

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านวารสารนิติศาสตร์ ผมได้รับการแต่งตั้งให้เป็นบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์อีกครั้งหนึ่ง หลังจากเคยเป็นแล้วเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๔ เมื่อสมัยที่มีการฉลองครบรอบ ๔๐ ปีวารสารนิติศาสตร์

ในปีนี้ วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๔๓ พ.ศ. ๒๕๕๗ ก็ตรงกับฉลองวาระสำคัญอีกครั้งหนึ่ง คือ การฉลองครบรอบ ๘๐ ปี ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมหาวิทยาลัยได้จัดกิจกรรมครบรอบ ๘๐ ปีในชื่อว่า “๘ ทศวรรษ อภิวัฒน์สังคมไทย” รายละเอียดการจัดงานฉลองปรากฏในเว็บไซต์งานฉลอง ๘๐ ปีของมหาวิทยาลัย ที่ <http://thammasat80.tu.ac.th/>

ในฉบับที่ ๑ นี้ ผมได้นำรูปพิธีเปิดตึกโดม เมื่อวันที่ ๙ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๓๙ มาเป็นภาพหน้าปกเพื่อรำลึกถึงเหตุการณ์สำคัญของมหาวิทยาลัยในอดีต ซึ่งภาพดังกล่าวเป็นรูปเก่าหายาก โดยได้รับความกรุณาจากหอจดหมายเหตุ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผมขอขอบคุณหอจดหมายเหตุไว้ ณ ที่นี้

บทความวิชาการกฎหมายยังคงเข้มข้นเช่นเดิม โดยเริ่มจาก “ผลกระทบของกฎหมายโรมันที่มีต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: กรณีศึกษาข้อจำกัดสิทธิแห่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้” โดย ศาสตราจารย์ ดร.ประชุม โฉมฉาย “การศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการอนุวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐” โดย ศาสตราจารย์วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ “‘French Sunshine Act’: กฎหมายเพื่อ ‘ความโปร่งใส’ ในความเกี่ยวพันระหว่าง ‘แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุข’ กับ ‘บริษัทฯ’” โดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ” โดย อาจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์ “ปัญหานิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในคำวินิจฉัยที่ ๑๕/๒๕๕๕” โดย อาจารย์อานนท์ มาเม้า “การระงับสิ้นไปของสิทธิในลิขสิทธิ์หลังการจำหน่ายครั้งแรก: คุณภาพแห่งสิทธิระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภค” โดย อาจารย์วุฒิ ศรีธีระวิศาล และ คุณเอกรินทร์ วิริโย และเรื่องสุดท้าย “ข้อตกลงยืดเวลาผูกขาดสิทธิบัตรยา” โดย คุณวิมล สิทธิโอสถ

นอกจากนี้ยังมีบทความภาษาอังกฤษหนึ่งเรื่อง ชื่อ “Anti Money Laundering Regime in Indonesia : Prevention and Eradication Perspectives” โดย ดร. Go Lisanawati อาจารย์แห่งมหาวิทยาลัย Surabaya ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยคู่สัญญาที่มีความร่วมมือทางวิชาการกับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ส่วนสุดท้ายของฉบับนี้ ประกอบด้วย “ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๓๗๔/
๒๕๕๖” โดย อาจารย์สาวตรี สุขศรี และ “ปกิณกะกฎหมาย” โดย อาจารย์มาติกา วินิจสร
ขอให้ท่านผู้อ่านสนุกกับการอ่านบทความในวารสารนิติศาสตร์ และพบกันใหม่ฉบับที่
๒ ครับ

ปกป้อง ศรีสนิท
บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ ๔๓ ฉบับที่ ๑ (มีนาคม ๒๕๕๗)

สารบัญ

บทความ

ผลกระทบของกฎหมายโรมันที่มีต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์:

กรณีศึกษาข้อจำกัดสิทธิแห่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้.....ประชุม โฉมฉาย.....๑

การศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการอนุวัติตามอนุสัญญา

ว่าด้วยสิทธิคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐.....วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์.....๕๐

“French Sunshine Act”: กฎหมายเพื่อ “ความโปร่งใส” ในความ

เกี่ยวพันระหว่าง “แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุข”

กับ “บริษัทฯ”.....นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ.....๖๗

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ.....ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์.....๑๐๐

ปัญหาวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในคำวินิจฉัยที่ ๑๕/๒๕๕๕.....อานนท์ มาเม้า.....๑๓๖

การระงับสิ้นไปของสิทธิในลิขสิทธิ์หลังการจำหน่ายครั้งแรก:

ตุลยภาพแห่งสิทธิระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภค.....วุฒิ ศรีธีระวิศาล.....๑๕๖
และ เอกรินทร์ วิริโย

ข้อตกลงยืดเวลาผูกขาดสิทธิบัตรยา.....วิมล สิทธิโอสถ.....๑๗๗

Anti money laundering regime in Indonesia: Prevention

and eradication perspectives.....Go Lisanawati.....๑๙๐

ฎีกาวิเคราะห์

คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๓๗๔/๒๕๕๖

(พระมหากษัตริย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๑๑๒).....สาวตรี สุขศรี.....๒๒๐

ปกิณกะกฎหมาย

เกิดอะไรขึ้นกับ Facebook Account ภายหลังที่บุคคลถึงแก่ความตาย?.....มาติกา วินิจสร.....๒๓๒

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 43 No. 1 (March 2014)

CONTENTS

Articles

- The Impact of Roman Law on Thailand's Civil and Commercial Code:
A Case Study of Legal Restrictions on Immovables-Owners' Rights.....*Prachoom Chomchai*.....1
- Study of Thai laws concerned in the implementation
of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.....*Wiriya Namsiripongpun*.....50
- French Sunshine Act: Bill on promoting "transparency"
in interactions between physicians or healthcare professionals
and pharmaceutical companies.....*Nontawat Nawatrakulpisit*.....67
- The German Constitutional Court and the Doctrine
of Judicial Self-Restraint.....*Torpong Kittianupong*.....100
- Legal methodology employed by the Constitutional Court in Judgement
Number 15/2555.....*Arnon Mamout*.....136
- Exhaustion of rights in copyright after first sale: Balance
of rights between copyright owner and consumers.....*Wut Sriterawisarn*.....156
and Aggarin Viriyo
- "Pay for Delay" litigation patent agreement.....*Wimon Sitthiosot*.....177
- Anti money laundering regime in Indonesia: Prevention
and eradication perspectives.....*Go Lisanawati*.....190

Case Notes

- Supreme Court Decision Number 6374/2556
(The King who is protected by article 112).....*Sawatree Suksri*.....220

Legal Varieties

- Facebook accounts after death.....*Matika Vinichsorn*.....232

ผลกระทบของกฎหมายโรมัน ที่มีต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: กรณีศึกษาข้อจำกัดสิทธิแห่งเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้

ประชุม โฉมฉาย*

บทคัดย่อ

ความคล้ายคลึงกันโดยผิวเผินระหว่างลักษณะภาระจำยอมในกฎหมายโรมันกับลักษณะข้อจำกัดแห่งสิทธิแห่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เกิดความงุนงงว่าข้อจำกัดแห่งสิทธิดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากภาระจำยอมในกฎหมายโรมันหรือไม่ เพื่อให้เกิดความกระจ่างในเรื่องวิชาการที่สำคัญนี้ผู้เขียนจึงทำการวิจัยอย่างรวบรัดโดยอาศัยหลักฐานที่มีอยู่หลักฐานฝ่ายไทย คือ ต้นร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกรรมการแผนกประมวลกฎหมายของกรมร่างกฎหมายได้ทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษในปี ๒๔๗๒ และประกาศใช้ในปี ๒๔๗๕ (บรรพ ๔ ว่าด้วยทรัพย์สิน) โดยเพียงถอดความเป็นภาษาไทยเท่านั้น หลักฐานที่สำคัญฝ่ายโรมันก็คือ กฎหมาย ๑๒ โต๊ะหรือ มัด (Lex Duodecim Tabularum หรือ Lex Duodecim Tabulae) ซึ่งนำออกใช้ในปีประมาณ ๔๕๐ ก่อนคริสตกาล มูลบทนิติศาสตร์ (Institutiones ของไอยุส (Gaius) (เขียนขึ้นในประมาณปี ค.ศ. ๑๖๑) นักนิติศาสตร์ยุคทอง (aetas classica) ของกฎหมายโรมัน อันเป็นที่เชื่อกันว่าเป็น

* B.A., 2nd cl. Hons., M.A., B.LITT. (Oxon); D.E.S., mention bien, Docteur en droit, mention bien (Paris); of Lincoln's Inn, Barrister – at – Law; น.ด., ศ.ด., ศาสตราจารย์กิตติคุณ (จุฬาฯ), อดีตศาสตราจารย์และผู้อำนวยการโครงการพัฒนาลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง; อดีตศาสตราจารย์พิเศษ Colorado State University สหรัฐอเมริกา, ผู้บรรยายในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในบทความนี้เนื้อความสำคัญที่ใช้ในการอ้างอิงจะมีหมายเลขกำกับ เช่น a piece of property (๓.๑) คือ เรื่องลำดับที่ ๑ ภายใต้หัวข้อ ๓ และ perpetua causa (๒.๑.๓) คือ เรื่องลำดับที่ ๓ ภายใต้หัวข้อ ๒.๑ ส่วนคำในวงเล็บจะเป็นภาษาละตินเกือบทั้งหมด ยกเว้นคำที่เชื่อมโยงกับเชิงอรรถอันแหล่งที่มาจะบ่งชี้ว่าเป็นภาษาใด อนึ่ง บทสรุปจะสมบูรณ์ (conclusio plena) เพื่อช่วยประหยัดเวลาผู้ซึ่งไม่มีเวลาอ่านบทความทั้งหมด



ผู้นักกฎหมายโรมันในยุคดังกล่าวไว้ได้อย่างดีที่สุด ตลอดทั้งประมวลกฎหมายแพ่ง (Corpus Iuris Civilis) อันครอบคลุมเอกสารสำคัญคือ Digesta หรือ Pandectae (บทคัดย่อความคิดของนักนิติศาสตร์สมัยยุคทอง) และ Institutiones (มูลบทนิติศาสตร์อันได้ผลงานของ Gaius ชื่อเดียวกันเป็นต้นแบบ) ทั้งนี้พระเจ้าจัสติเนียน (Iustinianus) โปรดฯ ให้นำประมวลดังกล่าวออกใช้ในปี ค.ศ. ๕๓๓ ในวงวิชาการมักจะเรียกหลักฐานเหล่านี้เมื่อรวมกันเข้าว่าเป็นแหล่งที่มาโรมัน (fontes Romani)

บทความนี้เสมือนเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับจิ๋ว (minima dissertatio) อันเป็นผลมาจากการวิจัยค่อนข้างฉาบฉวยในเวลาอันจำกัด มติหลักก็คือข้อจำกัดแห่งสิทธิแห่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีได้มาจากการระจำยอมในกฎหมายโรมันตามที่มีความสงสัยกันในชั้นต้น (prima facie) แต่ได้มาจากข้อจำกัดแห่งกรรมสิทธิ์แห่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์ของอสังหาริมทรัพย์ข้างเคียง (nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen) อันมีปรากฏในกฎหมายโรมันเช่นกันแต่มีชื่อเรียกในภายหลังว่าภาระจำยอมตามกฎหมาย (servitutes legales) ส่วนมติย่อยก็คือ ภาระจำยอมในกฎหมายไทยได้มาจากการระจำยอมในกฎหมายโรมัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เพื่อความก้าวหน้าในทางวิชาการโดยแท้จริง น่าจะมีการวิจัยเชิงลึกเพื่อตอบข้อสงสัยในเชิงวิชาการต่อไป

Abstract

The apparent similarity between the nature of servitudes in Roman law and that of restrictions on rights of owners of immovables in the Thai Civil and Commercial Code has naturally generated doubt as to whether the former has had any influence on the latter. To shed light on this crucial academic issue, the author has ventured to conduct instant research into the subject-matter on the basis of available material. On the Thai side this consists of the English-language draft of the Thai Civil and Commercial Code tabled for adoption by the Codification Committee of the Law-Drafting Department in 1929, rendering into Thai being subsequently undertaken lock, stock and barrel prior to promulgation of its Book 4 (Property) in 1932. On the Roman side, sources include the law of the Twelve Tables (Lex Duodecim Tabularum or Lex Duodecim Tabulae) enacted circa 450 B.C. and Institutiones of Gaius (written circa A.D. 161). Gaius, a jurist of the classical period, is believed to have uniquely preserved Roman law of his period. Another Roman source is Iustinianus' Corpus Iuris Civilis which significantly includes Digesta or Pandectae (extracts of works of classical jurists) and Institutiones (elements of law using Gaius' work of the same designation as the model) and was promulgated in A.D. 533. These writings are known in academia as "Roman sources".

The present paper is a quasi-mini-dissertation, resulting, as it does, from instantaneous research carried out with little or no time to spare. Its main thesis is that restrictions on rights of owners of immovables in the Thai Civil and Commercial Code have not been derived from servitudes in Roman Law as has been prima facie suspected: they are, on the contrary, an incarnation of restrictions on ownership in favour of neighbours (nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen) equally found in Roman law which, at a late stage of its development, named them “servitudes legales”. Its subsidiary thesis is that Thai servitudes hail from their counterparts in Roman law. These theses are, however, subject to the need for further in-depth research to advance the cause of true scholarship.

การศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการ การอนุวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๐ *

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์**

บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการขององค์การสหประชาชาติ ในปีพ.ศ. ๒๕๕๑ มีผลผูกพันต่อประเทศไทยที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีทั่วไปและพันธกรณีเฉพาะตามอนุสัญญา โดยที่ผ่านมากฎหมาย นโยบาย มาตรการ และโครงการส่วนใหญ่ของประเทศไทยสอดคล้องกับข้อบทย่างๆ ของอนุสัญญา องค์การคนพิการซึ่งเข้าร่วมทำงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ขับเคลื่อนเรื่องต่างๆ ให้เป็นไปตามอนุสัญญาได้ค่อนข้างดี แต่ก็ยังคงพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับการอนุวัติให้กฎหมายไทยนั้นเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการอยู่บ้าง

ปัญหาที่พบบนนั้นควรได้รับการแก้ไขโดยปรับปรุงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะอนุกรรมการส่งเสริมและสนับสนุนการดำเนินงานภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ให้สำนักงานส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติมีภารกิจต่างๆ เกี่ยวกับอนุสัญญา เช่น จัดทำฐานข้อมูล ทำวิจัย ทำแผนที่เกี่ยวข้องกับการอนุวัติให้เป็นไปตามอนุสัญญา เป็นต้น รวมทั้งเสนอให้รัฐบาลไทยได้ให้สัตยาบันพิธีสารเลือกรับด้วย

* บทความนี้สรุปจากรายงานวิจัยเสริมหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “การศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการอนุวัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ” เสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสรุปจากบทความเรื่อง “The Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Case of Thailand ” เสนอต่อ คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก หรือ แอสนแคป (ESCAP)

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, LL.M. in taxation Harvard University ประเทศสหรัฐอเมริกา

Abstract

Thailand ratified the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) in 2008 which means Thailand has consent to be bound by its general and specific obligations. Most of Thailand's laws, policies, measures and projects conform to articles of convention. Disability related organization together with related agencies have driven everything to conform with convention quite well. But there are still problems in amendment of Thai laws to match up with Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Problems should be solved by adjustment of structure and authorities of sub-Committee for Support and Promotion of the implementation of Convention on the Rights of Persons with Disabilities. National Office for Empowerment of Persons with Disabilities should be assigned missions related with the convention such as building research databases, doing researches and making plans etc. Moreover, Thai government was suggested to join the optional protocol to Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

“French Sunshine Act” : กฎหมาย เพื่อ “ความโปร่งใส” ในความเกี่ยวพันระหว่าง “แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุข” กับ “บริษัทยา”

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ*

บทคัดย่อ

แม้ในทางธุรกิจ ยาและผลิตภัณฑ์ยาจะเป็นสินค้าอย่างหนึ่งที่บริษัทยาผลิตและจำหน่ายเพื่อประโยชน์ทางการค้าในทำนองเดียวกับสินค้าอุปโภคบริโภคทั่วไปในท้องตลาด แต่ยาและผลิตภัณฑ์ยาก็คือสินค้าที่มี “ลักษณะเฉพาะ” ที่แตกต่างไปจากสินค้าอุปโภคบริโภคทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นสินค้าที่อาจก่อให้เกิดโทษหรือความเสียหายต่อชีวิตและสุขภาพของบุคคล ด้วยเหตุนี้ การบริโภคนยาจึงต้องผ่านการตรวจรักษาและมีคำสั่งจากแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ผู้ป่วยจึงมอบหมาย “ความไว้วางใจ” ให้แก่แพทย์ในการเลือกและสั่งใช้ยาแทนตน นอกจากนี้ ยายังเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายหรืองบประมาณของรัฐโดยตรงในการอุดหนุนค่ารักษาพยาบาลให้แก่ประชาชนทั่วไป จึงมีอาจปฏิเสธว่าผลประโยชน์ใดๆ ที่บริษัทยามอบให้แก่แพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขอาจจะมีผลต่อการตัดสินใจของแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขในการสั่งใช้หรือสั่งซื้อยา อีกทั้งผลประโยชน์เหล่านั้นย่อมจะกลายเป็นต้นทุนของยาและผลิตภัณฑ์ยา ซึ่งบริษัทยาย่อมจะผลักภาระค่าใช้จ่าย ที่เกิดขึ้นไปยังผู้ป่วย ซึ่งเป็นผู้บริโภคทั่วไป โดยกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของราคายาและผลิตภัณฑ์ยาที่คิดจากสถานพยาบาลต่างๆ อันจะส่งผลกระทบต่อทางอ้อมต่องบประมาณของรัฐในที่สุด

* นิติศาสตรบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, D.S.U. de Droit commercial (Paris II), D.E.A. de Droit des Affaires (Lyon III), Docteur en Droit spécialité droit des affaires (Lyon III), อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่างๆ หลายประเทศจึงให้ความสำคัญต่อปัญหาความไม่โปร่งใสในความเกี่ยวพันระหว่างแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขกับบริษัทยา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในบทความนี้จึงได้นำเอากฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นข้อมูลในการศึกษา หากจะมีการยกร่างกฎหมายในทำนองเดียวกันขึ้นใช้บังคับในประเทศไทยต่อไป โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อันจะทำให้การตัดสินใจของแพทย์และผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขในการเลือกและสั่งซื้อยาจากบริษัทยาเป็นไปโดยอิสระอย่างแท้จริง ทั้งนี้ เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมทั้งประโยชน์ของผู้ป่วยซึ่งเป็นประชาชนทั่วไป และประโยชน์ของประเทศชาติอีกด้วย

Abstract

For a business purpose, medicines and other pharmaceutical products are manufactured and sold by pharmaceutical companies in the same manner as other consumption products generally sold in the market. However, the medicines and other pharmaceutical products have the “unique characteristics” different from other general products particularly because the medicines and other pharmaceutical products may cause harms or risks to life and health of people. Therefore, prior to application of drugs, there must be a diagnosis and prescription from the physicians or healthcare professionals who are equipped with expertise in their relevant fields. Accordingly, the patients place trust on the physicians or healthcare professionals in selection and prescription of drugs. Moreover, the drugs are directly related to the costs or budgets of the government because the government subsidizes the medical treatment costs for people in the country. It is therefore undeniable that any benefit the pharmaceutical companies provide to physicians or healthcare professionals may have some influence on their decision-making in prescription or order of drugs. These benefits will in turn become the costs of the drugs and other pharmaceutical products, which will be eventually shifted, by the pharmaceutical companies, as a burden to the consumers. This will be included in prices of the drugs and other pharmaceutical products which will probably have an indirect effect on the budget of the government.

For the above reason, a number of countries pay attention to the problem of non-transparent interaction between the physicians and healthcare professionals on one side and the pharmaceutical companies on the other side, especially the United States of America and the Republic of France. In this article, the French law will be

taken as a source of study in the case where there will be a proposal in this area, in Thailand, in the future. The objective of this law is to prevent the conflicts of interests in order to provide the independency for the decision-making of the physicians and healthcare professionals in selection and prescription of the drugs from pharmaceutical companies. In the consequence, this law will be for the interest of the patients as people in the society and also for the interest of the country.

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน กับหลักการจำกัดอำนาจตนเอง ของฝ่ายตุลาการ

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์*

บทคัดย่อ

หลักเรื่องการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการในปริมนททางการเมือง (Judicial self-restraint; political-question-doctrine) ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา นั้นถูกนำมาอภิปรายกันในประเทศเยอรมนีว่าจะสามารถนำมาใช้กับระบบรัฐธรรมนูญของเยอรมันที่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางการเมืองได้หรือไม่ สมมติฐานสำคัญในการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวมีอยู่ว่า คำกล่าวที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตุลาการทั้งหลายจะต้องจำกัดอำนาจของตนเองในพรมแดนที่เกี่ยวข้องกับการเมืองนั้น เป็นข้อสรุปที่จำต้องได้รับการตรวจสอบหรือไม่ และการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญและในประเทศที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการจำกัดอำนาจตนเองในความหมายเดียวกันหรือไม่ การพยายามทำความเข้าใจในประเด็นดังกล่าว จะทำให้เราสามารถอธิบายบทบาททางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญได้มากยิ่งขึ้น และนอกเหนือจากนั้นอาจเป็นการลดข้อขัดแย้งทางความคิดที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้บ้าง ไม่มากก็น้อย ท้ายที่สุด การอภิปรายในประเด็นดังกล่าวจะทำให้ทราบถึงแนวคิด หรือที่มาทางทฤษฎีในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในแต่ละประเทศอีกด้วย

* นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต Universität Konstanz ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (Dr. iur.) Friedrich-Schiller-Universität Jena ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

The judicial self-restraint doctrine or the political-question doctrine which was established by the US Supreme Court has become the subject of debate in Germany – a debate about whether this doctrine can suitably be applied to the German constitutional system where there is a constitutional court which specifically deals with political disputes. Two central questions are whether a constitutional court should restrict itself to non-political questions only and whether the judicial self-restraint doctrine in legal systems without a constitutional court has the same meaning as in legal systems with a constitutional court. The examination of the German discussion of these two questions may give us a better understanding of the political roles of the Thai Constitutional Court and lessen doctrinal conflicts resulting from its judgements to a certain degree. This study will also provide an opportunity to explore underlying principles of constitutional courts in different legal systems.

ปัญหานิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญ ใช้ในคำวินิจฉัยที่ ๑๕/๒๕๕๕*

อานนท์ มาเฝ้า**

บทคัดย่อ

เมื่อวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๕๕ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๕๔๓ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง (๑๐) เฉพาะส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๐ วรรคสาม ซึ่งบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ แต่อย่างไรก็ตาม จากการวิจัยพบว่า คำวินิจฉัยฉบับนี้มีปัญหาเกี่ยวกับนิติวิธีที่ศาลใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวและเกี่ยวกับผลกระทบต่อระบบกฎหมายไทย ๓ ประการ ได้แก่ ปัญหาการอ้างกฎหมายระหว่างประเทศ ปัญหาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค และปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง

งานวิจัยฉบับนี้เสนอแนวทางการแก้ไขและข้อเสนอแนะสำหรับปัญหาดังกล่าว คือ ประการที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญต้องเข้าใจว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นข้อเท็จจริง และไม่อาจใช้กฎหมายระหว่างประเทศในฐานะมาตรฐานวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรง ประการที่สอง ผู้วิจัยเห็นว่า ถ้อยคำที่ว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๐ ประการสุดท้าย เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยนี้ ส่งผลเสียต่อถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในระบบกฎหมายไทยทั้งระบบ ศาลรัฐธรรมนูญต้องตระหนักว่า ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงเป็นถ้อยคำตามธรรมดาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่พบ

* บทความนี้สรุปและแก้ไขจากรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ปัญหานิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในคำวินิจฉัยที่ ๑๕/๒๕๕๕” เสนอต่อคณะกรรมการบริหารศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๖

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) ม.ธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) ม.ธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สังกัดภาควิชากฎหมายมหาชนและภาควิชากฎหมายแพ่ง ม.ธรรมศาสตร์

ได้โดยทั่วไป และศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ไม่ควรนำปัญหาการใช้ดุลพินิจทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในเหตุการณ์รูปธรรมมาเป็นเหตุทำลายบทกฎหมายที่ให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ เนื่องจากปัญหาในคำวินิจฉัยนี้ไม่ได้อยู่ที่บทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจ แต่ปัญหาดังกล่าวอยู่ที่การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่อาศัยอำนาจจากบทบัญญัติของกฎหมาย

Abstract

The Constitutional Court of Thailand delivered a verdict on June 13, 2012 stating that the phrase “...has an inappropriate body and mind to be a judge...” in article 26 paragraphs (10) of the judicial officials of the Court of justice Act B.E. 2543. contraries to article 30 paragraph 3 of the Constitution of the Kingdom of Thailand which prohibits unfair discriminate against anyone because of disability. However, the research discovers this decision has problems in court’s legal method and in effect of court’s decision. There are three aspects of them which are problems on an international reference, problems on a principle of equality and problems on an undefined legal term.

The research proposes corrections and suggestions for such problems. Firstly, it is not appropriated for the Constitutional to understand that the international law could be directly applied as a measure of the constitutionality of provisions into Thai legal. Secondly, the researcher found that the phrase “...has an inappropriate body and mind to be a judge...” appeared in such Act is not contradictory with the principle of equality affirmed by article 30 of the Constitution of the Kingdom of Thailand. Finally, the Constitutional Court's reasoning in this decision has a severe effect on all undefined legal terms in Thai legal system. The Court should realize that provisions of law are almost undefined legal terms. Finally, the Court should not waste the provision of law providing discretions for officials because the problem in this court’s decision is an applying of discretions from a provision of law. The problem is not a provision of law providing discretions.

การระงับสิ้นไปของสิทธิในลิขสิทธิ์ หลังการจำหน่ายครั้งแรก: ดุลยภาพแห่งสิทธิ ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้บริโภค

วุฒิ ศรีธีระวิศาล*

และ เอกกรินทร์ วิริโย**

บทคัดย่อ

ลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ซึ่งหากบุคคลอื่นใดได้กระทำการดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ก็จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเมื่อไม่นานมานี้ ได้เกิดกรณีพิพาทขึ้นเมื่อมีการซื้อสินค้าลิขสิทธิ์โดยถูกต้องจากประเทศหนึ่ง แล้วนำเข้าไปจำหน่ายในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งจากกรณีดังกล่าวทำให้เกิดข้อสงสัยทั้งจากฝ่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์และจากฝ่ายผู้บริโภคว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ โดยจากการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายของประเทศไทย พบว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติรองรับหลักการระงับสิ้นไปของสิทธิในลิขสิทธิ์หลังการจำหน่ายครั้งแรกไว้ อันเป็นการรองรับสิทธิของผู้บริโภคที่จะนำสินค้าที่ตนได้ซื้อไปแล้วมาจำหน่ายต่อไป ประกอบกับได้มีคำวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแล้วโดยเฉพาะในคดี John Wiley & Sons, Inc v Kirtsaeng ที่ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยเมื่อไม่นานมานี้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศไทยยังไม่ได้

* น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. (International Trade and Commercial Law), University of Durham, LL.M. (Intellectual Property Law), University of Edinburgh, United Kingdom, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

** LL.B, Monash University, LL.M. (International and Comparative Law), Monash University, Australia, Certificate of Copyright in Digital Age, US Patent and Trademark Office, Certificate of International Visitor Leadership Program on Protection of Intellectual Property Rights, US Department of State, นักกฎหมายกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

บัญญัติรับรองหลักการระงับสิ้นไปของสิทธิไว้ ประกอบกับเมื่อนำข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์มาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวก็ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะสามารถนำมาใช้ได้เพียงใด นอกจากนั้น จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศไทย ก็พบว่า ยังไม่เคยมีการวินิจฉัยให้นำหลักการระงับสิ้นไปของสิทธิมาใช้กับกรณีของลิขสิทธิ์ได้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะนำหลักการดังกล่าวมากำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศไทยด้วย

Abstract

Copyright provides the protection on the exclusive rights of copyright holder, such as rights to reproduction, adaptation or public dissemination. Other person who uses these rights without the authorization from copyright holder will otherwise commit the infringement. Recently, there has been the dispute where the copyright-protected products were bought legally from one country, and then sold in another country. From this dispute, there has been lots of confusion as to whether or not this is a copyright infringement. From the comparative study between the law of United States of America and the law of Thailand, it is found that the United States' law has already endorsed the doctrine of first sale and thus to guarantee the rights of the consumers to resell their products already bought. Moreover, in the United States there have been the judicial decisions confirming this position in particular the case called *John Wiley & Sons, Inc v Kirtsaeng* that was recently decided by the Supreme Court. On the Contrary, Thailand's law has not yet endorsed the doctrine of first sale. Also the application of the exception to copyright infringement in this area is still unclear. Furthermore, from the study on the judicial decisions in Thailand, it is found that there were no decisions confirming the application of doctrine of first sale to the copyright case. Therefore it is necessary to incorporate this principle into Thailand's law.

ข้อตกลงยืดเวลาผูกขาด สิทธิบัตรยา

วิมล สิทธิโอส*

บทคัดย่อ

สิทธิแต่เพียงผู้เดียวเป็นสิทธิที่รัฐให้ผู้ทรงสิทธิบัตรในการห้ามบุคคลอื่นไม่ให้ใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรและให้ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นที่มีสิทธิแสวงหาประโยชน์ได้ในระยะเวลาที่จำกัดภายหลังที่ลงทุนคิดค้นสิ่งประดิษฐ์ใหม่ให้แก่สังคม และเนื่องจากยารักษาโรคเป็นสิ่งประดิษฐ์ทั่วไปที่ขอรับสิทธิบัตรได้ บริษัทยาเจ้าของสิทธิบัตรจึงได้สิทธิผูกขาดในตลาดไปจนกว่าจะหมดอายุการคุ้มครองเป็นการตอบแทนที่ได้ลงทุนผลิตยาใหม่ๆ ขึ้น หลังจากนั้นผู้ผลิตยาชื่อสามัญจะสามารถผลิตและวางจำหน่ายยาชื่อสามัญแข่งขันในตลาดได้ ทำให้ราคายาลดลงส่งผลดีต่อผู้ป่วย แต่จะส่งผลกระทบต่อกำไรของบริษัทยาเจ้าของสิทธิบัตร ดังนั้น จึงมีการพยายามยืดเวลาการคุ้มครองสิทธิบัตรยาออกไปอีก เพื่อกีดกันไม่ให้ยาชื่อสามัญวางจำหน่ายได้โดยการทำข้อตกลงจ่ายค่าทดแทนให้เป็นการแลกเปลี่ยนกับการยอมชะลอการวางจำหน่ายยาชื่อสามัญหรือที่เรียกว่าข้อตกลง Pay for Delay ซึ่งการทำข้อตกลงจ่ายค่าทดแทนระหว่างบริษัทยาเจ้าของสิทธิบัตรกับผู้ผลิตยาชื่อสามัญเกิดขึ้นโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้สิทธิบัตรที่หมดอายุแล้วยังคงมีผลผูกขาดทางการค้า ในขณะนี้เริ่มมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับการทำข้อตกลงดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาซึ่งจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตของสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาภายใต้กฎหมายควบคุมการกระทำที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าซึ่งล้วนทับซ้อนอยู่ในสิทธิประโยชน์จากการคุ้มครองสิทธิบัตรระหว่างบริษัทยา ผู้ผลิตยาชื่อสามัญ และผู้บริโภค

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่



Abstract

Exclusive right is the right given to a patent holder to prevent third parties from making benefits from the protected invention, is reserved only by the right holder for a set amount of time after an investment to create a new invention for society. Drugs are considered inventions that can be filed for patent and the pharmaceutical patent holder has exclusive marketing rights until the patent expires. To maximize its profitable period, the brand-name company often tries to extend the period of the patent protection to block generic drugs from entering the market by making an agreement and paying compensation in exchange for a delay for the generic drug to stay off the market until a specified date, such as the patent expiration date, in a practice known as a “pay-for-delay” agreement or reverse payment settlement. Theses agreement between the patent holding company and the generic drug company occurs through a gap in the law; a potentially invalid patent can remain in effect and restrain competition. Currently, there have been several investigations regarding the aforementioned agreements in the United States which have to consider the limits of freedom of contract under the law to control any activities which may discourage competition which is closely associated with the benefit from patent protection between brand-name companies, generic drug companies, and the consumer.

Anti money laundering regime in Indonesia: Prevention and eradication perspectives

Go Lisanawati*

บทคัดย่อ

การกระทำความผิดมูลฐานที่เพิ่มขึ้นในปัจจุบันเป็นตัวกระตุ้นให้การกระทำความผิดฐานฟอกเงินมีความท้าทายยิ่งขึ้น เกือบทุกประเทศในโลกต้องเผชิญปัญหาอย่างเดียวกันในการเพิ่มขึ้นของการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน อินโดนีเซียในฐานะสมาชิกประเทศที่ได้ประกาศตัวสู้กับการฟอกเงินมีหน้าที่ป้องกันให้ประเทศปราศจากการฟอกเงิน ปัญหาในประเทศอินโดนีเซียนอกจากที่จะต้องจัดการกับการฟอกเงินแล้วยังมีปัญหาคอร์รัปชันโงกกินอีกมากมาย นับจากนี้ประเทศอินโดนีเซียจึงต้องมองให้ดีกว่าควรที่จะสร้างระบบแบบใดขึ้นมาเพื่อให้อินโดนีเซียเป็นประเทศที่ปราศจากการกระทำความผิดมูลฐานและการกระทำความผิดอื่นที่เป็นผลตามมา

คำสำคัญ: ระบบต่อต้านการฟอกเงิน, การป้องกันอาชญากรรม, การกำจัดอาชญากรรมจนหมดสิ้น

* Lecturer, Faculty of Law, University of Surabaya

Abstract

The increasing of the predicate crimes nowadays has triggered the development of the money laundering crime itself. Almost every country in this world facing the same problems in the increases of money laundering crime. As a member of country which have been declared to fight against money laundering, Indonesia has a responsibility to keep the country clean from money laundering. The problem in Indonesia is not only Indonesia has to deal with money laundering, but also with the number of corruption and fraud in Indonesia. Henceforth Indonesia needs a good perspective of what kind of regime that should be build by Indonesia to establish a country which is clean from predicate crimes and follow up crimes.

Keywords: Anti Money Laundering Regime, Prevention of crime, Eradication of crime

ฎีกาวิเคราะห์

สาวตรี สุขศรี*

คำพิพากษาฎีกาที่ ๖๓๗๔/๒๕๕๖**

(พระมหากษัตริย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๑๑๒)

ข้อเท็จจริงแห่งคดี

คดีนี้โจทก์ฟ้องจำเลย ซึ่งเป็นเจ้าของและผู้จัดรายการสถานีวิทยุชุมชน รายการ “ช่วยกันคิด ช่วยกันแก้” ว่าได้ทำการโฆษณาด้วยวิธีการกระจายเสียงแก่ประชาชนทั่วไป ภายในเขตอำเภอบ้านบึง จังหวัดชลบุรี ซึ่งข้อความตอนหนึ่งที่เข้าข่ายเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๒ คือ

“...เพราะศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ในสิ่งใดที่เราคิดว่า เราเสียไปแล้วเนี่ย ถ้าเราทำด้วยความอิสระ ทำด้วยความคิดเสรี เพื่อพี่น้องประชาชน เราไปครับ แต่ถ้าเราต้องไปแล้วต้องเป็นเหมือนกับสมัยรัชกาลที่ ๔ เราไม่เป็นครับท่าน ยุคนั้นหมดไปแล้ว แต่บ้านเมืองนี้อาจจะมีอยู่บ้างบางส่วนนะครับ...”

โจทก์เห็นว่า ข้อความดังกล่าวมีความหมายเป็นการใส่ความ หมิ่นประมาท ดูหมิ่นรัชกาลที่ ๔ ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์ในอดีต เนื่องจากจำเลยพูดเปรียบเทียบกับ ยุคสมัยของรัชกาลที่ ๔ ประชาชนต้องตกเป็นทาส ไม่มีความเป็นอิสระ มีการปกครองที่ไม่ดี ทำให้ประชาชนเสื่อมศรัทธา ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้รัชกาลที่ ๔ เสื่อมเสียพระเกียรติยศ เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น และถูกเกลียดชัง โดยจำเลยมีเจตนาทำให้ประชาชนเสื่อมศรัทธา ไม่เคารพสักการะ

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมดีมาก) ม.ธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต ม. ธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, LL.M (มหาวิทยาลัยมิวนิค ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี), อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** ดูหรือดาวน์โหลดคำพิพากษาฎีกาฉบับเต็มได้ที่

URL <http://forum.banrasdr.com/showthread.php?tid=28538> (๒๑/๐๒/๒๕๕๗)

จำเลยให้การรับสารภาพ ศาลจังหวัดชลบุรี ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นแห่งคดีนี้พิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ ๑๒๓๗/๒๕๕๐ ว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๒ ให้จำคุกสี่ปี แต่จำเลยรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา จึงลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามมาตรา ๗๘ คงจำคุกสองปี โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนดสองปี

โจทก์อุทธรณ์ขอให้ไม่รอการลงโทษ ศาลอุทธรณ์ภาค ๒ พิพากษากลับให้ยกฟ้อง

โจทก์ฎีกาคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ๒

ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๒ มิได้ระบุว่า พระมหากษัตริย์จะต้องเป็นพระมหากษัตริย์ซึ่งยังครองราชย์อยู่ในขณะกระทำความผิดหรือไม่ และทั้งมิได้ระบุว่า พระมหากษัตริย์ที่ถูกกระทำจะต้องเป็นพระมหากษัตริย์ที่ยังคงครองราชย์อยู่ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในลักษณะ ๑ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร แสดงให้เห็นว่า แม้การกระทำความผิดจะกระทบต่อพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท เพียงพระองค์เดียว ย่อมมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ประเทศไทยปกครองโดยพระมหากษัตริย์มาตั้งแต่สร้าง เริ่มตั้งแต่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งระบอบประชาธิปไตยซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ปกครองโดยประชาชนเพื่อประชาชนก็ตาม แต่พระมหากษัตริย์ก็ยังคงได้รับความเคารพสักการะ ให้ทรงเป็นพระประมุขของประเทศ เป็นจอมทัพไทย กฎหมายที่ผ่านรัฐสภาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การแต่งตั้งตำแหน่งสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นคณะรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแต่งตั้ง การดำรงตำแหน่งกระทำโดยการสืบสันตติวงศ์ตามกฎหมายมณเฑียรบาล ทำให้พระมหากษัตริย์จะสืบทอดทางสันตติวงศ์ทางสายพระโลหิตต่อกันมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งราชวงศ์จักรีตั้งแต่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชต้นราชวงศ์ตลอดมาจนกระทั่งรัชกาลปัจจุบัน ประชาชนในประเทศจึงผูกพันกับพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นที่เคารพสักการะ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรจึงบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือ บุคคลใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องในทางใดๆ มิได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติว่า พระมหากษัตริย์จะต้องครองราชย์อยู่เท่านั้น ผู้กระทำจึงมีความผิดตามมาตรา ๑๑๒ แม้กระทำต่ออดีตพระมหากษัตริย์ซึ่งสวรรคตไปแล้วก็ตาม การหมิ่นประมาทอดีตพระมหากษัตริย์ย่อมกระทบถึงพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบันที่ยังคงครองราชย์อยู่ดังจะเห็นได้ว่า พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นพระราชบิดาของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งเป็นพระอัยกาของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชรัชกาลปัจจุบัน หากตีความว่า พระมหากษัตริย์ต้องเป็นองค์ปัจจุบันที่ยังทรงครองราชย์อยู่ ก็จะเป็นช่องทางให้เกิดการละเมิด หมิ่นประมาท ให้กระทบต่อพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบันได้ ดังได้กล่าวในเบื้องต้นมาแล้วว่า ประชาชนชาวไทยผูกพันกับสถาบันกษัตริย์มาตลอด แม้จะเสด็จสวรรคตไปแล้ว ประชาชนก็ยังเคารพสักการะ ยังมีพิธีรำลึกถึง โดยทางราชการจัดพิธีวางพวงมาลาทุกปี ดังนั้นหากมีการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ที่เสด็จสวรรคตไปแล้ว ก็ยังกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของประชาชน อันจะนำไปสู่ความไม่พอใจ และอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรได้ ฎีกาโจทก์ข้อนี้ฟังขึ้น แต่ที่โจทก์ฎีกาขอให้ไม่รอการลงโทษแก่จำเลยนั้น เห็นว่า จำเลยให้การรับสารภาพ แสดงให้

เห็นว่า จำเลยรู้สึกในการกระทำ จึงมีเหตุที่รอกการลงโทษ เพื่อให้จำเลยกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป ฎีกา
ข้อนี้ของโจทก์ฟังไม่ขึ้น พิพากษากลับ ให้บังคับคดีไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

วิเคราะห์คำพิพากษา

๑. การใช้การตีความกฎหมาย เจตนารมณ์ของกฎหมายหรือสิ่งที่ประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๑๑๒ ประสงค์จะให้ความคุ้มครอง

จากคำพิพากษาข้างต้น ย่อมเห็นได้ชัดแจ้งว่าศาลฎีกาในคดีนี้เห็นว่า มาตรา ๑๑๒ ประมวล
กฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์
พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษ...” มิได้บัญญัติขึ้นโดยมี
จุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเฉพาะแต่พระเกียรติยศชื่อเสียงของพระมหากษัตริย์ไทยองค์ที่ทรงครองราชย์อยู่
ในปัจจุบันเท่านั้น^๑ หากแต่ให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงพระเกียรติยศชื่อเสียงของบุรพกษัตริย์องค์
ก่อนๆ แห่งราชอาณาจักรไทยด้วย โดยเหตุผลหนึ่งที่ศาลแสดงไว้ในคำพิพากษานี้ ก็คือ

“...มาตรา ๑๑๒ มิได้ระบุว่า พระมหากษัตริย์จะต้องเป็นพระมหากษัตริย์ซึ่งยัง
ครองราชย์อยู่ในขณะกระทำความผิดหรือไม่ และทั้งมิได้ระบุว่าพระมหากษัตริย์ที่ถูกกระทำ
จะต้องเป็นพระมหากษัตริย์ที่ยังคงครองราชย์อยู่...”

ผู้เขียนเห็นว่า การตีความกฎหมาย และลักษณะการให้เหตุผลดังกล่าวของศาล สะท้อนให้
เห็นว่าผู้พิพากษาแห่งคดีนี้อาจมีความเข้าใจในหลักการการใช้การตีความกฎหมายทั่วไป รวมทั้งหลักการใช้
การตีความกฎหมายอาญาผิดพลาดคลาดเคลื่อนอยู่หลายประการ ทั้งนี้ ย่อมเป็นที่รับทราบกันดีว่า
ตามหลักการใช้และตีความกฎหมายโดยทั่วไปนั้น นักกฎหมายมิพึงพิจารณาแต่เพียง “ถ้อยคำ”
แห่งบทบัญญัติเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาเจตนารมณ์แห่งกฎหมายข้อนั้นๆ ประกอบการตีความ
ด้วยเสมอ มาตรา ๑๑๒ บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครอง “บุคคล” ใน “ตำแหน่ง” ต่างๆ ซึ่ง
กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงเพียง ๔ ตำแหน่ง เนื่องจากตามกฎหมายอาญากล่าวว่าตำแหน่งดังกล่าว
มีสถานะพิเศษ ในขณะที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเองก็มีหน้าที่พิเศษในนามแห่งรัฐที่แตกต่างไปจากบุคคล
ทั่วไป รัฐจึงพึงให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในตำแหน่งนั้นเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลธรรมดา ในทางกลับกัน
ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย กฎหมายและ
รัฐย่อมไม่มีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่บุคคลที่ไม่ได้อยู่ในตำแหน่ง หรือพ้นจากตำแหน่ง
เหล่านั้นไปแล้ว ไม่ว่าการพ้นจากตำแหน่งนั้นเกิดขึ้นด้วยสาเหตุใดก็ตาม ด้วยเหตุนี้ “บุคคล” ที่พึงได้รับ
ความคุ้มครองตามมาตรา ๑๑๒ จึงหมายเฉพาะบุคคล ซึ่งยังมีสภาพบุคคล และดำรงตำแหน่ง ๔ ตำแหน่ง
ดังกล่าว ในเวลาที่กฎหมายนี้ใช้บังคับอยู่

^๑ ซึ่งจากการตีความมาตรา ๑๑๒ ตามคดีนี้ ย่อมมีความหมายต่อไปอีกด้วยว่า มาตรา ๑๑๒ มิได้คุ้มครองเฉพาะแต่
พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ องค์/คนปัจจุบันเท่านั้น เช่นกัน

^๒ แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดตำแหน่งซึ่งเป็นองค์การของรัฐที่มีสถานะพิเศษไว้เพียง
ตำแหน่งเดียวเท่านั้น คือ ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ ในฐานะประมุขของรัฐ

นอกจากเจตนารมณ์ของ มาตรา ๑๑๒ ข้างต้นแล้ว หากพิจารณาคำอธิบายกฎหมายและองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดที่ว่าด้วยการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ฯ จะพบว่า นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อาจารย์กฎหมายหลายท่านล้วนอธิบายไว้สอดคล้องต้องกันว่า ความผิดฐานนี้มีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองแก่พระมหากษัตริย์องค์ที่ทรงครองราชย์อยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิดเท่านั้น ดังที่ *อาจารย์หยุด แสงอุทัย* เขียนอธิบาย มาตรา ๙๘ แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗^๙ ไว้ใน หนังสือ “ความผิดที่กระทำทางวาจา (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ ๒) เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ พร้อมด้วยย่อคำพิพากษาฎีกาประกอบ” หน้า ๒๗๗ ความว่า “สมเด็จพระเจ้าอยู่หัว หมายถึง พระมหากษัตริย์แห่งประเทศไทย พระองค์ปัจจุบันตามรัฐธรรมนูญ และที่ยังดำรงอยู่ในราชสมบัติ ไม่ใช่ที่สวรรคต หรือสละราชสมบัติไปแล้ว” ในขณะที่อาจารย์จิตติ ตังศภัทัย^{๑๐} รวมทั้ง อาจารย์ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ^{๑๑} อธิบายมาตรา ๑๑๒ ประมวลกฎหมายอาญาว่า “พระมหากษัตริย์ หมายถึง องค์ที่ทรงครองราชย์อยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิด มิใช่พระมหากษัตริย์ที่ทรงสละราชบัลลังก์แล้ว หรือพระมหากษัตริย์ในอดีต” โดยให้เหตุผลว่า “หาไม่แล้วก็จะทำให้ความผิดฐานนี้หาขอบเขตอันเป็นองค์ประกอบความผิดมิได้” เหล่านี้เอง จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ตัวบทบัญญัติแห่ง มาตรา ๑๑๒ เองจะมีได้เขียนระบุว่าให้หมายถึง พระมหากษัตริย์พระองค์ใดกันแน่ แต่เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ประกอบกับแนวการอธิบายมาตราดังกล่าวในทางตำรา ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่า มาตรา ๑๑๒ คุ้มครองเฉพาะพระมหากษัตริย์ฯ องค์ที่ยังมีพระชนม์และครองราชย์อยู่เท่านั้น การตีความและทำคำพิพากษาออกมา เช่นที่ปรากฏในคดีนี้ จึงเท่ากับว่า **คณะผู้พิพากษาได้ลงมือเขียนคำอธิบายกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๒ ขึ้นใหม่ โดยมีได้พิจารณาตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย หรืออ้างอิงยึดถือกับคำอธิบายใดๆ ที่เคยมีมาก่อนปี พ.ศ. ๒๕๕๖ เลย**

อนึ่ง อันที่จริงแล้ว โดยมีก็ต้องอ้างอิงกับความหมายของคำว่า “พระมหากษัตริย์” ตามตำราฉบับต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น เพียงแต่พิจารณา “ลักษณะการกระทำ” ทั้ง ๓ ประการ ที่ระบุให้เป็นความผิดในฐานนี้ คือ หมิ่นประมาท ดูหมิ่น และอาฆาตมาดร้าย ก็ควรเป็นที่แน่ชัดได้เช่นกันว่าการกระทำทั้งสามประการจะเกิดขึ้นและเป็นความผิดได้ ก็ต่อเมื่อกระทำต่อพระมหากษัตริย์ ที่ยังมีพระชนม์อยู่เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ “อาฆาตมาดร้าย” ซึ่งหมายถึง การขู่เข็ญโดยแสดงออกด้วยกิริยาหรือวาจาว่าในอนาคต หรือในภายหน้าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน เช่น การขู่ว่าจะทำร้ายร่างกาย หรือจะปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ เป็นต้น^{๑๒}

^๙ มาตรา ๙๘ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ “ผู้ใดทงองอาจ แสดงความอาฆาตมาดร้าย หรือหมิ่นประมาทต่อสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก็ดี สมเด็จพระมหะยักราชกษัตริย์ มกุฎราชกุมารก็ดี ต่อผู้สำเร็จราชการแผ่นดินในเวลารักษาราชการต่างพระองค์ สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก็ดี ท่านว่าโทษของมันถึงจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และให้ปรับไม่เกินกว่าห้าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

^{๑๐} จิตติ ตังศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๑, หัวข้อ ๔๔๗

^{๑๑} ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า ๒๔

^{๑๒} ดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒-๓, หน้า ๒๒; หยุด แสงอุทัย, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗, หน้า ๒๔๒; จิตติ ตังศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๑, หัวข้อ ๕๐๙; คณิศ ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า ๖๔๑ และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า ๓๑

การอาฆาตมาดร้ายจึงเป็นสิ่งที่มิอาจเกิดขึ้นแก่พระมหากษัตริย์องค์ที่สวรรคตไปแล้วได้เลย และตามหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไป ย่อมไม่ใช่วิสัยที่นักกฎหมายจะตีความให้ “การกระทำความผิด” อย่างหนึ่งใช้กับ “วัตถุแห่งการกระทำ” ประเภหนึ่ง ในขณะที่ “การกระทำความผิด” อีกอย่างหนึ่งใช้กับ “วัตถุแห่งการกระทำ” อีกประเภหนึ่งได้ ทั้งๆ ที่การกระทำเหล่านั้นถูกบัญญัติไว้ในบทมาตราเดียวกัน และไม่มีถ้อยคำส่วนใดในมาตรา ๑๑๒ ที่เขียนระบุหรือแสดงนัยให้ถูกใช้อย่างแตกต่างเช่นนั้น

นอกจากนี้ หากพิจารณา “วัตถุแห่งการกระทำ” ในฐานะความผิดอื่นๆ ที่อยู่ในหมวดความผิดเดียวกับมาตรา ๑๑๒ คือ หมวด ๑ “ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์” ประกอบ นับตั้งแต่ มาตรา ๑๐๗ ฐานปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์, มาตรา ๑๐๘ ฐานประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ หรือมาตรา ๑๐๙ และ มาตรา ๑๑๐ ฐานปลงพระชนม์และประทุษร้ายต่อพระราชินีหรือรัชทายาทฯ ก็ล้วนแล้วแต่หมายเฉพาะหรือเป็นความผิดที่เกิดขึ้นได้แก่พระมหากษัตริย์องค์ที่ยังมีพระชนม์อยู่ เท่านั้น และภายใต้หลักการตีความกฎหมายที่ควรเป็นไปอย่างมีเอกภาพ มาตรา ๑๑๒ ย่อมไม่อาจถูกตีความให้แตกต่างไปจากความผิดฐานอื่นๆ ในหมวดเดียวกันได้

ในส่วนของการตีความกฎหมายอาญานั้น ด้วยเหตุที่โทษอาญาเป็นโทษที่มีความร้ายแรง และให้ผลจำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยตรง จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดยิ่งกว่าการตีความกฎหมายอื่นๆ ทั้งนี้ตามหลัก “*ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย*” (Nullum crimen, nulla poena sine lege) ซึ่งหมายความว่า การกระทำใดๆ จะถือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้การกระทำเป็นความผิดในขณะที่มีการกระทำนั้น และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย^๗ โดยผลของการหลักการพื้นฐานดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงนอกจากไม่อาจใช้ย้อนหลังในทางที่เป็นโทษกับบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังห้ามไม่ให้ผู้บังคับใช้กฎหมายหยิบยกเอา “จารีตประเพณี” หรือกฎเกณฑ์อื่นใดที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอน หรือไม่ป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ รวมทั้งห้ามไม่ให้ผู้บังคับใช้ “เทียบเคียง” กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ให้เป็นโทษกับบุคคลด้วย ดังนั้น การที่ผู้พิพากษาแห่งคดีนี้พยายามอ้างอิง หรือยกเอาแนวปฏิบัติ ความเชื่อ ขนบประเพณีในสังคมไทยมาเป็นเหตุผลประกอบเพื่อพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย ซึ่งแสดงไว้หลายต่อหลายตอนในคำพิพากษาลบนี้ดังเช่น

“...ประชาชนชาวไทยผูกพันกับสถาบันกษัตริย์มาตลอด แม้จะเสด็จสวรรคตไปแล้ว ประชาชนก็ยังเคารพสักการะ ยังมีพิธีรำลึกถึง โดยทางราชการจัดพิธีวางพวงมาลาทุกปี ดังนั้น

^๗ หลักการนี้ได้รับการรับรองไว้ ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓๑๙ วรรคแรก ความว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้...” และในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ ความว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนด โทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่ บัญญัติไว้ในกฎหมาย...”

หากมีการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ที่เสด็จสวรรคตไปแล้ว ก็ยังกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของประชาชน อันจะนำไปสู่ความไม่พอใจ และอาจส่งผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรได้...”

จึงน่าจะเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีลักษณะอันขัดกับหลักการพื้นฐานในกฎหมายอาญา นอกจากนี้ หากพิจารณาความตอนหนึ่งในคำพิพากษาที่ว่า “การหมิ่นประมาทอดีตพระมหากษัตริย์ย่อมกระทบถึงพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบันที่ยังครองราชย์อยู่...” ยังแสดงให้เห็นอีกด้วยว่า ศาลคดีนี้ได้หยิบยกเอาความบางส่วนในมาตรา ๓๒๗ ซึ่งเป็นความผิดในลักษณะ ๑๑ “ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง” หมวด ๓ “ความผิดฐานหมิ่นประมาท” แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยการใส่ความผู้ตายจนกระทบต่อชื่อเสียง เกียรติยศของบิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรที่ยังอยู่ มาปรับใช้กับคดีนี้ด้วย จนเกิดคำถามขึ้นในหมู่นักวิชาการกฎหมาย รวมทั้งประชาชนทั่วไปที่สนใจศึกษาคดีนี้ว่า เป็นกรณีที่ศาลใช้กฎหมายแบบ “เทียบเคียง” (Analogy) ในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลอันขัดต่อหลักการ “ไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือไม่ เพราะหากผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์ให้การใส่ความผู้ตายที่มีผลกระทบกับชื่อเสียงของญาติที่ยังอยู่เป็นความผิดในหมวดความผิดต่อพระมหากษัตริย์ฯ ด้วยแล้ว ก็น่าที่จะบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนจะได้อธิบายโดยเฉพาะในหัวข้อต่อไป

๒. ปัญหาของการนำความบางส่วนของ มาตรา ๓๒๗ ประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๗ “ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม และการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้ บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๒๖ นั้น”

หากพิจารณาข้อความตอนหนึ่งในคำพิพากษากฎีกาฉบับนี้ คือ

“การหมิ่นประมาทอดีตพระมหากษัตริย์ย่อมกระทบถึงพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบันที่ยังครองราชย์อยู่...หากตีความว่าพระมหากษัตริย์ต้องเป็นองค์ปัจจุบันที่ยังทรงครองราชย์อยู่ ก็จะเป็นช่องทางให้เกิดการละเมิด หมิ่นประมาท ให้กระทบต่อพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบันได้ ...”

จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาคดีนี้ ไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ก็ตาม ได้หยิบยกเอาองค์ประกอบความผิดของ มาตรา ๓๒๗ (บางส่วน) มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีนี้ แต่การปรับใช้ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้อย่างผสมปนเปกับมาตรา ๑๑๒ หรืออาจใช้โดยไม่สอดคล้องกับความหมาย และวัตถุประสงค์ของมาตรา ๓๒๗ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันนัก และด้วยเหตุผลของศาลในข้อความตอนนี้อีก ได้ก่อให้เกิดความสับสน หรือคลุมเครือว่า กล่าวให้ถึงที่สุดแล้ว ศาลฎีกาแห่งคดีนี้พิพากษาลงโทษจำเลยตามมาตรา ๑๑๒ เพราะเหตุที่การกระทำของจำเลยทำให้เกิดความเสียหายแก่พระเกียรติยศชื่อเสียงของรัชกาลที่ ๔ หรือเสียหายต่อรัชกาลปัจจุบันกันแน่ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ให้เห็นปัญหาของทั้งสองกรณี

กรณีแรก หากศาลยืนยันว่า พินาศลงโทษจำเลยเพราะเหตุทำให้เสียหายแก่พระเกียรติยศชื่อเสียงของรัชกาลที่ ๔ กรณีนี้ นอกจากจะมีปัญหาในเรื่องของการใช้การตีความคำว่า “พระมหากษัตริย์” ดังกล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้ว แล้วการนำองค์ประกอบความผิดบางส่วนในมาตรา ๓๒๗ มาอธิบายเทียบเคียง ก็ไม่อาจใช้เป็นเหตุผลในการลงโทษจำเลยคดีนี้ได้ยุติ ทั้งนี้ เนื่องจาก สิ่งที่มาตรา ๓๒๗ ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันประสงค์ให้ความคุ้มครองนั้น หาใช่เกียรติยศชื่อเสียงของ “บุคคลที่ตายไปแล้ว” ไม่ หากแต่เป็นชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลที่ยังอยู่ (ที่สำนักกฎหมายบางแห่งอธิบายว่า มาตรา ๓๒๗ คือความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย เป็นเรื่องเข้าใจผิด) หากพิจารณาเปรียบเทียบถ้อยคำใน มาตรา ๓๒๗ กฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน กับ มาตรา ๒๘๗ ซึ่งเป็นมาตราเดียวในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ที่มีถ้อยคำกล่าวถึงหรือมีความหมายเกี่ยวข้องกับ “การหมิ่นประมาทผู้ตาย” ความว่า

“การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำความผิดกฎหมายหมิ่นประมาทนี้ ท่านให้ถือว่าต่อเมื่อผู้ที่ได้รับความเสียหายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าว

อนึ่ง ถ้าผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้น ตายเสียก่อนได้ร้องทุกข์ก็ดี หรือเป็นคดีหมิ่นประมาทต่อชื่อเสียงของผู้ตายไปแล้วก็ดี ท่านว่าผู้ที่มาร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานให้เอาคดีขึ้นว่ากล่าวนั้น ถ้าเป็นสามีหรือภรรยา หรือเป็นญาติสืบสายโลหิตเพียงสองชั้น คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย พี่ น้อง หรือลูกหลานของผู้ตายนั้นก็ร้องได้โดยชอบด้วยกฎหมาย”^{๘๘}

จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างในประการสำคัญ ก็คือ ในขณะที่มาตรา ๓๒๗ ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน คุ้มครองชื่อเสียงของผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ผ่านการ “ใส่ความ” หรือการกล่าวร้ายถึง “ผู้ตาย” แต่ มาตรา ๒๘๗ กฎหมายอาญาเก่านั้น นอกจากคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่แล้วยังคุ้มครองชื่อเสียงของผู้ตายโดยตรงอีกด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ อาจารย์จิตติ ดิงศภัทิย์ อธิบายไว้ในหนังสือกฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๒ และ ภาค ๓ ว่า มาตรา ๒๘๗ วรรคสอง เดิม บัญญัติไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองชื่อเสียงของผู้ตาย โดยให้ผู้มีสัมพันธใกล้ชิดกับผู้ตายร้องทุกข์ได้^{๘๙} แต่มาตรา ๒๘๗ นี้ บัญญัติแตกต่างไปจากกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ที่การกล่าวถึงผู้ตายจะเป็นความผิด และถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อ ผู้กระทำความผิดทำให้ทายาท หรือคู่สมรสของผู้ตายนั้นเสียชื่อเสียง เช่นเดียวกับกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ที่การกล่าวถึงคนตายจะเป็นความผิดได้ ถ้าการกระทำนั้นมีแนวโน้มทำให้ชื่อเสียงของญาติที่ยังมีชีวิตอยู่ของผู้ตายเสียหาย จนอาจก่อให้เกิดการแค้นแค้น หรือความไม่สงบขึ้นได้^{๙๐} และจากการสำรวจกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนี ผู้เขียนพบว่า กฎหมายอาญาเยอรมันก็มุ่งหมายให้ความคุ้มครองแก่ญาติที่ยังมีชีวิตอยู่ของผู้ตายเท่านั้น โดยนักกฎหมายเยอรมัน อธิบายว่า ผู้ที่สิ้นสภาพบุคคลไปแล้วย่อมไม่มีเกียรติยศ หรือชื่อเสียงที่จะถูกกระทำความผิดในฐานนี้ได้อีก^{๙๑} กล่าวโดยสรุปก็คือ โดยผลของการ

^{๘๘} คัดลอกจากหนังสือคำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย, หน้า ๔๑๗

^{๘๙} จิตติ ดิงศภัทิย์, กฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๒ และภาค ๓, หัวข้อ ๑๑๖๖

^{๙๐} เพิ่งอ้าง

^{๙๑} Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Art. 189, p.1330

เปลี่ยนแปลงถ้อยคำต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากเดิม มาตรา ๒๘๗ ใช้คำว่า “**หมิ่นประมาทผู้ตาย**” มาเป็น “**ใส่ความผู้ตาย**” รวมทั้งกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ ว่าการใส่ความนั้นต้อง “**น่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง**” ตามที่ปรากฏอยู่ในมาตรา ๓๒๗ ปัจจุบัน จึงทำให้การตีความความผิดในเรื่องนี้ถูกจำกัดให้แคบกว่ากฎหมายลักษณะอาญาเดิม ซึ่งอาจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ยิ์ แสดงทัศนะต่อการบัญญัติกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์แบบ มาตรา ๒๘๗ วรรคสองเดิม เอาไว้ว่า “**จะมีผลทำให้การเขียนประวัติศาสตร์ อาจยังเป็นหมิ่นประมาทอยู่ไม่มีที่สิ้นสุด**”^{๑๒} เช่นนี้ เมื่อนำความต่างๆ ข้างต้นมาพิจารณาประกอบกับคำพิพากษาในคดีนี้ จึงย่อมเท่ากับว่า แม้เรายินยอมให้ศาลหยิบ มาตรา ๓๒๗ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งคดีนี้ หรือใช้ควบคู่ไปกับมาตรา ๑๑๒ ได้ก็ตาม แต่โดยเจตนารมณ์และความหมายของมาตรา ๓๒๗ ก็จะถูกนำมาใช้เป็นฐานเพื่อลงโทษจำเลย เพราะเหตุแห่งการหมิ่นประมาทรัชกาลที่ ๔ ซึ่งสวรรคตไปแล้วมิได้ นั่นเอง

กรณีที่สอง หากศาลฎีกาอธิบายว่า สาเหตุที่พิพากษาลงโทษจำเลย ก็เนื่องมาจากถ้อยคำของจำเลยที่กล่าวถึงรัชกาลที่ ๔ เป็นเหตุให้กระทบต่อพระเกียรติยศชื่อเสียงของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบันด้วย คำอธิบายเช่นนี้มีปัญหาอยู่หลายประการ

ประการแรก ทำให้คำพิพากษานับว่ามีลักษณะสับสนในตัวเองไม่สามารถระบุเจาะจงลงได้ว่าการกระทำของจำเลยกระทบกับสิ่งใดของใคร หรือใครเป็นผู้เสียหายกันแน่ จนจำเลยต้องมีความผิดและต้องรับโทษ ซึ่งไม่ใช่ “**คุณลักษณะ**” ของคำพิพากษาที่ดีที่สามารถยุติความขัดแย้งลงได้อย่างเป็นธรรมและไม่ก่อให้เกิดความสงสัยเคลือบแคลงจากคู่ความ ทั้งยังสร้างความไม่มั่นคงในทางกฎหมายให้กับประชาชนทั่วไปด้วย

ประการที่สอง หากศาลใช้คำอธิบายเช่นนี้ ก็อาจกลายเป็นว่า ศาลรับพิจารณาและพิพากษาคดีโดยมีฐานมาจากคำฟ้องของโจทก์ที่บรรยายองค์ประกอบความผิด มาตรา ๑๑๒ มาไม่ถูกต้อง อันถือเป็นคำฟ้องที่ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๑๕๘ (๕)^{๑๓}

และ**ประการที่สาม** ซึ่งสำคัญที่สุด ก็คือโดยเจตนารมณ์และถ้อยคำของ มาตรา ๓๒๗ เอง ก็ไม่สามารถตีความให้การกล่าวถึง (ยุคสมัยของ) รัชกาลที่ ๔ คุ่มครองครอบคลุมมาถึงพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชได้ เนื่องจาก มาตรา ๓๒๗ บัญญัติคุ้มครองเกียรติยศชื่อเสียงของวงศ์ญาติของผู้ตายเพียงชั้นเดียวเท่านั้น (แตกต่างจาก มาตรา ๒๘๗ วรรคสอง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ที่อนุญาตให้ญาติสืบสายโลหิตถึงสองชั้นร้องทุกข์แทนผู้ตายได้) คือ บิดา มารดา คู่สมรส และบุตร เพราะเป็นญาติที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมากที่สุด และมีความเป็นไปได้ว่าจะได้รับผลกระทบจากการกล่าวหาหรือใส่ความผู้ตาย ในขณะที่ฎีกาฉบับนี้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า

^{๑๒} จิตติ ดิงศักดิ์ยิ์, กฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๒ และภาค ๓, หัวข้อ ๑๑๖๒

^{๑๓} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕๘ “ฟ้องต้องทำเป็นหนังสือ และมี... (๕) การกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิด ข้อเท็จจริง และรายละเอียดที่เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้นๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรเท่าที่จะให้จำเลย เข้าใจข้อหาได้...”

“...คงจะเห็นได้ว่า พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ ๔) ทรงเป็นพระราชบิดาของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ ๕) ซึ่งเป็นพระอัยกาของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชรัชกาลปัจจุบัน...”

ซึ่งย่อมมีความหมายว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช (รัชกาลที่ ๙) มีศักดิ์เป็นพระราชปนัดดา (เหลน) หาใช่ พระบรมราชโอรส (บุตร) ของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชการที่ ๔) ไม่ จึงเห็นได้ว่า ลำพังแต่เพียงอาศัยมาตรา ๓๒๗ มาปรับใช้กับมาตรา ๑๑๒ และให้เหตุผลอย่างผสมปนเป เพื่อสร้างความชอบธรรมให้การตีความคำว่า “พระมหากษัตริย์” ในมาตรา ๑๑๒ ให้หมายรวมถึงพระมหากษัตริย์ในอดีต เพื่อคุ้มครองพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบันก็เกิดคำถาม และข้อถกเถียงได้หลายประการแล้ว ศาลคดีนี้ยังตีความ มาตรา ๓๒๗ แบบขยายความออกไปอีก ด้วยการคุ้มครองกว้างขวาง หมายรวมไปถึงวงศ์ญาติในชั้นอื่นๆ ของผู้ตาย ซึ่งนอกจากจะขยายเกินไปจาก “ถ้อยคำ” ในกฎหมายเองแล้ว ยังเป็นเรื่องไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และหลักการตีความทั้งปวง ทั้งยังก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายด้วย เพราะจะหาจุดสิ้นสุดมิได้เลย ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อกรกล่าวถึง หรือการศึกษาประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศไทย

อนึ่ง องค์ประกอบความผิดในส่วนของ “การกระทำ” ตามมาตรา ๓๒๗ ก็อาจนับเป็นอีกปัญหาหนึ่งของคำพิพากษานี้ด้วย เนื่องจากการใส่ความผู้ตาย ที่ส่งผลกระทบ หรือน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรเสียชื่อเสียงและเป็นความผิดได้นั้น ในทางกฎหมายแล้ว มิใช่เรื่องที่จะเกิดได้กับทุกๆ กรณีเพียงเพราะมีการพูดถึง หรือใส่ความผู้ตาย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเพื่อให้เข้าใจง่ายขึ้น

นาย ก พูดถึงนาย A บิดาของ นาย ข ซึ่งตายไปแล้วว่า ตอนที่นาย A ยังมีชีวิตอยู่ เป็นคนไม่ดี แต่ชอบสร้างภาพ หลบเลี่ยงภาษี ทำนาบนหลังคน คำกล่าวถึงนาย A เพียงเท่านั้น ย่อมไม่อาจทำให้ หรือน่าจะทำให้ นาย ข เสียชื่อเสียงหรือถูกดูหมิ่นเกลียดชังจากผู้ฟังได้ เพราะ “พฤติกรรม” ของคนแต่ละคนย่อมแตกต่างกัน การกล่าวถึงความประพฤติดังกล่าวของบุคคลหนึ่ง ไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าบุคคลอีกคนหนึ่ง (แม้จะเป็นบิดา มารดา คู่สมรส หรือ บุตรก็ตาม) จะต้องมีความประพฤติแบบเดียวกับผู้ที่ถูกกล่าวถึง ดังนั้น กรณีแบบนี้จะถือว่าเข้าข่ายหรือเป็นความผิดตามมาตรา ๓๒๗ มิได้

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปว่า นาย ก กล่าวถึงนาย A บิดาของ นาย ข ที่ตายไปแล้ว ว่าเป็นคนไม่ดี ทุจริตคอร์รัปชัน เอาเปรียบคนอื่น เหมือนพ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ทวด ของนาย A นั้นแหละ หรือกล่าวว่านาย A ตายด้วยโรคทางพันธุกรรมที่น่ารังเกียจ คำกล่าวในลักษณะเช่นนี้เอง ที่ส่งผลหรือน่าจะกระทบต่อเกียรติยศชื่อเสียงของนาย ข ซึ่งเป็นผู้สืบสายโลหิตต่อจากนาย A เป็นต้น

ดังนั้น โดยอาศัยตัวอย่างข้างต้น แม้เราจะยินยอมให้ศาลอธิบายคำพิพากษาคดีนี้ว่า ลงโทษจำเลยเพราะการกล่าวถึงรัชกาลที่ ๔ ย่อมมีผลกระทบต่อพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบัน โดยอาศัยมาตรา ๑๑๒ ประกอบมาตรา ๓๒๗ ประมวลกฎหมายอาญาได้ (ซึ่งแท้ที่จริงเป็นเรื่องที่ไม่อาจยอมเช่นนั้นได้)

ศาลก็มีหน้าที่ต้องอธิบายหรือแสดงผลให้ได้ด้วย ว่าถ้อยคำของจำเลยที่ถูกฟ้องนั้น ส่งผลกระทบต่อพระเกียรติยศชื่อเสียงของพระบรมวงศานุวงศ์ได้อย่างไร

๓. ถ้อยคำของจำเลยตามที่โจทก์ฟ้องกล่าวหาเข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๒ หรือไม่

ควรสังเกตด้วยว่า คำพิพากษาคดีนี้บรรดาที่พิพากษาลงโทษจำเลย กล่าวคือ ศาลชั้นต้น (คดีหมายเลขแดงที่ ๑๒๓๗/๒๕๕๐) และศาลฎีกา^{๑๔} ต่างก็มิได้แสดงผลอันขัดแย้งไว้ในคำพิพากษาว่าถ้อยคำที่โจทก์ฟ้องกล่าวหาจำเลย และศาลเห็นว่าเป็นความผิดตามมาตรา ๑๑๒ นั้น มีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายอย่างไร ในคำพิพากษาของศาลชั้นต้นปรากฏแต่เพียงข้อกล่าวหา และการตีความถ้อยคำของจำเลยโดยฝ่ายโจทก์ที่ว่า

“เป็นการใส่ความ หมิ่นประมาท ดูหมิ่นรัชกาลที่ ๔ ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์ในอดีต เนื่องจากจำเลยพูดเปรียบเทียบกับ ยุคสมัยของรัชกาลที่ ๔ ประชาชนต้องตกเป็นทาส ไม่มีความเป็นอิสระ มีการปกครองที่ไม่ดี ทำให้ประชาชนเสื่อมศรัทธา ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้รัชกาลที่ ๔ เสื่อมเสียพระเกียรติยศ เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น และถูกเกลียดชัง โดยจำเลยมีเจตนาทำให้ประชาชนเสื่อมศรัทธา ไม่เคารพสักการะ”

และเมื่อจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วจึงพิพากษาลงโทษ ในขณะที่เนื้อหาส่วนใหญ่ของคำพิพากษาศาลฎีกา เป็นการเขียนบรรยายถึงพระมหากษัตริย์คุณของพระมหากษัตริย์ไทย ความสำคัญของสถาบันพระมหากษัตริย์ ความเทิดทูนเคารพสักการะพระมหากษัตริย์ทุกพระองค์ของประชาชน การจัดงานรำลึกถึง จัดพิธีวางพวงมาลา ฯลฯ โดยหามิบทวินิจรรย์ว่าถ้อยคำของจำเลยตามที่กล่าวหาเข้าข่ายหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือจะทำให้พระมหากษัตริย์เสื่อมเสียพระเกียรติยศชื่อเสียงได้อย่างไรไม่ ทั้งๆ ที่มาตรา ๑๘๖ (๖) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย...(๖) เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม แม้เราจะถือ หรืออนุมานเอาว่า คำกล่าวหาของโจทก์ข้างต้นเป็นเหตุผลในคำตัดสินของศาลด้วย ผู้เขียนก็ยังเห็นว่าคำอธิบายเช่นนี้ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ หรือใช้เป็นเหตุผลเพื่อลงโทษจำเลยตามมาตรา ๑๑๒ ได้

คำว่า “หมิ่นประมาท” และ “ดูหมิ่น” (ผู้เขียนไม่ขออธิบายถึงคำว่า “อาฆาตมาดร้าย” อีกเนื่องจากไม่ใช่ลักษณะของคำกล่าว หรือการกระทำของจำเลยในคดีนี้) ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา ๑๑๒ อาจารย์หยุด แสงอุทัย^{๑๕}, จิตติ ดิงศภัทัย^{๑๖}, คณิต ณ นคร^{๑๗} และทวีเกียรติ มินะกนิษฐ^{๑๘} ล้วนอธิบายไว้

^{๑๔} ศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ พิพากษายกฟ้องโจทก์ไว้ในคดีหมายเลขแดงที่ ๑๐๖๔/๒๕๕๒ โดยให้เหตุผลว่า โจทก์บรรยายฟ้องอุทธรณ์ไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๑๑๒ ประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจาก มาตรา ๑๑๒ ให้ความสำคัญคุ้มครองพระมหากษัตริย์องค์ที่ยังทรงครองราชย์อยู่เท่านั้น มิได้ครอบคลุมไปถึงพระมหากษัตริย์ที่สวรรคตไปแล้ว เมื่อโจทก์ขอให้ลงโทษ (โดยไม่รอกาลโทษ) เพราะจำเลยหมิ่นประมาทรัชกาลที่ ๔ ซึ่งสวรรคตไปแล้ว คำฟ้องอุทธรณ์ของโจทก์จึงไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๑๕๘ (๕) ศาลไม่พึงรับไว้พิจารณา

^{๑๕} หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒-๓, หน้า ๒๒; คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗, หน้า ๒๔๒

^{๑๖} จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๑, หัวข้อ ๕๐๙



สอดคล้องกันว่า มีความหมายตามมาตรา ๓๒๖^{๑๙} หรือมาตรา ๓๙๓^{๒๐} ประมวลกฎหมายอาญาแล้วแต่กรณี (เพียงแต่การดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ฯ ผู้กระทำให้จำเป็นต้องทำซึ่งหน้า หรือด้วยการโฆษณา) เช่นนี้ ย่อมหมายความว่า การกระทำที่จะถือเป็นการ “หมิ่นประมาท” พระมหากษัตริย์ฯ ตามมาตรา ๑๑๒ ได้ ผู้กระทำให้ต้องกระทำในลักษณะเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๒๖ กล่าวคือ “ใส่ความ” ซึ่งหมายถึง การแสดงพฤติการณ์อันเป็นข้อเท็จจริง (ไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นความจริงหรือเท็จ) ประการใด ประการหนึ่งของผู้ถูกหมิ่นประมาทด้วยวาจา ตัวอักษร ท่าทาง หรือวิธีอื่นใดต่อบุคคลที่สาม โดย ข้อเท็จจริงที่นำมาใส่ความนั้น เมื่อพิจารณาอย่างวิญญูชนแล้ว น่าจะกระทบต่อเกียรติยศของผู้ถูกใส่ความ หรือน่าจะทำให้บุคคลนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ทั้งนี้ การใส่ความต้องสามารถ “ระบุ เจาะจง” ผู้ถูกใส่ความได้ว่าหมายถึงบุคคลใด และการใส่ความต้องมีใช่เพียงการ “แสดงความคิดเห็น” แต่เพียงลอยๆ หรือใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจเป็นจริง หรือพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ ดังนั้น การกล่าวถึงบุคคลใด บุคคลหนึ่งแต่เพียงว่า เป็นผีเปรต เป็นคนเลว เป็นคนชั่ว แต่ไม่อธิบายว่าเป็นเช่นนั้นเพราะเหตุใด หรือ มีพฤติกรรมเช่นไรประกอบ จึงไม่อาจเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

ในขณะที่การกระทำอันจะเข้าข่ายเป็นการ “ดูหมิ่น” ก็คือ การกระทำในลักษณะดูถูกเหยียดหยาม สบประมาท หรือคำทอให้อับอายเสียหาย เช่น ใช้คำหยาบคาย สบประมาท แสดงท่าทาง ยกย่อง หรือดูถูกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะได้กระทำต่อหน้า หรือโดยการโฆษณา (รวมทั้งกระทำลับหลัง แม้ไม่ได้โฆษณา ตามนัยแห่งมาตรา ๑๑๒) ฉะนั้น จึงย่อมชัดเจนว่าในทางกฎหมายอาญาแล้ว การหมิ่นประมาทก็ดี การดูหมิ่นก็ดี มิได้หมายรวมไปถึง อาการนิ่งเฉย การไม่แสดงความเคารพสักการะ หรือกระทำการไม่แสดงความจงรักภักดี เท่านั้น เพราะการกระทำเช่นนั้น มิได้ก่อ หรือน่าจะทำให้ผู้ใดอื่น ได้ฟัง หรือพบเห็นการกระทำดังกล่าวรู้สึกดูหมิ่น ดูถูก หรือเกลียดชังบุคคลที่ไม่ได้รับการแสดงความเคารพแต่อย่างใด และเมื่อนำความหมายดังกล่าวมาพิจารณากับถ้อยคำที่จำเลย ถูกฟ้อง และศาลพิพากษาลงโทษจำเลย ที่ว่า

“...เพราะศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ในสิ่งใดที่เราคิดว่า เราเสียไปแล้วเนี่ย ถ้าเราทำด้วยความอิสระ ทำด้วยความคิดเสรี เพื่อพี่น้องประชาชน เราไปครับ แต่ถ้าเราต้องไปแล้วต้องเป็นเหมือนกับสมัยรัชกาลที่ ๔ เราไม่เป็นครับท่าน ยุคนั้นหมดไปแล้ว แต่บ้านเมืองนี้อาจจะมีอยู่บ้างบางส่วนนะครับ...”

ผู้เขียนจึงเห็นว่าถ้อยคำเหล่านี้ของจำเลย ไม่เข้าข่ายความหมายของทั้งคำว่า หมิ่นประมาท หรือคำว่าดูหมิ่นได้เลย และทั้งมิใช่การกล่าวถึงองค์รัชกาลที่ ๔ โดยตรงด้วย หากแต่เป็นเพียงการ

^{๑๗} คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า ๖๔๐

^{๑๘} ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า ๓๑

^{๑๙} มาตรา ๓๒๖ “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

^{๒๐} มาตรา ๓๙๓ “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

กล่าวถึง “สมัยรัชกาลที่ ๔” ในเชิงเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่าง “ระบอบการเมืองการปกครอง” ในยุคนั้น กับยุคปัจจุบัน ซึ่งเป็นการพูดถึง “ข้อเท็จจริง” ในทางประวัติศาสตร์ เท่านั้น ว่าประชาชนในปัจจุบันมีความอิสระและสามารถกระทำการต่างๆ ได้โดยเสรีมากกว่าในสมัยก่อน หากศาลตีความว่า ถ้อยคำในลักษณะนี้เป็นการหมิ่นประมาท หรือดูหมิ่นรัชกาลที่ ๔ ได้ เช่นนี้แล้ว หนังสือเรียนประวัติศาสตร์ รวมทั้งการเรียนการสอนที่มีการกล่าวกันว่า “ทาส” ในประเทศไทยพึงถูกยกเลิกไปเมื่อสมัยรัชกาลที่ ๕ นี้เอง ก่อนหน้านั้นประชาชนจำนวนมากยังถูกมุลนาย ขุนนาง ฯลฯ เอาลงเป็นทาส ยากลำบากตรากตรำ ทั้งความคิดและการกระทำก็ขาดไร้ซึ่งอิสระ จะถือเป็นการหมิ่นประมาท หรือดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ทุกๆ พระองค์ในอดีตในยุคที่ยังมีการเอาคนลงเป็นทาสด้วยหรือไม่

อนึ่ง ควรต้องสังเกตอย่างยิ่งว่า แทนที่ผู้พิพากษาจะตีความการอธิบายถึงระบบสังคม และลักษณะการเมืองการปกครองในอดีตลักษณะนี้ว่า “ทาสเกิดขึ้น และดำรงอยู่ก็เพราะระบบคิด ระบบเศรษฐกิจสังคม ในยุคนั้น มันเป็นของมันเช่นนั้น” ผู้พิพากษากลับตีความจนเกินเลยไปกว่าที่นักเรียน นักศึกษา หรือคนธรรมดาทั่วไปจะคิดถึง ทั้งส่อนัยยะไปไกลถึงขนาดว่า สาเหตุที่ประเทศไทยในสมัยก่อนมีทาสก็เป็นเพราะบรรพชนชาติไทยพระองค์ก่อนๆ ทรงใช้อำนาจปกครองไม่ดี หรือระบบทาสเกิดขึ้นจากการกระทำหรือการบริหารประเทศของพระองค์ ซึ่งหากผู้พิพากษาทุกคนมีความเชื่อหรือตีความการพูดถึง หรือวิพากษ์วิจารณ์ระบอบการเมืองการปกครอง ระบบสังคมในอดีตว่าเข้าข่ายเป็นความผิดมาตรา ๑๑๒ ได้เช่นนี้ ต่อไปการศึกษาประวัติศาสตร์ไทยจะเกิดขึ้นอย่างตรงไปตรงมาได้หรือไม่ ครูบาอาจารย์จะต้องระมัดระวังเซ็นเซอร์ตัวเองหรือไม่ หรือหนังสือเรียนประวัติศาสตร์ไทยควรต้องถูกเผาทิ้ง

บทส่งท้าย

คำพิพากษากฎีกาที่ ๖๓๗๔/๒๕๕๖ นี้ นอกจากจะชี้ให้เห็นปัญหาการใช้การตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๒ อย่างกว้างขวาง บิดเบื้อว เกินเลยไปจากถ้อยคำ และเจตนารมณ์ของกฎหมาย จนเป็นผลร้ายทั้งกับบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด และกับสังคมระบอบประชาธิปไตยโดยรวมแล้ว ยังอาจสะท้อนให้เห็นด้วยว่า อุดมการณ์การเมืองการปกครองของผู้บังคับใช้กฎหมายจำนวนหนึ่งในประเทศไทยมิได้สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) นัก ซึ่งเป็นระบอบที่ต้องตระหนัก และให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น การวิพากษ์สถานการณ์การเมืองการปกครองไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน รวมทั้งการวิจารณ์บทบาทขององค์กร หรือสถาบันทางการเมืองใดๆ โดยสุจริตภายในกรอบแห่งกฎหมาย ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า หากเรายึดถือคำพิพากษากฎีกาฉบับนี้เป็นบรรทัดฐาน สิ่งที่จะเกิดขึ้น ก็คือ นอกจากจะสร้างความสับสนขึ้นในวงการกฎหมายไทยแล้วยังน่าจะก่อให้เกิดปัญหาขัดขัดต่อการศึกษาศาสตร์การเมืองการปกครองไทย อย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้

ปกิณกะกฎหมาย

มาติกา วินิจสร*

เกิดอะไรขึ้นกับ Facebook Account ภายหลัง ที่บุคคลถึงแก่ความตาย?

ในยุคปัจจุบัน คงปฏิเสธไม่ได้ว่าอินเทอร์เน็ตได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตของผู้คนโดยไม่จำกัดเพศและวัย เราใช้อินเทอร์เน็ตหรือเข้าสู่โลกออนไลน์ทั้งในบริบทที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์หรือในบริบทของธุรกิจและในบริบทของเรื่องส่วนตัวเพื่อความบันเทิง ไม่ว่าจะเป็นการลงทะเบียนสมัครบัญชีผู้ใช้เพื่อขอเข้ารับบริการของผู้ให้บริการบนเว็บไซต์ชำระค่าสินค้าตลอดจนบริการต่างๆ รับหรือส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ขอเก็บข้อมูลที่อยู่ในรูปของไฟล์ดิจิทัลในพื้นที่การจัดเก็บข้อมูลของผู้ให้บริการหรือเพื่อขอใช้บริการโซเชียลมีเดียในการมีปฏิสัมพันธ์กับคนที่เรารู้จักมักคุ้นในชีวิตประจำวันและกับคนที่เราไม่เคยมีปฏิสัมพันธ์ใดๆ มาก่อนเลยในชีวิตจริง เช่น เฟสบุ๊ก (Facebook), ทวิตเตอร์ (Twitter) หรือ กูเกิ้ลพลัส (Google+) เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่าส่วนหนึ่งที่ทำให้การใช้บริการเฟสบุ๊กได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายนั้น นอกจากจะเป็นเพราะเฟสบุ๊กสามารถทำให้เราติดต่อสื่อสารกันหรือติดตามข่าวสารของครอบครัวหรือเพื่อนๆ ที่ไม่ว่าจะอยู่ใกล้หรือไกลได้แล้ว ยังเป็นเพราะเฟสบุ๊กอนุญาตให้เราสามารถตั้งระดับความเป็นส่วนตัว (privacy setting) หรือตั้งระดับการแบ่งปันเรื่องราวต่างๆ ได้ เช่น การตั้งค่าการแชร์สถานะ ภาพถ่าย บันทึก หรือไฮเปอร์ลิงค์ (hyperlink) จากเว็บไซต์ต่างๆ ที่จะแบ่งปันกับสาธารณะ เพื่อนของเพื่อน เพื่อน เฉพาะคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือเฉพาะคนใดคนหนึ่งก็ได้ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าพิจารณาว่าหากเราถึงแก่ความตาย จะเกิดอะไรขึ้นกับบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊กของเรา ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลบันทึกกิจกรรมในการใช้เฟสบุ๊ก (activity log) รูปถ่าย ข้อความ การแบ่งปันเรื่องราวต่างๆ บนไทม์ไลน์ (Timeline) ที่เราอาจได้ตั้งระดับความเป็นส่วนตัวไว้ในระดับต่างๆ กัน ครอบครัวหรือญาติสนิทจะสามารถขอรหัสผ่านจากเฟสบุ๊กเพื่อล็อกอินเข้าไปในบัญชีของเราหรือจะขอข้อมูลทั้งหมดของเราจากเฟสบุ๊กได้หรือไม่ ซึ่งเป็นไปได้ว่าหลายๆ คนคงมีข้อความหรือเรื่องราวบนเฟสบุ๊กที่ไม่อยากให้บุคคลใดได้รับรู้แม้กระทั่งครอบครัว คนรัก ญาติหรือเพื่อนสนิท และเป็นที่คาดหมายได้ว่าบุคคลทั้งหลายดังกล่าวจำเป็นต้องการเข้าถึงข้อมูลทั้งหลายเหล่านี้เพื่อระลึกถึงการจากไป

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ลำปาง

ของผู้ตายอันเป็นที่รัก และด้วยเหตุที่สิทธิในการเข้าสู่บัญชีผู้ใช้ในเฟซบุ๊กนั้นเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลหรือดิจิทัลแอสเสท (digital assets) ประเภทหนึ่ง จึงนำไปสู่คำถามที่ว่า สิทธิในการเข้าสู่บัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของบุคคลดังกล่าว ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายหรือไม่?

สินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Assets) และเฟซบุ๊ก (Facebook)

แม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่มีการให้นิยามหรือความหมายของสินทรัพย์ดิจิทัลให้ครอบคลุมถึงลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลทุกประเภทก็ตาม แต่เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า สินทรัพย์ดิจิทัลนั้น หมายความว่ารวมถึงไฟล์ประเภทต่างๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในปัจจุบันหรืออาจมีขึ้นตามการพัฒนาของเทคโนโลยีในอนาคต อันเป็นไฟล์ซึ่งถูกจัดเก็บอยู่ในอุปกรณ์ดิจิทัลทั้งหลาย โดยไม่พิจารณาว่ากรรมสิทธิ์ของอุปกรณ์ดิจิทัลที่เก็บดิจิทัลแอสเสทอยู่นั้นเป็นของผู้ใด^๑ นอกจากนี้ยัง “หมายรวมถึง ภาพถ่ายที่ถูกเก็บในรูปแบบดิจิทัล ธนาคารอิเล็กทรอนิกส์และงบการเงินของบัญชีผู้ใช้ บันทึกจดหมายอิเล็กทรอนิกส์และรหัสผ่านที่เกี่ยวข้อง และบัญชีผู้ใช้โซเชียลมีเดีย เช่น เฟซบุ๊ก, ลิงค์อิน (Linked-In), ทวิตเตอร์และยูทูบ”^๒ ด้วยเหตุนี้จึงอาจสรุปนิยามของสินทรัพย์ดิจิทัลได้อย่างหยาบๆ ว่าคือ “สิ่งใดๆ ซึ่งอาจเป็นเจ้าของได้อันอยู่ในรูปของไฟล์ดิจิทัล”^๓

ทั้งนี้ อาจแบ่งสินทรัพย์ดิจิทัลออกได้เป็น ๒ หมวดหมู่ตามลักษณะของการเข้าถึง โดยหมวดหมู่แรกคือ สินทรัพย์ดิจิทัลที่ถูกเก็บอยู่เฉพาะที่ อันหมายถึงถูกเก็บอยู่ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่จับต้องได้ (“Tangible Device”) และหมวดหมู่ที่สอง คือ สินทรัพย์ดิจิทัลที่ถูกเก็บไว้ ณ อุปกรณ์อื่นๆ อันเป็นอุปกรณ์ที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของตนได้ตามสัญญาที่มีอยู่กับผู้ให้บริการอุปกรณ์ดังกล่าว^๔ (“Cloud-based”) นอกจากนี้แล้ว สินทรัพย์ดิจิทัลยังอาจถูกแบ่งประเภทตามลักษณะได้เป็น ๕ ประเภท ได้แก่ (๑) อุปกรณ์และข้อมูล (devices and data) เช่น คอมพิวเตอร์และข้อมูลที่อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าว (๒) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ซึ่งในเมื่อพิจารณาตามลักษณะของสินทรัพย์แล้วยังหมายถึงข้อความที่ได้รับและความต่อเนื่องในการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้ (๓) บัญชีผู้ใช้ออนไลน์ (online account) ซึ่งคล้ายคลึงกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งตามปกติต้องมีชื่อผู้ใช้และรหัสผ่าน หากแต่บัญชีผู้ใช้ออนไลน์ นอกจากการให้บริการในการเก็บข้อความแล้ว อาจมีการให้บริการอื่นๆ เช่น เก็บภาพถ่ายหรือวีดิทัศน์ ด้วยเหตุนี้เอง บัญชีผู้ใช้ออนไลน์จึงหมายความว่ารวมถึงโซเชียลมีเดียด้วย (๔) บัญชีผู้ใช้เงินทางการเงิน (financial account) บัญชีผู้ใช้ประเภทนี้อาจทับซ้อนกันกับบัญชีผู้ใช้ออนไลน์ที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้น

^๑ Evan Carroll, “Digital Assets: A Clearer Definition”, (January 30, 2012), retrieved December 20, 2013, from <http://www.digitalestatesource.com/2012/01/digital-assets-a-clearer-definition/>.

^๒ Maria Perrone, “What happens when we die: Estate Planning of Digital Assets”, *CommLaw Conspectus* 185, Volume 21, pp.185-186.

^๓ Kristina Sherry, “What happens to Our Facebook Accounts When We Die?: Probate versus Policy and the Face of Social-Media Assets Postmortem”, *Pepperdine Law Review* 184, Volume 40 No.1 , p. 194 (February 2013).

^๔ Evan Carroll & John Romano, *Your Digital after Life*, (Berkley: New Riders Publishing, 2011), p.39-40. referred in Kristina Sherry, *supra* note 4, p.194.



หากแต่บัญชีผู้ใช้เกี่ยวกับการเงินอาจเชื่อมโยงโดยตรงไปยังบัญชีธนาคารและบัญชีการเงินอื่นๆ และ (๕) ธุรกิจออนไลน์ (online business) หมายความว่ารวมถึงร้านค้าออนไลน์ที่มีศักยภาพในกระแสรายได้อย่างต่อเนื่อง^๕

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าบัญชีผู้ใช้ออนไลน์ของเฟสบุ๊คนั้นได้ถูกจัดให้เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทหนึ่งเช่นกัน โดยความสัมพันธ์ระหว่างเฟสบุ๊คกับบุคคลผู้มีบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊คนั้นเป็นสัญญาให้บริการประเภทหนึ่ง และได้ปรากฏในคำแถลงเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบ (“Statement of Rights and Responsibilities”) ของเฟสบุ๊คในข้อที่ ๓ เรื่องความปลอดภัย หัวข้อย่อยที่ ๕ ว่า ผู้ขอใช้บริการจะต้องไม่ร้องขอข้อมูลการเข้าสู่ระบบหรือร้องขอเข้าสู่ระบบบัญชีผู้ใช้ที่เป็นของบุคคลอื่น^๖ ทั้งนี้ ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๙ ในกรณีที่ผู้ใช้บริการถึงแก่ความตาย เฟสบุ๊คยินยอมให้ครอบครัวหรือญาติหรือคนรู้จักของเจ้าของบัญชีผู้ใช้ที่ถึงแก่ความตายส่งคำขอ “memorialization request” ไปยังเฟสบุ๊คเพื่อให้เฟสบุ๊คเปลี่ยนบัญชีผู้ใช้นั้นเป็น “memorialized account” เพื่อเป็นการระลึกถึงผู้ตาย^๗ หรือยินยอมให้ครอบครัวหรือญาติหรือคนรู้จักของเจ้าของบัญชีผู้ใช้ที่ถึงแก่ความตายลบบัญชีผู้ใช้ (delete account) ดังกล่าวไป^๘ ซึ่งในกรณีที่ได้ออกให้เฟสบุ๊คดำเนินการ memorialization account นั้น จะไม่มีผู้ใดสามารถเข้าสู่บัญชีใช้นั้นๆ ได้อีก และไม่อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ในบัญชีดังกล่าวได้อีกเช่นเดียวกัน โดยเนื้อหาหรือข้อมูลที่จะปรากฏอยู่บนไทม์ไลน์ (Timeline) ของ memorialized account นั้นจะเป็นไปตามการตั้งค่าระดับความเป็นส่วนตัว (privacy setting) เดิมที่ผู้ตายเคยตั้งไว้ กล่าวคือ การแบ่งปันทั้งหลายทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นสถานะ รูปภาพ หรือบันทึกต่างๆ ที่ผู้ตายเคยแบ่งปันจะยังคงปรากฏอยู่บนเฟสบุ๊คตามที่เคยปรากฏเช่นเดิมตามระดับการตั้งค่าเดิม โดยบัญชีผู้ใช้อื่นๆ ที่เป็นเพื่อนกับบัญชีผู้ใช้นี้ยังสามารถส่งข้อความส่วนตัวไปยังบัญชีผู้ใช้ของผู้ตายได้^๙ ทั้งนี้ เฟสบุ๊คมีนโยบายอย่างชัดเจนที่จะไม่ให้ข้อมูลแก่ครอบครัวหรือญาติเพื่อเข้าสู่บัญชีผู้ใช้ที่ถึงแก่ความตาย^{๑๐} และไม่อนุญาตให้ครอบครัวหรือญาติขอข้อมูลใดๆ ของบัญชีผู้ใช้ที่ถึงแก่ความตายได้^{๑๑}

ข้อพิพาทระหว่างเฟสบุ๊คกับครอบครัวหรือญาติของผู้ตายเกี่ยวกับการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้ผู้ตายนั้น ปรากฏขึ้น ณ สหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ หลังจากที่นายโลเรน วิลเลียมส์ (Loren Williams) อายุ ๒๒ ปี ได้ประสบอุบัติเหตุรถจักรยานยนต์ถึงแก่ความตาย นางคาเรน วิลเลียมส์ ผู้เป็นมารดาได้เข้าสู่บัญชีผู้ใช้

^๕ Kristina Sherry, *supra* note 4, pp.194-196.

^๖ Statement of Rights and Responsibilities, retrieved February 22, 2014, from <https://www.facebook.com/legal/terms>.

^๗ Memorialization Request, retrieved February 22, 2014, from <https://www.facebook.com/help/contact/305593649477238>.

^๘ How do I submit a special request for a deceased user's account on the site?, retrieved February 22, 2014, from <https://www.facebook.com/help/www/265593773453448>.

^๙ What happens when a deceased person's account is memorialized?, retrieved February 22, 2014, from <https://www.facebook.com/help/103897939701143>.

^{๑๐} How do I report a deceased person or an account that needs to be memorialized?, retrieved February 22, 2014, from <https://www.facebook.com/help/150486848354038>.

^{๑๑} How do I request content from the account of a deceased person?, retrieved February 22, 2014, from <https://www.facebook.com/help/123355624495297?sr=2&sid=0WZySHzH6iHoWozAx>.

เฟซบุ๊กของโลเรนหลังจากที่ค้นพบรหัสเข้าสู่ระบบ (password) และได้ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังผู้ดูแลระบบ โดยขอให้ผู้ดูแลระบบคงบัญชีผู้ใช้ไว้เพื่อที่เธอจะได้เข้าถึงการแบ่งปันหรือโพสต์ต่างๆ ในเฟซบุ๊กที่ลูกชายของเธอได้เคยแบ่งปันหรือโพสต์ไว้ ตลอดจนการแสดงความคิดเห็นทั้งหลายของเพื่อนๆ ในการแบ่งปันนั้นๆ ภายในสองชั่วโมงหลังจากคำร้องขอดังกล่าวได้ถูกส่งออกไป ผู้ดูแลระบบเฟซบุ๊กได้เปลี่ยนรหัสการเข้าสู่บัญชีผู้ใช้ของโลเรน ทำให้คาเรนผู้เป็นมารดาไม่สามารถเข้าสู่บัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของลูกชายผู้ถึงแก่ความตายได้อีก คาเรนจึงได้ฟ้องเฟซบุ๊กเป็นคดีต่อศาล โดยผลของการพิจารณาคดีที่ดำเนินไปกว่าสองปีคือ เฟซบุ๊กจะต้องยอมให้คาเรนเข้าถึงบัญชีผู้ใช้ของลูกชายได้เป็นเวลาสิบเดือน และหลังจากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว บัญชีผู้ใช้ของโลเรนได้ถูกลบออกจากเฟซบุ๊กไป^{๑๒} ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ. ๒๐๑๑ รัฐเวอร์จิเนีย เด็กชายอายุ ๑๕ ปี อีริค รัช (Eric Rash) ฆ่าตัวตาย พ่อแม่ของอีริคจึงได้ขอรหัสผ่านเข้าสู่ระบบเพื่อเข้าสู่บัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของอีริค โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้ทราบถึงสาเหตุการตายของลูกชาย ในเบื้องต้นเฟซบุ๊กได้ปฏิเสธ แต่ต่อมาในเดือนพฤศจิกายนปีเดียวกัน เฟซบุ๊กได้ให้ข้อมูลในบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของอีริคในรูปแบบของ CD^{๑๓} แต่ยังคงปฏิเสธในการให้รหัสเข้าสู่บัญชีผู้ใช้เช่นเดิมโดยอ้างว่าขัดต่อนโยบายของเฟซบุ๊กและขัดต่อกฎหมาย^{๑๔} โดยครอบครัวของอีริคนั้นได้ต่อสู้เพื่อผลักดันให้สมาชิกสภานิติบัญญัติออกกฎหมายอันจะทำให้ครอบครัวของผู้ที่สูญเสียผู้เยาว์สามารถเข้าถึงข้อมูลในโซเชียลมีเดียภายหลังจากที่ผู้เยาว์ถึงแก่ความตายได้ อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ เฟซบุ๊กได้อนุญาตให้ครอบครัวของอีริคเข้าถึงข้อมูลบางอย่างเพิ่มเติมภายในขอบเขตที่จำกัด^{๑๕}

ทั้งนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องที่บังคับใช้ในสหรัฐอเมริกา^{๑๖} ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติการติดต่อสื่อสารที่ได้ถูกจัดเก็บไว้ (The Stored Communication Act หรือ SAC)^{๑๗} ซึ่งเป็นกฎหมาย

^{๑๒} Karen Williams' Facebook Saga Raises Question of Whether Users' Profiles are Part of 'Digital Estate', (March 15, 2012), retrieved December 20, 2013, from

http://www.huffingtonpost.com/2012/03/15/karen-williams-facebook_n_1349128.html.

^{๑๓} Facebook sends family information about son's page before his suicide (April 19, 2012), retrieved December 28, 2013, from <http://wtvr.com/2011/11/04/facebook-sends-family-information-about-sons-page-before-his-suicide/>.

^{๑๔} Steve Eder, Deaths Pose Test for Facebook, WALL ST. J., Feb 11, 2012, at referred in Maria Perrone, supra note 3, p.197.

^{๑๕} Grieving parents battle Facebook for access to 15-year-old son's profile after he committed suicide (February 19, 2013), retrieved December 28, 2013 from <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2280800/Facebook-bans-parents-accessing-sons-profile-committed-suicide.html>.

^{๑๖} เหตุที่ต้องพิจารณากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเพราะเซิร์ฟเวอร์ (Sever) ของผู้ให้บริการเฟซบุ๊กนั้นตั้งอยู่ ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา

^{๑๗} พระราชบัญญัติฯ นี้อยู่ในหัวข้อที่ ๒ ของพระราชบัญญัติความเป็นส่วนตัวในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. ๑๙๘๖ (The Electronic Communications Privacy Act 1986 หรือ ECPA) และได้ถูกรวบรวมอยู่ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา บรรพ ๑๘ อาชญากรรมและวิธีพิจารณาคriminal อาญา ลักษณะ ๑ อาชญากรรม หมวด ๑๒๑ การติดต่อสื่อสารที่ถูกจัดเก็บไว้ตามสายไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และการเข้าถึงบันทึกการทำธุรกรรม มาตรา ๒๗๐๑ ถึงมาตรา ๒๗๑๒ (United States Code, Title 18 Crimes and Criminal Procedure, Part I Crimes, Chapter 121 Stored Wire and Electronic Communications and Transactional Records Access, section 2701 to section 2712).



ของรัฐบาลกลาง ได้บัญญัติห้ามมิให้บุคคลหรือองค์กร (entity) ใดอันเป็นผู้ให้บริการแก่สาธารณะซึ่งบริการการประมวลผลทางไกล (“Remote Computing Service”^{๑๘}) (๑) เปิดเผยโดยเจตนาแก่บุคคลอื่นหรือองค์กรอื่นใดเกี่ยวกับเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารที่ได้ถูกส่งผ่านหรือเก็บรักษาไว้ใน การให้บริการของตน ในนามของสมาชิกหรือลูกค้าผู้ใช้บริการดังกล่าว นั้น หรือที่เกี่ยวกับเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารอันได้รับมาในบริบทของการส่งผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์หรือในบริบทที่เกิดขึ้นจากกระบวนการประมวลผลที่ได้รับจากการส่งผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวของสมาชิกหรือลูกค้าผู้ใช้บริการดังกล่าว นั้น หรือ (๒) เปิดเผยโดยเจตนาแก่บุคคลหรือองค์กรอื่นใดเกี่ยวกับเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารที่ได้ถูกส่งผ่านหรือเก็บรักษาไว้ใน การให้บริการแก่สมาชิกหรือผู้ใช้บริการอันมีวัตถุประสงค์แต่เพียงเพื่อการให้บริการการเก็บรักษาข้อมูลหรือการให้บริการการประมวลผลเท่านั้น หากการให้บริการเช่นนั้น ผู้ให้บริการมิได้รับอนุญาตให้เข้าถึงเนื้อหาอันเกิดขึ้นจากการติดต่อสื่อสารใดๆ ที่เป็นผลมาจากการให้บริการอื่นๆ ซึ่งนอกเหนือไปจากการให้บริการการเก็บข้อมูลหรือการประมวลผลดังกล่าว^{๑๙} นอกจากนี้ ผู้ให้บริการการประมวลผลทางไกลแก่สาธารณะจะต้องไม่เปิดเผยโดยเจตนาซึ่งบันทึกหรือข้อมูลใดๆ อันเกี่ยวข้องกับสมาชิกหรือลูกค้าผู้ใช้บริการ (เว้นแต่เนื้อหาอันเกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารที่ได้กล่าวมาในตอนต้น^{๒๐}) แก่หน่วยงานใดๆ ของรัฐบาล^{๒๑} อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว ยังได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ให้ผู้ให้บริการสามารถเปิดเผยเนื้อหาของการติดต่อสื่อสารหรือบันทึกของการติดต่อสื่อสารดังกล่าวได้ในบางกรณี^{๒๒} เช่น ผู้ให้บริการอาจเปิดเผยเนื้อหาของการติดต่อสื่อสารต่อผู้สนองรับหรือบุคคลอันจะเป็นผู้รับข้อมูลการติดต่อสื่อสารดังกล่าว หรือต่อตัวแทนของผู้สนองรับหรือตัวแทนของบุคคลอันจะเป็นผู้รับข้อมูลการติดต่อสื่อสารนั้นๆ^{๒๓} หรืออาจเปิดเผยได้เมื่อได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ส่งสารหรือผู้สนองรับหรือบุคคลอันจะเป็นผู้รับข้อมูลการติดต่อสื่อสารดังกล่าว หรือเมื่อความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายของสมาชิกผู้ใช้บริการในกรณีที่เป็นบริการการประมวลผลทางไกล^{๒๔} หรืออาจเปิดเผยโดยไม่ชักช้าต่อองค์กรของรัฐบาลซึ่งเนื้อหาในการติดต่อสื่อสาร หากผู้ให้บริการเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นกรณีฉุกเฉินอันอาจทำให้มีผู้ได้รับบาดเจ็บหรืออาจทำให้มีบุคคลที่จะได้รับอันตรายถึงชีวิต^{๒๕} หรืออาจเปิดเผยได้ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย^{๒๖} หรือจะต้องเปิดเผยบันทึกการติดต่อสื่อสารของผู้รับบริการ ในกรณีที่ผู้ให้บริการ

^{๑๘} มาตรา ๒๗๑๑ (๒) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้ให้นิยามของ “บริการการประมวลผลทางไกล” (Remote Computing Service) ว่าหมายความว่า การจัดทำให้แก่สาธารณะซึ่งการให้บริการการจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือการให้บริการการประมวลผลทางคอมพิวเตอร์ในความหมายของระบบการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

^{๑๙} Section 2702(a)(2), the United States Code.

^{๒๐} ทั้งนี้ หมายรวมถึงเนื้อหา (content) ของการติดต่อสื่อสารในขณะที่มีการเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อันเกิดจากการให้บริการของบุคคลหรือองค์กรใดซึ่งให้ “บริการการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” (“electronic communication service”) แก่สาธารณะ ตามมาตรา ๒๗๐๒(a)(๑) ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา

^{๒๑} Section 2702(a)(3), the United States Code.

^{๒๒} Section 2702(b) Exceptions for disclosure of communications, the United States Code.

^{๒๓} Section 2702(b)(a)(1), the United States Code.

^{๒๔} Section 2702(b)(a)(3), the United States Code.

^{๒๕} Section 2702(b)(a)(8), the United States Code.

^{๒๖} Section 2702(b)(a)(2), the United States Code.

ได้รับหมายเรียกจากศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษายกใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของรัฐบาลกลางสหรัฐ (the Federal Rules of Criminal Procedure) หรือในกรณีที่ผู้ให้บริการได้รับหมายเรียกจากศาลซึ่งได้ออกภายในบทบัญญัติแห่งมาตรา ๒๗๐๓ (b) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา^{๒๗} เป็นต้น

ทั้งนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อบุคคลผู้ที่มีบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊คถึงแก่ความตาย ผู้ให้บริการเฟสบุ๊คจึงไม่อาจให้รหัสผ่านเพื่อเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊คของผู้ถึงแก่กรรมแก่ครอบครัวหรือญาติหรือบุคคลอื่นใดอันมีความเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับผู้ตายได้ กับทั้งไม่อาจเปิดเผยบันทึกข้อมูลใดๆ อันเกี่ยวข้องกับกิจกรรมการใช้เฟสบุ๊คของผู้ตายดังกล่าวได้เช่นกัน เนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลเช่นนั้น หากได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของบัญชีผู้ใช้ หรือโดยปราศจากเหตุฉุกเฉิน หรือโดยปราศจากหมายศาล จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือขัดต่อพระราชบัญญัติการติดต่อสื่อสารที่ได้ถูกจัดเก็บไว้ (The Stored Communication Act) แม้กระนั้นก็ดี บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลโดยผู้ดูแลผลประโยชน์ (the law on fiduciary access to digital assets) ไว้ อาทิเช่น คอนเนกติกัต โอไฮโอ อินเดียนา โอกาโฮมา และไรค์ไอแลนด์ นอกจากนี้แล้ว บางมลรัฐก็ได้มีการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลโดยผู้ดูแลผลประโยชน์อยู่เช่นกัน อันได้แก่ แมตซาชูเซตส์ เนบราสกา นิวยอร์ก และโอเรกอน เป็นต้น ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันของแต่ละมลรัฐได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐแล้วนั้น มีความแตกต่างกันในบางประเด็น เช่น ในประเด็นของการแบ่งประเภทของสินทรัพย์ดิจิทัล ประเด็นของสิทธิของผู้ดูแลผลประโยชน์ และในประเด็นของหลักทางกฎหมายที่ถือว่าบุคคลถึงแก่ความตาย (the Principal's Death) นั้นจะถูกนำมาปรับใช้ในกฎหมายดังกล่าวด้วยหรือไม่ เป็นต้น^{๒๘}

ด้วยเหตุนี้เอง เพื่อความสอดคล้องกันของกฎหมายที่บังคับใช้ในแต่ละมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา คณะกรรมการการประชุมแห่งชาติเกี่ยวกับกฎหมายเอกรูปของมลรัฐ (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) ของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลโดยผู้ดูแลผลประโยชน์ (The Fiduciary Access to Digital Assets Act)^{๒๙} ทั้งนี้ ในร่างพระราชบัญญัติการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลโดยผู้ดูแลผลประโยชน์ได้บัญญัติให้ผู้จัดการมรดกของผู้ตายสามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ตายได้^{๓๐} กับทั้งสามารถเข้าถึงบันทึกของการ

^{๒๗} Section 2703(b) Contents of Wire or Electronic Communications in a Remote Computing Service and section 2703(c) Records Concerning Electronic Communication Service or Remote Computing Service, the United States Code.

^{๒๘} The Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013), Retrieved February 20, 2014, from

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2013nov_FADA_Mtg_Draft.pdf.

^{๒๙} *Ibid.*

^{๓๐} Section 4 (a) (1), the Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013).



สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ตายที่ถูกควบคุมโดยผู้ให้บริการการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์หรือผู้ให้บริการการประมวลผลทางไกล โดยรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลที่ผู้ตายได้ติดต่อสื่อสารด้วย^{๓๑} ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว ผู้จัดการมรดกของผู้ตายยังสามารถเข้าถึงเนื้อหาของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกควบคุมโดยผู้ให้บริการการประมวลผลทางไกลส่งหรือได้รับจากผู้ตายภายใต้ขอบเขตของมาตรา ๒๗๐๒ (b) ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา^{๓๒} ทั้งนี้ ผู้จัดการมรดกมีอำนาจในการเข้าถึงจัดการ ทำให้ใช้การไม่ได้ (deactivate) และลบสินทรัพย์ดิจิทัล บันทึกหรือเนื้อหาในการติดต่อสื่อสารของผู้ตายได้^{๓๓} นอกจากนี้แล้ว ผู้จัดการมรดกผู้ซึ่งมีฐานะเป็น “ผู้ดูแลผลประโยชน์”^{๓๔} ตามพระราชบัญญัตินี้ยังมีอำนาจกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าของบัญชีผู้ซึ่งมีอำนาจให้ความยินยอมในฐานะที่เป็นเจ้าของบัญชีผู้ใช้ และเป็นบุคคลที่มีอำนาจในการเข้าถึงบัญชีผู้ซึ่งดังกล่าว^{๓๕} โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ระบุให้ “ผู้ดูแลระบบ”^{๓๖} จะต้องเปิดเผยข้อมูลสินทรัพย์ดิจิทัลหรือการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของบัญชีผู้ใช้เพื่อการเข้าถึงสินทรัพย์และการติดต่อสื่อสาร หรือเพื่อการแสดงกรรมสิทธิ์ หรือสำเนาของสินทรัพย์หรือการติดต่อสื่อสารเช่นว่านั้นของผู้ตาย ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ผู้ดูแลได้รับบันทึกคำร้องขอโดยชอบด้วยกฎหมายจากผู้ดูแลระบบผลประโยชน์บัญชีผู้ซึ่งของผู้ตาย^{๓๗}

บัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊ก (Facebook Account) กับกฎหมายไทย

การให้บริการโซเชียลเน็ตเวิร์คโดยเฟซบุ๊กนั้นเป็น “สัญญาให้บริการ” ประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ให้บริการจะต้องทำการเปิดบัญชีผู้ใช้เพื่อขอเข้ารับบริการของเฟซบุ๊ก โดยหลังจากที่ได้มีการกรอกข้อมูลและยืนยันตัวตนด้วยรหัสที่ถูกส่งไปยังจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ขอใช้บริการแล้ว ผู้ให้บริการก็สามารถให้บริการเฟซบุ๊กได้ตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป

ในกรณีที่บุคคลผู้มีบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กถึงแก่ความตายหรือตามกฎหมายถือว่าถึงแก่ความตายโดยหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว “มรดกของบุคคลดังกล่าวย่อมตกทอดแก่ทายาท”^{๓๘} ซึ่ง “กองมรดกของผู้ตายได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”^{๓๙} อาจกล่าวได้ว่าสิทธิในการเข้าถึงบัญชีผู้ซึ่งของผู้ตายอันเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามสัญญาให้บริการกับผู้ให้บริการเฟซบุ๊ก ย่อมเป็นสิทธิตามสัญญา

^{๓๑} Section 4(a)(2), the Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013).

^{๓๒} Section 4(a)(3), the Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013).

^{๓๓} Section 4(b), the Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013).

^{๓๔} ผู้ดูแลผลประโยชน์ (a fiduciary) นั้น มาตรา ๒ แห่งร่างพระราชบัญญัติการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ดูแลผลประโยชน์ ให้หมายความรวมถึง ผู้จัดการมรดก ผู้ปกครอง ผู้ดูแล ตัวแทน หรือทรัสต์

^{๓๕} Section 8(a), the Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013).

^{๓๖} ผู้ดูแลระบบ (a custodian) นั้น มาตรา ๒ แห่งร่างพระราชบัญญัติการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ดูแลผลประโยชน์ หมายถึง บุคคลผู้เก็บ หรือควบคุมสินทรัพย์ดิจิทัล หรือการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ที่เป็นเจ้าของบัญชีผู้ใช้

^{๓๗} Section 9, the Fiduciary Access to Digital Assets Act: Draft for Discussion Only (October 22, 2013).

^{๓๘} มาตรา ๑๕๔๙ และมาตรา ๑๖๐๒ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

^{๓๙} มาตรา ๑๖๐๐ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ที่ผู้ตายมีอยู่ในเวลาที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย โดยหลักแล้ว สิทธิดังกล่าวย่อมตกทอดเป็นมรดก เว้นแต่สิทธินั้นจะเป็นสิทธิที่ตามกฎหมายหรือโดยสภาพของสิทธินั้นเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า สิทธิในการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของผู้ตายย่อมเป็นสิทธิที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ เนื่องจากการเข้าใช้บริการเฟซบุ๊กนั้นก็เข้าไปเพื่อการติดต่อสื่อสารกันระหว่างครอบครัว คนรัก เพื่อนฝูง หรือบุคคลอื่นใดอันมีทัศนคติและรสนิยมที่คล้ายคลึงกัน ตลอดจนเป็นไปได้เพื่อความบันเทิงส่วนตัวหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ของเจ้าของบัญชีผู้ใช้ ซึ่งเป็นเรื่องที่คุณคนแต่ละคนต้องปฏิบัติด้วยตนเองและเป็นไปโดยตามแต่ใจของเจ้าของบัญชีผู้ใช้นั้นๆ ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว แม้กระทั่งในเวลาที่คุณคนยังมีชีวิตอยู่ ก็คงจะมีน้อยคนนักที่จะเต็มใจหรือยินยอมให้ผู้อื่นหรือบุคคลอื่นใดเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของตน หรือยอมให้เข้าถึงข้อมูลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อความทั้งหลายหรือบันทึกกิจกรรมของผู้ใช้ในบัญชีผู้ใช้นั้นๆ ได้เพราะเป็นเรื่องที่มีลักษณะส่วนตัวโดยแท้และเฉพาะตัวโดยสภาพด้วยเหตุดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย สิทธิในการเข้าใช้บริการเฟซบุ๊กในบัญชีผู้ใช้ของผู้ตาย ย่อมไม่ตกทอดเป็นกองมรดกเพราะเป็นสิทธิที่เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้

เนื่องจากข้อมูลทั้งหลายในบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กหรือเกี่ยวข้องกับการใช้บริการเฟซบุ๊กของเจ้าของบัญชีผู้ใช้แต่ละคนนั้นเป็น “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ นั้น หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และหมายความรวมถึง “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น หากมีบุคคลใด ไม่ว่าจะเป็นบุคคลในครอบครัวญาติ เพื่อน หรือคนรู้จักของผู้ตายได้พยายามเข้าถึงหรือได้เข้าถึงบัญชีผู้ใช้ของผู้ตายภายหลังจากเวลาที่ผู้ตายได้ถึงแก่ความตาย ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการรำลึกถึงการจากไปของผู้ตายหรือด้วยวัตถุประสงค์อื่นใด และไม่ว่าจะเป็นการเข้าถึงหรือพยายามเข้าถึงโดยมีรหัสผ่านหรือไม่ หากเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบแล้ว บุคคลผู้นั้นอาจมีความผิดตามมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ ที่ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งการที่เฟซบุ๊กได้กำหนดให้การเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กได้นั้นจะต้องการทำโดยการใส่รหัสผ่านเพื่อเข้าสู่ระบบ ข้อมูลของบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กจึงเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะ โดยได้มีขึ้นเพื่อเจ้าของบัญชีผู้ใช้นั้นๆ

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าพิจารณาว่า อย่างไรจึงจะเป็นการเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ “โดยมิชอบ” ตามความหมายของมาตรา ๗ ตามพระราชบัญญัติฯ นี้ ในประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเป็นกรณีที่ผู้ตายได้เคยให้รหัสเข้าสู่บัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง โดยผู้ตายได้เคยอนุญาตหรือยินยอมให้บุคคลดังกล่าวสามารถเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของตนได้เป็นบางครั้งคราวหรือตลอดเวลาในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ หากภายหลังเจ้าของบัญชีผู้ใช้นั้นได้ถึงแก่ความตายและบุคคลผู้เคยได้รับอนุญาตเช่นนั้นได้เข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของผู้ตาย กรณีเช่นว่านี้ ย่อมมิใช่การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ “โดยมิชอบ” ตามความหมายของมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ อย่างไรก็ดี เป็นที่น่า



สังเกตว่าพระราชบัญญัติฯ นี้ มิได้มีการกำหนดความผิดของผู้ให้บริการระบบ ในกรณีที่ผู้ให้บริการระบบได้มีการเปิดเผยข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการหรือในกรณีที่ผู้ให้บริการได้อนุญาตให้บุคคลอื่นใดเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการแต่อย่างใด

นอกจากนี้แล้ว ถ้าเจ้าของบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กเป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทยและได้ขอเปิดใช้บริการเฟซบุ๊กและใช้บริการเฟซบุ๊กจากประเทศไทย หากเจ้าของบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กดังกล่าวถึงแก่ความตายและบุคคลในครอบครัว ญาติ หรือเพื่อนของผู้ตายต้องการจะเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของผู้ตายโดยได้มีคำขอไปยังผู้ให้บริการเฟซบุ๊กเพื่อขอให้มีให้ข้อมูลเพื่อการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้ของผู้ตายหรือมีการส่งคำขอเพื่อขอข้อมูลใดๆ อันเกี่ยวข้องกับบัญชีผู้ใช้ของผู้ตาย ซึ่งเป็นที่คาดหมายได้แน่นอนว่าเฟซบุ๊กจะปฏิเสธตามนโยบายของตนและเพราะเป็นการขัดต่อกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการเฟซบุ๊กและครอบครัวหรือทายาทของเจ้าของบัญชีผู้ใช้ผู้ถึงแก่ความตายแล้ว เป็นที่น่าพิจารณาว่าจะต้องนำกฎหมายของประเทศไทยหรือประเทศสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้แก่กรณี ในประเด็นดังกล่าวนี้ เนื่องจากในขณะขอเปิดบัญชีผู้ใช้เพื่อขอใช้บริการเฟซบุ๊ก ไม่ได้มีข้อตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ระหว่างผู้ให้บริการเฟซบุ๊กและผู้ให้บริการที่อยู่นอกประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด ปรากฏแต่เพียงคำแถลงเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบของเฟซบุ๊ก ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ผู้ใช้บริการอยู่นอกประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นว่า “ผู้ใช้บริการตกลงยินยอมจะส่งข้อมูลส่วนตัวมายังและให้มีการดำเนินการเกี่ยวกับข้อมูลดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกา”^{๔๐} ซึ่งคำแถลงดังกล่าวของเฟซบุ๊กนี้เป็นคำแถลงที่เฟซบุ๊กได้กำหนดให้ผู้ขอเปิดบัญชีผู้ใช้ได้ตกลงด้วยเมื่อมีการส่งคำขอเปิดบัญชีผู้ใช้

ด้วยเหตุนี้ เมื่อไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟซบุ๊กของผู้ตายที่ใช้บริการเฟซบุ๊กจากประเทศไทยจึงต้องด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ มาตรา ๑๓ วรรคหนึ่ง ที่ได้บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น” เนื่องจากสัญญาขอใช้บริการเฟซบุ๊กเป็นสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลผู้ที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางโดยผู้ให้บริการอยู่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและผู้ขอใช้บริการอยู่ประเทศไทย และไม่ได้มีการตกลงเกี่ยวกับกฎหมายที่จะปรับใช้แก่สัญญาการให้บริการดังกล่าวไว้ ดังนั้นจึงต้องใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้นซึ่งได้แก่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเอง เนื่องจากสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้ใช้บริการได้ส่งคำสนองหรือส่งคำขอลงทะเบียนไปยังผู้ให้บริการ ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น ด้วยเหตุนี้ หากบุคคลในครอบครัว ญาติ

^{๔๐} Article 17 Special Provisions Applicable to Users Outside the United States, Statement of Rights and Responsibilities, Retrieved February 23, 2014, from <https://www.facebook.com/legal/terms>

หรือเพื่อนของผู้ตายต้องการจะเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊กของผู้ตายหรือต้องการที่จะเข้าถึงข้อมูลใดๆ ในบัญชีผู้ใช้ของผู้ตาย ในเบื้องต้น ผู้ให้บริการเฟสบุ๊กจึงไม่อาจให้ข้อมูลดังกล่าวนี้ได้เพราะต้องห้ามด้วยกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

สรุป

เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ที่ผู้ตายมีอยู่ในเวลาที่ถึงแก่ความตาย ย่อมตกเป็นกองมรดกเพื่อแบ่งปันกันระหว่างทายาท ทั้งนี้ เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวตามกฎหมายหรือโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ สิทธิตามสัญญาการให้บริการเฟสบุ๊กเป็นสิทธิที่โดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้จึงไม่ตกทอดเป็นมรดก และภายหลังจากผู้ตายถึงแก่ความตาย ความพยายามในการเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊กของผู้ตายหากได้กระทำโดยมิชอบ อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ นอกจากนี้แล้ว บุคคลในครอบครัวของผู้ตายหรือทายาทของผู้ตายยังอาจถูกปฏิเสธคำร้องขอเพื่อเข้าถึงบัญชีผู้ใช้เฟสบุ๊กหรือคำร้องขอในข้อมูลใดๆ อันเกี่ยวข้องกับบัญชีผู้ใช้ของผู้ตายดังกล่าวได้ เนื่องจากผู้ให้บริการเฟสบุ๊กถูกจำกัดด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา