีคำอธิบายในทางตำราว่า ที่ดินมือเปล่าจำพวกมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น สามารถโอนได้โดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 วิธี ได้แก่ “การโอนการครอบครองในทางความเป็นจริง” กับ “การโอนทางทะเบียน”¹⁶

อย่างไรก็ตาม เพราะเหตุว่าที่ดินมือเปล่าจำพวกมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น สามารถโอนได้ 2 วิธี จึงก่อให้เกิดปัญหาเมื่อบุคคลผู้ “มีสิทธิครอบครอง” ในที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์และเป็นผู้ “มีชื่อ” ในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวโอนการครอบครองที่ดินดังกล่าวให้บุคคลหนึ่งในทางความเป็นจริง โดยไม่มีการดำเนินการเปลี่ยนแปลงให้มีชื่อผู้รับโอนการครอบครองปรากฏในทะเบียน แล้วต่อมาบุคคลผู้ยังคงชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้นได้ดำเนินการจดทะเบียนโอนที่ดินให้เป็นของอีกบุคคลหนึ่ง ตัวอย่าง นายดำเป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดิน น.ส.3 และเป็นผู้มีชื่อทางทะเบียนในที่ดินแปลงนั้น ได้โอนการครอบครองที่ดินดังกล่าวให้แก่ นายขาว โดยการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1378¹⁷ ต่อมา นายดำจดทะเบียนโอนที่ดินดังกล่าวให้แก่ นายเขียว ด้วยวิธีการทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ ปัญหาที่อยู่ว่า ในกรณีนี้ ใครมีสิทธิดีกว่ากันระหว่าง นายขาว ผู้รับโอนการครอบครองมาในทางความเป็นจริง กับ นายเขียว ผู้รับโอนทางทะเบียน

และปัญหาจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการวิเคราะห์นี้ หากในกรณีข้างต้น ปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายเขียวรับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน นายเขียวจะมีสิทธิดีกว่านายขาวหรือไม่ หรือกล่าวโดยสรุปประเด็นคือ การที่บุคคลหนึ่งได้มาซึ่งการครอบครองในที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์แต่ไม่ได้ดำเนินการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จะยกการได้มาซึ่งการครอบครองนั้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลอีกบุคคลหนึ่งซึ่งได้จดทะเบียนรับโอนที่ดินดังกล่าวโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนได้หรือไม่

¹⁵ มาตรา 4 ทวิ นับตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินซึ่งมีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

¹⁶ สมจิตร ทองศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557), น.72. วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 6*, น.299.

¹⁷ มาตรา 1378 การโอนไปซึ่งการครอบครองนั้นย่อมทำได้โดยส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง



ประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง โดยมีประเด็นว่า เราจะปรับใช้มาตรา 1299 วรรคสองกับที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์สำหรับกรณีที่มีการโอนที่ดินทั้ง 2 วิธีในที่ดินผืนเดียวกันจนเกิดประเด็นบุคคลสองรายเรียกเอาที่ดินมือเปล่าผืนเดียวกันโดยอาศัยหลักต่างกันหรือไม่ กล่าวคือ รายหนึ่ง อ้างอิงอาศัยหลักการได้มาทางความเป็นจริง อีกรายหนึ่งอ้างอิงอาศัยการได้มาทางทะเบียนโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทน ปัญหานี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายแนวคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบการวิเคราะห์ ในหัวข้อถัดไป

3.4 แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

การได้มาซึ่งที่ดินมือเปล่าที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์จะปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองในกรณีที่มีบุคคลสองรายเรียกเอาที่ดินมือเปล่าผืนเดียวกันโดยอาศัยหลักต่างกันหรือไม่ กล่าวคือ รายหนึ่งอ้างอิงอาศัยหลักการได้มาทางความเป็นจริง อีกรายหนึ่ง อ้างอิงอาศัยการได้มาทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกา ตัดสินต่างกัน 2 แนว ได้แก่ **แนวที่ไม่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง** กับ**แนวที่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง**

3.4.1 แนวที่ไม่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง

แนวหนึ่ง ศาลฎีกาตัดสินโดยการไม่นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง มาปรับแก่กรณีที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1076 – 1079/2510, 1758/2513, 3276/2533, 3194/2537, 14737/2551 ดังจะได้กล่าวไปตามลำดับ

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1076 – 1079/2510

ศาลตัดสินว่า “ผู้ที่ไม่มิลิทธิในที่ดิน แม้จะได้ไปแจ้งการครอบครองได้รับ ส.ค.1 และได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ น.ส.3 ก็ไม่ก่อให้เกิดสิทธิครอบครองในที่นั้น

รับซื้อที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ น.ส.3 ไว้โดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และจดทะเบียนโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าผู้ที่มีชื่อในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ น.ส.3 ไม่มีสิทธิในที่ดินนั้น ผู้ซื้อก็ไม่มีสิทธิอย่างใด”

(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1758/2513

ศาลตัดสินว่า “โจทก์ซื้อที่พิพาทซึ่งเป็นที่ดินมือเปล่าจาก ต. และครอบครองทำกินมาเป็นเวลานานปีแล้ว แม้ ต. จะได้รับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) ที่พิพาทแปลงนี้ และโอนขายให้จำเลยภายหลัง ซึ่งรับซื้อไว้โดยสุจริตคงปรากฏหลักฐานการโอนตามหนังสือ น.ส.3 ก็ตาม จำเลยก็หาได้ไปซึ่งสิทธิในที่พิพาทแต่อย่างใดไม่ เพราะ น.ส.3 หาใช่เป็นหลักฐานกรรมสิทธิ์ทางทะเบียนเช่นโฉนดที่ดินไม่ จึงจะนำมาตรา 1299, 1300 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้แก่กรณีนี้มิได้”

(3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3276/2533

ศาลตัดสินว่า “การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง นั้น ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ จะนำมาใช้กับที่ดินพิพาทซึ่งเป็นที่ดินมือเปล่า และมีเพียงหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) หาได้ไม่ หากจำเลยได้สิทธิครอบครองที่ดินพิพาท โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม แม้ยังมีได้จดทะเบียนก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้โจทก์ร่วมผู้ซื้อ และได้จดทะเบียนโดยสุจริตได้”

(4) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3194/2537

ศาลตัดสินว่า “โจทก์ซื้อที่ดินจาก ส. แล้วเป็นผู้เข้าครอบครองทำประโยชน์ตลอดมา แม้โจทก์จะระบุเลขที่หนังสือรับรองการทำประโยชน์ลงในหนังสือสัญญาซื้อขายผิดพลาดเป็นที่ดินแปลงอื่นไป และจำเลยเป็นผู้มีชื่อรับโอนในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ดินทางทะเบียน ก็ไม่ทำให้สิทธิครอบครองของโจทก์ในที่ดินต้องเสียไป ที่ดินที่มีเพียง น.ส.3 ก. ไม่อาจนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1299 วรรคสอง มาปรับใช้ได้ จำเลยแจ้งความต่อเจ้าพนักงานตำรวจกล่าวหาโจทก์ว่าบุกรุกที่ดินน.ส.3 ก. อันเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ แต่จำเลยก็ยังมิได้เข้าไปครอบครองที่ดิน จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยได้แย่งการครอบครองที่ดินไปจากโจทก์ เมื่อโจทก์เป็นผู้ครอบครองที่ดินมาตลอดถึงวันฟ้องโจทก์จึงไม่หมดสิทธิที่จะฟ้องเอาคืนซึ่งการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1375”

(5) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14737/2551

ศาลตัดสินว่า “โจทก์เป็นผู้มีชื่อถือสิทธิครอบครองที่ดินพิพาท จึงได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตาม ป.พ.พ. มาตรา 1373 ว่าเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวมิใช่เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด จำเลยที่ 1 จึงสามารถนำสืบข้อเท็จจริงหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า โจทก์ได้สิทธิครอบครองที่ดินพิพาททางทะเบียนเท่านั้น หาได้เข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินตามความเป็นจริงไม่ แม้ในหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก.) จะมีชื่อ อ. เป็นผู้ถือสิทธิครอบครอง แต่การที่ อ. ขายที่ดินพิพาทให้แก่ ล. และได้มอบการครอบครองให้แก่ ล. ถือเป็นการสละการครอบครองที่ดินพิพาทให้แก่ ล. ตั้งแต่ปี 2530 แล้ว อ. จึงหมดสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทตาม ป.พ.พ. มาตรา 1378 และเมื่อ ล. ขายและมอบการครอบครองที่ดินพิพาทให้แก่ จำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 1 เข้าไปไถและถมดินในที่ดินพิพาทตั้งแต่ปี 2536 จึงเป็นการเข้าครอบครองที่ดินพิพาทโดยมีเจตนาที่จะยึดถือเพื่อตน จำเลยที่ 1 จึงมีสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทตาม ป.พ.พ. มาตรา 1367 ดังนั้น เมื่อ อ. หมดสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทแล้ว จึงไม่มีสิทธิที่จะขายฝากที่ดินดังกล่าวให้แก่โจทก์ แม้การขายฝากระหว่างโจทก์ กับ อ. จะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็ไม่ทำให้โจทก์ได้สิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าวแต่อย่างใด”¹⁸

¹⁸ คดีนี้ ศาลฎีกาไม่ได้กล่าวชัดว่า ไม่นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองมาปรับใช้ แต่เราก็ก็นำมาใช้ได้ มีประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าวแฝงอยู่โดยปริยาย เนื่องจากโจทก์จะอ้างว่าตนเป็นบุคคลภายนอกผู้รับ

3.4.2 แนวที่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง

อีกแนวหนึ่ง ศาลฎีกาตัดสินโดยการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง มาปรับแก่กรณีที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 326/2495, 427/2538, 2512/2549 ดังจะได้กล่าวไปตามลำดับ และล่าสุด ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 ซึ่งได้ยกขึ้นกล่าวไว้แล้ว

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 326/2495

ศาลตัดสินว่า “การซื้อขายที่ดินมือเปล่ากันโดยทำหนังสือซื้อขายและจดทะเบียนที่อำเภอนั้น ถ้าผู้ซื้อซื้อโดยสุจริตแล้ว ผู้ซื้อก็ย่อมได้ทรัพย์สินที่ดินนั้นไป ผู้ที่มีทรัพย์สินที่ดินนั้นมาก่อนแต่ไม่ได้จดทะเบียนไว้จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้ซื้อโดยสุจริตไม่ได้”

(2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 427/2538

ศาลตัดสินว่า “ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) แม้โจทก์จะได้สิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทมาจริงดังโจทก์กล่าวอ้าง การได้มาของโจทก์ก็เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้โจทก์ก็จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิในที่ดินพิพาทมาจากจำเลยที่ 1 โดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริตและได้จดทะเบียนโดยสุจริตแล้วหาได้ไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง”

(3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2512/2549

ศาลตัดสินว่า “จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของที่ดินพิพาทตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก) จำเลยที่ 1 ขายและส่งมอบการครอบครองที่ดินพิพาทให้แก่ ส. โดยมีได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส. ขายและส่งมอบการครอบครองที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ ต่อมาจำเลยที่ 1 จดทะเบียนขายฝากที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยที่ 2 โดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต ครั้นครบกำหนดจำเลยที่ 1 ไม่ใช่สิทธิไถ่คืน แต่หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก) มีใช้หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ บุคคลจะพึงมีสิทธิเหนือที่ดินพิพาทคงมีแต่สิทธิครอบครอง แม้โจทก์จะได้สิทธิครอบครองในที่ดินพิพาท แต่การได้มาของโจทก์ก็เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากทางนิติกรรมซึ่งถ้ายังมีได้จดทะเบียน โจทก์จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริตและได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้วหาได้ไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง จำเลยที่ 2 จึงเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินพิพาท”

โอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ทั้งนี้ แม้ศาลฎีกาจะไม่ได้กล่าวว่าโจทก์สุจริต แต่โจทก์ก็ย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 6 ดังนั้น ประเด็นเรื่องโจทก์รับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนจึงมีอยู่ครบถ้วน

3.5 ความเห็นของผู้เขียน

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาในแนวที่ไม่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง ย่อมพบว่า การให้เหตุผลของศาลฎีกาในคดีเหล่านั้น คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองใช้เฉพาะกรณีที่ดินมีโฉนดหรือที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เท่านั้น ดังนั้น ที่ดินมือเปล่าแม้มีหลักฐานทางทะเบียนอย่างที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ก็ไม่อาจปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองได้ และศาลฎีกาก็พิจารณาเฉพาะแต่เรื่องสิทธิครอบครองในทางความเป็นจริงว่า บุคคลใดมีสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367¹⁹ อยู่ในทางความเป็นจริง บุคคลนั้นก็เป็นผู้ที่มีสิทธิที่ดีที่สุด แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีได้เป็นผู้มีชื่อทางทะเบียนก็ตาม เนื่องจากศาลฎีกาในคดีดังกล่าวมิได้ให้ความสำคัญกับการเป็นผู้มีชื่อทางทะเบียนในคดีเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ บุคคลใดก็ตามที่แม้รับโอนชื่อทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ก็อาจมีสิทธิดีกว่าบุคคลผู้ครอบครองที่ดินดังกล่าวอยู่ตามความเป็นจริง

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นไปในทางแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง กล่าวคือ แน่แน่นอนว่าที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นที่ดินซึ่งบุคคลอาจได้มาโดยการรับโอนการครอบครองและบุคคลอาจเป็นผู้มีสิทธิครอบครองในทางความเป็นจริงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 แต่ในขณะเดียวกัน ที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ก็ถูกกฎหมายเรียกร้องให้การโอนที่ดินดังกล่าวต้องดำเนินการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ

จริงอยู่จากข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นปัญหานั้น ผู้รับโอนทางทะเบียนซึ่งสุจริตและเสียค่าตอบแทนเป็นบุคคลที่รับโอนที่ดินมือเปล่าแต่เพียงในนามตามทะเบียน หาได้เป็นผู้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าวในทางความเป็นจริงไม่ เนื่องจากผู้โอนทางทะเบียนให้แก่ผู้รับโอนดังกล่าวนั้นหาได้มีสิทธิครอบครองอยู่ เมื่อผู้โอนไม่มีสิทธิครอบครอง ผู้รับโอนก็ย่อมไม่ได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง กรณีเช่นนี้ย่อมคล้ายกับการที่บุคคลผู้รับโอนที่ดินมีโฉนดทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ซึ่งก่อนหน้านั้นที่ดินมีโฉนดดังกล่าวได้มีบุคคลอื่นได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมแล้ว เช่น การได้กรรมสิทธิ์ไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382²⁰ แต่บุคคลผู้ได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมยังมีได้ดำเนินการจดทะเบียน ในกรณีนี้แน่นอนว่า ผู้รับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์จากการโอนจากผู้โอนซึ่งเป็นผู้มีชื่อในทางทะเบียนอยู่ได้โดยสภาพ เนื่องจากผู้โอนไม่มีกรรมสิทธิ์ ผู้รับโอนนั้น

¹⁹ มาตรา 1367 บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง

²⁰ มาตรา 1382 บุคคลใดครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้ด้วยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปีไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์



จึงไม่อาจได้กรรมสิทธิ์จากการโอน แต่ท้ายสุด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง มุ่งคุ้มครองผู้รับโอนทางทะเบียนซึ่งสุจริตและเสียค่าตอบแทน จึงบัญญัติให้บุคคลผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมไม่อาจยกการได้มานั้นเป็นข้อต่อสู้ผู้รับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนได้

เมื่อสภาพข้อเท็จจริงไม่ได้ต่างกันเนื่องจากเป็นกรณีบุคคลหนึ่งได้สิทธิไปโดยทางอื่น นอกจากนิติกรรมกับการที่อีกบุคคลหนึ่งอ้างเหตุว่าเป็นบุคคลภายนอกผู้รับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ดังนั้น กรณีจึงย่อมต้องปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง กล่าวขยายความคือ ที่ดินมือเปล่าเป็นที่ดินซึ่งบุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยทางความเป็นจริงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 ดังนั้น การได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินมือเปล่าจึงเป็นการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม หากต่อมาผู้มีชื่อทางทะเบียนซึ่งไม่ใช่ผู้มีสิทธิครอบครองได้จดทะเบียนโอนที่ดินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกผู้จดทะเบียนไปโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน กรณีนี้ย่อมต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง บุคคลภายนอกผู้รับโอนทางทะเบียนไปโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้มีสิทธิครอบครองโดยทางความเป็นจริงตามบทบัญญัติดังกล่าว

ข้อสังเกตคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง มิได้บัญญัติจำกัดว่า ต้องใช้เฉพาะกรณีที่ดินซึ่งมี “กรรมสิทธิ์” เท่านั้น เนื่องจาก เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะพบว่า บทบัญญัติใช้คำกว้างกว่าคำว่า “กรรมสิทธิ์” นั่นคือคำว่า “ทรัพย์สินสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์” ซึ่ง “สิทธิครอบครอง” เป็นทรัพย์สินสิทธิประเภทหนึ่ง เพราะฉะนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่มีข้อขัดข้องหากจะต้องปรับใช้กับที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์²¹ ด้วยเหตุนี้ การที่แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่ปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง ตัดสินว่า ให้ใช้เฉพาะกับที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์เท่านั้นจึงเป็นการตีความที่แคบกว่าตัวบทกฎหมาย

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นด้วยกับการที่ศาลฎีกาปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองกับที่ดินมือเปล่าซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เพราะกรณีนี้ต้องด้วยบทบัญญัติดังกล่าวโดยตรง จึงทำให้บุคคลผู้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าวซึ่งเป็นผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม ที่ไม่ได้ดำเนินการจดทะเบียนหรือทำให้เป็นผู้มีชื่อปรากฏในทางทะเบียน ย่อมไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกซึ่งรับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนได้ ทั้งนี้ หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมเห็นได้ว่า ที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นที่ดินซึ่งอยู่ในระบบทะเบียนของรัฐซึ่งทะเบียนเป็นเอกสารมหาชน ที่วิญญูชนผู้สุจริตให้ความเชื่อถือ เพราะฉะนั้น เพื่อคุ้มครองความไว้

²¹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 16 ปรับปรุงโดย ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2557), น.101. เสนีย์ ปราโมช, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2551), น.600.

เมื่อเชื่อใจต่อระบบทะเบียน บุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเกี่ยวกับที่ดินดังกล่าวโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม จึงต้องดำเนินการให้ทรัพย์สินที่ได้มานั้นเข้าสู่ระบบทะเบียน หากไม่มีการจดทะเบียนทรัพย์สินให้ปรากฏ ก็ย่อมทำให้บุคคลผู้ยังคงมีชื่ออยู่ในทะเบียนดำเนินการจดทะเบียนให้แก่บุคคลภายนอก เมื่อบุคคลภายนอกนั้นรับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ก็ย่อมมีสิทธิดีกว่า แม้ไม่ได้รับโอนจากผู้มีสิทธิครอบครองก็ตาม เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง มุ่งคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของทะเบียนสาธารณะและคุ้มครองวิญญูชนผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน

ข้อสังเกตที่ท้าทาย ผลทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองนั้น ใช้คำว่า “มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้” บุคคลภายนอกผู้รับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน หรือเราอาจกล่าวได้ว่า บุคคลภายนอก “มีสิทธิดีกว่า” ผู้ได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินเมื่อเปล่าโดยทางความเป็นจริง ดังนั้น การวินิจฉัยให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ชนะคดีจึงควรใช้คำว่า “มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้” บุคคลภายนอก หรืออาจใช้คำว่า บุคคลภายนอก “มีสิทธิดีกว่า” ซึ่งดูจะใกล้เคียงกับบทบัญญัติดังกล่าวมากที่สุด ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 326/2495, 427/2538, 2512/2549 ก็ใช้คำตามตัวบทมาโดยตลอด อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 วินิจฉัยว่า “โจทก์ไม่อาจยกการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทขึ้นต่อสู้จำเลยได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคสอง” ซึ่งก็เป็นไปตามตัวบท แต่ศาลฎีกายังกล่าวถึงท้ายว่า “จำเลยจึงมีสิทธิครอบครองในที่ดินดีกว่าโจทก์” การกล่าวถึงท้ายว่าจำเลยซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับโอนทางทะเบียน ซึ่งได้รับความคุ้มครองนั้น “มีสิทธิครอบครอง” ดีกว่าโจทก์ เป็นการกล่าวที่ผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากในกรณีการครอบครองนั้น บุคคลจะได้อำนาจการครอบครองต่อเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นบุคคลผู้ยึดถือทรัพย์สินและมีเจตนายึดถือเพื่อตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 อันแสดงให้เห็นว่า การมีสิทธิครอบครองเป็นเรื่องผูกพันกับข้อเท็จจริงอย่างแน่นแฟ้นเมื่อจำเลยเป็นแต่เพียงผู้รับโอนทางทะเบียน ซึ่งพิพาทกับโจทก์ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิครอบครองอยู่ในทางความเป็นจริง ย่อมเห็นได้ว่า จำเลยไม่ได้มีสิทธิครอบครองแต่ประการใด การวินิจฉัยว่าจำเลยมีสิทธิครอบครองดีกว่าโจทก์จึงเป็นการเกินกว่าตัวบทและคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีก่อน ๆ ก็มีได้ใช้คำไปไกลถึงเพียงนี้ อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อสภาพความเป็นจริงแห่งคดีที่โจทก์ต่างหากเป็นผู้มีสิทธิครอบครองอยู่อย่างแท้จริง เพียงแต่โจทก์ยกสิทธิครอบครองนั้นต่อสู้จำเลยไม่ได้ เพราะถูกมาตรา 1299 วรรคสอง ปิดปากไว้²²

²² ในคำพิพากษาศาลฎีกาชั้นอุทธรณ์ ศาลฎีกาในคดีนี้ตั้งประเด็นวินิจฉัยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง ว่า “ในระหว่างโจทก์และจำเลยใครจะมีสิทธิครอบครองดีกว่ากัน” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรตั้งประเด็นเพียงว่า “ในระหว่างโจทก์และจำเลยใครมีสิทธิดีกว่ากัน” เท่านั้นพอ

โปรดดูใน สำนักงานศาลยุติธรรม, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.154.

อนึ่ง กรณีนี้จะต่างจากที่ดินมีโฉนดซึ่งเป็นที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ เนื่องจากในกรณีที่ดินมีโฉนด ผลของการคุ้มครองบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง เท่ากับว่า บุคคลภายนอกได้รับกรรมสิทธิ์จากการก่อตั้งโดยผลของกฎหมายตามบทบัญญัติดังกล่าว

4. บทส่งท้าย

ในที่สุดก็มาถึงส่วนใกล้จบของบทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 ซึ่งจะมี 2 เรื่องที่ผู้เขียนประสงค์กล่าวส่งท้าย คือ **บทสรุปและบททิ้งประเด็น**

4.1 บทสรุป

เราจะเห็นได้ว่า ที่ดินมือเปล่าซึ่งมีเอกสารสิทธิอย่างที่ดินซึ่งมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินกว้างไปมาระหว่างการไม่ปรับใช้กับการปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 เป็นคำพิพากษาเมื่อไม่นานมานี้ที่แสดงให้เห็นว่า ศาลปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งรับโอนทางทะเบียนโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทน ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว เนื่องจากเป็นการคุ้มครองความไว้นื้อเชื่อใจของวิญญูชนต่อระบบทะเบียนที่ดิน อนึ่ง นอกจากผู้เขียนแล้ว ความเห็นในทางตำราอีกหลายเล่มก็เห็นไปในทิศทางนี้²³

ข้อที่ไม่เห็นด้วยมีเพียงจุดเดียวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 ตัดสินว่า บุคคลภายนอกนั้น มีสิทธิครอบครอง ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยเพราะ โดยสภาพแล้ว บุคคลภายนอกมิได้มีสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 ในที่ดินพิพาทแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่า ศาลฎีกาควรใช้ถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง โดยตรงตามตัวบท โดยไม่ควรกล่าวหาว่า บุคคลภายนอกมีสิทธิครอบครอง ทั้งนี้ โดยดำเนินตามแนวทางที่เคยมีมาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 326/2495, 427/2538, 2512/2549

4.2 บททิ้งประเด็น

หลังจากที่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 ออกมา ก็ปรากฏว่า ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5537/2557 ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินกลับหลักในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 อีกครั้ง โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5537/2557 ตัดสินโดยไม่ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองมาใช้แก่คดี

รูปคดีดังกล่าวคือ มีการขายที่ดิน น.ส.3 ก แก่บุคคลหนึ่งโดยไม่มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่บุคคลนั้นก็ได้รับโอนการครอบครองมาในทางความเป็นจริง ต่อมามีการนำที่ดินดังกล่าวไปจดทะเบียนจำนองต่ออีกบุคคลหนึ่ง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ไม่จำต้อง

โปรดดูคำอธิบายเพิ่มเติมใน อานนท์ มาเฝ้า, *กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด* หลักทั่วไปและบทเบ็ดเสร็จทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 252 – 254.

²³ ได้แก่ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น.600. บัญญัติ สุชีวะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น.100 – 101. วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.302. มานิต จุมปา, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.145 – 146.

วินิจฉัยว่าผู้รับจ่านองรับโอนทางทะเบียนโดยสุจริตหรือไม่และไม่นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองมาปรับแก้คดี เมื่อผู้รับจ่านองรับจดทะเบียนจ่านองจากบุคคลผู้ไม่ได้เป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าว การจ่านองจึงไม่มีผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 705²⁴ ท้ายสุด ศาลฎีกาตัดสินให้มีการเพิกถอนการจดทะเบียนจ่านองนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5537/2557 ดังกล่าว ฉบับย่อมีเนื้อความ ดังนี้ คือ “จ. มารดา จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 1 ชายที่ดินพิพาทแปลงที่ 1 และแปลงที่ 2 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์แก่ พ. บิดาโจทก์และโจทก์ตามลำดับโดยไม่ได้จดทะเบียนการโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่การที่ พ. บิดาโจทก์และโจทก์ได้เข้ามาครอบครองที่ดินพิพาทแปลงที่ 1 และแปลงที่ 2 ย่อมทำให้ได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367, 1377 และมาตรา 1378 โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการได้มา ซึ่งต่อมา พ. ยกที่ดินพิพาทแปลงที่ 1 ให้แก่โจทก์ จึงทำให้โจทก์เป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินพิพาททั้งสองแปลง เมื่อจำเลยที่ 1 ผู้จ่านองมิใช่เจ้าของที่ดินแปลงที่ 1 และแปลงที่ 2 นำที่ดินไปจ่านองแก่จำเลยที่ 2 จึงต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 705 การจ่านองจึงไม่มีผลผูกพันโจทก์ผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริง โดยไม่ต้องคำนึงว่าจำเลยที่ 2 รับจ่านองโดยสุจริตหรือไม่ เพราะสิทธิของผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนโดยสุจริตและได้จดทะเบียนโดยสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง ต้องเป็นการได้สิทธิในที่ดินที่ได้จดทะเบียนแล้ว และการที่โจทก์เป็นผู้ได้มาซึ่งที่ดินโดยทางนิติกรรมจึงไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติดังกล่าว โจทก์จึงมีสิทธิที่ขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนจ่านองเฉพาะส่วนมิให้ครอบคลุมไปถึงที่ดินแปลงที่ 1 และแปลงที่ 2 ของโจทก์ได้”²⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวมีหมายเหตุโดยท่านสมชัย ฑีฆาอุตมากร ผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งท่านแสดงทัศนะที่ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ในประเด็นที่ว่า การได้มาซึ่งที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ของผู้ซื้อซึ่งไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ได้มาซึ่งการครอบครองจากทางความเป็นจริงนั้นเป็นการได้มาโดยทางนิติกรรมหรือโดยทางอื่น นอกจากนิติกรรม ท่านเห็นว่า การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “และการที่โจทก์เป็นผู้ได้มาซึ่งที่ดินโดยทางนิติกรรม จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 1299 วรรคสอง” น่าจะไม่สอดคล้องกับการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในตอนต้นว่า “โจทก์ได้เข้าครอบครองที่ดินพิพาท ... ทำให้ได้ไปซึ่งสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367, 1377 และ 1378 โดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการได้มา” ซึ่งท่านเห็นว่า น่าจะเท่ากับศาลฎีกาเห็นว่าเป็นการได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม เนื้อความโดยละเอียดนั้น โปรดดูในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5537/2557 ที่พิมพ์ในหนังสือคำพิพากษาฉบับย่อของเนติบัณฑิตยสภา²⁶

²⁴ มาตรา 705 การจ่านองทรัพย์สินนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของในขณะนั้นแล้ว ท่านว่าใครอื่นจะจ่านองหาได้ไม่

²⁵ เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2557 ตอนที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2558), น.1560 – 1561.

²⁶ เติ้งอ่าง, น.1566 – 1569.



ในที่สุด ประเด็นปัญหาของเรื่องก็กลับไปสู่จุดเดิมคือ เราจะใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสองกับการจดทะเบียนที่ดินมือเปล่าของบุคคลภายนอกผู้จดทะเบียนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนหรือไม่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5537/2557 ที่ตัดสินตามหลังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9797/2556 เพียงหนึ่งปีให้หลังสะท้อนให้เห็นถึงการกลับไปกลับมาของคำพิพากษาศาลฎีกาต่อประเด็นที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน จึงเกิดคำถามว่า ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่ระบบกฎหมายไทยจะมีความชัดเจนต่อปัญหานี้ สำหรับผู้เขียนเองมีคำตอบแล้วต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว แต่ผู้เขียนยังคงคาดหวังว่า น่าจะมีคำตอบที่ชัดเจนและสามารถเป็นแนวทางให้ยึดถือจากคำพิพากษาศาลฎีกาในอนาคต นั่นก็คือความหวังว่า น่าจะมีคำพิพากษาโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาต่อประเด็นดังกล่าวในวันข้างหน้าเสียที

ปกิณกะกฎหมาย

Data Security Breach ภัยสมัยใหม่ ใครต้องระวัง

ชวิน อุ่นภัทร*

ในปัจจุบันอันเป็นยุคการสื่อสารไร้พรมแดน รูปแบบของภัยคุกคาม (Threat) นั้นมีหลายรูปแบบ ยิ่งเกี่ยวกับการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีในทางที่ไม่ชอบด้วยแล้วยิ่งน่ากลัศจรรย์ เพราะภัยคุกคามสมัยใหม่บางทีก็ทำได้ด้วยการคลิกเพียงครั้งเดียวแต่อาจทำให้เกิดความเสียหายมหาศาล กรณีหนึ่งที่เป็นประเด็นร้อนของสังคมในตอนนี้คงหนีไม่พ้นประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจดิจิทัลซึ่งมีความเกี่ยวเนื่องกับการบริหารจัดการและมาตรการการป้องกันและรับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ (Cyber Threats) ซึ่งภัยคุกคามดังกล่าวเป็นภัยที่มุ่งกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นของเอกชนหรือของรัฐโดยมีเจตนาทุจริต (Malicious) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำผ่านโลกไซเบอร์ (Cyberspace)¹ นอกจากนี้ ภัยคุกคามดังกล่าวยังมีหลายรูปแบบสุดแท้แต่จะเรียกว่าว่าจะเป็น Hacking, Virus, Spam, Spyware, Rootkit, Worm, Denial of Service หรืออื่น ๆ อีกมากมายทั้งที่มีอยู่แล้วและที่จะเกิดขึ้นอีกในอนาคต โดยบางรูปแบบก็มุ่งที่จะขโมยเอาข้อมูลเป็นสำคัญ บางรูปแบบก็มุ่งกระทำต่อตัวระบบคอมพิวเตอร์เป็นสำคัญ

ต่อคำถามที่ว่า ทำไมข้อมูลจึงมีความสำคัญ เบื้องต้นคงต้องบอกว่าข้อมูลมีคุณค่าทางเศรษฐกิจมหาศาล มากกว่าที่เราจะคิดคำนึงถึงได้ ในทางธุรกิจข้อมูลมีความสำคัญต่อการดำเนินธุรกิจอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น ข้อมูลพฤติกรรมการจับจ่ายซื้อสินค้าของผู้บริโภคในการซื้อของออนไลน์ โดยผู้ประกอบการจะเก็บข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าที่เราซื้อแล้วจะแนะนำสินค้าที่คล้ายกันหรือพิจารณาจาก

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LLM (Thesis), Indiana University – University of Oxford Joint Program in Information Law and Policy, SJD Candidate, Indiana University Maurer School of Law, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,

¹ Uchenna Jerome Orji, *Cybersecurity Law and Regulation* (Nijmegen: Wolf Legal Publisher, 2012), pp. 13-14.



ผู้บริโภครายอื่นที่ซื้อสินค้าชนิดเดียวกันกับเราว่ามีแนวโน้มจะซื้อสินค้าอื่นใดอีกก็จะนำรูปและราคา มาปรากฏในหน้าจอบริษัทของเรา เช่นเดียวกับข้อมูลชนิดอื่นก็ล้วนมีคุณค่าในตัวของมัน แม้จะแตกต่างกันไปในรายละเอียด จึงอาจกล่าวได้ว่า เราได้ก้าวมาสู่ยุคที่ผู้ถือข้อมูลมากกว่าเป็นผู้ได้เปรียบ เสียแล้ว ดังนั้น เมื่อการได้มาซึ่งข้อมูลมีความสำคัญ จึงมีความพยายามเพื่อจะให้ได้ข้อมูลมาอยู่ในมือ โดยไม่สนใจว่าการได้ข้อมูลนั้นจะได้มาโดยชอบหรือไม่ ไม่คำนึงว่าการใช้ข้อมูลนั้นอาจก่อให้เกิด ความเสียหายต่อเจ้าของข้อมูลหรือไม่

มีภัยคุกคามชนิดหนึ่ง เรียกว่า Data Security Breach คือ กรณีซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับลูกค้าได้สูญหาย ถูกเข้าถึง ถูกเปิดเผยหรือถูกขโมยจากผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาต เหตุดังกล่าวที่เกิดขึ้นก็เนื่องมาจากระบบ ความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูล (Data Security) มีจุดอ่อน (Vulnerability)² และมีการอาศัยจุดอ่อน เช่นว่านั้นเพื่อให้ได้ข้อมูลมา (Exploitation) แม้ล้าฟังก์การได้ข้อมูลยังคงไม่ส่งผลกระทบต่อเจ้าของข้อมูล มากนัก แต่เมื่อข้อมูลนั้นถูกนำไปใช้ก็อาจทำให้เกิดความเสียหายได้ เช่น มีผู้เจาะระบบข้อมูล (Hacker) ของธนาคารเพื่อให้ได้ข้อมูลเกี่ยวกับบัตรเครดิตของลูกค้านำไปซื้อสินค้าออนไลน์หรือชำระเงิน ออนไลน์ เป็นต้น โดยจุดอ่อนที่ว่านี้อาจเป็นจุดอ่อนที่ระบบรักษาความปลอดภัยของผู้เก็บรักษาข้อมูล หรือที่ตัวผู้บริโภคเองก็ได้ และจุดอ่อนเช่นว่านั้นก็อาจเกิดจากความผิดพลาดทางเทคนิคในตัว Software หรือ Hardware หรือจะเป็นจุดอ่อนที่เกิดจากพฤติกรรมของเราคือตัวผู้บริโภคเอง (Human/ Behavioral Vulnerability) ก็ได้ มีหลายกรณีที่คนร้ายเล่นงานผู้บริโภคโดยตรงเพราะจุดอ่อนของเราเอง เช่น การใช้รหัสเดียวกันทั้งการเข้าถึงอีเมล การทำธุรกรรมกับธนาคาร หรือการเชื่อมต่อถึงกันระหว่าง หลาย ๆ บัญชี การไม่หมั่นอัปเดต Software รักษาความปลอดภัย (Patching) การไม่ระมัดระวังใน การเข้าเว็บไซต์แปลก ๆ การไม่ออกจากระบบ (Logout) เมื่อใช้คอมพิวเตอร์สาธารณะ การโพสต์ ข้อมูลส่วนตัวลงในสื่อสาธารณะ เป็นต้น ในกรณีจุดอ่อนเกิดจากช่องโหว่ในทางเทคนิคเมื่อมีการตรวจ พบก็จะมีการแก้ไขช่องโหว่ดังกล่าวเรียกว่า Patching กรณีที่ตรวจพบช่องโหว่ก่อนและอุดรอยรั่วได้ทันที จะไม่มีปัญหา แต่หากผู้ที่ต้องการเจาะระบบพบช่องโหว่เช่นว่านั้นก่อนและอาศัยช่องโหว่นั้นในการ เข้าแทรกแซงการทำงานของระบบหรือเข้าถึงและเอาข้อมูลไปก็จะเกิดความเสียหาย กรณีหลังนี้ เรียกว่า zero day exploitation ในกรณีจุดอ่อนเกิดจากพฤติกรรมของมนุษย์เอง บางครั้งไม่ว่าจะมี ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเพียงใดก็ไม่อาจจะแก้ปัญหาดังกล่าวได้ทั้งหมด

การได้ไปซึ่งข้อมูลที่กล่าวไปนั้น อาจทำให้บัญชีที่เราได้อยู่แล้วถูกยึดไปเป็นของบุคคลอื่น (Account Takeover) เช่น เขาได้รหัสเราไป เขาก็นำเอารหัสนั้นไปเข้าบัญชีและเปลี่ยนรหัสเสียใหม่ จากนั้นก็สร้างบัญชีใหม่เราใช้บัญชีดังกล่าวไปก่ออาชญากรรม เป็นต้น หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลของเรา ไปสร้างบัญชีขึ้นใหม่ในนามของเรา (Identity Theft) จากนั้นก็ใช้บัญชีนั้นไปดำเนินการในทางไม่ชอบ

² คำนี้มีค่าแปลแตกต่างกันออกไป บางครั้งก็ถูกแปลว่า “ช่องโหว่” หรือ “ความเปราะบาง” หรืออาจมีคำแปลคำอื่นที่ใกล้เคียง

³ กรณีศึกษาคือกรณีของนายแมท โจนัน ชาวอเมริกัน ซึ่งแรกเริ่มบัญชี Google ถูกเจาะและถูกลามไปถึงบัญชีอื่น ๆ เช่น Amazon, AppleID, Twitter เป็นต้น ดู Mat Honan (2012), *How Apple and Amazon Security Flaws Led to My Epic Hacking*, Retrieved February 17, 2015 from <http://www.wired.com/2012/08/apple-amazon-mat-honan-hacking/all/>

ซึ่งการสร้างบัญชีขึ้นใหม่ (New Account Fraud) อาจจะไม่ได้อาศัยข้อมูลจริงทั้งหมด บางส่วนก็อาจจะทำปลอมขึ้นมา ทำให้การสืบหาผู้กระทำความผิดยากขึ้น กรณีหลังนี้เรียกว่า Synthetic Identity Theft ตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาก็คือกรณีการแสวงเป็นบุคคลอื่นเพื่อขอคืนเงินภาษี (Tax Refund Fraud) ซึ่งมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น⁴

ภัยคุกคามดังกล่าวดูเหมือนจะกระทบต่อบุคคลเป็นราย ๆ ไปและไม่น่าก่อให้เกิดความเสียหายมากนัก แต่ในความเป็นจริงการกระทำในรูปแบบ Identity Theft ทำให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจอย่างมหาศาล ในประเทศสหรัฐอเมริกาปี 2012 มีความเสียหายที่เกิดจาก Identity Theft กว่า 24,700 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ซึ่งรวมแล้วมีมูลค่ามากกว่าความเสียหายอันเกิดจากการขโมยทรัพย์สินประเภทอื่นซึ่งมีเพียงราว ๆ 14,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ⁵ สำหรับประเทศไทยยังไม่มีข้อมูลในเรื่องนี้ที่ชัดเจน มีแต่กรณีใกล้เคียงกันคือการฉ้อฉล ฉ้อโกงหรือหลอกลวงเพื่อผลประโยชน์ (Fraud) จากสถิติของศูนย์ประสานการรักษาความมั่นคงปลอดภัยระบบคอมพิวเตอร์ประเทศไทย (ThaiCERT) ในปี พ.ศ. 2555 ได้รับแจ้งโดยตรงว่ามีภัยคุกคามประเภท Fraud จำนวน 534 รายคิดเป็น 67.42% ของภัยคุกคามที่ได้รับแจ้งทั้งหมด⁶ รายงานฉบับนี้อ้างอิงว่า Fraud คือ การใช้บริการอินเทอร์เน็ตในการฉ้อฉลหลอกลวง เช่น การขโมยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อนำไปสู่ Identity Theft⁷ จะเห็นได้ว่าจำนวนที่ได้รับรายงานมีไม่มากนักเมื่อเทียบกับจำนวนประชากร แต่อย่างไรก็ตามความเสี่ยงดังกล่าวก็มีอยู่และคงจะมีแนวโน้มเพิ่มขึ้น

ปัญหาสำคัญคือจะจัดการกับปัญหาดังกล่าวอย่างไร ประการแรกคงต้องแก้ปัญหาที่ต้นเหตุหรือต้นทางที่จะทำให้เกิดการรั่วไหลของข้อมูล โดยเฉพาะองค์กรขนาดใหญ่ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชน ซึ่งมีฐานข้อมูลส่วนบุคคลขนาดใหญ่ซึ่งหากมีการรั่วไหลของข้อมูลแล้วอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบในวงกว้างอย่างกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ข้อมูลทางการเงินและข้อมูลเกี่ยวกับบัตรเครดิตของธนาคาร JP Morgan Chase ถูกเจาะเมื่อราวเดือนมิถุนายนถึงกรกฎาคม พ.ศ. 2557 ซึ่งคาดว่าข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีของประชาชนกว่า 76 ล้านครัวเรือนและธุรกิจขนาดเล็กอีก 7 ล้านรายอาจจะถูกขโมยไป⁸ หรือกรณีล่าสุด คือ กรณีบริษัทประกันสุขภาพ Anthem ที่ข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้บริการและผู้เคยใช้บริการ

⁴ Internal Revenue Service (2014), *IRS Combats Identity Theft and Refund Fraud on Many Fronts*. Retrieved February 17, 2015, from IRS Website: <http://www.irs.gov/uac/Newsroom/IRS-Combats-Identity-Theft-and-Refund-Fraud-on-Many-Fronts-2014>

⁵ Christine DiGangi, *These Identity Theft Statistics Are Even Scarier Than You'd Expect*, Retrieved February 17, 2015, from <http://www.dailyfinance.com/2013/12/31/scariest-identity-theft-statistics/>

⁶ ThaiCERT, Thailand Computer Emergency Response Team Annual Report 2012 (Bangkok: Electronic Transactions Development Agency, 2013), p. 38.

⁷ *Ibid*, p. 59.

⁸ Jessica Silver-Greenberg, Matthew Goldstein, and Nicole Perloth (2014), *JPMorgan Chase Hacking Affects 76 Million Households*, Retrieved February 17, 2015 from http://dealbook.nytimes.com/2014/10/02/jpmorgan-discovers-further-cyber-security-issues/?_r=0.



(อาจมีจำนวนถึง 80 ล้านราย) ถูกเข้าถึงจากบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต⁹ องค์กรขนาดใหญ่เหล่านี้ควรมีมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล และเมื่อเหตุการณ์เกิดขึ้นแล้วก็ควรจะมีการดำเนินการเพื่อป้องกันการเกิด Identity Theft ในอนาคต¹⁰ สำหรับในทางกฎหมายเมื่อเกิด Data Security Breach แล้ว เกือบทุกมลรัฐมีกฎหมายบังคับให้องค์กรดังกล่าวต้องแจ้งต่อผู้บริโภคเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น (Data Security Breach Notification Laws)¹¹ ทั้งนี้ก็เพื่อให้ผู้บริโภครับรู้และระมัดระวังว่าข้อมูลของตนมีความเสี่ยงที่อาจจะถูกนำไปใช้ในอนาคต แน่ใจว่าการเจาะเข้าไปในระบบเพื่อขโมยข้อมูลและกระทำการในรูปแบบ Identity Theft เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่หากสามารถป้องกันภัยที่จะเกิดในอนาคตได้ย่อมเป็นสิ่งที่ดีที่สุด มาตรการดังกล่าวก็คือการป้องกันและการรับมือเมื่อเกิด Data Security Breach ขึ้น ส่วนของประเทศไทยเองก็เห็นเค้าลางในร่างกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองส่วนบุคคลที่บังคับให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งเมื่อเกิด Data Security Breach¹²

ประการที่สอง การแก้ปัญหาที่ต้นเหตุอีกประการหนึ่งคือที่ตัวผู้บริโภคเอง ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสาเหตุอีกประการหนึ่ง คือ จุดอ่อนที่เกิดจากพฤติกรรมของผู้บริโภคที่ทำให้เกิดความเสียหาย การแก้ปัญหาในส่วนนี้คือการเน้นย้ำความสำคัญของพฤติกรรมในการใช้เทคโนโลยีที่ดี เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อกุณยคุณทางไซเบอร์ ผู้บริโภคต้องรู้จักระมัดระวังและติดตามข่าวสารเกี่ยวกับกุณยคุณทางไซเบอร์ นอกเหนือไปจากที่ได้รับแจ้งจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ยังต้องหมั่นตรวจสอบธุรกรรมที่ตนเองได้ทำ อัปเดตซอฟต์แวร์เพื่อความปลอดภัยของข้อมูลของตนเอง เปลี่ยนรหัสผ่านเมื่อระยะเวลาผ่านไปตามสมควร ยกย่องตนเองให้เป็นผู้บริโภคที่ฉลาด (Smart Consumer) ที่รู้จักปกป้องตนเองในเบื้องต้นเสียก่อน

สำหรับคำถามที่ว่า กฎหมายเข้ามามีบทบาทอย่างไรในกรณีนี้ นอกจากกระบวนการสืบหาตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษแล้ว กฎหมายยังควรมีบทบาทเข้ามากำหนดมาตรการป้องกันและรับมือ Data Security Breach ด้วย สำหรับในประเทศไทยได้ปรากฏความในมาตรา 31 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ดังนี้ “ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจ หรือนำไปใช้โดยมิชอบ

⁹ Elizabeth Weise (2015), *Anthem begins offering post-breach credit monitoring*, Retrieved February 17, 2015 from <http://www.usatoday.com/story/tech/2015/02/13/anthem-breach-credit-monitoring/23378961/>.

¹⁰ อย่างกรณี Anthem ความเสี่ยงในกรณี Identity Theft ยังขึ้นอยู่กับองค์กรอื่นๆ ด้วย เพราะข้อมูลที่ได้รับจาก Anthem จะถูกนำไปใช้ได้หรือไม่ ต้องขึ้นอยู่กับกระบวนการพิสูจน์ Identity ขององค์กรอื่นด้วย เช่น ถ้าองค์กรอื่นขอข้อมูลเพียงเล็กน้อยก็จะทำให้ Identity Theft เป็นไปได้ง่ายขึ้น เป็นต้น ดู Fred H. Cate (2015), *CATE: Takeaways from the Anthem breach*, Retrieved February 17, 2015 from <http://www.ibj.com/articles/print/51796-cate-takeaways-from-the-anthem-breach>.

¹¹ Gina Steven, *Data Security Breach Notification Laws*, Retrieved February 17, 2015 from Federation of American Scientists website: <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42475.pdf>.

¹² ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาตรา 31 (4) กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งเหตุละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ชักช้าและแจ้งแผนการเยียวยาความเสียหาย (ร่างกฎหมายนี้เป็นฉบับที่อยู่ในชุดร่างกฎหมายเศรษฐกิจดิจิทัล 10 ฉบับ)

(2) ในกรณีที่ต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลแก่บุคคลอื่น ต้องดำเนินการเพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจ

(3) ทำลายข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการเก็บรักษา หรือที่ไม่เกี่ยวข้องหรือเกินความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หรือที่เจ้าของข้อมูลได้เพิกถอนความยินยอม

(4) แจ้งเหตุของการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลแก่เจ้าของข้อมูลโดยไม่ชักช้า และแจ้งถึงแผนการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลนั้น เว้นแต่เป็นกรณีละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งมีจำนวนเกินกว่าหนึ่งหมื่นราย ให้ผู้ควบคุมมีหน้ารายงานแจ้งเหตุการณ้ละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลและผลลัพธ์ของมาตรการเยียวยาแก่เจ้าของข้อมูลและคณะกรรมการ”

ในร่างกฎหมายดังกล่าวการกระทำฝ่าฝืนมาตรานี้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญา โดยมีข้อสังเกตคือผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสมแต่อย่างไรเรียกว่าเหมาะสมกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งน่าจะนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติว่าควรจะมีมาตรการอย่างไร ทำให้อาจจะต้องรอให้ถึงชั้นศาลจึงจะมีแนวทางในการตีความว่าอย่างไรเหมาะสม อย่างไรก็ตามไม่เหมาะสม

แม้จะมีปัญหาเรื่องความชัดเจนอยู่บ้าง แต่ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีของการคุ้มครองความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูล (Data Security) แม้ร่างกฎหมายจะมีหลักการที่ดี แต่คงต้องดูแนวทางในทางปฏิบัติว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ทิศทางของการบังคับใช้กฎหมายในอนาคตจะมีประสิทธิภาพเพียงใด คงต้องติดตามกันต่อไป

กลับมาสู่คำถามที่ว่า ใครต้องระวัง ตอบสั้น ๆ ว่าทุกคน เริ่มต้นที่ตนเองว่ามีพฤติกรรมอะไรที่มีความเสี่ยงหรือไม่ หากมีก็ต้องปรับปรุงแก้ไข ทำให้เป็นนิสัย แล้วถ้าหากยังเกิดภัยอีกก็คงช่วยไม่ได้ ความรับผิดชอบก็อาจจะตกอยู่กับผู้ที่เก็บรักษาควบคุมข้อมูลหรือผู้กระทำความผิด แต่ภาวนาให้อย่าเลยเถิดไปถึงขั้นนั้น ถ้าป้องกันได้ก็ป้องกันเถอะ