



การประชุมวิชาการระดับชาติ

“นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 3

กฎหมายกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเทศไทย
(Law and Sustainable Development Goals in Thailand)

วันเสาร์ที่ 8 กันยายน 2561
เวลา 08.30 - 16.30 น.
ณ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์





การประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 3

กฎหมายกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเทศไทย
(Law and Sustainable Development Goals in Thailand)

8 กันยายน 2561 ณ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รวบรวมโดยและออกแบบโดย

คณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3” ประจำปี 2561

ความนำ

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในฐานะสถาบันทางวิชาการชั้นนำของประเทศที่มีภารกิจสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการเผยแพร่ผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์สู่สาธารณชน จึงได้ร่วมจัดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 3 ขึ้น ในหัวข้อธีมเรื่อง “กฎหมายกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในประเทศไทย” (Law and Sustainable Development Goals in Thailand) เพื่อให้เกิดการสร้างองค์ความรู้เชื่อมโยงแง่มุมกฎหมายกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ สะท้อนแง่มุมของการพัฒนาและการปรับใช้กฎหมายเพื่อการพัฒนา

การจัดประชุมวิชาการระดับชาติครั้งนี้ คณะผู้จัดงานมุ่งหวังว่า ผลของการประชุมจะเป็นการพัฒนาเครือข่ายทางวิชาการให้นักวิชาการ นักวิจัย อาจารย์ และนิสิตนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาในประเทศในสาขาวิชานิติศาสตร์ เป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการและประสบการณ์ที่ช่วยให้เกิดการพัฒนาคูณภาพและมาตรฐานวิทยานิพนธ์/การค้นคว้าอิสระ ตลอดจนผลงานวิจัยระดับชาติของนักวิชาการ นักวิจัย คณาจารย์ และนิสิตนักศึกษานในประเทศในสาขาวิชานิติศาสตร์ เป็นช่องทางนำเสนอผลงานวิชาการในประเด็นต่างๆ เพื่อนำไปสู่การสร้างองค์ความรู้ใหม่ เกิดการบูรณาการศาสตร์สาขาวิชาต่างๆ เกิดการนำไปสู่การประยุกต์ใช้ผลงานวิจัย การพัฒนาองค์ความรู้เพื่อประโยชน์ในการเรียน การสอน และการวิจัย และนำไปใช้สร้างประโยชน์ต่อชุมชน สังคม และประเทศชาติต่อไป

บทสรุปการปาฐกถา

การปาฐกถาพิเศษเนื่องในการประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน์ - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3 “กฎหมายกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเทศไทย” (Law and Sustainable Development Goals in Thailand) วันเสาร์ที่ 8 กันยายน 2561 ณ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เรื่อง “นิติศาสตร์ไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ” โดย ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันท์ทกะ สามารถถอดเนื้อหาการปาฐกถาแบบสรุปความและเรียบเรียงรายประเด็น ได้ดังนี้

นโยบายที่เร่งเข้ามาและเลือนหายไปอย่างรวดเร็ว

ก่อนอื่นผมอยากขอเริ่มการปาฐกถาโดยการกล่าวนำเกี่ยวกับนโยบายการพัฒนาของประเทศไทย ที่ผ่านมานโยบายของประเทศไทยมีลักษณะเป็นระบบ Top to down อยู่ในรูปแบบชั่วคราว กล่าวคือ มาแล้วก็หายไป ตัวอย่างที่เห็นชัด เช่น นโยบายประชานิยมอาเซียนที่รัฐบาลเคยพยายามสนับสนุนก่อนหน้านี้ ซึ่งในท้ายที่สุดนโยบายเหล่านั้นจะค่อยๆ ถูกลิ้มเลือนไป ความพยายามในการผลักดันนโยบายดังกล่าวล้มเหลวหรือไม่ และเป็นความรับผิดชอบของใคร ขณะที่การพัฒนาขึ้นของสิงคโปร์อยู่ในระดับสูงเกือบทุกด้าน และประเทศไทยมักบอกอยู่เสมอว่า เราไม่มีทางทำได้อย่างสิงคโปร์เพราะประเทศสิงคโปร์มีขนาดที่เล็กกว่าจึงทำให้บริหารจัดการได้ง่ายกว่ามาก อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศใหญ่มากอย่างจีน ประเทศไทยก็มักจะอ้างอีกเช่นกันว่าจีนมีการพัฒนารุดหน้าเพราะจีนนั้นมีทรัพยากรมากกว่าไทยหลายเท่าตัวนักจึงไม่สามารถพัฒนาได้เท่าทัน

ภายหลังนโยบายเรื่องอาเซียนค่อยๆ เลือนหายไปก็ได้เกิดนโยบาย “ไทยแลนด์ 4.0” ซึ่งเปลี่ยนแนวคิดจากความเชื่อเดิมมาเป็นแนวคิดแบบวิทยาศาสตร์และพึ่งพาเทคโนโลยีมากขึ้น ทั้งนี้ “ไทยแลนด์ 4.0” มีความเชื่อมโยงกับนิติศาสตร์ หากมองย้อนกลับไปในเรื่องของการกำเนิดวิชากฎหมายในช่วงแรกนั้นเกิดในช่วงที่ประเทศไทยยังทำการเกษตรกรรมกันอย่างแพร่หลาย ณ เวลานั้นทรัพย์สินที่มีค่ามากที่สุดคือ ที่ดิน คือ อสังหาริมทรัพย์ และการจัดการที่ดิน ย้อนกลับมายุคปัจจุบัน นโยบายไทยแลนด์ 4.0 แท้จริงแล้วทรัพย์สินอาจจะไม่มีรูปร่างหรือหลักฐาน แต่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่จะเป็นรากฐานของทรัพย์สินต่อไปตลอดจนนำไปสู่การพัฒนาาระบบอุตสาหกรรม ซึ่งกินความไปถึง “สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา” สิ่งเหล่านี้คือแนวคิดสำคัญที่จะพัฒนาโรงเรียนกฎหมาย หรือคณะนิติศาสตร์ต่อไปในอนาคต

นโยบายอาเซียนก็ดี หรือไทยแลนด์ 4.0 ก็ดี ปัจจุบันเริ่มมีกระแสใหม่เกิดขึ้นที่เรียกว่า SDGs : Sustainable Development Goals โดยองค์การสหประชาชาติเป็นผู้คิดค้นซึ่งเป็นแนวคิดของการพัฒนาและดำรงอยู่ได้ด้วยตัวเอง โดยที่ไม่ต้องพึ่งพาสิ่งต่างๆ จากภายนอก โดยมีเป้าหมายทั้งหมด 17 เป้าหมาย ซึ่งมีการคาดการณ์ว่าจะสามารถบรรลุได้ในปี ค.ศ. 2030 ในแง่กฎหมายเป้าหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงอยู่ในเป้าหมายที่ 16

กฎหมายไทยกับกระบวนการทางอาญาที่ยั่งยืน (sustainable) คืออะไร

ปัญหาอาชญากรรมที่พบมากที่สุดคือ “ยาเสพติด” วิธีการแก้ไขปัญหายั่งยืนนั่นคือ การใช้โทษทางอาญาสูงสุด นั่นคือแนวคิดของกฎหมายแบบอเมริกัน แต่หากเราดูในความเป็นจริง เราเคยตั้งคำถามกันหรือไม่ว่า สิ่งนี้แก้ไขปัญหามาได้จริงหรือไม่

ปัญหาล่าช้าบ่งชี้ให้เห็นถึงความสำคัญคือเรื่องของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ข้อเท็จจริงปรากฏว่า กรมทรัพย์สินทางปัญญาพยายามบังคับใช้กฎหมายด้วยการทำลายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ต่างๆ แต่ก็ยังเป็นเพียง

พิธีกรรม (ritual) ซึ่งผู้คนต่างก็ยำเกรงเรื่องนี้น้อยลงไปทุกที ดังนั้น เราสามารถพูดได้ว่าจะดีกว่าไหม หากเรายอมรับว่า กระบวนการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นไม่ได้เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่มันต้องเริ่มจากการยอมรับข้อตกลงร่วมขององค์การสหประชาชาติ เรื่องสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property rights - IPR) นั้นเป็น private right หรือสิทธิเอกชน ดังนั้น เจ้าของสิทธิควรมีสติในการเข้ามามีส่วนร่วมปกป้องทรัพย์สินของตนเองมากขึ้น หรือหมายความว่าให้การดำเนินการทางแพ่งมีประสิทธิภาพมากกว่าทางอาญาเนื่องจากปัจจุบันทรัพย์สินสมัยนี้ไม่ได้มีเพียงแต่ทรัพย์สินที่เป็นสิ่งของ แต่มันรวมถึงทรัพย์สินดิจิทัลด้วย สิ่งเหล่านี้อาจต้องใช้กฎหมายทางแพ่งเสียมากกว่า อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากมุมมองของการเยียวยา อาจให้ผู้ละเมิดจ่ายเงินเยียวยาผู้เสียหายให้เหมาะสมมากขึ้น ผ่านการใช้ทนายความ หรือกระบวนการรักษาสีตินั้นเอง ซึ่งสิ่งนี้อาจเรียกได้ว่า sustainable และมันก็ไม่ได้เกิดจากอำนาจรัฐบาล แต่หากเกิดจากแนวทางการพัฒนาองค์ความรู้ ซึ่งเป็นบทบาทของคณะนิติศาสตร์นั่นเอง

ในส่วนของการพัฒนาอย่างยั่งยืน หรือ sustainable development ขององค์การสหประชาชาตินั้น เป็นอย่างไร ประการแรก องค์การสหประชาชาติกำหนดว่า เราจะต้องมีเรื่องความ “สงบ” ซึ่งในที่นี้ ไม่ได้หมายถึง การสงบราบคาบ ไม่มีความเคลื่อนไหว แต่หากหมายถึงการสมานฉันท์และการมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมเช่นกรณีการระงับข้อพิพาทอย่างสมานฉันท์ในทางแพ่ง ตัวอย่างเช่น การระงับข้อพิพาทนอศาล (Alternative dispute resolution - ADR) โดยที่เราไม่จำเป็นต้องใช้ตัวกลาง หรือสถาบันมาเป็นผู้ตัดสิน เป็นต้น

นอกจากนี้ เราสามารถพิจารณาตัวอย่างแนวการตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือ ICJ เรื่องแนวการตัดสินข้อพิพาทเขาพระวิหารระหว่างกัมพูชาและไทย มีคำกล่าวหาว่าหากให้องค์กรกลางเป็นผู้ตัดสินนั้นมันจะมีแต่เพียงเรื่องแพ้ชนะ แต่เรื่องนี้ อาจมองอีกทางหนึ่ง มันคือการไกล่เกลี่ยกัน โดยประเทศไทยต้องเปิดทางให้กัมพูชาสามารถเข้าไปดูแลพื้นที่ของตัวปราสาทเขาพระวิหารได้ ตามแนวคิดกฎหมายแพ่งเรื่องกรรมสิทธิ์ แต่ทางศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ยังตัดสินให้การดูแลและพัฒนาพื้นที่ต้องเป็นไปอย่างร่วมกัน เนื่องจากทั้งกัมพูชาและไทยนั้นเป็นสมาชิกของ UNESCO ซึ่งหากเราใช้แนวคิด Independent สิ่งนี้จะเกิดขึ้นไม่ได้เลย ดังนั้น แนวคิด Inter-independent หรือการที่ศาลไม่ใช่ House of lord อีกต่อไป แต่จะต้องฟังเสียงและแนวคิดของสมาชิกอื่นๆ ด้วย จึงจะสามารถสร้างความเป็น sustainable ได้มากกว่านั่นเอง ซึ่งสอดคล้องตามแนวคิดของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน SDGs : peaceful และ inclusive โดยผู้พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกันบริหารในสิ่งที่ซึ่งความจริงแล้วอำนาจอธิปไตยเป็นของประเทศหนึ่ง แต่ในนามธรรมคือมรดกโลก

การระงับข้อพิพาททางอาญา โดยใช้แนวคิด peaceful และ inclusive

เราสามารถไกล่เกลี่ยคดีอาญาในฐานะที่รัฐเป็นผู้เสียหายได้หรือไม่ คำตอบคือ หากเรามองในความเป็น inclusive ของจำเลยด้วยแล้ว ตัวศาลนั้นไม่ควรทำ แต่เราสามารถใช้อีกวิธีหนึ่งได้ นั่นคือ Pre-bargaining โดยให้อัยการเป็นผู้เสนอข้อต่อรองให้กับจำเลยก่อน เพื่อให้จำเลยให้ข้อมูลที่ประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมในการสาวเอาความผิดกับผู้บงการใหญ่ได้ โดยกระบวนการทั้งหมดนี้ต้องอยู่ภายใต้การรับรู้ของศาลด้วย เช่น อัยการอาจจะยื่นข้อเสนอให้จำเลยได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี เป็นต้น แต่ศาลต้องรับรู้เพื่อให้เกิดความชอบธรรม และให้ศาลเป็นผู้ตัดสินว่าจะยอมรับในข้อเสนอนี้ระหว่างอัยการและจำเลยหรือไม่ ซึ่งหากต้องการผลักดันกระบวนการนี้ เราให้นักวิชาการที่เป็นกลางเข้ามาศึกษาและทำความเข้าใจรูปแบบวิธีการตัดสินคดีความดังกล่าว

แนวคิดการตัดสินใจที่ความแบบ Inclusive โดยประชาชนมีส่วนร่วม หรือ “คณะลูกขุน”

คณะลูกขุนประกอบไปด้วยวิญญาณที่ไม่จำเป็นต้องมีความรู้ทางกฎหมายจำนวน 12 คน ในเขตอำนาจศาลซึ่งจะเข้ามาร่วมการตัดสินใจที่แท้จริงในคดี โดยการรับฟังพยานหลักฐานที่ศาลเป็นคนกลั่นกรองแล้วว่าสามารถรับฟังได้ ดังนั้น กฎหมายลักษณะพยานจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในระบบนี้ ประเทศไทยนั้นเคยมีการถกเถียงกันเรื่องนี้ในสมัยปี พ.ศ. 2500 โดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ทั้งนี้ระบบลูกขุนถูกคิดว่าเป็นระบบที่แพงเกินไปสำหรับประเทศไทย แต่สักๆ แล้วเราอาจมีข้อสงสัยมากกว่านั้นในระบบนี้ เช่น ความสุจริตของคณะลูกขุน และรวมถึงข้อยุติอันเป็นเอกฉันท์คือ 12-0 ในสหรัฐ หรือ 10-2 ในอังกฤษ ซึ่งประเทศไทยอาจยังไม่พร้อม ดังนั้น สิ่งนี้จึงเป็นสาเหตุที่เราใช้ระบบผู้พิพากษา ซึ่งในทั้ง 3 ศาล เราจะมีผู้พิพากษาที่ช่วยกันตัดสินใจ โดยเฉพาะในศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ซึ่งกว่าจะถึงศาลชั้นนี้คดีมักจะผ่านมาการวินิจฉัยในระยะหนึ่งแล้ว จึงทำให้ศาลมีความสุขรอบคอบในการพิจารณาคดีมากขึ้น

แนวคิดการตัดสินใจที่ความแบบ Inclusive เกี่ยวพันกับหน้าที่ของโรงเรียนกฎหมายอย่างไร

มีแนวคิดว่าจะต้องปฏิรูปการพิพากษาในคดีอาญาอุกฉกรรจ์ โดยจะมีผู้พิพากษา 9 คน เป็นผู้พิพากษา 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 6 คน (หรือคณะลูกขุน) และอีกแนวคิดของญี่ปุ่น คือ การที่นักเรียนมัธยมสามารถเรียนกฎหมายได้โดยใช้เวลา 4 ปี แต่ว่ามีนักเรียนที่สามารถสอบเนติบัณฑิตได้ในปริมาณที่น้อยมาก สิ่งนี้ทำให้เด็กที่เรียนกฎหมายเสียเวลาเป็นอย่างมาก ทำให้เกิดคำถามว่ามันเร็วไปหรือไม่ที่เด็กมัธยมหรือคนทั่วไปก็สามารถมาเรียนกฎหมายได้ ซึ่งการเรียนมุ่งแต่การตีความมากกว่าการเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งที่ควรต้องทำความเข้าใจในเจตนารมณ์ตีความของกฎหมาย คำถามคือเด็กมัธยมสามารถเข้าใจและตีความกฎหมายได้มากน้อยเพียงใด ดังนั้น ในอเมริกาผู้ที่สามารถเรียนกฎหมายได้ต้องจบปริญญาตรีอื่นก่อนและมีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะเข้าใจเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งเพียงพอที่ผู้เรียนจะสามารถตีความขึ้นมาปรับใช้ได้และไม่ตกเป็นทาสของกฎหมายเสียเอง

ในฝรั่งเศสนั้น นักกฎหมายต้องเข้าเรียนในโรงเรียนกฎหมายแห่งชาติเพื่อเข้าใจถึงแก่นแท้และจิตวิญญาณของกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งนั่นคือหน้าที่ของโรงเรียนกฎหมายนั่นเอง โดยหากเราสอนกฎหมายเหมือนประวัติศาสตร์ การที่นักศึกษาเรียนรู้แนวการตัดสินใจของศาลในอดีต หมายถึงเรากำลังแก้ปัญหาปัจจุบันโดยใช้บรรทัดฐานจากอดีต ซึ่งดูไม่เป็นเหตุเป็นผล ในบางครั้งแนวทางพิพากษาของศาลก็ไม่สามารถใช้ได้ในปัจจุบัน เช่น เรื่องลิขสิทธิ์ เพราะทรัพย์สินหลายอย่างในปัจจุบันนั้นฟังจะเกิดขึ้นมาไม่นาน ทำให้ไม่สามารถหาแนวคำพิพากษาใดเป็นเกณฑ์ในการศึกษาได้

กฎหมายที่สำคัญในปัจจุบัน: กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขัน

ปัจจุบันมีกลุ่มทุนที่ใช้อำนาจเหนือตลาดในการบิดเบือนการแข่งขัน ซึ่งนักกฎหมายไม่สามารถเข้าใจสิ่งเหล่านี้ได้ ปัญหาที่ตามมาเมื่อไม่เข้าใจเรื่องการเงิน เศรษฐศาสตร์ จะทำให้ไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของการแข่งขันจากกลุ่มทุนเหล่านี้ได้ ดังนั้นการช่วยเหลือผู้เสียหายอาจไม่ได้มาจากนักกฎหมายเพียงอย่างเดียว ประชาชนจะเข้ามามีส่วนขับเคลื่อน การแสวงหาวิธีการใหม่ จะใช้หาทางออกการช่วยเหลือประชาชนรวมทั้งยังต้องใช้ระบบศาลในการช่วยเหลืออำนวยความสะดวกตามระบบที่เหมาะสม ซึ่งจะช่วยพัฒนาระบบกฎหมายของไทยไปอีกขั้น

เราสามารถลดภาระของนักเรียนกฎหมายลงได้หรือไม่

ประเทศไทยมีวิชากฎหมายที่ต้องเรียนมากที่สุดในโลก จะดีกว่าหรือไม่หากสอนเด็กให้ใช้ความคิดมากขึ้นและลดเนื้อหาวิชาลง ทุกวันนี้เราสอนองค์ความรู้โดยให้นักศึกษาท่องตัวบทหรือฎีกา การตัดสินว่ารูปแบบการสอนแบบนี้ผิดที่ถูกต้องแล้วแต่เรามอง แต่ความเสียหายของการท่องจำคือ ทำให้กระบวนการยุติธรรมทั้งระบบนั้นขาด “จินตนาการ” อีกนัยหนึ่งคือ นักกฎหมายไม่สามารถสร้างแนวคิดวิธีตัดสินในรูปแบบใหม่ได้เลย

ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil law) ศึกษารูปแบบการตัดสินตามตำราหรือยึดถือตัวบทกฎหมาย ในขณะที่ระบบคอมมอนลอว์ (Common law) นั้นศึกษาแนวคำพิพากษาก่อนหน้า เพราะคำตัดสินของผู้พิพากษาคือกฎหมาย โดยการตัดสินกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้น จะมีแนวคำตัดสินที่ยาวมาก เนื่องจากแนวทางคำพิพากษาจะกลายเป็นกฎหมายต่อไปนั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ที่ศาลจะตัดสินคดีความจากตัวบทกฎหมาย ซึ่งมีแนวคำตัดสินที่สั้นและกระชับตามตัวบทกฎหมาย หากเปรียบเทียบกับวิชากฎหมาย อาจารย์ผู้สอนควรจะต้องทำได้ดีกว่าการตัดสินของผู้พิพากษาเพื่อสร้าง “จินตนาการ” ใหม่ ๆ ที่มากกว่าการท่องจำ

นักธุรกิจที่รู้กฎหมาย หรือนักกฎหมายที่รู้การบริหารธุรกิจจะสามารถประสบความสำเร็จได้มากกว่า

ปัจจุบันบริษัททั้งหลายต่างมีความต้องการความรู้ในด้านกฎหมายอย่างมาก เนื่องจากนักบริหารที่มีความมั่นใจในตัวของกฎหมายย่อมสามารถสร้างผลงานที่มีประสิทธิภาพได้มากกว่า กฎหมายจึงมีความจำเป็นอย่างมาก ซึ่งโรงเรียนกฎหมายในปัจจุบันนั้นสร้างนักกฎหมายเพื่อเข้าสู่การตัดสินว่าใครผิดถูก หรือเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเท่านั้น

การเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม (Access to justice)

ถ้านิติสัมพันธ์สามารถเกิดผ่านระบบออนไลน์ ทำไมกระบวนการระงับข้อพิพาทถึงไม่สามารถทำผ่านกระบวนการออนไลน์ได้ ประเทศไทยยังล้มเหลวในกระบวนการนี้อยู่หรือไม่ หากกิจกรรมทางกฎหมายไม่สามารถตอบสนองต่อกิจกรรมออนไลน์ได้ เราจะสามารถระงับข้อพิพาททั้งหลายได้อย่างไร การบูรณาการระหว่างกฎหมายกับเทคโนโลยีจะต้องส่งเสริมให้โรงเรียนกฎหมายสนับสนุนให้นักศึกษาสามารถใช้เครื่องมือเทคโนโลยีที่ทันสมัย มีใช้อยู่หน้าตำราเพียงอย่างเดียว เพื่อให้คุ้นเคยกับการเปลี่ยนแปลงของโลก และสามารถเข้าใจกระบวนการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งไม่ต่างกับตัวบทกฎหมายที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่บ่อยครั้ง

ส่วนท้ายการปาฐกถา

นักกฎหมายยังไม่สามารถตอบคำถามว่าสิ่งใดคือความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยที่ฎีกา หรือคำพิพากษาไม่ได้กล่าวหรือขยายความไว้ ซึ่งสิ่งนี้เป็นสิ่งสำคัญในการใช้เป็นแนวทางตัดสิน หากนักกฎหมายยังคงขาดจินตนาการ การพัฒนากฎหมายยังคงอยู่ที่เดิม โรงเรียนกฎหมายต้องเป็นผู้สร้างโอกาสทางความคิดอันเป็นหน้าที่ในการสร้างนักกฎหมายที่มีคุณภาพออกมาสู่สังคม

คณะกรรมการ

การประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 3” ประจำปี 2561

1. คณะกรรมการเตรียมงาน

1.1 คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์	ที่ปรึกษา
1.2 คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์	ที่ปรึกษา
1.3 อาจารย์ ดร.วัชรชัย จิรจินดากุล	ประธานกรรมการ
1.4 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด	กรรมการ
1.5 อาจารย์ ดร.एमผกา เตชะอภัยคุณ	กรรมการ
1.6 อาจารย์ ดร.ลลิต ก่อวุฒิกุลรังสี	กรรมการ
1.7 อาจารย์ ดร.ประพิน นุชเปี่ยม	กรรมการ
1.8 อาจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล	กรรมการ
1.9 อาจารย์ ดร.อัญธิกา ณ พิบูลย์	กรรมการ
1.10 นางสาวชญาณ์สินีจ ชูติประภานิชกุล	กรรมการ
1.11 นางสาวศิริพร ดอกไม้พุ่ม	กรรมการ
1.12 นางสาวสุวิษญ์ ชาวสีร้อย	กรรมการ
1.13 นางฐิตาพร ทองไทย	กรรมการ
1.14 นางสาวรุ่งทิพย์ ศิริปิ่น	กรรมการและเลขานุการ
1.15 ว่าที่ร้อยตรีหญิงมिरา รัตนสัจญา	กรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

2. คณะกรรมการจัดการประชุม








2.1 คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์	ประธาน
2.2 คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์	รองประธาน
2.3 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี	กรรมการ
2.4 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริชัย มงคลเกียรติศรี	กรรมการ
2.5 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต	กรรมการ
2.6 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด	กรรมการ
2.7 อาจารย์ ดร.นิสิต อินทมาโน	กรรมการ
2.8 อาจารย์ ดร.एमผกา เตชะอภัยคุณ	กรรมการ
2.9 อาจารย์ ดร.ประพิน นุชเปี่ยม	กรรมการ
2.10 อาจารย์ ดร.วัชรชัย จิรจินดากุล	กรรมการและเลขานุการ

3. คณะกรรมการพิจารณาผลงาน







3.1 อาจารย์ ดร.วัชรชัย จิรจินดากุล	ประธาน
3.2 ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ	กรรมการ
3.3 ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล	กรรมการ
3.4 ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครวิโรจน์	กรรมการ
3.5 ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ทกะ	กรรมการ

3.6 รองศาสตราจารย์ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล	กรรมการ
3.7 รองศาสตราจารย์ ดร.สราวุธ ปิตียาศักดิ์	กรรมการ
3.8 รองศาสตราจารย์ ดร.พระมหาหรรษา ธมมมหาโส (นิติบุญยาธร)	กรรมการ
3.9 ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ	กรรมการ
3.10 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมินทร์ บุตรอินทร์	กรรมการ
3.11 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน	กรรมการ
3.12 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์	กรรมการ
3.13 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศิริชัย มงคลเกียรติศรี	กรรมการ
3.14 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด	กรรมการ
3.15 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาทหลวง	กรรมการ
3.16 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต	กรรมการ
3.17 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล	กรรมการ
3.18 ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล	กรรมการ
3.19 อาจารย์ ดร.ช้องนาง วิฑูรานุพงษ์	กรรมการ
3.20 อาจารย์ ดร.ฉานทิธี สันตะพันธ์	กรรมการ
3.21 อาจารย์ ดร.ติญทรศน์ ประทีปพรณรงค์	กรรมการ
3.22 อาจารย์ ดร.นพร โพธิ์พัฒนาชัย	กรรมการ
3.23 อาจารย์ ดร.นิติต อินมโน	กรรมการ
3.24 อาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร	กรรมการ
3.25 อาจารย์ ดร.ฤทธิภักดิ์ กัลป์ยาณภัทรศิษฏ์	กรรมการ
3.26 อาจารย์ ดร.สิพิม วิวัฒน์วัฒนา	กรรมการ
3.27 ดร.สิทธิชัย จันทร์านนท์	กรรมการ
3.28 ดร.สุนทรียา เหมือนพะวงศ์	กรรมการ
3.29 อาจารย์ ดร.ลลิต ก่อวุฒิกุลรังสี	กรรมการและเลขานุการ

สารบัญ

เรื่อง	หน้า
> แนวคิดการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในประชาคมอาเซียนศึกษาเปรียบเทียบ  คณิต ชัยสถาผล	1
> การคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ  วันสนั่น ทวีแสง	21
> การจำกัดสิทธิทางทรัพย์สินของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา  นรา ถิ่นนัยธร	46
> การพัฒนาฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย เพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน  ปฏิภาณ ตั้งวิจิตร	61
> ความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน: คัยรากวาทกรรม “จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง” ในเป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมาย การพัฒนาอย่างยั่งยืนและกฎหมาย ไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ  ธนรัตน์ มังคุด	83
> บทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้า จากพลังงานหมุนเวียนระดับท้องถิ่น  ภาคภูมิ โลหวิธานนท์	109
> การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง :ศึกษาปัญหาในขั้นตอนการได้มา ซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง  ประมาภรณ์ วีระพันธ์	146

สารบัญ (ต่อ)

เรื่อง	หน้า
> ปัญหาธุรกิจค้าประเวณีในสังคมไทยกับแนวทางการแก้ไขที่ มั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน  ตติณณ์ ชัยสายัณห์	172
> มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซีนของโรงงานอุตสาหกรรม  นฤมล เสกธีระ	186
> มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญา  เกวลิน ต่อปัญญาชาญ	209
> มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเล จากปฏิบัติการของเรือ  พิชชา ใจสมคม	225
> สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ : สภาพการณ์และความเป็นไปได้ในประเทศไทย  เสลีนา นิมสุวรรณ์	252
> ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา  อภิสัคค์ พรหมสวาสดี	269

แนวคิดการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในประชาคมอาเซียน: ศึกษาเปรียบเทียบ

Concept of the Preparation of Contract Law in the ASEAN Community:
A Comparative Study

คณิต ชัยสถาผล*

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าเรื่อง “แนวคิดการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียน” ผู้เขียนเองได้เล็งเห็นถึงการตื่นตัวและพัฒนาการของการเปิดประชาคมอาเซียน จึงประสงค์ที่จะศึกษาถึงความเป็นไปได้และแนวทางที่เหมาะสมในการริเริ่มที่จะให้มีกฎหมายลักษณะสัญญา (Contract Law) ที่สามารถจะใช้เป็นต้นแบบของกฎหมาย (Model Law) ในการบังคับใช้กับการทำสัญญาในทางแพ่งทั่วไประหว่างบุคคลใด ๆ หรือเป็นสัญญาทางแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งแน่นอนว่านิติสัมพันธ์ที่ได้ก่อขึ้นนั้นเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งต้องอาศัยหลักกฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) ที่ว่าด้วยเรื่องสัญญามาบังคับใช้แก่กรณี จึงเห็นว่า สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นย่อมต้องนำเอากฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใดมาบังคับใช้เป็นหลัก ซึ่งทำให้คู่สัญญาอาจเกิดความไม่สะดวก ไม่ไว้วางใจต่อกฎหมายหรือระบบการปกครองของประเทศคู่สัญญานั้น จึงนำมาซึ่งการทำกฎหมายต้นแบบขึ้นมาของชาติตะวันตกที่ได้เกิดขึ้นมาแล้วและได้รับการยอมรับ เช่นนี้ในส่วนของชาติตะวันออก รวมถึงภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Asean) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวของภูมิภาคนี้ จึงควรพิจารณาถึงความเป็นไปได้และความเหมาะสมของการมีหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบเพื่อรองรับการเติบโตและความเป็นประชาคมอาเซียนเพื่อให้เกิดการพัฒนาและบูรณาการต่อไป

Abstract

From the opening of ASEAN Economic Community (AEC), the movement of Business transaction or contract is rising relatively. The principle of law for support this changing is contract law, which is suitable for private or business environment. So that The conflict of law of contract law in the general rule is the way for support for any transactions, that let the party enforce by the law of the partier's nationality of the contract or origin of contract which enforce the parties for one country rule. And, this method let some party which have no choice or not satisfied to be enforced by the contract law of one country, and lack of confident from this form in justice way. So the Model rule from middle source or independent organization ,which is blend the gab from the rule of contact law and harmonize the different system legal framework concept from

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยขอนแก่น ปัจจุบันเป็นนักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

civil law and common law ,that each country adopt in their rule. However, in the west country of the world have been initiated the model rule for support this topic many years ago. So, these researches is consider the concept of model rule by focus on ASEAN region that is unique style from other continental and present the harmonization of the contract law from each country for the possibility of principle of ASEAN contract law.

บทนำ

จากการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economy community) ที่เกิดขึ้นในทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (South-East Asia) ตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2558 ที่ผ่านมา โดยการร่วมมือกันของประเทศสมาชิกทั้ง 10 ประเทศในภูมิภาคนี้ ซึ่งได้มีความมุ่งหมายที่จะรวมกลุ่มเพื่อผลานผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจร่วมกัน และดำเนินแนวนโยบายต่าง ๆ ทางสังคมและวัฒนธรรมร่วมกันอันเป็นไปตามปฏิญญาการก่อตั้งประชาคมอาเซียน ซึ่งได้มีการประชุมสุดยอดผู้นำอาเซียนพร้อมทั้งได้ลงนามรับรองร่วมกันด้วย¹ เช่นนี้ปรากฏการณ์ดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความตื่นตัวและความสนใจถึงความมุ่งหมายของการรวมกลุ่มประชาคมระหว่างกันและนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงในด้านต่าง ๆ หลากหลายประการที่จะเป็นผลตามมาทั้งในด้านเศรษฐกิจ การประกอบการค้า แนวนโยบายในการลงทุน การนำเข้าการส่งออกสินค้า การเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างรัฐหรือดินแดนอันส่งผลในทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเป็นวงกว้างทั้งในภาครัฐหรือภาคเอกชนหรือแม้แต่ในระหว่างประเทศด้วยกันเอง ซึ่งแน่นอนว่าย่อมมีผลถึงการติดต่อสัมพันธ์ และการเข้าทำสัญญาผูกพันระหว่างกันย่อมมีเพิ่มมากขึ้นตามมา ซึ่งถือเป็นการสอดคล้องกับแนวนโยบายของ ASEAN ตามแบบพิมพ์เขียว (Blueprint) ในโครงสร้างของการก่อตั้งประชาคมอาเซียนและยังถือเป็นแผนแม่แบบในการบูรณาการของประชาคมอาเซียนเพื่อแสดงถึงเป้าประสงค์ในการจัดตั้งประชาคมอาเซียน AEC ได้บรรลุเป้าหมายเพื่อให้เป็นไปตามพันธสัญญาาระหว่างประเทศร่วมกันของสมาชิกประชาคมอาเซียน ซึ่งจำแนกออกเป็นด้านต่าง ๆ ดังนี้

1. การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน
2. การเป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง
3. การเป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน
4. การเป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก

¹ การประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 9 ที่บาหลี เมื่อเดือนตุลาคม ปี พ.ศ.2546 นั้น ผู้นำอาเซียนได้ร่วมลงนามในปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมืออาเซียนที่เรียกว่า ข้อตกลงบาหลี II (Declaration of ASEAN Concord II หรือ Bali Concord II) เห็นชอบให้จัดตั้งประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) เพื่อสนับสนุนให้อาเซียนรวมตัวเป็นชุมชนหรือประชาคมเดียวกันและร่วมมืออย่างรอบด้านให้สำเร็จภายในปี พ.ศ. 2563 (ค.ศ. 2020) โดยร่วมมือในด้านการเมือง ด้านเศรษฐกิจ และด้านสังคมและวัฒนธรรม ต่อมาในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 12 ณ เมืองเซบู ประเทศฟิลิปปินส์ เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ.2550 ที่ประชุมได้เห็นชอบที่จะให้เร่งรัดการรวมตัวเป็นประชาคมอาเซียนให้เร็วขึ้นกว่าเดิมภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) จึงได้ลงนามใน “ปฏิญญาเซบู ว่าด้วยการเร่งจัดตั้งประชาคมอาเซียนภายใน ปี ค.ศ. 2015” (Cebu Declaration on the Acceleration of the Establishment of an ASEAN Community by 2015) เนื่องจากเห็นว่าสถานการณ์โลกเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว มีการแข่งขันรุนแรงขึ้น อาเซียนจึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับตัวเพื่อให้สามารถจับบทบาทนำในการดำเนินความสัมพันธ์ในภูมิภาคและตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริงต่อไป

จากการเปิดประชาคมอาเซียนคาดการณ์ได้ว่า ลักษณะของการก่อตั้งประชาคมในภูมิภาคหรือการรวมกลุ่มของประเทศสมาชิกต่าง ๆ ย่อมจะส่งผลในทางตรงและยังมีนัยยะสำคัญที่จะนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก กล่าวคือ บริเวณพื้นที่ประเทศในภูมิภาคแห่งนี้จะมีการเพิ่มศักยภาพและขีดความสามารถทั้งในด้านการผลิตสินค้า การค้าขาย การลงทุน การติดต่อสื่อสาร รวมไปถึง การปฏิบัติการต่าง ๆ เพื่อมุ่งไปสู่การเป็นกลุ่มประเทศที่มีระบบการค้าเสรี (free trade area) ด้วย ตัวอย่างเช่น การที่ผู้ผลิตในประเทศไทยแต่ละรายนั้นย่อมจะมีความสามารถนำสินค้าไปจำหน่ายยังประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้ได้โดยมีข้อตกลงเรื่องอัตราภาษีที่เอื้อประโยชน์ต่อการดำเนินการได้ดีขึ้น เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่า สภาพการณ์ของพื้นที่บริเวณเขตการค้านี้จะมีขีดความสามารถในการจำหน่ายสินค้า การบริการต่าง ๆ ขยายหรือเติบโตขึ้นอย่างเด่นชัดหรืออาจกล่าวในมุมมองของการประกอบการอย่างใดนั้น จากเดิมที่ผู้ผลิตซึ่งเคยมีขนาดตลาดการขายหรือบริการภายในประเทศให้แก่ผู้บริโภคเป็นจำนวนประมาณ 60 ล้านคน เช่นนี้ก็ขยายตลาดออกไปสู่ประเทศสมาชิกและเพิ่มจำนวนผู้บริโภคขึ้นไปเป็น 500 กว่าล้านคนเมื่อนับรวมพลเมืองทั้งหมดในภูมิภาคนี้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ลักษณะโครงสร้างของประชาคมอาเซียน (ASEAN) นั้น ได้ดำเนินการโดยใช้สถานะรูปแบบของการเป็น องค์การระหว่างประเทศ (Inter-Governmental Organization) โดยมีใช้เป็นองค์กรเหนือรัฐ (Supranational) ดังเช่น สหภาพยุโรป (European Union) และมีลักษณะทางพลตินัยที่มุ่งหมายที่จะผลักดันให้พื้นที่ดินแดนในภูมิภาคนี้เกิดความเข้มแข็งและเพิ่มอำนาจต่อรองต่อประเทศรอบ ๆ ภูมิภาคนี้เช่น ญี่ปุ่น เกาหลี จีน อินเดีย ซึ่งถือได้ว่าเป็นประเทศที่มีอำนาจต่อรองและมีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจของโลกเป็นอย่างมากในปัจจุบัน นอกจากนี้ ยังพบว่าพื้นที่บริเวณประเทศแถบภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้นั้นถือเป็นดินแดนที่หลายประเทศเริ่มให้ความสำคัญและจับตามองในทางยุทธศาสตร์ที่น่าสนใจมาก เนื่องจากเป็นดินแดนที่มีความพร้อมในเชิงภูมิศาสตร์ที่มีความอุดมสมบูรณ์และมีทรัพยากรธรรมชาติที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอยู่เป็นจำนวนมาก และยังเป็นภูมิภาคที่อัตราค่าครองชีพและอัตราค่าแรงไม่สูงมากนัก³ อันเป็นปัจจัยสนับสนุนในการที่ผู้ประกอบการหรือหน่วยธุรกิจใดจะพิจารณาเป็นตัวเลือกใหม่เพื่อให้เป็นฐานที่ตั้งที่จะใช้เป็นแหล่งผลิตสินค้าบริการได้อย่างน่าสนใจเมื่อเปรียบเทียบกับดินแดนประเทศอื่นในทวีปเอเชีย เช่นนี้แล้ว ในปัจจุบันภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้นี้จึงถือเป็นภูมิภาคที่ผู้ประกอบการจากทั่วโลกเริ่มให้ความสนใจอย่างมากเป็นลำดับต้น ๆ อีกทั้งผู้ประกอบการหรือผู้นำของบรรดาประเทศในภูมิภาคนี้ก็ได้อริเริ่มมองเห็นความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงได้มีความตื่นตัวและเล็งเห็นถึงความสำคัญในการที่ต้องมีการร่วมมือในการที่จะเป็นพันธมิตรต่อกัน เพื่อให้พร้อมรับการเปลี่ยนแปลงที่จะมีการเข้ามาของการเปลี่ยนแปลงและการจับตามองจากชาติอื่นที่จะมีเพิ่มมากขึ้นต่อไปเป็นลำดับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้² ประกอบกับการต้องการร่วมสร้างกำลังเพื่อเป็นการคานอำนาจของชาติมหาอำนาจในเอเชียที่อยู่รอบ ๆ ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งมีการเจริญเติบโตและทรงอำนาจมากขึ้นในสังคมโลกอย่าง จีน อินเดีย ญี่ปุ่น เกาหลี ซึ่งการเติบโตของ

² ดังที่ปรากฏข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงด้านการเจริญเติบโตของประเทศในกลุ่ม “CLMV” ซึ่งได้ตั้งชื่อตามประเทศที่อยู่ในกลุ่ม โดยประกอบด้วย 4 ประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ คือ กัมพูชา ลาว พม่า และเวียดนาม ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มยากจนเมื่อเทียบกับประเทศอื่นในอาเซียนอื่น ๆ และเป็นประเทศที่มีการพัฒนาค่อนข้างช้าเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคเดียวกัน แต่ในปัจจุบันถือเป็นกลุ่มประเทศ CLMV ดังกล่าวนั้นมีอัตราการเติบโตอย่างก้าวกระโดดมาก อันเนื่องมาจากแนวโน้มนโยบายที่ต้องการพัฒนาประเทศและมาตรการทางการค้าการนำเข้าที่มีการให้ลดภาษีนำเข้ากลุ่มประเทศ CLMV ประกอบกับ กลุ่มประเทศดังกล่าวล้วนแต่เป็นประเทศที่มีศักยภาพทั้งในด้านทรัพยากรธรรมชาติ และตลาดแรงงานที่มีราคาไม่สูงนัก เช่นนี้แล้วทิศทางการเจริญเติบโตดังกล่าว จึงทำให้ผู้ลงทุนจากหลายภาคธุรกิจพุ่งเป้าและให้ความสำคัญกับกลุ่มประเทศดังกล่าวนี้อย่างมาก อันนำมาซึ่งการเจริญเติบโตแห่งภูมิภาคโดยรวมอย่างชัดเจนต่อไป

ประเทศเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศเล็ก ๆ ในภูมิภาคอาเซียนที่จะรับการแผ่อิทธิพลในทางตรงหรือทางอ้อมมาโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อย่างแน่นอนด้วย

ในส่วนการศึกษาวิจัยเรื่องแนวคิดการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนนั้น ผู้เขียนเองได้เล็งเห็นถึงการตื่นตัวและพัฒนาการของการเปิดประชาคมอาเซียนดังกล่าวแล้ว จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงความเป็นไปได้และแนวทางที่เหมาะสมในการริเริ่มที่จะให้มีกฎหมายลักษณะสัญญา (Contract Law) ที่สามารถจะใช้เป็นต้นแบบหลัก (Model Law) ในการบังคับใช้กับการทำสัญญาในทางแพ่งทั่วไประหว่างบุคคลใด ๆ หรือเป็นสัญญาทางแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศโดยกระทำกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นบุคคลอันมีถิ่นที่อยู่ (Setting) ในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ และ/หรือ อาจจะขยายความไปถึงการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างบุคคลในประชาคมอาเซียนกับคู่สัญญานอกอาเซียน ซึ่งแน่นอนว่านิติสัมพันธ์ที่ได้ก่อขึ้นนั้นเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งต้องอาศัยหลักกฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) ที่ว่าด้วยเรื่องสัญญาฉบับบังคับใช้แก่กรณี กล่าวคือ กรณีหากคู่สัญญาต่างได้กำหนดความประสงค์ที่จะพึงใช้กฎหมายของประเทศใดหรือกฎหมายอย่างใดแล้ว ก็ให้เป็นไปตามนั้นตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา³ (Autonomy of will) หรือหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกำหนดกฎหมายใดมาบังคับใช้แล้ว กรณีนี้ก็ต้องนำหลักกฎหมายที่คู่สัญญาได้มีสัญชาติร่วมกัน (lex patriae) มาปรับใช้กับสัญญา และหากคู่สัญญาที่มีสัญชาติที่ต่างกันแล้ว ก็ย่อมต้องบังคับด้วยกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำกันขึ้น (lex loci contractus) อันถือเป็นหลักการพื้นฐานที่นำมาใช้พิจารณาถึงสัญญานั้นเป็นหลัก

จากนิติวิธีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นนั้น ทำให้เกิดมีแนวคิดในการหานิติวิธีในรูปแบบใหม่ที่จะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายในประชาคมโลก ด้วยวิธีการที่พยายามจะสร้างหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับกันเพื่อจะให้นำมาใช้ควบคุมหรือเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยต่อสัญญาที่มีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และใช้เป็นเครื่องมือในการหาข้อยุติหรือระงับข้อพิพาท ในกรณีที่เกิดปัญหาอย่างใดในสัญญานั้น เพื่อให้คู่สัญญาเกิดความพึงพอใจในกฎหมายที่จะนำมาเป็นข้อบังคับระหว่างกันอย่างเท่าเทียมเสมอภาคกันและเป็นที่ยอมรับของคู่สัญญาเองโดยมิต้องอาศัยการนำเอาหลักกฎหมายขัดกัน (Conflict of law) ซึ่งยึดหลักการใช้จุดเกาะเกี่ยวระหว่างคู่สัญญาในทางใดทางหนึ่งมาเป็นวิธีการในลักษณะของการนำเอากฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งมาปรับใช้กับสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างกัน โดยอาจอธิบายให้เห็นเป็นรูปธรรมในลักษณะดังนี้ กรณีที่คู่สัญาฉบับหนึ่งได้เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาได้มีข้อตกลงกำหนดไว้ว่าประสงค์จะใช้กฎหมายของประเทศใดเพื่อบังคับใช้ต่อสัญญาที่ได้ทำขึ้นระหว่างกันนั้น หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มีการเจรจาตกลงกันด้วยความเต็มใจหรือพอใจทั้งสองฝ่ายแล้วย่อมไม่เกิดความเคลงใจต่อกฎหมายที่เลือกมาใช้กับสัญญาที่สร้างขึ้น แต่ในบางกรณีนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าก็ได้ใช้กลไกที่ตนอยู่ในฐานะที่สูงกว่าได้กำหนดให้นำกฎหมายของประเทศตนหรือกฎหมายของประเทศใดที่ตนพอใจมาบังคับสัญญา ซึ่งบางครั้งอาจนำมาซึ่งความเคลงใจต่อการต้องนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับสัญญานั้นได้ หรืออย่างกรณีหากมิได้มีการตกลงระหว่างกันไว้อย่างกรณีแรก ก็ต้องนำเอากฎหมายซึ่งคู่สัญญาที่มีสัญชาติมาบังคับใช้ ซึ่งกรณีนี้อาจเกิดกรณีที่ต้องนำเอากฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาที่มีสัญชาตินั้นมาปรับใช้ โดย

³ โดยกฎหมายที่เลือกนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย มิฉะนั้น จะให้ศาลของประเทศที่พิจารณาคดี (lexforum) สามารถปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายที่เลือกนั้น และจะไปบังคับตามกฎหมายภายในของศาลที่พิจารณาคดี (lexfori) แทน (โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556, หน้า 161)

หากคู่สัญญานั้นมีได้มีสัญชาติเดียวกันแล้วก็ย่อมมีโอกาสใช้หลักดังกล่าวได้ หรือกรณีที่คู่สัญญาที่มีสัญชาติเดียวกันแต่ได้ทำสัญญากันในประเทศอื่นนั้น การที่จะนำเอาหลักกฎหมายสัญญาของประเทศที่คู่สัญญามีสัญชาติมาปรับใช้ในประเทศอื่นนั้นก็อาจนำมาซึ่งความไม่สะดวกหรือไม่คล่องตัวในทางปฏิบัติได้เช่นกัน หรือกรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างไม่ได้กำหนดให้ใช้กฎหมายใดและคู่สัญญาต่างก็มีสัญชาติเดียวกันแล้วกรณีย่อมต้องนำเอาหลักกฎหมายของประเทศที่ได้ทำสัญญาขึ้นมาปรับใช้กับสัญญาที่ได้ทำขึ้นซึ่งกรณีนี้ก็อาจนำมาซึ่งความคลางแคลงใจในตัวกฎหมายแห่งถิ่นที่อยู่ที่ได้ทำสัญญาขึ้นได้ว่า มีความเที่ยงธรรมหรือเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศหรือไม่อย่างไรเช่นนี้ เป็นต้น เห็นได้ว่า แนวทางดังได้กล่าวมาแล้วนั้นเป็นไปตามแนวทางของหลักกฎหมายขัดกัน ตามพรบ.ว่าด้วยกฎหมายขัดกัน 2481⁴ ซึ่งได้กำหนดวิธีการเลือกใช้กฎหมายที่มาบังคับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งอาศัยการเลือกใช้กฎหมายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวในสัญญาที่ทำขึ้นนั้นมาเป็นแนวทางเลือกกฎหมายมาปรับใช้นั่นเอง

กล่าวได้ว่า ภายหลังจากที่มีเปิดประชาคมอาเซียนขึ้นในปี 2558 ซึ่งจะนำมาซึ่งการเติบโตระบบการค้า การธุรกิจ การลงทุน ต่าง ๆ ตามนโยบายของ ASEAN ที่มุ่งหวังจะให้เติบโตไปเป็นเขตการค้าเสรี (เช่น การรวมกันเพื่อให้เป็นเขตศุลกากรเดียวกัน โดยไม่มีกำแพงภาษี (Free Trade Area) และมีมาตรการส่งเสริมด้านเศรษฐกิจหลายต่อหลายด้านนั้น ย่อมเป็นที่คาดเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ระหว่างประเทศสมาชิกในประชาคมอาเซียนเอง รวมถึงการติดต่อกับนอกประชาคมอาเซียนนั้นย่อมจะเกิดการตื่นตัวและกอนิติสัมพันธ์ระหว่างกันอย่างมากมาย โดยเฉพาะการเจรจาตกลงทำสัญญาระหว่างกันย่อมจะมีขึ้นตามมาอย่างไม่อาจปฏิเสธได้แน่นอน ผู้เขียนจึงมุ่งหมายที่จะทำการศึกษาวิจัยถึง แนวทางและความเป็นไปได้ พร้อมทั้งข้อดี ข้อเสีย ถึงแนวคิดในการที่จะริเริ่มให้มีหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของประชาคมอาเซียน หรืออาจเรียกอีกอย่างว่า “ASEAN Model Law” ว่าด้วยสัญญาของประชาคมอาเซียนโดยมุ่งศึกษาถึงรากฐานความเป็นมา ระบบกฎหมาย รวมถึงเนื้อหาของหลักกฎหมายสัญญาในประเทศสมาชิกแห่งประชาคมอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ และนำมาออกแบบการร่างกฎหมายต้นแบบเพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการมีกฎหมายลักษณะสัญญาของประเทศประชาคมอาเซียน ด้วยการวิเคราะห์ถึงความแตกต่างและนิติวิธีที่ยึดถือในหลักกฎหมายสัญญาของแต่ละประเทศทั้งที่ยึดถือในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) และซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งทั้งสองระบบดังกล่าวนี้ถือเป็นประเด็นสำคัญและเกิดช่องว่างในความแตกต่างของหลักเกณฑ์และแนวคิดของระบบกฎหมายทั้งสองแบบ ซึ่งถือเป็น 2 ระบบกฎหมายหลักของโลกที่ประเทศต่าง ๆ ได้ยึดถือมาใช้ในประเทศต่าง ๆ อีกทั้งประเทศสมาชิกอาเซียนก็ได้ยึดถือด้วยเช่นกันแต่ก็มีรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ประวัติความเป็นมาของระบบกฎหมายตนเอง รวมทั้งการนำเอาหลักกฎหมายดังกล่าวมาวิเคราะห์ (Analysis) และผสมผสาน (Blending) เพื่อนำมาจำลองรูปแบบหรือสร้างแนวทางที่มีความเป็นกลางและให้เหมาะสมกับลักษณะของรูปแบบกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับประชาคมอาเซียนนี้ให้ลงตัวที่สุดต่อไป

การศึกษาแนวทางดังกล่าวนี้ ผู้เขียนคาดหมายว่าจะเป็นการสร้างเครื่องมือในการสร้างความเชื่อมั่นต่อการทำสัญญาของคู่สัญญาที่อยู่ในรัฐภาคีในประชาคมอาเซียนนี้ได้ทั้งเป็นการลดปัญหาช่องว่างและความไม่

⁴ พรบ.ว่าด้วยกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาตรา 13 วรรคแรก บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทำสัญญานั้นได้ทำขึ้น”

คล่องตัวจากการเลือกบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวกับคู่สัญญาหรือการทำสัญญาในทางใดทางหนึ่งตามหลักกฎหมายขัดกันซึ่งโดยผลของกฎหมายดังกล่าวย่อมนำมาสู่การที่ต้องไปเลือกใช้หลักกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งจากผลของกฎหมายดังกล่าวย่อมอาจนำมาซึ่งความคลางแคลงใจของคู่สัญญาดังกล่าวมาแล้ว ด้วยเหตุดังกล่าวประกอบกับเมื่อได้ยื่นมาพิจารณาประกอบความมุ่งหมายในการก่อตั้งประชาคมอาเซียนขึ้นมานี้แล้ว ย่อมนำมาสู่แนวคิดในการหาแนวทางในการมีกฎหมายต้นแบบเพื่อนำมาเป็นทางเลือกหรืออาจนำมาบังคับใช้แก่นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในประเทศในประชาคมอาเซียนว่าจะมีความเป็นไปได้หรือไม่ เพียงใด ที่จะมาเป็นเครื่องมือทางเลือกอย่างหนึ่งที่บังคับใช้ต่อนิติสัมพันธ์หรือสัญญานั้น ซึ่งเครื่องมือนี้ย่อมอาจจะทำให้ได้รับเชื่อมั่นระหว่างคู่สัญญาที่จะมามีผลบังคับใช้ต่อนิติกรรมสัญญาระหว่างคู่สัญญาระหว่างประเทศ หรือประชาคมอาเซียนได้อย่างมีเอกภาพมากขึ้นเพียงใด ย่อมจะได้ทำการศึกษาต่อไป

ในการริเริ่มให้มีกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonize) ดังกล่าว ผู้เขียนทำการศึกษาเทียบเคียงกับแนวทางของประชาคมโลกที่ได้มีการริเริ่มให้มีกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่มีเจตนารมณ์ให้ใช้ในภูมิภาคของตน หรือบังคับใช้เป็นการทั่วไปอย่างเป็นรูปธรรมขึ้นแล้ว ซึ่งจากการค้นคว้านั้นเห็นว่าแนวทางการสร้างกฎหมายต้นแบบดังกล่าวไม่ได้ถือว่าเป็นปรากฏการณ์ใหม่ทางนิติศาสตร์แต่อย่างใด กล่าวคือ ในทางประชาคมโลกนั้นได้มีการริเริ่มและก่อสร้างกฎหมายต้นแบบ (Model Law) อย่างเป็นรูปธรรมเพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและลดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งดังได้กล่าวมาแล้วตัวอย่างเช่น หลักเกณฑ์ได้ริเริ่มจากองค์กรเอกชนระหว่างประเทศให้มีกฎหมายต้นแบบเพื่อมุ่งหมายให้นำมาใช้กับสัญญาทางพาณิชย์ระหว่างประเทศคือ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Law 2010 ซึ่งจัดทำขึ้นมาจากองค์กรเอกชนที่มีแนวคิดเพื่อให้มีกฎหมายต้นแบบขึ้นหรืออย่างกรณีประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งได้มีการพิจารณาผ่านร่างกฎหมายสัญญาในกลุ่มประเทศยุโรปแล้ว และอยู่ระหว่างกระบวนการที่จะนำออกมาบังคับใช้ คือ Principles of European Contract Law – “PECL” ซึ่งในขณะเขียนงานฉบับนี้นั้นผู้เขียนพบว่า คณะทำงานดังกล่าวนี้ได้มีความพยายามที่จะพัฒนารูปแบบกฎเกณฑ์ของการทำประมวลกฎหมายแพ่งแห่งยุโรป หรือ European Civil Code ขึ้นมาด้วยเพื่อให้เป็นกฎหมายแม่บทที่ใช้ในภูมิภาคยุโรปเลยทีเดียวเป็นต้น ดังนั้นจากพัฒนาการดังกล่าวนี้ เมื่อได้นำมาวิเคราะห์ถึงประโยชน์และความมุ่งหวังของกลุ่มประเทศอื่น ๆ นั้นได้ริเริ่มหรือพยายามให้มีการบังคับใช้กฎหมายต้นแบบอย่างเป็นรูปธรรมแล้ว โดยมุ่งหมายให้เป็นแนวทางที่จะให้แต่ละรัฐรับไปเป็นกฎหมายภายในของตนโดยมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งยังกำหนดกรอบกฎเกณฑ์ว่าจะให้พึงสามารถบังคับใช้บังคับคู่สัญญาได้บ้างและเมื่อนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับประชาคมอาเซียนนี้เองแล้วจะมีความเป็นไปได้หรือมีความพร้อมความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งที่ควรคำนึง คือ แนวคิดที่จะมีการทำกฎหมายต้นแบบ (Model rule) ที่มีความประสงค์จะให้เกิดความเป็นรูปธรรมต่อการบังคับใช้กันได้จริงนั้น โดยหลักแล้วย่อมต้องให้ประเทศในประชาคมอาเซียนนั้นจะดำเนินการร่วมกันที่จะให้มีการยอมรับกฎหมายต้นแบบนี้ด้วย ซึ่งอาจเป็นวิธีการปรับข้อความที่บัญญัติในกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบนี้ ซึ่งแน่นอนว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศแต่ละท้องถิ่นนั้นมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศแต่ละระบบกฎหมายออกไป จึงอาจเป็นเรื่องยากพอสมควรที่จะดำเนินการในลักษณะนี้ แต่กรณีนี้อาจพอกล่าวได้ว่า หากมีกฎหมายต้นแบบแล้วให้แต่ละประเทศให้การยอมรับและมีการตกลงกันที่จะให้การบังคับใช้กฎหมายต้นแบบนี้มีผลในระดับใด เช่นนี้จึงอาจพอมีความเป็นไปได้พอสมควรที่จะทำให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม ซึ่งส่วนนี้คงต้องมีการศึกษากันต่อไป แต่อย่างไรก็ตามมีแนวคิดที่

จะประสานเพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันด้วยวิธีการสร้างกฎหมายต้นแบบ ก็ถือเป็นวิธีการที่มีความยืดหยุ่น และง่ายต่อการที่คู่สัญญาจะมีทางเลือกที่จะเอากฎหมายนี้มาใช้ในสัญญาของตนเองได้ ทั้งกฎหมายต้นแบบมีความง่ายมากกว่าการการทำสนธิสัญญาที่ได้รับถึงหน้าที่ของรัฐที่จะไปดำเนินการเพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ มีผลบังคับระหว่างรัฐเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะอื่นที่มีใช้การมีกฎหมายต้นแบบ เช่นนี้จึงทำให้กฎหมายต้นแบบนี้ได้รับความนิยมมากกว่าการใช้สนธิสัญญาที่กล่าวถึงข้อตกลงความร่วมมือกันในเรื่องเดียวกันซึ่งมักเป็นเพียงแนวโนบายที่จะดำเนินการร่วมกัน แต่ในทางนิติศาสตร์แล้วปัญหาในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ต่อสัญญาระหว่างกันในแง่มุมมองกล่าวคู่สัญญาย่อมประสงค์ให้มีความชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมขึ้น

นอกจากนี้ จากการวิจัยในระยะเวลาที่ผ่านมาพบว่า สมาคมกฎหมายแห่งอาเซียน หรือ ASEAN Law Association (ALA) ซึ่งถือเป็นองค์กรที่ดำเนินการประสานความร่วมมือของประชาคมอาเซียนในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย ได้ทำการศึกษถึงความแตกต่างของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศในภูมิภาค จึงได้จัดให้มีการประชุมสัมมนาและอภิปรายกับบรรดาอาจารย์ที่อยู่ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ของประเทศอาเซียนในงาน Workshop of Legal System in the ASEAN member states (Bandang, 15 December 2014) ในหัวข้อเรื่องของการทำกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในภูมิภาคอาเซียนนี้ ในหัวข้อเรื่องที่ว่า “Harmonization of ASEAN Law” ซึ่งได้ศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการมีกฎหมายหัวข้อต่าง ๆ ร่วมกันในภูมิภาคอาเซียน โดยได้มีแนวโนบายที่จะให้นักวิชาการได้ทำการศึกษาและทำให้เกิดผลในเรื่องดังกล่าวด้วยเช่นกัน⁵ นอกจากนี้ ในช่วงเวลาที่ผ่านมา ประเทศมหาอำนาจในภาคพื้นทวีปเอเชียได้แก่ จีน ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ไต้หวันนั้น ก็ได้มีความมุ่งหมายที่จะทำให้เกิดหลักกฎหมายสัญญาให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของทวีปเอเชีย (Principles of ASIAN contract Law-PACL) เห็นได้ว่าในมิติของกรอบความคิดในเรื่องที่กำลังศึกษาดังกล่าวนั้น ประเทศที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างจีน ญี่ปุ่น เกาหลีไต้นั้น ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการสร้างกฎเกณฑ์หรือกฎหมายร่วมกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อภูมิภาคเอเชียนี้ ซึ่งในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา นั้นย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ฐานการผลิตสินค้าและแหล่งวัตถุดิบต่าง ๆ ที่อยู่ในตลาดของโลกนี้ ได้มาจากภูมิภาคเอเชียเป็นส่วนมาก เช่นนี้แล้วย่อมส่งผลในด้านการติดต่อทำสัญญา ธุรกิจระหว่างประเทศในหลายด้านนั้น และส่งผลให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างบุคคลที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับทวีปเอเชียด้วยกันเพิ่มขึ้นนั่นเอง ประกอบกับ ในช่วงภายหลังซึ่งได้มีการจัดทำกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ตั้งแต่ในปี 2008 มานั้น ประชาคมอาเซียนได้ขยายความสัมพันธ์ต่อพันธมิตรรอบ ๆ อาเซียนเพิ่มขึ้น ดังเช่นการจัดให้มีการประชุม ASEAN + 1 หรือ ASEAN+3 หรือ ASEAN+6 จึงเห็นได้ว่า ประเทศต่าง ๆ ที่อยู่รอบ ๆ ภูมิภาคของเรานั้น ก็มีความสนใจและมุ่งหวังที่จะมีความสัมพันธ์กับประชาคมอาเซียนด้วยเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นแล้ว ทิศทางและแนวโน้มจึงคาดเห็นได้ว่า การเติบโตของประชาคมอาเซียนจะมีความตื่นตัวและเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เช่นนี้แนวคิดในการพิจารณาในเรื่อง กฎเกณฑ์ที่เป็นเครื่องมือในการรวมกลุ่มของประชาคมอาเซียน โดยเฉพาะในเรื่องการทำสัญญานั้น จึงควรมีทิศทางในการพิจารณาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายเพื่อให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จึงเป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณาอย่างยิ่ง และในช่วงประมาณต้นเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2559 ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ดำเนินการจัดการประชุมสุดยอดอาเซียนสมัยพิเศษ (The U.S – ASEAN Leaders Summit) ณ Sunny lands เมือง Rancho Mirage มลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ซึ่งทางประเทศสหรัฐอเมริกาได้เชื่อมั่นในเหตุแห่งการที่ตนเป็นหุ้นส่วนทางยุทธศาสตร์ (Strategic partnership) ของการรวมตัวกันของประเทศสมาชิกอาเซียน เพื่อให้เกิดความเป็นรูปธรรมในการพัฒนาของการ

⁵ ASEAN LAW ASSOCIATION, Newsletter (September 2014-January 2015),Page 4

เปิดประชาคมอาเซียนด้วย นับได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเองนั้นก็ได้อุตตามเฝ้ามองและให้ความสำคัญกับการเปิดประชาคมอาเซียนเป็นอย่างมากเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ จึงต้องนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบอื่น เช่น UNIDROIT Principles, Principle of Contract law and European Civil code ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นมาแล้วของภูมิภาคอื่นนั้นมาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาที่อยู่ในบริบทของประเทศในภูมิภาคอาเซียนได้อย่างดียิ่ง เพื่อจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่ได้กำหนดเอาไว้และสามารถนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงกับแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของอาเซียนเอง และยังสามารถนำมาพิจารณาประกอบการจะดำเนินการด้วยการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาขึ้นมาใช้เพื่อดูความเป็นไปได้ในการใช้กฎหมายว่าจะยึดถือแนวทางหลักกฎหมายสัญญา ไปในทิศทางของหลักกฎหมายในแนวทางของประเทศใด หรือระบบกฎหมายใด ซึ่งเป็นตัวอย่างที่เป็นรูปธรรม อันจะมาพิจารณากับแนวทางของอาเซียนเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับภูมิภาคในประชาคมอาเซียนนี้ได้อย่างลงตัวต่อไป⁶ ทั้งนี้ ผู้เขียนประสงค์ที่จะศึกษาเปรียบเทียบไปถึงแนวทางการนำไปใช้และวิธีการที่จะระงับข้อพิพาทด้วยการใช้กฎหมายสัญญาต้นแบบ (Model Law) จากคดีตัวอย่างหรือข้อพิพาทอย่างใดก็ได้ที่มีการใช้หลักกฎหมายต้นแบบนั้น เป็นเครื่องมือที่เป็นการระงับข้อพิพาทของสัญญาระหว่างประเทศ ประกอบกับการศึกษาถึงสมมติฐานคดีต่าง ๆ ที่เป็นสัญญาระหว่างประเทศในประชาคมอาเซียนและแนวทางการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ก่อนในปัจจุบันนี้เพื่อให้มองเห็นภาพจากการนำหลักทางทฤษฎีมาสู่ภาคปฏิบัติ เช่นนี้แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมยุโรปและของภูมิภาคอื่นนั้นย่อมถือเป็นแนวทางที่มีความเป็นรูปธรรมในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนได้เป็นอย่างดี และสามารถนำมาเป็นกรณีศึกษาที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง เนื่องจาก แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาดังกล่าวนั้น พอจะสังเกตได้ว่า แนวทางดังกล่าวได้มีการรวบรวม ค้นคว้า และจัดทำขึ้นมาก่อนหน้านี้เป็นเวลาพอสมควรแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของประชาคมยุโรป (European private law) ซึ่งได้มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 1990 แล้ว และได้พัฒนาขึ้นมาจนสามารถจัดทำหลักกฎหมายทางแพ่ง ซึ่งครอบคลุมเนื้อหาที่สำคัญ ๆ ไว้เป็นหลักกฎหมายต้นแบบ (Model of Private Law) ได้อย่างเป็นรูปธรรม และมีความก้าวหน้าไปค่อนข้างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นพัฒนาการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบที่มีคุณค่ายิ่งในทางกฎหมายเอกชนของโลก มากกว่าแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายในภูมิภาคอื่น ทั้งยังได้รวบรวมและขัดเกลาจากความแตกต่างของหลักกฎหมายในเรื่องเดียวกันประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคตนเพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในภูมิภาคที่มีความหลากหลายทางสังคม กฎหมาย รวมถึง ระบบการปกครองที่แตกต่างกัน ซึ่งเมื่อนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงกับสภาพแวดล้อมและบริบท ในภูมิภาคอาเซียน (ASEAN) ที่จะได้มีการรวมประเทศที่มีความแตกต่างทางระบบกฎหมาย ทั้งประเทศ

⁶ ทิศทางการศึกษาวิจัยของผู้เขียนนั้น มุ่งหมายที่จะเทียบเคียงโดยเดินตามหลักการของการเป็นกฎหมายแพ่งเชิงพาณิชย์ (Commercial Law) เป็นแนวทางหลัก โดยมีได้มุ่งเน้นไปในแนวทางของกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ (Civil Law) เพราะหลักการพื้นฐานที่กฎหมายให้ความรับรองและคุ้มครอง ระหว่างแนวทางตามทฤษฎีของกฎหมายแพ่ง (Commercial Law) กับ กฎหมายแพ่ง (Civil Law) นั้น จะมีความแตกต่างกันในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจาก ด้วยสภาพรูปแบบของสังคมและพัฒนาการทางด้านการติดต่อสื่อสารและการทำนิติสัมพันธ์ใด ๆ ระหว่างบุคคลต่างดินแดน ถิ่นฐานนั้น แนวทางการจัดทำกฎหมายในเชิงพาณิชย์ที่กำหนดขึ้นมาได้พยายามปรับแนวคิดในการให้ความคุ้มครองคู่กรณีที่อาจแตกต่างออกไปจากแนวทางกฎหมายแพ่งที่ได้เคยศึกษากันมาแต่เดิม ตัวอย่างเช่น การให้ความคุ้มครองต่อคู่สัญญาที่ทำโดยสำคัญผิด ซึ่งในแนวทางดั้งเดิมที่พบดังเช่น ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นได้ให้ความคุ้มครองคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายเป็นสำคัญ แต่ในทิศทางการคุ้มครองเชิงพาณิชย์นั้นจะพิจารณาให้ความคุ้มครองถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยเช่นกัน ด้วยการที่ให้ความไว้นับเชื่อใจในการทำสัญญากับผู้เสียหายนั่นเอง เช่นนี้เป็นต้น

ที่ได้ยึดถือแนวทางของระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และในบางประเทศก็ได้มีหลักกฎหมาย สภาพสังคม วัฒนธรรม ศาสนา ซึ่งล้วนมีอิทธิพลต่อกฎหมายของตน อันนำมาซึ่งช่องว่างในความแตกต่างของบทกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่น กฎหมายอิสลาม (Islamic law) ซึ่งในการศึกษาของผู้เขียนที่มุ่งหมายจะดำเนินการศึกษาถึงการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาาร่วมกันของภูมิภาคแห่งนี้ จึงถือเป็นข้อสำคัญในการนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมยุโรปซึ่งมีพัฒนาการและความก้าวหน้าในการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ มาเป็นแนวทางในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนซึ่งมีโครงสร้างและความหลากหลายของประเทศสมาชิกอย่างเดียวกันได้ พร้อมทั้งสามารถนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของภูมิภาคอื่นซึ่งมีเป้าหมายและวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันมาเป็นแนวทางพิจารณาประกอบการศึกษาด้วยอันจะทำให้แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนมีความสมบูรณ์และเป็นประโยชน์ต่อประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อย่างดียิ่งขึ้น

ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนซึ่งมีโครงสร้างของการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในหลาย ๆ หัวข้อ ซึ่งการจัดทำหลักกฎหมายร่วมกันดังกล่าวแต่ละหัวข้อ เช่น หลักกฎหมายในเรื่องการก่อเกิดสัญญา ที่แต่ละประเทศมีความแตกต่างกันตามระบบกฎหมาย เช่น ในระบบคอมมอนลอว์นั้นได้ยึดถือแนวทางที่จะต้องให้สัญญาที่สร้างขึ้นได้มีสิ่งตอบแทนระหว่างกันในสัญญา (consideration) ซึ่งหลักการดังกล่าวมิได้พบในประเทศที่ยึดถือระบบแบบซีวิลลอว์ หรืออย่างกรณีการพิจารณาตามหลักกฎหมายเรื่องผลประโยชน์ระหว่างกันในสัญญาที่ต้องมีการตอบแทนระหว่างกันนั้น ในแนวทางของคอมมอนลอว์เองก็จะปรากฏหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความไม่เท่าเทียมกันของผลประโยชน์ในสัญญา (Unfair exploitation) ซึ่งใน European private law ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์นี้เอาไว้เพื่อให้คู่สัญญาที่เสียเปรียบสามารถเพิกถอนสัญญาได้เช่นกัน ซึ่งหลักดังกล่าวมิได้ปรากฏให้เห็นในกฎหมายแพ่งของไทยแต่อย่างใด เป็นต้น ดังนั้น การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนย่อมต้องมีการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อหาแนวทางในการจัดทำหลักกฎหมายร่วมกันของตนเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในภูมิภาคของตนอย่างลงตัวที่สุดต่อไป

อย่างไรก็ตาม แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนนั้น นอกจากการนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของยุโรปหรือภูมิภาคอื่นมาเป็นแนวทางในการพิจารณาแล้ว ก็ต้องพิจารณาถึงพื้นฐานของประเทศในภูมิภาคอาเซียนที่จะเข้ามารวมกันนั้นว่าจะสามารถกำหนดแนวทางไปในทิศทางอย่างไร ซึ่งแน่นอนว่า กรณีนี้อย่อมไม่สามารถคัดลอกเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของยุโรป หรือ ภูมิภาคอื่น ๆ นั้นลอกเอามาเป็นแนวทางของอาเซียนได้โดยตรง เนื่องจากในบริบทของประเทศในกลุ่มอาเซียนนั้นแม้ว่า ประเทศสมาชิกนั้นจะใช้ระบบกฎหมายไม่ซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือ คอมมอนลอว์ (Common Law) แล้ว ยังพบว่า ระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกในอาเซียนบางประเทศได้มีการนำเอาแนวทางของกฎหมายจารีตท้องถิ่น ซึ่งมีบ่อเกิดมาจากหลักความเชื่อในทางศาสนาและจารีตท้องถิ่น ดังเช่น ของประเทศอินโดนีเซียที่ได้นำเอากฎหมายที่เป็นจารีตท้องถิ่น (Adat Law ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับแนวทางเรื่องของ Consideration ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์) มาเป็นบ่อเกิดกฎหมายประการหนึ่งที่ต้องนำมาบังคับใช้ด้วย ดังนั้นแล้ว ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในบริบทของอาเซียน ผู้เขียนประสงค์ที่จะดำเนินการจัดทำแนวทางที่เหมาะสมกับประชาคมอาเซียนขึ้นมาด้วย โดยจะนำบทบัญญัติกฎหมายสัญญาที่ปรากฏในภูมิภาคอื่นมาเทียบเคียงและจำลองบทบัญญัติที่เหมาะสมกับอาเซียนขึ้นมาเป็นรูปธรรมต่อไป

ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ข้อพิจารณาสำหรับแนวทางในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในประชาคมอาเซียนนั้น ถือเป็นการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบที่จะเกิดขึ้น โดยจะพิจารณาด้วยการนำเอาแนวทางของแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของภูมิภาคอื่น เช่น UNIDROIT Principles , Principle of Contract law and European Civil code, Restatement of Contract law ซึ่งเป็นของภูมิภาคอื่นนั้น จึงนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาที่อยู่ในบริบทของประเทศในภูมิภาคอาเซียนได้อย่างดียิ่ง เพื่อจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่ได้กำหนดเอาไว้และสามารถนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงกับแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของอาเซียนเอง และยังสามารถนำมาพิจารณาประกอบการดำเนินการด้วยการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาขึ้นมาใช้เพื่อดูความเป็นไปได้ในการใช้กฎหมายว่าจะยึดถือแนวทางหลักกฎหมายสัญญา ไปในทิศทางของหลักกฎหมายในแนวทางของประเทศใดหรือระบบกฎหมายใด ซึ่งเป็นตัวอย่างที่เป็นรูปธรรม อันจะมาพิจารณากับแนวทางของอาเซียนเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับภูมิภาคในประชาคมอาเซียนนี้ได้อย่างลงตัวโดยผู้เขียนจึงขอแบ่งหัวข้อ โดยประสงค์จะพิจารณาและสังเคราะห์จากความเหมือนและความแตกต่างของหลักกฎหมายในแต่ละประเทศ และนำมาให้ริเริ่มให้เกิดกฎหมายต้นแบบต่อไป ทั้งนี้ จะได้ทำการวิเคราะห์ไปในเวลาเดียวกันว่า หลักกฎหมายสัญญาต้นแบบฉบับนี้นั้นในแต่ละเรื่องควรพิจารณาถึงแนวทางที่จะใช้จากหลักเกณฑ์ใดในทิศทางใด หรือควรรับเอาแนวทางจากระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือ ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) มาพิจารณาแนวทางการจัดทำ ซึ่งสามารถแบ่งหัวข้อออกเป็นดังนี้

1. หลักการเกิดสัญญา (Formation of Contract)
 - หลักเรื่อง คำเสนอ คำสนอง
 - หลักค่าตอบแทน (Consideration)
2. หลักกฎหมายว่าด้วยความสมบูรณ์ของสัญญา (Content and Intention of Contract)
 - หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเจตนาและความยินยอม คือ หลักกฎหมายว่าด้วยการสำคัญผิด, หลักกฎหมายว่าด้วยการข่มขู่, หลักกฎหมายว่าด้วยกฉ้อฉล
3. ผลของสัญญา การผิดสัญญา (การปฏิบัติการตามสัญญา, การเลิกสัญญา, การเรียกค่าเสียหาย) (Effect of Contract and Breach of Contract and Remedies)

1. หลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของประชาคมยุโรป (Principle of European contract law) และการพัฒนาไปสู่การทำประมวลกฎหมายแพ่งของประชาคมยุโรป (European Civil Code)

หลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของประชาคมยุโรปได้เริ่มต้นขึ้นมาในช่วงประมาณปลายทศวรรษ 1990 เป็นต้นมาที่เรียกว่า “Principles of European Contract Law” หรือเรียกว่า “PECL” นี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้ร่างขึ้นมาจากความมุ่งหมายที่จะให้มีกฎเกณฑ์พื้นฐาน (Basic Rule) ว่าด้วยกฎหมายสัญญาและหนี้ ซึ่งมีความแตกต่างกันของประเทศในภาคพื้นยุโรปซึ่งได้อยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) เพื่อนำมาใช้เป็นต้นแบบ โดยคำนึงถึงการติดต่อค้าขายภายในสหภาพยุโรป (European Domestic Trade) เป็นพื้นฐาน⁷ โดยได้มีการ

⁷ Principles of European Contracts Law 2002 Chapter 1 General Provisions
Article 1:101 - Application of the Principles

มอบหมายให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการที่เรียกว่า “The Commission on European Contract Law” หรือ Lando Commission ซึ่งเป็นองค์กรที่มีได้ขึ้นตรงต่อรัฐบาลหรือชาติใด โดยมีท่าน Ole Lando นักวิชาการชาวอิตาลีและชาติอื่นจากประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป⁸ ได้มาทำการศึกษาหลักกฎหมายเพื่อจะให้มีให้นำเอาหลักกฎหมายสัญญาเข้ามาใช้ในภูมิภาคของยุโรป และได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นในปี 2002 ภายใต้การสนับสนุนของสหภาพยุโรป (European Union) ด้วย โดยหลักกฎหมายของ PECL นั้นได้จัดทำขึ้นด้วยเป้าหมายที่จะเป็นการลดช่องว่างในด้านความแตกต่างของกฎหมายของแต่ละประเทศในภาคพื้นยุโรป และได้ลดภาระปัญหาในการติดต่อทางนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (International Traditional Barrier) ทั้งยังเป็นเหมือนหลักเกณฑ์ซึ่งใช้ในทางการเชื่อมโยงช่องว่างของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และ คอมมอนลอว์ (Common Law or Anglo- American) เพื่อสนองรับกับแนวนโยบายของคณะกรรมการสหภาพยุโรป (European Commission) ที่มุ่งหมายให้เป็นตลาดเดี่ยวที่มีผลต่อการเติบโตในภูมิภาค (Single Market)⁹ ที่มีแนวทางและเจตนารมณ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปซึ่งภายหลังจากปี 2002 ที่ได้มีการจัดทำหลักกฎหมายสัญญา PECL ขึ้นมาแล้ว ก็ได้มีการเผยแพร่และนำออกมาใช้ในลักษณะอย่างป็นกฎเกณฑ์ซึ่งคู่สัญญาใดระหว่างกันภูมิภาคพื้นยุโรป (European Community) หรืออนุญาโตตุลาการของสัญญาที่ได้นำเอาเกณฑ์นี้เข้ามาใช้บังคับต่อสัญญาของคู่สัญญาในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาสามารถเลือกมาบังคับใช้กับสัญญาได้โดยสมัครใจ หรือเรียกว่า กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน (Soft Law)¹⁰

อย่างไรก็ตาม การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบของยุโรปตาม PECL นั้น ถือเป็นเพียงพัฒนาการเริ่มต้นที่สำคัญของประชาคมยุโรปซึ่งได้มีความมุ่งหมายที่จะก้าวไปสู่แนวทางการจัดทำประมวลกฎหมายยุโรปขึ้นมา (European Civil Code)¹¹ โดยการจัดทำประมวลกฎหมายยุโรปนั้นเริ่มต้นจากสภายุโรป (The European

(1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities.

(2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.

(3) These Principles may be applied when the parties:

(a) have agreed that their contract is to be governed by "general principles of law", the "lex mercatoria" or the like; or

(b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.

(4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.

⁸ กลุ่มนักวิชาการดังกล่าวนี้ ในเวลาต่อมาได้มารับมอบหมายดำเนินการร่างประมวลกฎหมายยุโรป (European Civil Code) ที่เรียกว่า Study Group ซึ่งมีท่าน Christian von Bar นักกฎหมายชาวเยอรมัน เป็นผู้ดำเนินการและเริ่มจัดทำมาตั้งแต่ปี 2005 เป็นต้นมา

⁹ http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm

¹⁰ นาถนรินทร์ จันทร์งาม, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2559, หน้า 149

¹¹ ในส่วนรายละเอียดของ Principles of European Contract Law 2002 นั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง เนื้อหาและหลักกฎหมายที่ได้บัญญัติเอาไว้แต่อย่างใด ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายของสหภาพยุโรป (European Civil Code) ซึ่งได้มีเนื้อหาของ PECL มาเป็นพื้นฐานในการจัดทำประมวลกฎหมายยุโรปไปในส่วนนี้เพียงอย่างเดียว

Parliament) ได้มีนโยบายที่จะดำเนินการขึ้นมาตั้งแต่ปี 1989 และจากการประชุมของสหภาพยุโรปในเวลาต่อมา นั้นก็ได้มีแนวคิดที่จะผลักดันให้จัดทำประมวลกฎหมายยุโรป (Towards a European Civil Code) เพื่อให้กฎหมายเอกชนในภูมิภาคยุโรปได้เกิดความเป็นกฎเกณฑ์ต้นแบบ¹² โดยได้มอบหมายให้กลุ่มนักวิชาการที่เรียกชื่อว่า Study Group on a European Civil Code and The Research Group on EC Private Law (Acquis Group) มีภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้ และในปัจจุบันนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งยุโรปได้เกิดขึ้นสำเร็จและมีเนื้อหาที่ว่า ด้วยหมวด สัญญา (Contracts) ละเมิด (Tort) ทรัพย์สิน (Property) บริษัท (company) ครอบครัว (Family) มรดก (Inheritance) และการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) ก็ได้จัดทำออกมาเผยแพร่ในปี 2009 เพื่อให้เป็นกฎหมายต้นแบบให้กับผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน นักวิชาการ และอาจารย์ในฐานะที่เป็น หลักกฎหมายต้นแบบ เช่นเดียวกับกรณีของคู่สัญญาของเอกชนเองก็ถือเป็นทางเลือกของคู่สัญญาด้วย (Optional Source of Rules, Concepts and terminology) ตามแนวทางที่ได้มุ่งหมายตั้งที่ได้กล่าวไว้ในส่วนของแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของ Principles of European Contract Law เช่นเดียวกันโดยในการจัดทำหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ได้จัดทำในรูปแบบที่มีตัวบทกฎหมาย คำอธิบาย และตัวอย่างข้อเท็จจริง พร้อมทั้งมีข้อสังเกตที่สำคัญของหลักเกณฑ์นั้น ๆ ตลอดจนแนวทางของหลักกฎหมายที่มีความแตกต่างกันของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปนั่นเอง เพื่อให้ผู้ศึกษาได้เข้าใจและเห็นถึงแนวทางการรวบรวมกฎหมายซึ่งใช้การผสมผสาน (Blend) หรือการเลือกเอาแนวทางที่น่าจะเป็นประโยชน์กับนิติวิธีของภูมิภาคของตนได้อย่างเหมาะสมที่สุดทั้งนี้ ขอบเขตการศึกษาตามหลักเกณฑ์ของ European Private Law ที่มุ่งหมายจะทำการศึกษาระหว่างแบ่งเป็น 3 ส่วนด้วยกัน ดังนี้

1. ว่าด้วยการเกิดสัญญา (Formation of Contract) ปรากฏใน Book 2 Contracts and Other Juridical Acts: Chapter 4: Formation โดยมีรายละเอียดในเนื้อหาเรื่อง คำเสนอ (Offer) คำสนอง (Acceptance) การถอนคำเสนอ (Revocation of Offer) การปฏิเสธคำเสนอ (Rejection of Offer) ระยะเวลา และการแก้ไขคำสนอง (Time and Modified of Acceptance)

2. ว่าด้วยความไม่สมบูรณ์ของสัญญา (Valid of Contract) ปรากฏใน Book 2 Contracts and Other Juridical Acts: Chapter 7: Grounds of Invalidity โดยมีรายละเอียดในเรื่องของ การสำคัญผิด (Mistake) การถูกหลอกลวง (Fraud) การถูกข่มขู่ (Coercion of threats) การเข้าทำสัญญาด้วยความไม่เท่าเทียม (Unfair exploitation-Gross Disparity) ผลของการเพิกถอนสัญญา (Effect of avoidance)

3. ว่าด้วย ผลของสัญญาและการผิดสัญญาใน Book 3 Obligations and corresponding rights Chapter 3: Remedies for non-performance โดยจะมีรายละเอียดในเรื่องของ การผิดสัญญา (Breach of Contract) และ การเยียวยาข้อใช้ (Rights, Remedies, Defence)

เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายยุโรปก็ได้พัฒนามาจากหลัก Principles of European Contract Law 2002 นั่นเอง

¹² อย่างไรก็ตาม แนวความคิดการรวมกฎหมายเอกชน (Private Law) ให้เป็นกฎเกณฑ์เดียวกันโดยการจัดทำประมวลกฎหมายยุโรปนั้นก็มีนักวิชาการบางท่านได้ออกมาขัดแย้งความเห็นดังกล่าว ดังเช่น Professor Pierre Legrand (Tilburg University, Netherlands) ได้คัดค้านแนวทางดังกล่าว อันเนื่องมาจากเหตุผลบางประการ ตัวอย่างเช่น ประเทศในสหภาพยุโรปที่มีความแตกต่างด้านระบบกฎหมาย วัฒนธรรม และความเป็นไปทางสังคม มากมาย เป็นต้น (โปรดดู Pierre Legrand, Against a European Civil Code, The Modern Law Review Review Limited 1997, January, 1.

จากการศึกษาถึงหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในหลักกฎหมายเอกชนต้นแบบของยุโรป (European Private Law) นั้น พบว่า บทบัญญัติในเรื่องสัญญานั้นได้มีแนวทางที่ผสมผสานจากหลักกฎหมายสัญญาของทางคอมมอนลอว์ (Common Law) และของซีวิลลอว์ (Civil Law) ผสมผสานกัน ซึ่งเข้าใจได้ว่าแนวโน้มในการรับเอาหลักกฎหมายดังกล่าวมาผสมผสานกันนั้นเป็นความพยายามที่มีความเป็นรูปธรรมซึ่งถือเป็นเรื่องยากที่จะผสมหรือหาแนวทางร่วมที่น่าจะเกิดดุลยภาพในการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ เนื่องจาก แนวทางของหลักกฎหมายบางเรื่องของทั้งสองระบบนั้นมีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม แนวทางการจัดทำกฎหมายของประชาคมยุโรปนี้ (European Private Law) ได้ยึดถือแนวคิดและนิติวิธีทางระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เป็นพื้นฐานสำคัญในการจัดทำหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ เนื่องมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาตั้งแต่ยุคกรีก-โรมัน ซึ่งเป็นอิทธิพลสำคัญของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับแนวทางของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยเช่นกัน แต่หลักกฎหมายในส่วนที่มีพัฒนาการมาจากแนวทางของประเทศในระบบคอมมอนลอว์นั้นก็ได้นำเอามาปรับใช้เป็นพื้นฐานสำคัญของบทบัญญัติใน European Private Law ด้วยเช่นกัน เช่น หลักในเรื่อง Unfair exploitation-Gross Disparity ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์รวมทั้งของไทยนั้น ก็ยังมิได้มีปรากฏแต่อย่างใด เช่นนี้เป็นต้น

2. หลักกฎหมายขององค์กรเอกชนระหว่างประเทศ (UNIDROIT Principles)

UNIDROIT Principles หรืออาจเรียกได้ว่า หลักกฎหมายต้นแบบของ UNIDROIT ถือเป็นผลงานของสถาบันระหว่างประเทศ (The International Institute for the Unification of Private Law) ซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐบาลอิตาลี ตั้งแต่ปี 1926 โดยเริ่มต้นนั้นมีสถานะเป็นองค์กรย่อยของสันนิบาตชาติ (League of Nations)¹³ ซึ่งต่อมาในช่วงประมาณปี 1940 หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 แล้วก็ได้ปรับเปลี่ยนมาเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล โดยปัจจุบันนี้มีประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก UNIDROIT 63 ประเทศ¹⁴ เพื่อการจัดทำกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศให้มีความเป็นเอกภาพ โดยแบ่งเป็นหลายหมวด เช่น ตัวแทน (Agency), สัญญาลีสซิ่ง (Leasing), การค้าระหว่างประเทศ (International Sales), การขนส่ง (Transport) เป็นต้น แต่การจัดทำกฎหมายที่อยู่ภายใต้การอุปถัมภ์ของ UNIDROIT¹⁵ ซึ่งได้รับการยอมรับจากนานาประเทศเป็นอย่างมากก็คือ

¹³ สันนิบาตชาติ (League of Nations) เป็นองค์การระหว่างประเทศ ตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1919 จากการประชุมสันติภาพที่ปารีส ของประเทศผู้ชนะสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เพื่อป้องกันสงครามและความขัดแย้งในอนาคต โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างประเทศด้วยใช้วิธีการเจรจาและการทูต รวมทั้งพัฒนาความเป็นอยู่ของมนุษย์ เช่น สิทธิแรงงาน ทาส ยาเสพติด การค้าอาวุธ อย่างไรก็ตามเนื่องจากสันนิบาตไม่มีกองกำลังของตัวเอง จึงต้องพึ่งพาชาติมหาอำนาจในการดำเนินการตามคำสั่ง สันนิบาตชาติจึงล้มเหลวในการป้องกันสงครามโลกครั้งที่สอง และเมื่อสงครามจบถูกยุบไปและแทนที่ด้วยสหประชาชาติกระทั่งปัจจุบัน

¹⁴ <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> เห็นได้ว่า ประเทศในภูมิภาค ASEAN ที่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกมีเพียง Indonesia ในปี 2009 เท่านั้น

¹⁵ โดยแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของ UNIDROIT ประกอบเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ การเตรียมการร่างในรูปแบบของการศึกษารายงานวิจัยจากการเปรียบเทียบหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายแขนงต่าง ๆ ได้ดำเนินการศึกษาร่วมกัน และนำมาสู่ขั้นตอนของ ที่ประชุมสภา Governing Council ที่จะได้พิจารณาเห็นชอบ จากนั้นจึงได้ประชุมและหาข้อสรุปเพื่อให้มีร่างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อทำการพิจารณาโดยตั้งคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญตรวจสอบ และเมื่อได้มติดังกล่าวจึงได้เสนอร่างนั้นกลับมาให้ที่ประชุมสภา Governing Council พิจารณาให้ความเห็นชอบอีกครั้งก่อนจะออกเป็น

Principle of International Commercial Contracts ซึ่งว่าด้วยกฎเกณฑ์ในเรื่องการกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งอยู่ในหมวดสัญญาพาณิชย์ (Commercial Contracts) ซึ่งมีการพัฒนามาตั้งแต่ปี 1994 และได้มีการปรับปรุงเพิ่มเติมมาในปี 2004 และมีการปรับปรุงครั้งล่าสุดและบังคับใช้มาถึงปัจจุบันได้แก่ฉบับปี 2010 ทั้งนี้ UNIDROIT Principles อยู่ในรูปแบบของกฎหมายแม่แบบ หรือ Model Law ซึ่งใครจะหยิบยกไปใช้ก็ได้ ไม่ได้อยู่ในรูปแบบของอนุสัญญา (Convention) ดังเช่นอนุสัญญาอื่น ๆ ที่จะต้องมีการเข้าเป็นภาคีสมาชิกเสียก่อน (เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการซื้อขายระหว่างประเทศ CISG)

ดังนั้น UNIDROIT Principles จึงถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของภูมิภาคอื่นในประชาคมโลกซึ่งได้ริเริ่มขึ้นมาจากชาติตะวันตกมาช่วงระยะเวลาหลายสิบปีแล้ว ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาเทียบกับชาติตะวันออก รวมไปถึงภูมิภาคอาเซียนแล้วก็ไม่ได้เห็นพัฒนาการทางกฎหมายให้ทัดเทียมกับชาติตะวันตกมากเท่าใดนัก ซึ่งเขาได้มองเห็นถึงปัญหาในด้านความแตกต่างและความเชื่อมั่นมากเป็นเวลาพอสมควรแล้ว ดังนั้นจึงถือเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจะหยิบยกนำมาศึกษาถึงแนวทางของหลักกฎหมายที่ได้กำหนดขึ้น เพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์ในบริบทของภูมิภาคอาเซียนต่อไป

ในส่วนของหลักเกณฑ์ที่ UNIDROIT Principles 2010 ได้กำหนดไว้นั้น มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 211 มาตรา ซึ่งมีการเพิ่มเติมขึ้นมาจากเดิม 185 มาตรา (ฉบับปี 2004) และ 120 มาตรา (ฉบับปี 1994) โดยขอบเขตของการศึกษาของงานฉบับนี้จะมุ่งศึกษาเนื้อหาของหลักกฎหมายสัญญา 3 หมวด คือ

1. หลักกฎหมายว่าด้วยการเกิดสัญญา (Formation of Contract) จะอยู่ใน Chapter 2 Formation (Section 1) โดยมีรายละเอียดเนื้อหาว่าด้วย หลักแห่งคำเสนอ (Offer) และคำสนอง (Acceptance) โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ (Article 2.1.6- Article 2.1.22)

2. ความสมบูรณ์ของสัญญา Validity of Contract อยู่ใน Chapter 3 (Section 1 General Provision, Section 2 Grounds for avoidance) ซึ่งจะมีรายละเอียดเนื้อหาว่าด้วยเรื่องของการสำคัญผิด (Mistake) กลฉ้อฉล (Fraud) การข่มขู่ (Threat) การทำสัญญาที่ผลประโยชน์สัญญาไม่เท่าเทียมกัน (Gross Disparity) รวมถึงผลแห่งการทำสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ซึ่งจะให้สิทธิในการเพิกถอนสัญญา(Avoidance) โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ (Article 3.1.1- Article 3.2.17)

3. ผลบังคับแห่งสัญญา (Effect of Contract) ซึ่งอยู่ใน Chapter 7 NON-Performance (Section 1 Non-Performance in general) โดยมีรายละเอียดเนื้อหาว่าด้วย การไม่ชำระหนี้ (Non-performance defined) สิทธิในการเรียกให้ชำระหนี้ (Right to performance) สิทธิบอกเลิกสัญญา (Termination) และการเรียกค่าเสียหาย (Damages) ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ (Article 7.1.1-Article 7.4.1)

3. หลักกฎหมายสัญญาใน Restatement (Second) of Contracts, 1981

หลักกฎหมายใน Restatement นี้ถือเป็นแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของภูมิภาคอื่นอีกประการหนึ่งเช่นเดียวกันที่สามารถนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนได้ ซึ่งแม้มิใช่เป็นหลักกฎหมายที่ถือเป็นต้นแบบของการรวบรวมกันจากกลุ่มประเทศต่าง ๆ อย่างในกรณี

หลักกฎหมายออกมา (โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556), หน้า 339

ของ European Private Law หรือ Unidroit แต่ถือเป็นแนวทางการจัดทำกฎหมายให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประเทศสหรัฐอเมริกาที่สามารถนำมาเป็นแนวทางที่ควรศึกษาเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ใน Restatement (Second) of Contracts นั้นถือเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นหลักทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศอังกฤษเช่นเดียวกัน โดยประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคิดในการรวบรวมกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลมาเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อนำมาใช้กับข้อเท็จจริงเป็นการทั่วไป ได้แก่ “Restatement of the law” คือหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้รวบรวมมาจากแนวคำพิพากษาในคดีที่ผ่านมาของศาล โดยความร่วมมือของ ผู้พิพากษา (American Judge) อาจารย์ (Professor) รวมไปถึงนักกฎหมาย (Lawyers) ในสถาบัน American Law Institute¹⁶ ซึ่งได้ศึกษาและพัฒนาหลักกฎหมายต่าง ๆ ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยเฉพาะเป็นการพิจารณาคดีต่าง ๆ ของศาล โดยได้นำเอาหลักการของเหตุผล (Reason) รวบรวมข้อสังเกต (Comments) และตัวอย่าง (Illustrations) ที่จะทำให้มีความเข้าใจความหมายและขอบเขตได้ชัดเจนยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Restatement ดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้อย่างกฎหมายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้นก็ได้รับความเชื่อถือและยอมรับจากศาลที่ยึดถือเป็นบรรทัดฐานการวินิจฉัยคดีด้วย ดังนั้น การรวบรวม “Restatement of the law” ส่งผลให้หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้มีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และยังเป็นบรรทัดฐานในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงต่อไป ทั้งนี้ “Restatement of the law” ได้มีการตราขึ้นมาเฉพาะกฎหมายแพ่งโดยแบ่งเป็นหลาย ๆ ลักษณะ รวมทั้งหลักกฎหมายสัญญานั้นก็ปรากฏอยู่ใน “Restatement (First) of Contracts law, 1932” และมีการปรับปรุงแก้ไขมาเป็น “Restatement (Second) of Contracts law, 1981” ซึ่งบังคับใช้ในปัจจุบัน ดังนั้นในการศึกษาถึงหลักกฎหมายสัญญาของประเทศอเมริกา ผู้เขียนจะมุ่งศึกษาหลักกฎหมายสัญญาในส่วนของ “Restatement (Second) of Contracts law, 1981” ประกอบกับ คำอธิบาย (Comment) และการยกตัวอย่าง (Illustration) ในแต่ละ Section ซึ่งทาง American Law Institute ได้จัดทำประกอบขึ้นมาโดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ เห็นได้ว่า เป็นแนวทางในการรวบรวมแนวทางของหลักกฎหมายสัญญาที่ได้กระจัดกระจายอยู่ในแต่ละมลรัฐซึ่งมีพื้นที่กว้างขวางและมีการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไป ดังนี้ จึงถือเป็นแนวทางของการรวบรวมและจัดระบบ (Harmonization) ให้เข้ามาเป็นกฎหมายหลักที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันรูปแบบหนึ่งเช่นเดียวกัน แม้มิได้เป็นการผสมผสานของกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศต่างก็ก็ตาม แต่ย่อมสามารถนำเอากระบวนการความคิดมาพิจารณาในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาอาเซียนได้ดีทีเดียว ทั้งนี้ ใน Restatement (Second) of Contracts นั้นได้มีสถานะเป็นเสมือน ผลงานทางวิชาการ ในการรวบรวมเอาหลักกฎหมายต่าง ๆ ให้มาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเท่านั้น มิได้เป็นบทบัญญัติที่มีสภาพบังคับใช้อย่างกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติอย่างใด อย่างไรก็ตาม แนวทางในการจัดทำ Restatement ดังกล่าวนี้ ถือเป็นต้นแบบในการรวบรวมกฎหมายเพื่อให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างหนึ่งเช่นเดียวกันที่ควร

¹⁶ American Law Institute ถือเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระโดยไม่ได้แสวงหากำไร และมีได้สังกัดกับหน่วยงานใดของรัฐ ตั้งขึ้นในปี 1923 และได้มีการรวมกลุ่มของนักกฎหมายที่อยู่ในบทบาทหน้าที่ต่าง ๆ (ปัจจุบันมีจำนวนนักกฎหมายที่เข้าร่วมประมาณกว่า 4,000 คน) เพื่อดำเนินการร่างบทบัญญัติ จัดประชุมสัมมนา และจัดทำให้มีหลักกฎหมายที่กระจัดกระจาย (Restatements of the Law) เพื่อให้เผยแพร่ออกมา โดยการจัดรวบรวมออกมาเป็น Restatement ดังกล่าวได้เป็นแนวทางให้ศาล หรือ ฝ่ายนิติบัญญัติ และ นักกฎหมายโดยทั่วไป ได้ศึกษาและเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการด้วย ดู <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview>

จะได้นำเอามาศึกษาเช่นกันโดยในส่วนของหลักกฎหมายในแต่ละเรื่องปรากฏใน Restatement (Second) of Contract 1981 ดังนี้

- การเกิดสัญญา (Formation of Contracts) ได้ปรากฏอยู่ Topic 2, 3, 4, 5
- หลัก Consideration ปรากฏอยู่ใน Chapter 4 Topic 1, 2
- หลักในเรื่องความบกพร่องของเจตนา กลฉ้อฉล (Fraud) ปรากฏใน Chapter 5, สำคัญผิด (Mistake) อยู่ใน Chapter 6 เป็นต้น
- หลักในเรื่องการชำระหนี้ และการไม่ชำระหนี้ (Performance and Non-performance) ปรากฏใน Chapter 10

นอกจากนี้ ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนนั้น ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาถึงหลักกฎหมายสัญญาของประเทศสมาชิกต่าง ๆ ทั้ง 10 ประเทศของอาเซียนเพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงรากฐาน แนวคิดของกฎหมายสัญญาแต่ละประเทศเพื่อนำเอามาพิจารณาถึงความแตกต่างและหากแนวทางที่น่าจะเกิดความเหมาะสมและเหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาต้นแบบในอาเซียนขึ้น เพราะว่า ประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคอาเซียนล้วนมีความแตกต่างในระบบกฎหมายที่ตนใช้ในประเทศและด้วยภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่ไม่เหมือนกัน อีกทั้งหลาย ๆ ประเทศในอาเซียนเองได้เคยรับเอากฎหมายและนิติวิธีจากชาติตะวันตกซึ่งก่อนหน้านี้ได้เป็นเจ้าของอาณานิคมหลาย ๆ ประเทศในอาเซียน ซึ่งจากการศึกษาประวัติศาสตร์และกฎหมายสัญญาของประเทศในอาเซียนนั้นพบว่า หลักกฎหมายสัญญาของประเทศสมาชิกในอาเซียนนั้น จำแนกได้เป็น 2 ลักษณะคือ ประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil law) หรือเรียกได้ว่าประเทศที่มีประมวลกฎหมายแพ่งเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งยึดถือต่อบทกฎหมายเป็นนิติวิธีสำคัญในการใช้กฎหมาย ได้แก่ ประเทศไทย ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศลาว ประเทศกัมพูชา ประเทศเวียดนาม และประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษด้วยเหตุที่ครั้งหนึ่งในอดีตได้เข้ามาปกครองดูแลประเทศเหล่านี้และนำเอาระบบกฎหมายและนิติวิธีเข้ามาใช้ในประเทศที่เป็นอาณานิคมของตน ได้แก่ ประเทศพม่า ประเทศบรูไน ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ ส่วนประเทศอินโดนีเซียนั้นผู้เขียนเห็นว่าแม้เป็นประเทศที่มีประมวลกฎหมายแพ่งแต่ด้วยที่เป็นรัฐอิสลามเช่นนี้จึงนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องศีลธรรมที่เรียกว่า Adat หรืออาจเรียกว่าเป็นกฎหมายจารีตของประเทศนั้นเข้ามาควบคุมนิติสัมพันธ์ใด ๆ อันรวมถึงสัญญาด้วยเช่นเดียวกัน ดังนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักกฎหมายสัญญาของประเทศต่าง ๆ ในอาเซียนนั้นจะมีความแตกต่างในเรื่องของระบบกฎหมายของประเทศและนิติวิธีของกฎหมายว่าด้วยลายลักษณ์อักษร (Civil law) กับคอมมอนลอว์ (Common law) เป็นหลักสำคัญในการพิจารณา ซึ่งข้อความแตกต่างดังกล่าวนี้มีความคล้ายคลึงกับแนวคิดของชาติตะวันตกและนำไปสู่การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบ (Model law) ของทางตะวันตกดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างเช่น Unidroit Principle, European private law เป็นต้น เช่นนี้แล้วการพิจารณาถึงบริบทของอาเซียนนั้นแม้ว่าหลักกฎหมายสัญญาของประเทศต่าง ๆ นั้นจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับของชาติตะวันตกก็ตาม แต่ด้วยลักษณะของความเป็นอาเซียนซึ่งมีความเป็นลักษณะเฉพาะและการนำเอาวิธีการของการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของชาติตะวันตกนั้นมาพิจารณา ย่อมส่งผลให้การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนนั้นมีข้อควรพิจารณาจัดทำขึ้นตามบริบทของตนเองต่อไป

ข้อพิจารณาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของภูมิภาคอื่นกับแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของอาเซียน

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า แนวทางการจัดทำกฎหมายสัญญาของภูมิภาคอื่นที่ผู้เขียนได้กล่าวอ้างนำมาไม่ว่าจะเป็นของภูมิภาคยุโรป ซึ่งได้แก่ การพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบที่เรียกว่า “PECL” จนมาถึง ความพยายามในการจัดทำหลักกฎหมายเอกชนของประชาคมยุโรปขึ้นมาที่เรียกว่า “European Private Law” ของกลุ่มนักวิชาการและนักกฎหมายที่เป็นความพยายามพัฒนาให้เกิดเป็นประมวลกฎหมายแพ่งยุโรปนั่นเอง (European Civil Code) ซึ่งถือเป็นแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายแพ่งต้นแบบทั้งหมดที่จะนำมาเป็นกฎเกณฑ์ต้นแบบของประชาคมยุโรป ซึ่งเริ่มต้นจากแนวทางในการขจัดความแตกต่างของระบบกฎหมายของแต่ละประเทศในภูมิภาคยุโรปได้ยึดถือของตนเอง ด้วยการผสมผสาน (Blending) ด้วยการหาจุดที่ลงตัวมาเป็นหลักเกณฑ์ต้นแบบนั่นเอง เช่นนี้แล้ว ด้วยเหตุปัจจัยของความแตกต่างของประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคยุโรปนั้นเมื่อนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงกับบริบททางสังคมของประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งจะได้มีการเปิดประชาคมอาเซียน เช่นเดียวกับการเปิดสหภาพยุโรป (European Union) หรือ “EU” นั้น จึงเห็นได้ว่า แนวทางการพัฒนาหลักกฎหมายต้นแบบของประชาคมยุโรป คือ Principles of European Private Law นั้น สามารถนำเอามาเป็นแนวทางในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยอาศัยเหตุที่ว่า บริบทของการเป็นประชาคมร่วมกันของประเทศต่าง ๆ ที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกัน ซึ่งสมาชิกประเทศในภูมิภาคของยุโรปนั้นก็มีความแตกต่างเหลือมล้ำทางสภาพสังคม เศรษฐกิจ และระบบของกฎหมายของแต่ละประเทศเป็นอย่างมาก ซึ่งเมื่อนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงกับ ประเทศสมาชิกในอาเซียนนั้น ก็มีลักษณะที่มีความแตกต่างเช่นเดียวกันกับประชาคมยุโรปด้วยนั่นเอง ดังนี้แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายแพ่งของยุโรปนั้นถือเป็นแนวทางที่มีแนวทางการจัดทำ และพัฒนาการที่ควรนำมาเป็นแนวทางทั้งในส่วนของรูปแบบวิธี การริเริ่มจัดทำหลักกฎหมายดังกล่าว ตลอดจนเนื้อหาของบทบัญญัติที่ European Private Law ได้กำหนดเอาไว้ มาเป็นแบบอย่างที่จะใช้ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนได้อย่างเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง แต่เมื่อพิจารณาประกอบถึงในเชิงโครงสร้างของสหภาพยุโรปซึ่งได้วางโครงสร้างอำนาจการปกครองไว้ในลักษณะของการเป็นองค์กรเหนือรัฐ (Supranational) ซึ่งมีสภา เพื่อสามารถออก Regulation ในเชิงเป็นการบังคับและผูกพันให้ชาติสมาชิกต้องปฏิบัติตามได้เช่นนี้เมื่อนำมาพิจารณาในบริบทของอาเซียนแล้ว กรณีนี้ย่อมเห็นถึงความแตกต่างในเชิงโครงสร้างการบริหารประชาคมเมื่อเทียบกับอาเซียนที่เป็นลักษณะของประชาคมเศรษฐกิจ (Inter government organization) ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มและจับมือกันเพื่อเสริมสร้างความเป็นประชาคมโดยไม่ได้มีบทบังคับอย่างใด จึงกล่าวได้ว่า รูปแบบที่มีความเป็นไปได้ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนจึงเป็นเพียง Model rules หรือเป็นทางเลือก (Choice of law) ของการเป็นกฎหมายต้นแบบที่คู่สัญญาสามารถหยิบยกขึ้นมาใช้กับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้เท่านั้น โดยมีต้องคำนึงบริบทในเชิงโครงสร้างและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศแต่อย่างใด และในปัจจุบันนั้นแม้ว่าโดยสภาพบังคับของ European private law นั้นยังมีผลในเชิงบังคับกับประเทศสมาชิกที่จะนำไปบังคับใช้ได้เป็นอย่างเป็นรูปธรรม แต่ว่าหลักเกณฑ์ ตัวบท และแนวคิดจาก European private law นั้นสามารถนำเอามาประยุกต์ใช้กับบริบทของอาเซียนได้อย่างเป็นรูปธรรม

นอกจากนั้น ด้วยเหตุที่ประเทศสมาชิกในภูมิภาคอาเซียนบางประเทศนั้นได้มีบ่อเกิดของกฎหมายที่มาจากแนวความเชื่อของศาสนาหรือจารีตท้องถิ่น เพื่อนำเอามาเป็นกฎเกณฑ์ที่จะบังคับต่อนิติกรรมสัญญาที่ได้ทำขึ้นด้วย ดังเช่น ประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งได้ยึดถือหลักกฎหมายท้องถิ่นที่มีแนวทางมาจากความเชื่อทางศาสนาและ

ความดีงามของสังคม ซึ่งได้นำมาใช้เป็นกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ได้อย่างกฎหมายด้วย (Adat Law) เช่นนี้แล้วในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนย่อมต้องนำเอาแนวคิดและนิติวิธีที่ได้มีขึ้นในบางประเทศดังกล่าวนี้เข้ามาเป็นข้อคิดที่คำนึงถึงในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาร่วมกันไปด้วยเช่นกัน

ในส่วนของแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายเอกชนของ UNIDROIT Principle นั้น ถือเป็นแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายซึ่งเกิดขึ้นมาจากองค์กรเอกชนระหว่างประเทศที่มีได้ขึ้นต่อหน่วยงานของรัฐหรือรัฐบาลใดเพื่อให้เกิดความเป็นกลางต่อความเชื่อมั่นของลูกค้าเช่นเดียวกัน ดังนี้แล้ว Unidroit จึงมีความเป็นกฎหมายต้นแบบที่สามารถนำมาเป็นแนวทางของการจัดทำกฎหมายสัญญาอาเซียนได้เช่นเดียวกัน และ ใน Unidroit นั้นได้ปรับปรุงพัฒนามาล่าสุดในปี 2010 ซึ่งได้เพิ่มบทบัญญัติบางประการเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์มากขึ้น ซึ่งนับเป็นเวลาไล่เลี่ยกับการมีหลักกฎหมายเอกชนของยุโรป (European Private Law) ซึ่งได้มีขึ้นมาในปี 2009 อย่างไรก็ตาม Unidroit นั้นเป็นแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ (civil Law) เป็นหลักและมีบทบัญญัติบางประการที่นำเอาทฤษฎีที่พัฒนามาจากระบบคอมมอนลอว์มาบัญญัติไว้ด้วยเช่นเดียวกัน แต่ในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่า Unidroit ได้มีประเทศสมาชิกที่ได้เข้าร่วมและสามารถนำเอา Unidroit มาใช้นั้นมีเพียง 60 กว่าประเทศทั่วโลก ซึ่งในภูมิภาคอาเซียนนั้นก็ยังมีเพียงประเทศอินโดนีเซียเท่านั้น ที่สามารถนำเอามาบังคับใช้ได้ ซึ่งกรณีนี้ย่อมเกิดช่องว่างกับประเทศอื่น ๆ ในสมาชิกประชาคมอาเซียนที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ของ Unidroit มาใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ใน Unidroit ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับความนิยมและความเชื่อถือจากชาติตะวันตกพอสมควร จึงถือเป็นแนวทางที่สำคัญในการนำเอามาพิจารณาตามหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนได้เป็นอย่างดี

ในส่วนของ Restatement (second) of contracts, 1981 ซึ่งเป็นแนวทางการรวบรวมกฎหมายที่กระจัดกระจายของมลรัฐต่าง ๆ ที่อยู่ในประเทศซึ่งมีขนาดที่กว้างใหญ่ การจัดทำหลักกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นแนวทางที่สำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งควรนำมาวิเคราะห์พิจารณา เนื่องจากแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของ Restatement of Contract นั้น เป็นการรวบรวมเอาหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักกฎหมายจากระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้บังคับเป็นพื้นฐานสำคัญนั่นเองเพื่อมารวมรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แม้จะมีได้มีบทบังคับเป็นกฎหมาย แต่นักกฎหมายทั่วไป ก็ได้นำมาเป็นแบบอย่างและยึดถือแนวทางของ Restatement (second) of contracts มาใช้ในข้อเท็จจริงหรือสัญญากันโดยทั่วไปเช่นกัน ดังนั้น หลักกฎหมายสัญญาที่ปรากฏใน Restatement(second) of contract นั้น จึงมีหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เป็นรูปแบบลายลักษณ์อักษรก็ว่าได้ซึ่งหลักเกณฑ์นั้นอาจมีความแตกต่างกับหลักใน European private law หรือ Unidroit เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในส่วนของ Restatement of contract law นี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเพียงการรวบรวมกฎหมายภายในของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่จัดทำขึ้นมาให้สอดคล้องกับแนวคิดในการรวบรวม (Grouping) กฎหมายภายในที่มีความแตกต่างกันเท่านั้น มิใช่เป็นการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบที่จะนำมาใช้กับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่อยู่ในบริบทที่ทำการศึกษากันขณะนี้ แต่เพื่อให้เห็นถึงแนวคิดและวิธีการดำเนินการของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ดำเนินการรวบรวมกฎหมายภายในให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จึงขอนำมาอ้างอิงเพื่อให้เห็นถึงแนวคิดพอสังเขปเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป ในการศึกษาค้นคว้าแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมยุโรป และของภูมิภาคอื่นนั้นย่อมถือเป็นแนวทางที่มีความเป็นรูปธรรมในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนได้เป็นอย่างดี และสามารถนำเอามาเป็นกรณีศึกษาที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง เนื่องจาก แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญา

ดังกล่าวนั้น พอจะสังเกตได้ว่า แนวทางดังกล่าวได้มีการรวบรวม ค้นคว้า และจัดทำขึ้นมาก่อนหน้านี้เป็นเวลาพอสมควรแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายของประชาคมยุโรป (European private law) ซึ่งได้มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 1990 แล้ว และได้พัฒนาขึ้นมาจนสามารถจัดทำหลักกฎหมายทางแพ่ง ซึ่งครอบคลุมเนื้อหาที่สำคัญ ๆ ไว้เป็น หลักกฎหมายต้นแบบ (Model of Private Law) ได้อย่างเป็นรูปธรรม และมีความก้าวหน้าไปค่อนข้างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นพัฒนาการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบที่มีคุณค่ายิ่งในทางกฎหมายเอกชนของโลก มากกว่าแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายในภูมิภาคอื่น ทั้งยังได้รวบรวมและขัดเกลาจากความแตกต่างของหลักกฎหมายในเรื่องเดียวกันประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคตนเพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในภูมิภาคที่มีความหลากหลายทางสังคม กฎหมาย รวมถึง ระบบการปกครองที่แตกต่างกัน ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับสภาพแวดล้อมและบริบท ในภูมิภาคอาเซียน (ASEAN) ซึ่งได้มีการเปิดประชาคมเศรษฐกิจร่วมกันในปลายปี 2558 ที่จะได้มีการรวมประเทศที่มีความแตกต่างทางระบบกฎหมาย ทั้งที่ได้ยึดถือแนวทางของระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และในบางประเทศก็ได้มีหลักกฎหมาย สังคม วัฒนธรรม ศาสนา ซึ่งล้วนมีอิทธิพลต่อกฎหมายของตน อันนำมาซึ่งช่องว่างในความแตกต่างของบทกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เช่นนี้ ถึงการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาาร่วมกันของภูมิภาคแห่งนี้ จึงถือเป็นข้อสำคัญ ในการนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมยุโรปซึ่งมีพัฒนาการและความก้าวหน้าในการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ มาเป็นแนวทางในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนซึ่งมีโครงสร้างและความหลากหลายของประเทศสมาชิกอย่างเดียวกันได้ ซึ่งแม้โครงสร้างในการปกครองของสหภาพยุโรปจะแตกต่างจากของอาเซียนพอสมควร แต่กรณีนี้สามารถนำเอาแนวคิดวิธีการมาใช้พิจารณาประกอบได้เพื่อให้การริเริ่มหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบ (Model rules) นั้นสามารถทำให้เกิดเป็นรูปธรรมได้โดยมีลักษณะของการมีสถานะเป็นทางเลือกให้แก่คู่สัญญา (choice of law) ที่จะหยิบยกมาใช้กับนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ พร้อมทั้งสามารถนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของภูมิภาคอื่นซึ่งมีเป้าหมายและวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน มาเป็นแนวทางพิจารณาประกอบการศึกษาดูด้วยก็จักทำให้แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนที่ได้ศึกษานี้มีความสมบูรณ์และเป็นประโยชน์ต่อประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อย่างดียิ่ง ทั้งนี้ ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนซึ่งมีโครงสร้างของการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในหลาย ๆ หัวข้อ ซึ่งการจัดทำหลักกฎหมายร่วมกันดังกล่าวแต่ละหัวข้อ เช่น หลักกฎหมายในเรื่องการก่อเกิดสัญญา ที่แต่ละประเทศมีความแตกต่างกันตามระบบกฎหมาย เช่น ในระบบคอมมอนลอว์นั้นได้ยึดถือแนวทางที่จะต้องให้สัญญาที่สร้างขึ้นได้มีสิ่งตอบแทนระหว่างกัน (Consideration) ซึ่งหลักการดังกล่าวมิได้พบในประเทศที่ยึดถือระบบแบบซีวิลลอว์ หรือกรณีการพิจารณาตามหลักผลประโยชน์ระหว่างกัน (Mutual Benefit) ในสัญญาที่ต้องมีการตอบแทนระหว่างกันนั้น ในแนวทางของคอมมอนลอว์เองก็จะปรากฏหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความไม่เท่าเทียมกันของผลประโยชน์ในสัญญา (Unfair exploitation) ซึ่งใน European private law ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์นี้เอาไว้เพื่อให้คู่สัญญาที่เสียเปรียบสามารถเพิกถอนสัญญาได้เช่นกัน ซึ่งหลักดังกล่าวมิได้ปรากฏให้เห็นในกฎหมายแพ่งของไทยแต่อย่างใด ดังนั้น การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนย่อมต้องมีการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อหาแนวทางในการจัดทำหลักกฎหมายร่วมกันของตนเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในภูมิภาคของตนอย่างลงตัวที่สุดต่อไป

อย่างไรก็ตาม แนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของอาเซียนนั้น นอกจากการนำเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของยุโรปหรือภูมิภาคอื่นมาเป็นแนวทางในการพิจารณาแล้วเห็นว่าควรต้องพิจารณาถึงพื้นฐานของประเทศในภูมิภาคอาเซียนที่จะเข้ามารวมกันนั้นว่าจะสามารถกำหนดแนวทางไปในทิศทางอย่างไร

ซึ่งแน่นอนว่า กรณีนี้ย่อมไม่สามารถคัดลอกเอาแนวทางการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของยุโรป หรือภูมิภาคอื่น ๆ นั้นลอกเอามาเป็นแนวทางของอาเซียนได้โดยตรง เนื่องจากในบริบทของประเทศในกลุ่มอาเซียนนั้นแม้ว่าประเทศสมาชิกนั้นจะใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็ตามแต่ก็ยังคงพบว่า ระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกในอาเซียนบางประเทศได้มีการนำเอาแนวทางของกฎหมายจารีตท้องถิ่น ซึ่งมีบ่อเกิดมาจากหลักความเชื่อในทางศาสนาและจารีตท้องถิ่น ดังเช่นของประเทศอินโดนีเซียที่ได้นำเอากฎหมายที่เป็นจารีตท้องถิ่น (Adat Law) ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับแนวทางเรื่องของ Consideration ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือ Causa ของกฎหมายสัญญาของประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาเป็นหลักกฎหมายประการหนึ่งที่ต้องนำมาบังคับใช้ด้วย และด้วยเหตุที่ภูมิภาคอาเซียนนั้นมีความเป็นลักษณะเฉพาะตัว (Unique) ในด้านประชากร วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม ศาสนา ความเชื่อต่างๆ ที่ไม่ได้เหมือนกับชาติตะวันตก รวมไปถึงเหตุที่ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เองหรือทวีปเอเชียอื่น ๆ ยังมีได้มีการจัดทำหลักกฎหมายต้นแบบ (Model law) ที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมขึ้นมาแต่อย่างใด แต่ก็ได้มีการริเริ่มให้มีการศึกษาและวิจัยในโครงการที่จะดำเนินการให้มีหลักกฎหมายสัญญาต้นแบบขึ้นมาแล้วดังเช่นในโครงการ PACL (Principle of ASIAN Contract law) ที่ได้เริ่มดำเนินการมาช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้ว

ดังนั้น ในการจัดทำหลักกฎหมายสัญญาในบริบทของอาเซียนเองนั้น ผู้เขียนประสงค์ที่จะดำเนินการจัดทำแนวทางที่เหมาะสมกับประชาคมอาเซียนโดยจะนำบทบัญญัติกฎหมายสัญญาที่ปรากฏในภูมิภาคอื่นมาเทียบเคียงและจำลองหลักกฎหมายที่จะเกิดความเหมาะสมกับอาเซียนขึ้นมาเป็นรูปธรรมต่อไป ซึ่งหากหลักกฎหมายดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมได้ในอาเซียนแล้วผู้เขียนคาดหวังว่า ประชาคมอาเซียนที่เกิดขึ้นนั้นจะมีเครื่องมือที่เป็นประโยชน์ต่อการรองรับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของประเทศสมาชิกอาเซียนได้ดียิ่งขึ้นไป พร้อมทั้งด้วยลักษณะเฉพาะของสภาพแวดล้อมสังคม กฎหมายของประเทศอาเซียนนั้นย่อมมีความแตกต่างจากชาติตะวันตกพอสมควร เช่นนี้การนำเอาหลักกฎหมายต้นแบบของชาติตะวันตกที่มีขึ้นมาแล้วมาใช้เลยทั้งหมดย่อมอาจไม่เหมาะสมกับบริบทของอาเซียนได้ดีเท่าที่ควรแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม การจัดทำหลักกฎหมายสัญญาของประชาคมอาเซียนนี้ยังต้องพิจารณาในส่วนขององค์กรที่จะรับผิดชอบและดำเนินการในเรื่องนี้ว่าเป็นรูปธรรมต่อไปพร้อมทั้ง การพิจารณาถึงสถานะและบทบาทบังคับของหลักกฎหมายสัญญานี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป

การคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับ
ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

Rights in Personal Identity: A comparative study of Thai, The United States
of America and The United Kingdom Law

วันสนั่น ทวีแสง*

บทคัดย่อ

บทความนี้เรียบเรียงและปรับปรุงจากการศึกษาสารนิพนธ์เรื่อง ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดเรื่องสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลและหาแนวทางการปรับแก้กฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับแนวคิดดังกล่าว โดยใช้วิธีการศึกษาวิจัยกฎหมายเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการบัญญัติหลักกฎหมายที่สำคัญสำหรับกรณีนี้โดยเฉพาะ คือ หลักกฎหมายเรื่องสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ (Rights of Publicity) และประเทศอังกฤษใช้หลักกฎหมายเรื่องการลวงขาย (Passing-off) ในการพิพากษาคัดสินคดีที่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล จากการศึกษาพบประเด็นปัญหาของกฎหมายไทย คือ 1) กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติการกำหนดเจตนาของมารมภ์ของการรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมาย 2) ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นการกำหนดแนวทางเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลโดยเฉพาะ และ 3) การปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ที่ไม่สอดคล้องกับกรณี ด้วยเหตุนี้จึงมีข้อเสนอแนะว่าควรเพิ่มบทบัญญัติเป็นมาตราเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2559 โดยใช้แนวคิดเรื่องสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล และหลักกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง พิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายของไทยเรื่องการลวงขายเป็นพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมาย โดยเพิ่มเป็นมาตรา 46/1 ที่มีเจตนาเพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล โดยเฉพาะกรณีการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต

คำสำคัญ: สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล, ประโยชน์เชิงพาณิชย์, เอกลักษณ์, การลวงขาย, การแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยขอนแก่น ปัจจุบันเป็นนักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ABSTRACT

The purpose of this study was to study the concept of character merchandising and the guideline for law amendment to tackle problems resulting from the protection of rights in personal identity. The study was conducted in comparison with foreign laws, namely those of the United States and the United Kingdom. The study found that the United States has special legislation for character merchandising cases, which is the right of publicity whereas the United Kingdom uses the law of passing off to render judgment on such cases. Regarding judgment of character merchandising cases under Thai law, three issues were found: 1) Thai law does not consider determining legislative intent behind the legal recognition of rights in personal identity. 2) Thai law does not have legal provisions that specifically set the guidelines for recognizing and protecting the rights in personal identity. 3) There is an enforcement of existing laws that is inconsistent with the cases.

Guidelines for law amendment to tackle problems resulting from the protection of rights in personal identity should be designed under trademark law. I believe that new provision should be added under additional Section in Trademark Act B.E. 2534 (1991) as amended by Trademark Act (No. 3) B.E. 2559 (2016). The concept of character merchandising and related principles of foreign laws should be taken into account along with Thai principles of passing off in order to be fundamentals of legislation. It can be added as Section 46/1 with the provision aiming to recognize and protect the rights and determine the scope of protection of rights in personal identity, especially for the infringement of unauthorized commercial exploitation cases.

Keywords: Rights in personal identity, Character merchandising, Commercial interests, Identity, Passing-Off, Commercial exploitation

1. บทนำ

ปัญหาละเมิดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต มีสาเหตุจากวัตถุประสงค์ในการดำเนินการประกอบธุรกิจเพื่อประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ ในปัจจุบันปัญหาเหล่านี้มักเกิดขึ้นกับบุคคลสาธารณะ¹ เช่น ดารา ศิลปิน นักร้อง นักกีฬา นักการเมือง เพราะบุคคลเหล่านี้ส่วนใหญ่มักได้รับความนิยมนิยมจากสาธารณชน ซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายหลักในการบริโภคสินค้าหรือใช้บริการมากที่สุด การแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลมักพบเห็นโดยวิธีการใช้ รูปลักษณ์ ภาพถ่าย ภาพวาด ชื่อ ลายมือชื่อ เสียง ลักษณะเฉพาะสำหรับเป็นองค์ประกอบของสินค้า บริการ หรือเพื่อประชาสัมพันธ์กิจกรรมใด ๆ เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจ ทั้งนี้เพื่อดึงดูดความสนใจและตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคมากที่สุด² ซึ่งในประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดตราขึ้นไว้เพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวโดยเฉพาะ

จากการศึกษาพบว่าเรื่องปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลมีประเด็นปัญหากฎหมายที่ควรได้รับการพิจารณาแก้ไข ได้แก่ การกำหนดเจตนารมณ์ของการรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมาย ปัญหาเรื่องการกำหนดแนวทางเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล และปัญหาในการปรับใช้กฎหมายแก่กรณี

2. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

2.1 คำนิยาม

เอกลักษณ์ คำนี้มักใช้เพื่อปกป้องถึงลักษณะเฉพาะที่ทำให้ปรากฏโดยทั่วไปที่หมายความรวมถึงทั้งของบุคคลในทางสมมติ เช่น การ์ตูน ตัวละครในนิยาย เป็นต้น และบุคคลในความเป็นจริง ส่วนใหญ่แล้วมักเป็นบุคคลสาธารณะ หรือบุคคลที่มีชื่อเสียง เช่น ดารา ศิลปิน นักกีฬา นักการเมือง ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปในสาธารณชน ในบทนี้มุ่งศึกษาถึงเอกลักษณ์ของบุคคลที่อยู่ในความเป็นจริง โดยสิ่งที่แสดงออกซึ่งความเป็นเอกลักษณ์ว่าเป็นตัวตนของบุคคลนั้น คือ ชื่อ ภาพ รูปลักษณ์ เสียง หรือลายมือชื่อ เป็นต้น³

2.2 ประเภทและลักษณะของสิทธิในเอกลักษณ์

เอกลักษณ์ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

เอกลักษณ์ของบุคคลในทางสมมติ (Fictional Character) ส่วนใหญ่แล้วมักเกิดขึ้นจากการสร้างสรรค์ผลงานของบุคคลผู้เป็นเจ้าของผลงานนั้น โดยผลงานที่ถูกสร้างสรรค์ขึ้นสามารถแบ่งออกได้หลายประเภท ได้แก่ วรรณคดี วรรณกรรม นวนิยาย การ์ตูน บทประพันธ์ ละคร ภาพยนตร์ และผลงานในทางศิลปะภาพวาด เช่น ภาพวาด “โมนาลิซ่า” ตัวการ์ตูน “ทาร์ซาน” ตัวละคร “เจมส์ บอนด์” เป็นต้น ล้วนเป็นผลงานที่มีเอกลักษณ์ที่เมื่อถูกนำปรากฏต่อสาธารณชนแล้ว ทำให้คนทั่วไปสามารถจำภาพ หรือเอกลักษณ์ของบุคคลในทางสมมตินี้ได้

¹ Andrew Terry, Exploiting Celebrity: Character Merchandising and Unfair Trading, (UNSW Law Journal 12 1989), p. 204.

² World Intellectual Property Organization, ‘Character Merchandising’ http://www.wipo.int/export/sites/www/copyrights/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf accessed 25 September 2017

³ Ibid.

สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลในทางสมมติส่วนใหญ่แล้ว มักถูกคุ้มครองโดยตามกฎหมายเงื่อนไขของกฎหมายเรื่อง ลิขสิทธิ์ โดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของผลงานอันมีลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายระบุไว้ ย่อมมีสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในผลงานที่ สร้างสรรค์ขึ้นและมีอายุในการคุ้มครองสิทธิในผลงานนั้น⁴

เอกลักษณ์ของบุคคลในความเป็นจริง (Real Persons) ส่วนใหญ่มักเกิดจากการเป็นบุคคลสาธารณะหรือ บุคคลที่มีชื่อเสียงทั้งงานด้านวงการบันเทิง การแข่งขันกีฬา กิจกรรมทางธุรกิจ และกิจกรรมด้านการเมือง⁵ การ พิจารณาว่าสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลในความเป็นจริงนั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร ต้องพิจารณาจากความเป็น เอกลักษณ์นั้นเกิดขึ้นจากอะไร เช่น นักแสดง ความเป็นเอกลักษณ์อาจเกิดจากรูปลักษณ์ของนักแสดงนั่นเอง หรือ ในขณะที่เดียวกันความเป็นเอกลักษณ์ที่ทำให้สาธารณชนจำได้ย่อมเกิดจากผลงานการแสดงจากละคร หรือ ภาพยนตร์แล้วแต่กรณี⁶ และความเป็นเอกลักษณ์ของบุคคลอาจเกิดจากผลงานที่ผู้นั้นใช้ความสามารถของตนเอง เช่น กรณีนักกีฬาที่มีชื่อเสียงจนเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปของสาธารณชน ทำให้ความเป็นเอกลักษณ์เกิดขึ้นจาก ความสามารถของนักกีฬานั้นเองไม่ได้เกิดจากผลงานอันมีลิขสิทธิ์ สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะจึงเป็น สิทธิหรือเป็นประโยชน์อันบุคคลนั้นพึงได้รับจากการที่บุคคลนั้นได้ลงทุนในการใช้เวลาฝึกฝนความสามารถ และใช้ ความสามารถนั้นเพื่อสร้างความเป็นเอกลักษณ์ที่มีชื่อเสียงให้กับตนเอง

2.3 ประวัติความเป็นมาของแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

การแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลนั้น เกิดขึ้นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใน ปี ค.ศ. 1930 ในกรณีของ วอลท์ ดิสนีย์ สตูดิโอ (Walt Disney Studio) ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้มีการสร้างสรรค์ผลงาน ประเภทการ์ตูนขึ้น และมีตัวการ์ตูนที่เป็นเอกลักษณ์และมีชื่อเสียง เช่น มิกกี้ เม้าส์ มินนี่ เม้าส์ โดนัลด์คัก เป็นต้น จากนั้นลูกจ้างที่ทำงานในบริษัทได้นำเอาความเป็นเอกลักษณ์ของตัวการ์ตูนดังกล่าวนี้มาใช้ประโยชน์ในการ แสวงหากำไรทางธุรกิจเพิ่มเติมจากการที่เพียงเป็นการหารายได้ในเนื้อหาของบทงานวรรณกรรม โดยการนำเอา เอกลักษณ์ของตัวการ์ตูนให้อยู่บนผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ เช่น โปสเตอร์ ของเล่น เสื้อยืด เครื่องดื่ม เป็นต้น และธุรกิจ ดังกล่าวประสบความสำเร็จและสร้างรายได้เพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก⁷ ประวัติความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิใน เอกลักษณ์ของบุคคลนั้นครอบคลุมทั้งบุคคลในทางสมมติและบุคคลในทางความเป็นจริงด้วย ส่วนใหญ่แล้วนั้นอยู่ใน รูปแบบของแสวงหากำไรทางธุรกิจโดยนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องสำหรับการผลิตและจัด จำหน่ายผลิตภัณฑ์หรือบริการ

ปัจจุบันเป็นยุคที่มีการแข่งขันทางด้านอุตสาหกรรมทางธุรกิจ เกิดการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อใช้ ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์มีมากขึ้น ส่งผลให้บริษัทในวงการธุรกิจหลายบริษัทจำเป็นต้องใช้เอกลักษณ์ ของบุคคลที่มีชื่อเสียงเพื่อรับรองหรือดึงดูดความสนใจของสินค้าหรือบริการ หากบุคคลนั้นมีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับ และได้รับการยอมรับของสาธารณชนมากเพียงใดย่อมส่งผลให้ประสบความสำเร็จในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ

⁴ ปวริศร เลิศธรรมเทวี, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2559), หน้า 42-61.

⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (พิมพ์ครั้งที่ 11, กรุงเทพมหานคร, นิติธรรม, 2560), หน้า 469-470.

⁶ World Intellectual Property Organization, Ibid

⁷ Ibid. p.6-7.

มากเช่นเดียวกัน⁸ ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต

2.4 การได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

2.4.1 การได้มาซึ่งสิทธิโดยการใช้

การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการใช้ คือ การที่บุคคลใดได้นำเครื่องหมายการค้าของตนออกใช้กับสินค้าของตนก่อนบุคคลอื่นอันเป็นผลให้บุคคลผู้ใช้เครื่องหมายการค้าก่อนดังกล่าวมีสิทธิดีกว่าบุคคลอื่นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกันในภายหลังด้วยการห้ามการใช้อันถือเป็นการละเมิดสิทธิของตน ส่วนสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่มีได้จดทะเบียนต้องพิจารณาภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องการมีใช้เครื่องหมายการค้านั้นอย่างแท้จริง ตลอดจนต้องสามารถพิสูจน์ถึงชื่อเสียงในสินค้า อันก่อให้เกิด Goodwill ในชื่อของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ติดอยู่กับสินค้านั้น ดังนั้นในกรณีการได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลจึงอาจได้มาโดยการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ ซึ่งจะต้องเป็นการใช้ในระยะเวลาที่นานพอสมควรที่สาธารณชนโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ว่าเป็นสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้เป็นเจ้าของเอกลักษณ์ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ หรืออาจพิจารณาเป็นเงื่อนไขได้ว่า ต้องเป็นการใช้เอกลักษณ์มาเรื่อย ๆ เป็นระยะเวลานาน เป็นการใช้โดยสุจริตและเปิดเผย และได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการใช้เอกลักษณ์นั้นขึ้นจริง จนเป็นที่รับรู้ของสาธารณชนว่าเป็นสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลนี้ซึ่งเปรียบเสมือนเป็น Goodwill ของบุคคลเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ การได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลโดยการใช้ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนสิทธิ

2.4.2 การได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียน

การได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยการจดทะเบียน คือ การที่บุคคลได้นำเครื่องหมายการค้าของตนไปจดทะเบียนไว้กับหน่วยงานของทางรัฐบาล เมื่อได้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าของตนตามที่กฎหมายรับรองสิทธิไว้ หากบุคคลใดนำเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไปใช้ ก็ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดสิทธินั้น กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่กำหนดให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าด้วยการให้จดทะเบียนไว้ตามหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น พิจารณากรณีของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล อาจได้มาซึ่งสิทธิโดยการจดทะเบียนเอกลักษณ์ของบุคคลสำหรับเพื่อให้ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ เช่นเดียวกับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ โดยอาจต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำหรับการจดทะเบียนเอกลักษณ์ของบุคคล กรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความเป็นไปได้ยากในการที่จะกำหนดให้การได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลโดยการจดทะเบียน เพราะเป็นการยากที่บุคคลจะพิสูจน์ลักษณะบ่งเฉพาะแห่งเอกลักษณ์ของตน ดังนั้นการได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลควรกำหนดให้เป็นการได้มาโดยการใช้เท่านั้น

2.5 การสูญเสียซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

การพิจารณาเรื่องการสูญเสียซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล สามารถพิจารณาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เรื่องการเพิกถอนเครื่องหมายการค้า ดังนั้นบุคคลสามารถสูญเสียซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ได้ กล่าวคือ กรณีเจ้าของเอกลักษณ์เลิกใช้สิทธิ หมายถึง การที่เจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ไม่มีการใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของตนเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์อีกแล้วต่อไป กรณีที่มีการสร้างเอกลักษณ์ขึ้นมาใหม่และ

⁸ Grant McCracken, Who Is the Celebrity Endorser? Cultural Foundations of the Endorsement Process, (Journal of Consumer Research 6 3, 1989), p. 310-321.

เป็นที่จำได้หมายรู้ของสาธารณชนมากกว่าเอกลักษณ์เดิมและเจ้าของเอกลักษณ์เปลี่ยนไปใช้สิทธิจากเอกลักษณ์ใหม่นั้นแทนเอกลักษณ์เดิม กรณีที่เอกลักษณ์ของบุคคลนั้นไม่เป็นที่จดจำและไม่ได้รับความนิยมนอกจากสาธารณชนแล้วโดยที่เจ้าของเอกลักษณ์ และกรณีเอกลักษณ์ของบุคคลมีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมไม่สามารถใช้สิทธิในเอกลักษณ์นั้นได้

2.6 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคล โดยไม่ได้รับอนุญาต

2.6.1 แนวคิดเรื่อง Character Merchandising

แนวคิดเรื่อง Character Merchandising เป็นแนวคิดแรกที่สำคัญอย่างยิ่ง โดยมีการอธิบายถึงความหมาย คำนิยามของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล อันเป็นแนวคิดที่สำคัญที่ทำให้เกิดการพิจารณาถึงความมีอยู่ของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล รวมถึงอธิบายรูปแบบการใช้สิทธิในเอกลักษณ์เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ จนนำไปสู่การพิจารณาเพื่อหาแนวทางป้องกันจากการถูกละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์โดยมีการนำสิทธิในเอกลักษณ์ไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิ แนวคิด Character Merchandising มุ่งอธิบายเกี่ยวกับการใช้สิทธิในเอกลักษณ์บุคคลที่มีเพื่อการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ เน้นความสำคัญของความเกี่ยวพันกันระหว่างเอกลักษณ์ของบุคคลและประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ สาเหตุของการเกิดขึ้นของสิทธิในเอกลักษณ์และการใช้ประโยชน์จากสิทธินี้ มีสาเหตุมาจากพัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีทางการสื่อสาร และในวงการธุรกิจ ทำให้ผู้ประกอบการต้องหาวิธีการใหม่ ๆ เพื่อใช้ประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์หรือเพื่อเพิ่มยอดขายสินค้าโดยการนำเอาลักษณะเฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือตัวละคร ตัวการ์ตูนที่มีชื่อเสียงเป็นส่วนหนึ่งในการประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ

2.6.2 แนวคิดเรื่องสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ (Rights of Publicity)⁹

แนวคิดสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ หรือสิทธิในชื่อเสียง ถูกพัฒนาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law ถูกบัญญัติไว้เป็นหลักกฎหมายที่แรก คือ รัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้ว่า ผู้ใดที่ใช้ชื่อ ภาพ เสียง เอกลักษณ์ หรือความคล้ายคลึงของบุคคลอื่น โดยรู้ว่าเป็นการใช้สิ่งเหล่านั้นของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยใช้สำหรับผลิตภัณฑ์สินค้า การส่งเสริมการขาย หรือเพื่อการโฆษณาหรือการขาย หรือการเชิญชวนเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือบริการ ผู้นั้นจะต้องชดใช้ความเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายนั้น แม้ว่าสิทธิดังกล่าวนี้อาจถูกมองว่าเป็นส่วนหนึ่งในสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิความเป็นส่วนตัว เพราะมักถูกใช้กับบุคคลสาธารณะ บุคคลที่มีชื่อเสียง¹⁰ อย่างไรก็ตามสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะมีมูลเหตุการเกิดขึ้นของสิทธิที่แยกออกจากสิทธิความเป็นส่วนตัว เพราะวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวนี้โดยหลักแล้วเพื่อคุ้มครองการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์เป็นสำคัญ

⁹ สิทธิในชื่อเสียง (right of publicity) หมายถึง สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากการใช้ชื่อเสียงหรือเอกลักษณ์ของบุคคล มีรากฐานมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) หรือสิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (Right to be let alone) ซึ่งหมายถึง บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากการรุกรานของผู้อื่นในความเป็นส่วนตัวของตน และมีสิทธิที่จะควบคุมระดับและรูปแบบของข้อมูลส่วนตัวที่จะเปิดเผยต่อสังคม ดังนั้นสิทธิในชื่อเสียงจึงมีความแตกต่างกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวอย่างชัดเจน กล่าวคือ สิทธิในชื่อเสียงมุ่งคุ้มครองบุคคลในการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้เอกลักษณ์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยเฉพาะบุคคลสาธารณะสมควรที่จะมีสิทธิป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้ชื่อเสียงของตนเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์

¹⁰ Martin H. Redish and Kelsey B. Shust, The Right of publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech, (William & Mary Law Review 56 4, 2015), p. 1443.

2.6.3 แนวคิดว่าด้วยกฎหมายเครื่องหมายการค้า

พิจารณาตามหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิทางการค้าของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า กล่าวคือเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์ทางการค้าให้กับผู้เป็นเจ้าของที่ใช้เครื่องหมายการค้าในกิจการของตนตลอดจนเพิ่มมูลค่าให้กับชื่อเสียงในทางการค้า หรือที่เรียกว่า “กูดวิลล์” (goodwill) อย่างไรก็ตามชื่อเสียงในทางการค้าขึ้นอยู่กับความสามารถในการใช้เครื่องหมายการค้า เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถจดจำ และจำแนกความแตกต่างระหว่างสินค้าของตนกับของเจ้าของเครื่องหมายการค้าอื่น

สิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ เครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียน เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิที่จะใช้เครื่องหมายการค้าที่ยังไม่ได้จดทะเบียนนั้น แต่จะฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า หรือเรียกค่าเสียหายไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีลวงขาย ส่วนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้เครื่องหมายการค้าของตนกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้และกรณีที่มีบุคคลอื่นละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหาย หรือฟ้องเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตนได้ นอกจากนั้นแล้วยังคุ้มครองผู้บริโภคโดยทั่วไป กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าจะทำให้ผู้บริโภคสามารถจดจำและแยกแยะสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจากสินค้าชนิดเดียวกันที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่น ซึ่งส่งผลให้ผู้บริโภคเลือกซื้อสินค้าที่มีคุณภาพได้ตรงตามความต้องการและทราบถึงแหล่งที่มาของสินค้า หากสินค้านั้นมีความบกพร่องก็สามารถหาผู้รับผิดชอบได้¹¹

การแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อโฆษณาสินค้าหรือบริการจึงอาจถูกพิจารณาภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ชัดเจนมากกว่าหลักกฎหมายอื่น ๆ เอกลักษณ์ของบุคคลจะได้รับการคุ้มครองเสมือนกับเป็นเครื่องหมายการค้าเฉพาะเมื่อเป็นเครื่องหมายที่โดดเด่นซึ่งสามารถระบุความเป็นเอกลักษณ์ของเจ้าของได้และแยกแยะสินค้าที่เฉพาะเจาะจงไม่ได้มาจากเครื่องหมายที่มีอยู่เดิมแล้วและต้องได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าแล้วเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นการให้สิทธิคุ้มครองเฉพาะผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการถูกบุคคลอื่นละเมิดเครื่องหมายการค้าโดยการปลอมหรือเลียนแบบเครื่องหมายการค้า หรือการทำให้หลงเชื่อว่ามีผลิตภัณฑ์ที่บุคคลอื่นทำขึ้นเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เช่นเดียวกับการละเมิดต่อสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลโดยการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับเจ้าของเอกลักษณ์นั้น¹²

2.6.4 แนวคิดเรื่องการลวงขาย (Passing-off)

แนวคิดเรื่องการลวงขายอันถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ศาลประเทศอังกฤษได้นำแนวคิดนี้มาพิจารณาเพื่อปรับใช้สำหรับคุ้มครองกรณีการละเมิดการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตเช่นเดียวกัน แนวคิดเรื่องการลวงขายมีหลักการที่สำคัญคือ เพื่อให้ผู้อ้างสิทธิสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการแอบอ้างการใช้สิทธิที่ตนมีโดยสุจริตอยู่ก่อนโดยบุคคลที่สามโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องเป็นกรณีผู้กระทำความผิดมีการบิดเบือนความจริง สร้างความสับสนผิดพลาดแก่ผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าหรือใช้บริการ สร้างความเสียหายให้กับเจ้าของสินค้าหรือบริการ ปัจจัยเหล่านี้สามารถใช้กับกรณีที่

¹¹ True Innovation, เครื่องหมายการค้า, จาก http://www.trueinnovationcenter.com/ip_trademark.php สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2561

¹² Anne Lauber-Ronsberg, The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives, (Trademark Reporter 107 1, July-August), p.837.

เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตได้ เช่น การนำเอาเอกลักษณ์หรือชื่อเสียงของบุคคลสาธารณะเพื่อรับรองความน่าเชื่อถือหรือเพื่อดึงดูดความต้องการของผู้บริโภค โดยที่บุคคลสาธารณะไม่ได้อนุญาต¹³

ดังนั้นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับการพิจารณาว่าผู้ใดควรได้รับผิดตามแนวคิดเรื่องการลวงขายของประเทศอังกฤษ แบ่งเป็น 3 ประการ ดังนี้¹⁴ 1) ผู้อ้างสิทธิต้องแสดงให้เห็นว่าความมีคุณค่าเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายของผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการ 2) ผู้อ้างสิทธิต้องพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่สามได้กระทำการอันทำให้เกิดความสับสนผิดหลงแก่ผู้บริโภคว่าสินค้าหรือบริการของผู้กระทำเป็นของผู้อ้างสิทธิ และ 3) การกระทำตาม 2) สร้างความเสียหายให้กับสินค้าหรือบริการของผู้อ้างสิทธิ เช่น ทำให้มียอดจำหน่ายลดลงหรือผู้บริโภคให้ความเชื่อถือน้อยลง

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.1 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

California Civil Code (ประมวลกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) มาตรา 3344 (a)-(g) หลักการสำคัญที่เป็นหลักทั่วไปสำหรับกรณีนี้ ได้แก่ มาตรา 3344 (a)¹⁵ มีใจความสำคัญว่าบุคคลใดใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความเหมือนคล้ายของผู้อื่น โดยรู้ว่าการใช้สิ่งเหล่านั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตและนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์ การส่งเสริมการขาย สินค้า หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาหรือการขาย การชักชวนให้ซื้อผลิตภัณฑ์ การส่งเสริมการขายสินค้าหรือบริการ ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการกระทำของตนแก่บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำเช่นนั้น¹⁶ จากหลักกฎหมายดังกล่าวพิจารณาได้ว่า กฎหมายคุ้มครองบุคคลในทางความเป็นจริงแม้ไม่ได้ระบุไว้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลโดยทั่วไปหรือบุคคลสาธารณะผู้มีชื่อเสียงก็ตาม หากแต่ในทางปฏิบัติ ส่วนใหญ่แล้วการปรับใช้กฎหมายนี้ย่อมเกิดจากข้อเท็จจริงที่เป็นข้อพิพาทระหว่างผู้กระทำผิดกับบุคคลสาธารณะหรือบุคคลผู้มีชื่อเสียง อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายนี้ไม่มีขอบเขตการคุ้มครองรวมไปถึง

¹³ Andrew McGee, Sarah Gale and Gary Scanlan, Character Merchandising Aspects of Legal Protection, (Legal Study 21, 2001), p. 242.

¹⁴ Lionel Bently and Brad Sherman, Intellectual Property Law 4th ed. (Oxford: University Press, 2009), p. 828. Cited in เมธิณี สุวรรณกิจ, Publicity Right: Whether it should be Recognized in Thailand, (วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร เล่มที่ 10 ปีที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2560), หน้า. 84-85.

¹⁵ California Civil Code, Section 3344 (a) Use of Another's Name, Voice, Signature, Photograph, or Likeness in Advertising or Soliciting Without Prior Consent.

(a) Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof...

¹⁶ Reshma Amin, Comparative Analysis of California's right of publicity and the United Kingdom's Approach to the protection of celebrities: Where are they better protected, (Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet 1 (2010), p. 105-106.

บุคคลในทางสมมติ ตัวละคร หรือการ์ตูน¹⁷ และมีขอบเขตการคุ้มครองถึงกรณีการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้กับผลิตภัณฑ์ สินค้าหรือบริการ หรือการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการโดยเฉพาะ

หลักกฎหมาย Right of Publicity สิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะ หรือสิทธิในชื่อเสียง หมายถึง สิทธิเฉพาะตัวของบุคคลในการควบคุมการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของตน เช่น ชื่อ ภาพ เสียง ความเหมือนคล้าย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เป็นเจ้าของเอกลักษณ์สามารถเรียกร้องสิทธิถึงความเสียหายจากถูกนำเอาเอกลักษณ์ของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายที่เป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ¹⁸ เนื่องจากบุคคลสาธารณะหรือผู้ที่มีชื่อเสียงได้ลงทุนเป็นจำนวนเงิน เวลา และความสามารถเฉพาะตัวของบุคคลนั้นเป็นอย่างมาก เพื่อสร้างตัวตนและพัฒนาด้วยความสามารถของตนให้เป็นเอกลักษณ์และเป็นที่จดจำของสาธารณชนเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคโดยเฉพาะ ดังนั้นบุคคลเหล่านี้ควรเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์อันเป็นผลตอบแทนจากการที่พวกเขาลงทุนด้วยความเป็นตัวตนของเขาเอง¹⁹

นอกจากนั้นแล้ว บทความวิชาการที่เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายนี้ ถูกอธิบายไว้โดย William L. Prosser²⁰ ได้อธิบายแนวคิดเรื่องการใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์ทางการค้า (Misappropriation) หรือ (Commercial appropriation) หมายถึง การละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยการใช้ชื่อ ภาพ หรือเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงอันเป็นที่รู้จักของคนทั่วไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต ในปัจจุบันการกระทำในลักษณะนี้คือการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่แก่สาธารณะหรือสิทธิในชื่อเสียง (Rights of Publicity) เนื่องจากบุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมมีสิทธิในการทำให้ปรากฏหรือเผยแพร่ต่อสาธารณะซึ่งชื่อ ภาพ หรือเอกลักษณ์ของตนเพื่อประโยชน์ทางการค้าแต่เพียงผู้เดียว ในทางกลับกันบุคคลอื่นจะนำชื่อ ภาพ หรือเอกลักษณ์ไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้²¹

ดังนั้น องค์ประกอบความผิดของการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงคือ การใช้ชื่อ ภาพ หรือเอกลักษณ์ หรืออย่างอื่นใดซึ่งเปรียบเสมือนสัญลักษณ์ ลักษณะบ่งเฉพาะของบุคคลอื่น เพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้น กล่าวคือ ในกรณีที่ได้รับอนุญาตจากบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิ ก็สามารถนำมาใช้ประโยชน์ทางการค้าได้ หรือเป็นกรณีนำเสนอข่าว ให้ข้อมูลตามหลักเสรีภาพของสื่อมวลชน และกรณีการนำไปใช้เผยแพร่ข้อมูลที่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ

กฎหมายเครื่องหมายการค้า (Lanham (Trademark) Act 15 U.S.CODE) มาตรา 1125²² เพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับการแสดงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการที่เป็นเท็จ การนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตอันเป็นการลดคุณค่า

¹⁷ ครินธร อ่องสมหวัง, สิทธิเชิงพาณิชย์ในรูปลักษณ์ของบุคคลสาธารณะ Righr in Character Merchandising of Public Figure, (ตุลพาท เล่มที่ 59 ปีที่ 2 พฤษภาคม-สิงหาคม 2555), หน้า 165, 173-174.

¹⁸ Find Law, Rights of publicity, <http://corporate.findlaw.com/litigation-disputes/right-of-publicity.html> accessed 16 March 2018

¹⁹ Melville B. Nimmer, "The Right of Publicity," Duke Law, Law & Contemporary Problems 19 2 (1954): 204.

²⁰ Thomas I. Emerson, "The Right of Privacy and Freedom of the Press," Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 14 (1979): 332.

²¹ Overbeck, Wayne E., op. cit. p.220-221.

²² Lanham Trademark Act 15 U.S.CODE section 1125 (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or

สินค้าหรือบริการ โดยมีสาระสำคัญคือ ผู้ใดที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการใด ๆ หรือภาชนะบรรจุสินค้าใด ๆ เพื่อใช้สำหรับการค้า โดยใช้คำ เครื่องหมาย ชื่อ หรือสัญลักษณ์หรือการรวมกันของสิ่งเหล่านั้น หรือการกำหนดแหล่งกำเนิดสินค้าใด ๆ ที่เป็นเท็จ หรือคำอธิบายที่เป็นเท็จหรือทำให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับการเป็นตัวแทน อาจทำให้เกิดความสับสน เข้าใจผิด หรือเป็นการหลอกลวงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่แสดงข้อความอันเป็นเท็จนั้นกับบุคคลอื่นว่ามีความเกี่ยวข้อง หรือให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดสินค้า หรือเพื่อโฆษณาหรือส่งเสริมการขายที่บิดเบือนลักษณะ คุณภาพหรือแหล่งกำเนิดของสินค้าบริการของตนกับของบุคคลอื่น ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่งโดยบุคคลใดก็ตามที่เชื่อว่าตนหรือมีแนวโน้มที่จะได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว

การพิจารณาคำพิพากษาและกฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล โดยสามารถพิจารณาตามหลักกฎหมายลักษณะการลงขายที่กล่าวคือ หากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำใด ๆ ที่แสดงข้อความที่เป็นเท็จ ทำให้ผู้อื่นสับสนและเข้าใจผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการย่อมเป็นความผิดการละเมิดเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น²³ โดยหากเปรียบเทียบว่าเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นเครื่องหมายทางการค้าแล้ว การนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลอื่นไปใช้กับสินค้าหรือโฆษณาสินค้าตนก็ย่อมเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่งได้ด้วยเช่นกัน

กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม Restatement (Third) of Unfair Competition กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่สำคัญคือ มาตรา 46 - มาตรา 49 เป็นหลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องที่สำคัญมากกับกรณีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต และเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับเอาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ต่อสาธารณะไม่อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีสาระสำคัญ คือ วางหลักเกณฑ์ว่าผู้ใดใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลที่ใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือความยินยอมของบุคคลนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิดังกล่าว²⁴ คำว่า "เชิงพาณิชย์" หมายถึง การนำเอาชื่อ ภาพ ความเหมือนคล้ายของบุคคลไปใช้เพื่อประกอบสินค้าหรือบริการ และใช้ประกอบการโฆษณาประชาสัมพันธ์หรือกิจกรรมในทางธุรกิจ อย่างไรก็ตามไม่ให้

any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(a) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(b) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities,

shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act

²³ นินนาท บุญยะเดช, การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศ, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 51-52.

²⁴ Restatement (Third) of Unfair Competition section 46. Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity: The Right Of Publicity

One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in section 48 and 49

หมายความรวมถึงการนำเอาไปใช้เพื่อการนำเสนอข่าวสาร การวิพากษ์วิจารณ์ ใช้เพื่อสื่อบันเทิง หรืองานนวนิยาย หรือกิจกรรมอื่นใดในทำนองเดียวกันนี้²⁵ นอกจากนั้นบทบัญญัตินี้ได้ให้อำนาจศาลที่จะสั่งห้ามไม่ให้กระทำละเมิด และศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายที่เพียงพอที่จะชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิโดยใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้²⁶

3.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (Trade Mark Act 1994) มาตรา 1 กำหนดคำนิยาม "เครื่องหมายการค้า" หมายถึง เครื่องหมายใด ๆ ที่สามารถแสดงภาพได้ซึ่งสามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของบริษัทหนึ่งจากบริษัทอื่น ประกอบด้วยคำ (รวมถึงชื่อบุคคล) การออกแบบตัวอักษรตัวเลขหรือรูปทรงของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้าจดทะเบียน คือ สิทธิในทรัพย์สินที่ได้มาจากการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนมีสิทธิและการเยียวยาตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ²⁷ เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของคำว่าเครื่องหมายการค้ายังไม่ครอบคลุมถึงเอกลักษณ์ของบุคคลทั้งหมด ส่วนการพิจารณาเรื่องสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลภายใต้กฎหมายเครื่องหมาย

²⁵ 47. Use for Purposes Of Trade

The name, likeness, and other indicia of a person's identity are used "for purposes of trade" under the rule stated in section 46 if they are used in advertising the user's goods or services, or are placed on merchandise marketed by the user, or are used in connection with services rendered by the user. However, use "for purposes of trade" does not ordinarily include the use of a person's identity in news reporting, commentary, entertainment, works of fiction or nonfiction, or in advertising that is incidental to such uses.

²⁶ 48. Injunctions: Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity

(1) If appropriate under the rule stated in Subsection (2), injunctive relief may be awarded to prevent a continuing or threatened appropriation of the commercial value of another's identity by one who is subject to liability under the rule stated in section 46.

(2) The appropriateness and scope of injunctive relief depend upon a comparative appraisal of all the factors of the case, including the following primary factors...

49. Monetary Relief: Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity

(1) One who is liable for an appropriation of the commercial value of another's identity under the rule stated in section 46 is liable for the pecuniary loss to the other caused by the appropriation or for the actor's own pecuniary gain resulting from the appropriation, whichever is greater, unless such relief is precluded by an applicable statute or is otherwise inappropriate under the rule stated in Subsection (2)

(2) Whether an award of monetary relief is appropriate and the appropriate method of measuring such relief depend upon a comparative appraisal of all the factors of the case, including the following primary factors...

²⁷ Trade Mark Act 1994) section 1. (1) In this Act a "trade mark" means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

A trade mark may, in particular, consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the shape of goods or their packaging

การค้า ประเทศอังกฤษได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องการลวงขายภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียนคือ หลักกฎหมายเรื่องการลวงขาย

หลักกฎหมายเรื่องการลวงขาย (Passing-off) ศาลประเทศอังกฤษได้ยอมรับสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล และสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของบุคคล โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่เกิดจากคุณค่าหรือค่านิยมที่เกิดต่อตัวบุคคลสาธารณะนั้นอันจะเป็นเจ้าของสิทธิในการใช้ประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว หลักกฎหมายเรื่องการลวงขายมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ 1) ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่าสินค้าได้รับการนิยมน้อยแพร่หลาย 2) พิสูจน์เรื่องบุคคลอื่นกระทำการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในตัวสินค้า 3) การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อสินค้าจริง²⁸ ดังนั้นเมื่อนำมาปรับใช้กับเรื่องสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงค่านิยม หรือความมีชื่อเสียง การได้รับความนิยมน้อยแพร่หลายจากสาธารณชน มีการกระทำอันเป็นการละเมิดโดยผู้อื่นและการละเมิดนั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่คุณค่าความนิยมของโจทก์ นอกจากนี้การกระทำที่เข้าลักษณะการลวงขายของประเทศอังกฤษยังได้กำหนดการลวงขายสินค้าของตนโดยอาศัยชื่อเสียงจากสินค้าของผู้อื่น (Extended Passing-off)²⁹ ซึ่งลักษณะดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับการนำเอาเอกลักษณ์หรือชื่อเสียงของบุคคลอื่นไปใช้แสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เพื่อขาย โฆษณาสินค้าหรือบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต ในปัจจุบันศาลประเทศอังกฤษได้พิจารณาเรื่องการใช้สิทธิแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตภายใต้หลักกฎหมายเรื่องการลวงขายโดยไม่ได้คำนึงถึงว่าต้องเป็นการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในสินค้าชนิดเดียวกันหรือรูปแบบธุรกิจประเภทเดียวกัน³⁰ และให้ความสำคัญถึงสิทธิในเอกลักษณ์หรือความมีชื่อเสียงของบุคคลสาธารณะมากขึ้น

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคการค้าที่ไม่เป็นธรรม (The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008) เป็นข้อบังคับหรือแนวทางการปฏิบัติทางธุรกิจของผู้ประกอบการต่อผู้บริโภค โดยมีเจตนารมณ์ปกป้องผู้บริโภคจากการค้าที่ไม่เป็นธรรม หรือการที่ผู้ประกอบการทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดในสินค้า บริการ รวมทั้งการห้ามใช้กลยุทธ์การขายในเชิงรุก³¹ รวมทั้งมีการกำหนดสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับการชดเชยหรือเยียวยาจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้ประกอบการอีกด้วย³² เนื้อหาของกฎหมายที่มีความสอดคล้องกับกรณีการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล คือ ข้อบังคับข้อที่ 5 เป็นหลักห้ามผู้ประกอบการปฏิบัติทางธุรกิจผิดพลาด อันก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้บริโภค โดยอาจอยู่ในวิธีการวางจำหน่ายผลิตภัณฑ์ในท้องตลาด

²⁸ อ่างแล้ว, เจริญรัตน์ที่ 18

²⁹ ไกรสร, 'ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการลวงขาย' <https://www.kraisornlawyer.com/15115148/ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการลวงขาย> สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2561

³⁰ Irvine v Talksport (2002) EMLR 32.

³¹ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 paragraph 3(4). Prohibition of unfair commercial practices

(4) A commercial practice is unfair if—

(a) it is a misleading action under the provisions of regulation 5;...

³² House of Commons Library: Consumer protection from Unfair Trading Regulations 2008 <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04678> accessed 12 September 2018

ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความสับสนกับผลิตภัณฑ์ที่มีเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายแสดงความแตกต่างอื่น ๆ ของผู้ประกอบการรายอื่นที่เป็นคู่แข่งทางการค้า³³

ข้อบังคับที่ 5³⁴ อธิบายว่า การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมให้หมายรวมถึง การกระทำในลักษณะดังต่อไปนี้ ถ้าข้อมูลทางการค้านั้นมีข้อมูลที่เป็นเท็จและไม่สุจริตในเรื่องใด ๆ ภายใต้อัน (4) เช่น ข้อมูลทั่วไปของสินค้า ลักษณะและวิธีการใช้สินค้า สิทธิของผู้บริโภคหากสินค้ามีความบกพร่อง เป็นต้น ถ้าการนำเสนอข้อมูลนั้นโดยรวมหรือโดยนัยนั้นหลอกลวงหรือมีแนวโน้มที่จะหลอกลวงผู้บริโภคแม้ว่าข้อมูลจะถูกต้องตามความเป็นจริงก็ตาม แต่ถ้ามีวัตถุประสงค์เพื่อหลอกลวงผู้บริโภค และทำให้เกิดหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจทำธุรกรรมตามข้อมูลนั้น รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการตลาดของผลิตภัณฑ์ (รวมทั้งโฆษณาเปรียบเทียบ) ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนกับผลิตภัณฑ์เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า หรือเครื่องหมายแสดงความแตกต่างอื่น ๆ ของผู้ประกอบการรายอื่น นอกจากนั้นแล้วกฎหมายยังได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนข้อบังคับดังกล่าวไว้ด้วย³⁵ กล่าวคือ โดยผู้กระทำความผิดกรณีกฎหมายกำหนดเป็นความผิดได้รับโทษปรับอย่างเดียว ต้องได้รับโทษปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือกรณีโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ³⁶

³³ Lexology, 'Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=06f63bc6-e238-4df3-a92c-4024fde9b609> accessed 12 September 2018.

³⁴ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 paragraph 5 Misleading actions

1) A commercial practice is a misleading action if it satisfies the conditions in either paragraph (2) or paragraph (3).

(2) A commercial practice satisfies the conditions of this paragraph—

(a) if it contains false information and is therefore untruthful in relation to any of the matters in paragraph (4) or if it or its overall presentation in any way deceives or is likely to deceive the average consumer in relation to any of the matters in that paragraph, even if the information is factually correct; and

(b) it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise.

(3) A commercial practice satisfies the conditions of this paragraph if—

(a) it concerns any marketing of a product (including comparative advertising) which creates confusion with any products, trade marks, trade names or other distinguishing marks of a competitor;...

³⁵ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 paragraph 9 Offences relating to unfair commercial practices

A trader is guilty of an offence if he engages in a commercial practice which is a misleading action under regulation 5 otherwise than by reason of the commercial practice satisfying the condition in regulation 5(3)(b).

³⁶ The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 paragraph 13 Penalty for offences

A person guilty of an offence under regulation 8, 9, 10, 11 or 12 shall be liable—

(a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum; or

(b) on conviction on indictment, to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years or both.

จากข้อมูลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจากปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม สรุปได้ว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณชนในฐานะผู้บริโภคอันจะไม่ถูกหลอกลวงจากผู้ประกอบการ โดยเฉพาะเรื่องการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นจริงของสินค้า หากพบว่ามี การฝ่าฝืนต่อกฎหมาย สามารถบังคับสิทธิตามกฎหมายได้ทั้งในทางแพ่งและอาญา ย่อมถือได้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นแนวคิดที่เป็นพื้นฐานและสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคล

3.3 กฎหมายของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ว่าด้วยเรื่องหลักสิทธิส่วนบุคคล มาตรา 32³⁷ ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลอันที่จะถูกกระทำละเมิดไม่ได้ ทั้งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง โดยจะนำไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางใดไม่ได้เลย บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้รวมถึงบุคคลสาธารณะ ก็ได้รับความคุ้มครองการถูกกระทำละเมิดสิทธิส่วนบุคคลตามมาตรา 32 เช่นเดียวกัน³⁸ มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า จะสามารถตีความปรับใช้กฎหมายมาตรา 32 ให้ครอบคลุมถึงกรณีสิทธิการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิส่วนบุคคลเช่นเดียวกับสิทธิในชื่อเสียง เกียรติยศ หรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอันจะถูกกระทำละเมิดโดยบุคคลอื่นได้หรือไม่ เมื่อไม่มีกฎหมายใดที่รับรองถึงสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล หรือสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ของบุคคลไว้แล้วนั้น จึงเป็นการยากที่จะตีความกฎหมายมาตรานี้ให้รวมถึงสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลนั้นเป็นสิทธิส่วนบุคคลได้ เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์อาจยังไม่ถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคล หากแต่เป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน เนื่องจากการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตยังก่อให้เกิดความเสียหายในด้านประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธินั้น ๆ อันจะหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของตนเองอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคล สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิในทรัพย์สินมากกว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลตามความหมายของมาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนั้นประเทศไทยยังไม่มี การพิจารณาว่าสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลถูกรับรองให้เป็นสิทธิส่วนบุคคลตามกฎหมาย ดังนั้นการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงยังไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 จากการพิจารณาเรื่องหลักความรับผิดชอบผิดทางละเมิดสำหรับเพื่อคุ้มครองผู้กระทำละเมิดในทางแพ่งแล้ว สรุปหลักการที่สำคัญที่เป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 420³⁹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นทั้งต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด และผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้นโดยชัดใช้คำสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย เมื่อพิจารณาแล้วหากเป็นการละเมิดโดยทั่วไปต่อสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ย่อมสามารถปรับใช้กฎหมายมาตรา 420 เพื่อคุ้มครองเยียวยาผู้ถูกกระทำละเมิดได้ แต่ในกรณีการละเมิดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากว่าการกระทำละเมิดในลักษณะนี้อาจไม่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง หรือต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่นแต่อย่างใด จึงต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำ

³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 32

³⁸ วนิดา แสงสารพันธ์, หลักกฎหมายสื่อสารมวลชน, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2560), หน้า 104-109.

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 420

ความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น และสิทธิดังกล่าวนั้นหากต้องใช้กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดจะตีความให้ถือว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2559 เครื่องหมายการค้าคือเครื่องหมายที่ใช้กับสินค้าเพื่อให้สินค้านั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่น สิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวที่มีกฎหมายเฉพาะรับรอง เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง สิทธิดังกล่าวเกิดขึ้นจากการจดทะเบียนก่อนโดยสุจริตหรือการใช้หรือคิดขึ้นก่อนโดยสุจริต⁴⁰ การกระทำที่เป็นการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากการนำไปใช้กับสินค้าหรือใช้เพื่อโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า ผู้ใช้ย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ว่า บุคคลสาธารณะหรือผู้ที่มีชื่อเสียงนั้นมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าของตน โดยในความเป็นจริงแล้วบุคคลนั้นอาจไม่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ แต่อย่างใด หากพิจารณาตามวัตถุประสงค์การนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามที่กล่าวมาแล้วนั้นสามารถพิจารณาภายใต้หลักเกณฑ์อันเข้าลักษณะเรื่องการลวงขายได้

เนื่องจากตามหลักกฎหมายที่คุ้มครองเครื่องหมายการค้าหรือสินค้าที่มีชื่อเสียงอย่างแพร่หลาย มาตรา 8 (10) กำหนดไว้ว่าไม่ให้รับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนกับเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (Well-known mark) หรือคล้ายกับเครื่องหมายดังกล่าวจนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ตาม⁴¹ อันเห็นได้ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยได้คำนึงถึงการรับรู้ของสาธารณชนและผู้บริโภคเป็นสำคัญ เพราะเครื่องหมายที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปนั้นต้องเป็นเครื่องหมายที่เป็นที่แพร่หลายจนทำให้สาธารณชนทั่วไปหรือสาธารณชนในสาขาที่เกี่ยวข้องรู้จักเป็นอย่างดี และเครื่องหมายนั้นต้องมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในหมู่ผู้บริโภคด้วย ทั้งนี้ไม่มีกำหนดระยะเวลาการให้ความคุ้มครองเปรียบเสมือนกับความมีเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงอันเป็นที่รู้จักและยอมรับของสาธารณชนเมื่อถูกนำไปใช้เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์ทางการค้า ก็ย่อมพิจารณาภายใต้เจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายได้ นอกจากนี้กฎหมายไทยมีหลักเรื่องการลวงขายตามมาตรา 46 ที่ให้ความคุ้มครองต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิฟ้องป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าจากการที่ผู้อื่นเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเครื่องหมายการค้านั้น⁴²

หลักกฎหมายเรื่องการลวงขายจึงเป็นหลักกฎหมายที่มีความเหมาะสมแก่การปรับใช้กับกรณีการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะไปใช้กับสินค้าบริการหรือเพื่อการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า บริการของตนโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยอาจเปรียบสิทธิในเอกลักษณ์หรือชื่อเสียงของบุคคลเหมือนกับสิทธิในเครื่องหมายการค้าอย่างหนึ่ง รวมทั้งการพิจารณาประกอบกับเรื่องความเสียหายต่อค่านิยมทางการค้า Goodwill อันเปรียบเสมือนกับคุณค่าที่เกิดจากความมีเอกลักษณ์ความมีชื่อเสียงของตัวบุคคลนั่นเอง หากแต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มี การปรับใช้กฎหมายเรื่องการลวงขายสำหรับกรณีนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้กับสินค้าหรือเพื่อโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต

⁴⁰ บุญมา เตชะวณิช, กฎหมายเครื่องหมายการค้า, ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (กรุงเทพมหานคร, เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555), หน้า 114.

⁴¹ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ.2559, มาตรา 8(10)

⁴² พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ.2559, มาตรา 46

4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย

4.1 การกำหนดเจตนารมณ์ของการรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมาย

จากแนวคิด กฎหมายต่างประเทศรวมทั้งคำพิพากษาของศาล ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล พบว่ามีเจตนารมณ์เพื่อรับรองและคุ้มครองบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิเท่านั้นสามารถควบคุมการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลและหวงกันไม่ให้ผู้อื่นละเมิดการใช้สิทธิดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนั้นแล้วกฎหมายกำหนดให้คุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลภายใต้หลักกฎหมายเรื่องการลงขายตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม ที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับการแอบอ้างนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยการใช้ประกอบกับตัวสินค้า อันเป็นการแสดงแหล่งที่มาของสินค้าที่เป็นเท็จเพื่อให้สาธารณชนสับสนหลงผิดและก่อให้เกิดความเข้าใจผิดถึงแหล่งที่มาของสินค้านั้น

ดังนั้น การรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมายไทยสามารถพิจารณาได้ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้นเจตนารมณ์ในการรับรองสิทธิดังกล่าวตามกฎหมายเพื่อเป็นการปกป้องประโยชน์ของเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ ในการใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำการละเมิดโดยใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต และเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณชนที่จะไม่เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดในแหล่งที่มาของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล กล่าวคือคุ้มครองประโยชน์สาธารณชนไม่ให้ได้รับผลกระทบจากการกระทำการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลในลักษณะของการลงขายต่อสาธารณชน

4.2 ปัญหาเรื่องการกำหนดแนวทางเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

4.2.1 แนวทางการรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล: ปัญหาการไม่มีคำนิยามเพื่อรับรองสิทธิ

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ตามประมวลกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Civil Code) มาตรา 3344 (a) มีใจความสำคัญว่าบุคคลใดใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความเหมือนคล้ายของผู้อื่น โดยรู้ว่าการใช้สิ่งเหล่านั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตและนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์ การส่งเสริมการขาย สินค้า หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาหรือการขาย ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากการกระทำของตนแก่บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำเช่นนั้น หลัก Rights of Publicity เป็นหลักคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิเฉพาะตัวในแต่ละบุคคลในการควบคุมการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของตน ผู้เป็นเจ้าของเอกลักษณ์สามารถเรียกร้องสิทธิถึงความเสียหายจากถูกนำเอาเอกลักษณ์ของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนั้นแล้วยังปรากฏในเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันไม่เป็นธรรม ที่มีสาระบัญญัติกฎหมายไว้สำหรับเรื่องสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลอย่างชัดเจน ตาม Restatement (Third) of Unfair Competition ที่รับรองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคล ทั้งชื่อ หรือลักษณะความเหมือนคล้าย หรือสิ่งใด ๆ ที่บ่งบอกความเป็นตัวตนของบุคคลนั้น เป็นสิทธิของเจ้าของสิทธิผู้เดียว

จากข้อมูลข้างต้นสรุปได้ว่า กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการกำหนดคำนิยามคำว่า สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้ว ย่อมถือได้ว่า กฎหมายได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลโดยถ้อยคำในบทบัญญัติแล้ว

กฎหมายของประเทศอังกฤษก็ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามทางกฎหมายไว้โดยตรงถึงสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล พิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีอันเป็นการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล ศาลปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องการลวงขายแก่กรณีดังกล่าว โดยพิจารณาว่าเอกลักษณ์ของบุคคลหรือชื่อเสียงถือเป็นคุณค่าในทางการค้าอย่างหนึ่งได้ (Goodwill) ดังนั้นจากการตีความปรับใช้กฎหมายของศาลย่อมถือได้ว่า ศาลของประเทศอังกฤษรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลโดยแนวคำพิพากษาของศาล

จากการศึกษาเรื่องการรับรองสิทธิโดยการกำหนดคำนิยามทางกฎหมายของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ พบว่าไม่มีการนิยามไว้โดยตรง อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายของทั้งสองประเทศจะไม่มีกำหนดคำนิยามไว้ หากแต่มีการนำเอาขอบเขตแนวคิดเรื่อง Character Merchandising ที่ถือว่าเป็นแนวคิดพื้นฐานที่อธิบายลักษณะของสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแล้วนำมาใช้เป็นฐานในการบัญญัติกฎหมายหรือประกอบคำพิพากษาของศาลได้อย่างสอดคล้องกับแนวคิดดังกล่าวแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการให้คำนิยามไว้ในกฎหมาย

แม้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทย มีการให้คำนิยามทางกฎหมายของคำว่าเครื่องหมาย เห็นว่าที่มีส่วนที่เหมือนกับขอบเขตของคำว่าเอกลักษณ์ของบุคคลแล้ว แต่เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบกับการตีความปรับใช้กฎหมายยังไม่ใช่การรับรองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยตรง เพราะตามแนวคิดเรื่อง Character Merchandising มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ในฐานะที่เป็นสิทธิอีกสิทธิหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ใช่การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลในฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นคำนิยามตามมาตรา 4 ของกฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยจึงยังไม่ใช่การนิยามเพื่อรับรองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยตรง

นอกจากนั้นแล้วตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่กำหนดว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่...สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ผู้นั้นทำละเมิด และต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น จากหลักกฎหมายดังกล่าวศาลไทยยังไม่มีการตีความคำว่าสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งให้หมายรวมถึงสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลแต่อย่างใด ดังนั้นกฎหมายไทยจึงยังไม่มีแนวทางการรับรองสิทธิดังกล่าว

4.2.2 แนวทางการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

4.2.2.1 ลักษณะของสิทธิ

เมื่อพิจารณาสหสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลแล้ว มีเจตนารมณ์การคุ้มครองสิทธิที่สอดคล้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้า เนื่องจากเป็นการให้ความคุ้มครองแก่การใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ทั้งของเครื่องหมายหรือตัวบุคคล เพื่อป้องกันไม่ให้มีผู้ใดมาละเมิดสิทธิโดยการนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้นการพิจารณาลักษณะของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลจึงสามารถอธิบายภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ว่า มีลักษณะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ในการใช้เอกลักษณ์เพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ และเจ้าของสิทธิสามารถทำสัญญาอนุญาตหรือโอนสิทธิให้ผู้อื่นใช้สิทธิในเอกลักษณ์ได้ในลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ นอกจากนี้ยังรวมถึงการป้องกันไม่ให้มีผู้ละเมิดสิทธิโดยการนำเอาเอกลักษณ์ของเจ้าของสิทธิไปใช้ในลักษณะที่เรียกว่าการลวงขายอันเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลมีสิทธิฟ้องร้องและเรียกค่าสินไหมทดแทนได้

4.2.2 บุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง

ประเทศสหรัฐอเมริกามีขอบเขตการคุ้มครองสิทธิให้บุคคลที่อยู่ในความเป็นจริงเท่านั้นพบว่าตามกฎหมายยังไม่มีข้อกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าให้คุ้มครองบุคคลในความเป็นจริงนี้ต้องเป็นบุคคลกลุ่มใด ถือว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองทั้งบุคคลทั่วไปที่มีความเป็นเอกลักษณ์และบุคคลสาธารณะหรือผู้ที่มีชื่อเสียงให้มีสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของตน อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมาย Rights of Publicity ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้แก่กรณีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลมากที่สุด โดยกฎหมายพิจารณาว่าบุคคลสาธารณะหรือผู้ที่มีชื่อเสียงได้ลงทุนเป็นจำนวนเงิน เวลา และความสามารถเฉพาะตัวของบุคคลนั้นเป็นอย่างมากเพื่อสร้างตัวตนและพัฒนาด้วยความสามารถของตนให้เป็นเอกลักษณ์เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายต่อสาธารณชน ดังนั้นบุคคลเหล่านี้ควรเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์อันเป็นผลตอบแทนจากการที่พวกเขาลงทุนด้วยความเป็นตัวตนของเขาเอง

กฎหมายประเทศอังกฤษกำหนดขอบเขตความคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ทั้งบุคคลในทางสมมติและบุคคลในความเป็นจริง เป็นการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างกว่ากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีบุคคลในทางสมมติที่ให้เจ้าของผลงานผู้สร้างเอกลักษณ์ของตัวละครหรือตัวการ์ตูนนั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ เช่นนี้อาจพิจารณาภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ได้เช่นกัน ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความเป็นจริง เมื่อพิจารณาจากคดีข้อพิพาทที่นำขึ้นสู่ศาลประเทศอังกฤษแล้ว พบว่าส่วนใหญ่เป็นการพิพาทกันระหว่างบุคคลสาธารณะกับผู้ละเมิดสิทธิ โดยศาลประเทศอังกฤษปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องการลงขาย (Passing-off) อันเป็นหลักกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สำหรับการคุ้มครองสิทธิในด้านผลประโยชน์ทางการค้า เพื่อใช้สำหรับกรณีการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล

จากข้อมูลกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาบุคคลสาธารณะที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลสามารถพิจารณาตามหลักการได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล คือ บุคคลนั้นต้องเป็นผู้ที่มีชื่อเสียงอันเป็นที่ประจักษ์จากการจำได้หมายรู้หรือได้รับความนิยมของสาธารณชนจำนวนมากและต้องมีการใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของตนอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ มีการแสวงหารายได้หรือผลประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของตนแล้ว

ส่วนกฎหมายของไทยยังไม่มีข้อกำหนดขอบเขตความคุ้มครองสิทธิสำหรับกรณีการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลไว้โดยเฉพาะ สิทธิดังกล่าวควรกำหนดขอบเขตการคุ้มครองให้แก่บุคคลในความเป็นจริงเท่านั้นเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะบุคคลสมมติ (ตัวละคร การ์ตูน) ตามกฎหมายไทยย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจนแล้ว อีกทั้งปัญหาการละเมิดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อใช้เกี่ยวข้องกับสินค้าโดยการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์สินค้า เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยที่มีอยู่ทั้งกฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธินักแสดง สิทธิส่วนบุคคล และกฎหมายเครื่องหมายการค้า แต่กฎหมายดังกล่าวนี้ไม่ได้คุ้มครองบุคคล ในฐานะเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์

4.2.2.3 ลักษณะการให้ความคุ้มครองสิทธิ

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแคลิฟอร์เนีย (California Civil Code) และ Rights of Publicity โดยกำหนดไว้ว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองบุคคลที่จะไม่ถูกละเมิดจากผู้อื่นที่กระทำการนำเอา ชื่อ ภาพ ลายมือชื่อ

หรือความเหมือนคล้ายของบุคลิกลักษณะไปใช้เพื่อหาประโยชน์ทางการค้า เช่น การนำไปประกอบกับสินค้า เพื่อขายสินค้า ส่งเสริมการขาย หรือการนำไปใช้เพื่อโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิ การกระทำนี้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายและผู้กระทำความผิดต้องชดใช้แก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเจ้าของสิทธิซึ่งเป็นผู้เสียหาย

กฎหมายประเทศอังกฤษ มีลักษณะการให้ความคุ้มครองสิทธิตามหลักกฎหมายเรื่องการลงขาย โดยพิจารณาตามองค์ประกอบที่สำคัญคือ กฎหมายป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่ก่อให้เกิดความสับสนแก่บุคคลทั่วไปในแหล่งที่มาของสินค้าส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า ดังนั้นการที่ผู้ใดนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยนำไปใช้เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ เพื่อการขาย โฆษณาหรือประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการก็ตาม อันมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่าบุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเอกลักษณ์และการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้บุคคลที่เป็นเจ้าของเอกลักษณ์เสื่อมคุณค่าแห่งชื่อเสียงและเป็นการลดทอนสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่บุคคลนั้นพึงได้รับจากความมีเอกลักษณ์ของตน ย่อมเป็นการกระทำความผิดภายใต้หลักกฎหมายเรื่องการลงขาย

กฎหมายไทยไม่มีการกำหนดขอบเขตลักษณะการให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้โดยเฉพาะแก่กรณีนี้ ต้องพิจารณาขอบเขตการคุ้มครองตามเงื่อนไขของกฎหมายต่าง ๆ กล่าวคือ กฎหมายลิขสิทธิ์ ให้ความคุ้มครองแก่ผลงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของเจ้าของผลงาน เรียกว่าผลงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งการเกิดขึ้นของเอกลักษณ์หรือชื่อเสียงของบุคคลไม่เป็นการสร้างสรรค์ผลงานตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของผลงานเท่านั้น เช่น ผู้สื่อข่าวภาพของดาราที่มีชื่อเสียงเป็นสินค้าวางขาย เช่นนี้ภาพวาดนั้นย่อมเป็นสิทธิของผู้วาดภาพเท่านั้น จึงมีข้อโต้แย้งว่ากรณีนี้เจ้าของเอกลักษณ์ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลแตกต่างจากสิทธิในเครื่องหมายการค้า เช่น มีผู้นำเอาภาพของนักกีฬาที่มีชื่อเสียงไปติดกับตัวสินค้าอุปกรณ์กีฬาโดยไม่ได้รับอนุญาต เพื่อให้คนทั่วไปเข้าใจว่านักกีฬานั้นได้ให้การรับรองว่ามีความเกี่ยวข้องกับสินค้า แต่ในความเป็นจริงไม่ได้มีความเกี่ยวข้องใด ๆ กับสินค้านั้นเลย อีกทั้งนักกีฬาไม่ได้มีการจดทะเบียนสิทธิในการใช้ภาพของตนเป็นเครื่องหมายการค้าและไม่เคยใช้ภาพของตนประกอบการขายสินค้าอยู่ก่อนเลยอันจะได้มาซึ่งสิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น เช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่าสิทธิในการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นสิทธิเฉพาะตัวของเจ้าของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว และไม่จำเป็นต้องอยู่ในเงื่อนไขการได้รับความคุ้มครองสิทธิอย่างเครื่องหมายการค้า

นอกจากนั้นแล้วพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่คุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ ออนามัย หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ต้องมีการรับรองสิทธิโดยกฎหมายแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าตามหลักกฎหมายดังกล่าวยังไม่เป็นการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล เพราะการละเมิดเอกลักษณ์บุคคล อาจไม่ได้กระทำต่อชีวิต เนื้อตัวร่างกาย และไม่ถือเป็นทรัพย์สิน หากจะพิจารณาให้ถือเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ต้องพิจารณาต่อไปว่า สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลถือเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองแล้วหรือไม่

พิจารณาตามหลักกฎหมายละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะการคุ้มครองบุคคลให้มีสิทธิอยู่โดยลำพังปราศจากการรบกวนสิทธิจากผู้อื่น หรือเรียกว่าสิทธิส่วนตัว ดังนั้นเจตนารมณ์

ของกฎหมายดังกล่าวคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของคุณบุคคล ไม่ได้มุ่งคุ้มครองแก่การนำเอาเอกลักษณ์ของคุณบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์

4.2.2.4 ระยะเวลาในการคุ้มครอง

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาให้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของคุณบุคคลเป็นสิทธิในทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิมีสิทธิได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากสิทธินั้น สิทธินั้นมิอยู่ตลอดแม้ว่าผู้เป็นเจ้าของสิทธิเสียชีวิตไปแล้ว สิทธิในเอกลักษณ์ยังคงสืบทอดเป็นมรดกแก่ทายาทอันจะถือเอาประโยชน์จากสิทธิดังกล่าวได้ ให้การคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของคุณบุคคลถึงบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิที่เสียชีวิตแล้ว

การเริ่มต้นให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะถือว่าเป็นผู้ที่มีสิทธิในเอกลักษณ์หรือชื่อเสียงของตนได้นั้นสามารถนับการเริ่มต้นแห่งสิทธิโดยอธิบายภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ กล่าวคือ อาจเริ่มต้นโดยการใช้สิทธิในเอกลักษณ์ อันมีเงื่อนไขในการพิจารณาเป็นไปตามหลักการได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ กล่าวคือ มีการนำเอาเอกลักษณ์ไปใช้เพื่อประกอบกับสินค้าเพื่อจำหน่าย หรือเพื่อการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า จะต้องเป็นการใช้ในช่วงเวลาที่นานพอสมควรที่สาธารณชนโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ว่าเป็นสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณบุคคลผู้เป็นเจ้าของเอกลักษณ์ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ และการที่คุณบุคคลนั้นมีการใช้สิทธิใช้เอกลักษณ์มาเรื่อย ๆ เป็นเวลานานโดยสุจริตและเปิดเผย และได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการใช้เอกลักษณ์นั้นขึ้นจริง จนเป็นที่รับรู้ของสาธารณชนว่าเป็นสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณบุคคลนี้ซึ่งเปรียบเสมือนเป็น Goodwill ของบุคคลเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์

อย่างไรก็ตาม การได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณบุคคลโดยการใช้ไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนสิทธิ ส่วนการสิ้นสุดของสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณบุคคลสามารถพิจารณาจากการที่คุณบุคคลนั้นละทิ้งซึ่งการใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของตนแล้ว เพราะหากกำหนดอายุการคุ้มครองสิทธิ ย่อมส่งผลต่อเรื่องการสิ้นสุดของสิทธิที่ต้องเป็นไปตามอายุการคุ้มครองตามกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณบุคคล จะต้องมีการจดทะเบียนเพื่อต่ออายุการคุ้มครองตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่มีความยุ่งยากในการได้มาและสิ้นสุดซึ่งสิทธิ

4.2.2.5 การบังคับสิทธิตามกฎหมาย

จากการศึกษาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำที่ละเมิดสิทธิดังกล่าวนี้เป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายและผู้กระทำการละเมิดต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายอีกด้วย ศาลได้ตัดสินว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดการใช้สิทธิแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของคุณบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยวิธีการก่อให้เกิดความสับสนแก่สาธารณชนในแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการนั้นถือว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า ในส่วนของการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบหรือการกำหนดขอบเขตการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นมีหลักเกณฑ์การพิจารณา คือ ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายเพื่อเยียวยาเจ้าของสิทธิได้โดยพิจารณาจากปัจจัยหลายอย่าง ได้แก่ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของโจทก์ผู้เป็นเจ้าของสิทธิที่ควรจะได้รับ การคุ้มครอง ลักษณะและขอบเขตของการกระทำละเมิด ค่าเสียหายที่เพียงพอในการเยียวยาความเสียหายแก่โจทก์ การมีส่วนร่วมในการกระทำผิดของโจทก์ วิธีการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุด

แนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษที่พิจารณารณีสละเมิดการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของคุณคนโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดตามหลักกฎหมายการลงขายซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายทางแพ่งที่จำเลยมีหน้าที่ต้องชดใช้ เยียวยาความเสียหายแก่โจทก์ผู้เสียหาย โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณาเรื่องความเสียหายตามหลักกฎหมายเรื่องการลงขายที่สำคัญคือ ผู้กระทำละเมิดมีเจตนาทำ ความเสียหายแก่ธุรกิจหรือชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้อื่นและก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงแก่ธุรกิจหรือชื่อเสียงเกียรติคุณบุคคลอื่น

กฎหมายไทย พบประเด็นปัญหาว่าไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้ว่าการละเมิดสิทธิดังกล่าวนั้นเป็น ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ผู้ที่ได้รับกระทบสิทธิถือเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิเรียกร้องให้เยียวยาความเสียหายได้หรือไม่ ดังนั้นต้องมีกำหนดขอบเขตเรื่องความเสียหายและหากมีการละเมิดสิทธิถือเป็นความผิด ก่อให้เกิดความเสียหายตามกฎหมายและจะต้องมีการบังคับสิทธิตามกฎหมายโดยบุคคลผู้กระทำละเมิดต้อง เยียวยาความเสียหายนั้นจากการกระทำของตน

4.3 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายไทย

ศาลไทยใช้วิธีการนำเอาบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ สิทธินักแสดง กฎหมาย เครื่องหมายการค้า และหลักความรับผิดทางละเมิดเพื่อพิจารณาคัดสินคดีข้อพิพาท หากแต่เมื่อพิจารณาเนื้อหา และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ยังไม่สามารถตีความได้ว่าขอบเขตการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่มีอยู่ แล้วครอบคลุมถึงกรณีสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณคน กล่าวคือ สิทธิดังกล่าวไม่เป็นสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์อัน คุ้มครองเจ้าของผลงานที่สร้างสรรค์ผลงานอันมีลิขสิทธิ์ เนื่องจากสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณคนนั้นเกิดขึ้นกับตัว บุคคล เกิดขึ้นจากการใช้ความสามารถของตนไม่ใช้การสร้างสรรค์เป็นชิ้นงานตามกฎหมายลิขสิทธิ์

สิทธิในเอกลักษณ์ของคุณคนไม่เป็นสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยตรงเนื่องจากสิทธิดังกล่าวสามารถ เกิดขึ้นแก่เจ้าของสิทธิได้โดยการใช้เอกลักษณ์ของตนเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นระยะเวลานานพอให้ สาธารณชนรับรู้ได้ถึงการใช้ของสิทธิในเอกลักษณ์นั้นโดยไม่ต้องนำไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าก่อน หรือมีการใช้อย่างสิทธิอย่างเครื่องหมายการค้าอยู่ก่อนแต่อย่างใด

พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ในส่วนของการคุ้มครองบุคคลอันจะไม่ถูก ละเมิดสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น กฎหมายกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิของบุคคลไว้โดยกว้าง แต่การที่จะถือ ว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือไม่นั้นสิทธินั้นก็ต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายไทยรับรองแล้วเท่านั้น ในการแสวงหาประโยชน์ เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของคุณคนเป็นสิทธิที่ยังไม่มีการรับรองตามกฎหมายจึงยังไม่สามารถนำเอามาตรา 420 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้โดยตรงได้

นอกจากนั้นสิทธิในเอกลักษณ์ของคุณคนไม่เป็นสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการละเมิดสิทธิ โดยการใช้สิทธิเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของคุณคนโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นลักษณะการ ละเมิดต่อสิทธิในความเป็นเอกลักษณ์ของคุณคนและสิทธิอันจะได้รับประโยชน์จากความเป็นเอกลักษณ์ของคุณคน นั้นโดยการนำเอาเอกลักษณ์ของผู้อื่นไปใช้ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อตนเองและเจ้าของสิทธิไม่อนุญาตให้ นำไปใช้ เช่นนี้ย่อมไม่ใช่สิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการคุ้มครองบุคคลในลักษณะที่บุคคลจะไม่ถูก รบกวนความเป็นส่วนตัว อันหมายถึงสิทธิของบุคคลที่จะอยู่ตามลำพังโดยปราศจากการรบกวนหรือสอดแทรกจาก ผู้อื่นหรือการละเมิดต่อข้อมูลส่วนตัว

จากการพิจารณาข้างต้น เห็นได้ว่าหากตีความปรับใช้ตามกฎหมายที่มีอยู่ พบว่ามีช่องว่างของกฎหมายที่ยังเป็นประเด็นปัญหาว่า กฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลได้โดยตรง

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การละเมิดการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตส่วนใหญ่แล้วมักเกิดขึ้นกับบุคคลสาธารณะหรือผู้ที่มีชื่อเสียง การกระทำดังกล่าวย่อมทำให้เจ้าของสิทธิเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันควรจะได้รับจากความเป็นเอกลักษณ์ของตน สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ได้ให้การรับรองสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามในการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายตลอดทั้งแนวทางการปรับใช้กฎหมายสำหรับกรณีดังกล่าวย่อมกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิ และการปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคล กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีความเกี่ยวข้องแก่กรณีมากที่สุด เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ทางด้านการค้า และสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่เป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้นในการพิจารณาการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยสำหรับกรณีดังกล่าวจึงควรพิจารณาภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 การกำหนดเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ควรกำหนดให้สอดคล้องกับกฎหมายเครื่องหมายการค้า โดยมีเจตนารมณ์ที่แท้จริงคือ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล อันจะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิหวงกันเพื่อไม่ให้ผู้อื่นกระทำการละเมิดโดยใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต และมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสาธารณชนที่จะได้รับรู้ข้อมูลหรือแหล่งที่มาของเจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ที่แท้จริง เพื่อให้ไม่เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดในแหล่งที่มาของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล จากการที่มีบุคคลใช้สิทธิโดยไม่เป็นธรรมในลักษณะการลงขายสินค้าหรือโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิแก่สาธารณชน

5.2.2 การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อรับรองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมาย

โดยใช้แนวทางรับรองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยการใช้ถ้อยคำในเนื้อหาของบัญญัติกฎหมายที่เป็นการรับรองสิทธิดังกล่าว โดยกำหนดไว้เป็นมาตราอีกหนึ่งมาตราเป็นการเฉพาะสำหรับกรณีเรื่องการใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ อาจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2559 เป็นมาตราเพิ่มเติมภายใต้หลักกฎหมายเรื่องการลงขาย ดังนี้

มาตรา 46/1 ผู้ใดกระทำการโดยการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะ เช่น ชื่อ ภาพ ลายมือ ชื่อ เสียง ความเหมือนคล้าย ไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์อันเป็นไปเพื่อขาย หรือโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุคคลสาธารณะนั้น หากการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต่อสาธารณชนว่าบุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการนั้น และส่งผลให้ลดทอนคุณค่าแห่ง

ชื่อเสียงหรือสิทธิอันจะได้รับประโยชน์จากเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะ ผู้ที่กระทำความผิดละเมิดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลและต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวแก่เจ้าของสิทธิ

ความในวรรคหนึ่งไม่นำมาใช้กับการนำไปใช้แก่การใด ๆ ที่ไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์เชิงพาณิชย์

5.2.3 การกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิให้ชัดเจน

5.2.3.1 การแก้ไขปัญหาเรื่องการกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมายไทย เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานเรื่อง Character Merchandising ควรกำหนดให้คุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้โดยตลอดรวมถึงบุคคลเจ้าของสิทธิที่เสียชีวิตไปแล้วด้วยการคุ้มครองสิทธินี้ยังไม่สิ้นสุดลงและให้สืบทอดแก่ทายาททางมรดกอันจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้ต่อไป และหวังกันไม่ให้มีผู้มาละเมิดใช้สิทธิของเจ้าของสิทธิที่เสียชีวิตแล้วโดยไม่ได้รับอนุญาต ส่วนหลักเกณฑ์การเริ่มนับระยะเวลาการได้มาซึ่งสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคล อาจพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังนี้ บุคคลสาธารณะต้องมีการใช้สิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของตนแล้วด้วย และการสิ้นสุดของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมายให้สิ้นสุดโดยการที่เจ้าของสิทธิได้ละทิ้งไม่ใช้สิทธิดังกล่าวไปแล้ว อย่างไรก็ตามการสิ้นสุดของสิทธิไม่สามารถสิ้นสุดได้โดยการโอนสิทธิ เนื่องจากสิทธิในเอกลักษณ์เป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้นที่ไม่สามารถโอนความเป็นเอกลักษณ์ให้แก่ผู้อื่น

5.2.3.2 การบังคับสิทธิตามกฎหมาย

กฎหมายไทยควรกำหนดว่าการกระทำละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นความผิดตามกฎหมาย และมีแนวทางการกำหนดขอบเขตเรื่องความเสียหายสำหรับกรณีนี้ คือให้ถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยเฉพาะ ทั้งนี้ควรมีหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิพากษาคดีในส่วนของกาหนดค่าเสียหายแก่ผู้ถูกรบกวนสิทธิ ดังนี้

1) พิจารณาระดับความมีชื่อเสียงของบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิเป็นที่จำได้หมายรู้ของสาธารณชนเพียงใด

2) พิจารณาระยะเวลาการใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของเจ้าของสิทธิ

3) พิจารณาว่าเจ้าของสิทธิมีการใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของตนอยู่ก่อนแล้ว

4) พิจารณาจำนวนรายได้หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ได้รับโดยปกติจากการใช้สิทธิตามข้อ

3)

5) พิจารณาความสูญเสียซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธิจากการถูกละเมิดสิทธิ

6) พิจารณาค่าเสียหายอื่น ๆ ที่ควรจะได้รับจากการถูกละเมิดสิทธิ

7) หากเจ้าของสิทธิมีส่วนร่วมรู้เห็นในการก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิ ผู้กระทำละเมิดย่อมอ้างเป็น

ข้อต่อสู้ได้

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นให้เป็นอำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลอันจะกำหนดความเสียหายให้แก่เจ้าของสิทธิที่ได้รับกระทบสิทธิให้ได้รับการเยียวยาตามสมควรและมีความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

บรรณานุกรม

- ไกรสร, ‘ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการลงขาย’ <https://www.kraisornlawyer.com/15115148/ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการลงขาย>
- จักรกฤษณ์ ครอบพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2559.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2560.
- นินนาท บุญยะเดช, การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไปในประเทศไทยตามพันธกรณี กฎหมายระหว่างประเทศ, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552)
- บุญมา เตชะวณิช, กฎหมายเครื่องหมายการค้า. ตำรากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพมหานคร, เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์, 2555.
- ปวีตร เลิศธรรมเทวี. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- เมธินี สุวรรณกิจ. Publicity Right: Whether It Should be Recognized in Thailand. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. เล่มที่ 10 ปีที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2560): 79-95
- วนิดา แสงสารพันธ์. หลักกฎหมายสื่อสารมวลชน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560
- ศรินธร อ่องสมหวัง. สิทธิเชิงพาณิชย์ในรูปลักษณะของบุคคลสาธารณะ. นิตยสารสำนักงานยุติธรรม ดุลพาห. 59 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2555): 164-187
- Amin, Reshma. Comparative Analysis of California’s right of publicity and the United Kingdom’s Approach to the protection of celebrities: Where are they better protected. Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet. 1 (2010)
- Bently, Lionel and Sherman, Brad. Intellectual Property Law. 4th ed. Oxford: University Press, 2009
- Beverly-Smith, Huw. The commercial appropriation of personality. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002
- Consumer, ‘Fair Trading Act’ <https://www.consumer.org.nz/articles/fair-trading-act> accessed 16 June 2018
- Find Law, Rights of publicity, <http://corporate.findlaw.com/litigation-disputes/right-opublicity.html> accessed 16 March 2018
- How to law, ‘How to: Protection under the Fair Trading Act. <http://www.howtolaw.co/protectionunder-the-fair-trading-act-392187> accessed 16 June 2018
- Lauber-Ronsberg, Anne. The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives. Trademark Reporter. 107 1 (July-August)

- McCracken, Grant. Who Is the Celebrity Endorser? Cultural Foundations of the Endorsement Process. *Journal of Consumer Research*. 16 3 (1989)
- McGee, Andrew, Sarah, Gale and Scanlan, Gary. Character merchandising: Aspects of legal protection. *Legal Studies*. 21 (April 2006)
- Nimber, Melville B. The Right of Publicity. *Duke Law, Law and Contemporary Problems*. 19 2 (1954)
- Overbeck, Wayne E. *Major Principles of Media Law*. Boston: Cengage learning, 2016.
- Redish, Martin H. and Shust, Kelsey B. The Right of publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech. *William & Mary Law Review*. 56 4 (2015)
- Reichman, Jonathan D. *Getting the Deal Through: Right of Publicity 2013*. London: Law Business Research Ltd, 2013.
- Terry, Andrew. Proprietary Rights in Character Merchandising Marks. *Australian Business Law Review*. 18 4 (August 1990)
- World Intellectual Property Organization, 'Character Merchandising'http://www.wipo.int/export/sites/www/copyrights/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf accessed 25 September 2017

การจำกัดสิทธิทางทรัพย์สินของพระภิกษุในพระพุทธศาสนา

Restrictions on the Rights to Property of the Buddhist priests

นรา ถิ่นนัยธรร*

บทคัดย่อ

พระภิกษุ คือ ผู้ที่เปลี่ยนสถานะของบุคคลจากเพศฆราวาสเข้าสู่เพศบรรพชิต หมายถึง ผู้ที่ไปจากความเป็นฆราวาส คือจากการครองเรือนไปสู่ความเป็นบรรพชิต คือไม่ครองเรือนโดยสิ้นเชิง โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความรวดเร็วและราบรื่นในการบรรลุธรรมผลนิพพาน

พระภิกษุเป็นผู้อยู่ในสถาบันอนาถา คือเป็นผู้ไม่หามาหรือสะสมไว้ซึ่งทรัพย์สมบัติ เพราะการสะสมทรัพย์สินเงินทองนั้นย่อมเป็นการขัดกับวิถีชีวิตของนักบวชที่มุ่งจะประพฤติปฏิบัติเพื่อการหลุดพ้น ดังนั้น ผู้ที่บวชเป็นพระภิกษุจึงต้องห้ามเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินเงินทองอีก ไม่ว่าทรัพย์สินหรือเงินนั้นจะเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม

พระภิกษุจึงควรถูกจำกัดสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน โดยควรจะมีเพียงแค่ทรัพย์สินหลัก คือ ปัจจัย 4 หรือบริวาร 8 และทรัพย์สินเสริมที่มีไว้เพื่อสนับสนุนให้การบริโภคปัจจัย 4 ของพระภิกษุเป็นไปโดยสะดวกมากยิ่งขึ้นเท่านั้น และหากพระภิกษุได้รับทรัพย์สินใด ๆ มาในระหว่างสมณเพศ ก็ควรที่จะต้องห้ามจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้มานั้น ไปในระหว่างชีวิตหรือโดยพินัยกรรม เพื่อมิให้เกิดช่องทางในการแสวงหาประโยชน์จากสถานะของความเป็นพระภิกษุ

นอกจากนี้ ผู้ที่มีความประสงค์จะบวชเป็นพระภิกษุตลอดชีวิต หรือไม่มีกำหนดเวลา ควรจะต้องดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตนเองมีอยู่ทั้งหมดให้แก่ผู้อื่นให้เรียบร้อยเสียก่อนที่จะบวช แต่หากบวชเพียงระยะเวลาสั้น ๆ ตามโครงการต่าง ๆ หรือเป็นการบวชแก้บน การบวชหน้าไฟ หรือการบวชตามประเพณีที่มีระยะเวลาในการบวชไม่ถึง 15 วันนั้น ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นแต่อย่างใด

คำสำคัญ: พระภิกษุ, ทรัพย์สิน, การจำกัดสิทธิ

* นายทหารพระธรรมนูญ กรมกำลังพลทหารบก กองทัพบก ปัจจุบันเป็นนักศึกษาปริญญาเอก หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

Buddhist monk is a person who changes his personal status from a man to a priest. Achieving the goal of religious world, Nirvana, he must prepare himself to discard the ordinary life to become the simplest one.

Buddhist monk is considered as a person who lives impoverished on the lifestyle with posed of minimal property. Since the accumulation of large amount of assets or property is contrary to the Buddhist priest life. Therefore, Buddhist monk should not hold any assets or properties no matter how much they are.

Buddhist monk should own a limited amount of assets or properties: that is only able to fulfill the four requisites or eight necessities of a Buddhist monk as well as others stuffs to support of the four requisites. In order to prevent the one whom seeking benefit from being a priest, the spending on the obtaining assets or properties during being the priest is definitely forbidden.

In addition, a man who determines of entering the monkhood either for the lifetime or the indefinite time, he has to sacrifice all of his assets or properties to others before becoming a Buddhist priest. When the entering monkhood is temporarily, for example on special events which is less than 15 days, it is unnecessary to do so.

Keywords: Buddhist priests, Property, Restrictions on the Rights

บทนำ

ทรัพย์สินต่าง ๆ บนโลกใบนี้ บุคคลธรรมดาทั่วไปสามารถชวนขวยหาครอบครองเป็นเจ้าของได้ตามความต้องการอย่างไม่มีขีดจำกัด ครอบครองที่มีกำลังทรัพย์ในการซื้อขายแลกเปลี่ยนอยู่ แต่ความข้างต้นอาจจะใช้ไม่ได้กับบุคคลกลุ่มหนึ่ง บุคคลที่มุ่งเหลือทิ้งเหลือเงินดินดินบิณฑบาตในเวลาเช้า บุคคลที่เชื่อฟังคำสั่งสอนของพระพุทธเจ้าแล้วปฏิบัติชอบตามพระธรรมวินัย บุคคลที่ทำหน้าที่สืบทอดคำสั่งสอนของพระพุทธเจ้า บุคคลเหล่านี้มีชื่อเรียกว่า “พระภิกษุ”

พระภิกษุ คือ ผู้ที่เปลี่ยนสถานะของบุคคลจากเพศฆราวาสเข้าสู่เพศบรรพชิต โดยผ่านพิธีกรรมหนึ่งทีเรียกว่า “การบวช” ซึ่ง “การบวช” เป็นภาษาไทย ถอดรูปมาจากคำในภาษาบาลีว่า ปพพชชา คำว่า “ปพพชชา” นี้ มีรากศัพท์มาจาก ป... แปลว่าทั่วหรือสิ้นเชิง และ วช... แปลว่าไปหรือเว้น คำว่า ป รวม กับ วช จึงแปลว่า ไปโดยสิ้นเชิง หรือเว้นโดยสิ้นเชิง หมายถึง ไปจากความเป็นฆราวาส คือจากการครองเรือนไปสู่ความเป็นบรรพชิต คือผู้ไม่ครองเรือนโดยสิ้นเชิง โวหารที่สูงไปกว่านั้นท่านเรียกว่าไปจากโลกโดยสิ้นเชิง ความว่าละเสียจากวิสัยที่ชาวโลกเขามีกันเป็นกันโดยสิ้นเชิง¹

การบวชในสมัยพุทธกาลนั้น ผู้บวชมักจะมีสมบัติเพียงไตรจีวรกับสิ่งของจำเป็นไม่มากนักตามพระวินัยบัญญัติ ผู้บวชไม่สามารถสะสมทรัพย์สินเงินทองได้ เนื่องจากข้อจำกัดทางด้านพระวินัย ซึ่งการสะสมทรัพย์สินเงินทองนั้นย่อมเป็นการขัดกับวิถีชีวิตของนักบวชที่มุ่งจะประพฤติปฏิบัติเพื่อการหลุดพ้น² หากแต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปกว่า 2500 ปี นับแต่พระภิกษุรูปแรก คือ พระอัญญาโกณฑัญญะ ได้กราบทูลขออุปสมบทต่อพระพุทธเจ้า สภาพสังคมได้ปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย วัตถุประสงค์ต่าง ๆ เริ่มมีสิ่งของอำนวยความสะดวกมากขึ้นจากการถวายเป็นปัจจัยของผู้ศรัทธา ทำให้การดำรงตนเป็นพระภิกษุในยุคปัจจุบันเปลี่ยนไปจากสมัยก่อนเป็นอย่างมาก จากที่เป็นผู้ละแล้วซึ่งทางโลก กลีบกลายเป็นผู้ถือครองทรัพย์สินมากมาย จึงเป็นข้อที่น่าพิจารณาว่าในปัจจุบันนี้พระภิกษุควรที่จะถูกจำกัดสิทธิทางทรัพย์สินมากน้อยเพียงใด

นิกายของพระพุทธศาสนา

ในปัจจุบัน พระพุทธศาสนาได้ถูกแบ่งเป็น 3 นิกายใหญ่ ๆ ได้แก่ นิกายเถรวาท (หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า นิกายหินยาน/หินยาน) นิกายมหายาน และนิกายวัชรยาน โดยนิกายเถรวาท แปลว่า นิกายที่นับถือเอาวาทีอันได้แก่ความเห็นและหลักการของพระอรหันตเถระ ซึ่งได้แสดงไว้ในการประชุมสังคายนาครั้งแรกที่เมืองราชคฤห์ หลังจากพระพุทธเจ้านิพพานแล้วเป็นหลักแห่งความเชื่อถือและปฏิบัติต่อไป ส่วนนิกายมหายาน ถือเอาวาทีของพระอาจารย์รุ่นหลังที่เกิดขึ้นหลังพระพุทธเจ้านิพพานแล้วเอามาเป็นหลักแห่งความเชื่อถือและการปฏิบัติอีกด้วย ซึ่งคำว่า “มหายาน” แปลว่า ยานอันใหญ่โตหรือยิ่งใหญ่ นั่น น่าจะเป็นชื่อที่ตั้งขึ้นเพื่อเทียบยานิกายเถรวาท ซึ่งถูกเรียกว่า “หินยาน” ที่แปลว่า ยานอันเล็กหรือยานอันต่ำต้อย คือ ยานอันนำบุคคลไปถึงจุดหมายปลายทาง

¹ พระธรรมโกศาจารย์ (พุทธทาสภิกขุ), โอวาทคำสอนสำหรับพระภิกษุผู้บวชใหม่ คู่มือดำเนินชีวิตของนักบวชได้รรมกาสาวพัสตร์ ฉบับสมบูรณ์, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์ธรรมสภาและสถาบันหนังสือธรรม, 2556), หน้า คำนำ

² ดนัย ปรีชาเพิ่มประสิทธิ์, รายงานวิจัยเรื่องพระสงฆ์กับทรัพย์สินส่วนตัว, (โครงการวิจัย โครงการวิจัยพุทธศาสนศึกษา ศูนย์พุทธศาสนศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 1

คือ พระนิพพานได้ยาก เพราะมีจำนวนน้อย ส่วนมหายานนั้นเป็นยานขนาดใหญ่ที่นำคนข้ามโอฆสงสารไปถึงจุดมุ่งหมายปลายทางได้มากกว่า³

ทางฝ่ายหินยานนั้นเชื่อถือว่ามีพระพุทธเจ้าองค์เดียว คือ พระสมณโคตมพระสัมมาสัมพุทธเจ้า มีวัตถุที่เคารพคือพระรัตนตรัย อันได้แก่ พระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์ ทั้งสามนี้รวมเป็นสรณะอย่างเดียว ไม่มีสรณะอื่นใดอีก ธรรมแห่งพระพุทธเจ้านั้นเป็นธรรมอันบุคคลพึงรู้ได้ด้วยตนเอง และทางที่จะนำไปสู่ความรอดพ้นคือปฏิเวธนั้นบุคคลต้องบำเพ็ญเพียรปฏิบัติด้วยตนเอง ไม่มีผู้ใดหรือสิ่งใดมาช่วยได้⁴

ส่วนทางฝ่ายมหายานนั้น ถือว่าพระพุทธเจ้ามีพระกายเป็นสาม คือ ธรรมกาย สัมโภคกาย และนิรมาณกาย ธรรมกายนั้นคือธาตุแท้แห่งพุทธะซึ่งปรากฏอยู่ทั่วไปในโลกนี้ตลอดจนในโลกอื่น ๆ เช่น สวรรค์และนรก สัมโภคกายนั้น หมายถึง พระกายอันเป็นบรมสุขสถิตอยู่ในแดนสุขาวดีเป็นนิจนิรันดร และมีพระนามว่าพระอมิตาภะพุทธเจ้า แปลว่า มีพระรัศมีอันกำหนดมิได้หรืออีกพระนามหนึ่งว่าพระอมิตายุสพุทธเจ้า แปลว่า มีพระชนมายุอันกำหนดนับมิได้ ส่วนนิรมาณกายนั้นเป็นพระกายที่เกิดขึ้นในมนุษยโลก แบ่งภาคจากสัมโภคกายมาจุดอีกต่อหนึ่งตามลัทธินี้พระพุทธเจ้าที่มีมาก่อนพระสัมมาสัมพุทธเจ้า และรวมทั้งพระสัมมาสัมพุทธเจ้าด้วยนั้น ล้วนแล้วแต่เป็นพระนิรมาณกายทั้งสิ้น⁵

นอกจากพระพุทธเจ้าทั้งสามพระกายนี้แล้ว นิกายมหายานยังนับถือพระโพธิสัตว์อีกเป็นอันมาก โดยเชื่อว่าพระโพธิสัตว์นั้นได้บำเพ็ญบารมีมาจนถึงพุทธภูมิแล้ว แต่ยังไม่เข้าสู่พุทธภูมิเพราะยังมีเมตตาต่อสัตว์โลก จึงยังอยู่คอยช่วยเหลือมนุษย์ให้หลุดพ้นจากทุกข์ต่าง ๆ ตลอดจนบรรลุนิพพานเป็นที่สุด⁶

ตามธรรมเนียมความคิดของคนตะวันออกนั้น ทุกอย่างต้องมีฝ่ายขวาและฝ่ายซ้าย ต้องมีผู้ชายและผู้หญิง ทางศาสนาพราหมณ์นั้น เทวดาและผู้เป็นเจ้าของท้องต้องมียิตถีภาค เรียกว่าศักดิ์ เช่น พระลักษมีก็เป็นศักดิ์ของพระนารายณ์ พระอุมาก็เป็นศักดิ์ของพระศิวะ⁷

อิทธิพลแห่งความคิดเช่นนี้ ซึ่งมีมาก่อนพุทธกาลได้เข้ามาสู่นิกายมหายาน ทำให้บังเกิดมีศักดิ์ของพระพุทธเจ้าและพระโพธิสัตว์ต่าง ๆ เรียกว่า ตารา หรือที่ไทยเรียกว่า นางดารา⁸

พระโพธิสัตว์ในนิกายมหายานซึ่งมีคตินับถือมากที่สุดคือพระอวโลกิเตศวรโพธิสัตว์ และนางดาราราชของพระโพธิสัตว์องค์นั้น มีนามว่า ปรีชญาปรมิตา หรือ ปัญญาบารมี นั้นเอง น่าสังเกตว่าพระอวโลกิเตศวรโพธิสัตว์และนางปรีชญาปรมิตานั้น เมื่อไปถึงเมืองจีนได้รวมกันเหลือแต่ยิตถีภาคเท่านั้น จีนเรียกว่า “กวนอิม”⁹

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ พระรัตนตรัยของนิกายมหายานจึงมีพระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์ อย่างที่เรายึดถือเป็นสรณะในนิกายเถรวาท แต่ได้แก่ พระอมิตาภะพุทธเจ้าผู้เป็นสัมโภคกายแห่งพระพุทธเจ้า พระอวโลกิเตศวรโพธิสัตว์ และนางปรีชญาปรมิตา ทางที่บุคคลจะถึงปฏิเวธได้ ก็คือการขอความช่วยเหลือจากท่านเหล่านี้¹⁰

³ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, ลัทธิและนิกาย, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์สยามรัฐ, 2524), หน้า 23

⁴ เพิ่งอ้าง หน้า 24

⁵ เพิ่งอ้าง หน้า 24

⁶ เพิ่งอ้าง หน้า 24

⁷ เพิ่งอ้าง หน้า 25

⁸ เพิ่งอ้าง หน้า 25

⁹ เพิ่งอ้าง หน้า 25

¹⁰ เพิ่งอ้าง หน้า 24

สำหรับนิกายวัชรยานนั้น ถือกำเนิดขึ้นในช่วงที่นิกายมหายานในผืนแผ่นดินใหญ่ของอินเดียไม่มีนิกาย หินยานเป็นคู่แข่งแล้ว นิกายมหายานก็เริ่มเน้นหนักไปในทางมากพระพุทธ มากพระโพธิสัตว์ และนางดารา ตลอดจนพิธีกรรมต่าง ๆ ในที่สุดนิกายมหายานเองก็เกิดมีคณะสงฆ์ที่หนักไปในทางเวทมนตร์ ยันตร์ และคติความ เชื่อถือที่ห่างออกไปจากสงฆ์ส่วนใหญ่ยิ่งขึ้นทุกที จนรวมตัวกันแยกออกเป็นนิกายวัชรยาน และได้กลายเป็นคู่แข่ง ของมหายานแทนหินยานไป¹¹

หินยานสอนว่าบุคคลพึงบรรลุถึงปฏิเวธได้ด้วยการบำเพ็ญเพียร ตัดปัญหาอุปาทานออกไป จนพ้นชายแห่ง สงสารวัฏ มหายานสอนว่าการอ่อนน้อมบูชาพระพุทธเจ้าต่าง ๆ บนสวรรค์ และพระโพธิสัตว์ ตลอดจนนางดารา ทั้งหลายจะช่วยให้คนถึงปฏิเวธเร็วขึ้น วัชรยานนั้นมาแบบใหม่ทีเดียว คือสอนให้คนทำให้เกิดอำนาจทางอาคมในตัว และอำนาจนั้นคือสายฟ้าที่จะนำบุคคลไปถึงปฏิเวธ¹²

หากจะสรุปด้วยถ้อยคำที่พอจะเข้าใจกันได้สะดวกแล้ว ก็จะต้องสรุปว่า หินยานสอนศีล สมาธิ ปัญญา มหายานสอนให้ทำงเด็กช่วยอีกด้วย ส่วนวัชรยานสอนให้ท่องมนตร์และเขียนยันตร์ เกิดอำนาจทางคุณวิเศษต่าง ๆ เช่น ล่องหนหายตัวได้ อยู่ยงคงกระพัน มีอำนาจบังคับให้เทวดามาใส่บาตรได้ และเอาลอบดักทองจากอากาศได้¹³

กลุ่มตัวอย่างของการศึกษาวิจัย

แม้ว่าทั้งสามนิกายจะเรียกตนเองว่าเป็นนิกายในพระพุทธศาสนาเหมือนกัน แต่ทว่าแต่ละนิกาย ก็มีแนวความคิด ความเชื่อ และวิธีการปฏิบัติตัวของสาวกแตกต่างกัน ในการศึกษานี้ ผู้เขียนได้เจาะจงศึกษา พระภิกษุในนิกายเถรวาท เป็นกลุ่มตัวอย่างของการศึกษาวิจัย เนื่องจากนิกายเถรวาทเป็นนิกายที่สืบทอดคำสอน ของพระพุทธเจ้าได้อย่างถูกต้องใกล้เคียงกับที่พระพุทธองค์ทรงสอนไว้ได้มากที่สุด มีพระไตรปิฎกภาษาบาลี ที่เกิดจากการประมวลคำสอนโดยพระอรหันตสาวกผู้ได้เคยสดับรับฟังคำสอนของพระพุทธเจ้า นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ยังได้กำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐไว้ในมาตรา 67 อีกด้วยว่า รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น และในการอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนา อันเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านาน รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่ หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาทเพื่อให้เกิดการพัฒนาจิตใจและปัญญา และต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกัน มิให้มีการบ่อนทำลายพระพุทธศาสนาไม่ว่าในรูปแบบใด และพึงส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนิน มาตรการหรือกลไกดังกล่าวด้วย¹⁴ อันเป็นการยอมรับว่ารัฐไทยสนับสนุนแนวคิด และหลักการของพระพุทธศาสนา นิกายเถรวาทเป็นหลัก

นิกายเถรวาทนั้น แม้จะสามารถแบ่งแยกย่อยออกได้อีกเป็นสองนิกาย คือ มหานิกาย และธรรมยุติกนิกาย แต่ทั้งสองนิกายย่อยก็แตกต่างกันเพียงวิธีการใช้ชีวิตโดยที่ยังอาศัยหลักธรรมคือพระไตรปิฎกเหมือนกัน ต่างกันแค่

¹¹ เฟิงอ้าง หน้า 28-29

¹² เฟิงอ้าง หน้า 29

¹³ เฟิงอ้าง หน้า 29

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก, (วันที่ 6 เมษายน 2560), มาตรา 67
วรรคสอง

การเข้าสังกัดตามใบสุทธิเท่านั้น¹⁵ หากจะอธิบายคร่าว ๆ ก็คือ พระภิกษุหานิกายคือพระที่นุ่งห่มจีวรสีส้มทอง ปฏิบัติธรรมอยู่ที่วัด ส่วนพระภิกษุธรรมยุติกนิกายคือพระที่นุ่งห่มจีวรสีแก่นขนุน หรือสีกรัก จาริกไปตามป่าเขา ใช้ป่าเขาเป็นที่ปฏิบัติธรรม แสวงหาความเงียบสงบในการปฏิบัติธรรม หรือเรียกว่า พระสายธุดงค์กรรมฐาน

สิทธิและการถูกจำกัดสิทธิของพระภิกษุตามระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทย พระภิกษุเป็นบุคคลที่กฎหมายได้บัญญัติถึงการมีสิทธิหรือถูกจำกัดสิทธิไว้เป็นพิเศษ ต่างจากบุคคลธรรมดา ตัวอย่างเช่น สิทธิในการเลือกตั้งของพระภิกษุ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 96 (1) ได้กำหนดไว้สรุปได้ว่า บุคคลที่เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช ในวันเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง นอกจากนี้ ยังมีคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับ การเมือง พ.ศ. 2538 ที่บัญญัติห้ามมิให้พระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับการเมืองอีกด้วย โดยห้ามพระภิกษุสามเณร เข้าไปในที่ชุมนุม หรือในบริเวณสภาเทศบาล หรือสภาการเมืองอื่นใด หรือในที่ชุมนุมทางการเมือง ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ ห้ามพระภิกษุสามเณรทำการใด ๆ อันเป็นการสนับสนุนช่วยเหลือโดยตรง หรือโดยอ้อมแก่การหาเสียง เพื่อการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสภาเทศบาล หรือสภาการเมืองอื่นใดแก่บุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ ห้ามพระภิกษุสามเณร ร่วมชุมนุมในการเรียกร้องสิทธิของบุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ และห้ามพระภิกษุสามเณรร่วมอภิปราย หรือบรรยาย เรื่องเกี่ยวกับการเมือง ซึ่งจัดตั้งขึ้นทั้งในวัดและนอกวัด

ในท้ายบันทึกคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับการเมือง พ.ศ. 2538 ทางมหาเถรสมาคมได้ให้เหตุผลของการออกคำสั่งดังกล่าวไว้ว่า

“เหตุผลในการใช้คำสั่งมหาเถรสมาคมฉบับนี้ คือ โดยที่พระภิกษุสงฆ์ได้นามว่า สมณะ แปลว่า ผู้สงบ ได้นามว่า บรรพชิต แปลว่า ผู้เว้นกิจกรรมอันเศร้าหมองมีโทษ สมควรเป็นผู้สังวรระวังการกระทำของตนให้เป็นไป แต่ในทางสงบ ปราศจากโทษ ทั้งแก่คน ทั้งแก่หมู่คณะ ด้วยเหตุนี้ พระบรมศาสดาจึงทรงบัญญัติสิกขาบท ห้ามพระภิกษุสงฆ์มิให้ประพฤตินอกทางของสมณะบรรพชิต ทรงปรับโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนละเมิดในการที่บ้านเมือง มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรเข้าเป็นสมาชิกแห่งสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นธุรกิจฝ่ายบ้านเมือง เป็นหน้าที่ของฆราวาส ผู้มีสิทธิตามกฎหมายโดยเฉพาะ ไม่ใช่หน้าที่ของพระภิกษุสามเณรผู้อยู่นอกเหนือการเมือง ไม่มีสิทธิลงคะแนนเลือกตั้ง ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง แม้ผู้ได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว หากบวชเป็นพระภิกษุสามเณร ในพระพุทธศาสนา ก็ขาดจากสมาชิกภาพแห่งสภาผู้แทนราษฎรทันที ข้อนี้แสดงว่า ความเป็นพระภิกษุสามเณร ไม่ควรแก่การเมืองโดยประการทั้งปวง การที่พระภิกษุสามเณรเข้าไปเกี่ยวข้องช่วยสนับสนุนการเลือกตั้งบุคคลใด ๆ เพื่อเป็นสมาชิกแห่งสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาเทศบาล เป็นต้น ย่อมเป็นการประพฤติดิวิสัยของสมณะบรรพชิต นำความเสื่อมเสียมาสู่ตนเองและหมู่คณะ ตลอดถึงพระศาสนา เป็นที่ติเตียนของสาธุชนทั้งในและนอกพระศาสนา เพราะสมณะบรรพชิตสมควรวางตนเป็นกลาง ทำจิตให้กว้างขวาง ด้วยเมตตาทั่วไปแก่ชนทั้งปวง ผู้ทำนุบำรุงพระพุทธศาสนาโดยไม่เลือกหน้า ในตำแหน่งที่มีผู้แข่งขันช่วงชิงกันมากคน พระภิกษุสามเณรเข้าช่วยให้ผู้ใดได้ ย่อมเป็นที่พอใจของผู้นั้น แต่ผู้ที่ไม่ได้ก็อีกเป็นจำนวนมากกับพวกพ้องย่อมไม่พอใจ เสื่อมคลายความเคารพนับถือ ความเป็นอยู่ของพระสงฆ์และความดำรงอยู่แห่งพระศาสนาขึ้นอยู่กับความเคารพนับถือของประชาชน พระภิกษุสามเณร

¹⁵ ปมุตโต ภิกขุ, ‘มหานิกาย กับ ธรรมยุต’, (สนทนาธรรม-ปัญหาธรรมะ, 30 กรกฎาคม 2561), <http://www.dhammadham.org/webboard/dbview.php?No=399>

จึงควรทำตนให้เป็นที่เคารพนับถือของประชาชนทั่วไป ไม่ควรทำตนให้เป็นที่ถูกหมิ่นติเตียนของมหาชน ซึ่งจะทำให้ชนทั้งหลายเห็นว่าไม่ตั้งอยู่ในธรรม เกิดความเบื่อบ่นหาย คลายความเคารพนับถือ และติเตียนต่าง ๆ ดังเคยมีตัวอย่างปรากฏมาแล้วมากมาย

เพื่อสงวนและเชิดชูพระภิกษุสงฆ์ให้ตั้งอยู่ในฐานะอันน่าเคารพนับถือ ไม่เป็นที่ดูหมิ่นติเตียนของมหาชน และป้องกันความเสื่อมเสียของคณะสงฆ์และพระศาสนาอันมีพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้ดำรงรักษาไว้เช่นเดียวกับบูรพาจารย์ได้เคยปฏิบัติมา จึงออกคำสั่งมหาเถรสมาคมไว้ เพื่อให้พระภิกษุสามเณรถือปฏิบัติต่อไป”

ถึงแม้คำสั่งมหาเถรสมาคมดังกล่าว จะห้ามพระภิกษุสามเณรเกี่ยวข้องกับการเมือง แต่พระภิกษุก็ยังสามารถเทศน์สอนประชาชนให้รู้จักวิธีการเลือกคนดี ไม่รับเงินซื้อเสียง และต้องไม่ชี้หน้าว่า ผู้แทนคนนั้นเหมาะหรือไม่เหมาะที่จะได้รับการเลือกตั้ง ได้อยู่¹⁶

นอกจากเรื่องการถูกจำกัดสิทธิในการเลือกตั้งแล้ว ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรับราชการทหาร พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หรือที่เป็นเปรียญ และนักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์ ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 มาตรา 13 (1) โดยหนังสือคำอธิบาย พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ของกองการสัสดี หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า

“พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์ หมายถึง ยศของพระ เช่น เป็นพระครู พระชั้นเทพหรือชั้นธรรม เป็นต้น ส่วนตำแหน่งของพระไม่เข้าความหมายของมาตรานี้ เช่น เป็นเจ้าคณะจังหวัด เจ้าคณะอำเภอ อย่างนี้เป็นตำแหน่งไม่ใช่สมณศักดิ์ จึงไม่ได้รับการยกเว้น พระภิกษุที่มีสมณศักดิ์อาจไม่มีตำแหน่งก็ได้ อย่างนี้ก็เข้าข่ายได้รับการยกเว้น

พระภิกษุที่เป็นเปรียญ หมายถึง การศึกษาของพระ เช่น เป็นเปรียญตั้งแต่ 3 ประโยค ถึง 9 ประโยค ส่วนพระภิกษุที่ศึกษาทางนักระรม ซึ่งมีนักระรมตรี โท และเอก นั้น ไม่อยู่ในความหมายของ มาตรา 13 (1)

นักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนที่มีสมณศักดิ์นั้น หมายถึง ผู้ที่บวชในพระพุทธศาสนาเหมือนกัน ความจริง ถ้าจะใช้คำว่าพระภิกษุก็คงจะได้ เพราะบวชในพระพุทธศาสนาเช่นเดียวกัน ต่างกันแต่ว่าถ้อยตามนิกายของจีนกับของญวน ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีแล้วว่า พระพุทธศาสนาของเรานี้ได้แยกนิกายออกไปหลายสาขา แม้แต่นิกายญี่ปุ่นและทิเบตก็ยังมี ที่กฎหมายไม่บัญญัติถึงไว้ด้วย เข้าใจว่านิกายอื่น ๆ ยังไม่ได้เผยแพร่เข้ามาเป็นปึกแผ่นในประเทศไทย นักบวชในพระพุทธศาสนาแห่งนิกายจีนหรือญวนนี้ ต้องมีสมณศักดิ์ด้วย จึงจะได้รับการยกเว้น”¹⁷

ในเรื่องเกี่ยวกับกระบวนพิจารณาคดีในศาล พระภิกษุและสามเณรในพุทธศาสนา ก็ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องสาบานตน หรือกล่าวคำปฏิญาณตนก่อนที่จะเบิกความเป็นพยาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 112 และยังมีสิทธิที่จะไม่ยอมเบิกความหรือตอบคำถามใด ๆ ก็ได้ ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 115 อีกด้วย

การที่กฎหมายบัญญัติให้พระภิกษุมีสิทธิหรือถูกจำกัดสิทธิต่างไปจากบุคคลธรรมดา นั้น เป็นเพราะสถานะของความเป็นเพศบรรพชิตที่ต่างจากเพศฆราวาส เพราะการบวชเป็นพระภิกษุนั้นมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เกิดความรวดเร็วและราบรื่นในการบรรลุผลนิพพาน เพราะถ้าเป็นอยู่ในเพศฆราวาส ย่อมเป็นไปอย่างเชื่องช้าหรือเถลไถลถึงกับล้มเหลวไปก็ได้ แม้ฆราวาสผู้นั้นจะมีความตั้งใจอย่างรุนแรงเพียงไร ก็ไม่วายที่จะประสบอุปสรรค อันเกิดมาจาก

¹⁶ ไทยรัฐออนไลน์, ‘พศ.เวียนคำสั่งมหาเถรฯ ห้ามพระยุ่งเลือกตั้ง’, (การศึกษา, 27 กรกฎาคม 2561), <https://www.thairath.co.th/content/173511>

¹⁷ กองการสัสดี หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน, หนังสือคำอธิบาย พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, หน้า 28

ความเป็นฆราวาส มีการต้องประกอบอาชีพหรือถูกรบกวนอย่างอื่น อันเป็นเหตุให้เหน็ดเหนื่อยมาอยู่อย่างนักบวช ย่อมปลอดภัยปราศจากอุปสรรคเหล่านั้น สามารถประพฤติพรหมจรรย์ให้ก้าวหน้าไปได้ โดยรวดเร็วประสพผลทันตาเห็น¹⁸ สิทธิในทางทรัพย์สินของพระภิกษุตามพระธรรมวินัย

ผู้ที่บวชเป็นพระภิกษุในภายหลัง จะต้องศึกษาและประพฤติปฏิบัติตามหลักพระธรรมวินัยที่ปรากฏในพระไตรปิฎก โดยในเรื่องของทรัพย์สินต่าง ๆ ของพระภิกษุนั้น มีบัญญัติตั้งแต่ในเรื่องของทรัพย์สินหลักที่เป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีวิต ซึ่งได้แก่ จีวร บาตร เสนาสนะ และเภสัช รวมไปถึงทรัพย์สินเสริม เช่น พัดโบก พัดใบตาล ไม้ปัดยุง ร่ม ไม้ชำระฟัน เครื่องโลหะเว้นเครื่องประหาร หม้อน้ำ ไม้กวาด ที่เช็ดเท้าทำด้วยหิน กรวด กระเบื้อง หินฟองน้ำ มีด เข็ม เครื่องกรองน้ำ รัตประคด มีดตัดจีวร มีดตำ มีดโกน หินลับมีดโกน ปลูกมีดโกน ผ้าพันมีดโกน เครื่องมือโกนผมทุกอย่าง ไม้แคหู่ ไม้กัณฑ์เย็บจีวร ก่องเข็ม ปลูกนิ้วมือ ก่องสำหรับเก็บเครื่องเย็บผ้า และสายโยกเป็นด้ายถัก ถูเก็บรองเท้า ผ้ากรองน้ำ กระบอกกรองน้ำ ไม้ป้ายยาตา ผ้ารัดเขาด้ายพัน ผ้ารัดประคด ลูกถวิล ลูกตุ้มและรังตุ้ม ไม้ชำระฟัน¹⁹ ส่วนอุปกรณ์เกี่ยวกับเภสัช พระพุทธเจ้าทรงอนุญาตถูเก็บเครื่องยา สายโยกเป็นด้ายถัก²⁰ ตัวหินบด ลูกหินบด ครก สาก วัตถุเครื่องกรองยาผง ผ้ากรองยา กลักยาตาที่ทำด้วยกระดูก ทำด้วยงา ทำด้วยเขา ทำด้วยไม้้อ้อ ทำด้วยไม้ไผ่ ทำด้วยไม้ ทำด้วยยาง ทำด้วยผลไม้ ทำด้วยโลหะ ทำด้วยเปลือกสังข์²¹ ซึ่งทำให้เห็นว่าในพระวินัยปิฎกนั้นมีทรัพย์สินที่พระพุทธเจ้าทรงอนุญาตอยู่มากมายกว่าปัจจัย 4 ดังนั้นความเชื่อที่ว่าพระภิกษุมีเพียงแต่ปัจจัย 4 หรือบริวาร 8 นั้น จึงไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาทรัพย์สินเสริมต่าง ๆ ก็จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินเสริมเหล่านี้มีไว้เพื่อสนับสนุนให้การบริโภคปัจจัย 4 ของพระภิกษุเป็นไปโดยสะดวกมากยิ่งขึ้น

แม้ว่าทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ พระพุทธเจ้าทรงอนุญาตตามพระธรรมวินัยนั้นจะมีอยู่มาก แต่ในขณะเดียวกันก็ล้วนมีข้อจำกัดในการใช้และครอบครอง ขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินนั้น ซึ่งมีผลต่อระยะเวลาที่เก็บได้ และจำนวนที่เก็บได้ เหตุผลที่พระพุทธเจ้าทรงอนุญาตตามพระวินัยบัญญัติขึ้น ตามหลักการแล้วก็คือเพื่อมิให้พระภิกษุทำการสะสมและยึดถือทรัพย์สินเหล่านั้นว่าเป็นของ ๆ ตนนั่นเอง

นอกจากเรื่องการถือครองทรัพย์สินต่าง ๆ แล้ว ทรัพย์สินอีกอย่างที่เป็นปัญหาใหญ่ของพระภิกษุไทยในปัจจุบันคือเรื่องของเงิน ซึ่งในพระไตรปิฎกได้มีการกล่าวถึงเรื่องการรับเงิน ทอง ของพระภิกษุไว้ว่า “อนึ่ง ภิกษุใดรับก็ดี ให้รับก็ดี ซึ่งทอง เงิน หรือยินดีทอง เงิน อันเขาเก็บไว้ให้ เป็นนิสสัคคียปาจิตติย”²² สิกขาบทหรือข้อห้ามนี้จึงเป็นการกล่าวชัดเจนแล้วว่าห้ามมิให้ภิกษุรับ ใช้ให้คนอื่นรับ หรือแม้กระทั่งยินดีในเงินทองที่เขาเก็บไว้ให้ตน ในสิกขาบทวิภังค์ได้อธิบายรายละเอียดต่าง ๆ เช่น ความหมายของทองและเงิน คำว่ารับเองหรือให้คนอื่นรับแทน ดังมีรายละเอียดว่า

“ที่ชื่อว่า ทอง ตรัสหมายทองคำ

ที่ชื่อว่า เงิน ได้แก่ กหาปณะ มาสกที่ทำด้วยโลหะ มาสกที่ทำด้วยไม้ มาสกที่ทำด้วยครึ่ง ซึ่งใช้เป็นมาตราสำหรับแลกเปลี่ยนซื้อขายกันได้

บทว่า รับ คือ รับเอง เป็นนิสสัคคีย

¹⁸ พระธรรมโกศาจารย์ (พุทธทาสภิกขุ), อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า คำนำ

¹⁹ พระไตรปิฎกและอรรถกถาแปล ฉบับมหาจุฬาราชวิทยาลัย, พระวินัยปิฎก จุลวรรค เล่ม 7 ภาค 2, หน้า 48-63

²⁰ เพิ่งอ้าง หน้า 26

²¹ เพิ่งอ้าง หน้า 26

²² พระไตรปิฎกและอรรถกถาแปล ฉบับมหาจุฬาราชวิทยาลัย, พระวินัยปิฎก มหาวิภังค์ เล่ม 1 ภาค 3, หน้า 940

บทว่า ให้รับ คือให้คนอื่นรับแทน เป็นนิสัคคีย์

บทว่า ยินดีทองเงินอันเขาเก็บไว้ให้ ความว่า หรือยินดีทองเงินที่เขาเก็บไว้ให้ด้วยบอกว่า ของนี้จึงเป็นของ พระคุณเจ้า ดังนี้เป็นต้น เป็นนิสัคคีย์ ทอง เงิน ที่เป็นนิสัคคีย์ ต้องเสียสละในท่ามกลางสงฆ์”

จากสิกขาบทและคำอธิบายสิกขาบทดังกล่าว จึงเป็นที่แน่ชัดว่าพระภิกษุสงฆ์นั้นไม่สามารถรับทองและเงิน ได้ตามพระวินัยบัญญัติ ไม่ว่าจะรับเองหรือให้ผู้อื่นรับก็ตาม ในที่สุด แม้ยินดีก็ยังเป็นอาบัติ และหากรับเงินทองแล้ว ก็ต้องเสียสละเงินทองนั้นในท่ามกลางสงฆ์ อาบัตินี้จึงจะพ้นไปได้ อาบัตินี้จึงเรียกว่า “นิสัคคีย์ ปาจิตติย” หรือ “นิสัคคีย์วัตถุ” ที่แปลว่า อันทำให้ต้องสละสิ่งของ ภิกษุต้องอาบัติประเภทนี้ ต้องสละสิ่งของ ที่ทำให้ต้องอาบัตินั้นก่อน จึงจะปลงอาบัติตก ส่วนสิ่งของที่ทำให้ต้องนิสัคคีย์ปาจิตติย เรียกว่า “นิสัคคีย์วัตถุ” เช่น เงิน ทอง ที่เป็นเหตุนี้จำเป็นต้องสละก่อนจึงจะปลงอาบัติตก²³

สิทธิในทางทรัพย์สินของพระภิกษุตามระบบกฎหมายไทย

กฎหมายไทยในเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของพระภิกษุ นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของพระภิกษุไว้ 3 มาตรา คือ มาตรา 1622, มาตรา 1623 และ มาตรา 1624

มาตรา 1622²⁴ บัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในการเรียกร้องเอาทรัพย์สินมรดกของพระภิกษุระหว่างอยู่ในสมณเพศซึ่งเป็นผู้อยู่ในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะผู้รับพินัยกรรม โดยบทบัญญัติมาตรานี้มีที่มาจาก พระไอยการลักษณะมรดกโดยตรง มีเหตุผลเบื้องหลังในการบัญญัติว่าพระภิกษุเป็นผู้สละทางโลก จึงไม่ยุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินเงินทอง²⁵

มาตรา 1623²⁶ บัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินของพระภิกษุซึ่งพระภิกษุได้มาในระหว่างสมณเพศ โดย ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายเกี่ยวกับมาตรานี้ไว้ว่า พระภิกษุอยู่ในสถาบันอนาถา เป็นผู้ไม่หามาหรือสะสมไว้ซึ่งทรัพย์สินสมบัติ แต่ไม่ห้ามชาวบ้านถวายของเป็นจตุปัจจัยตามศรัทธา ของที่ชาวบ้านถวายมานี้ในทางหลักนโยบายถือว่าเป็นของที่เขาทำบุญในศาสนา ไม่ใช่ของให้แก่พระเป็นส่วนตัว เมื่อพระภิกษุถึงแก่ภรรณาภาพ กฎหมายให้ตกเป็นสมบัติของวัด ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้ย่อมเป็นผลดี เพราะถ้าไม่มีบทบังคับให้ทรัพย์สินของพระภิกษุตกเป็นของวัดเมื่อภรรณาภาพ พระบางรูปที่ไม่เคร่งครัดในทางธรรมวินัย อาจชวนชวายเป็นพระภิกษุสมบัติ ผิดต่อสมณเพศ ทำให้พระศาสนาเศร้าหมอง²⁷ และการบัญญัติข้อยกเว้นไว้ให้พระภิกษุสามารถจำหน่ายจ่ายโอนไประหว่างชีวิต ข้อนี้เป็นไปตาม

²³ พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), พจนานุกรมพุทธศาสน์ ฉบับประมวลศัพท์, (พิมพ์ครั้งที่ 11, นนทบุรี, บริษัท เอส.อาร์. พรินติ้ง แมส โปรดักส์ จำกัด), หน้า 128

²⁴ มาตรา 1622 พระภิกษุ นั้น จะเรียกร้องเอาทรัพย์สินมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรมไม่ได้ เว้นแต่จะจะได้สืบทอดจากสมณเพศมาเรียกร้องภายในกำหนดอายุความตามมาตรา 1754

แต่พระภิกษุ นั้น อาจเป็นผู้รับพินัยกรรมได้

²⁵ มนัสวี เพชรย่อย, การจำกัดสิทธิของพระภิกษุในการเรียกร้องเอาทรัพย์สินมรดก, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 2

²⁶ มาตรา 1623 ทรัพย์สินของพระภิกษุที่ได้มาในระหว่างเวลาที่อยู่ในสมณเพศนั้น เมื่อพระภิกษุถึงแก่ภรรณาภาพให้ตกเป็นสมบัติของวัดที่เป็นภูมิลำเนาของพระภิกษุ เว้นไว้แต่พระภิกษุจะได้อำนาจไประหว่างชีวิตหรือโดยพินัยกรรม

²⁷ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมฤตก, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 507-508

พระธรรมวินัย เนื่องจากบทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่เพื่อให้พระภิกษุมีโอกาสบำเพ็ญจาคะ ทำบุญให้ทาน แก่คนอื่น ประเพณีในทางปฏิบัติของเป็นพระภิกษุที่เคร่งในพระธรรมวินัย เมื่อได้รับจดุบัจจยมาไม่ว่าจะมาก หรือน้อยเพียงใด ท่านมักจะจับสลากแจกจ่ายให้แก่บรรดาสามเณรและศิษย์วัด ไม่เก็บสะสมไว้ และแม้พระภิกษุ จะทำพินัยกรรม ก็ยังถือว่าอยู่ในหลักการของการบำเพ็ญจาคะอยู่นั่นเอง²⁸

มาตรา 1624²⁹ บัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินที่พระภิกษุได้มาก่อนอุปสมบท ว่ามิให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสมบัติของ วัด และหากพระภิกษุมรณภาพในระหว่างสมณเพศ ก็ให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นมรดกแก่ทายาทโดยธรรมของพระภิกษุ หรือพระภิกษุจะจำหน่ายจ่ายโอนอย่างไรก็ได้

นอกจากเรื่องทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์จับต้องได้แล้ว ทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นอีกทรัพย์สินหนึ่งที่ต้อง พิจารณาด้วยเช่นกัน จากการศึกษากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พบว่า พระภิกษุบางรูปได้มีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ ตามประกาศกรมทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง การแจ้งข้อมูล ลิขสิทธิ์และขอรับบริการข้อมูลลิขสิทธิ์ ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2547 แต่ในเรื่องของ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่พบข้อมูลว่าพระภิกษุมีการดำเนินการตาม กฎหมายดังกล่าว ด้วยเหตุผลที่ว่ากิจของสงฆ์ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการประดิษฐ์คิดค้น และการดำเนินการทาง การค้า

ระยะเวลาของการบวชเป็นพระภิกษุ

การบวชในสังคมไทยปัจจุบันมีความหมายหลายประการ³⁰ เช่น เป็นการทำหน้าที่ของพระพุทธศาสนิกชน ในการรักษาพระธรรมวินัยเพื่อสืบต่ออายุพระพุทธศาสนา เป็นการสนองพระคุณของบิดามารดา เป็นการศึกษาอบรม พัฒนาตนเอง เป็นต้น ผู้บวชต่างบวชด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน ส่วนหนึ่งเข้ามาบวชเพื่อหวังผลทางโลกอย่างเด็ดขาด และไม่ต้องการลาสิกขาบท บางส่วนบวชแค่เพียงช่วงระยะเวลาสั้น ๆ

เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2561 มหาเถรสมาคมได้มีมติกำหนดระยะเวลาของหลักสูตรการบวชระยะสั้นว่า ให้บวชเป็นเวลาอย่างน้อย 15 วัน หรือ 30 วัน เนื่องจากการบวชระยะสั้นเพียง 7 วันแบบเดิมนั้น ทำให้ผู้บวช ไม่สามารถศึกษาธรรมะได้อย่างเต็มที่ ซึ่งหลักสูตรใหม่นี้ จะเน้นการอบรมพระภิกษุใหม่ใน 6 วิชา ได้แก่ ธรรมะ วินัย พุทธประวัติ เทศนา ศาสนพิธี และภาวนา เนื่องจากมหาเถรสมาคมเห็นว่า ผู้ที่เข้ามาบวชนั้นจะต้องสามารถ นำหลักธรรมไปใช้ในชีวิตประจำวันได้ด้วย เช่น เรื่องการอาราธนาศีลเกี่ยวกับศาสนพิธี การฝึกสมาธิ เป็นต้น ส่วนการบวชแก้บน การบวชหน้าไฟ หรือการบวชตามประเพณีที่มีระยะเวลาในการบวชไม่ถึง 15 วันนั้น ที่ประชุม

²⁸ เพิ่งอ้าง, หน้า 510.

²⁹ มาตรา 1624 ทรัพย์สินใดเป็นของบุคคลก่อนอุปสมบทเป็นพระภิกษุ ทรัพย์สินนั้นหากตกเป็นสมบัติของวัดไม่ และให้ เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทโดยธรรมของบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นจะจำหน่ายโดยประการใดตามกฎหมายก็ได้

³⁰ พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต), สอนนาค-สอนจิต ชีวิตพระ-ชีวิตชาวพุทธ, (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร, บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2542), หน้า 7-16

ของมหาเถรสมาคมไม่ได้ห้าม แต่หากมีผู้ที่ต้องการจะบวชเป็นพระภิกษุ มหาเถรสมาคมจะเน้นให้ต้องบวช ในระยะเวลา 15 วัน หรือ 30 วัน³¹

ผู้ที่บวชแบบมีกำหนดระยะเวลา มักจะเป็นฆราวาสที่ต้องการหาความสงบ หรือเข้ามาเรียนรู้และปฏิบัติ ธรรมเป็นการชั่วคราว เมื่อครบกำหนดเวลาก็กลับไปปฏิบัติภารกิจทางโลก ทำให้ผู้บวชกลุ่มนี้ไม่ค่อยเกิดปัญหา เกี่ยวกับเรื่องของการสะสมทรัพย์สินเงินทอง พระภิกษุที่มีความเสี่ยงต่อการเกิดปัญหาดังกล่าวคือ พระภิกษุที่บวช เป็นระยะเวลายาวนาน

การลาสิกขาบท ก็เป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ส่งเสริมให้เกิดปัญหาดังกล่าว เพราะการที่พระภิกษุสามารถ ลาสิกขาบทเมื่อใดก็ได้ ทำให้เป็นช่องทางในการนำทรัพย์สินเงินทองที่ได้มาในขณะที่มีสถานะเป็นพระภิกษุออกไปใช้ อีกทั้งหากต้องการกลับมาบวชเป็นพระภิกษุใหม่ก็สามารถทำได้ทุกเมื่อ แต่หากในขณะที่บวชเป็นพระภิกษุอยู่ ได้กระทำการถึงขั้นอาบัติปาราชิก ก็ไม่สามารถกลับมาบวชใหม่ได้

วิเคราะห์ปัญหา

การวิเคราะห์สาเหตุของปัญหาเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินเงินทองของพระภิกษุนั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาถึง บทบาทหน้าที่ของพระภิกษุ รวมถึงปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินด้วย โดยหน้าที่ของพระภิกษุ ตามพุทธโอวาทประการหนึ่งก็คือ การเป็นธรรมทายาท (ผู้รับมรดกทางธรรม) ซึ่งหมายถึง เป็นผู้ปฏิบัติตนตามพุทธ ธรรมอย่างเคร่งครัดเพื่อสืบมรดกคือ ธรรมะ ในเมื่อพระภิกษุได้รับมอบหมายภารกิจอันสำคัญยิ่งนี้จากพระพุทธเจ้า พระภิกษุจำเป็นต้องปฏิบัติดี ปฏิบัติชอบ เพื่อให้สถาบันสงฆ์อยู่ยั่งยืนชั่วนิรันดร์ ในการปฏิบัติดีปฏิบัติชอบนี้ พระภิกษุจำเป็นต้องอาศัยพระวินัยเป็นแนวทางและต้องรักษาพระวินัยอย่างเคร่งครัดมากกว่าการรักษาศีลของ ชาวบ้าน พระวินัยจึงมีใช้เครื่องมือที่ช่วยให้พระภิกษุสงฆ์รูปใดรูปหนึ่งดำรงอยู่ได้เท่านั้น แต่เป็นเครื่องปกป้อง คุ่มครองสถาบันสงฆ์ให้สืบทอดภารกิจในการเผยแผ่พุทธธรรมได้ตลอดไป³²

นอกจากนี้ หน้าที่ของพระภิกษุไม่ได้มีแต่เพียงการปฏิบัติธรรมเพื่อความหลุดพ้นเป็นการส่วนตัวเท่านั้น พระพุทธเจ้ายังทรงให้พระภิกษุสงฆ์ระลึกถึงบทบาทฐานะของตนเอง หน้าที่ของตนเอง และความสัมพันธ์ระหว่าง ตนเองกับผู้อื่นทั้งบรรพชิตและฆราวาสอยู่เสมอ อันเป็นอภินิหารปัจเจกชน (สิ่งที่ควรพิจารณาอยู่เสมอ) มีความว่า

1. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่าตนเองมีเพศต่างจากฆราวาส
2. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า การดำรงชีวิตของตนต้องอาศัยผู้อื่น (จึงควรทำตัวเป็นผู้เลี้ยงง่าย)
3. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนมีอากัปภิกิริยาที่แตกต่างจากฆราวาส และต้องกระทำให้เหมาะสม
4. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนสามารถดิ้นรนตนเองด้วยศีลได้หรือไม่ (พยายามรักษาศีลไม่ใ้

บกพร่อง)

5. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า บรรพชิตด้วยกันผู้รอบรู้มองเห็นว่าเรามีศีลบริบูรณ์อยู่หรือไม่ (ดิ้นรนเรา ไม่ได้)

³¹ ไทยรัฐออนไลน์, ‘มติ มส. บวชพระสงฆ์ ระยะสั้น ต้อง 15 หรือ 30 วัน ชี้ 7 วัน น้อยไป’, (ทั่วไทย, 27 กรกฎาคม 2561), <https://www.thairath.co.th/content/1181842>

³² ภักทพร สิริกาญจน, หน้าที่ของพระสงฆ์ตามพุทธบัญญัติ : แนวคิดและบทบาทของพระคำเขียน สุวณโณ ในการพัฒนา ชุมชน, (งานวิจัยจากทุนสนับสนุนของสถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 7

6. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนจะต้องพลัดพรากจากของรักของชอบใจทั้งสิ้น
7. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนมีกรรมของตนเอง ทำอย่างไรย่อมได้รับผลอย่างนั้น
8. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนกำลังทำอะไรอยู่ในแต่ละวันแต่ละคืน (จะทำให้ท่านให้ดีขึ้นเรื่อย ๆ)
9. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนพอใจอยู่ในที่สังัดหรือไม่
10. บรรพชิตควรพิจารณาอยู่เสมอว่า ตนบรรลุคุณวิเศษที่สามารถกำจัดกิเลสได้หรือยัง (หากยังต้องพยายามให้บรรลุ) เพื่อที่เพื่อนบรรพชิตถามแล้ว ตนจะได้ไม่เก้อเขินในภายหลัง

สิ่งที่บรรพชิตควรพิจารณาทั้ง 10 ประการนี้ ย่อมแสดงว่าพระพุทธรเจ้าทรงมีเจตนารมณ์ให้บรรพชิตปฏิบัติหน้าที่ของตนคือการเพียรพยายามบรรลุนิพพาน การมีศีลเคร่งครัด และการสำนึกว่าตนเองมีบทบาทฐานะ และหน้าที่แตกต่างจากฆราวาส แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องพึ่งพาฆราวาสและมีบทบาทสัมพันธ์กับฆราวาส (โดยเหมาะสมกับฐานะของบรรพชิต) เพื่อให้บรรพชิตสามารถแสวงหาพระนิพพานได้สะดวกขึ้น และมีบทบาทสัมพันธ์กับฆราวาสได้อย่างเหมาะสม การดำรงชีวิตอยู่ในกรอบแห่งพระวินัยจึงเป็นสิ่งจำเป็น และในภาวะที่ปราศจากพระพุทธรเจ้าคอยควบคุมดูแลพระภิกษุสงฆ์ด้วยพระองค์เองแล้ว พระธรรมวินัยจึงต้องกลายเป็นปทัฏฐาน (แบบแผนสำหรับยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ) ของพระภิกษุสงฆ์ ดังที่พระพุทธรเจ้าตรัสไว้ก่อนปรินิพพานว่า “ธรรมและวินัยอันใด เราแสดงแล้ว บัญญัติแล้วแก่พวกเธอ ธรรมและวินัยอันนั้น จักเป็นศาสดาของพวกเธอ”³³

ภารกิจหลักของพระภิกษุมีอยู่สองภารกิจ ได้แก่ หนึ่ง คັນถุระ คือ การศึกษาพระปริยัติธรรม และสอง วิปัสสนาธุระ คือ การปฏิบัติธรรมที่ได้ศึกษามาแล้วให้รู้แจ้งเห็นจริง นอกจากสองภารกิจหลักนี้แล้ว ก็ยังมีศาสนพิธีที่ต้องปฏิบัติเช่นกัน เช่น การสวดในพิธีขึ้นบ้านใหม่ หรือการทำบุญให้กับบรรพบุรุษของฆราวาส เป็นต้น

จากการสอบถามพระภิกษุที่จำพรรษาในวัดเขตกรุงเทพมหานครรูปหนึ่ง เกี่ยวกับเรื่องการบวชเป็นพระภิกษุในวัดของท่าน ได้ความว่า ผู้ที่ประสงค์จะบวชเป็นพระภิกษุจะต้องมีการติดต่อผ่านเจ้าอาวาส เพื่อพูดคุยสอบถามเบื้องต้นเกี่ยวกับเหตุผลของการบวช และเมื่อได้บวชเป็นพระภิกษุแล้วก็ต้องมีการศึกษาเล่าเรียนตั้งแต่นักธรรมชั้นตรี ชั้นโท จนไปถึงชั้นเอก ส่วนการศึกษาเปรียญธรรมหรือประโยคนั้น ไม่ได้บังคับว่าผู้บวชจะต้องเรียนในส่วนของกิจนิมนต์ หากผู้บวชมีความสามารถในการสวดบทสวดที่จำเป็นต้องใช้ในกิจนั้น ก็สามารถออกไปรับกิจนิมนต์ได้ โดยการรับกิจนิมนต์นี้ ท่านให้ข้อมูลว่ามีการให้ค่าตอบแทนแก่พระภิกษุด้วย ส่วนการเดินทางไปรับกิจนิมนต์นอกวัดนั้น จะมีการเดินทางอยู่สามรูปแบบคือ หนึ่ง ญาติโยมจัดการมารับท่านถึงที่วัดเอง สอง เดินทางจากวัดไปจุดหมายปลายทางด้วยรถของวัดเอง และสาม พระภิกษุเดินทางโดยรถแท็กซี่ โดยญาติโยมจะเป็นผู้ออกค่าเดินทางให้ ส่วนระยะเวลาในการบวชนั้น ท่านให้ข้อมูลว่าไม่จำเป็นว่าจะต้องบวชกี่วันมากน้อยเพียงใด เพราะในพระไตรปิฎกไม่ได้กำหนดจำนวนวันขั้นต่ำในการบวชไว้

จะเห็นได้ว่าภารกิจของพระภิกษุในส่วนของคันถุระ และวิปัสสนาธุระนั้น เป็นการปฏิบัติในส่วนของการศึกษาเล่าเรียนโดยแท้ จึงไม่มีแนวโน้มของการได้รับทรัพย์สินมาในห้วงนี้ แต่เมื่อมีปฏิบัติศาสนกิจจึงเริ่มมีเรื่องของทรัพย์สินเงินทองเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งการปฏิบัติของฆราวาสก็มีส่วนในการส่งเสริมให้พระภิกษุกระทำผิดพระวินัย เพราะคิดว่าต้องมีการให้ปัจจัยในการที่พระภิกษุเดินทางไปปฏิบัติศาสนพิธีให้ แต่บางครั้งวัดที่เป็นต้นสังกัดของพระภิกษุก็กลับกลายเป็นผู้ที่เรียกร้องเรื่องปัจจัยเสียเอง

ประเด็นที่ทำให้พระภิกษุมองว่าปัจจัยติดตัวเป็นเรื่องสำคัญ คือเรื่องของการเดินทาง แม้ว่าการเดินทางโดยรถขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพภายในจังหวัดกรุงเทพมหานคร นนทบุรี นครปฐม ปทุมธานี สมุทรสาคร

³³ เฟิงอ้อ, หน้า 14-15

และสมุทรปราการนั้น พระภิกษุ สามเณร และแม่ชี (ที่ถือหนังสือรับรองการบวชจากสำนักปฏิบัติธรรมพร้อมบัตรประจำตัวประชาชน) จะเป็นผู้ที่อยู่ในเกณฑ์ได้รับการยกเว้นหรือลดหย่อนค่าโดยสาร³⁴ แต่หากจำเป็นต้องเดินทางไปนอกเส้นทางเดินรถ หรือจำเป็นต้องเดินทางโดยวิธีอื่นแล้ว ก็มีความจำเป็นที่จะต้องใช้จ่ายในการชำระค่าเดินทางอยู่ดี

แนวทางในการแก้ปัญหาและข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้ที่บวชเป็นพระภิกษุแล้ว จะต้องไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินเงินทองอีกเป็นอันขาด ไม่ว่าจะทรัพย์สินหรือเงินนั้นจะเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม เพราะภารกิจของพระภิกษุนั้นไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องใช้เงินเลย พระภิกษุจึงควรถูกจำกัดสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน โดยสามารถมีเพียงแค่ทรัพย์สินหลัก คือปัจจัย 4 หรือบริวาร 8 และทรัพย์สินเสริมที่มีไว้เพื่อสนับสนุนให้การบริโภคปัจจัย 4 ของพระภิกษุเป็นไปโดยสะดวกมากยิ่งขึ้นเท่านั้น

หากมีผู้ที่ประสงค์จะบริจาค หรือตั้งใจจะให้เนื่องจากการปฏิบัติศาสนพิธีของพระภิกษุ ให้มอบเงินหรือทรัพย์สินต่าง ๆ นั้นแก่ไวยาวัจกร³⁵ หรือกัปปิการ³⁶ เพื่อให้เป็นผู้ดูแลจัดการเรื่องเงินและทรัพย์สินแทนพระภิกษุ

กรณีพระภิกษุได้รับทรัพย์สินมาในระหว่างเวลาที่อยู่ในสมณเพศนั้น แม้ท่าน ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช จะได้อธิบายเกี่ยวกับมาตรา 1623 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้ว่า บทบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่เพื่อให้พระภิกษุมีโอกาสบำเพ็ญจาคะ ทำบุญให้ทานแก่คนอื่น เมื่อได้รับปัจจัยมาไม่ว่าจะมากหรือน้อยเพียงใด ท่านมักจะจับสลากแจกจ่ายให้แก่บรรดาสามเณรและศิษย์วัด ไม่เก็บสะสมไว้ และแม้พระภิกษุจะทำพินัยกรรม ก็ยังถือว่าอยู่ในหลักการของการบำเพ็ญจาคะอยู่นั่นเอง แต่ด้วยความเคารพ ผู้เขียนยังไม่อาจเห็นพ้องด้วยทั้งหมด เพราะแม้การจำหน่ายทรัพย์สินจะเป็นไปเพื่อการบำเพ็ญจาคะ แต่หากพระภิกษุจำหน่ายให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งรู้จักเป็นการเฉพาะแล้ว ก็หาใช่การบำเพ็ญจาคะที่แท้จริงไม่ แต่เป็นการใช้สถานะของความเป็นพระภิกษุนำทรัพย์สินที่ได้มาเป็นประโยชน์แก่ส่วนตัว เพราะทรัพย์สินเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ประชาชนเขาทำบุญในศาสนา ไม่ใช่ของให้แก่พระเป็นส่วนตัว จึงเห็นควรแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรานี้ โดยห้ามพระภิกษุจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างสมณเพศไปในระหว่างชีวิตหรือโดยพินัยกรรม แต่ยังคงให้ทรัพย์สินนั้นตกแก่วัดในกรณีที่พระภิกษุนั้นถึงแก่ภรรณาพอยู่

นอกจากการป้องกันเรื่องของทรัพย์สินที่พระภิกษุจะได้มาในระหว่างสมณเพศแล้ว ก็ควรที่จะต้องมีการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องทรัพย์สินในทางโลกของพระภิกษุนั้นเองด้วย โดยผู้ที่มีความประสงค์จะบวชเป็นพระภิกษุตลอดชีวิต หรือไม่มีกำหนดเวลา จะต้องดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตนเองมีอยู่ทั้งหมดให้แก่ผู้อื่นให้เรียบร้อยเสียก่อนที่จะบวช เพราะการบวชนั้น หมายถึง ไปจากความเป็นฆราวาส คือจากการครองเรือนไปสู่ความเป็นบรรพชิต คือผู้ไม่ครองเรือนโดยสิ้นเชิง แต่หากบวชเพียงระยะเวลาสั้น ๆ ตามโครงการต่าง ๆ หรือเป็นการบวชแก้บน การบวชหน้าไฟ หรือการบวชตามประเพณีที่มีระยะเวลาในการบวชไม่ถึง 15 วันนั้น ก็ไม่จำเป็นต้องดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นแต่อย่างใด

³⁴ องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ, ‘การบริการ’, (23 กรกฎาคม 2561), <http://www.bmta.co.th/th/services>

³⁵ ผู้ทำกิจธุระแทนสงฆ์, ผู้ช่วยชวนชวายุทำกิจธุระ, ผู้ช่วยเหลือรับใช้พระ

³⁶ ผู้ทำของที่สมควรแก่สมณะ, ผู้ทำหน้าที่จัดของที่สมควรแก่ภิกษุบริโภค, ผู้ปฏิบัติภิกษุ, ลูกศิษย์พระ

สิ่งสำคัญที่ควรทำควบคู่ไปกับการควบคุมทางฝั่งพระภิกษุ คือการสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ประชาชนว่าพระภิกษุไม่สามารถรับเงินและทองได้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายฆราวาสเป็นผู้เริ่มก่อกิเลสให้แก่ฝ่ายพระภิกษุเสียเอง รวมทั้งต้องช่วยกันสอดส่องดูแลความประพฤติของพระภิกษุ เพื่อมิให้มีช่องทางในการทำผิดต่อไปด้วย

พระธรรมวินัยได้ส่งเสริมให้พระภิกษุสงฆ์กับฆราวาสดำรงชีวิตอยู่อย่างเกื้อกูลกัน และโดยที่พระภิกษุสงฆ์มีหน้าที่และมีสถานภาพแตกต่างจากฆราวาส พระภิกษุสงฆ์กับฆราวาสจึงมีรูปแบบและกฎเกณฑ์ในการดำรงชีวิตแตกต่างกัน ฆราวาสมีหน้าที่ครองเรือน ประกอบอาชีพการงานเลี้ยงตนและครอบครัว มีชีวิตทางสังคมและอุปถัมภ์พระศาสนา ฆราวาสย่อมมีกฎเกณฑ์ ระเบียบวินัย และศีลในการดำรงชีวิตที่เอื้อต่อหน้าที่ดังกล่าว ส่วนพระสงฆ์มีหน้าที่ปฏิบัติตนตามแบบอย่างพระพุทธเจ้า สืบทอดพระธรรม เผยแผ่ศาสนา และเกื้อกูลฆราวาสให้พ้นทุกข์ พระภิกษุสงฆ์ย่อมมีกฎเกณฑ์ ระเบียบวินัย และศีลประจำตนที่เอื้อต่อภาระหน้าที่ดังกล่าว ศีลอันเป็นวินัยทั้งของฝ่ายพระภิกษุสงฆ์และฝ่ายฆราวาสเป็นสิ่งที่ช่วยให้พระภิกษุสงฆ์และฆราวาสรักษาคุณความดีของตนไว้ได้ และมีความสัมพันธ์กันได้อย่างเหมาะสมถูกต้อง ไม่ขัดขวางภาระหน้าที่ซึ่งกันและกัน³⁷ หากแต่ละฝ่ายเข้าใจบทบาทหน้าที่ของตนและปฏิบัติได้อย่างถูกต้องแล้ว ก็จะช่วยให้สังคมไทยเกิดการพัฒนาย่างยั่งยืนทางด้านจิตใจ และไม่ว่าตัวเลขที่ตามหลังปีพุทธศักราชจะเพิ่มขึ้นมากสักเท่าใด พระพุทธศาสนาก็จะยังคงควรค่าแก่การเคารพนับถือและเป็นที่ยึดเหนี่ยวจิตใจให้กับผู้คนบนโลกใบนี้สืบไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กองการสื่อสาร หน่วยบัญชาการรักษาดินแดน, หนังสือคำอธิบาย พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 คีกรฤทธิ ปราโมช, ม.ร.ว., ลัทธิและนิกาย (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สยามรัฐ, 2524)
- พระธรรมโกศาจารย์ (พุทธทาสภิกขุ), โอวาทคำสอนสำหรับพระภิกษุผู้บวชใหม่ คู่มือดำเนินชีวิตของนักบวชใต้ร่มกาสาวพัสตร์ ฉบับสมบูรณ์ (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมสภาและสถาบันบันลือธรรม, 2556)
- พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺโต), สอนนาค-สอนนิตติ ชีวิตพระ-ชีวิตชาวพุทธ (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: บริษัทธรรมสาร จำกัด, 2542)
- พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตฺโต), พจนานุกรมพุทธศาสน์ ฉบับประมวลศัพท์ (พิมพ์ครั้งที่ 11, นนทบุรี: บริษัท เอส. อาร์. พรินติ้ง แมส โปรดักส์ จำกัด)
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวรวมถดก (พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508)

วิทยานิพนธ์

- มนัสวี เพชรย้อย, การจำกัดสิทธิของพระภิกษุในการเรียกร้องเอาทรัพย์สินมรดก (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558)

³⁷ ภัทรพร สิริกาญจน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, หน้า 15

รายงานวิจัย

दनัย ปรีชาเพิ่มประสิทธิ์, รายงานวิจัยเรื่องพระสงฆ์กับทรัพย์สินส่วนตัว (โครงการวิจัย โครงการวิจัยพุทธศาสนศึกษา ศูนย์พุทธศาสนศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552)

ภัทรพร สิริกาญจน, หน้าที่ของพระสงฆ์ตามพุทธบัญญัติ : แนวคิดและบทบาทของพระค้ำเขียน สุวณฺโณ ในการพัฒนาชุมชน (งานวิจัยจากทุนสนับสนุนของสถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535)

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก, (วันที่ 6 เมษายน 2560), มาตรา 67 วรรคสอง

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ไทยรัฐออนไลน์, ‘พศ.เวียนคำสั่งมหาเถรฯ ห้ามพระยุ่งเลือกตั้ง’, (การศึกษา),

<<https://www.thairath.co.th/content/173511>> วันที่ค้นข้อมูล 27 กรกฎาคม 2561

ไทยรัฐออนไลน์, ‘มติ มส. บวชพระสงฆ์ ระยะสั้น ต้อง 15 หรือ 30 วัน ชี้ 7 วัน น้อยไป’, (ทั่วไทย),

<<https://www.thairath.co.th/content/1181842>> วันที่ค้นข้อมูล 27 กรกฎาคม 2561

ปมุตโต ภิกขุ, ‘มหานิกาย กับ ธรรมยุต’, (สนทนาธรรม-ปัญหาธรรมะ),

<<http://www.dhammathai.org/webboard/dbview.php?No=399>> วันที่ค้นข้อมูล 30 กรกฎาคม 2561

พระไตรปิฎกและอรรถกถาแปล ฉบับมหายานกุฎราชวิทยาลัย

<<https://www.thepathofpurity.com/home/พระไตรปิฎก-pdf/แปล-๙๑-เล-ม-มมร/>> วันที่ค้นข้อมูล 23 กรกฎาคม 2561

องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ, ‘การบริการ’, <<http://www.bmta.co.th/th/services>> วันที่ค้นข้อมูล 23 กรกฎาคม 2561

**การพัฒนาฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย
เพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน**

Excise Tax Reform in Thailand towards the ASEAN Economic Community:
Tax Base and Tax Calculation

ปฏิภาณ ตั้งวิจิตร*

Patiparn Tungvijitr

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหาแนวทางการพัฒนาฐานภาษีตามมูลค่าและวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย เพื่อนำไปสู่การฮาร์โมนิซ์หรือการประสานกฎหมายภาษีสรรพสามิตของกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนตามแนวทางการร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจในรูปแบบของการเป็นตลาดร่วม ภายใต้แนวความคิดในการจัดกฎระเบียบการค้ำระหว่างประเทศสมาชิกทั้งหมดให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonization of Rules and Regulations) โดยเปรียบเทียบจากหลักการและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต

ผลการศึกษาพบว่า

1. การกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าของประเทศไทย ไม่เป็นไปตามลักษณะภาษีอากรที่ดีและหลักการทั่วไปในการกำหนดฐานภาษี ส่งผลให้เกิดปัญหาในการบริหารการจัดเก็บภาษี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขฐานภาษีตามมูลค่าให้สอดคล้องกับการกำหนดจุดความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในช่วงต้นของห่วงโซ่อุปทาน
2. การกำหนดวิธีการคำนวณภาษีของประเทศไทย จากสินค้าในกลุ่มที่ส่งผลเสียต่อสุขภาพและสังคม ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขวิธีการคำนวณภาษีให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าว และควรประสานกฎระเบียบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในเรื่องดังกล่าวเข้ากับประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เพื่อป้องกันการเกิดผลกระทบภายนอกเชิงลบภายในภูมิภาค

คำสำคัญ: การฮาร์โมนิซ์กฎหมายภาษี, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, ภาษีสรรพสามิต

*นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติกรชำนาญการ กรมสรรพสามิต กระทรวงการคลัง

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ภายใต้หัวข้อ “แนวทางการฮาร์โมนิซ์ภาษีสรรพสามิตในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน”

Abstract

This paper seeks to propose the possibilities of the excise tax reform on the ad valorem tax base and tax calculation in Thailand. It also aims to scrutinize the feasibility of the harmonization of excise tax laws amongst the ASEAN members under the AEC which convey the idea of creating a single market within the region. The study investigates all the relevant principles and theories of excise taxation using the comparative approach. It can be concluded that:

1. The ad valorem tax base in Thailand could be harmful to the canons of a good tax system. The issues relating to the excise tax administration in Thailand are explicitly occurred as a result of the nonconformity between ‘suggested retail price’ and the tax point which is supposed to be in the early stage of the supply chain.

2. Tax calculation method which is being used on ‘sin’ products in Thailand contradicts to objectives of the tax collection. It is therefore necessary to amend the current method in order to comply with the purpose of excise taxation for such products. Likewise, the harmonization of rules and regulations in this regard within the AEC is also essential to impede negative externalities within the region.

Keywords: Tax Harmonization, ASEAN Economic Community, Excise Tax

1. บทนำ

ในปัจจุบันการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตมีความเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตเป็นอย่างมากเนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้สภาพธุรกิจมีการดำเนินงานอย่างซับซ้อน ผู้นำเข้าสินค้ามีบทบาทสำคัญในอุตสาหกรรมสินค้าสรรพสามิตมากขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับนโยบายของรัฐเปลี่ยนไปโดยมุ่งเน้นการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจในระหว่างประเทศมากขึ้น เช่นเดียวกับกับกลุ่มประเทศอาเซียนจำนวน 10 ประเทศที่ได้มีการรวมตัวกันเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) และได้มีการจัดทำพิมพ์เขียวประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint) อันเป็นแผนบูรณาการด้านเศรษฐกิจและระบบกฎหมายของบรรดาประเทศสมาชิก โดยประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ ต่างมีพันธะผูกพันที่จะต้องเปิดเสรีทางการค้าการลงทุนโดยการลดอุปสรรคด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายสินค้าและบริการอย่างเสรีในรูปแบบของการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจในระดับของการเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว (Single Market and Production Base) ซึ่งแนวทางดังกล่าวได้นำมาสู่แนวความคิดในการจัดกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศสมาชิกทั้งหมดให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonization of Rules and Regulations) เพื่อเพิ่มขีดความสามารถทางการค้าและการลงทุนในระดับภูมิภาคให้สามารถตอบสนองต่อการแข่งขันในระดับสากล และทำให้ประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเกิดความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาระบบกฎหมายร่วมกันเพื่อลดอุปสรรคในทางภาษี ซึ่งรวมไปถึงการพัฒนากฎหมายภาษีสรรพสามิต ในฐานะที่เป็นหนึ่งในอุปสรรคทางภาษี (Tariffs Barrier) ที่มักถูกนำมาใช้เพื่อ

ปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศ รวมทั้งในฐานะที่เป็นภาษีทางอ้อม (Indirect Tax) ที่จะส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคโดยตรงทั่วทั้งตลาด

อย่างไรก็ตาม แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะได้มีการปรับโครงสร้างการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต มาใช้ฐานภาษีตามมูลค่าที่ถือตามราคาขายปลีกแนะนำ รวมทั้งใช้วิธีการคำนวณภาษีแบบทั้งตามปริมาณและตามมูลค่า (Mixed Specific and Ad Valorem Taxation: MSA) หรือแบบผสม (Mix System) แล้วก็ตาม แต่การกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าสำหรับสินค้าที่ผลิตในประเทศดังกล่าวของประเทศไทยก็ยังคงมีปัญหาในการบริหารการจัดเก็บภาษีหลายประการ บทความนี้ จึงมุ่งเน้นที่จะหาแนวทางการกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าและวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย เพื่อให้การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตของประเทศไทยเกิดการพัฒนาและสามารถประสานเข้ากับโครงสร้างการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน อันจะส่งผลให้ประเทศไทยและประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นๆสามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการพัฒนารอบความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจในรูปแบบของการเป็นตลาดร่วม

1.1 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.1.1 เพื่อศึกษาถึงหลักการทั่วไปในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในเรื่องของการกำหนดฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษี หลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่มีผลต่อการกำหนดภาระภาษีสรรพสามิต ตลอดจนหลักการฮาร์โมนิซ์ภาษีสรรพสามิต

1.1.2 เพื่อศึกษาถึงปัญหาในการกำหนดฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษีของประเทศไทย รวมทั้งวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางในการพัฒนาฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษี ให้สอดคล้องกับหลักการและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต

1.1.3 เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการฮาร์โมนิซ์ภาษีสรรพสามิตในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน อันจะนำไปสู่การบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจในรูปแบบของตลาดร่วมตามที่ได้กำหนดไว้ในปฏิญญาอาเซียน (ASEAN Declaration) ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

1.2 วิธีการศึกษา

ศึกษาด้วยการค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ประกาศ ระเบียบ คำสั่ง ความเห็นของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง รายงานวิจัย บทความทางวิชาการ และวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งเอกสารและข้อมูลต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าสำหรับสินค้าที่ผลิตในประเทศและวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทยในปัจจุบันไม่เป็นไปตามลักษณะของภาษีอากรที่ดีและวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าแต่ละประเภท ส่งผลให้เกิดปัญหาในการบริหารการจัดเก็บภาษี รวมทั้งปัญหาในการควบคุมและลดปริมาณการบริโภคสินค้าในกลุ่มที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงาน ซึ่งสุ่มเสี่ยงต่อการที่จะต้องสูญเสียงบประมาณจำนวนมหาศาลเพื่อชดเชยผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities) ที่เกิดขึ้น อันจะก่อให้เกิดเป็นความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างมหาศาลและย่อมจะส่งผลกระทบต่อเป้าหมายในการรวมตัวกันของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนโดยปริยาย ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องแก้ไขปัญหาคำหนดฐานภาษีและวิธีการ

ค่านวนภาษีสรรพสามิตดังกล่าว โดยการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ให้มีความเหมาะสม

2. หลักการและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักการและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตทั้งในเรื่องของความหมายและวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต หลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ในการเลือกสินค้าที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีสรรพสามิต หลักการของการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในเรื่องของวิธีการคำนวณภาษี หลักการทางกฎหมายภาษีและหลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่มีผลต่อการต่อการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต ตลอดจนหลักการฮาร์โมนิซ์ภาษีสรรพสามิต

2.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต

ภาษีสรรพสามิต (Excise Tax) เป็นภาษีทางอ้อม (Indirect Tax) ที่จัดเก็บจากสินค้าและบริการเฉพาะอย่าง (Tax on Special Goods and Service) ซึ่งมีเหตุผลบางประการที่จะต้องรับภาระภาษีมากกว่าปกติ โดยกำหนดให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีหลักภาระภาษีสรรพสามิตไปในราคาสินค้าและบริการ และทำให้ผู้ที่รับภาระภาษี (Tax Burden) ที่แท้จริงคือผู้บริโภค ภาระภาษีที่เพิ่มขึ้นจะส่งผลให้สินค้าและบริการที่เสียภาษีสรรพสามิตมีราคาที่สูงขึ้นไปจากเดิม และทำให้การบริโภคสินค้าและบริการดังกล่าวลดลง¹ ซึ่งจากการที่ภาษีสรรพสามิตถือเป็นภาษีอากรประเภทหนึ่ง ดังนั้น การบริหารจัดการเก็บภาษีสรรพสามิตจึงต้องพิจารณาให้อยู่บนพื้นฐานหลักการของภาษีอากรที่ดี 4 ประการของ Adam Smith ที่กล่าวไว้ในหนังสือ The Wealth of Nation ซึ่งได้แก่ หลักความเป็นธรรม (Equity) หลักความสะดวก (Convenience) หลักความแน่นอน (Certainty) และหลักความประหยัด (Economy) รวมทั้งหลักการที่ได้มีการเพิ่มเติมมาในภายหลังอีก 2 ประการตามสภาพสังคมที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ได้แก่ หลักอำนาจรายได้ (Productivity) และหลักความยืดหยุ่น (Flexibility)² ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้วการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจะมีวัตถุประสงค์สำคัญในการจัดเก็บ 4 ประการ ได้แก่

(1) จัดเก็บเพื่อเป็นรายได้ของรัฐ โดยรัฐจะเลือกจัดเก็บภาษีจากสินค้าและบริการบางประเภทที่มีแม้จะมีราคาสูงขึ้นจากการถูกจัดเก็บภาษี ผู้บริโภคก็ยังคงเลือกที่จะบริโภคสินค้าและบริการดังกล่าว โดยในทางวิชาเศรษฐศาสตร์เรียกสินค้าและบริการดังกล่าวว่าเป็นสินค้าที่มีความยืดหยุ่นด้านราคาต่ออุปสงค์ต่ำ (Price Elasticity of Demand) เช่น น้ำมัน บุหรี่ สุรา ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่รู้จักกันในชื่อ Ramsey Rule (1927)³

(2) จัดเก็บเพื่อการควบคุมและลดการบริโภค โดยภาษีสรรพสามิตจะถูกนำมาใช้เป็นกลไกหนึ่งในการลดปริมาณการบริโภคสินค้า เนื่องจากสินค้าบางประเภทนั้นเมื่อบริโภคเข้าไปแล้วจะก่อให้เกิดโทษต่อสุขภาพของผู้บริโภคและขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ในกรณีของสินค้าสุรา ยาสูบ และเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของ

¹ ชลธาร วิศรุตวงศ์, รัฐควรเก็บภาษีสไปหรือไม่, (สามิตสาร ฉบับที่ 5 ปีที่ 61 (พฤศจิกายน 2548), หน้า 30

² อรรถ ธรรมโน, การคลัง, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 23

³ Stephen Smith, Restraining the Golden Weed: Taxation and Regulation of Tobacco, (FinanzArchiv, Public Finance Analysis 64(4), 2008), p.476-507

น้ำตาล⁴ หรืออาจเป็นสินค้าที่เมื่อบริโภคแล้วจะก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม เช่น ในกรณีของสินค้าน้ำมันรถยนต์ และแบตเตอรี่ เป็นต้น

(3) เพื่อสะท้อนถึงต้นทุนจากผลกระทบภายนอกเชิงลบที่เกิดขึ้นกับสังคม ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่รู้จักกันในชื่อ The Pigouvian prescription (Pigou 1918)⁵ โดยแนวความคิดนี้เชื่อว่า บุคคลย่อมมีเหตุผล (Rational) และมีข้อมูลเพียงพอ (Fully Informed) ที่จะตัดสินใจเลือกที่จะบริโภคสินค้าหรือไม่เลือกบริโภคสินค้าได้ด้วยตัวเอง แต่จะไม่นำผลกระทบภายนอกที่เป็นต้นทุนไม่ว่าจะเป็นต้นทุนทางกายภาพ (Physical Cost) หรือต้นทุนทางจิตใจ (Psychological Cost) หรือต้นทุนทางการเงิน (Financial Cost) ที่กระทบผู้อื่นมารวมในราคา (Price) ที่เขาใช้ตัดสินใจ ดังนั้น การที่รัฐเก็บภาษีสรรพสามิตจึงเป็นการนำผลกระทบภายนอกที่เกิดขึ้นกลับเข้าไปเป็นปัจจัยในการตัดสินใจของผู้ก่อผลกระทบภายนอก เพื่อให้สามารถตัดสินใจโดยใช้ข้อมูลและต้นทุนสังคมทั้งหมด และเกิดการตัดสินใจที่มีดุลยภาพ (Optimal Decision)⁶

(4) เพื่อจัดเก็บภาษีจากผู้ใช้งาน (Road User) โดยวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตดังกล่าวมาจากแนวความคิดที่ว่าผู้ใช้งานเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการให้บริการของภาครัฐ ซึ่งได้แก่การก่อสร้างถนน ดังนั้นผู้ใช้งานจึงควรที่จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น การปล่อยมลพิษ การเกิดอุบัติเหตุ และในความเสียหายของพื้นถนน เป็นต้น⁷

2.2 หลักเกณฑ์ในการเลือกสินค้าและบริการที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีสรรพสามิต

หลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่าสินค้าและบริการใดมีเหตุผลสมควรที่จะต้องมีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตหรืออาจอยู่ในข่ายที่จะสามารถถูกจัดเก็บภาษีสรรพสามิตได้ในอนาคตสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 4 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) เป็นสินค้าที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภค หรือศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงาน (Sumptuary Excise) เนื่องมาจากการบริโภคสินค้าประเภทดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อสังคมจากผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities) ดังนั้น รัฐจึงต้องมีการควบคุมการบริโภคสินค้าดังกล่าวโดยการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตเพื่อนำรายได้ที่ได้รับมาชดเชยผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมอีกทางหนึ่ง โดยสินค้าที่อยู่ในข่ายจะต้องเสียภาษีสรรพสามิตตามหลักเกณฑ์นี้ ได้แก่ ภาษีของสินค้าสุราและสินค้ายาสูบ เป็นต้น

(2) เป็นสินค้าที่มีลักษณะเป็นการฟุ่มเฟือย (Luxury Excise) การที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้สินค้าที่มีลักษณะฟุ่มเฟือยมีภาระต้องชำระภาษีสรรพสามิตนอกเหนือไปจากภาษีชนิดอื่นมีที่มาจากแนวความคิดในการสร้างความเป็นธรรมในสังคม โดยแนวความคิดดังกล่าวมองว่าเนื่องจากทรัพยากรที่มีอยู่ในธรรมชาติมีอยู่อย่างจำกัด ผู้มี

⁴ ชลธาร วิศรุตวงศ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 30

⁵ Sijbren Cnossen, Theory and Practice of Excise Taxation: Smoking, Drinking, Gambling, Polluting, and Driving, (New York, Oxford, 2005) p.6

⁶ ชลธาร วิศรุตวงศ์, ‘รายงานการประชุมองค์การศุลกากรโลกเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิต (The World Customs Organization Excise Summit)’, ในการประชุมองค์การศุลกากรโลกเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิต, (จัดโดยองค์การศุลกากรโลก บรัสเซล เบลเยียม, 2555), หน้า 1

⁷ Sijbren Cnossen, supra note 5, p.193-227

รายได้สูงที่ต้องการบริโภคสินค้าที่มีราคาแพงจึงควรรับภาระทางภาษีที่สูงกว่าผู้มีรายได้น้อยที่ใช้สินค้าเพื่อความจำเป็นต่อการดำรงชีพ

(3) เป็นสินค้าที่ได้รับผลประโยชน์เป็นพิเศษจากกิจการของรัฐบางประการ (Benefit-Based Excise) เนื่องจากการจัดสรรทรัพยากรเพื่อนำมาใช้ในกิจการของรัฐบางประการจะก่อให้เกิดประโยชน์เฉพาะแก่บุคคลบางกลุ่ม ดังนั้น จึงมีแนวความคิดในการเก็บภาษีจากกลุ่มบุคคลที่ได้รับประโยชน์เป็นพิเศษ เช่น การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตรถยนต์เนื่องจากได้รับประโยชน์จากการก่อสร้างถนน เป็นต้น

(4) หลักเกณฑ์เบ็ดเตล็ดอื่นๆ (Miscellaneous Excise) เนื่องจากในบางโอกาสรัฐอาจมีความจำเป็นจะต้องหารายได้ หรือมีความต้องการที่จะจำกัดการผลิตสินค้าอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะคราว เช่น ในกรณีที่รัฐต้องการระดมทุนเพื่อทำสงคราม หรือเพื่อบรรเทาความยากจนของผู้มีรายได้น้อย เป็นต้น

2.3 หลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในเรื่องของฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษี

ภายใต้กฎหมายภาษีแต่ละฉบับนั้น ฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษี ถือเป็นส่วนโครงสร้างที่มีความสำคัญในเนื้อหาส่วนนี้ผู้เขียนจึงจะกล่าวถึงประเภทและหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในเรื่องของฐานภาษี และวิธีการคำนวณภาษี รวมทั้งข้อดีและข้อเสียต่าง ๆ

2.3.1 ฐานภาษี

ความหมายของคำว่าฐานภาษี (Tax Base) ที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงในบทความนี้ หมายถึง สิ่งที่น่านำมาใช้ประกอบกับอัตราภาษี (Tax Rate) เพื่อคำนวณให้ได้มาซึ่งจำนวนเงินค่าภาษีที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีจะต้องชำระ⁸ โดยในกรณีของภาษีสรรพสามิตจะแบ่งออกได้เป็น ฐานภาษีตามปริมาณ (Specific หรือ Ad Rem) และฐานภาษีตามมูลค่า (Ad Valorem) โดยในบทความนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนของฐานภาษีตามมูลค่า ภายใต้ประเด็นความเหมาะสมของการกำหนดราคา (Price) ของสินค้าที่ผลิตในประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นหลักในการศึกษาเท่านั้น ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้วฐานภาษีตามมูลค่าจะถือตามราคาของสินค้าที่ต้องเสียภาษีสรรพสามิต ดังนั้น ฐานภาษีในกรณีดังกล่าวจึงได้แก่ มูลค่าหรือราคาของสินค้าที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีสรรพสามิต ซึ่งแบ่งออกได้เป็น

(1) ฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม (Ex-Factory Price) เป็นราคาที่ถูกนำมาใช้เป็นมูลค่าเพื่อคำนวณภาษีสรรพสามิตในระดับการผลิต (Manufacturer Level) ซึ่งจะถูกจัดเก็บจากผู้ผลิตสินค้าที่ต้องเสียภาษีสรรพสามิต โดยมีข้อดีและข้อเสียที่สำคัญอันอาจแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1.1) ข้อดีของฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม⁹

(1.1.1) เป็นราคาที่มีความใกล้ชิดกับช่วงต้นสายในห่วงโซ่อุปทานมากที่สุด¹⁰ จึงทำให้เกิดปัญหาด้านการบริหารจัดการจัดเก็บภาษีน้อย เนื่องจากผู้ผลิตสินค้าซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีย่อมทราบอยู่แล้วว่าราคาที่จะนำมาใช้เป็นมูลค่าเพื่อคำนวณภาษีเป็นเท่าไรเนื่องจากเป็นผู้กำหนดราคานั้นเอง

(1.1.2) การพิสูจน์ความถูกต้องของราคาสามารถกระทำได้ง่าย โดยภาครัฐมีภาระ

⁸ ประภาศ คงเอียด, คำอธิบายกฎหมายภาษีสรรพสามิต, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 136

⁹ สุภารัตน์ วุฒิเศรษฐไพบุลย์, ปัญหาบางประการเกี่ยวกับฐานในการคำนวณภาษีสรรพสามิต, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 107

¹⁰ สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, รายงานวิเคราะห์การออกแบบระบบงานในการบริหารงานจัดเก็บภาษีสรรพสามิต (รายงานเล่มที่ 2) โครงการเตรียมความพร้อมระบบภาษีสรรพสามิตรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, (โครงการศึกษาวิจัยเสนอต่อกรมสรรพสามิต, 2558), หน้า 37

เพียงแค่อ้างอิงว่าราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมดังกล่าวนี้เป็นราคาของผู้ผลิตสินค้าขายให้กับผู้ซื้อที่ไม่มี ความสัมพันธ์ใดๆกับผู้ผลิตสินค้าและโดยสุจริตหรือไม่เท่านั้น

(1.1.3) สะท้อนถึงต้นทุนของสินค้าได้ดีที่สุด จึงถือเป็นแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดสำหรับการ จัดเก็บภาษีสรรพสามิตตามมูลค่าสำหรับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ¹¹

(1.2) ข้อเสียของฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม

(1.2.1) มูลค่าที่ใช้ในการคำนวณภาษีมียาจำนวนที่ต่ำทำให้รัฐได้รับรายได้จากการจัดเก็บ ภาษีน้อย¹²

(1.2.2) โดยทั่วไปแล้วราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมมักไม่มีการกำหนดค่านิยมไว้อย่าง ชัดเจน จึงส่งผลให้เกิดปัญหาในเรื่องของการตีความว่าต้นทุนที่จะถูกนำมารวมเป็นราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม เพื่อใช้เป็นฐานในการคำนวณภาษีตามมูลค่านั้นจะประกอบด้วยต้นทุนชนิดใดบ้าง

(2) ฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขายส่ง (Wholesale Price) เป็นราคาที่ผู้ผลิตขายให้แก่ผู้ซื้อ จำนวนมากในราคาที่ต่ำกว่าราคาขายปลีก โดยมีข้อดีและข้อเสียที่สำคัญอันอาจแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(2.1) ข้อดีของฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขายส่ง

(2.1.1) มูลค่าที่นำมาใช้ในการคำนวณภาษีมียาสูงกว่าราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม ทำให้รัฐบาลได้รับรายได้จากการจัดเก็บภาษีที่เพิ่มขึ้น

(2.1.2) เนื่องจากราคาขายส่งเป็นราคาระหว่างผู้ค้าปลีกและผู้ค้าส่งจึงมีการจัดทำ เอกสารทางการเงินเพื่อประโยชน์ในการชำระภาษีนิติบุคคล ซึ่งสามารถนำเอกสารดังกล่าวมาใช้เป็นหลักฐานใน การตรวจสอบความถูกต้องของราคาดังกล่าวได้

(2.2) ข้อเสียของฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขายส่ง

(2.2.1) เป็นวิธีที่กำหนดให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีนำราคาขายสินค้าของบุคคลอื่นที่มีหน้าที่ เสียภาษีไม่ทราบถึงราคาขายนั้นหรือไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมบุคคลนั้นมาใช้เป็นมูลค่าในการคำนวณภาษี ซึ่งจะ ส่งผลกระทบต่อภาระประเมินภาษี (Tax Assessment) หรือการประกาศราคา (Value Announcement) เพื่อใช้ เป็นฐานในการคำนวณภาษี ในกรณีที่พบว่าราคาของผู้มีหน้าที่เสียภาษีแจ้งมูลค่าต่ำกว่าความเป็นจริง (Undervalue) หรือมีการกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing)¹³

(2.2.2) เนื่องจากในปัจจุบันระบบการคำนวณภาษีมีความซับซ้อนมากขึ้น¹⁴ ทำให้ยากต่อการ กำหนดว่าจะใช้ราคาขายส่งในช่วงใดในการคำนวณภาษี และก่อให้เกิดปัญหาในด้านการบริหารจัดการจัดเก็บภาษี ให้กับภาครัฐ โดยภาครัฐมีภาระหน้าที่ในการจะต้องออกสำรวจราคาขายส่งในท้องตลาดเพื่อตัดสินใจว่ามูลค่าใน การคำนวณภาษีที่แท้จริงจะเป็นเท่าใด¹⁵

¹¹ International Tax and Investment Center, คู่มือสำหรับการปฏิรูปภาษีสรรพสามิตในอาเซียน, (กรุงเทพมหานคร, บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2558), หน้า 65

¹² สุภารัตน์ วุฒิสรรพสุโขทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 44

¹³ สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10, หน้า 37

¹⁴ เฟิงอ้อ, หน้า 37

¹⁵ สุภารัตน์ วุฒิสรรพสุโขทัย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 108

(2.2.3) การนำฐานภาษีตามมูลค่ามาใช้กับจุดอื่นที่ไม่ใช่ช่วงต้นสายในห่วงโซ่อุปทานจะลดความโปร่งใสทางการค้าและระบบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต¹⁶

(3) ฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขายปลีก (Retail Price) เป็นราคาที่ถูกนำมาใช้เป็นมูลค่าเพื่อคำนวณภาษีสรรพสามิตในระดับการขายปลีก (Retail Level) โดยนำราคาจากผู้ผลิตขายให้แก่ผู้ซื้อเป็นหน่วยย่อยหรือจำนวนน้อยมาใช้เป็นฐานในการคำนวณภาษี โดยมีข้อดีและข้อเสียที่สำคัญอันอาจแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(3.1) ข้อดีของฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขายปลีก

(3.1.1) มูลค่าที่นำมาใช้ในการคำนวณภาษีมูลค่าที่สูงกว่าราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมและราคาขายส่ง ทำให้รัฐบาลได้รับรายได้จากการจัดเก็บภาษีที่เพิ่มขึ้น

(3.1.2) เนื่องจากราคาขายปลีกเป็นราคาระหว่างผู้ค้าปลีกและผู้บริโภคจึงมีการจัดทำเอกสารทางการเงินเพื่อประโยชน์ในการชำระภาษีนิติบุคคล ซึ่งสามารถนำเอกสารดังกล่าวมาใช้เป็นหลักฐานในการตรวจสอบความถูกต้องของราคาดังกล่าวได้¹⁷

(3.1.3) สามารถปรับเปลี่ยนตามสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจได้ดีที่สุด¹⁸

(3.2) ข้อเสียของฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งถือตามราคาขายปลีก

(3.2.1) เป็นวิธีที่กำหนดให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีนำราคาขายสินค้าของบุคคลอื่นที่มีหน้าที่เสียภาษีไม่ทราบถึงราคาขายนั้นหรือไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมบุคคลนั้นมาใช้เป็นมูลค่าในการคำนวณภาษี จึงเกิดปัญหาเช่นเดียวกับกรณีของราคาขายส่ง

(3.2.2) โดยทั่วไปแล้วราคาขายปลีกย่อมมีหลายราคาแตกต่างกันไปตามสถานที่และเวลาที่มีการจำหน่ายสินค้า รวมถึงมีการเปลี่ยนแปลงราคาบ่อยตามกลไกของตลาด จึงยากต่อการกำหนดราคาขายปลีกและการสำรวจราคา¹⁹

(3.2.3) กระบวนการได้มาซึ่งราคาขายปลีกมีความยุ่งยากซับซ้อนและก่อให้เกิดปัญหาในด้านการบริหารการจัดเก็บภาษีให้กับภาครัฐ โดยภาครัฐมีภาระหน้าที่ในการจะต้องออกสำรวจราคาขายปลีกในท้องตลาดเพื่อตัดสินใจว่ามูลค่าในการคำนวณภาษีที่แท้จริงจะเป็นเท่าใด²⁰

(3.2.4) โดยทั่วไปแล้วราคาขายปลีกจะเป็นราคาที่รวมภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีอื่น ๆ ไว้แล้ว เมื่อนำมาใช้ในการคำนวณภาษีจึงมีสภาพเป็นการคำนวณภาษีแบบรวมใน (Inclusive Tax Rate) กล่าวคือเป็นการคำนวณภาษีบนฐานที่รวมภาระภาษีบางส่วนไว้แล้ว ซึ่งส่งผลให้ขัดกับหลักการของภาษีที่ดีเนื่องจากมีความซ้ำซ้อนของภาษี²¹

¹⁶ International Tax and Investment Center, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า 67

¹⁷ สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10, หน้า 37

¹⁸ สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, รายงานสรุปผลการศึกษาดูงานในประเทศและต่างประเทศฉบับสมบูรณ์ (รายงานเล่มที่ 1) โครงการเตรียมความพร้อมระบบภาษีสรรพสามิตรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, (โครงการศึกษาวิจัยเสนอต่อกรมสรรพสามิต, 2558), หน้า [ง - 5]

¹⁹ สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10, หน้า 37

²⁰ สุดารัตน์ วุฒิเศรษฐไพบูลย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 108

²¹ อดิธาธิ์ ชินะเกท, ปัญหาภาษีสุรา : ศึกษากรณีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างฐานภาษีตามมูลค่าเป็นราคาขายส่งช่วงสุดท้าย, (น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 194

(3.2.5) การนำฐานภาษีตามมูลค่ามาใช้กับจุดอื่นที่ไม่ใช่ช่วงต้นสายในห่วงโซ่อุปทานจะลดความโปร่งใสทางการค้าและระบบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตเช่นเดียวกับกรณีของราคาขายส่ง

2.3.2 วิธีการคำนวณภาษี

การคำนวณภาษี (Tax Calculation) หมายความว่า วิธีการคิดคำนวณระหว่างฐานภาษีและอัตราภาษีเพื่อให้ได้มาซึ่งจำนวนภาษีที่พึงจะต้องชำระ โดยสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 4 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

(1) วิธีการคำนวณภาษีแบบตามปริมาณ (Specific Taxation) หรือการจัดเก็บภาษีตามสภาพ เป็นวิธีการคำนวณภาษีที่กำหนดให้มีการคิดคำนวณจากภาษีตามปริมาณ (Specific) แต่เพียงอย่างเดียว โดยส่วนมากจึงมักใช้กับสินค้าที่บริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม หรือสินค้าที่ก่อให้เกิดผลกระทบกับสิ่งแวดล้อม เช่น สินค้าสุรา ยาสูบ และน้ำมัน เนื่องจากตอบสนองต่อผลกระทบภายนอกเชิงลบที่เกิดขึ้นจากการบริโภค

(2) วิธีการคำนวณภาษีแบบตามมูลค่า (Ad Valorem Taxation) เป็นวิธีการคำนวณภาษีที่กำหนดให้มีการคิดคำนวณจากภาษีตามมูลค่า (Ad Valorem) แต่เพียงอย่างเดียว และเนื่องจากเป็นวิธีการคำนวณภาษีที่พิจารณาจากฐานภาษีตามมูลค่าแต่เพียงอย่างเดียว โดยส่วนมากมักใช้กับสินค้าในกลุ่มที่ไม่จำเป็นต้องการดำรงชีวิตหรือสินค้าที่มีลักษณะฟุ่มเฟือย เช่น สินค้ารถยนต์ เครื่องปรับอากาศ พรม และเครื่องแก้ว เป็นต้น

(3) วิธีการคำนวณภาษีแบบ 2 เลือกลง 1 (Ad Valorem with Specific Floor Taxation: ASF) หรือแบบอัตราสองขา เป็นวิธีการคำนวณภาษีที่กำหนดให้มีการคิดคำนวณจากทั้งภาษีตามปริมาณหรืออัตราภาษีตามมูลค่า แล้วแต่ว่าแนวทางใดจะสามารถคิดคำนวณออกมาเป็นเงินภาษีได้มากกว่า ซึ่งวิธีการคำนวณภาษีดังกล่าวจะมุ่งเน้นถึงประโยชน์ในทางรายได้ให้แก่รัฐเป็นสำคัญ โดยมีได้มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าแต่ละประเภทแต่อย่างใด

(4) วิธีการคำนวณภาษีแบบทั้งตามปริมาณและตามมูลค่า (Mixed Specific and Ad Valorem Taxation: MSA) หรือแบบหนึ่งบวกหนึ่ง หรือที่เรียกกันว่าแบบผสม (Mix System) เป็นวิธีการคำนวณภาษีที่หากสินค้าใดมีการกำหนดไว้ทั้งภาษีตามปริมาณและภาษีตามมูลค่า ก็จะต้องเสียภาษีทั้งสองอัตราตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่สนใจว่าอัตราใดจะสามารถคิดคำนวณออกมาเป็นเงินภาษีได้มากกว่า

2.4 หลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่มีผลต่อการกำหนดภาระภาษีสรรพสามิต

ในการวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการจัดเก็บภาษีในขั้นสุดท้ายจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้รับภาระภาษี (Tax Burden) ที่แท้จริง มิใช่ดูว่าผู้ใดเป็นผู้เสียเงินค่าภาษีในขั้นต้นเท่านั้น²² และจากการที่ภาษีสรรพสามิตมีลักษณะเป็นภาษีทางอ้อม การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจึงมีผลกระทบต่อการบริโภคของสังคมและทิศทางการจัดสรรทรัพยากรของรัฐโดยรวม และมีความเกี่ยวข้องเป็นอย่างยิ่งกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในเรื่องของหลักความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (Elastic Demand) และหลักผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities) อย่างไม่สามารถแยกออกจากกันได้ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายตามลำดับ ดังต่อไปนี้

2.4.1 หลักความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (Elastic Demand) และค่าความยืดหยุ่นของสินค้าที่มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต

²² เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 337-338

ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (Elastic Demand) หมายถึง ค่ามาตรฐานที่ใช้วัดอัตราการเปลี่ยนแปลงของจำนวนการซื้อสินค้าและบริการชนิดใดชนิดหนึ่งเมื่อระดับราคาของสินค้าชนิดนั้นเปลี่ยนแปลงไป หรือระดับรายได้ของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลง หรือระดับราคาของสินค้าและบริการชนิดอื่นที่เกี่ยวข้องเปลี่ยนแปลง²³ ซึ่งความยืดหยุ่นของอุปสงค์ในที่นี้สามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้

2.4.1.1 ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา (Price Elasticity of Demand) ซึ่งเป็นอัตราการเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งที่ผู้ซื้อต้องการซื้อโดยจะตอบสนองต่ออัตราการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าชนิดนั้นๆ²⁴ สามารถแบ่งออกได้เป็น 5 ระดับคือ

(1) อุปสงค์ที่ไม่มีความยืดหยุ่นเลย หรืออุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นเท่ากับศูนย์ (Perfectly Inelastic) เป็นอุปสงค์ของสินค้าที่มีความจำเป็นมากที่สุด ซึ่งเมื่อราคาเปลี่ยนแปลงไปก็จะมีผลทำให้ปริมาณการซื้อเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด²⁵

(2) อุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นน้อย หรืออุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นต่ำ (Relatively Inelastic) เป็นอุปสงค์ของสินค้าที่จำเป็นต่อการดำรงชีพของมนุษย์ทั่วไป เช่น อาหาร เสื้อผ้า และยารักษาโรค เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้แม้จะมีราคาที่สูงขึ้น ปริมาณความต้องการซื้อก็ไม่เปลี่ยนแปลงจากเดิมมากนัก

(3) อุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นเท่ากับหนึ่ง (Unitary Inelastic)

(4) อุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นมากกว่าหนึ่ง หรืออุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นมาก (Relatively Elastic) เป็นอุปสงค์ของสินค้าฟุ่มเฟือย เช่น เครื่องสำอาง เป็นต้น ซึ่งเมื่อราคาสินค้าเปลี่ยนแปลงไปร้อยละ 1 ก็จะส่งผลทำให้ปริมาณความต้องการซื้อสินค้าเปลี่ยนไปมากกว่าร้อยละ 1

(5) อุปสงค์ที่มีความยืดหยุ่นอย่างสมบูรณ์ (Perfectly Elastic) เป็นอุปสงค์ที่แสดงให้เห็นว่า ณ ระดับราคาที่เป็นอยู่นั้น ผู้ซื้อจะมีความต้องการซื้อของอย่างไม่จำกัดจำนวน ถ้าราคาสูงกว่าราคาที่เป็นอยู่ ผู้ซื้อจะไม่ซื้อสินค้าของผู้ขายรายนี้เลย แต่จะหันไปซื้อสินค้าของผู้ขายรายอื่นแทน

2.4.1.2 ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อรายได้ (Income Elasticity of Demand) ซึ่งเป็นอัตราการเปลี่ยนแปลงของปริมาณความต้องการซื้อสินค้าในเวลาขณะใดขณะหนึ่งที่ตอบสนองต่ออัตราการเปลี่ยนแปลงของรายได้ โดยสมมติให้ปัจจัยอื่นที่กำหนดอุปสงค์อยู่คงที่เป็นการศึกษาว่าเมื่อรายได้ของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไปในอัตราส่วนหนึ่งแล้ว ปริมาณความต้องการของผู้บริโภคจะเปลี่ยนแปลงไปในอัตราส่วนเท่าใด²⁶

2.4.1.3 ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาสินค้าชนิดอื่นที่เกี่ยวข้อง (Cross Elasticity of Demand) หรือความยืดหยุ่นไขว้ ซึ่งเป็นอัตราการเปลี่ยนแปลงของปริมาณสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งที่ผู้บริโภคต้องการซื้อในขณะใดขณะหนึ่งที่ตอบสนองต่ออัตราการเปลี่ยนแปลงของราคาสินค้าชนิดอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่สินค้าที่ใช้ทดแทนกันกับสินค้าที่ใช้ประกอบกัน โดยสมมติให้สิ่งอื่น ๆ คงที่²⁷

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปแล้วการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตซึ่งถือเป็นแหล่งรายได้สำคัญของรัฐบาลแห่งหนึ่งมักจะได้รับผลกระทบจากปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งพิจารณาได้จากการตอบสนองต่อ

²³ สุदारัตน์ พิมลรัตนกานต์, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร, ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2557), หน้า 66

²⁴ เฟิงอ๋าง, หน้า 66-71

²⁵ เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 22, หน้า 339

²⁶ สุदारัตน์ พิมลรัตนกานต์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 23, หน้า 70

²⁷ เฟิงอ๋าง, หน้า 71

ราคาที่เปลี่ยนแปลงไปของผู้บริโภคและผลกระทบจากการแทนที่กันของสินค้าทดแทน ดังนั้นการกำหนดนโยบายภาษีสรรพสามิตจึงต้องมุ่งพิจารณาการผลักภาษีเป็นสำคัญ²⁸ ซึ่งหากผู้บริโภคมีอัตราความอ่อนไหวต่อราคาที่เปลี่ยนแปลงไปของสินค้าที่มีการจัดเก็บภาษีน้อย รัฐก็สามารถจัดเก็บภาษีได้โดยใช้อัตราภาษีที่สูงขึ้น ในขณะที่หากผู้บริโภคมีอัตราความอ่อนไหวต่อราคาที่เปลี่ยนแปลงไปมากก็จะส่งผลให้ปริมาณการขายสินค้าลดลงหรือมีการลดราคาสินค้าลง หรือมีการแทนที่กันของสินค้าทดแทน ซึ่งหมายความว่าแหล่งรายได้ของรัฐบาลในทางภาษีสรรพสามิตก็จะน้อยลงตามไปด้วย ซึ่งการตอบสนองต่อราคาที่เปลี่ยนไปดังกล่าวรู้จักกันในชื่อว่า “ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคา” ในขณะที่ “ความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อรายได้” จะเป็นตัวบ่งชี้ว่าสินค้าประเภทนั้นจะถูกจัดภาษีในลักษณะของสินค้าฟุ่มเฟือยหรือไม่

2.4.2 หลักผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities) และผลกระทบของสินค้าที่มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต

ผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities) หมายถึง ต้นทุนเพิ่มเติม (External Cost หรือ Spillover Cost) ที่เกิดต่อบุคคลที่สาม (Third Parties) จากกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เป็นกิจกรรมที่บุคคลที่ได้รับผลกระทบทางอ้อมนั้นได้รับทำให้เกิดเป็นต้นทุนส่วนเพิ่มขึ้นมา โดยที่ราคาของตลาดไม่ได้มีการร่วมต้นทุนที่เกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นนี้ไว้ด้วย และทำให้ระบบเศรษฐกิจมีปริมาณสินค้าและบริการที่ผลิตมากเกินกว่าที่ควรจะเป็น (Overproduced)²⁹

ความเกี่ยวพันระหว่างผลกระทบภายนอกกับการจัดเก็บภาษีอยู่ที่บทบาทของรัฐบาลในการเข้ามาแก้ไขปัญหามลกระทบภายนอกที่เกิดขึ้นต่อบุคคลอื่น ซึ่งในกรณีที่กลไกตลาดสามารถแก้ไขปัญหาผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ (Market Externalities) รัฐบาลก็อาจจะปล่อยให้กลไกตลาดทำหน้าที่แก้ปัญหานั้นโดยที่รัฐบาลไม่จำเป็นต้องเข้าไปแก้ไข แต่หากในกรณีที่กลไกตลาดไม่สามารถแก้ไขปัญหาผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ (Nonmarket Externalities) รัฐบาลก็มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสังคม³⁰ ซึ่งรัฐบาลอาจดำเนินการได้ทั้งโดยการใช้อำนาจแห่งรัฐ เช่น การสั่งให้โรงงานอุตสาหกรรมที่ปล่อยมลพิษหยุดการดำเนินธุรกิจ หรือรัฐบาลอาจทำให้ตลาดคำนึงถึงผลกระทบภายนอกเชิงลบนี้ (Internalized Externalities) ผ่านมาตรการทางการคลังโดยการจัดเก็บภาษี (Taxation) เท่ากับต้นทุนส่วนที่เพิ่มขึ้น (Marginal External Cost)³¹ ซึ่งการจัดเก็บภาษีภายใต้หลักการดังกล่าวจะส่งผลทำให้ระดับต้นทุนของการผลิตและราคาขายสินค้ามีการขยับตัวเพิ่มสูงขึ้น และส่งผลให้ปริมาณความต้องการในการบริโภคสินค้าลดลง ซึ่งถือเป็นการกระตุ้นเตือนให้ตลาดรับรู้ถึงผลกระทบภายนอกที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยทางอ้อม³²

ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้วในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ แม้การที่ผู้บริโภคจะตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าใดย่อมเป็นไปตามกฎของอุปสงค์ (Law of Demand) แต่อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมของสังคม กิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประการหรือแม้แต่การบริโภคสินค้าบางชนิดอาจก่อให้เกิดผลกระทบภายนอกเชิงลบ โดยเฉพาะกับการบริโภค

²⁸ วันรัชย์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 84

²⁹ Sijbren Cnossen, supra note 5, p.4

³⁰ เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 22, หน้า 101-102

³¹ Sijbren Cnossen, supra note 5, p.4

³² เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 22, หน้า 103-104

สินค้าในกลุ่มที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพและสังคม เช่น สินค้าสุราและยาสูบ ดังนั้นภาษีสรรพสามิตจึงเข้ามามีบทบาทในฐานะเป็นเครื่องมือทางการคลังของรัฐเพื่อลดผลกระทบภายนอกเชิงลบดังกล่าว

2.5 หลักการฮาร์โมนิซ์กฎหมายภาษีสรรพสามิต

แนวความคิดในการฮาร์โมนิซ์กฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันได้เกิดขึ้นมาแล้วนานกว่าสองพันปีตั้งแต่สมัยของซีเซโร (Cicero) นักปรัชญาชาวโรมัน โดยแต่เดิมนั้นการฮาร์โมนิซ์กฎหมายจะมุ่งเน้นไปที่การทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นหนึ่งเดียวกัน (Internal Harmonization) ดังเช่นการทำกฎหมายและจารีตประเพณีท้องถิ่นให้เป็นหนึ่งเดียวกันซึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือการขยายการใช้บังคับกฎหมายภายในของประเทศเจ้าอาณานิคมไปยังประเทศซึ่งเป็นดินแดนใต้อาณานิคม รวมทั้งการที่ประเทศซึ่งกำลังพัฒนายอมรับเอาระบบกฎหมายของอีกรัฐหนึ่งมาปรับใช้อันถือเป็นเส้นทางลัดในการพัฒนาระบบกฎหมายของประเทศตน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการฮาร์โมนิซ์กฎหมายในอดีตมิได้มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการพาณิชย์ระหว่างประเทศ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด แตกต่างจากการฮาร์โมนิซ์กฎหมายในช่วงตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ที่มีแนวคิดมาจากความต้องการลดผลกระทบจากพรมแดนของรัฐ (National Boundaries) ให้น้อยลงกว่าเดิม³³ โดยเรียกพัฒนาการในช่วงดังกล่าวว่า “ยุคเริ่มต้นของความสัมพันธ์ระหว่างภูมิภาค (The Dawn of Inter-regionalism)”³⁴ การฮาร์โมนิซ์หรือการประสานกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวกันในยุคปัจจุบันอาจเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ ทั้งเหตุผลในทางการเมืองการปกครองที่มุ่งเน้นการลดความขัดแย้งระหว่างรัฐ และลดความกดดันด้านการแข่งขันทางเศรษฐกิจระหว่างกัน ซึ่งต่อมาเหตุผลดังกล่าวได้นำมาสู่แนวความคิดในการประสานงานด้านภาษี (Tax Coordination)³⁵ และพัฒนาไปสู่การฮาร์โมนิซ์กฎหมายในทางภาษี (Tax Harmonization) โดยแม้ในปัจจุบันจะมีได้มีการให้คำจำกัดความหรือคำนิยามของถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแต่ก็มีความหมายอันเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าใช้เพื่อแสดงถึงการรวมตัวของระบบภาษีและการปรับระบบภาษีของรัฐสมาชิกในภูมิภาคเดียวกันที่มีความแตกต่างกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือมีความคล้ายคลึงกัน³⁶

ทั้งนี้หากพิจารณาถึงเหตุผลในเบื้องลึกของหลักการแนวคิดในการฮาร์โมนิซ์ภาษิดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการฮาร์โมนิซ์ภาษีมักมีที่มาจากแนวคิดที่ว่าความแตกต่างของกฎหมายภาษีในประเทศต่าง ๆ ย่อมมีผลทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจ (Transaction Costs) ที่เพิ่มสูงมากขึ้น ในขณะที่ทำให้ความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมข้ามพรมแดนและความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจลดลง กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องแต่ละประเทศอันอาจมีเนื้อหาแตกต่างกันไป ทำให้ต้องมีการวางแผนทางภาษีหรือปรับเปลี่ยนวิธีการในการประกอบธุรกิจให้เหมาะสมกับระบบภาษีของแต่ละประเทศ ส่งผลให้เกิดค่าใช้จ่ายในการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายของ

³³ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ (Final Report) เรื่อง การเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายของไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน, (โครงการศึกษาวิจัยเสนอต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559), หน้า 19-20

³⁴ เพิ่งอ้าง, หน้า 23-24

³⁵ Steffen Osterloh and Friedrich Heinemann, The political economy of corporate tax harmonization — Why do European politicians (dis)like minimum tax rates?, (European Journal of Political Economy 29, 2013), p.18-19

³⁶ Danuše Nerudova, Tax competition and tax harmonization in the European Union, (Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis 52(6), 2004), p.135-136

ประเทศเหล่านั้น³⁷ นอกจากนั้นความแตกต่างของระบบภาษีระหว่างประเทศยังส่งผลกระทบต่อการค้าสินค้าหรือรับบริการของผู้บริโภค เนื่องจากผู้บริโภคอาจเกิดความไม่แน่ใจหรือเกิดความวิตกกังวลเกี่ยวกับความคุ้มครองและความรับผิดชอบทางภาษีของสินค้าและบริการดังกล่าว ซึ่งหากระบบภาษีในประเทศต่าง ๆ เป็นหนึ่งเดียวกันก็จะช่วยให้การค้าข้ามพรมแดนมีปริมาณที่เพิ่มมากขึ้น³⁸

ดังนั้น การเลือกสาขา (Field) ของกฎหมายที่จำเป็นต้องมีการฮาร์โมนไนซ์ในบริบทดังกล่าวโดยทั่วไปจึงมุ่งเน้นในส่วนที่เป็นกฎหมายบังคับ (Mandatory Law) อันเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งกรณีที่หากปล่อยให้มีความแตกต่างแล้วจะทำให้เกิดผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities)³⁹ โดยตัวอย่างของการฮาร์โมนไนซ์ภาษีระหว่างประเทศที่สำคัญในปัจจุบัน ได้แก่ กรณีการฮาร์โมนไนซ์ภาษีร่วมกันของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งมุ่งเน้นถึงในส่วนของการเชื่อมต่อกันของตลาดภายในในฐานะที่เป็นตลาดเดียวกัน (Single Internal Market)⁴⁰ เพื่อให้การทำงานของตลาดดังกล่าวเป็นไปอย่างราบรื่นและไม่เกิดอุปสรรคในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจข้ามพรมแดน⁴¹ โดยภายใต้บริบทดังกล่าวนี้ การฮาร์โมนไนซ์ภาษีของสหภาพยุโรปในปัจจุบันจึงได้มุ่งเน้นที่จะฮาร์โมนไนซ์ภาษีทางอ้อม ในส่วนของภาษีมูลค่าเพิ่ม (Value Added Tax: VAT) และภาษีสรรพสามิต (Excise Duties) ในฐานะที่มีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจของตลาดภายในอย่างมีนัยสำคัญ⁴²

อาจกล่าวได้ว่าการฮาร์โมนไนซ์ภาษีนั้น ไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องมีการจัดเก็บภาษีที่เหมือนกันทั้งหมดแต่อย่างใด หากแต่การฮาร์โมนไนซ์ภาษีมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการเป็นตลาดเดียวกัน (Common Market) และโครงสร้างการดำเนินงานของตลาดดังกล่าว⁴³ การฮาร์โมนไนซ์ภาษีจึงเป็นการขจัดอุปสรรคและความแตกต่างทางภาษีระหว่างรัฐสมาชิกในภูมิภาคเดียวกัน โดยปรับระบบภาษีที่มีความแตกต่างกันให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือมีความคล้ายคลึงกัน เพื่อให้สามารถบรรลุถึงนโยบายหรือเป้าหมายที่กำหนดไว้ร่วมกัน ดังนั้น ประเด็นปัญหาสำคัญที่สุดที่จะต้องมีการพิจารณาจึงอยู่ที่ว่าจะมีการปรับระบบภาษีร่วมกันในหัวข้อหรือประเด็นใด เพื่อให้สามารถบรรลุถึงนโยบายหรือเป้าหมายที่กำหนดไว้ร่วมกัน

3. บทวิเคราะห์

ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์สภาพปัญหาใน 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ ประเด็นแรก ปัญหาการกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าสำหรับสินค้าที่ผลิตในประเทศของประเทศไทย และประเด็นที่สอง ปัญหาการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายรายละเอียดของปัญหาดังกล่าวตามลำดับ

3.1 การกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าสำหรับสินค้าที่ผลิตในประเทศของประเทศไทย

ในประเด็นปัญหาเรื่องของการใช้ฐานภาษีสรรพสามิตนั้น โดยทั่วไปแล้ว แม้หลักในการกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าที่ใช้ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตควรจะต้องมีการกำหนดให้ใกล้เคียงแรกของห่วงโซ่อุปทานมากที่สุดเท่าที่

³⁷ สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33, หน้า 19-21

³⁸ เฟ็งอ้าง, หน้า 20

³⁹ เฟ็งอ้าง, หน้า 21-22

⁴⁰ Danuše Nerudova, supra note 33, p.140-141

⁴¹ European Union, 'Tax Harmonization', (Glossary of summaries), https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/tax_harmonisation.html accessed 15 July 2018

⁴² Danuše Nerudova, supra note 33, p.137

⁴³ ibid, p.136

จะทำได้ เนื่องจากจะแสดงให้เห็นถึงต้นทุนจากการผลิตหรือการนำเข้าสินค้าได้ดีที่สุด และยังทำให้เกิดปัญหาด้านการบริหารการจัดเก็บภาษีน้อย เนื่องจากผู้ผลิตสินค้านำเข้าอยู่แล้วว่าราคาที่เขานำมาใช้เป็นมูลค่าเพื่อคำนวณภาษีเป็นเท่าใด แต่ในความเป็นจริงแล้วการกำหนดฐานภาษีของแต่ละประเทศมักจะมี ความแตกต่างกันไปตามโครงสร้างและแนวความคิดในการจัดเก็บภาษีของประเทศนั้น ๆ ซึ่งหากในกรณีที่ประเทศใดมองภาษีสรรพสามิตว่าเป็นภาษีที่เกิดขึ้นในช่วงขั้นตอนการผลิต (Manufacturer Level) การกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าและจุดความรับผิดชอบควรจะถูกกำหนดให้อยู่ใกล้สถานที่ซึ่งมีการผลิตสินค้า

ในทางกลับกันหากประเทศใดมองว่าภาษีสรรพสามิตเป็นภาษีที่เกิดขึ้นในระดับของการบริโภค (Consumer Level) การกำหนดฐานภาษีตามมูลค่าและจุดความรับผิดชอบจะต้องกำหนดให้อยู่ใกล้กับจุดที่สินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาดหรือการค้าปลีก หรือจุดสุดท้ายของห่วงโซ่อุปทาน และหากมีการย้ายมูลค่าที่ใช้ในการคำนวณภาษีไปยังจุดใดจุดหนึ่งในห่วงโซ่อุปทานแล้ว ก็จะต้องมีการย้ายจุดความรับผิดชอบ (Tax Point) ไปยังจุดดังกล่าวด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตของประเทศไทยจะเห็นได้ว่า ในอดีตประเทศไทยได้มีการกำหนดให้จุดความรับผิดชอบในกรณีสินค้าที่ผลิตในประเทศเกิดขึ้นเมื่อมีการนำสินค้าออกจากโรงอุตสาหกรรม ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวย่อมสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยมองภาษีสรรพสามิตเป็นภาษีที่เกิดขึ้นในช่วงขั้นตอนการผลิตอย่างชัดเจน ซึ่งการใช้ฐานภาษีตามมูลค่าที่ถือตามราคา ณ โรงอุตสาหกรรม (Ex-Factory Price) ก็ย่อมจะตอบสนองต่อการเป็น “ภาษีที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการผลิต” ได้อย่างชัดเจนมากที่สุด

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมายและกำหนดให้สินค้าทั้งที่ผลิตในประเทศและที่มีการนำเข้าเปลี่ยนมาใช้ฐานภาษีตามมูลค่าที่เหมือนกัน โดยนำราคาขายปลีกแนะนำ (Suggested Retail Price) มาใช้เป็นมูลค่าในการคำนวณภาษี⁴⁴ อันถือเป็นการนำฐานภาษีตามมูลค่าที่เกิดขึ้นในขั้นของการขายปลีกมาปรับใช้ ในขณะที่กำหนดให้จุดความรับผิดชอบในอันจะต้องเสียภาษีในกรณีสินค้าที่ผลิตในประเทศเกิดขึ้นในเวลาที่นำสินค้าออกจากโรงอุตสาหกรรม⁴⁵ ซึ่งถือเป็นการคงจุดความรับผิดชอบไว้ในขั้นของการผลิต ส่งผลให้เกิดความไม่สอดคล้องกันระหว่างฐานภาษีตามมูลค่าและจุดความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น

นอกจากปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างฐานภาษีตามมูลค่าและจุดความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นอันเป็นการลดทอนความโปร่งใสทางการค้าและระบบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแล้ว⁴⁶ เมื่อผู้เขียนวิเคราะห์ถึงแนวทางการนำฐานภาษีตามมูลค่าที่ถือตามราคาขายปลีกแนะนำมาปรับใช้แล้ว เห็นว่าแนวทางดังกล่าวยังได้ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญกับระบบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย ดังนี้

(1) ประเด็นปัญหาในเรื่องกระบวนการตรวจสอบราคาขายปลีกแนะนำที่มีความยุ่งยากซับซ้อน อันขัดต่อลักษณะของภาษีอากรที่ดีในเรื่องของความสะดวก (Convenience) เนื่องจากภาครัฐมีภาระหน้าที่ที่จะต้องทำการตรวจสอบราคาขายปลีกแนะนำดังกล่าวตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยการตรวจสอบความถูกต้องดังกล่าวจะต้องเป็นการพิสูจน์ไปจนถึงกลไกตลาด และราคาที่มีการซื้อขายสินค้ากันจริงในตลาดปกติ ซึ่งทำให้ภาครัฐเกิดภาระหน้าที่และสูญเสียงบประมาณในการออกสำรวจราคาขายปลีกในท้องตลาดเพื่อใช้ในการตัดสินใจ

⁴⁴ พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 32 ก, (วันที่ 20 มีนาคม 2560), มาตรา 17

⁴⁵ พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 134 ตอนที่ 32 ก, (วันที่ 20 มีนาคม 2560), มาตรา 21

⁴⁶ International Tax and Investment Center, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11, หน้า 67

ว่ามูลค่าในการคำนวณภาษีที่แท้จริงควรจะเป็นเท่าใด⁴⁷ และยังอาจเกิดความสับสนเสี่ยงต่อการเกิดความผิดพลาดในการตรวจสอบ สํารวจ และวิเคราะห์ข้อมูลราคาของสินค้า รวมทั้งอาจเกิดการโต้แย้งข้อมูลในเรื่องของราคาจากผู้มีหน้าที่เสียภาษีได้อย่างเสมอ ในขณะที่หากเป็นกรณีของราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม ภาครัฐจะมีภาระหน้าที่เพียงแค่พิสูจน์ว่าราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมดังกล่าวนั้นเป็นราคาที่ผู้ผลิตสินค้าขายให้กับผู้ซื้อที่ไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับผู้ผลิตสินค้าและโดยสุจริตหรือไม่⁴⁸ โดยตรวจสอบจากต้นทุนการผลิตบวกด้วยกำไรเท่านั้น

(2) ประเด็นปัญหาในเรื่องของความชัดเจนแน่นอนของภาระภาษี อันขัดต่อลักษณะของภาษีอากรที่ดีในเรื่องของความชัดเจนแน่นอน (Certainty) เนื่องจากการที่กฎหมายได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องมีการออกสำรวจราคาขายปลีกของสินค้าเพื่อใช้ตรวจทานความถูกต้องในการแจ้งราคาขายปลีกแนะนำของผู้มีหน้าที่เสียภาษี โดยให้มีการพิจารณาเปรียบเทียบจากกลไกตลาดและราคาที่มีการซื้อขายสินค้ากันจริงในตลาดปกติ ก็ย่อมทำให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเกิดการระแวงหรือหวาดวิตกในชั้นขายปลีกเพื่อนำมาประมวลเป็นมูลค่าในการเสียภาษี ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่อาจทำให้เกิดความผิดพลาดในการแจ้งมูลค่าเพื่อเสียภาษีโดยไม่มีเจตนาทุจริต เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วราคาขายปลีกย่อมที่จะเป็นราคาขายสินค้าของบุคคลอื่นซึ่งผู้มีหน้าที่เสียภาษีไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมบุคคลนั้น⁴⁹ ส่งผลให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอาจเกิดความไม่แน่นอนว่าราคาดังกล่าวที่ตนได้แจ้งไปนั้นเป็นราคาที่ถูกต้องหรือไม่

(3) ประเด็นปัญหาในเรื่องของความเป็นธรรมในการเสียภาษี เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วในชั้นของการบริโภค ย่อมที่จะมีผู้ค้าปลีกจำนวนมากอยู่ในห่วงโซ่อุปทานเดียวกัน ส่งผลให้การกำหนดราคาขายปลีกของสินค้าที่มีประเภทหรือชนิดเดียวกันอาจมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานที่และช่วงของระยะเวลาที่มีการจำหน่ายสินค้า และยังมี การเปลี่ยนแปลงบ่อยตามกลไกของตลาด จึงทำให้เป็นการยากต่อการกำหนดราคา การที่ภาครัฐนำราคาของบุคคลอื่นเข้ามามีส่วนสำคัญในการพิจารณาประกาศราคา จึงสุ่มเสี่ยงที่จะขัดต่อลักษณะของภาษีอากรที่ดีในเรื่องของความเป็นธรรม (Equity) อย่างมาก

(4) ประเด็นปัญหาในเรื่องของการหลบเลี่ยงภาษี เนื่องจากการเปิดช่องว่างให้สามารถแจ้งราคาขายปลีกแนะนำที่ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 85 ของราคาขายปลีกสูงสุดของสินค้านั้นที่มีจำหน่ายในตลาดปกติในกรณีที่ไม่สามารถหาราคาฐานนิยมได้ ย่อมเป็นการสร้างโอกาสให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีที่มีเจตนาทุจริตสามารถที่จะทำราคาโดยใช้ช่องว่างของส่วนต่างที่มากถึงร้อยละ 15 เพื่อหลบเลี่ยงภาษีได้โดยง่าย ซึ่งโครงสร้างการจัดเก็บภาษีดังกล่าวไม่ได้เป็นการช่วยแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตอนของการใช้ราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม แต่อย่างใด แต่ยังคงจะต้องอาศัยมาตรการในการประกาศกำหนดราคาเช่นเดิม

3.2 การกำหนดวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย

แต่เดิมนั้นกฎหมายที่ใช้ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตของประเทศไทย ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 พระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 และพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 ได้กำหนดให้สินค้าใดที่ระบุอัตราภาษีไว้ทั้งตามมูลค่าและตามปริมาณ ให้เสียภาษีตามวิธีการคำนวณภาษีแบบ 2 เลือก 1 ซึ่งจะมีการจัดเก็บจากทั้งอัตราภาษีตามปริมาณและอัตราภาษีตามมูลค่า แล้วแต่ว่าอัตราใดจะสามารถคิดคำนวณออกมาเป็น

⁴⁷ สุภารัตน์ วุฒิศรษฐไพฑูรย์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 108

⁴⁸ เฟิงอ้าง, หน้า 107

⁴⁹ สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10, หน้า 37

เงินภาษีได้มากกว่า⁵⁰ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการที่ประเทศไทยมุ่งเน้นถึงประโยชน์ในทางรายได้จากการจัดเก็บภาษีเป็นสำคัญ โดยมีได้พิจารณาถึงการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีเพื่อให้สามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าแต่ละชนิด

ในขณะที่ในปัจจุบัน แม้ประเทศไทยจะได้มีการกำหนดให้ใช้วิธีการคำนวณภาษีแบบทั้งตามปริมาณและตามมูลค่า หรือแบบผสม (Mix System) ซึ่งจะต้องเสียภาษีทั้งอัตราตามปริมาณและอัตราตามมูลค่าโดยไม่สนใจว่าอัตราใดจะสามารถคิดคำนวณออกมาเป็นเงินภาษีได้มากกว่า อันถือเป็นการปรับเปลี่ยนวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตให้สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ในทางเป็นรายได้แล้วก็ตาม แต่นโยบายในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตของประเทศไทยในปัจจุบันก็ยังคงมุ่งเน้นประโยชน์ในทางหารายได้เข้ารัฐภายใต้หลักประกันที่ว่ารัฐจะยังคงต้องได้รับรายได้จากการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตที่ไม่ต่ำไปจากเดิมอยู่เป็นสำคัญ โดยไม่ได้มุ่งเน้นที่จะควบคุมและลดการบริโภคสินค้าที่มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากการกำหนดเป้าหมายการดำเนินงานของกรมสรรพสามิตเป็นผลจากการจัดเก็บรายได้ที่เพิ่มสูงขึ้นทุกปี⁵¹ รวมทั้งการกำหนดโครงสร้างวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตแบบทั้งตามปริมาณและตามมูลค่า หรือแบบผสม (Mix System) ซึ่งยังคงมีการนำปัจจัยในด้านมูลค่ามาใช้กับสินค้าในกลุ่มที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงานอยู่เช่นเดิม

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตสำหรับสินค้าที่อยู่ในกลุ่มที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม หรือเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงานของประเทศไทยนั้น ในปัจจุบันก็ได้มีแนวความเห็นแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

(1) แนวความเห็นแรก เห็นว่าการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าว ควรจะต้องใช้วิธีการคำนวณภาษีแบบทั้งตามปริมาณและตามมูลค่า หรือแบบผสม (Mix System) เนื่องจากจะทำให้สินค้าที่มีราคาสูงมีภาระภาษีที่มากกว่าสินค้าที่มีราคาต่ำ ซึ่งจะช่วยตอบโจทก์ในเรื่องของความฟุ่มเฟือยและการกระจายรายได้ในสังคม⁵²

(2) แนวความคิดเห็นที่สอง เห็นว่าการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าว ควรจะต้องใช้วิธีการคำนวณภาษีแบบตามปริมาณเพื่อสะท้อนต้นทุนภายนอกเชิงลบที่เกิดขึ้นจากการบริโภค ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต⁵³ นอกจากนั้นวิธีการคำนวณภาษีแบบผสม (Mix System) ยังมีความยุ่งยากซับซ้อน รวมทั้งมีความโปร่งใสและความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีที่น้อยกว่าวิธีการคำนวณภาษีแบบตามปริมาณ⁵⁴

⁵⁰ ฐาปณี มหาราศิลป์, ภาษีสรรพสามิต: เครื่องมือนโยบายเพื่อแก้ปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อม, (ร.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 57

⁵¹ ชลธรา วิศรุตวงศ์, การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตเพื่อควบคุมการสูบบุหรี่ซิกาแรต, (กรุงเทพมหานคร, ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ, 2550), หน้า 26-27

⁵² Hfocus เจาะลึกระบบสุขภาพ, 'ศูนย์วิจัยปัญหาสุราเสนอ 'สพข.' เปลี่ยนโฉมระบบจัดเก็บภาษีสุรา', (เรื่องเด่น, 1 มีนาคม 2558), <https://www.hfocus.org/content/2015/03/9402> เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561

⁵³ Richard M. Bird, Tobacco and Alcohol Excise Taxes for Improving Public Health and Revenue Outcomes: Marrying Sin and Virtue?, (Toronto, University of Toronto, 2015) p. 21-22

⁵⁴ ประชาชาติธุรกิจออนไลน์, 'ตั้งโครงสร้างภาษีเหล้าใหม่ยุ่งยาก โยนแก่นกันแนะเก็บตามตีกีรี ตลาดป่วน พ่อค้าตั้งท่าตุน', (30 สิงหาคม 2556), https://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1377845372 เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561

ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 2 เนื่องจากตามทฤษฎีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตโดยทั่วไปแล้ว สินค้าที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีสรรพสามิตมักเป็นกรณีที่ไม่ใช่สินค้าทั่วไป แต่จะถูกจัดเก็บขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างบางประการที่แตกต่างกันไปในแต่ละสินค้า ซึ่งโดยทั่วไปแล้ววิธีการคำนวณภาษีภายใต้วัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแต่ละประการดังที่ได้กล่าวมานั้นก็ย่อมที่จะมีความเหมาะสมเฉพาะกับสินค้าในแต่ละกลุ่ม ดังนั้นการจะพิจารณาว่าวิธีการคำนวณภาษีวิธีใดจะมีความเหมาะสมกับสินค้าที่มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตชนิดใดนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีจากสินค้าแต่ละชนิดเป็นสำคัญ ซึ่งหากพิจารณาวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าในกลุ่มที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงานแล้ว จะเห็นได้ว่า สินค้าในกลุ่มดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีเพื่อควบคุมและลดการบริโภคสินค้า ตลอดจนเพื่อสะท้อนถึงต้นทุนจากผลกระทบภายนอกเชิงลบที่เกิดขึ้น ซึ่งวิธีการคำนวณภาษีตามปริมาณย่อมจะตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าวได้ดีที่สุด

นอกจากนี้ เมื่อผู้เขียนวิเคราะห์ถึงแนวทางการนำวิธีการคำนวณภาษีแบบผสม (Mix System) มาปรับใช้กับสินค้าที่อยู่ในกลุ่มที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงานแล้ว เห็นว่ายังคงมีปัญหาบางประการ ดังนี้

(1) โดยทั่วไปแล้ว สินค้าในกลุ่มดังกล่าวมักมีต้นทุนการผลิตที่ค่อนข้างต่ำ โดยเฉพาะในกรณีของสินค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และสินค้ายาสูบ ดังนั้น การนำเรื่องมูลค่าเข้ามาเกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต จึงกระตุ้นให้ผู้ประกอบการลดคุณภาพของสินค้าและลดราคาขายเพื่อให้เสียภาษีในอัตราที่ต่ำลงและขายได้เพิ่มมากขึ้น⁵⁵

(2) วิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตที่มีมูลค่าเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยนั้น เป็นการตอบสนองวัตถุประสงค์ในการกระจายรายได้ตามหลักของความฟุ่มเฟือยที่ว่ามีราคาสูงควรจะต้องมีภาระภาษีที่มากกว่าของที่มีราคาต่ำ แต่ในความเป็นจริงแล้วสินค้าที่อยู่ในกลุ่มดังกล่าวมักจะเป็นสินค้าที่มีราคาไม่สูงนัก และไม่ใช้สินค้าที่มีแต่เฉพาะผู้มีรายได้สูงเท่านั้นจะบริโภคได้ เว้นแต่ในกรณีของสินค้าระดับพรีเมียม (Premium Product) ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นและมีจำนวนน้อยในตลาด การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นการตอบโจทยในเรื่องการสร้างความเป็นธรรมในสังคม รวมทั้งยังไม่ได้มีผลต่อการกระจายรายได้ (Income Distributional) เช่นเดียวกับการจัดเก็บภาษีจากสินค้าฟุ่มเฟือยอื่น ๆ เนื่องจากกลุ่มผู้มีรายได้น้อยในสังคมย่อมจะได้รับผลกระทบมากที่สุด

(3) การสะท้อนถึงมูลค่าของสินค้าเพื่อป้องกันมิให้สินค้าที่มีราคาสูงมีภาระภาษีเท่ากับสินค้าที่มีราคาต่ำสามารถสะท้อนได้จากภาระภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีสินค้าที่มีการขายในประเทศ หรือภาระภาษีอากรขาเข้าในกรณีสินค้าที่มีการนำเข้า ซึ่งมีการจัดเก็บจากสินค้าทุกชนิดที่มีการนำเข้าหรือที่มีการบริโภคในประเทศโดยพิจารณาจากมูลค่าหรือราคาของสินค้าอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยภาษีสรรพสามิตซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บที่แตกต่างกันแต่อย่างใด

(4) วิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตที่มีมูลค่าเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยนั้น เป็นการตอบสนองวัตถุประสงค์ในการกระจายรายได้ตามหลักของความฟุ่มเฟือย แต่จากผลการศึกษาทางเศรษฐศาสตร์พบว่าสินค้าในกลุ่มดังกล่าวส่วน

⁵⁵ โปสททูเดย์, 'ทางตัน 'แก๊สซิบูห์รี' แห่งออกแบรนต์ใหม่ ดัมพ์ราคาต่ำกว่าของละ 60 บาท เลี้ยงจ่ายแพง', (ข่าวการเงิน, 16 กุมภาพันธ์ 2561), <https://www.posttoday.com/finance/news/540510> เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561

ใหญ่ มีความยืดหยุ่นของอุปสงค์ต่อราคาต่ำ (Relatively Inelastic)⁵⁶ ซึ่งหมายความว่าสินค้าดังกล่าวในมุมมองของผู้บริโภคนั้นไม่ใช่สินค้าฟุ่มเฟือยแต่อย่างใด

ดังนั้น การที่ประเทศไทยกำหนดแนวนโยบายการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตให้มีการใช้วิธีการคำนวณภาษีแบบผสม ซึ่งมีการนำปัจจัยในด้านมูลค่าเข้ามาเกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าว จึงถือเป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิต และส่งผลให้ผู้ผลิตสินค้าเกิดแรงจูงใจที่จะลดคุณภาพของสินค้าให้ต่ำที่สุดเพื่อให้เสียภาษีในอัตราที่ต่ำลงและขายได้เพิ่มมากขึ้น ซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้บริโภคเกิดความเสียหายที่จะได้รับผลกระทบภายนอกเชิงลบที่เพิ่มขึ้นจากการบริโภคสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพและอาจทำให้ภาครัฐต้องสูญเสียงบประมาณจำนวนมากเพื่อชดเชยผลกระทบดังกล่าวที่เกิดขึ้นแล้ว ยังส่งผลให้เกิดปัญหาในการควบคุมและลดการบริโภคของผู้บริโภคชายเก่า และปัญหาจากการเพิ่มขึ้นของผู้บริโภคชายใหม่ อันเป็นการสวนทางกับวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าวซึ่งมุ่งเน้นควบคุมและลดปริมาณการบริโภคอย่างสิ้นเชิง

4. ข้อเสนอแนะ

ในส่วน of ข้อเสนอแนะนั้น ผู้เขียนได้แบ่งข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาฐานภาษีและวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทยออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ข้อเสนอแนะในเรื่องการกำหนดฐานภาษีตามมูลค่า และข้อเสนอแนะในเรื่องการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิต ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายรายละเอียดของข้อเสนอแนะดังกล่าวตามลำดับ

4.1 ข้อเสนอแนะในเรื่องการกำหนดฐานภาษีตามมูลค่า

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่า ตามหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตโดยทั่วไปในเรื่องของการกำหนดฐานภาษีจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดฐานภาษีให้สอดคล้องกับจุดความรับผิดชอบ เนื่องจากการกำหนดฐานภาษีและจุดความรับผิดชอบที่ไม่สอดคล้องกันจะส่งผลให้เกิดการลดทอนความโปร่งใสทางการค้าและระบบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตรวมทั้งยังเปิดโอกาสให้เกิดการทุจริตของเจ้าหน้าที่จากการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อประเมินราคาอีกด้วย ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรที่จะต้องคงจุดความรับผิดชอบไว้ที่การนำสินค้าออกจากโรงอุตสาหกรรมเช่นเดิม เนื่องจากการแก้ไขจุดความรับผิดชอบไปยังจุดอื่นนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างกระบวนการในการพิสูจน์ว่าความรับผิดชอบในการเสียภาษีดังกล่าวเกิดขึ้นแล้วจริงหรือไม่ ซึ่งประเทศไทยยังขาดบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญและระบบการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ รวมทั้งตามหลักการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตแล้วการกำหนดจุดความรับผิดชอบในทางภาษีควรจะต้องมีการจัดเก็บให้ใกล้ชิดกับช่วงต้นสายในห่วงโซ่อุปทานมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เนื่องจากจะสามารถแสดงให้เห็นถึงต้นทุนของสินค้าได้ดีที่สุด

ด้วยเหตุนี้ ประเด็นปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องระหว่างฐานภาษียกกับจุดความรับผิดชอบดังกล่าวของประเทศไทยจึงควรจะต้องกลับมาพิจารณาปรับแก้ไขที่ฐานภาษี ซึ่งการแก้ไขฐานภาษียกดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องแก้ไขมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 โดยในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนด้วยกับแนวความคิดที่ว่าประเทศไทย

⁵⁶ International Tax and Investment Center, APTF ASEAN Excise Tax Study Group Discussion Paper Including Tobacco, Alcohol, Non-alcohol & Automotive Chapters, (Malaysia, ITC, 2013) p. 91-95

ควรมีการใช้ฐานภาษีตามมูลค่าซึ่งคำนวณจากราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมเป็นหลัก⁵⁷ เนื่องจากจะสามารถสะท้อนต้นทุนของผู้ผลิตได้ดีที่สุด และผู้มีหน้าที่เสียภาษีย่อมทราบอยู่แล้วว่าราคาที่จะนำมาใช้เป็นมูลค่าเพื่อคำนวณภาษีเป็นเท่าไรทำให้ไม่เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในกระบวนการตรวจสอบมูลค่าให้กับหน่วยงานของรัฐ โดยในกรณีปัญหาการกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing) และการแจ้งมูลค่าต่ำกว่าความเป็นจริง (Undervalue) ภาครัฐก็ยังสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม การจะกำหนดฐานภาษีสรรพสามิตตามมูลค่าจากราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมให้ประสบผลสำเร็จนั้น จำเป็นที่จะต้องแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องคำนิยามของราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมให้เกิดความชัดเจนเพื่อไม่ให้เกิดการตีความว่าราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมคือราคาใดด้วย ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้พิจารณาแล้วเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดนิยามคำว่า “ราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรม” ให้หมายความถึง “ราคาที่มีการขายหรือพึงขายออกจากโรงอุตสาหกรรมตามปกติในทางธุรกิจโดยสุจริตและเปิดเผย” ซึ่งการกำหนดความหมายดังกล่าวจะช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องของการตีความว่าต้นทุนที่จะถูกนำมารวมเป็นราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมเพื่อใช้เป็นฐานในการคำนวณภาษีตามมูลค่านั้นจะประกอบด้วยต้นทุนชนิดใดบ้างได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4.2 ข้อเสนอแนะในเรื่องการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิต

สำหรับการปรับเปลี่ยนวิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตของประเทศไทยให้สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมและลดการบริโภคสินค้าในกลุ่มที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงานนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดให้สินค้าในกลุ่มดังกล่าวใช้วิธีการคำนวณภาษีตามปริมาณเพียงรูปแบบเดียวโดยไม่ขึ้นอยู่กับมูลค่าหรือราคาขาย เนื่องจากวิธีดังกล่าวจะสามารถเชื่อมโยงอันตรายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคเข้ากับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตและตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าวได้ดีที่สุด

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรอบระยะเวลาที่มีความเหมาะสมในการแก้ไขวิธีการคำนวณภาษีสำหรับสินค้าในกลุ่มที่เมื่อบริโภคแล้วอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพของผู้บริโภคและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและพลังงานดังกล่าว สามารถแยกออกได้เป็น 3 ช่วงระยะเวลา ดังต่อไปนี้

(1) ในระยะสั้น ประเทศไทยควรอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 เพื่อออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราภาษีสรรพสามิตจากโครงสร้างวิธีการคำนวณภาษีแบบผสม โดยเริ่มปรับเปลี่ยนมาใช้อัตราภาษีตามปริมาณที่สูงขึ้น และค่อย ๆ ลดความสำคัญของอัตราภาษีตามมูลค่าลง เพื่อให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีมียุทธศาสตร์ระยะเวลาในการปรับตัวและวางแผนทางธุรกิจในการผลิตสินค้าที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ลดลง

(2) ในระยะกลาง เมื่อผู้มีหน้าที่เสียภาษีได้เริ่มมีการปรับตัวและวางแผนทางธุรกิจในการผลิตแล้ว ประเทศไทยควรอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 เพื่อออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราภาษีสรรพสามิตจากโครงสร้างวิธีการคำนวณภาษีแบบผสม โดยกำหนดใช้เฉพาะในส่วนอัตราภาษีตามปริมาณ เพื่อให้ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีจากสินค้าในกลุ่มดังกล่าว

(3) ในระยะยาว เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการกำหนดวิธีการคำนวณภาษี ประเทศไทยควรมีการปรับแก้ไขมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดให้ “...ผู้มีหน้าที่เสียภาษี มีหน้าที่

⁵⁷ สัมภาษณ์, วิไล ตันตินันท์ธนา, ที่ปรึกษาด้านยุทธศาสตร์ภาษีสรรพสามิต, กรมสรรพสามิต, (24 พฤษภาคม 2561)

เสียภาษีตามมูลค่าหรือตามปริมาณของสินค้าหรือบริการ หรือทั้งตามมูลค่าและตามปริมาณของสินค้าหรือบริการ นั้น...” โดยกำหนดเพิ่มเติมให้สินค้าในกลุ่มดังกล่าว ต้องเสียภาษีตามปริมาณของสินค้าเพียงรูปแบบเดียว

นอกจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยและประเทศสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนควรจะต้องมีการ ฮาร์โมนีหรือการประสานกฎระเบียบการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตในเรื่องของวิธีการคำนวณภาษีจากสินค้าในกลุ่ม ดังกล่าวเข้าด้วยกัน โดยจัดทำเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) หรือตราสารระหว่างประเทศ (International Instruments) ชนิดอื่นอันมีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกับสนธิสัญญา เช่น อนุสัญญา (Convention) หรือความตกลง (Agreement) เช่นเดียวกับในกรณีของสหภาพยุโรป เนื่องจาก ความแตกต่างในการใช้วิธีการคำนวณภาษีสรรพสามิตสำหรับสินค้าในกลุ่มดังกล่าวของประเทศสมาชิก นอกจาก จะส่งผลกระทบต่อความร่วมมือกันทางเศรษฐกิจระหว่างกันและเป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายสินค้าอย่างเสรี ภายในตลาดในแง่ของความยุ่งยากและซับซ้อนในการจัดทำกฎระเบียบและการบังคับใช้กฎหมายของภาครัฐแล้ว ยังอาจทำให้เกิดผลกระทบภายนอกเชิงลบ (Negative Externalities) ขึ้นภายในตลาดได้

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 337-338

ชลธาร วิศรุตวงศ์, การจัดเก็บภาษีสรรพสามิตเพื่อควบคุมการสูบบุหรี่หรือซิการ์เรต, (กรุงเทพมหานคร, ศูนย์วิจัยและจัดการความรู้เพื่อการควบคุมยาสูบ, 2550), หน้า 26-27

ประกาศ คงเอียด, คำอธิบายกฎหมายภาษีสรรพสามิต, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 136
วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, หลักเศรษฐศาสตร์จุลภาค, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 84

สุดารัตน์ พิมลรัตนกานต์, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร, ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2557), หน้า 66

อรัญ ธรรมโน, การคลัง, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 23

International Tax and Investment Center, คู่มือสำหรับการปฏิรูปภาษีสรรพสามิตในอาเซียน, (กรุงเทพมหานคร, บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2558), หน้า 65

วิทยานิพนธ์

ฐาปณี มหาวรรศิลป์, ภาษีสรรพสามิต: เครื่องมือนโยบายเพื่อแก้ปัญหาหามลพิษสิ่งแวดล้อม, (ร.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 57

ธิดารัตน์ ชินะเกท, ปัญหาภาษีสุรา : ศึกษากรณีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างฐานภาษีตามมูลค่าเป็นราคาขายส่งช่วง สุดท้าย, (น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 194

สุดารัตน์ วุฒิศรษฐไพบุลย์, ปัญหาบางประการเกี่ยวกับฐานในการคำนวณภาษีสรรพสามิต, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 107

บทความ

ชลธาร วิศรุตวงศ์, รัฐควรเก็บภาษีสปาหรือไม่, (สามิตสาร ฉบับที่ 5 ปีที่ 61 (พฤศจิกายน 2548), หน้า 30

บทสัมภาษณ์

สัมภาษณ์, วิไล ตันตินันท์ธนา, ที่ปรึกษาด้านยุทธศาสตร์ภาษีสรรพสามิต, กรมสรรพสามิต, (24 พฤษภาคม 2561)

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ประชาชาติธุรกิจออนไลน์, 'ดึงโครงสร้างภาษีเหล้าใหม่ยุ่งยาก ไฮเนเก้นแนบเก็บตามด็กีร์ ตลาดป่วน พ่อค้าตั้งท่าตุน', (30 สิงหาคม 2556), https://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=1377845372 เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561

โพสต์ทูเดย์, 'ทางตัน 'แก้ภาษีบุหรี่' แห่ออกแบรนต์ใหม่ ดั้มพ์ราคาต่ำกว่าซองละ 60 บาท เลี่ยงจ่ายแพง', (ข่าวการเงิน, 16 กุมภาพันธ์ 2561), <https://www.posttoday.com/finance/news/540510> เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561

Hfocus เจาะลึกระบบสุขภาพ, 'ศูนย์วิจัยปัญหาสุราเสนอ 'สปข.' เปลี่ยนโฉมระบบจัดเก็บภาษีสุรา', (เรื่องเด่น, 1 มีนาคม 2558), <https://www.hfocus.org/content/2015/03/9402> เข้าถึงเมื่อ 15 กรกฎาคม 2561

งานวิจัย

สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, รายงานสรุปผลการศึกษาดูงานในประเทศและต่างประเทศ ฉบับสมบูรณ์ (รายงานเล่มที่ 1) โครงการเตรียมความพร้อมระบบภาษีสรรพสามิตรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, (โครงการศึกษาวิจัยเสนอต่อกรมสรรพสามิต, 2558), หน้า [ง – 5]

สถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ, รายงานวิเคราะห์การออกแบบระบบงานในการบริหารงานจัดเก็บภาษีสรรพสามิต (รายงานเล่มที่ 2) โครงการเตรียมความพร้อมระบบภาษีสรรพสามิตรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, (โครงการศึกษาวิจัยเสนอต่อกรมสรรพสามิต, 2558), หน้า 1-4

เอกสารการประชุมสัมมนา

ชลธาร วิศรุตวงศ์, 'รายงานการประชุมองค์การศุลกากรโลกเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิต (The World Customs Organization Excise Summit)', ในการประชุมองค์การศุลกากรโลกเกี่ยวกับภาษีสรรพสามิต, (จัดโดยองค์การศุลกากรโลก บรัสเซล เบลเยียม, 2555), หน้า 1

Books

International Tax and Investment Center, APTF ASEAN Excise Tax Study Group Discussion Paper Including Tobacco, Alcohol, Non-alcohol & Automotive Chapters, (Malaysia, ITIC, 2013) p. 91-95

Richard M. Bird, Tobacco and Alcohol Excise Taxes for Improving Public Health and Revenue Outcomes: Marrying Sin and Virtue?, (Toronto, University of Toronto, 2015) p. 21-22

Sjibren Cossen, Theory and Practice of Excise Taxation: Smoking, Drinking, Gambling, Polluting, and Driving, (New York, Oxford, 2005) p.6

Stephen Smith, Restraining the Golden Weed: Taxation and Regulation of Tobacco, (FinanzArchiv, Public Finance Analysis 64(4), 2008), p.476-507

Journals

Danuše Nerudova, Tax competition and tax harmonization in the European Union, (Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis 52(6), 2004), p.135-136

Steffen Osterloh and Friedrich Heinemann, The political economy of corporate tax harmonization — Why do European politicians (dis)like minimum tax rates?, (European Journal of Political Economy 29, 2013), p.18-19

Electronic media

European Union, 'Tax Harmonization', (Glossary of summaries), https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/tax_harmonisation.html accessed 15 July 2018

ความสอดคล้องของระบบกฎหมายไทยกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน: คຸຍຣາກວາທຣຣມ
 “จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง” ในเป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน
 และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ

Conformity between the Thai Legal System and the United Nations’ Sustainable Development Goals (SDGs): Digging Up the Discourse "No One Will Be Left Behind" in Goal 5 of the SDGs and the Thai Laws Relating to Gender and Sexual Diversity

ธนรัตน์ มั่งคุด*

บทคัดย่อ

ปรากฏการณ์ที่เป้าหมายที่ 5 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติและระบบกฎหมายไทยมิได้ตระหนักรู้หรือยอมรับความหลากหลายทางเพศอย่างชัดเจนทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการไปสู่ “ความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะ” ที่จะ “ไม่มีผู้ถูกทิ้งไว้ข้างหลัง” ตามคำประกาศของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้จริงหรือไม่ บทความนี้วิเคราะห์และขุดคุ้ยฐานคิดของระบบกฎหมายไทยผ่านกฎหมายจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศที่ถือว่ามีพัฒนาการสำคัญในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ กฎหมายว่าด้วยการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร และกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศ โดยมีความเห็นว่า แม้จะมีพัฒนาการในระดับหนึ่ง แต่ภาวะที่ระบบกฎหมายไทยไม่ตระหนักรู้หรือยอมรับความหลากหลายทางเพศอย่างชัดเจนและเป็นทางการมีแนวโน้มกลับทาบวิถีคิดที่เป็นอุปสรรคต่อความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะที่แท้จริงไว้ ลักษณะเช่นนี้คล้ายคลึงกับภาวะที่เกิดขึ้นกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการสร้างสังคมที่มีความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะที่แท้จริง

คำสำคัญ: เป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน, สหประชาชาติ, วาทกรรมการพัฒนา, ความเท่าเทียมระหว่างเพศ, ความหลากหลายทางเพศ

Abstract

The phenomenon that both UN’s Sustainable Development Goals (SDGs) and the Thai legal system do not obviously recognise or accept sexual and gender diversity casts doubt on whether “gender equality” in the circumstance that “no one is left behind” declared by the

*อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตร์ สำนักวิชารัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ และนักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาสตรี เพศสถานะ และเพศวิถีศึกษา วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

SDGs can be achieved. Therefore, this Article analyses and unearths mode of thought on this issue of the Thai legal system through laws related to sexual and gender diversity that appear to have a great development in the past decade, namely the law on gender equality, the laws on exemption from military conscription, and the criminal law on sexual violence. The Article argues that despite developments to some extent the situation where sexual and gender diversity are not explicitly recognised or accepted is likely to hide law’s mode of thought that is likely to impede achievement of having society with genuine gender equality. This aspect is similar to the situation of the SDGs and this is likely to obstruct reaching success in having society with such gender equality.

Key Words: Sustainable Development Goals, United Nations, Development Discourse, Gender Equality, Gender Diversity

บทนำ

ใน How the UN’s Sustainable Development Goals Undermine Democracy (ลักษณะการบ่อนเซาะประชาธิปไตยของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ)¹ บทความออนไลน์ที่ได้รับการเผยแพร่ส่งต่ออย่างกว้างขวางในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2561 ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตถึงความล้มเหลวของเป้าหมายการพัฒนาดังกล่าวในการวางรากฐานของการพัฒนาที่แท้จริงโดยจงใจไม่ใส่ (หรือใส่ในปริมาณจำกัดและไม่มีนัยสำคัญ) คำสำคัญอย่างคำว่า “ประชาธิปไตย (democracy)” “คุณค่าประชาธิปไตย (democratic value)” “สิทธิมนุษยชน (human rights)” ฯลฯ รวมถึงการเปิดโอกาสให้บุคคลสำคัญจากบางประเทศที่ถูกตั้งคำถามถึงการกระทำที่ลดทอนเสรีภาพของประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมสำคัญในกระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ (United Nations’ Sustainable Development Goals: SDGs) และปรากฏการณ์ที่ผู้นำต่าง ๆ เหล่านั้นใช้ SDGs เป็นฉากหน้าผลักดันให้เกิดการพัฒนาในองค์รวมจนลบล้างกรอบคิดหลักตามคำสำคัญข้างต้นไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง SDGs เป็นพื้นที่ในการสร้างความประนีประนอมระหว่างชาติต่าง ๆ ซึ่งสามารถมีบทบาทในการไปถึงเป้าหมายร่วมกันในปี ค.ศ. 2030 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องปรับปรุงบริบทการเมืองภายในประเทศ ปรากฏการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นกับประเด็นสิทธิมนุษยชนที่เฉพาะเจาะจงลงไป (แต่สำคัญไม่ด้อยไปกว่า) อย่าง “การดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ (sexual and gender diversity) และบุคคลที่มีวิถีทางเพศหรือการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ (sexual orientation and gender identity expression: SOGIE) ที่ไม่ตรงกับเพศ

¹ Quartz Africa, ‘How the UN’s Sustainable Development Goals Undermine Democracy’ (Quartz Africa, 7 June 2018), <https://qz.com/1299149/how-the-uns-sustainable-development-goals-undermine-democracy/> accessed 28 June 2018.

กำเนิดหรือไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานสังคม”² เช่นกัน กล่าวอย่างรวบรัด SDGs ไม่กล่าวถึงบุคคลกลุ่มนี้โดยตรง แต่เน้นไปที่ผู้หญิงและเด็กผู้หญิง (women and girls) โดยมีการแทรกคำกว้าง ๆ อย่าง “ความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะ (gender equality)” ไปในบางส่วนของ SDGs ทั้งที่บุคคลกลุ่มดังกล่าวถือได้ว่าอยู่ในสถานการณ์เปราะบางในหลายประเทศ สังคม และวัฒนธรรม ทั้งนี้แม้การวิพากษ์ประเด็นความหลากหลายทางเพศและความเท่าเทียมระหว่างเพศใน SDGs สามารถทำได้หลายมิติและประเด็นดังกล่าวสอดแทรกอยู่ในเนื้อหาของเป้าหมายทั้ง 17 ข้อ แต่บทความนี้มุ่งสนใจไปที่ประเด็นพื้นฐานที่สุด คือ การหายไปของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศใน “เป้าหมายที่ 5: บรรลุผลในการสร้างความเท่าเทียมทางเพศสถานะและเสริมสร้างพลังอำนาจแก่ผู้หญิงและเด็กผู้หญิง (Goal 5. Achieve gender equality and empower all women and girls)” ลักษณะดังกล่าวสอดคล้องกับทิศทาง การตระหนักรู้และยอมรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศทางกฎหมายของรัฐไทย ซึ่งบทความนี้เห็นว่ายังอยู่ในลักษณะจำกัดแม้กฎหมายจะมีพัฒนาการในแง่เพศสถานะขนานใหญ่ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา บทความเชื่อว่าการทำความเข้าใจลักษณะและวิถีคิดของระบบกฎหมายไทยในอาณาบริเวณนี้บนฐานการเปลี่ยนแปลงทางบวก ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาจะช่วยบ่งชี้ทิศทางของพัฒนาการที่สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบันและที่จะมีขึ้นในอนาคตได้

บทความมีความเห็นว่า สถานการณ์ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในเป้าหมายที่ 5 ของ SDGs และในระบอบกฎหมายไทยมีลักษณะไม่ต่างกัน คือ อยู่ในภาวะ “ผู้ถูกทิ้งไว้ข้างหลัง” เช่นเดียวกัน³ จากข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐไทยได้รับรองและอยู่ระหว่างดำเนินการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามฐาน SDGs⁴ จึงเห็นจตุรร่วมว่า ทั้ง SDGs และรัฐไทยมีความเสี่ยงที่จะประสบความล้มเหลวในสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะ (gender equality) ที่แท้จริง อันเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่ SDGs และรัฐไทยต่างก็มุ่งรังสรรค์ให้เกิดขึ้น บทความนี้เสนอว่า ลักษณะร่วมดังกล่าวของ SDGs และระบอบกฎหมายไทยในเรื่องบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ถูกชุกซ่อนไว้ภายใต้หน้าฉากทำนองว่า “จะมีความเท่าเทียมทางเพศที่แท้จริงเกิดขึ้น” แต่ในความเป็นจริงกลับไม่เป็นเช่นนั้น ทั้งนี้บทความได้ยกตัวอย่างกรณี SDGs ไว้แล้วด้านบน ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น บนฐานข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วว่าระบอบกฎหมายไทยยังไม่ตระหนักรู้เพศสถานะ (gender recognition) ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ และไม่ยอมรับหรือรับรองความสัมพันธ์ของผู้ใหญ่เพศสรีระเดียวกัน (adult’s same-sex relationship)⁵

² ในบทความนี้ การตระหนักรู้หรือยอมรับความหลากหลายทางเพศเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และกฎหมายอาจตระหนักรู้หรือยอมรับได้หลายวิธี เช่น การยอมให้บุคคลเปลี่ยนเพศได้ในระดับทางการ การบรรจุ คำว่าความหลากหลายทางเพศหรือคำอื่นในทำนองเดียวกันไปในกฎหมาย ไปจนถึงการสร้างความหมายใหม่ของการร่วมเพศที่อยู่ นอกชนบชายหญิง

³ หนึ่งในหลักการสำคัญของ SDGs คือ “จะไม่มีผู้ถูกทิ้งไว้ข้างหลัง (no one will be left behind)”. United Nations General Assembly Res 70/1, ‘Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015’ (21 October 2015) p.1.

⁴ นอกจากการรับรอง SDGs ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญ ครั้งที่ 70 แล้ว ความตั้งใจของรัฐไทยในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตาม SDGs เห็นได้จาก อาทิ การจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564) บนฐานของ SDGs การเข้าร่วมเวทีหารือทางการเมืองระดับสูงว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน (High-Level Political Forum on Sustainable Development: HLPF) และนำเสนอรายงานผลการดำเนินการตามวาระการพัฒนาที่ยั่งยืนในระดับชาติ โดยสมัครใจ (Voluntary National Review: VNR) ค.ศ. 2030 ในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2560 เป็นต้น

⁵ อย่างไรก็ตาม มีรายงานว่ากระทรวงยุติธรรมมีแผนยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคูชีวิต พ.ศ. ให้แล้วเสร็จในเดือนกันยายน พ.ศ. 2561 และเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการช่วงปลายปี พ.ศ. 2561. กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, ‘ฉบับที่ 302/2561 กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ จัดประชุมคณะทำงานเพื่อจัดทำ

บทความจึงมุ่งวิเคราะห์ลักษณะของกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางเพศที่เริ่มมีแนวโน้มด้านบวกตั้งแต่ประมาณ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา โดยแบ่งกฎหมายเป็นสองกลุ่มคือ⁶ หนึ่ง กฎหมายที่ตระหนักถึงการดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ และสอง กฎหมายที่ตระหนักถึงความหลากหลายของวิถีทางเพศ (sexuality) ของบุคคล และชุดค้ำยันคิดของกฎหมายที่ถูกชุกชอนไว้เบื้องหลัง ซึ่งจะทำให้เห็นว่าพัฒนาการดังกล่าวอาจไม่ถึงขั้นเป็นความคืบหน้าก้าวใหญ่ และสุดท้ายแล้วหากไม่มีการปฏิวัติความคิดของกฎหมายไทยในระดับฐานราก ภาวะอิหลักอิเหลื่อของการดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในระบบกฎหมายไทย ซึ่งไม่เป็นผลดีกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน จะยังคงมีอยู่ต่อไป

บทความนี้แบ่งออกเป็นสี่ส่วน ในส่วนแรก บทความสำรวจการหายไปของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในเป้าหมายที่ 5 ของ SDGs โดยสังเขป ในส่วนที่สอง บทความทบทวนกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศที่แฝงตัวอยู่ในพัฒนาการกฎหมายเกี่ยวกับเพศโดยทั่วไปตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา โดยแบ่งออกเป็นสองกลุ่มตามที่กล่าวไปแล้ว เพื่อจะนำไปวิเคราะห์ในส่วนที่สี่อันเป็นส่วนสุดท้ายของบทความนี้ต่อไป ในส่วนที่สาม บทความวางกรอบวิธีการชุดค้ำยันคิดของระบบกฎหมายไทยในประเด็นความหลากหลายทางเพศด้วยการใช้วิธีการบางส่วนในงานวิชาการที่อาจเรียกว่า “หลักกฎหมายว่าด้วยบุคคลข้ามเพศ (transgender jurisprudence)” เขียนขึ้นโดยแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ในปี ค.ศ. 2002⁷ และในที่สุดท้าย บทความ

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.’, (กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, 3 กรกฎาคม 2561), <http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/2012-06-20-06-21-44/rlpd-pr/8874-2018-07-03-08-49-38> สืบค้นเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2561; Voice TV, ‘รวมยุติธรรมเตรียมเสนอกฎหมายคู่ชีวิต เข้า ครม. ธันวาคมนี้’ (Voice TV, 7 กรกฎาคม 2561), <https://voicetv.co.th/read/HJs4M36MX> สืบค้นเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2561.

⁶ อันที่จริง บทความนี้เห็นว่าการทำความเข้าใจฐานคิดของระบบกฎหมายในเรื่องความหลากหลายทางเพศควรจัดประเภทกฎหมายที่วิเคราะห์เพิ่มขึ้นอีกอย่างน้อยหนึ่งกลุ่มคือ กฎหมายหรือผลของการบังคับใช้กฎหมายที่ยอมให้บุคคลที่อยู่ในความสัมพันธ์แบบเพศเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก (เช่น คำสั่งศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง หมายเลขดำที่ พ.1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559 ที่สั่งให้เด็กหญิงที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (การอุ้มบุญ) เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง ซึ่งเป็นชายชาวต่างชาติที่อยู่ในความสัมพันธ์แบบเพศเดียวกัน และให้ผู้ร้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว) อย่างไรก็ตาม ด้วยข้อจำกัดของขอบเขตของบทความนี้และตัวอย่างวิธีการวิเคราะห์ที่ทดลองนำมาใช้ซึ่งเน้นไปที่ประเด็นการใช้ตรรกะของกฎหมายที่เชื่อมโยงกับปัจจัยทางชีวภาพและวาทกรรมอื่นที่ทรงพลัง บทความจึงแบ่งกฎหมายที่วิเคราะห์ออกเป็นสองกลุ่มเท่านั้น สำหรับความเห็นต่อคดีนี้ กล่าวโดยย่อ นอกจากข้อวิพากษ์ว่าคำสั่งดังกล่าววางอยู่บนฐานผลประโยชน์สูงสุดของเด็กและปรากฏว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลี้ยงดูของผู้ร้องสอดคล้องกับผลประโยชน์ของเด็กดังกล่าวแล้ว บทความนี้ก็มีข้อสังเกตคือ ความสัมพันธ์แบบเพศเดียวกันแทบจะ “หายไป” จากการกล่าวถึงของศาลสิ้นเชิง (ตามเอกสารเผยแพร่ที่สำนักงานศาลยุติธรรมจัดทำขึ้น) โดยศาลมีความระมัดระวังมากเมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าว และมักเน้นย้ำไปที่การให้การดูแลเอาใจใส่ที่ดีแก่เด็กหญิง “ของผู้ร้อง” และเมื่อกล่าวถึงคู่ของผู้ร้อง ก็กล่าวในลักษณะเชิงปฏิเสธคือ “... และถึงแม้ผู้ร้องเป็นคนที่รักร่วมเพศแต่ความเป็นคนรักร่วมเพศก็มิใช่ข้อปรารถนาที่จะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดู...ให้ได้รับความสุขและความอบอุ่นเท่ากับเด็กอื่น ๆ ...”. ดู สำนักงานศาลยุติธรรม, ‘ศาลเยาวชนฯ กลางอ่านคำสั่งคดี “อุ้มบุญ”’ (ข่าวแจกสื่อมวลชน Press Release, 26 เมษายน 2559); อย่างไรก็ตาม การที่ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งแตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้สิทธินี้เฉพาะแก่คู่เพศเดียวกัน อาจถือเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจที่มีความก้าวหน้าในเรื่องความหลากหลายทางเพศก็ได้ ดู อารยา สุขสม, สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย, (น.ด., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 55-58.

⁷ Sharpe Andrew, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, (Cavendish Publishing Limited, London 2002).

ตั้งข้อสังเกต วิเคราะห์ และวิพากษ์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศที่ได้แสดงไว้ในส่วนที่สองตามวิธีการที่วางไว้ในส่วนที่สาม ซึ่งจะเผยให้เห็นลักษณะและวิธีการคิดของระบบกฎหมายไทยต่อประเด็นความหลากหลายทางเพศที่ซ่อนตัวอยู่ในพัฒนาการกฎหมายต่อไป ทั้งนี้ในแง่ของวิธีการวิเคราะห์ แม้งานของชาร์ป จะได้รับการเผยแพร่มาแล้ว 15 ปีแล้ว แต่บทความมีความเห็นว่าสถานการณ์ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในออสเตรเลียในช่วงเวลาดังกล่าวคล้ายคลึงกับสถานการณ์ในรัฐไทยขณะนี้ เห็นว่าวิธีการสกัดฐานคิดของกฎหมายในเรื่องเพศในงานของชาร์ปสามารถนำมาประยุกต์ใช้กับการวิเคราะห์วาทกรรม (discourse analysis) ในบทความนี้ได้ และเห็นว่าการศึกษาในบทความนี้จะช่วยให้ผู้สนใจสามารถประเมินทิศทางในอนาคตของรัฐไทยในเรื่องการสร้างสังคมที่มีความเท่าเทียมเชิงเพศสถานะและ “ไม่ทิ้งใครไว้ข้างหลัง” ที่แท้จริงได้

ในบทความนี้ บทความใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ” เป็นหลัก ภายใต้ความประสงค์ให้รวมบุคคลที่มีวิถีทางเพศหรือการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศสถานะที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดหรือไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานสังคมด้วย อีกทั้ง บทความมีการใช้คำที่เฉพาะเจาะจงลงไปในบางประเด็นตามสมควรและเหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีด้วย เช่น ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร บทความยึดคำว่า “บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิง” เป็นหลัก เพื่อให้ต้องตรงกับสถานการณ์จริงที่เกิดขึ้น เป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนและคำสัญญาว่า “จะไม่ทิ้งใครไว้ข้างหลัง”

เป้าหมายที่ 5 ของ SDGs ประกอบไปด้วยเป้าหมายย่อยหกข้อ โดยให้นำหนักไปที่ผู้หญิงและเด็กผู้หญิง (women and girls) แทบทั้งสิ้น ทั้งในเรื่องของ (1) การยุติการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (2) การยุติการกระทำความรุนแรง (3) การยุติการปฏิบัติอื่นที่ก่ออันตราย (เช่น การบังคับแต่งงานในเด็ก (child, early, and forced marriage) และการขลิบอวัยวะเพศหญิง (female genital mutilation)) (4) การให้ค่าแก่การทำงานบ้านและการทำงานด้านการดูแลรวมถึงการสนับสนุนให้เกิดการแบ่งความรับผิดชอบภาระงานในบ้านร่วมกันในครอบครัว (5) การรับรองให้มีการเข้าร่วมทางการเมืองและการเป็นผู้นำ และ (6) การรับรองให้มีการเข้าถึงบริการด้านสุขภาพทางเพศและอนามัยเจริญพันธุ์อย่างทั่วถึง ทั้งนี้ โดยระบุอย่างชัดเจนในข้อ (1) (2) และ (5) ว่าเป้าหมายคือผู้หญิงและเด็กผู้หญิง ส่วนในข้ออื่น ๆ นั้น เนื้อหาเน้นไปที่การกระทำหรือวัตถุที่ห้ามหรือสนับสนุนโดยละประธานไว้ ในส่วนของวิธีการสามประการที่จะไปถึงเป้าหมายทั้งหกข้อนั้น (การปฏิรูปให้เกิดสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรทางเศรษฐกิจ การพัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อสนับสนุนการเสริมพลังอำนาจ และการสร้างนโยบายและบทบัญญัติทางกฎหมายที่บังคับใช้ได้จริง) เน้นย้ำไปที่ผู้หญิงและเด็กผู้หญิงทั้งสิ้น มีเพียงข้อสุดท้าย (การสร้างนโยบายและบทบัญญัติทางกฎหมายที่บังคับใช้ได้จริง) เท่านั้นที่ถือได้ว่า “ไม่ทิ้ง” บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ข้างหลัง ด้วยการระบุให้นโยบายและกฎหมายต้องหนุนเสริม “ความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะ (gender equality)” ด้วย ไม่เฉพาะผู้หญิงและเด็กผู้หญิงเท่านั้น

บทความนี้เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งว่า เป็นเรื่องสำคัญสำหรับ SDGs ในการวางเป้าหมายเพื่อยุติสถานการณ์ที่เป็นต้นเหตุแห่งความไม่เท่าเทียมระหว่างหญิงชาย และสร้างเสริมโอกาสและพลังอำนาจแก่ผู้หญิงและเด็กผู้หญิง ดังที่หลักการโดยรวมของมติสหประชาชาติที่เห็นชอบ SDGs เน้นย้ำให้มีการสร้างเสริมพลังอำนาจของผู้หญิง (empowerment of women and girls)⁸ และการสร้างโลกที่เท่าเทียมและปราศจากอุปสรรคในทุกด้านสำหรับผู้หญิง (“A world in which every woman and girl enjoys full gender equality and all legal, social

⁸ United Nations General Assembly (n 3) p.3 clause 3.

and economic barriers to their empowerment have been removed.”)⁹ ซึ่งเป็นเพศที่มักถูกกดทับด้วยกลุ่มชนชั้นนำ (โดยมากเป็นผู้ชายชนชั้นกลางขึ้นไป) ตามการสั่งสมในประวัติศาสตร์ของหลายวัฒนธรรม หรืออาจเรียกได้ว่า เป็นกระบวนการสร้างความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (substantive equality) อย่างไรก็ตาม การจูงใจละเอียดไม่กล่าวถึง (ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด) “บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ” ซึ่งถือว่าอยู่ในสถานการณ์ที่เปราะบางไม่แพ้กัน ทำให้ดูราวกับว่าสถานะเปราะบางของบุคคลกลุ่มนี้ไม่ควรถูกเน้นย้ำ ยิ่งกว่านั้น ในส่วนที่กล่าวถึง “บุคคลกลุ่มเปราะบาง (people who are vulnerable)” ก็ไม่มีการยกกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศขึ้นมาเป็นตัวอย่าง¹⁰ ทั้งนี้หากจะให้น้ำหนักการพัฒนาแก่บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นทางเลือกใหม่ต่อเป็นทางการฉบับนี้ก็จะกระทำไม่ได้ เนื่องจากมตินี้วางข้อยกเว้นไว้ในหลายส่วนว่า การพัฒนาอย่างยั่งยืนต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับศักยภาพของแต่ละประเทศ โดยเคารพนโยบายและการลำดับความสำคัญภายในของแต่ละประเทศ (“... taking into account different national realities, capacities and levels of development and respecting national policies and priorities.”)¹¹ อย่างไรก็ตาม สหประชาชาติเลือกที่จะนับรวมบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ใน SDGs ด้วยการเขียนคำอธิบายเพิ่มเติมในเอกสารอื่นที่มีได้เป็นส่วนหนึ่งของมติรับ SDGs เช่น แถลงการณ์ร่วมขององค์กรสหประชาชาติจำนวนหนึ่ง ซึ่งออกเผยแพร่หลังมีมติรับรอง SDGs สี่วัน เรียกร้องให้ยุติความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ และหากการกระทำดังกล่าวยังคงดำเนินต่อไป จะเป็นส่วนสำคัญที่ชะลอความคืบหน้าสู่ความสำเร็จของ SDGs¹²

นอกจากการหายไปของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศแล้ว เป็นที่น่าสังเกตว่า “เพศสถานะ (gender)” ใน SDGs มีความหมายแคบและมีแนวโน้มเป็นความหมายเดียวกับ “เพศ (sex)” ซึ่งมักถูกให้ความหมายบนฐานการแบ่งแยกโดยสรีระทางร่างกาย เช่น การเน้นย้ำถึงการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะในทุกส่วนของกระบวนการนำ SDGs ไปทำให้เกิดผลตามเป้าหมาย (implementation) โดยชี้ไปที่ความจำเป็นของการทำให้ผู้หญิง (ซึ่งเป็นประชากร “ครึ่งหนึ่ง” ของประชากรโลก) สามารถเข้าถึงการศึกษาและมีส่วนร่วมทางการเมืองเท่าเทียมกับผู้ชาย¹³ ทั้งนี้ อาจถือได้ว่าความหมายในลักษณะดังกล่าวนี้บวมนับรวมบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศบางกลุ่มที่มีเพศสรีระเป็นหญิงเข้าไปใน SDGs ด้วย เช่น ผู้หญิงเลสเบียนหรือไบเซ็กชวล และอาจขยายไปยังผู้หญิงข้ามเพศจากชายเป็นหญิง (transgender women) ได้ อย่างไรก็ตาม ย่อมเป็นไปได้ไม่น้อยที่จะถือว่านับรวมบุคคลที่มีวิถีทางเพศหรือการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศสถานะที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดหรือไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานสังคมกลุ่มอื่นที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย เช่น ผู้ชายที่เป็นเกย์ (gay men) และผู้ชายที่นิยมการแต่งตัวข้ามเพศ (cross-dressers) ซึ่งเป็นกลุ่มเปราะบางในหลายสังคมเช่นกัน อีกทั้ง คำว่า “ผู้ชาย (men and boys)” ใน SDGs

⁹ Ibid p.4 clause 8.

¹⁰ กลุ่มตัวอย่างที่แสดง ได้แก่ เด็ก เยาวชน ผู้พิการ ผู้ติดเชื้อเอชไอวีและผู้ป่วยเอดส์ ผู้สูงอายุ กลุ่มคนท้องถิ่น ผู้ลี้ภัย (refugees) ผู้พลัดถิ่นภายในประเทศ (internally displaced persons) และผู้อพยพโยกย้ายถิ่น (migrants); ibid p.7 clause 23.

¹¹ Ibid p.3 clause 5, p.6, clause 21, p.13 clause 55.

¹² เข้าชื่อโดย ILO, OHCHR, UNDP, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNODC, UN Women, WFP, WHO, UNAIDS; United Nations, ‘United Nations Entities Call on States to Act Urgently to End Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Adults, Adolescents and Children’ (UNDP, 5 October 2015), accessed 28 July 2018. Retrieve from http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Key%620populations/Joint_LGBTI_Statement_ENG.pdf

¹³ United Nations General Assembly (n 3) p.6 clause 20.

(ซึ่งแม้จะมีได้เป็นจุดสนใจหลักของบทความนี้) ก็มีแนวโน้มหมายถึงมนุษย์ที่ประกอบด้วยปัจจัยทางชีวภาพแบบเดียวกันที่ไม่มีความเคลื่อนไหว ทั้งนี้ บนกรอบคิดที่ว่า ภายในความเป็นชาย (masculinity) เองก็มีความหลากหลายอยู่ และในแต่ละสังคมมักมีความเป็นชายแบบเดียวหรือเพียงจำนวนหนึ่งถือครองอำนาจนำ (hegemony) โดยอาจเรียกว่า “ความเป็นชายอำนาจนำ (hegemonic masculinity)”¹⁴ ซึ่งเป็นกลุ่มที่มักได้รับการยอมรับและให้คุณค่าจากสังคมว่า “มีความเป็นชาย” มากกว่าความเป็นชายในรูปแบบอื่น ๆ (เช่น “ความเป็นชายแบบอ่อน (soft masculinity)”) และส่งผลให้มีศักยภาพในการเข้าถึงโอกาสและทรัพยากรได้มากกว่าความเป็นชายในรูปแบบอื่น ๆ เป้าหมายที่ 5 ของ SDGs จึงมีความเสี่ยงที่จะกลบทับการดำรงอยู่ของผู้เปราะบางที่ฝังแน่นอยู่ในกระบวนการจัดประเภทที่ไร้ความเคลื่อนไหว ทั้งในแง่การแบ่งเพศตามปัจจัยทางชีวภาพอันเป็นการปฏิเสธความหลากหลายทางเพศและการละเลยความสลับซับซ้อนที่อยู่ภายในความเป็นชายหรือความเป็นหญิงเอง เป้าหมายที่ 5 (ซึ่งมีผลกระทบต่เป้าหมายอื่น ๆ) จึงเสี่ยงที่จะไม่ตอบโจทย์เป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืนตามที่กำหนดไว้ เช่น การทำให้โลกเป็นโลกที่เคารพสิทธิมนุษยชน หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความยุติธรรม และปราศจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (a world of universal respect for human rights, human dignity, justice, and non-discrimination) และโลกที่นับรวมทุกคนซึ่งความต้องการของผู้ที่อยู่ในสถานะเปราะบางที่สุดได้รับการสนองตอบ (a socially inclusive world in which the needs of the most vulnerable are met)¹⁵

ตามที่กล่าวไว้แล้วในส่วนต้น ลักษณะที่ปรากฏไม่ใช่เรื่องน่าประหลาดใจ เนื่องจากสหประชาชาติเป็นพื้นที่ของรัฐชาติที่มีทัศนคติและนโยบายในประเด็นความหลากหลายทางเพศแตกต่างกันออกไป ความเห็นจำนวนหนึ่งเข้าใจดีถึงบริบทนี้และมองเห็นทิศทางเชิงบวกด้วยการใช้วิธีการตีความถ้อยคำกว้าง ๆ ที่ปรากฏอยู่อย่างกระจัดกระจายใน SDGs เช่น คำว่า “ความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะ (gender equality)” “สังคมที่รวมทุกคนไว้ด้วยกัน (inclusion society)” และ “...สำหรับทุกคน (...for all)” และการผลักดันให้ประเทศที่ยอมรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศบรรจุประเด็นเกี่ยวกับบุคคลกลุ่มนี้ไว้ในกระบวนการทำให้ SDGs เกิดผลขึ้นจริง รวมถึงเสนอแนะวิธีการต่าง ๆ ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในกรอบถ้อยคำลักษณะนี้¹⁶ ในทางตรงกันข้าม แม้จะมีข้อเสนอแนะถึงวิธีการนำ SDGs มาใช้ให้เป็นประโยชน์กับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเช่นกัน แต่บทความอีกลักษณะหนึ่งแสดงความกังวลมากกว่า โดยทำการสำรวจข้อเสียเปรียบของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการได้รับประโยชน์จากนโยบายและเป้าหมายโดยทั่วไปและเน้นย้ำว่าการสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะที่แท้จริงจำเป็นต้องใช้มุมมองที่ละเอียดยิ่งขึ้นเพื่อที่จะนับรวมบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเข้าไปด้วย¹⁷

การที่รัฐไทยให้ความสำคัญกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนในด้านต่าง ๆ อย่างสอดคล้องกับหลักการใน SDGs ข้อกังวลเกี่ยวกับเป้าหมายที่ 5 ดังกล่าว จึงสมควรนำมาพิจารณาประกอบแนวทางการพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศและความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะในรัฐไทย ในกรณีนี้ บทความเห็นว่ามุมมองและ

¹⁴ Connell R. W. and James W. Messerschmidt, *Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept*, (Gender and Society 6, 19, 2005), p.829-859.

¹⁵ United Nations General Assembly (n 3) p.4 clause 8.

¹⁶ Dorey Kit, ‘The Sustainable Development Goals and LGBT Inclusion’, (Stonewall International, 26 January 2016), https://www.stonewall.org.uk/sites/default/files/sdg-guide_2.pdf accessed 28 July 2018.

¹⁷ Mills Elizabeth, ‘Leave No One Behind’: Gender, Sexuality and the Sustainable Development Goals, (IDS Evidence Report 154, Institute of Development Studies, Brighton, United Kingdom, 2015).

ความเข้าใจของกฎหมายในประเด็นดังกล่าวมีความสำคัญ เนื่องจากกฎหมายเป็นเครื่องมือในระดับทางการที่ส่งผลต่อการกำหนดสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ให้แก่บุคคล และบทความเห็นว่าจุดตั้งต้นสำคัญที่จะช่วยให้สามารถประเมินทิศทางการพัฒนาในเรื่องนี้ได้คือ การทำความเข้าใจฐานรากของวิธีการคิดของระบบกฎหมายไทยในประเด็นความหลากหลายทางเพศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากพบว่าฐานคิดโดยรวมของระบบกฎหมายไทยยังไม่ยอมให้บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศปรากฏตัวในระดับทางการ ก็เป็นการยากที่การพัฒนาบนฐาน SDGs (ซึ่งหลีกเลี่ยงที่จะพูดถึงคนกลุ่มนี้เช่นกัน) จะนำมาซึ่งความสำเร็จในการสร้างสังคมที่เท่าเทียมอันเป็นเป้าหมายของการพัฒนาอย่างยั่งยืนที่แท้จริง

ในสามส่วนถัดไป บทความจะแสดงให้เห็นถึงภาวะการไม่สามารถยอมรับความหลากหลายทางเพศได้อย่างเปิดเผย หรือการ “พูดไม่ได้” ในระดับทางการ ที่คล้ายคลึงกันของ SDGs ที่ยืนยันว่าจะสร้างความเท่าเทียมเชิงเพศสถานะและสัญญาว่าจะไม่ทิ้งใครไว้ข้างหลัง และของระบบกฎหมายไทยที่ดูราวกับได้มีพัฒนาการที่เปิดกว้างมากขึ้นในการยอมรับกลุ่มบุคคลข้างต้น ทั้งนี้โดยย้อนไปทบทวนและวิเคราะห์พัฒนาการของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา และปะติดปะต่อฐานคิดของกฎหมายแต่ละฉบับเข้าด้วยกัน ด้วยวิธีการวิเคราะห์วาทกรรมประกอบข้อความคิดของแอนดรูว์ ชาร์ป (Andrew Sharpe) ใน Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law

พัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศตั้งแต่ต้นทศวรรษ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา

ประมาณปลายทศวรรษ พ.ศ. 2540 มาจนถึงต้นทศวรรษ พ.ศ. 2550 มีการออกกฎหมายที่แสดงถึงพัฒนาการเชิงเพศสถานะและเพศวิถีหลายฉบับ ไล่เรียงตั้งแต่การให้คู่สมรสเลือกใช้ชื่อสกุลตนเองหรือของอีกฝ่ายก็ได้ตามแต่จะตกลงกัน ซึ่งส่งผลให้ผู้หญิงไม่ต้องเปลี่ยนชื่อสกุลหลังสมรสอีกต่อไปในปี พ.ศ. 2548 จนถึงการขยายนิยามการกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการกระทำระหว่างคู่สมรสและการกระทำต่อคนเพศสรีระเดียวกันในปี พ.ศ. 2550 ระบบกฎหมายไทยมีพัฒนาการเรื่อยมาถึงช่วงกลางและปลายทศวรรษ พ.ศ. 2550 จนถึงปัจจุบัน (ต้นทศวรรษ พ.ศ. 2560) ทั้งการบัญญัติคำว่า “เพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ให้เป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารแทนที่คำว่า “โรคจิตถาวร” เมื่อปี พ.ศ. 2555 การตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศเมื่อปี พ.ศ. 2558 การที่ศาลมีคำสั่งให้บุคคลในความสัมพันธ์แบบเพศเดียวกันมีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เหนือกว่าบุคคลเพศหญิงโดยกำเนิดซึ่งเป็น “แม่อุ้มบุญ”¹⁸ รวมถึงการยกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตซึ่งจะเปิดโอกาสให้คู่เพศเดียวกันมีสิทธิประโยชน์เฉกเช่นคู่สมรสตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม หลังจากได้แสดงการวิเคราะห์พัฒนาการต่าง ๆ ในส่วนท้ายของบทความนี้ บทความเสนอว่า แม้จะเป็นความคืบหน้าเชิงบวก แต่กฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวก็ดูเหมือนจะเป็นการแก้ไขปัญหาคือเรื่อง ๆ ไป ไม่มีฉบับใดที่มีเนื้อหาสาระมุ่งโดยตรงไปที่อัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล และฐานคิดของระบบกฎหมายไทยยังคงอยู่ในลักษณะเดิม คือ ในบางกรณีมีการตระหนักรู้ถึงการดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในความเป็นจริง แต่ไม่ยอมรับสถานะของบุคคลกลุ่มดังกล่าว หรืออาจเรียกว่า “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้” และหากไม่มีการปฏิวัติฐานคิดในรูปแบบนี้ ก็ยากที่กฎหมายไทยจะนับรวมลักษณะที่ “เบี่ยงเบนจากมาตรฐานสังคม” ดังกล่าวเข้าไว้ในระบบ

ในส่วนนี้ บทความทบทวนพัฒนาการในช่วงประมาณสิบปีเศษที่ผ่านมาของกฎหมายที่คัดเลือกไว้ตามกลุ่มที่แบ่งออกเป็นสองกลุ่มโดยสังเขป เพื่อจะนำไปวิเคราะห์ในส่วนสุดท้ายของบทความต่อไป

หนึ่ง กฎหมายที่ตระหนักรู้การดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ

¹⁸ คำสั่งศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง หมายเลขดำที่ พ.1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559.

กฎหมายที่ยกมาวิเคราะห์ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศ (พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558) และกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารที่เกี่ยวข้องกับบุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิง (พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497¹⁹ ที่ยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่คนข้ามเพศด้วยการ “ตระหนักรู้” ถึง “ภาวะ” เพศสภาพที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิด ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 37²⁰ แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75²¹)

ต่างจากกฎหมายฉบับอื่นที่นำมาวิเคราะห์ในบทความนี้ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนและตรงประเด็นที่สุดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความหลากหลายทางเพศของบุคคล โดยก่อนหน้านี้ กฎหมายที่มีเนื้อหาห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่อาจตีความรวมถึงบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศได้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ว่าด้วยการห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งแม้จะปรากฏเพียงคำว่า “เพศ” แต่ในเจตนารมณ์ประกอบการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเอกสารแยกออกมาต่างหากระบุให้ความหมายรวมถึง “ความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศสภาพที่ผู้นั้นถือกำเนิด”²² หลักการในมาตรา 30 นี้ยังคงได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 27 ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีเอกสารว่าด้วยเจตนารมณ์ประกอบการร่างรัฐธรรมนูญออกเผยแพร่²³

พระราชบัญญัติฯ บรรจุกำสำคัญอย่าง “การแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด” ให้เป็นส่วนหนึ่งของเหตุที่อาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ²⁴ โดยพระราชบัญญัติฯ ปกป้องบุคคลจากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าวในหลายอาณาบริเวณและจากหลายองค์การหรือบุคคล ได้แก่ ใน “นโยบาย กฎระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด”²⁵ อีกทั้งพระราชบัญญัติยังมีกลไกในรูปคณะกรรมการสองชุดที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศและการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ยิ่งกว่านั้น ในประเด็นปัญหากรณีที่มีการอาศัยกฎหมายในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติฯ อันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ

¹⁹ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 71 ตอนที่ 13, (วันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2497).

²⁰ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 90 ตอนที่ 30 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 29 มีนาคม 2516).

²¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 129 ตอนที่ 33 ก, (วันที่ 11 เมษายน 2555).

²² สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ‘เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550’ (สิงหาคม 2550).

²³ ทั้งนี้ มีการเพิ่มเติมคำว่า “เพศสภาพ” ให้เป็นเหตุหนึ่งที่อาจก่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2558 ซึ่งต่อมาร่างทั้งฉบับไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาปฏิรูปแห่งชาติ ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะยึดหลักตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ตามที่กล่าวไว้ด้านบน. ดู ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ. ‘ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เล่ม 1’ (2558), p.34-35.

²⁴ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132 ตอนที่ 18 ก, (วันที่ 13 มีนาคม 2558), มาตรา 3.

²⁵ เรื่องเดียวกัน มาตรา 17 วรรคหนึ่ง.

คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศมีอำนาจส่งเรื่องดังกล่าวไปยังผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อพิจารณายื่นเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวด้วย²⁶

ในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร การต่อสู้ของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในพื้นที่นี้มุ่งเป้าไปที่ “เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหาร” ซึ่งแต่เดิมกระทรวงกลาโหมจัดให้บุคคลกลุ่มนี้ได้รับการยกเว้นด้วยเหตุผลที่ว่า “โรคจิตถาวร”²⁷ จึงมีการเรียกร้องให้กระทรวงกลาโหมแก้ไขเหตุผลดังกล่าวให้สอดคล้องกับความเป็นจริงและวิวัฒนาการทางสังคมและทัศนคติของโลกที่เปลี่ยนไป

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ให้อำนาจกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจเลือกทหารกองเกินเข้ารับราชการทหารกองประจำการไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 โดยประเด็นหนึ่งในหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว คือ การกำหนดประเภทกลุ่มคนที่ได้ตรวจเลือก ซึ่งรวมถึงกลุ่มที่คุณสมบัติไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเป็นทหารและได้รับการยกเว้นด้วย ต่อมาแม้บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิงจะได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหาร แต่เหตุผลของการไม่ต้องเกณฑ์ทหาร คือ การเป็นโรคทางจิตเวชแบบหนึ่ง จึงมีการเรียกร้องให้ยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่บุคคลข้ามเพศฯ ด้วยเหตุผลที่เหมาะสม จาก “โรคจิตถาวร” ไปเป็นเหตุผลอื่น และนำไปสู่การฟ้องศาลปกครองให้มีการแก้ไขดังกล่าวใน พ.ศ. 2549 โดยศาลปกครองมีคำสั่งในปี พ.ศ. 2555 ให้แก้ไขใบสด.43 เป็นข้อความ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” กระทรวงกลาโหมจึงร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแก้ไขถ้อยคำในใบสด.43 และเพิ่มเติม “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (gender identity disorder)” ไปในกฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) โดยการออกกฎกระทรวงฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 เพื่อนำมาเป็นเหตุให้บุคคลข้ามเพศฯ ไม่ต้องเกณฑ์ทหาร และใช้อย่างเป็นทางการในปี พ.ศ. 2557

สอง กฎหมายที่ตระหนักรู้ความหลากหลายของวิถีทางเพศ (sexuality) ของบุคคล

กฎหมายที่ยกมาวิเคราะห์ ได้แก่ กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศ (เฉพาะมาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญาที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550²⁸ ในประเด็นผู้เกี่ยวข้องในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและรูปแบบของการกระทำชำเรา) แม้การยอมรับว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจะเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดเฉพาะชายกระทำต่อหญิงอีกต่อไป และแม้ลักษณะการร่วมเพศที่มีความหมายกว้างกว่าการมีเพศสัมพันธ์บนฐานคิดแบบต่างเพศ (heteronormativity) จะมีใช้การยอมรับอัตลักษณ์

²⁶ เรื่องเดียวกัน มาตรา 14 และมาตรา 21; UNDP and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand, Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review, (May 2018), p.30.

²⁷ นอกจากจะมีความหมายในเชิงลบ ไม่สอดคล้องกับเพศสถานะและเพศวิถีอันมิใช่โรคทางจิตเวชแล้ว ยังก่อให้เกิดผลเสียหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรากฏเหตุผลดังกล่าวในใบสด.43 ซึ่งทำให้นายจ้างมักไม่ต้องการที่จะจ้างบุคคลกลุ่มนี้. วราภรณ์ แซ่มสนิท, วิถีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย, (กรุงเทพฯ, มูลนิธิสร้างสุขภาวะของผู้หญิง (สคส.) 2551), หน้า 51.

²⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 124 ตอนที่ 56 ก, (วันที่ 19 กันยายน 2550). ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวส่งผลให้การตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงทางเพศฉบับต่อๆ มาอยู่ในลักษณะความเป็นกลางทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองลูกจ้างในกรณีถูกนายจ้างคุกคามทางเพศในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน (มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550) การคุ้มครองเจ้าหน้าที่รัฐที่ถูกเจ้าหน้าที่รัฐด้วยกันเองคุกคามหรือล่วงละเมิดทางเพศ (กฎคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553) การคุ้มครองผู้ต้องขังที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานเรือนจำ (มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560) เป็นอาทิ

ทางเพศแบบอื่นนอกจากชายหญิงโดยตรง แต่อาจถือได้ว่า กฎหมายตระหนักรู้ว่า ลักษณะการร่วมเพศนอกกรอบชายหญิงดำรงอยู่ในสังคมและรื้อถอนฐานคิดว่าด้วยพลังอำนาจระหว่างเพศสถานะ (gender-power relations) ได้แก่ เรื่องผู้กระทำและผู้ถูกกระทำในทางเพศ การวิเคราะห์กฎหมายอาญาว่าด้วยกระทำความรุนแรงทางเพศนี้จึงเป็นการวิเคราะห์ที่เน้นไปที่อำนาจเชิงบรรทัดฐาน (normative power) ของกฎหมาย²⁹ ที่ดูเหมือนว่าได้ก้าวไปสู่การทลายกรอบคิดใหญ่เกี่ยวกับเพศของระบบกฎหมายแล้ว

กล่าวโดยย่อ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศเมื่อต้นทศวรรษ พ.ศ. 2550 ส่งผลให้เกิดปรากฏการณ์ใหม่ในกฎหมายไทยหลัก ๆ สองประการคือ ประการที่หนึ่ง เพิ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา โดยกฎหมายตระหนักรู้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส (marital rape) และตระหนักรู้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเกิดได้กับบุคคลไม่จำกัดเพศ ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราผู้ชาย (male rape) และการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นระหว่างคนเพศสรีระเดียวกันจึงเป็นความผิดอาญา ประการที่สอง รูปแบบการกระทำชำเรากินความหมายกว้างออกไปนอกกรอบคิดแบบการร่วมเพศ “มาตรฐาน” ระหว่างหญิงชาย แต่เดิมการกระทำชำเราหมายถึงการกระทำโดยผู้ชายต่อผู้หญิง ซึ่งตามความหมายดั้งเดิมประกอบลักษณะการร่วมเพศตามธรรมชาติคือการสอดใส่อวัยวะเพศชายไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น³⁰ การแก้ไขเพิ่มเติมนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งในแง่อวัยวะ/สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเรา (อวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปาก หรือสิ่งอื่นใด แล้วแต่กรณี) และในแง่วิธีการกระทำชำเรา เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “กระทำกับ” แทนที่การตีความของศาลก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ในประเด็นหลังนี้ นักวิชาการหลายคนไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่อง “ความคลุมเครือ” ของวิธีการกระทำชำเรา (และสอดคล้องกับการพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนี้อีกครั้งในปัจจุบัน) เช่น ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ วิชาทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว (รวมถึงในระหว่างกระบวนการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมในช่วงปี พ.ศ. 2545-2550) โดยเหตุผล เช่น (1) เป็นผลเสียกับผู้หญิง ซึ่งโดยมากมักเป็นผู้ถูกกระทำ (ผู้ชายอาจอ้างว่าผู้หญิงเป็นคนข่มขืนตน) (2) เห็นว่าการกระทำความรุนแรงทางเพศโดยคนเพศกำเนิดเดียวกันโดยเฉพาะชายกับชายมีความร้ายแรงน้อยกว่าการกระทำโดยผู้ชายต่อผู้หญิง (ส่วนหนึ่งเป็นเพราะการกระทำไม่ก่อให้เกิดการตั้งครรภ์) และ (3) คำว่า “กระทำกับ” มีความไม่ชัดเจน และตีความได้ยากว่าการกระทำแบบใดจึงจะถือว่า อวัยวะเพศ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ³¹

แนวทางวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศใน Transgender Jurisprudence

ก่อนไปสู่การวิเคราะห์ฐานรากความคิดของระบบกฎหมายไทยในส่วนสุดท้าย ในส่วนนี้บทความนำการวิเคราะห์ของชาร์ปว่าด้วยภาวะและลักษณะของการยึดถือระบบทวิเพศ (sexual dualism) ของระบบกฎหมายที่ยึดโยงอยู่กับปัจจัยทางชีวภาพและ “ความเป็นธรรมชาติ” อย่างเคร่งครัดแม้อยู่ท่ามกลางพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับเพศ ด้วยวิธีการชุดคีย์วิธีการใช้เหตุผลในประเด็นการเปลี่ยนเพศของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ก่อนการมีกฎหมายว่าด้วยการตระหนักรู้เพศสถานะ (เช่น Gender Recognition Act 2004 ในสหราชอาณาจักร) ใน

²⁹ Lacey Nicola, Law Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory, (Oxford, Hart Publishing 1998) p.9-10.

³⁰ เดิมกฎหมายมิได้ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ แต่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าต้องมีการผ่านเข้าไปในช่องคลอดของผู้หญิง. ดู คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491; คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509; คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532.

³¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยต่อเพศหญิง, (วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่มที่ 3 ปีที่ 39 (กันยายน 2553), หน้า 695-699.

Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law บทความนี้ทำการสำรวจเฉพาะในบท The (Bio)logic of Law³² เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นตัวอย่างของการยึดโยงปัจจัยทางชีวภาพ (biological elements) และวาทกรรมทางการแพทย์ (medical discourse) มาประกอบสร้างเป็นวาทกรรมทางกฎหมาย (legal discourse) ด้วยเหตุที่บทความนี้เห็นว่า ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาที่คล้ายคลึงกับสถานการณ์ในประเทศไทย กล่าวคือ สังคมและกฎหมายในเรื่องเพศสถานะมีการพัฒนาไปในระดับหนึ่ง แต่ฐานคิดหลักของระบบกฎหมายยังคงอยู่ภายใต้กรอบคิดใหญ่บางประการเช่นเดิม³³ นอกจากนี้ บทความตระหนักด้วยว่า ข้อวิพากษ์ว่าด้วยการใช้ตรรกะทางชีวภาพที่กำลังจะกล่าวถึงไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ชดเชยและวิพากษ์ฐานคิดของระบบกฎหมายไทยในเรื่องความหลากหลายทางเพศทั้งระบบ บทความเพียงนำเสนอขึ้นมาเป็นตัวอย่างเพื่อทำให้ได้ภาพกว้าง ๆ ที่จะสามารถนำไปศึกษาอย่างละเอียดต่อไปได้เท่านั้น

ก่อนเริ่มแสดงบทวิเคราะห์ของชาร์ป ควรที่จะกล่าวด้วยว่า สิ่งที่ชาร์ปเสนอต่อไปเน้นไปที่เรื่องของการเปลี่ยนเพศทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศหรือบุคคลที่มีสองเพศ จึงอาจมีข้อวิพากษ์ต่อลักษณะการวิเคราะห์ดังกล่าวว่า การเรียกร้องให้เกิดการยอมรับการเปลี่ยนเพศกำเนิดให้เป็นเพศตรงข้ามยังวางอยู่บนฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) คือ บุคคลยังต้องมีเพศและเพศที่ขอเปลี่ยนก็เป็นได้เพียงเพศตรงข้ามเท่านั้น (มิได้สร้างเพศขึ้นมาใหม่) อย่างไรก็ตาม บทความนี้เห็นว่า ลำพังการเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนเพศในคดีต่าง ๆ ที่ชาร์ปวิเคราะห์ (รวมถึงรายละเอียดการวิเคราะห์ของชาร์ป) เป็นการพยายามสั่นคลอนรากฐานวิธีคิดของระบบกฎหมายแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง การมุ่งวิเคราะห์ประเด็นการเปลี่ยนเพศแบบข้ามเพศจากชายไปหญิงหรือหญิงไปชาย (หรือจากเพศคลุมเครือไปเพศใดเพศหนึ่ง) มิได้หมายความว่าชาร์ปจำกัดตนเองอยู่บนฐานการตระหนักรู้เพียงสองเพศเท่านั้น ในกรณีนี้ ชาร์ปเพียงพยายามวิเคราะห์กรณีทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจริงโดยมุ่งหมายจะให้ได้มาซึ่งฐานคิดและวิธีการคิดของกฎหมายจากตรรกะที่กฎหมายใช้ทำการตระหนักรู้เพศของบุคคล ในทางกลับกัน การมุ่งหรือถนอกรอบคิดว่าด้วยเพศของรัฐแต่เพียงอย่างเดียวอาจมิใช่ตำแหน่งที่เหมาะสมในการไปสู่ความสำเร็จของการปฏิวัติฐานคิดของรัฐในเรื่องความหลากหลายทางเพศก็ได้³⁴

ชาร์ปเรียกงานของตนเองขึ้นชื่อว่า “งานวิชาการว่าด้วยหลักกฎหมายของคนข้ามเพศ (transgender jurisprudence) ฉบับแรก queerness ที่ศึกษาอย่างมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกัน”³⁵ คำสำคัญที่ประกอบอยู่ในข้อวิพากษ์ของชาร์ป

³² Sharpe, Transgender Jurisprudence (n 7) ch3.

³³ ในงานที่ใหม่กว่างานที่นำมาทดลองใช้ในบทความนี้ (เขียนในปี ค.ศ. 2010) ชาร์ปยังวิเคราะห์ว่าการทำงานของ Gender Recognition Act 2004 ในสหราชอาณาจักรยังเป็นไปในลักษณะเดิมและฐานคิดของกฎหมายก็ยังเป็นแบบเดิม การยึดถือจิตใจหรือจิตวิญญาณ (mind หรือ psyche) แทนร่างกายเพื่อพิจารณา “ความจริงแท้” ของภาวะข้ามเพศนั้นวางอยู่บนฐานการบำบัดรักษาเชิงจิตวิทยาต่อภาวะที่เรียกว่า “gender dysphoria” อย่างไรก็ตาม รัฐยังคงคาดหวังให้มีการเปลี่ยนแปลงเพศ และในกรณีที่ไม่มี การดำเนินการดังกล่าว ผู้ร้องจะต้องมีหลักฐานทางการแพทย์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดมายืนยัน ซึ่งช่องทางแบบหลังมีแนวโน้ม ก่อให้เกิดข้อสงสัยและเพศที่ผู้ร้องประสงค์อาจไม่ได้รับการรับรู้โดยรัฐ ลักษณะต่าง ๆ เหล่านี้แสดงถึงหลักการของกฎหมายที่ยังคง พยายามวางอยู่บนฐานของร่างกายและปัจจัยทางชีวภาพ. ดู Sharpe Andrew, Foucault’s Monsters and the Challenge of Law, (Routledge, Oxon 2002), ch5.

³⁴ Currah Paisley, ‘The Transgender Rights Imaginary’ in Martha A. Fineman, Jack E. Jackson, and Adam P. Romero (ed), Feminist and Queer Legal theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations (Ashgate, Surrey 2009).

³⁵ Sharpe, Transgender Jurisprudence (n 7) p.2-3.

เช่น กฎหมายในฐานะที่เป็นบ่อเกิดแห่งวัฒนธรรม (law as a site of cultural production) ภาวะรังเกียจและหวาดกลัวของกฎหมายต่อการรักเพศเดียวกัน (homophobia of law) ตรรกะทางชีวภาพของกฎหมาย ((bio)logic of law) และวาทกรรมทางการแพทย์-กฎหมาย (medico-legal discourse)

ชาร์ปตั้งต้นการขุดคุ้ยฐานคิดของกฎหมายด้วยการทำการวิเคราะห์อย่างละเอียดในคดี Corbett v Corbett³⁶ ซึ่งเป็นคดีสำคัญและเคยเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานสำหรับประเด็นการเปลี่ยนเพศทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์อย่างยาวนาน³⁷ ชาร์ปยกการให้เหตุผลในคำพิพากษามาวิเคราะห์ และชี้ให้เห็นถึงการพิจารณาที่ว่าด้วยการระบุเพศของบุคคลข้ามเพศที่ยึดโยงอยู่กับปัจจัยทางชีวภาพ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลพวงจากการนำวาทกรรมทางการแพทย์มาใช้และเป็นการจงใจเลือกใช้เพียงบางส่วน ในคดีนี้ ผู้พิพากษาประกอบสร้างวาทกรรมทางกฎหมายเพื่อระบุเพศของบุคคลขึ้น โดยสรุปได้ว่า³⁸ (1) การพิจารณาเพศของบุคคลต้องพิจารณาเมื่อเกิด (sex is determined at birth) (2) ปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดเพศของบุคคลมีสามประการ คือ โครโมโซม (chromosome) อวัยวะสืบพันธุ์ (gonad) และอวัยวะเพศ (genitalia) ซึ่งปัจจัยทั้งสามนี้ต้องสอดคล้องกัน และ (3) อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีที่ปัจจัยทั้งสามไม่สอดคล้องกัน ต้องยึดเอาอวัยวะเพศเป็นหลัก (พิจารณาตอนแรกเกิด) วิธีการคิดแบบนี้สอดคล้องอย่างชัดเจนกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ที่กล่าวว่า “เพศของบุคคลธรรมดา นั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่าความถึงคนที่ออกลูกได้”³⁹

ชาร์ปวิเคราะห์คำพิพากษาที่มีหลัง Corbett จำนวนหนึ่ง ที่เหมือนจะพยายามเคลื่อนไปสู่การเปิดกว้างของความหลากหลายทางเพศมากขึ้น แต่ความจริงแล้วยังยึดติดกับหลักคิดแบบเดิมอยู่ ทั้งนี้ โดยพยายามสกัดสาระสำคัญของเหตุผลที่ศาลในแต่ละคดีใช้เพื่อปฏิเสธหรืออนุญาตคำร้องขอเปลี่ยนเพศ และเปรียบเทียบว่ายังอยู่ในรูปแบบเดียวกับเหตุผลใน Corbett หรือไม่ ในบทความนี้นักคิดที่ชาร์ปวิเคราะห์มาแสดงสองคดี คือ Re the Marriage of C v D (falsely called C) (ออสเตรเลีย) และ W v W (อังกฤษ)

Re the Marriage of C v D (falsely called C)⁴⁰ เป็นคดีที่ว่าด้วยการสมรสระหว่างหญิงและบุคคลสองเพศก่อนไปทางหญิง ที่เกิดโดยมีทั้งอวัยวะเพศชายและมดลูก และมีโครโมโซมและอวัยวะสืบพันธุ์เป็นหญิง (มีรังไข่) ซึ่งผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศ “ให้ถูกต้อง” เป็นชายแล้ว (post-operative (female-to-male) intersexed man) ชาร์ปมองว่า ผู้พิพากษามีโอกาสพิพากษาให้แตกต่างไปจากผู้พิพากษาใน Corbett ได้ (เช่น ปัจจัยทั้งสามไม่สอดคล้องกัน จึงควรยึดปัจจัยหลังผ่านการผ่าตัดสองในสามที่เหมือนกันและตัดสินใจให้เป็นเพศชาย เท่ากับว่า เคลื่อนที่ออกห่างจากการยึดโยงอวัยวะเพศเป็นหลัก) แต่กลับไม่ทำเช่นนั้นและไม่ตัดสินว่าเป็นเพศใดเลย การสมรสจึงเป็นโมฆะ ในแง่หนึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการไม่พยายามวางบุคคลข้ามเพศไว้ในกรอบชายหญิง อย่างไรก็ตาม ชาร์ปกล่าวว่าความจริงแล้วเป็นการยืนยันระบบคิดที่ว่าเพศนอกเหนือจากชายหรือหญิงไม่มีอยู่จริง⁴¹

³⁶ Corbett v Corbett [1970] 2 All ER 33.

³⁷ สถานะความเป็นบรรทัดฐานในสหราชอาณาจักร คือ หลังมีคำพิพากษาดังกล่าวในช่วงกลางทศวรรษ ค.ศ. 1970 จนกระทั่ง Gender Recognition Act 2004 มีผลใช้บังคับ

³⁸ Sharpe, Transgender Jurisprudence (n 7) p.40-44.

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524.

⁴⁰ Re the Marriage of C v D (falsely called C) [1979] 35 FLR 340.

⁴¹ Sharpe, Transgender Jurisprudence (n 7) p.46-47.

คดีอีกคดีที่น่าสนใจคือ *W v W*⁴² ในคดีนี้ ศาลตัดสินให้เพศของบุคคลสองเพศ (intersex) (ก่อนไปทางชาย) ที่แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ได้รับการยอมรับว่าเป็นหญิงตามกฎหมายและสามารถสมรสกับชายได้ ในทางการแพทย์พบว่า Mrs W มีโครโมโซมและอวัยวะสืบพันธุ์แบบชาย และก่อนการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง Mrs W มีอวัยวะเพศที่คลุมเครือ (ambiguity) ซึ่งแพทย์ให้ความเห็นว่าก่อนไปทางผู้ชายมากกว่าผู้หญิง เมื่อเป็นเช่นนี้ วิธีการแบบ Corbett จึงใช้ไม่ได้ (เพราะเมื่อปัจจัยทั้งสามไม่สอดคล้องกัน ต้องไปพิจารณาที่อวัยวะเพศ แต่เมื่ออวัยวะเพศคลุมเครือ จึงทำให้ไม่สามารถตัดสินได้ว่าเป็นเพศใด) และถึงแม้ว่าจะพยายามปรับใช้โดยตีความเป็นเพศชายได้ (เพราะอวัยวะเพศก่อนไปทางชาย) แต่ผู้พิพากษากลับยึดข้อเท็จจริงของ “ความคลุมเครือ (ambiguity)” และตัดสินว่า Mrs W มีเพศทางกฎหมายเป็นผู้หญิง แม้เป็นผลเดียวกับ Mrs W แต่ชาร์ปพยายามสกัดความหมายโดยนัยในเหตุผลแบบนี้ และพบว่า คดีนี้เคลื่อนที่ออกจากเหตุผลที่วางไว้ใน Corbett ในระดับหนึ่ง (ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเพศอาจไม่ใช่สิ่งแน่นอนตายตัวและถูกตัดสินได้แบบเคร่งครัดแน่นอน อีกทั้งผู้พิพากษาก็กล่าวถึงฮอโมนที่อาจเป็นปัจจัยกำหนดเพศได้ มิใช่เน้นหนักไปที่อวัยวะเพศตามที่ผู้พิพากษาใน Corbett เคยกล่าวไว้) อย่างไรก็ตาม ชาร์ปตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่า ความจริงแล้วการตัดสินแบบนี้อาจไม่ใช่ผลดีกับประเด็นความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากยังตั้งอยู่บนฐานคิดแบบทวิเพศที่ให้ความสำคัญแก่เพศชาย และส่งผลให้สอดคล้องกับ Corbett ในแง่การยึดโยงกับเสรีนิยมทางกฎหมาย (legal liberalism)⁴³ และการใช้ตรรกะทางชีวภาพของกฎหมาย ((bio)logic of law) คือ (1) เพศชายมีความสมบูรณ์แบบ เพราะฉะนั้น สิ่งที่มี “ความคลุมเครือ (ambiguity)” จึงเป็นเพศหญิง และ (2) ในอาณาบริเวณของการสมรส (ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญทั้งใน Corbett และ *W v W*) มีความสัมพันธ์ระหว่างการผ่าตัดแปลงเพศและธรรมชาติ (sex re-assignment surgery and nature) ซึ่งแสดงถึงการใช้ตรรกะทางชีวภาพของกฎหมายแฝงอยู่ คือ การมีเพศสัมพันธ์แบบต่างเพศ (heterosexuality) เป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้ศาลอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการสมรส (หรือมีการพิจารณาเรื่อง “ธรรมชาติของการมีเพศสัมพันธ์ในความสัมพันธ์แห่งการสมรส (naturalness of sex within marriage)”) การที่ศาลไม่อนุญาตให้มีการสมรสใน Corbett เนื่องจากผู้ร้องที่เป็นคนข้ามเพศจากชายเป็นหญิงเคลื่อนตนเองออกห่างจากธรรมชาติของการมีเพศสัมพันธ์นี้ (เปลี่ยนจากชายเป็นหญิง) ในขณะที่ Mrs W ซึ่งมีเพศคลุมเครือ (อันเป็น “ความผิดพลาดของธรรมชาติ”) เป็นการพยายามทำให้ตัวเองสอดคล้องกับธรรมชาติ จากความคลุมเครือไปสู่ความชัดเจนตามแบบแผนที่สอดคล้องกับการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ⁴⁴

คดีสองคดีดังกล่าวอาจทำให้นักไปถึงกรณีในรัฐไทยเกี่ยวกับการขอเปลี่ยนเพศของบุคคลที่มีสองเพศโดยกำเนิด (intersex persons) ซึ่งกระทรวงมหาดไทยอนุญาตให้มีการเปลี่ยนเป็น “เพศที่ถูกต้อง” และมีสิทธิขอเปลี่ยนเพศในเอกสารระดับทางการได้⁴⁵ อย่างไรก็ตาม บทความเชื่อเชิญให้พิจารณาเพิ่มเติมถึงเหตุผลที่ชาร์ปสกัดออกมาจากวิธีคิดของกฎหมาย ซึ่งวิธีการดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้เพื่อวิเคราะห์ประเด็นที่กว้างกว่านั้น คือ ปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในพัฒนาการของกฎหมายไทยที่คัดเลือกมาที่จะวิเคราะห์ในส่วนถัดไป

การวิเคราะห์ของชาร์ปทำให้พอเข้าใจวิธีคิดแบบทวิเพศของกฎหมายและการยึดโยงกฎหมายกับปัจจัยทางชีวภาพได้ ดังนี้ (1) แม้กฎหมายมิได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ในข้อเท็จจริงของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่จะ

⁴² *W v W* [2001] 1 FLR 324.

⁴³ โปรดดูมุมมองนิติศาสตร์สตรีนิยมเพิ่มเติมใน Lacey (n 29); Munro Vanessa, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, (Oxford, Hart Publishing 2007).

⁴⁴ Sharpe, *Transgender Jurisprudence* (n 7) p.47-49.

⁴⁵ UNDP and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand (n 26) p.59-61.

พิจารณาอย่างละเอียดและเคร่งครัดภายใต้กรอบคิดแบบทวิเพศเมื่อเกิดประเด็นข้อถกเถียงเกี่ยวกับสิทธิในสถานะทางกฎหมายของอัตลักษณ์ของบุคคล (ซึ่งมีใช่เพียง “สิทธิในเชิงปฏิเสศ”) (2) การใช้ตรรกะทางชีวภาพของกฎหมายมิได้หมายความว่าเหยียดเพศกำเนิดในการพิจารณาสถานะบุคคลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงวิถีคิดและหลักคิดของกฎหมายด้วย อาทิ ความสัมพันธ์ระหว่างความคลุมเครือทางเพศและการเคลื่อนไปทีไปหา “ธรรมชาติ” ซึ่งจะได้รับการยอมรับทางกฎหมายมากกว่า ประเด็นหลังนี้เห็นได้ชัดในกรณีที่รัฐไทยอนุญาตให้บุคคลที่เกิดมามีสองเพศในตนเองสามารถเปลี่ยนเพศได้ เมื่อทำการผ่าตัดแปลงเพศให้เป็น “เพศที่ถูกต้อง” แล้ว โดยอาจกล่าวได้ว่าการปรับเปลี่ยนเพศในกรณีนี้มีได้ดำเนินไปบนฐานคิดว่าด้วยเสรีภาพในการกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเอง แต่วางอยู่บนฐานทวิเพศที่บุคคลจำต้องเลือกเพศใดเพศหนึ่งเพื่อให้ถูกต้องตาม “ธรรมชาติ” มากกว่า และ (3) ระบบกฎหมายอาจมิได้นำตรรกะทางชีวภาพมาใช้เพียงลำพัง แต่อาจใช้ประกอบกับอุดมคติอื่น เช่น วิถีคิดแบบชายเป็นใหญ่ (patriarchy) ที่ฝังรากลึกอยู่ในองค์ความรู้และในสังคม (ซึ่งแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ สังคม และวัฒนธรรม) การดำเนินรอยตามวาทกรรมที่มีพลังอำนาจสูงซึ่ง “เชื่อถือได้” การตรวจสอบ “ความจริงแท้ (authenticity)” ของการข้ามเพศที่เกิดขึ้นในบริบทของภาคพื้นยุโรปในเวลาที่ยุโรปเขียนบทความนี้⁴⁶ ซึ่งต่อมาหลักเกณฑ์ในการทำงานเดียวกันก็เกิดขึ้นภายใต้กรอบกฎหมายว่าด้วยการตระหนักรู้ทางเพศ (Gender Recognition Act 2004) ด้วย⁴⁷ ฐานคิดของระบบกฎหมายไทยภายใต้พัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายทางเพศ

ในส่วนนี้ซึ่งเป็นส่วนสุดท้าย บทความเริ่มด้วยการทำความเข้าใจฐานคิดของกฎหมายไทยว่าด้วยความหลากหลายทางเพศที่แบ่งกลุ่มไว้ในส่วนที่สองที่ละกลุ่ม และในช่วงสุดท้าย บทความนำวิธีการวิเคราะห์ของชาร์ปในส่วนที่แล้มาไว้วิเคราะห์เพื่อให้เห็นลักษณะ “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้” ของระบบกฎหมายไทยต่อความหลากหลายทางเพศ ซึ่งอยู่ในลักษณะใกล้เคียงกับการยอมรับได้เพียงโดยอ้อมของ SDGs

หนึ่ง กฎหมายที่ตระหนักรู้การดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ

ในกรณีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 แม้หลักการและตัวบทกฎหมายแสดงถึงการตระหนักรู้เพศสถานะที่หลากหลาย แต่มีการตั้งข้อสังเกตและแสดงความไม่มั่นใจว่า เหตุยกเว้นให้การกระทำที่อยู่ในนิยามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติในลักษณะดังกล่าวมีหลายประการเกินไป และเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างโดยไม่คำนึงถึงความไม่เท่าเทียมแห่งพลังอำนาจอันเป็นส่วนประกอบของการใช้ดุลยพินิจ เหตุยกเว้นที่ถูกรวิพากษ์ ได้แก่ “เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ”⁴⁸ นอกจากนี้ ยังมีการวิพากษ์ในประเด็นอื่นๆ เช่น โอกาสอันจำกัดในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยกร่างพระราชบัญญัติฯ ความรับรู้ถึงการมีอยู่ของพระราชบัญญัติฯ ที่อยู่ในระดับต่ำ ซึ่งส่งผลให้มีผู้ใช้สิทธิในความคุ้มครองไม่มากนัก การมีขั้นตอนจำนวนมากที่ทำให้การยื่นคำร้องยุ่งยากและเป็นภาระจนเกินควร⁴⁹

⁴⁶ อาทิ การตรวจสอบประวัติความเป็นมาของผู้ร้อง ดังนั้นผู้ที่พร้อมผ่านการผ่าตัดอันเจ็บปวดทรมานในการแปลงเพศ จึงมีความเป็นบุคคลข้ามเพศที่จริงแท้. Sharpe, *Transgender Jurisprudence* (n 7) p.52-55.

⁴⁷ Sharpe, *Foucault’s Monsters and the Challenge of Law* (n 33).

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน มาตรา 17 วรรคสอง.

⁴⁹ Sinen Neang, ‘Thailand’s Invisible Gender Law’ (ASEAN News, 26 December 2017), <http://www.aseannews.net/thailands-invisible-gender-law> accessed 4 August 2018; United Nations Working Group on Business and Human Rights, ‘Statement at the End of Visit to Thailand’ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 4 April 2018), <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/Display>

เนื่องจากพระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับมาไม่ถึงสามปี จึงอาจเป็นการด่วนสรุปเกินไปถึงความล้มเหลวในการบังคับใช้ในเชิงเนื้อหา อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตประการหนึ่งที่ได้จากหลักการและถ้อยคำในพระราชบัญญัติฯ ซึ่งสอดคล้องกับฐานคิดที่วิเคราะห์ได้จากบทบัญญัติฉบับอื่นที่วิเคราะห์ในบทความนี้ คือ พระราชบัญญัติฯ มิได้รับรองสถานะทางกฎหมายให้แก่บุคคลกลุ่มนี้ เป็นแต่เพียงการประกันสิทธิในเชิงปฏิเสธ (negative rights) ได้แก่ การห้ามองค์การหรือบุคคลที่กำหนดกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง การตระหนักรู้ว่าความหลากหลายทางเพศมีอยู่ในสังคมมิใช่เรื่องใหม่ และพระราชบัญญัติฯ ก็เพียงใช้ฐานคิดเดิมที่ตระหนักรู้การดำรงอยู่นี้แล้วมาห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น ฐานคิดของกฎหมายจึงยังไม่หลุดพ้นจากกรอบคิดในภาวะ “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้”

ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร แม้จะมีการตระหนักถึงความแตกต่างของ “ผู้ชาย” และ “ผู้มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” และมีกรยกเลิกการใช้ถ้อยคำ “โรคจิตถาวร” ในเหตุผลของการได้รับยกเว้นการเกณฑ์ทหาร แต่บทความพบว่า วิธีคิดเกี่ยวกับการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ที่ไม่ว่าจะให้แก่บุคคลประเภทใด ตั้งอยู่บนฐานที่ว่าบุคคลที่ได้รับการยกเว้นคือกลุ่มคนที่ “คุณสมบัติไม่ถึงเกณฑ์ (underqualified)” มิใช่การตระหนักรู้ความหลากหลายทางเพศที่แท้จริง⁵⁰ ทั้งนี้ พิจารณาได้จากการที่ “ผู้มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ยังถูกจัดอยู่ในบุคคล “จำพวกที่ 2 ได้แก่คนซึ่งมีร่างกายที่เห็นได้ชัดว่าไม่สมบูรณ์ดีเหมือนคนจำพวกที่ 1 แต่ไม่ถึงทุพพลภาพ”⁵¹

นอกจากนี้ หากจำกัดกรอบความสนใจให้แคบลงไปที่ถ้อยคำ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (gender identity disorder)” บทความมีข้อสังเกตอย่างน้อยสองข้อตามมา ข้อสังเกตแรกคือ แม้จะเป็นถ้อยคำที่แสดงถึงความเข้าใจมากขึ้น (อย่างน้อยในภาษาไทย) แต่ภาวะดังกล่าวก็ยังถือเป็น “ความผิดปกติ (disorder)” อยู่ดี เมื่อสืบสาวลงไป พบว่าการปรับใช้เหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศฯ อิงอยู่กับบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก (WHO) ที่เรียกว่า “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems” ซึ่งฉบับปัจจุบันเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 10 (10th Revision: ICD-10)” โดยเดิม WHO กำหนดให้ภาวะ “รักเพศเดียวกัน (homosexuality)” อยู่ในบัญชีการเป็นโรคทางจิตเวช แต่ต่อมาได้ถอดภาวะดังกล่าวออกจากบัญชีในปี ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535)⁵² อย่างไรก็ตาม การเป็น “คนข้ามเพศ (transsexuality)” ยังคงอยู่ในบัญชีดังกล่าว (ซึ่งอยู่ในหมวด gender identity disorders ทั้งใน ICD-10 ฉบับปี ค.ศ. 2010 และ ค.ศ. 2016 ซึ่งเป็นฉบับล่าสุด)⁵³ โดยนอกจาก transsexualism แล้ว ในหมวด gender identity disorders ยังมีภาวะอื่น เช่น dual-

News.aspx?NewsID= 22915&LangID= E accessed 4 August 2018; Russell Martin, ‘Human Rights in Thailand’ (European Parliament, 4 July 2018), [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA\(2018\)625107](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA(2018)625107) accessed 4 August 2018.

⁵⁰ UNDP and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand (n 26) p.47-49.

⁵¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ข้อ 3 วรรคสาม.

⁵² ส่วนสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน (American Psychiatric Association: APA) ลงมติถอด homosexuality ออกในปี ค.ศ. 1973 (พ.ศ. 2516) แต่ก็เป็นเพียงการปรับเปลี่ยนถ้อยคำ จนในที่สุดจึงมีการถอดออกอย่างถาวรในปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530)

⁵³ เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2561 WHO ได้เผยแพร่ ICD-11 ฉบับที่จะนำเข้าที่ประชุมสมัชชาขององค์การอนามัยโลกครั้งที่ 72 (Seventy-second World Health Assembly) เพื่อขอความเห็นชอบในเดือนมกราคม พ.ศ. 2562 และจะมีผลในปี พ.ศ. 2565 ในฉบับนี้ WHO ได้ยุบกลุ่ม Gender Identity Disorders และเปลี่ยนถ้อยคำเป็น Gender Incongruence พร้อมทั้งเปลี่ยนคำอธิบายภาวะดังกล่าวและถอดออกจากประเภท “โรคทางจิตเวช (mental disorders)” มาอยู่ในประเภท “สุขภาวะทางเพศ

role transvestism (การแต่งตัวแบบข้ามเพศ หรือ cross-dressing) ด้วย ทั้งนี้ WHO ให้เหตุผลว่า การยังคงคนข้ามเพศไว้ในบัญชีฯ เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์และการอนามัย กล่าวคือ เมื่อถือว่าภาวะดังกล่าวเป็น “โรคทางการแพทย์” ก็มีแนวโน้มที่จะทำให้บุคคลข้ามเพศได้รับสวัสดิการการรักษา (เช่น การผ่าตัดแปลงเพศและการให้ฮอร์โมน) จากรัฐ อย่างไรก็ตาม มีการวิพากษ์ว่า สถานะแบบนี้เป็นผลเสียมากกว่าผลดี ซึ่งส่วนที่เป็นผลดี (การได้รับสวัสดิการการรักษา) เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศชนชั้นนำที่จัดให้มีสวัสดิการดังกล่าวเท่านั้น กล่าวอย่างง่ายได้ว่า นอกจากจะไม่ได้รับสวัสดิการแล้ว บุคคลข้ามเพศส่วนใหญ่ในโลกกลับมีความเสี่ยงที่จะได้รับผลเสียจากการถูกตีตราว่าเป็นพวกโรคจิต

ข้อสังเกตที่สอง (ซึ่งการวิเคราะห์อย่างละเอียดพ้นไปจากขอบเขตของบทความนี้) คือ การใช้ถ้อยคำในภาษาไทยและภาษาอังกฤษไม่ตรงกัน เนื่องจากหากแปล “gender identity disorder” แบบตรงตัว จะได้ว่า “ความผิดปกติของอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ” แต่คำภาษาไทยในกฎหมายกลับใช้คำว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ซึ่งอยู่ในลักษณะเชิงบวกมากกว่า ในกรณีนี้ อารยา สุขสม มีความเห็นในดัชนีพินธ์ สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย ไปในทิศทางที่ดีว่า แม้จะมีข้อจำกัดบางประการ แต่พัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางเพศจนถึง ณ เวลาที่เขียนถือเป็นความก้าวหน้าของระบบกฎหมายไทย และภาวะไม่ลงรอยกับเอกสารระดับระหว่างประเทศในบางกรณีถือเป็นความก้าวหน้าที่สุดสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนยิ่งกว่าเนื้อหาในเอกสารเหล่านั้น เช่น กรณีที่รัฐไทยเลือกใช้คำว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” เป็นคำแปลของคำว่า “gender identity disorder” แสดงถึงความเข้าใจของรัฐไทยที่ไม่ถือว่าภาวะดังกล่าวเป็นโรค แม้ WHO จะยังจัดให้อยู่ในบัญชีว่าด้วยโรคทางจิตเวชก็ตาม⁵⁴ บทความนี้ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของอารยาเสียทีเดียว และมีความเคลือบแคลงสงสัยถึงกรอบคิดบางประการที่ติดตรึงอยู่กับฐานคิดของระบบกฎหมายที่ทำให้มีการเลือกใช้คำที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะข้อสังเกตที่ว่า หากรัฐไทยมีฐานคิดที่เข้าใจความหลากหลายทางเพศที่แท้จริง เหตุใดจึงมีความจำเป็นที่ยังจะต้องเชื่อมโยงวาทกรรมทางการแพทย์และจิตวิทยาเข้ากับการตรากฎหมายอยู่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เหตุใดการออกกฎหมายต้องอิงกับองค์ความรู้ทางการแพทย์และจิตวิทยา ทั้งที่ในปัจจุบันมีองค์ความรู้อื่น เช่น การศึกษาเกี่ยวกับเพศสถานะ (gender studies) ซึ่งอยู่ในอาณานิเวศสังคมศาสตร์ (social sciences) ที่อาจนำมาปรับใช้กับการทำความเข้าใจภาวะลักษณะนี้ได้ดีกว่า

สภาวะดังกล่าวของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหารยืนยันฐานคิดของระบบกฎหมายไทยว่า การดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอยู่ในสถานะ “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้” ในสายตาของรัฐที่ยึดถือระบบทวิเพศ (sexual dualism) อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้เมื่อวิเคราะห์ในภาพที่กว้างออกไปประกอบกฎหมายว่าด้วยสถานะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ สภาวะดังกล่าวก็ยิ่งได้รับการยืนยันอย่างหนักแน่นขึ้น เช่น หากรัฐกล่าวว่า “บุคคลข้ามเพศฯ เป็นเพศหนึ่ง” ที่ไม่ต้องเกณฑ์ทหาร (แทนที่จะจัดให้เป็นบุคคลจำพวกที่มีร่างกายไม่สมบูรณ์ดี) จะเท่ากับว่า “เพศ” ไม่ได้มีเพียงชายและหญิงตามระบบที่รัฐยึดถือ หลักฐานที่ยืนยันว่ารัฐไทยยึดระบบทวิเพศอย่างเคร่งครัด ยกตัวอย่างเช่น การบังคับให้ใส่เพศ

(sexual health conditions)” ทั้งนี้ WHO มีความเห็นว่า การปรับปรุงครั้งนี้จะช่วยลดการตีตรา (stigma) ที่ติดมากับการถูกทำให้เป็นผู้ป่วยทางจิตเวช และทำให้บุคคลกลุ่มนี้ได้รับการบริการด้านสุขภาพที่ดีขึ้นด้วย

⁵⁴ อารยา สุขสม (เชิงอรรถที่ 6) หน้า 419-420.

เด็กแรกเกิดในสูติบัตร การใช้คำนำหน้านามได้เพียงนาย นาง หรือนางสาว ตามเพศกำเนิด⁵⁵ และคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่าเพศถูกกำหนดเมื่อแรกเกิดและเพศหญิงคือบุคคลที่ “ออกลูกได้” เท่านั้น⁵⁶

สอง กฎหมายที่ตระหนักรู้ความหลากหลายของวิถีทางเพศ (sexuality) ของบุคคล

จากข้อวิพากษ์ต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราในปี พ.ศ. 2550 ต่อมาในช่วงกลางทศวรรษ พ.ศ. 2550 ในประเด็นวิธีการกระทำชำเรา ศาลได้คลี่คลาย “ความคลุมเครือ” ดังกล่าว ด้วยการมีแนววินิจฉัยสอดคล้องกับแนวทางเดิมก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยเห็นว่า กฎหมายเพิ่มเพียงสิ่งที่ใช้สำหรับและสิ่งที่ถูกกระทำชำเราเท่านั้น แต่วิธีการกระทำชำเรายังคงอยู่ในความหมายเดิม คือ ต้องมีการ “สอดใส่หรือล้วงล้ำเข้าไป” เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4146/2555 กล่าวไว้⁵⁷

สื่อให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกลมเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หาใช่มีเจตนาเพียงแค่กระทำอนาจารไม่

และในคำพิพากษาฎีกาอีกฉบับหนึ่ง ศาลตัดสินว่า การที่จำเลยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ไม่ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ เนื่องจากอวัยวะเพศมีขนาดเล็กเกินไป และการใช้ลิ้นเสียดก็ยังไม่ล้วงล้ำเข้าไปเช่นกัน ถือได้ว่าเป็นเพียง “การพยายามกระทำชำเรา” เท่านั้น⁵⁸ คำพิพากษาเหล่านี้จึงนำไปสู่แนวโน้มที่ว่า การกระทำทางเพศจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำทางทวารหนักหรือทางช่องปากที่ถือเป็นการ “ล้วงล้ำ” ในความหมายดังกล่าวได้เท่านั้น

จากความคลุมเครือ (ในมุมมองของผู้ใช้กฎหมายอาญา) ดังกล่าว จึงมีแนวความคิดการปรับปรุงกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอีกครั้ง โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้ตรวจร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญานี้แล้ว และเปิดให้รับฟังความคิดเห็นทางเว็บไซต์ของคณะกรรมการกฤษฎีกาเสร็จสิ้นไปเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561⁵⁹ ร่างฯ นี้ยึด “การกระทำชำเรา” ตามความหมาย “ตามธรรมชาติ” คือ “การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำอวัยวะเพศ

⁵⁵ กฎหมายล่าสุดในปี พ.ศ. 2551 เพิ่มเพียงหลักการให้หญิงเลือกใช้นางหรือนางสาวนำหน้านามได้แม้สมรสแล้วเท่านั้น โดยระหว่างยกเว้น กลุ่มบุคคลข้ามเพศเรียกร้องให้รวมสิทธิของบุคคลข้ามเพศในการเลือกใช้นามของเพศ (กำเนิด) ตรงข้ามไปด้วย แต่ข้อเสนอดังกล่าวตกไปในชั้นสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เหตุผลที่ปฏิเสธ อาทิ ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีและกฎหมาย อาจทำให้ชายสับสนแต่งงานด้วยโดยบุคคลข้ามเพศไม่สามารถมีลูกได้ อาจมีคนผ่าตัดแปลงเพศเพื่อหนีทหาร อาจมีอาชญากรแปลงเพศและเปลี่ยนคำนำหน้านามเพื่อหนีคดี. วราภรณ์ แซ่มสนิท (เชิงอรรถที่ 27) หน้า 55-58.

⁵⁶ “เพศของบุคคลธรรมดา นั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่า หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่า ออกลูกได้”. คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 (เชิงอรรถที่ 39).

⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 4146/2555.

⁵⁸ เอื้อพร เพ็ชรศิริ, แนวคิดใหม่เกี่ยวกับความเสมอภาคทางเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาเปรียบเทียบบางประเทศในประชาคมอาเซียน, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 80.

⁵⁹ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) (รับฟังความคิดเห็นถึงวันที่ 23 ก.พ. 61) เผยแพร่และเปิดรับฟังความคิดเห็นระหว่างวันที่ 5-23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 โดยฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในเว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งเห็นได้ชัดว่า หมายถึงการกระทำโดย “อวัยวะเพศชาย” เท่านั้น และแยก “การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศสว่างล้ำอวัยวะหรือทวารหนัก” ไปเป็นบทบรรณาธิใน “ฐานกระทำอนาจาร” (การกระทำอนาจารที่รุนแรงกว่าการกระทำอนาจารทั่วไป) โดยมีโทษเท่ากับ “การข่มขืนกระทำชำเรา”⁶⁰

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าลักษณะดังกล่าวยังคงครอบคลุมความหมายของอวัยวะและสิ่งที่ใช้กระทำ ความรุนแรงทางเพศที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 และกำหนดโทษยังคงเท่าเดิม เพียงแต่มีการจัดระบบฐานความผิดใหม่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม บทความนี้ตั้งข้อสังเกตสำคัญสามประการคือ (1) การที่กฎหมายมุ่งจัดความคลุมเครือของวิธีการกระทำชำเราโดยจำกัดนิยามให้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลฎีกาและเน้นย้ำว่าเป็นการปรับปรุงเพื่อให้สอดคล้องกับ “ธรรมชาติของการกระทำชำเรา” มากยิ่งขึ้น⁶¹ และจัดวางตำแหน่งแหล่งที่ถูกต้องของการร่วมเพศที่ “ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ” แสดงให้เห็นว่าความหมายของถ้อยคำในกฎหมายมีความสำคัญมาก จึงเป็นสิ่งยืนยันอำนาจเชิงบรรทัดฐาน (normative power) ของกฎหมาย ซึ่งมีศักยภาพในการสร้างความหมายเชิงวัฒนธรรม (cultural meaning) ได้เป็นอย่างดี (2) การจัดหมวดหมู่ของการกระทำ ความรุนแรงทางเพศโดยพิจารณาจากอวัยวะ/สิ่งที่ใช้ในการกระทำ ความรุนแรงทางเพศ ที่แม้อัตราโทษทางอาญาจะเท่ากัน เป็นการย้อนกลับไปสนับสนุนวิถีทางเพศที่ถูกประกอบสร้างบนบรรทัดฐานต่างเพศอย่างชัดเจน (การกระทำชำเราซึ่งได้แก่การสอดใส่ด้วยอวัยวะเพศชาย คือ วิธีการร่วมเพศ “ตามธรรมชาติ” เพียงแบบเดียว ส่วนการล่วงล้ำแบบอื่นและการร่วมเพศที่ไม่มีการล่วงล้ำเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งมีใช้การร่วมเพศ เป็นเพียงการกระทำที่น่าอับอายขยหน้าหรือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศเท่านั้น)⁶² และ (3) การร่วมเพศแบบอื่นๆ โดยไร้การสอดใส่หายไปจากความเข้าใจของระบบกฎหมายอาญาอย่างสิ้นเชิง โดยกลับไปอยู่ในความหมายของการกระทำอนาจารธรรมดาตามความหมายก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 เกี่ยวกับข้อสังเกตทั้งสามประการนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวทำให้เห็นการวางตำแหน่งตนเองของกฎหมายอาญา โดยแสดงให้เห็นว่าตนเองยังทำหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการที่จะเป็นอิสระจากความรุนแรงเพื่อดำรงไว้ซึ่งสังคมที่สงบสุขปลอดภัย แต่กรอบคิดในเรื่องเพศของกฎหมายอันเป็นพลังอำนาจเชิงบรรทัดฐานที่ฝังแฝงอยู่ในกฎหมายยังคงไม่เปลี่ยนแปลง อีกทั้งยังมีแนวโน้มกลับไปเป็นแบบเดิมอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป บทความนี้เห็นว่า ระบบกฎหมายอาญาของไทยตระหนักรู้ว่า การร่วมเพศโดยคนเพศสรีระเดียวกันจนถึงขอบเขตหนึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในสังคม และการข่มขืนกระทำชำเรากระทำได้โดยคนทุกเพศ และเกิดขึ้นได้กับทุกเพศ อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเรา (หรือวิธีการร่วมเพศ) ยังคงยึดโยงอยู่กับอวัยวะเพศชาย และวิธีการร่วมเพศแบบชายกระทำต่อหญิง เห็นได้จากการที่ศาลและร่างกฎหมายที่กำลังเสนอแก้ไขเพิ่มเติมยังคงมองว่าการกระทำชำเราจำเป็นต้องมีการสอดใส่ ซึ่งทำให้การร่วมเพศที่ไม่มีการล่วงล้ำหลุดหายไปจากร่มของ “การกระทำชำเรา” ในกฎหมายอาญาโดยสิ้นเชิง แม้กฎหมายที่แก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 จะใช้คำว่า “กระทำกับ” ก็ตาม

⁶⁰ โดย “ชำเรา” มีความหมายว่า ลึกหรือล่วงเข้าไป ดังนั้น คำว่า “ลักษณะตามธรรมชาติของการกระทำชำเรา” ตามเหตุผลประกอบการยกร่างฯ จึงมีสองความหมาย คือ (1) การกระทำชำเราต้องมีการล่วงล้ำ (ตัดการกระทำทางเพศอื่นที่ไม่มีการล่วงล้ำไปอยู่ในความหมายของการทำอนาจาร) จึงสื่อให้เห็นถึง “ธรรมชาติในแง่ความหมายของคำ” และ (2) การกระทำชำเราคือ “ลักษณะการมีเพศสัมพันธ์แบบธรรมชาติ” เนื่องจากทั้ง “การกระทำชำเรา” และ “การกระทำอนาจารที่รุนแรงกว่าการกระทำอนาจารทั่วไป” ต่างก็ต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปในที่ลึกเช่นกัน การกระทำที่มีการล่วงล้ำแต่มิใช่การกระทำ “ตามธรรมชาติ” จึงถูกแยกไปเป็นอีกส่วนหนึ่ง

⁶¹ เหตุผลประกอบการยกร่างฯ. ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 353/2476; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550.

ยิ่งกว่านั้น ร่างที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติมยังพยายามจัดหมวดหมู่วิธีการร่วมเพศให้มีการร่วมเพศ “ตามธรรมชาติ” (การที่อวัยวะเพศล่งเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก) และการร่วมเพศแบบ “ผิดธรรมชาติ” (การใช้สิ่งอื่นหรืออวัยวะอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศล่งล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนัก) ซึ่งแม้การร่วมเพศแบบ “ผิดธรรมชาติ” นี้จะมีใช้บรรทัดฐานการร่วมเพศของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายพยายามแยกแยะความถูกต้องและความผิดปกติ และสร้างบรรทัดฐานในทางเพศบางประการขึ้นมา ด้วยเหตุต่าง ๆ เหล่านี้ แท้จริงแล้วความเข้าใจของกฎหมายในเรื่องวิธีการร่วมเพศของบุคคลก็ยังตั้งอยู่บนฐาน การร่วมเพศแบบกรอบคิดต่างเพศและการแบ่งเพศแบบทวิเพศ ซึ่งเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับ “ธรรมชาติ” เช่นเดิม

มองฐานคิดของกฎหมายไทยด้วยวิธีการใน Transgender Jurisprudence

จากการขุดคุ้ยหลักคิดของกฎหมายไทยเกี่ยวกับเพศของบุคคลและความหลากหลายทางเพศที่แบ่งออกเป็นสองกลุ่มข้างต้น ในกลุ่มที่หนึ่ง บทความสรุปสิ่งที่ค้นพบได้ว่า (1) สิทธิที่บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศได้รับมักเป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธ (negative rights) (2) ถึงแม้ได้รับสิทธิบางประการ แต่ก็มีข้อยกเว้นให้รัฐใช้ดุลพินิจอย่างกว้าง และ (3) วาทกรรมที่ทรงพลัง อย่างวาทกรรมทางการแพทย์และวาทกรรมทางจิตวิทยา มีอิทธิพลอย่างมากต่อการกำหนดบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเพศของบุคคล

ในกลุ่มที่สอง บทความตระหนักถึงความแตกต่างกันระหว่างเพศวิถี (sexuality) และการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ (gender identity expression) อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์กฎหมายในกลุ่มที่สองทำให้เห็นความเข้าใจของรัฐ ผ่านกฎหมาย ในเรื่องวิถีทางเพศที่มีแนวโน้มวางอยู่บนบรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) และระบบทวิเพศ (sexual dualism) ซึ่งหมายความว่า วิธีการร่วมเพศที่แตกต่างไปจากชนบจะกลายเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ (unnaturalness) ไป ในแง่นี้ พลังอำนาจเชิงบรรทัดฐาน (normative power) ของกฎหมายจึงถอยกลับไปในทิศทางที่จะไม่เปิดกว้างสู่ความหลากหลายทางเพศอีกครั้ง

บทความมีความเห็นว่า ภายใต้ขอบเขตจำกัดของบทความนี้ ข้อสังเกตข้างต้นมีจุดร่วมบางประการที่สามารถนำไปเชื่อมโยงกันเป็นฐานคิด (ส่วนหนึ่ง) ของระบบกฎหมายที่มีต่อประเด็นความหลากหลายทางเพศได้ ได้แก่ การยึดถือระบบทวิเพศบนบรรทัดฐานแบบต่างเพศ การจัดแบ่งความเป็น “ธรรมชาติ” และ “ไม่ธรรมชาติ” ในเรื่องเพศ ภาวะที่รัฐให้แต่สิทธิในเชิงปฏิเสธแก่บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ และลักษณะของกฎหมายที่มักต้องอิงกับวาทกรรมที่ทรงพลังในอาณาบริเวณอื่น

เมื่อนำข้อสังเกตสามประการที่บทความได้จากการวิเคราะห์ของชาร์ปในส่วนที่สามมาพิจารณากับข้อสังเกตต่อพัฒนาการกฎหมายด้านบน บทความพอเห็นภาพวิสัยคิดในระดับฐานรากของระบบกฎหมายไทยในประเด็นความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารและกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำความรุนแรงทางเพศ ดังนี้

ในกรณีการยกเว้นการเกณฑ์ทหาร ข้อสังเกตประการหนึ่งที่เหมาะสมได้รับการชี้แจงก่อนวิเคราะห์ต่อไปคือ ในทางปฏิบัติ การยกเว้นดังกล่าวมิได้จำกัดไว้เฉพาะบุคคลที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศแล้ว แต่ยังรวมไปถึงบุคคลที่มีสภาพจิตใจที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิดจริงๆ ที่ไม่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศด้วย ขอเพียงได้รับการรับรองจากจิตแพทย์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้วเท่านั้น⁶³ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ถูกชุกซ่อนไว้ประการแรกคือ การแบ่งแยก “ความผิดปกติ (abnormality)” และ “ความปกติ/ความเป็นธรรมชาติ (normality/naturalness)” ออกจากกัน

⁶³ กรมการแพทย์ทหารบก, ‘ความรู้เบื้องต้นสำหรับแพทย์ในการตรวจร่างกายการเกณฑ์ทหาร’, <http://www.sussadee.com/PR/doc1.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2561.

เห็นได้จากการที่บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศได้รับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารบนฐานของ “ผู้มีร่างกายไม่สมบูรณ์” ซึ่งยึดโยงอยู่กับการพิจารณาสภาพร่างกายที่แตกต่างจากร่างกายปกติ และประการที่สองคือ เหตุแห่งการยกเว้นยังจำเป็นต้องอาศัยวาทกรรมที่ทรงพลังกว่าอย่างวาทกรรมทางการแพทย์/จิตวิทยา (บัญชีโรคของ WHO) มาสร้างข้อยกเว้นให้แก่บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ทั้งนี้ การพิจารณาเหตุการณ์สำคัญเรียงตามลำดับเวลาจะทำให้เห็นภาพได้ชัดยิ่งขึ้น เริ่มจากในช่วงทศวรรษ พ.ศ. 2540 มีการเรียกร้องให้กระทรวงกลาโหมใช้เหตุอื่นในการยกเว้นการเกณฑ์ทหารแก่กลุ่มคนข้ามเพศ และต่อมาในปี พ.ศ. 2551 กระทรวงกลาโหมได้ยืนยันต่อศาลปกครองว่าจะอิงการแก้ไขกับบัญชีจำแนกโรคของ WHO โดยเสนอนำคำว่า “gender identity disorder” มาใช้ตามคำแนะนำของกรมการแพทย์ทหารบก⁶⁴ ในทางวิชาการ อิทธิพลของวาทกรรมทางการแพทย์/จิตวิทยาดังกล่าวมีผลกระทบเช่นกัน อาทิ ในสารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ ที่จัดทำเสร็จสิ้นเมื่อปี พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004)⁶⁵ หลังศึกษากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตให้ผู้แปลงเพศเปลี่ยนเพศในทางกฎหมายได้ในหลากหลายประเทศที่พัฒนาแล้ว วัชรินทร์ สังสีแก้ว มีข้อเสนอให้รัฐไทยมีกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยเหตุที่รัฐไทยควรอนุญาตตั้งอยู่บนฐานวาทกรรมทางการแพทย์และแยกขาดจากองค์ความรู้ทางสังคมศาสตร์อย่างเห็นได้ชัด เช่น รัฐไทยควรมองว่าภาวะข้ามเพศ (transsexualism) เป็นโรคทางจิตเวช จึงถือเป็นผู้ป่วยที่สมควรที่จะได้รับการช่วยเหลือทางการแพทย์ (การทำศัลยกรรมแปลงเพศ) จากรัฐ และรัฐไทยควรยอมรับสถานะของผู้ผ่านการแปลงเพศนั้นในทางกฎหมายด้วย เมื่อมองเหตุการณ์ในทศวรรษถัดมา (พ.ศ. 2550-2559) ท้ายที่สุด กระทรวงกลาโหมได้ใช้ถ้อยคำ “gender identity disorder” มาเป็นเหตุยกเว้นการเกณฑ์ทหารจริงๆ ดังนั้น จึงน่าจะมั่นใจว่า ในปัจจุบัน (พ.ศ. 2561) ขณะที่ WHO กำลังจะนำ ICD-11 มาใช้แทน ICD-10 และได้ปรับเปลี่ยนให้ “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ไม่เป็นโรคทางจิตเวชอีกต่อไป รัฐไทยจะพิจารณาปรับเปลี่ยนถ้อยคำดังกล่าวหรือไม่ ปรากฏการณ์ต่าง ๆ เหล่านี้แสดงให้เห็นทิศทางของระบบกฎหมายที่มีแนวโน้มต้องอิงกับองค์ความรู้ใหม่ที่ทรงพลังต่าง ๆ และเมื่อเป็นเรื่องความหลากหลายทางเพศ พลังอำนาจนั้นมักจะเป็นวาทกรรมทางการแพทย์

ในกรณีการกระทำความรุนแรงทางเพศ ระบบกฎหมายไทยประสบกับความยากลำบากในการตีความคำว่า “กระทำกับ” ซึ่งเป็นนิยามของการกระทำชำเราที่ได้รับการเพิ่มเติมไปในประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2550 และต่อมาได้ตัดสินใจให้วิธีการกระทำชำเรายังคงอยู่ในความหมายเดิมก่อนการเพิ่มเติมดังกล่าว (ต้องมีการล่วงล้ำ) คือยังยึดอยู่กับบรรทัดฐานแบบต่างเพศ (heteronormativity) ซึ่งขบขันวิธีการ “ตามธรรมชาติ” ของการร่วมเพศอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ กรอบคิดดังกล่าวยังได้รับการเน้นย้ำในร่างเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในกรณีนี้ โดยนอกจากการยืนยันบรรทัดฐานแบบต่างเพศด้วยการกำหนดให้ชัดเจนถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการ “การล่วงล้ำ” จึงจะเป็นการกระทำชำเราแล้ว หลักการสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การสร้างประเภทการกระทำอนาจารที่มีความรุนแรงกว่าการกระทำอนาจารทั่วไป อันเป็นการแยกการกระทำชำเราตามนิยามที่เพิ่มเติมไปในกฎหมายในปี พ.ศ. 2550 ส่วนหนึ่ง ออกจากการกระทำชำเรา (หรือวิธีการร่วมเพศ) “ตามธรรมชาติ” และก่อให้เกิดความขัดแย้งว่า การกระทำนอกขอบที่สร้างความเสียหายต่อผู้ถูกกระทำในระดับเดียวกัน เป็นวิธีการร่วมเพศที่ “ผิดธรรมชาติ” ทั้งนี้ แม้การกระทำในกรณีนี้ (การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นที่มีใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น) จะมีใช้บรรทัดฐานของการร่วมเพศของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ แต่ปรากฏการณ์ดังกล่าวทำให้เห็นฐานคิดของกฎหมายที่เคร่งครัดในระบบทวีเพศเป็นอย่างสูง และพยายามแยกแยะ จัดแบ่ง และจัดวางเรื่องทางเพศที่ “เป็นธรรมชาติ”

⁶⁴ วราภรณ์ แซ่มสนิท (เชิงอรรถที่ 27) หน้า 52-53.

⁶⁵ วัชรินทร์ สังสีแก้ว, สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ, (น.บ., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547).

และ “ไม่เป็นธรรมชาติ” ให้อยู่ในตำแหน่งเหมาะสม ลักษณะทำนองนี้จึงทำให้เรามองเห็นทิศทางของทัศนคติของกฎหมายต่อความหลากหลายทางเพศ (ซึ่งมักอยู่นอก “บรรทัดฐาน” และมีใช้สิ่ง “ตามธรรมชาติ”) ได้

สำหรับกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศนั้น อาจไม่สามารถนำข้อวิพากษ์ว่าด้วยการใช้ตรรกะทางชีวภาพมาใช้ได้ตรงนัก อย่างไรก็ตามสิ่งที่อาจนำไปศึกษาเพิ่มเติมต่อไปได้คือการได้มาซึ่งสิทธิหรือการตระหนักรู้บางอย่าง (แม้จะเป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธ) ของบุคคลในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเพศนอกบรรทัดฐานต่างเพศ มักประกอบไปด้วยเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และขั้นตอน รวมถึงข้อยกเว้นจำนวนมาก เช่น การเปิดให้รัฐใช้ดุลพินิจอย่างกว้างในเรื่องของศาสนาและความมั่นคงของชาติในพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 และการพิสูจน์ความจริงแท้ของ “ภาวะข้ามเพศ” ต่าง ๆ ทั้งในกรณีที่ชาร์ปวิเคราะหฺ์และวิธีการร้องขอเปลี่ยนเพศในปัจจุบันที่ชาร์ปตั้งข้อสังเกต กล่าวอีกนัยหนึ่ง การได้สิทธิบางประการของบุคคลที่มีลักษณะ “ไม่ปกติ” เหล่านี้ มักอยู่ภายใต้กรอบการใช้ดุลพินิจของรัฐ ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่บุคคลที่ปฏิบัติตนตามขนบประสพบพบเจอ

ด้วยเหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้ บทความนี้จึงมีความเห็นว่าระบบกฎหมายไทยยังยึดถือระบบทวิเพศอย่างเคร่งครัด การพัฒนาต่าง ๆ ในรอบกว่าทศวรรษที่ผ่านมาแม้จะดูเหมือนได้ยอมรับบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น แต่ความจริงแล้วระบบกฎหมายยังคงทำงานอยู่ภายใต้ฐานคิดแบบเดิม กฎหมายเพียงกล่าวถึงการดำรงอยู่ในสังคมของบุคคลกลุ่มดังกล่าวที่กฎหมายไม่ได้ตั้งข้อรังเกียจอย่างชัดเจนอยู่แล้ว แต่ขณะเดียวกันก็ไม่ยอมรับ ไม่ให้สิทธิในการครองสถานะที่สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศของตนเอง หรือไม่ให้สิทธิในเชิงบวกอื่น ดังเช่นที่กฎหมายเป็นเสมอมา เมื่อพิจารณาจากฐานคิดที่ว่ากฎหมายเป็นบ่อเกิดแห่งอำนาจที่สามารถสร้างความจริงบางประการในสังคมได้และเป็นผลพวงจากการต่อรองทางการเมือง ปรากฏการณ์นี้จึงเป็นไปในทิศทางเดียวกับ SDGs ในแง่ที่ว่ากลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไม่มีตำแหน่งแหล่งที่ในเชิงทางการ คือ อยู่ในสถานะที่ “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้” หากมองย้อนกลับไป ปรากฏการณ์นี้เห็นได้ชัดขึ้นเมื่อเทียบเคียงกับตำแหน่งแหล่งที่ของคำว่า “เพศสถานะ/เพศสภาพ” หรือ “ความหลากหลายทางเพศ” ที่ประสบความสำเร็จมีเพียงการถูกบรรจุในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 เรื่อยมาจนถึงฉบับ พ.ศ. 2560 โดยผลสำเร็จมีเพียงการถูกบันทึกไว้ในเจตนารมณ์ประกอบการร่างรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2550) ว่าเป็นส่วนประกอบที่อยู่ใต้ร่มใหญ่ของคำว่า “เพศ” อยู่แล้ว และไม่จำเป็นต้องขยายความในรัฐธรรมนูญอีก⁶⁶ ในทำนองเดียวกับความหลากหลายทางเพศที่ไม่สามารถปรากฏตัวอยู่ใน SDGs จากลักษณะร่วมข้างต้นที่มีใน SDGs และระบบกฎหมายไทย การพัฒนาอย่างยั่งยืนในเชิงเพศสถานะของรัฐไทยที่อาจจะอยู่ในกรอบของ SDGs แล้ว จึงสุ่มเสี่ยงที่จะล้มเหลวในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงในสังคมที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่มีอัตลักษณ์ วิถี หรือการแสดงออกทางเพศที่แตกต่างกันออกไป

บทความนี้มีความเห็นว่า การพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนของรัฐไทยตามกรอบเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ (SDGs) อาจประสบกับความล้มเหลวในการไปถึงจุดที่ถือว่าเป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืนในแง่เพศสถานะ ทั้งนี้เนื่องจากทั้งเป้าหมายว่าด้วยความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะอันเป็นส่วนหนึ่งของ SDGs และฐานคิดของระบบกฎหมายไทยเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ ไม่ตระหนักรู้และให้การยอมรับในระดับทางการซึ่งความหลากหลายทางเพศ (sexual and gender diversity) ในกรณีของ SDGs มติของสหประชาชาติดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึงเป้าหมายเกี่ยวกับความหลากหลายทางเพศแม้แต่เพียงแห่งเดียว มีเพียงคำกว้างๆ อย่าง “ความเท่า

⁶⁶ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (เชิงอรรถที่ 22); วราภรณ์ แซ่มสนธิ (เชิงอรรถที่ 27) หน้า 53-54.

เทียมระหว่างเพศสถานะ (gender equality)” ที่ปรากฏอยู่อย่างประปรายไม่สม่ำเสมอเท่านั้น และในกรณีของประเทศไทย แม้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเพศสถานะและความหลากหลายทางเพศจะมีพัฒนาการเชิงบวกไปในทางยอมรับความหลากหลายทางเพศเพิ่มขึ้น แต่บทความนี้เสนอว่า การตระหนักรู้การดำรงอยู่ทั้งหมดยังคงอยู่ในภาวะที่กฎหมาย “ทนได้ แต่ยอมรับไม่ได้” ความก้าวหน้าที่ต่าง ๆ มักอยู่ในลักษณะสิทธิในเชิงปฏิเสธ (negative rights) ซึ่งโดยมากเป็นการแก้ไข้ปัญหาเป็นเรื่อง ๆ ไป และบทบัญญัติยังแฝงไว้ซึ่งการแบ่งหมวดหมู่และจัดลำดับความสำคัญขององค์ประกอบต่าง ๆ ทางเพศสถานะ ภายใต้ขอบเขตอันจำกัด บทความนี้ได้ขุดคุ้ยรากของฐานคิดของระบบกฎหมายไทยท่ามกลางพัฒนาการดังกล่าว และมีความเห็นว่าฐานคิดของกฎหมายยังคงเป็นเช่นเดิม คือ ยึดติดกับระบบทวิเพศ (sexual dualism) อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ บทความได้ตั้งข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่งว่า การยึดโยงกับระบบทวิเพศนี้ได้รับการหนุนเสริมโดยการใช้เหตุผลทางกฎหมายบนฐานของปัจจัยทางชีวภาพ (ที่ชาร์ป เรียกว่า “(bio)logic of law”) ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากวาทกรรมที่ทรงพลังอย่างวาทกรรมทางการแพทย์ (medical discourse) และกรอบคิดอื่น เช่น การจัดหมวดหมู่และจับไปวางในตำแหน่งที่ถูกตั้งชื่อ “ความเป็นธรรมชาติ” และ “ความผิดปกติ” ในเรื่องเพศ การวิเคราะห์ดังกล่าวเป็นไปในทิศทางเดียวกับการวิเคราะห์วิพากษ์ที่ชาร์ป เสนอไว้ใน Transgender Jurisprudence โดยบทความนี้เห็นว่าลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างฐานคิดของกฎหมาย และการดำรงอยู่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในไทยและในต่างประเทศในช่วงเวลาที่ชาร์ปทำการศึกษามีส่วนคล้ายคลึงกัน การทดลองขุดคุ้ยฐานคิดของระบบกฎหมายไทยด้วยวิธีของชาร์ปในบทความนี้จึง น่าจะทำให้ผู้สนใจเห็นลักษณะกว้างๆ ของฐานคิดดังกล่าวและนำไปศึกษาเพิ่มเติมต่อไปได้

เนื่องด้วยข้อจำกัดหลายประการ บทความทำการวิเคราะห์ได้เพียงสังเขปเพื่อให้เห็นภาพรวมของลักษณะร่วมที่ SDGs และระบบกฎหมายไทยมีเหมือนกันเท่านั้น คือ ภาวะของการเป็นพื้นที่ทางการเมือง ซึ่งการยอมรับหรือไม่ยอมรับสิ่งใดขึ้นอยู่กับวิธีการทางการเมือง โดยมีบางประเด็นที่อาจพินิจพิจารณาได้ร่วมกันได้ เช่น การบรรจุคำกว้างๆ อย่าง “ความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะ (gender equality)” ไว้ใน SDGs โดยละไว้ที่จะกล่าวถึงความหลากหลายทางเพศ และการตระหนักรู้ลักษณะทางเพศนอกชายหญิงในบางพื้นที่และในบางระดับ ในระบบกฎหมายไทย บทความเห็นว่า แม้การทบทวนและวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางเพศมีอยู่แล้ว เป็นจำนวนมาก แต่การศึกษาในอนาคตว่าด้วยฐานคิดของระบบกฎหมายในประเด็นนี้ที่เชื่อมโยงอย่างเป็นระบบแบบที่ชาร์ปเคยศึกษาไว้ในต่างประเทศก็ยังสามารถทำได้ อีกทั้ง บทความมีความเห็นเพิ่มเติมว่ายังมีประเด็นอีกเป็นจำนวนมากที่อยู่นอกขอบเขตของบทความนี้ที่สามารถนำไปศึกษาเพิ่มเติมประกอบ การทำความเข้าใจฐานคิดของระบบกฎหมายไทยได้ เช่น กรอบคิดของรัฐว่าด้วยการยอมรับให้บุคคลเป็นสมาชิกภาพ (หรือ “ประชากรที่มีคุณภาพ”) ของรัฐนั้นที่จะสามารถกระทำการบางอย่างเพื่อรัฐได้ (เชื่อมโยงกับกรณีเหตุยกเว้นการรับใช้ชาติด้วยการเกณฑ์ทหาร) ทั้งนี้ นอกจากจะช่วยให้เข้าใจฐานคิดของระบบกฎหมายในประเด็นนี้ได้เชื่อมโยงเป็นระบบแล้ว การศึกษาในลักษณะนี้มีแนวโน้มจะช่วยให้สามารถวิเคราะห์สถานการณ์ปัจจุบันและทิศทางที่น่าจะเกิดในอนาคตเกี่ยวกับประเด็นนี้ได้ รวมถึงช่วยให้เห็นวิธีการรื้อถอนระบบความคิดในลักษณะนี้เพื่อสร้างเรื่องเล่า (narrative) เกี่ยวกับเพศชุดใหม่ในระบบกฎหมายไทยและนำการรับรองความหลากหลายทางเพศซึ่งไม่จำกัดเพียงสิทธิในเชิงปฏิเสธหรือการแก้ไข้ปัญหาเป็นเรื่อง ๆ ขึ้นมาปรากฏในเอกสารระดับทางการ อันจะนำไปสู่การสร้างความเท่าเทียมสำหรับบุคคลทุกเพศ (รวมถึงผู้ไม่มีหรือไม่นิยามเพศตนเอง) ตรงตามเป้าหมายของ SDGs ที่มุ่งให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศสถานะในสังคมและไม่ทิ้งใครไว้ข้างหลังอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กฎหมาย คำพิพากษา และคำสั่ง

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 124 ตอนที่ 56 ก, (วันที่ 19 กันยายน 2550)

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132 ตอนที่ 18 ก, (วันที่ 13 มีนาคม 2558)

พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 71 ตอนที่ 13, (วันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2497)
กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 90 ตอนที่ 30 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 29 มีนาคม 2516)

กฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 129 ตอนที่ 33 ก, (วันที่ 11 เมษายน 2555)

คำพิพากษาฎีกาที่ 353/2476

คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491

คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509

คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532

คำพิพากษาฎีกาที่ 2049/2550

คำพิพากษาฎีกาที่ 4146/2555

คำสั่งศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง หมายเลขดำที่ พ.1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) (รับฟังความคิดเห็น ถึงวันที่ 23 ก.พ. 61)

หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ และดุชนิพนธ์

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ขอช้าเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยต่อเพศหญิง, (วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่มที่ 3 ปีที่ 39 (กันยายน 2553), หน้า 695-699

วรภรณ์ แซ่มสนิท, วิชิตเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย, (กรุงเทพฯ, มูลนิธิสร้างสุขใส่ใจเรื่องสุขภาพของผู้หญิง (สคส.) 2551)

วัชรินทร์ สังสีแก้ว, สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ, (น.บ., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547)

อารยา สุขสม, สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย, (น.ด., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559)

เอื้อพร เพ็ชรศิริ, แนวคิดใหม่เกี่ยวกับความเสมอภาคทางเพศในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาเปรียบเทียบบางประเทศในประชาคมอาเซียน, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556)

เอกสารของหน่วยงานราชการ

การแพทย์ทหารบก, กรม. ‘ความรู้เบื้องต้นสำหรับแพทย์ในการตรวจร่างกายการเกณฑ์ทหาร’,
<http://www.sussadee.com/PR/doc1.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2561

คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, กรม. ‘ฉบับที่ 302/2561 กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ จัดประชุมคณะทำงานเพื่อจัดทำ
 ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.’, (กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, 3 กรกฎาคม 2561),
<http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/2012-06-20-06-21-44/rlpd-pr/8874-2018-07-03-08-49-38>
 สืบค้นเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2561

ยกร่างรัฐธรรมนูญ, ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการ. ‘ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่ง
 ราชอาณาจักรไทย เล่ม 1’ (2558)

สภาผู้แทนราษฎร, สำนักงานเลขาธิการ. ‘เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550’
 (สิงหาคม 2550)

ศาลยุติธรรม, สำนักงาน. ‘ศาลเยาวชนฯ กลางอ่านคำสั่งคดี “อุ้มบุญ”’ (ข่าวแจกสื่อมวลชน Press Release,
 26 เมษายน 2559)

เว็บไซต์

Voice TV, ‘รวม.ยุติธรรม เตรียมเสนอกฎหมายคู่ชีวิต เข้า ครม. ธันวาคมนี้’ (Voice TV, 7 กรกฎาคม 2561),
<https://voicetv.co.th/read/HJs4M36MX> สืบค้นเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2561

ภาษาต่างประเทศ

Legislation and Case

Corbett v Corbett [1970] 2 All ER 33

Re the Marriage of C v D (falsely called C) [1979] 35 FLR 340

W v W [2001] 1 FLR 324

Book and Article

Connell R. W. and James W. Messerschmidt, Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept,
 (Gender and Society 6, 19, 2005), p.829-859

Currah Paisley, ‘The Transgender Rights Imaginary’ in Martha A. Fineman, Jack E. Jackson, and
 Adam P. Romero (ed), Feminist and Queer Legal theory: Intimate Encounters,
 Uncomfortable Conversations (Ashgate, Surrey 2009)

Lacey Nicola, Law Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory, (Oxford, Hart
 Publishing 1998)

Munro Vanessa, Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory,
 (Oxford, Hart Publishing 2007)

Sharpe Andrew, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, (Cavendish Publishing Limited, London 2002)

Sharpe Andrew, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*, (Routledge, Oxon 2002)

Official Document

UNDP and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, (May 2018)

United Nations, 'United Nations Entities Call on States to Act Urgently to End Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Adults, Adolescents and Children' (UNDP, 5 October 2015), http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Key%20populations/Joint_LGBTI_Statement_ENG.pdf accessed 28 July 2018

United Nations General Assembly Res 70/1, 'Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015' (21 October 2015)

United Nations Working Group on Business and Human Rights, 'Statement at the End of Visit to Thailand' (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 4 April 2018), <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22915&LangID=E> accessed 4 August 2018

Website and Online Article

Dorey Kit, 'The Sustainable Development Goals and LGBT Inclusion', (Stonewall International, 26 January 2016), https://www.stonewall.org.uk/sites/default/files/sdg-guide_2.pdf accessed 28 July 2018

Mills Elizabeth, 'Leave No One Behind': Gender, Sexuality and the Sustainable Development Goals, (IDS Evidence Report 154, Institute of Development Studies, Brighton, United Kingdom, 2015)

Quartz Africa, 'How the UN's Sustainable Development Goals Undermine Democracy' (Quartz Africa, 7 June 2018), <https://qz.com/1299149/how-the-uns-sustainable-development-goals-undermine-democracy/> accessed 28 June 2018

Russell Martin, 'Human Rights in Thailand' (European Parliament, 4 July 2018), [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA\(2018\)625107](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_ATA(2018)625107) accessed 4 August 2018

Sinen Neang, 'Thailand's Invisible Gender Law' (ASEAN News, 26 December 2017), <http://www.aseannews.net/thailands-invisible-gender-law> accessed 4 August 2018

บทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้า จากพลังงานหมุนเวียนระดับท้องถิ่น

The Local Administrative's Role in Promoting the Power Generation from
Renewable Energy at the Local Level

ภาคภูมิ โลหวิรัตนนท์*

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันการส่งเสริมการผลิตและใช้ไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชนเป็นมาตรการหนึ่งที่ได้รับ การยอมรับว่าเป็นมาตรการที่มีส่วนช่วยในการเสริมสร้างความยั่งยืนด้านพลังงานของประเทศและช่วยบรรเทา ผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ อีกทั้งยังมีส่วนช่วยในการบรรลุเป้าหมาย การพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติ (SDGs) ซึ่งหน่วยงานหลักที่สามารถเป็นผู้นำในการสร้างสภาพแวดล้อม เพื่อให้เอื้อต่อการพัฒนาพลังงานชุมชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจากอยู่ ใกล้ชิดกับประชาชนในท้องถิ่นและรู้ถึงความต้องการของท้องถิ่นเป็นอย่างดี อย่างไรก็ตาม บทบาทขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมและพลังงานยังคงเป็นไปในลักษณะเชิงตั้ง รับ ซึ่งรวมไปถึงบทบาทในการวางแผนและการจัดการด้านพลังงานหมุนเวียน บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการ เสนอแนวทางที่เป็นไปได้ในการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้เอื้อต่อการดำเนินภารกิจขององค์กรปกครอง ท้องถิ่นในการเป็นผู้นำเพื่อส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน โดยพิจารณาตัวอย่างจากกฎหมายต่างประเทศที่ เกี่ยวข้อง ซึ่งนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนด อำนาจหน้าที่ในการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนให้ชัดเจน นอกจากนี้ ยังควรกำหนดให้การวางแผน พลังงานท้องถิ่น การจัดทำผังเมืองโดยคำนึงถึงการพัฒนาพลังงานหมุนเวียนตามความแตกต่างของเทคโนโลยี พลังงานหมุนเวียนในแต่ละประเภท และการสนับสนุนข้อมูลด้านพลังงานให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่ง ของภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย เพื่อให้จัดการโครงการพลังงานชุมชนได้อย่างยั่งยืน

คำสำคัญ: องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, พลังงานหมุนเวียน, การพัฒนาอย่างยั่งยืน

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมาย อาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. in Energy law and Policy (with Merit) University of Dundee สหราชอาณาจักร, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปัจจุบันกำลังศึกษาต่อระดับปริญญาเอก สาขากฎหมายพลังงาน ณ University of Aberdeen สหราชอาณาจักร

Abstract

At present, the promotion of the power generation from Community Renewable Energy (CRE) projects is generally considered as the measure which enables Thailand to achieve the national energy sustainability and mitigate the effects of climate change. Additionally, it allows the country to reach the UN Sustainable Development Goals (SDGs), especially in goal 7 (Affordable and clean energy) and goal 13 (Climate action) dealing with CRE development. Effective support for the projects entails local governments engagement as the leader creating the enabling environment for such development since they are close to citizens and appreciate the local needs alongside local context. However, the local authorities in Thailand are criticised that they have played a passive role in environmental and energy governance including RE resource planning and management within their jurisdictions. The purpose of this paper is to propose the possible approach to amend the Thai legal frameworks to establish the framework conditions which enable local governments to play an active role in boosting CRE by considering the relevant laws and policies of others jurisdictions. The conclusion reached is that the local administration laws should be revised by providing the power and responsibility to develop and promote renewable energy. Also, local energy planning, urban planning for renewable energy development by considering the difference of its technology and energy information support to the local citizens can be included in the local authorities' tasks to ensure that CRE projects will be arranged in a sustainable manner.

Keywords: Local authorities, Renewable energy, Sustainable development

1. บทนำ

พลังงานเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งจำเป็นต่อการพัฒนาของประเทศ อาจกล่าวได้ว่าไม่มีประเทศใดที่จะสามารถพัฒนาเศรษฐกิจของตนเองได้อย่างยั่งยืนโดยปราศจากการจัดหาแหล่งพลังงานให้ได้อย่างเพียงพอกับอัตราการใช้พลังงานของประชากรภายในประเทศ แต่ในปัจจุบันนอกจากรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ จะมีหน้าที่ดำเนินการจัดหาพลังงานให้เพียงพอกับความต้องการแล้ว ยังอาจต้องคำนึงถึงความยั่งยืนในการผลิตหรือจัดหาแหล่งพลังงานอีกด้วย ซึ่งการผลิตพลังงานรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่ามีความยั่งยืนในระยะยาว ก็คือ การผลิตพลังงาน

หมุนเวียน (Renewable energy)¹ เช่น พลังงานจากแสงอาทิตย์หรือลม² ทั้งนี้ เนื่องจาก มีความเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมมากกว่าพลังงานสิ้นเปลืองที่เกิดจากการเผาไหม้เชื้อเพลิงฟอสซิล (Fossil Fuel) เช่น น้ำมันหรือก๊าซธรรมชาติที่มักก่อให้เกิดการปล่อยคาร์บอนสู่ชั้นบรรยากาศเป็นจำนวนมาก อีกทั้งพลังงานหมุนเวียนยังเป็นพลังงานที่มีได้ใช้แล้วหมดไปดังเช่นพลังงานที่เกิดจากเชื้อเพลิงฟอสซิลอีกด้วย³

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยยังคงต้องพึ่งพาพลังงานจากเชื้อเพลิงฟอสซิลซึ่งถูกนำเข้าจากต่างประเทศในสัดส่วนที่มากกว่าพลังงานหมุนเวียนที่ผลิตได้ภายในประเทศอย่างต่อเนื่อง โดยในปี 2560 ประเทศไทยมีการใช้พลังงานหมุนเวียนคิดเป็นจำนวนร้อยละ 14.49 ของปริมาณการใช้พลังงานรวมทั้งประเทศ ส่วนปริมาณไฟฟ้าที่ผลิตได้จากพลังงานหมุนเวียนคิดเป็นร้อยละ 20.6 ของกำลังการผลิตไฟฟ้ารวมทั้งประเทศ⁴ อันอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงด้านพลังงานของประเทศและการพัฒนาที่ยั่งยืน แนวทางหนึ่งในการแก้ไขปัญหา ก็คือการส่งเสริมการใช้พลังงานหมุนเวียนให้มากยิ่งขึ้น⁵ ซึ่งแม้ว่ารัฐบาลจะได้ออกมาตรการเพื่อส่งเสริมการลงทุนในการผลิตพลังงานหมุนเวียนในหลายๆ รูปแบบก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวโดยส่วนใหญ่จะเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนซึ่งทำการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในเชิงพาณิชย์⁶ ภายใต้ระบบการผลิตไฟฟ้าแบบรวมศูนย์ (The

¹ Montchai Pinitjitsamut, Energy Sustainability in Thailand, (7 OIDA International Journal of Sustainable Development, 2012) p.85

² พลังงานหมุนเวียน (Renewable energy) ในบทความนี้ หมายถึง พลังงานหมุนเวียนตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ พ.ศ.2535 อันเป็นบทนิยามหลักของพลังงานหมุนเวียนในกฎหมายไทย เนื่องจาก ปรากฏว่ากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับพลังงาน อันได้แก่ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ต่างก็กำหนดความหมายของพลังงานหมุนเวียนโดยอิงกับบทนิยามของพลังงานหมุนเวียนในพระราชบัญญัติดังกล่าวทั้งสิ้น โดยในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ พ.ศ.2535 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า

“พลังงานหมุนเวียน” หมายความว่า พลังงานที่ได้จากไม้ ฟืน แกลบ กากอ้อย ชีวมวล น้ำ แสงอาทิตย์ ความร้อนใต้พิภพ ลม และคลื่น เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติ หน่วยงานของรัฐเลือกใช้คำว่า “พลังงานทดแทน” (Alternative energy) แทนคำว่า “พลังงานหมุนเวียน” (Renewable energy) ในการกำหนดนโยบายด้านพลังงาน ดังเช่นที่ปรากฏในแผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558-2579 ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า เนื่องจาก คำว่า “พลังงานทดแทน” ในที่นี้ หมายถึง พลังงานทางเลือกอื่น ๆ ซึ่งมีใช้พลังงานหมุนเวียนที่จะมาทดแทนน้ำมันเบนซินดีเซลซึ่งถูกนำเข้าจากต่างประเทศ เช่น ก๊าซธรรมชาติ แก๊สโซฮอล์ หรือ ไบโอดีเซล ซึ่งอาจจะยังมีเชื้อเพลิงฟอสซิลเป็นส่วนประกอบของแหล่งพลังงานอยู่ แต่อย่างไรก็ดี พลังงานหมุนเวียนย่อมมีลักษณะเป็นพลังงานทางเลือกอยู่แล้ว เนื่องจาก โดยสภาพแล้วเป็นพลังงานที่มีได้ถูกผลิตมาจากเชื้อเพลิงประเภทน้ำมันโปรดดู Chacrit Sidthiwej, Laws in Thailand Promoting Renewable energy, (23 Journal of Energy & Natural Resources Law, 2005),p.206

³ Godfrey Boyle and others, Renewable energy: Power for a Sustainable Future (Stephen Peake, 4th edn, OUP 2017), p.598

⁴ กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, สถานการณ์พลังงานของประเทศไทย มกราคม-ธันวาคม 2560 (กระทรวงพลังงาน, 2561), น.2

⁵ Asian Institute of Technology, Energy security in Thailand (Global Network on Energy for Sustainable Development, 2010) p.22

⁶ Thawatch Kerdchuen, Renewable Energy in Thailand: Opportunity and Technology Allocation, (34 Energy Procedia, 2013) p.13

Centralized power generation system)⁷ ที่ทำการผลิตไฟฟ้าจากส่วนกลางโดยอาจเลือกใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลในการผลิตและกระจายไฟฟ้าไปสู่ผู้ใช้ไฟฟ้าที่อยู่ห่างออกไปในแต่ละพื้นที่ของประเทศผ่านทางโครงข่ายไฟฟ้า ซึ่งการผลิตพลังงานภายใต้ระบบนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นระบบการผลิตพลังงานที่ไม่ยั่งยืน เนื่องจาก ขาดธรรมาภิบาลและการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจเพื่อกำหนดนโยบายด้านพลังงานในระดับชุมชน⁸ ซึ่งรวมถึงการผลิตหรือใช้พลังงานหมุนเวียนตามศักยภาพของชุมชนที่มีอยู่แทนการพึ่งพาพลังงานจากเชื้อเพลิงฟอสซิล นอกจากนี้การส่งไฟฟ้าผ่านสายส่งไปยังผู้ใช้ไฟฟ้าที่อยู่ห่างออกไป ยังทำให้เกิดการสูญเสียพลังงานไปในระหว่างที่ไฟฟ้าถูกจ่ายออกจากแหล่งผลิตอีกด้วย⁹ ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลจึงควรคำนึงถึงการสร้างสมดุลระหว่างการพัฒนาอย่างยั่งยืนและสวัสดิภาพของประชาชนในท้องถิ่นในส่วนที่เกี่ยวกับพลังงาน¹⁰ ด้วยการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน (Community Renewable Energy) ซึ่งการสนับสนุนให้สมาชิกภายในชุมชนมีส่วนร่วมในโครงการผลิตพลังงานหมุนเวียนดังกล่าว เป็นหนึ่งในปัจจัยที่นำไปสู่ความสำเร็จของการพัฒนาที่ยั่งยืนของท้องถิ่น¹¹ โดยหน่วยงานหลักที่สามารถทำหน้าที่ในการสนับสนุนหรือส่งเสริมโครงการดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็คือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดที่สุดกับประชากรในพื้นที่และรู้ความต้องการของชุมชนดีที่สุด¹² อย่างไรก็ตาม บทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมและพลังงาน ซึ่งก็รวมถึงการวางแผนและจัดการด้านพลังงานหมุนเวียน ยังคงเป็นไปในลักษณะเชิงตั้งรับ (passive role)¹³ คือ มุ่งแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นในชุมชนมากกว่าบทบาทในเชิงรุก (active role) โดยขาดการวางแผนพัฒนาพลังงานของท้องถิ่นในระยะยาว และขาดระบบในการติดตามดูแลหรือประเมินผลการพัฒนาการจัดการพลังงานภายในชุมชนอย่างต่อเนื่อง

⁷ ระบบการผลิตไฟฟ้าแบบรวมศูนย์ หมายถึง ระบบการผลิตไฟฟ้าขนาดใหญ่ที่ถูกผลิตจากโรงไฟฟ้าในส่วนกลางของท้องถิ่นหนึ่งๆ ซึ่งโรงไฟฟ้านี้มักตั้งอยู่ในพื้นที่ที่ห่างจากผู้ใช้ไฟฟ้า และถูกเชื่อมต่อกับเครือข่ายของเสาส่งไฟฟ้าแรงสูง ก่อนที่จะถูกกระจายไปสู่ผู้ใช้ไฟฟ้าปลายทางผ่านโครงข่ายไฟฟ้า (Electric power grid) เช่น การผลิตไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) ซึ่งเป็นผู้ผลิตไฟฟ้ารายใหญ่ของประเทศทำการส่งกระแสไฟฟ้าที่ผลิตได้ผ่านระบบสายส่งไฟฟ้าของ กฟผ. ให้แก่การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) ก่อนที่ กฟน. และ กฟภ. จะกระจายส่งไฟฟ้าให้แก่ผู้ใช้ไฟฟ้าปลายทางต่อไป รายละเอียด ดู United States Environmental Protection Agency, 'Centralized Generation of Electricity and its Impacts on the Environment' (2018) <<https://www.epa.gov/energy/centralized-generation-electricity-and-its-impacts-environment>> accessed 16 July 2018

⁸ Prasart Meetam and Suntaree Kiatiprajuk, 'Energy Inequity Making Thailand's National Development Unsustainable' (Social Watch, 2014) <<http://www.socialwatch.org/node/15820>> accessed 16 July 2018

⁹ คริส กริเชน, กระจายศูนย์การผลิตไฟฟ้าไทย สู่ระบบพลังงานที่ยั่งยืน (กรีนพีซ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้, 2549), น.10

¹⁰ Cynthia Pomavalai, Thailand 4.0: Powered by Renewable Energy?, (1 Journal of The American Chamber Commerce in Thailand, 2017), p.21

¹¹ Chatchawan Chaichana and others, Promoting Community Renewable Energy as a tool for Sustainable Development in Rural Areas of Thailand, (141 Energy Procedia, 2017), p.115

¹² Maryke van Staden, 'Sustainable Energy Transition: Local Governments as Key Actors' in Tanay Sidki Uyar (ed), Towards 100% Renewable Energy, (Springer International Publishing, 2017), p.20

¹³ Napawan Panya and others, The performance of the environmental management of local governments in Thailand (39 Kasetsart Journal of Social Sciences, 2018), p.40

บทความนี้มุ่งนำเสนอข้อเสนอเบื้องต้นบนฐานความคิดที่ว่า การสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีบทบาทหลักในการส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่นผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนเป็นทางเลือกประการหนึ่งซึ่งจะช่วยเพิ่มเติมสัดส่วนการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนของประเทศและลดการพึ่งพาการนำเข้าเชื้อเพลิงฟอสซิลจากต่างประเทศได้ อันสอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติ (The UN Sustainable Development Goals-SDGs)¹⁴ โดยนำเสนอปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของการเป็นผู้กำกับดูแล (Regulator) และผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator)¹⁵ ในการให้ประชาชนในท้องถิ่นทำการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนเพื่อใช้เองในชุมชน และนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งสามารถเรียนรู้ผ่านมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนพลังงานหมุนเวียนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประเทศในสหภาพยุโรป เช่น เยอรมนีหรือเดนมาร์ก ซึ่งเป็นประเทศที่ประสบความสำเร็จในการส่งเสริมการผลิตพลังงานระดับชุมชน¹⁶ และวิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้กับประเทศไทย

2. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในระดับท้องถิ่น

ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในหลายประเทศได้เริ่มให้ความสำคัญกับประเด็นการรักษาสิ่งแวดล้อม รวมไปถึงการป้องกันการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศตามที่ได้ยอมรับในแผนปฏิบัติการแห่งศตวรรษที่ 21 (Agenda 21) ของสหประชาชาติซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน¹⁷ ทั้งนี้ เนื่องจาก ภายในอาณาเขตของท้องถิ่นต่าง ๆ ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ เช่น การเปลี่ยนแปลงของปริมาณน้ำฝน ระดับน้ำทะเลที่เพิ่มสูงขึ้นหรือภาวะแห้งแล้งซึ่งวิธีการในการบรรเทาผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ (Climate Change Mitigation) มีด้วยกันหลายวิธี

¹⁴ UNGA, 'Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development' (25 September 2015) UN Doc A/RES/70/1 pp.19,23

¹⁵ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สามารถเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าในระดับชุมชนได้ในหลายลักษณะ ทั้งในฐานะผู้กำกับดูแล (Regulator) ผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator) หรือผู้บริโภค (Consumer) อย่างไรก็ตาม บทความนี้มุ่งสำรวจเฉพาะบทบาทในสองลักษณะแรกเท่านั้น โดยพิจารณาว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนในลักษณะใดได้บ้างเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่นผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนเพื่อใช้เองในชุมชนผ่าน 3 มาตรการหลัก คือ การจัดทำแผนพลังงานชุมชน การวางผังเมือง และการสนับสนุนข้อมูลด้านพลังงานหมุนเวียนแก่ประชาชน โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้ทำหน้าที่เป็นผู้ผลิตไฟฟ้าเองหรือมิได้เป็นผู้บริโภค (Consumer) ที่รับซื้อไฟฟ้าที่ผลิตจากประชาชนในท้องถิ่น สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องดังกล่าวจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

¹⁶ Neil Simcock and others, *Cultures of Community Energy: International case studies*, (The British Academy, 2016), p.2

¹⁷ Franziska Mey, *Development of Community Renewable Energy and the Role of Institutional Factors: A Three Country Comparison*, (PhD Thesis, University of New South Wales, 2017), p.197

แต่วิธีการที่ได้รับการยอมรับว่าช่วยในการจำกัดการปล่อยคาร์บอนให้น้อยที่สุดอย่างมีประสิทธิภาพ คือ การเปลี่ยนจากการใช้เชื้อเพลิงประเภทฟอสซิลมาใช้แหล่งกำเนิดพลังงานหมุนเวียน¹⁸ ซึ่งในระดับท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเป็นผู้ที่บทบาทสำคัญในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนได้ด้วยการเป็นผู้นำในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการผลิตหรือการใช้พลังงานในชุมชนหรือการให้บริการด้านพลังงาน¹⁹ โดยทั่วไปแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะรับผิดชอบในการกำหนดยุทธศาสตร์ บังคับใช้กฎระเบียบหรือดำเนินการตามนโยบายและจัดการสาธารณูปโภคของท้องถิ่น²⁰ อย่างไรก็ตาม ระดับความเข้มข้นในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชนอาจจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศขึ้นอยู่กับบริบทของกฎหมายและนโยบายด้านพลังงานของประเทศนั้นๆ แต่บทบาทที่เป็นไปได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนอาจอยู่ในฐานะของการเป็นผู้กำกับดูแล (Regulator) ผู้อำนวยความสะดวก (Facilitator) หรือผู้บริโภค (Consumer)

2.1 ผู้กำกับดูแล (Regulator)

ในฐานะที่เป็นผู้กำกับดูแล ผู้บริหารท้องถิ่นสามารถที่จะกระทำการเพื่อให้เอื้อต่อการพัฒนาพลังงานหมุนเวียนได้โดยบังคับใช้กฎระเบียบกับผู้ที่เข้าร่วมในโครงการพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน²¹ ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจทำหน้าที่ในการทำให้นโยบายที่เกี่ยวข้องกับพลังงานหรือการป้องกันหรือบรรเทาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศบรรลุผล ด้วยการกำหนดเป้าหมายในการผลิตหรือใช้พลังงานหมุนเวียนภายในแผนพลังงานชุมชนและแผนการรับมือการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ²² นอกจากนี้แล้วในการกำหนดเป้าหมายดังกล่าวอาจจะกำหนดกรอบเวลาเพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าวด้วยก็ได้²³ ตัวอย่างเช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำนวนกว่า 5,000 แห่งในยุโรปที่เข้าร่วมในความตกลงร่วมระหว่างนายกเทศมนตรี (The Covenant of Mayors- CoM)²⁴ ต่างร่วมกันกำหนดเป้าหมายในการเพิ่มสัดส่วนการใช้พลังงานหมุนเวียนในพื้นที่ให้ได้ร้อยละ 20 ภายในปี 2563 ซึ่ง CoM ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องจัดทำแผนปฏิบัติการด้านพลังงานที่ยั่งยืน (Sustainable Energy Action Plan) เพื่อดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเป้าหมายดังกล่าวควรนำไปสู่การกำหนดนโยบายหรือมาตรการที่เป็นรูปธรรมในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชนด้วย อีกทั้ง

¹⁸ Maryke van Staden, supra note 12, p.18

¹⁹ Eric Martinot and others, Global Status Report on Local Renewable Energy Policies (Institute for Sustainable Energy Policies, 2011), p.5

²⁰ Ibid, p.6

²¹ Rikke Lybæk and Tyge Kjær, Municipalities as facilitators, regulators and energy consumers: enhancing the dissemination of biogas technology in Denmark, (8 International Journal of Sustainable Energy Planning and Management, 2015), p.19

²² Josh Roberts, Frances Bodman and Robert Rybski, Community Power: Model Legal Frameworks for Citizen-owned Renewable Energy, (ClientEarth,2014), p.38

²³ Ghislaine Kieffer and Toby D. Couture, Renewable Energy Target Setting (International Renewable Energy Agency, 2015 p.8

²⁴ See Covenant of Mayors for Climate & Energy, 'Covenant initiative' (2018) <https://www.covenantofmayors.eu/about/covenant-initiative/origins-and-development.html> accessed 18 July 2018

ผู้บริหารท้องถิ่นควรกำหนดเป้าหมายที่มีความเป็นไปได้ในการประสบความสำเร็จ โดยไม่ได้เป็นเป้าหมายที่เป็นเพียงเครื่องมือในทางการเมืองที่ไม่อาจบรรลุผลได้²⁵

นอกจากนั้นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังสามารถที่จะบังคับใช้กฎระเบียบต่าง ๆ ซึ่งช่วยในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน เช่น การควบคุมอาคารและการผังเมือง²⁶ โดยในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมอาคารนั้นอาจอยู่ในรูปของข้อกำหนดเกี่ยวกับประสิทธิภาพด้านพลังงานของอาคารในการผลิตพลังงานหมุนเวียน²⁷ ตัวอย่างเช่น ตาม Better Roofs Ordinance ของเมืองซานฟรานซิสโก ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียของสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าพื้นที่หลังคาอย่างน้อยร้อยละ 15 ของอาคารที่ปกอาศัยซึ่งมีความสูงไม่เกิน 10 ชั้น จะต้องจัดให้มีการติดตั้งระบบผลิตไฟฟ้าด้วยเซลล์แสงอาทิตย์ (Solar rooftop installation)²⁸ สำหรับในส่วน ที่เกี่ยวกับการผังเมือง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจมีบทบาทในการกำหนดเขตที่จะสามารถติดตั้งหรือสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนได้²⁹ ซึ่งกฎระเบียบที่ถูกกำหนดขึ้นอาจปรากฏในรูปของแผนการใช้ประโยชน์ที่ดินของท้องถิ่น (Land-use planning)³⁰ ทั้งนี้เพราะประสิทธิภาพในการผลิตพลังงานหมุนเวียนอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่ตามประเภทของแหล่งพลังงานที่มีอยู่ เช่น การกำหนดพื้นที่ติดตั้งกังหันลมเพื่อผลิตไฟฟ้าจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบ เนื่องจาก ปริมาณของกระแสไฟฟ้าที่ผลิตได้ย่อมแปรผันตรงกับความเร็วและความถี่ของลมซึ่งแตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่³¹ ดังนั้น หน่วยงานท้องถิ่นควรที่จะต้องกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการวางแผนเรื่องพลังงานลมและอนุญาตให้ประชาชนพัฒนาโครงการภายในพื้นที่ที่เหมาะสมตามที่กำหนดไว้ในแผนดังกล่าว³²

2.2 ผู้อำนวยการความสะดวก (Facilitator)

เพื่อบรรลุเป้าหมายในการพัฒนาด้านพลังงานอย่างยั่งยืน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรเข้ามามีบทบาทเป็นผู้อำนวยการความสะดวกในการริเริ่มโครงการผลิตพลังงานหมุนเวียนในการช่วยเหลือแก่ผู้ที่มีศักยภาพที่จะมาเข้าร่วมในโครงการ โดยทำให้ผู้เข้าร่วมโครงการเกิดความมั่นใจว่าการจัดตั้งและพัฒนาระบบการจัดการพลังงานในชุมชนจะประสบความสำเร็จ³³ ซึ่งมาตรการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเลือกใช้อาจจะเป็นการสนับสนุนด้านข้อมูลข่าวสารหรือการสนับสนุนด้านการเงิน³⁴

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับพลังงานหมุนเวียน เช่น การเข้าถึงแหล่งพลังงาน ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือมาตรการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการผลิตพลังงานให้ได้อย่างเต็มที่ ถือเป็นสิ่งสำคัญสำหรับประชากรที่อาศัยอยู่

²⁵ Ghislaine Kieffer and Toby D. Couture, supra note 23, p.29

²⁶ Josh Roberts and others, supra note 22, p.37

²⁷ International Energy Agency, Cities, Towns & Renewable Energy – “ Yes In My Front Yard ”, (IEA Publications, 2009), p.99

²⁸ See Ordinance no.221-26 Planning, Green Building Codes – Better Roof Requirements, Including Living Roofs, section 4

²⁹ Philipp Schönberger, Municipalities as Key Actors of German Renewable Energy Governance, (Wuppertal Institute, 2013) p.20

³⁰ Eric Martinot and others, supra note 19, p.13

³¹ Godfrey Boyle and others, supra note 3, p. 377

³² Ibid, p.393

³³ Community Energy England, Community Energy: A local Authority Perspective, (CEE, 2017), pp.4-5

³⁴ Josh Roberts and others, supra note 22, p.12

ในชุมชน เนื่องจาก ทำให้ผู้ที่เข้าร่วมโครงการมีความรอบรู้เกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน³⁵ ซึ่งความรู้ดังกล่าว ก่อให้เกิดความมั่นใจในการริเริ่มโครงการพลังงานชุมชน ด้วยเหตุนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรที่จะจัดทำและ แจกจ่ายสื่อประชาสัมพันธ์ที่ช่วยประชาชนในการแนะนำแนวทางในการจัดการกับปัญหาหรือความยุ่งยากด้าน กฎระเบียบหรืออุปสรรคอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตไฟฟ้า เพื่อให้โครงการดำเนินไปได้อย่างลุล่วง³⁶ ตัวอย่าง ในทางปฏิบัติ เช่น กรณีที่รัฐบาลของสกอตแลนด์ได้เผยแพร่ชุดความรู้เกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน (Community Renewable Energy Toolkit) ทางเว็บไซต์ ซึ่งประกอบไปด้วยข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับการก่อตั้ง โครงการพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน ตั้งแต่เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน ประเภทของเทคโนโลยี พลังงานหมุนเวียน กรรรมสิทธิ์ของชุมชนในโครงการ การเงิน ตลอดจนการวางแผนและพัฒนาโครงการ³⁷ ทั้งนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจให้บริการข้อมูลด้านพลังงานแก่ประชาชนในรูปแบบอื่นๆ เช่น การจัดโครงการ อบรมหรือให้ความรู้ด้านพลังงานหมุนเวียน การวิเคราะห์ศักยภาพด้านพลังงานหมุนเวียน³⁸ และการเป็นที่ปรึกษา ด้านพลังงาน³⁹

นอกจากนั้นแล้ว ในการริเริ่มโครงการพลังงานหมุนเวียนในชุมชน มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการ สนับสนุนทางการเงิน เพราะ โดยทั่วไปแล้วโครงการพลังงานหมุนเวียนมักใช้เงินลงทุนสูงและต้องเผชิญกับความ เสี่ยงเกี่ยวกับความไม่ต่อเนื่องของแหล่งพลังงาน⁴⁰ เช่น อัตราความเร็วลมหรือความเข้มของแสงอาทิตย์ที่ไม่คงที่ ดังนั้น ท้องถิ่นควรให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ประชาชนที่เข้าร่วมโครงการเพื่อให้โครงการสามารถอยู่รอดได้ ทั้งนี้ รูปแบบในการสนับสนุนดังกล่าวอาจมีได้หลายรูปแบบ โดยอาจเป็นการให้ความช่วยเหลือโดยตรงในรูปของ เงินช่วยเหลือแบบให้เปล่า (grants) ให้เงินอุดหนุน (subsidies) หรือให้กู้ยืมเงิน (loans)⁴¹ หรืออาจให้ความ ช่วยเหลือในการจัดหาแหล่งเงินทุนจากบุคคลที่สาม (Third-party financing) เช่น แหล่งเงินทุนจากรัฐบาล ส่วนกลางหรือช่วยเหลือในการจัดหาแหล่งเงินกู้จากสถาบันการเงินเอกชน⁴²

2.3 ผู้บริโภค (Consumer)

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจดำเนินการกิจการในการส่งเสริมพลังงานชุมชนได้จากการใช้พลังงานของ หน่วยงานในรูปแบบของการจัดซื้อจัดจ้างสีเขียว (Green Procurement) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการรับซื้อไฟฟ้าที่ผลิตได้ จากพลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชน เพื่อตอบสนองความต้องการพลังงานของหน่วยงานตามภารกิจในการ

³⁵ International Energy Agency, supra note 27, p.103

³⁶ James Johnson, Local Enterprise Partnerships and local energy, (The Liverpool City Region, 2017), p.6

³⁷ See the Scottish Government, 'Community Renewable Energy Toolkit' (2011) <<https://www.localenergy.scot/toolkit>> accessed 18 July 2018

³⁸ Eric Martinot and others, supra note 19, p.12

³⁹ Philipp Schönberger, supra note 29, p.26

⁴⁰ Katy Hogg and Ronan O'Regan, 'Renewable energy support mechanism: an overview' in Matt Bonass and Michael Rudd (eds), Renewables: A Practical Handbook, (Global Business Publishing, 2010), p.32

⁴¹ Eric Martinot and others, supra note 19, p. 13

⁴² Community Energy England, The Community Energy: State of the Sector Report, (CEE, 2017), p.30

ป้องกันการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของท้องถิ่น⁴³ นอกจากนั้นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะพัฒนาโครงการสาธิตเกี่ยวกับเทคโนโลยีใหม่ๆ ด้านพลังงานหมุนเวียนเพื่อที่จะส่งเสริมตลาดด้านพลังงานและให้ความรู้แก่ผู้ผลิตพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่น⁴⁴ เช่น ใช้ที่ดินของรัฐในการติดตั้งกังหันลมเพื่อสาธิตการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลมหรือการติดตั้งบนระบบผลิตไฟฟ้าด้วยเซลล์แสงอาทิตย์บนหลังคาของโรงเรียนในชุมชนเพื่อให้ชุมชนเห็นประโยชน์ในการใช้พลังงานแสงอาทิตย์ เป็นต้น

3. ความเป็นไปได้เชิงนโยบายด้านพลังงานของประเทศไทยในการสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้นำในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนระดับท้องถิ่น

ในปัจจุบันแนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) เริ่มเข้ามามีบทบาทสำคัญในการกำหนดแนวทางเพื่อการพัฒนาประเทศ อันจะเห็นได้จากแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 พ.ศ.2560-2564⁴⁵ ที่ถูกจัดทำขึ้นบนพื้นฐานของกรอบยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2560-2579) และเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติ (SDGs) โดยมีเป้าหมายสำคัญในการลดความเหลื่อมล้ำด้านรายได้ พัฒนาระบบเศรษฐกิจให้มีความเข้มแข็งและแข่งขันในตลาดโลกได้อย่างยั่งยืน สนับสนุนการเติบโตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม ตลอดจนสร้างความมั่นคงด้านพลังงาน อาหารและน้ำ⁴⁶ ดังนั้น การเสริมสร้างความยั่งยืนด้านพลังงาน (Energy sustainability) ให้เกิดขึ้น ย่อมมีส่วนช่วยในการพัฒนาประเทศในระยะยาวได้อย่างมั่นคง

ในปี 2560 World Energy Council (WEC) ได้จัดอันดับความยั่งยืนด้านพลังงานของประเทศต่าง ๆ ในทุกทวีปทั่วโลกจำนวน 125 ประเทศรวมทั้งประเทศไทย โดยอาศัยดัชนีชี้วัดที่เรียกว่า “Energy Trilemma” ซึ่งจะต้องคำนึงถึงการสร้างสมดุลกันระหว่างองค์ประกอบหลัก 3 ส่วน คือ ความมั่นคงด้านพลังงาน (Energy Security) ความเสมอภาคด้านพลังงาน (Energy Equity) และความยั่งยืนด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Sustainability)⁴⁷ โดยประเทศไทยถูกจัดอยู่ในลำดับที่ 74 ซึ่งปรากฏจากรายงานการจัดลำดับของ WEC ว่า

⁴³ Harriet Bulkeley and Kristine Kern, Local Government and the Governing of Climate Change in Germany and the UK, (43 Urban Studies, 2006), p.2244

⁴⁴ ibid

⁴⁵ แผนนโยบายในการส่งเสริมการผลิตและใช้พลังงานหมุนเวียนเริ่มปรากฏขึ้นครั้งแรกในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 5 แต่ในแผนดังกล่าวมิได้ใช้คำว่าพลังงานหมุนเวียน แต่ใช้คำว่าพลังงานนอกแบบ ซึ่งหมายถึงพลังงานที่ไม่ใช่ผลิตจากน้ำมันหรือถ่านหิน เช่น พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม พลังงานชีวภาพ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยุทธศาสตร์ในการส่งเสริมการผลิตพลังงานทดแทนภายในชุมชนเพิ่งปรากฏ อย่างชัดเจนในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 11 และปรากฏต่อเนื่องในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับปัจจุบัน

⁴⁶ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สิบสอง พ.ศ.2560-2564 (สำนักนายกรัฐมนตรี, 2559), น.63

⁴⁷ WEC ได้ให้นิยามขององค์ประกอบต่าง ๆ เหล่านี้ไว้ว่า

1 ความมั่นคงด้านพลังงาน หมายถึง ความมีประสิทธิภาพในการจัดหาพลังงานขึ้นต้นจากแหล่งพลังงานทั้งภายในและภายนอกประเทศความน่าเชื่อถือของโครงสร้างพื้นฐานด้านพลังงาน และความสามารถของผู้ผลิตพลังงานให้ทันต่อความต้องการใช้พลังงาน ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

2.ความเสมอภาคด้านพลังงาน หมายถึง การเข้าถึงพลังงานในราคาที่สามารถจ่ายได้ของประชาชน

ประเทศไทยควรเพิ่มสัดส่วนการผลิตพลังงานภายในประเทศเพื่อยกระดับความมั่นคงด้านพลังงานและลดการพึ่งพาพลังงานซึ่งนำเข้าจากต่างประเทศ ทั้งนี้ แนวทางหนึ่งที่รัฐบาลสามารถดำเนินการได้ ก็คือ การส่งเสริมการผลิตและใช้พลังงานทางเลือกให้มากยิ่งขึ้น ซึ่งก็รวมไปถึงการส่งเสริมการผลิตและใช้พลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชนด้วย⁴⁸ ที่สามารถช่วยส่งเสริมความยั่งยืนด้านสิ่งแวดล้อมด้วย โดยช่วยลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกสู่ชั้นบรรยากาศให้น้อยลงเมื่อเทียบกับการผลิตพลังงานจากปิโตรเลียม⁴⁹

สำหรับแนวทางการพัฒนาพลังงานทางเลือกของไทยนั้น ปรากฏในแผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 (Alternative Energy Development Plan 2015: AEDP 2015) ที่ให้ความสำคัญในการส่งเสริมการผลิตพลังงานจากวัตถุดิบพลังงานทดแทนที่มีอยู่ภายในประเทศให้ได้เต็มตามศักยภาพด้วยเทคโนโลยีที่เหมาะสมเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของสังคม สิ่งแวดล้อมและชุมชน⁵⁰ โดยมีกลยุทธ์ที่สำคัญประการหนึ่ง ก็คือ สนับสนุนครัวเรือนและชุมชนให้มีส่วนร่วมในการผลิตและใช้พลังงานทดแทน⁵¹ ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรเข้ามามีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมเรื่องนี้ภายในพื้นที่รับผิดชอบของตน แต่เมื่อพิจารณาถึงแนวทางในการขับเคลื่อนกลยุทธ์ดังกล่าวที่ปรากฏในแผนปฏิบัติการพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือกซึ่งถูกจัดทำขึ้นตามกรอบของ AEDP 2015 กลับพบว่า ผู้ที่มีบทบาทหลักในการดำเนินการ คือ หน่วยงานในส่วนกลาง เช่น กระทรวงพลังงานหรือกระทรวงอุตสาหกรรม⁵² ทำให้อาจเกิดปัญหาว่าโครงการพลังงานชุมชนที่จะเกิดขึ้นไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและนำไปสู่การคัดค้านของประชาชนในท้องถิ่นได้ รัฐบาลจึงควรที่จะให้ความสำคัญหรือสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้นำในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในชุมชน เพราะว่า ในปัจจุบันมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระจายอยู่ทั่วประเทศทั้งหมด 7,852 แห่ง⁵³ ดังนั้นในทางปฏิบัติ รัฐบาลจึงไม่สามารถที่จะตัดสินใจหรือกำหนดนโยบายเกี่ยวกับพลังงานในท้องถิ่นทุกแห่งได้อย่างทั่วถึง ในขณะที่ผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นอยู่ใกล้ชิดกับประชาชนในท้องถิ่นมากกว่า ย่อมรู้ถึงความต้องการด้านพลังงานและในท้องถิ่นดีที่สุด จึงสามารถบริหารจัดการเพื่อตอบสนองความต้องการด้านพลังงานของท้องถิ่นได้ดีกว่า⁵⁴ และสามารถที่จะสร้างความตระหนักแก่ประชาชนในท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้พลังงานหรือส่งเสริมการมีส่วน

3. ความยั่งยืนด้านสิ่งแวดล้อม หมายถึง การทำให้เกิดประสิทธิภาพด้านพลังงานทั้งในด้านอุปสงค์และอุปทาน และพัฒนาการจัดการพลังงานจากแหล่งพลังงานหมุนเวียนหรือแหล่งพลังงานอื่นซึ่งมีคาร์บอนต่ำ

รายละเอียด ดู World Energy Council, World Energy Trilemma Index 2017: Monitoring the Sustainability of National Energy System,(2017), p.9

⁴⁸ Ibid, p.123

⁴⁹ Jirapa Kamsamrong and Chumnong Sorapipatana, An assessment of energy security in Thailand's power generation, (7 Sustainable Energy Technologies and Assessments, 2014), p.45

⁵⁰ กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, แผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 – 2579 (Alternative Energy Development Plan: AEDP 2015-2036), (กระทรวงพลังงาน, 2558), น.1

⁵¹ เฟื่องอ้าง, น.16

⁵² กระทรวงพลังงาน, แผนปฏิบัติการพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 – 2579, (2558), น.42-43,57-59

⁵³ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น, 'ข้อมูลจำนวนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น' (2560) <<http://www.dla.go.th/work/abt/summarize.jsp>> เข้าถึงเมื่อ 20 กรกฎาคม 2561

⁵⁴ Neil Simcock and others, supra note 16, p.74

ร่วมของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพในโครงการพลังงานหมุนเวียนชุมชน⁵⁵ ซึ่งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการลงทุนในโครงการจะทำให้เกิดความยั่งยืนในการพัฒนาโครงการ เนื่องจาก ทำให้สมาชิกในชุมชนเกิดความรู้สึกในการเป็นเจ้าของร่วมกันในโครงการและช่วยดูแลโครงการให้สำเร็จไปได้ด้วยดี⁵⁶ และมีส่วนช่วยในการบรรลุเป้าหมายในการใช้พลังงานทดแทนของประเทศที่กำหนดไว้ใน AEDP 2015 ได้⁵⁷ อีกทั้งการเป็นผู้นำด้านการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังก่อให้เกิดประโยชน์ในเรื่องอื่นๆ ด้วย เช่น ทำให้ชุมชนสามารถเข้าถึงแหล่งพลังงาน การสร้างงานในชุมชน ตลอดจนลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของคนในชุมชน⁵⁸

นอกจากนั้นแล้ว ประเทศไทยในฐานะสมาชิกขององค์การสหประชาชาติที่ยอมรับวาระเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน 2030 (2030 Agenda for Sustainable Development) ของที่ประชุมใหญ่แห่งสมัชชาประชาชาติในปี 2558 ซึ่งกำหนดเป้าหมายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (SDGs) ไว้ 17 ประการ มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าวที่มุ่งจัดความยากจน ปกป้องสภาพแวดล้อมของโลก และทำให้มั่นใจว่าทุกคนพึงพอใจในการมีสันติภาพและความเจริญรุ่งเรือง โดยการสร้างสมดุลระหว่างสามองค์ประกอบของการพัฒนาที่ยั่งยืนอันได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม⁵⁹ โดยเป้าหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน ก็คือ เป้าหมายที่ 7: พลังงานที่เข้าถึงได้และสะอาด (Affordable and clean energy) และเป้าหมายที่ 13: การรับมือกับสภาพภูมิอากาศ (Climate action) ซึ่งเป้าหมายแรกมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทุกคนสามารถเข้าถึงพลังงานได้ในราคาที่เหมาะสม มีความน่าเชื่อถือ มีความยั่งยืนและมีความทันสมัย⁶⁰ ส่วนเป้าหมายหลังมุ่งหมายให้รัฐดำเนินการอย่างเร่งด่วนเพื่อรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว⁶¹ ทั้งนี้ การส่งเสริมการใช้และผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนก็ถือเป็นหนึ่งในมาตรการในการรับมือผลกระทบด้วย เนื่องจาก ปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ถูกปล่อยในการผลิตไฟฟ้าจากแหล่งพลังงานหมุนเวียนนั้นน้อยกว่าที่ผลิตจากเชื้อเพลิงฟอสซิลอย่างมีนัยสำคัญ⁶² แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดเป้าหมายดังกล่าวของสหประชาชาติเป็นการกำหนดเป้าหมายในระดับสากลอันมีลักษณะที่ค่อนข้างนามธรรม ซึ่งในการบรรลุเป้าหมายด้านพลังงานได้อย่างเป็นรูปธรรมนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องแปรเปลี่ยนเป้าหมายนั้นไปสู่การปฏิบัติจริงในระดับ

⁵⁵ Franziska Mey, Mark Diesendorf and Iain MacGill, Can local government play a greater role for community renewable energy? A Case study from Australia (21 Energy Research & Social Science, 2016), p.34

⁵⁶ Chatchawan Chaichana and others, supra note 11, p.114

⁵⁷ แผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 กำหนดเป้าหมายในการใช้พลังงานทดแทนของประเทศไว้ว่า ในปี 2579 ประเทศไทยจะเพิ่มสัดส่วนในการใช้พลังงานทดแทนให้ได้ถึงร้อยละ 30 ของการใช้พลังงานขั้นสุดท้าย

⁵⁸ Intergovernmental Panel on Climate Change, The IPCC Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation, (2012) p.18

⁵⁹ UNGA, supra note 14, p.1

⁶⁰ Ibid, p.19

⁶¹ Ibid, p.23

⁶² Intergovernmental Panel on Climate Change, supra note 58, p.18

ชุมชนเพื่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างแท้จริงในท้องถิ่น⁶³ โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมพลังงานชุมชน เนื่องจากเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดนโยบายและเป็นผู้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงให้เกิดขึ้นในชุมชน⁶⁴ และการพัฒนาโครงการพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชนยังส่งผลให้ประชาชนในชนบทหรือพื้นที่ห่างไกลสามารถมีไฟฟ้าใช้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งพาไฟฟ้าจากหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าแต่เพียงอย่างเดียว

ในปัจจุบัน กระทรวงพลังงานเริ่มให้การส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนในระดับชุมชนบ้างแล้ว ในโครงการส่งเสริมการลงทุนด้านพลังงานทดแทนในระดับชุมชนหรือ Community ESCO Fund เพื่อผลักดันต้นแบบชุมชนพลังงานทดแทนรูปแบบใหม่ให้เกิดการใช้พลังงานทดแทนระดับชุมชนเพิ่มขึ้น อาทิ พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม พลังงานน้ำ ก๊าซชีวภาพ และขยะ เป็นต้น โดยกำหนดเป้าหมายเบื้องต้นให้ได้ 25 โครงการ เพื่อผลิตพลังงานทดแทนให้ได้ 300 กิโลวัตต์ ทั้งนี้ผู้เข้าร่วมโครงการจะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่ง เช่น กลุ่มสหกรณ์ เทศบาล องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และมูลนิธิ โดยรัฐจะสนับสนุนงบประมาณเพียงบางส่วน และนิติบุคคลที่เข้าร่วมจะต้องลงทุนเองในส่วนที่เหลือ โดยมีผู้เข้าร่วมโครงการ ได้แก่ หน่วยงานราชการ โครงการพระราชดำริ หรือ ศูนย์การเรียนรู้ เช่น โรงพยาบาล โรงเรียน ศูนย์การเรียนรู้วิสาหกิจ ชุมชน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้เสนอโครงการผ่านการพิจารณาจากสำนักงานพลังงานจังหวัดและผู้ว่าราชการจังหวัดนั้น ๆ เป็นต้น⁶⁵ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าดังกล่าวก็ยังมีใช้การริเริ่มโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาว่า หากหน่วยงานของรัฐไม่ให้การสนับสนุนการผลิตไฟฟ้าต่อไป ชุมชนจะมีการดำเนินการผลิตไฟฟ้าต่อไปอย่างยั่งยืนหรือไม่ จึงมีประเด็นที่สมควรที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเข้ามามีบทบาทหลักในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าในระดับท้องถิ่น จะสามารถดำเนินการโดยอาศัยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่ตนมีอยู่ได้แค่ไหนเพียงใด เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาและส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในชุมชนอย่างต่อเนื่อง

4. อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ได้กำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐซึ่งเป็นแนวทางให้รัฐในการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน⁶⁶เกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนไว้ว่า รัฐพึงดำเนินการเกี่ยวกับพลังงานในการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานและการใช้พลังงานอย่างคุ้มค่า รวมทั้งพัฒนาและสนับสนุนให้มี

⁶³ Achim Steiner, ‘Localizing the Implementation of the SDGs’ (UNDP, 2017) <<http://www.undp.org/content/undp/en/home/news-centre/speeches/2017/localizing-the-implementation-of-the-sustainable-development-goals.html>> accessed 20 July 2018

⁶⁴ United Cities and Local Governments, The Sustainable Development Goals: What Local Governments need to know, (2015), p.1

⁶⁵ กระทรวงพลังงาน, ‘ก.พลังงาน เดินหน้าส่งเสริมการผลิตพลังงานทดแทนระดับชุมชน’ (2559) <http://energy.go.th/2015/wp-content/uploads/2016/02/newrelease_30.pdf> เข้าถึงเมื่อ 25 กรกฎาคม 2561

⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560), มาตรา

การผลิตและการใช้พลังงานทางเลือกเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงด้านพลังงานอย่างยั่งยืน⁶⁷ อันสะท้อนถึงการยอมรับหลักการในเรื่องของการพัฒนาพลังงานอย่างยั่งยืนมาเป็นเป้าหมายในการพัฒนาประเทศเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีหน้าที่ในเรื่องเกี่ยวกับการส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืนเช่นกัน ดังที่กำหนดไว้ในใน มาตรา 250 ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจดูแลและจัดทำบริการสาธารณะและกิจกรรม สาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ⁶⁸ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า อำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนนั้น อยู่ในขอบเขตของมาตรานี้หรือไม่ ซึ่งความในมาตรานี้อาจแบ่งได้เป็นสองส่วน คือ อำนาจหน้าที่ในการดูแลและจัดทำ “บริการสาธารณะ” และอำนาจหน้าที่ในการดูแลและจัดทำ “กิจกรรมสาธารณะ” ซึ่งการส่งเสริมประชาชนใน ท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ผลิตไฟฟ้านี้อาจเข้าข่ายของการจัดทำ “กิจกรรมสาธารณะ” ได้ เพราะ กิจกรรมสาธารณะตามความหมายของมาตรานี้ น่าจะหมายถึงกิจกรรมอื่นที่มีใช้การจัดทำบริการสาธารณะอันเป็น ประโยชน์หรือเกี่ยวข้องกับประชาชนทั่วไปในท้องถิ่น ซึ่งมีความหมายกว้าง เช่น กิจกรรมที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งย่อมรวมไปถึงการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในชุมชน ด้วย อีกทั้งการดำเนินการดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในท้องถิ่นในการเข้าถึงแหล่งพลังงาน และ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของชุมชนในการสร้างรายได้และลดความยากจน⁶⁹ และในขณะเดียวกันก็มีส่วนช่วยในการ ลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก จึงเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาที่ยั่งยืนของท้องถิ่นตามความมุ่ง หมายแห่งบทบัญญัตินี้ นอกจากนั้นแล้ว หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 43 ที่กำหนดสิทธิของบุคคลและชุมชน ในการจัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างสมดุลและยั่งยืน ซึ่งรวมถึงสิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการดังกล่าว ด้วย⁷⁰ ดังนั้นจึงอาจตีความได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ย่อมมีสิทธิในการจัดการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเช่นกัน ซึ่งย่อมรวมไปถึงการจัดการเกี่ยวกับส่งเสริมประชาชนในท้องถิ่น เพื่อผลิตพลังงานหมุนเวียนจากแหล่งพลังงานในธรรมชาติด้วย

นอกจากนั้นแล้ว แนวคิดในการกระจายอำนาจด้านพลังงานนี้ยังปรากฏในร่างพระราชบัญญัติส่งเสริม พลังงานทดแทน พ.ศ. ซึ่งคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านพลังงานได้จัดทำขึ้นและดำเนินการ เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดว่าพระราชบัญญัตินี้มี วัตถุประสงค์เพื่อให้มีการบริหารจัดการด้านกิจการพลังงานทดแทนมีหลักธรรมาภิบาล คำนึงถึงการกระจายอำนาจ การเปิดโอกาสให้ชุมชน ท้องถิ่น และประชาชนมีส่วนร่วม⁷¹ และกำหนดให้รัฐพึงมีนโยบายพื้นฐานว่าด้วยการ ส่งเสริมกิจการพลังงานทดแทน โดยส่งเสริมให้ชุมชนท้องถิ่นและประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินงานด้านกิจการ พลังงานทดแทน⁷² อีกทั้งยังกำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมพลังงานทดแทนส่งเสริมและพัฒนาการผลิตและการ

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, มาตรา 72 (5)

⁶⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, มาตรา 250 วรรคแรก

⁶⁹ Chatchawan Chaichana and others, supra note 11, p.115

⁷⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, มาตรา 43 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 43 วรรคสอง

⁷¹ ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมพลังงานทดแทน พ.ศ., มาตรา 5 (5) อ้างถึงใน สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ, รายงานคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านพลังงาน เรื่อง “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมพลังงานทดแทน พ.ศ.”, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2559)

⁷² ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมพลังงานทดแทน พ.ศ. มาตรา 6 (3), เพิ่งอ้าง

ใช้พลังงานทดแทนระดับชุมชน⁷³ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงทิศทางของรัฐบาลในการให้ความสำคัญต่อการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าระดับชุมชน

อย่างไรก็ตาม ทั้งมาตรา 43 และมาตรา 250 ต่างก็กำหนดว่าการใช้สิทธิหรืออำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่าได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการพลังงานหมุนเวียนไว้บ้างหรือไม่

พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542⁷⁴ ได้กำหนดอำนาจและหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทเอาไว้ โดยอำนาจหน้าที่ของเมืองพัทยา เทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ปรากฏอยู่ในมาตรา 16 อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) อยู่ในมาตรา 17 และอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครอยู่ในมาตรา 18 ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวทั้งสามมาตราแล้ว พบว่า ไม่มีมาตราใดที่กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับเรื่องส่งเสริมประชาชนในการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนไว้โดยตรง มีเพียงบางอนุมาตราที่น่าจะเกี่ยวข้องอยู่บ้าง คือ อำนาจหน้าที่ในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของเมืองพัทยา เทศบาลและ อบต.ตามมาตรา 16 (24) อำนาจหน้าที่ในการคุ้มครอง ดูแลและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของอบจ. ตามมาตรา 17(5) และอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครในการจัดระบบการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 และมาตรา 17 (ซึ่งก็คือ อำนาจในการจัดการ คุ้มครองดูแล บำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั่นเอง) อันทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าจะหมายความรวมถึงการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนหรือไม่ซึ่งขึ้นอยู่กับกรณีความ หรืออำนาจหน้าที่ในการจัดระบบสาธารณูปโภคของเมืองพัทยา เทศบาลและอบต. ตามมาตรา 16(4) ซึ่งรวมไปถึงกิจการไฟฟ้าด้วย แต่อย่างไรก็ตาม กรณีตามอนุมาตรานี้น่าจะหมายถึงอำนาจหน้าที่ของพัทยา เทศบาลและอบต. ในการจัดให้มีไฟฟ้าด้วยตนเองเท่านั้น ไม่น่าจะขยายความรวมถึงการส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่นผลิตไฟฟ้าใช้เอง

นอกจากนั้นแล้ว เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 ฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496⁷⁵ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537⁷⁶ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด

⁷³ ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมพลังงานทดแทน พ.ศ. มาตรา 11 (6) อ้างถึงใน สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ, รายงานคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านพลังงาน เรื่อง “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมพลังงานทดแทน พ.ศ.”, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2559)

⁷⁴ พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 114 ก, (17 พฤศจิกายน 2542)

⁷⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 70 ตอนที่ 14, (17 กุมภาพันธ์ 2496), มาตรา 50 (เทศบาลตำบล) มาตรา 53 (เทศบาลเมือง) และมาตรา 56 (เทศบาลนคร)

⁷⁶ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 111 ตอนที่ 53ก, (2 ธันวาคม 2537), มาตรา 67

พ.ศ.2540⁷⁷ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528⁷⁸ และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542⁷⁹ ก็พบว่า ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการพลังงานหมุนเวียนไว้โดยตรง มีเพียงบทบัญญัติที่น่าจะพอเกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนอยู่บ้าง เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ดังนี้

1. บทบัญญัติที่กำหนดให้เทศบาลหรือ อบต.อาจจัด “ให้มีและบำรุงการไฟฟ้าหรือแสงสว่างโดยวิธีอื่น” ในเขตเทศบาล⁸⁰หรือ อบต.⁸¹ หรือบทบัญญัติที่กำหนดให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการ “การสาธารณูปโภค” ในเขตกรุงเทพมหานคร⁸² ซึ่งก็ไม่อาจตีความรวมไปถึงอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่นผลิตไฟฟ้าได้เช่นกัน

2. บทบัญญัติที่กำหนดให้ อบต.หรือ อบจ. มีหน้าที่ “คุ้มครอง ดูแล และบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม” ในเขต อบต.⁸³หรือ อบจ.⁸⁴ ให้กรุงเทพมหานครมีหน้าที่ดำเนินกิจการในเรื่อง “การพัฒนาและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม”⁸⁵ หรือให้เมืองพัทยามีหน้าที่ในเรื่อง “การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ”⁸⁶ ซึ่งมาตราเหล่านี้บัญญัติเกี่ยวกับการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมเอาไว้อย่างกว้างๆ จึงไม่แน่ชัดว่าจะรวมไปถึงการส่งเสริมการใช้หรือผลิตพลังงานหมุนเวียนหรือไม่

จากการพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวมิได้มีการกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถดำเนินการดังกล่าวภายในท้องที่ของตนได้หรือไม่ เนื่องจาก โดยหลักแล้วการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการในเรื่องใดได้ ย่อมต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งหรือตามที่มีกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากรัฐบาลมีแนวคิดที่จะสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีบทบาทหลักในการส่งเสริมประชาชนในท้องถิ่นผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน ก็สมควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยอาจให้คณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครอง

⁷⁷ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 62ก, (31ตุลาคม 2540), มาตรา 45

⁷⁸ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 102 ตอนที่ 115 (ฉบับพิเศษ), (31 สิงหาคม 2528), มาตรา 89

⁷⁹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 120ก, (29 พฤศจิกายน 2542), มาตรา 62

⁸⁰ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496, มาตรา 51 (7) (เทศบาลตำบล) ,มาตรา 53 (7) (เทศบาลเมือง) และมาตรา 56 (1) (เทศบาลนคร)

⁸¹ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, มาตรา 68 (2)

⁸² พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528, มาตรา 89 (15)

⁸³ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, มาตรา 67 (7)

⁸⁴ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540, มาตรา 45 (7)

⁸⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528, มาตรา 89 (14)

⁸⁶ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542, มาตรา 62 (2)

ส่วนท้องถิ่นออกประกาศเพื่อเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับ “การพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียน” อันเป็นกิจการที่เป็นผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น⁸⁷ รวมถึงการแก้ไขกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทให้สอดคล้องกัน เพื่อให้สามารถดำเนินการในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนได้อย่างเหมาะสม

5. บทวิเคราะห์เบื้องต้นเกี่ยวกับบทบาทที่เป็นไปได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในระดับท้องถิ่น

5.1 การจัดทำแผนพลังงานท้องถิ่น

การวางแผนด้านพลังงาน (Energy planning) เป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการจัดการกับระบบพลังงานของชุมชน โดยถูกใช้ในการกำหนดทิศทางด้านนโยบายพลังงานในระดับท้องถิ่น⁸⁸ โดยทั่วไปแล้ว แผนพลังงานชุมชนมักมีสาระสำคัญเกี่ยวกับสถานการณ์การใช้พลังงานและแหล่งพลังงานของชุมชนในปัจจุบัน การคาดการณ์ความต้องการด้านพลังงานในอนาคต และการจัดลำดับความสำคัญในการดำเนินการด้านพลังงาน และอาจจะรวมถึงศักยภาพของชุมชนในการดำเนินการเพื่อส่งเสริมการพัฒนาระบบพลังงานของชุมชนในปัจจุบันหรือในอนาคต⁸⁹ โดยกระบวนการในการจัดทำแผนนั้น จะต้องสร้างการมีส่วนร่วมของประชาคมในการจัดการด้านพลังงาน สิ่งแวดล้อม และแผนงบประมาณในท้องถิ่นของตนเองให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้นในอนาคต ผ่านกระบวนการเรียนรู้เพื่อทำความเข้าใจเรื่องของพลังงาน ศึกษาเทคโนโลยีพลังงานทางเลือก รวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลในชุมชน แล้วนำมาประเมินหรือคาดการณ์ผลกระทบของระบบพลังงานในอนาคต จากนั้นจึงมีการร่วมกันวางแผนปฏิบัติการในการจัดการด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อมโดยคนในชุมชน⁹⁰ การวางแผนพลังงานชุมชนจึงไม่ใช่การวางแผนแบบทั่วไป แต่เป็นกระบวนการในการผลักดันให้เกิดแผนปฏิบัติการทางด้านพลังงานอย่างเป็นทางการโดยการมีส่วนร่วมของประชาชน ตั้งแต่คิด ตัดสินใจ ลงมือปฏิบัติ ตลอดจนประเมินผลที่ได้จากการปฏิบัติ⁹¹ ดังนั้น หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์ที่จะส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่นของตนเองผลิตไฟฟ้าจากแหล่งพลังงานหมุนเวียนแล้ว ก็สมควรที่จะให้มีการจัดทำแผนพลังงานชุมชนเพื่อให้ทราบถึงศักยภาพของทรัพยากรด้านพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่น ตลอดจนความต้องการที่แท้จริงของชุมชน และนำไปสู่กำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมประชาชนในการผลิตและใช้พลังงานหมุนเวียนได้อย่างยั่งยืน เพราะ ปัจจัยทั้งสองประการดังกล่าวจะทำให้ชุมชนผลิตและใช้

⁸⁷ พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542, มาตรา 16 (31) และมาตรา 17 (29)

⁸⁸ Farhad D.Rad, On Sustainability in Local Energy Planning , (PhD Thesis, Lund University, 2011),p.2

⁸⁹ Amec Foster Wheeler, Local Energy Planning – A guide to developing local energy plans - Working methodology, (Local Energy Scotland, 2018), p.5

⁹⁰ สำนักงานปลัดกระทรวงพลังงาน, โครงการการวางแผนพลังงานชุมชน (Local Energy Planning), (กระทรวงพลังงาน, 2552), น.9

⁹¹ เฟื่องอ้าง, น.25

พลังงานทางเลือกได้อย่างต่อเนื่อง สอดคล้องกับวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของคนในชุมชน บนพื้นฐานของความสามารถ และเพียงพอในการเข้าถึงแหล่งพลังงาน⁹²

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำแผนพลังงานชุมชนนั้น อาจพิจารณาได้จากอำนาจหน้าที่ในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่น โดยแผนพลังงานชุมชนอาจถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของแผนพัฒนาท้องถิ่นได้ เพราะ การพัฒนาท้องถิ่นอย่างยั่งยืนย่อมต้องเกิดจากการขับเคลื่อนกลยุทธ์ในการพัฒนาท้องถิ่นทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมไปพร้อมกัน รวมไปถึงการพัฒนาพลังงานหมุนเวียนในชุมชน ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว⁹³ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างก็มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นทั้งสิ้น

สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นนั้นปรากฏอยู่ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548⁹⁴ ซึ่งเนื้อหาของระเบียบนี้ส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการจัดทำแผน รวมถึงการติดตามและประเมินผลแผนพัฒนาท้องถิ่น⁹⁵ ทั้งนี้ องค์กรที่ทำหน้าที่ในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นมีด้วยกันสององค์กร คือ คณะกรรมการพัฒนาท้องถิ่น (คณะกรรมการพัฒนาฯ)⁹⁶ และคณะกรรมการสนับสนุนการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่น (คณะกรรมการสนับสนุนฯ) โดยคณะกรรมการสนับสนุนฯ จะทำหน้าที่ในการยกร่างแผนพัฒนาท้องถิ่นให้สอดคล้องกับแนวทางการพัฒนาที่คณะกรรมการพัฒนาฯ กำหนด⁹⁷ และคณะกรรมการพัฒนาฯ จะเป็นผู้พิจารณาร่างแผนพัฒนา⁹⁸ เพื่อเสนอผู้บริหารท้องถิ่นพิจารณาอนุมัติ

⁹² วิสาขา ภูจินดา, แนวทางการวางแผนพลังงานชุมชนอย่างยั่งยืนของประเทศไทย, (วารสารการจัดการสิ่งแวดล้อม, ปีที่ 8 ฉบับที่ 2, 2555), น.86

⁹³ ดู พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542, มาตรา 16(1), มาตรา 17(1) และมาตรา 18 , พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496, มาตรา 50 วรรคสอง, พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, มาตรา 69/1 และพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540, มาตรา 45 (2)

⁹⁴ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 122 ตอนพิเศษ 115 ง, (17 ตุลาคม 2548)

⁹⁵ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ข้อ 4 ได้กำหนดนิยามของ “แผนพัฒนา” ไว้ว่า หมายถึง แผนพัฒนาท้องถิ่นสี่ปีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นแผนที่กำหนดวิสัยทัศน์ ประเด็นยุทธศาสตร์ เป้าประสงค์ ตัวชี้วัดค่าเป้าหมาย และกลยุทธ์ โดยสอดคล้องกับแผนพัฒนาจังหวัด ยุทธศาสตร์การพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตจังหวัด แผนพัฒนาอำเภอ แผนพัฒนาตำบล แผนพัฒนาหมู่บ้านหรือแผนชุมชน อันมีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดแผนงานโครงการพัฒนา ที่จัดทำขึ้นสำหรับปีงบประมาณแต่ละปี ซึ่งมีความต่อเนื่องและเป็นแผนก้าวหน้า และให้ความหมายรวมถึงการเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงแผนพัฒนาท้องถิ่นสี่ปี

⁹⁶ องค์ประกอบของคณะกรรมการพัฒนาฯ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้บริหารท้องถิ่น ปรากฏในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ข้อ 8 โดยมีผู้บริหารท้องถิ่น เป็นประธานกรรมการ รองนายกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นทุกคน สมาชิกสภาท้องถิ่นที่สภาท้องถิ่นคัดเลือกจำนวน 3 คน ผู้ทรงคุณวุฒิที่ผู้บริหารท้องถิ่นคัดเลือกจำนวน 3 คน ผู้แทนภาคราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจที่ผู้บริหารท้องถิ่นคัดเลือกจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ผู้แทนประชาคมท้องถิ่นที่ประชาคมท้องถิ่นคัดเลือกจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คนแต่ไม่เกิน 6 คน เป็นกรรมการ และมีปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นกรรมการและเลขานุการ หัวหน้าส่วนการบริหารที่มีหน้าที่จัดทำแผนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

⁹⁷ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548, ข้อ 11

⁹⁸ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548, ข้อ 10 (3)

และประกาศใช้ต่อไป⁹⁹ ดังนั้น นโยบายการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในชุมชนจะเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมหรือไม่ ย่อมต้องมาจากแนวทางที่คณะกรรมการพัฒนาฯ กำหนด ซึ่งคณะกรรมการพัฒนาฯ จะต้องพิจารณาจากประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้¹⁰⁰

“(ก) อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สุขของประชาชน เช่น การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย การผังเมือง

(ข) ภารกิจถ่ายโอนตามกฎหมายกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจ

(ค) ยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศ กลุ่มจังหวัด และจังหวัด โดยให้เน้นดำเนินการในยุทธศาสตร์ที่สำคัญ และมีผลต่อประชาชนโดยตรง เช่น การแก้ไขปัญหาความยากจน การป้องกันและแก้ไขปัญหาเสพติด

(ง) กรอบนโยบาย ทิศทาง แนวทางการพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตจังหวัด

(จ) นโยบายของผู้บริหารท้องถิ่นที่แถลงต่อสภาท้องถิ่น

(ฉ) แผนพัฒนาหมู่บ้านหรือแผนชุมชน

ในการนำประเด็นข้างต้นมาจัดทำแผนพัฒนา ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นคำนึงถึงสถานะทางการคลังของท้องถิ่น และความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องดำเนินการมาประกอบการพิจารณาด้วย”

จากประเด็นข้างต้น จะเห็นได้ว่า โอกาสที่นโยบายเกี่ยวกับการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นจะถูกกำหนดเอาไว้ในแผนพัฒนาท้องถิ่นจะมากหรือน้อย ย่อมขึ้นอยู่กับว่าผู้คนในชุมชน ผู้บริหารจังหวัด หรือรัฐบาลจะให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวมากน้อยเพียงใด อีกทั้งเรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ดังนั้น หากต้องการให้เกิดความมั่นใจว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะให้ความสำคัญในการจัดทำแผนพลังงานหมุนเวียน ก็ควรที่จะต้องให้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบัญญัติเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา

สำหรับตัวอย่างของการจัดทำแผนพลังงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศ ก็เช่น Municipal Energy Planning Act 1977 ของประเทศสวีเดน ซึ่งกำหนดให้เทศบาล (Municipality) มีหน้าที่ในการจัดทำแผนพลังงานของเทศบาล เพื่อส่งเสริมการใช้พลังงานอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือและเพียงพอในการจัดหาพลังงาน¹⁰¹ โดยแต่ละเทศบาลจะต้องปรับปรุงแผนในการจัดหา การจัดสรรและใช้พลังงานอยู่เสมอ นอกจากนี้ ยังอาจร่วมมือกับเทศบาลอื่นหรือผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับด้านพลังงาน เช่น บริษัทพลังงาน ในการแก้ไขปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับประสิทธิภาพด้านพลังงานหรือการจัดหาพลังงาน¹⁰² ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดการด้านพลังงาน แต่อย่างไรก็ตามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยสามารถจัดทำแผนพลังงานของท้องถิ่นได้อยู่แล้วตามอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ตามกฎหมายปัจจุบัน โดยรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของแผนพัฒนาท้องถิ่นจึงไม่จำเป็นต้องแยกออกมาจัดทำเป็นแผนพลังงานโดยเฉพาะอย่างเช่นในประเทศสวีเดน เพียงแต่รัฐบาลรวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องกำหนด

⁹⁹ เฟ็งอ้าง, ข้อ 17 (4)

¹⁰⁰ เฟ็งอ้าง, ข้อ 10 (1)

¹⁰¹ Lag (1977:439) om kommunal energiplanering (Municipal Energy Planning Act 1977), S1

¹⁰² Farhad D.Rad, supra note 88, p.64

แนวนโยบายเพื่อส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชนท้องถิ่นให้ชัดเจน เพื่อที่จะกระตุ้นหรือสนับสนุนให้มีการจัดทำแผนพลังงานอย่างเป็นรูปธรรม

5.2 การมีส่วนร่วมในการจัดทำผังเมือง

นอกจากการจัดทำแผนพลังงานชุมชนแล้ว อีกมาตรการหนึ่งที่ต้องกรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถนำมาใช้เพื่อส่งเสริมประชาชนผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน ก็คือ การจัดทำผังเมือง โดยแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดวางผังเมืองเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนเริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการพัฒนาชุมชนหรือเมือง โดยบทบาทของผังเมืองในปัจจุบันจะมุ่งบูรณาการการพัฒนาในหลายสาขาเข้าด้วยกันเพื่อพัฒนาเมืองหรือชนบท แต่ในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมด้วย¹⁰³ซึ่งแนวทางหนึ่งในการบรรลุความมุ่งหมายดังกล่าวก็คือ การบูรณาการเรื่องแผนพลังงานเข้าไว้ตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นของการจัดทำผังเมือง¹⁰⁴ เนื่องจาก การจัดวางผังเมืองที่เหมาะสมย่อมส่งผลกระทบต่อในทางบวกต่อความต้องการใช้พลังงานและการผลิตพลังงานภายในเมืองหรือชุมชน เช่น ควบคุมการขยายตัวของเมืองที่ไร้ระเบียบเพื่อช่วยลดการใช้พลังงานในการขนส่ง¹⁰⁵หรือพัฒนาประสิทธิภาพของอาคารเพื่อให้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ให้ได้มากที่สุด¹⁰⁶ ซึ่งข้อกำหนดในเรื่องผังเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผังเมืองของท้องถิ่นอาจเข้ามามีบทบาทสำคัญในขั้นตอนของการขออนุญาตผลิตไฟฟ้าจากพลังงานชุมชนได้ เพราะผังดังกล่าวได้กำหนดลักษณะการใช้ประโยชน์ที่ดินในแต่ละท้องถิ่นว่าที่ดินบริเวณใดสามารถดำเนินการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนแต่ละประเภทได้¹⁰⁷ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผลิตไฟฟ้าให้ได้มากที่สุด โดยสอดคล้องกับความต้องการใช้พลังงานภายในชุมชน¹⁰⁸ ด้วยเหตุดังกล่าว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้แทนของประชาชนจึงควรเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำผังเมืองของท้องถิ่น โดยคำนึงถึงแผนพัฒนาท้องถิ่นและการมีส่วนร่วมของประชาชนในท้องถิ่นเพื่อลดการคัดค้านในโครงการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน อันจะทำให้ผังดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการพัฒนาระบบพลังงานที่ยั่งยืนในชุมชนและเป็นมาตรการที่เป็นประโยชน์ต่อการบรรเทาผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ¹⁰⁹

โดยทั่วไปแล้ว ในการปลูกสร้างอาคารหรือโรงงานเพื่อผลิตไฟฟ้าในท้องถิ่นใด ผู้ผลิตไฟฟ้าจำเป็นต้องปฏิบัติตามและขออนุญาตตามกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้ครบถ้วน เช่น กฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการพลังงาน กฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง ซึ่ง

¹⁰³ United Nations Economic Commission for Europe, Spatial planning: Key Instrument for Development and Effective Governance, (United Nations, 2008), p.1

¹⁰⁴ S. Cajot and others, Energy planning in the urban context: challenge and perspectives, (78 Energy Procedia, 2015), p.3367

¹⁰⁵ Henk Vanderkamp and others, Spatial Planning & Energy: A guide for planners, (the Town and Country Planning Association, 2016), p.6

¹⁰⁶ ibid

¹⁰⁷ Josh Roberts and others, supra note 22, pp.54-55

¹⁰⁸ Henk Vanderkamp and others, supra note 104, p.20

¹⁰⁹ Ibid, p.12

ในส่วนที่เกี่ยวกับผังเมืองนั้น ก็คือ การควบคุมพื้นที่ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน¹¹⁰ซึ่งจะกำหนดไว้ในข้อกำหนดผังเมืองรวมของแต่ละท้องถิ่นว่า โรงไฟฟ้าดังกล่าวจะสามารถปลูกสร้างในพื้นที่ใดได้บ้าง โดยส่วนใหญ่จะอนุญาตในการใช้ประโยชน์ที่ดินประเภทอุตสาหกรรมเฉพาะกิจหรือประเภทชนบทและเกษตรกรรม¹¹¹ อย่างไรก็ตาม แม้ในปี 2559 หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ออกคำสั่งเพื่อยกเว้นการใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนตามที่กำหนดไว้ในแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย พ.ศ. 2558-2579 (PDP 2015) แผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ.2558-2579 (AEDP 2015)¹¹² ซึ่งครอบคลุมกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนเกือบทั้งหมด ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า การผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนในระดับชุมชนในอนาคตไม่ต้องคำนึงถึงข้อจำกัดด้านกฎหมายผังเมืองเลยหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ในอนาคตการดำเนินการเรื่องดังกล่าวก็ยังคงต้องคำนึงเรื่องผังเมืองอยู่ เพราะ คำสั่งดังกล่าวกำหนดยกเว้นมิให้ใช้บังคับผังเมืองรวมแก่กิจการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนเฉพาะผังเมืองที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่มีคำสั่งหรือที่จะมีผลใช้บังคับภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่มีคำสั่งนี้ ซึ่งก็คือ ผังเมืองที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้วในวันที่ 20 มกราคม 2559 และที่จะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 มกราคม 2559 ถึงวันที่ 19 มกราคม 2560 ดังนั้น หากเป็นผังเมืองรวมที่ประกาศใช้หลังวันที่ 19 มกราคม 2560 เจ้าของโครงการก็ยังคงต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดผังเมืองอยู่ อีกทั้งยังมีบางพื้นที่ที่ยังไม่มีการประกาศใช้ผังเมืองรวม ก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งนี้เช่นกัน แต่ต้องปฏิบัติตามผังเมืองรวมที่จะจัดทำขึ้นในอนาคต

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำผังเมืองนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹¹³ จะเห็นได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างก็มีอำนาจหน้าที่ในการวางผังเมืองทั้งสิ้น นอกจากนี้ใน

¹¹⁰ กฎกระทรวง (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้ โรงงานลำดับที่ 88 โรงงานผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ ยกเว้นที่ติดตั้งบนหลังคาที่มีกำลังการผลิตไม่เกิน 1,000 กิโลวัตต์ โรงงานผลิตไฟฟ้าจากพลังงานความร้อน และการผลิตพลังงานไฟฟ้าจากพลังงานน้ำ ยกเว้นการผลิตพลังงานจากเขื่อนหรือจากอ่างเก็บน้ำขนาดเล็กกำลังการผลิตไม่เกิน 15 เมกะวัตต์ การผลิตพลังงานไฟฟ้าจาก พลังงานน้ำแบบสูบกลับ การผลิตไฟฟ้าจากพลังงานน้ำท้ายเขื่อนฝาย คลองส่งน้ำ เป็นโรงงานจำพวกที่ 3 ที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ ดังนั้น การจัดทำข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในผังเมืองเพื่อกำหนดสถานที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนดังกล่าว ย่อมต้องกำหนดในฐานะที่สถานที่นั้นเป็น “โรงงาน” ตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

¹¹¹ กรมโยธาธิการและผังเมือง, ‘ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน’ <<http://www.entechpollutec-asia.com/Portals/0/seminar/Presentation/03-ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน.pdf>> เข้าถึงเมื่อ 30 กรกฎาคม 2561

¹¹² คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2559 เรื่อง การยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภท, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133 ตอนพิเศษ 15ง, (20 มกราคม 2559), ข้อ 1 สำหรับรายละเอียดประเภทของโครงการที่ได้รับยกเว้นให้ใช้บังคับผังเมืองรวม โปรดดู ประกาศคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และรายละเอียดของโครงการหรือกิจการที่ได้รับการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภทตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2559 ลงวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2559, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133 ตอนพิเศษ 76ง, (31 มีนาคม 2559)

¹¹³ ดู พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542, มาตรา 16 (25), มาตรา 17(24) และมาตรา 18, พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496, มาตรา 56 (7) (เฉพาะเทศบาลนคร), พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, มาตรา 68 (13), พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540, มาตรา 45 (8) และกฎกระทรวง (พ.ศ.2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540,

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518¹¹⁴ ซึ่งเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการจัดทำผังเมืองของประเทศไทยก็ได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของ “เจ้าพนักงานท้องถิ่น”¹¹⁵ ซึ่งได้แก่ นายก อบจ. นายกเทศมนตรี นายก อบต. ผู้ว่าราชการกรกรุงเทพมหานคร และนายกเมืองพัทยา ในการจัดทำผังเมืองซึ่งอยู่ในอาณาเขตที่ตนรับผิดชอบ โดยผังเมืองตามกฎหมายปัจจุบันแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะ โดยผังเมืองรวมเป็นแผนผังนโยบายและโครงการรวมทั้งมาตรการควบคุมโดยทั่วไป เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาและการดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบท ในด้านการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน การคมนาคมและการขนส่ง การสาธารณูปโภค บริการสาธารณะและสภาพแวดล้อม¹¹⁶ ส่วนผังเมืองเฉพาะเป็นแผนผังและโครงการ ดำเนินการเพื่อพัฒนาหรือดำรงรักษาบริเวณเฉพาะแห่งหรือกิจการที่เกี่ยวข้องในเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบทเพื่อประโยชน์แก่การผังเมือง¹¹⁷ ผังเมืองรวมจึงมีลักษณะเป็นผังที่ใช้ในเพื่อกำหนดนโยบาย วิสัยทัศน์และทิศทางในการพัฒนาเมืองโดยทั่วไป ซึ่งมีลักษณะสำคัญในการแสดงลักษณะของการใช้ประโยชน์ที่ดินและระบบโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ¹¹⁸ ในขณะที่ผังเมืองเฉพาะเป็นผังที่มีการกำหนดรายละเอียดที่ใช้ในการพัฒนาพื้นที่เฉพาะแห่งรวมทั้งมาตรการที่จำเป็นทางผังเมืองที่ชัดเจน โดยจัดทำข้อกำหนดผังเมืองให้เหมาะสมสำหรับแต่ละส่วน (Sections) ของชุมชน ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามที่กำหนดไว้ในแผนพัฒนาเพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างเป็นรูปธรรม¹¹⁹

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการจัดทำผังเมืองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในส่วนซึ่งเกี่ยวข้องกับ การส่งเสริมพลังงานหมุนเวียน อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1. ปัญหาในเชิงกระบวนการจัดทำผังเมือง

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 ได้กำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการจัดทำผังเมืองรวมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ว่า¹²⁰ เมื่อเห็นสมควรวางและจัดทำผังเมืองรวม ณ ท้องที่ใด เจ้าพนักงานท้องถิ่นของท้องที่นั้นจะวางและจัดทำ ผังเมืองรวมในท้องที่ของตนขึ้นก็ได้ แต่จะต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการผังเมืองก่อน เมื่อ เจ้าพนักงานท้องถิ่น ได้วางและจัดทำผังเมืองรวมแล้ว ให้ส่งผังเมืองรวมมาให้กรมโยธาธิการและผังเมืองพิจารณา ซึ่งกรมโยธาธิการและผัง เมืองสามารถแจ้งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นแก้ไขเปลี่ยนแปลงผังเมืองรวมได้ หลังจากนั้นเมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น จัดทำผังเมืองรวมแล้วเสร็จ ให้กรมโยธาธิการและผังเมืองเสนอคณะกรรมการผังเมืองพิจารณา ซึ่งเมื่อ คณะกรรมการผังเมืองเห็นชอบแล้ว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นทำการปิดประกาศแผนที่แสดงเขตผังเมืองรวมไว้ ณ ที่ว่าการเขตหรือแขวงของกรุงเทพมหานครหรือที่ว่าการอำเภอ ที่ทำการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและ สาธารณสถานภายในเขตของผังเมืองรวมนั้นเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 90 วัน เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถมาร้องขอให้

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528, มาตรา 89(5), พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมือง พัทยา พ.ศ.2542, มาตรา 62 (4)

¹¹⁴ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 92 ตอนที่ 33 (ฉบับพิเศษ), (13 กุมภาพันธ์ 2518)

¹¹⁵ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, มาตรา 4

¹¹⁶ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, มาตรา 4

¹¹⁷ เพิ่งอ้าง

¹¹⁸ ก้องภพ สุขกิจบำรุง, ทฤษฎีและความรู้ทางด้านผังเมือง, (ข่าวสารกรมการผังเมือง ฉบับที่ 72, 2542), น.28

¹¹⁹ กรมโยธาธิการและผังเมือง, คู่มือการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะ, (โรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, 2552), น.1-9

¹²⁰ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, มาตรา 18-25

แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินของผังเมืองรวมนั้น ซึ่งถ้าไม่มีผู้มีส่วนได้เสียผู้ใดร้องขอหรือมีแต่คณะกรรมการผังเมืองได้ส่งยกคำร้องขอนั้น หรือคณะกรรมการผังเมืองได้สั่งให้แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อกำหนดดังกล่าวและเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้จัดการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว ให้กรมโยธาธิการและผังเมืองเสนอผังเมืองรวมต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อดำเนินการออกกฎกระทรวงใช้บังคับผังเมืองรวมนั้นต่อไป ซึ่งเมื่อพิจารณากระบวนการในการจัดทำผังเมืองรวมทั้งหมดแล้ว จะเห็นได้ว่า อำนาจในการจัดทำผังเมืองรวมยังไม่ถูกกระจายไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างเต็มที่ เนื่องจาก อำนาจในการอนุมัติเห็นชอบในการวางและจัดทำผังที่ดี การพิจารณาอนุมัติผังให้มีผลใช้บังคับใช้ก็ดี ยังคงเป็นอำนาจของคณะกรรมการผังเมืองซึ่งเป็นองค์กรในส่วนกลางซึ่งเป็นกรรมการในระดับประเทศและมีชุดเดียว ทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณา นอกจากนี้ การบังคับใช้ผังเมืองรวมยังต้องทำในรูปของกฎกระทรวง¹²¹ ที่จะต้องผ่านการพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสียก่อน ทำให้การออกกฎกระทรวงผังเมืองรวมเพื่อใช้บังคับในพื้นที่เกิดความล่าช้าและไม่ทันต่อการพัฒนาของท้องถิ่น รวมถึงอาจทำให้ผังเมืองรวมที่เคยมีอยู่เดิมขาดอายุการบังคับใช้ไปก่อนจะมีผังเมืองใหม่ ส่งผลให้ขาดแนวทางในการพัฒนาท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินจากการพัฒนาโครงการใหม่ในพื้นที่ และก่อให้เกิดข้อขัดแย้งกับประชาชนในท้องถิ่น¹²² เช่น การสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานชีวมวลในเขตเมืองที่เพิ่งขยายตัวออกไปซึ่งแต่เดิมเป็นพื้นที่เกษตรกรรมและก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ประชาชนในพื้นที่

ในส่วนของการจัดทำผังเมืองเฉพาะ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำเช่นกัน โดยผังเมืองเฉพาะที่จัดทำขึ้นต้องสอดคล้องกับผังเมืองรวม ส่วนขั้นตอนในการจัดทำผังเมืองเฉพาะในภาพรวมมีความคล้ายคลึงกับการจัดทำผังเมืองรวม¹²³ โดยต้องเสนอหลักการในการจัดทำผังให้คณะกรรมการผังเมืองเห็นชอบก่อน ต้องจัดให้มีการโฆษณาการจัดทำผังเมืองเฉพาะให้ประชาชนแล้วจัดการประชุมไม่น้อยกว่าสองครั้ง เพื่อรับฟังข้อคิดเห็นของประชาชนในท้องที่ที่จะมีการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะนั้น และต้องส่งผังเมืองที่จัดทำแก่กรมโยธาธิการและผังเมืองเพื่อให้ความเห็น ก่อนที่กรมโยธาธิการและผังเมืองจะเสนอผังเมืองเฉพาะต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อดำเนินการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บังคับผังเมืองเฉพาะนั้นต่อไป จะเห็นได้ว่า กรณีของการจัดทำผังเมืองเฉพาะ ซึ่งเป็นเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามผังเมืองรวมและมีรายละเอียดเกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์ที่ดินในท้องถิ่นโดยตรง ก็ยังต้องได้รับความเห็นชอบในหลักการจากคณะกรรมการผังเมืองก่อน อีกทั้งการใช้บังคับผังเมืองเฉพาะจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติและผ่านการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากรัฐสภา เนื่องจากอาจต้องมีการเปลี่ยนแปลงในกรณีที่ดินตลอดจนอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นจากเจ้าของเดิมเพื่อให้ได้มีการก่อสร้างตามผังเมืองเฉพาะได้¹²⁴ ซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการที่ยุ่งยาก และใช้เวลานานในการจัดทำ ทำให้ในปัจจุบันยังไม่มีการบังคับใช้ผังเมืองเฉพาะในองค์กร

¹²¹ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, มาตรา 26

¹²² สถาปปฏิรูปแห่งชาติ, วาระการปฏิรูปพิเศษ 3: การปฏิรูประบบการผังเมืองและการใช้พื้นที่, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), น. 13

¹²³ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, มาตรา 29-40

¹²⁴ กรมโยธาธิการและผังเมือง, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 119, น.1-2

ปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศ¹²⁵ ซึ่งทำให้ขาดความชัดเจนในการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินของพื้นที่แต่ละส่วนในท้องถิ่น เพื่อการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดตามนโยบายในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าระดับชุมชนดังที่ระบุใน AEDP 2015

ในระบบกฎหมายผังเมืองของเยอรมนีได้ยอมรับแนวคิดในเรื่องการกระจายอำนาจในการจัดทำผังเมืองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹²⁶ โดยปล่อยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดผังเมืองของตนเองบนพื้นฐานของการปกครองตนเองของท้องถิ่น

สำหรับระบบกฎหมายผังเมืองของประเทศเยอรมนีนั้น แบ่งออกได้เป็น 4 ระดับ ด้วยกัน คือ ผังระดับประเทศ (สหพันธรัฐ) (Federal Spatial planning) ซึ่งมีกฎหมายที่เป็นกรอบในการจัดทำผังระดับประเทศคือ Federal Regional Planning Act (Raumordnungsgesetz, ROG) ผังเมืองระดับรัฐ (State Spatial Planning) ผังภูมิภาค (Regional Planning) และผังการใช้ประโยชน์ที่ดินท้องถิ่น (Local Land Use Planning)¹²⁷ โดยในการจัดทำผังของท้องถิ่นนี้มีความมุ่งหมายที่สำคัญ คือ เพื่อเตรียมการและควบคุมการใช้ที่ดินเพื่อการปลูกสร้างอาคารหรือการใช้ประโยชน์ที่ดินอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายควบคุมอาคาร¹²⁸ ซึ่งอาจแบ่งระดับของผังที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำได้เป็น 2 ระดับ¹²⁹ คือ

1. ผังการใช้ประโยชน์ที่ดินเบื้องต้น (Preparatory land-use plan) เป็นผังที่กำหนดประเภทการใช้ประโยชน์ที่ดินภายในพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหมด เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์สำหรับการพัฒนาท้องถิ่น โดยอาศัยผังที่จัดทำขึ้นเป็นพื้นฐานในการตัดสินใจในด้านต่าง ๆ เช่น ด้านการควบคุมอาคาร การคมนาคมขนส่ง การเกษตร การป่าไม้ การอนุรักษ์ธรรมชาติ รวมถึงด้านพลังงาน เพื่อใช้พื้นที่ให้เหมาะสมและเกิดประโยชน์มากที่สุด โดยผังนี้เป็นผังที่มีผลผูกพันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ต้องปฏิบัติตาม แต่ไม่ได้มีผลทางกฎหมายต่อประชาชนทั่วไป

ในส่วนที่เกี่ยวกับพลังงานทดแทน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถกำหนดที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนภายในผังการใช้ประโยชน์ที่ดินเบื้องต้นได้ เช่น กำหนดที่ตั้งของแนวกังหันลมในการผลิตไฟฟ้า แต่ทั้งนี้ การจัดทำผังดังกล่าวก็ต้องสอดคล้องกับนโยบายที่กำหนดในผังภูมิภาคซึ่งเป็นผังที่ใช้ในระดับการตัดสินใจเพื่อกำหนดที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำผังภูมิภาคได้¹³⁰ และสามารถที่จะโน้มน้าวในเรื่องของการกำหนดพื้นที่ที่ควรให้มีการตั้งโรงไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนก่อนพื้นที่อื่น (priority areas) โดยจัดทำข้อกำหนดเฉพาะ (respective statement) เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของผังภูมิภาค ซึ่งในการตั้งโรงไฟฟ้างดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายในพื้นที่ดังกล่าว

¹²⁵ ฌูร์กันต์ ด้วงปาน, การบังคับใช้ผังเมืองเฉพาะเพื่อการจัดการสิ่งแวดล้อมเมืองและชุมชน (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.135

¹²⁶ Beata Śliż-Szkliniarz, Energy Planning in Selected European Regions (KIT Scientific Publishing, 2012), p.19

¹²⁷ Elke Pahl-Weber and others, The Planning System and Planning Terms in Germany: A Glossary (Academy for Spatial Research and Planning 2008), p.38

¹²⁸ Ibid, p.42

¹²⁹ Ibid, pp.47-48

¹³⁰ Philipp Schönberger, supra note 29, p.22

อย่างไรก็ตาม หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประสงค์จะให้มีการสร้างโรงไฟฟ้านอกพื้นที่นี้ ก็จะต้องมีการขออนุญาตเพื่อใช้ประโยชน์ที่ดินดังกล่าวต่อหน่วยงานที่มีอำนาจในการจัดทำผังภูมิภาค¹³¹

2. ผังการใช้ประโยชน์ที่มีผลทางกฎหมาย (Binding land-use plans) เป็นผังที่ถูกพัฒนาขึ้นบนพื้นฐานของผังประเภทแรกในรูปแบบของข้อบัญญัติท้องถิ่น เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาท้องถิ่นซึ่งประกอบด้วยมาตรการต่าง ๆ ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยอาคาร เช่น การจัดสรรที่ดิน การพัฒนาที่ดินเพื่อจัดทำโครงสร้างพื้นฐานของท้องถิ่น ค่าชดเชย การเวนคืน รวมถึงการกำหนดรายละเอียดและกำหนดจุดที่ชัดเจนแน่นอนในการใช้ประโยชน์ที่ดิน กำหนดลักษณะและระดับการใช้ประโยชน์อาคาร ความสูงอาคาร ความหนาแน่นของอาคาร ขอบเขตอาคาร พื้นที่จรรยาและพื้นที่สีเขียว ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ผูกพันให้ผู้ที่ผู้ขออนุญาตปลูกสร้างอาคารต้องปฏิบัติตาม

จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนระหว่างกฎหมายผังเมืองของเยอรมนีและกฎหมายผังเมืองของไทย ก็คือ การจัดทำผังเมืองท้องถิ่นของประเทศเยอรมนีไม่จำเป็นต้องได้รับอนุมัติจากส่วนกลางก่อนที่จะเริ่มดำเนินการ เพียงแต่จะต้องสอดคล้องกับนโยบายผังเมืองที่ปรากฏในผังระดับประเทศและผังภูมิภาค ดังนั้น จึงอาจนำแนวทางที่ปรากฏในกฎหมายของเยอรมนีมาใช้ในการปรับปรุงพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ได้ดังนี้

1. ในการจัดทำผังเมืองรวมก็ดี ผังเมืองเฉพาะก็ดี ควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำตัวเอง โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการผังเมืองก่อน เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการจัดทำผังเมืองมากขึ้น อีกทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมรู้ถึงปัญหาในท้องถิ่นในด้านต่าง ๆ รวมทั้งด้านพลังงานได้ดีว่าส่วนกลาง และจะมีผลอย่างเป็นรูปธรรมในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นมากขึ้น หากคำนึงถึงแผนพลังงานท้องถิ่นด้วยในการจัดทำผังเมืองและนำมาใช้ในการกำหนดพื้นที่ที่เหมาะสมในการตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลการจัดทำผังเมืองให้เป็นไปตามหลักวิชาการ อาจจะกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแจ้งให้กรมโยธาธิการและผังเมืองทราบเมื่อมีการจัดทำผังเมือง และหากกรมโยธาธิการและผังเมืองไม่เห็นด้วยกับการจัดทำผังเมืองดังกล่าว ก็ให้เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการผังเมืองเพื่อชี้ขาด

2. รูปแบบในการใช้บังคับผังเมือง ควรมีการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการกระจายอำนาจและให้เกิดความรวดเร็วในการประกาศใช้เพื่อให้ทันต่อสภาพของท้องถิ่นที่อาจเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โดยกำหนดให้ประกาศใช้บังคับผังเมืองรวมในรูปแบบของข้อบัญญัติท้องถิ่น ส่วนผังเมืองเฉพาะนั้น หากผังใดที่ไม่มีข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนที่ดิน อาจจะไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติก็ได้ แต่อาจอยู่ในรูปของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง

2. ปัญหาความเหมาะสมในการกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินของกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า โรงงานผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน เช่น โรงงานผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ จัดเป็นโรงงานจำพวกที่ 3 ตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานจากปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเสียก่อนจึงจะเริ่มดำเนินการได้ ผลที่ตามมาก็คือ การถูกจำกัดพื้นที่ในการตั้งโรงงานอย่างเข้มงวด เนื่องจาก มองว่าโรงงานจำพวกนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือ

¹³¹ Ibid

สิ่งแวดล้อมในระดับที่ค่อนข้างรุนแรง¹³² โดยกฎกระทรวง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535¹³³ ได้กำหนดว่า ห้ามตั้งโรงงานจำพวกที่ 3 ในบริเวณดังต่อไปนี้¹³⁴

(1) บ้านจัดสรรเพื่อการพักอาศัย อาคารชุดพักอาศัย และบ้านแถวเพื่อการพักอาศัย

(2) ภายในระยะ 100 เมตร จากเขตติดต่อสาธารณสถาน ได้แก่ โรงเรียนหรือสถาบันการศึกษา วัด หรือศาสนสถาน โรงพยาบาล โบราณสถาน และสถานที่ทำการงานของหน่วยงานของรัฐ และให้หมายความรวมถึงแหล่งอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

(3) ภายในระยะ 100 เมตร จากแหล่งน้ำสาธารณะที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

นอกจากห้ามตั้งในพื้นที่ดังกล่าวแล้ว โรงงานจำพวกที่ 3 จะต้องตั้งอยู่ในทำเลและสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม และมีบริเวณเพียงพอที่จะประกอบกิจการอุตสาหกรรมตามประเภท ชนิด หรือขนาดของโรงงาน โดยไม่อาจก่อให้เกิดอันตราย เหตุรำคาญ หรือความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น¹³⁵

ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นตามมาก็คือ โรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนบางประเภทจะไม่สามารถตั้งอยู่ในเขตที่พักอาศัยหรือชุมชนได้ ทั้งที่โดยสภาพแล้ว ควรอยู่ในที่ชุมชนเพื่อใช้ประโยชน์จากการผลิตไฟฟ้าได้โดยตรง เช่น การติดตั้งแผงโซลาร์บนหลังคาบ้านที่มีกำลังการผลิตเกิน 1,000 เมกะวัตต์ หรือการติดตั้งแผงโซลาร์ชนิดติดตั้งบนพื้นดินในสถานที่ราชการเพื่อใช้เอง ซึ่งน่าจะไม่เหมาะสมในทางปฏิบัติ นอกจากนี้การกำหนดให้สถานที่ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนมีสถานะเป็นโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการวางผังเมืองด้วย เพราะ ในการจัดวางผังเมืองย่อมต้องมีการกำหนดพื้นที่ในการใช้ประโยชน์ที่ดิน และย่อมต้องมีข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินเกี่ยวกับการตั้งโรงงานด้วยว่าสามารถตั้งในพื้นที่ใดได้บ้าง หรือพื้นที่ใดห้ามตั้งโรงงาน ซึ่งผู้จัดทำผังก็ย่อมต้องพิจารณาถึงข้อห้ามตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานเกี่ยวกับสถานที่ตั้งโรงงานประกอบด้วย ดังนั้น การกำหนดให้โรงไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนเป็นโรงงาน จึงทำให้เกิดปัญหาในการจัดวางผังเมือง เพราะลักษณะของ

¹³² มาตรา 7 ของพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมมีอำนาจในการออกกฎกระทรวงกำหนดให้โรงงานตามประเภทชนิดหรือขนาดใดเป็นโรงงานจำพวกที่ 1 โรงงานจำพวกที่ 2 หรือโรงงานจำพวกที่ 3 แล้วแต่กรณี โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการควบคุมดูแล การป้องกันเหตุเดือดร้อนรำคาญ การป้องกันความเสียหาย และการป้องกันอันตรายตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่จะมีต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม โดยแบ่งออกเป็นดังนี้

(1) โรงงานจำพวกที่ 1 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่สามารถประกอบกิจการโรงงานได้ทันทีตามความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการโรงงาน

(2) โรงงานจำพวกที่ 2 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่เมื่อจะประกอบกิจการโรงงานต้องแจ้งให้ผู้อนุญาตทราบก่อน

(3) โรงงานจำพวกที่ 3 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการแบ่งประเภทของโรงงานดังกล่าวแล้ว อาจสันนิษฐานได้ว่า โรงงานจำพวกที่ 3 เป็นโรงงานที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อมรุนแรงที่สุด เนื่องจาก ถูกควบคุมอย่างเข้มงวดที่สุด โดยต้องได้รับใบอนุญาตดำเนินการก่อน จึงจะเริ่มดำเนินการได้ ต่างจากโรงงานจำพวกที่ 1 และ 2 ที่ไม่จำเป็นต้องขออนุญาต

¹³³ กฎกระทรวง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 108, (16 ตุลาคม 2535)

¹³⁴ เพิ่งอ้าง, ข้อ 2

¹³⁵ กฎกระทรวง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535, ข้อ 4

โรงไฟฟ้าจากพลังงานทดแทนบางประเภท เช่น โรงไฟฟ้าผลิตจากพลังงานแสงอาทิตย์โดยสภาพอาจก่อให้เกิดมลภาวะน้อยกว่าโรงงานทั่วไปในกลุ่มเดียวกัน การจำแนกให้อยู่ในกลุ่มเดียวกับโรงงานจำพวกที่ 3 จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า ไม่สามารถตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ในที่ที่เหมาะสมได้ นอกจากนี้ การเลือกพื้นที่เพื่อใช้ผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนแต่ละประเภทย่อมมีข้อที่ควรต้องพิจารณาแตกต่างกันออกไป เช่น การผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ในรูปแบบโซลาร์ฟาร์ม จำเป็นต้องใช้พื้นที่จำนวนมาก ควรจะต้องตั้งอยู่ในพื้นที่ที่แห้งแล้งหรือทำการเกษตรได้ไม่เต็มที่ เนื่องจาก หากตั้งอยู่ในพื้นที่ที่ทำการเกษตรได้ดี อาจมีผลเป็นการลดพื้นที่ที่ทำการเกษตรลง¹³⁶ รวมทั้งจะต้องไม่กระทบต่อทัศนียภาพของชุมชนเมือง¹³⁷ หรือการตั้งฟาร์มผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลม ที่นอกจากจะต้องคำนึงถึงความเร็วลมและความถี่ของลมที่พัดในพื้นที่แล้ว ยังต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เช่น มลภาวะทางเสียง ผลกระทบต่อสัตว์ป่า หรือทัศนียภาพโดยรวม ตลอดจนทัศนคติของประชาชนในท้องถิ่น¹³⁸ ดังนั้น การจัดทำข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินสำหรับการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในชุมชน ควรต้องคำนึงถึงความแตกต่างของเทคโนโลยีในการผลิตพลังงานหมุนเวียนในแต่ละประเภทด้วย

ในกฎหมายของต่างประเทศ เช่น เยอรมนีหรือเดนมาร์ก มีการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวกับที่ตั้งของโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนแต่ละประเภทไว้เป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์และพลังงานลม เนื่องจาก จำเป็นต้องพึ่งพาแหล่งพลังงานจากธรรมชาติในการผลิต ซึ่งจำเป็นต้องเลือกพื้นที่ตั้งโรงไฟฟ้าให้เหมาะสม เพื่อให้ผลิตไฟฟ้าได้มากที่สุด ในขณะที่เดียวกันก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมและประชาชนในท้องถิ่นด้วยอย่างรอบด้าน

ตัวอย่างของกฎหมายดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับพลังงานแสงอาทิตย์ เช่น กฎหมายของเยอรมนี ซึ่งโดยหลักแล้วพื้นที่ในการตั้งโรงไฟฟ้าผลิตพลังงานแสงอาทิตย์อาจถูกกำหนดไว้ในผังการใช้ประโยชน์ที่ดินดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากมิได้มีการกำหนดพื้นที่ดังกล่าวไว้ การติดตั้งแผงโซลาร์จะต้องได้รับอนุญาตตามมาตรา 14 วรรคหนึ่งหรือวรรคสองของ Land Utilisation Ordinance¹³⁹ นอกจากนี้ตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของกฎหมายควบคุมอาคาร (Building Code) ยังได้กำหนดเพิ่มเติมไว้อีกว่า การติดตั้งแผงโซลาร์ในเขตพื้นที่วางบริเวณขานเมืองซึ่งยังมิได้รับการพัฒนาไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่ จะเป็นการจำเป็นภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด โดยไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ โดยส่วนใหญ่จึงมีการติดตั้งแผงโซลาร์เพื่อผลิตพลังงานแสงอาทิตย์ในพื้นที่ว่างภายในอาณาเขตที่กำหนดไว้ในผังการใช้ประโยชน์ที่ดินซึ่งเป็นผลมาจากการการนโยบายการรับซื้อไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน (Feed-in Tariffs) ตามพระราชบัญญัติพลังงานทดแทน (EEG) ที่จะรับซื้อเฉพาะจากโรงไฟฟ้าที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ที่อยู่ในผัง¹⁴⁰

สำหรับในส่วนของพลังงานลม อาจพิจารณาจากตัวอย่างของประเทศเดนมาร์ก ซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ในการจัดทำผังเมืองเป็นหน้าที่ของท้องถิ่น โดยที่ตั้งของโครงการผลิตพลังงานลมจะต้องอยู่ในพื้นที่ที่กำหนดไว้ใน

¹³⁶ รัฐสภา ถิ่นแรง, กลไกทางกฎหมายในการส่งเสริมและควบคุมการติดตั้งโซลาร์รูฟท็อปและกิจการโซลาร์ฟาร์ม , (วารสารบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, ฉบับที่ 2, 2558), น.173

¹³⁷ A. E. Baltas and A. N. Devos, Special framework for the spatial planning & the sustainable development of renewable energy sources, (48 Renewable Energy, 2012), p.362

¹³⁸ Godfrey Boyle and others, supra note 3, p.383

¹³⁹ Malte Peterson and Henning Thomas, Energy Law in Germany, (Wolters Kluwer, 2014), p.272

¹⁴⁰ Ibid, p.272

แผนพัฒนาภูมิภาค (Regional plan) และแผนพัฒนาท้องถิ่น (Municipal plan) กำหนดซึ่งจัดทำโดยอาศัยอำนาจของ The Planning Act โดยแผนพัฒนาภูมิภาคจะกำหนดพื้นที่อย่างกว้างๆ สำหรับโครงการพลังงานลมและแนวปฏิบัติสำหรับการบูรณาการนำกังหันลมผลิตไฟฟ้ากับการใช้ประโยชน์ที่ดินในรูปแบบอื่น ส่วนแผนพัฒนาท้องถิ่นจะกำหนดเป้าหมายในการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลมและกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับที่ตั้งที่เหมาะสม จำนวนที่เหมาะสม ความสูง และรูปร่างของกังหันลมที่จะนำมาติดตั้ง¹⁴¹

จากการพิจารณากฎหมายต่างประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่า แนวคิดที่ควรนำมาปรับใช้กับกรณีของประเทศไทย ก็คือ การกำหนดที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนของท้องถิ่นในผังเมือง ควรที่จะกำหนดแยกตามประเภทของเทคโนโลยีพลังงานหมุนเวียน เนื่องจาก แหล่งพลังงานทดแทนแต่ละประเภทมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปและต้องการการส่งเสริมประสิทธิภาพในการผลิตไฟฟ้าที่แตกต่างกัน ดังนั้น การกำหนดลักษณะการใช้ประโยชน์ที่ดินของโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนทุกประเภท โดยกำหนดให้เป็นการใช้ประโยชน์ที่ดินประเภทโรงงาน อาจทำให้เกิดปัญหาว่าโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนไปตั้งอยู่ในสถานที่ที่ไม่เหมาะสมและทำให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้ประโยชน์ที่ดินเท่าที่ควร ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีกำหนดลักษณะการใช้ประโยชน์ที่ดินประเภทของโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนที่ปรากฏในผังเมืองรวมหรือผังเมืองเฉพาะแยกออกมาต่างหากจากการใช้ประโยชน์ประเภทโรงงาน เพื่อให้การกำหนดลักษณะการใช้ประโยชน์ที่ดินสำหรับการพัฒนาพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นเป็นไปอย่างเหมาะสมมากยิ่งขึ้น รวมทั้งหน่วยงานที่กำกับดูแลกิจการพลังงาน อันได้แก่ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (กกพ.) ควรกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะที่ตั้งของโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทนแต่ละประเภทให้เกิดความชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชนในการจัดทำผังเมือง ซึ่งในปัจจุบัน กกพ.ก็ได้ออกประกาศเกี่ยวกับการกำหนดที่ตั้งโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลมมาแล้ว¹⁴² จึงน่าจะมีการออกประกาศในลักษณะเดียวกันสำหรับพลังงานหมุนเวียนประเภทอื่น

5.3 การสนับสนุนด้านข้อมูลเกี่ยวกับการพัฒนาโครงการพลังงานหมุนเวียนแก่ประชาชนในท้องถิ่น

การเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการพัฒนาโครงการพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับแหล่งพลังงานทดแทนที่มีอยู่ในท้องถิ่น เทคโนโลยีในการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน การจัดหาแหล่งเงินทุนในการดำเนินการ ตลอดจนกฎหมายและระเบียบกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน นับได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งที่น่าไปสู่ความสำเร็จของการริเริ่มก่อตั้งและบริหารจัดการโครงการ เพราะ อุปสรรคประการหนึ่งในการบริหารจัดการพลังงานทดแทนเพื่อผลิตพลังงานหรือใช้ในระดับครัวเรือนหรือระดับชุมชน ก็คือ ประชาชนในชุมชนยังไม่มีความรู้ความเข้าใจในการผลิตพลังงานใช้เองจากพลังงานหมุนเวียนทั้งในด้านเทคนิคและด้านการบริหารจัดการ ซึ่งนำไปสู่ปัญหาว่าไม่มีการดำเนินการผลิตหรือการใช้พลังงานหมุนเวียนอย่างต่อเนื่อง โดยส่วนใหญ่จะเริ่มดำเนินการเพราะได้รับการสนับสนุนด้านงบประมาณและวัสดุอุปกรณ์จากหน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งเมื่อไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างต่อเนื่องและไม่ได้รับการสนับสนุนในด้านความรู้ความเข้าใจในการผลิตหรือใช้พลังงาน

¹⁴¹ Nicola Miles and Kathleen Odell, Spatial Planning for Wind Energy: Lessons from the Danish Case, (Roskilde University, 2004), p.32

¹⁴² ดู ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กำหนดระยะห่างที่ตั้งโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลม และขนาดกำลังการผลิตติดตั้งสำหรับผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลม, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 147ง, (26 มิถุนายน 2558)

หมุนเวียนที่สามารถใช้ในการแก้ไขปัญหาเองได้ ก็จะไม่มีการดำเนินการต่อไป¹⁴³ อีกทั้งการขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน ก็อาจทำให้การเลือกเทคโนโลยีเพื่อผลิตพลังงานหมุนเวียนที่ไม่เหมาะสมทั้งในระดับชุมชนและครัวเรือน และทำให้การผลิตพลังงานไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร¹⁴⁴ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงควรที่จะให้การสนับสนุนด้านข้อมูลเกี่ยวกับโครงการพลังงานหมุนเวียนแก่ประชาชนอย่างรอบด้าน เพื่อให้ประชาชนเกิดความตระหนักในความสำคัญของการใช้พลังงานหมุนเวียนในชุมชนและสามารถริเริ่มและบริหารจัดการโครงการได้อย่างยั่งยืน

เมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีการกล่าวถึงในเรื่องการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนซึ่งก็รวมไปถึงการเผยแพร่ให้ความรู้เกี่ยวกับไว้โดยตรง มีเพียงบทบัญญัติที่น่าจะเกี่ยวข้องอยู่บ้าง คือ ดูแลและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่งไม่ชัดเจนว่า จะรวมไปถึงการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนหรือไม่¹⁴⁵ ซึ่งในปัจจุบันอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของสำนักงานพลังงานจังหวัดสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงพลังงานซึ่งมีรับผิดชอบเกี่ยวกับส่งเสริมและพัฒนาพลังงานทดแทนและการอนุรักษ์พลังงานทั้งจังหวัด¹⁴⁶ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบางจังหวัดมีขนาดใหญ่และครอบคลุมพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหลายแห่ง ทำให้การเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนแก่ประชาชนอาจจะไม่ทั่วถึง อีกทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรในท้องถิ่นที่สามารถให้ข้อมูลเกี่ยวกับศักยภาพของแหล่งพลังงานหมุนเวียนในระดับท้องถิ่นได้ดีกว่าองค์กรระดับจังหวัด จึงมีข้อควรพิจารณาว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถเพิ่มบทบาทในการให้การสนับสนุนข้อมูลเกี่ยวกับการพัฒนาโครงการพัฒนาพลังงานหมุนเวียนในชุมชนได้มากน้อยเพียงใด

สำหรับรูปแบบในการเผยแพร่หรือให้ความรู้เกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นนั้น อาจพิจารณาจากตัวอย่างของต่างประเทศซึ่งปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ

1. การเผยแพร่ความรู้ผ่านสื่อประชาสัมพันธ์ ซึ่งรูปแบบที่นิยมจัดทำกันใน ก็คือ คำแนะนำ (Guidance) โดยอาจจัดทำในสองระดับ คือ ระดับประเทศ และระดับท้องถิ่น โดยคำแนะนำในระดับประเทศที่ถูกจัดทำขึ้นโดยรัฐบาลในส่วนกลางนั้น เพื่อประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียน เช่น ในประเทศอังกฤษ กรมการชุมชนและรัฐบาลท้องถิ่น (Department for Communities and Local Government (DCLG)) ได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับแนวทางขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการพัฒนาพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่น ซึ่งคำแนะนำดังกล่าวได้กำหนดด้วยว่าในแผนพัฒนาท้องถิ่นควรพิจารณาถึงศักยภาพของท้องถิ่นในการผลิตพลังงานหมุนเวียนด้วย¹⁴⁷ ส่วนในระดับท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจัดทำคำแนะนำสำหรับประชาชนและองค์กรระดับชุมชนในการริเริ่มและจัดการโครงการผลิตไฟฟ้าชุมชน เพื่อที่จะ

¹⁴³ วิสาชา ภูจินดา, รายงานวิจัย การบริหารจัดการพลังงานหมุนเวียนเพื่อผลิตพลังงานใช้ในระดับชุมชนและระดับครัวเรือน, (สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2555), น.127

¹⁴⁴ เพิ่งอ้าง

¹⁴⁵ รายละเอียด ดูหัวข้อ 4. ด้านบน

¹⁴⁶ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงพลังงาน พ.ศ.2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอน 156ก, (28 มิถุนายน 2556), ข้อ 13 (4)

¹⁴⁷ Josh Roberts and others, supra note 22, p.40

ทำให้สามารถเข้าใจและปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ของท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการผลิตพลังงานหมุนเวียนได้ดียิ่งขึ้น¹⁴⁸

2. การจัดตั้งหน่วยงานระดับท้องถิ่นเพื่อทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการใช้หรือผลิตพลังงาน โดยเฉพาะ เพื่อช่วยให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการใช้พลังงานในอาคารอย่างมีประสิทธิภาพในบ้านเรือนหรืออาคาร¹⁴⁹ หรือให้คำปรึกษาเกี่ยวกับปัญหาด้านกฎระเบียบหรือเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งโครงการผลิตไฟฟ้าในชุมชน ซึ่งในประเทศเยอรมนีมักถูกกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเมืองหรือบริษัทด้านพลังงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนในประเทศเดนมาร์กเป็นหน้าที่ของ the Energy Service Denmark (Energitjenesten) ซึ่งบริหารงานโดยองค์กรภาคประชาสังคม มีสำนักงานกระจายอยู่ในท้องถิ่นทั่วประเทศ ทำหน้าที่ในการสร้างความตระหนักรู้ในความสำคัญของพลังงานหมุนเวียนและการใช้พลังงานอย่างมีประสิทธิภาพ และให้คำปรึกษาแก่ประชาชนและกลุ่มบุคคลที่สนใจในการจัดตั้งโครงการผลิตไฟฟ้าระดับชุมชน¹⁵⁰

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางเกี่ยวกับการเผยแพร่หรือให้ความรู้เกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนในต่างประเทศ จะเห็นว่า มีการให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในระดับท้องถิ่น เพื่อให้การริเริ่มและดำเนินการโครงการผลิตพลังงานในท้องถิ่นประสบความสำเร็จ ซึ่งอาจนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยในเรื่องดังกล่าว โดยนอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมและพัฒนาพลังงานหมุนเวียนที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนี้

1. ควรให้สำนักงานพลังงานจังหวัดร่วมมือกับหน่วยงานในส่วนกลางที่มีอำนาจหน้าที่ในการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียน คือ กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน¹⁵¹ ในการจัดทำแนวทางในการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยควรมีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวทางในการจัดทำและพัฒนาแผนพลังงานท้องถิ่น และจัดทำคู่มือในการดำเนินการโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชนเพื่อให้ประชาชนในท้องถิ่นหรือผู้ที่สนใจจัดตั้งโครงการเกิดความเข้าใจเกี่ยวกับโครงการพลังงานหมุนเวียน โดยอาจใช้แนวทางเดียวกับรัฐบาลของสกอตแลนด์ที่ได้เผยแพร่ชุดความรู้เกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน (Community Renewable Energy Toolkit) ทางเว็บไซต์¹⁵² และอาจจัดทำตัวเล่มเพื่อแจกจ่ายด้วย โดยอาจประกอบไปด้วยสาระสำคัญเกี่ยวกับการจัดตั้งโครงการพลังงานหมุนเวียนระดับชุมชน เช่น ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียน เทคโนโลยีพลังงานหมุนเวียน รูปแบบของจัดตั้งกลุ่มเพื่อดำเนินโครงการ กระบวนการขั้นตอนตามกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องในการขออนุญาตเพื่อผลิตไฟฟ้า รวมถึงเรื่องการจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อจัดตั้งโครงการ ซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย เนื่องจาก เมื่อเปรียบเทียบภารกิจในเรื่องดังกล่าวกับภารกิจอื่นๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อย ภารกิจด้านการศึกษาหรือด้านสาธารณสุข ภารกิจด้านพลังงานอาจจะเป็นภารกิจ

¹⁴⁸ เพิ่งอ้าง

¹⁴⁹ Phillip Schönberger, supra note 29, p.26

¹⁵⁰ Josh Roberts and others, supra note 22, p.40

¹⁵¹ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน กระทรวงพลังงาน พ.ศ.2545, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอน 103ก, (9 ตุลาคม 2545), ข้อ 1

¹⁵² ดู รายละเอียดในหัวข้อ 2.2

ในลำดับรองลงไป ซึ่งจะเห็นได้จากยังมีได้มีการกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในเรื่องนี้ การจัดสรรงบประมาณจากรัฐบาลมาให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนจึงอาจมีอยู่อย่างจำกัด และ ไม่สามารถให้การสนับสนุนด้านการเงินแก่ประชาชนผู้ต้องการจัดตั้งโครงการได้โดยตรง ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงควรทำหน้าที่ในฐานะผู้สนับสนุนข้อมูลเกี่ยวกับการจัดหาเงินลงทุนให้แก่ผู้สนใจที่จะจัดตั้งโครงการ ซึ่งอาจจะเป็นแหล่งเงินทุนที่มาจากรัฐบาล เช่น เงินสนับสนุนจากกองทุนเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน ตามพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535¹⁵³ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นทุนหมุนเวียนและใช้จ่ายช่วยเหลือหรืออุดหนุนการดำเนินงานเกี่ยวกับการอนุรักษ์พลังงาน หรือสนับสนุนข้อมูลเกี่ยวกับสินเชื่อเพื่อผลิตไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนจากสถาบันการเงินต่าง ๆ

2. ในกรณีที่มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจดำเนินการจัดตั้งส่วนงานที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์พลังงานและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนโดยเฉพาะในรูปของข้อบัญญัติท้องถิ่นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹⁵⁴ ซึ่งควรมีภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการใช้พลังงานที่มีประสิทธิภาพและการส่งเสริมการผลิตและใช้พลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่น โดยอาจทำหน้าที่เผยแพร่ให้ความรู้และให้คำแนะนำแก่ประชาชนในท้องถิ่นเกี่ยวกับการจัดตั้งโครงการพลังงานหมุนเวียนในชุมชน อย่างไรก็ตามการจัดตั้งส่วนงานนี้อาจจะไม่จำเป็นที่จะต้องจัดตั้งขึ้นในทุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เนื่องจาก บางองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีพื้นที่เล็กและมีแหล่งพลังงานหมุนเวียนไม่มาก การจัดตั้งส่วนงานเกี่ยวกับพลังงานโดยเฉพาะจึงอาจเป็นปัญหาในเรื่องงบประมาณและความคุ้มค่าของการจัดสรรทรัพยากรบุคคลเพื่อดำเนินงาน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ใดที่หนึ่งจึงอาจทำความร่วมมือความร่วมมือกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นๆ ที่อาจอยู่ในพื้นที่ต่อเนื่องกันหรือมีแหล่งทรัพยากรพลังงานหมุนเวียนในประเภทเดียวกันในการสนับสนุนด้านข้อมูลแก่ประชาชนในท้องถิ่นในรูปแบบของความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹⁵⁵ ทั้งนี้ เพื่อประหยัดงบประมาณและเพื่อให้เกิดความร่วมมือและช่วยเหลือกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการพัฒนาและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่นอย่างยั่งยืน

6. สรุป

ในปัจจุบันการส่งเสริมการผลิตและใช้ไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนในระดับท้องถิ่น เป็นมาตรการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นมาตรการที่มีส่วนช่วยในการเสริมสร้างความยั่งยืนด้านพลังงานของประเทศ และช่วยในการบรรเทาผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศ อีกทั้งยังมีส่วนช่วยในการบรรลุเป้าหมายการพัฒนาที่

¹⁵³ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอน 33, (2 เมษายน 2535), มาตรา 24

¹⁵⁴ ดู พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496, มาตรา 60, พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537, มาตรา 71, พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540, มาตรา 45 (1), พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528, มาตรา 97, พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542, มาตรา 70

¹⁵⁵ ดู ประกาศคณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกันจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอน 125ง, (28 พฤษภาคม 2558)

ยั่งยืนของสหประชาชาติ (SDGs) โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับพลังงานและการรับมือกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพภูมิอากาศอีกด้วย ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของแต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทยอาจเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการเรื่องดังกล่าวในฐานะเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับประชาชนและรู้ถึงความต้องการของท้องถิ่นในเรื่องพลังงานได้ดีที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 จะได้กล่าวถึงบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนในระดับท้องถิ่นเอาไว้ แต่ในกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้บัญญัติอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและพัฒนาพลังงานหมุนเวียนเอาไว้อย่างชัดเจนทำให้เกิดความไม่แน่ชัดว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนี้หรือไม่ จึงสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ในเรื่องการส่งเสริมและพัฒนาพลังงานหมุนเวียนเอาไว้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน ซึ่งผลของการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ ย่อมทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทในเรื่องพลังงานอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น และส่งผลให้เกิดมาตรการอื่นๆ ในการส่งเสริมการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในชุมชนมีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น อันได้แก่ การจัดทำแผนพลังงานของท้องถิ่น การกำหนดพื้นที่ที่สมควรตั้งโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนในการจัดทำผังเมือง และการสนับสนุนด้านข้อมูลเกี่ยวกับพลังงานหมุนเวียนแก่ประชาชนในท้องถิ่นเพื่อให้เกิดความมั่นใจในการจัดตั้งโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียนในระดับชุมชน ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดี ก็อาจมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่บ้างเพื่อให้มาตรการดังกล่าวบรรลุผล เช่น การแก้ไขกฎหมายผังเมืองเกี่ยวกับกระบวนการในการจัดทำผังเมือง โดยกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการผังเมืองก่อนเริ่มดำเนินการ การแก้ไขขั้นตอนในการบังคับใช้ผังเมืองรวมให้อยู่ในรูปของข้อบัญญัติท้องถิ่นและการบังคับใช้ผังเมืองเฉพาะที่ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดินให้อยู่ในรูปอื่นที่ไม่ใช่พระราชบัญญัติ เพื่อให้เกิดความรวดเร็วมากขึ้นในการจัดทำผังเมือง สอดคล้องกับสภาพของท้องถิ่นที่เปลี่ยนแปลงไป และแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ที่ดินในการสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียน รวมไปถึงการกำหนดข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินประเภทโรงไฟฟ้าพลังงานหมุนเวียนให้แยกจากโรงงานทั่วไป เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาการผลิตไฟฟ้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อจัดตั้งส่วนงานเกี่ยวกับการอนุรักษ์พลังงานและส่งเสริมพลังงานหมุนเวียนโดยเฉพาะ เพื่อส่งเสริมการใช้พลังงานที่มีประสิทธิภาพและการส่งเสริมการผลิตและใช้พลังงานหมุนเวียนในท้องถิ่น ซึ่งหากมีการดำเนินมาตรการดังกล่าวทั้งสามมาตรการอย่างเป็นรูปธรรมนี้ย่อมเป็นการสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีบทบาทหลักในการส่งเสริมให้ประชาชนในท้องถิ่นผลิตไฟฟ้าจากพลังงานหมุนเวียน เพื่อช่วยให้ท้องถิ่นและประเทศชาติสามารถพัฒนาไปได้อย่างยั่งยืนในที่สุด

บรรณานุกรม

หนังสือ

กรมโยธาธิการและผังเมือง, คู่มือการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะ, (โรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, 2552).

คริส กรีเซน, กระจายศูนย์การผลิตไฟฟ้าไทยสู่ระบบพลังงานที่ยั่งยืน (กรีนพีซ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้, 2549).

สภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสวัสดิการ, วาระการปฏิรูปพิเศษ 3: การปฏิรูประบบการผังเมืองและการใช้พื้นที่, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558).

สำนักงานปลัดกระทรวงพลังงาน, โครงการการวางแผนพลังงานชุมชน (Local Energy Planning), (กระทรวงพลังงาน, 2552).

บทความ

ก้องภพ สุขกิจบำรุง, ทฤษฎีและความรู้ทางด้านผังเมือง, (ข่าวสารกรมการผังเมือง ฉบับที่ 72, 2542), น.28-36.

รัฐชญา ฤาแรง, กลไกทางกฎหมายในการส่งเสริมและควบคุมการติดตั้งโซลาร์รูฟท็อปและกิจการโซลาร์ฟาร์ม, (วารสารบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา, ฉบับที่ 2, 2558), น.166-175.

วิชาชา ภูจินดา, แนวทางการวางแผนพลังงานชุมชนอย่างยั่งยืนของประเทศไทย, (วารสารการจัดการสิ่งแวดล้อม, ปีที่ 8 ฉบับที่ 2, 2555), น.76-87.

วิทยานิพนธ์

ณัฐกานต์ ดั่งพาน, การบังคับใช้ผังเมืองเฉพาะเพื่อการจัดการสิ่งแวดล้อมเมืองและชุมชน (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กรมโยธาธิการและผังเมือง, 'ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน'

<<http://www.entechpollutec-asia.com/Portals/0/seminar/Presentation/03-ผังเมืองกับโรงไฟฟ้าพลังงานทดแทน.pdf>>, 30 กรกฎาคม 2561.

กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น, 'ข้อมูลจำนวนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น' (2560) <<http://www.dla.go.th/work/abt/summarize.jsp>>, 20 กรกฎาคม 2561.

กระทรวงพลังงาน, 'ก.พลังงาน เดินหน้าส่งเสริมการผลิตพลังงานทดแทนระดับชุมชน' (2559) http://energy.go.th/2015/wp-content/uploads/2016/02/newrelease_30.pdf 25 กรกฎาคม 2561.

เอกสารอื่นๆ

กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, สถานการณ์พลังงานของประเทศไทย มกราคม-ธันวาคม 2560 (กระทรวงพลังงาน, 2561).

กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน, แผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 – 2579 (Alternative Energy Development Plan: AEDP 2015- 2036) , (กระทรวงพลังงาน, 2558).

กระทรวงพลังงาน, แผนปฏิบัติการพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2558 – 2579, (2558)

รายงานคณะกรรมการวิชาการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านพลังงาน เรื่อง “ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมพลังงาน ทดแทน พ.ศ.”, (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

วิชา ภูจินดา, รายงานวิจัย การบริหารจัดการพลังงานหมุนเวียนเพื่อผลิตพลังงานใช้ในระดับชุมชนและระดับ ครัวเรือน, (สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2555).

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ สิบสอง พ.ศ.2560-2564 (สำนักนายกรัฐมนตรี, 2559).

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560).

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 92 ตอนที่ 33 (ฉบับพิเศษ), (13 กุมภาพันธ์ 2518).

พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 33, (2 เมษายน 2535).

พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 114 ก, (17 พฤศจิกายน 2542).

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 70 ตอนที่ 14, (17 กุมภาพันธ์ 2496).

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 102 ตอนที่ 115 (ฉบับพิเศษ), (31 สิงหาคม 2528).

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 120ก, (29 พฤศจิกายน 2542).

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 44, (9 เมษายน 2535).

พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 111 ตอนที่ 53ก, (2 ธันวาคม 2537).

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 62ก, (31 ตุลาคม 2540).

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2559 เรื่อง การยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผัง เมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภท, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133 ตอนพิเศษ 15ง, (20 มกราคม 2559).

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน กระทรวงพลังงาน พ.ศ.2545, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 103ก, (9 ตุลาคม 2545).

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงพลังงาน พ.ศ.2556,

- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอน 156ก, (28 มิถุนายน 2556).
กฎกระทรวง (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535
ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 108, (16 ตุลาคม 2535).
กฎกระทรวง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535,
ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 108, (16 ตุลาคม 2535).
ประกาศคณะกรรมการการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรื่อง การทำความตกลงร่วมมือกัน
จัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น,
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอน 125ง, (28 พฤษภาคม 2558).
ประกาศคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เรื่อง กำหนดระยะห่างที่ตั้งโครงการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลม และ
ขนาดกำลังการผลิตติดตั้งสำหรับผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานลม,
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 147ง, (26 มิถุนายน 2558).
ประกาศคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และรายละเอียดของโครงการหรือกิจการที่ได้รับ
การยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภทตาม
คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 4/2559 ลงวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2559, ราชกิจจา
นุเบกษา, เล่ม 133 ตอนพิเศษ 76ง, (31 มีนาคม 2559).
ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548,
ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 122 ตอนพิเศษ 115 ง, (17 ตุลาคม 2548).

Books

- Amec Foster Wheeler, Local Energy Planning – A guide to developing local energy plans - Working
methodology, (Local Energy Scotland, 2018).
- Asian Institute of Technology, Energy security in Thailand (Global Network on Energy for
Sustainable Development, 2010)
- Beata Śliż-Szkliniarz, Energy Planning in Selected European Regions (KIT Scientific Publishing,
2012).
- Community Energy England, Community Energy: A local Authority Perspective, (CEE, 2017).
- Community Energy England, The Community Energy: State of the Sector Report, (CEE, 2017).
- Elke Pahl-Weber and others, The Planning System and Planning Terms in Germany: A Glossary
(Academy for Spatial Research and Planning 2008).
- Eric Martinot and others, Global Status Report on Local Renewable Energy Policies
(Institute for Sustainable Energy Policies, 2011).
- Ghislaine Kieffer and Toby D. Couture, Renewable Energy Target Setting
(International Renewable Energy Agency, 2015).
- Godfrey Boyle and others, Renewable energy: Power for a Sustainable Future

- (Stephen Peake, 4th edn, OUP 2017).
- Henk Vanderkamp and others, *Spatial Planning & Energy: A guide for planners* (the Town and Country Planning Association, 2016).
- International Energy Agency, *Cities, Towns & Renewable Energy – “ Yes In My Front Yard ”*, (IEA Publications, 2009).
- James Johnson, *Local Enterprise Partnerships and local energy*, (The Liverpool City Region, 2017).
- Josh Roberts, Frances Bodman and Robert Rybski, *Community Power: Model Legal Frameworks for Citizen-owned Renewable Energy*, (ClientEarth,2014).
- Malte Peterson and Henning Thomas, *Energy Law in Germany*, (Wolters Kluwer, 2014).
- Matt Bonass and Michael Rudd (eds), *Renewables: A Practical Handbook*, (Global Business Publishing, 2010).
- Neil Simcock and others, *Cultures of Community Energy: International case studies*, (The British Academy,2016).
- Nicola Miles and Kathleen Odell, *Spatial Planning for Wind Energy: Lessons from the Danish Case*, (Roskilde University,2004).
- Philipp Schönberger, *Municipalities as Key Actors of German Renewable Energy Governance*, (Wuppertal Institute, 2013).
- Tanay Sidki Uyar (ed), *Towards 100% Renewable Energy*, (Springer International Publishing, 2017).
- United Cities and Local Governments, *The Sustainable Development Goals: What Local Governments need to know*, (2015).
- United Nations Economic Commission for Europe, *Spatial planning: Key Instrument for Development and Effective Governance*, (United Nations, 2008).

Articles

- Chacrit Sitdhiwej, *Laws in Thailand Promoting Renewable energy*, (23 *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2005), pp.205-222.
- Chatchawan Chaichana and others, *Promoting Community Renewable Energy as a tool for Sustainable Development in Rural Areas of Thailand*, (141 *Energy Procedia*, 2017), pp.114-118.
- Cynthia Pornavalai, *Thailand 4.0: Powered by Renewable Energy*, (1 *Journal of The American Chamber Commerce in Thailand*, 2017), pp.20-21.
- Franziska Mey, Mark Diesendorf and Iain MacGill, *Can local government play a greater role for community renewable energy? A Case study from Australia* (21 *Energy Research & Social Science*, 2016), pp.33-43.

Jirapa Kamsamrong and Chumnong Sorapipatana, An assessment of energy security in Thailand's power generation, (7 Sustainable Energy Technologies and Assessments, 2014), pp.45-54.

Montchai Pinitjitsamut, Energy Sustainability in Thailand, (7 OIDA International Journal of Sustainable Development, 2012) pp.81-92.

Napawan Panya and others, The performance of the environmental management of local governments in Thailand (39 Kasetsart Journal of Social Sciences, 2018), pp.33-41.

Rikke Lybæk and Tyge Kjær, Municipalities as facilitators, regulators and energy consumers: enhancing the dissemination of biogas technology in Denmark, (8 International Journal of Sustainable Energy Planning and Management, 2015), pp.17-30.

S.Cajot and others, Energy planning in the urban context: challenge and perspectives, (78 Energy Procedia, 2015), pp.3366-3371.

Thawatch Kerdchuen, Renewable Energy in Thailand: Opportunity and Technology Allocation, (34 Energy Procedia, 2013),pp.13-16

Theses

Farhad D.Rad, On Sustainability in Local Energy Planning , (PhD Thesis, Lund University, 2011).

Franziska Mey, Development of Community Renewable Energy and the Role of Institutional Factors: A Three Country Comparison, (PhD Thesis, University of New South Wales, 2017).

Electronic Media

Achim Steiner, 'Localizing the Implementation of the SDGs' (UNDP, 2017)

<<http://www.undp.org/content/undp/en/home/news-centre/speeches/2017/localizing-the-implementation-of-the-sustainable-development-goals.html>>,20 July 2018.

Covenant of Mayors for Climate & Energy, 'Covenant initiative' (2018)

<<https://www.covenantofmayors.eu/about/covenant-initiative/origins-and-development.html>>,18 July 2018.

Prasart Meetam and Suntaree Kiatiprajuk, 'Energy Inequity Making Thailand's National Development Unsustainable' (Social Watch, 2014)

<<http://www.socialwatch.org/node/15820>>,16 July 2018.

The Scottish Government, 'Community Renewable Energy Toolkit' (2011)

<<https://www.localenergy.scot/toolkit>>,18 July 2018.

United States Environmental Protection Agency, 'Centralized Generation of Electricity and its Impacts on the Environment'(2018) <<https://www.epa.gov/energy/centralized-generation-electricity-and-its-impacts-environment>>,16 July 2018.

Other sources

Intergovernmental Panel on Climate Change, The IPCC Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation, (2012).

United Nations General Assembly, 'Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development' (25 September 2015) UN Doc A/RES/70/1

World Energy Council, World Energy Trilemma Index 2017: Monitoring the Sustainability of National Energy System, (2017).

Primary and Secondary Legislations

Denmark

The Planning Act 2007

Germany

Building Code (BauGB)

Federal Regional Planning Act (ROG)

Land Utilisation Ordinance (BauNVO)

Renewable Energy Sources Act (EEG)

USA (San Francisco)

Ordinance no.221-26 Planning, Green Building Codes – Better Roof Requirements, Including Living Roofs.

Sweden

Lag (1977:439) om kommunal energiplanering (Municipal Energy Planning Act 1977).

การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง :ศึกษาปัญหาในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

Credit Considerations in Rail Project: The Study of the
Acquirement of Right to Investment.

ปรมาภรณ์ วีระพันธ์*

บทคัดย่อ

ปัญหาการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนแบ่งออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรกปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันของสัญญาร่วมลงทุนซึ่งเกิดจากความแตกต่างกันของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาร่วมลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการ และประการที่สองปัญหาการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าและการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีระบบตั๋วโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารทำให้รายได้ที่จะนำมาชำระหนี้ไม่เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้ จากการศึกษาสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของต่างประเทศ คือ ร่างแม่แบบสัญญาสัมปทานของ the UNCITRAL และสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock และร่างพระราชบัญญัติการบริหารจัดการระบบตั๋วร่วม พ.ศ. พบว่าปัญหาทั้ง 2 ประการมีแนวทางแก้ไขคือจะต้องกำหนดแนวทางในการพิจารณารูปแบบการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางให้ชัดเจนเป็นแนวทางเดียวกัน และจัดให้มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและทางสัญญาในการให้อำนาจแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าและการจัดให้มีระบบตั๋วโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสาร

คำสำคัญ: การพิจารณาให้สินเชื่อ, การให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง, การร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

Abstract

The problems of credit considerations in the acquirement of right to invest in rail project are divided into 2 complications. Firstly, the joint venture agreements are uncertain and have dissimilar standards since each host agencies apply different joint venture agreements. Secondly, the project owners (host agencies) have no authorities to manage the connection between the rail projects. They are not able to access initial arrangements or share the ticket purchasing

* นักศึกษาปริญญาเอก หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

systems. As a result, their incomes are not exceeding than debts. Thought, it is very hard to pay debts as intended.

Nevertheless, result of the study of the joint venture agreement such as the draft concession agreement of the UNCITRAL, and the Railway Project Agreement of Waratah Rolling Stock, the draft act on common ticket management Act B.E.defines that private investment for Railway Project in Thailand should resolve the two problems mentioned earlier as follows; there should be a guideline for alternative form of Joint Venture agreement. In addition, a guideline to define agency's power both by law and contractual to give such agencies the power to connect rail project, access to the initial system, ticketing system and fare structures.

Keyword: credit considerations, Rail Project Financing, Public Private Partnership.

1. ความนำ

จากการที่ประเทศไทยเล็งเห็นความสำคัญของการพัฒนากิจการขนส่งระบบรางโดยมีการส่งเสริมให้การขนส่งระบบรางเป็นรูปแบบการขนส่งหลักและเป็นการขนส่งที่ยั่งยืน (Sustainable transport) และสอดคล้องกับการพัฒนาเมือง (Urban development) โดยในการประชุมคณะรัฐมนตรี ครั้งที่ 12/2558 เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2558 ได้มีมติให้ความเห็นชอบแผนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของไทย ปี 2558-2565 สำหรับใช้เป็นกรอบการลงทุนในระยะเวลา 8 ปี วงเงิน 1,912,681.79 ล้านบาท และเห็นชอบแผนปฏิบัติการด้านคมนาคมขนส่งระยะเร่งด่วนปี 2558 รวมทั้งสิ้น 59 โครงการ คิดเป็นวงเงินลงทุน 847,672.40 ล้านบาท สำหรับการขนส่งระบบรางนั้นมีการกำหนดเงินลงทุนจำนวน 1,071,965 ล้านบาท คิดเป็น 56.05% ของงบประมาณตามกรอบการลงทุน โดยแบ่งเป็นรถไฟทางคู่ 494,460 ล้านบาท และรถไฟฟ้ามวลชน 577,504 ล้านบาท¹ ดังนั้นการลงทุนในโครงการดังกล่าวจะต้องมีการวางแผนการลงทุนอย่างรอบคอบ เนื่องจากรัฐบาลมีข้อจำกัดในการจัดหางบประมาณสำหรับนำมาพัฒนาโครงการ ทั้งต้องจัดสรรงบประมาณในการลงทุนสำหรับโครงสร้างพื้นฐานอื่นๆ ด้วย โดยการให้เอกชนร่วมลงทุนจึงเป็นทางเลือกหนึ่งในการหาแหล่งเงินทุนซึ่งจะทำให้รัฐไม่ต้องจัดสรรงบประมาณจำนวนมหาศาลหรือใช้เงินกู้จากต่างประเทศ

การลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยแบ่งออกเป็น 3 งาน ได้แก่ ส่วนงานโครงสร้างพื้นฐานทางโยธา (Civil Infrastructure) อันประกอบด้วยรางทั้งลอยฟ้าบนดิน หรือใต้ดิน สถานี และอสังหาริมทรัพย์อื่นๆที่เกี่ยวข้อง ส่วนงานระบบไฟฟ้าและเครื่องกล (Electrical and Mechanical หรือ E&M) รวมถึงรถไฟและระบบรถไฟ (Railway Rolling Stock) และส่วนงานให้บริการการเดินรถและบำรุงรักษา (Operation and Maintenance หรือ O&M) โดยแต่ละโครงการเอกชนอาจได้รับสิทธิในการลงทุนในแต่ละส่วนงานแตกต่างกันออกไป ดังนี้

¹ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 'สรุปประเด็นข้อเสนอและความคิดเห็นประเด็นสำคัญของมติ แผนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของไทย พ.ศ. 2558 - 2565 และแผนปฏิบัติการด้านคมนาคมขนส่ง ระยะเร่งด่วน พ.ศ. 2558 (Action Plan)', <http://www.cabinet.soc.go.th> accessed 21 May 2018

1) เอกชนเป็นผู้ลงทุนในระบบรถไฟฟ้า ได้แก่ ระบบไฟฟ้าและเครื่องกลและจัดหารถไฟและระบบรถไฟฟ้า รวมทั้งเป็นผู้ดำเนินการเดินรถและซ่อมบำรุง ส่วนรัฐเป็นผู้ลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางโยธา ได้แก่ งานโยธาทั้งหมดและงานระบบราง ในกรณีนี้เอกชนจะเป็นผู้จัดหาและติดตั้งระบบไฟฟ้าและเครื่องกล และจัดหารถไฟและระบบรถไฟฟ้า รวมทั้งการให้บริการการเดินรถและบำรุงรักษาโดยใช้เงินลงทุนของเอกชนเองโดยการได้มาซึ่งสิทธิในการลงทุนของเอกชนจะอยู่ในรูปแบบของการได้รับสัมปทาน² ส่วนโครงสร้างพื้นฐานทางโยธาซึ่งรัฐเป็นผู้ลงทุนนั้นจะมีการวางจ้างเอกชนโดยการทำสัญญาจ้างก่อสร้างซึ่งมีพื้นฐานมาจากสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการทำสัญญาดังกล่าวจะเป็นการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ (Traditional Procurement) ในลักษณะเดียวกับกรณีรัฐลงทุนโครงสร้างพื้นฐานและระบบรถไฟฟ้าทั้งหมด (Public Sector Comparator หรือ PSP)³

2) เอกชนเป็นผู้ลงทุนก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานทางโยธา จัดหา และติดตั้งระบบรถไฟฟ้า ได้แก่ ระบบไฟฟ้าและเครื่องกล และจัดหารถไฟและระบบรถไฟฟ้า และให้บริการการเดินรถ ส่วนรัฐจะเป็นผู้จัดหาที่ดินสำหรับการก่อสร้างโครงการ การลงทุนในรูปแบบนี้เอกชนจะได้รับสิทธิในการจัดเก็บรายได้จากการเดินรถและรายได้จากการพัฒนาเชิงพาณิชย์อื่นๆที่เกี่ยวข้องโดยเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบของการให้สัมปทานภายใต้เงื่อนไขที่เอกชนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานทางโยธา ได้แก่ งานโยธาทั้งหมด และงานระบบราง (Track Work) ให้แก่รัฐนับตั้งแต่วันที่ก่อสร้างเสร็จและมีการตรวจรับงาน ส่วนระบบไฟฟ้าและเครื่องกลรถไฟและระบบรถไฟฟ้า เอกชนจะส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่รัฐเมื่อสิ้นสุดสัญญาร่วมลงทุนยกตัวอย่างเช่น โครงการรถไฟฟ้าบีทีเอส

3) รัฐเป็นผู้ลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางทั้งหมด (Public Sector Comparator หรือ PSP) และว่าจ้างเอกชนในการให้บริการการเดินรถ โดยการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางรูปแบบนี้ รัฐจะเป็นผู้ลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางโยธา ได้แก่ งานโยธาทั้งหมดและงานระบบราง รวมถึงลงทุนในระบบรถไฟฟ้า ได้แก่ ระบบไฟฟ้าและเครื่องกล และจัดหารถไฟและระบบราง จากนั้นจึงว่าจ้างให้เอกชนเป็นผู้รับผิดชอบเฉพาะการบริหารจัดการการให้บริการการเดินรถและบำรุงรักษา

ปัญหาการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาโครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยเกิดจากการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินลงทุนของเอกชนใน 2 ส่วนซึ่งมีความเกี่ยวพันกันคือส่วนของสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง⁴

² โครงการรถไฟฟ้าที่รัฐเป็นผู้ลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานที่เปิดให้บริการการเดินรถในปัจจุบัน ได้แก่ โครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน โครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง

³ โครงการรถไฟฟ้าที่รัฐลงทุนโครงสร้างพื้นฐานและระบบรถไฟฟ้าทั้งหมด (Public Sector Comparator หรือ PSP) ปัจจุบันมีโครงการที่เปิดดำเนินการแล้ว 2 โครงการ ได้แก่ โครงการระบบขนส่งทางรถไฟเชื่อมท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ และสถานีรับส่งผู้โดยสารอากาศยานในเมือง หรือรถไฟฟ้าแอร์พอร์ตเรลลิงค์ (พญาไท-มักกะสัน-สนามบินสุวรรณภูมิ) และรัฐเป็นผู้ให้บริการการเดินรถเอง (2) โครงการรถไฟฟ้าบีทีเอสส่วนต่อขยายสายสุขุมวิท และสายสีลม โดยรัฐสัญญาจ้างเอกชนในการให้บริการการเดินรถและบำรุงรักษา

⁴ สิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางประกอบด้วยสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาร่วมลงทุนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบราง เช่น สิทธิในการครอบครองและใช้ประโยชน์โครงสร้างพื้นฐานทางโยธา สิทธิในการจัดเก็บค่าโดยสารจากประชาชน และสิทธิในการได้รับเงินทดแทนพิเศษจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐในกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือสิทธิในการได้รับเงินค่าจ้างจากการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแต่ละโครงการจะแตกต่างกันตามเงื่อนไขในสัญญาร่วมลงทุน โดยเมื่อเอกชนผู้ลงทุนได้รับสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

ซึ่งเอกชนผู้ลงทุนได้มาตามสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการกับเอกชนผู้ลงทุนและส่วนของการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางโดยการทำสัญญาสินเชื่อและสัญญาหลักประกันอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนผู้ลงทุนกับผู้ให้สินเชื่อซึ่งเป็นสถาบันการเงิน โดยสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเป็นหนึ่งในข้อจำกัดสำคัญที่ทำให้ผู้ให้สินเชื่อไม่มีความมั่นใจในการบังคับตามสิทธิของตนในสัญญาสินเชื่อและสัญญาหลักประกัน

บทความเรื่อง การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง: ศึกษาปัญหาในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางได้จัดทำขึ้นเพื่อให้ทราบถึงอุปสรรคในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางที่เกิดในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการกับเอกชนผู้ลงทุนและหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อสร้างแรงจูงใจให้เอกชนเข้ามาลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเพื่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนโดยที่รัฐไม่ต้องลงทุนเอง โดยการศึกษาจะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 หัวข้อ ดังนี้

- 1) ความน่าเป็นการกล่าวถึงที่มาและความสำคัญของการศึกษาปัญหาการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง
- 2) การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยโดยจะทำการศึกษาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไปและหลักเกณฑ์เฉพาะซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติของการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยเพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อของผู้ให้สินเชื่อ
- 3) วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางและวิเคราะห์หาแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว
- 4) สรุปผลที่ได้จากการศึกษาปัญหาการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางพร้อมเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา

2. การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางในประเทศไทย

การจัดหาเงินลงทุนของเอกชนโดยการขอสินเชื่อเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางในประเทศไทยมีลักษณะเฉพาะที่ส่งผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน ดังนี้

- 1) กิจการขนส่งระบบรางเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมทำให้การให้เอกชนร่วมดำเนินการจะต้องอยู่ภายใต้หลักการบริการสาธารณะและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ โดยแต่ละโครงการจะมีรูปแบบการลงทุนและเงื่อนไขในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิการลงทุนในโครงการ

ต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน เช่น หน้าที่ในการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางให้เป็นไปตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หน้าที่ในการบำรุงรักษาทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางโดยค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงภัยของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะให้บุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนมิได้เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ

ขนส่งระบบรางแก่เอกชนที่แตกต่างกัน เช่น สัญญาจ้างเอกชนในการจัดหาขบวนรถไฟไฟฟ้าและอุปกรณ์งานระบบ และการให้บริการการเดินรถ สัญญาสัมปทานการเดินรถโดยเอกชนเป็นผู้ลงทุนในขบวนรถไฟไฟฟ้าและอุปกรณ์งานระบบและได้รับสิทธิในการให้บริการการเดินรถ หรือสัญญาสัมปทานที่เอกชนลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางทั้งหมดโดยสัญญาร่วมลงทุนแต่ละประเภทจะมีเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาให้สินเชื่อที่แตกต่างกัน

2) ทรัพย์สินที่เป็นหัวใจสำคัญในการสร้างรายได้เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ คือ รถไฟและระบบรถไฟ⁵ เป็นทรัพย์สินที่จะต้องวิ่งตามราง บนราง หรือในราง ซึ่งจะมีเทคโนโลยีในการใช้งานที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับอุปกรณ์งานระบบ โครงสร้างพื้นฐานทางโยธาและระบบรางที่ลักษณะทางกายภาพยึดติดกับพื้นดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และตามกฎหมายกำหนดให้กรรมสิทธิ์ในโครงสร้างพื้นฐานทางโยธาและงานระบบรางนั้นต้องตกเป็นของรัฐด้วย รถไฟและระบบรถไฟจึงมีมูลค่าเมื่อถูกใช้ในโครงการขนส่งระบบรางนั้นๆ ดังนั้นการนำรถไฟและระบบรถไฟมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จึงมีข้อจำกัดตามกฎหมายทำให้ในทางปฏิบัติโครงการขนส่งระบบรางไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางได้

3) จากผลของข้อ 2) ทำให้สิทธิในการได้รับรายได้จากการดำเนินการของโครงการขนส่งระบบรางเป็นทรัพย์สินสำคัญสำหรับการนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แทนทรัพย์สินที่มีมูลค่าอื่นๆ เช่น ที่ดิน โครงสร้างพื้นฐานทางโยธา

ในการพิจารณาให้สินเชื่อของสถาบันการเงินจึงประกอบด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาให้สินเชื่อ และหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางตามรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง

การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางของสถาบันการเงินจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคุณค่าทางเครดิต คือ หลัก C'5 policy ซึ่งประกอบด้วย⁶

1) Capacity – ความสามารถหรือสมรรถภาพในการหารายได้ให้เพียงพอที่จะชำระคืน (ability to pay) หรือ (capacity to pay) ซึ่งสถาบันการเงินถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดและหวังว่าจะต้องได้กำไรจากการประกอบธุรกิจนั้น ไม่ได้หวังจะให้ผู้กู้ต้องขายหลักทรัพย์สินที่ได้จำนองไว้กับสถาบันการเงินมาชำระหนี้

2) Character – เป็นคุณสมบัติของผู้กู้ทางด้านคุณภาพจิตใจ และพฤติกรรมของผู้กู้โดยจะแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจของผู้กู้ว่ายินดีจะชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดไม่บิดพลิ้ว (willing to pay)

3) Capital – คือเงินทุนในส่วนของผู้ถือหุ้นที่นำมาลงทุนในกิจการซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงฐานะความมั่นคงทางการเงินของธุรกิจ ซึ่งประกอบด้วยมูลค่าของสินทรัพย์ทั้งหมด หักด้วยหนี้สินใดๆ จะได้เงินทุนของธุรกิจแห่งหนึ่งแห่งใดที่ได้ลงทุนไว้ รวมทั้ง เงินทุนสะสมไว้เพื่อขยายกิจการต่อไป

⁵ รถไฟและระบบรถไฟ (Railway Rolling Stock) หมายถึง ยานพาหนะทั้งหมดที่เคลื่อนที่บนราง เหนือราง หรือ ภายใต้รางนำทาง ด้วยระบบลาก รวมถึงเครื่องยนต์ เบรก แกนล้อ ตู้โดยสาร อุปกรณ์เชื่อมต่อไฟฟ้า และส่วนประกอบอื่น ๆ ที่ติดตั้งมา รวมถึงอะไหล่และอุปกรณ์ทั้งหลาย อันได้แก่ข้อมูล คู่มือ และบันทึกต่าง ๆ ของที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้เขียนอ้างอิงจากการกำหนดนิยามตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิในผลประโยชน์ระหว่างประเทศ หรือ อนุสัญญากรุงเคปทาวน์ ค.ศ. 2001 และพิธีสารรถไฟ

⁶ วันชัย ธนิตติธราภรณ์, “หลักการให้เครดิตและแนวความคิดในการพิจารณาสินเชื่อ,” ในเทคนิคการบริหารเครดิตอย่างมีประสิทธิภาพและกลยุทธ์ในการบริหารหนี้ที่มีปัญหา, (กรุงเทพฯพหุชนคร : บริษัท ธรรมนิติการบัญชีและภาษีอากร จำกัด) , 2531, น. 82-83

4) Collateral – หลักประกันการให้กู้ ได้แก่ทรัพย์สินที่ผู้กู้นำมาค้ำประกันหนี้สินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในอนาคต เพื่อลดความเสี่ยงของสถาบันการเงินที่อาจเกิดขึ้นได้

5) Condition – ภาวะการณ์ต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นอันอาจจะกระทบกระเทือนต่อการชำระหนี้ เช่น ราคาวัตถุดิบ คู่แข่ง นโยบายรัฐบาล ฯลฯ

2.2 หลักเกณฑ์เฉพาะในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง

จากลักษณะเฉพาะของโครงการขนส่งระบบรางส่งผลให้ปัจจัยสำคัญที่ผู้ให้สินเชื่อใช้พิจารณาให้สินเชื่อประกอบด้วยการพิจารณาให้สินเชื่อตามเงื่อนไขของสัญญาร่วมลงทุนและการพิจารณาให้สินเชื่อตามหลักเกณฑ์การพิจารณาสินเชื่อโครงการ (Project Finance) ตามรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) การพิจารณาให้สินเชื่อตามเงื่อนไขของสัญญาร่วมลงทุนซึ่งผู้ให้สินเชื่อจะต้องพิจารณาไปถึงการได้รับชำระหนี้จากรายได้ที่ลูกหนี้จะได้รับทั้งจากรัฐและจากผลประโยชน์ของโครงการ และหากมีกรณีผิดนัดชำระหนี้เกิดขึ้นผู้ให้สินเชื่อจะต้องพิจารณาถึงการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของโครงการรวมถึงการเข้าดำเนินกิจการต่าง ๆ ในทุกระยะเวลาของโครงการแทนลูกหนี้หรือจัดหาบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการแทนลูกหนี้โดยการรับโอนสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง ทั้งนี้การที่ผู้ให้สินเชื่อจะมีสิทธิในการดำเนินการต่าง ๆ เหล่านี้ได้จะเป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญาร่วมลงทุนซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิในการเข้าร่วมลงทุนในงานส่วนต่าง ๆ ของโครงการขนส่งระบบราง โดยสัญญาร่วมลงทุนแต่ละประเภทจะมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการ และการนำสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องไปกับโครงการไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อผู้ให้สินเชื่อที่แตกต่างกัน

2) การพิจารณาให้สินเชื่อตามหลักเกณฑ์การพิจารณาสินเชื่อโครงการ (Project Finance) ซึ่งการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางนั้นเป็นการจัดหาเงินทุนเพื่อดำเนินการในโครงการที่เป็นบริการสาธารณะที่จะเกิดขึ้นในอนาคต การพิจารณาให้สินเชื่อดังกล่าวนอกจากการพิจารณาตามหลักการให้สินเชื่อโดยทั่วไปแล้ว ผู้ให้สินเชื่อจะต้องประเมินฐานะและความเป็นไปได้ของโครงการขนส่งระบบราง โดยพิจารณาจากรายงานการศึกษาโครงการ (Feasibility Studies Report) เพื่อวิเคราะห์ความพร้อมของโครงการในด้านต่าง ๆ และความเป็นไปได้ของโครงการว่าจะสัมฤทธิ์ผลได้เพียงใด รวมทั้งการประเมินฐานะทางการเงิน ผลตอบแทน และความเสี่ยงของโครงการโดยตรง โดยจะผูกพันไปกับสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเพื่อให้ความมั่นใจแก่ผู้ให้สินเชื่อว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วผู้ให้สินเชื่อจะได้รับชำระหนี้คืนจากรายได้หรือกระแสเงินสดที่เกิดจากการดำเนินโครงการ และหากโครงการขนส่งระบบรางที่ผู้ให้สินเชื่อสนับสนุนล้มเหลวหรือประสบปัญหาจนลูกหนี้ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้ ผู้ให้สินเชื่อจะต้องสามารถเข้าไปดำเนินการกับทรัพย์สินในโครงการในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้มีประกันด้วย

ดังนั้นการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางโดยการทำสัญญาร่วมลงทุนจึงมีความสำคัญต่อการพิจารณาให้สินเชื่อของสถาบันการเงินเนื่องจากผู้ให้สินเชื่อจะนำไปเป็นข้อพิจารณาทั้งในส่วนของรายได้ของเอกชนผู้ลงทุนที่จะนำมาชำระหนี้และการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของโครงการและการเข้าไปดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางในกรณีเอกชนผู้ลงทุนผิดนัดชำระหนี้

3. วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง

จากการศึกษาปัญหาการให้สินเชื่อเพื่อลงทุนในแต่ละส่วนงานของโครงการขนส่งระบบรางในประเทศไทย ในเบื้องต้นพบว่าในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางมีปัญหาที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางของผู้ให้สินเชื่อ 2 ประการ คือ ประการแรกปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง และประการที่สองปัญหาการบริหารสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลทำให้รายได้ในการดำเนินการของโครงการขนส่งระบบรางไม่เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้

ในหัวข้อนี้จะเป็นการวิเคราะห์สาเหตุของปัญหาการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางที่เกิดขึ้นในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางและวิเคราะห์แนวทางการแก้ไขปัญหามาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องและจากตัวอย่างสัญญาของต่างประเทศเพื่อลดอุปสรรคในการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางในประเทศไทยตามลำดับดังนี้

3.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

3.1.1 วิเคราะห์สาเหตุของปัญหา

จากปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเกิดจากกฎหมายของหน่วยงานเจ้าของโครงการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแตกต่างกัน ซึ่งในปัจจุบันมีหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางอยู่ 3 หน่วยงานโดยแบ่งเป็นหน่วยงานที่เป็นรัฐวิสาหกิจ จำนวน 2 หน่วยงาน คือ การรถไฟแห่งประเทศไทย และการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จำนวน 1 หน่วยงาน คือ กรุงเทพมหานคร⁷ ซึ่งแต่ละหน่วยงานจะมีกฎหมายที่ให้อำนาจในการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง ดังนี้

(ก) การรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 ภายใต้การกำกับของกระทรวงคมนาคม โดยเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปการที่จัด

⁷ สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะประเภทกิจการขนส่งระบบรางโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ นั้น เมื่อพิจารณาการกำหนดอำนาจหน้าที่ในการจัดระบบการบริการสาธารณะ ประกอบกับกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กฎหมายได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้านโครงสร้างพื้นฐานและบริการระบบขนส่งไว้อย่างกว้าง กล่าวคือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในการสาธารณูปโภคและการก่อสร้างอื่น ๆ การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ การขนส่งมวลชน และการวิศวกรรมจราจร ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ และเมื่อพิจารณาการจัดทำบริการสาธารณะประเภทกิจการขนส่งระบบรางพบว่าตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 และกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ไม่ได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการขนส่งทางรางไว้โดยตรงเช่นเดียวกับการขนส่งทางบกและการขนส่งทางน้ำ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มาตรา 17 (21) ได้กำหนดให้อำนาจในการสาธารณูปโภคและการก่อสร้างต่าง ๆ เกี่ยวกับการขนส่งและวิศวกรรมจราจร ดังนั้นจึงยังเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวความครอบคลุมถึงการขนส่งทางรางหรือไม่

ดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการรถไฟ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งของรถไฟและธุรกิจอื่นซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการรถไฟ โดยงบประมาณส่วนใหญ่ในการลงทุนพัฒนากิจการรถไฟมาจากการสนับสนุนของรัฐ สำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางโดยการรถไฟแห่งประเทศไทยนั้น การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจกระทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ คือ การเข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่น หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประโยชน์แก่กิจการรถไฟ⁸ โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน⁹

(ข) การรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ภายใต้การกำกับของกระทรวงคมนาคม โดยเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปโภคโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการรถไฟฟ้ายาน¹⁰ ในกรุงเทพมหานครและปริมณฑล รวมทั้งจังหวัดอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา หรือระหว่างจังหวัดดังกล่าว รวมถึงธุรกิจเกี่ยวกับกิจการรถไฟฟ้ายานและธุรกิจอื่น เพื่อประโยชน์แก่การรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยและประชาชนในการใช้บริการกิจการรถไฟฟ้ายาน สำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางโดยการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยนั้น นอกจากจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แล้ว จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ซึ่งการดำเนินกิจการรถไฟฟ้ายานนั้นการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจในการดำเนินกิจการเองโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี¹¹ หรือมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการโดยการให้สัมปทานกิจการรถไฟฟ้ายานทั้งหมดหรือบางส่วนแก่เอกชนก็ได้¹² โดยการให้สัมปทานกิจการรถไฟฟ้ายานไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน¹³

(ค) กรุงเทพมหานคร เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแบบพิเศษตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 สำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของกรุงเทพมหานครถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งอาศัยอำนาจตาม

⁸ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 เพิ่มโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117, ตอนที่ 111 ก (วันที่ 29 พฤศจิกายน 2543), มาตรา 9 (11)

⁹ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 เพิ่มโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117, ตอนที่ 111 ก (วันที่ 29 พฤศจิกายน 2543), มาตรา 39 (1) (5) และ (9)

¹⁰ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มาตรา 4 กำหนดนิยาม กิจการรถไฟฟ้ายานว่าหมายถึง การจัดสร้าง การขยาย การบูรณะ การปรับปรุงซ่อมแซมและการบำรุงรักษาระบบรถไฟฟ้ายาน การเดินรถไฟฟ้ายาน การจัดให้มีสถานที่จอดรถ การให้บริการ การอำนวยความสะดวก หรือการดำเนินกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการดังกล่าว

¹¹ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 75

¹² พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 9 (10)

¹³ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 43

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528¹⁴ โดยกรุงเทพมหานครมีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับการขนส่ง การสาธารณูปโภค และการสาธารณูปการ จากอำนาจทั้ง 3 ประการของกรุงเทพมหานคร สำนักงานอัยการสูงสุดเห็นว่ากรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการก่อสร้างที่เกี่ยวกับการขนส่งที่เป็นการบริการประชาชนทั่วไป ซึ่งอาจหมายความรวมถึงกิจการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชน และเพื่อให้เกิดการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่แก้ไขปัญหาการจราจรในกรุงเทพมหานครได้ สำนักงานอัยการสูงสุดจึงตีความว่ารถไฟฟ้าขนส่งมวลชนเป็นกิจการ “รกราง” ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่เอกชนในการประกอบกิจการรกรางขนส่งมวลชนได้ ตามข้อ 3 และข้อ 11 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515¹⁵ โดยการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้นกรุงเทพมหานครมีอำนาจทำได้ โดยเอกชนสามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมค่าบริการ หรือค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องแทนกรุงเทพมหานครได้ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสียก่อน และสิทธิในการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบราง ถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวจะโอนไปไม่ได้¹⁶

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาร่วมลงทุนที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อที่เหมือนกันคือให้อำนาจแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทกิจการขนส่งระบบรางและให้อำนาจในการทำสัญญากับเอกชนสำหรับการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง และมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อที่แตกต่างกัน ดังนี้

1) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบราง

ก) การรถไฟแห่งประเทศไทย

การถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนกรณีที่มีการร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

ก.1) ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ โดยพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464¹⁷ วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตสร้างทางรถไฟของเอกชนไว้ในส่วนการลงทุนใน

¹⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ตราขึ้นเพื่อกำหนดรูปแบบโครงสร้างของกรุงเทพมหานคร และกำหนดกรุงเทพมหานครไว้ โดยอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโครงการขนส่งระบบราง ได้แก่ อำนาจที่ดำเนินการเกี่ยวกับการขนส่ง การสาธารณูปโภค และการสาธารณูปการ ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 89

¹⁵ ส่วนวนการตรวจร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุด เลขที่ สด. 15/2535 อ้างถึงใน จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สำนักงานอัยการสูงสุดกับการตรวจร่างสัญญาให้แก่รัฐ (ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาสัมปทานการบริการสาธารณะ), เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2539 น.41

¹⁶ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528, ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ), เล่ม 102 ตอนที่ 115 (วันที่ 31 สิงหาคม 2528), มาตรา 96

¹⁷ พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีคณะกรรมการรถไฟขึ้นพร้อมทั้งกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ พร้อมทั้งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดหาซื้อที่ดินเพื่อสร้างทางรถไฟ กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่กรมการรถไฟในการก่อสร้างและบำรุงทางรถไฟ วางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งทางรถไฟ ในการรับขนส่ง คนโดยสาร หรือสัมภาระทางรถไฟ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ รวมถึงหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตสร้างทางรถไฟของเอกชน เจ้าหน้าที่ผู้กำกับดูแลเกี่ยวกับการขออนุญาต และวางบทกำหนดโทษ

โครงการขนส่งระบบราง โดยห้ามเอกชนถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ได้แก่ ที่ดินรถไฟหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นเว้นไว้แต่จะได้มีประกาศกระแสพระบรมราชโองการเป็นพิเศษว่าทรัพย์สินนั้นๆ ได้ขาดจากเป็นที่ดินรถไฟแล้ว¹⁸ ดังนั้น เอกชนจึงไม่สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินรถไฟหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นๆได้

ก.2) ทรัพย์สินอื่นๆนอกเหนือจากที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอื่นๆนอกเหนือจากที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นกรณีของการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ และไม่มีบัญญัติเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการที่เอกชนเป็นผู้ลงทุนเป็นผู้จัดหามาให้แก่รัฐไว้โดยตรง ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการที่เอกชนเป็นผู้ลงทุนเป็นผู้จัดหามาจึงเป็นไปตามสัญญาร่วมลงทุนระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยและเอกชนผู้ลงทุน

จากการที่เอกชนผู้ลงทุนไม่สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใดของการรถไฟแห่งประเทศไทยได้ และทรัพย์สินของการรถไฟแห่งประเทศไทยไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี¹⁹ ทำให้หากมีทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางจะมีข้อสัญญาที่ไม่อนุญาตให้เอกชนผู้ลงทุนถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งหมดของโครงการและไม่อนุญาตให้ก่อภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินของโครงการซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของการรถไฟแห่งประเทศไทย ดังนั้น เอกชนจะไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการขอสินเชื่อเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางได้

ข) การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย

กรณีเอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้น กฎหมายกำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จัดสร้างหรือจัดหามาตามสัญญาร่วมลงทุนตกเป็นของรัฐ เมื่อมีการตรวจและรับมอบงานที่ได้รับสัมปทานกิจการรถไฟฟ้าทั้งหมดหรือบางส่วน²⁰ หรือได้รับอนุญาตให้เดินรถในกรณีที่เป็นการให้สัมปทานการเดินรถไฟฟ้า²¹ หรือเมื่อมีการเพิกถอนสัมปทาน²² โดยทรัพย์สินของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี²³

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนผู้ลงทุนที่กำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จัดสร้างหรือจัดหามาตามสัญญาร่วมลงทุนตกเป็นของรัฐตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้น ทำให้สัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางมีข้อสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินของโครงการ โดยในส่วนทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเอกชนจะไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ส่วนทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของ

¹⁸ พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 38 ตอนที่ 38 ตอนที่ 27 สิงหาคม 2464), มาตรา 6 (2)

¹⁹ พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 68, ตอนที่ 40ฉบับพิเศษ, (วันที่ 30 มิถุนายน 2494), มาตรา 13

²⁰ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานโครงการรถไฟฟ้ามหานคร

²¹ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง

²² พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 12

²³ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 46

เอกชนผู้ลงทุนจะมีข้อสัญญาที่กำหนดให้เอกชนผู้ลงทุนต้องโอนกรรมสิทธิ์ไปยังการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญาเอกชนผู้ลงทุนจึงนำทรัพย์สินดังกล่าวไปเป็นหลักประกันได้แต่จะมีข้อจำกัดในการบังคับหลักประกัน

ค) กรุงเทพมหานคร

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของกรุงเทพมหานคร ไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางไว้โดยตรง ดังนั้นจึงเป็นไปตามสัญญาร่วมลงทุน

2) คุณสมบัติของเอกชนผู้ลงทุน

ก) การรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของการรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของเอกชนที่ร่วมลงทุน และขั้นตอนการเข้าร่วมลงทุนไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการให้เอกชนร่วมลงทุนรวมถึงรายละเอียดในสัญญาร่วมลงทุนจึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ข) การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย

เอกชนที่จะเข้าร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่อยู่ในความรับผิดชอบของการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยนั้น จะต้องมีความสัมพันธ์เฉพาะนอกเหนือจากคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 คือ จะต้องเป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย ซึ่งมีทุน เครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ความชำนาญในการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยเพียงพอในการดำเนินกิจการรถไฟฟ้า และมีคุณสมบัติอื่นๆตามที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁴ การกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้ลงทุนนี้มีความสำคัญสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเป็นอย่างมาก และมีผลต่อการพิจารณาเกี่ยวกับคุณสมบัติของนิติบุคคลเข้าแทนที่ตามข้อสัญญาสวสสิทธิดำเนินโครงการแทนและเอกชนที่จะรับโอนโครงการขนส่งระบบรางในกรณีที่มีการนำโครงการขนส่งระบบรางไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในการให้สินเชื่อสนับสนุนโครงการขนส่งระบบราง

ค) กรุงเทพมหานคร

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของกรุงเทพมหานครไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของเอกชนที่ร่วมลงทุน ดังนั้น หลักเกณฑ์จึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

3) อำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชน

ก) การรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทย

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของการรถไฟฟ้าแห่งประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชน ดังนั้น อำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนจึงเป็นไปสัญญาร่วมลงทุน

ข) การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย

²⁴ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 44

การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยมีอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ดังนี้

ข.1) ในกรณีที่จะต้องมีการเชื่อมต่อเชื่อมต่อหรือร่วมใช้กิจการรถไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการจัดโครงการเดินรถไฟฟ้าและอำนวยความสะดวกในการจราจรแก่ประชาชน เอกชนผู้รับสัมปทานจะต้องยินยอมและให้ความสะดวกแก่ รฟม. หรือผู้รับสัมปทานรายอื่นให้สามารถเชื่อมต่อหรือร่วมใช้กิจการรถไฟฟ้าที่ผู้นั้นได้รับสัมปทาน โดยดำเนินการภายใต้การแบ่งปันผลประโยชน์จากค่าโดยสารในอัตราที่เป็นธรรมกับทุกฝ่าย²⁵

ข.2) การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้น เอกชนผู้ลงทุนจะต้องมีคุณสมบัติเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย²⁶ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการให้บริการแก่ประชาชน เนื่องจากโครงการขนส่งระบบรางเป็นโครงการที่ใช้เงินลงทุนสูงมาก และต้องอาศัยผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะเพื่อดำเนินการ การโอนสัมปทานให้เอกชนรายอื่นจึงอาจมีผลกระทบต่อการใช้บริการโครงการขนส่งระบบรางแก่ประชาชน ดังนั้น การโอนสัมปทานจะกระทำต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี โดยต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การให้บริการประชาชน นอกจากนี้ผู้รับโอนจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดซึ่งเป็นคุณสมบัติในลักษณะเดียวกับผู้รับสัมปทาน โดยการโอนสัมปทานนั้นจะต้องไม่ทำให้การให้บริการโครงการขนส่งระบบรางหยุดชะงัก²⁷

ข.3) ในกรณีที่เอกชนผู้ลงทุนกระทำการใดๆอันเป็นผลกระทบต่อการใช้บริการโครงการขนส่งระบบรางแก่ประชาชน ได้แก่ กรณีเอกชนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้รับสัมปทานจนอาจเป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าหรือความเสียหายในการให้บริการแก่ประชาชน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานวิธีการประกอบกิจการรถไฟฟ้าของ รฟม. จนเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน หรือไม่ชำระผลประโยชน์ตามสัมปทานให้แก่ รฟม. หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ระบุในสัมปทานว่าเป็นเหตุเพิกถอนสัมปทานได้ การรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจในการเพิกถอนสัมปทานได้²⁸

ทั้งนี้ก่อนที่จะดำเนินการเพิกถอนสัมปทาน ถ้าสามารถแก้ไขเหตุในการเพิกถอนสัมปทานได้และเป็นประโยชน์แก่การให้บริการประชาชน คณะกรรมการการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยอาจแจ้งให้เอกชนผู้รับสัมปทานดำเนินการแก้ไขภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดเสียก่อนก็ได้ และถ้าเอกชนผู้รับสัมปทานไม่แก้ไขให้เพิกถอนสัมปทานโดยไม่ชักช้า²⁹

นอกจากนี้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะคณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการใด หรือเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ก็

²⁵ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 48

²⁶ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 44

²⁷ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 49

²⁸ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 51

²⁹ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 52

ได้³⁰ และหากมีการแจ้งให้เอกชนผู้รับสัมปทานกระทำการหรือแก้ไขการแล้วเอกชนผู้รับสัมปทานไม่กระทำการหรือแก้ไขการนั้น ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งให้ รพม. เป็นผู้กระทำการหรือแก้ไขการนั้น โดยให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว ส่วนกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเพิกถอนสัมปทานในกรณีที่มีเหตุสำคัญอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ รพม. มีอำนาจเข้าครอบครองกิจการที่ให้ผู้รับสัมปทานได้ และให้ รพม. จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้รับสัมปทานตามความเป็นจริงแต่ไม่เกินจำนวนเงินค่าทดแทนที่กำหนดในสัมปทาน ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นไปตามหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของบริการสาธารณะ

ค) กรุงเทพมหานคร

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของกรุงเทพมหานครไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนผู้ลงทุน ดังนั้นอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนผู้ลงทุนจึงเป็นไปสัญญาาร่วมลงทุน

การดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นบริการสาธารณะจะต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานของบริการสาธารณะที่จะต้องมีความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ โดยที่ประชาชนทุกคนมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน รวมถึงจะต้องมีการปรับปรุง เปลี่ยนแปลงการให้บริการในโครงการขนส่งระบบรางตามความความต้องการของประชาชนไปด้วย ดังนั้นในการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้นหน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องมีอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนผู้ลงทุนซึ่งจะมีผลต่อผู้ให้สินเชื่อในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางในกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อโดยการจัดให้มีนิติบุคคลเข้าแทนที่ซึ่งเป็นการรับโอนสัญญาาร่วมลงทุนจากเอกชนผู้ลงทุนรายเดิมซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะซึ่งหากการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อของผู้ให้สินเชื่อไม่ปฏิบัติตามหลักความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะคู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถใช้อำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนผู้ลงทุนได้

จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของหน่วยงานเจ้าของโครงการแต่ละหน่วยงานมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบราง การกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้ลงทุน รวมถึงอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนผู้ลงทุนที่แตกต่างกันซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้จะมีผลต่อการกำหนดเงื่อนไขหรือรายละเอียดในสัญญาาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีความแตกต่างกันทำให้สิทธิของผู้ให้สินเชื่อเหนือทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางแต่ละโครงการแตกต่างกันซึ่งผู้ให้สินเชื่อจะต้องพิจารณาเงื่อนไขในสัญญาประกอบการให้สินเชื่อเพื่อให้มั่นใจถึงสิทธิของตนที่มีเหนือโครงการขนส่งระบบรางทั้งการเข้าไปควบคุมโครงการขนส่งระบบรางเพื่อให้มีรายได้มาชำระหนี้ และการพิจารณาถึงสิทธิของตนเหนือทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางในกรณีที่มีการบังคับหลักประกันที่เป็นโครงการขนส่งระบบราง โดยหากข้อสัญญาในสัญญาาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแต่ละโครงการแตกต่างกันก็จะทำให้ผู้ให้สินเชื่อนำไปคิดเป็นความเสี่ยงที่มีผลต่อต้นทุนทางการเงินของโครงการขนส่งระบบรางได้

3.1.2 แนวทางในการแก้ไขปัญหา

ปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันของสัญญาาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้นเกิดจากการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ

³⁰ พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่ 114 ก (วันที่ 1 ธันวาคม 2543), มาตรา 53

การให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่แตกต่างกันเนื่องจากการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางของหน่วยงานแต่ละหน่วยงานมีประวัติ ที่มา และอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่แตกต่างกันซึ่งการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนั้นเป็นไปได้ยาก การมีแนวทางในการทำสัญญาร่วมลงทุนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถนำไปเป็นแนวทางในการทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่ตนรับผิดชอบจึงเป็นการแก้ไขปัญหาก็สามารถทำได้ง่ายกว่าการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางเนื่องจากการทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางในประเทศไทยแต่ละโครงการจะต้องมีเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง ข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ประกาศ ณ วันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2558³¹

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการกำหนดข้อสัญญาในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่เกิดจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบราง โดยจะทำการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหามาจากสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางในต่างประเทศ ได้แก่

1) ร่างแม่แบบสัญญาสัมปทานของ the UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects (Model Provisions)³² ซึ่งเป็นแบบร่างสัญญาสัมปทานสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของ UNCITRAL ที่เสนอแนะแนวทางในการกำหนดข้อสัญญาสัมปทานที่ใช้กับการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ

2) สัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock หรือ RailCorp Rolling Stock PPP Project Contract No C01645 ระหว่าง Rail Corporation New South Wales และ The

³¹ เนื้อหาในสัญญาร่วมลงทุนตามข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาร่วมลงทุน พ.ศ. 2558 ประกาศ ณ วันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2558 ได้แก่ (1) ระยะเวลาโครงการ (2) การให้บริการและการดำเนินการของโครงการ (3) สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย (4) การลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการและเอกชนรวมทั้งแหล่งเงินทุนของเอกชน (5) สินทรัพย์ซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์ของโครงการ และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ (6) การบูรณะพัฒนาสินทรัพย์ของโครงการ (7) อัตราค่าบริการและการปรับเปลี่ยนอัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของเอกชนหรือ หน่วยงานเจ้าของโครงการและผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างเอกชนและหน่วยงานเจ้าของโครงการ (8) การให้การสนับสนุนของภาครัฐเพื่อการดำเนินการตามสัญญาของฝ่ายเอกชน (9) การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนตัวคู่สัญญาผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง (10) เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยรวมทั้งการชำระค่าตอบแทน (11) เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญา นอกเหนือจากกรณีการสิ้นสุดของสัญญาตามระยะเวลา (12) หลักประกันสัญญา การค้ำประกัน ทั้งนี้ให้ระบุเงื่อนไขการคืนหรือรับหลักประกันสัญญาด้วย (13) การประกันภัยและการชดเชยค่าเสียหาย (14) การระงับข้อพิพาท (15) กฎหมายที่ใช้บังคับต้องกำหนดในสัญญาร่วมลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับสัญญา (16) การดำเนินโครงการภายใต้บังคับกฎหมายไทย (17) ทรัพย์สินทางปัญญา (18) ภาษีอากรและค่าธรรมเนียม และ (19) เรื่องอื่น ๆ ที่กำหนดในแนวทางปฏิบัติของ สสร.

³² UNCITRAL หรือคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) มีการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการเข้าร่วมงานของเอกชนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ (Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects) ซึ่งในกฎหมายแม่แบบนี้ได้เสนอแนะเนื้อหาและการตีความสัญญาสัมปทานไว้ในหมวดที่ 3 ของ Part 2 Model Legislative Provisions ตาม Model provisions 28-51 โดย UNCITRAL ได้จัดทำร่างแม่แบบสัญญาสัมปทาน the UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects (Model Provisions) ด้วย

NSW Treasure กับ Reliance Rail Pty Ltd. สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางของในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะเรียกว่า “สัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock”

จากสัญญาดังกล่าวสามารถนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดข้อสัญญาในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางได้ดังนี้

1) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบราง

ข้อสัญญาเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางในสัญญาร่วมลงทุนของประเทศไทยจะเป็นไปตามกฎหมายของหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบราง เช่น โครงการขนส่งระบบรางที่มีการรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของโครงการพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตสร้างทางรถไฟของเอกชนไว้ในส่วนการลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง โดยห้ามเอกชนถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ได้แก่ ที่ดินรถไฟหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นเว้นไว้แต่จะได้มีประกาศกระแสพระบรมราชโองการเป็นพิเศษว่าทรัพย์สินนั้นๆ ได้ขาดจากเป็นที่ดินรถไฟแล้ว ดังนั้นเอกชนจึงไม่สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินรถไฟหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใด นอกจากนี้การดำเนินการจัดการรถไฟโดยเอกชนหรือรถไฟราษฎร์นั้นจะต้องมีประกาศพระราชทานพระบรมราชานุญาตเป็นพิเศษ และทรัพย์สินของการรถไฟแห่งประเทศไทยจะอยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

โครงการขนส่งระบบรางที่มีการรถไฟฟ้ายานส่งมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางไว้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้จัดสร้างหรือจัดหาตามสัญญาสัมปทานตกเป็นของรัฐ เมื่อมีการตรวจและรับมอบงานที่ได้รับสัมปทานกิจการรถไฟฟ้ายานส่งมวลชนทั้งหมดหรือบางส่วน หรือได้รับอนุญาตให้เดินรถในกรณีที่เป็นกรณีให้สัมปทานการเดินรถไฟฟ้ายานส่งมวลชน โดยทรัพย์สินของการรถไฟฟ้ายานส่งมวลชนแห่งประเทศไทยไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการถือครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนในโครงการขนส่งระบบรางดังกล่าวทำให้การทำสัญญาสัมปทานให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง มีข้อสัญญาที่ให้เอกชนผู้ลงทุนต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการให้แก่รัฐ โดยทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์จะโอนเมื่อมีการก่อสร้างเสร็จ (ในกรณีเอกชนเป็นผู้ลงทุน) ส่วนทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางอื่นๆจะโอนให้แก่รัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน

จากการศึกษาร่างแม่แบบสัญญาสัมปทานของ the UNCITRAL, ตาม Model provision 31 และ provision 28 (e) เสนอว่าสัญญาสัมปทานจะต้องระบุถึงทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐและทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนผู้รับสัมปทาน โดยอาจแบ่งเป็นหมวดหมู่สำหรับทรัพย์สินที่กำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องคืนหรือโอนให้ผู้ให้สัมปทาน ทรัพย์สินที่ผู้ให้สัมปทานอาจซื้อจากผู้รับสัมปทาน และทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานอาจเก็บรักษาไว้ หรือจำหน่ายเมื่อสิ้นสุดหรือเลิกสัญญาสัมปทาน

นอกจากนี้เมื่อศึกษาการถือครองกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางในต่างประเทศพบว่ากรรมสิทธิ์ในโครงสร้างพื้นฐานทางโยธาจะเป็นของรัฐหรือหน่วยงานที่รัฐเป็นผู้สนับสนุน ส่วนรถไฟและระบบรถไฟหรือทรัพย์สินอื่นๆนั้นจะเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนผู้ลงทุน โดยในต่างประเทศเอกชนผู้ลงทุนจะมีทางเลือกในการจัดหาขบวนรถไฟได้มากกว่าการซื้อขบวนสำเร็จเด็ดขาด เนื่องจากสัญญาสัมปทานจะไม่มีกำหนดให้เอกชนผู้ลงทุนจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐ เช่น โครงการขนส่งระบบราง London

Overground และ โครงการขนส่งระบบราง Croydon Tramlink ของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีโครงสร้างกิจการขนส่งระบบรางที่แยกออกเป็น 4 หน่วยงานใหญ่ ได้แก่ บริษัทเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับการให้บริการการเดินรถ (Train Operating Companies หรือ TOCs)³³ Network Rail ที่ให้เช่าโครงสร้างพื้นฐานทางโยธาจาก Network Rail, บริษัทเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางรถไฟ (Freight Operator Companies)³⁴, และบริษัทเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการลงทุนในขบวนรถไฟพร้อมถึงการทำธุรกิจให้เช่าแบบลีสซึ่งขบวนรถไฟ (Rolling Stock Leasing Companies หรือ ROSCOs)³⁵

ส่วนในประเทศที่มีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง (PPPs) จะมีข้อสัญญาที่เอกชนผู้ลงทุนจะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางที่ตนจัดทำตามสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการ เช่น สัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง Waratah Rolling Stock ในสัญญาร่วมลงทุนกำหนดให้เอกชนผู้ลงทุนมีกรรมสิทธิ์ในตัวโดยสารรถไฟ 2 ชั้น (double-deck carriages) ขบวนรถไฟ (trains) และตู้โดยสารสำรอง ที่ได้จัดทำตามสัญญา ตลอดระยะเวลาตามสัญญาร่วมลงทุน คือ 30 ปี จนกว่า RailCorp จะร้องขอให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 25 การปลดประจำการขบวนรถไฟ (Decommissioning of Sets) หรือข้อ 51 ทางเลือกในกรณีที่มีการผิดสัญญา (Option to acquire Cars following termination) ส่วนกรรมสิทธิ์ในแบบจำลองรถไฟ (Train simulators) นั้น ตามสัญญากำหนดให้กรรมสิทธิ์โอนไปยัง RailCorp ในวันเสร็จสิ้นการฝึกปฏิบัติในแบบจำลองรถไฟ โดยแดนแห่งกรรมสิทธิ์จะไม่โอนไปยัง RailCorp จากการดำเนินการตามกฎหมายก่อนวันที่เสร็จสิ้นการฝึกปฏิบัติในแบบจำลองรถไฟ³⁶

ดังนั้นการกำหนดข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางในประเทศไทยควรมีแนวทาง คือ

1) การถือครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นสิ่งปลูกสร้างถาวรที่โดยสภาพแล้วมีอายุการใช้งานที่ยาวนานอย่างน้อยจะมีอายุการใช้งานเกินกว่าอายุของสัญญาสัมปทาน กรณีที่ข้อสัญญากำหนดให้เป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐจึงมีความเหมาะสมกับลักษณะของทรัพย์สินที่รัฐสามารถนำไปใช้ประโยชน์ต่อไปได้ นอกจากนี้รัฐยังสามารถเชื่อมต่อทางกายภาพระหว่างโครงการขนส่งระบบรางตามโครงข่ายรถไฟขนส่งมวลชน

³³ The Office of Rail and Road, Train operating companies, <http://orr.gov.uk/about-orr/who-we-work-with/industry-organisations/train-operator-companies> สืบค้นเมื่อ วันที่ 20 มิถุนายน 2559

³⁴ The Office of Rail and Road, Freight operating companies, <http://orr.gov.uk/about-orr/who-we-work-with/industry-organisations/freight-operator-companies> สืบค้นเมื่อ วันที่ 20 มิถุนายน 2559

³⁵ The Office of Rail and Road, Rolling stock leasing companies (ROSCOs), <http://orr.gov.uk/about-orr/who-we-work-with/industry-organisations/rolling-stock-companies> สืบค้นเมื่อ วันที่ 20 มิถุนายน 2559

³⁶ RailCorp Rolling Stock PPP Project Contract No C01645 41. Assignment, security, ownership of Cars and restrictions on dealings

41.5 Ownership of Simulators

Ownership of the Simulators will pass to RailCorp on the Date of Practical Completion of the Simulators, to the extent ownership has not passed to RailCorp by operation of law before that date.

ภายในพื้นที่กรุงเทพมหานครและปริมณฑลเพื่อให้เป็นไปตามแผนแม่บทการขนส่งมวลชนระบบรางในกรุงเทพมหานครและพื้นที่ต่อเนื่องได้ง่ายแม้โครงการขนส่งระบบรางจะมีหน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการต่างกันก็ตามเนื่องจากเจรจาระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเองจะทำได้ง่ายกว่าการเจรจากับเอกชนผู้ลงทุนซึ่งต้องยึดถือตามสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมลงทุน อีกทั้งรัฐยังสามารถขยายเส้นทางของโครงการขนส่งระบบรางไปยังเขตพื้นที่ที่ให้ผลตอบแทนทางการเงินต่ำเพื่อนำมาจัดให้มีระบบขนส่งมวลชนระบบรางเพื่อเป็นทางเลือกสำหรับประชาชนผู้ใช้บริการ

2) การถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอื่นๆในโครงการขนส่งระบบรางนั้นหากเป็นทรัพย์สินที่เป็นสิ่งทรมทรัพย์ เช่น รถไฟและระบบรถไฟ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงและต้องมีการพัฒนาหรือเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีตลอดเวลา หากถึงเวลาสิ้นอายุตามสัญญาสัมปทานทรัพย์สินดังกล่าวอาจจะล้าสมัยหรือไม่สามารถใช้งานต่อไปได้ ซึ่งไม่เกิดประโยชน์หากรัฐจะรับโอนมาเนื่องจากรัฐอาจต้องใช้งบประมาณในการบำรุงรักษาทรัพย์สินที่อาจมีความล้าสมัยในเทคโนโลยีและไม่เกิดประโยชน์เท่าที่ควร ดังนั้นข้อกฎหมายหรือข้อสัญญาในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรจะกำหนดให้ต้องโอนเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐซึ่งจะเกิดประโยชน์กับทุกฝ่ายรวมถึงเอกชนที่เป็นผู้ลงทุนที่อาจจะมียกเลิกในการจัดการรถไฟและระบบรถไฟในโครงการด้วยวิธีอื่นที่ไม่ใช่การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์แบบเด็ดขาด ทำให้ต้นทุนของเอกชนผู้ลงทุนในการจัดการรถไฟและระบบรถไฟถูกลดลง นอกจากนี้หากเอกชนผู้ลงทุนไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในขบวนรถไฟให้แก่อรัฐแล้ว การที่เอกชนผู้ลงทุนนำทรัพย์สินดังกล่าวซึ่งปกติจะเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงไปใช้เป็นหลักประกันหนี้ในการให้สินเชื่อก็จะทำให้ผู้ให้สินเชื่อมีความมั่นใจในการรับทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันเนื่องจากไม่ต้องกังวลว่าทรัพย์สินในโครงการขนส่งระบบรางที่นำมาเป็นหลักประกันหนี้นั้นจะต้องโอนไปเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐแต่อย่างใด การบังคับคดีหรือการโอนสิทธิเหนือทรัพย์สินก็จะเป็นไปได้โดยง่าย ทำให้การจัดหาเงินทุนของเอกชนผู้ลงทุนมีความสะดวกมากขึ้น

ส่วนปัญหากรณีที่รัฐเกรงว่าหากไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในขบวนรถไฟให้แก่อรัฐ อาจเกิดปัญหากรณีที่เอกชนผู้ลงทุนไม่สามารถนำขบวนรถไฟมาให้บริการแก่ประชาชนได้นั้น รัฐอาจกำหนดในสัญญาสัมปทานเกี่ยวกับการให้บริการการเดินทางแก่ประชาชน และกำหนดค่าปรับในกรณีที่เกิดความเสียหายจากการที่ไม่สามารถให้บริการได้ โดยเทียบเคียงกับสัญญาสัมปทานในรูปแบบที่เอกชนเป็นผู้ลงทุนในขบวนรถไฟซึ่งในสัญญากำหนดให้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่อรัฐเมื่อสิ้นระยะเวลาสัมปทาน

2) คุณสมบัติของเอกชนผู้ลงทุน

เอกชนผู้ลงทุนที่จะเข้าเป็นผู้สัญญาในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา (Tender Documents) หรือขอบเขตรายละเอียดของงาน (Terms of Reference) และกฎหมายของหน่วยงานเจ้าของโครงการ โดยหากเอกชนรายใดมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในเอกสารข้างต้นก็จะสามารถเข้ายื่นขอเสนอเป็นผู้สัญญากับฝ่ายรัฐได้โดยเท่าเทียมกันและมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายปกครองอย่างเป็นทางการตามหลักที่ด้วยความเสมอภาคซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการบริการสาธารณะ ซึ่งกระบวนการในการคัดเลือกเอกชนผู้ลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางจะต้องดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กล่าวคือ หากโครงการขนส่งระบบรางนั้นเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่มีมูลค่าตั้งแต่ห้าพันล้านบาทขึ้นไปจะต้องดำเนินการคัดเลือกเอกชนผู้ลงทุนโดยวิธีการประมูล เว้นแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีประมูลให้เสนอสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

พิจารณา³⁷ วิธีการประมูลจะต้องมีการแข่งขันเสนอราคาหรือสิ่งอื่นเป็นประโยชน์ตอบแทนเพิ่มเติมเพื่อให้ตนได้รับสิทธิในการร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกจะต้องคัดเลือกเอกชนที่เหมาะสมที่สุดเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

จากการที่โครงการขนส่งระบบรางเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะของเอกชนผู้ลงทุนดังนั้นการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนผู้ลงทุนจึงควรมีเงื่อนไขเพิ่มเติมจากคุณสมบัติโดยทั่วไป โดยอย่างน้อยจะต้องพิจารณาคุณสมบัติทางการเงิน (Economic and Financial Standing)³⁸ และคุณสมบัติเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญและการถือครองเทคโนโลยี (Technical or Professional Ability)³⁹ ประกอบด้วย

³⁷ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 38

³⁸ การพิจารณาคุณสมบัติทางการเงิน (Economic and Financial Standing) จะพิจารณาจากเกณฑ์แหล่งที่มาของเงินทุนและวิธีการระดมทุนโดยใช้เครื่องมือและวิธีการทางการเงินในรูปแบบต่าง ๆ ค่าใช้จ่ายที่มีผลเกี่ยวข้องกับรัฐ เช่น เงินกู้ อัตราดอกเบี้ยคงที่ / อัตราลอยตัว ข้อกำหนดด้านการชำระเงิน (ชำระตามผลงาน / ชำระครั้งเดียว) ที่มา สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร, รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) การจัดทำร่างความต้องการของประเทศตลอดจนให้คำปรึกษาแนะนำด้านวิชาการและเทคโนโลยีสมัยใหม่เกี่ยวกับการพัฒนาโครงข่ายระบบขนส่งมวลชนในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล ทั้งเทคโนโลยีการก่อสร้างและงานระบบรถไฟฟ้า เสนอโดย มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, กันยายน 2549 น.3-3 ถึง 3-4 โดยพิจารณาจากข้อมูลเกี่ยวกับ (1) Project Cost รวมถึงค่าลงทุน (Capital / Investment Cost) ค่าดำเนินการ (Operating Cost) และค่าบำรุงรักษา (Maintenance Cost) (2) Financial Package แสดงรูปแบบทางการเงินที่รวมถึงรูปแบบโครงสร้างทางการเงิน (Financial Structure) ของโครงการ แหล่งที่มาของเงินทุน (Financial Sources) วิธีการระดมทุน (Financial Instrument) (3) Terms and Methods of Payment (4) Project Economics (5) Project and Financial Management ที่มา สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร, ร่างความต้องการของประเทศ (Terms of Reference for Country Development) การจัดทำร่างความต้องการของประเทศตลอดจนให้คำปรึกษาแนะนำด้านวิชาการและเทคโนโลยีสมัยใหม่เกี่ยวกับการพัฒนาโครงข่ายระบบขนส่งมวลชนในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑลทั้งเทคโนโลยีการก่อสร้างและงานระบบรถไฟฟ้า เสนอโดย มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, กันยายน 2549 น.14

³⁹ การพิจารณาคุณสมบัติเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญและการถือครองเทคโนโลยี (Technical or Professional Ability) แบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ด้าน คือ (1) ด้านวิชาการและเทคโนโลยี (Knowledge and Technology) ซึ่งจะพิจารณาในประเด็น รูปแบบของระบบที่เสนอและเทคโนโลยีการก่อสร้างการผลิตและการติดตั้ง มาตรฐานและข้อกำหนดด้านเทคนิค การใช้งานร่วมกันและความเข้ากันได้ (Compatibility) กับระบบขนส่งมวลชนที่มีอยู่เดิม ความสามารถในการต่อขยายเส้นทาง (Expandability) และการเชื่อมต่อ (Interface) กับเส้นทางอื่นและระบบการขนส่งอื่น พื้นที่ให้บริการและเส้นทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ชัดความสามารถในการให้บริการของโครงข่าย ความสะดวกของผู้โดยสารในการเดินทางเชื่อมต่อกับระบบขนส่งมวลชนอื่น และระบบขนส่งมวลชนรูปแบบอื่นๆ การพัฒนาในด้านต่างๆที่เป็นประโยชน์ต่อกับระบบขนส่งมวลชนอื่น และระบบขนส่งมวลชนรูปแบบอื่นๆ การพัฒนาในด้านต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย ข้อเสนอในการถ่ายทอดเทคโนโลยี ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (2) การบริหารจัดการและแผนงาน (Management and Programme) จะพิจารณาในประเด็น แผนงานการดำเนินการและกำหนดแล้วเสร็จ ขั้นตอนและวิธีการก่อสร้างการผลิตติดตั้งการทดสอบระบบและการเดินรถ การบริหารจัดการโครงการ ผลกระทบจากการก่อสร้าง และแนวทางแก้ไข ที่มา สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและจราจร, ร่างความต้องการของประเทศ (Terms of Reference for Country Development) การจัดทำร่างความต้องการของประเทศตลอดจนให้คำปรึกษาแนะนำด้านวิชาการและเทคโนโลยีสมัยใหม่เกี่ยวกับการพัฒนาโครงข่ายระบบขนส่งมวลชนในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑลทั้งเทคโนโลยีการก่อสร้างและงานระบบรถไฟฟ้า เสนอโดย มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, กันยายน 2549 น.15

การกำหนดคุณสมบัติเอกชนผู้ลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางนอกจากจะเป็นประโยชน์ในการคัดเลือกเอกชนเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแล้วยังเป็นประโยชน์ในกรณีที่ผู้ให้สินเชื่อจะจัดหานิติบุคคลเพื่อเข้ามาดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางแทนเอกชนผู้ลงทุนรายเดิมที่ผิติดนัดในสัญญาสินเชื่อ โดยเอกชนผู้ลงทุนรายใหม่ที่เข้าแทนที่เอกชนรายเดิมจะต้องมีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ และฐานะทางการเงินที่พร้อมจะดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางอย่างแท้จริง โดยการกำหนดคุณสมบัติเอกชนผู้ลงทุนควรวางหลักเกณฑ์ไว้ให้ชัดเจนว่าจะต้องไม่ด้อยไปกว่าคุณสมบัติของเอกชนผู้ลงทุนซึ่งเป็นคู่สัญญาเดิมในขณะที่ได้รับพิจารณาคัดเลือกให้ลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง

3) ข้อสัญญาที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมและกำกับการดำเนินงานของสัญญาสัมปทานเพื่อความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะ

จากการที่หน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางบางหน่วยงาน คือ การรถไฟแห่งประเทศไทย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น คือ กรุงเทพมหานคร ไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชน การกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนจึงเป็นไปตามสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบราง ส่วนอำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนของการรถไฟฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยแม้จะมีกฎหมายกำหนดไว้ แต่การทำสัญญาร่วมลงทุนก็ไม่ได้นำอำนาจกำกับดูแลการดำเนินงานทั้งหมดตกลงไว้ในสัญญาร่วมลงทุน

เมื่อพิจารณาลักษณะของการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นบริการสาธารณะที่จะต้องมีการให้บริการอย่างต่อเนื่องและปราศจากการขัดขวางความต่อเนื่องในการให้บริการแก่ประชาชน หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีผู้รับผิดชอบหรือมีการเข้าดำเนินการแทนโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการในฐานะผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการการเดินรถในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่มีนิติสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาจ้างเหมาบริการ หรือนิติสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาสัมปทานหรือสัญญาร่วมลงทุนสัญญาจึงต่างมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมและกำกับการดำเนินงานของสัญญาสัมปทานเพื่อความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะซึ่งสอดคล้องกับร่างแม่แบบสัญญาสัมปทานของ the UNCITRAL, Model provision 48 (e) เสนอแนะสัญญาสัมปทานต้องกำหนดให้ผู้รับสัมปทานต้องให้บริการอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งจัดหาคะโหลกในช่วงระยะเวลาหลังจากโอนสิ่งอำนวยความสะดวกให้กับผู้ให้สัมปทาน หรือผู้สืบสิทธิที่รับสัมปทานแล้วด้วย

ดังนั้นแม้กฎหมายของหน่วยงานเจ้าของโครงการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางจะไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจหน่วยงานเจ้าของโครงการในการควบคุมและกำกับการดำเนินงานของเอกชนผู้ลงทุนแต่หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถกำหนดข้อสัญญาที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐในการควบคุมและกำกับการดำเนินงานของสัญญาสัมปทานเพื่อความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะไว้ในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อสัญญาที่เกี่ยวกับหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหลังจากการโอนทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางคืนให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือผู้สืบสิทธิตามสัญญาร่วมลงทุนซึ่งในปัจจุบันข้อสัญญาดังกล่าวปรากฏในสัญญาโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง⁴⁰ ส่วนสัญญาร่วมลงทุนในโครงการ

⁴⁰ สัญญาโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง บางใหญ่-ราชบุรีบูรณะ ช่วงบางใหญ่-บางซื่อ สัญญาที่ 4 สัมปทานสำหรับการลงทุน การจัดการระบบรถไฟฟ้า การให้บริการการเดินรถไฟฟ้าและซ่อมบำรุงรักษา (สถานีคลองไผ่-สถานีเตาปูน) ข้อ 22 การสิ้นสุดของสัญญา ข้อ 22.4 หน้าที่ของผู้รับสัมปทานภายหลังการสิ้นสุดสัญญา

ขนส่งระบบรางอื่นๆไม่ปรากฏซึ่งอาจทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องเมื่อสิ้นระยะเวลาตามสัญญาร่วมลงทุน นอกจากนี้หากมีการจัดให้มีนิติบุคคลเข้าแทนที่หรือมีการบังคับชำระหนี้กับโครงการขนส่งระบบรางของผู้ให้สินเชื่อตามสัญญาสินเชื่อการไม่มีข้อสัญญาดังกล่าวอาจทำให้ผู้รับโอนโครงการขนส่งระบบรางประสบปัญหาการให้บริการการเดินทางได้ ดังนั้น ในสัญญาร่วมลงทุนควรมีการกำหนดข้อสัญญาที่ให้ผู้รับสัมปทานต้องให้บริการอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งจัดหาอะไหล่ในช่วงระยะเวลาหลังจากการโอนทรัพย์สินของโครงการขนส่งระบบรางคืนให้กับคู่สัญญาฝ่ายรัฐหรือผู้สืบทิตตามสัญญาร่วมลงทุนด้วย

3.2 ปัญหาการบริหารสัญญาร่วมลงทุนของหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบราง

3.2.1 วิเคราะห์สาเหตุของปัญหา

เมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการมอบสิทธิให้แก่เอกชนในการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องมีอำนาจในการบริหารโครงการขนส่งระบบรางเพื่อให้มีรายได้เป็นไปตามเป้าหมายที่ได้คำนวณไว้ซึ่งรายได้ดังกล่าวเอกชนผู้ลงทุนจะนำไปชำระหนี้แก่ผู้ให้สินเชื่อต่อไป

จากการศึกษาปัญหาการบริหารสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่ส่งผลต่อรายได้ในการดำเนินการของโครงการขนส่งระบบราง พบว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากการไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรืออำนาจตามสัญญาในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าและการจัดให้มีระบบตั๋วโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารซึ่งมีส่วนทำให้รายได้ของโครงการขนส่งระบบรางไม่เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้ในรายงานความเป็นไปได้ของโครงการซึ่งเป็นข้อมูลสำคัญที่ผู้ให้สินเชื่อใช้พิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางทำให้เมื่อให้สินเชื่อไปแล้วผู้ให้สินเชื่ออาจมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาให้การสนับสนุนทางการเงินและรัฐจะต้องเข้าไปแก้ไขปัญหาโดยใช้งบประมาณของรัฐเอง

1) ปัญหาการบริหารสัญญาร่วมลงทุนของโครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรืออำนาจตามสัญญาในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้านั้นเกิดขึ้นในการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟาระหว่างสถานีเตาปูนของโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วงกับสถานีบางซื่อของโครงการรถไฟฟ้ามหานครซึ่งเป็นปัญหาการเชื่อมต่อโครงการขนส่งระบบราง 3 โครงการที่แม้จะมีเอกชนผู้ลงทุนรายเดียวกัน คือ BEM⁴¹ และหน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางหน่วยงานเดียวคือการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย แต่มีรูปแบบการลงทุนและเงื่อนไขในสัญญาร่วมลงทุนที่แตกต่างกัน ได้แก่ โครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วงช่วงบางใหญ่ - บางซื่อซึ่งเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบ Gross Cost Concession โครงการรถไฟฟ้ามหานครซึ่งเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบซึ่งเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบ Net Cost Concession และโครงการรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน (ส่วนต่อขยาย) ซึ่งเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบ Net Cost Concession ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหากหน่วยงานเจ้าของโครงการไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่สามารถ

(ก) ในกรณีที่สัญญานี้สิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ที่จะต้องให้การให้บริการการเดินทางรถไฟฟ้าต่อไปจนกว่า รฟม. จะมีคำสั่งให้หยุดหรือหาผู้ให้บริการการเดินทางรถไฟฟ้ารายใหม่ได้ ซึ่งผู้รับสัมปทานมีสิทธิจะได้รับค่าบริการเดินทางรถไฟฟ้าและซ่อมบำรุงรักษาภายใต้สัญญาข้อ 11 ใดๆก็ตามจะต้องไม่เกินกว่าหนึ่งร้อยแปดสิบ (180) วัน นับตั้งแต่วันที่สัญญานี้สิ้นสุดลง

⁴¹ BEM หรือ บริษัท ทางด่วนและรถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทที่เกิดขึ้นจากการควบรวมระหว่าง บริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (“BECL”) และบริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (“BMCL”) เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2558 และประกอบธุรกิจในการให้บริการทางพิเศษ และระบบขนส่งมวลชนด้วยรถไฟฟ้า รวมถึงการพัฒนาเชิงพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับระบบรถไฟฟ้าและทางพิเศษ

อาศัยสิทธิตามสัญญาในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าเนื่องจากความแตกต่างกันของรูปแบบการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแต่ละโครงการซึ่งจะปรากฏอยู่ในสัญญาร่วมลงทุนก็จะเกิดปัญหาในการบริหารสัญญาและส่งผลกระทบต่อรายได้ในการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งจะกระทบไปถึงการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางได้

2) ปัญหาการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสาร เกิดจากการจัดเก็บค่าโดยสารและการจัดโครงสร้างอัตราค่าโดยสารของโครงการขนส่งระบบรางของประเทศไทยแต่ละโครงการจะมีความแตกต่างกันตามรูปแบบการลงทุน สัญญาร่วมลงทุน และระบบเฉพาะที่โครงการขนส่งระบบรางใช้ในแต่ละโครงการทำให้ผู้โดยสารจะต้องถือบัตรโดยสารแตกต่างกันในการเดินทางแต่ละครั้งที่จะต้องมีการเปลี่ยนเส้นทางในการเดินทางจากโครงการขนส่งระบบรางหนึ่งไปยังอีกโครงการขนส่งระบบรางทำให้ขาดความสะดวกสบายในการเดินทางซึ่งจะเห็นได้ชัดเจนจากการเดินทางระหว่างโครงการรถไฟฟ้าบีทีเอสกับโครงการรถไฟฟ้ามหานคร ซึ่งเกิดจากข้อสัญญาในสัญญาร่วมลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดระบบตัวโดยสารและค่าโดยสารของแต่ละโครงการแตกต่างกัน กล่าวคือในส่วนของโครงการรถไฟฟ้ามหานครพบว่าสัญญาโครงการระบบรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล ได้ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการจัดเก็บรายได้จากค่าโดยสาร และรายได้จากการพัฒนาเชิงพาณิชย์ โดยเอกชนผู้ลงทุนจะเป็นผู้รับความเสี่ยงจากจำนวนผู้โดยสารและรายได้ที่จัดเก็บได้ตลอดระยะเวลาที่กำหนดในสัญญารวมถึงสิทธิในการดำเนินการระบบรถไฟฟ้าด้วย ส่วนการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทยในฐานะคู่สัญญาฝ่ายรัฐมีส่วนร่วมในการดำเนินการและการให้บริการของภาคเอกชนผู้รับสัมปทานในการกำหนดมาตรฐานการดำเนินการและการบำรุงรักษาระบบรถไฟฟ้า การติดตามและตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาเท่านั้น ส่วนสัญญาสัมปทานระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นสัญญาของโครงการรถไฟฟ้าบีทีเอสให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการจัดเก็บรายได้จากค่าโดยสาร และรายได้จากการพัฒนาเชิงพาณิชย์ โดยเอกชนผู้ลงทุนจะเป็นผู้รับความเสี่ยงจากจำนวนผู้โดยสารและรายได้ที่จัดเก็บได้ตลอดระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาในการดำเนินการเชื่อมต่อการให้บริการกำหนดมาตรฐานการดำเนินงานการกำหนดราคาค่าโดยสาร ส่วนคู่สัญญาฝ่ายรัฐคือกรุงเทพมหานครมีหน้าที่ในการตรวจสอบและติดตามการดำเนินงานของคู่สัญญาฝ่ายให้เป็นไปตามสัญญาสัมปทานเท่านั้น จะเห็นได้ว่าโครงการขนส่งระบบรางทั้ง 2 โครงการให้สิทธิเอกชนผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บรายได้ค่าโดยสารทั้งหมด โดยเอกชนแต่ละรายมีรูปแบบในการเก็บรายได้ค่าโดยสารที่แตกต่างกัน ทำให้ผู้ใช้บริการไม่สามารถใช้ตัวโดยสารร่วมกันได้ จากการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการไม่สามารถบริหารสัญญาร่วมลงทุนโดยการเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารได้ ทำให้ประชาชนต้องชำระค่าเข้าระบบที่ซ้ำซ้อนในโครงการขนส่งระบบรางแต่ละโครงการและต้องเสียค่าใช้จ่ายสำหรับการเดินทางด้วยการขนส่งระบบรางสูงมากซึ่งจะไม่จูงใจให้ประชาชนหันมาใช้การขนส่งระบบรางจึงส่งผลกระทบต่อรายได้ของโครงการขนส่งระบบรางเช่นเดียวกับปัญหาการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้า

3.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

สำหรับแนวทางแก้ไขปัญหาการบริหารสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางในประเด็นที่ส่งผลกระทบต่อรายได้ในการดำเนินการของโครงการขนส่งระบบรางนั้น แม้การลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางแต่ละโครงการจะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบที่แตกต่างกันและมีรูปแบบการร่วมลงทุนและการจัดสรรผลตอบแทนที่แตกต่างกันซึ่งส่งผลกระทบต่อเนื้อหาในสัญญาร่วมลงทุนที่แตกต่างกัน แต่หน่วยเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางสามารถ

บริหารสัญญาร่วมลงทุนเพื่อสนับสนุนให้มีรายได้จากการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางได้โดยแนวทางแก้ไขปัญหาการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้ายานคือ การกำหนดให้มีข้อสัญญาร่างในสัญญาร่วมลงทุนที่เกี่ยวกับการให้ความร่วมมือในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้ายานซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่าการใช้อำนาจตามกฎหมายในการบังคับให้เกิดการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้ายานที่เป็นการดำเนินการที่ใช้เงินลงทุนสูงซึ่งไม่ควรบังคับให้เอกชนผู้ลงทุนเป็นผู้ดำเนินการ

ส่วนแนวทางการแก้ไขปัญหาการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารของโครงการขนส่งระบบรางที่มีเอกชนผู้ลงทุนต่างรายกันนั้น จะต้องนำเครื่องมือทางกฎหมายและเครื่องมือทางสัญญามาใช้เพื่อให้การจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารประสบความสำเร็จเนื่องจากต้องกระทบกับสิทธิของเอกชนผู้ลงทุน สำหรับเครื่องมือทางกฎหมายนั้น ปัจจุบันมีร่างพระราชบัญญัติการบริหารจัดการระบบตัวร่วม พ.ศ.อำนาจคณะกรรมการนโยบายตัวร่วมออกข้อบังคับเกี่ยวกับมาตรฐานการบริหารจัดการระบบตัวร่วมและการบริหารจัดการรหัสระบบความปลอดภัย การเชื่อมต่อระบบตัวร่วมระหว่างศูนย์บริหารจัดการรายได้กลางกับผู้ให้บริการภาคขนส่งรายเดิมและผู้ให้บริการภาคขนส่งรายใหม่ การกำหนดมาตรการ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และข้อกำหนดของระบบตัวร่วมเพื่อประโยชน์ในการใช้ตัวร่วม การบริหารจัดการระบบตัวร่วมในกิจการที่เกี่ยวข้องหรือกิจการต่อเนื่องของระบบตัวร่วม หรือประโยชน์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการระบบตัวร่วม การกำหนดโครงสร้างอัตราค่าโดยสารร่วม ค่าบริการ ค่าธรรมเนียม หรือประโยชน์อื่นใดในระบบตัวร่วมหรือการบริหารจัดการระบบตัวร่วมซึ่งหากมีข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็จะทำให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบกำกับดูแลการขนส่งสาธารณะรูปแบบอื่นมีความยืดหยุ่นและมีอำนาจในการควบคุมอัตราค่าโดยสารได้ และส่วนเครื่องมือทางสัญญาซึ่งในสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางจะต้องมีการแก้ไขข้อสัญญาร่วมลงทุนเกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเข้าร่วมระบบจัดเก็บค่าโดยสารตัวร่วม ระบบการจำหน่ายตั๋วโดยสารและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารและกำหนดให้มีข้อสัญญาร่างในสัญญาร่วมลงทุนที่เกี่ยวกับการให้ความร่วมมือกับระบบขนส่งอื่น ๆ และการจัดเก็บค่าโดยสารระบบตัวร่วมสำหรับการทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

4. สรุปผลการศึกษา

จากการศึกษาปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง และการวิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขปัญหาการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่มีผลต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางสามารถสรุปผลการศึกษาได้ ดังนี้

1) ปัญหาความไม่ชัดเจนและเป็นแนวทางเดียวกันของสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเกิดจากการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากเกิดจากการดำเนินการในโครงการขนส่งระบบรางของหน่วยงานแต่ละหน่วยงานมีประวัติ ที่มา และอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่แตกต่างกัน ดังนั้นการมีแนวทางในการทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางโดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางที่ชัดเจนและหน่วยงานที่เป็นเจ้าของโครงการขนส่งระบบรางทุกหน่วยงานที่มีในปัจจุบันหรือที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตสามารถนำไปเป็นแนวทางในการทำสัญญาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่

อยู่ในความรับผิดชอบของตนก็จะทำให้การพิจารณาให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบรางมีความชัดเจนมากขึ้นซึ่งจะเป็นการลดความเสี่ยงของผู้ให้สินเชื่อในการไม่ได้รับชำระหนี้คืนจากการให้สินเชื่อแก่โครงการขนส่งระบบราง ส่งผลให้เอกชนผู้ลงทุนมีโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่ถูกลง

2) ปัญหาการบริหารสัญญาาร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางซึ่งเป็นปัญหาที่ส่งผลต่อรายได้ในการดำเนินการของโครงการขนส่งระบบราง ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรืออำนาจตามสัญญาในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าและการจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสาร ดังนั้นในส่วนของปัญหาการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าจึงควรกำหนดให้มีข้อสัญญาร่างในสัญญาร่วมลงทุนที่เกี่ยวกับการให้ความร่วมมือในการจัดให้มีการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่าการใช้อำนาจตามกฎหมายในการบังคับให้เกิดการเชื่อมต่อและร่วมใช้ระบบรถไฟฟ้าที่เป็นการดำเนินการที่ใช้เงินลงทุนสูงซึ่งไม่ควรบังคับให้เอกชนผู้ลงทุนเป็นผู้ดำเนินการ ส่วนแนวทางการแก้ไขปัญหาการไม่มีอำนาจในการจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารของโครงการขนส่งระบบรางที่มีเอกชนผู้ลงทุนต่างรายกันนั้น จะต้องนำเครื่องมือทางกฎหมายและเครื่องมือทางสัญญา มาใช้เพื่อให้การจัดให้มีระบบตัวโดยสารร่วมและการจัดการโครงสร้างอัตราค่าโดยสารประสบความสำเร็จเนื่องจากต้องกระทบกับสิทธิของเอกชนผู้ลงทุน

จากความสำเร็จของการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางอันจะนำไปสู่การพัฒนาการขนส่งระบบรางที่ยั่งยืนโดยเอกชนผู้ลงทุนจะต้องสามารถหาแหล่งเงินทุนเพื่อลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางได้ด้วยต้นทุนทางการเงินที่เหมาะสม ดังนั้นรัฐเองจะต้องมีส่วนช่วยในการอำนวยความสะดวกในการจัดหาเงินลงทุนดังกล่าวโดยหากประเทศไทยมีกลไกทางกฎหมายและกลไกทางสัญญาในขั้นตอนการได้มาซึ่งสิทธิการลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางที่ช่วยสนับสนุนการจัดหาเงินลงทุนโดยการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินของเอกชนผู้ลงทุนภายใต้เงื่อนไขคือการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการ เอกชนผู้ลงทุน และผู้ให้สินเชื่อ ในขณะที่รัฐยังสามารถรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ได้ตามหลักการบริการสาธารณะก็จะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการสร้างแรงจูงใจให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการขนส่งระบบรางอันจะเป็นการพัฒนาบริการขนส่งระบบรางของประเทศไทยเพื่อให้มีมาตรฐานและรองรับการขยายตัวของเศรษฐกิจทั้งในประเทศและในระดับภูมิภาคอย่างยั่งยืนต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กระทรวงคมนาคมและกระทรวงการคลัง. แนวทางให้เอกชนร่วมดำเนินการ: การทดสอบความสนใจภาคเอกชนในโครงการรถไฟความเร็วสูง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, 2553.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.

ชูชาติ สว่างสาส์. พ.ร.บ. ร่วมทุน 2535 หมายออกอภิมาโครงการ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ภัค
 ธรรม จำกัด, 2544.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร:
 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

วันชัย ธนิตติราภรณ์. เทคนิคการบริหารเครดิตอย่างมีประสิทธิภาพและกลยุทธ์ในการบริหารหนี้ที่มีปัญหา.
 กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธรรมนิติการบัญชีและภาษีอากร จำกัด, 2531.

บทความ

ธีรพัฒน์ อังศุวาล. “รัฐวิสาหกิจการรถไฟแห่งประเทศไทย: ปัญหาด้านรายได้ แนวนโยบายของรัฐ และแนวทาง
 ปฏิรูป” <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1783>

รังสิกร อุปพงศ์, “ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ 18 (กันยายน 2531) : 55.

เอกสารอื่นๆ

กรมการขนส่งทางบก.”แผนพัฒนายุทธศาสตร์กรมการขนส่งทางบก (พ.ศ. 2554-2558), เอกสารเผยแพร่, 2553.

กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนภูมิภาค
 (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
 2553.

การรถไฟแห่งประเทศไทย. (2553). ความคืบหน้าโครงการระบบรถไฟชานเมือง (สายสีแดง) ช่วงบางซื่อ –
 ตลิ่งชัน. สืบค้น 15 สิงหาคม 2557 จาก [http://www.railway.co.th/resultproject/project_](http://www.railway.co.th/resultproject/project_redline.asp?redline=2)
[redline.asp?redline=2](http://www.railway.co.th/resultproject/project_redline.asp?redline=2)

การรถไฟแห่งประเทศไทย. (2555). ความคืบหน้าโครงการระบบรถไฟชานเมือง (สายสีแดง) ช่วงบางซื่อ –
 ตลิ่งชัน. สืบค้น 18 สิงหาคม 2557 จาก [http://www.railway.co.th/resultproject/project_](http://www.railway.co.th/resultproject/project_redline.asp?redline=5504201)
[redline.asp?redline=5504201](http://www.railway.co.th/resultproject/project_redline.asp?redline=5504201)

การรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย. (2557ก). โครงการรถไฟฟ้ามหานครสายสีม่วง. สืบค้น 21 มกราคม 2558
 จาก <http://www.mrta-purpleline.com>

_____. (2557ข). โครงการรถไฟฟ้ามหานครสายสีเขียว. สืบค้น 21 มกราคม 2558 จาก [http://](http://www.mrtagreenline.net)
www.mrtagreenline.net

_____. (2557ค). โครงการรถไฟฟ้ามหานครสายสีน้ำเงิน. สืบค้น 21 มกราคม 2558 จาก [http://](http://www.mrtablueline.com)
www.mrtablueline.com

_____. (2557ง). โครงการรถไฟฟ้ามหานครสายสีชมพู. สืบค้น 21 มกราคม 2558 จาก
<http://www.mrta.co.th/pinkline/index.html>

_____. (2557จ). โครงการรถไฟฟ้ามหานครสายสีเหลือง. สืบค้น 21 มกราคม 2558 จาก [http://](http://www.mrtayellowline.com)
www.mrtayellowline.com

โครงการศึกษาปรับแผนแม่บทระบบขนส่งมวลชนทางรางในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล สำนักนโยบายและแผนการขนส่งจราจร. “พัฒนาการระบบราง.” สืบค้นเมื่อ 17 กันยายน 2558, จาก <http://www.otp.go.th>

รายงานพิเศษ “คสช.อนุมัติแผนโครงสร้างพื้นฐานใช้งบในประเทศ เพิ่มรถไฟทางคู่ 2 เส้น” สืบค้น 27 สิงหาคม 2557 จาก <http://www.thairath.co.th/content/439772>

สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งจราจร. (2550). รายงานการศึกษาวิเคราะห์ความเหมาะสมของโครงการงานออกแบบรายละเอียดโครงการระบบขนส่งกรุงเทพมหานคร ช่วงแบริ่ง – สมุทรปราการ. กรุงเทพฯ: สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งจราจร.

สำนักงานนโยบายและแผนการขนส่งและการจราจร, รายงานแนวทางการให้เอกชนเข้าร่วมทุนในโครงการระบบขนส่งมวลชนและบทบาทหน้าที่ของรัฐในการบริหารและจัดการสัญญาสัมปทาน, งานจ้างที่ปรึกษาเพื่อการบริหารจัดการ โครงการระบบขนส่งมวลชนทางรางและการจัดการระหว่างการก่อสร้าง, กุมภาพันธ์ 2552 (เอกสารอัดสำเนา)

สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาปฏิรูปแห่งชาติ, การปฏิรูปการขนส่งระบบราง : รถไฟรางคู่, สารสังเขปประเด็นการปฏิรูปประเทศไทย ด้านเศรษฐกิจ สืบค้นจาก http://cda.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/service_sub5/download/article/article_20150112102827.pdf เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2559

อารยา กิตติเวช. “สัญญาสัมปทาน: ศึกษาภาวะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

Books

ASIAN Development Bank and The World Group. Best Practices For Private Sector Investment in Railways. TERA INTERNATIONAL GROUP, INC., July 31, 2006.

Jeffrey Delmon, Private sector investment in infrastructure : project finance, PPP projects and risk. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2009

Stephen Perkins. The Role of Government in European Railway Investment and Funding. European Conference of Ministers of Transport. 2005.

Articles

Jeremiah Achonwa. What are the elements of security in project finance and how does it limit the lenders exposure to project risks?

Sanghi, Apurva; Sundakov, Alex; Hankinson, Denzel. Designing and Using Public-Private Partnership Units in Infrastructure : Lessons from Case Studies Around the World. Gridlines; No. 27. World Bank, Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10644> License: CC BY 3.0 Unported.” 2007.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ITF (2008), Transport Infrastructure Investment: Options for Efficiency, OECD Publishing, Paris.

DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789282101568-en>

New South Wales Government, Working with Government Guidelines for Privately Financed Projects, December 2006 <

http://www.treasury.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0009/3141/wwggui_1.pdf>

World Bank Group, 'PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP IN INFRASTRUCTURE RESOURCE CENTER, What are the public-private partnerships' <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships> accessed 1 July 2016

ปัญหาธุรกิจค้าประเวณีในสังคมไทยกับแนวทางการแก้ไขที่ มั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืน

ดิฉันทน์ ชัยสายัณห์*

บทคัดย่อ

ปัญหาธุรกิจการค้าประเวณีของประเทศไทยมีมาอย่างยาวนาน เป็นสิ่งที่ทำลายภาพลักษณ์ ระบบสถาบันครอบครัว สังคม ศาสนาและวัฒนธรรมของชาติ และรัฐพยายามที่จะดำเนินการแก้ไขเพื่อให้ปัญหานี้หมดไป โดยการออกกฎหมายในการปราบปรามการค้าประเวณีขึ้น คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเนื้อหาของกฎหมาย พบว่ากฎหมายฉบับนี้มีเพียงมาตรการในการปราบปรามการค้าประเวณี แต่รัฐกลับไม่หาแนวทางการป้องกัน หรือเยียวยาผู้ที่ประกอบอาชีพค้าประเวณี ทั้งที่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ ป้องกันและปราบปรามและหาทางเยียวยาให้กับผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว หากพิจารณาให้ดีแล้ว รัฐควรจะหาแนวทางป้องกันไม่ให้ประชาชนเข้าใจผิดคิดว่าการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ถูกต้อง รัฐจึงควรกลับมาพิจารณาให้ดีว่า แนวทางที่รัฐกำลังหาทางแก้ไขอยู่นั้นถูกวิธีหรือไม่ อีกทั้งการทำให้อาชีพดังกล่าวถูกกฎหมายโดยออกกฎหมายรับรอง ไม่ใช่การแก้ปัญหาคือดี เพราะนั่นคือการแก้ไขปัญหาคือปลายเหตุ รัฐควรจะแก้ปัญหาคือต้นเหตุของปัญหา ด้วยการทำความเข้าใจกับผู้ประกอบอาชีพเหล่านี้้อย่างจริงจัง และสร้างอาชีพใหม่ให้แก่พวกเขาเหล่านี้ โดยการออกเป็นกฎหมายฟื้นฟูและเยียวยาเพื่อป้องกันปัญหาการค้าประเวณี แทนการใช้มาตรการในการลงโทษโดยการปราบปราม เพื่อพัฒนากฎหมายดังกล่าวของไทย ให้มั่นคง มั่งคั่งและยั่งยืนต่อไป

คำสำคัญ: การค้าประเวณี

Abstract

A prostitution business is a problem of Thailand for a long time affecting to demolish an image, a family institution, a society, a religion and a culture of our nation. The government has an effort to resolve this problem, so the prevention and suppression of prostitution Act, B.E. 2539 has been enacted to suppress the prostitution. However, upon considering the content of it, this law is only measure regarding the combat of the prostitution. The state does not provide any guideline for preventing or healing the prostitute persons. Indeed, this law aims to prevent and suppress including curing them, the government, therefore, should ensure the people to precisely comprehend that the prostitution is unlawful. The prostitution's management of the government shall be reviewed whether it is suitable and accurate to resolve such problem. In addition, the

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

enactment of laws to approve the legitimate prostitution is not the solution of the question's causes. The government shall faithfully try to understand the prostitutes and enable them to get new occupations. The law concerning the restoration and treatment of prostitution shall be enacted and applied in lieu of the suppression under the existing law resulting in the stable, prosperous and sustainable development of Thai law.

Keyword: Prostitution

บทนำ

ปัญหาการค้าประเวณีเป็นปัญหาของสังคมไทยมาอย่างช้านาน และในปัจจุบันไม่ว่าชายหรือหญิงก็สามารถขายบริการทางเพศด้วยกันได้ทั้งนั้น คนส่วนใหญ่ รวมถึงบทความ งานวิจัยมากมายอยากให้อาชีพนี้ได้รับการรับรองและเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมาย โดยมองว่ารัฐควรจะทำให้อาชีพค้าบริการทางเพศเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมาย โดยการขึ้นทะเบียนโสเภณีเพราะกฎหมายจะได้เข้ามาคุ้มครองทั้งผู้ให้บริการและผู้รับบริการ รัฐก็จะได้ภาษีเพิ่ม กระบวนการออกใบอนุญาตเปิดสถานบริการทางเพศก็ควรทำให้โปร่งใส นอกจากนี้ควรจัดให้มีผังเมืองรวมสถานบริการไว้เป็นโซน ๆ เพื่อให้ง่ายแก่การสอดส่องดูแลอีกด้วย แต่ในมุมมองกลับกันรัฐกลับไม่ได้มองถึงสิ่งที่กำลังจะตามมาว่าหากอาชีพนี้ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายแล้วปัญหาด้านใดบ้างที่จะเกิดขึ้นและมีผลกระทบต่อสังคมไทย โดยเฉพาะประเด็นปัญหาครอบครัว ปัญหาการหย่าร้าง ก็เพิ่มและทวีความรุนแรงมากขึ้นขนาดไหน เด็กที่เกิดจากครอบครัวที่มีสถานะภาพหย่าร้างจะเพิ่มปริมาณมากเพียงใดในสังคม โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์จะมีมากขึ้น คนที่ประพฤติผิดศีลธรรมก็จะคิดว่าสิ่งที่ตนกำลังทำมันถูกกฎหมาย และถ้าหากจะมองว่าจะเป็นการลดปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ใช่เลย เพราะแม้การค้าประเวณีจะไม่ถูกกฎหมายในปัจจุบัน แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าจะไม่มีการขายบริการทางเพศเกิดขึ้น การขายบริการทางเพศก็ยังคงมีอยู่แต่ไม่ถูกกฎหมายเท่านั้นเอง แล้วอีกประการ คนที่ก่ออาชญากรรมประเภทนี้ก็เชื่อว่ามีความสามารถในทางเศรษฐกิจที่จะซื้อบริการทางเพศได้ เพราะหากการค้าบริการทางเพศเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย อัตราค่าบริการใช้ว่าจะราคาถูก ในทางตรงกันข้ามอาจเป็นการส่งเสริมให้มีการก่ออาชญากรรมทางเพศหรือปัญหาการถูกข่มขืนมากขึ้นก็ได้ ดังนั้น หากรัฐจะขึ้นทะเบียนโสเภณีรัฐควรคิดทบทวนแนวทางนี้ใหม่ให้รอบคอบกว่านี้ เพราะนั่นเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐกำลังแก้ไขปัญหาแต่แก้ไขไม่ตรงจุด หรือเรียกสั้น ๆ ว่าแก้ไม่ถูกที่คั่นนั่นเอง รัฐควรสร้างมาตรการในการป้องกัน เยียวยา มากกว่าการที่รัฐจะออกกฎหมายเพื่อปราบปราม หรือไม่รัฐก็ไม่ควรยอมรับให้เกิดขึ้นโดยที่รัฐไม่ได้คำนึงถึงความถูกต้องและความเหมาะสมที่จะเกิดขึ้นกับสังคมไทย ปัญหารอบด้านที่รัฐควรนำมาศึกษา รัฐต้องมีความจริงจังในการแก้ไขปัญหาและยอมรับวิธีการที่สังคมส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นทางออกที่ควรจะให้มีการปรับปรุงแก้ไข ไม่มองถึงแค่การพยายามที่จะแก้ปัญหาล่าช้าไปทีโดยไม่สนใจกับความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม รัฐต้องยึดความถูกต้องและมีจุดยืนในการแก้ไขปัญหาล่าช้าไปทีโดยไม่สนใจกับความต้องการของประชาชน และแสดงออกซึ่งแนวทางในการพัฒนาบริบททางกฎหมายเพื่อการพัฒนาให้เป็นไปในทิศทางที่ยั่งยืน

1. มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันปราบปรามการค้าประเวณีและการขายบริการทางเพศของประเทศไทยที่มีอยู่นั้นเพียงพอหรือไม่

คำว่า “ค้าประเวณี” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายไว้ว่า “หญิงหรือชายที่หาเลี้ยงชีพด้วยการขายบริการทางเพศ” ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 การค้าประเวณี หมายถึง การยอมรับการกระทำชำเรา หรือการยอมรับการกระทำอื่นใด หรือการกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ในทางกามารมณ์ของผู้อื่นอันเป็นการสำส่อนเพื่อสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ยอมรับการกระทำและผู้กระทำจะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศ แต่ในปัจจุบันนี้การขายบริการทางเพศมันไม่ใช่แค่หญิงที่ขายบริการให้แก่ชายอีกต่อไปแล้ว เพราะสภาพสังคมในยุคปัจจุบันชายที่ค้าประเวณีก็มีมากมายจนเราแทบไม่น่าเชื่อ และกฎหมายที่ประเทศไทยมีอยู่นั้นเพียงพอหรือไม่ เหตุใดปัญหาดังกล่าวยังคงเป็นปัญหาเรื้อรังที่รัฐไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้เสียที ลองมาศึกษาว่าประเทศไทยมีกฎหมายกำหนดในเรื่องดังกล่าวนี้อย่างไรบ้าง ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539

มาตรา 5 “ผู้ใดเข้าติดต่อ ชักชวน แนะนำตัว ติดตาม หรือรับเหมาบุคคลตามถนนหรือ สาธารณสถาน หรือกระทำการดังกล่าวในที่อื่นใดเพื่อการค้าประเวณีอันเป็นการเปิดเผยและนำอับอายหรือเป็นที่เดือนร้อนรำคาญแก่สาธารณชนต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด”

มาตรา 6 “ผู้ใดเข้าไปมั่วสุมในสถานการค้าประเวณีเพื่อประโยชน์ในการค้าประเวณีของตนเอง หรือผู้อื่นต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำเพราะถูกบังคับ หรือตกอยู่ภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ ผู้กระทำไม่มีความผิด”

มาตรา 7 “ผู้ใดโฆษณาหรือรับโฆษณา ชักชวน หรือแนะนำด้วยเอกสาร สิ่งพิมพ์ หรือกระทำให้ แพร่หลายด้วยวิธีใดไปยังสาธารณะ ในลักษณะที่เห็นได้ว่าเป็นการเรียกร้อง หรือการติดต่อเพื่อการค้าประเวณีของตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด”

มาตรา 9 “ผู้ใดเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปซึ่งบุคคลใดเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณีแม้บุคคลนั้นจะยินยอมก็ตาม และไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด”

มาตรา 11 “ผู้ใดเป็นเจ้าของกิจการการค้าประเวณี ผู้ดูแล หรือผู้จัดการกิจการการค้าประเวณี หรือสถานการค้าประเวณี หรือเป็นผู้ควบคุมผู้กระทำการค้าประเวณีในสถานการค้าประเวณี ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด”

จากกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้นจะพบว่า แนวทางของรัฐมีเพียงแนวทางในการปราบปรามเพื่อลงโทษผู้ที่กระทำความผิดในความผิดฐานค้าประเวณีและการขายบริการทางเพศ แต่รัฐมิได้หาแนวทางใด ๆ ในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดในรูปแบบนี้เลย กฎหมายที่รัฐนำมาบังคับใช้กับประชาชนนั้น รัฐสามารถนำมาแก้ไขปัญหาแต่รัฐไม่ได้หาแนวทางในการป้องกันปัญหา หรือเยียวยาเพื่อไม่ให้ประชากรประกอบอาชีพที่ผิดกฎหมายดังกล่าว รัฐมองข้ามสิ่งนั้นไป สิ่งที่เป็นสาเหตุหลักที่ทำให้คนหลงผิดไปค้าบริการหรือไปซื้อบริการ และกลุ่มคนเหล่านั้นเองพยายามที่จะบีบบังคับให้รัฐต้องยอมรับการกระทำของตนเอง บีบบังคับให้รัฐยอมรับตนเอง โดยเฉพาะ

การบีบบังคับให้รัฐขึ้นทะเบียนอาชีพโสเภณีและการค้าบริการทางเพศให้ถูกกฎหมาย ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐพยายามหาหนทางในการปราบปรามอาชีพนี้ แต่รัฐไม่หาแนวทางในการป้องกันไม่ให้ประชากรในรัฐนั้นไปประกอบอาชีพในลักษณะนี้ รวมไปถึงผู้ที่ประกอบอาชีพในลักษณะนี้กลับอ้างสิทธิต่าง ๆ เพื่อให้รัฐยอมรับการกระทำผิดของตนเอง ส่งผลให้กฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด แต่กลับทำลายความน่าเชื่อถือของกฎหมายเอง โดยอาศัยกระบวนการสร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นกับตนเอง รัฐก็หลงกับแนวทางของกลุ่มคนนั้นไปด้วยอย่างไม่มีจุดหมาย บทความ วิจัย วิทยานิพนธ์มากมายกลับกลายเป็นเห็นดีเห็นงามที่จะให้รัฐต้องยอมรับและรับผิดชอบกับการกระทำของกลุ่มคนที่ประกอบอาชีพนั้น อีกทั้งสิ่งเหล่านี้ไม่ใช่คำอธิบาย แต่เป็นเพียงข้ออ้างที่สร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นกับตนเอง

2. สภาพปัญหาทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณีและการขายบริการทางเพศรัฐแก้ไขปัญหานั้นได้ตรงจุดแล้วหรือไม่ ประกอบกับรัฐจริงจังกับการแก้ไขปัญหานั้นหรือไม่

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 สถานบริการ หมายความว่า สถานที่ที่สร้างขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งรวมถึงสถานที่อาบน้ำ นวด หรืออบตัว ซึ่งมีผู้บริการให้แก่ลูกค้า¹ เรียกได้ว่าเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้เองทำให้เปิดโอกาสให้มีการร่วมประเวณีกัน เพราะโดยธรรมชาติของการอาบน้ำ การนวด หรืออบตัวนั้น ย่อมมีการแตะเนื้อต้องตัวกันและตามสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ลึกซึ้งได้ง่าย กล่าวได้ว่าสถานบริการมีการค้าประเวณีแฝงอยู่ด้วยดังเห็นได้จากการดำเนินคดีฟ้องร้องตามที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับ² หรือจากข้อเท็จจริงตามข่าวที่นำเสนอโดยสื่อมวลชน แต่ในกฎหมายฉบับนี้เองกลับไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าประเวณีภายในสถานบริการไว้ คงมีเฉพาะความผิดความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือ การนำอาวุธเข้าไปในสถานบริการ³ ทั้งที่การค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่มีการลักลอบค้าประเวณีจำนวนมาก โดยเฉพาะรูปแบบการค้าประเวณีที่แฝงมาในธุรกิจสถานบริการ ธุรกิจบริการนวดคลายเส้น ซึ่งสาเหตุหนึ่งมากจากการที่เจ้าหน้าที่รัฐละเลยการบังคับใช้กฎหมาย โดยเจ้าของธุรกิจประเภทนี้ยินยอมจ่ายเงินหรือผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมาย ทั้งสองฝ่ายต่างได้รับประโยชน์ทำให้เจ้าของธุรกิจกลายเป็นกลุ่มอิทธิพลและขยายวงกว้างขึ้นเรื่อย ๆ⁴ นอกเหนือจากการค้าประเวณีในสถานที่ตั้งกล่าวมาแล้ว ยังมีการค้าประเวณีในสถานอื่นด้วย เช่น สวนอาหาร สวนสาธารณะ ท้องสนามหลวง เป็นต้น⁵ นอกจากนี้สภาพสังคมในปัจจุบันที่ยุคแห่งโลกออนไลน์ทำให้รูปแบบของการใช้บริการการค้าประเวณีเปลี่ยนแปลงไป ผู้ใช้บริการนิยมการซื้อขายผ่านเครือข่าย

¹ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 88 ตอนที่ 626 (4 ตุลาคม 2509), มาตรา 3(3)

² คำพิพากษาฎีกาที่ 663/2510 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 1163/2518, เนติบัณฑิตยสภา

³ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 88 ตอนที่ 626 (4 ตุลาคม 2509), มาตรา 16(5) และ (6)

⁴ โสภณ พรโชคชัย, 'โสเภณีถูกกฎหมาย ช่วยปราบทุจริต รักษาศีลธรรม' จาก <http://prachatai.com/journal/2014/05/53086> เข้าถึงวันที่ 17 กรกฎาคม 2561

⁵ พงษ์ธร สำราญ, รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณีในสถานบริการอบ นวด มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย พ.ศ. 2549, หน้า 82

อินเทอร์เน็ตมากกว่าการท่องเที่ยวในสถานที่แบบดั้งเดิมอย่างร้านค้าราโอเกะ โรงน้ำชา สถานอาบอบนวด⁶ คำถามคือ กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันครอบคลุมการซื้อขายในรูปแบบนี้หรือไม่ หากการสนทนานั้นไม่ได้ทำในลักษณะเปิดเผยหรือน่าจะเป็นที่เดือดร้อนแก่ประชาชน

จากสิ่งที่ได้กล่าวมาข้างต้น รัฐจะปฏิเสธว่าไม่รู้เห็นเป็นใจคงเป็นไปได้ เพราะรัฐเองเป็นผู้กำหนดรูปแบบของสถานประกอบการเหล่านั้นขึ้นมาเพื่อผลประโยชน์ในทางภาษีที่รัฐหวังว่าตนเองจะได้รับเป็นการตอบแทน รัฐยอมให้ประชาชนประกอบอาชีพเหล่านี้โดยทางอ้อมจริงหรือไม่ เพราะสิ่งเหล่านี้รัฐไม่สามารถปฏิเสธการกระทำของตนเองได้เลยว่าตนเองคือผู้ที่อยู่เบื้องหลังการกระทำต่าง ๆ ทั้งหมด รัฐยอมให้มีสถานบริการ และรัฐก็ออกกฎหมายเพื่อลงโทษสถานบริการ แต่ในความเป็นจริงแล้วกฎหมายเหล่านั้นไม่ต่างอะไรกับการเขียนเสือให้วัวกลัวเท่านั้น เฉกเช่นเดียวกับกรณีดังที่ได้กล่าวมา สถานบริการเหล่านั้นหาได้เกรงกลัวมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นไม่ ในทางตรงกันข้ามรัฐกลับพยายามแสวงหาผลประโยชน์จากการเอาช่องว่างของกฎหมายที่ตนเองประกาศใช้เป็นแนวทางให้ผู้ประกอบการในอาชีพเหล่านี้ต้องยอมจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนให้แก่รัฐหรือคนภายใต้บังคับของรัฐอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รัฐอาจจะบอกว่าพยายามหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีแล้ว แต่การค้าประเวณีมันมีเยอะมาก เยอะจนดูแลไม่ทั่วถึง นี่คือข้ออ้างของรัฐที่รัฐสามารถกระทำได้และตอบกับสังคมถึงปัญหานี้เท่านั้น หลายครั้งที่เราจะเห็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไปพัวพันกับการประกอบธุรกิจค้าประเวณีดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการ นักการเมือง หรือแม้กระทั่งผู้พิทักษ์สันติราษฎรเองก็ตาม กลุ่มบุคคลเหล่านี้ได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชีพหรือประกอบธุรกิจในรูปแบบนี้ใช่หรือไม่ รัฐไม่จริงจังกับการแก้ไขปัญหานี้เพราะธุรกิจเหล่านี้คือแหล่งเงินทุนมหาศาลที่รัฐได้ผลประโยชน์ใช่หรือไม่

3. หลักการคุ้มครองบุคคลในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด คือ แม้บุคคลจะมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ก็ตาม แต่รัฐมีอำนาจจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เช่นเดียวกันหากเข้าเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งในกรณีของการค้าประเวณีนั้นถือได้ว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁷ ในเรื่องของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการจำกัดเสรีภาพเช่นนี้แม้กระทั่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ที่ค้าประเวณี แต่เมื่อได้กระทำไปโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงกระทำได้⁸ แต่ในทางพุทธศาสนาได้มีมุมมองว่าแม้บุคคลที่มีอาชีพเช่นนี้อาจจะทำผิดศีลข้อ 3 การไม่ประพฤติผิดในกาม ในกรณีที่ผู้ให้บริการหรือผู้รับบริการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคู่สมรสอยู่แล้ว แต่การทำผิดศีลนี้ไม่ได้ทำให้บุคคลเหล่านั้นหมดสิ้นแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลงแต่อย่างใด⁹ นอกจากนี้ในเรื่องของความเท่าเทียมกันและความเสมอภาคกัน บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁰ เป็นสิทธิสมบูรณ์โดยเด็ดขาด (Absolute Right) ปัจเจกชนสามารถยกขึ้น

⁶ สมเดช รุ่งศรีสวัสดิ์, การขายบริการทางเพศของวัยรุ่นไทยบนสื่ออินเทอร์เน็ต, (วารสารสมาคมนักวิจัย ฉบับที่ 1 ปีที่ 19 มกราคม - เมษายน 2557), หน้า 60

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560), มาตรา 40

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560), มาตรา 26

⁹ พระมหาสมบุนนัฏ วุฑฒิโกโร, 'พุทธจริยศาสตร์กับปัญหาโสเภณี' จาก http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=434&articlegroup_id=102 เข้าถึงวันที่ 20 กรกฎาคม 2561

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560), มาตรา 4

กล่าวอ้างต่อบุคคลอื่นและรัฐได้ ฉะนั้นแล้วในแง่มนุญรัฐจึงไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ดำเนินการคุ้มครองบุคคลตามกฎหมายให้มีความเสมอภาคกันได้ หากตัดประเด็นเรื่องอาชีพว่าการค้าประเวณีเป็นสิ่งผิดกฎหมายหรือไม่ทิ้งออกไป ผู้ประกอบอาชีพนี้มีสถานะเป็นมนุษย์คนหนึ่ง เฉกเช่นเดียวกับเรา ๆ ท่าน และต่างเป็นพลเมืองของประเทศไทยเหมือนกันจึงควรต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐอย่างไม่แตกต่างกัน

สิ่งที่ได้กล่าวมานี้เป็นสิทธิอันชอบธรรมในการเลือกประกอบอาชีพที่ประชาชนควรจะได้รับ การยอมรับตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นเพียงข้ออ้างให้ตนเองมีความชอบธรรมในสังคมขึ้นมาทันแน่ มนุษย์ที่ยอมพลีกายเพื่อความสุขของผู้อื่นนั้นใช่หรือไม่ คืออาชีพที่สุจริตที่รัฐจะให้การคุ้มครอง มนุษย์ที่ยอมแลกแม้กระทั่งเนื้อตัวและร่างกายของตนเพื่อบารุความสุขของผู้อื่นเพื่อแลกกับเงินตราเป็นสิ่งตอบแทน หรือได้มาซึ่งผลประโยชน์อื่นใดที่รัฐจะยอมรับและให้ถือเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายตามทำนองครองธรรม จริ่งอยู่ที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิในเนื้อตัวและร่างกายเป็นของของเรา เราจะทำอะไรกับมันก็ได้ แต่มนุษย์ทั้งหลายธรรมชาติสอนไว้ว่าเธออย่าลืมว่า เธอเกิดมาในโลกนี้เพื่อประโยชน์อะไร เพื่อพลีกายกายถวายตัวเอง เพื่อปรนเปรอกับความสุขของผู้อื่นโดยชั่วครั้งชั่วคราวแล้วแลกกับค่าตอบแทนเพียงไม่กี่บาทเท่านั้นหรือ คือสิทธิอันชอบธรรมที่รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายที่ได้ขึ้นชื่อว่ากฎหมายสูงสุดของประเทศควรยอมรับและยกย่อง นำละอายเสียจริงทำไมเธอต้องนำการกระทำของตนเองมาป่าวประกาศให้โลกรู้ และอ้างว่าตนมีสิทธิตามกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดอยู่ตราปใด ผู้ที่ทำอาชีพที่ขัดกับศีลธรรมเช่นนั้นอาเช่นนั้นก็มีหาอาจยกตนเองเพื่อให้เทียบชั้นกับกฎหมายสูงสุดอย่างรัฐธรรมนูญและให้รัฐธรรมนูญคุ้มครองอาชีพที่ขัดกับศีลธรรมได้ อย่าอ้างสิทธิอันชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญมาอ้างสิทธิเพื่อสร้างความชอบธรรมในการกระทำที่เป็นการกระทำที่อาจไม่ถูกต้องตามหลักศีลธรรมของอาชีพตนเอง เพราะสิ่งเหล่านี้อาจฝังใจแล้วขัดกับแนวทางและความเป็นไปของจริยธรรม

4. ผลดีเพียงระยะสั้นที่อาจกลายมาเป็นผลเสียระยะยาวของการอนุญาตให้มีการค้าประเวณีและการขายบริการทางเพศถูกต้องตามกฎหมาย

หากกล่าวถึงข้อดีของการจดทะเบียนการค้าประเวณีแล้ว อาจเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนโดยทางอ้อมให้ผู้ประกอบการ เจ้าของธุรกิจค้าประเวณีดำเนินธุรกิจได้อย่างไม่มีข้อจำกัดอะไร จริ่งอยู่แม้การดำเนินการเช่นนี้เป็นเรื่องผิดกฎหมาย ต้องทำกันอย่างหลบซ่อนแต่ก็ทำได้ตามอำเภอใจเพราะไม่มีกฎหมายที่ควบคุมการจดทะเบียนโสเภณีมากำหนดว่าต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไร ทำให้การเอาเปรียบผู้ที่ทำการค้าประเวณีมีอยู่ต่อไป อีกทั้งเมื่อธุรกิจนี้ผิดกฎหมายผลที่ตามมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้อย่างที่เห็นในปัจจุบัน คือ การที่เจ้าหน้าที่รัฐรับสินบนเพื่อแลกกับการไม่จับกุมหรือดำเนินคดี หากกฎหมายกำหนดให้มีการประเวณีได้เท่ากับป้องกันไม่ให้นายทุนแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบจากผู้ที่ทำงานในวงจรเหล่านี้ และช่วยลดปัญหาเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานโดยมิชอบหรือละเลยไม่ปฏิบัติงานโดยเห็นแก่ผลประโยชน์ส่วนตน เมื่อการค้าประเวณีได้รับการรับรองตามกฎหมายย่อมทำให้กลุ่มคนประกอบอาชีพนี้ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายแรงงาน ได้รับสวัสดิการจากภาครัฐ เช่นเดียวกับผู้ใช้แรงงานอื่นในสังคม อันเป็นการช่วยยกระดับมาตรฐานชีวิตความเป็นอยู่ให้ดีขึ้น การควบคุมการค้าประเวณีตามกฎหมายทำให้ภาครัฐมีสามารถจัดเก็บฐานข้อมูลของการค้าประเวณีได้อย่างเป็นระบบระเบียบมากขึ้น

สิ่งที่ได้กล่าวมานี้เป็นเพียงการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุเท่านั้น และผลดีก็เป็นเพียงผลดีเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เพราะการที่รัฐยอมรับและให้อาชีพค้าประเวณีเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมายก็เป็นการสรุปได้ว่ารัฐยอมรับ

การกระทำอันเป็นการแก้ไขปัญหาก็อาจเกิดขึ้นและพยายามที่จะผลักดันให้พ้นไปเท่านั้น ความสุขในระยะสั้น แต่อาจเป็นความทุกข์ของรัฐที่รัฐต้องเผชิญในระยะยาวก็เป็นได้ รัฐอาจจะได้รับเสียงสนับสนุนมากมายจากฝ่ายที่เห็นด้วย แต่รัฐจะรู้หรือไม่ว่ามีอีกฝ่ายที่อาจต้องจำยอมผืนทนให้กฎหมายเหล่านี้มีบทบาทขึ้นมาในสังคม แนนอนองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนจะชื่นชมกับการแก้ไขปัญหเหล่านี้ของรัฐ รัฐอาจจะได้รับคะแนนนิยมมากมายของกลุ่มประชากรที่เห็นด้วย แต่ท่ามกลางเสียงสนับสนุนเหล่านั้น รัฐไม่อาจรู้ได้เลยว่าสิ่งที่ตนเองกำลังทำลงไปนั้นสักวันมันจะย้อนกลับมาทำลายรัฐเอง ปัญหาต่าง ๆ มากมายที่รัฐจะต้องแบกรับกับการที่รัฐยอมกลุ่มคนเพียงบางกลุ่ม กลุ่มคนที่ประกอบอาชีพเหล่านั้นอาจเป็นหนามยอกอกของรัฐต่อไปในภายหลังก็เป็นได้ พอถึงเวลานั้นแล้วรัฐอาจจะต้องเสียน้ำตาให้กับการกระทำที่ผิดพลาดของตนเองก็เป็นได้ อย่างไรก็ตามถึงเวลาแล้วที่รัฐต้องยอมรับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นพร้อมกับค้นหาแนวทางที่เป็นทางแก้ไขปัญหายังยืนเพื่อที่รัฐจะได้กล่าวกับลูกหลานในยุคต่อ ๆ ไปได้ว่า รัฐได้ใช้ความพยายามในการแก้ไขปัญหาการค้าประเวณีให้หมดไปจากสังคมไทยอย่างแท้จริง ไม่ใช่แต่เพียงหาทางออกเพียงครั้งคราว เห็นกงจักรเป็นดอกบัว หรือยอมรับการกระทำที่ผิดให้กลายเป็นสิ่งที่ชอบธรรมด้วยการสร้างรูปแบบและความชอบธรรมให้เกิดขึ้นกับตัวรัฐเองอย่างเช่นการขึ้นทะเบียนโสเภณีหรือการออกกฎหมายคุ้มครองว่าการค้าประเวณีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

5.1 ด้านสังคม

หากมีการยอมรับให้การค้าประเวณีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ปัญหาแรกที่รัฐต้องเผชิญคือปัญหาทางด้านสังคม เพราะอาจเกิดคนที่หลังไหลไปประกอบอาชีพในลักษณะนี้มากขึ้น เนื่องจากการประกอบอาชีพนี้ไม่ต้องลงทุนอะไรมากมาย ไม่มีอะไรจะต้องเสีย เป็นการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบตัวเงินที่ไม่ยากเกินความสามารถและได้ผลตอบแทนที่ดีเยี่ยม วัยรุ่นหนุ่มสาวที่เพิ่งเริ่มต้นเข้าสู่สังคมแห่งการทำงานก็จะหลังไหลไปประกอบอาชีพนี้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด คนที่ตกงานหรือไม่มีงานทำ หรือการทำงานพิเศษเพื่อหารายได้นอกเวลางานประจำก็จะกลายเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่ประชากรหนุ่มสาวหันมาประกอบอาชีพนี้กันอย่างมากมาย เนื่องจากเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมาย รัฐให้การยอมรับและคุ้มครองเสมือนประหนึ่งว่าเป็นงานอดิเรกหรืองานประจำที่เกิดขึ้นและมีอยู่อย่างแพร่หลายของคนในสังคมก็เป็นได้ การนอนกับใครเพื่อสร้างความสุขเพียงชั่วครั้งชั่วคราวก็อาจเป็นแนวทางที่วัยรุ่นนำไปใช้กัน เพียงเพราะข้ออ้างว่าแค่ครั้งเดียว หรือเพื่อหารายได้มาจุนเจือครอบครัวและเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็จะเป็นหนึ่งในข้ออ้างที่กลุ่มคนเหล่านั้นสร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นกับตนเองอย่างแนนอน หรือแม้กระทั่งความนิยมในการเปลี่ยนคู่นอนของคนในสังคมก็จะทวีความรุนแรงมากขึ้น ปัญหาของการมีผู้ใช้กัญชาของวัยรุ่นไทยก็จะเกิดขึ้นอย่างไม่มีวันจบสิ้น ก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาให้รัฐต้องหาทางเยียวยาแก้ไขอีกมากมายนับไม่ถ้วน

5.2 ด้านศาสนาและศีลธรรม

แนนอนปัญหาที่กระทบต่ออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้จากการค้าประเวณีที่ถูกกฎหมาย คือการผิดศีลธรรม ผิดหลักธรรมคำสอนของศาสนาในเรื่องกามเมสุมิจฉาจารา ที่คงความเป็นไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ศาสนาก็คงแต่คอยดูความพินาศของการดำรงชีวิตของมนุษย์ที่เกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในบางครั้งกฎหมายกับศีลธรรมเป็นเรื่องที่มีความแตกต่างกัน แต่หลักการอันแท้จริงของทั้งสองอย่างนี้ก็ป็นหนทางที่ไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้นั่นเอง แม้การค้าประเวณีจะได้รับการยอมรับในทางกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหลักการของศาสนาจะต้องคล้อยตามบริบทของสังคมที่เกิดขึ้นไปด้วยกัน ศาสนาเป็นเรื่องของเพียงความเชื่อและความศรัทธาที่อาจส่งผลร้ายต่อภาพที่เป็นจริงได้ในบริบทของกฎหมาย ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างองค์กรทางศาสนาอาจนำมาซึ่งความ

ขัดแย้งที่รัฐต้องเป็นฝ่ายหาทางออกนั่นเอง ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ศาสนาแม้เป็นเรื่องของความเชื่อ เป็นเรื่องของ บทลงโทษที่ต่างจากหลักกฎหมาย เพราะศาสนาเชื่อในเรื่องของเวรกรรม เชื่อในเรื่องภพหน้าภูมิหน้า อาจจะถูกกลาย มาเป็นเพียงกระแสลมที่พัดผ่านไป เพราะแนวคิดกระแสหลักของคนในสังคมให้ความสำคัญกับบริบทของกฎหมาย มากเกินไป ศีลธรรมและจรรยาบรรณของความเป็นมนุษย์ยังไม่ต้องพูดถึงเพราะสิ่งเหล่านี้ถูกกฎหมายกดทับและ สร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

5.3 ด้านวัฒนธรรมและประเพณีนิยม

ผลลัพธ์ต่อมาที่จะเกิดขึ้นกับสังคมไทยหากมีการยอมรับการค่าประเพณีว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและชอบธรรม ก็ คือบริบทของวัฒนธรรมของสังคมไทยที่เกิดขึ้น การปรับตัวของบริบททางวัฒนธรรมที่ยากต่อความเข้าใจ คนในยุค ก่อนกับคนในยุคปัจจุบันอาจมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไป คนในยุคก่อนมองว่าการรักษาวลสงวนตัวของหญิง เป็นเรื่องที่พึงกระทำ ความรักษาความบริสุทธิ์ก่อนถึงวันแต่งงานเป็นเรื่องที่พึงปฏิบัติ แต่หากสังคมไทยมีการ เปลี่ยนแปลงในความคิดในเรื่องดังกล่าวแล้ว โดยวัยรุ่นในยุคใหม่มองว่าการซื้อบริการ การใช้บริการทางเพศเป็น เรื่องปกติที่ใคร ๆ ก็ทำกัน ไม่ใช่เรื่องที่แปลก สังคมเปลี่ยนไปแล้ว คนที่มองต่างจากนี้เป็นคนในยุคอดีต สิ่งเหล่านี้ อาจจะทำให้เกิดความคิดที่ขัดแย้งกับบริบทของสังคมไทยและบริบทของวัฒนธรรมของคนที่เกิดมาบนโลกใบนี้ก็ เป็นได้อย่างแน่แท้ ประเพณีของการรักษาเนื้อ รักษาตัวให้บริสุทธิ์ผุดผ่องก่อนสมรส อาจต้องมลายหายไปจาก สังคมและวัฒนธรรมของความเป็นไทยอย่างแน่แท้ เพียงเพราะกฎหมายเป็นการสำคัญที่จะทำให้ลายวัฒนธรรมและ ประเพณีเหล่านั้นให้หมดสิ้นไป

5.4 ด้านกฎหมาย

กฎหมาย เป็นกฎระเบียบข้อบังคับที่สร้างขึ้นเพื่อความสงบสุขของคนในสังคม แต่วันนี้หากกฎหมายได้ กลายเป็นเครื่องมือที่รัฐนำมาใช้เพื่อจัดระเบียบสังคม จัดระเบียบการค่าประเพณีอย่างไม่ถูกต้อง กฎหมายก็จะมี ลักษณะที่เป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งที่รัฐใช้เป็นอุปกรณ์ทางสังคมเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับคนบางกลุ่มเท่านั้น โดยเฉพาะกฎหมายครอบครัว การที่รัฐสร้างระบบผัวเดียวเมียเดียวโดยรูปแบบของการจดทะเบียนสมรสมาตั้งแต่ สมัยอดีตกาลอาจถูกทำลายลงเพราะเหตุผลของกฎหมายที่ย้อนแย้งกันเองหรือขัดกันเอง กฎหมายมีความประสงค์ จะสร้างความสงบสุขให้เกิดขึ้นกับสังคม โดยให้มีการเลือกที่จะใช้ชีวิตคู่อยู่กับใครเพียงคนเดียว และอยู่ด้วยกัน ไปตราบนานเท่าไร กฎหมายคือเครื่องมือสำคัญในการสร้างรูปแบบและความคิดเหล่านั้น แต่หากเกิดการออก กฎหมายยอมให้มีการค่าประเพณีได้อย่างถูกกฎหมาย คู่รักที่เกิดความคิดไม่เพียงพอกับความต้องการทางเพศของ ตน พยายามหาคู่อื่นใหม่ ๆ เพื่อสร้างความสุขให้เกิดขึ้นกับตนเองก็มีมากมาย อาจเอาสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายนี้เป็น อำนาจต่อรองคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของตนว่าตนได้ทำในสิ่งที่กฎหมายยอมรับและรับรองว่าเป็นสิ่งที่ ถูกต้องก็เป็นได้ เหตุหย่าเพราะเป็นชู้หรือเหตุหย่าเพราะมีชู้ที่กฎหมายกำหนดขึ้นมา อาจถูกนำมากล่าวอ้างเพื่อ ทำลายสถานะของความรักเพียงเพราะความต้องการที่ไม่รู้จักพอของคนสองคนก็เป็นได้ เพราะหากพิจารณาให้ดี แล้วกฎหมายไม่ได้ต้องการให้เกิดการหย่าร้างและทำลายระบบความรักของคนในสังคม แต่ทำไมกฎหมายถึงยอม ให้สิ่งที่ตนไม่ต้องการมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่ทำลายความประสงค์ของตนเอง มันมองดูเป็นความคิดที่ย้อนแย้ง กันของบริบทของกฎหมายสองฉบับที่ขัดแย้งกันอย่างบอกไม่ถูก ประกอบกับหลักกฎหมายในเรื่องของการเรียกค่า สินไหมทดแทนจากผู้อื่นที่ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนโดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น ตามประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1445¹¹ กฎหมายอาจมีลักษณะที่ขัดกันเป็นหลักความเป็นจริงก็ย่อมได้ เพราะผู้ที่ค้าประเวณีอาจอ้างว่าตนเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพที่ถูกต้องตามกฎหมายก็ย่อมได้ กฎหมายจึงมีความขัดหรือแย้งกันในบริบท

5.5 ด้านสถาบันครอบครัว

ด้านสถาบันครอบครัว มนุษย์เราทุกคนเมื่อมีความรักแล้วก็ต้องสมรส เมื่อสมรสแล้วก็จะกลายเป็นสถาบันครอบครัวทั้งในทางนิติบัญญัติและพฤตินัย สถาบันครอบครัวถือเป็นสถาบันที่เล็กที่สุดของสังคมแต่มีความสำคัญมากที่สุดในการสังคม เพราะถือเป็นสถาบันที่เป็นฐานรากของพีระมิด เป็นสถาบันเริ่มต้นของการก่อสร้างสังคมให้มั่นคงและยั่งยืน ประกอบกับสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่จะต้องอาศัยความรักและความเข้าใจและการเรียนรู้ไปซึ่งการพัฒนาคุณภาพชีวิตไปพร้อมๆกัน สถาบันครอบครัวถือเป็นสถาบันที่ต้องอาศัยความรักและความเข้าใจกันในการค้าสังคมไทยให้ดีขึ้น แต่หากสถาบันครอบครัวถูกทำลายลงเพียงเพราะความต้องการทางเพศที่ไม่รู้จักพอของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจนำมาซึ่งความพินาศย่อยยับของบริบทสังคมก็เป็นได้ การยอมรับให้มีการค้าประเวณีอย่างเสรี อาจเป็นอีกหนึ่งกลไกที่มาทำลายระบบสถาบันครอบครัว เพราะอย่างที่กล่าวมาแล้วว่าความไว้นื้อเชื่อใจกันของคนสองคน อาจถูกทำลายลงเพราะความไม่รู้จักพอและแสวงหาความสุขของตนแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหากกฎหมายยังคงให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีที่ถูกต้อง ภัยร้ายในรูปแบบของการนอกใจ การหาคู่นอนเพิ่มใหม่ ๆ อย่างไม่รู้จักพอ อาจกลายมาเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการทำลายซึ่งระบบของสถาบันครอบครัวก็เป็นได้

5.6 ด้านภาพลักษณ์ของประเทศและการระหว่างประเทศ

หากประเทศไทยให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีที่ถูกต้อง ประเทศไทยอาจถูกมองในสายตาของต่างประเทศว่าเป็นศูนย์กลางในเรื่องการค้าประเวณี ประเทศไทยสามารถมีเช็กซ์ได้อย่างเสรีอะไรในลักษณะเช่นนี้ก็เป็นได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วอาจส่งผลเสียต่อหน้าตาของประเทศไทยในเวทีโลก ผู้ชายไทย หรือผู้หญิงไทยอาจถูกมองในภาพรวมว่ามีการค้าประเวณีกันอย่างเสรีและมีลักษณะที่เป็นในลักษณะนี้กันแทบทุกคนก็ได้สิ่งเหล่านี้อาจนำมาซึ่งการถูกคุกคามทางเพศจากสายตา และการกระทำของชาวต่างชาติที่มองมายังคนไทยก็เป็นได้ สิ่งเหล่านี้อาจส่งผลเสียต่อรูปแบบทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของชาติที่มีมาอย่างยาวนานก็เป็นได้

5.7 ด้านการท่องเที่ยว

หากประเทศไทยให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ประเทศไทยอาจถูกมองในสายตาของต่างชาติที่มาท่องเที่ยวในประเทศไทยว่าเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยวในเรื่องการค้าประเวณีเสรีก็ได้ โดยเฉพาะแหล่งท่องเที่ยวที่มีชื่อเสียงของประเทศไทยอย่างเช่น พัทยา บางแสน ภูเก็ต เชียงใหม่ เป็นต้น ภาพลักษณ์ของประเทศไทยด้านการท่องเที่ยวอาจถูกมองในแง่ลบจากการประกอบกิจกรรมในเรื่องเพศ ผู้ประกอบการอาจเอา โดยเฉพาะในเรื่องการแสดงออกอย่างเสรีในเรื่องเพศที่อาจส่งผลกระทบต่อหน้าตาของประเทศไทยด้านการท่องเที่ยวในสายตาของเวทีโลก โดยเฉพาะสถานที่ท่องเที่ยวทางวัฒนธรรม ทางโบราณสถาน อาจถูกมองในภาพรวมว่าเป็นแหล่งมั่วสุมทางเพศ ผู้ชายไทย หรือผู้หญิงไทยอาจถูกมองในภาพรวมจากนักท่องเที่ยวต่างชาติว่ามีการค้าประเวณีกันอย่างเสรีและมีลักษณะที่เป็นไปในแนวทางนี้กันแทบทุกคนก็ได้

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1445 “ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตนโดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น เมื่อได้บอกเลิกสัญญาหมั้นแล้วตาม มาตรา 1442 หรือ มาตรา 1443 แล้วแต่กรณี”

ได้ สิ่งเหล่านี้ก็น่าจะนำมาซึ่งการถูกคุกคามทางเพศจากสายตาของนักท่องเที่ยวต่างชาติ และการกระทำของชาวต่างชาติที่เข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทยที่มองมายังคนไทยก็เป็นได้ สิ่งเหล่านี้ก็อาจส่งผลเสียต่อการท่องเที่ยวทางธรรมชาติ ทางประวัติศาสตร์และการท่องเที่ยวทางวัฒนธรรมของชาติไทยที่มีมาอย่างยาวนานก็เป็นได้

5.8 ด้านเศรษฐกิจ

ทางด้านเศรษฐกิจนั้น หากประเทศไทยให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผลกระทบด้านลบที่ตามมาอาจจะไม่มากเท่ากับผลที่เกิดขึ้นในทางบวก เนื่องจากการที่ประเทศไทยให้การยอมรับภายใต้หลักการที่ถูกต้องในการให้การสนับสนุนการค้าประเวณีตามหลักสากล อาจจะส่งผลต่อภาพรวมในทางเศรษฐกิจในทางบวกด้านการลงทุนเสียมากกว่าทางลบ กล่าวคือ การลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศอาจจะหลั่งไหลเข้ามาอย่างมากมายมหาศาล ทั้งเรื่องการให้บริการและการซื้อบริการ อันเป็นการลงทุนรูปแบบหนึ่งของนักลงทุน สิ่งเหล่านั้นหากมองในแง่บวกก็จะเป็นผลดีกับประเทศไทยและระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยด้วย แต่อย่างไรก็ตามเงินที่หลั่งไหลเข้ามานั้นแม้จะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย แต่หากพิจารณาให้ตีเงินเหล่านั้นเป็นเงินที่เกิดจากการให้บริการอันผิดหลักศีลธรรมหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เงินเหล่านั้นเป็นเงินบาป เงินที่ได้มาจากการซื้อขายเนื้อตัวและร่างกายของมนุษย์ เพื่อเสพความสุขของใครบางคนเพียงชั่วครู่เท่านั้น แม้จะได้เงินเหล่านั้นมาอย่างถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม

5.9 ด้านปัญหาอาชญากรรมไม่ลดลงแต่อาจจะส่งผลให้มีการก่ออาชญากรรมเพิ่มขึ้น

หากมองว่าการที่ประเทศไทยให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้วหลายฝ่ายอาจมองว่าปัญหาอาชญากรรมทางด้านการข่มขืน หรืออาชญากรรมประเภทต่าง ๆ อาจลดลงแต่หากมองในมุมกลับกันแล้วปัญหาเหล่านี้ไม่ได้เกิดขึ้นจากการที่รัฐให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีให้ถูกต้องตามกฎหมายและถ้าหากจะมองว่าจะเป็นการลดปัญหาการข่มขืนกระทำชำเรายิ่งไม่ใช่เลย เพราะแม้การค้าประเวณีจะไม่ถูกกฎหมายในปัจจุบัน แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าจะไม่มีการขายบริการทางเพศเกิดขึ้น การขายบริการทางเพศก็ยังคงมีอยู่เหมือนเดิม เพียงแต่ไม่ถูกกฎหมายเท่านั้นเอง แล้วอีกประการ คนที่ก่ออาชญากรรมประเภทนี้ก็เชื่อว่ามีความสามารถในทางเศรษฐกิจที่จะซื้อบริการทางเพศได้ เพราะหากการค้าบริการทางเพศเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมาย อัตราค่าบริการก็เชื่อว่าราคาถูก ในทางตรงกันข้ามอาจเป็นการส่งเสริมให้มีการก่ออาชญากรรมทางเพศหรือปัญหาการถูกข่มขืนมากขึ้น หรือก่ออาชญากรรมเพื่อหาเงิน และนำเงินไปซื้อบริการทางเพศก็ได้ ดังนั้นหากมองว่าการที่ประเทศไทยให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้วหลายฝ่ายอาจมองว่าปัญหาอาชญากรรมทางด้านการข่มขืน และอาชญากรรมด้านอื่นๆจะลดลงจึงไม่ใช่แนวทางที่ถูกต้องเสมอไป

5.10 ด้านสุขภาพอนามัยและการควบคุมโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

หากมองว่าการที่ประเทศไทยให้การยอมรับและให้การสนับสนุนการค้าประเวณีให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว สิ่งตามมาและเป็นผลเสียอย่างหนึ่งก็คือ โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ และสุขภาพอนามัยต่าง ๆ ที่อาจจะก่อให้เกิดขึ้นอย่างแน่นอนหากรัฐไม่เข้ามาบริหารจัดการและควบคุมรูปแบบการเปลี่ยนคู่นอนโดยไม่มีวิธีป้องกันและเนื่องจากในปัจจุบันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์มีมากมาย บางโรคมลัทธิที่เป็นอันตรายถึงชีวิต หากไม่ได้รับการรักษาเยียวยาโดยเร็ว ดังนั้นหากไม่มีการดูแลและควบคุมอย่างเอาใจจริงเอาใจแล้ว สิ่งเหล่านี้ก็จะส่งผลเสียขึ้นกับสุขภาพและอนามัยของประชาชนคนไทย และอาจส่งผลต่อการสร้างพาหะนำโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่จะเกิดการระบาดในสังคมโดยรวมก็เป็นได้

6. แนวทางของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อป้องกันไปพร้อมกับการปราบปรามการค้าประเวณีในทุกรูปแบบต้องเกิดขึ้นอย่างจริงจัง พร้อมทั้งรัฐต้องหาทางเยียวยาแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายฉบับนั้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ โดยต้องไม่ยินยอมให้มีการค้าประเวณีไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งนั้น ประกอบกับรัฐต้องมีบทลงโทษสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องการดังกล่าวอย่างชัดเจน โดยต้องมีการสร้างมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันไม่ให้มีการค้าประเวณีดำเนินไปอย่างเปิดเผยไม่ใช่รัฐหาทางที่จะปราบปรามแต่เพียงอย่างเดียว เพราะหากการค้าประเวณีมีลักษณะเป็นที่น่าอับอายและส่งผลเสียต่อภาพลักษณ์ของประเทศด้านการท่องเที่ยว รวมทั้งอาจเป็นที่เดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะและประชาชนโดยส่วนร่วม โดยรัฐต้องมีการกำหนดให้ชัดเจนเรื่องการออกใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาตประกอบการและการกำหนดพื้นที่ของการให้บริการของสถานบันเทิงที่อาจนำไปสู่การค้าประเวณี (Zoning Area) ในประเด็นนี้ควรนำหลักเกณฑ์ของการขอตั้งสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการมาใช้ ประกอบกับสถานบริการและสถานบันเทิงในลักษณะดังกล่าวต้องไม่อยู่ใกล้ชีวิต สถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา โรงเรียน หรือสถานศึกษา โรงพยาบาล สถานพยาบาลที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน สโมสรเยาวชน หรือหอพักตามกฎหมายว่าด้วยหอพัก ในขนาดที่เห็นได้ว่าจะก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่สถานที่ดังกล่าว และต้องไม่อยู่ในย่านที่ประชาชนอยู่อาศัย อันจะก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนผู้อยู่อาศัยใกล้เคียง การกำหนดรูปแบบ การตรวจรักษาสุขภาพอนามัย และการควบคุมโรค การจัดเก็บภาษีเงินได้จากผู้ประกอบการสถานบันเทิงและสถานบริการที่มีลักษณะล่อแหลมต่อการค้าประเวณี ประกอบกับการทำความเข้าใจความตกลงซื้อขายบริการเพื่อร่วมประเวณีแล้ว แม้มีข้อเสนอของถูกต้องตรงกันก็ไม่อาจมีผลบังคับตามกฎหมายได้เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องห้ามตามกฎหมายสัญญานั้นตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ถ้าการค้าประเวณีไม่ใช่สิ่งผิดกฎหมายเท่ากับว่าหากมีการเจรจาตกลงกันเพื่อร่วมประเวณีกันแล้วผิดข้อตกลง คู่สัญญาย่อมใช้ช่องทางของกฎหมายบังคับให้มีการร่วมประเวณีได้อย่างนั้นหรือและในเรื่องของกฎหมายครอบครัว หากชายหรือหญิงที่มีคู่สมรสถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ได้ใช้บริการทางประเวณี อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พึงประสงค์จะใช้ชีวิตคู่ด้วยต่อไป จะสามารถยกการกระทำของคู่สมรสนั้นเป็นเหตุในการฟ้องหย่าได้

ดังนั้นรัฐต้องเอาใจจริงเอาใจกับการหาแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ โดยเฉพาะการสร้างอาชีพให้กับประชากรได้ตระหนักรู้ถึงโทษที่อาจเกิดขึ้นจากการร่วมประเวณีและวัฒนธรรมของการเปลี่ยนคู่นอน รัฐควรสร้างมาตรการในการป้องกัน โดยกระทำในลักษณะที่เรียกว่าการให้การศึกษา และความรู้อยู่เกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการค้าประเวณีที่ถูกกฎหมาย คนไทยต้องรู้ถึงโทษของการเปลี่ยนคู่นอนว่าไม่ใช่วัฒนธรรมที่ถูกต้องและอาจนำมาซึ่งการทำลายระบบสถาบันครอบครัว และภัยร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากการเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ รัฐต้องสร้างอาชีพและหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ เพราะต้นเหตุที่สำคัญของการค้าประเวณีคือ ความจน ความไม่มีอาชีพที่จะหาเลี้ยงตนเองได้ หรือความไม่รู้จักพอของผู้ชายและผู้ซื้อ นี่คือการต้นสายปลายเหตุของการค้าประเวณี รัฐต้องสร้างวัฒนธรรมในการดำรงไว้ซึ่งความรักและความเคารพสิทธิของผู้อื่น โดยเฉพาะความซื่อสัตย์ต่อคู่สมรสของตน ความรักเดียวใจเดียว ความรักครอบครัว และต้องให้ความรู้แก่วัยรุ่นในการรู้ถึงพิษภัยของโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ รัฐต้องสร้างแนวทางในการป้องกันการการค้าประเวณี มากกว่าการออกกฎหมายเพื่อปราบปราม รัฐต้องตัดวงจรของการค้าประเวณี กล่าวคือ เมื่อไม่มีผู้ซื้อ ก็ย่อมไม่มีผู้ขาย และในทางกลับกัน เมื่อไม่มีผู้ขายก็ย่อมไม่มีผู้ซื้อ

7. ข้อเสนอพิจารณาแก่รัฐเพื่อการสร้างอาชีพใหม่ที่มั่นคง มั่งคั่ง และยั่งยืนให้แก่ผู้ประกอบการอาชีพค้าประเวณีและการขายบริการทางเพศ

การที่รัฐได้ออกกฎหมายในการปราบปรามการค้าประเวณีขึ้น คือพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 จากเนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ หากพิจารณาดีๆ จะพบว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวมีเพียงมาตรการในการปราบปราม แต่รัฐกลับไม่หาแนวทางในการป้องกัน หรือเยียวยาผู้ที่ประกอบอาชีพค้าประเวณี ทั้งๆที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายคือ “ป้องกันและปราบปรามและหาทางเยียวยา” ให้กับผู้ประกอบการอาชีพดังกล่าว เพราะหากพิจารณาให้ดีแล้ว รัฐควรจะหาแนวทางในการป้องกันไม่ให้ประชาชนเข้าใจผิดคิดว่าการหาเงินหาได้แต่เพียงวิธีนี้วิธีเดียว การขายเนื้อตัวและร่างกายเพื่อบำเรออารมณ์ของผู้อื่นไม่ใช่วิธีหาเงินที่ถูกต้อง รัฐควรจะเข้าใจความรู้สึกของประชาชนอย่างแท้จริงว่าไม่มีใครอยากจะทำอาชีพในลักษณะนี้ เพียงแต่เหตุผลที่ทำให้ไปเพราะความจน ความขัดสน หรือความต้องการทางเพศที่ไม่รู้จักพอ ดังนั้น รัฐจึงควรกลับมาพิจารณาให้ดีว่า แนวทางที่รัฐกำลังหาทางแก้ไข รัฐทำถูกหรือไม่ เพราะการแก้ไข ไม่ใช่การทำให้อาชีพดังกล่าวเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมาย เพราะนั่นคือการแก้ไขที่ปลายเหตุ รัฐควรจะแก้ปัญหามาจากต้นเหตุของปัญหา รัฐควรเข้ามาทำความเข้าใจกับผู้ที่ประกอบอาชีพเหล่านี้อย่างจริงจัง มากกว่าสร้างกฎหมายปราบปรามอย่างจริงจัง และสร้างอาชีพใหม่ให้แก่พวกเขาเหล่านี้ โดยการออกเป็นกฎหมายฟื้นฟูและเยียวยาเพื่อป้องกันปัญหาการค้าประเวณีไม่ให้เกิดขึ้น มากกว่าการที่รัฐจะใช้มาตรการในการลงโทษโดยการปราบปราม เพื่อพัฒนากฎหมายดังกล่าวของไทย ให้มั่นคง มั่งคั่งและยั่งยืนต่อไป

การสร้างสังคมแห่งการเรียนรู้คู่กับการปลูกฝังคุณธรรม รัฐจะต้องสร้างอาชีพที่เป็นมากกว่าการค้าประเวณี การสอนให้ประชากรของรัฐมีอาชีพที่มั่นคงและสุจริต โดยรัฐอาจจะสร้างโรงเรียนบ่มเพาะวิชาชีพให้แก่ผู้ที่ค้าประเวณีให้หันมาทำงานที่ถูกต้องและสุจริตตามความสามารถของตน กวนขันวินัยของข้าราชการที่เกี่ยวข้องไม่ให้ไปแสวงหาประโยชน์จากการประกอบธุรกิจค้าประเวณีในรูปแบบนี้ แนวทางที่รัฐจะสามารถนำมาปรับใช้ได้ คือ การสร้างอาชีพและการสร้างรายได้ให้เกิดขึ้นโดยวิธีการอื่นที่ได้ผลประโยชน์ไม่ต่างอะไรจากการค้าประเวณี รัฐต้องไม่แก้ไขปัญหาค่าที่ปลายเหตุ แต่ต้องแก้ปัญหานี้ที่ต้นเหตุ การสร้างโรงเรียนฝึกอาชีพ การสร้างพื้นที่ให้ประชากรในรัฐได้หารายได้ ไม่ว่าจะเป็น การค้าขาย การสอนธุรกิจเสริมสวย การทำอาชีพอื่นๆที่หารายได้และถูกต้องอีกมากมายหรือ การประกอบธุรกิจ หรือให้การศึกษาที่ถูกต้อง อันเป็นแนวทางที่รัฐควรนำมาปรับใช้ โดยเฉพาะการนำศาสตร์พระราชาราชของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชบรมนาถบพิตร (รัชกาลที่ 9) มาเป็นแนวทางของการพัฒนาและแก้ไขปัญหาโสเภณีล้นเมือง หรือปัญหาค้าบริการทางเพศที่ผิดกฎหมายด้วยการสร้างอาชีพที่ติงามและก่อให้เกิดรายได้ที่มั่นคง มั่งคั่งและยั่งยืน การสร้างรายได้โดยอาศัยเศรษฐกิจพอเพียงมาเป็นแนวทางในการลดปัญหาความเหลื่อมล้ำและวัตถุนิยมในสังคม และความยากได้ยากมีจนทำให้ตนเองต้องหาทางในการแสวงหาเงินโดยวิธีที่ไม่ถูกต้อง สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นหน้าที่ของรัฐบาลทั้งสิ้น ในการดำเนินการปลูกฝังจิตสำนึกรักบ้านเกิด และการนำศาสตร์พระราชาราช มาปรับใช้และแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้อย่างดีเยี่ยมและเป็นแนวทางในการพัฒนาที่ดีที่สุด ประกอบกับท้ายที่สุดรัฐต้องการสร้างกฎหมายกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนจะเกิดขึ้นในสังคมไทยอย่างแน่นอน

บทสรุป

ปัญหาการค้าประเวณีเป็นปัญหาที่รัฐควรจะดำเนินการแก้ไขอย่างเป็นจริงเป็นจัง รัฐจะต้องไม่แก้ไขปัญหาจากปลายเหตุโดยการนำสิ่งที่ไม่ชอบธรรมให้กลายเป็นสิ่งที่มีความชอบธรรม รัฐต้องอาศัยบริบทของการศึกษาประกอบการการสร้างกฎหมายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนมากกว่า การเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาจากปลายเหตุ การค้าประเวณีไม่ใช่ปัญหาใหญ่แต่เป็นปัญหาสำคัญที่รัฐควรจะนำมาตรการในทางกฎหมายมาเพื่อป้องกันไม่ให้นำมาตรการทางกฎหมายมาเพื่อปราบปราม โดยเฉพาะการบูรณาการข้ามศาสตร์ที่รัฐจะต้องนำมาพัฒนา รูปแบบของกฎหมายให้เกิดความเป็นไปทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ รัฐจะต้องศึกษาถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นในระยะยาวหากรัฐยอมรับให้มีการขึ้นทะเบียนโสเภณี และการยอมรับว่าการค้าประเวณีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะปัญหาทั้ง 10 ด้านที่ได้กล่าวมาข้างต้น รัฐต้องตอบใจให้ได้ว่าสิ่งที่รัฐกำลังจะทำนั้นมีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใดในการแก้ไขปัญหาและการเยียวยาต่อบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ รัฐต้องไม่มองแต่จะยกย่องและช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพค้าประเวณี แต่รัฐต้องมองถึงผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการออกกฎหมายเพื่อยอมรับการค้าประเวณีเป็นอาชีพที่ถูกกฎหมายด้วย สถาบันครอบครัวเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องแสดงออกซึ่งแนวทางการพัฒนาร่วมกันกับบริบทของกฎหมาย การเข้ามามีบทบาทของภาคสังคม กลุ่มที่ได้รับผลประโยชน์และกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบจากการยอมรับเหล่านี้จะต้องเข้ามามีบทบาทในการพูดคุยและแสดงออกซึ่งความคิดเห็นเพื่อที่จะสร้างความปรองดองให้เกิดขึ้นพร้อมกับการพัฒนาที่รัฐมีความประสงค์จะแก้ไขปัญหานั้น ๆ

ความตระหนักรู้และการนำแนวทางของชุมชนและส่วนรวมมาเป็นเครื่องมือที่ชี้แนะแนวทางในการพัฒนาอย่างยั่งยืน การรับฟังความเห็นและการเรียนรู้ ประกอบกับการสร้างอาชีพที่ถูกต้องตามหลักศีลธรรม รัฐต้องสอนวิธีการประกอบอาชีพที่มีได้มุ่งเน้นต่อรายได้ รัฐต้องสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสถานะทางเศรษฐกิจของสังคม การพึงพาประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะต้องพยายามในการแสวงหาให้เกิดขึ้น รัฐต้องยอมรับในกระแสของสังคม ทั้งกระแสหลักและกระแสรอง พร้อมกับหาแนวทางในการออกกฎหมายที่เป็นไปในทางที่ก่อให้เกิดผลดีมากกว่าผลเสีย รัฐต้องมีจุดยืนที่สร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นกับแนวทางในการออกกฎหมายเพื่อให้ตอบสนองกับแนวทางของคนส่วนใหญ่ แต่ก็ไม่ได้ทอดทิ้งความเห็นของคนส่วนน้อย ท้ายที่สุดนี้ รัฐต้องสอนให้ประชาชนตระหนักรู้ถึงการแก้ไขปัญหาย่างจริงจัง และรัฐเองก็จะต้องมีความจริงจังในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมานี้ด้วย การนำศาสตร์พระราชากับการพัฒนาที่ยั่งยืนมาเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายจึงเป็นทางออกที่ดีที่สุด และสิ่งเหล่านี้จะกลายเป็นเป้าหมายที่รัฐจะได้รับจากการพัฒนาที่ยั่งยืนและเป็นรูปธรรม หากรัฐทำสำเร็จ ปัญหาการค้าประเวณีก็จะหมดไปจากสังคมไทย โดยเฉพาะการตัดวงจร “ไม่มีผู้ซื้อ หากไม่มีผู้ขาย ไม่มีผู้ขายก็ย่อมไม่มีผู้ซื้อ” มาเป็นโมเดลในการแก้ไขปัญหา เพื่อให้ประเทศอื่นได้ศึกษาเป็นแบบอย่าง ท้ายที่สุดนี้ การเข้าใกล้กฎหมายโดยนำกฎหมายมาเป็นเพียงเพื่อการค้นหาทางออกร่วมกันระหว่างผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายก็จะสามารถกระทำได้ อันเป้าหมายสูงสุดในการพัฒนาประเทศของรัฐ และจะมีความเป็นไปได้อย่างยิ่ง

บรรณานุกรม

หนังสือ

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560)

รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา และบุตร.
(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555)

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2546)

บทความวารสาร

สมเดช รุ่งศรีสวัสดิ์. “การขายบริการทางเพศของวัยรุ่นไทยบนสื่ออินเทอร์เน็ต” วารสารสมาคมนักวิจัย ปีที่ 19 ฉบับที่ 1 (มกราคม - เมษายน 2557) : 60

วิทยานิพนธ์

จิรศักดิ์ เรืองบุญ. “ปัญหาการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการทางเพศในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

นิธ เอียวศรีวงศ์. “โสเภณีในมุมมองกว้าง โดย นิธ เอียวศรีวงศ์” จาก http://www.matichon.co.th/columnist/news_484348, 17 กรกฎาคม 2561

พระมหาสมบรูณ์ วุฑฒิโกโร. “พุทธจริยศาสตร์กับปัญหาโสเภณี” จาก http://mcu.ac.th/site/articlacontent_desc.php?article_id=434&articlegroup_id=102, 20 กรกฎาคม 2561

โสภณ พรโชคชัย. “โสเภณีถูกกฎหมาย ช่วยปราบทุจริต รักษาศีลธรรม” จาก <http://prachatai.com/journal/2014/05/53086>, 17 กรกฎาคม 2561

เอกสารอื่น ๆ

พงษ์ธร สำราญ. รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าประเวณีในสถานบริการอาบ อบ นวด มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย พ.ศ. 2549

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รายงานความคืบหน้าของคณะกรรมการสืบสานศาสตร์พระราชาสภา
ขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ เรื่อง “การขับเคลื่อนสืบสานศาสตร์พระราชาสภา” 2560

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอนที่ 40 ก, (6 เมษายน 2560)

พระราชบัญญัติป้องกันและและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 113, ตอนที่ 55 ก, (22 ตุลาคม 2539)

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 88, ตอนที่ 626, (4 ตุลาคม 2509)

มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซีนของโรงงานอุตสาหกรรม

Control Measures of Benzene Usage for the Industry

นฤมล เสกธีระ*

บทคัดย่อ

สารเบนซีนเป็นสารเคมีที่มีประโยชน์มากในการผลิตสินค้าอุตสาหกรรมสำคัญหลายอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมเกี่ยวกับการทำเคมีภัณฑ์ สารเคมี หรือวัตถุเคมี ซึ่งมีใช้ปุ๋ย อุตสาหกรรมเกี่ยวกับการผลิตเรซินสังเคราะห์ ยางอีลาสโตเมอร์ พลาสติก หรือเส้นใยสังเคราะห์ซึ่งมีใช้ไปทั่ว เป็นต้น แต่ในขณะเดียวกันสารเบนซีนก็เป็นสารก่อมะเร็งด้วย ดังนั้น องค์การแรงงานระหว่างประเทศ และประเทศอุตสาหกรรมสำคัญจึงมีการตรากฎหมายควบคุมการอนุญาตตั้งโรงงาน ควบคุมการใช้สารเบนซีนในขณะประกอบกิจการ มาตรการดูแลสุขอนามัยของลูกจ้างให้ได้รับความปลอดภัยในการทำงาน การจัดให้มีการตรวจสุขภาพของลูกจ้างก่อนและขณะปฏิบัติงาน รวมถึงกำหนดมาตรฐานควบคุมการปล่อยสารเบนซีนสู่บรรยากาศสิ่งแวดล้อม แม้ว่าระดับการควบคุมการใช้สารเบนซีนของประเทศไทยมีความทัดเทียมกับมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ และประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกชั้นนำ แต่ยังสามารถปรับปรุงกฎหมายไทยให้ควบคุมการใช้สารเบนซีน ให้มีผลเสียน้อยลงต่อสิ่งแวดล้อม และส่งเสริมให้มีการคุ้มครองปกป้องสุขภาพของลูกจ้างให้ดีขึ้นกว่าระดับในปัจจุบันได้อีก

คำสำคัญ : สารเบนซีน, โรงงานอุตสาหกรรม, มาตรการควบคุม

Abstract

Benzene is a very useful chemical substance in various important industrial products such as chemical substance, which is non-fertilizer industries and synthetic resins, or elastomer plastic or polyester industries that not glass fiber industries. In the same time, benzene is a carcinogen. The International Labour Organization and the major industrial countries also enacted the laws which governing industry permission, controlling the use of benzene in the business operations, taking health care measures of employees to get safety in work, providing health check of employees both before and during work. It also regulated the emission of benzene to the atmosphere and environment. Although the level of benzene usage control in Thailand is comparable to the International Labour Organization and leading western industrialized countries,

*นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปัจจุบันกำลังศึกษาต่อปริญญาเอกที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร

but the improvement is possible. The Improvement of Thailand's regulations should aim to reduce the environmental impact and give more protection for the employee health.

Keywords : Benzene, Industry, Control Measures

1. บทนำ

ในปัจจุบันมีการนำสารเบนซีน (Benzene) อันเป็นสารก่อมะเร็งมาใช้ในโรงงานอุตสาหกรรมต่าง ๆ ดังนั้น การดูแลลูกจ้างให้ได้รับความปลอดภัยในสุขภาพจากการทำงานอันเนื่องมาจากการใช้สารเบนซีน จึงเป็นสิ่งสำคัญที่นายจ้างจะต้องคำนึงถึง เพราะหากลูกจ้างเจ็บป่วยเท่ากับเป็นการสูญเสียแรงงานและเศรษฐกิจของประเทศ การมีมาตรการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศการทำงานและมาตรการควบคุมอื่นๆที่ดีพอ จะเป็นการป้องกันการเจ็บป่วยด้วยโรคจากการทำงานของลูกจ้าง นอกจากนั้นแล้ว สารเบนซีนยังเป็นพิษต่อสิ่งแวดล้อมนอกโรงงานอุตสาหกรรม หากเจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมไม่มีการควบคุมการปล่อยสารเบนซีนจากกระบวนการผลิตสู่บรรยากาศภายนอกโรงงานอุตสาหกรรมหรือไม่มีการควบคุมที่ดีพออันก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศสู่ประชาชนและบรรยากาศสิ่งแวดล้อมนอกโรงงานอุตสาหกรรม ดังนั้นการมีมาตรการป้องกันการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อมไม่ให้เกิดเกินกว่าค่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนด จะเป็นการป้องกันผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อมได้ เพื่อให้เกิดความกระจ่างยิ่งขึ้น ผู้เขียนขออธิบายถึง มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซีนของโรงงานอุตสาหกรรมในส่วนของมาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ มาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (Occupational Safety and Health) และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น รวมถึงกฎหมายของประเทศไทย

2. มาตรการควบคุมก่อนการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม

มาตรการควบคุมก่อนการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม เป็นมาตรการกำหนดให้โรงงานที่ใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตต้องมีการขออนุญาตตั้งโรงงาน เป็นเงื่อนไขก่อนอนุญาตประกอบกิจการและต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะประกอบกิจการได้ จากการศึกษาพบว่า ไม่มีมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (Occupational Safety and Health) และมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งกล่าวถึงมาตรการกำหนดให้โรงงานที่มีการใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตต้องมีมาตรการขออนุญาตประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม กล่าวคือ การกำหนดเงื่อนไขก่อนประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม เพื่อตรวจสอบความพร้อมในการป้องกันมลพิษ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้โรงงานที่มีการใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตต้องมีมาตรการควบคุมก่อนประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม แต่มีกฎหมายทั่วไปกำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งโรงงาน ได้แก่ กฎหมายอากาศสะอาด ค.ศ. 1963 (Clean Air Act 1963) ดังนั้นโรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้สารเบนซีนใน

กระบวนการผลิตต้องมีการขออนุญาตตั้งโรงงานตามกฎหมายนี้ ภายใต้กฎหมายอากาศสะอาด ค.ศ.1963 (Clean Air Act 1963) ให้อำนาจองค์การพิทักษ์สิ่งแวดล้อม (Environmental Protection Agency : EPA) กำหนดเงื่อนไขอันเป็นการขออนุญาตก่อนที่โรงงานจะประกอบกิจการ อันเป็นเงื่อนไขก่อนการขออนุญาตตั้งโรงงาน ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวต้องพิจารณาว่าการระบายสารเบนซินสู่บรรยากาศของโรงงานจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือคุณภาพสิ่งแวดล้อม และปริมาณของสารเบนซินที่ถูกระบายออกต้องอยู่ในระดับต่ำที่สุดเท่าที่สามารถบำบัดได้¹ ประเทศอังกฤษ มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งโรงงาน สำหรับโรงงานอุตสาหกรรมที่มีการใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิต ได้แก่กฎข้อบังคับการควบคุมมลพิษภาคอุตสาหกรรม(การจดทะเบียนกิจการ) ค.ศ. 1989 (The Control of Industrial Air Pollution (Registration of Works) Regulations 1989) ประกอบกับกฎข้อบังคับเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัย (การระบายออกจากแหล่งกำเนิดสู่บรรยากาศ) ค.ศ.1983 (The Health and Safety (Emissions into the Atmosphere) Regulation 1983) กำหนดเงื่อนไขก่อนอนุญาตประกอบกิจการ คือผู้ที่ประสงค์ประกอบกิจการเกี่ยวกับงานที่ใช้สารเบนซินจะต้องบรรยายเป็นหนังสือโดยละเอียดถึงสารเบนซินที่ปล่อยออกสู่บรรยากาศและการจำกัดปริมาณสารเบนซินดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง (Secretary of State)² ประเทศญี่ปุ่น ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งโรงงาน สำหรับโรงงานอุตสาหกรรมที่มีการใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิต แต่มีกฎหมายทั่วไปกำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งโรงงาน ได้แก่พระราชบัญญัติการประเมินค่าสารเคมีและกฎข้อบังคับต่าง ๆ ของการผลิตและอื่นๆ ค.ศ.1973 (Act of the Evaluation of Chemical Substances and Regulation of Their Manufacture, etc.1973) กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่ใช้สารเคมีประเภทที่ 1 อันเป็นสารเคมีก่ออันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม ซึ่งสารเบนซินเป็นสารเคมีที่ก่ออันตรายดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตก่อนประกอบกิจการ โดยผู้ประกอบกิจการจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ, การค้า และอุตสาหกรรม โดยต้องบรรยายเป็นหนังสือโดยละเอียดถึงโครงสร้างและความสามารถในการอุปโภคการผลิต โดยอุปกรณ์ดังกล่าวต้องมีมาตรฐานทางเทคนิคโดยเฉพาะในการป้องกันมลพิษ ได้แก่การป้องกันและการตรวจวัดการแพร่กระจายสู่สิ่งแวดล้อมจึงจะได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรี³ ประเทศไทย มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งโรงงาน สำหรับโรงงานอุตสาหกรรมที่มีการใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิต ได้แก่พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 และประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2542 และประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2552 กำหนดให้ผู้ที่จะประสงค์ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 โรงงานอุตสาหกรรมเคมี อันได้แก่โรงงานลำดับที่ 42 และโรงงานลำดับที่ 44ที่ใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิต จะต้องมีการขออนุญาตตั้งโรงงานและต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ โดยโรงงาน

¹G. William Frick, Air Pollution Control in Environment law handbook, (7th ed.,) p.146.

²The Control of Industrial Air Pollution (Registration of Works) Regulations 1989, regulation 3(f)(g)(i), regulation 7(1)(h)(i), The Health and Safety (Emissions into the Atmosphere) Regulations 1983, regulation 2(3), schedule 1 Benzene works.

³Act on the Evaluation of Chemical Substances and Regulation of Their Manufacture, etc., 1973, article 1, article 2(2)(i)(b)(1)(2), article 6, article 9(ii), article 10, article 15(1).

อุตสาหกรรมดังกล่าวจะต้องมีมาตรฐานที่สามารถทำให้ความเสี่ยงของการก่อให้เกิดอันตรายจากผลกระทบของการใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิตอยู่ในระดับที่ยอมรับได้ ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องจัดทำมาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงานเพื่อป้องกันและควบคุม บรรเทาหรือลดความเสี่ยงจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการ⁴

3. มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซินของโรงงานอุตสาหกรรม

มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซินของโรงงานอุตสาหกรรม เป็นมาตรการควบคุมขณะประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม ได้แก่มาตรการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของลูกจ้าง ประชาชนและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจากใช้สารเบนซินของโรงงานอุตสาหกรรม มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซินของโรงงานอุตสาหกรรม มีดังนี้

3.1 การควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซินในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม

การควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซินในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม จากการศึกษาพบว่า ไม่มีมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (Occupational Safety and Health) และมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งกล่าวถึงมาตรการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซินในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายเฉพาะกำหนดค่ามาตรฐานสารเบนซินที่ปล่อยออกจากแหล่งกำเนิด ได้แก่กฎหมายอากาศสะอาด ค.ศ.1963 (Clean Air Act 1963) ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ องค์การพิทักษ์สิ่งแวดล้อม (Environmental Protection Agency : EPA) กำหนดค่ามาตรฐานคุณภาพอากาศแห่งชาติที่ระบายออกจากแหล่งกำเนิดสำหรับมลพิษทางอากาศที่เป็นอันตราย (National Emission Standards for Hazardous Air Pollutant : (NESHAPs)) ซึ่งกำหนดให้สารเบนซินเป็นมลพิษทางอากาศที่ปล่อยออกจากแหล่งกำเนิด (Source of Air Pollution Emission) โดยอยู่ภายใต้มาตรา 112 แห่งกฎหมายอากาศสะอาด ค.ศ.1963 (Clean Air Act 1963) กำหนดมาตรฐานการลดการปล่อยมลพิษทางอากาศจากแหล่งกำเนิดมลพิษ อันได้แก่โรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิต ต้องปล่อยสารเบนซินจากโรงงานไม่เกิน 10 มิลลิกรัมต่อปี⁵ ประเทศอังกฤษ ภายใต้พระราชบัญญัติอากาศสะอาด ค.ศ.1993

⁴พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 44, (วันที่ 9 เมษายน 2535), มาตรา 7, มาตรา 8 (8), กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 108, (วันที่ 16 ตุลาคม 2535), ข้อ 18, ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 117 ตอนที่พิเศษ 6 ง, (วันที่ 19 มกราคม 2543), ข้อ 1 และประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2552, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 126 ตอนที่พิเศษ 143 ง, (วันที่ 30 กันยายน 2552), บัญชีท้ายประกาศโรงงานลำดับที่ 42 โรงงานประกอบกิจการเกี่ยวกับเคมีภัณฑ์ สารเคมี หรือวัตถุเคมี ซึ่งมีใช้อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้ (1) การทำเคมีภัณฑ์ สารเคมี หรือวัตถุเคมี (2) การเก็บรักษา ลำเลียง แยก คัดเลือก หรือแบ่งบรรจุเฉพาะเคมีภัณฑ์อันตราย และโรงงานลำดับที่ 44 โรงงานประกอบกิจการเกี่ยวกับการผลิตเรซินสังเคราะห์ ยางอีลาสโตเมอร์ พลาสติก หรือเส้นใยสังเคราะห์ซึ่งมิใช่ใยแก้ว ‘ บัญชีประเภทโรงงานอุตสาหกรรม จำแนกตามกฎกระทรวง (พ . ศ . 2 5 3 5) ’ , <http://www.diw.go.th/hawk/data/factype.html> accessed 2 May 2018.

⁵ Clean Air Act 1963, section 112 ประกอบกับ National Emission Standards for Hazardous Air Pollutants (NESHAPs) โปรดดู Subpart FF-National Emission Standard for Benzene Waste Operations,

(Clean Air Act 1993) ไม่มีบทบัญญัติกำหนดการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม แต่เป็นการกำหนดไม่ให้มีควันดำปล่อยออกจากโรงงานอุตสาหกรรม ถ้าหากปล่อยควันดำจากการเผาไหม้วัตถุติดจากโรงงานอุตสาหกรรมโดยไม่ได้รับอนุญาตผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมจะมีความผิดตามกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับสารเบนซีนได้ เพราะภายใต้พระราชบัญญัตินี้มีมาตรฐานควบคุมการระบายอากาศเสียโดยกำหนดให้ผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมต้องจัดทำบันทึกการตรวจวัดไอระเหยที่ออกจากเตาโรงงานอุตสาหกรรม ต้องมีอัตราการเผาไหม้น้อยกว่า 8.21 เมกวัตต์ อันเป็นการควบคุมการปล่อยไอระเหยออกจากแหล่งกำเนิดมลพิษ⁶ แม้ในพระราชบัญญัติอากาศสะอาด ค.ศ.1993 (Clean Air Act 1993) ไม่มีบทบัญญัติกำหนดการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อมก็ตาม แต่มีการกำหนดการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อมในพระราชบัญญัติสิ่งแวดล้อม ค.ศ.1995 (Environment Act 1995)กำหนดให้สารเบนซีนต้องมีค่ามาตรฐานการปล่อยสู่บรรยากาศสิ่งแวดล้อมไม่เกิน 5ppb.⁷ ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายเฉพาะกำหนดค่ามาตรฐานสารเบนซีนที่ปล่อยออกจากแหล่งกำเนิด ได้แก่พระราชบัญญัติควบคุมมลพิษทางอากาศ ค.ศ.1968 (Air Pollution Control Act 1968) ภายใต้พระราชบัญญัตินี้มีการกำหนดนิยามของมลพิษทางอากาศที่เป็นอันตราย (Hazardous Air Pollutants) หมายความว่ามลพิษทางอากาศที่มีผลต่อสุขภาพของมนุษย์หากมีการสัมผัสในระยะเวลาที่นานมากกว่าเขม่าและควันและรวมถึงฝุ่นละอองที่มีขนาดเล็กมาก⁸ ในปีค.ศ.1997 มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยต้องมีการตรวจวัดมลพิษทางอากาศที่เป็นอันตราย (Hazardous Air Pollutants) กำหนดให้มีสาร 22 ชนิดที่ถือว่าเป็นมลพิษทางอากาศที่เป็นอันตราย ซึ่งสารเบนซีนถูกกำหนดในลำดับที่ 18 โดยจะต้องปกป้องสภาพบรรยากาศ (Atmospheric Environment) จากการปล่อยของสารเบนซีนต่อปีต้องมีค่าไม่เกิน 0.003 mg/m³ ต่อปี และต้องมีการตรวจวัดสารเบนซีนเพื่อควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด⁹ ประเทศไทย ภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้ออกประกาศคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ฉบับที่ 30 เรื่อง กำหนดมาตรฐานค่าสารอินทรีย์ระเหยง่ายในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 1 ปี กำหนดให้สารเบนซีนในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 1 ปี ต้องมีค่าไม่เกิน 1.7 ไมโครกรัมต่อลูกบาศก์เมตร นอกจากนี้กรมควบคุมมลพิษ ได้ออกประกาศกำหนดให้สารเบนซีน จะต้องมีความไม่เกินมาตรฐานตามที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ฉบับที่ 30 (พ.ศ.2550) เรื่องกำหนดมาตรฐานค่าสารอินทรีย์ระเหยง่ายใน

[http://www.gpo.gov./fdsys/pkg/CFR-2015-title40-vol9/pdf/CFR-2015 title 40-vol9-part61-subpart FF](http://www.gpo.gov./fdsys/pkg/CFR-2015-title40-vol9/pdf/CFR-2015%20title%2040-vol9-part61-subpart%20FF) accessed 27 April 2018.

⁶ Clean Air Act 1993, section 5(2)(3), section 10(2), section 47(1)(a).

⁷ Environment Act 1995, section 80(1)(5),The UK National Air Quality Strategy, <http://www.air-quality.org.uk/20.php> accessed 2 May 2018.

⁸ Air Pollution Control Act 1968, article 2.

⁹ Masanori Kida, Countermeasures on chemical substances in Japan by Air Pollution Control Law (Power Point) and Environmental Quality Standards in Japan – Air Quality, <http://www.env.go.jp/en/air/qa/qa.html> accessed 17 April 2018.

บรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 1 ปี โดยประกาศกรมควบคุมมลพิษ กำหนดให้สารเบนซีน มีค่าเฝ้าระวังสารเบนซีน ในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 24 ชั่วโมง มีค่ามาตรฐานไม่เกิน 7.6 ไมโครกรัมต่อลูกบาศก์เมตร¹⁰

การจะทำให้มาตรฐานคุณภาพอากาศในบรรยากาศโดยทั่วไปตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 และกฎหมายลำดับรองที่ผู้เขียนกล่าวไว้ข้างต้น เป็นเป้าหมายระดับคุณภาพอากาศที่ต้องการ (Air Quality Goals) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดมาตรฐานควบคุมความเข้มข้นของการปล่อยมลพิษจากแหล่งกำเนิด ในที่นี้คือการควบคุมการปล่อยทั้งสารเบนซีนออกจากโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่มีการใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิต ตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป โดยมีการกำหนดมาตรฐานควบคุมความเข้มข้นของการปล่อยทั้งสารเบนซีนจากโรงงานอุตสาหกรรมเคมีดังกล่าว ต้องมีค่าไม่เกิน 7 มิลลิกรัมต่อลูกบาศก์เมตร¹¹

มาตรฐานควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิดสำหรับการปล่อยทั้งอากาศเสียตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 จะมีผลบังคับใช้สมบูรณ์ต้องไปกำหนดประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษที่จะต้องถูกควบคุมการปล่อยทั้งอากาศเสียและกำหนดหน้าที่ของเจ้าของหรือผู้ครอบครองประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษดังกล่าวต้องมีหน้าที่ติดตั้ง หรือจัดให้มีระบบบำบัดอากาศเสีย อุปกรณ์ หรือเครื่องมืออื่นใดในการควบคุม กำจัด ลด หรือขจัดมลพิษซึ่งอาจมีผลกระทบต่อคุณภาพอากาศ อันเป็นหลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle : PPP) กล่าวคือ โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่ใช้สารเบนซีนตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป เป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่จะต้องถูกควบคุมการปล่อยทั้งสารเบนซีนออกสู่บรรยากาศ โดยเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษดังกล่าวต้องปล่อยทั้งสารเบนซีนสู่บรรยากาศ ไม่เกิน 7 มิลลิกรัมต่อลูกบาศก์เมตร¹²

3.2 การควบคุมการไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศการทำงาน

การควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศการทำงาน คือการกำหนดปริมาณความเข้มข้นของสารเบนซีนในบรรยากาศการทำงานตลอดระยะเวลาทำงานปกติ นายจ้างจะต้องทำการตรวจวัดค่าปริมาณสารเบนซีนที่ฟุ้งกระจายในบรรยากาศการทำงานและเทียบกับค่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมีการฟุ้งกระจายของสารเบนซีนในบรรยากาศการทำงานเกินกว่าค่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนด นายจ้างต้องดำเนินการแก้ไขหรือ

¹⁰พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 37, (วันที่ 4 เมษายน 2535), มาตรา 32 (4) ประกอบกับประกาศคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ฉบับที่ 30 (พ.ศ.2550) เรื่อง กำหนดมาตรฐานค่าสารอินทรีย์ระเหยง่ายในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 1 ปี, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 124 ตอนพิเศษ 143 ง, (วันที่ 28 กันยายน 2550), ข้อ 1(1), ประกาศกรมควบคุมมลพิษ เรื่อง กำหนดค่าเฝ้าระวังสำหรับสารอินทรีย์ระเหยง่ายในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 24 ชั่วโมง พ.ศ.2552, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 126 ตอนพิเศษ 13 ง, (วันที่ 27 มกราคม 2552), ข้อ 1(4).

¹¹พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535, มาตรา 55 ประกอบกับประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดมาตรฐานควบคุมการปล่อยทั้งสารเบนซีน และสาร 1, 3 บิวทาไดอิน จากโรงงานอุตสาหกรรมเคมี พ.ศ.2557, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 131 ตอนพิเศษ 273 ง, (วันที่ 30 ธันวาคม 2557), ข้อ 1, ข้อ 2(1).

¹²พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535, มาตรา 68 วรรคแรกและวรรคสอง, ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีบางประเภทเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่จะต้องถูกควบคุมการปล่อยทั้งสารเบนซีน และสาร 1, 3 บิวทาไดอิน ออกสู่บรรยากาศ พ.ศ.2557, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 131 ตอนพิเศษ 273 ง, (วันที่ 30 ธันวาคม 2557), ข้อ 1, ข้อ 2, ข้อ 3.

ปรับปรุงเพื่อลดความเข้มข้นของสารเบนซินมิให้เกินกว่าค่ามาตรฐานดังกล่าว จากการศึกษาพบว่า มาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 136 ว่าด้วยสารเบนซิน ค.ศ.1971 (Benzene Convention 1971) (NO.136) กำหนดให้ลูกจ้างต้องทำงานในความเข้มข้นของสารเบนซินไม่เกิน 25 ส่วนต่อล้านส่วน หรือ 80 มิลลิกรัมต่อ 3 กรัม และมีการจำกัดระยะเวลาในการทำงานเท่าที่จะทำได้ ตลอดจนต้องมีมาตรการตรวจสอบที่จำเป็นเพื่อป้องกันการรั่วไหลแทรกซึมของไอระเหยของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงาน¹³ ภายใต้อนุสัญญาดังกล่าวไม่มีการกำหนดเวลาในการทำงาน ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดมาตรฐานของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงาน ได้แก่กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยและสุขภาพในการทำงาน ค.ศ.1970 (Occupational Safety and Health Act 1970) กำหนดปริมาณความเข้มข้นของสารเบนซินที่อาจยอมให้มีได้ในบรรยากาศการทำงาน (Permissible Exposure Limits : PELs) กำหนดให้นายจ้างต้องไม่ให้ลูกจ้างทำงานในความเข้มข้นของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงานเกินกว่า 1 ส่วนของเบนซินต่อล้านส่วน (1ppm.) ในระยะเวลาโดยเฉลี่ย 8 ชั่วโมงการทำงาน และนายจ้างต้องไม่ให้ลูกจ้างทำงานในความเข้มข้นของสารเบนซินเกิน 5 ส่วนของเบนซินต่อล้านส่วน (5 ppm.) ในระยะเวลาโดยเฉลี่ยไม่เกิน 15 นาทีการทำงาน¹⁴ ประเทศอังกฤษ ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงาน แต่มีกฎหมายทั่วไป คือพระราชบัญญัติสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานประเภทต่าง ๆ ค.ศ.1974 (Health and Safety at Work Act ; etc. 1974) พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสารเบนซิน ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้สามารถนำมาปรับใช้กับสารเบนซินได้ เพราะวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้มีเพื่อควบคุมการปล่อยสารที่เป็นอันตรายสู่บรรยากาศการทำงาน เพื่อลดความเสี่ยงจากโรคที่เกิดขึ้นจากการทำงานของลูกจ้างที่ใช้สารเคมีในโรงงานอุตสาหกรรม โดยต้องมีการป้องกันการปล่อยสารที่เป็นอันตรายในบรรยากาศการทำงาน¹⁵ ประเทศญี่ปุ่น ภายใต้พระราชบัญญัติความปลอดภัยและสุขภาพทางอุตสาหกรรม ค.ศ.1972 (Industrial Safety and Health Law 1972) ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสารเบนซิน แต่มีการกำหนดให้นายจ้างต้องทำการตรวจวัดเพื่อป้องกันไอระเหยของสารเคมีที่จะมีผลต่อสุขภาพของลูกจ้าง และกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสุขภาพ แรงงาน และสวัสดิการสังคม ดำเนินการด้านสุขภาพอาชีวอนามัย โดยออกกฎหมายลำดับรองอ้างอิงกับระดับการควบคุมของภาครัฐ ซึ่งกำหนดการควบคุมไม่ให้มีการรั่วไหลของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงานเกินกว่า 1 ส่วนของเบนซินต่อล้านส่วน (1ppm.) ในอุณหภูมิ 25 องศาเซลเซียส ในระยะเวลา 8 ชั่วโมงการทำงาน¹⁶

ประเทศไทย ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน ได้แก่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ.2515¹⁷ เป็นผลให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับภาวะแวดล้อม (สารเคมี) พ.ศ.2520 โดยประกาศดังกล่าวกำหนดให้สถาน

¹³ Benzene Convention 1971 (NO.136), article 6.

¹⁴ Occupational Safety and Health Act 1970, standard number 1910.1028 (c).

¹⁵ Health and Safety at Work Act ; etc. 1974, section 1, section 3, section 5.

¹⁶ Industrial Safety and Health Law 1972, article 22, article 65 (1)(2), article 65-4 and Ken Takahashi, Toshiaki Higashi, The development and regulation of occupational exposure limits in Japan, Regulatory Toxicology and Pharmacology 46 (2006), pp.121-122.

¹⁷ มาตรา 166 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 บรรดาประกาศหรือคำสั่งที่ออกตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ.2515 ให้ยังคงใช้ได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้จนกว่าจะมีกฎหมายระเบียบ และประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ.

ประกอบกิจการที่ใช้สารเบนซิน จะต้องทำการป้องกันมิให้ลูกจ้างทำงานในกรณีที่มีการฟุ้งกระจายของสารเบนซินเกินกว่าค่ามาตรฐานที่กำหนด โดยมาตรฐานปริมาณความเข้มข้นของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงาน มีความเข้มข้นเฉลี่ยตลอดระยะเวลาทำงานปกติ 10 ส่วนต่อล้านส่วน ปริมาณความเข้มข้น 50 ส่วนต่อล้านส่วน ระยะเวลาที่กำหนดให้ทำงานได้ 10 นาที ปริมาณความเข้มข้นที่อาจยอมให้มีได้ 25 ส่วนต่อล้านส่วน¹⁸ ประกอบกับพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554 กำหนดให้นายจ้างบริหารจัดการและดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นผลให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานออกกฎกระทรวงกำหนดอำนาจหน้าที่ให้อธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานออกประกาศบัญญัติรายชื่อสารเคมีอันตราย ซึ่งอธิบดีออกประกาศกำหนดให้สารเบนซินเป็นสารเคมีอันตราย ลำดับที่ 133¹⁹ ดังนั้นเมื่อนำกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานและกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่าโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 และลำดับที่ 44 ที่มีการใช้สารเบนซิน นายจ้างหรือผู้ประกอบการต้องทำการป้องกันมิให้ลูกจ้างทำงานเกินกว่าค่ามาตรฐานของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงาน คือความเข้มข้นเฉลี่ยตลอดระยะเวลาทำงานปกติ 10 ส่วนต่อล้านส่วน ปริมาณความเข้มข้น 50 ส่วนต่อล้านส่วน ระยะเวลาที่กำหนดให้ทำงานได้ 10 นาที ปริมาณความเข้มข้นที่อาจยอมให้มีได้ 25 ส่วนต่อล้านส่วน การควบคุมมิให้สารเบนซินเกินกว่าค่ามาตรฐานของสารเบนซินในบรรยากาศการทำงานเกินค่ามาตรฐานดังกล่าวข้างต้นนั้น นายจ้างต้องจัดให้มีระบบระบายอากาศที่ทำให้สารเบนซินเจือจางโดยให้มือออกซิเจนในบรรยากาศการทำงานไม่ต่ำกว่าร้อยละสิบเก้าจุดห้า โดยปริมาตรในบริเวณที่ลูกจ้างทำงานกับสารเบนซิน จัดให้มีระบบป้องกันและกำจัดอากาศเสีย โดยใช้ระบบระบายอากาศเฉพาะที่ ระบบเปียก การปิดคลุมหรือระบบอื่นๆเพื่อมิให้สารเบนซินในบรรยากาศการทำงานเกินกว่าปริมาณค่ามาตรฐานที่กำหนด²⁰ ดังนั้นก่อนให้ลูกจ้างปฏิบัติงาน นายจ้างหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่มีการใช้สารเบนซิน ต้องจัดให้มีการตรวจวัดค่าปริมาณสารเบนซินที่ฟุ้งกระจายในบรรยากาศการทำงานแล้วเทียบกับค่ามาตรฐานที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานกำหนด หากปริมาณสารเบนซินในบรรยากาศการทำงานเกินกว่าค่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนด นายจ้างต้องใช้มาตรการกำจัด

¹⁸ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับภาวะแวดล้อม(สารเคมี) พ.ศ.2520, ข้อ 4.

¹⁹ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 128 ตอนที่ 4 ก, (วันที่ 17 มกราคม 2554), มาตรา 8 วรรคแรก, กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการและดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 130 ตอนที่ 113 ก, (วันที่ 29 พฤศจิกายน 2556),ข้อ 1, ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง บัญชีรายชื่อสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 130 ตอนพิเศษ 185 ง, (วันที่ 20 ธันวาคม 2556), ข้อ 2 ประกอบกับตารางท้ายประกาศ.

²⁰ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554, มาตรา 8 วรรคแรก, กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหารจัดการและดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 10 (2)(3), ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534, ข้อ 8 (3).

หรือควบคุมสารเบนซีนทางวิศวกรรม เพื่อลดระดับความเข้มข้นของสารเบนซีนมิให้เกินกว่าค่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้²¹

3.3 การควบคุมความปลอดภัยในการทำงาน

มาตรการควบคุมความปลอดภัยในการทำงาน เป็นมาตรการจัดการและควบคุมความปลอดภัยในขณะปฏิบัติงานของลูกจ้าง ซึ่งเป็นหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง ทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ลูกจ้างมีความมั่นใจว่าจะไม่เกิดโรคจากการทำงานอันเนื่องมาจากสารเบนซีน โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.3.1 การจัดให้ลูกจ้างใช้อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล

นายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างใช้อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลในขณะปฏิบัติงานเพื่อป้องกันสารเบนซีนดูดซึมเข้าสู่ร่างกายของลูกจ้าง จากการศึกษาพบว่า มาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้แก่ ข้อแนะนำที่ 144 ว่าด้วยการคุ้มครองจากอันตรายของสารพิษที่เกิดขึ้นจากสารเบนซีน ค.ศ.1971 (Benzene Recommendation, 1971) (NO.144) (Recommendation concerning Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene) อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 155 ว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ค.ศ.1981 (Occupational Safety and Health and the Working Environment, Convention 1981) (NO.155) และอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 161 ว่าด้วยการบริการอาชีวอนามัย ค.ศ.1985 (Occupational Health Services, Convention 1985) (NO.161) กำหนดให้นายจ้างจัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยต่าง ๆ ตามความจำเป็นให้แก่ลูกจ้าง กำหนดให้ลูกจ้างมีหน้าที่คุ้มครองตนเองไม่ให้ได้รับอันตรายจากสารเบนซีน โดยนายจ้างต้องจัดให้มีอุปกรณ์ป้องกันอันตรายขณะใช้สารเบนซีน เพื่อป้องกันการดูดซับสารเบนซีนผ่านผิวหนัง²² ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้กฎหมายความปลอดภัยและสุขภาพในการทำงาน ค.ศ.1970 (Occupational Safety and Health Act 1970) กำหนดให้นายจ้างจัดหาอุปกรณ์หรือเครื่องมือในการป้องกันให้แก่ลูกจ้างที่ทำงานกับสารเบนซีนและต้องใช้อุปกรณ์ดังกล่าวตลอดเวลาทำงาน²³ ประเทศอังกฤษ ภายใต้พระราชบัญญัติสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานประเภทต่าง ๆ ค.ศ.1974 (Health and Safety at Work Act ; etc.1974) กำหนดหน้าที่ทั่วไปให้นายจ้างต้องจัดเตรียมอุปกรณ์ป้องกันอันตรายต่าง ๆ ให้แก่ลูกจ้าง และหากไม่ได้จัดเตรียมอุปกรณ์ดังกล่าว นายจ้างจะมีความผิดตามกฎหมาย²⁴ ประเทศญี่ปุ่น ภายใต้พระราชบัญญัติความปลอดภัยและสุขภาพทางอุตสาหกรรม ค.ศ.1972 (Industrial Safety and Health Law 1972) กำหนดหน้าที่ทั่วไปให้นายจ้างต้องจัดอุปกรณ์ป้องกัน

²¹ กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหารจัดการและดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 28, ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการตรวจวัดและการวิเคราะห์ผลการตรวจวัดระดับความเข้มข้นของสารเคมีอันตราย พ.ศ.2559, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133 ตอนพิเศษ 308 ง (วันที่ 27 ธันวาคม 2559), ข้อ 8 วรรคหนึ่ง.

²² Benzene Recommendation, 1971 (NO.144) (Recommendation concerning Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene), article 9, article 10, article 11, article 12 , Occupational Safety and Health and the Working Environment, Convention 1981 (NO.155), article 16 , Occupational Health Services, Convention 1985 (NO.161), article 16.

²³ Occupational Safety and Health Act 1970, standard number 1910.1028 (g)(h).

²⁴ Health and Safety at Work Act ; etc. 1974, section 7, section 33 (1)(a), schedule 3 A.

อันตรายส่วนบุคคลให้แก่ลูกจ้าง²⁵ ประเทศไทย ภายใต้กฎหมายโรงงาน กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีนจะต้องจัดให้ลูกจ้างสวมเครื่องป้องกันอันตรายส่วนบุคคล²⁶ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กำหนดให้สถานประกอบกิจการจะต้องจัดให้มีอุปกรณ์ป้องกันอันตรายจากสารเคมี โดยลูกจ้างจะต้องสวมใส่อุปกรณ์ดังกล่าวตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงาน หากลูกจ้างไม่ใช้อุปกรณ์ดังกล่าวนายจ้างมีอำนาจสั่งให้ลูกจ้างหยุดทำงานทันทีจนกว่าจะใช้อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล²⁷ และกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน กำหนดให้ลูกจ้างมีหน้าที่สวมใส่อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลตลอดระยะเวลาทำงาน หากลูกจ้างไม่สวมใส่อุปกรณ์ดังกล่าวนายจ้างสั่งให้ลูกจ้างหยุดการทำงานนั้นจนกว่าลูกจ้างจะสวมใส่อุปกรณ์ และลูกจ้างมีหน้าที่สวมใส่อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล และดูแลรักษาอุปกรณ์ดังกล่าวให้สามารถใช้งานได้²⁸ นอกจากนี้ นายจ้างมีหน้าที่ตรวจอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลที่นายจ้างจัดทำให้ลูกจ้างโดยให้สามารถใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพและปลอดภัยตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างปฏิบัติงานกับสารเบนซีน²⁹

3.3.2 การแจ้งและการจัดให้มีการอบรม

นายจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบถึงอันตรายและวิธีการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการทำงานกับสารเบนซีน จากการศึกษาพบว่า มาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้แก่อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 155 ว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ค.ศ. 1981 (Occupational Safety and Health and the Working Environment, Convention 1981) (NO.155) อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 161 ว่าด้วยการบริการอาชีวอนามัย ค.ศ.1985 (NO.161) กำหนดให้นายจ้างจัดฝึกอบรมเบื้องต้นที่จำเป็นให้แก่ลูกจ้างในเรื่องความปลอดภัยในการทำงาน ลูกจ้างมีหน้าที่รายงานถึงอันตรายหรือความไม่ปลอดภัยในการทำงานซึ่งส่งผลกระทบต่อชีวิต หรือสุขภาพของตนให้หัวหน้างานของตนทราบ จนกระทั่งนายจ้างได้จัดการแก้ไขตามความจำเป็น นายจ้างไม่สามารถเรียกร้องให้ลูกจ้างกลับไปทำงานซึ่งมีสภาพการณ์ที่ยังเป็นอันตรายร้ายแรงต่อชีวิตหรือสุขภาพของลูกจ้าง³⁰ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 136 ว่าด้วยสารเบนซีน ค.ศ.1971 (Benzene Convention 1971) (NO.136) และข้อ

²⁵ Industrial Safety and Health Law 1972, article 65-2.

²⁶ มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 บรรดากฎกระทรวงและประกาศที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานให้คงใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้.
ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 24 (พ.ศ.2530) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 เรื่อง หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการ, ข้อ 64.

²⁷ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับภาวะแวดล้อม(สารเคมี) พ.ศ.2520, ข้อ 8 ถึงข้อ14 และประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534, ข้อ 21.

²⁸ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554, มาตรา 22, ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง กำหนดมาตรฐานอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล พ.ศ.2554, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 128 ตอนพิเศษ 112 ง, (วันที่ 27 กันยายน 2554), ข้อ 3.

²⁹ กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 14.

³⁰ Occupational Safety and Health and the Working Environment, Convention 1981 (NO. 155), article 17 , Occupational Health Services, Convention 1985 (NO.161), article16.

แนฉบับที่ 144 ว่าด้วยการคุ้มครองจากอันตรายของสารพิษที่เกิดขึ้นจากสารเบนซีน ค.ศ.1971 (Benzene Recommendation, 1971) (NO.144) (Recommendation concerning Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene) กำหนดให้นายจ้างต้องมีการประกาศข้อพึงปฏิบัติเพื่อหลีกเลี่ยงและป้องกันอันตรายจากสารเบนซีนที่จะเกิดขึ้นกับสุขภาพของลูกจ้าง มีการให้ความรู้เกี่ยวกับการป้องกันและการใช้สารเบนซีนที่ถูกต้อง รวมถึงการปฏิบัติตัวที่เหมาะสมเพื่อหลีกเลี่ยงการได้รับสารพิษจากสารเบนซีน³¹ ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้กฎหมายความปลอดภัยและสุขภาพในการทำงาน ค.ศ.1970 (Occupational Safety and Health Act 1970) นายจ้างมีหน้าที่แจ้งให้ลูกจ้างทราบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสารเบนซีน ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานผ่านฉลาก สัญญาณเตือน เอกสารข้อมูลความปลอดภัยของสารเคมี³² ประเทศอังกฤษ ภายใต้พระราชบัญญัติสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานประเภทต่าง ๆ ค.ศ.1974 (Health and Safety at Work Act ; etc.1974) กำหนดหน้าที่ทั่วไปให้นายจ้างต้องจัดให้ข้อมูลข่าวสารเรื่องสุขภาพและความปลอดภัยแก่ลูกจ้างทุกคน ต้องจัดให้ลูกจ้างเข้ารับการฝึกอบรม หากนายจ้างได้จัดให้มีการฝึกอบรมแล้ว แต่ลูกจ้างไม่เข้ารับการฝึกอบรม ลูกจ้างคนนั้นอาจถูกไล่ออกจากงานได้³³ ประเทศญี่ปุ่น ภายใต้พระราชบัญญัติความปลอดภัยและสุขภาพทางอุตสาหกรรม ค.ศ.1972 (Industrial Safety and Health Law 1972) กำหนดหน้าที่ทั่วไปให้นายจ้างต้องจัดการอบรมที่จำเป็นด้านความปลอดภัยและสุขภาพในการทำงานให้กับลูกจ้าง ต้องแสดงฉลาก อันได้แก่ ชื่อสารเคมี ผลต่อสุขภาพร่างกาย ข้อควรระวังเกี่ยวกับการสัมผัสกับสารเคมี³⁴ ประเทศไทย ในส่วนของการแจ้งและการจัดให้มีการอบรม ภายใต้กฎหมายไทยกำหนดให้นายจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการทำงาน แจ้งคู่มือปฏิบัติงานให้แก่ลูกจ้างทุกคนทราบก่อนที่จะเข้าทำงาน และนายจ้างจัดให้มีการอบรม แนะนำลูกจ้างให้เข้าใจถึงอันตรายและวิธีการป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานกับสารเบนซีน ตลอดจนอธิบายให้ทราบถึงวิธีระมัดระวังป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติงาน ซึ่งมีการกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน และกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน โดยกำหนดให้นายจ้างหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิต มีหน้าที่แจ้งให้ลูกจ้างทราบถึงอันตรายและวิธีป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติงานกับสารเบนซีน คือนายจ้างต้องแนะนำชี้แจงลูกจ้างให้เข้าใจข้อมูลความปลอดภัยของสารเบนซีนที่อยู่ในความครอบครองของนายจ้างเพื่อการใช้ ตลอดจนข้อความและเครื่องหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏในเอกสารคู่มือปฏิบัติงานให้แก่ลูกจ้างทุกคนก่อนที่ลูกจ้างจะเข้าทำงานในสถานประกอบการดังกล่าว และลูกจ้างต้องปฏิบัติตามคู่มือการปฏิบัติงาน นายจ้างจะต้องทำป้ายที่มีสัญลักษณ์เครื่องหมาย และข้อความเตือนต่าง ๆ ในการห้ามปฏิบัติ ป้ายให้ปฏิบัติ หรือป้ายเตือนในการทำงานกับสารเบนซีนในที่เปิดเผย ณ สถานที่ที่ลูกจ้างปฏิบัติงานให้ชัดเจน ตลอดจนนายจ้างต้องติดประกาศข่าวสาร รวมทั้งข้อแสดงสิทธิ และหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้างในที่ที่เห็นได้ชัดเจนในสถานประกอบการ นายจ้างต้องจัดให้มีการปิดฉลากที่เป็นภาษาไทย แจ้งชื่อสารเบนซีน ข้อความแสดงอันตรายและข้อความระมัดระวังหรือปฏิบัติเพื่อป้องกัน

³¹ Benzene Convention 1971 (NO.136), article 12, Benzene Recommendation, 1971 (NO.144) (Recommendation concerning Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene), article 23.

³² Occupational Safety and Health Act 1970, standard number 1910.1028 (j).

³³ Health and Safety at Work Act ; etc. 1974, section 2, section 6.

³⁴ Industrial Safety and Health Law 1972, article 25-2, article 57(1), article 59 (1).

อันตรายในการใช้สารเบนซินไว้ที่วัสดุห่อหุ้มสารเบนซิน ระดับอันตรายของสารเบนซินต่อสุขภาพของลูกจ้าง³⁵ นอกจากนี้นายจ้างต้องจัดให้มีการอบรมแก่ลูกจ้างทุกคนก่อนการเริ่มปฏิบัติงานในงานซึ่งอาจทำให้ลูกจ้างได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือสุขภาพอนามัย เพื่อให้ทราบถึงกระบวนการผลิต อันตรายที่เกิดขึ้นจากสารเบนซิน วิธีการควบคุมและการป้องกัน วิธีกำจัดมลภาวะ วิธีปฐมพยาบาล รวมทั้งลูกจ้างจะต้องได้รับการฝึกอบรมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน เพื่อให้การบริหารจัดการ การดำเนินความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานได้อย่างปลอดภัยตามหลักสูตรที่อธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานกำหนดและนายจ้างต้องจัดฝึกอบรมทบทวนอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง พร้อมทั้งเก็บหลักฐานการฝึกอบรมเพื่อให้พนักงานตรวจสอบความปลอดภัยได้ทำการตรวจสอบ³⁶

3.3.3 มาตรการเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยของลูกจ้าง

มาตรการเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยของลูกจ้าง ได้แก่ การจัดให้มีการตรวจสุขภาพของลูกจ้างที่ทำงานกับสารเบนซิน จากการศึกษาพบว่า มาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้แก่อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 136 ว่าด้วยสารเบนซิน ค.ศ.1971 (Benzene Convention 1971) (NO.136) กำหนดให้ลูกจ้างที่ต้องปฏิบัติงานในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับสารเบนซินจะต้องได้รับการตรวจสุขภาพก่อนการจ้างงาน เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมก่อนการเข้าทำงาน และควรจัดให้มีการตรวจสุขภาพอีกเป็นระยะ ซึ่งรวมถึงการทดสอบชีวภาพอันรวมถึงการตรวจเลือดในช่วงเวลาที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดไว้ การตรวจสุขภาพดังกล่าวให้กระทำโดยแพทย์ที่มีความชำนาญและลูกจ้างไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสุขภาพ³⁷ ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้กฎหมายความปลอดภัยและสุขภาพในการทำงาน ค.ศ.1970 (Occupational Safety and Health Act 1970) กำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีการตรวจสุขภาพของลูกจ้างอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้งหรือตรวจสุขภาพทุกหกเดือน รวมทั้งให้นายจ้างแจ้งผลการตรวจสุขภาพให้ลูกจ้างทราบ³⁸ ประเทศอังกฤษ ภายใต้พระราชบัญญัติสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานประเภทต่าง ๆ ค.ศ.1974 (Health and Safety at Work

³⁵ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 24(พ.ศ.2530) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 เรื่อง หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการ, ข้อ 53, ข้อ 58, ข้อ 65, ข้อ 74, กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2556, ข้อ 3 ถึงข้อ 7, พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554, มาตรา 14, มาตรา 17 ประกอบกับประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง สัญลักษณ์เตือนอันตราย เครื่องหมายเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน และข้อความแสดงสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง พ.ศ.2554, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 128 ตอนพิเศษ 145 ง, (วันที่ 30 พฤศจิกายน 2554), ข้อ 2, ข้อ 3.

³⁶ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534, ข้อ 17 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 34, และพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554, มาตรา 16 ประกอบกับประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการฝึกอบรมผู้บริหาร หัวหน้า และลูกจ้าง ด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2555, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 129 ตอนพิเศษ 74 ง, (วันที่ 2 พฤษภาคม 2555), ข้อ 2 วรรคหนึ่ง.

³⁷ Benzene Convention 1971 (NO.136), article 9.

³⁸ Occupational Safety and Health Act 1970, standard number 1910.1028 (e).

Act ; etc.1974) กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องมีการควบคุมสถานที่ทำงานให้มีความปลอดภัยและปราศจากการเสี่ยงต่อโรคที่เกิดขึ้นจากการทำงาน มีการจ้างที่ปรึกษาทางการแพทย์เพื่อดูแลอบรมเกี่ยวกับสุขภาพของลูกจ้าง³⁹ ประเทศญี่ปุ่น ภายใต้พระราชบัญญัติความปลอดภัยและสุขภาพทางอุตสาหกรรม ค.ศ.1972 (Industrial Safety and Health Law 1972) กำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างทุกหกเดือน⁴⁰ ประเทศไทย ภายใต้กฎหมายโรงงานกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน และกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน มีการกำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้มีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างที่ทำงานเกี่ยวกับปัจจัยเสี่ยง การกำหนดงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตรายนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานออกประกาศกระทรวงแรงงาน กำหนดให้สารเบนซินเป็นสารเคมีอันตรายที่นายจ้างต้องจัดให้มีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างที่ทำงานเกี่ยวกับปัจจัยเสี่ยง⁴¹ การตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างที่ทำงานกับสารเบนซินต้องกระทำโดยแพทย์ด้านอาชีวเวชศาสตร์ ซึ่งต้องตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างเป็นครั้งแรก คือก่อนลูกจ้างปฏิบัติงานกับสารเบนซินให้เสร็จสิ้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ลูกจ้างเข้าทำงาน และตรวจสอบสุขภาพลูกจ้างครั้งต่อไปอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง หากลักษณะหรือสภาพของงานที่ลูกจ้างปฏิบัติงานกับสารเบนซินมีความจำเป็นต้องตรวจสอบสุขภาพตามระยะเวลาอื่น ให้นายจ้างจัดให้มีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างตามระยะเวลานั้น และให้แพทย์จัดทำบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับผลการตรวจสอบสุขภาพ นายจ้างต้องจัดให้มีสมุดสุขภาพประจำตัวของลูกจ้างที่ทำงานกับสารเบนซินและให้นายจ้างบันทึกผลการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างในสมุดสุขภาพประจำตัวของลูกจ้างตามผลการตรวจของแพทย์ทุกครั้งที่มีการตรวจสอบสุขภาพ⁴² นายจ้างจะต้องเก็บผลการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างไว้ ณ สถานที่ทำการเพื่อให้พนักงานตรวจแรงงานตรวจสอบได้ เป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองปีนับแต่วันสิ้นสุดการจ้างของลูกจ้างแต่ละราย เว้นแต่มีกรณีที่ลูกจ้างผู้นั้นได้ฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ให้นายจ้างเก็บรักษารายงานผลการตรวจสอบสุขภาพนั้นไว้จนกว่าศาลจะได้พิพากษาถึงที่สุด⁴³ นายจ้างต้องแจ้งผลการตรวจสอบสุขภาพให้แก่ลูกจ้างที่ทำงานกับสารเบนซิน กล่าวคือกรณีผลการตรวจสอบสุขภาพปกติ นายจ้างต้องแจ้งผลการตรวจสอบสุขภาพแก่ลูกจ้างภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ทราบผลการตรวจ กรณีผลการตรวจสอบสุขภาพผิดปกติ กล่าวคือลูกจ้างเจ็บป่วยด้วยโรคจากสารเบนซินที่ใช้ในการทำงาน นายจ้างต้องแจ้งผลการตรวจสอบสุขภาพแก่ลูกจ้างภายในสามวันนับแต่วันที่ทราบผลการตรวจและนายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างได้รับการรักษาพยาบาลทันที ตลอดจนทำการตรวจสอบหรือหาสาเหตุของการที่ลูกจ้างเจ็บป่วยด้วยโรคจากสารเบนซินที่ใช้ในการทำงาน เพื่อประโยชน์ในการป้องกันในอนาคต นอกจากนี้ นายจ้างต้องส่งรายงานผลการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างที่

³⁹ Health and Safety at Work Act ; etc. 1974, section 2, section 55.

⁴⁰ Industrial Safety and Health Law 1972, article 65-2, article 66, article 66-2, article 66-5, article 66-7.

⁴¹ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างและส่งผลการตรวจแก่พนักงานตรวจแรงงาน พ.ศ. 2547, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 122 ตอนที่ 4 ก, (วันที่ 13 มกราคม 2548), ข้อ 2(1) ประกอบกับประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดสารเคมีอันตรายที่ให้นายจ้างจัดให้มีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้าง พ.ศ.2552, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 126 ตอนที่พิเศษ 50 ง (วันที่ 7 เมษายน 2552), ข้อ 3 (1) (ข).

⁴² ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 24 (พ.ศ.2530) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 เรื่อง หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน, ข้อ 68 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างและส่งผลการตรวจแก่พนักงานตรวจแรงงาน พ.ศ.2547, ข้อ 3, ข้อ 5, ข้อ 6.

⁴³ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534, ข้อ 19(2) ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบสุขภาพของลูกจ้างและส่งผลการตรวจแก่พนักงานตรวจแรงงาน พ.ศ. 2547, ข้อ 7.

เจ็บป่วยด้วยโรคจากสารเบนซินอันเนื่องมาจากการทำงาน การให้การรักษาพยาบาลและการป้องกันแก้ไขต่อพนักงานตรวจแรงงานภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ทราบผลการเจ็บป่วย หากลูกจ้างรายใดมีหลักฐานทางการแพทย์อันเป็นที่ยอมรับแสดงว่าตนไม่สามารถทำงานในหน้าที่เดิมที่เกี่ยวข้องกับสารเบนซิน นายจ้างจะต้องเปลี่ยนงานให้แก่ลูกจ้างโดยคำนึงถึงสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้างเป็นสำคัญ⁴⁴

3.4 การรายงานความปลอดภัยและการวิเคราะห์ความเสี่ยงจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการ

การรายงานความปลอดภัยและการวิเคราะห์ความเสี่ยงจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการ มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันอันตรายและการรั่วไหลของสารเบนซินสู่ ลูกจ้าง ประชาชนและสิ่งแวดล้อม ทำให้ความเสี่ยงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายอยู่ในระดับที่ยอมรับได้ จากการศึกษาพบว่า ไม่มีมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (Occupational Safety and Health) และมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งกล่าวถึงการรายงานความปลอดภัยและการวิเคราะห์ความเสี่ยงจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการ ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้กฎหมายความปลอดภัยและสุขภาพในการทำงาน ค.ศ.1970 (Occupational Safety and Health Act 1970) กำหนดว่าหากมีสารเบนซินเกินกว่าปริมาณความเข้มข้นที่อาจยอมให้มีได้ (Permissible Exposure Limits : PELs) จะต้องมีการลดการสัมผัสสารเบนซินของลูกจ้างให้ต่ำกว่าค่า PELs โดยต้องมีการเขียนรายงานการพัฒนาและควบคุมการลดการสัมผัสสารเบนซินของลูกจ้างและรายงานดังกล่าวจะต้องมีการจัดการและควบคุมข้อปฏิบัติในการทำงาน แผนงานที่ถูกทบทวนและถูกแก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมบนพื้นฐานของข้อมูลการตรวจวัดการสัมผัสที่เป็นปัจจุบันที่สุดที่มีผลกระทบกับสถานะปัจจุบันของรายงาน⁴⁵ และภายใต้กฎหมายการวางแผนกรณีเหตุฉุกเฉินและสิทธิการเข้าถึงข้อมูล ค.ศ.1986 (Emergency Planning and Community Right-to-Know Act 1986) กำหนดให้เจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมเคมี⁴⁶ ต้องรายงานปริมาณสารเบนซินและสถานที่ที่เก็บสารเบนซินต่อรัฐบาลท้องถิ่น⁴⁷ เพื่อช่วยให้ชุมชนสามารถเตรียมตัวรับมือกับเหตุการณ์ฉุกเฉินหรือการรั่วไหลของสารเบนซินในพื้นที่ได้ดียิ่งขึ้น และกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมที่มีการใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิตต้องรายงานการปล่อยสารเบนซินว่าออกสู่ตัวกลางสิ่งแวดล้อม อันได้แก่บรรยากาศเป็นปริมาณเท่าใด⁴⁸ โดยเจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิตและปล่อยสารเบนซินสู่บรรยากาศต้องรายงานข้อมูลการปล่อยสารมลพิษ (Toxic Release Inventory) ในที่นี้คือสารเบนซิน ภายในวันที่ 1 กรกฎาคมของทุกปี ให้แก่องค์การพิทักษ์สิ่งแวดล้อม (Environmental Protection

⁴⁴ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534, ข้อ 19 (1) และข้อ 20 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสุขภาพของลูกจ้างและส่งผลการตรวจแก่พนักงานตรวจแรงงาน พ.ศ.2547, ข้อ 8 ถึง ข้อ 10.

⁴⁵ Occupational Safety and Health Act 1970, standard number 1910.1028 (f).

⁴⁶ EPA, Toxic Release Inventory Reporting Requirements Basic Concept, Reporting Year 2009.

⁴⁷ <http://www.epa.gov/tri/trichemicals/index.html> accessed 2 May 2018.

⁴⁸ 'Tri Program Fact Sheet', http://www.epa.gov/tri/triprogram/tri_program_fact_sheet.html accessed 17 April 2018.

Agency : EPA) และรัฐบาลหรือหน่วยงานท้องถิ่นที่กำกับดูแลพื้นที่สถานประกอบการตั้งอยู่⁴⁹ ประเทศอังกฤษ ภายใต้พระราชบัญญัติสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงาน ค.ศ.1974 (Health and Safety at Work ; etc. 1974) ได้กำหนดหน้าที่ทั่วไปของนายจ้างหรือผู้ประกอบการที่ใช้สารเคมีในการทำงานต้องแจ้งข้อมูลรายละเอียดที่เพียงพอเกี่ยวกับการใช้สารเคมีเพื่อมั่นใจว่าจะมีความปลอดภัยต่อสุขภาพของลูกจ้าง และกำหนดให้มีการแจ้งข้อมูลไปยังฝ่ายบริหารด้านสุขภาพและความปลอดภัยเกี่ยวกับข้อมูลการระบายออกของสารเคมีและการดำเนินกิจการของโรงงาน ตลอดทั้งกำหนดให้มีการรายงานการเสียชีวิตของลูกจ้างจากโรคที่เกิดขึ้นจากการทำงาน เพื่อวิเคราะห์ความเสี่ยงจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการ⁵⁰ ประเทศญี่ปุ่น ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการรายงานและอื่นๆที่เกี่ยวกับการปลดปล่อยสารเคมีชนิดที่กำหนดสู่สิ่งแวดล้อมและสนับสนุนให้ปรับปรุงการจัดการให้ดีขึ้น ค.ศ.1999 (Law Concerning Reporting, etc. of Releases to the Environment of Specific Chemical Substances and Promoting Improvements in their Management 1999) หรือกฎหมาย PRTR กำหนดให้สถานประกอบการ เจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมประเภทการผลิตที่มีการใช้สารเบนซีนอันเป็นสารเคมีกลุ่มที่ 1 (Class 1 Designed Chemical)⁵¹ ต้องรายงานข้อมูลปริมาณการปล่อยสารเบนซีนสู่บรรยากาศในบริเวณโรงงานอุตสาหกรรมหรือสถานประกอบการ⁵² โดยโรงงานอุตสาหกรรมหรือสถานประกอบการต้องรายงานข้อมูลการปล่อยสารมลพิษต่อหน่วยงานปกครองท้องถิ่นในช่วงเดือนเมษายนถึงเดือนมิถุนายน⁵³

ประเทศไทย ภายใต้กฎหมายโรงงาน กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีน จะต้องทบทวน จัดทำ และยื่นรายงานการวิเคราะห์ความเสี่ยงจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการโรงงานในทุกๆห้าปี ภายในวันที่ 30 ธันวาคมของปีที่ห้านับแต่ปีถัดจากปีที่ยื่นครั้งก่อน⁵⁴ นอกจากนี้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป ต้องจัดทำรายงานมลพิษทางอากาศ โดยให้ใช้แบบรายงานมลพิษทางอากาศ (แบบ รว.3) ซึ่งกำหนดให้ต้องรายงานผลการวิเคราะห์ปริมาณสารเบนซีนในอากาศที่ระบายออกจากปล่องของโรงงาน โดยกำหนดให้แจ้ง

⁴⁹ ‘Tri Reporting Cycle’, <http://www.epa.gov/tri/triprogram/businesscycle/busprocess.html> accessed 17 April 2018.

⁵⁰ Health and Safety at Work ; etc. 1974, article 6, article 27, article 34.

⁵¹ PRTR Information Plaza Japan, <http://www.env.go.jp/en/chemi/prtr/about/substance.html> accessed 17 April 2018,

Shigeharu Nakachi, The Pollutant Release and Transfer Register (PRTR) in Japan and Korean Toxic Releases Inventory (TRI) – an evaluation of their operation, Toxic Watch Network, Japan, (2010).

⁵² PRTR Information Plaza Japan, <http://www.env.go.jp/en/chemi/prtr/about/what.html> accessed 17 April 2018

⁵³ Shigeharu Nakachi, The Pollutant Release and Transfer Register (PRTR) in Japan and Korean Toxic Releases Inventory (TRI) – an evaluation of their operation, Toxic Watch Network, Japan, (2010).

⁵⁴ พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, มาตรา 8(8) ประกอบกับกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, ข้อ 18 และประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, ข้อ 1 ประกอบกับประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน(ฉบับที่ 4) พ.ศ.2552, บัญชีท้ายประกาศ.

รายละเอียดของวันที่เก็บตัวอย่าง ค่าปริมาตรสารเบนซินโดยคิดปริมาตรมิลลิกรัมต่อลูกบาศก์เมตร เลขทะเบียนห้องปฏิบัติการ วิธีการได้มาของข้อมูล วิธีการที่ใช้ในการวิเคราะห์ รายงานมลพิษทางอากาศดังกล่าวต้องส่งให้กรมโรงงานอุตสาหกรรมผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยให้รายงานข้อมูลรอบที่ 1 ของเดือนมกราคมถึงเดือนมิถุนายนภายในวันที่ 1 กันยายนของปีที่รายงาน และให้รายงานข้อมูลรอบที่ 2 ของเดือนกรกฎาคมถึงเดือนธันวาคมภายในวันที่ 1 มีนาคมของปีถัดไป ผู้ประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซินในกระบวนการผลิตตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป ต้องเก็บรักษารายงานมลพิษทางอากาศไว้ที่โรงงานหนึ่งชุดเป็นระยะเวลาสามปี และพร้อมที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้⁵⁵ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กำหนดให้นายจ้างที่มีสารเคมีอันตรายในสถานประกอบกิจการ รวมถึงโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซินจะต้องแจ้งรายละเอียดต่ออธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย และนายจ้างจะต้องจัดทำรายงานความปลอดภัยและประเมินการก่อกันตรายของสารเบนซินอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง โดยจะต้องแจ้งรายละเอียดต่อบุคคลดังกล่าวตามแบบแจ้งรายละเอียด แบบรายงานความปลอดภัยและประเมินการก่อกันตรายและแบบรายงานผลการตรวจวัดปริมาณความเข้มข้นของสารเบนซิน⁵⁶ กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน กำหนดให้นายจ้างหรือผู้ประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซิน ต้องจัดทำข้อมูลความปลอดภัยของสารเบนซิน รายงานประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพของลูกจ้างและรายงานการประเมินความเสี่ยงในการก่อกันตราย อันตราย ดังนั้นนายจ้างหรือผู้ประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซินโดยมีสารเบนซินอยู่ในความครอบครองต้องจัดทำบัญชีและรายละเอียดข้อมูลความปลอดภัยของสารเบนซินตามแบบที่อธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานประกาศกำหนด พร้อมทั้งแจ้งต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มิใช่สารเบนซินเพื่อใช้ในการผลิตและภายในเดือนมกราคมของทุกปี นายจ้างต้องแจ้งรายชื่อสารเบนซินและรายละเอียดข้อมูลความปลอดภัยของสารเบนซินที่ตนมีไว้เพื่อใช้ต่ออธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย⁵⁷ และกรณีที่มีการใช้สารเบนซิน นายจ้างต้องทำรายงานประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพของลูกจ้าง โดยนายจ้างต้องส่งรายงานการประเมินดังกล่าวต่ออธิบดีกรมสวัสดิการและ

⁵⁵ พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, มาตรา 8 (7) ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 109 ตอนที่ 108, (วันที่ 16 ตุลาคม 2535), ข้อ 1, ข้อ 4, ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง การจัดทำรายงานชนิดและปริมาณสารมลพิษที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ.2558, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 132 ตอนที่พิเศษ 193 ง, (วันที่ 21 สิงหาคม 2558), ข้อ 5.2, ข้อ 13 และประกาศกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง แบบรายงานชนิดและปริมาณสารมลพิษที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ.2559, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133 ตอนที่พิเศษ 48 ง, (วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2559), ข้อ 4.2.2.

⁵⁶ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ.2515, ข้อ 2(7) , ข้อ 14 ประกอบกับประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534, ข้อ 5, ข้อ 6, ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง กำหนดแบบแจ้งรายละเอียด แบบรายงานความปลอดภัยและประเมินการก่อกันตราย และแบบรายงานผลการตรวจวัดปริมาณความเข้มข้นของสารเคมีอันตราย พ.ศ.2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 113 ตอนที่ 9 พ, (วันที่ 9 กันยายน 2535).

⁵⁷ พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554, มาตรา 8 วรรคแรก ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหารจัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 2.

คุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ทราบผลการประเมิน ในกรณีที่ผลการประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพของลูกจ้างอยู่ในระดับที่อาจก่อให้เกิดอันตราย กล่าวคือลูกจ้างมีความเสี่ยงในการเจ็บป่วยจากการทำงานอันเนื่องมาจากการใช้สารเบนซิน นายจ้างต้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงให้อยู่ในระดับที่ปฏิบัติงานกับสารเบนซินและวางแผนการเฝ้าระวังสุขภาพอนามัยของลูกจ้าง⁵⁸ นอกจากนี้นายจ้างที่มีสารเบนซินในความครอบครองและมีปริมาณที่อธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานประกาศกำหนด ต้องจัดให้มีการประเมินความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายและจัดทำรายงานการประเมินความเสี่ยงนั้นอย่างน้อยห้าปีต่อหนึ่งครั้ง โดยรายงานต่ออธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ทราบผลการประเมิน หากนายจ้างต้องประเมินความเสี่ยงและจัดทำรายงานการประเมินความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานให้ถือได้ว่าประเมินความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายตามกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานแล้ว ทั้งนี้ให้แจ้งต่ออธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย⁵⁹

การรายงานความปลอดภัยและการวิเคราะห์ความเสี่ยงจากอันตรายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการของโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซินตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป ในกฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นเรื่องของการกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซินตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป และมีระบบบำบัดอากาศเสีย อุปกรณ์หรือเครื่องมือสำหรับการควบคุมการปล่อยทิ้งสารเบนซิน มีหน้าที่ต้องเก็บสถิติและข้อมูลแสดงผลการทำงานของระบบหรืออุปกรณ์ และเครื่องมือในการปล่อยทิ้งสารเบนซินในแต่ละวัน และจัดทำบันทึกรายละเอียดเป็นหลักฐานไว้ ณ สถานที่ตั้งโรงงานอุตสาหกรรมนั้น และต้องจัดทำรายงานสรุปผลการทำงานของระบบหรืออุปกรณ์ และเครื่องมือดังกล่าวเสนอต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซินตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไปตั้งอยู่อย่างน้อยเดือนละหนึ่งครั้ง เพื่อเป็นการควบคุมการระบายสารเบนซินออกจากโรงงานอุตสาหกรรมดังกล่าวสู่บรรยากาศไม่ให้เกินกว่าค่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนด คือไม่เกิน 7 มิลลิกรัมต่อลูกบาศก์เมตร⁶⁰ ข้อสังเกต การกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซิน มีหน้าที่เก็บสถิติและข้อมูล ตลอดจนต้องจัดทำรายงานสรุปผลการทำงานของระบบ อุปกรณ์ หรือเครื่องมือในการควบคุมการระบายสารเบนซินออกจากโรงงานอุตสาหกรรมดังกล่าวสู่บรรยากาศไม่ให้เกิน 7 มิลลิกรัมต่อลูกบาศก์เมตร ตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวบังคับใช้เฉพาะโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซิน ตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไปเท่านั้น หากเป็นโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซิน น้อยกว่า 36 ตันต่อปีขึ้นไป บทบัญญัติในมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ไม่ครอบคลุมถึง

⁵⁸ กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 31.

⁵⁹ กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 32.

⁶⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535, มาตรา 68, มาตรา 80.

กรณีเกิดเหตุฉุกเฉินจากสารเบนซินรั่วไหลจากโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซิน และอาจส่งผลกระทบต่อกลุ่มจ้างในโรงงานอุตสาหกรรมและประชาชนที่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง โรงงานดังกล่าว มีการกำหนดในกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ว่าในกรณีที่สารเบนซินรั่วไหล ฝั่งกระจาย นายจ้างต้องสั่งให้ลูกจ้างทุกคนที่ทำงานในบริเวณนั้นหรือบริเวณใกล้เคียงหยุดทำงานทันทีและออกไปให้พ้นรัศมีที่อาจได้รับอันตราย พร้อมทั้งให้นายจ้างดำเนินการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องตรวจสอบและระงับเหตุทันที หากการที่สารเบนซินรั่วไหลออกจากโรงงานอุตสาหกรรมดังกล่าวและอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนที่อยู่บริเวณใกล้เคียง นายจ้างต้องดำเนินการเตือนอันตรายแก่ประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบทันที⁶¹

ในปัจจุบันมีการยกย่องพระราชบัญญัติการปล่อยและเคลื่อนย้ายสารมลพิษสู่สิ่งแวดล้อม พ.ศ. ขึ้นมา เพื่อให้ประเทศไทยมีการพัฒนาระบบรายงานข้อมูลการปล่อยและการเคลื่อนย้ายสารมลพิษสู่สิ่งแวดล้อม เพื่อให้ทุกฝ่ายรวมถึงประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลมลพิษและอันตรายที่สถานประกอบการกิจการอุตสาหกรรมต่าง ๆ ปล่อยมลพิษสู่สิ่งแวดล้อม รวมทั้งมลพิษจากสารเบนซินด้วย โดยผู้ประกอบการจะต้องส่งรายงานชนิดและปริมาณสารเบนซินที่ถูกปล่อยออกมาในลักษณะที่เป็นอากาศเสียจากกระบวนการผลิตและปล่อยออกสู่อากาศ ทั้งนี้ข้อมูลที่รายงานสู่หน่วยงานที่รับผิดชอบจะต้องกล่าวถึงปริมาณของสารเบนซิน เพื่อให้ทุกฝ่ายโดยเฉพาะประชาชนผู้อยู่อาศัยรอบๆ โรงงานหรือสถานประกอบการอันเป็นผู้ที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงสามารถเข้าถึงและรับรู้ข้อมูลด้านมลพิษและสารเบนซินที่ถูกปล่อยออกมาในบรรยากาศได้สะดวก และสามารถวางแผนทางดูแลป้องกันตนเองในชีวิตประจำวันได้อย่างรัดกุม และหากมีกรณีพิพาท ประชาชนสามารถมีแหล่งข้อมูลที่สามารถเป็นหลักฐานในการเจรจากับผู้ประกอบการหรือนำเสนอต่อหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแล รวมถึงใช้เป็นหลักฐานเพื่อฟ้องคดีในศาลได้ ข้อมูลที่เปิดเผยสู่สาธารณชนดังกล่าวสามารถชี้ชัดในเบื้องต้นได้ว่า โรงงานใดอยู่ในข่ายก่อหรือไม่ก่อมลพิษจนเกิดผลกระทบต่อประชาชนและชุมชน⁶² โดยในปัจจุบันประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษที่ต้องส่งรายงานข้อมูลการปล่อยและเคลื่อนย้ายสารมลพิษที่ปล่อยออกมาสู่สิ่งแวดล้อม (Pollutant Release and Transfer Register : PRTR) ภายใต้โครงการนำร่องพื้นที่มาบตาพุด ได้แก่ กลุ่มเคมีภัณฑ์และผลิตภัณฑ์เคมี ได้แก่ โรงงานลำดับที่ 42 และลำดับที่ 44 อันเป็นโรงงานจำพวกที่ 3 มีเครื่องจักรตั้งแต่ 50 แรงม้าขึ้นไปหรือมีคนงานตั้งแต่ 50 คนขึ้นไป โดยมีเกณฑ์การถือครองปริมาณสารเคมี รวมถึงสารเบนซินที่ต้องรายงานตั้งแต่ 1 ตันต่อปีขึ้นไป⁶³ และนอกจากนั้นเกณฑ์ทั่วไปในการคัดเลือกสารเคมีความเป็นพิษของสารเคมีที่ต้องถูกรายงานข้อมูลการปล่อยและเคลื่อนย้ายสารมลพิษที่ปล่อยออกมาสู่สิ่งแวดล้อม (Pollutant Release and Transfer Register : PRTR) พบสารเบนซิน ปรากฏอยู่ในบัญชีรายชื่อสารเคมีที่ต้องถูกรายงานข้อมูลดังกล่าว

⁶¹ กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการ และดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556, ข้อ 35

⁶² เพ็ญโฉม แซ่ตั้ง, ‘การเข้าถึงข้อมูลมลพิษของประชาชน การป้องกันคุณภาพสิ่งแวดล้อมเชิงรุก’, <http://www.learnprtr.net/index.php?lay=show&ac=article&id=539755037&Ntype=12> accessed 16 December 2017.

⁶³ ‘ประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษที่ต้องรายงานข้อมูล PRTR ภายใต้โครงการนำร่องพื้นที่มาบตาพุด’, <http://www.learnprtr.net/index.php?lay=show&ac=article&id=539650772&Ntype=10> accessed 16 December 2017.

4. บทสรุป

มาตรการควบคุมการใช้สารเบนซีนของโรงงานอุตสาหกรรม จากการศึกษามาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน (Occupational Safety and Health) และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น รวมถึงกฎหมายของประเทศไทยที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่ามาตรการควบคุมการใช้สารเบนซีนของโรงงานอุตสาหกรรมของประเทศไทยมีมาตรฐานทัดเทียมกับมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ รวมถึงมาตรฐานของต่างประเทศ แต่กฎหมายของประเทศไทยมีประเด็นปัญหาบางประการในการควบคุมการใช้สารเบนซีนของโรงงานอุตสาหกรรม ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายของประเทศไทย มีการจำกัดขนาดของประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษที่ต้องควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการกำหนดค่ามาตรฐานของสารที่ปล่อยออกจากแหล่งกำเนิดไม่มีการจำกัดขนาดของประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของประเทศไทย ไม่ควรมีการจำกัดขนาดของโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่มีการใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป ที่ต้องควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม แต่ควรมีการกำหนดค่ามาตรฐานของสารเบนซีนที่ปล่อยจากแหล่งกำเนิดเท่านั้น กล่าวคือโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่มีการใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตทุกขนาด ต้องมีการควบคุมการรั่วไหลของสารเบนซีนในบรรยากาศสิ่งแวดล้อม เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น

2. กฎหมายของประเทศไทย ไม่มีบทกำหนดโทษสำหรับกรณีนายจ้างไม่จัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลในขณะที่ลูกจ้างปฏิบัติงาน กฎหมายของประเทศไทย ได้แก่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กำหนดให้นายจ้างต้องจัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลให้แก่ลูกจ้าง และลูกจ้างต้องใช้อุปกรณ์ดังกล่าวตลอดเวลาการทำงาน แต่ข้อดีของกฎหมายไทยที่เพิ่มเติมจากมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของประเทศไทย คือกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน และกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานของประเทศไทย กำหนดกรณีหากลูกจ้างไม่ใช้อุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล นายจ้างมีอำนาจสั่งให้ลูกจ้างหยุดทำงานทันทีจนกว่าจะใช้อุปกรณ์ดังกล่าว กฎหมายโรงงาน มีการกำหนดประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษ ซึ่งนายจ้างต้องจัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลให้แก่ลูกจ้าง โดยกำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีนจะต้องจัดให้ลูกจ้างสวมอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล แต่กฎหมายของประเทศไทยไม่มีบทกำหนดโทษสำหรับกรณีนายจ้างไม่จัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลในขณะที่ลูกจ้างปฏิบัติงานเหมือนเช่นกฎหมายของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของประเทศไทยควรมีบทกำหนดโทษสำหรับกรณีนายจ้างไม่จัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคลในขณะที่ลูกจ้างปฏิบัติงานเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศไทย

3. กฎหมายของประเทศไทย ไม่มีบทกำหนดโทษสำหรับกรณีลูกจ้างไม่เข้ารับการอบรมเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานกับสารเบนซีน แต่กฎหมายของประเทศไทย มีบทกำหนดโทษสำหรับกรณีลูกจ้างไม่ให้

ความร่วมมือกับนายจ้างในการเข้าฝึกอบรม ซึ่งนายจ้างพิจารณาแล้วว่าจำเป็นสำหรับลูกจ้างคนนั้น ในที่นี้คือการไม่เข้ารับการอบรมเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานกับสารเบนซีน ลูกจ้างคนนั้นอาจถูกไล่ออกจากงานได้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของประเทศไทย ควรมีบทกำหนดโทษสำหรับกรณีลูกจ้างไม่เข้ารับการฝึกอบรมเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานกับสารเบนซีนเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ เนื่องจากลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวข้องกับสารเบนซีนจะได้ระมัดระวังตนเอง ทราบถึงวิธีการป้องกัน ข้อควรระวังต่าง ๆ อันเป็นผลดีกับลูกจ้าง เพื่อป้องกันการเกิดโรคเนื่องจากการทำงานกับสารเบนซีน

4. กฎหมายของประเทศไทย มีการจำกัดขนาดของประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษในการจัดทำรายงานมลพิษทางอากาศ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ประกอบการโรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตและปล่อยสารเบนซีนสู่บรรยากาศต้องรายงานข้อมูลการปล่อยมลพิษ กฎหมายของประเทศไทย ได้แก่อำนาจโรงงาน กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตตั้งแต่ 36 ตันต่อปีขึ้นไป ต้องจัดทำรายงานมลพิษทางอากาศ อันเป็นการรายงานปริมาณสารเบนซีนในอากาศที่ระบายออกจากปล่องของโรงงานแก่กรมโรงงานอุตสาหกรรม ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายของประเทศไทย ไม่ควรมีการจำกัดขนาดของโรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่มีการใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตแต่ให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีลำดับที่ 42 หรือลำดับที่ 44 ที่ใช้สารเบนซีนในกระบวนการผลิตทุกขนาดต้องมีการจัดทำรายงานมลพิษทางอากาศ เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น

บรรณานุกรม

Books

EPA, Toxic Release Inventory Reporting Requirement Basic Concept, Reporting Year 2009.

G. William Frick, Air Pollution Control in Environment law handbook, 7th ed.

Ken Takahashi, Toshiaki Higashi, The development and regulation of occupational exposure limits in Japan, Regulatory Toxicology and Pharmacology 46,2006.

Masanori Kida, Countermeasures on chemical substances in Japan by Air Pollution Control Law (Power Point).

Shigeharu Nakachi, The Pollutant Release and Transfer Register (PRTR) in Japan and Korean Toxic Releases Inventory (TRI) – an evaluation of their operation, Toxic Watch Network, Japan, 2010.

กฎหมาย

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ.2515.

พระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2554.

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535.

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535.

กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานในการบริหาร จัดการและดำเนินการด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556.

กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบสภาพของลูกจ้างและส่งผลการตรวจแก่พนักงานตรวจแรงงาน พ.ศ.2547.

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535.

กฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535.

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับภาวะแวดล้อม (สารเคมี) พ.ศ.2520.

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ความปลอดภัยในการทำงานเกี่ยวกับสารเคมีอันตราย พ.ศ.2534.

ประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดสารเคมีอันตรายที่ทำให้นายจ้างจัดให้มีการตรวจสอบสภาพของลูกจ้าง พ.ศ. 2552.

ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดมาตรฐานควบคุมการปล่อยทิ้งสารเบนซีน และสาร 1 , 3 บิวทาไดอิน จากโรงงานอุตสาหกรรมเคมี พ.ศ.2557.

ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมเคมีบางประเภทเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่จะต้องถูกควบคุมการปล่อยทิ้งสารเบนซีน และสาร 1 , 3 บิวทาไดอิน ออกสู่อากาศ พ.ศ.2557.

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2542) เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน.

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ 24 (พ.ศ.2530) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 เรื่อง หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการ.

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง การจัดทำรายงานชนิดและปริมาณสารมลพิษที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ. 2558.

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง มาตรการคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2552.

ประกาศคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ฉบับที่ 30 (พ.ศ.2550) เรื่องกำหนดมาตรฐานค่าสารอินทรีย์ระเหยง่ายในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 1 ปี.

ประกาศกรมควบคุมมลพิษ เรื่อง กำหนดค่าฝ้าระวังสำหรับสารอินทรีย์ระเหยง่ายในบรรยากาศโดยทั่วไปในเวลา 24 ชั่วโมง พ.ศ.2552.

ประกาศกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง แบบรายงานชนิดและปริมาณสารมลพิษที่ระบายออกจากโรงงาน พ.ศ. 2559.

ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง กำหนดแบบแจ้งรายละเอียด แบบรายงานความปลอดภัยและประเมินการก่อกองอันตราย และแบบรายงานผลการตรวจวัดปริมาณความเข้มข้นของสารเคมีอันตราย พ.ศ.2535.

ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง กำหนดมาตรฐานอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยส่วนบุคคล พ.ศ.2554.

ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง บัญชีรายชื่อสารเคมีอันตราย พ.ศ.2556.

ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง สัญลักษณ์เตือนอันตราย เครื่องหมายเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน และข้อความแสดงสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง พ.ศ.2554.

ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการฝึกอบรมผู้บริหาร หัวหน้า และลูกจ้าง ด้านความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ.2555.

ประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการตรวจวัดและการวิเคราะห์ผลการตรวจวัดระดับความเข้มข้นของสารเคมีอันตราย พ.ศ.2559.

LAWS

Benzene Convention 1971 (NO.136).

Benzene Recommendation 1971 (NO.144) (Recommendation concerning Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene).

Occupational Safety and Health and the Working Environment, Convention 1981 (NO.155).

Occupational Health Services, Convention 1985 (NO.161).

Act on the Evaluation of Chemical Substances and Regulation of Their Manufacture, etc. 1973.

Air Pollution Control Act 1968.

Clean Air Act 1963.

Clean Air Act 1993.

Environment Act 1995.

Health and Safety at Work Act ; etc. 1974.

Industrial Safety and Health Law 1972.

Occupational Safety and Health Act 1970.

The Control of Industrial Air Pollution (Registration of Works) Regulations 1989.

The Health and Safety (Emissions into the Atmosphere) Regulations 1983.

เอกสารจากอิเล็กทรอนิกส์

เพ็ญโฉม แซ่ตั้ง, ‘การเข้าถึงข้อมูลมลพิษของประชาชน การป้องกันคุณภาพสิ่งแวดล้อมเชิงรุก’,

<http://www.learnprtr.net/index.php?lay=show&ac=article&id=539755037&Ntype=12> .

‘บัญชีประเภทโรงงานอุตสาหกรรม จำแนกตามกฎหมายกระทรวง(พ.ศ.2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535’, <http://www.diw.go.th/hawk/data/factype.html>.

‘ประเภทแหล่งกำเนิดมลพิษที่ต้องรายงานข้อมูล PRTR ภายใต้โครงการนำร่องพื้นที่มาบตาพุด’,

<http://www.learnprtr.net/index.php?lay=show&ac=article&id=539650772&Ntype=10>.

<http://www.epa.gov/tri/trichemicals/index.html>.

Environmental Quality Standards in Japan – Air Quality, <http://www.env.go.jp/en/air/aq/aq.html>.

National Emission Standards for Hazardous Air Pollutants (NESHAPs) Subpart FF-National Emission Standard for Benzene Waste Operations, [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2015-title40-vol9/pdf/CFR-2015 title 40-vpl9-part61-subpart FF](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2015-title40-vol9/pdf/CFR-2015_title_40-vpl9-part61-subpart_FF).

PRTR Information Plaza Japan, <http://www.env.go.jp/en/chemi/prtr/about/substance.html>.

PRTR Information Plaza Japan, <http://www.env.go.jp/en/chemi/prtr/about/what.html>.

The UK National Air Quality Strategy, <http://www.air-quality.org.uk/20.php>.

'TRI Program Fact Sheet', http://www.epa.gov/tri/triprogram/tri_program_fact_sheet.html.

'TRI Reporting Cycle', <http://www.epa.gov/tri/triprogram/businesscycle/busprocess.html>.

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญา

Legal Measures to Protect Wisdom Products

เกวลิน ต่อบัญญาชาญ^{1*}

บทคัดย่อ

ประเทศไทยมีสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาเป็นจำนวนมากก่อให้เกิดมูลค่าทางเศรษฐกิจมหาศาล กฎหมายที่นำมาใช้ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาที่สำคัญ คือ กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งต้องมีองค์ประกอบอันเกิดจากปัจจัยมนุษย์นั้นคือ ภูมิปัญญา กล่าวคือ องค์ความรู้ในกระบวนการผลิตที่สืบทอดต่อกันมาและถูกถ่ายทอดภายในชุมชนแหล่งภูมิศาสตร์ กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นกฎหมายที่คุ้มครองภูมิปัญญาได้โดยทางอ้อมผ่านการผลิตสินค้า แต่กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีข้อจำกัดที่สำคัญคือ สินค้ามันต้องมีคุณภาพ คุณลักษณะ หรือชื่อเสียงเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ กล่าวคือ ต้องมีปัจจัยธรรมชาติอันได้มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ประกอบด้วย เช่น สภาพอากาศ สภาพดิน หรือวัตถุดิบเฉพาะจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นที่ทำให้สินค้ามีคุณภาพ คุณลักษณะ หรือชื่อเสียงที่เป็นเอกลักษณ์แตกต่างจากสินค้าประเภทเดียวกันที่ผลิตได้จากแหล่งอื่น อย่างไรก็ดี ในทางข้อเท็จจริงมีสินค้าไทยที่มีพื้นฐานมาจากวัฒนธรรมหรือภูมิปัญญาจำนวนมากที่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์หรือปราศจากปัจจัยธรรมชาติ ตัวอย่างสินค้าเช่น ผ้าไหม งานหัตถกรรมเครื่องจักรสาน เครื่องเบญจรงค์ การทำวุ้น เป็นต้น ซึ่งสินค้าเหล่านี้มุ่งเน้นที่ภูมิปัญญาซึ่งมีการรับการสืบทอดจากบุคคลไม่ใช่มุ่งเน้นที่ปัจจัยธรรมชาติ ทั้งนี้สหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศหนึ่งที่มีความน่าสนใจในการศึกษา เพราะสหภาพยุโรปมีมาตรการในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาที่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์หรือปัจจัยธรรมชาติ ดังนั้นบทความฉบับนี้จึงเกิดขึ้นเพื่อศึกษาและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาแต่ไม่มีความเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ โดยจะศึกษาถึงความเป็นมาของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความตกลงทริปส์ ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่สำคัญ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 เพื่ออธิบายความเป็นไปได้ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์โดยการใช้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปที่ใช้ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาที่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายของไทยในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญา ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองภูมิปัญญาของไทย การสร้างแรงจูงใจในการอนุรักษ์ และส่งเสริมการเพิ่มภูมิปัญญาไทยที่ประเมินมูลค่ามิได้ให้ประสบความสำเร็จ

คำสำคัญ ภูมิปัญญา, สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

¹ นักศึกษาคณะศึกษาศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

Thailand has various wisdom products, and they create huge benefits to the economy. The law that mainly applies to protect these wisdom products is the Geographical Indication Act, which they must be composed of human factors. Wisdom is the knowledge of the production process that is inherited and transmitted within the community. Geographical Indication Law protects products originating from the wisdom, but it still has a limitation that the products must have a quality, feature, or reputation linked to geographic sources, natural factors derived from geographic sources, such as weather, soil conditions, or specific materials from that geographic area where the product has a unique quality, unique feature or reputation, and can be differentiated from products from other sources. However, many Thai products are based on culture or wisdom, which does not link to geographic sources or natural factors, for examples, Silk, Handicrafts, Textile, Benjarong, Kite Production, etc. These products are based on wisdom, which is inherited from the individual, not on the natural factors. The European Union is one of role models in which we can learned from. Since the European Union has measures to protect goods based on wisdom unlinking to geographic or natural resources. This article aims to study legal measures to promote the protection of goods based on wisdom or not link to geographical sources. The article will examine the history of geographical indications, TRIPS Agreement, Geographical Indication Act Buddhist Era 2546, to explain the feasibility of Thai law to protect goods based on wisdom, not geographical sources Overall, this study will benefit the protection of Thai wisdom, then the motivation to conserve and promote the our invaluable products.

KeyWords: wisdom, Geographical Indication

1. ความเป็นมาของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

เดิมมนุษย์ได้แนวทางเพื่อสร้างลักษณะเด่นเฉพาะให้แก่สินค้าที่ได้ผลิตขึ้นมา โดยการใช้ชื่อของแคว้นที่มีการผลิตสินค้ากับตัวสินค้า² ขณะนั้นสินค้ายังเป็นที่รู้จักในวงแคบเท่านั้น ต่อเมื่อการคมนาคมสะดวกมากขึ้นสินค้าที่มีคุณภาพและชื่อเสียงนี้ได้กระจายออกไปในแคว้น ประเทศ หรือทวีปต่าง ผู้ผลิตสินค้าจึงเริ่มเล็งเห็นถึงความสำคัญของการมีกฎหมายเพื่อใช้คุ้มครองสินค้าที่ได้ใช้ความเพียรพยายามที่จะสร้างและพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรืออาศัยองค์ประกอบด้านธรรมชาติที่มีลักษณะเฉพาะของชุมชนในพื้นที่ของตนที่สร้างให้สินค้าของตนมีลักษณะโดดเด่นขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นหรือชุมชนอื่นที่ไม่มีสิทธิมาใช้ชื่อของสินค้าที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดทาง

² Dominique, The Protection of Appellation of Origin and Indication of Source in France. Symposium on Appellation of Origin and Indications of Source, (Bordeaux, France, November 3-5 1988), p. 95

ภูมิศาสตร์ของตน³ ในอดีตการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อยู่ในรูปแบบกฎหมายภายใน (National Law)⁴ ของแต่ละรัฐเท่านั้น โดยมีสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นผู้ริเริ่มการพัฒนาและส่งเสริมระบบการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติเพื่อรองรับสถานะของเครื่องหมายแหล่งกำเนิด แต่ในช่วงนั้นยังไม่มีกฎระเบียบนิยามเครื่องหมายแหล่งกำเนิดแต่อย่างใดเป็นการกล่าวถึงการตั้งชื่อแหล่งดั้งเดิม (Designation of Origin) เพื่อให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคว่าสินค้านั้นผลิตขึ้นสถานที่ใด และผู้ใดเป็นผู้ผลิตเท่านั้น ต่อมาเมื่อสินค้าถูกส่งออกสู่ตลาดในต่างประเทศทำให้เห็นว่าการคุ้มครองโดยกฎหมายภายในเพียงอย่างเดียวไม่อาจสร้างประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ดังนั้นจึงเกิดความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับระหว่างประเทศ

การพัฒนาความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับระหว่างประเทศพัฒนาเรื่อยมา กระทั่งมีความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและเป็นอนุสัญญาที่ทำให้ประเทศไทยมีการบัญญัติพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 ขึ้น นั่นคือ ความตกลงเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือความตกลงทริปส์ ความตกลงทริปส์ถือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาฉบับที่มีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกเป็นจำนวนมากที่สุด ซึ่งตามความตกลงทริปส์ในส่วนของบริษัทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นถือได้ว่าเกิดจากการประนีประนอมระหว่างสองกลุ่มประเทศ⁵ กล่าวคือ ในกลุ่มแรกเป็นประเทศในแถบยุโรปที่ประสงค์จะผลักดันให้มีการคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้อย่างเคร่งครัด เพราะความได้เปรียบของพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่อุดมสมบูรณ์ไปด้วยทรัพยากรธรรมชาติสินค้าที่ผลิตในพื้นที่ดังกล่าวจึงมีคุณลักษณะพิเศษเฉพาะแตกต่างจากสินค้าที่ผลิตในแหล่งอื่น

สำหรับอีกกลุ่มหนึ่ง คือ กลุ่มประเทศที่ประชากรจากทวีปยุโรปได้อพยพมาตั้งถิ่นฐาน หรือที่เรียกว่า “กลุ่มประเทศโลกใหม่” ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งการอพยพดังกล่าวผู้อพยพได้นำสูตรกรรมวิธีในการผลิตสินค้าจากแหล่งภูมิศาสตร์ของยุโรปโดยใช้ชื่อสินค้าเดียวกันกับแหล่งกำเนิดของสินค้าเดิมนั้นเพื่อจำหน่ายภายในประเทศ และส่งออกภายใต้ชื่อสินค้าเดียวกันกับในยุโรป ด้วยเหตุนี้ทำให้กลุ่มประเทศโลกใหม่ไม่ประสงค์ที่จะให้มีการคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่เข้าร่วมความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฉบับก่อนๆ ความตกลงทริปส์จึงเป็นการสมดุผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศสองกลุ่มดังกล่าว โดยกลุ่มประเทศโลกใหม่มีความพยายามแก้ไขบทบัญญัติมิให้เอื้อต่อประเทศในกลุ่มยุโรปฝ่ายเดียว จึงมีการกำหนดข้อยกเว้นบางประการไว้ เช่น ชื่อสามัญ การใช้ชื่อทางภูมิศาสตร์โดยสุจริตและมีการใช้กันมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน เป็นต้น⁶ โดยความตกลงทริปส์ได้กำหนดนิยาม “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” ให้หมายถึง สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่มีกำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หรือภูมิภาคหรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียง หรือ

³ วิมาน กฤตพลวิมาน, การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช หน่วยที่ 12, 2547), หน้า 168

⁴ World Intellectual Property Organization (Geneva, Switzerland), Introduction to Intellectual Property Theory and Practice, (London: Kluwer Law International, 1997), p. 233

⁵ William Van Caenegem, Jen Cleary, The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development, (Australia: Springer, 2017), p.48

⁶ Graneme B. Dinwoodie, Rochelle C. Dreyfuss, A Neofederalist Vision of Trips, The Resilience of the International Intellectual Property Regime, (New York: Oxford University Press, 2012), p. 40

คุณลักษณะอื่นที่มีอยู่ของสินค้ามีส่วนสำคัญมาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น ปัจจุบันการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในทางระหว่างประเทศจึงเป็นพันธกรณีตามความตกลงทริปส์ รวมถึงประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกและความตกลงทริปส์

2. การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์

ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญในการศึกษาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ โดยมีรายละเอียดที่สำคัญ คือ

2.1 ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์⁷ หมายถึง สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่กำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หรือภูมิภาคหรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นที่มีอยู่ของสินค้ามีส่วนสำคัญมาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น จากนิยามสินค้าจะต้องมีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ โดยความหมายโดยตรงของ “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายถึง ชื่อทางภูมิศาสตร์ (Geographical Name) ที่มีความหมายชัดเจนแสดงถึงพื้นที่ทางภูมิศาสตร์แห่งหนึ่งแห่งใด ไม่ว่าจะเป็นชื่อตำบล อำเภอ จังหวัด แคว้น หรือประเทศ เช่น ไช้เค็มไชยา ไวน์บอร์โดซ์ เครื่องหนังอิตาลี ชิการ์ฮาวานา ไวน์เบอร์กันดี เหล้าเชอร์รี่ สก็อตซ์วิสกี้ เนยแข็งโรคฟอร์ด ชาซีลอน นาฬิกาสวิส เครื่องหนังอิตาลี ฯลฯ⁸ นอกจากนี้รวมถึงความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อาจเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยอ้อมซึ่งอาจไม่ใช่ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์หรือเป็นสัญลักษณ์⁹ (Indirect Geographical Indications) เช่น “ยาโม” (นครราชสีมา) “หอยโอเฟล” (สาธารณรัฐฝรั่งเศส) “Austria Mozart Kugeln” เป็นต้น

2.2 ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ความคุ้มครองตามความตกลงทริปส์ แบ่งเป็นการคุ้มครองสินค้าทั่วไป และการคุ้มครองในระดับพิเศษสำหรับสินค้าประเภทไวน์และสุรา

2.2.1 ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป

ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไปตามความตกลงทริปส์กำหนดความเชื่อมโยงระหว่างสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์เพื่อป้องกันการใช้อันเป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม¹⁰ โดยมีรายละเอียด คือ

(1) การป้องกันการใช้อันเป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

⁷ TRIPs Agreement Article 22(1)

⁸ Helbling, T., The Term “Swiss” on Trade Goods: A Denomination of Origin and Its Legal Protection in the United Kingdom. 1997, p.51-58.

⁹ Marsha A. Echols, Geographical Indications for Food Products: International Legal and Regulatory Perspectives, (Netherlands: Kluwer Law International, 2008), p.61

¹⁰ TRIPs Agreement Article 22(2) บัญญัติว่า

“ในส่วนที่เกี่ยวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ บรรดาประเทศสมาชิกจะกำหนดวิธีการทางกฎหมายสำหรับผู้มีส่วนได้เสียที่จะป้องกันมิให้มี

การป้องกันการใช้อันเป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดนั้นมีข้อกำหนดให้ประเทศสมาชิกป้องกันการแสดงหรือนำเสนอแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าอันเป็นเท็จ เพราะสินค้าบางประเภทสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้บริโภค เช่น สก๊อตวิสกี ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง ไช้เค็มไชยา เป็นสินค้าที่มีชื่อเสียงการแสดงแหล่งกำเนิดว่ามาจากพัทลุง หรือเมืองไชยา หากมีการใช้ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์แสดงว่าสินค้ามาจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น แต่ข้อเท็จจริงสินค้าไม่ได้มาจากแหล่งนั้น ถือเป็นการหลอกลวงผู้บริโภค หรือการทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนว่าสินค้านั้นมีที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าวก็ถือเป็นการกระทำโดยมิชอบเช่นกัน

รวมถึงไม่ใช่การใช้ชื่อภูมิศาสตร์ แต่เป็นการใช้สัญลักษณ์ เช่น การใช้ภาพห่อไอเฟลกับสินค้า เพื่อสื่อว่าสินค้านั้นผลิตขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส¹¹ ที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดได้ แต่หากการใช้ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์ไม่ก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดต่อประชาชนผู้บริโภคนั้นย่อมสามารถใช้ได้

(2) การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม คือ การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากการใช้ของผู้ผลิตสินค้ารายอื่นในลักษณะที่ก่อให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม นิยามของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมพิจารณาได้ตามข้อ 10 ทวิ แห่งอนุสัญญากรุงปารีสที่ความตกลงทริปส์ให้นำมาใช้ มี 3 ประการ ได้แก่ การกระทำที่ทำให้สาธารณชนเกิดความสับสนเกี่ยวกับคู่แข่งทางการค้า การกระทำใดๆซึ่งในการแข่งขันนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต การกล่าวอ้างโดยมิชอบเกี่ยวกับสินค้าหรือกิจการทั้งในทางด้านอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมซึ่งเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือของคู่แข่งทางการค้า และการกล่าวหา หรือการกล่าวอ้างในทางการค้าเกี่ยวกับคุณลักษณะของสินค้า กระบวนการผลิต วัตถุประสงค์ของการผลิต หรือปริมาณของสินค้าที่เป็นการสร้างความสับสนหลงผิด ทำลายความน่าเชื่อถือในทางการค้าต่อคู่แข่งทางการค้าในตัวสินค้า ในทางอุตสาหกรรม หรือในกิจกรรมทางการค้าต่อคู่แข่งทางการค้า ตัวอย่างเช่น การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ถูกต้องกับสินค้าที่คุณภาพต่ำกว่ามาตรฐานจะเป็นการต้องห้าม เพราะการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดเกี่ยวกับลักษณะ กระบวนการผลิต คุณภาพของสินค้านั้น เข้าข่ายเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าสินค้านั้นจะผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์ที่สิ่งบ่งชี้ขึ้นบ่งระบุอย่างถูกต้องก็ตาม¹² ดังนั้นสินค้าแม้จะผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์ต้องทำถูกต้องตามข้อกำหนดร่วมกันในการผลิตสินค้าด้วย จึงจะมีสิทธิใช้สิทธิบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนนั้น เพื่อป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

2.2.2 การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุรา

ความตกลงทริปส์ยังมีการยกระดับความคุ้มครองสำหรับสินค้าประเภทไวน์และสุรา นอกเหนือจากความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป ตามข้อ 23¹³ กำหนดบทบัญญัติเป็นการเฉพาะนี้ได้ทำให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุรา มีมาตรฐานการคุ้มครองที่สูงกว่าการคุ้มครอง

(a) การใช้วิธีการใดๆในการกำหนดแหล่งที่มาหรือการนำเสนอสินค้าซึ่งชี้หรือแนะนำสินค้านั้นว่ามีแหล่งกำเนิดจากพื้นที่ทางภูมิศาสตร์แห่งใดแห่งหนึ่งนอกเหนือจากแหล่งกำเนิดที่แท้จริงในลักษณะที่ทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้า

(b) การใช้ใดๆซึ่งก่อให้เกิดการกระทำที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามข้อ 10 ทวิ แห่งอนุสัญญากรุงปารีส ค.ศ. 1967”

¹¹ Blakeney, M., Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement, (Sweet & Maxwell, London, 1996), p.71.

¹² Hart, T. and L. Fazzani, Intellectual Property Law, (Palgrave Law Masters, 2004), p.117-119

¹³ Simon Lester, Bryan Mercurio, Lorand Bartels, Bilateral and Trade Agreements Commentaty and Analysis, (UK: Cambridge University Press, 2015), p.336

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ใช้กับสินค้าอื่น ทั้งนี้เป็นผลจากแรงผลักดันของประเทศผู้ส่งออกสินค้าไวน์และสุรารายใหญ่ ซึ่งส่วนใหญ่คือสมาชิกของสหภาพยุโรป เช่น อิตาลี ฝรั่งเศส อังกฤษ สเปน โปรตุเกส ฯลฯ ที่ต้องการคุ้มครองผลประโยชน์การส่งออกสุราและไวน์ของตน โดยประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกมีหน้าที่ที่จะต้องห้ามการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุราที่มีได้มีแหล่งกำเนิดในสถานที่ที่แสดงไว้โดยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น¹⁴ เช่น บุคคลใดจะใช้คำว่า “Scott Whisky” กับสุราที่ไม่ได้ผลิตในแคว้นสกอตแลนด์มิได้ หรือจะใช้คำว่า “Bordeaux” กับไวน์ที่ไม่ได้ผลิตจากแคว้นบอร์โดซ์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมิได้ โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะมีผลให้ผู้บริโภคสับสนหรือหลงผิดในสินค้าหรือไม่ตามหลักเกณฑ์ของการคุ้มครองสินค้าทั่วไป รวมถึงการห้ามใช้ชื่อ เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ ที่แม้จะมีได้บ่งระบุว่าสินค้าผลิตจากพื้นที่ตามสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นโดยตรง หากแต่ได้แสดงไว้ในทำนองว่าสินค้านั้นมีคุณภาพหรือลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดคล้ายคลึงกับสินค้าที่ผลิตในพื้นที่นั้น เช่น ข้อความว่า “ชนิด” “แบบ” “ลักษณะ” เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ห้ามใช้ข้อความว่า สุราเหมือนวิสกีสกอตช์ เป็นต้น และห้ามมิให้จดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับไวน์และสุราเป็นเครื่องหมายการค้า โดยไม่คำนึงว่าความสับสนหลงผิดต่อผู้บริโภคหรือไม่เช่นกัน¹⁵

โดยสรุปหลักการของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์ต้องมีความเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์เป็นสำคัญ โดยชื่อของแหล่งภูมิศาสตร์ที่จะนำมาใช้กับสินค้าได้ สินค้าจะต้องผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์นั้น เพื่อป้องกันการใช้อันเป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดสินค้าของผู้บริโภค และป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาแต่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์จึงไม่สามารถให้การคุ้มครองได้

3. การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายไทย

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

3.1 ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 กำหนดความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียงหรือคุณลักษณะ เฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว พระราชบัญญัติกำหนดให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องสามารถบ่งบอกได้ถึงคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าที่ผลิตจากพื้นที่นั้นได้ ตัวอย่างเช่น เมื่อกล่าวถึงคำว่า

¹⁴ TRIPs Agreement Article 23(1) “สมาชิกแต่ละรายจะกำหนดวิธีการทางกฎหมายสำหรับผู้มีส่วนได้เสียที่จะป้องกันมิให้มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แสดงไว้สำหรับสินค้าสุราที่มีได้มีแหล่งกำเนิดจากสถานที่ในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามที่แสดงไว้ แม้แต่กรณีแหล่งกำเนิดที่แท้จริงของสินค้ามีการระบุไว้หรือมีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นคำแปล หรือใช้เป็นการแสดงประกอบ เช่น คำว่า “ชนิด” “ประเภท” “แบบ” “การเลียนแบบ” หรือคำอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกัน”

¹⁵ TRIPs Agreement Article 23(2) “หากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของสมาชิก หรือโดยการร้องขอของผู้มีส่วนได้เสีย สมาชิกต้องปฏิเสธหรือเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับไวน์หรือสุรา ซึ่งมีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ซึ่งแสดงไวน์ หรือสำหรับสุราซึ่งมีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งแสดงสุรา หากไวน์หรือสุราดังกล่าวไม่ได้มีแหล่งกำเนิดจริงตามที่แสดงไว้”

“ไขเค็มไชยา” ผู้บริโภคจะนึกถึงคุณภาพ หรือลักษณะของไขเค็มที่มีลักษณะฟองโต มีไขแดงใหญ่ เป็นมันเยิ้ม เป็นต้น ด้วยเหตุนี้การขอยื่นคำขอขึ้นทะเบียน ผู้ยื่นคำขอจะต้องบรรยายให้เห็นว่า แหล่งพื้นที่นั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้า นั้นอย่างไร ลักษณะเด่นของสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มาจากพื้นที่การผลิตนั้น มีความแตกต่างจากสินค้า เดียวกันที่มาจากพื้นที่อื่น สำหรับความแตกต่างหรือความโดดเด่นของสินค้าที่เป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น เกิดได้ หลายลักษณะ เช่น ในคุณภาพวัตถุดิบที่มีเฉพาะในแหล่งใดแหล่งหนึ่ง หรือการใช้ทักษะการผลิตหรือการแปรรูปใน พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง โดยในการขอรับความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ผู้ขอจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีความ เชื่อมโยงอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าว

3.2 ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อให้เข้าใจง่ายในการศึกษาจะขอกกล่าวถึงการคุ้มครองสินค้าทั่วไป และการคุ้มครองสินค้าเฉพาะอย่างที่มีการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพื่อให้สอดคล้องกับการศึกษาการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์

3.2.1 การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไป

ความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายไทยกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างสินค้ากับ แหล่งภูมิศาสตร์เพื่อป้องกันการใช้อันเป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็น ธรรม เช่นเดียวกัน ปรากฏใน มาตรา 27(1)(2) พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ “การกระทำได้ต่อไปนีถือว่า เป็นการกระทำโดยมิชอบ

(1) การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อแสดงหรือทำให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่าสินค้าที่มีได้มาจาก แหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนเป็นสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว

(2) การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยประการใดที่ทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ ของสินค้าและในคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นของสินค้านั้น เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการค้าราย อื่น”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ข้อ 22(2) ในการป้องกันการใช้อัน เป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดและการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) การป้องกันการใช้อันเป็นเท็จหรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อแสดงหรือทำให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่าสินค้าที่มีได้มาจากแหล่ง ภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนเป็นสินค้าที่มาจากแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว เช่น ใช้ชื่อ “ข้าวแต่นลำปาง” กับ ข้าวแต่นที่ผลิตจากเชียงใหม่ หรือใช้ชื่อ “หมวย่างเมืองตรัง” กับหมวย่างที่ผลิตจากพิษณุโลก รวมถึงกรณีการใช้สิ่ง บ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยผู้ผลิตที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ที่มีชื่อพ้องหรือ อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์อื่น โดยแอบอ้างใช้สิ่ง บ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้าและในคุณภาพ ชื่อเสียง หรือ คุณลักษณะอื่นของสินค้านั้นเป็นการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยมิชอบ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 27(1) พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ ตรงกับข้อ 22(4) ความตกลงทริปส์ ในส่วนของการป้องกันการใช้อันเป็นเท็จ หรือก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด

2) การป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ มาตรา 27(2) การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยประการ ใดที่ทำให้เกิดความสับสนหรือหลงผิดในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้าและในคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นของ

สินค้านั้นเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น เป็นการบัญญัติเพื่อป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ การที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ฯ จะต้องมีการกำหนดมาตรฐานกลาง หรือที่เรียกว่า ข้อกำหนดมาตรฐานการผลิต มีรายละเอียดคือ มาตรฐานการผลิตสินค้า (Product Specification) รายละเอียดความเชื่อมโยงของสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ (Links) กำหนดขอบเขตพื้นที่ในการผลิต (Zoning or Boundary Setting) และมีการตรวจสอบรับรองและจัดตั้งระบบควบคุมการผลิต (Inspection Structure and Control System) โดยสิทธิที่จะใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังคงมีต่อไปตราบเท่าที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังคงมีลักษณะตามที่กำหนด การที่ผู้ผลิตไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ จึงเป็นการทำให้ลักษณะเฉพาะของสินค้าเปลี่ยนแปลงไป เมื่อมีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าที่ไม่ได้ผลิตตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ จึงเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์รายอื่น ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 27(2) สอดคล้องกับข้อ 22(4) ของความตกลงทริปส์

3.2.2 การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่าง

พระราชบัญญัติฯ ยังมีการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะอย่างตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง นอกเหนือจากการคุ้มครองสินค้าทั่วไป ตามมาตรา 28 วรรค 1 ถึง วรรคสาม บัญญัติว่า “รัฐมนตรีอาจประกาศให้สินค้าประเภทใดเป็นสินค้าเฉพาะอย่างก็ได้ โดยกำหนดในกฎกระทรวง

ภายใต้บังคับวรรคสี่ เมื่อประกาศให้สินค้าประเภทใดเป็นสินค้าเฉพาะอย่างตามวรรคหนึ่ง การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าที่มีได้มีแหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียนเป็นการกระทำโดยมิชอบ แม้ว่าผู้ใช้จะได้ระบุแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นไว้ด้วย หรือได้ใช้คำหรือได้กระทำการใดที่แสดงให้ทราบถึงแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นก็ตาม

การแสดงให้เห็นทราบถึงแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้าตามวรรคสองให้รวมถึงการใช้คำว่า “ชนิด” “ประเภท” “แบบ” หรือคำหรือสิ่งทำนองเดียวกัน ประกอบกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ใช้กับสินค้านั้น”

ปัจจุบันมีการประกาศให้สินค้าไวน์ สุรา ข้าว ผ้าไหม¹⁶ เป็นสินค้าเฉพาะอย่าง เมื่อประกาศให้สินค้าประเภทใดเป็นสินค้าเฉพาะอย่างแล้ว กฎหมายห้ามมิให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับสินค้าที่มีได้มีแหล่งภูมิศาสตร์ที่ระบุในคำขอขึ้นทะเบียน แม้ว่าผู้ใช้จะได้ระบุแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นไว้ด้วย หรือได้ใช้คำหรือได้กระทำการใดที่แสดงให้ทราบถึงแหล่งภูมิศาสตร์อันแท้จริงของสินค้านั้นก็ตาม เช่น การใช้คำว่า “ชนิด” “ประเภท” “แบบ” หรือคำหรือสิ่งทำนองเดียวกัน ประกอบกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ใช้กับสินค้านั้นจะเป็นการต้องห้าม จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่สินค้าเฉพาะอย่างเป็นการให้ความคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นกว่าธรรมดา หรือที่เรียกว่าการให้ความคุ้มครองในระดับพิเศษ คือ การที่กฎหมายเอาผิดกับผู้นำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาใช้โดยไม่ตรงกับความเป็นจริง ถึงแม้ว่าจะได้มีการระบุถึงแหล่งที่มาที่แท้จริงของสินค้านั้นก็ตาม เช่น ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ “ไวน์ที่ราบสูงภูเขา” กับไวน์ที่ผลิตจากภูเขา ถึงแม้ว่าจะได้ระบุแหล่งที่มาที่แท้จริงของไวน์นั้นว่ามาจากภูเขาหรือผลิตที่เขายาก็ตาม ซึ่งหากสมมุติว่าไวน์ไม่ได้เป็นสินค้าเฉพาะอย่างที่รัฐมนตรีกำหนดการระบุที่มาที่แท้จริงของไวน์นั้น คำว่า “ผลิตที่ภูเขา” จะไม่ทำให้การใช้ชื่อ “ไวน์ที่ราบสูงภูเขา” กับไวน์ที่ผลิตในจังหวัดภูเขา เป็นความผิดแต่อย่างใด แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าไวน์เป็นสินค้าที่รัฐมนตรีกำหนดให้เป็น สินค้าเฉพาะอย่าง ดังนั้นแม้จะมีการระบุที่มาที่แท้จริงก็ไม่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

¹⁶ กฎกระทรวงกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน (พ.ศ. 2547)

ผู้ที่มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนและผู้มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ผู้ที่มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มคือ

กลุ่มที่หนึ่ง ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งมีเขตรับผิดชอบครอบคลุมบริเวณแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้า

กลุ่มที่สอง บุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งประกอบกิจการค้าเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และมีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น และ

กลุ่มที่สาม กลุ่มผู้บริโภคหรือองค์กรผู้บริโภคสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ในส่วนของผู้มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น บุคคลที่สามารถใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนไว้แล้วมี 2 กลุ่ม คือ ผู้ผลิตสินค้า ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว และผู้ประกอบการค้าเกี่ยวกับสินค้านั้น กฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มุ่งให้สิทธิแก่ชุมชน ดังนั้นเมื่อผู้มีสิทธิขอขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มายื่นคำขอขึ้นทะเบียน และต่อมาสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นได้รับการขึ้นทะเบียนตามที่ได้ยื่นคำขอไว้ ผู้ที่มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น จะไม่จำกัดเฉพาะผู้ที่มาขอขึ้นทะเบียนเท่านั้น แต่อาจเป็นบุคคลอื่นโดยอาจเป็นผู้ผลิตสินค้า ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว หรือผู้ประกอบการค้าเกี่ยวกับสินค้า

โดยสรุปจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่สอดคล้องกับความตกลงทริพส์ คือ มุ่งเน้นความเชื่อมโยงระหว่างสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ ดังนั้นสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญา หากภูมิปัญญานั้นไม่ได้มีปัจจัยธรรมชาติซึ่งเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์จึงอยู่นอกขอบเขตตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

4. กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ใช้ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาที่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์

สหภาพยุโรปและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปมีการนำเครื่องมือทางกฎหมายมาใช้ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาที่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ได้แก่ การใช้เครื่องหมายการค้า และการตรากฎหมายเฉพาะของสหภาพยุโรป โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 การใช้เครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นกฎหมายหนึ่งที่ประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปนำมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการแข่งขันทางการค้ากับการขายสินค้าในประเทศและต่างประเทศ การใช้เครื่องหมายการค้าแสดงออกถึงพื้นฐานของการผลิตสินค้าที่มีการใช้ภูมิปัญญาอย่างเป็นการคุ้มครองวัฒนธรรมไปด้วยในขณะเดียวกัน ประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปมีการใช้เครื่องหมายร่วม¹⁷ ในการปกป้องสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลิตภัณฑ์ที่อาจมีลักษณะบางอย่างที่เฉพาะเจาะจงสำหรับผู้ผลิตในภูมิภาคที่กำหนด ซึ่งเชื่อมโยงกับสภาพประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม สภาพสังคมของพื้นที่ ตัวอย่างประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เช่น ประเทศอิตาลีมีการใช้

¹⁷ REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union trade mark Article 74 (2) EUTMR เครื่องหมายร่วมเป็นเครื่องหมายหรือข้อบ่งชี้ที่อาจใช้ในการค้ากับการกำหนดแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการ ส่งผลให้เครื่องหมายอธิบายแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้าหรือบริการนั้น

เครื่องหมายร่วมซีในการปกป้ององค์ความรู้ดั้งเดิมในงานศิลปะและหัตถกรรมดั้งเดิม เช่น ผลิตภัณฑ์ Neapolitan shepherd, Marquetry of Sorrento, Marble of Carrara, Alabaster of Volterra เป็นต้น อีกเครื่องหมายหนึ่งที่ใช้ในการปกป้องผลผลิตจากองค์ความรู้ดั้งเดิม คือ เครื่องหมายรับรอง¹⁸ ประเทศในสหภาพยุโรปที่มีการใช้เครื่องหมายรับรองเพื่อปกป้ององค์ความรู้ดั้งเดิม ได้แก่ ประเทศโปรตุเกส the Association of Carpet Producers of Arraiolos จัดทะเบียนเพื่อให้ได้รับเครื่องหมายรับรองเพื่อคุ้มครองสินค้าประเภทพรม¹⁹

การคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาโดยการใช้เครื่องหมายการค้านั้น เนื่องด้วยสหภาพยุโรปมีเครื่องหมายการค้าชุมชนสหภาพยุโรป (Community Trademarks)²⁰ หรือ เครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป (European Union trade mark) ดังนั้นเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนของสหภาพยุโรปถือว่าถูกต้องในทุกพื้นที่ของสหภาพยุโรป สามารถลงทะเบียน โอน ถอน ประกาศเป็นโมฆะหรือหมดอายุลงและการใช้งานนั้นสามารถถูกห้ามได้สำหรับรัฐทั้งหมดของสหภาพยุโรป²¹ ทำให้การใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อปกป้องผลิตภัณฑ์ที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาจึงสามารถได้รับความคุ้มครองที่ดีขึ้น²² โดยการใช้เครื่องหมายการค้าในการปกป้องผลิตภัณฑ์อันเกิดจากภูมิปัญญาผลผลิต คือ สามารถบ่งบอกสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญา เพิ่มมูลค่าของสินค้า เพิ่มศักยภาพในการแข่งขันกับสินค้าประเภทเดียวกัน แต่ไม่สามารถห้ามการใช้ภูมิปัญญาได้²³

สำหรับประเทศไทยมีการใช้เครื่องหมายการค้าเพื่อสื่อถึงผู้บริโภคในการคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม เช่น เครื่องหมายรับรองผลิตภัณฑ์ผ้าไหมไทย ของกรมหม่อนไหม เครื่องหมายมาตรฐานอาหาร “รสไทยแท้” (Rod Thai Tae) ของสถาบันอาหาร เป็นต้น ซึ่งเป็นไปตามหลักของกฎหมายเครื่องหมายการค้า ไม่สามารถคุ้มครองมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมได้ แต่สามารถเพิ่มมูลค่าสินค้า และเพิ่มศักยภาพในการแข่งขัน

4.2 กฎหมายเฉพาะ

สหภาพยุโรปมีการตรากฎหมายเฉพาะภายในสหภาพ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ได้แก่

4.2.1 การรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม(Traditional Speciality Guaranteed (TSG))

สหภาพยุโรปมีกฎหมายว่าด้วยการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม (Traditional Speciality Guaranteed (TSG)) ตามระเบียบเลขที่ 1151/2012 แห่งสภายุโรปและคณะมนตรี อันเป็นการคุ้มครองผลผลิตจากภูมิปัญญาสำหรับผลิตภัณฑ์หรือสินค้าเกษตรและอาหาร วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้

¹⁸ REGULATION (EU) 2017/1001 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2017 on the European Union trade mark Article 83 เครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรปที่มีการทำเครื่องหมายและสามารถแยกแยะสินค้า หรือบริการที่ได้รับการรับรอง โดยเจ้าของเครื่องหมายเกี่ยวกับ วัตถุ รูปแบบการผลิตสินค้า หรือประสิทธิภาพของบริการในคุณภาพ ความถูกต้อง หรือลักษณะอื่น ๆ

¹⁹ Barbara T. Hoffman, Art and Cultural Heritage Law, Policy and Practice, (New York: Cambridge, 2006), p.333

²⁰ ระเบียบประชาคมยุโรปเลขที่ 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

²¹ REGULATION (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark Article 1.2

²² REGULATION (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark Article 6

²³ Stephen A. Hansen and Justin W. Van Fleet, (Traditional Knowledge and Intellectual Property, (Washington: the American Association for the Advancement of Science, 2003), p.20

เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและอนุรักษ์ภูมิปัญญาการคุ้มครองจะเป็นการคุ้มครองโดยการจัดทำตราสัญลักษณ์ (TSG) เพื่อเผยแพร่ผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมสู่สาธารณชน และคุ้มครองชื่อของสินค้าสำหรับสินค้าที่แสดงให้เห็นถึงการมีส่วนผสมดั้งเดิม หรือกระบวนการทำแบบ ตัวอย่างสินค้าที่ได้รับความคุ้มครองการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม เช่น Pumpernickel, Haggis, Pizza Napoletana, Serrano ham, Mozzarella เป็นต้น

โดยการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม Traditional Speciality Guaranteed (TSG) มีองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้²⁴

(1) ชื่อเรียกที่มีคุณสมบัติเหมาะสมสำหรับการจดทะเบียนเป็นผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม เมื่อใช้กับผลิตภัณฑ์อาหารที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(เอ) ผลิตภัณฑ์อาหารที่มาจากรูปแบบการผลิต การแปรรูปหรือการผสมที่สอดคล้องกับวิธีปฏิบัติแบบดั้งเดิมสำหรับผลิตภัณฑ์อาหารนั้นๆ หรือ

(บี) ผลิตภัณฑ์อาหารที่ผลิตจากวัตถุดิบหรือส่วนผสมที่ใช้กันมาแต่เดิม

(2) การที่สามารถจดทะเบียนชื่อเรียกเป็นผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมชื่อนั้นจะต้องมีคุณสมบัติต่อไปนี้

(เอ) เป็นชื่อเรียกที่ใช้เรียกผลิตภัณฑ์หนึ่งโดยจำเพาะเจาะจงมาแล้วเป็นระยะเวลาหนึ่ง หรือ

(บี) เป็นชื่อที่แสดงถึงลักษณะที่เป็นแบบดั้งเดิมหรือลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์

(3) หากในขั้นตอนการคัดค้าน โดยมีการระบุว่ามีการใช้ชื่อเรียกดังกล่าวในประเทศสมาชิกประเทศอื่นหรือประเทศภายนอกสหภาพ เพื่อเป็นการแยกความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์ที่คล้ายคลึงกันหรือผลิตภัณฑ์ที่มีชื่อเหมือนกันหรือคล้ายกัน การลงมติรับจดทะเบียน อาจกำหนดให้ใช้ชื่อเรียกของผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมร่วมกับข้อถ้อยสิทธิ “ผลิตตามวิธีดั้งเดิมของ” ตามด้วยชื่อประเทศหรือภูมิภาคของผลิตภัณฑ์นั้น

(4) ชื่อเรียกจะไม่สามารถจดทะเบียนได้ในกรณีที่ชื่อดังกล่าวแสดงถึงลักษณะทั่วไปที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ชุดหนึ่งหรือแสดงถึงข้อถ้อยสิทธิที่กำหนดโดยกฎหมายสหภาพจำเพาะ

สำหรับการขึ้นทะเบียนการคุ้มครองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม การที่จะสามารถจดทะเบียนชื่อเรียกเป็นผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมชื่อนั้นจะต้องมีคุณสมบัติ คือ เป็นชื่อเรียกที่ใช้เรียกผลิตภัณฑ์หนึ่งโดยจำเพาะเจาะจงมาแล้วเป็นระยะเวลาหนึ่ง หรือเป็นชื่อที่แสดงถึงลักษณะที่เป็นแบบดั้งเดิมหรือลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์ ทั้งนี้หากมีการคัดค้านว่าชื่อดังกล่าวถูกใช้กับประเทศสมาชิกอื่นหรือประเทศนอกสหภาพ เพื่อเป็นการแยกความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์ที่คล้ายคลึงกันหรือผลิตภัณฑ์ที่มีชื่อเหมือนกันหรือคล้ายกัน อาจกำหนดให้ใช้ชื่อเรียกของผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมร่วมกับข้อถ้อยสิทธิ “ผลิตตามวิธีดั้งเดิมของ” ตามด้วยชื่อประเทศหรือภูมิภาคของผลิตภัณฑ์นั้น โดยชื่อสามัญไม่สามารถจดทะเบียนได้

ในคำขอจดทะเบียนผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมจะต้องเป็นไปตามรายละเอียดซึ่งประกอบด้วยสิ่งต่อไปนี้²⁵

²⁴ Article 18 of REGULATION (EU) No 1151/2012

²⁵ Article 19 of REGULATION (EU) No. 1151/2012.

(เอ) ชื่อเรียกที่เสนอขอจดทะเบียนในภาษาที่เหมาะสม

(บี) รายละเอียดผลิตภัณฑ์ที่รวมถึงลักษณะทางกายภาพ ทางเคมี ทางจุลชีววิทยา หรือทางประสาทสัมผัสซึ่งแสดงถึงลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์

(ซี) รายละเอียดวิธีการผลิตซึ่งผู้ผลิตใช้อยู่ซึ่งอาจรวมถึงลักษณะหรือลักษณะเฉพาะของวัตถุดิบหรือส่วนผสมที่ใช้ และวิธีการเตรียมผลิตภัณฑ์

(ดี) องค์ประกอบหลักที่เป็นลักษณะที่เป็นแบบดั้งเดิมของผลิตภัณฑ์ และมีเนื้อหาขอจดทะเบียนจะต้องประกอบด้วย²⁶

(เอ) ชื่อและที่อยู่ของกลุ่มผู้ขอ

(บี) รายละเอียดผลิตภัณฑ์ตามที่กำหนดในข้อ 19

ในส่วนของการคุ้มครองการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม²⁷ ผู้ประกอบการรายใดๆ ที่ทำการตลาดผลิตภัณฑ์ซึ่งเป็นไปตามรายละเอียดที่สอดคล้องกันสามารถใช้ชื่อที่จดทะเบียนเป็นผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมได้

1) ให้มีการจัดทำสัญลักษณ์ของสหภาพเพื่อเผยแพร่ผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมสู่สาธารณชน

2) ในกรณีที่ผลิตภัณฑ์มีแหล่งกำเนิดภายในสหภาพและวางตลาดในฐานะผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมผ่านการจดทะเบียนแล้วตามขั้นตอนปฏิบัติที่ระบุไว้ในระเบียบนี้จะต้องมีสัญลักษณ์ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่ 2 ปรากฏอยู่บนฉลากโดยไม่กระทบต่อย่อหน้าที่ 4 นอกจากนี้ ชื่อผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการจดทะเบียนแล้วควรปรากฏอยู่ในบริเวณที่สามารถมองเห็นได้บริเวณเดียวกัน สามารถระบุข้อความบ่งชี้คำว่า “ผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม” หรืออักษรย่อ “TSG” ไว้ที่ฉลากได้ สำหรับผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมที่ผลิตขึ้นนอกสหภาพจะใช้สัญลักษณ์หรือไม่ใช้ก็ได้

3) เพื่อให้แน่ใจว่ามีการสื่อข้อมูลที่เหมาะสมแก่ผู้บริโภค คณะกรรมการสหภาพจะได้รับอำนาจในการใช้กฎหมายลำดับรองตามข้อ 56²⁸ ในการจัดทำสัญลักษณ์ของสหภาพ

จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมเป็นการให้เครื่องหมายรับรองลักษณะหนึ่งที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับภายในสหภาพ

4. 2. 2 DECISION (EU) 2017/864 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 May 2017 on a European Year of Cultural Heritage (2018)

สหภาพยุโรปได้มีการจัดทำ DECISION (EU) 2017/864 เพื่อส่งเสริมให้มีการแบ่งปันและชื่นชมมรดกทางวัฒนธรรมของยุโรปในฐานะแหล่งข้อมูลร่วมกัน เพื่อสร้างความตระหนักถึงประวัติศาสตร์และคุณค่าร่วมกันและเพื่อเสริมสร้างความรู้สึกร่วมกันเป็นส่วนหนึ่งของร่วมกันในพื้นที่ยุโรป กฎหมายของสหภาพยุโรปฉบับนี้มี 11 มาตรา วัตถุประสงค์ในการส่งเสริม สนับสนุน และกระตุ้นให้เกิดความตระหนักถึงมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม การประสานงานและความร่วมมือระหว่างประเทศในสหภาพและองค์การระหว่างประเทศ และการสนับสนุนทางการเงินทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้เป็นเพียงกรอบความร่วมมือในการส่งเสริมมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมในสหภาพ

²⁶ Article 20 of REGULATION (EU) No. 1151/2012.

²⁷ Article 23 of REGULATION (EU) No. 1151/2012.

²⁸ Article 56 “Exercise of the delegation”

แต่ไม่มีสภาพบังคับ ทั้งนี้ตามDECISION (EU) 2017/864 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 May 2017 on a European Year of Cultural Heritage (2018) จะเห็นได้ว่าไม่ใช่การคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์โดยตรง เป็นเพียงแต่กรอบความร่วมมือในระหว่างประเทศภายในกลุ่มสหภาพเพื่อสร้างความตระหนักถึงภูมิปัญญาร่วมกันเท่านั้น ซึ่งความร่วมมือในทางระหว่างประเทศเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยให้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์มีผลใช้บังคับดียิ่งขึ้น

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าและกฎหมายเฉพาะของสหภาพยุโรปสามารถนำมาใช้เพื่อการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ และลดข้อจำกัดของกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ต้องเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์หรือปัจจัยธรรมชาติได้

5. วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์สามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

5.1 วิเคราะห์การใช้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์

เมื่อพิจารณาตามข้อ 22(1) ของความตกลงทริปส์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์²⁹ หมายถึง สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่มีกำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หรือภูมิภาคหรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะอื่นที่มีอยู่ของสินค้านั้นมีส่วนสำคัญมาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น จึงเทียบเคียงได้กับความคุ้มครองรูปแบบ PGI ของสหภาพยุโรป³⁰ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 มาตรา 3 บัญญัติความหมาย สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เรียกหรือ ใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกได้ว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว ดังนั้นตามความตกลงทริปส์ และพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 จึงกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างสินค้ากับแหล่งภูมิศาสตร์ไว้ คือ สินค้าต้องผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ประกอบกับพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 บัญญัติถึงผู้มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องเป็นผู้ผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์ อันเป็นสิทธิชุมชน การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์ พระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงต้องเชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ และมีขอบเขตพื้นที่ตามที่กำหนดตั้งที่ขึ้นทะเบียนไว้ ทั้งนี้มีตัวอย่างประกอบในคดี Budweiser ซึ่งเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการผลิตนอกแหล่งภูมิศาสตร์ แม้จะมีการใช้ภูมิปัญญาแบบดั้งเดิม เช่นเดียวกับการผลิตในแหล่งภูมิศาสตร์ ก็ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

²⁹ TRIPs Agreement Article 22(1)

³⁰ William Van Caenegem, Jen Cleary, The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development, (Australia: Springer, 2017), p. 229

“Budweiser” เป็นชื่อเทือกเขาแห่งหนึ่งในแคว้นโบฮีเมียในประเทศสาธารณรัฐเช็ก ผู้คนที่อยู่แถบเทือกเขานั้นส่วนใหญ่มีอาชีพหลักในการทำเบียร์ และเบียร์ที่ผลิตที่นั่นก็เป็นเบียร์คุณภาพดี เจ้าของเครื่องหมายการค้า “Budweiser” ในสหรัฐ คือ บริษัท Anheuser-Busch ซึ่งก่อตั้งโดยสองตระกูล Anheuser และ Busch ซึ่งเคยอาศัยอยู่ในหมู่บ้านแถบเทือกเขาบูเดไวเซอร์ และอพยพไปอยู่ในสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1870 โดยนำภูมิปัญญาและ 노하우การผลิตเบียร์ติดตัวไปด้วย บริษัท Anheuser-Busch จำหน่ายเบียร์ในสหรัฐเป็นเวลากว่าร้อยปีจนเติบโตกลายเป็นอุตสาหกรรมใหญ่ที่ได้รับความนิยม ครองส่วนแบ่งตลาดในสหรัฐถึงร้อยละ 45 บริษัทได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเบียร์ของตนว่า “Budweiser” สร้างแบรนด์เนมที่มีชื่อเสียงแพร่หลาย ทำกำไรจำนวนมหาศาล แต่ในยุโรปบริษัท Anheuser-Busch ไม่สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านี้ สำนักงานเครื่องหมายการค้าของประเทศเยอรมนี ออสเตรีย สาธารณรัฐเช็ก นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ อังกฤษ ฯลฯ ได้ปฏิเสธที่จะรับจดทะเบียนการค้า “Budweiser” โดยเหตุว่าถ้อยคำดังกล่าวเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งกฎหมายของประเทศในยุโรปให้การคุ้มครอง บริษัทดังกล่าวจึงต้องเลี่ยงไปจดทะเบียนคำว่า “Buds” เป็นเครื่องหมายการค้าแทน³¹

ฉะนั้นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามความตกลงทริปส์ และพระราชบัญญัติสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พุทธศักราช 2546 จึงไม่สามารถให้การคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ได้

5.2 วิเคราะห์กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ใช้ในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาที่ไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์เพื่อการพัฒนากฎหมายไทย

สหภาพยุโรปมีการใช้เครื่องหมายการค้า และการตรากฎหมายเฉพาะที่เรียกว่าการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม ซึ่งสามารถคุ้มครองสินค้าที่ที่มีการสืบทอดของภูมิปัญญา กล่าวคือ ภูมิปัญญาเป็นพื้นฐานในการผลิตสินค้า แต่ไม่จำกัดขอบเขตของภูมิศาสตร์ในการผลิต หรือไม่จำกัดปัจจัยธรรมชาติของแหล่งภูมิศาสตร์ใดภูมิศาสตร์หนึ่งในการผลิต ดังนั้นการใช้เครื่องหมายการค้า และการตรากฎหมายเฉพาะในลักษณะการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม จึงเป็นประโยชน์กับการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์

เมื่อวิเคราะห์กฎหมายเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้า คือ การใช้ตราหรือสัญลักษณ์ที่บ่งเฉพาะจำแนกแยกแยะสินค้า ไม่ได้ปกป้องมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม แต่สามารถแสดงถึงผู้ผลิตสินค้า แหล่งที่มา ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การใช้เครื่องหมายการค้าจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่สามารถคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ดังนั้นจึงควรสร้างมาตรการการให้เครื่องหมายรับรองสินค้าที่มีพื้นฐานจากมรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม และเมื่อพิจารณาการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิม ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการอนุญาตและใช้เครื่องหมายรับรอง ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าควรมีการนำหลักเกณฑ์บางประการของการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมมาใช้ประกอบกับเป็นเงื่อนไขและรายละเอียดของการใช้เครื่องหมายรับรองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์

ทั้งนี้เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่มีอยู่แล้วและเกี่ยวข้องพบว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 เป็นกฎหมายซึ่งภูมิปัญญาเป็นวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองโดยตรงอันอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงวัฒนธรรม จึงควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การได้รับเครื่องหมายรับรอง

³¹ Anheuser-Busch Inc Budejovicky Budvar Narodni Podnik, Budweiser Case (1984) FSR 413

หรือกฎหมายลักษณะการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559

นอกจากนี้สหภาพยุโรปเนื่องจากการรวมตัวรวมถึงการใช้กฎหมายร่วมกัน สหภาพยุโรปมีความร่วมมือภายในสหภาพตาม DECISION (EU) 2017/864 ดังที่กล่าวข้างต้น ถือเป็นกรณีริเริ่มการพัฒนากฎหมายเฉพาะร่วมกันในอนาคต ปัจจุบันในประเทศอาเซียน เช่น ลาว มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ เวียดนาม กัมพูชา เกาหลี ญี่ปุ่น จีน ต่างมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองภูมิปัญญา ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ในการจัดทำความตกลงพหุภาคี หรือทวิภาคี หรือวิธีการใช้สัญญา (Contractual Approaches)³² ซึ่งเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ เช่น สนธิสัญญาการใช้เครื่องหมายรับรองสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาร่วมกันระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นความตกลงทวิภาคี พหุภาคี หรือระดับภูมิภาค เป็นต้น

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่สามารถคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ได้ เพราะการจะได้รับความคุ้มครองมีการกำหนดขอบเขตพื้นที่ อันเป็นสิทธิของชุมชน (Community Rights) ที่อยู่ในพื้นที่นั้น หากมีการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์โดยการใช้กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะขัดต่อความตกลงทริปส์ และขัดต่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง รวมถึงไม่สอดคล้องกับสิทธิของชุมชนซึ่งเป็นชุมชนในลักษณะพื้นที่

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบสหภาพยุโรปในการจัดทำมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะ ดังนี้

มาตรการระยะสั้น ควรแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องหมายรับรองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ โดยนำรายละเอียดบางประการของการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมมาใช้ประกอบการอนุญาตและการใช้เครื่องหมายรับรอง กล่าวคือ

สหภาพยุโรปมีการใช้เครื่องหมายการค้า และการตรากฎหมายเฉพาะการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมซึ่งเป็นประโยชน์กับการคุ้มครองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาซึ่งไม่เชื่อมโยงกับแหล่งภูมิศาสตร์ ดังนั้นจึงควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การได้รับเครื่องหมายรับรองสินค้าที่มีพื้นฐานจากภูมิปัญญาในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ภูมิปัญญาเป็นวัตถุประสงค์คุ้มครองโดยตรง โดยนำรายละเอียดบางประการของการรับรองผลิตภัณฑ์พิเศษซึ่งรับรองการผลิตด้วยวิธีดั้งเดิมมาใช้ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษามรดกภูมิปัญญาทางวัฒนธรรม พุทธศักราช 2559 ตัวอย่างเช่น

³² LIXINSKI Lucas, A framework for the protection of intangible cultural heritage in international law, (Ph. D. theses; Department of Law, Florence, European University Institute, 2010) , <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/15384>

ประการที่หนึ่ง หน่วยงานที่รับผิดชอบในกระทรวงวัฒนธรรม โดยการประสานงานกับหน่วยงานที่มีพันธะกิจในมรดกภูมิปัญญาประเภทนั้นๆ เช่น กรมหม่อนไหมรับผิดชอบการรับรองผ้าไหม สถาบันอาหารรับผิดชอบภูมิปัญญาด้านอาหาร เป็นต้น

ประการที่สอง หลักเกณฑ์ของการได้เครื่องหมายรับรอง เช่น บุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีสิทธิขึ้นทะเบียนระยะเวลาสี่ปี

ประการที่สาม มาตรฐานกลางในการผลิตร่วมกันเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง

มาตรการระยะยาว ควรมีการพัฒนากฎหมายเพื่อการใช้เครื่องหมายรับรองสินค้าที่มีพื้นฐานมาจากภูมิปัญญาร่วมกันในระดับทวิภาคี พหุภาคี หรือภูมิภาค

มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

Legal measures of Thailand for Control Marine Pollution from Operation of Vessels

พิชชา ใจสมคม

บทคัดย่อ

มลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือนั้น สร้างความเสียหายและส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างมาก ดังนั้นการควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือจึงมีความสำคัญ ในการนี้มาตรการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือที่จะควบคุมมลพิษและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลได้ แต่เพื่อให้การควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือและการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐต่างๆ ทั้งรัฐเจ้าของธงเรือ (Flag State) รัฐชายฝั่ง (Coastal Stat) รัฐเจ้าของท่าเรือ (Port State) หรือรัฐต่างๆ ที่อยู่รอบๆ ฝั่งทะเลย่อมเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง และควรถือเป็นแนวนโยบายระหว่างประเทศและนำไปสู่แนวทางการปฏิบัติร่วมกันระหว่างรัฐทั้งในระดับภูมิภาคและระดับโลกในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ ประเทศไทยเป็นภาคีสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : UNCLOS และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือค.ศ.1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) พร้อมทั้งพิธีสาร ค.ศ.1978 เกี่ยวกับอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ (Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) รวมกันเรียกว่า MARPOL 73/78 ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการอนุวัติการกฎหมายในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ ปัจจุบันประเทศไทยยังอนุวัติการกฎหมายภายในไม่ครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะสำหรับการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ ที่ครอบคลุมพื้นที่ทางทะเลอย่างทั่วถึง และประเด็นเรื่องความร่วมมือในระดับภูมิภาคอาเซียนในการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือร่วมกัน ทำให้มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับสำหรับควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือไม่เพียงพอในการแก้ปัญหามลพิษทางทะเลดังกล่าวที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งประเทศไทยควรอนุวัติการกฎหมายภายในให้ครบถ้วนโดยการแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่หรือบัญญัติกฎหมายที่วัตถุประสงค์ในการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือให้ครอบคลุมพื้นที่ทางทะเล และมีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือในภูมิภาคอาเซียนในการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ

คำสำคัญ: มลพิษทางทะเล ปฏิบัติการของเรือ รัฐเจ้าของธง รัฐท่าเรือ รัฐชายฝั่ง

Abstract

Marine Pollution from operation from the operation of vessels has not only dealt the extensively damages to environment, but also has inflicted the great impact on the living of people. It is therefore, important to control marine pollution from the operations of vessels. In this regard, legal measure and law enforcement are utilized as the instrument to control marine pollution, as well to protect the marine environment. For the effectiveness to control to control marine pollution from operation of vessels, as well as to maintain the marine environment, the cooperation of counterparts from various states, namely flag states, port states and coastal states. Furthermore, the said cooperation should be adopted as an international policy and then later on transform into a joint practical guide among states in both regional and global levels for controlling marine pollution from operation of vessels. Thailand as a party to the United nations Convention on the law of the sea, 1982: UNCLOS, and the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, together with the Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of pollution from ship jointly referred to as an MARPOL 73/78, is obliged to implement the legislation for the control of marine pollution from the operation of vessels. At present, Thailand has not yet fulfilled its obligation in implementation of domestic laws: especially, there are neither legal measures to protecting, reducing and controlling marine pollution from operation of vessels to cover all area of sea in its entire jurisdiction nor regional cooperation in ASEAN for such purposes. All of the abovementioned shortage make the control marine pollution from vessels. In order to solve the issue, Thailand should fulfilled its obligation in implementation of domestic laws by amendment its laws or legislate the new law to protecting, reducing and controlling marine pollution from operation of vessels to cover all area of sea in entire jurisdiction, as well as push forward the legislation of legal measure for ASEAN regional cooperation to protect, reduce and control marine pollution from operation of vessels.

Key Words: Marine pollution, operation of vessels, Flag states, Port States, Coastal States

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหามลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

ทะเลเป็นแหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นแหล่งอาหาร แหล่งแร่ธาตุ แหล่งเชื้อเพลิง แหล่งพันธุกรรมที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศ¹ และยังเป็นแหล่งคมนาคมหลักที่ใช้ในการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ ป็นเส้นทางเดินเรือที่เชื่อมต่อภูมิภาคของโลกเข้าด้วยกัน ซึ่งการเดินเรือนี้ก่อให้เกิดมลพิษทางทะเลได้หลายทาง² ไม่ว่าจะเป็นมลพิษที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยไม่ตั้งใจของมนุษย์ เช่น มลพิษที่เกิดจากอุบัติเหตุทางเรือ กรณีเรือโดนกัน ชนหินโสโครก หรือเป็นมลพิษที่เกิดจากการกระทำโดยตั้งใจของมนุษย์ดังเช่น มลพิษที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติการของเรือไม่ว่าจะเป็นมลพิษที่รั่วไหลจากกอุปกรณ์ที่ใช้ในการเดินเรือ เก็บกัก หรือสูบน้ำมัน การรั่วไหลระหว่างสูบน้ำมันกลางทะเลจากเรือใหญ่ไปสู่เรือเล็ก หรือระหว่างเรือเทียบท่า เป็นต้น³

ผลกระทบจากมลพิษทางทะเลที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการของเรือนี้ส่งผลกระทบเป็นวงกว้างทั้งต่อสุขภาพอนามัย การดำรงชีวิตของมนุษย์ ความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอันนำมาซึ่งปัญหาด้านเศรษฐกิจและสังคม และผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลอันเกิดจากการปล่อยทิ้งน้ำมันออกจากเรือนี้มีหลากหลายและสามารถแพร่กระจายไปได้เป็นวงกว้างด้วยอิทธิพลของกระแสน้ำ คลื่น และลมซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งมีชีวิตและสิ่งแวดล้อมในทะเลโดยทั่วไป ตลอดจนกระทบต่อห่วงโซ่อาหารในทะเลตั้งแต่แพลงตอนปลา นกและสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมในทะเลและอาจส่งผลกระทบต่อมนุษย์ในท้ายที่สุด⁴ แม้ว่าภาวะมลพิษจากแหล่งต่าง ๆ ที่ปล่อยลงสู่ทะเลนั้น มลพิษจากเรือมีส่วนเพียงร้อยละ 12⁵ เมื่อเทียบกับมลพิษจากแหล่งอื่นก็ตาม แต่หากขาดการป้องกันและควบคุมที่มีประสิทธิภาพแล้วมลพิษจากเรือจะเพิ่มขึ้นและก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลและการดำรงชีวิตของมนุษย์เป็นอย่างมาก

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ประเทศต่าง ๆ ตระหนักถึงความสำคัญในการควบคุมมลพิษที่เกิดขึ้นจากเรือ หลายประเทศมีกฎหมายภายในที่ออกมาเพื่อควบคุมมลพิษจากการเดินเรือแต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหามลพิษที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶ อีกทั้ง มลพิษทางทะเลที่เกิดขึ้นจากปฏิบัติการของเรือสามารถเกิดขึ้นบริเวณใดก็ได้เพราะมลพิษเกิดจากตัวเรือซึ่งสามารถเคลื่อนที่ได้ทั้งในบริเวณที่อยู่ภายในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ (National Juristic of State) อันได้แก่ทะเลอาณาเขต (Territorial sea) เขตเศรษฐกิจจำเพาะ (Exclusive Economic Zone) และไหล่ทวีป (Continental Shelf) ของรัฐชายฝั่ง และบริเวณที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ อันได้แก่

¹ พิชา ใจสมคม, “ มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและฟื้นฟูการทำลายระบบนิเวศพื้นที่ท้องทะเลจากการลักลอบทำประมงในเขต 3,000 ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.1

² โชติกา วิทยาวรากุล และคณะ, “ความเป็นไปได้และการเตรียมความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ ภาคผนวกที่ 6 ว่าด้วยกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการป้องกันมลพิษทางอากาศจากเรือ”,วารสารนิติศาสตร์,ปีที่ 7 ฉบับที่ 2 พฤศจิกายน 2557, น. 129

³ ดวงเด่น นาคสีหราช, “น้ำมันรั่วไหลจากเรือบรรทุกน้ำมันกับมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันมลพิษน้ำมัน ”,วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี, ปีที่ 9, ฉบับที่ 9, น. 1

⁴ F.Peace,What turns an oil spill into a disaster? New Scientist, January 30,1993

⁵ [http:// www.unenvironment.org](http://www.unenvironment.org)

⁶ โชติกา วิทยาวรากุล และคณะ, อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 2, น. 1

ทะเลหลวง(High Seas) จึงเป็นการยากที่จะควบคุมมลพิษจากเรือโดยวิธีการจำกัดพื้นที่โดยใช้มาตรการป้องกัน และควบคุมจากรัฐชายฝั่ง รัฐท่าเรือหรือโดยควบคุมจากรัฐเจ้าของธงเรือเพียงอย่างเดียว เช่นกรณีที่มีมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือเกิดขึ้นในพื้นที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐเช่นทะเลหลวง (High Seas)⁷ ซึ่งรัฐเจ้าของธงเรือจะมีบทบาทในการป้องกันและควบคุมมลพิษจากเรือที่ซ้กชงก็ตาม แต่ความเสียหายยังคงเกิดขึ้นกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมและท้ายที่สุดผลกระทบต่อการค้าของมนุษย์ ดังนั้นการควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือจึงมีความสำคัญ มาตรการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือหนึ่งที่จะควบคุมมลพิษและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลได้และเพื่อให้การควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือและการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลมีประสิทธิภาพจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐต่าง ๆ ทั้งรัฐเจ้าของธงเรือ (Flag State) รัฐชายฝั่ง(Coastal Stat) รัฐเจ้าของท่าเรือ (Port State) หรือรัฐต่าง ๆ อยู่รอบๆ ฝั่งทะเลย่อมเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งและควรถือเป็นนโยบายและนำไปสู่แนวทางการปฏิบัติร่วมกันระหว่างรัฐทั้งในระดับภูมิภาคและระดับโลกในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

สืบเนื่องจากความพยายามในการนำเอาแนวความคิดด้านสิ่งแวดล้อมที่ต้องอาศัยความร่วมมือกันของมวลมนุษย์ที่อาศัยอยู่ตามที่ต่าง ๆ ของโลก ในการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น ประกอบกับความพยายามในการรวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิและพันธกรณีของรัฐต่าง ๆ ในการใช้ทะเล จึงนำมาซึ่งกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นกฎหมายและเป็นที่มาของ UNCLOS และ MARPOL 73/78 ซึ่งรัฐต่างนำมาปฏิบัติในการควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : UNCLOS เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2554 จึงทำให้อนุสัญญามีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2554⁸ และประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือค.ศ.1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) พร้อมทั้งพิธีสาร ค.ศ.1978 เกี่ยวกับอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ (Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) รวมกันเรียกว่า MARPOL 73/78 เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2550 และอนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2551⁹ จึงทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับ แต่ปรากฏว่าขณะนี้กฎหมายภายในของประเทศไทยยังไม่ครอบคลุมอนุสัญญา ทั้งสองฉบับดังกล่าว

ในส่วนพันธกรณีตาม MARPOL 73/78 ประเทศไทยได้อนุวัติการกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องบางส่วนแต่ยังไม่ครบถ้วน กล่าวคือประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะในการป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือที่ใช้บังคับในพื้นที่ทางทะเลต่าง ๆ เช่นในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ

⁷ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ, การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2550, น. 204

⁸ ฐานข้อมูลความรู้ทางทะเล, “อนุสัญญาด้านการขนส่งทางทะเล”, From <http://www.mkh.in.th/index.php/2010-03-22-18-03-43/2010-03-25-08-39-20>(retrieved on May 23,2013)

⁹ เพิ่งอ้าง

ในส่วนของการร่วมมือในระดับภูมิภาค(regional cooperation) ซึ่งเป็นพันธกรณีตาม UNCLOS และ MARPOL 73/78 ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือได้อย่างมีประสิทธิภาพ นั้น มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยยังขาดความร่วมมือในระดับภูมิภาคดังกล่าว

2. แนวคิดและหลักการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

จากแนวความคิดพื้นฐานของการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่ถือว่ามนุษย์เป็นศูนย์กลางของสิ่งแวดล้อม (Antropocentric Approach) โดยเชื่อว่าหากมนุษย์ตระหนักถึงสวัสดิภาพของตนเองทั้งในปัจจุบันและอนาคตย่อมต้องให้ความสำคัญกับการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ให้อยู่ในสภาพที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กล่าวโดยสรุปคือ การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมนุษย์เอง และการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมที่สามารถทำได้โดยมีประสิทธิภาพก็ด้วยมนุษย์เอง เพราะมนุษย์เป็นทั้งผู้สร้างและทำลายสิ่งแวดล้อม¹⁰ และจากการที่ปัญหาสิ่งแวดล้อมนั้นอาจเกิดขึ้นในทีใด ๆ ทั้งในภูมิภาคและนอกภูมิภาคและส่งผลกระทบต่อถึงกันได้ เช่นกรณีของมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือที่อาจเกิดขึ้นได้ในทุกๆ พื้นที่ทางทะเล ดังนั้นการแก้ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมของโลกตามแนวความคิดนี้คือ การร่วมมือกันของมนุษยชาติที่อาศัยอยู่ในบริเวณต่าง ๆ ของโลกนั่นเอง¹¹

แนวความคิดที่ว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของสิ่งแวดล้อม (Ecocentric Approach) ที่ถือว่ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของสิ่งแวดล้อมไม่แตกต่างจาก พืช สัตว์ และสิ่งอื่นๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นสิ่งแวดล้อม มนุษย์จึงไม่มีสิทธิที่จะทำลายสิ่งแวดล้อมเพื่อตอบสนองประโยชน์ของตนเองได้ ทำให้มนุษย์มีหน้าที่ในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมไว้

¹⁰ อารัมภบท ข้อ 1 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

Man is both creature and moulder of his environment, which give him physical sustenance and affords him the opportunity for intellectual, moral, social, and spiritual growth... Both aspects of man's environment, the natural and the man-made, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights-even the right to life itself

¹¹ อารัมภบท ข้อ 7 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

To achieve this environmental goal will demand the acceptance of responsibility by citizens and communities and by enterprises and institutions at every level, all sharing equitably in common efforts. Individuals in all walks of life as well as organizations in many fields, by their values and the sum of their actions, will shape the world environment of the future.

Local and national governments will bear the greatest burden for large-scale environmental policy and action within their jurisdictions. International cooperation is also needed in order to raise resources to support the developing countries in carrying out their responsibilities in this field. A growing class of environmental problems, because they are regional or global in extent or because they affect the common international realm, will require extensive cooperation among nations and action by international organizations in the common interest.

The Conference calls upon Governments and peoples to exert common efforts for the preservation and improvement of the human environment, for the benefit of all the people and for their posterity.

ตลอดเวลาเพื่อให้สิ่งแวดล้อมยังคงมีอยู่ต่อไปเพื่อประโยชน์ของสิ่งแวดล้อมในอนาคต ดังนั้นการกระทำของมนุษย์จึงควรสอดคล้องกลมกลืนกับธรรมชาติ¹²

จากแนวความคิดด้านสิ่งแวดล้อมที่ต้องอาศัยความร่วมมือกันของมวลมนุษย์ที่อาศัยอยู่ตามที่ต่าง ๆ ของโลก เพื่อแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น และความพยายามในการรวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิและพันธกรณีของรัฐต่าง ๆ ในการใช้ทะเล จึงนำมาซึ่งกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นกฎหมายและเป็นที่มาของ UNCLOS และ MARPOL 73/78 ซึ่งรัฐต่างนำมาปฏิบัติในการควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ ซึ่งหลักความร่วมมือนี้สามารถแยกพิจารณาเป็นความร่วมมือด้านต่าง ๆ ดังนี้จึงนำมาซึ่งหลักการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ ดังนี้

2.1. หลักการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล สืบเนื่องจากพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลตามข้อ 192 UNCLOS¹³ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งที่จะนำไปสู่การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือได้กล่าวคือ

ก. หลักการใช้อำนาจอธิปไตย¹⁴ และสิทธิอธิปไตย¹⁵ เป็นหลักการสำคัญของรัฐที่นำมาใช้กับการควบคุมมลพิษทางทะเล¹⁶ จากปฏิบัติการของเรือทั้งการใช้อำนาจอธิปไตย ของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในดินแดนของตนซึ่งรวมถึง น่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขต เขตต่อเนื่อง เขตเศรษฐกิจจำเพาะและการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือเรือที่ซักรงของตน หรือการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือรัฐเจ้าของท่าเรือ ซึ่งหลักการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐดังกล่าวเป็นไปตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยอมรับว่า รัฐทุกรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายเหนือดินแดนของตนและการใช้อำนาจของรัฐในการสำรวจและแสวงประโยชน์จาก

¹² World Charter for Nature, Aware that

(a) Mankind is a part of nature and life depends on the uninterrupted functioning of natural systems which ensure the supply of energy and nutrients,

(b) Civilization is rooted in nature, which has shaped human culture and influenced all artistic and scientific achievement, and living in harmony with nature gives man the best opportunities for the development of his creativity, and for rest and recreation, Convinced that:

(a) Every form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man, and, to accord other organisms such recognition, man must be guided by a moral code of action,

(b) Man can alter nature and exhaust natural resources by his action or its consequences and, therefore, must fully recognize the urgency of maintaining the stability and quality of nature and of conserving natural resources,

¹³ UNCLOS Article 192

¹⁴ “อำนาจอธิปไตย” ในที่นี้หมายถึง อำนาจของรัฐในการออกกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในดินแดนของรัฐ กล่าวคือ ในแผ่นดิน ในทะเลอาณาเขต (territorial sea) พื้นดินท้องทะเล (sea-bed) ของทะเลอาณาเขต และดินใต้พื้นดินท้องทะเล (subsoil) ของพื้นดินท้องทะเลดังกล่าว

¹⁵ “สิทธิอธิปไตย” หมายถึง อำนาจของรัฐในการออกกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายเหนือทรัพยากรธรรมชาติและพลังงานตามที่กฎหมายระหว่างประเทศได้อนุญาตไว้ในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (exclusive economic zone) ตามข้อ 56 ของ UNCLOS และในบริเวณไหล่ทวีป (Continental shelf) ตามข้อ 77 ของ UNCLOS

¹⁶ เขมจจุทา สุวรรณจินดา, การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษจากแหล่งบนบก, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร :วิญญูชน,2558),น.31

ทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในดินแดนของรัฐนั้น หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับตามข้อมติที่ 1803 (XVII) ของสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ ว่ามีสถานะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งได้รับการยอมรับจากรัฐในส่วนต่าง ๆ ของโลก ซึ่งข้อ 1 ของข้อมติ 1803 (XVII) รับรองว่า สิทธิของประชาชนและชาติต่ออธิปไตยถาวรเหนือทรัพยากรธรรมชาติและ ความมั่นคงของตนนั้นจำเป็นต้องใช้เพื่อการพัฒนาชาติของตนและเพื่อความอยู่ดีกินดีของประชาชนของรัฐที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ หลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติยังปรากฏในหลักการ 22 ของกฎบัตรโลกเพื่อธรรมชาติ ค.ศ.1982 ที่กำหนดว่า เมื่อคำนึงถึงอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน รัฐทุกรัฐมีหน้าที่ต้องทำให้กฎบัตรนี้มีผลบังคับโดยผ่านหน่วยงานที่มีอำนาจของตนและโดยร่วมมือกับรัฐอื่นๆ เช่นการใช้ทรัพยากรธรรมชาติภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นต้องกระทำในลักษณะที่ยั่งยืนและไม่เป็นการทำลายบูรณภาพ (integrity) ของระบบนิเวศอื่นๆ หรือชนิดพันธุ์อื่นๆ ที่อยู่ร่วมกับทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้น¹⁷ แม้ว่ากฎบัตรโลกเพื่อธรรมชาติ ค.ศ. 1982 ดังกล่าวจะมีสถานะเป็นเพียงตราสารซึ่งไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีที่รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามเนื่องจากไม่เข้าองค์ประกอบของการเป็นอนุสัญญาาระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986¹⁸ ก็ตามแต่กฎบัตรดังกล่าวเป็นแนวความคิดในการแก้ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ร่วมกันและนำมาซึ่งการทำสนธิสัญญาาระหว่างรัฐในการรักษาสิ่งแวดล้อมดังเช่น UNCLOS และ MARPOL 73/78 ซึ่งเป็นการใช้ประโยชน์จากทะเลร่วมกันของมนุษยชาติและรวมถึงการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลด้วย

ส่วนการใช้สิทธิอธิปไตย (sovereign right) เหนือทรัพยากรธรรมชาติของรัฐนั้นปรากฏอยู่ในหลักการ 21 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ที่ว่า “รัฐมีสิทธิอธิปไตยตามกฎหมายระหว่างประเทศและตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนภายใต้นโยบายสิ่งแวดล้อมของตนเองและต้องมีความรับผิดชอบที่จะประกันว่ากิจกรรมต่าง ๆ ภายใต้เขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐนั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นหรือของบริเวณที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจแห่งชาติ หลักการเดียวกันนี้ยังปรากฏอยู่ในหลักการที่ 2 ของปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 (Rio Declaration on Environment and Development, 1992)¹⁹ ซึ่งการควบคุมมลพิษทางทะเลจาก

¹⁷ หลักการ 4 ของกฎบัตรโลกเพื่อธรรมชาติ ค.ศ.1982

Ecosystems and organisms, as well as the land, marine and atmospheric resource that are utilized by man, shall be managed to achieve and maintain optimum sustainable productivity, but not in such a way as to endanger the integrity of those other ecosystem or species with which they coexist

¹⁸ Vienna Convention on the law of treaties 1969

Article 2 Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

(a) “treaty” means an international agreement governed by international law and concluded in written form:

(i) between one or more States and one or more international organizations; or

(ii) between international organizations,

¹⁹ UNGA A/CONF.151/26(Vol.1);31 I.L.M.874.

ปฏิบัติการของเรือนั้นก็เป็นการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติทางทะเลที่รัฐมีหน้าที่ในการป้องกันเพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกันของมวลมนุษยชาติ

ในส่วนของนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการใช้สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติตามหลักการ 21 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 นั้น หลักการ 11 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มกำหนดว่า “ นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐทั้งปวงควรขยายและไม่ควรเกิดผลกระทบร้ายแรงต่อศักยภาพการพัฒนาทั้งในปัจจุบันและอนาคตของประเทศกำลังพัฒนา อีกทั้งนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมดังกล่าวไม่ควรขัดขวางการมีสภาพความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของทุกคน รัฐและองค์การระหว่างประเทศควรที่จะดำเนินขั้นตอนโดยมุ่งที่จะทำให้บรรลุถึงความตกลงว่าด้วยการปฏิบัติให้เป็นไปตามผลทางด้านเศรษฐกิจระดับชาติและระดับระหว่างประเทศที่เป็นไปได้ อันเป็นผลมาจากการบังคับใช้มาตรการด้านสิ่งแวดล้อม”²⁰ กิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ในการแสวงหาประโยชน์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ทางทะเลเช่นการเดินเรือย่อมก่อให้เกิดมลพิษดังเช่นมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ ดังนั้นรัฐจึงต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ โดยรัฐจะต้องป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือให้อยู่ในระดับที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล เพราะกบฏีสหประชาชาติและหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้กำหนดไว้ในหลักการ 21 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 และในหลักการ 2 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 กล่าวคือ การใช้สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาตินั้นรัฐต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรือจะต้องไม่ใช้สิทธิอธิปไตยในทางที่ผิด (abuse of sovereign rights) จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น²¹ และพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 192 ของ UNCLOS²² และหลักการใช้สิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติถูกนำไปบัญญัติไว้ในข้อ 193 ของ UNCLOS ว่า “รัฐมีสิทธิอธิปไตยที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของตนและตามหน้าที่ของตนในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล”²³

ข. หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล เป็นหน้าที่ของรัฐที่เกิดขึ้นพร้อมกับการใช้อำนาจอธิปไตย (sovereignty) และสิทธิอธิปไตย (sovereign right) ของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตนตามหลักการ 21 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 และหลักการ 2 ของปฏิญญาว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 ซึ่งกำหนดให้ รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมรวมทั้งการ

²⁰ Stockholm Declaration, Principle 11

The environmental policies of all States should enhance and not adversely affect the present or future development potential of developing countries, nor should they hamper the attainment of better living conditions for all, and appropriate steps should be taken by State and international organizations with a view to reaching agreement on meeting the possible national and international economic consequences resulting from the application of environmental measure.

²¹ Trail Smelter (Arbitration) U.N.R.I.A.A.(1949) 1903-1982

²² UNCLOS Article 192, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 13

²³ UNCLOS Article 193

States have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment

คุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากมลพิษจากแหล่งต่าง ๆ²⁴ ซึ่งรวมถึงการควบคุมมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ จากหลักการดังกล่าวรัฐต้องแน่ใจว่าภายใต้กิจกรรมต่าง ๆ ของตนที่ได้กระทำนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นหรือต่อสิ่งแวดล้อมของพื้นที่ซึ่งเลยออกไปจากเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ (national jurisdiction) ของตน กิจกรรมต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในเขตอำนาจดังที่ได้ระบุไว้ในหลักการ 21 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มและหลักการ 2 ของปฏิญญาริโอ ๆ เช่น กิจกรรมในทะเลอาณาเขตที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ การสร้างและการใช้เกาะเทียม สิ่งติดตั้ง และสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ เพื่อการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีชีวิต เช่น น้ำมัน ก๊าซและแร่ธาตุในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของรัฐชายฝั่ง การวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเลในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของรัฐชายฝั่ง ตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากเรือที่ชักธงของรัฐนั้น ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเรือนั้นอยู่ในทะเลหลวงและกิจกรรมต่าง ๆ ตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ “บริเวณพื้นที่” (the Area)²⁵ ที่อยู่เลยออกไปนอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐก็อยู่ในความหมายนี้เช่นกัน เพราะสิ่งปลูกสร้างและอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในกิจกรรมใน “บริเวณพื้นที่” แต่รัฐก็ได้รับอนุญาตให้ทำกิจกรรมใน “บริเวณพื้นที่” ดังกล่าวจากองค์การพื้นดินท้องทะเล (International Sea-Bed Authority)²⁶ ย่อมต้องรับผิดชอบต่อกิจกรรมดังกล่าวที่อยู่ในความควบคุมของตนเช่นกัน²⁷ นอกจากนี้หลักการ 7 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ยังกำหนดไว้เป็นการเฉพาะถึงหน้าที่ของรัฐต่าง ๆ ที่จะต้องดำเนินการทั้งปวงที่เป็นไปได้เพื่อป้องกันภาวะมลพิษในทะเลจากวัตถุต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดภัยอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ หรือที่เป็นภัยต่อทรัพยากรที่มีชีวิตและสิ่งมีชีวิตทางทะเล หรือที่จะทำลายความน่ารื่นรมย์ หรือที่จะแทรกแซงการใช้ทะเลโดยชอบด้วยกฎหมายประการอื่นๆ หลักการนี้ได้รับการพัฒนาและบัญญัติไว้ในภาค XII ของ UNCLOS ว่าด้วยการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยเฉพาะข้อ 193 ของ UNCLOS²⁸ว่านอกจากรัฐจะมีสิทธิอธิปไตยที่จะแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของตนตามนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของตนแล้ว รัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลอีกด้วย²⁹ หลักการ 7 ข้างต้นต้องพิจารณาประกอบกับหลักการ 6³⁰ ของปฏิญญาเรื่องเดียวกันที่กำหนดว่า “การปล่อยสารพิษหรือสารอื่นๆ และการปล่อยความร้อนในปริมาณหรือความเข้มข้นซึ่งจะเกินขีดความสามารถของสิ่งแวดล้อมที่จะทำให้สารเหล่านั้นไม่เป็นอันตรายนั้นต้องหยุดลง เพื่อที่จะแน่ใจได้ว่า ความเสียหายร้ายแรงหรือที่ไม่สามารถเยียวยาได้จะไม่

²⁴ เขมจุชา สุวรรณจินดา, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, น. 72

²⁵ UNCLOS, Article 1 (1) Use of terms and scope

²⁶ UNCLOS Article 156

1. There is hereby established the International Sea-Bed Authority, which shall function in Accordance with this Part. (part XII)

²⁷ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 7, น. 5

²⁸ UNCLOS Article 193, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 17

²⁹ เขมจุชา สุวรรณจินดา, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, น.73

³⁰ หลักการ 6 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

The discharge of toxic substances or of other substances and the release of heat, in such quantities or concentrations as to exceed the capacity of the environment to render them harmless, must be halted in order to ensure that serious or irreversible damage is not inflicted upon ecosystems. The just struggle of the people of all countries against pollution should be supported.

เกิดขึ้นแก่ระบบนิเวศและการต่อสู้ดิ้นรนโดยชอบธรรมของผู้คนของประเทศต่าง ๆ ต่อภาวะมลพิษควรได้รับการสนับสนุน³¹

2.2 หลักความรับผิดชอบของรัฐต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล

เมื่อรัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมซึ่งรวมถึงการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลด้วยนั้น รัฐจึงจำต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่ดังกล่าว โดยเฉพาะการกำหนดนโยบายและมาตรการทางกฎหมายของรัฐเพื่อที่จะคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล มิใช่แต่เฉพาะที่รัฐดังกล่าวมีเขตอำนาจเท่านั้นแต่ต้องรวมถึงบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐด้วย ดังเช่น ทะเลหลวง บริเวณพื้นที่ (the Area) และห้วงอากาศสากลด้วย โดยรัฐจะต้องแน่ใจว่าภาวะมลพิษที่เกิดขึ้นภายในบริเวณที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติของตนตั้งแต่แหล่งบนบก จากการทิ้งเท จากกิจกรรมบนพื้นดินท้องทะเล หรือจากเรือทั้งจากปฏิบัติการของเรือและมลพิษจากปฏิบัติการของเรือ จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทั้งที่ที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐอื่นและต่อสิ่งแวดล้อมของบริเวณที่อยู่เลยออกไปจากเขตอำนาจแห่งชาติของตนเองด้วย และหากเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมขึ้นในบริเวณดังกล่าว รัฐที่เป็นต้นกำเนิดของแหล่งมลพิษควรต้องมีส่วนรับผิดชอบแก้ไขเยียวยาความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นในบริเวณดังกล่าวด้วย³²

ก. หน้าที่ของรัฐในการกำหนดนโยบายและมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือ

ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ถือเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐต้องมีหน้าที่ในการป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษจากแหล่งต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงมลพิษจากปฏิบัติการของเรือด้วย หลักการ 7 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์ม³³ ได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องดำเนินขั้นตอนทั้งปวง เพื่อป้องกันภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากวัตถุต่าง ๆ ที่สามารถก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ ต่อทรัพยากรที่มีชีวิตและสิ่งมีชีวิตทางทะเลหรือที่ทำลายความน่ารื่นรมย์ทางทะเล หรือที่แทรกแซงการใช้ประโยชน์จากทะเลโดยชอบด้วยกฎหมายประการอื่น³⁴ ซึ่งการจะดำเนินการเพื่อป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากแหล่งมลพิษต่าง ๆ รวมทั้งมลพิษจากปฏิบัติการของเรือ นั้น รัฐจำเป็นต้องมีนโยบายที่ชัดเจนและสามารถปฏิบัติได้จริง รวมทั้งมีแผนการดำเนินการต่าง ๆ ที่เป็นรูปธรรมเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลดังกล่าว รวมถึงมีกฎหมายและข้อบังคับที่ชัดเจนครอบคลุมเพื่อให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อให้บรรลุนโยบายและแผนปฏิบัติการดังกล่าวได้³⁵

นอกจากนี้หลักการ 16 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มฯ ยังเสนอแนะว่านโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของรัฐนั้น นอกจากจะเน้นการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน การป้องกัน การลดและควบคุมภาวะมลพิษ

³¹ เขมจุชา สุวรรณจินดา, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, น. 73

³² เฟ็งอ่าง

³³ หลักการ 7 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

States shall take all possible steps to prevent pollution of the seas by substances that are liable to create hazards to human health, to harm living resources and marine life, to damage amenities or to interfere with other legitimate uses of the sea.

³⁴ เขมจุชา สุวรรณจินดา, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, น.75

³⁵ เฟ็งอ่าง

ของสิ่งแวดล้อมจากแหล่งต่าง ๆ³⁶ ซึ่งรวมถึงมลพิษจากปฏิบัติการของเรือแล้วยังอาจรวมถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการรับรู้ข่าวสาร การตัดสินใจและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รวมถึงตลอดทั้งการชดเชยเยียวยา³⁷ รวมทั้งนโยบายด้านการต่างประเทศในการให้ความร่วมมือทั้งในระดับโลกและในระดับภูมิภาคเพื่อคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษจากแหล่งต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือด้วย³⁸

นอกจากนี้ปฏิญญาเรียวังได้กล่าวเป็นการเฉพาะกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากภาวะมลพิษหรือจากความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมอื่นๆ อีกทั้งรัฐต่าง ๆ จะต้องร่วมมือกันในลักษณะที่รวดเร็วและแน่วแน่มากกว่าที่เป็นอยู่ เพื่อพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการชดเชยเยียวยาความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งเกิดจากกิจกรรมภายในเขตอำนาจหรือการควบคุมของตนต่อพื้นที่ต่าง ๆ ที่อยู่เลยออกไปจากเขตอำนาจของตน³⁹ หน้าที่ของรัฐในการกำหนดนโยบายและมาตรการในทางกฎหมายเพื่อป้องกันและควบคุมภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากแหล่งต่าง ๆ รวมทั้งมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือด้วย

ข. หน้าที่ในการที่จะไม่ผลักความเสียหายเกิดขึ้นในบริเวณที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐไปสู่สิ่งแวดล้อมทางทะเลของรัฐอื่น หรือไปสู่สิ่งแวดล้อมในบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ เป็นผลสืบเนื่องจากเมื่อรัฐใช้สิทธิอธิปไตยในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณที่อยู่ในเขตอำนาจแห่งชาติ หรือภายใต้การควบคุมของรัฐแล้ว รัฐควรให้ความสำคัญกับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติของรัฐซึ่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลของรัฐอื่นหรืออยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐตน เช่น บริเวณทะเลหลวง ด้วยเหตุนี้หลักการ 22 ของปฏิญญากรุงสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐต่าง ๆ ที่จะต้องร่วมกันในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการชดเชยเยียวยาแก่ผู้เสียหายจากภาวะมลพิษและต่อความเสียหายของสิ่งแวดล้อมอื่นๆ ซึ่งเกิดจากกิจกรรมภายใต้เขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐเช่นว่านั้นต่อบริเวณที่

³⁶ หลักการ 2 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

The natural resources of the earth, including the air, water, land, flora, and fauna and especially representative samples of natural ecosystem, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate.

³⁷ หลักการ 10 ของปฏิญญาเรียวังว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992

Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environmental that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities and the opportunity to participate in decision – making processes. State shall facilitate and encourage public awareness and participation by marking information widely available Effective access to judicial and administrative proceeding including redress and remedy shall be provided.

³⁸ เขมจุชา สุวรรณจินดา, อ้างแล้ว, เขิงอรรถที่ 8, น. 77

³⁹ หลักการ 13 ของปฏิญญาเรียวังว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992

States shall develop national law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage. States shall also cooperate in an expeditious and more determined manner to develop further international law regarding liability and compensation for adverse effects of environmental damage caused by activities within their jurisdiction or control to areas beyond their jurisdiction.

เลยออกไปจากเขตอำนาจดังกล่าว⁴⁰ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการ 13 ของปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 ที่กำหนดให้รัฐต่าง ๆ ร่วมมือกันอย่างเร่งด่วนในการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาสำหรับผลกระทบร้ายแรงของความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งเกิดจากกิจกรรมต่าง ๆ ภายในเขตอำนาจหรือในบริเวณที่เลยออกไปจากเขตอำนาจของตน⁴¹

ค.หน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นในบริเวณเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ หรือเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐอื่น หรือบริเวณที่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติของรัฐใดก็ตาม รัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมทางทะเล ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 192 UNCLOS⁴² ที่กำหนดว่ารัฐต้องมีพันธกรณีที่จะคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเล และข้อ 56 1 (b) (iii) ของ UNCLOS⁴³

ในกรณีของภาวะมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ นั้น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลสามารถเกิดขึ้น ในบริเวณที่อยู่เลยออกไปจากเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ เช่นทะเลหลวง บริเวณพื้นที่ (the Area) และห้วงอากาศสากล เป็นต้น ดังนั้นหลักการ 22 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972⁴⁴ จึงเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ร่วมมือกันเพื่อพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการชดใช้ต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายจากภาวะมลพิษและต่อความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมอื่นๆ ที่เกิดจากกิจกรรมภายในเขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐต่อบริเวณที่อยู่เลยออกไปจากเขตอำนาจของตน

2.3 หลักความร่วมมือระหว่างประเทศในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล

ภาวะมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือซึ่งเกิดขึ้นได้ในทุกพื้นที่ทางทะเลที่เรือนั้นแล่นผ่าน ดังนั้นหลักความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อป้องกัน ลด ควบคุมและกำจัดภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมดังกล่าวจึงเป็นหลักการที่สำคัญ

ก. ความร่วมมือในการพัฒนากฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับโลก ไม่ว่าจะผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีรัฐต่าง ๆ เป็นสมาชิกหรือผ่านที่ประชุมระหว่างประเทศ ดังเช่นความร่วมมือตาม UNCLOS⁴⁵ ที่รัฐภาคีจะต้องอนุวัติการตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ

⁴⁰ หลักการ 22 ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

States shall cooperate to develop further the international law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction.

⁴¹ หลักการ 13 ของปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ.1992, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 39

⁴² UNCLOS Article 192, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 13

⁴³ (b) Jurisdiction as provided for in the relevant provision of this Convention with regard to (iii) The protection and preservation of the marine environment.

⁴⁴ หลักการ 22 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 40

⁴⁵ UNCLOS Article 197

States shall cooperate on a global basis and, as appropriate, on a regional basis, directly or through competent international organizations, in formulating and elaborating international rules, standards and recommended practices and procedures consistent with this Convention, for the protection and preservation of the marine environment, taking into account characteristic regional features.

สนธิสัญญานั้นสอดคล้องกับหลักการ 24⁴⁶ และหลักการ 22 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972⁴⁷ เรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ ร่วมมือกันเพื่อพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศกับความรับผิดชอบและการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากภาวะมลพิษและแก่สิ่งแวดล้อมอื่นๆ อันเกิดจากกิจกรรมภายในเขตอำนาจหรือการควบคุมของรัฐต่อบริเวณที่อยู่เลยออกไปจากเขตอำนาจของตน และเพื่อให้ความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อป้องกัน ลด ควบคุมและกำจัดภาวะมลพิษจากแหล่งต่าง ๆ ต่อสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นโดยเร็ว⁴⁸

ข. ความร่วมมือในการแจ้งให้ทราบถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม เป็นการป้องกันไม่ให้ความเสียหายที่เกิดจากภาวะมลพิษกระจายไปยังรัฐอื่นโดยการร่วมมือกันของรัฐในการแจ้งให้รัฐอื่นทราบล่วงหน้าถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น เพื่อให้รัฐที่ความเสียหายเกิดขึ้นนั้นสามารถหามาตรการป้องกันได้ทันทั่วทั้งที่ ซึ่งหลักความร่วมมือแจ้งให้ทราบถึงความเสียหายหรือภัยพิบัติทางธรรมชาติต่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวข้างต้นนี้ ได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 198 ของ UNCLOS⁴⁹ และข้อ 199 ของ UNCLOS⁵⁰

ค. ความร่วมมือในการทำวิจัยและแลกเปลี่ยนข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลทางเทคนิคและทางวิทยาศาสตร์ ก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันของรัฐทุกรัฐที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นหลักการ 20 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มฯ จึงส่งเสริมให้รัฐต่าง ๆ ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศร่วมมือกันในการวิจัยและการพัฒนา ในกรณีเช่นว่านี้การแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านวิทยาศาสตร์ที่ทันสมัยและการถ่ายทอดประสบการณ์จะต้องได้รับการสนับสนุนเพื่อแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมควรมีการถ่ายทอดให้กับประเทศกำลังพัฒนาในลักษณะที่จะให้มีการเผยแพร่ข้อมูลเทคโนโลยีเช่นว่านี้อย่างกว้างขวาง โดยไม่ก่อให้เกิดภาระด้านเศรษฐกิจต่อประเทศกำลังพัฒนา⁵¹ หลักการ ดังกล่าวนี้ได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในภาค XII ของ UNCLOS ว่าด้วยการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล ในข้อ 200 ของ UNCLOS⁵²

⁴⁶ หลักการ 24 ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

International matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled in a cooperative spirit by all countries, big and small, on an equal footing. Cooperation through multilateral or bilateral arrangements or other appropriate means is essential to effectively control, prevent, reduce and eliminate adverse environmental effects resulting from activities conducted in all spheres, in such a way that due account is taken of the sovereignty and interests of all States.

⁴⁷ หลักการ 22 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 40

⁴⁸ เขมจุฑา สุวรรณจินดา, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 16, น. 81

⁴⁹ UNCLOS Article 198

When a State becomes aware of cases in which the marine environment is in imminent danger of being damaged or has been damaged by pollution, it shall immediately notify other States. Every effort shall be made by the international community to help States so affected.

⁵⁰ UNCLOS Article 199

The cases referred to in article 198, States in the area affected, in accordance with their capabilities, and the competent international organizations shall cooperate, to the extent possible, in eliminating the effects of pollution and preventing or minimizing the damage. To this end, States shall jointly develop and promote contingency plans for responding to pollution incidents in the marine environment.

⁵¹ หลักการ 20 ของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

⁵² UNCLOS Article 200

ง. ความร่วมมือในการให้ความช่วยเหลือแก่รัฐกำลังพัฒนา รัฐที่พัฒนาแล้วย่อมมีศักยภาพในการป้องกันหรือควบคุมปัญหาที่เกิดจากมลพิษได้มากกว่ารัฐที่กำลังพัฒนาเนื่องจากมีความพร้อมทั้งด้านเงินและเทคโนโลยี ดังนั้นเพื่อให้การควบคุมมลพิษทางทะเลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด ข้อ 202 UNCLOS กำหนดให้รัฐที่พัฒนาแล้วอาจให้ความช่วยเหลือแก่รัฐกำลังพัฒนาโดยเฉพาะความในด้านวิทยาศาสตร์และด้านเทคนิค เพื่อคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลตลอดทั้งการป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลโดยความช่วยเหลือดังกล่าว⁵³

2.4 หลักการระงับข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมโดยสันติวิธี

ตามกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อ 2 (3) ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกทั้งปวงต้องระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยสันติวิธีในลักษณะที่จะไม่ทำให้เป็นภัยต่อสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ⁵⁴ ข้อ 33 (1) ของกฎบัตรสหประชาชาติว่า รัฐคู่พิพาทจะต้องระงับข้อพิพาทโดยการเจรจา (negotiation) การสอบสวน (inquiry) การประนีประนอม (mediation) การไกล่เกลี่ย (Conciliation) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การระงับข้อพิพาทโดยศาล (Judicial settlement) องค์กรหรือข้อตกลงในระดับภูมิภาค (Regional agencies or arrangements) หรือวิธีระงับข้อพิพาทอื่นๆ โดยสันติวิธีตามแต่คู่พิพาทจะเลือก⁵⁵ ในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือด้วยนั้นได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในภาค XII ของ UNCLOS ว่าด้วยการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเล ซึ่งหลักการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักการพื้นฐานอันสำคัญในการพัฒนาทั้งหลักกฎหมายระหว่างประเทศและหลักกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ ในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการคุ้มครอง

States shall co-operate, directly or through competent international organizations, for the purpose of promoting studies, undertaking programmes of scientific

⁵³ UNCLOS Article 202 (a) Scientific and technical assistance to developing States

States shall, directly or through competent international organization:

(a) Promote programmes of scientific, educational, technical and other assistance to developing States for the protection. Such assistance shall include, inter alia:

(i) training of their scientific and technical personnel

(ii) facilitating their participation in relevant international programmes

(iii) supplying them with necessary equipment and facilities

(iv) enhancing their their capacity to manufacture such equipment;

(v) advice on and developing facilities for research, monitoring , educational and other programmes

⁵⁴ ข้อ 2 (3) ของกฎบัตรสหประชาชาติ

All members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered

⁵⁵ ข้อ 2 (3) ของกฎบัตรสหประชาชาติ

The parties to any disputes, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.

และรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือซึ่งมีทั้งบริเวณที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติของรัฐและบริเวณที่อยู่นอกเขตอำนาจแห่งชาติของรัฐ นอกจากนี้หลักการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 และปฏิญญาโรอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 ได้รับการยอมรับและนำไปบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งหากประเทศต่าง ๆ นำหลักการดังกล่าวไปกำหนดเป็นนโยบายและมาตรการทางกฎหมาย ในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านความร่วมมือระหว่างภูมิภาคก็จะทำให้การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

3. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ

3.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (UNCLOS)

หลักการรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลนั้นมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิและพันธกรณีของรัฐต่าง ๆ ในการใช้ทะเล ซึ่งไม่ได้มีสภาพบังคับ แต่ด้วยความพยายามที่จะทำให้กฎเกณฑ์ทางสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ เหล่านั้นให้เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีสภาพบังคับต่อรัฐภาคีของสนธิสัญญา ในส่วนของการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากมลพิษของแหล่งต่าง ๆ จึงเป็นที่มาของ อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (UNCLOS) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไปในการป้องกัน การลดและการควบคุมมลพิษจากเรือโดยเน้นที่เขตอำนาจของรัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่นรัฐชายฝั่ง (coastal State) รัฐเจ้าของท่าเรือ (port state) และรัฐเจ้าของธง (flag state)⁵⁶ ในส่วนของการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษของแหล่งต่าง ๆ นั้น UNCLOS ได้นำหลักการหลายประการของปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 มาบัญญัติไว้ซึ่งทำให้หลักการในปฏิญญาดังกล่าวมีสภาพบังคับในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ของสนธิสัญญาและเป็นการเน้นย้ำถึงความสำคัญของหลักการต่าง ๆ ต่อการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมที่รัฐมีพันธกรณีที่จะต้องคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลดังที่ ข้อ 192 UNCLOS⁵⁷ ได้กำหนดไว้ โดยรัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในบริเวณที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจแห่งชาติของรัฐที่นำมาบัญญัติไว้ในข้อ 193 ของ UNCLOS⁵⁸ หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่นำมาบัญญัติไว้ในข้อ 192 ของ UNCLOS⁵⁹ หลักความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งในระดับ

⁵⁶ คู่อารัมภของ UNCLOS

Desiring by this convention to develop the principles embodied in resolution 2749 (XXV) of 17 December 1970 in which the General Assembly of the United Nations solemnly declared inter alia that the area of the sea-bed and ocean floor and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction, as well as its resources, are the common heritage of mankind, the exploitation of which shall be carried out for the benefit of mankind as a whole, irrespective of the geographical location of States

⁵⁷ UNCLOS Article 192, อ้างแล้ว, เชนอร์รถที่ 13

⁵⁸ UNCLOS Article 193, อ้างแล้ว, เชนอร์รถที่ 13

⁵⁹ UNCLOS Article 192, อ้างแล้ว, เชนอร์รถที่ 13

โลกและระดับภูมิภาคที่นำมาบัญญัติไว้ในข้อ 197⁶⁰ 198 ของ UNCLOS⁶¹ และหลักการไม่ผลักความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมจากบริเวณหนึ่งไปยังอีกบริเวณหนึ่ง ซึ่งนำมาบัญญัติไว้ในข้อ 195 ของ UNCLOS⁶² ซึ่งการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลของ UNCLOS นี้ได้กำหนดหน้าที่ให้รัฐภาคีบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือผ่านทางในฐานะรัฐเจ้าของธงเรือ (Flag State) ตามข้อ 217 UNCLOS⁶³ รัฐชายฝั่ง (Coastal State) ตามข้อ 220 UNCLOS⁶⁴ หรือรัฐท่าเรือ (Port State) ตามข้อ 218 UNCLOS⁶⁵ มีหน้าที่ในการกระทำการใดๆ เพื่อคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทางทะเลซึ่งถือว่าเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ (Common heritage of mankind)⁶⁶

นอกจากพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมซึ่งเป็นหลักทั่วไปข้างต้นแล้ว UNCLOS ยังได้กำหนดพันธกรณีของรัฐเกี่ยวกับการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษที่เกิดจากเรือเป็นการเฉพาะด้วย ตามข้อ 211 UNCLOS⁶⁷ กล่าวคือให้รัฐกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศเพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่เกิดจากเรือและในทำนองเดียวกัน ในกรณีที่เหมาะสมให้ส่งเสริมการกำหนดระบบการจัดเส้นทางเดินเรือที่มุ่งจะลดอันตรายจากอุบัติเหตุซึ่งอาจจะก่อให้เกิดมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลรวมทั้งแนวชายฝั่ง และความเสียหายจากภาวะมลพิษแก่ประโยชน์ที่เกี่ยวเนื่องกันของรัฐชายฝั่งให้เหลือน้อยที่สุด หลักเกณฑ์และมาตรฐานเช่นว่านั้นต้องได้รับการตรวจสอบเป็นครั้งคราวตามที่จำเป็นด้วย ในการออกกฎหมายและข้อบังคับเพื่อป้องกัน ลด และควบคุมภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่เกิดจากเรือที่ซักรงของตนหรือเรือที่จดทะเบียนกับตน โดยกฎหมายและข้อบังคับเช่นว่านั้น อย่างน้อยที่สุดต้องมีผลเช่นเดียวกับผลของหลักเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ซึ่งได้กำหนดขึ้นโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจหรือการประชุมทางการทูตโดยทั่วไป ในกรณีที่รัฐวางข้อกำหนดพิเศษเพื่อป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษของสิ่งแวดล้อมทางทะเลที่เป็นเงื่อนไขสำหรับชาวต่างชาติที่จะเข้าสู่ท่าเรือหรือน่านน้ำภายในของตน หรือที่จะแวะจอดเรือนอกฝั่ง ต้องประกาศข้อกำหนดเช่นว่านั้นให้ทราบตามควร และต้องแจ้งข้อกำหนดเหล่านั้นให้องค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจทราบและเมื่อใดที่รัฐชายฝั่งมากกว่าสองรัฐหรือมากกว่าได้วางข้อกำหนดเช่นว่านั้นในรูปแบบที่เหมือนกันด้วยความเพียรพยายามที่จะประสานนโยบาย การแจ้งให้ทราบจะต้องระบุว่ารัฐใดเข้าร่วมในข้อตกลงร่วมมือดังกล่าว ทุกรัฐจะต้องกำหนดให้นายเรือที่ซักรงของตนหรือที่จดทะเบียนไว้กับตน ขณะแล่นอยู่ในทะเลอาณาเขตของรัฐที่เข้าร่วมในข้อตกลงร่วมมือดังกล่าว แจ้งให้ทราบตามคำขอของรัฐเช่นว่านั้นว่าเรือกำลังมุ่งหน้าไปสู่รัฐหนึ่งในภูมิภาคเดียวกันที่เข้าร่วมในข้อตกลงร่วมมือดังกล่าวหรือไม่ และหากเป็นดังนั้น จะต้องระบุว่าเรือนั้นปฏิบัติตามข้อกำหนดการเข้าสู่ท่าเรือของรัฐนั้นหรือไม่ ข้อนี้จะไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อการที่เรือจะใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริตของตนต่อไปหรือการนำข้อ 25 วรรคสองมาใช้ และในการใช้อธิปไตยในทะเลอาณาเขตของตน รัฐชายฝั่งอาจออกกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อป้องกัน ลด และควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากเรือต่างชาติ

⁶⁰ UNCLOS Article 197, อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 48

⁶¹ UNCLOS Article 198, อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 55

⁶² UNCLOS Article 195

⁶³ UNCLOS Article 217

⁶⁴ UNCLOS Article 220

⁶⁵ UNCLOS Article 218

⁶⁶ คูารัมบของ UNCLOS

⁶⁷ UNCLOS Article 211

รวมทั้งเรือที่ใช้สิทธิการผ่านโดยสุจริต โดยกฎหมายและข้อบังคับเช่นว่านั้นต้องไม่ขัดขวางต่อการผ่านโดยสุจริตของเรือต่างชาติ ตามภาค 2 ตอนที่ 3 และ รัฐชายฝั่งอาจออกกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษจากเรือในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของตนได้โดยหลักเกณฑ์นั้นต้องสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปซึ่งได้กำหนดขึ้นผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจหรือการประชุมทางการทูตทั่วไป และในกรณีที่หลักเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศที่กล่าวถึงในวรรค 1 ไม่เพียงพอที่จะครอบคลุมถึงสภาวะการณ์พิเศษ และรัฐชายฝั่งมีเหตุสมควรเชื่อว่าบริเวณเฉพาะแห่งที่กำหนดไว้ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของตนเป็นบริเวณที่ต้องกำหนดมาตรการพิเศษเพื่อป้องกันภาวะมลพิษจากเรือด้วยเหตุผลทางเทคนิคด้านสมุทรศาสตร์และนิเวศวิทยา ตลอดจนการใช้ประโยชน์หรือการคุ้มครองทรัพยากรและลักษณะเฉพาะทางการจราจรในบริเวณนั้น รัฐชายฝั่งหลังได้ปรึกษาตามความเหมาะสมกับรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องผ่านองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจแล้ว อาจติดต่อกับองค์กรนั้นสำหรับบริเวณนั้น โดยการเสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และเทคนิคเป็นการสนับสนุนและขอเสนอเกี่ยวกับอุปกรณ์รองรับน้ำเสียจากเรือ ภายใน 12 เดือนหลังจากได้รับการติดต่อเช่นว่านั้น องค์กรจะต้องพิจารณากำหนดว่าสภาพในบริเวณนั้นสอดคล้องกับข้อกำหนดที่ระบุไว้ข้างต้นหรือไม่ ถ้าองค์การพิจารณาว่าเป็นเช่นนั้น รัฐชายฝั่งอาจออกกฎหมายและข้อบังคับสำหรับบริเวณนั้นเพื่อการป้องกัน ลด และควบคุมภาวะมลพิษจากเรือ โดยอนุวัติตามหลักเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศหรือแนวปฏิบัติในการเดินเรือที่ออกใช้บังคับสำหรับบริเวณพิเศษผ่านองค์การนั้น กฎหมายและข้อบังคับเหล่านี้ต้องไม่ใช้กับเรือต่างชาติจนกว่าจะล่วงพ้น 14 เดือน นับจากได้ติดต่อกับองค์กรนั้น⁶⁸

3.2 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ MARPOL 73/78

สืบเนื่องจากความพยายามในการป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษจากเรือในระดับโลกจะเห็นได้จากอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องหลายฉบับโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของภาวะมลพิษน้ำมันจากเรือเช่นอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : UNCLOS) ซึ่งจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการป้องกัน การลดและการควบคุมมลพิษจากเรือโดยเน้นที่เขตอำนาจของรัฐต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่นรัฐชายฝั่ง (coastal State) รัฐเจ้าของท่าเรือ (port state) และรัฐเจ้าของธง (flag state) ซึ่งจะเป็นกรอบทั่วไปของอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ ค.ศ. 1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) พร้อมทั้งพิธีสาร ค.ศ. 1978 เกี่ยวกับอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ (Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) รวมกันเรียกว่า MARPOL 73/78⁶⁹ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดของมลพิษประเภทต่าง ๆ จากเรือ เช่น น้ำมัน ของเหลวที่เป็นพิษ สารอันตราย

⁶⁸ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ, อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพ: เอราวิณการพิมพ์), น.93

⁶⁹ International Convention for the Prevention of Pollution from Ships สืบค้นจาก www.imo.org
Annex I Regulations for the Prevention of Pollution by Oil
Annex II Regulations for the Control of Pollution by Noxious Liquid Substances in Bulk
Annex III Prevention of Pollution by Harmful Substances Carried by Sea in Packaged Form
Annex IV Prevention of Pollution by Sewage from Ships
Annex V Prevention of Pollution by Garbage from Ships

น้ำเสีย และขยะ เป็นต้น โดยจะปรากฏอยู่ในภาคผนวกต่าง ๆ ของอนุสัญญา⁷⁰และในสถานะที่ MARPOL เป็นสนธิสัญญา รัฐที่เข้าเป็นภาคีแห่ง MARPOL 73/78 จึงมีพันธกรณีระหว่างประเทศโดยตรงที่ต้องผูกพันตามข้อบังคับในภาคผนวกต่าง ๆ ของ MARPOL 73/78 โดยเฉพาะภาคผนวกที่มีลักษณะบังคับ (Mandatory) ซึ่งได้แก่ภาคผนวกที่ 1 ว่าด้วยมลพิษน้ำมันและภาคผนวกที่ 2 ว่าด้วยของเหลวที่เป็นพิษ ส่วนภาคผนวกที่ III- VI นั้นรัฐภาคีแห่ง MARPOL 73/78 เลือกที่จะผูกพันหรือไม่ก็ได้ (optional) แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของ MARPOL 73/78 คือการป้องกันและการควบคุมภาวะมลพิษต่าง ๆ จากเรือเป็นสำคัญ ดังนั้นพันธกรณีของรัฐภาคีแห่ง MARPOL 73/78 จึงเป็นพันธกรณีของรัฐเจ้าของธงเรือเป็นสำคัญที่จะต้องประกันว่า การก่อสร้าง อุปกรณ์ สิ่งติดตั้ง การดำเนินการและวัสดุของเรือนั้นเป็นไปตามข้อบังคับต่าง ๆ ของ MARPOL 73/78 อย่างเคร่งครัด⁷¹

เมื่อพิจารณาตาม MARPOL 73/78 แล้วจะเห็นว่ามาตรการสำคัญในการป้องกันมลพิษที่เกิดจากเรือคือการแยกประเภทของมลพิษต่าง ๆ ที่เกิดจากเรือไว้ในภาคผนวกต่าง ๆ และกำหนดให้บางภาคผนวกซึ่งเป็นปัญหามลพิษที่มีความสำคัญและพบบ่อย เช่น การรั่วไหลของน้ำมัน ของเหลวที่เป็นพิษ จากอุปกรณ์ที่ใช้ในการเดินเรือให้เป็นภาคผนวกที่มีลักษณะบังคับ (Mandatory)

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา MARPOL 73/78 เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 และอนุสัญญานับนี้มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551⁷²

MARPOL 73/78 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือ ทั้งที่เกิดจากการเดินเรือและจากอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นกับเรือ และครอบคลุมสิ่งที่ก่อมลพิษแก่สิ่งแวดล้อมทางทะเล ซึ่งอนุสัญญานับนี้จะวางกฎระเบียบให้รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อลด และป้องกันมลพิษจากเรือ โดยจะต้องมีมาตรการลงโทษเรือที่ซุกงของตอนที่ละเมิดกฎเกณฑ์ นั้นหมายถึงรัฐภาคีจะต้องออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับเรือของตนให้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับมลพิษทางทะเล⁷³ โดยให้รัฐภาคีมีพันธกรณีในการดำเนินการดังนี้

ก.รัฐเจ้าของธงเรือ (Flag state) เนื่องจากพันธกรณีของรัฐภาคีแห่ง MARPOL 73/78 เป็นการป้องกันและควบคุมมลพิษต่าง ๆ จากเรือเป็นสำคัญ ดังนั้นพันธกรณีของรัฐภาคีแห่ง MARPOL 73/78 จึงเป็นพันธกรณีแห่งรัฐเจ้าของธงเรือที่จดทะเบียนกับตนเป็นสำคัญในการบังคับการตามมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ใน MARPOL 73/78 ในการป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ ตามภาคผนวกต่าง ๆ เช่นรัฐเจ้าของธงเรือจะต้องควบคุมการปล่อยทิ้งน้ำมันในภาคผนวกที่ 1 ในกรณีของเรือบรรทุกน้ำมัน (oil tanker) ที่จะต้องไม่อยู่ในพื้นที่พิเศษซึ่งหมายถึงทะเลที่มีลักษณะพิเศษจำเป็นต้องมีวิธีการที่เป็นพิเศษในการป้องกันมลพิษจากเรือ⁷⁴ ที่รัฐเจ้าของธงเรือจะต้องควบคุมมาตรฐานการออกแบบ การก่อสร้างและอุปกรณ์ประจำเรือ การตรวจสอบ (Survey) และการออกใบรับรอง (Certificate) เพื่อใช้ในการควบคุมการปล่อยมลพิษน้ำมันจากเรือ⁷⁵ โดยมีรายละเอียดของการตรวจสอบก่อนที่จะนำเรือออกไปใช้งานในกรณีเรือใหม่หรือก่อนที่จะออกใบรับรองสำหรับเรือที่ใช้อยู่แล้ว โดย

Annex VI Prevention of Air Pollution from Ships

⁷⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 7, น.199

⁷¹ เฟิงอ่าง

⁷² ดวงเด่น นาคสีหราช, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 3

⁷³ สืบค้นจาก กรมควบคุมมลพิษ <http://www.dmcr.go.th>

⁷⁴ Annex 1, Regulation 1 (4).

⁷⁵ Annex 1, Regulation 20 Paragraph 6 OIL RECORD BOOK

การตรวจสอบดังกล่าวจะต้องครอบคลุมถึงการตรวจสอบโครงสร้าง (structure) อุปกรณ์ (equipment) ระบบ (system) สิ่งติดตั้ง (fitting) การดำเนินการ (arrangements) และวัสดุ (Material) ของเรือเพื่อให้มั่นใจได้ว่าสิ่งต่าง ๆ ดังกล่าวจะเป็นไปตามข้อกำหนดของภาคผนวกที่ 1⁷⁶ นอกจากนี้ยังมีการตรวจสอบอุปกรณ์และปั๊มที่เกี่ยวข้อง ระบบท่อ (piping system) ตลอดทั้งระบบควบคุมและติดตามการปล่อยทิ้งน้ำมัน (oil discharge monitoring and control system) ระบบล้างน้ำมันดิบ (crude oil washing system) อุปกรณ์แยกน้ำมันออกจากน้ำ (oily – water separating equipment) และระบบกรองน้ำมัน (oil filtering system) ว่าเป็นไปตามข้อกำหนดของภาคผนวกที่ 1 นี้และยังอยู่ในสภาพที่ทำงานได้ดีอยู่หรือไม่ ซึ่งระบบการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องกระทำอย่างต่ำ 1 ครั้งในระหว่างระยะเวลาการมีผลใช้บังคับของใบรับรอง และในกรณีเช่นนี้การตรวจสอบดังกล่าวจะต้องกระทำไม่ก่อน 6 เดือนและไม่ช้ากว่า 6 เดือนหลังจากวันที่ครบกำหนดครั้งอายุของใบรับรองดังกล่าว ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวของรัฐเจ้าของธงนั้นต้องบันทึกไว้ในใบรับรองการป้องกันมลพิษน้ำมันระหว่างประเทศ (1973) ด้วย⁷⁷ และต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเจ้าของธงเรือนั้น แต่ทั้งนี้รัฐเจ้าของธงอาจมอบหมายการตรวจสอบเช่นนั้นให้แก่ผู้ตรวจสอบ (surveyors) ที่แต่งตั้งขึ้นเพื่อการนั้นหรือให้แก่องค์การที่รัฐเจ้าของธงเรือนั้นรับรองก็ได้

ข. รัฐท่าเรือ (Port State) วิธีหนึ่งในการแก้ปัญหาที่เกิดจากรัฐเจ้าของธงเรือไม่สามารถควบคุมเรือที่ชักธงของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือการให้ความสำคัญกับรัฐท่าเรือซึ่งตามข้อ 218 UNCLOS⁷⁸ กำหนดว่าเมื่อเรืออยู่ในท่าเรือหรือท่าเรือนอกชายฝั่งของรัฐโดยสมบูรณ์ รัฐนั้นอาจทำการสอบสวนและหากมีหลักฐานยืนยันก็สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับการปล่อยทิ้งใดๆ จากเรือนั้นลงสู่ทะเลนอกน่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐนั้นซึ่งเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่หรือที่กำหนดขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศที่มีอำนาจในกรณีของ MARPOL 73/78 โดยองค์การพาณิชย์นาวีระหว่างประเทศ (IMO)⁷⁹ และหากการปล่อยทิ้งข้างต้นกระทำลงในทะเลที่เป็นน่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐอื่น รัฐเจ้าของท่าเรือดังกล่าวจะไม่สามารถสอบสวนและดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ เว้นแต่จะได้รับการร้องขอจากรัฐนั้นหรือจากรัฐเจ้าของธงหรือจากรัฐซึ่งได้รับความเสียหายหรือที่ถูกคุกคามจากการปล่อยทิ้งที่ฝ่าฝืนดังกล่าว หรือเว้นแต่การปล่อยทิ้งนั้นได้ก่อให้เกิดหรือน่าจะเกิดภาวะมลพิษในน่านน้ำภายใน ทะเลอาณาเขตหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐเจ้าของท่าเรือดังกล่าวเสียเอง⁸⁰ นอกจากนี้รัฐเจ้าของท่าเรือสามารถร้องขอให้รัฐเจ้าของธงหรือผู้ที่รัฐเจ้าของธงมอบหมายทำการซ่อมแซมหรือสำรวจสภาพของเรือและอุปกรณ์ที่ไม่สอดคล้องกับรายการที่ระบุไว้ในใบรับรองอย่างมีนัยสำคัญหรือมีสภาพไม่เหมาะสมที่จะออกเดินทาง เพราะจะทำให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลได้ ซึ่งหากเรือดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามก็อาจทำให้ถูกถอนใบรับรองได้ ในกรณีนี้รัฐท่าเรือมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ตรวจสอบหรือองค์การดังกล่าวเท่าที่จำเป็น เพื่อให้มีการปฏิบัติตามข้อบังคับ และรัฐเจ้าของท่าเรือจะต้องทำให้แน่ใจได้ว่าเรือดังกล่าวจะไม่ออกจากท่า จนกว่า

⁷⁶ 1978 Protocol Annex 1, Regulation 4 Paragraph1 (a) SURVEYS AND INSPECTIONS.

⁷⁷ 1978 Protocol Annex 1, Regulation 4 Paragraph 1 (C) SURVEYS AND INSPECTIONS

⁷⁸ ข้อ 218 UNCLOS

⁷⁹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 71, น. 281

⁸⁰ UNCLOS Article 218.

จะได้อำนาจท่าจอดเรือที่ใกล้ที่สุด โดยไม่คุกคามหรือไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล⁸¹ หลักการตาม MARPOL 73/78 ดังกล่าวเป็นการให้รัฐเจ้าของท่าเรือเข้ามามีบทบาทในการช่วยตรวจสอบการควบคุมการรั่วไหลของน้ำมันจากปฏิบัติการของเรืออีกทางหนึ่งนอกเหนือจากรัฐเจ้าของธงเรือเพื่อแก้ปัญหาในกรณีรัฐเจ้าของธงไม่สามารถบังคับเหนือเรือนั้นได้แต่หากเรือนั้นได้เข้ามาจอดในท่าเรือก็จะทำให้รัฐท่าเรือต้องแจ้งแก่รัฐเจ้าของธงเรือหรือองค์การที่รัฐเจ้าของธงมอบอำนาจให้ถึงการรั่วไหลของน้ำมันนั้น โดยรัฐท่าเรือจะต้องไม่อนุญาตให้เรือนั้นออกจากท่าจนกว่าจะเรือนั้นจะได้ซ่อมแซมและไม่เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล

ค.รัฐชายฝั่ง (Coastal State) เนื่องจากรัฐชายฝั่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากภาวะที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ เมื่อเรืออยู่ในท่าเรือหรือท่าเรือนอกชายฝั่งของรัฐชายฝั่งโดยสมัครใจ รัฐชายฝั่งนั้นอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎหมายและข้อบังคับใดๆ ของรัฐชายฝั่งที่ออกตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ.1982 UNCLOS หรือกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่เพื่อป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษที่เกิดจากเรือเช่น MARPOL 73/78 ในเมื่อการฝ่าฝืนนั้นเกิดขึ้นในทะเลอาณาเขตหรือเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐชายฝั่งนั้นเอง⁸² ในกรณีที่มีเหตุแน่ชัดให้เชื่อได้ว่าเรือที่แล่นอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งได้ทำการฝ่าฝืนในเขตเศรษฐกิจจำเพาะซึ่งกฎเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่เพื่อป้องกันลดและควบคุมภาวะมลพิษที่เกิดจากเรือเช่น MARPOL 73/78 หรือกฎหมายหรือข้อบังคับของรัฐนั้นซึ่งสอดคล้องกับและทำให้กฎเกณฑ์และมาตรฐานเช่นว่านั้นมีผลใช้บังคับ รัฐชายฝั่งอาจกำหนดให้เรือนั้นให้ข้อสนเทศเกี่ยวกับลักษณะพิเศษของตนและท่าที่จอดทะเบียน ท่าที่จอดแวะครั้งสุดท้ายและท่าที่จะไปจอดแวะต่อไปและข้อสนเทศที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เพื่อที่จะตัดสินใจว่าให้เกิดการฝ่าฝืนขึ้นหรือไม่⁸³ และหากมีการฝ่าฝืนดังกล่าวในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือทะเลอาณาเขตของรัฐซึ่งส่งผลให้มีการปล่อยทิ้งอย่างมากอันก่อให้เกิดหรือคุกคามว่าจะก่อให้เกิดภาวะมลพิษอย่างมากต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล รัฐนั้นอาจดำเนินการตรวจสอบทางกายภาพในเรื่องที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนนั้นได้ หากเรือดังกล่าวปฏิเสธที่จะให้ข้อสนเทศหรือหากข้อสนเทศที่เรือนั้นให้มาแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดจากสถานการณ์จริงและหากสถานการณ์แห่งกรณีนั้นยืนยันการตรวจสอบเช่นว่านั้นว่าเป็นการถูกต้อง⁸⁴ เมื่อมีหลักฐานแน่ชัดว่าเรือที่แล่นอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือทะเลอาณาเขตของรัฐชายฝั่งดังกล่าวได้ฝ่าฝืนกฎหมายและข้อบังคับของรัฐชายฝั่งที่ออกตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 หรือมาตรฐานระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่เพื่อป้องกันลดและควบคุมมลพิษที่เกิดจากเรือเช่น MARPOL 73/78 อันส่งผลให้เกิดการปล่อยทิ้งที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวงต่อแนวชายฝั่งทะเลหรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องของรัฐชายฝั่งหรือแก่ทรัพยากรใดๆ ของทะเลอาณาเขตหรือของเขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐชายฝั่งนั้น รัฐชายฝั่งเช่นว่านั้นอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณารวมทั้งกักเรือนั้นตามกฎหมายของตนโดยมีพยานหลักฐานยืนยันเช่นนั้น⁸⁵ นอกจากนี้มาตรการตาม MARPOL 73/78 ได้กำหนดให้รัฐชายฝั่ง ในกรณีของแท่นขุดเจาะทิ้งแบบลอยน้ำและแบบติดกับที่ ซึ่งอยู่ในความหมายของเรือตาม MARPOL 73/78⁸⁶ ในการที่จะให้ประกันว่าเรือดังกล่าวได้มี

⁸¹ 1978 Protocol Annex 1, Regulation 4 Paragraph 3 SURVEYS AND INSPECTIONS

⁸² UNCLOS Article 220 วรรค 1

⁸³ UNCLOS Article 220 วรรค 3

⁸⁴ ข้อ 220 วรรค 5 UNCLOS

⁸⁵ ข้อ 220 วรรค 6 UNCLOS

⁸⁶ MARPOL 73/78, Article 3 Paragraph 1 (a), (b) Application

สิ่งติดตั้ง (Installations) ตามสมควรเท่าที่ทำได้เพื่อให้มั่นใจว่าการกักเก็บเศษน้ำมันไว้บนเรือและจะปล่อยทิ้งยังสิ่งอำนวยความสะดวกในการรับกากน้ำมัน (reception facilities) หรือได้กระทำตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้ว⁸⁷ และในกรณีของการควบคุมน้ำมันในพื้นที่พิเศษ⁸⁸ ที่มีการควบคุมการปล่อยทิ้งน้ำมันเข้มงวดกว่าบริเวณอื่นใดและกำหนดให้เรือที่อยู่ในพื้นที่พิเศษจะต้องกักเก็บเศษน้ำมันไว้บนเรือและต้องนำไปปล่อยทิ้งยังสิ่งอำนวยความสะดวกในการรับกากน้ำมัน (reception facilities) ซึ่งหน้าที่ในการจัดให้มีสถานที่สำหรับรับกากน้ำมันจากเรือ MARPOL 73/78 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐชายฝั่งรอบๆ พื้นที่พิเศษหรือรัฐท่าเรือเป็นผู้จัดหา⁸⁹

จากมาตรการตาม MARPOL 73/78 จะเห็นได้ว่าการป้องกัน การลดและควบคุมมลพิษทางทะเลจากจากาเรือซึ่งรวมถึงมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือนั้นให้ความสำคัญกับการควบคุมมลพิษจากรัฐเจ้าของธงเป็นสำคัญแต่เนื่องจากมลพิษจากปฏิบัติการของเรือสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกพื้นที่ทางทะเลดังนั้น การให้ความสำคัญกับรัฐท่าเรือและรัฐชายฝั่งในการควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือร่วมกันก็จะทำให้การควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับความจริงจังของรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือเรือโดยตรง ได้แก่รัฐเจ้าของธง รัฐชายฝั่งและรัฐเจ้าของท่าเรือเกี่ยวกับการป้องกัน การลดและควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลจากเรือเป็นสำคัญ⁹⁰

4. ประเทศไทยกับการอนุวัติการกฎหมายภายในตาม UNCLOS และ MARPOL 73/78

4.1 การอนุวัติการกฎหมายภายในตาม UNCLOS และ MARPOL 73/78

ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นภาคีของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 หรือ UNCLOS และอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ ค.ศ. 1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1978) หรือ และด้วยพิธีสาร 1978 (Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1978) หรือ MARPOL 73/78 ประเทศไทยย่อมมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องผูกพันอนุวัติการ UNCLOS และ MARPOL 73/78 ที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องกระทำรวมถึงสิทธิ หน้าที่ที่รัฐภาคีพึงมีและใช้ตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย ซึ่งในการจะอนุวัติการให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพบรรลุเจตนารมณ์ของอนุสัญญาได้นั้น จำเป็นต้องอาศัยทั้งนโยบาย กระบวนการนิติบัญญัติ มาตรการทางกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายของรัฐภาคี ต้องมีความสอดคล้องเชื่อมโยงกันซึ่งในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายภายในที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะที่มีรายละเอียด หลักเกณฑ์ในการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือและโดยเฉพาะอย่างยิ่งความร่วมมือระดับภูมิภาคในการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือในภูมิภาคอาเซียน

4.2 กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือ

⁸⁷ Annex 1, Regulation 9 Paragraph 2 CONTROL OF DISCHARGE OF OIL

⁸⁸ Annex 1, Regulation 1 (10) DEFINITIONS

⁸⁹ ANNEX 1, Regulation 10 Paragraph 7 (a) METHODS FOR THE PREVENTION OF OIL POLLUTION FROM SHIPS WHILE OPERATING IN SPECIAL AREAS

⁹⁰ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 7, น.284

มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ ปราภฏอยู่
ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ดังนี้

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535⁹¹ เป็นเสมือนกฎหมายทั่วไปในการป้องกัน ลดและควบคุมภาวะมลพิษของสิ่งแวดล้อมจากแหล่งต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงภาวะมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือด้วย แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังจำกัดพื้นที่ที่อยู่เพียงราชอาณาจักรไทยเท่านั้น กล่าวคือเฉพาะส่วนของแผ่นดิน ทะเลอาณาเขตที่ประเทศไทยประกาศกำหนดความกว้างไว้ 12 ไมล์ทะเลจากเส้นฐาน⁹²รวมทั้งพื้นทะเลและดินใต้พื้นทะเลของทะเลอาณาเขตดังกล่าวและห้วงอากาศเหนือแผ่นดินและเหนือทะเลอาณาเขตตามหลักการใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐตามข้อ 2 ของ UNCLOS⁹³ โดยไม่มีผลบังคับถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะที่ประเทศไทยได้ประกาศและกำหนดความกว้างไว้ 200 ไมล์ทะเลวัดจากเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขต⁹⁴ และไหล่ทวีปที่ประเทศไทยได้กำหนดความกว้างและทำความตกลงกำหนดเขตไหล่ทวีปไว้กับประเทศเพื่อนบ้าน⁹⁵ แม้ว่าประเทศไทยจะประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะแล้วก็ตามแต่การจะให้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมมีผลใช้บังคับทันทีในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้นไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไปซึ่งก็คือพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้มีผลขยายถึงบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะด้วยซึ่งมีรายละเอียดมากและในปัจจุบันพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่ได้มีการแก้ไขให้มีผลถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะแต่อย่างใด จึงทำให้สิทธิและหน้าที่ของประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของ UNCLOS เกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลทั้งตามเขตเศรษฐกิจจำเพาะและตามข้อ 56 วรรค 1 (b) UNCLOS⁹⁶ ยังขาดการอนุวัติการอยู่

⁹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 109 ตอนที่ 37 ลงวันที่ 4 เมษายน 2535

⁹² ประกาศกำหนดความกว้างของทะเลอาณาเขตในประเทศไทย ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 83 ตอนที่ 92, ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2509

⁹³ UNCLOS Article 2

1. The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea.
2. This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.
3. The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.

⁹⁴ ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยด้านอ่าวไทยส่วนที่ประชิดกับเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศมาเลเซีย ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 105 ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2531 และประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทยด้านทะเลอันดามัน ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 105 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2531

⁹⁵ ประกาศกำหนดเขตไหล่ทวีปของประเทศไทยด้านอ่าวไทย ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 90 ตอนที่ 60 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2516

⁹⁶ Agreement Relating to Delimitation of the sea-bed Boundary in the Andaman Sea, 11 December 1975; Agreement Concerning the Delimitation of the Trijunction Point and the Delimitation of the Related Boundaries of the Three Countries in the Andaman Sea, 22 June 1978; Agreement Relating to Delimitation of the Sea-bed in the Andaman Sea 22 June 1978, Agreement on the Delimitation of a Continental Shelf Boundary in the Northern Part of the Strait of Malacca and in Andaman sea, 17 December 1971, Agreement Relating to Delimitation of the Continental Shelf Boundary in the Northern Part of the Strait of Malacca, 21 December 1971;

พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2560⁹⁷ ซึ่งบัญญัติถึงเรื่องการเดินเรือกว้างๆ เป็นการทั่วไปโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ครอบคลุมถึงเรื่องการเดินเรือทุกๆ เรื่องซึ่งรวมไปถึงเรื่องมลพิษทางน้ำและทางทะเลด้วยโดยกำหนดห้ามไม่ให้มีการกระทำอันจะก่อให้เกิดมลพิษไว้แยกเป็นสองกรณีคือ กรณีสิ่งปฏิกูลที่ไม่ใช่น้ำมันและเคมีภัณฑ์กรณีหนึ่งตามมาตรา 119⁹⁸ และกรณีน้ำมันและเคมีภัณฑ์อีกกรณีหนึ่งตามมาตรา 119 ทวิ⁹⁹ แต่ทั้งนี้ผลทางกฎหมายของการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้แตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือผู้กระทำความผิดมีโทษทางอาญาและต้องชดใช้ค่าเสียหายในการขจัดสิ่งที่เป็นพิษเช่นเดียวกัน จะแตกต่างกันเพียงแต่กรณีน้ำมันและเคมีภัณฑ์มีโทษทางอาญาที่สูงกว่าเท่านั้นดังนั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช 2456 จะกำหนดให้ผู้ก่อมลพิษต้องชดใช้เงินค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปกับการแก้ไขสิ่งเป็นพิษหรือชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แต่บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก็บังคับใช้เฉพาะกรณีที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และพระราชบัญญัติฉบับนี้มีขอบเขตการบังคับใช้ที่จำกัด กล่าวคือ บังคับใช้เฉพาะในบริเวณน่านน้ำไทยเท่านั้น คือ ทะเลอาณาเขตเท่านั้น ไม่รวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะ และไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดชอบของเจ้าของเรือ¹⁰⁰

พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558¹⁰¹ เป็นมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือเพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวเน้นที่การใช้ประโยชน์ การอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรประมงเป็นสำคัญ จากบทบัญญัติ ซึ่งมาตรการกฎหมายดังกล่าวยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลแต่เป็นพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับเหนือพื้นที่อย่างกว้างขวางทั้งทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะ ทะเลหลวงหรือแม้แต่เขตเศรษฐกิจจำเพาะของรัฐอื่นและไม่จำกัดที่มาของแหล่งมลพิษนั้นว่ามาจากแหล่งใด¹⁰² ซึ่งรวมถึงมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือด้วย

พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการเรียกเงินสมทบเข้ากองทุนระหว่างประเทศเพื่อชดใช้ความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นความรับผิดชอบเกี่ยวกับมลพิษน้ำมันในภาคผนวกที่ 1 เท่านั้นแต่ในส่วนที่เหลือที่เป็นพิษ (noxious liquid substances) ในภาคผนวก 2 ซึ่งเป็นภาคผนวกที่มีลักษณะบังคับให้ภาคีไม่สามารถตั้งข้อสงวนได้แต่ประเทศไทยยังไม่ได้้อนุวัติการแต่อย่างใด

4.3 มาตรการกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือในภูมิภาคในการควบคุมภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือ

Agreement Relating to Delimitation of the Marine Boundary in the Andaman Sea, 25 July 1980; ดู จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, เล่มที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2557, น. 405

⁹⁷ พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 134 ตอนที่ 10 ก ลงวันที่ 24 มกราคม 2560

⁹⁸ มาตรา 119 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456

⁹⁹ มาตรา 119 ทวิ* [มาตรา 119 ทวิ เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535 (ร.ก. 2535/44/16)]

¹⁰⁰ ไผทชิต เอกจริยกร, เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกสภา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งเพื่อชดใช้ความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน พ.ศ. — กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2554. น. 10-11

¹⁰¹ พระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2558 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 34 ก 28 เมษายน 2558

¹⁰² จุมพต สายสุนทร, อ่างแล้ว, เจริญธรรมที่ 7

ความร่วมมือในระดับภูมิภาคเพื่อคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือเป็นสิ่งสำคัญ เนื่องจากมลพิษเกิดจากเรือซึ่งเคลื่อนที่ไปได้ในทุกบริเวณในทะเล ซึ่งหากพิจารณาความร่วมมือตาม UNCLOS ได้แก่ความร่วมมือในการแจ้งให้ทราบถึงความเสียหายที่ใกล้จะถึงหรือเกิดขึ้นแล้ว ความร่วมมือในการจัดทำแผนฉุกเฉินต่อต้านภาวะมลพิษ ความร่วมมือในการวิจัยและการแลกเปลี่ยนข้อมูล และความร่วมมือของรัฐในการกำหนดเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์เพื่อจัดทำกฎเกณฑ์ มาตรฐาน ตลอดจนทั้งแนวปฏิบัติ และวิธีการดำเนินงานในระดับโลกและระดับภูมิภาค ซึ่งได้ระบุไว้ใน 197 ถึงข้อ 201 จะเห็นว่าความร่วมมือทั้ง 4 ด้านนั้นเป็นความร่วมมือขั้นต่ำที่รัฐภาคีควรจะมี ซึ่งประเทศในภูมิภาคอาเซียนต่างเป็นภาคีสัญญา UNCLOS และ MARPOL 73/78 จึงมีพันธกรณีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือของรัฐในภูมิภาคนี้ในการควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ จึงควรร่วมมือกันในการป้องกัน ลดและควบคุมมลพิษทางทะเลจากปฏิบัติการของเรือ แต่มาตรการกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือในภูมิภาคของอาเซียนในการควบคุมภาวะมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรื่อนั้นยังไม่ปรากฏ

5. สรุป

ประเทศไทยเป็นภาคีสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : UNCLOS และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ ค.ศ. 1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) พร้อมทั้งพิธีสาร ค.ศ. 1978 เกี่ยวกับอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ (Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) จึงมีพันธกรณีที่ต้องอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับ แต่ปรากฏว่าขณะนี้กฎหมายภายในของประเทศไทยยังไม่ครอบคลุมอนุสัญญา ทั้งสองฉบับกล่าวคือ ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะในการป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเลที่ครอบคลุมแหล่งมลพิษ ดังเช่น กฎหมายที่ควบคุมมลพิษทางทะเลจากเรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งมลพิษที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ และครอบคลุมพื้นที่ทางทะเลเช่นเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ดังนั้นประเทศไทยจึงควรพิจารณาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลให้ครอบคลุมแหล่งมลพิษทั้งหมดของสิ่งแวดล้อมทางทะเลเพื่อใช้บังคับในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของราชอาณาจักรไทย เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 โดยขยายพื้นที่การบังคับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมเขตเศรษฐกิจจำเพาะด้วย

ในส่วนพันธกรณีตาม MARPOL 73/78 ประเทศไทยได้อนุวัติการกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องบางส่วนแต่ยังไม่ครบถ้วน กล่าวคือในส่วนของมลพิษน้ำมันนั้นแม้ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการเรียกเงินสมทบเข้ากองทุนระหว่างประเทศเพื่อชดเชยความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 แต่วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ความสำคัญกับการให้เรือทำประกันกรณีเกิดความเสียหายจากมลพิษน้ำมันเป็นสำคัญ ซึ่งเป็นกรณีที่ภาวะมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือได้เกิดขึ้นแล้วแต่มาตรการทางกฎหมายที่เป็นการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลจากเรื่อนั้นยังไม่ชัดเจน ซึ่งประเทศไทยควรแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่หรือบัญญัติกฎหมายให้มีมาตรการป้องกัน ลด และควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ

ในส่วนของเหลวที่เป็นพิษ (noxious liquid substances) ในภาคผนวก 2 ซึ่งเป็นภาคผนวกที่มีลักษณะบังคับให้ภาคีไม่สามารถตั้งข้อสงวนได้แต่ประเทศไทยยังไม่ได้อนุวัติการแต่อย่างใด ทำให้ประเทศไทยไม่มีกฎหมายควบคุมมลพิษจากปฏิบัติการของเรือในส่วนของการเหลวที่เป็นพิษใช้บังคับ ซึ่งประเทศไทยควรเร่งดำเนินการอนุวัติการกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนี้หากพิจารณาในส่วนของการร่วมมือระดับภูมิภาค (regional cooperation) ซึ่งเป็นพันธกรณีตาม UNCLOS และ MARPOL 73/78 ซึ่งเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมภาวะมลพิษจากปฏิบัติการของเรือได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยยังขาดความร่วมมือในระดับภูมิภาคดังกล่าว ประเทศไทยควรเร่งอนุวัติการกฎหมายภายในและทำความร่วมมือกับประเทศอื่นในภูมิภาคอาเซียนเพื่อจะได้แก้ปัญหาร่วมกันในการป้องกันและควบคุมมลพิษทางทะเลที่เกิดจากปฏิบัติการของเรือ

บรรณานุกรม

หนังสือ

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550

เข็มจุกา สุวรรณจินดา. การคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากภาวะมลพิษจากแหล่งบนบก, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558

วิทยานิพนธ์

พิชชา ใจสมคม, “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและฟื้นฟูระบบนิเวศพื้นที่ท่องเที่ยวทะเลจากการลักลอบทำประมงในเขต 3,000 เมตร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552)

Text

F.Peace, What turns an oil spill into a disaster? New Scientist, January 30, 1993

UNGA A/CONF.151/26(Vol.1);31 I.L.M.874

บทความ

ดวงเด่น นาคสีหราช, “น้ำมันรั่วไหลจากเรือบรรทุกน้ำมันกับมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันมลพิษน้ำมัน”, วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์นาวี, ปีที่ 9, ฉบับที่ 9

รายงานวิจัย

โชติกา วิทยาวรากุล และคณะ, “ความเป็นไปได้และการเตรียมความพร้อมของประเทศไทยในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ ภาคผนวกที่ 6 ว่าด้วยกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการป้องกันมลพิษทางอากาศจากเรือ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 7 ฉบับที่ 2 พฤศจิกายน 2557

เอกสารอื่นๆ

ไพฑูริย์ เอกจริยกร, เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณากฎหมายของสมาชิกรัฐสภา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบเพื่อความปลอดภัยจากมลพิษน้ำมัน พ.ศ.....— กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2554.

อนุสัญญา

ปฏิญญาสต็อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972

ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : UNCLOS

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ ค.ศ. 1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships) พร้อมทั้งพิธีสาร ค.ศ. 1978 เกี่ยวกับอนุสัญญาระหว่างประเทศเพื่อการป้องกันภาวะมลพิษจากเรือ (Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships

กฎบัตรสหประชาชาติ United Nations Charter

กฎบัตรโลกเพื่อธรรมชาติ ค.ศ. 1982 The World Charter for Nature, 1982

กฎหมาย

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 109 ตอนที่ 37
ลงวันที่ 4 เมษายน 2535

พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนที่ 10 ก ลงวันที่ 24
มกราคม 2560

พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 34 ก 28 เมษายน 2558

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สืบค้นจาก http://www.londonconvention.org/London_Convention/htm

ฐานข้อมูลความรู้ทางทะเล, “อนุสัญญาด้านการขนส่งทางทะเล”, สืบค้นจาก

<http://www.mkh.in.th/index.php/2010-03-22-18-03-43/2010-03-25-08-39-20>(retrieved on May
23,2013)

กรมควบคุมมลพิษ, สืบค้นจาก <http://www.dmcr.go.th>

สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ : สภาพการณ์และความเป็นไปได้ในประเทศไทย

New Use Patent: A Situation and Possibility in the Context of Thailand

เสสึนา นิมสุวรรณ*

บทคัดย่อ

กระแสความเปลี่ยนแปลงของโลกในปัจจุบัน เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้ สิทธิบัตรจึงถูกกล่าวถึงและมีความเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการพัฒนานวัตกรรม ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ อย่างไรก็ตามพบว่าการเข้าถึงสิทธิบัตรของนักประดิษฐ์สัญชาติไทยกลับมีจำนวนน้อยมากอันเกิดจากปัจจัยหลายประการ แต่หนึ่งในปัจจัยดังกล่าวก็คือ การขาดความรู้ความเชี่ยวชาญในการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใดชิ้นใหม่อันจะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แต่จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ในบางประเทศ ดังเช่นกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองการพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์ในลักษณะที่เป็นการนำเอาผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่อันก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยง่าย หรือที่เรียกว่าสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ (New Use Patent) บทความฉบับนี้มุ่งประสงค์ที่จะศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรในกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ และสภาพการณ์การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ ตลอดจนวิเคราะห์ถึงการให้ความคุ้มครองหลักเกณฑ์ดังกล่าวภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

คำสำคัญ: สิทธิบัตร, สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่, ความเป็นไปได้, การพัฒนา

* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ และนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

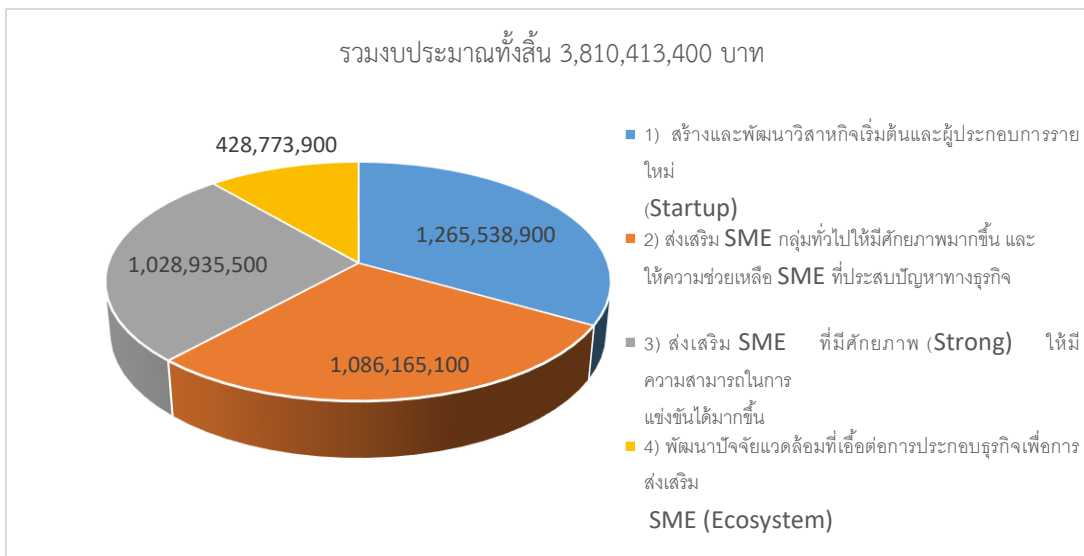
1 บทนำ

ท่ามกลางกระแสความเปลี่ยนแปลงของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วอันเป็นผลจากความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ (Capitalization) และความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี (Digitalization) อันทำให้โลกเข้าสู่ยุคที่เรียกว่า “ยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy)” ซึ่งเป็นการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศโดยนำเอาเทคโนโลยีเข้ามา มีบทบาทในการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน ด้วยเหตุนี้ เทคโนโลยีและทักษะด้านนวัตกรรมดิจิทัลจึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการพัฒนาธุรกิจในยุคปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากการที่ผู้ประกอบการตระหนักถึงความสำคัญของการประยุกต์องค์ความรู้หลากหลายสาขาวิชา มีการวิจัยและพัฒนา (Research and Development: R&D) โดยอาศัยนวัตกรรมและเทคโนโลยีเพื่อนำสู่การพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันและผลักดันธุรกิจของตนให้ก้าวล้ำกว่าคู่แข่งรายอื่น

ในส่วนของประเทศไทยที่ระบบเศรษฐกิจถูกขับเคลื่อนโดยภาคธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) เป็นสำคัญ ดังจะเห็นได้จากร้อยละ 95 ของภาคธุรกิจในประเทศไทย ได้แก่ ธุรกิจ SMEs นอกจากนี้ ในปี 2560 ธุรกิจ SMEs ได้สร้างเม็ดเงินให้แก่ประเทศมากถึง 1.61 ล้านล้านบาท ทั้งนี้ คิดเป็นร้อยละ 42.5 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP)¹ จึงถือได้ว่าธุรกิจ SMEs เป็นฐานทางเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศไทยและภาครัฐก็ได้เล็งเห็นความสำคัญดังกล่าว โดยจะเห็นได้จากงบประมาณที่ใช้ในการสนับสนุนธุรกิจ SMEs ทั้งนี้ ในปี 2561 รัฐบาลได้จัดทำแผนบูรณาการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยใช้งบประมาณกว่าสามพันแปดร้อยล้านบาท และได้จัดสรรงบประมาณกว่าครึ่งเพื่อใช้ในการส่งเสริม SMEs ให้มีศักยภาพ และให้ความช่วยเหลือ SMEs ที่ประสบปัญหาทางธุรกิจ

¹ สาลินี วังตาล, GDP SMEs ไตรมาสแรกของปี 2560, สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), เข้าถึงจาก http://www.sme.go.th/upload/mod_download/GDP%20SME%20Q1-2560.pdf

แผนภาพที่ 1.1 สรุปงบประมาณแผนบูรณาการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2559²



ในส่วนของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจ กล่าวคือ มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันระหว่างการพัฒนาเศรษฐกิจและการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามีความสัมพันธ์อย่างยิ่งกับการพัฒนาเศรษฐกิจ³ และยังถือได้ว่ากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงกรณีของสิทธิบัตรเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะช่วยในการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของภาคธุรกิจ ตลอดจนระบบเศรษฐกิจของประเทศ ทั้งนี้ หาก SMEs สามารถตระหนักถึงประโยชน์ของทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสิทธิบัตรที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับนวัตกรรม การประดิษฐ์ และการออกแบบผลิตภัณฑ์ย่อมเป็นผลดีต่อธุรกิจ SMEs ในการที่จะสามารถพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขัน ทั้งการใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรโดยตรง และการใช้เพื่อเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และย่อมส่งผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ อีกทั้งยังช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายของภาครัฐในการช่วยเหลือธุรกิจ SMEs ที่ประสบปัญหาด้านธุรกิจอันเป็นผลดีต่อการพัฒนานวัตกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสิทธิบัตรจะมีส่วนก่อให้เกิดการพัฒนาในหลายมิติ แต่การเข้าถึงสิทธิบัตรของผู้ประกอบการไทยกลับมีจำนวนที่สวนทางกับกระแสการพัฒนาดังกล่าว โดยในระหว่าง พ.ศ. 2555-2559 พบว่าสถิติการยื่นขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของนักประดิษฐ์สัญชาติไทยมีเพียงประมาณ 14% ของคำขอรับสิทธิบัตรทั้งหมด และในช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีคำขอที่ได้รับการจดทะเบียนของนักประดิษฐ์สัญชาติไทยเพียงประมาณ 4% เท่านั้น

² สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), แผนบูรณาการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, เข้าถึงจาก http://www.sme.go.th/upload/mod_download/download-20180326085221.pdf

³ Gould, D. M. & Gruben, W. C., The role of intellectual property rights in economic growth, . 48(1996), pp.323-350, Retrieve from <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304387895000399>

ตารางที่ 1.1 สถิติการยื่นขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์⁴

ปี	จำนวนยื่นขอรับสิทธิบัตร			จำนวนการจดสิทธิบัตร		
	ไทย	ต่างชาติ	รวม	ไทย	ต่างชาติ	รวม
2559	1098	6722	7820	61	1777	1838
2558	1029	7138	8167	62	1302	1364
2557	983	6947	7930	67	1219	1286
2556	929	6478	7407	52	1097	1149
2555	1668	5678	6746	39	969	1008

จากข้อมูลสถิติข้างต้น จะเห็นได้ว่าท่ามกลางยุคเศรษฐกิจดิจิทัลที่จำเป็นจะต้องใช้นวัตกรรมในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่ประเทศไทยกลับประสบปัญหาการเข้าถึงสิทธิบัตรของนักประดิษฐ์สัญชาติไทย ทั้งนี้ปัญหาดังกล่าวเกิดจากปัจจัยหลายประการ เช่น ความยุ่งยากซับซ้อนในการจดทะเบียน ภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ ตลอดจนระยะเวลาในการดำเนินการที่ผู้ประกอบการมองว่าไม่คุ้มค่าการลงทุน นอกจากนี้ เหตุผลประการสำคัญอีกประการหนึ่ง ได้แก่ ข้อจำกัดในด้านคุณภาพการประดิษฐ์ที่ไม่ถึงเกณฑ์ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ กล่าวคือ นักประดิษฐ์ไทยมีความเชี่ยวชาญในระดับที่ไม่มากพอในการที่จะสร้างสรรค์การประดิษฐ์เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) และมีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) ซึ่งมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญระดับสามัญของสาขาวิชานั้น ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นอุปสรรคประการสำคัญต่อการเข้าถึงสิทธิในสิทธิบัตรของผู้ประกอบการไทย ตลอดจนการอาศัยสิทธิบัตรเป็นเครื่องมือในการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขัน

อย่างไรก็ตาม ภายใต้กรอบขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property: WIPO) ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ด้วยตนเอง ภายใต้กรอบมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศต่าง ๆ สามารถกำหนดแนวทางในการคุ้มครองสิทธิบัตรที่มีความเหมาะสมกับบริบทสังคมของประเทศนั้น ๆ ดังเช่นกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการผ่อนปรนความเข้มข้นในการกำหนดมาตรฐานการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในลักษณะที่เป็นการพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้ว ซึ่งก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยง่ายแก่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสามัญในสาขานั้น เช่น การนำยาแอสไพรินที่มีคุณสมบัติในการลดไข้มาใช้เพื่อผสมกับอาหารสัตว์อันก่อให้เกิดผลเป็นการเร่งการเจริญเติบโต เป็นต้น โดยการคุ้มครองในลักษณะดังกล่าวเรียกว่า สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ (New Use Patent)

⁴ กรมทรัพย์สินทางปัญญา, สถิติสิทธิบัตร, เข้าถึงจาก <https://www.ipthailand.go.th/th/patent-012.html>

แม้ในระยะแรกแนวคิดดังกล่าวจะไม่ใช่ที่ยอมรับ เนื่องจากเป็นเพียงการนำเอาสิ่งที่มีอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่เท่านั้น (New Use of an old Thing) และยังเป็น การขัดต่อหลักเกณฑ์ในการขอรับสิทธิบัตร แต่ในท้ายที่สุดก็ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ เนื่องจากเล็งเห็นถึงความสำคัญของการต่อยอดการประดิษฐ์ซึ่งจะนำมาซึ่งการพัฒนาเทคโนโลยี ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความสนใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรในกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ โดยบทความฉบับนี้มีความประสงค์ที่จะศึกษาถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ โดยจะได้กล่าวถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ สภาพการณ์การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ตามกฎหมายไทย ตลอดจนวิเคราะห์ถึงการให้ความคุ้มครองหลักเกณฑ์ดังกล่าวภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

2 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ (New Use Patent) เป็นแนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่มีลักษณะเป็นการนำเอาผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่อันก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยง่าย โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงความเป็นมา ความหมาย และลักษณะการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

2.1 ความเป็นมาในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยจะต้องมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (novelty) มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ได้ ในทางอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตาม ยังมีรูปแบบการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่า สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ (New Use Patent) ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่การนำผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วมาคิดค้นวิธีการใช้รูปแบบใหม่ อันก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม ในระยะแรกแนวคิดดังกล่าวกลับไม่ได้รับการยอมรับมากนักเนื่องจากขัดต่อหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตร แต่เนื่องจากการพัฒนาเทคโนโลยีส่งผลให้หลายประเทศได้เล็งเห็นถึงประโยชน์ของการพัฒนาต่อยอดทางด้านสิทธิบัตรอันมีส่วนสำคัญที่ก่อให้เกิดการพัฒนานวัตกรรมและเศรษฐกิจของประเทศจึงได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่กำหนดให้ความคุ้มครองผ่านการแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 100(b)⁵ แห่ง The Patent Act 1952 และได้นิยามความหมายของคำว่า “Process” ว่าหมายถึง กรรมวิธี งาน หรือวิธีการ และรวมถึงการใช้วิธีใหม่ของกรรมวิธี เครื่องจักร อุตสาหกรรม วัตถุ หรือส่วนประกอบของวัตถุที่มีอยู่ก่อนแล้ว โดย

⁵ Section 100 (b) of Patent Act 1952 “The Term “Process” means process, art or method, and includes a new use of a known process, machine, manufacture, composition of matter, or material.”

จะเห็นได้ว่าความในมาตราดังกล่าวได้ครอบคลุมถึงกรณีของการใช้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในรูปแบบใหม่ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้⁶

2.2 ความหมายของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ หรือ New Use Patent คือ การประดิษฐ์ที่มีลักษณะเป็นการใช้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วหรือเป็นที่รู้จักดีอยู่แล้วในรูปแบบใหม่ อันก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจคาดเห็นได้โดยง่าย⁷ เช่น การนำน้ำมันสนซึ่งเป็นที่รู้จักดีอยู่แล้วและถูกใช้เพื่อลบลสีทาบ้าน มาใช้ในรูปแบบใหม่โดยมีผู้คิดค้นต่อยอดโดยการนำเอาน้ำมันสนในปริมาณเล็กน้อยมาใช้ในการฆ่าพยาธิหนองหัวใจโดยไม่เป็นอันตรายต่อสุนัข เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ค้นพบวิธีการใช้น้ำมันสนวิธีใหม่จะได้รับความคุ้มครองแต่เพียงการใช้น้ำมันสนในการควบคุมพยาธิหนองหัวใจในสุนัขเท่านั้นและไม่อาจได้รับความคุ้มครองถึงตัวผลิตภัณฑ์น้ำมันสนที่ถือได้ว่าเป็นสาธารณสมบัติ (Public Domain)⁸ ทั้งนี้ เนื่องจากไม่ใช่ผู้ประดิษฐ์ คิดค้นน้ำมันสน หากแต่เป็นการคิดค้นวิธีการใช้น้ำมันสนในวิธีใหม่เท่านั้น โดยสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่เป็นการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

1) การใช้กรรมวิธีรูปแบบใหม่ (New Use of Known Process) หมายถึง การนำเอากรรมวิธีที่มีอยู่แล้วไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นที่แตกต่างไปจากเดิมในการทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่

2) การใช้ผลิตภัณฑ์วิธีใหม่ (New Use of Known Product) หมายถึง การนำผลิตภัณฑ์เดิมหรือที่รู้จักกันโดยทั่วไป ไปใช้ในวิธีการใหม่และไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายซึ่งก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย (non obviousness) ขึ้น⁹

2.3 หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

แนวคิดการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่เกิดขึ้นครั้งแรกก่อนปี ค.ศ. 1952 อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวกลับไม่ได้รับการยอมรับนัก ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของผู้อื่น ดังเช่นในคดี Morton v. New York Eye Infirmary¹⁰ ที่ศาลได้พิพากษาว่า การนำสารละลายทางเคมีชื่อว่าอีเธอร์ (Ether) ซึ่งเป็นที่รู้จักกันดีอยู่แล้วและใช้เพื่อลดอาการมีนเมา มาคิดค้นหาวิธีใช้ในรูปแบบใหม่ โดยผู้คิดค้นได้นำมาใช้ในทางการแพทย์

⁶ จิระเดช พัฒนาเพิ่มพูนสิน, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรการใช้ผลิตภัณฑ์วิธีใหม่, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2552, หน้า 7-8.

⁷ Pressman, D., Patent it yourself, 5th ed., United States: Consolidated Printing, 1996, p.7-8.

⁸ Barrett, M. Emanuel Law Outline: Intellectual Property, 3rd ed. California: US: Wolters Kluwer Law, 2012, p.33.

⁹ จิระเดช พัฒนาเพิ่มพูนสิน, อ้างแล้ว, หน้า 7, อ้างถึงใน วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา มหาวิทยาลัยพายัพ, หน้า 97.

¹⁰ Morton v. New York Eye Infirmary, 12F. Cas 879 (No.9865) (S.D.N.Y. 1862)

เพื่อลดความเจ็บปวดในการผ่าตัด แม้การคิดค้นดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ก็ตาม แต่ศาลก็ไม่อาจอนุญาตให้ได้รับสิทธิบัตรได้

จนกระทั่งปี ค.ศ. 1952 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กลายเป็นประเทศแรกที่ยอมรับหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมซึ่งส่งผลให้การพัฒนาเทคโนโลยีเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว และเป็นไปอย่างก้าวกระโดด ส่งผลโดยตรงต่อการพัฒนาต่อยอดนวัตกรรมและสิ่งประดิษฐ์ต่าง ๆ ดังนั้น บรรดาผู้ประดิษฐ์จึงเรียกร้องให้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่การพัฒนาต่อยอดอันจะเป็นประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองแก่นักประดิษฐ์ ตลอดจนประโยชน์ในการพัฒนานวัตกรรม และเศรษฐกิจของประเทศชาติ จนท้ายที่สุดได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตร Section 100(b) โดยได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่า “กรรมวิธี (Process) ให้หมายความรวมถึงกรรมวิธี งาน วิธีการ ตลอดจนการใช้วิธีใหม่ของกรรมวิธี เครื่องจักร อุตสาหกรรม วัตถุ หรือส่วนประกอบของวัตถุ ที่มีอยู่แล้ว” ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่เอาไว้ โดยจะเห็นได้จากประโยคที่ว่า “ตลอดจนการใช้วิธีใหม่ของกรรมวิธี (New Use of Known Process) เครื่องจักร อุตสาหกรรม วัตถุ หรือส่วนประกอบของวัตถุที่มีอยู่แล้ว”¹¹

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยจะได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่า การนำสิ่งที่มีอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่จะได้รับความคุ้มครองเสมอไป กล่าวคือ การนำผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีมาใช้ในรูปแบบใหม่จะได้รับความคุ้มครองหรือไม่นั้น จะต้องขึ้นลักษณะตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty)

หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันการนำสิ่งประดิษฐ์ที่มีใช้อย่างแพร่หลายมาขอรับสิทธิบัตรอันจะส่งผลกระทบต่อผู้ประดิษฐ์ ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ และเป็นการกระตุ้นให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความใหม่ปรากฏอยู่ใน Section 102 โดยกำหนดว่าการประดิษฐ์ขึ้นใหม่จะต้องไม่ใช่งานที่ปรากฏอยู่แล้ว และได้กำหนดถึงลักษณะของงานที่ปรากฏอยู่แล้วอันไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้เอาไว้ใน section 102(a)-(g)¹² เช่น ต้องไม่ใช่สิ่งประดิษฐ์ที่มีบุคคลอื่นรู้หรือใช้มาก่อน (Prior Knowledge or Use) หรือการประดิษฐ์ที่มีใช้กันอย่างแพร่หลายหรือมีการเสนอขายมาก่อน (Public Use or on Sale) เป็นต้น

2) เป็นการประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่าย (Non-obviousness)

ปรากฏอยู่ใน Section 103(a) กล่าวคือ นอกจากเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ตาม Section 102 แล้วยังต้องเป็นสิ่งที่ไม่เป็นที่ประจักษ์ได้โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสามัญของงานประเภทนั้น¹³

¹¹ Section 100(b) of U.S. Patent Act 1952

¹² Section 102 of U.S. Patent Act 1952

¹³ Section 103 of U.S. Patent Act 1952

กล่าวคือ บุคคลที่มีความรู้ในด้านสาขานั้น ๆ ไม่สามารถสังเกตเห็นได้โดยง่ายถึงวิธีการประดิษฐ์ดังกล่าว หากแต่จะต้องทำการศึกษาย่างละเอียดจึงจะสามารถเข้าใจการประดิษฐ์นั้นได้

3) การประดิษฐ์นั้นจะต้องมีประโยชน์ (Utility)

นอกจากการพิจารณาถึงความใหม่แล้ว การประดิษฐ์ดังกล่าวจะต้องมีประโยชน์อีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับการให้สิทธิผูกขาดชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งแก่ผู้ประดิษฐ์ ดังนั้น การประดิษฐ์ดังกล่าวจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ โดยพิจารณาว่าการประดิษฐ์ดังกล่าวจะต้องสามารถใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ (Reduction and Practice)

หากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรที่ปรากฏในความตกลง TRIPs ข้อ 27(1)¹⁴ หรือในกรณีของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย พบว่าไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ที่ว่า การประดิษฐ์จะต้องมีประโยชน์เอาไว้ หากแต่ได้กำหนดว่าจะต้อง “สามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม” อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการบัญญัติด้วยถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่หากพิจารณาถึงความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีความหมายในลักษณะเช่นเดียวกัน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การประดิษฐ์ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้จะต้องมีหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีประโยชน์ และงานดังกล่าวเป็นการคิดค้นที่บุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญระดับทั่ว ๆ ไปของสาขานั้น ๆ ไม่สามารถคาดเห็นถึงวิธีการประดิษฐ์ได้¹⁵

ในกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ซึ่งมีลักษณะเป็นการพัฒนาต่อยอดจากการประดิษฐ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้ว หรือปรากฏอยู่แล้วย่อมเป็นปัญหาในการพิจารณาว่าเช่นไรจึงจะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ เนื่องจากการใช้ดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากการประดิษฐ์ของผู้อื่นอันจะเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ที่จะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตาม ได้มีการออกสิทธิบัตรให้แก่การใช้วิธีใหม่ในหลายกรณี เช่น ในกรณีสิทธิบัตรหมายเลข US3147120 A ประดิษฐ์โดย Caldwell Marion J โดยคำขอรับสิทธิบัตรดังกล่าว เป็นการนำส่วนหนึ่งของยาแก้ปวด (Aspirin) ซึ่งใช้เพื่อบรรเทาอาการปวดศีรษะหรือลดไข้ มาใช้โดยการผสมเข้ากับอาหารสัตว์อันก่อให้เกิดผลเป็นการเร่งการเจริญเติบโต หรือในกรณีคณะกรรมการอุทธรณ์ได้อนุญาตให้มีการออกสิทธิบัตรสำหรับกระบวนการใช้ยาฆ่าแมลง โดยสารเคมีชื่อ ดีดีที (DDT) ในรูปแบบสารประกอบที่ใช้กระบวนการฉีดพ่นเพื่อฆ่าแมลงซึ่งเป็นพาหะของโรคมาลเลีย ทั้งนี้ แม้ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะไม่ใช่นักคิดค้นหรือสร้างสารประกอบดีดีทีที่ขึ้นก็ตาม แต่การค้นพบของผู้ขอรับสิทธิบัตรเป็นการคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ซึ่งสารดังกล่าว อันมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่และไม่เป็นที่ประจักษ์ได้

¹⁴ Article 27 (1) of TRIPs Agreement

Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3 below, Patent shall be available for any invention, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.

¹⁵ Bouchoux, D. E., Intellectual Property: The Law of Trademark, Copyright, Patent and Trade Secret, United State: Thomson Learning, 2000, p.263.

โดยง่าย โดยศาลได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาเอาไว้ว่า กรรมวิธีส่วนมากล้วนเกิดจากกรรมวิธีเดิมหลาย ๆ วิธี ซึ่งถูกพัฒนาขึ้น ดังนั้น การพิจารณาถึงความใหม่จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากเกณฑ์ที่แท้จริงของกรรมวิธีนั้นว่าเป็น สิ่งสร้างสรรค์ที่มีอยู่ก่อนแล้วหรือกรรมวิธีใช้สารเคมีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่มีการนำเสนออยู่ก่อนแล้วหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงผลการใช้กรรมวิธีดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็นวิธีการให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์ใหม่และไม่เป็นที่ประจักษ์ ได้โดยง่ายแก่การใช้นั้น ดังนั้น หากกรรมวิธีดังกล่าวก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ไม่อาจคาดเห็นได้โดยง่ายและไม่ใช่วิธีการที่มีอยู่แล้ว เช่นนี้ก็ย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรได้¹⁶ นอกจากนี้ นักวิชาการด้านสิทธิบัตรชื่อ Pasqual Joseph Federico ก็ให้ความเห็นเอาไว้ว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความใหม่ของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จะต้อง พิจารณาถึงความใหม่ของวิธีการ (Method) อันเป็นสาระสำคัญของการประดิษฐ์ดังกล่าว¹⁷ ซึ่งสอดคล้องกับแนว คำพิพากษาดังกล่าว

จากที่ได้กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการนำผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่ จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) และมีประโยชน์ โดยการพิจารณาลักษณะของการประดิษฐ์ขึ้นใหม่จะต้องเป็นการพิจารณาถึงความใหม่ของวิธีการ (Method) เป็นสำคัญ โดยการให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการ หาใช้วัตถุหรือ ผลิตภัณฑ์ที่ถูกใช้ไม่

3 สภาพการณ์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวในส่วนก่อนหน้า พบว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ในประเทศสหรัฐอเมริกา เกิดขึ้นเนื่องจากการเรียกร้องของนักประดิษฐ์ และรัฐก็ได้คำนึงถึงประโยชน์ของการพัฒนาต่อยอดอันจะนำมาซึ่ง การพัฒนานวัตกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ โดยในตอนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงสภาพการณ์การให้ความคุ้มครอง แก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

การคุ้มครองสิทธิบัตรของประเทศไทยปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ซึ่งสอดคล้องกับ ความตกลงทริปส์ กล่าวคือ การประดิษฐ์ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) มี ขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive Step) และสามารถประยุกต์ใช้ได้ในทางอุตสาหกรรม ในขณะที่สิทธิบัตร การใช้วิธีใหม่จะมีลักษณะเป็นการนำผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่มีอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่เท่านั้น จึงมีประเด็นนำ พิจารณาต่อไปว่าสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยหรือไม่

โดยศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้เคยมีคำพิพากษาถึงกรณีการให้ความคุ้มครอง สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย ซึ่งปรากฏในคำพิพากษากฎีกาที่ 7119/2552 โดยศาล

¹⁶ Donald, S. C., Patent: a Treatise on the law of Patentability, Validity and Infringement, vol. 1m United State: Matthew Bender, 1992, p. 176.

¹⁷ จิระเดช พัฒนาเพิ่มพูนสิน, อ้างแล้ว, หน้า 55.

ได้พิพากษาว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้รับรองหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์และอธิบายรายละเอียดของคำพิพากษาฎีกาที่ 7119/2552 ดังจะกล่าวต่อไปนี้

คดีดังกล่าวเป็นกรณีที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ออกสิทธิบัตรเลขที่ 8871 ให้แก่จำเลยที่มีข้อถ้อยสิทธิตั้งว่า “1 การใช้เชื้อปุ๋ยรองหีบห่อสินค้าที่ลงระวางในเรือบรรทุกสินค้าเพื่อกันและดูดซับความชื้น โดยเชื้อนี้ทอขึ้นจาก (ก) ต้นธูปฤาษี กรงก้า และ/หรือกกกลม ชนิดใดชนิดหนึ่งหรือมากกว่าโดยปราศจากการลอกโครงสร้างภายนอกออก (ข) เส้นเอ็นสังเคราะห์หรือเส้นด้าย” อย่างไรก็ตาม โจทก์ได้ฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าวของจำเลยออกจากสารบบทะเบียนของกรมทรัพย์สินทางปัญญา โดยในการพิจารณาคดีดังกล่าวมีประเด็นที่ศาลได้พิจารณาดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก การใช้เชื้อเพื่อรักษาความชื้นจะถือได้ว่าเป็นการออกสิทธิบัตรแก่การใช้วิธีใหม่หรือไม่ ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้วินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้ให้นิยามศัพท์คำว่า “สิทธิบัตร” คือ หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ และ “การประดิษฐ์” คือ การคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดสิ่งใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี ทั้งได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรไว้ในมาตรา 36 ว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นที่มีสิทธิดังต่อไปนี้ (1) ในกรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ หมายถึง สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร (2) ในกรณีสิทธิบัตรกรรมวิธี หมายถึง สิทธิในการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร ผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ไม่ได้บัญญัติถึงการให้สิทธิบัตรในส่วนของการใช้ใหม่ของการประดิษฐ์ที่รู้จักอยู่แล้วไว้เป็นพิเศษต่างหากโดยชัดแจ้งทั้งไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรการใช้ในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด จึงไม่อาจแปลความพระราชบัญญัติสิทธิบัตรไปเช่นนั้นได้

ประเด็นที่สอง สิทธิบัตรของจำเลยดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีหรือไม่

ในประเด็นดังกล่าว ศาลเห็นว่าการที่จำเลยระบุในข้อถ้อยสิทธิตั้งว่า เชื้อทอขึ้นจากต้นธูปฤาษี กกสามเหลี่ยมหรือกรังก้าและหรือกกกลม ชนิดใดชนิดหนึ่งหรือมากกว่านั้น โดยปราศจากการลอกโครงภายนอก ย่อมแสดงว่าจำเลยขอรับสิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ คือ การใช้วัสดุเหล่านั้นในการทอเชื้อซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่บุคคลอื่นจะใช่วัสดุดังกล่าวในการทอเชื้อไม่ได้ ด้วยเหตุเช่นนี้ หากปรากฏว่ามีการทอเชื้อโดยใช่วัสดุดังกล่าวมาก่อนย่อมถือว่าการประดิษฐ์ของจำเลยเคยปรากฏอยู่แล้วและปราศจากความใหม่ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานของฝั่งโจทก์ปรากฏว่าการทอเชื้อด้วยวัสดุดังกล่าวมีหรือใช้เป็นที่ยุติพักแพร่หลายอยู่แล้วในประเทศไทยก่อนวันที่จำเลยขอรับสิทธิบัตร เช่นนี้จำเลยย่อมไม่อาจได้รับสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์เชื้อได้

ในกรณีของสิทธิบัตรกรรมวิธี อาจพิจารณาว่าเป็นกรรมวิธีในการกั้นและดูดซับความชื้นโดยใช้ผลิตภัณฑ์เชื้อของจำเลย เนื่องจากการทอเชื้อดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะกรรมวิธีใหม่ใด ๆ ประกอบกับในข้อถ้อยสิทธิของจำเลยก็

ไม่ได้มีข้อความเกี่ยวกับกรรมวิธีในการผลิตสื่อ หรือกรรมวิธีในการกั้นและดูดซับความชื้นอันเป็นลักษณะของการประดิษฐ์ไว้แล้ว จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยขอรับความคุ้มครองในรูปแบบสิทธิบัตรกรรมวิธี ทั้งนี้ แม้จำเลยจะได้มีการทดสอบการดูดซับความชื้นของต้นกกข้างหรือต้นธูปฤาษี แต่ก็เป็นทดลองโดยไม่มี การเพิ่มขึ้นตอนใดเป็นพิเศษ ดังนั้น คุณสมบัติในการดูดซับความชื้นจึงเป็นคุณสมบัติของต้นกกข้างหรือต้นธูปฤาษีที่จำเลยค้นพบคุณสมบัติที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติเท่านั้น ไม่ใช่สิ่งที่จำเลยคิดค้น หรือคิดทำขึ้นอันจะอยู่ในความหมายของการประดิษฐ์อันจะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาข้างต้น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจึงมีคำพิพากษาให้เพิกถอนสิทธิบัตรของจำเลย

จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลได้พิจารณา 2 ประเด็นสำคัญ ได้แก่ ประเด็นแรก สิทธิบัตรหมายเลข 8871 ซึ่งออกให้จำเลยเป็นการออกให้แก่การใช้วิธีใหม่หรือไม่ และประเด็นที่สอง การใช้วัสดุดังกล่าวทอสื่อสามารถขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่

ประเด็นแรก ที่ศาลได้พิพากษาว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้ความคุ้มครองแก่กรรมของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

หากพิจารณาคำพิพากษาในประเด็นแรกจะเห็นได้ว่า ศาลได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า แม้การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จะมีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่การนำผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่ปรากฏอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่ แต่ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตร กล่าวคือ จะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และมีประโยชน์อันมีลักษณะที่สามารถนำไปใช้ได้จริง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในส่วนหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรยังคงมีกรอบเช่นเดิม ซึ่งสอดคล้องกับความตกลงทริพส์ โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ หากแต่ได้กำหนดเอาไว้ในส่วนของนิยามศัพท์ของคำว่า “กรรมวิธี (Process)” ให้หมายความรวมถึงการใช้วิธีใหม่ของกรรมวิธี เครื่องจักร อุตสาหกรรม วัสดุ หรือส่วนประกอบของวัสดุที่มีอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีใหม่ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในการขอรับสิทธิบัตร

ในกรณีของพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย การจะพิจารณาว่าการนำผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีที่ปรากฏอยู่แล้วมาใช้ในรูปแบบใหม่จะสามารถขอรับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรหรือไม่ จำเป็นจะต้องพิจารณาในส่วนของนิยามศัพท์เช่นกัน ทั้งนี้ หากพิจารณาความหมายของ “การประดิษฐ์” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ที่ได้บัญญัติให้หมายถึง “การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี” อาจตีความไปได้ว่าการประดิษฐ์หมายความว่ารวมถึงกรณีของการใช้วิธีใหม่ซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีได้ เนื่องจากการนำเอา

ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีมาใช้ในรูปแบบใหม่อันก่อให้เกิดผลที่ไม่อาจคาดหมายได้โดยง่ายอาจถือได้ว่าเป็นการทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี

อย่างไรก็ตาม แม้นิยามศัพท์ของคำว่า “การประดิษฐ์” จะสามารถหมายความรวมถึงกรณีของการใช้วิธีใหม่ได้ แต่ก็ยังเป็นยังไม่อาจถือได้ว่านิยามความหมายดังกล่าวครอบคลุมถึงการใช้วิธีใหม่ในทุกกรณี กล่าวคือ ในบางกรณีการใช้วิธีใหม่ที่มีผู้ประดิษฐ์คิดค้นขึ้นอาจไม่มีลักษณะเป็นการทำให้ผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีดังกล่าวดีขึ้น หากแต่เป็นการทำให้ผลของการใช้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวดีขึ้นเท่านั้น ประกอบกับการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กำหนดลักษณะ หลักเกณฑ์หรือขอบเขตของการให้ความคุ้มครองการใช้วิธีใหม่ซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงยังเป็นปัญหาต่อไปในการพิจารณาให้ความคุ้มครอง

ประเด็นที่สอง ที่ศาลได้พิพากษาว่าคำขอรับสิทธิบัตรของจำเลยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์หรือกรรมวิธี

ในส่วนของประเด็นที่สอง การที่ศาลต้องพิจารณาเช่นนี้ก็เป็นการสืบเนื่องจากการพิพากษาในประเด็นแรกที่ว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ออกสิทธิบัตรให้แก่จำเลยเป็นการออกสิทธิบัตรในลักษณะใด และเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่

ทั้งนี้ ในการพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ศาลได้พิจารณาถึงความใหม่ในการใช้ต้นกกข้างหรือต้นรูปูญาซี อย่างไรก็ตาม หากในประเด็นแรกศาลได้พิจารณาว่าพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของประเทศไทยสามารถให้ความคุ้มครองรวมถึงกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ ย่อมส่งผลให้การพิจารณาถึงความใหม่ดังกล่าวจะไม่ได้มีลักษณะดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษา กล่าวคือ การพิจารณาถึงความใหม่จะต้องพิจารณาในแง่ความใหม่ของวิธีการใช้ (Method) ดังเช่นที่ Pasqual Joseph Federico นักวิชาการด้านสิทธิบัตรได้ให้ความเห็นเอาไว้ซึ่งสอดคล้องกับคำพิพากษาของคณะกรรมการอุทธรณ์ที่ได้อนุญาตให้สิทธิบัตรในการนำสาร DDT มาใช้ในการฉีดพ่นฆ่าแมลง¹⁸ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้ เนื่องจากสาระสำคัญแห่งการคุ้มครองในกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่เป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่วิธีการใช้ หากใช้ตัวผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่ นอกจากนี้ ในส่วนของขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นก็จะต้องพิจารณาในลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่าบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสามัญในสาขาวิชาดังกล่าวสามารถคาดเห็นได้โดยง่ายซึ่งวิธีการใช้ดังกล่าวหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ไม่อาจคาดเห็นได้โดยง่ายย่อมถือได้ว่าเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น อย่างไรก็ตาม การพิจารณาดังที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้นเป็นการพิจารณาบนฐานที่ว่าสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่าศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยได้ยอมรับถึงการมีอยู่ของหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ แต่ก็ไม่มีอาจพิพากษาให้ถือ

¹⁸ Ex Parte Muller (1947)

ว่ามีการคุ้มครองในประเทศไทยได้ ทั้งนี้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการให้ความคุ้มครอง
ในลักษณะดังกล่าว แต่หากพิจารณาถึงกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ในอดีตก็ไม่กำหนดให้ความคุ้มครองแก่
หลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน แต่ก็ได้เปลี่ยนแนวทางการพิจารณาและกำหนดให้ความคุ้มครองในภายหลังเนื่องจาก
คำนึงถึงประโยชน์ในด้านอื่น ดังนั้น ในกรณีของประเทศไทยก็ยังไม่ถือว่าการให้ความคุ้มครองในลักษณะดังกล่าว
ถูกปิดตาย ประกอบกับหลายประเทศในโลกก็ได้มีการเปลี่ยนแนวคิดและกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการ
ใช้วิธีใหม่¹⁹ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ในประเทศไทยจึงยังคงเปิดกว้างและมีความ
เป็นไปได้เช่นกัน โดยในส่วนต่อไปนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงผลที่เกิดจากการไม่คุ้มครอง และผลที่จะเกิดหากมีการ
กำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรณีสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ดังต่อไปนี้

1) ผลที่เกิดจากการไม่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงผลที่เกิดจากการไม่กำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ภายใต้
ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย โดยจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

1.1) ผลต่อผู้ประกอบการและนักประดิษฐ์

จากสถิติการยื่นขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์²⁰ จะเห็น
ได้ว่าในช่วงระยะเวลา 5 ปี (พ.ศ. 2555-2559) พบว่ามีคำขอรับสิทธิบัตรโดยเฉลี่ยคิดเป็นประมาณปีละ 7500 คำ
ขอต่อปี โดยเป็นคำขอของนักประดิษฐ์สัญชาติไทยประมาณ 1000 คำขอต่อปีเท่านั้น และในช่วงระยะเวลา
ดังกล่าวมีคำขอรับสิทธิบัตรได้รับการการอนุมัติประมาณ 1200 คำขอต่อปี โดยเป็นของนักประดิษฐ์สัญชาติไทย
ประมาณ 50 คำขอเท่านั้น ทั้งนี้ ตัวเลขดังกล่าวสะท้อนถึงความรุนแรงของปัญหาการขาดโอกาสในการเข้าถึง
สิทธิบัตรของผู้ประดิษฐ์สัญชาติไทย อย่างไรก็ตาม แม้ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะปัจจัยหลายประการ เช่น การ
ขาดความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับประโยชน์ของสิทธิบัตร ภาระค่าใช้จ่าย ตลอดจนความยุ่งยากซับซ้อนในการ
ดำเนินการยื่นคำขอ เป็นต้น แต่เหตุผลประการสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือการขาดความรู้ ความเชี่ยวชาญในการ
ประดิษฐ์สิ่งใดชิ้นใหม่อันมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นอันเป็นองค์ประกอบข้อหนึ่งของการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร
ซึ่งทำให้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิบัตรที่จะเป็นการจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งใหม่ขึ้น
ในประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีข้อจำกัดในด้านปัจจัยขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อการพัฒนา เช่น องค์ความรู้ หรือ
แม้กระทั่งจำนวนเงินที่จำเป็นต้องใช้ในการค้นคว้าลงทุนเพื่อทำการศึกษาวิจัย เป็นต้น

1.2) ผลต่อภาครัฐ

นอกจากผลกระทบที่จะเกิดต่อตัวผู้ประดิษฐ์หรือผู้ประกอบการตามที่ได้กล่าวข้างต้น การไม่
กำหนดให้ความคุ้มครองยังส่งผลต่อการดึงดูดการค้า การลงทุนจากต่างประเทศอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากอัตราการ

¹⁹ ดังเช่น ประเทศอังกฤษ หรือประเทศออสเตรเลียที่ได้กำหนดให้มีการคุ้มครองแก่กรณีสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ อย่างไรก็ตาม ก็เป็นการให้ความคุ้มครองในระดับที่ไม่สูงเท่ากรณีของสหรัฐอเมริกาที่ได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่ในทุกกรณี
แต่สองประเทศดังกล่าวได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่บางกรณีเท่านั้น

²⁰ โปรดดูตาราง 1.1 สถิติการยื่นขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และการจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์

เจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมีผลสัมพันธ์กับระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา หากมีระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่แข็งแกร่งย่อมส่งผลโดยตรงต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ²¹ อีกทั้ง การขาดโอกาสดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อภาระค่าใช้จ่ายของภาครัฐอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากธุรกิจ SMEs ถือเป็นฐานทางเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศไทย (95% ของภาคธุรกิจในประเทศไทยได้แก่ธุรกิจ SMEs และสร้างรายได้ให้แก่ประเทศมากถึง 42.5% ของ GDP ในปี พ.ศ. 2560) ดังนั้น ภาครัฐจึงจำเป็นต้องรักษาฐานทางเศรษฐกิจดังกล่าวเอาไว้ โดยในปี 2559 รัฐบาลได้จัดทำแผนบูรณาการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม โดยใช้งบประมาณกว่าสามพันล้านบาท²² และได้จัดสรรงบประมาณจำนวนหนึ่งพันหกร้อยล้านบาทเพื่อใช้ในการส่งเสริม SMEs ให้มีศักยภาพและให้ความช่วยเหลือ SMEs ที่ประสบปัญหาทางธุรกิจ ในทางกลับกัน หากผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงสิทธิบัตรและตระหนักถึงประโยชน์ในการเป็นผู้ทรงสิทธิบัตรก็จะเป็นผลดีต่อตัวผู้ประกอบการ ตลอดจนเป็นการช่วยลดภาระของภาครัฐอีกด้วย ดังเช่น กรณีที่เกษตรกรชาวไทยได้คิดค้นการนำผงชูรสมาใช้ในการเร่งการเจริญเติบโตของพืช โดยมีผลการวิจัยรองรับถึงผลลัพธ์ดังกล่าว แต่ในกรณีดังกล่าว เกษตรกรรายนี้ได้เปิดเผยและแบ่งปันสูตรให้ผู้อื่นสามารถนำไปใช้ได้โดยมีคิดค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่น่าสนใจว่าหากประเทศไทยมีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ การนำผงชูรสมาใช้ในลักษณะนี้จะสามารถนำมาขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ และหากสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ก็ย่อมเป็นประโยชน์ต่อนักประดิษฐ์ ผู้ประกอบการในการที่จะเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน และยังเป็นภาระลดภาระค่าใช้จ่ายของภาครัฐ อีกทั้ง ยังเป็นการจูงใจให้เกิดการอันก่อให้เกิดการพัฒนานวัตกรรม พัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และก่อให้เกิดการพัฒนาและถ่ายทอดองค์ความรู้ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร

2) ผลที่จะเกิดหากมีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่

เพื่อให้สอดคล้องกับผลที่เกิดจากการไม่กำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรณีสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ข้างต้น ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงผลที่จะเกิดจากการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ โดยจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

2.1) ผลต่อผู้ประกอบการและนักประดิษฐ์

แม้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยจะมีการกำหนดให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ในระดับที่ไม่มีการพัฒนาเทคโนโลยีที่สูงที่เรียกว่าอนุสิทธิบัตรก็ตาม แต่รูปแบบการให้ความคุ้มครองดังกล่าวก็ยังมีระดับการให้ความคุ้มครองที่ต่ำเมื่อเทียบกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ ดังนั้น หากนักประดิษฐ์สามารถเข้าถึงสิทธิในสิทธิบัตรผ่านรูปแบบการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ย่อมส่งผลดีต่อผู้ประดิษฐ์มากกว่ากรณีของอนุสิทธิบัตร ดังนั้น หากสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยย่อมเป็นการเพิ่มโอกาสการ

²¹ Gould, D. M. & Gruben, W. C., *ibid.*

²² โปรดดูแผนภาพ 1.1 สรุปงบประมาณแผนบูรณาการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2559

เข้าถึงสิทธิบัตรของนักประดิษฐ์และผู้ประกอบการไทยในการเข้าถึงสิทธิบัตรได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่มีลักษณะเป็นการพัฒนาต่อยอดจากสิ่งที่ปรากฏอยู่แล้วเท่านั้น

แม้สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ความใหม่ และมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นดังเช่นกรณีของสิทธิบัตรการประดิษฐ์ก็ตาม แต่การคิดค้นคิดทำในลักษณะที่เป็นการพัฒนาต่อยอดย่อมใช้ความสามารถในระดับที่ต่ำกว่าการคิดค้นสิ่งใดชิ้นใหม่ ตลอดจนการใช้ความรู้ ความเชี่ยวชาญ และงบประมาณในระดับที่ต่ำกว่า ด้วยเหตุนี้เอง การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จึงเป็นผลดีต่อนักประดิษฐ์และผู้ประกอบการในการเข้าถึงสิทธิบัตรและใช้ประโยชน์จากสิทธิบัตรดังกล่าวในการสร้างความเข้มแข็ง และเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขัน ผ่านการใช้สิทธิบัตรดังกล่าวโดยตรง เช่น ใช้ในการค้า ผลิตขาย อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ หรือแม้กระทั่งการโอนสิทธิดังกล่าว เป็นต้น นอกจากนี้การใช้สิทธิบัตรดังกล่าวโดยตรง ผู้ทรงสิทธิบัตรยังสามารถใช้ประโยชน์ในลักษณะอื่นได้อีก เช่น การใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ เป็นต้น

2.2) ผลต่อภาครัฐ

แม้การกำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จะก่อให้เกิดผลดีต่อนักประดิษฐ์ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่อาจนำมาซึ่งปัญหาหลายประการ ดังเช่นในอดีตที่มีการต่อต้านการทำ FTA (ไทย-สหรัฐฯ) โดยในการเจรจาครั้งดังกล่าวสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้ไทยพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาเป็นการแลกเปลี่ยน โดยการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ก็เป็นหนึ่งในข้อเรียกร้องดังกล่าว แต่ในท้ายที่สุด การเจรจาดังกล่าวก็ได้หยุดชะงักลงเนื่องจากการรัฐประหารในเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ ในช่วงระยะเวลาที่มีการเจรจาดังกล่าวได้มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่อกรณีของสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่อย่างกว้างขวางว่าจะก่อให้เกิดการผูกขาดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการสาธารณสุข ดังเช่นกรณีของ ภญ. ลักษมีเพ็ญ สารชวนะกิจ ได้กล่าวไว้ว่า การกำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้ผลิตภัณฑ์วิธีใหม่จะทำให้เกิดสิทธิบัตรยาที่ไม่มีวันตาย (evergreening patent) ซึ่งจะทำให้ยาอายุสิทธิบัตรยาวนานยิ่งขึ้น ส่งผลให้ยามีราคาแพงยาวนานเนื่องจากขาดการแข่งขัน ส่งผลกระทบต่อภาระค่าใช้จ่ายด้านสาธารณสุขของประชาชน²³ หรือ ดร.ภญ.อุษาวดี มาลีวงค์ นักวิจัยของเครือข่ายวิจัยระบบยา สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข กล่าวว่า ปัญหาสิทธิบัตรไม่มีคุณภาพส่งผลต่อภาระงบประมาณของประเทศ และเป็นข้อจำกัดการเข้าถึงยาของประชาชนอย่างมาก ซึ่งจากสถิติในช่วงปี พ.ศ. 2543-2553 พบว่า มีการขอรับสิทธิบัตรแบบ evergreening patent มากถึงร้อยละ 84 ซึ่งส่งผลกระทบต่อภาระค่าใช้จ่ายด้านสาธารณสุข²⁴ เป็นต้น

โดยในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การผูกขาดการประดิษฐ์ย่อมเกิดขึ้นได้ยาก ทั้งนี้ เนื่องจากการขอรับสิทธิบัตรจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ และมีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น เช่นนี้จึงไม่เชื่อว่าการประดิษฐ์ทุกครั้ง

²³ ลักษมีเพ็ญ สารชวนะกิจ, การใช้วิธีใหม่ของผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักอยู่แล้ว, วารสารเพื่อการวิจัยและการพัฒนา องค์กรเภสัชกรรม, ปีที่ 24(2)(เมษายน-มิถุนายน). 2560, หน้า 26-27.

²⁴ วงการแพทย์ The Medical News, สิทธิบัตรไม่มีวันตาย หลุมดำอุตสาหกรรมยา, แหล่งที่มา http://www.wongkarnpat.com/viewya.php?id=88#.WkDGgLV_U เข้าถึงวันที่ 25 ธันวาคม 2560.

จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ การผูกขาดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อนายทะเบียนอนุมัติคำขอรับสิทธิบัตรทั้งหมดที่ได้ยื่นไว้ ดังนั้น หากการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรมีกระบวนการคัดกรอง ตรวจสอบ และอนุมัติอย่างมีประสิทธิภาพ ปัญหาของสิทธิบัตรไม่มีวันตาย หรือ Evergreening Patent คงเกิดขึ้นได้ยาก นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงลักษณะการคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ จะพบว่าเป็นการให้ความคุ้มครองในส่วนของการใช้วิธีใหม่ หากใช้ตัวผลิตภัณฑ์เดิม เช่น กรณีของการขอรับสิทธิบัตรจากการนำยาแอสไพรินซึ่งมีสรรพคุณในการลดไข้ มาใช้ในการผสมกับอาหารสัตว์เพื่อเร่งการเจริญเติบโตซึ่งได้รับความคุ้มครองในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้รับสิทธิบัตรในการใช้ยาดังกล่าวในวิธีการใหม่ ไม่ใช่การคุ้มครองตัวยา ดังนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่จึงไม่ใช่สาเหตุที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดสิทธิบัตร อีกทั้ง ในระยะเวลาตั้งแต่เริ่มต้นขอรับสิทธิบัตรจนกระทั่งมีการอนุมัติคำขอรับ

4 บทส่งท้าย

แม้การไม่กำหนดให้ความคุ้มครองจะส่งผลต่อนักประดิษฐ์และผู้ประกอบการในการเข้าถึงโอกาส อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ภาครัฐก็ตาม และการกำหนดให้ความคุ้มครองย่อมส่งผลดีตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตาม ก็หาได้หมายความว่าจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรณีดังกล่าว ทั้งนี้ การพิจารณาว่าจะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่หรือไม่ จำเป็นจะต้องมีการพิจารณาถึงปัญหาและอุปสรรคทั้งในทางกฎหมายและในด้านอื่น ๆ ประกอบกับการพิจารณาถึงข้อดี-ข้อเสีย ตลอดจนผลกระทบของการคุ้มครองและไม่คุ้มครองอย่างละเอียด ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์สูงสุดของประเทศไทยต่อไป

บรรณานุกรม

จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า.

กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2545.

_____. ข้อคิดว่าด้วยกฎหมายสิทธิบัตรกับการพัฒนา. วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช. ปีที่ 5 ฉบับที่ 3 (ก.ย.-ธ.ค. 2535), หน้า 69-77.

_____. กฎหมายสิทธิบัตร: แนวความคิด และบทวิเคราะห์. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2560.

จิรศักดิ์ รอดจันทร์. สิทธิบัตร: หลักกฎหมายและวิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,

จิระเดช พัฒนาเพิ่มพูนสิน. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิบัตรการใช้ผลิตภัณฑ์วิธีใหม่. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2552.

ลักษมีเพ็ญ สารขวนะกิจ, การใช้วิธีใหม่ของผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักอยู่แล้ว, วารสารเพื่อการวิจัยและการพัฒนา องค์กรเภสัชกรรม, ปีที่ 24(2)(เมษายน-มิถุนายน). 2560, หน้า 26-27.

วัลภ์ วิเศษสุวรรณ. ความแตกต่างระหว่างสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ (New Use Patent) และสิทธิบัตรการใช้กรรมวิธีใหม่ (New use of Known Process). หนังสือระพี 56. ชลบุรี: มหาวิทยาลัยศรีเทพมม วิทยาเขตชลบุรี, 2556.

Gould, D. M. & Gruben, W. C. The role of intellectual property rights in economic growth. *Journal of Development Economics*. 48(1996), pp.323-350, Retrieve from <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304387895000399>

Barrett, M. Emanuel Law Outline: intellectual Property. 3rd ed. California, Us: Wolters Kluwer Law, 2012.

Bouchoux, D. E., Intellectual Property: The Law of Trademark, Copyright, Patents and Trade Secret. United States: Thomson Learning, 2000.

Donald S. Chisum, Patents: A Treatise on the law of Patentability, Validity and Infringement, vol.1, United States: Matthew Bender, 1992.

Pressman, D., Patent it yourself, 5th ed., United States: Consolidted Printing, 1996

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

The Independence of The Judiciary

อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์*

บทคัดย่อ

การศึกษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษา มีจุดประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการของศาลในอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยผู้พิพากษาจะต้องมีระบบการตรวจสอบตลอดจนผลกระทบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา เพื่อที่จะปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมและปกป้องระบบของศาลยุติธรรมให้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม

นอกจากนี้ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษายังขึ้นอยู่กับประวัติความเป็นมาของระบบศาลในแต่ละประเทศ ตลอดจนหลักปรัชญาซึ่งมีความมั่นคงแข็งแรงดั่งเช่น อำนาจของศาลออมบุดสแมน (Ombudsman) หรือ อิมพีชเมนต์ (Impeachment) อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาจะต้องเชื่อมั่นในความเป็นอิสระเพื่อเป็นหลักประกันในประสิทธิภาพและประสิทธิผลของความยุติธรรมให้แก่ประชาชน และเหนืออื่นใดในกระบวนการยุติธรรม การตรวจสอบความรับผิดชอบของผู้พิพากษานั้นต้องมีการตรวจสอบความรับผิดชอบต่อหน้าที่ของตน ซึ่งเป็นระบบการตรวจสอบที่ดีและเป็นธรรม

บทความนี้จึงถูกคิดค้นและนำเอาทฤษฎีความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (The Independence of the Judiciary) มาใช้ในการแก้ปัญหาและตอบโจทย์ในปัจจุบัน เพราะในปัจจุบันผู้พิพากษายังไม่มีความเป็นอิสระอย่างจริงจัง ดังนั้นแนวความคิดในบทนิยามและคำจำกัดความรวมทั้งขอบเขตของความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทยที่ทุกคนเข้าใจว่ามีความหมาย (meaning) อย่างไร ในประเทศไทยเรานั้นผู้พิพากษามีความเป็นอิสระจริงหรือไม่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเมื่อเปรียบเทียบกับบทนิยามและคำจำกัดความรวมทั้งขอบเขตความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในนานอารยประเทศ ซึ่งจะทำการวิเคราะห์ถึงสาเหตุที่ทำให้ผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระให้มีความเป็นอิสระมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ : ความเป็นอิสระ, ผู้พิพากษา

Abstract

The study “ The Independence of The Judiciary ” on is aimed at the reviewing of accountability system of exercising judicial power of judges in the Court of Justice from the past up till now, the attitude of judges towards the accountability system, the impact of such system

* นบ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. กำลังศึกษาต่อนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

on work process of judges, and the feasible ways to improve the system in order to enhance the fairness in operating the accountability system and to protect the court system.

Furthermore, the Independence of the Judiciary base on historical back ground of each country judicial philosophy was solid and equal from same justify rule such as the function of Ombudsman or the impeachment process, However, judges believe that the Independence of The judiciary shall be well functioned along with the processes used before.

The most of all if the process of the accountability and judicial conducts access there is no negative impact from all measurements to the efficiency of judges, Good judges are convinced by the strong accountability system that will be protected and there will not be any intervention or influence during their work as well. The Effective system shall bring the proudfulness of the institution, the court of Justice, judges. This proudfulness shall be the commitment of judges for the society that they will keep the justice as the supreme goal.

Key Words : Independence, Judiciary

บทนำ

บทความนี้จึงถูกคิดค้นและนำเอาทฤษฎีความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (The Independence of the Judiciary) มาใช้ในการแก้ปัญหาและตอบโจทย์ในปัจจุบัน เพราะในปัจจุบันผู้พิพากษายังไม่มีความเป็นอิสระอย่างจริงจัง ดังนั้น แนวความคิดในบทนิยามและคำจำกัดความรวมทั้งขอบเขตของความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทยที่ทุกคนเข้าใจว่ามีความหมาย (meaning) อย่างไร ในประเทศไทยเรานั้นผู้พิพากษามีความเป็นอิสระจริงหรือไม่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเมื่อเปรียบเทียบกับบทนิยามและคำจำกัดความรวมทั้งขอบเขตความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในนานาอารยประเทศ ซึ่งจะทำการวิเคราะห์ถึงสาเหตุที่ทำให้ผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระ ซึ่งเรื่องที่น่าสนใจมีความสำคัญเป็นอย่างมากเพื่อวางหลักเกณฑ์ตลอดจนรวบรวมทฤษฎีของนักปรัชญา นักคิด นักนิติศาสตร์นักรัฐศาสตร์ทั่วโลก มารวมกันวางเป็นหลักให้แก่หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทย เพื่อให้ประชาชนมีแนวความคิดไปในแนวทางเดียวกันให้มีความรับเคารพและเชื่อมั่นในระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุขและเคารพยกย่องเทิดทูนสถาบันตุลาการซึ่งเป็นหลักชัยแห่งบ้านเมือง

การศึกษาค้นคว้าความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น หลักประการแรกต้องมีกฎหมายรับรองคุ้มครองดั่งที่เคยมีมานั้น คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งในอดีตมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคสอง เหตุผลที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ทุกฉบับบัญญัติรับรองคุ้มครองความเห็นอิสระของอำนาจตุลาการและผู้พิพากษาอันเป็นการสอดคล้องกับหลักการการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยการปกครองประเทศ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักการในการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ความสัมพันธ์และการสร้างคุณภาพแห่งอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการอันเป็นคุณภาพแห่งอำนาจอธิปไตย Independence of The Judiciary นั้น เป็นการอำนวยความสะดวกอันเป็น

ภารกิจของรัฐที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนโดยมิต้องได้รับการร้องขอจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือแม้แต่ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหารหรือแม้แต่ฝ่ายตุลาการเองก็ตาม รัฐต้องทำให้อำนาจทั้งสามมีความเป็นอิสระ และปราศจากการแทรกแซง ต้องมีการถ่วงดุล การที่รัฐทำให้อำนาจตุลาการมีอิสระปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการเมืองอันจะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดี ซึ่งในนานาอารยประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นตัวอย่างที่ดีที่ชี้ให้เห็นว่าอำนาจตุลาการจะถูกแทรกแซงโดยตรงหรือโดยอ้อมมิได้ การที่อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารตั้งงบประมาณของอำนาจตุลาการจนทำให้ไม่เพียงพอต่อการอำนวยความสะดวกให้ประชาชนนั้น ถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงอำนาจตุลาการหรือศาล ตัวอย่างเช่น การบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นมาตรการป้องกัน (Safe guard) มิให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบจึงเป็นเรื่องจำเป็นที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 บัญญัติว่า “ค่าตอบแทนของผู้พิพากษาจะถูกปรับลดลงตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งมิได้” ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นหลักประกัน หรือให้ความมั่นคงแก่ตำแหน่งผู้พิพากษาว่าจะได้รับการคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งโดยไม่มีฝ่ายใดมาแทรกแซงให้ประกันความเป็นอิสระ ซึ่งเรียกว่าความเห็นอิสระในทางส่วนตัว นอกจากนี้ในเรื่องของสถาบันหรือองค์กรศาลซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการ ต้องได้รับความคุ้มครองความเป็นอิสระในเรื่องรูปธรรมซึ่งจะมีผลในทางนามธรรมด้วยนั่นคือ รัฐต้องรับรองว่าศาลจะได้รับงบประมาณเพียงพอต่อการอำนวยความสะดวกให้ประชาชนซึ่งถือได้ว่าเป็นรูปธรรม ส่วนนามธรรม คือ ประชาชนและนานาอารยประเทศยอมรับและเชื่อมั่นว่าศาลมีความเป็นอิสระมิได้พึ่งพาอาศัยฝ่ายการเมืองแต่อย่างใด ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักประกันที่เรียกว่า “หลักความเป็นมาตรฐานปกติของอำนาจตุลาการที่จะได้รับหลักประกันในการได้มาของงบประมาณของตนเอง” (Doctrine of inherent Judicial Power to secure their own funding) ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถจัดสรรงบประมาณให้ศาลมีที่มาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในศาลมลรัฐแคนซัส เมื่อวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 2002 ที่ท่านผู้พิพากษา Kay Mc Fartand ประกาศขึ้นค่าธรรมเนียมศาลโดยเรียกว่า “ค่าธรรมเนียมกรณีฉุกเฉิน” (Emergency Surcharge) ทำให้ศาลได้งบประมาณเพิ่มขึ้นถึง 305 ล้านดอลลาร์สหรัฐภายในหนึ่งปี ซึ่งเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้ (Mandated duties) ความเป็นมาตรฐานปกติของอำนาจตุลาการนี้เปรียบเสมือนเป็นใบอนุญาตให้ศาลดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อผดุงความยุติธรรมที่ประชาชนพึงได้รับตามรัฐธรรมนูญ แม้ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ก็ตาม แต่การดำเนินการของศาลนั้นมีขอบเขตที่ “จำเป็นและเหมาะสม” (necessary and proper) เพียงเท่าที่จะทำให้ความเป็นอิสระของศาลไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารเท่านั้น หลักการของศาลมลรัฐแคนซัส เป็นประเด็นที่กล่าวถึงอย่างกว้างขวาง โดยผู้ว่าการรัฐนิวยอร์ก (Andrew Cuomo) เห็นชอบว่าเราต้องเข้าใจปัญหาของศาล และรู้สึกเป็นห่วงที่ต้องทำให้ศาลขาดแคลนงบประมาณถึงกับต้องขึ้นค่าธรรมเนียมศาลเอากับประชาชน ในคณะกรรมการตุลาการของศาลมลรัฐแคนซัสเห็นว่าศาลทำถูกต้องแล้วที่มีปฏิกิริยาให้เห็นว่าหากศาลไม่ได้รับงบประมาณที่เหมาะสม ศาลย่อมมีอำนาจออกมาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อให้อำนวยความสะดวกให้ประชาชนต่อไปได้ โดยไม่ต้องพึ่งพาอาศัยอำนาจบริหารหรืออำนาจนิติบัญญัติซึ่งอาจจะทำให้ศาลเสียดุลยภาพแห่งความเป็นกลางไป ตัวอย่างหลัก Inherent judicial power นี้มีขึ้นเพื่อเป็นมาตรการป้องกันศาลมิให้อยู่ใต้อำนาจบริหารหรืออำนาจนิติบัญญัติ ศาลมิได้ทำแบบนี้บ่อยนัก จะทำเมื่อจำเป็นเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) นั่นเอง ข้อสังเกตที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ มีนักกฎหมายหลายท่านในสหรัฐอเมริกาเห็นว่า ในเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดสรรงบประมาณให้แก่กิจการที่จำเป็นของประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่จัดการ

งบประมาณให้ระบบกระบวนการยุติธรรม รัฐสวัสดิการ โรงเรียน การรักษาพยาบาล เป็นต้น หากรัฐมิได้กระทำการดังกล่าว ผู้มีส่วนได้เสีย ย่อมฟ้องขอให้อำนาจนิติบัญญัติจัดสรรงบประมาณ เพราะมีหลายคดีที่องค์กรรัฐหรือบุคคลที่มีสิทธิตามรัฐธรรมนูญฟ้ององค์การของฝ่ายบริหารเพื่อให้รับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional responsibilities)

ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างที่ดีที่สุดที่ชี้ให้เห็นว่าอำนาจตุลาการจะถูกแทรกแซงโดยตรงหรือโดยอ้อมมิได้ การที่อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารจะกำหนดกฎเกณฑ์หรือตรากฎหมายตลอดจนกำหนดงบประมาณของอำนาจตุลาการจนทำให้ไม่เพียงพอต่อการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนนั้น ถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงอำนาจตุลาการ หรือศาลจะต้องมีมาตรการ ดังเช่น ศาลสหรัฐอเมริกาในการจัดหางบประมาณภายในศักยภาพของศาลเองได้ จากตัวอย่างดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้เห็นได้ว่าศาลหรืออำนาจตุลาการมีหลักการป้องกันการก้าวล่วงแทรกแซงความเห็นอิสระของผู้พิพากษาเนื่องมาจากระบบการศาลของสหรัฐอเมริกานั้นมีวิวัฒนาการที่ยาวนาน และผ่านการต่อสู้จึงจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ตลอดจนอารยธรรมทางการศาลที่เก่าแก่ และมีความเป็นอิสระมั่นคงอย่างสูงทำให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นในระบบกระบวนการยุติธรรมที่มีมาตรฐานสูง นอกจากนั้นประเทศอังกฤษ และญี่ปุ่นก็เช่นกัน มีระบบการศาลและกระบวนการยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นเอกลักษณ์ (Unique) หนึ่งเดียวในโลกซึ่งมีความเป็นอิสระและความเป็นธรรมมาช้านานสมควรที่จะได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาวิเคราะห์และปรับใช้กับประเทศไทยเราเท่าที่เหมาะสมกับสภาพการณ์และประวัติศาสตร์ทางการศาลของไทยเราต่อไป นั่นจะเป็นเครื่องยืนยันถึงหลักการเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้อย่างแท้จริง

1. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ

1.1 ประวัติความเป็นมา

ดังมีคำกล่าวที่ว่า “ The king is under no man but under god and law” หมายถึง กษัตริย์ย่อมอยู่เหนือประชาชนแต่อยู่ภายใต้พระเจ้าและกฎหมาย ที่แฮนรี่ แบริกตัน (Henry Bracton) ได้กล่าวไว้ คำกล่าวดังกล่าวก็ได้ถูกนำมาเป็นบทประพันธ์และปรัชญา และมีการกล่าวต่อเนื่องกันมาจนถึงท่าน เซอร์เอ็ดเวิร์ด โคค (Sir Edward CoKe) ในขณะที่ต่อมาได้เป็นประธานศาลคิงส์เบนช์ (Chief Justice of King’s Bench) ได้กล่าวยืนยันคำกล่าวดังกล่าวมาจนถึง Sir William Blackton เรื่อยมาตลอดจนเป็นหลักกฎหมาย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประวัติศาสตร์อันยาวนานย่อมเป็นรากฐานแห่งความมั่นคงทางกฎหมายซึ่งมี Spirit หรือ Soul มีจิตวิญญาณของการเคารพต่อกฎหมายเป็นอย่างมากอันเป็นต้นแบบที่สำคัญที่ประเทศอื่น ๆ ได้ยอมรับถือเอามาเป็นแนวทางและเป็นแบบอย่างไม่เว้นแม้ในสหรัฐอเมริกา

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษนั้นมีประวัติศาสตร์ในการต่อสู้อย่างยาวนานในอดีตมีการต่อสู้แย่งชิงอำนาจกันระหว่างฝ่ายอาณาจักรและศาสนจักร มีการช่วงชิงอำนาจและความเป็นใหญ่เพื่อให้ประชาชนยอมรับในอำนาจพระมหากษัตริย์แต่ผู้เดียวซึ่งศาสนจักรก็มีอาจยินยอมได้โอนการซึ่งพระมหากษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาโดยมีระยะเวลาอันยาวนานที่ผู้พิพากษาต้องเชื่อฟังคำสั่งของพระมหากษัตริย์โดยพระมหากษัตริย์ทรงใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการบริหารบ้านเมือง ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม พระมหากษัตริย์มีบทบาทสำคัญสูงสุดอำนาจของผู้พิพากษาจึงถูกจำกัดอยู่ภายในการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงมีอาจเกิดขึ้นได้ ทำให้มีการต่อสู้ในเรื่องหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ที่มาของประวัติความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจนถึงรัชสมัยพระเจ้า Henry ที่ 3 ที่ผู้พิพากษา หรือ Henry Bracton ได้เขียนในหนังสือ The Law and Customs of England ซึ่งมีประโยชน์สำคัญที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าพระมหากษัตริย์จะทรงดำรงอยู่เหนือคนทั้งปวงแต่ต้องทรงอยู่ในพระเจ้าและกฎหมาย “ The king is under no man but under god and law”²⁵ ต่อมาในรัชสมัยพระเจ้าเจมส์ที่ 1 (king James) ปี ค.ศ. 1609 แห่งราชวงศ์สจวร์ตได้อ้างว่าพระองค์ได้รับมอบอำนาจจากพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของในการปกครองประชาชนโดยพระองค์ได้ใช้พระราชอำนาจตัดสินคดีด้วยพระองค์เอง จนกระทั่งท่านเซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก (Sir Edward CoKe) ได้คัดค้านและแสดงความเห็นว่าพระมหากษัตริย์ไม่มีสิทธิพิจารณาพิพากษาคดีเพราะพระองค์ไม่ทรงรู้จักกฎหมายและเริ่มแนวความคิดว่าผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระในการพิพากษาโดยไม่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของพระมหากษัตริย์แต่อย่างใด ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ มี 3 ประการ คือ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญของอังกฤษ ให้รัฐสภามีอำนาจสูงสุดในการร่างกฎหมายทุกฉบับ ศาลก็จะต้องเป็นผู้ใช้กฎหมาย ศาลมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากฝ่ายบริหารนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษมิได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวของฝ่ายบริหารเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิด ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลสามารถตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลได้²⁶

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากสื่อมวลชนต่าง ๆ หมายความว่า ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นจะต้องเป็นไปโดยเที่ยงธรรมปราศจากอิทธิพลหรือการถูกกดดันจากสื่อใด ๆ ในการทำหน้าที่ตีความและบังคับใช้กฎหมายนั้น ศาลย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น²⁷

1.2 หลักการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพในประเทศอังกฤษ

เรื่องละเมิดอำนาจศาลนี้เป็นหลักกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในการพิจารณาคดีในศาล ในทุกระบบและทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) หรือแม้ในระบบศาลประชาชน (People’s Court System) ก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะให้การพิจารณาคดีในศาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อยรวดเร็วและด้วยความเป็นธรรม

การละเมิดอำนาจศาลในประเทศอังกฤษในเรื่องการห้ามมิให้บุคคลใดวิพากษ์วิจารณ์ศาลในระหว่างการพิจารณาคดีนั้นมีขึ้นก็เพราะการพิจารณาคดีในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบลูกขุนในการตัดสินปัญหาข้อเท็จจริง ยอมรับว่าโดยทั่วไปแล้วลูกขุนมีแนวโน้มที่จะได้รับอิทธิพลจากการกล่าวอ้างหรือจากการวิพากษ์วิจารณ์ได้มากกว่าผู้พิพากษาอาชีพ ดังนั้นในระบบคอมมอนลอว์อย่างประเทศอังกฤษที่ต้องมีคณะลูกขุน

²⁵ Denning, What Next In The Law, (London : Butter Worths, 1982), pp.5-6.

²⁶ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, The Rules and Forms of Political Accountability. (New York : Clarendon press Oxford, 1984), pp.1-3.

²⁷ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา, บทบัณฑิตย, เล่มที่ 27, หน้า 16.

เข้าร่วมในการพิจารณาคดีด้วยนั้น กฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลย่อมให้ความคุ้มครองไปยังบุคคลเหล่านี้ด้วย ถ้าระบบกฎหมายจะทำให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันได้แล้ว ศาลยุติธรรมควรจะได้รับความคิดเห็นจากประชาชน และรักษาหลักการอันนี้ไว้ให้มั่น (maintenance of public confidence)

1.3 หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในฐานะองค์กรในประเทศอังกฤษ

- การเข้าสู่ตำแหน่งและการถอดถอนผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ
- การคัดเลือกผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ ส่วนใหญ่นั้นจะคัดเลือกมาจากทนายความและผู้ประกอบ

วิชาชีพทางกฎหมายที่มีประสบการณ์ในการทำงานมานานโดยเฉพาะ Barristers ผู้มีการศึกษาสูงเป็นเนติบัณฑิต ก็จะได้รับพิจารณาคัดเลือกเป็นผู้พิพากษา

- ศาลในประเทศอังกฤษแบ่งออกเป็นศาลสูงและศาลล่าง ซึ่งการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาจะแตกต่างกันไปในแต่ละชั้นศาล

- หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา สมัยของท่าน Sir Edward Coke ได้แสดงความกล้าหาญต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอันเป็นหลักที่มาของหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในปัจจุบัน แม้ในราชวงศ์ Stuart ผู้พิพากษาจะอยู่ภายใต้อิทธิพลของพระมหากษัตริย์ การแต่งตั้งหรือถอดถอนโดยพระราชประสงค์ของพระมหากษัตริย์ (removed at the will of the King) ต่อมาเมื่อสิ้นพระราชวงศ์ Stuart แล้วก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายที่คุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเกิดขึ้น คือ The Act of Settlement 1701 ซึ่งได้บัญญัติวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้²⁸

1. เมื่อผู้พิพากษาได้รับแต่งตั้งแล้วสามารถอยู่ในตำแหน่งตราบเท่าที่ประพฤติดี โดยผู้พิพากษาจะถูกถอดถอนจากตำแหน่งในกรณีประพฤติมิชอบ

2. การถอดถอนผู้พิพากษาจะกระทำได้โดยพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของสภาทั้งสอง

3. ผู้พิพากษาจะได้เงินเดือนประจำจากเงินทุนของรัฐบาลอังกฤษที่รวมขึ้นไว้เพื่อการใช้จ่ายประจำ (Consolidated Fund) อันเป็นหลักประกันทางด้านฐานะการเงินให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งโดยไม่ต้องห่วงถึงตำแหน่งข้างหน้าที่สูงขึ้น และระหว่างผู้พิพากษาของศาลต่าง ๆ มีข้อแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย

ในปัจจุบันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาก็ได้รับการยอมรับจากพระมหากษัตริย์โดยผ่านทางรัฐสภาว่าความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นเป็นสิ่งสำคัญในการบริหารงานยุติธรรมให้ดำเนินอย่างเที่ยงธรรมและเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและนำมาซึ่งเกียรติยศแก่พระมหากษัตริย์

1.4 การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษา

- การตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นองค์กร
- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษมีวิธีการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา (Mechanisms For Checking Judges) หลายวิธี เช่น

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยรัฐสภา (Parliament)

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการอำนาจนิติบัญญัติ เพราะตามกฎหมาย the Act of Settlement นั้น ผู้พิพากษาจะถูกถอดถอนได้ก็แต่โดยพระมหากษัตริย์ด้วยความยินยอมของสภาทั้งสองในกรณีประพฤติมิชอบ การควบคุมความประพฤติของผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่โดยรัฐสภา เป็นวิธีการที่สำคัญประการหนึ่งในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยหนังสือพิมพ์ (The Press)

²⁸ Keith J.Eddey, The English Legal System, 4th ed (London : Sweet & Maxwell, 1987), pp.14-15.

หนังสือพิมพ์มีบทบาทอย่างมากในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา โดยเปรียบเสมือนผู้สังเกตการณ์ในศาล (The Watchdog of Justice) ดังนั้นผู้พิพากษาจึงต้องมีความระมัดระวังในการพิจารณาพิพากษาคดีต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและถูกต้องปราศจากอคติใด ๆ เพราะถ้าหากผู้พิพากษาพิจารณาคดีโดยอคติหรือ Misbehavior ด้วยความไม่เป็นธรรมก็จะถูกหนังสือพิมพ์นำมาตีแผ่รายงานให้สาธารณชนได้ทราบเพื่อที่สาธารณชนจะได้วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของศาลได้²⁹

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยศาลอุทธรณ์ The Appellate Court

ศาลอุทธรณ์มีบทบาทสำคัญในการประกันมาตรฐานของความประพฤติของผู้พิพากษาในศาล (Securing high standard of judicial behavior in court) ในกรณีที่รัฐสภาได้พิจารณาถึงคดีที่ผู้พิพากษาประพฤติมิชอบในศาล (in case of judicial in the courts) ก็เป็นหน้าที่ของศาลอุทธรณ์ที่จะตรวจสอบได้

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยเนติบัณฑิตยสภา (Bar)

เนติบัณฑิตยสภาเป็นสถาบันที่มีบทบาทในการควบคุมการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาเพราะเป็นสถาบันที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพ, ความประพฤติของนักกฎหมายและเป็นสถาบันที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ ดังนั้นจึงมีบทบาทสำคัญในการวางกรอบมาตรฐานความประพฤติของผู้พิพากษาอันถือเป็นความสำคัญประการหนึ่ง

2. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา

2.1 ประวัติความเป็นมา

ระบบศาลประเทศสหรัฐอเมริกา American Court System ข้อมูลทั่วไป ระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นระบบศาลที่มี ลักษณะซ้อนกันอยู่สองชั้น ได้แก่ ระบบศาลรัฐบาลกลาง (federal court system) และระบบศาลมลรัฐ (state Court system) ในขณะที่ศาลแต่ละระบบมีความรับผิดชอบที่จะพิจารณาคดีบางประเภทเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลแต่ละระบบจะเป็นอิสระแก่กันโดยสิ้นเชิง ระบบศาลรัฐบาลกลางและระบบศาลมลรัฐก็ยังคงมีการประสานการทำงานร่วมกันอยู่ ทั้งนี้เนื่องจากศาลทั้งสองระบบต่างก็มีความมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมาย และให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามกฎหมาย ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบศาลสองประเภทก็เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ก่อตั้งการปกครองแบบสหพันธรัฐ (federalism) ขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา การปกครองแบบสหพันธรัฐมีการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง ออกเป็นการปกครองโดยรัฐบาลกลางและการปกครองโดยรัฐบาลมลรัฐ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจบางประการให้แก่รัฐบาลกลาง ขณะเดียวกันก็มีการสงวนอำนาจส่วนที่เหลือให้แก่มลรัฐ ในส่วนของรัฐบาลกลาง รัฐบาลกลางย่อมมีอำนาจสูงสุดสำหรับอำนาจที่มอบให้แก่รัฐบาลกลางโดยชัดแจ้งโดยปริยาย ในขณะเดียวกันมลรัฐก็ยังคงมีอำนาจสูงสุดในเรื่องต่าง ๆ ที่สงวนไว้ไว้กับมลรัฐ ความมีอำนาจสูงสุดในเรื่องต่าง ๆ ของการปกครองของแต่ละฝ่ายเรียกว่า การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายความว่า การปกครองแต่ละฝ่ายมีอำนาจอธิปไตยโดยสิทธิของตนเอง

²⁹ Denning, The Road to Justice, (London : Stevens & Sons Limited, 1955), p.64.

2.2 ลักษณะโดยทั่วไป

โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกา นำระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษใช้ตั้งแต่สหรัฐอเมริกายังเป็นอาณานิคมของอังกฤษ กฎหมายได้มีการถูกพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ศาลของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นองค์กรที่สำคัญ ซึ่งรัฐบาลกลางของรัฐบาลต่างก็มีความจำเป็นที่ต้องมีระบบศาลของตนเอง เหตุผลของการที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องมีศาลสองระบบ โดยศาลรัฐบาลกลางจะดำเนินการกับประเด็นของกฎหมายที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายต่าง ๆ โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยขณะที่ ศาลมลรัฐจะดำเนินการกับเรื่องต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้มอบให้แก่รัฐบาลกลางหรือที่สงวนไว้เป็นของมลรัฐ³⁰

2.3 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา มาจากความคิดหลัก 3 ประการของท่าน Marshall คือ

1. หลักสิทธิตามธรรมชาติ (State of Nature) โดยชาวอเมริกันได้ยอมรับนับถือสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะได้รับการยอมรับจากรัฐ ซึ่งต่อมาก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
2. หลักการจัดระเบียบการปกครอง มีการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจตุลาการเพื่อให้อำนาจตุลาการนั้นมีความเป็นอิสระโดยประชาชนในแต่มลรัฐมีความต้องการให้มีการจัดระเบียบการปกครองให้ชัดเจนขึ้น
3. หลักการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ (Legislative representatives) ติความและสร้างหลักกฎหมาย (Lawmaking) ของประเทศ และให้มีความเป็นอิสระของสถาบันศาล (Independent Judiciary)

2.4 การควบคุมตรวจสอบ

กรณีที่ศาลรัฐบาลกลางและมลรัฐที่เขตอำนาจซ้ำซ้อนกัน นอกจากกรณีต่าง ๆ ที่ศาลมลรัฐมีเขตอำนาจเหนือแล้ว ศาลมลรัฐยังมีเขตอำนาจ ซ้ำซ้อนกับศาลรัฐบาลในกรณีดังต่อไปนี้ 1. การพิพาทกันระหว่างพลเมืองต่างมลรัฐ (diversity jurisdiction) ในคดีที่เป็นการพิพาทกันระหว่างพลเมืองต่างมลรัฐและทุนทรัพย์ที่พิพาทเกินกว่า 75,000 เหรียญ ศาลมลรัฐอาจพิจารณาคดีในลักษณะเช่นนี้ หากจำเลยไม่ยื่นคำขอให้ย้ายคดีไปพิจารณาที่ศาลรัฐบาลกลาง นอกจากนี้คดีที่พิพาทกันระหว่างพลเมืองต่างมลรัฐ แต่ทุนทรัพย์ที่พิพาทกันมีจำนวนไม่เกิน 75,000 เหรียญ คดีในกรณีนี้จะต้องพิจารณาในศาลมลรัฐ 2. ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายรัฐบาลกลาง คดีที่ถูกนำสู่ศาลมลรัฐตามบทบัญญัติของกฎหมายมลรัฐ แต่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติในกฎหมายของรัฐบาลกลางมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีนั้นโดยตรง ศาลมลรัฐย่อมมีอำนาจตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติกฎหมายของรัฐบาลกลางนั้น ๆ การตีความรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติในกฎหมายรัฐบาลกลาง ในกรณีเช่นนี้ย่อมอาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐบาลกลางได้ซึ่งหมายความว่า หากศาลสูงของมลรัฐได้พิจารณาพิพากษาคดีนั้นแล้ว ศาลสูงสหรัฐย่อมอาจตรวจสอบคดีนั้นได้

2.5 การควบคุมการตรวจสอบความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

การควบคุมการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ มีกฎหมาย The Act of settlement 1701 ของประเทศอังกฤษซึ่งนำมาใช้และได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยตั้งแต่ในเรื่องระยะเวลาดำรงตำแหน่ง เงินประจำตำแหน่ง สวัสดิการ สิทธิในการทำคำพิพากษาโดยอิสระ และสิทธิในการทำความเห็นแย้ง

การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา มีวิธีการ Impeachment เพื่อควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาซึ่งมีรากฐานมาจากประเทศอังกฤษอันเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาเนื่องจากในรัฐธรรมนูญของ

³⁰ Dennis Campbell and Winifred Hepperle, The U.S. Legal System : A Practice Handbook, (The Hage Netherland : Martinus Nijhoff Publisher, 1983), pp.1-2.

สหรัฐอเมริกาได้บัญญัติให้การถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งนั้นจะกระทำต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากสภาทั้งสองเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและให้ผู้พิพากษาไม่มีความรับผิดชอบต่อสภาแสดงให้เห็นว่า แม้ผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระอย่างมากแต่จะต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชน

การตรวจสอบผู้พิพากษาโดยประธานาธิบดี ในการแต่งตั้งผู้พิพากษา (The power appointment) ของประธานาธิบดีนั้นแยกออกจากอำนาจในการถอดถอน (The power of removal) อย่างเด็ดขาด เพราะเมื่อประธานาธิบดีแต่งตั้งผู้พิพากษาแล้ว ดังที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะอภัยโทษแก่บุคคลใดก็ได้อันเป็นการควบคุมอำนาจตุลาการได้อีกทางหนึ่ง³¹ 8

2.6 หลักประกันในสหรัฐอเมริกา

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาถึงหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำให้ศาลของสหรัฐอเมริกาคงความเป็นอิสระมาจนกระทั่งถึงทุกวันนี้ ประการแรกความพิจารณาถึงการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาก่อน เพราะเป็นปัจจัยหนึ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ เนื่องจากโดยธรรมเนียมการคัดเลือกผู้พิพากษาแล้วมีการใช้อิทธิพลทางการเมืองเสมอ ทั้งในการคัดเลือกผู้พิพากษาของรัฐบาลกลางและมลรัฐต่าง ๆ

- การเข้าสู่ตำแหน่งตำแหน่งและการถอดถอนผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา
- การคัดเลือกผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกามี 2 ระดับ คือ

1. การคัดเลือกผู้พิพากษาของรัฐบาลกลาง (Federal judges) เป็นอำนาจของประธานาธิบดีในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูง ทั้งนี้โดยคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสมาชิกดังบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และการแต่งตั้งผู้พิพากษาอื่น ๆ ก็เช่นกันประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาประจำเขต ดังบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติตุลาการ 1789 (judiciary Act 1789)

2. การคัดเลือกผู้พิพากษาของรัฐ (State judges) ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐโดยวิธีการคัดเลือกที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมี 4 วิธี ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีความแตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศอื่น ๆ โดยวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งทั้งสี่วิธีดังกล่าวนี้ ไม่ว่าจะเป็วิธีใดบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกส่วนใหญ่หรือโดยปกติแล้วต้องเป็นผู้สำเร็จวิชากฎหมาย และแม้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาจะมีอิทธิพลทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องก็ตามผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาก็มีความเป็นอิสระอย่างมาก เพราะเมื่อได้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาแล้วจะมีหลักประกันอย่างมั่นคงปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ อันทำให้ผู้พิพากษาของสหรัฐมีความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อความมั่นคงของชาติและความสงบสุขของประชาชนนั่นเอง³²

2.7 หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงของอำนาจต่าง ๆ โดยสืบเนื่องมาจากแนวความคิดของท่าน John Marshall ซึ่งวางหลักในเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษานาน

³¹ G. Edward white, The American Judicial Tradition, (New York : Oxford University, Press, 1976), pp.7-8.

³² Henry J. Abraham, The Judicial Process. 4th ed, (New York : Oxford University Press, 1980), pp.23-41.

กลายเป็นธรรมเนียมศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาสืบต่อมาจนถึงปัจจุบันนี้ จนท่านได้รับสมญานามจากผู้พิพากษาทั้งหลายว่าเป็นประธานศาลผู้ยิ่งใหญ่ (The great chief Justice)

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งมีรากฐานมาจาก Act of Settlement ของประเทศอังกฤษที่ร่างขึ้นในปี 1701 โดยรัฐสภาอังกฤษเพื่อจำกัดอำนาจโดยทั่วไปของพระมหากษัตริย์ และได้บัญญัติให้ผู้พิพากษา ความเป็นอิสระไว้ กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะได้รับประกันความเป็นอิสระจากรับในการดำรงตำแหน่ง ไม่มีการกระทำใด ๆ อันเป็นการก้าวท้าวแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในประการต่าง ๆ ดังนี้³³ กฎหมายดังกล่าวจึงได้บัญญัติคุ้มครองในการต่อไปนี้³⁴

ผู้พิพากษาสามารถอยู่ในตำแหน่งตราบเท่าที่ประพฤติดี (The judges should hold office during good behavior) และผู้พิพากษาจะถูกถอดถอนโดยความยินยอมของสภาทั้งสองเท่านั้น (And beremocable only by action of both houses of Parliament)

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา (Federal Judges) และผู้พิพากษาศาลสูงของมลรัฐ (The justices of the higher state courts) ต่างมีความเชื่อมั่นในหลักประกันดังกล่าว ทำให้มีความเชื่อมั่นในการปฏิบัติหน้าที่ว่าหากตราบใดที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ โดยไม่มีการประพฤติมิชอบ (misbehavior) หรือถูกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยวิธี Impeachment หรือถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งแล้วย่อมจะมีความมั่นคงในตำแหน่งอย่างสูง อัตราเงินเดือนของผู้พิพากษานั้น จะต้องเปลี่ยนแปลงไปตามค่าครองชีพในปัจจุบัน เช่น ถ้าภาวะค่าครองชีพในปัจจุบันสูงขึ้นอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาจะสูงขึ้นตามตามค่าครองชีพ

หลักประกันของผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีดังนี้

1. ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง (Tenure of Judges) เมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งดำรงตำแหน่งประจำศาลสูงสุด ผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะอยู่ในตำแหน่งตลอดชีวิต ไม่มีการโยกย้ายหรือเกษียณอายุ อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในทางส่วนตัว

2. เงินประจำตำแหน่ง (Salary) รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาจะลดน้อยถอยลงเพราะเหตุหนึ่งเหตุใดมิได้

3. สวัสดิการ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีสวัสดิการและความเป็นอยู่ดี

4. สิทธิในการทำคำพิพากษาอิสระ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแต่ละคนมีสิทธิในการทำคำพิพากษาอิสระของตน ซึ่งต้องอ่านประกอบคำพิพากษาหลักอันถือเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุดอย่างแท้จริง

5. สิทธิในการทำความเห็นแย้ง ความเป็นอิสระของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐมีหลักประกันในการแสดงความคิดเห็นภายในที่ประชุมแห่งศาลสูงสุด

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นประเทศที่ผู้พิพากษานั้นมีความเป็นอิสระมากที่สุดประเทศหนึ่งในโลก เนื่องจากมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและชาวอเมริกันนั้นก็มีความเคารพในรัฐธรรมนูญและแม้ผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกาก็มีความเป็นอิสระแต่ก็มีได้หมายความว่าผู้พิพากษามี

³³ Fred Rodell, Nine Men, (New York : Vintage book, 1955), A73.

³⁴ The Foundation of The Federal Bar Association, Equal Justice Under Law, (New York, N.Y. : Grosset & Dunlop, 1965), A.15.

อิสระขาดลอยจากการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรใด ๆ ทั้งนี้ก็เนื่องจากมีจารีตประเพณีตลอดจนขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมทางการศาลกำหนดเป็นแนวทางในการปฏิบัติของผู้พิพากษาโดยองค์กรควบคุมการตรวจสอบกำหนดเป็นแนวทางกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยเนติบัณฑิตยสภา (American Bar Association (ABA))

ในสหรัฐอเมริกา เนติบัณฑิตยสภาเริ่มก่อตั้งในปี ค.ศ. 1878 เป็นองค์การรวมทั่วประเทศซึ่งทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพในทางกฎหมาย มีสมาชิกส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมาย ABA นั้นจะกำหนดหลักมรรยาทในการประกอบวิชาชีพของนักกฎหมายในสาขาอาชีพต่าง ๆ ตลอดจนวางกฎข้อบังคับในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายเป็นไปด้วยความราบรื่น

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยวิธี Impeachment

การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยวิธี Impeachment เป็นการควบคุมตรวจสอบแบบมีรูปแบบ (Formal Checks) ซึ่งต่างจากการควบคุมตรวจสอบแบบอื่น ๆ โดยวิธีการ Impeachment เป็นการกล่าวหาว่าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรับได้กระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรงรวมตลอดไปถึงความผิดอาญาต่างๆ, การใช้อำนาจโดยมิชอบและเจ้าพนักงานรับสินบนด้วยซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำเอา Impeachment ตามแบบอย่างของประเทศอังกฤษมาใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา นอกเหนือไปจากวิธีการควบคุมโดยเนติบัณฑิตยสภาหรือ ABA

- การควบคุมโดยวิธี Impeachment

การควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยวิธี Impeachment นั้นเป็นวิธีการที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เมื่อประมาณ 600 ปีมาแล้ว Impeachment มีไว้เพื่อพิจารณาความผิดอาญาอย่างร้ายแรงและความผิดอาญาที่มีโทษเบา ซึ่งคดีโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยที่รัฐสภามีอำนาจที่จะดำเนินการพิจารณาต่อผู้พิพากษาศาลสูง และลูกขุน ในการตรวจสอบคำตัดสินของลูกขุน และคำพิพากษาของศาล

3. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศญี่ปุ่น

3.1 ประวัติความเป็นมา

ประเทศญี่ปุ่นมีรูปแบบรัฐเป็นราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ และมีรูปแบบการปกครองเป็นราชาธิปไตยแบบมีรัฐสภา องค์จักรพรรดิไม่ทรงปกครองประเทศ พระองค์มีพระราชอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญแห่งญี่ปุ่นให้ไว้ องค์จักรพรรดิมิได้ทรงเป็นประมุขแห่งรัฐ แต่ในฐานะที่ทรงเป็นผู้นำในทางพิธีการ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติว่าทรงเป็น “ลักษณะแห่งรัฐและความสามัคคีของประชาชน” (47) องค์จักรพรรดิพระองค์ปัจจุบัน คือ สมเด็จพระจักรพรรดิอะกิฮิโตะ ส่วนรัชทายาทคือ เจ้าชายอะริฮิโตะ มงกุฎราชกุมารแห่งญี่ปุ่น

3.2 ลักษณะโดยทั่วไป

ศาลญี่ปุ่น นั้นมีระบบเดียว คือ ศาลยุติธรรม แบ่งเป็นสามชั้นจากสูงลงต่ำ ดังนี้

- ศาลสูงสุด (ศาลฎีกา)
- ศาลสูง (ศาลอุทธรณ์)
- ศาลจังหวัด
- ศาลแขวง

3.3 ลักษณะความเป็นอิสระ

ระบบศาลของญี่ปุ่นมีลักษณะเฉพาะของตนเองมาจากแนวคิดที่ว่า อำนาจตุลาการเป็นอำนาจสูงสุด (Judicial supremacy) ตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจตุลาการมีความสำคัญและมีความเป็นอิสระมีอำนาจในการตีความ (interpretation) ว่ากฎหมายใดขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ และวางกฎหมาย (Rule – making power) และได้รับความคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากรัฐธรรมนูญและพระธรรมนูญศาลยุติธรรมของญี่ปุ่น (The court organization law) และความอิสระของผู้พิพากษาโดยเนื้อหาหมายความว่าคุณพิพากษาจะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับหรืออิทธิพลใด ๆ จากภายนอก³⁵

3.4 อำนาจหน้าที่

รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นบัญญัติถึงความหมายของอำนาจตุลาการไว้ว่า การใช้อำนาจตุลาการนั้นศาลสูงและศาลล่างต่าง ๆ เป็นผู้ใช้ซึ่งอำนาจตุลาการนั้นเป็นอำนาจที่มีความสำคัญนอกจากจะใช้พิจารณาและพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ ยังรวมถึงอำนาจในการตีความกฎหมายและวางหลักกฎหมาย ดังนั้น ศาลล่างและศาลสูงย่อมมีอำนาจพิพากษาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญได้

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศญี่ปุ่น การใช้อำนาจตุลาการในญี่ปุ่นนั้นอยู่ที่ศาลสูงสุดและศาลล่าง ต่าง ๆ ซึ่งก่อตั้งโดยกฎหมาย และไม่มีการตั้งศาลพิเศษหรือองค์กรใด ๆ ของฝ่ายบริหารขึ้นในประเทศญี่ปุ่นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง โดยที่ศาลทั้งหลายทั้งประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการของประเทศญี่ปุ่นนั่นเอง ดังนั้นผู้พิพากษาจึงเป็นผู้ที่มีความสำคัญที่สุดของศาล เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการเนื่องจากประเทศญี่ปุ่นไม่มีระบบลูกขุน ดังนั้นผู้พิพากษาจึงดำเนินกระบวนการศาลหลายอย่าง เริ่มตั้งแต่การรับฟังพยาน ตลอดจนกระทั่งตัดสินคดีในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา³⁶

ในประเทศญี่ปุ่น ผู้พิพากษาส่วนใหญ่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง เพื่อให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการพิจารณาและพิพากษาคดีโดยที่มีรัฐธรรมนูญและกฎหมายเป็นหลักประกัน

1. การเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลสูงสุด (Supreme Court) และศาลสูง (High Courts)

ในศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นนั้นมีประธานศาลสูงสุด 1 คน และผู้พิพากษาศาลสูงสุดอีก 14 คนรวมทั้งสิ้น 15 คน บุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุด หรือผู้พิพากษาศาลสูงสุดนั้นจะต้องเป็นบุคคลซึ่งมีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย และมีชื่อเสียงเกียรติคุณดีเด่นมีอายุไม่ต่ำกว่า 40 ปี พระจักรพรรดิทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลสูงสุดโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ผู้พิพากษาศาลสูงสุดก็จะได้รับการเสนอชื่อโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อแต่งตั้งและจักรพรรดิทรงลงพระนามรับรอง

2. การเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลล่าง (Inferior Courts) นั้นจะได้รับการแต่งตั้งจากคณะรัฐมนตรีตามที่ศาลสูงสุดเสนอชื่อ โดยจักรพรรดิจะทรงลงนามรับรอง และผู้พิพากษาที่ถูกแต่งตั้งจะดำรงตำแหน่งเป็น เวลา 10 ปี ภายหลังจากที่ได้รับการแต่งตั้งซึ่งเมื่อครบกำหนดก็อาจจะถูกเลือกเข้ามาเพื่อรับการแต่งตั้งได้อีก

³⁵ Hideo Tanaka, The : Japanese Legal System, 4th ed, (Tokyo : University of Tokyo Press, 1979), p.189.

³⁶ George M.Koshi, The Japanese Legal Advisor Crime and Punishmeints, (Tokyo : Charls E. Tuttle, 1970), p.86.

ในการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในประเทศญี่ปุ่นนั้นผู้พิพากษาจะต้องได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความรู้ความสามารถในทางกฎหมายและมีชื่อเสียงอย่างแท้จริง เมื่อบุคคลใดได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาแล้วก็จะมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี (Protection of the status of judges) ดังที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และพระธรรมนูญศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่น

3.5 หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ประการแรก ผู้พิพากษาเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้วจะไม่ถูกปลดออกหรือถูกย้ายไปยังศาลอื่นหรือถูกพักราชการจากการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตนและเงินเดือนจะลดน้อยถอยลงมิได้นอกจากการถอดถอนโดยมาตรการดังต่อไปนี้

1. Public Impeachment หรือการฟ้องร้องเจ้าพนักงานระดับสูงของรัฐเป็นคดีอาญาเป็นวิธีการสำหรับการฟ้องว่าผู้พิพากษากระทำความผิดหรือกระทำอันไม่ชอบอย่างร้ายแรงในสองกรณี คือ เมื่อผู้พิพากษาได้ปฏิบัติหน้าที่บกพร่องซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายหรือเมื่อผู้พิพากษาประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ ดังนั้นจึงต้องถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการ Impeachment ต่อผู้พิพากษาคณะใดก่อนคณะกรรมการ Impeachment จะดำเนินการพิจารณาก็โดยการยื่นคำฟ้องต่อศาล Impeachment (The Court of Impeachment) เพื่อให้ปลดผู้พิพากษาคณะนั้นออกจากตำแหน่ง ผู้พิพากษาอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยคำพิพากษาของ Impeachment Court ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของรัฐสภา 14 นาย (จากสภาผู้แทนราษฎร 7 นาย สภาที่ปรึกษา 7 นาย) หากผู้พิพากษาได้กระทำอันไม่ชอบอย่างร้ายแรง

2. The Law for the Popular Review. เป็นวิธีการให้ประชาชนมีสิทธิในการทบทวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาประจำศาลสูงสุด (Justice of the Supreme Court) กล่าวคือ ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) ทั่วไปครั้งแรกการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดอาจถูกทบทวนโดยประชาชน และจะถูกทบทวนอีกครั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วไปครั้งแรกหลังจากนั้นอีก 10 ปี ในกรณีเช่นเดิม และหากเสียงส่วนใหญ่ที่ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเห็นสมควรให้ผู้พิพากษานั้นออกผู้พิพากษานั้นจะต้องถูกปลดออก

3. The judicial Status Law เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ในกรณีที่ผู้พิพากษาไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากการเจ็บป่วยทางร่างกายหรือจิตใจ

ประการที่สอง ผู้พิพากษาจะไม่ถูกถอดถอนหรือปลดออกหรือถูกตัดทอนเงินเดือนจากการลงโทษเกี่ยวกับระเบียบวินัยซึ่งออกโดยฝ่ายบริหาร เพราะเมื่อผู้พิพากษาได้สาบานตนเข้ารับตำแหน่งแล้ว ต่อมาได้ละเลยการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องถูกลงโทษทางวินัยโดยบทบัญญัติแห่งพระธรรมนูญศาล

ประการที่สาม ผู้พิพากษาได้รับเงินเดือน (Salary) ที่เหมาะสมเพียงพอ ซึ่งจะไม่ถูกลดลงตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งทำให้ผู้พิพากษามีหลักประกันความเป็นอิสระในส่วนตัวอย่างเต็มที่ โดยเงินเดือนจะถูกกำหนดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายคือ The Judicial Salaries Law

ประการที่สี่ แม้ว่าผู้พิพากษาจะได้รับการประกันความเป็นอิสระในตำแหน่งหน้าที่แต่ก็มีกำหนดระยะเวลาดำรงตำแหน่งมิใช่ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตกล่าวคือ

1. ผู้พิพากษาศาลฎีกาจะเกษียณอายุเมื่ออายุ 70 ปี
2. ผู้พิพากษาศาลสูงและศาลอื่น ๆ จะเกษียณอายุเมื่ออายุ 65 ปี
3. ผู้พิพากษาศาลแขวงจะเกษียณอายุเมื่ออายุ 70 ปี

ประการที่ห้า เพื่อเป็นการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาดังนั้นจึงมีการห้ามมิให้ผู้พิพากษาเข้าไปดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยมีได้รับอนุญาตจากศาลฎีกาหรือเข้าดำเนินธุรกิจการค้าอย่างใด ๆ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา

3.6 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในประเทศญี่ปุ่น

- การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยเนติบัณฑิตยสภาแห่งประเทศญี่ปุ่นนั้นเป็นวิธีการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพในทางกฎหมาย ในประเทศญี่ปุ่นได้มีการก่อตั้งเนติบัณฑิตยสภาแห่งประเทศญี่ปุ่นขึ้นในปี ค.ศ. 1952 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและควบคุมการประกอบวิชาชีพในทางกฎหมาย เช่นเดียวกับ American Bar Association (ABA) ในประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมทางกฎหมายในแต่ละสาขาวิชาชีพจะเป็นตัวแบ่งแยกถึงแนวทางในการประพฤติปฏิบัติตน

- การควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่โดยวิธี Impeachment ในประเทศญี่ปุ่นได้นำเอาวิธีการนี้มาจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยในประเทศญี่ปุ่นเรียกว่า Public Impeachment อันเป็นการฟ้องร้องเจ้าพนักงานของรัฐว่ากระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรง ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้ประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ, พระธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และกฎหมายอื่น โดยคณะกรรมการ Impeachment หรือ ศาล Impeachment Court ประกอบด้วยสมาชิกรัฐสภา 14 นาย จากสภาผู้แทนราษฎร 7 นาย และสภาที่ปรึกษา 7 นาย ทำหน้าที่พิจารณาคดีที่ผู้พิพากษาถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิด เพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

- การควบคุมการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยประชาชนนี้เป็นการให้ประชาชนมีสิทธิในการทบทวน (Review) การแต่งตั้งผู้พิพากษา โดยวิธีการทบทวนการแต่งตั้งผู้พิพากษา โดยจะกระทำทุก 10 ปี ภายหลังจากที่ผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งและเมื่อครบวาระผู้พิพากษาผู้นั้น ก็อาจถูกแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอีกได้ซึ่งวิธีการทบทวนดังกล่าวนี้ มีผลต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นอย่างยิ่งเพราะแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบที่ผู้พิพากษาต้องมีต่อประชาชน อันจะทำให้ประชาชนให้ความไว้วางใจ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอีกต่อไป

3.7 การควบคุมการตรวจสอบความเป็นอิสระ

- การควบคุมการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

จากหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศญี่ปุ่น มีองค์กรชื่อว่าเนติบัณฑิตยสภา (The Japanese Bar Association) ทำหน้าที่ควบคุม ตัวอย่างเช่น ผู้พิพากษาเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้ว จะไม่ถูกปลดออกหรือถูกย้ายไปยังศาลอื่น หรือถูกพักราชการจากการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตนและเงินเดือนจะลดน้อยถอยลงมิได้ และจะมีอาจถูกถอดถอนเนื่องจากความเจ็บป่วยทางร่างกายหรือจิตใจ เพราะมี The judicial status law ค้ำครอง และจะไม่ถูกถอดถอนหรือถูกปลดออกหรือถูกตัดทอนเงินเดือน เพราะมีพระธรรมนูญศาลยุติธรรมบัญญัติคุ้มครองได้เช่นกัน

- การควบคุมการตรวจสอบโดยรัฐสภา

การฟ้องว่าผู้พิพากษากระทำความผิดหรือกระทำการมิชอบอย่างร้ายแรง 2 กรณีคือ เมื่อผู้พิพากษาได้ปฏิบัติหน้าที่บกพร่องซึ่งก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเมื่อผู้พิพากษาประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ ดังนั้น จึงต้องถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการ Impeachment

- การใช้อำนาจถอดถอนผู้พิพากษา

Public Impeachment โดยสมาชิกของรัฐสภา 14 นาย พิจารณาในกรณีที่ผู้พิพากษาได้กระทำการอันไม่ชอบอย่างร้ายแรงตาม Judicial Impeachment Law และ Law of Popular Review เป็นการให้ประชาชนมีบทบาทการแต่งตั้งผู้พิพากษาประจำศาลสูง รวมถึง The Judicial Status Law เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงสถานะของผู้พิพากษาในกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้

4. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทย

4.1 ลักษณะความเป็นอิสระ

- ผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศไทยมีหลักความเป็นอิสระ

1. ความเป็นอิสระในทางเนื้อหา

2. ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว

ทั้งนี้ ความเป็นอิสระทั้ง 2 วิธีมาจากหลักอคติทั้งสิ้น และประวัติศาสตร์อันยาวนานตลอดจนหลักธรรมและการดำรงตนของบรรพบุรุษที่ปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมาช้านาน

โดยที่อำนาจตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทและอำนวยความยุติธรรมให้เป็นผลโดยใช้ผ่านทางองค์กรหลัก คือ ศาล ทั้งนี้ เป้าหมายของการใช้อำนาจเพื่อพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน เนื่องจากการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal state) อันเป็นการปกครองของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติ ก็ต้องมีการคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา³⁷

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ³⁸ ซึ่งหลักดังกล่าวถือว่าเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนประการหนึ่งด้วย³⁹

³⁷ คณิต ญ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 66.

³⁸ คณิต ญ นคร, “ละเมิดอำนาจศาลในเยอรมัน,” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 8 ปีที่ 1 (สิงหาคม 2521), หน้า 48.

³⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาตามมาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน,” บทบัณฑิตย, เล่ม 60 ตอน 2 (มิถุนายน 2547), หน้า 129.

4.2 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีหลายแนวคิด

ประการแรก หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแบ่งได้ 3 ประการ

(1) ความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เป็นการคุ้มครองการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหมาย

(2) ความอิสระในทางองค์กร หรือความเป็นอิสระในการจัดองค์กรศาล ความอิสระขององค์กรตุลาการมีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจความอิสระในทางองค์กรมีความหมายว่า อำนาจตุลาการ ศาล หรือผู้พิพากษาจะต้องไม่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยในข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมาย

(3) ความอิสระในทางส่วนบุคคล โดยหลักแล้วการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทบถึงความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคลดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการของผู้พิพากษา

4.3 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในประเทศไทย

- การพิจารณาพิพากษาคดี

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งของผู้พิพากษาถือเสมือนว่าเป็นหัวใจของอำนาจตุลาการ

- การควบคุมการใช้อำนาจของผู้พิพากษาแบ่งออกได้เป็น การควบคุมตัวผู้พิพากษาเองและการควบคุมโดยเนื้อหาบทบัญญัติของกฎหมาย

- การควบคุมโดยตัวผู้พิพากษาเอง

ในการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นในส่วนขององค์กรใด มีระบบการจัดการบริหารและตรวจสอบเช่นไร สิ่งที่มีความสำคัญที่สุดประการหนึ่งคือบุคคลผู้ใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนั้น การที่องค์กรต่าง ๆ จะดำเนินการได้บรรลุวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายขององค์กรหรือไม่ การใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษาที่การพิจารณาพิพากษาคดี การมีคำสั่งคำวินิจฉัยจะถูกต้องหรือไม่ การใช้อำนาจขบด้วยกฎหมายหรือไม่ ส่วนหนึ่งย่อมขึ้นอยู่กับตัวผู้พิพากษาเองด้วยเช่นกัน

- การควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่โดยตัวผู้พิพากษาเองนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งโดยเฉพาะในระบบที่ยึดถือในหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอย่างมาก

- การควบคุมโดยเนื้อหาบทบัญญัติของกฎหมาย

ผู้พิพากษาจะมีอำนาจหน้าที่อย่างไร ในการพิจารณาพิพากษารรคดี ผู้พิพากษาจะต้องดำเนินการพิจารณาในลักษณะใด มีขอบเขต เงื่อนไข การใช้ดุลพินิจแค่ไหน เพียงไร กรณีใดบ้างที่ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้และกรณีใดบ้างที่ไม่อาจใช้ดุลพินิจ เขตอำนาจศาลครอบคลุมเพียงใด ในการพิจารณาข้อพิพาทต้องมีผู้พิพากษาเป็นองค์คณะเท่าใด สิ่งเหล่านี้ล้วนปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีบัญญัติ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา การพิจารณาพิพากษาคดีตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้ มิฉะนั้นแล้วคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอาจถูกโต้แย้งในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย อันทำให้ไม่มีผลบังคับและพิพากษาหรือคำสั่งอาจถูกกลับโดยศาลสูงสุดในท้ายที่สุด

4.4 การควบคุมตรวจสอบความเป็นอิสระ

- การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม
- ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในฐานะส่วนตัว

เมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง การพิจารณาเลื่อนขั้นและเงินเดือนตลอดจนการโยกย้ายเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการอันเป็นการแสดงให้เห็นความเป็นอิสระส่วนตัวของผู้พิพากษาซึ่งได้รับประกันโดยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

ผู้พิพากษาจะไม่ถูกถอดถอนหรือปลดออกจากตำแหน่งโดยไม่ได้รับการพิจารณาเห็นชอบจาก ก.ต. ก่อน อันเป็นหลักประกันความอิสระของผู้พิพากษาในทางส่วนตัว

ผู้พิพากษามีเงินเดือนที่เพียงพอตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อให้ผู้พิพากษาคงความเป็นอิสระในทางส่วนตัวอยู่ได้

ผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งจะมีวาระการดำรงตำแหน่งจะมีระยะเวลาดำรงตำแหน่งจนกระทั่งเกษียณอายุราชการ คือ 70 ปี ซึ่งเป็นหลักประกันในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่ มิให้ต้องกังวลกับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งดังเช่นผู้พิพากษาได้รับการเลือกตั้งอย่างในกรณีของต่างประเทศ

บทบัญญัติอันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่ควบคุมและจำกัดอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในการใช้อำนาจตุลาการ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เกิดความเที่ยงธรรมและสอดคล้องตามหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเห็นว่าจะนำมาซึ่งความยุติธรรมนั่นเอง

สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลไว้อย่างชัดเจน ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลสามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้อย่างเต็มที่และในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญก็ให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ด้วย เพราะประชาชนเป็นผู้มีส่วนโดยตรงจากการใช้อำนาจรัฐในการบริหารราชการแผ่นดิน ประชาชนจึงควรมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจทุกฝ่ายซึ่งรวมถึงอำนาจตุลาการด้วย

ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะรับรองเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยไว้ในทำนองเดียวกันว่าอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล เนื่องจากการใช้อำนาจอธิปไตยโดยประชาชนทุกคนไม่สามารถกระทำได้ จึงมอบให้พระมหากษัตริย์ซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนประชาชน อย่างไรก็ตามโดยหลักการแล้ว แม้ว่าพระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชน แต่จุดยึดโยงระหว่างประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยกับองค์กรผู้ใช้อำนาจก็ยังดำรงอยู่เสมอ หากปราศจากความเชื่อมโยงนี้แล้วก็เท่ากับว่าเป็นการใช้อำนาจโดยขัดกับหลักรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยที่อาศัยเจตจำรังร่วมกันของประชาชนเป็นฐานสนับสนุน หลักการเช่นนี้สามารถเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยที่มาจากประชาชนหรือถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยประชาชน เช่น การที่ประชาชนมีสิทธิออกเสียงเลือกสมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการที่รัฐมนตรีอาจจะถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหลายประเทศ

อย่างไรก็ดี มีประเด็นหนึ่งซึ่งไม่ค่อยจะมีผู้กล่าวถึงกันมากนักก็คืออำนาจตุลาการอันถือว่าเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยที่สำคัญและผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจตุลา

การแทนประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ นานาประเทศจึงวางหลักการที่ทำให้เกิดจุดยึดโยงระหว่างอำนาจตุลาการและประชาชนไว้ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม อาทิเช่น การกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยประชาชนออกเสียงเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง นอกจากนี้ในบางประเทศยังกำหนดให้ประชาชนสามารถตรวจสอบการทำงานของตุลาการได้โดยวิธีการถอดถอนออกจากตำแหน่ง เช่น ในสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น

ส่วนในประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่าอำนาจตุลาการเป็นอำนาจอธิปไตยที่ปราศจากจุดยึดโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอย่างแท้จริง เริ่มตั้งแต่กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการตุลาการที่กำหนดให้ผู้พิพากษามาจากการสอบคัดเลือกจากผู้สำเร็จวิชาชีพกฎหมาย การเลื่อนชั้นหรือเลื่อนตำแหน่งก็เป็นไปตามที่คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) เห็นสมควรซึ่งเป็นหลักการที่ยังคงใช้อยู่ในปัจจุบัน นอกจากนี้ในอดีตที่ผ่านมาตุลาการยังมีความมั่นคงในอาชีพเนื่องจากไม่มีผู้ใดมีอำนาจถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งได้นอกจาก ก.ต. แม้ว่าต่อมาที่การกำหนดหลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญจะออกรับรองให้ประชาชนสามารถฟ้องร้องข้าราชการได้ และยอมให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือประชาชนมีสิทธิเข้าชื่อกันเพื่อร้องขอให้มีการถอดถอนตุลาการได้ ซึ่งกำหนดเหตุแห่งความผิดที่ตุลาการอาจจะถูกถอดถอนเอาไว้ก็ตามแต่ยังไม่มีมีการปฏิบัติอย่างเป็นมรรคเป็นผล

- ปัญหาเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้บัญญัติหลักการใหม่ ๆ ที่เป็นการพยายามในการสร้างจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยกับอำนาจตุลาการขึ้น โดยกระบวนการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ แต่ทว่าปัญหาที่สำคัญอันจะทำให้กระบวนการดังกล่าวไม่สัมฤทธิ์ผลก็คือ เราต้องยอมรับว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบรับในประเทศไทยนั้นยังไม่เป็นที่ยอมรับในวงกว้างโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ

บทสรุป

การที่ผู้พิพากษาจะสามารถวินิจฉัยคดีได้อย่างเป็นทางการและปราศจากอคติ จึงต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระแก่ผู้พิพากษา เพื่อขจัดปัจจัยต่าง ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการของผู้พิพากษา เพื่อให้ผู้พิพากษาหลุดพ้นจากอคติและมีให้ต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในต่างประเทศนั้นตัวอย่างเช่น

ประเทศอังกฤษเมื่อศาลคอมมอนลอว์ไม่สามารถให้ความเป็นธรรมได้ ประชาชนจึงไปร้องเรียนต่อพระเจ้าแผ่นดินในฐานะที่พระองค์เป็น “บ่อเกิดแห่งความยุติธรรม” (Fountain of Justice) แล้วพระเจ้าแผ่นดินได้ทรงมอบหมายให้ Lord Chancellor เป็นผู้ดำเนินการแก้ไข หากแต่กฎหมายในสมัยนั้นเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ พระเจ้าแผ่นดินจะแก้กฎหมายไม่ได้จึงมอบให้ Lord Chancellor เป็นผู้แก้

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีหลักเรื่องแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล จึงมีแนวความคิดหรือคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันได้

ผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศไทยมีหลักความเป็นอิสระทั้งในทางเนื้อหาและในทางส่วนตัว ซึ่งความเป็นอิสระทั้ง 2 วิธีมาจากหลักอคติทั้งสิ้นและประวัติศาสตร์อันยาวนานตลอดจนหลักธรรมและการดำรงตนของ

บรรพตูลากการที่ปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมาช้านาน โดยที่อำนาจตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทและอำนวยความสะดวกให้ประชาชนใช้เป็นผลโดยใช้ผ่านทางองค์กรหลักคือ ศาล ทั้งนี้เป้าหมายของการใช้อำนาจเพื่อพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน เนื่องจากการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal state) อันเป็นการปกครองของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติที่ต้องมีการคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ ซึ่งหลักดังกล่าวถือว่าเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนประการหนึ่งด้วย ซึ่งจากการศึกษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทยนั้นยังไม่มีความเป็นอิสระอย่างเพียงพอ

บรรณานุกรม

- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- คณิต ณ นคร. ละเมิดอำนาจศาลในเยอรมัน. วารสารอัยการ. ฉบับที่ 8 ปีที่ 1. (สิงหาคม 2521), หน้า 48.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. ละเมิดอำนาจศาลโดยพระพฤติไม่เรียบร้อยในศาล. วารสารอัยการ. ฉบับที่ 8 ปีที่ 1 (สิงหาคม 2521), หน้า 58.
- ชลุตม์ สวัสดิ์ทิต. ระบบงานตุลาการในญี่ปุ่น. บทบัณฑิตย. เล่ม 26 ตอน 4. (2512), หน้า 812-817.
- บัญญัติ สุชีวะ. ศาลญี่ปุ่น. บทบัณฑิตย. เล่ม 24 ตอน 2 (2509), หน้า 351-350.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22 ฉบับที่ 3. (กันยายน 2535), หน้า 367.
- พระยานิติศาสตร์ไพศาล. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา. บทบัณฑิตย. เล่ม 27 ตอน 1 (2513). หน้า 16.
- พระยานิติศาสตร์ไพศาล. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา. บทบัณฑิตย. เล่มที่ 27. หน้า 16.
- พนัส ทัศนียานนท์. กระบวนพิจารณาในการลงโทษทนายความฐานละเมิดอำนาจศาลในทางอาญา. วารสารอัยการ. ฉบับที่ 1 ปีที่ 1 (ธันวาคม 2521), หน้า 47, 48.
- พนัส ทัศนียานนท์. การลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมศาลฐานละเมิดอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกา. วารสารอัยการ. ฉบับที่ 8 ปีที่ 1. (สิงหาคม 2521), หน้า 14.
- มานิต อมรทัต. ฐานะผู้พิพากษาอังกฤษ. ดุลพาห, หน้า 171.
- วินัย ตูวิเชียร. ละเมิดอำนาจศาล. วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- สรารุช เบญจกุล. การละเมิดอำนาจศาลตามกฎหมายสหราชอาณาจักร. ดุลพาห. เล่ม 3 ปีที่ 55 (กันยายน 2551), หน้า 71.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒนา. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษตามมาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน. บทบัณฑิตย. เล่ม 60 ตอน 2. (มิถุนายน 2547), หน้า 129.
- David Schmitz. Elements of Justice. Cambridge University Press, 2006.
- Denning. What Next In The Law. London : Butter Worths, 1982.
- Denning. The Road to Justice. London : Stevens & Sons Limited, 1955.

- Dennis Campbell and Winifred Hepperle. The U.S. Legal System : A Practice Handbook.
The Hague/Netherlands : Martinus Nijhoff Publisher, 1983.
- Eva Tsen. Judicial Restraint In America. Oxford University Press, 2011.
- Fred Rodell. Nine Men. New York : Vintage book, 1955.
- G. Edward white. The American Judicial Tradition. New York : Oxford University Press, 1976.
- Geoffrey Marshall. Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability.
New York : Clarendon press Oxford, 1984.
- George M.Koshi. The Japanese Legal Advisor Crime and Punishments. Tokyo : Charles E.Tuttle,
1970.
- Grilliot. Introduction to Law and The Legal System. 2nd ed. Boston : Houghton Mifflin, 1979.
- Henry J. Abraham. The Judicial Process. 4th ed. New York : Oxford University Press, 1980.
- Hideo Tanaka. The : Japanese Legal System. 4th ed. Tokyo : University of Tokyo Press, 1979.
- Jonathan Burnside. God, Justice. And Society Aspects of Law And Legality In The Bible. Oxford
University Press, Inc 2011.
- Joseph Raz. The Authority of law Essay on Law and Morality. Clarendon Press Oxford, 1979.
- J.R.Lucas. Responsibility. Clarendon Press Oxford, 1993.
- Keith J.Eddey. The English Legal System. 4th ed. London : Sweet & Maxwell, 1987.
- Lord Denning. The Coling Chapter. London Butterworths, 1983.
- LORD DENNING. What Next In The Law. London : BUTTERWORTHS, 1982.
- Lar Mcleod. Legal Theory. Macmillan Press LTD London, 1999.
- Norman Daniels. Justice and Justification. Cambridge University Press, 1996.
- The Foundation of The Federal Bar Association. Equal Justice Under Law. New York, N.Y. :
Grosset & Dunlop, 1965.



กฎหมายกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนในประเทศไทย
(Law and Sustainable Development Goals in Thailand)