



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 7 ฉบับที่ 2

สารอุปนายกสภามหาวิทยาลัย

“วันรพี” ถือเป็นวันสำคัญอีกวันหนึ่งที่รำลึกถึงพระบิดาแห่งกฎหมายไทย พระบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระองค์ทรงทำคุณูปการอันล้นพ้นแก่วงการกฎหมายไทย ทรงพัฒนากฎหมายบ้านเมือง พัฒนาผู้พิพากษา และราชการศาลยุติธรรมให้ดีขึ้น รวมทั้งทรงเป็นผู้จัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น เพื่อให้โอกาสแก่ประชาชนได้มีโอกาสรับการศึกษา กฎหมาย

เนื่องในโอกาสวันรพีเวียนมาบรรจบอีกวาระหนึ่ง จึงขอให้ทุกท่าน น้อมรำลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณของพระองค์ ด้วยการปฏิบัติตนเป็นนักกฎหมายที่ดี มีความวิริยะ อุตสาหะ มีคุณธรรม และจริยธรรม โดยเฉพาะเรื่องความซื่อสัตย์ และนำความรู้ไปใช้ในทางที่ถูกต้อง เป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติและสังคมสืบไป



(นายสงวน ตียะไพบูลย์สิน)

กรรมการสภามหาวิทยาลัยผู้ทรงคุณวุฒิ
อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

“วันรพี” ตรงกับ วันที่ 7 สิงหาคม ของทุกปี ซึ่งเป็นวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระองค์ทรงทุ่มเทพระวรกายอย่างหนัก ที่จะพัฒนากฎหมายไทย พระองค์ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่างประมวลกฎหมายของประเทศไทย ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพต่างๆ รวมทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงทรงปฏิรูปร่างศาลและวางระบบกฎหมาย เพื่อให้ระบบงานยุติธรรมของประเทศไทยเจริญก้าวหน้า ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และเป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ

ในโอกาสนี้จึงขอเชิญทุกท่านร่วมกันรำลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณของพระองค์ท่าน และร่วมกันเทิดพระเกียรติพระองค์ท่าน ด้วยการปฏิบัติตนเป็นนักกฎหมายที่ดี มีคุณธรรม จริยธรรมเพื่อประโยชน์สุขของประเทศชาติและสังคมส่วนรวมสืบไป



Handwritten signature in blue ink.

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคดีคณะนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ได้จัดทำวารสารขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานวิชาการ งานวิจัยในสาขานิติศาสตร์ อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ นักศึกษา และผู้สนใจทั่วไป ที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิง อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาความรู้ต่อไป

ในโอกาสที่ “วันรพี” เวียนมาบรรจบอีกครั้งหนึ่ง เพื่อเป็นการรำลึกถึงคุณงามความดีและคุณูปการของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” จึงขอให้นักกฎหมายทุกท่านร่วมกันระลึกถึงพระกรุณาธิคุณอันเปี่ยมล้นของพระบิดาแห่งกฎหมายไทย ด้วยการตั้งใจทำหน้าที่ของตนให้ดีที่สุด นำความรู้ในทางนิติศาสตร์ไปใช้ในทางสุจริต ช่วยเหลือประชาชนและประเทศชาติต่อไป



วิมล ร.แสงสุข

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมล ฐา แสงสุข)

คณบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือนักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

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

บทบรรณาธิการ

พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้ทรงคุณอันประเสริฐแก่วงการกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทรงวางรากฐานการศึกษาวิชากฎหมายในประเทศไทยด้วยทรงก่อตั้งโรงเรียนสอนกฎหมายขึ้น ในปีพุทธศักราช 2440 เพื่อผลิตนักกฎหมายที่มีคุณภาพให้แก่สังคมและประเทศชาติ

เนื่องในโอกาส “วันรพี” ซึ่งเป็นวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ได้เวียนมาบรรจบอีกวาระหนึ่งในวันที่ 7 สิงหาคม 2561 เพื่อเป็นการระลึกถึงพระกรุณาธิคุณอันเปี่ยมล้นของพระองค์ กองบรรณาธิการได้จัดรวบรวมบทความวิชาการ บทความวิจัย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ จากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยเผยแพร่ความรู้ด้านวิชากฎหมายให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน

ในการนี้ กองบรรณาธิการขอแทนคุณความดีอันบังเกิดจากการจัดทำวารสารฉบับนี้แด่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย และหากวารสารฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด กองบรรณาธิการต้องขออภัยมา ณ โอกาสนี้ด้วย

ขอขอบพระคุณ

บรรณาธิการ

สารบัญ

	หน้า
บทความวิชาการ	
เหตุรำคาญอันเกิดจากการรุกรานของแสง ปิติเทพ อยู่ยี่นยง	1
การคุ้มครองสัตว์และสิทธิในการรับมรดกของสัตว์เลี้ยง พิชศาล พันธุ์วัฒนา	25
ทฤษฎีสองเงาในธุรกิจแฟรนไชส์ สมชาย รัตน์เชื้อสกุล	45
Biopiracy and Access to Biological Resources: International Law Perspective Alexandre Chitov	69
บทความวิจัย	
การตีความการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาผลกระทบและโอกาส สำหรับประเทศไทย ณัฐนาฏ ฉั่วริยะกุล	95
ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ สุริศา นิยมรัตน์	131
การจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ ส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ภูมิ โชคเหมาะ	163
The Assessment of the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution and the Dispute Settlement Mechanisms on Liability Claims Samanan Kittijarot	197
บทความรับเชิญ	
คำพิพากษาศาลฎีกาน่าสนใจ: การฟ้องแย้งต้องเกี่ยวข้องกับฟ้องเดิมพอที่จะรวม พิจารณาได้ พิชญ์ วิทยารัฐ	245



เหตุรำคาญอันเกิดจากการรบกวนของแสง

ดร.ปิติเทพ อยู่ยืนยง

เหตุรำคาญอันเกิดจากการรุกร้าของแสง Nuisance From Artificial Light Intrusiveness

ดร.ปีติเทพ อยู่ยืนยง*
Dr.Pedithep Youyuenyong

บทคัดย่อ

การส่องรุกร้าของแสงสามารถที่จะก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือผลกระทบในด้านลบต่อคุณภาพชีวิตของมนุษย์ อีกทั้งยังเป็นเหตุให้เกิดเหตุรำคาญต่อเพื่อนบ้านและรบกวนการดำรงชีวิตประจำวันอีกด้วย การใช้ไฟส่องสว่างภายนอกอาคารอย่างไม่สมควรหรือใช้งานในปริมาณที่มากเกินไปจนเกินยอมเป็นเหตุหนึ่งที่เกิดเหตุรำคาญ แม้ว่าแสงสว่างในปริมาณที่เหมาะสมหรือแสงสว่างในระดับที่จำเป็นจะเป็นสิ่งสำคัญในชีวิตประจำวันของผู้คนและระดับการใช้งานแสงสว่างที่สมเหตุสมผลก็เป็นสิ่งที่เพื่อนบ้านทั่วไปพึงคาดหวังเอาไว้ หากแต่แสงสว่างที่มากเกินไปหรือการใช้งานแสงสว่างที่ส่องรุกร้าก็สามารถถูกจำแนกให้เป็นเหตุรำคาญเมื่อแสงสว่างในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพของผู้คนหรือต่อการใช้งานทรัพย์สินอย่างปกติสุข พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ได้วางหลักเกณฑ์นิยามความหมายของเหตุรำคาญ ได้แก่ การกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดความเสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของคนข้างเคียงแต่ทว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดเหตุเดือดร้อนรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างในลักษณะที่เป็นเฉพาะเจาะจงโดยเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างถือเป็นเพียงเหตุรำคาญโดยทั่วไปตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 เท่านั้น หากแต่เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างไม่ถือเป็นเหตุรำคาญ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; น.บ. มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, สัมฤทธิ์บัตรกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัย, LL.M. in Business Law De Montfort University, Ph.D. in Law De Montfort University.

Lecturer in law at Chiang Mai University; LL.B. at Bangkok University, Certificate of Achievement in Public Law Sukhothai Thammathirat University, LL.M. in Business Law De Montfort University, Ph.D. in Law De Montfort University.

วันที่รับบทความ (received) 15 มิถุนายน 2560, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 15 สิงหาคม 2560, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 24 เมษายน 2561.

เฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ากฎหมายไทยไม่ได้วางหลักเกณฑ์รองรับให้เหตุรำคาญจากการ
ใช้งานแสงสว่างเป็นเหตุรำคาญเฉพาะตามกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์และข้อพิจารณาเฉพาะเจาะจง
ที่แปลกแยกหรือแตกต่างไปจากเหตุรำคาญด้านสิ่งแวดล้อมประเภทอื่นๆ

Abstract

The intrusion of artificial light can be very distressing, and it may adversely affect people's quality of life. It can also cause a nuisance to neighbours and interfere with their normal daily activities. Exterior artificial lighting that is unreasonable or excessive is considered a nuisance. Although necessary or appropriate light is part of our daily lives and a degree of tolerance is expected by reasonable neighbours, excessive or obtrusive light can be classified as a nuisance when it substantially affects a person's health or enjoyment of their own properties. The Public Health Act, B.E. 2535 generally defines a nuisance as an unlawful interference with a person's use or enjoyment of land, or of some rights over or in connection with it. On the other hand, the process of determining what level of light intrusion constitutes an artificial light nuisance cannot be readily ascertained under Thai law. Under the Public Health Act, B.E. 2535, nuisance from artificial light may not be specifically considered as a statutory nuisance in the Thai legal system. This means it does not include nuisance from artificial light as a specific statutory nuisance. Nuisances caused by certain lighting conditions are not set out specifically in legislation and must be treated as general nuisance under Thai law.

คำสำคัญ: เหตุรำคาญที่มีกฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะ, แสงประดิษฐ์, การรบกวนของแสง

Keywords: statutory nuisance, artificial light, light intrusion

1. บทนำ

แสงสว่างจากแหล่งกำเนิดแสงที่มนุษย์ได้ประดิษฐ์ขึ้น (man-made light sources) ได้กลายมาเป็นปัจจัยที่สำคัญในการดำรงชีพของผู้คนเมื่อผู้คนในยุคปัจจุบันปลูกสร้างที่อยู่อาศัยหรือก่อสร้างสาธารณูปโภคอื่นๆ เพื่ออำนวยความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต ผู้คนก็ได้ติดตั้งแหล่งกำเนิดแสงประเภทต่างๆ อันมีวัตถุประสงค์ของการใช้งานที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป¹ เช่น ไฟถนน (street light) ไฟรักษาความปลอดภัย (security light) และไฟโฆษณาและแสดงสินค้า (advertising and display light) เมื่อแสงสว่างที่มนุษย์ได้ประดิษฐ์ขึ้นมาเหล่านี้เอง ได้รับการออกแบบหรือได้รับการติดตั้งให้มีทิศทางการส่องของแสงและความสว่างในปริมาณที่เหมาะสมแล้ว ก็ย่อมมีส่วนช่วยให้มนุษย์มองเห็นวัตถุได้ชัดเจนหรือมองเห็นได้อย่างสบายตา หากแต่แสงสว่างได้รับการออกแบบหรือได้รับการติดตั้งให้มีทิศทางการส่องของแสงและความสว่างในปริมาณที่ไม่เหมาะสมไม่สอดคล้องกับสุขภาพสายตาของมนุษย์แล้ว ก็อาจก่อให้เกิดการรับรู้จากการมองเห็นที่ไม่สบายตา จนไปลดทอนประสิทธิภาพของการมองเห็นทำให้มองเห็นวัตถุที่อยู่ตรงหน้าได้ยากหรือไม่สามารถมองเห็นวัตถุที่อยู่ตรงหน้าได้เลย²

อนึ่งผู้คนจะสามารถมองเห็นวัตถุต่างๆ ได้ดี ก็ย่อมต้องมีแสงสว่างในปริมาณพอเหมาะจากวัตถุมาเข้าสู่สายตา ไม่ว่าจะวัตถุนั้นเป็นแหล่งกำเนิดแสงหรือมีแสงสว่างในตัวเองก็ดี หรือไม่ว่าวัตถุนั้นจะไม่ได้เป็นแหล่งกำเนิดแสงหรือมีแสงสว่างในตัวเอง แต่เมื่อแสงจากแหล่งกำเนิดแสงอื่นๆ ได้มาตกกระทบลงบนวัตถุแล้วสะท้อนเข้าสู่สายตาก็ตาม หากแต่แสงสว่างได้รับการออกแบบหรือได้รับการติดตั้งให้มีทิศทางการส่องของแสงและความสว่างในปริมาณที่ไม่เหมาะสม ก็อาจทำให้เกิดแสงสว่างในปริมาณมากเกินไปจากวัตถุมาเข้าสู่สายตา ไม่ว่าจะแสงสว่างนั้นจะมาจากการเดินทางเป็นเส้นตรง (rectilinear propagation) หรือการสะท้อนของแสง (light reflection)³ เมื่อมีแสงสว่างในปริมาณมากเกินไปจากวัตถุมาเข้าสู่สายตา โดยประการที่ไปรบกวนการใช้งานหรือครอบครองที่เคหะสถาน สิ่งปลูกสร้างหรืออาคารบ้านเรือนของผู้คนก็ดีหรือโดยประการที่ก่อให้เกิด

¹ Ian Lewin, *Light Trespass and Light Pollution - Practical Approaches to Dealing with Problems* (Scottsdale, AZ: Lighting Sciences Inc., 2000), pp. 1-21.

² Environmental Protection UK, *Light Pollution* (Brighton: Environmental Protection UK, 2007), pp. 1-12.

³ Abdeljalil Métioui and Louis Trudel, "The Model of the Rectilinear Propagation of Light and the Study of the Variation of the Size of a Shadow," *US-China Education Review* 2, 2B (February 2012): 173, 186.

อันตรายต่อสุขภาพของผู้คนก็ตาม แสงสว่างเช่นนี้อาจกลายเป็นเหตุที่ถือได้ว่าเป็นเหตุรำคาญ (nuisance) ประการหนึ่ง⁴ที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง แหล่งกำเนิดแสงนั้นๆ ได้

แสงสว่างที่อาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญอาจมีสาเหตุมาจากการติดตั้งแสงสว่างในลักษณะที่ไม่เหมาะสมจนทำให้เกิดการส่องของแสงในลักษณะที่เป็นเส้นตรงจนไปส่องรบกวน (light intrusiveness)⁵ ยังบริเวณพื้นที่ส่วนบุคคลของผู้อื่นโดยตรง เช่น ห้องนอน โดยการส่องของแสงจนไปรบกวนพื้นที่ส่วนบุคคลของผู้อื่น โดยผู้อยู่อาศัยในพื้นที่ส่วนบุคคลไม่อาจดำรงชีวิตได้ตามปกติสุขอีกต่อไป เช่น ไม่สามารถนอนหลับได้อย่างปกติสุขในห้องนอน เพราะมีแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือคอมพิวเตอร์ที่เพื่อนบ้านติดตั้งเอาไว้ในสนามหญ้าหน้าบ้าน ส่องเข้ามายังบริเวณพื้นที่ห้องนอนตลอดเวลา อันทำให้แสงสว่างไปรบกวนคุณภาพการนอนหลับในเวลากลางคืน⁶ เป็นต้น

อีกประการหนึ่ง แสงสว่างที่อาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญก็อาจมีสาเหตุมาจากการติดตั้งแสงสว่างในลักษณะที่ไม่เหมาะสมจนทำให้เกิดการส่องของแสงในลักษณะที่อยู่ในมุมก่อให้เกิดแสงแยงตา (glare) ได้ กล่าวคือ เกิดสภาวะที่แสงส่องเข้ามาแยงตาหรือเข้ามายังดวงตาโดยตรง จนทำให้ลดทอนประสิทธิภาพการมองเห็น ทำให้มองเห็นวัตถุได้ยาก (discomfort glare) หรือไม่สามารถมองเห็นวัตถุได้เลย (disability glare) แสงที่ส่องมาแยงตาอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้ขับขี่ยานพาหนะ ผู้สัญจรบนท้องถนนหรือผู้ประกอบการงานภายนอกอาคารได้⁷ เช่น แสงแยงตาอาจส่องเข้ามายังดวงตาของผู้ขับขี่รถยนต์ ทำให้ผู้ขับขี่รถยนต์ไม่สามารถมองเห็นรถยนต์คันอื่นๆ บนท้องถนน เป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุแก่ผู้ใช้รถใช้ถนนได้ เป็นต้น

เมื่อแสงสว่างจากแหล่งกำเนิดแสงที่มนุษย์ได้ประดิษฐ์ขึ้น สามารถเป็นเหตุให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่โดยรอบแหล่งกำเนิดแสงผู้ต้องเสียหายจากแสงที่ส่องรบกวนเข้ามารบกวนการดำรงชีวิตตามปกติสุขหรือผู้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากแสงที่ส่องมาจน

⁴ Charnwood Borough Council, **Nuisance from Artificial Light** (Loughborough: Charnwood Borough Council, 2011), pp. 1-8.

⁵ North Warwickshire Borough Council, **A Guide for the Design of Lighting Scheme** (North Warwickshire: North Warwickshire Borough Council, 2003), pp. 1-11.

⁶ Campaign to Protect Rural England, **Lighting Nuisance Survey 2009/10: Summary Results** (London: Campaign to Protect Rural England, 2010), pp. 1-6.

⁷ Ibid.

ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพสายตา ก็อาจถือได้ว่าผู้ใช้งานไฟส่องสว่างภายนอกอาคาร⁸ เช่น หลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคาร ได้ใช้งานแสงสว่างโดยประการที่สามารถที่จะทำให้ผู้อื่นเสียหายแก่ร่างกาย อนามัยหรือทรัพย์สิน ก็น่าจะถือได้ว่าผู้ใช้งานไฟส่องสว่างภายนอกอาคารเช่นว่านี้ได้ทำละเมิดต่อผู้ต้องเสียหาย ผลจากการกระทำดังกล่าว ผู้ใช้งานไฟส่องสว่างภายนอกอาคารก็น่าจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

นอกจากนี้ การใช้แสงสว่างภายนอกอาคารก็น่าจะเป็นสิทธิประการหนึ่ง ได้แก่ สิทธิในการใช้งานแสงสว่าง (Right to use artificial light) ถ้าผู้ใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารได้ใช้งานแสงสว่างจนไปกระทบต่อเพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณโดยรอบแหล่งกำเนิดแสง ก็ย่อมจะเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน (abuse of rights)⁹ กล่าวคือ หากผู้ใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารได้ใช้งานแหล่งกำเนิดแสงที่ให้แสงสว่างจนเป็นเหตุให้เพื่อนบ้านที่อาศัยโดยรอบได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคาดหมายได้ เพื่อนบ้านก็พึงที่จะมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อลดผลกระทบจากเหตุรำคาญจากการรุกร้าของแสงได้

บทความฉบับนี้ประสงค์ที่จะบรรยายเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญ (ทั่วไป) ภายใต้กฎหมายไทยกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญ (เฉพาะ) ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยเหตุรำคาญอันเกิดจากการรุกร้าของแสงเป็นการเฉพาะ ซึ่งสร้างเกณฑ์ว่ากรณีใดจึงจะถือว่าเข้าลักษณะของเหตุรำคาญอันเกิดจากการรุกร้าของแสงและกรณีใดที่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นเหตุรำคาญอันเกิดจากการรุกร้าของแสง พร้อมกับวิเคราะห์เหตุรำคาญอันเกิดจากการรุกร้าของแสงที่เข้าหลักเกณฑ์เป็นเหตุรำคาญ ภายใต้พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 กับการใช้สิทธิใช้งานแสงสว่างแล้วไปกระทบเพื่อนบ้านในลักษณะที่เป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายใต้กฎหมายต่างประเทศ

ในหลายประเทศ ได้พยายามพัฒนาหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเอาไว้เป็นการเฉพาะ นั่นก็เพื่อสร้างหลักเกณฑ์ให้ภาครัฐ หน่วยงานของรัฐ ท้องถิ่นและประชาชน

⁸ Department for Environment, Food & Rural Affairs, **Statutory Nuisance from Insects and Artificial Light** (London: Department for Environment, Food and Rural Affairs, 2006), p. 27.

⁹ Horsham District Council, **A self help guide to nuisance neighbours** (West Sussex: Horsham District Council, 2016), pp. 16-18.

ทั่วไปได้ทราบถึงมาตรฐานที่จะพิจารณาว่าเหตุจะถูกถือเอาได้ว่าเป็นเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง โดยทั่วไปแล้วเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างย่อมเกิดขึ้นมาจากการใช้งานแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟของผู้หนึ่งจนไปก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบต่อสุขภาพอนามัยของผู้อื่น (people's health) หรือไปรบกวนการใช้งานทรัพย์สินอย่างปกติสุขของบุคคลอื่น (interfere with a person's enjoyment of properties) ซึ่งการพิจารณาว่าเหตุใดการใช้งานแสงสว่างจากแหล่งกำเนิดแสง (หลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟ) ในรูปแบบใด จะเข้าหลักเกณฑ์ถือเป็นเหตุรำคาญตามกฎหมาย¹⁰ ศาลยุติธรรมหรือท้องถิ่นก็อาจต้องพิจารณาได้จากปัจจัยอื่นๆ เช่น เวลาที่มีการใช้งาน แหล่งกำเนิดแสง (time of lighting) ช่วงเวลาที่มีการใช้งานแหล่งกำเนิดแสง (duration) ประเภทของแหล่งกำเนิดแสง (type of light) และความถี่ของการใช้แหล่งกำเนิดแสง (frequency)¹¹ เป็นต้น

ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างทั้งเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างในกฎหมายอังกฤษและเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างในกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง

2.1 เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายใต้กฎหมายอังกฤษ

แม้ว่าแต่ดั้งเดิมประเทศอังกฤษได้เคยอาศัยกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างมักเกิดมาจากการวางเกณฑ์ทางกฎหมายจากศาลในคดีเก่าที่เคยตัดสินข้อพิพาทที่มาจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง ซึ่งหากข้อเท็จจริงและเหตุผลที่ประกอบขึ้นเป็นคำตัดสินของศาลในคดีก่อนๆ ในประเด็นแห่งข้อพิพาทว่าด้วยเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างกับมีข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกับคดีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างที่ศาลในคดีเก่าได้เคยตัดสินเอาไว้แล้วก็ย่อมมีผลผูกพันให้ศาลในคดีหลังตัดสินคดีตามแนวคำพิพากษาที่ศาลในคดีเก่าได้เคยตัดสินเอาไว้แต่ทว่าในปัจจุบันประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญจากการใช้

¹⁰ Pembrokeshire County Council. **Light Pollution** [Online], available URL: https://www.pembrokeshire.gov.uk/content.asp?nav=1626,2380,110,935&parent_directory_id=646&id=20365, 2015 (August, 13).

¹¹ Colchester Borough Council. **Other types of nuisance: Artificial Light** [Online], available URL: <http://www.colchester.gov.uk/article/13092/Other-types-of-nuisance>, 2006 (April, 6).

งานแสงสว่างที่เป็นลายลักษณ์อักษร (statutory nuisance from artificial lights)¹² ขึ้นมาเป็นการเฉพาะในพระราชบัญญัติ Clean Neighbourhoods and Environment Act 2005¹³

มาตรา 102¹⁴ ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดการที่แสงส่องรบกวน (light intrusiveness) ถือเป็นเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างโดยกฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจท้องถิ่น (local authorities) ในการจัดการเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างและได้กำหนดหลักเกณฑ์เหตุรำคาญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (statutory nuisance) อันกำหนดว่าการใช้งานแสงสว่างโดยประการใดที่จะก่อให้เกิดความรำคาญต่อเพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณรอบแหล่งกำเนิดแสงสว่างดังกล่าวคือเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้นมาจากแสงสว่างที่ถูกปล่อยออกมาจากอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดผลร้ายต่ออนามัยหรือสร้างความรำคาญให้กับเพื่อนบ้าน (artificial light emitted from premises so as to be prejudicial to health or a nuisance)¹⁵ ซึ่งนั่นหมายความว่ากฎหมายดังกล่าวได้กำหนดภาระพิสูจน์ (burden of proof)¹⁶ ให้กับผู้เสียหายในการนำสืบว่าการใช้งานแสงสว่างจากอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างได้ส่งผลร้ายต่อสุขภาพและ/หรือเป็นเหตุให้เกิดความรำคาญต่อผู้ต้องเสียหายหรือไม่

อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้น (exceptions) ไม่ให้นำเอาหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างไม่นำมาใช้บังคับกับการใช้งานแสงสว่างจากสิ่งปลูกสร้างบางอย่างที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเหตุผลในด้านการขนส่งสาธารณะ (premises used primarily for

¹² Department for Environment, Food & Rural Affairs, **Artificial light statutory nuisance – continued utility of the current exemptions for certain premises Section 79 (5B) Environmental Protection Act 1990** (London: Department for Environment, Food and Rural Affairs, 2011), p. 3.

¹³ Government Digital Service. **Guidance Artificial light nuisances: how councils deal with complaints** [Online], available URL: <https://www.gov.uk/guidance/artificial-light-nuisances-how-councils-deal-with-complaints>, 2015 (April, 7).

¹⁴ Martin Morgan-Taylor & Bob Mizon, “Light pollution now subject to the criminal law of statutory nuisance,” **Journal of the British Astronomical Association** 3, 115 (June 2015): 125-126.

¹⁵ Chartered Institute of Environmental Health. **Statutory nuisance** [Online], available URL: <http://www.cieh.org/policy/environmental-protection/statutory-nuisance.html>, 2017 (May, 17).

¹⁶ West Lothian Council. **Information Sheet PH07b The law of Statutory Nuisance** [Online], available URL: https://www.westlothian.gov.uk/media/2793/Statutory-Nuisance-PH07B/pdf/PH07b_Statutory_Nuisance.pdf, 2015 (November, 25).

transportation) หรือที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเหตุผลในด้านความมั่นคงและปลอดภัย (premises where high levels of light are required for safety and security reasons) ได้แก่ สนามบิน สถานีรถไฟ สถานีรถประจำทาง ประภาคาร เรือรบและสาธารณูปโภคที่ใช้ในกิจการทหาร¹⁷ เหตุที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติเป็นเช่นนี้นั้นก็เพราะเหตุผลในด้านความต่อเนื่องและความปลอดภัยของการบริการสาธารณะด้านคมนาคมขนส่ง โดยรัฐหรือเอกชนที่ได้รับสัมปทานจากรัฐ มักติดตั้งใช้งานแสงสว่างบริเวณโดยรอบสาธารณูปโภคด้านคมนาคมขนส่ง ทำให้บริการสาธารณะด้านคมนาคมขนส่งสามารถดำเนินไปได้ในเวลากลางคืนและทำให้เกิดความปลอดภัยในการคมนาคมขนส่งในเวลากลางคืน กับอีกเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติเป็นเช่นนี้นั้นก็เพราะเหตุผลอันเกี่ยวกับกิจการด้านความมั่นคงที่ต้องการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารในการตรวจตราเรือรบหรือตรวจการณ์ทางทหาร ฉะนั้น แม้ว่าการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารของรัฐหรือเอกชนที่ได้รับสัมปทานของรัฐจะก่อให้เกิดแสงที่ส่องรบกวนไปยังอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของเพื่อนบ้านที่อาศัยในบริเวณพื้นที่โดยรอบไปบ้าง แต่ก็สามารถอ้างเหตุผลในด้านการขนส่งสาธารณะหรือเหตุผลในด้านความมั่นคงปลอดภัยมายกเว้นเหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้แสงสว่าง

กฎหมายอังกฤษยังได้ให้อำนาจแก่ท้องถิ่นในการรับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับเหตุรำคาญดังกล่าว (complaints of artificial light nuisance) เมื่อท้องถิ่นอังกฤษได้รับข้อร้องเรียนแล้ว ท้องถิ่นอังกฤษอาจดำเนินการทางเทคนิคในการเจรจาไกล่เกลี่ย (mediation) เพื่อนบ้านที่มีปัญหาพิพาทกันเนื่องมาจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง เมื่อเจรจาไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จท้องถิ่นอังกฤษย่อมมีอำนาจในการออกจดหมายเตือน (abatement notice) ให้ผู้ก่อเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างปฏิบัติตามการทางเทคนิคเพื่อป้องกันความเสียหายจากการใช้งานแสงสว่างของตนเองที่จะเกิดขึ้นต่อเพื่อนบ้าน (เช่น การรื้อถอนไฟส่องสว่างหรือการติดตั้งแสงสว่างใหม่) แต่ในกรณีที่ผู้ก่อเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างไม่ยอมปฏิบัติตามจดหมายเตือนของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นดังกล่าว เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นอาจนำคดีขึ้นสู่ศาลอังกฤษและศาลอังกฤษมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ก่อเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างปฏิบัติตามการจัดการกับปัญหาดังกล่าวและศาลอังกฤษมีอำนาจกำหนดโทษปรับทางอาญาแก่ผู้ก่อเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเป็นจำนวนเงินถึง 5,000 ปอนด์ (£5,000)¹⁸ นอกจากนี้ หากท้องถิ่นไม่อาจจัดการกับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างได้ กฎหมายอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ในมาตรา 82 ของพระราชบัญญัติ Environmental Protection Act

¹⁷ Canterbury City Council, *Canterbury District Local Plan: Supplementary Planning Document Outdoor Lighting* (Canterbury: Canterbury City Council, 2006), p. 3.

¹⁸ Campaign to Protect Rural England, *Light pollution as a Statutory Nuisance: A 'how to' guide* (London: Campaign to Protect Rural England, 2014), pp. 1-2.

1990 ที่ให้ประชาชนสามารถนำเอาคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมเพื่อเรียกร้องเอาค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งจากผู้ที่เกี่ยวข้องเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างได้¹⁹

2.2 เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายใต้กฎหมายออสเตรเลีย

หลายมลรัฐในประเทศออสเตรเลียได้หันมาปรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่มีอยู่แล้วหรือหันมาสร้างมาตรการใหม่ๆ เพื่อป้องกันและระงับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในมลรัฐนั้นๆ ตัวอย่างเช่น รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) ได้พยายามปรับหลักเกณฑ์ว่าด้วยการป้องกันเหตุรำคาญทั่วไปในพระราชบัญญัติ Environmental Protection Act 1994²⁰ มาใช้กับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างโดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจท้องถิ่นในการบังคับใช้บทบัญญัติเพื่อควบคุมเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างที่เกิดมาจากแสงสว่างจากที่อยู่อาศัยและอาคารพาณิชย์หากข้อพิพาทระหว่างประชาชนอันเนื่องมาจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง (เช่น ประชาชนฝ่ายหนึ่งใช้งานแสงสว่าง จนทำให้เกิดการส่องรุกร้าของแสงโดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนอีกฝ่ายหนึ่ง) ท้องถิ่นก็สามารถไต่สวนข้อเท็จจริง (investigate) ว่าแสงสว่างดังกล่าวมีปริมาณมากน้อยเพียงใด ระยะเวลาที่ปล่อยแสงสว่างลักษณะของแสงสว่าง ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และข้อร้องเรียนของเพื่อนบ้านที่อาศัยรอบแสงสว่างดังกล่าว

หากพบว่าแหล่งกำเนิดแสงใดเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ท้องถิ่นก็อาจออกคำสั่ง (direction notice)²¹ เพื่อให้ผู้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก้ไขปัญหาดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ ซึ่งหากผู้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญไม่ยอมให้ความร่วมมือหรือไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ท้องถิ่นก็อาจลงโทษปรับตามอัตราที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้

¹⁹ Taunton Deane Borough Council, *Taking your own action for Nuisance Problems Guidance for complaining about a nuisance problem direct to the Magistrates Court* (London: Taunton Deane Borough Council, 2017), pp. 1-4.

²⁰ Townsville City Council, *Light Nuisance* (Townsville: Townsville City Council, 2017), pp. 1-2.

²¹ Moreton Bay Regional Council, *Fact sheet Light Nuisance* (Moreton: Moreton Bay Regional Council, 2017), pp.1-2.

3. เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายใต้กฎหมายไทย

ลักษณะอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างในประเทศไทยที่มีการปลูกติดใกล้เคียงกันหรือในบริเวณเดียวกัน ก็ย่อมมีการออกแบบหรือติดตั้งไฟส่องสว่างภายนอกอาคารเพื่ออำนวยความสะดวกแก่เจ้าของอาคารหรือผู้ใช้สอยสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว หากแต่เมื่อมีการใช้งานไฟส่องสว่างจนก่อให้เกิดแสงที่ส่องรบกวนหรือแสงแยงตา จนไปรบกวนสุขภาพหรือความเป็นอยู่อย่างปกติสุขของเพื่อนบ้าน เพื่อนบ้านที่ได้รับความสะดวกหรือรำคาญในลักษณะเช่นว่าดังกล่าวก็อาจพยายามอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมมาเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะป็นมาตรการทางแพ่งก็ดี มาตรการทางอาญาก็ดี หรือมาตรการทางปกครองก็ตาม

3.1 มาตรการทางแพ่ง

ผู้คนทั่วไปในสังคมก็ย่อมมีสิทธิในการใช้งานแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคาร รวมไปถึงแหล่งกำเนิดแสงอื่นๆ เช่น แสงสว่างจากป้ายโฆษณาขนาดใหญ่ (advertising billboard lights) หรือแสงสว่างจากป้ายโฆษณาดิจิทัล (digital billboard lights) แต่ถ้าหากว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้สิทธิที่จะใช้งานแสงสว่างของตนแล้วไปกระทบต่อสุขภาพอนามัยหรือความเป็นอยู่อย่างปกติสุขในยามค่ำคืนอาจจะใช้ไฟส่องสว่างภายนอกอาคารในมุมที่ส่องมาทำให้เกิดแสงที่ส่องรบกวนมายังพื้นที่ส่วนบุคคลของเพื่อนบ้านที่ทำให้เพื่อนบ้านอยู่ไม่ปกติสุขหรือเกิดแสงแยงตาที่สร้างความรำคาญแก่สุขภาพสายตาของเพื่อนบ้าน เช่นว่านี้ก็ถือเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421²²

นอกจากนี้ หากบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ใช้สิทธิติดตั้งไฟส่องสว่างภายนอกอาคารเพื่อให้เกิดแสงสว่างในบริเวณอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของตน แต่กลับเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์รายอื่นได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาคำนึงประกอบ เช่น เจ้าของบ้านหลังหนึ่งอาจติดตั้งไฟส่องสว่างภายนอกอาคาร แล้วหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟดังกล่าวมีทิศทางหันหน้ามายังที่ดินของเพื่อนบ้าน แสงสว่างอาจไม่ส่องเข้าไปยังบ้านของเจ้าของบ้านหลังนั้น แต่อาจส่องเข้าไปยังพื้นที่ส่วนบุคคลของเพื่อนบ้านมากกว่าปกติจนทำให้เพื่อนบ้านประสบเหตุรำคาญบางอย่าง เพื่อนบ้านที่

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421, “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”.

ได้รับความเดือดร้อนอาจมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเดือดร้อนนั้นให้สิ้นไป โดยไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทนได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337²³

3.2 มาตรการทางปกครอง

บุคคลทุกคนล้วนสามารถที่จะมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยอยู่ในอาคารอาคารบ้านเรือนของตน โดยสงบและดำเนินชีวิตของตนอย่างปกติสุข โดยปราศจากการรบกวนจากบุคคลหนึ่งบุคคลใด หากแต่เมื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ประกอบกิจกรรมหรือแสดงพฤติกรรมอันอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือเพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่ในบริเวณโดยรอบแล้ว บุคคลหนึ่งบุคคลนั้นก็ย่อมก่อเหตุรำคาญแล้ว²⁴ เมื่อมีเหตุรำคาญเกิดขึ้น รัฐหน่วยงานของรัฐ หรือท้องถิ่นก็อาจให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือท้องถิ่นในการที่จะดำเนินมาตรการทางปกครอง เพื่อระงับป้องกันหรือบรรเทาเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นเช่นว่านั้น

พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 เป็นกฎหมายหลักที่กำหนดมาตรการบังคับทางปกครองเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญที่อาจส่งผลกระทบต่อเอกชนหรือสาธารณชน กล่าวคือ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้สร้างกระบวนการในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เพื่อให้คำสั่งทาง

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1337, “บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปตามปกติ และเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาคำนึงประกอบไซ้ไร ท่านว่าเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิจะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหายหรือเดือดร้อน นั้นให้สิ้นไป ทั้งนี้ไม่ลบล้างสิทธิที่จะเรียกเอาค่าทดแทน”

²⁴ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 25, “ในกรณีที่มีเหตุอันอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียง หรือผู้ที่ต้องประสบกับเหตุนั้นดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นเหตุรำคาญ

(1) แหล่งน้ำ ทางระบายน้ำ ที่อาบน้ำ หรือที่ใส่มูลหรือเถ้า หรือสถานที่อื่นใดซึ่งอยู่ในทำเลที่ไม่เหมาะสมสกปรก มีการสะสมหรือหมักหมมสิ่งของที่มีการเททิ้งสิ่งใดเป็นเหตุให้มีกลิ่นเหม็นหรือละอองสารเป็นพิษ หรือเป็นหรือน่าจะเป็นที่เพาะพันธุ์พาหะนำโรค หรือก่อให้เกิดความเสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ

(2) การเลี้ยงสัตว์ในที่หรือโดยวิธีใด หรือมีจำนวนเกินสมควรจนเป็นเหตุให้เสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ

(3) อาคารอันเป็นที่อยู่ของคนหรือสัตว์โรงงานหรือสถานที่ประกอบการใดไม่มีการระบายอากาศ การระบายน้ำ การกำจัดสิ่งปฏิกูล หรือการควบคุมสารเป็นพิษหรือมีแต่ไม่มีการควบคุมให้ปราศจากกลิ่นเหม็นหรือละอองสารเป็นพิษอย่างพอเพียงจนเป็นเหตุให้เสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ

(4) การกระทำใดๆ อันเป็นเหตุให้เกิดกลิ่น แสง รังสี ความร้อน ความสั่นสะเทือน ฝุ่นละออง เขม่า หรือกรณีอื่นใดจนเป็นเหตุให้เสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ

(5) เหตุอื่นใดหรือรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”.

ปกครองนั้นเกิดผลตามวัตถุประสงค์ของการระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญที่ได้เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้น โดยลักษณะของคำสั่งที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ออกมาเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญนั้น จะมีผลกับบุคคลหรือมีผลผูกพันเฉพาะต่อผู้ที่ก่อเหตุรำคาญกรณีหนึ่งกรณีใดเท่านั้นและไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลอื่นที่คำสั่งนั้นไม่ได้ระบุ

หากเกิดเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างแล้ว พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ได้ให้อำนาจแก่ท้องถิ่นในการควบคุมเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง ดังต่อไปนี้

ประการแรก กฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นห้ามไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดใช้งานแสงสว่างจากแหล่งกำเนิดแสง (หลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟ) จนก่อเหตุรำคาญในสถานที่สาธารณะหรือสถานที่เอกชนรวมทั้งได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการระงับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างด้วย อนึ่ง เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับอำนาจจากกฎหมายดังกล่าวให้ดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา แหล่งกำเนิดแสงประเภทต่างๆ (เช่น ไฟถนน ไฟรักษาความปลอดภัย ไฟสนามกีฬา ไฟป้ายโฆษณา และไฟสัญญาณจราจร) ที่ติดตั้งในท้องถิ่นของตนให้ปราศจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง โดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับ กำจัดและควบคุม เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างได้ (พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 26)²⁵

ประการที่สอง ในกรณีที่มีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในที่หรือทางสาธารณะ กฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อหรืออาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างนั้น นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นในเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และหากเจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเกิดขึ้นอีกในอนาคต ก็อาจระบุไว้ในคำสั่งนั้นได้ (พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 27 วรรคแรก) ซึ่งหากบุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อหรืออาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นและเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นอาจเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นระงับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างนั้นและอาจจัดการตามความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างโดยบุคคลนั้นอีกโดยบุคคลซึ่ง

²⁵ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535, มาตรา 26 “ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจห้ามผู้หนึ่งผู้ใดก่อเหตุรำคาญในที่สาธารณะหรือสถานที่เอกชนรวมทั้งการระงับเหตุรำคาญด้วย ตลอดจนทั้งการดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา บรธาถนนทางบก ทางน้ำ รางระบายน้ำ คู คลอง และสถานที่ต่างๆ ในเขตของตนให้ปราศจากรำคาญ ในการนี้ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับ กำจัด และควบคุมเหตุรำคาญต่างๆ ได้”.

เป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อหรืออาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดการนั้น (พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 27 วรรคสอง)²⁶

ประการที่สาม หากมีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเกิดขึ้นในสถานที่เอกชน กฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้นระงับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายในเวลาอันสมควรตามระบุไว้ในคำสั่งและถ้าเจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นว่าสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระงับเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นในอนาคตให้ระบุไว้ในคำสั่งได้ (พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 28 วรรคแรก)

หากไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจระงับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างนั้นและอาจจัดการตามความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเกิดขึ้นอีก และถ้าเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเกิดขึ้นจากการกระทำ การละเลย หรือการยินยอมของเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้นเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ดังกล่าวต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับการนั้น (พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 28 วรรคสอง)

หากปรากฏว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นว่าเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างที่เกิดขึ้นในสถานที่เอกชนอาจเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ หรือมีผลกระทบต่อสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับการดำรงชีพของประชาชนแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกคำสั่งเป็นหนังสือห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองใช้หรือยินยอมให้บุคคลใดใช้สถานที่นั้นทั้งหมดหรือบางส่วน จนกว่าจะเป็น

²⁶ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535, มาตรา 27 “ในกรณีที่มีเหตุรำคาญเกิดขึ้น หรืออาจเกิดขึ้นในที่สาธารณะให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดเหตุรำคาญนั้น ระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และถ้าเหตุสมควรจะให้กระทำโดยวิธีการใดเพื่อระงับหรือป้องกันเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นอีกในอนาคต ให้ระบุไว้ในคำสั่งได้

ในกรณีที่ปรากฏแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามวรรคหนึ่ง และเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นอาจเกิดอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นระงับเหตุรำคาญนั้นอาจจัดการความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญนั้นขึ้นอีก โดยบุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดเหตุรำคาญต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดการนั้น”.

ที่พอใจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าได้มีการระงับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างนั้นแล้วก็ได้ (พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 28 วรรคสาม)²⁷

3.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างตามกฎหมายไทย

มีข้อสังเกตว่าในบางกรณีแหล่งกำเนิดแสงจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟ ก็ไม่ได้เพียงแต่ก่อเหตุรำคาญจากแสงเท่านั้น หากแต่อาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญจากเสียง (noise nuisance) ได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ในบางกรณีหลอดไฟที่ติดตั้งบริเวณภายนอกอาคารอาจกระพริบ แล้วก่อให้เกิดเสียงดังรำคาญตามจังหวะการกระพริบของหลอดไฟดวงนั้นๆ (clicking/ticking sound from the light bulb) หรือในบางกรณีเสียงดังรบกวนอาจเกิดจากจังหวะการกระพริบของหลอดฟลูออเรสเซนต์ (flickering fluorescents) ซึ่งหากผู้ใดปล่อยให้หลอดไฟของตนก่อเสียงจนสร้างความรำคาญแก่เพื่อนบ้านคนอื่น ๆ โดยไม่มีเหตุอันสมควร จนทำให้เพื่อนบ้านคนอื่น ๆ ที่อาศัยอยู่รอบๆ หลอดไฟที่ประสบปัญหาดังกล่าว ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ก็อาจจะต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 370

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้พบว่ายังมีข้อจำกัดบางประการอันอาจนำไปสู่การสร้างปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายใต้กฎหมายไทยได้แก่ ปัญหาในประเด็นที่เกี่ยวกับการบ่งชี้ว่าเหตุใดจึงจะถือเอาได้ว่าเป็นเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างและปัญหาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานไฟส่องสว่างภายนอกอาคารที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ

²⁷ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535, มาตรา 28 “ในกรณีที่เกิดเหตุรำคาญเกิดขึ้นในสถานที่เอกชน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้นระงับเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และถ้าเห็นว่าสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระงับเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นในอนาคตให้ระบุไว้ในคำสั่งได้

ในกรณีที่ไม่มี การปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจระงับเหตุรำคาญนั้นอาจจัดการตามความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นอีกและถ้าเหตุรำคาญเกิดขึ้นจากการกระทำ การละเลย หรือการยินยอมของเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้น เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ดังกล่าวต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับกรณีนั้น

ในกรณีที่ปรากฏแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นในสถานที่เอกชนอาจเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ หรือมีผลกระทบต่อสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับการดำรงชีพของประชาชนเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกคำสั่งเป็นหนังสือห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองใช้หรือยินยอมให้บุคคลใช้สถานที่นั้นทั้งหมดหรือบางส่วนจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าได้มีการระงับเหตุรำคาญนั้นแล้วก็ได้”.

ประการแรก พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดกรอบไว้อย่างกว้างว่าเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างอาจเกิดขึ้นได้ ทั้งในลักษณะของข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุตามทฤษฎีที่แน่นอนและผลของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าได้นำไปสู่ผลกระทบต่ออันสามารถก่อให้เกิดความเสื่อมต่อสิ่งแวดล้อมหรืออันตรายต่อสุขภาพของเพื่อนบ้านได้จากการกระทำใดๆ อันเป็นเหตุให้เกิดแสง (แสงสว่างจากแหล่งกำเนิดแสงที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้นหรือการสะท้อนของแสงอาทิตย์เมื่อตกกระทบพื้นผิววัตถุที่เรียบ) หากแต่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกลับไม่ได้ให้นิยามความหมายของเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเป็นการเฉพาะ ว่าการใช้งานแสงสว่างจากแหล่งกำเนิดแสงประเภทใดหรือการใช้งานแสงสว่างโดยประการใดบ้าง ที่อาจทำให้สร้างความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านหรือชุมชนได้ ซึ่งการรुकล้าของแสงที่ก่อให้เกิดเหตุรำคาญอาจเป็นมลภาวะทางแสงที่ไม่มีตัวชี้วัดที่แน่นอน เพื่อสนับสนุนการพิจารณาใช้มาตรการทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมาตรการทางปกครองตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535

ผลที่ตามมา นั่นคือ ในการดำเนินคดีแพ่ง ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างหรือข้อเถียงของตน หากแต่การนำเอาหลักการพิสูจน์ในคดีละเมิดมาบังคับใช้กับคดีเหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการรुकล้าของแสงนั้นอาจสร้างความยุ่งยากในการพิสูจน์ถึงความเสียหายจากเหตุรำคาญดังกล่าวเพราะความเสียหายจากเหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่างย่อมมีความแตกต่างไปจากการกระทำละเมิดทั่วไป ซึ่งมักปรากฏให้เห็นชัดเจนทั้งบุคคลผู้กระทำ สาเหตุและผลของการกระทำ ขณะที่ความเสียหายจากเหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่าง อาจบ่งตัวบุคคลผู้กระทำ สาเหตุและผลของการกระทำ เช่น เหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการรुकล้าของแสงที่เกิดขึ้นกับบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญบุคคลหนึ่งบุคคลใด อาจเกิดมาจากทั้งแสงสว่างอันมีทิศทางส่องที่มาจากหลอดไฟฟ้าของเพื่อนบ้านที่อยู่ติดกันหลังที่ 1 และแสงอันมีทิศทางส่องที่มาจากหลอดไฟฟ้าของเพื่อนบ้านที่อยู่ติดกันหลังที่ 2 เมื่อแสงสว่างจากเพื่อนบ้านหลังที่ 1 และหลังที่ 2 ส่องเข้ามารुकล้ายังห้องนอนของบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนพร้อมๆ กัน (ส่องเข้ามาในเวลาเดียวกันและสถานที่เดียวกัน) เป็นประจำ ก็อาจเกิดความยุ่งยากในการพิสูจน์ว่าแท้จริงแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นต่ออนามยของผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ (เช่น แสงส่องรुकล้าเข้าไปในบริเวณห้องนอนส่วนตัว) หรือรบกวนการครอบครองทรัพย์สินในปกติสุข (เช่น แสงส่องรुकล้าเข้าไปในบริเวณพื้นที่ที่ไม่ต้องการใช้งานแสงสว่าง) เกิดขึ้นจากเพื่อนบ้านหลังที่ 1 หรือหลังที่ 2 เป็นต้น

ในทางกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ยังไม่มีการกำหนดตัวชี้วัดหรือค่ามาตรฐานเกี่ยวกับการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารที่แน่นอน เพื่อให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นสามารถดำเนินการตรวจสอบเหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการรुकล้าของแสง

รวมไปถึงกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้กำหนดขั้นตอนที่แน่นอนสำหรับพิจารณาเพื่อใช้อำนาจควบคุมเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเป็นการเฉพาะ คงมีเพียงการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นในการออกคำสั่งทางปกครองหรือกำหนดให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นดำเนินการทางเทคนิคเพื่อควบคุม อีกประการหนึ่งในการดำเนินบริการสาธารณะของรัฐอาจต้องมีการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารควบคุมเพื่อให้การดำเนินบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง แต่เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างก็อาจเกิดขึ้นมาจากการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารเพื่อให้บริการสาธารณะของรัฐได้ในเวลากลางคืน ซึ่งมาตรการทางเทคนิคเพื่อควบคุมเหตุรำคาญอย่างในกรณีปกติอาจไม่สามารถถูกนำมาใช้ได้กับกรณีการควบคุมเหตุรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารเพื่อให้บริการสาธารณะของรัฐ เช่น มาตรการทางเทคนิคเพื่อควบคุมเหตุรำคาญจากไฟส่องสว่างที่ติดตั้งมาเพื่อใช้งานกับสิ่งปลูกสร้างในการคมนาคมและไฟส่องสว่างที่ติดตั้งมาเพื่อใช้งานกับสิ่งปลูกสร้างเพื่อเหตุผลทางความมั่นคงและความปลอดภัยอาจต้องใช้งบประมาณสูงมากเพื่อเปลี่ยนแปลงมุมมองตาของแสงสว่างหรือทิศทางการส่องของแสงสว่าง เป็นต้น

4. บทสะท้อนมุมมองที่หายไปในกฎหมายไทยต่อกรณีเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์ในทางแพ่งให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการถูกกระทำละเมิดได้และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในทางปกครองอย่างกว้างๆ เพื่อควบคุมหรือบรรเทาเหตุอันอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงหรือผู้ที่ต้องประสบเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง แต่นั่นไม่ได้หมายความว่ามาตรการทั้งทางแพ่งและทางปกครองของไทยจะสามารถสร้างความชัดเจนในการควบคุม ป้องกันและบรรเทาเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างในทุกกรณี

ในทางตรงกันข้าม การพิจารณาถึงมาตรการในกฎหมายต่างประเทศ (เช่น กฎหมายอังกฤษและกฎหมายออสเตรเลีย) อาจทำให้ทราบว่ากฎหมายไทยมีข้อจำกัดอยู่ในหลายประเด็นด้วยกัน

ประเด็นแรก กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดในประเด็นเกี่ยวกับบริบทของเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเป็นการเฉพาะ ซึ่งการที่ไม่มีกำหนดเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเอาไว้ในกฎหมายเป็นการเฉพาะ ก็ย่อมทำให้ปราศจากบรรทัดฐานว่าเหตุใดจึงจะพึงเป็นเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างอย่างชัดเจน

ประเด็นที่สอง เหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างภายใต้กฎหมายไทย ย่อมตีความรวมไปถึงเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างทั้งจากสิ่งปลูกสร้างของรัฐกับสิ่งปลูกสร้างของเอกชนเมื่อรวมความไปถึงเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างทั้งจากสิ่งปลูกสร้างของรัฐไปในทุกกรณีแล้ว ก็อาจ

ย่อมมีปัญหาตามมาว่าการใช้งานแสงสว่างจากสิ่งปลูกสร้างของภาครัฐก็มักจะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะมีความต่อเนื่องและทำให้เกิดความปลอดภัยแก่ประชาชนหมู่มากหรือสาธารณะชนทั่วไป ซึ่งอาจเป็นปัญหาทางกฎหมายในอนาคตที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่พึงจะได้รับการคุ้มครองจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างและประโยชน์สาธารณะที่รัฐมุ่งใช้งานแสงสว่างในบริการสาธารณะที่ก่อให้เกิดความต่อเนื่องในความมั่นคงปลอดภัยในการจัดทำบริการสาธารณะ

ประเด็นที่สาม การบุกรุกที่ดินของผู้อื่น (land trespass) ที่ยอมเป็นการกระทำที่เกิดความเสียหายไปในตัว (Per se) หากแต่การที่แสงส่องรुकล้ำไปยังที่ดินของผู้อื่น (light trespass) (รวมถึงแสงส่องรुकล้ำไปยังเคหะสถานหรือพื้นที่ส่วนตัวของผู้อื่น) ไม่ถือเป็นการกระทำที่เกิดความเสียหายไปในตัว หากแต่จะเสียหายอย่างไร หรือไม่ ผู้เสียหายจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างจะต้องนำเสนอว่าในประเด็นแสงสว่างดังกล่าวมีปริมาณมากน้อยเพียงใด ระยะเวลาที่ปล่อยแสงสว่าง ลักษณะของแสงสว่างและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแก่ศาล ศาลจึงจะสามารถกำหนดค่าเสียหายได้ ซึ่งหากนำเสนอไม่ได้ ศาลที่พิจารณาคดีพิพาทว่าด้วยเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างก็อาจจะไม่ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แท้จริง ที่จะเยียวยาหรือทำให้ผู้เสียหายจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างได้กลับสู่ฐานะเดิมได้

5. บทสรุป

การกระทำใดๆ อันเป็นเหตุให้เกิดการรुकล้ำของแสงหรือการใช้งานแสงสว่างในลักษณะอื่นใด จนเป็นเหตุให้เสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพก็ย่อมถือได้ว่าเป็นเหตุรำคาญประการหนึ่งที่สามารถก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ที่ได้รับความรำคาญในบริเวณใกล้เคียงแหล่งกำเนิดแสงสว่างที่ได้รับการติดตั้งอย่างไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมได้ การบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุรำคาญอันเกิดจากการรुकล้ำของแสงเป็นการเฉพาะ พร้อมสร้างข้อยกเว้นที่กฎหมายไม่ถือว่าเป็นเหตุรำคาญอันเกิดจากการรुकล้ำของแสง ก็ถือเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่สร้างกลไกจัดการกับปัญหาการส่องรुकล้ำของแสงที่อาจสร้างผลกระทบในด้านลบทั้งในแง่ของสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม หากจะพิจารณาถึงกฎหมายไทยว่าด้วยเหตุรำคาญที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ก็อาจพบว่ามีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดี คือกฎหมายทั้งสองฉบับสามารถนำมาปรับใช้กับเหตุรำคาญในทุกๆ เหตุ ซึ่งก็รวมไปถึงเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างด้วย ข้อเสีย คือ กฎหมายทั้งสองฉบับก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือสร้างกลไกสำหรับจัดการกับเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเป็นการเฉพาะในทางตรงกันข้าม เมื่อ

พิจารณาถึงกฎหมายต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น กลับพบว่ามี การสร้างหลักเกณฑ์ทั้งทางแพ่ง ทางอาญาและทางปกครองเพื่อตอบสนองต่อผลกระทบในด้านลบต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอันเนื่องมาจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง ดังนั้น การสร้างกลไกทางกฎหมายในทางแพ่ง ทางอาญาและทางปกครองเพื่อควบคุมเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่างเป็นการเฉพาะ ก็ย่อมเป็นหนทางหนึ่งที่น่าจะเพิ่มประสิทธิภาพการคุ้มครองผู้เสียหายหรือผู้ต้องเสียหายจากเหตุรำคาญดังกล่าว รวมไปถึงทำให้ท้องถิ่นสามารถทราบถึงแนวทางในการจัดการกับการใช้งานแสงสว่างที่เหมาะสมและเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม อีกทั้งเพิ่มบทบาทให้กับท้องถิ่นที่จะมีความรับผิดชอบเบื้องต้นในการขจัดความขัดแย้งจากการใช้งานแสงสว่างของเอกชนฝ่ายหนึ่งจนเกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งและให้อำนาจท้องถิ่นในการพิจารณาทางปกครองเพื่อบรรเทาและควบคุมเหตุรำคาญดังกล่าวให้ส่งผลกระทบต่อเอกชนรายหนึ่งรายใดหรือสาธารณชนให้น้อยที่สุด

6. ข้อเสนอแนะ

บทความทางวิชาการฉบับนี้ให้ข้อเสนอแนะว่าการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีทางวิศวกรรมส่องสว่างหรือสถาปัตยกรรมแสงสว่างต่างๆ มาใช้กับการดำรงชีวิตประจำวันของมนุษย์ก็ล้วนแล้วแต่มีความจำเป็นและสร้างประโยชน์หลายประการต่อการดำรงชีพของมนุษย์ トラบเท่าที่มนุษย์ยังต้องอาศัยแสงสว่างประกอบกิจกรรมในเวลากลางวันหรือใช้งานแสงสว่างในบริเวณพื้นที่ที่มีแสงสว่างไม่เพียงพอ แต่เมื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ใช้งานแสงสว่างจนไปสร้างความเดือดร้อนรำคาญต่อบุคคลอื่นแล้ว หากต้องการที่จะปกป้องสิทธิของผู้ต้องเสียหายที่ได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากการส่องรูก้าของแสง ก็ย่อมจะต้องพยายามปรับใช้หลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น อันเป็นกลไกสำคัญที่ส่งเสริมให้เกิดการป้องกันหรือลดผลกระทบอันเนื่องมาจากเหตุรำคาญจากการใช้งานแสงสว่าง เช่น มาตรการทางกฎหมายในทางแพ่งและทางปกครอง มาตรการทางกฎหมายในอนาคตของประเทศไทยอาจถูกปรับหรือพัฒนาขึ้นให้สอดคล้องกับความซับซ้อนของเทคโนโลยีแสงสว่างภายนอกอาคารกับความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารในอนาคต เฉกเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายที่ต่างประเทศ (เช่น ประเทศอังกฤษและออสเตรเลีย) ได้ถูกนำมาบังคับใช้ เพื่อเยียวยาจากการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีและปลอดภัยต่อร่างกาย

บรรณานุกรม

- Campaign to Protect Rural England. **Lighting Nuisance Survey 2009/10: Summary Results**. London: Campaign to Protect Rural England, 2010.
- Campaign to Protect Rural England. **Light pollution as a Statutory Nuisance: A 'how to' guide**. London: Campaign to Protect Rural England, 2014.
- Canterbury City Council. **Canterbury District Local Plan: Supplementary Planning Document Outdoor Lighting**. Canterbury: Canterbury City Council, 2006.
- Charnwood Borough Council. **Nuisance from Artificial Light**. Loughborough: Charnwood Borough Council, 2011.
- Chartered Institute of Environmental Health. **Statutory nuisance** [Online]. Available URL: <http://www.cieh.org/policy/environmental-protection/statutory-nuisance.html>, 2017 (May, 17).
- Colchester Borough Council. **Other types of nuisance: Artificial Light** [Online]. Available URL: <http://www.colchester.gov.uk/article/13092/Other-types-of-nuisance>, 2006 (April, 6).
- Department for Environment, Food & Rural Affairs. **Artificial light statutory nuisance – continued utility of the current exemptions for certain premises Section 79(5B) Environmental Protection Act 1990**. London: Department for Environment, Food and Rural Affairs, 2011.
- Department for Environment, Food & Rural Affairs. **Statutory Nuisance from Insects and Artificial Light**. London: Department for Environment, Food and Rural Affairs, 2006.
- Environmental Protection UK. **Light Pollution**. Brighton: Environmental Protection UK, 2007.
- Government Digital Service. **Guidance Artificial light nuisances: how councils deal with complaints** [Online]. Available URL: <https://www.gov.uk/guidance/artificial-light-nuisances-how-councils-deal-with-complaints>, 2015 (April, 7).

- Horsham District Council. **A self help guide to nuisance neighbours**. West Sussex: Horsham District Council, 2016.
- Lewin,Ian. **Light Trespass and Light Pollution - Practical Approaches to Dealing with Problems**. Scottsdale, AZ: Lighting Sciences Inc., 2000.
- Martin Morgan-Taylor and Bob Mizon. “Light pollution now subject to the criminal law of statutory nuisance.” **Journal of the British Astronomical Association** 3, 115 (June 2015): 125-126.
- Métioui,Abdeljaliland Louis Trudel. “The Model of the Rectilinear Propagation of Light and the Study of the Variation of the Size of a Shadow.” **US-China Education Review** 2, 2B (February 2012): 173, 186.
- Moreton Bay Regional Council. **Fact sheet Light Nuisance**. Moreton: Moreton Bay Regional Council, 2017.
- North Warwickshire Borough Council. **A Guide for the Design of Lighting Scheme**. North Warwickshire: North Warwickshire Borough Council, 2003.
- Pembrokeshire County Council. **Light Pollution** [Online]. Available URL: https://www.pembrokeshire.gov.uk/content.asp?nav=1626,2380,110,935&parent_directory_id=646&id=20365, 2015 (August, 13).
- Taunton Deane Borough Council. **Taking your own action for Nuisance Problems Guidance for complaining about a nuisance problem direct to the Magistrates Court**. London: Taunton Deane Borough Council, 2017.
- Townsville City Council. **Light Nuisance**. Townsville: Townsville City Council, 2017.
- West Lothian Council. **Information Sheet PH07b The law of Statutory Nuisance** [Online]. Available URL: https://www.westlothian.gov.uk/media/2793/Statutory-Nuisance-PH07B/pdf/PH07b_Statutory_Nuisance.pdf, 2015 (November, 25).

การคุ้มครองสัตว์และสิทธิในการรับมรดกของสัตว์เลี้ยง

พันตำรวจโท ดร.พิชศาล พันธุ์วัฒนา

การคุ้มครองสัตว์และสิทธิในการรับมรดกของสัตว์เลี้ยง
The Animal Protection and The Right to Inherit of Pet

พันตำรวจโท ดร.พิชศาล พันธุ์วัฒนา*
Police Lieutenant Colonel Dr.Pitsarn Phanwattana

บทคัดย่อ

ในอดีตกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นในหลายประเทศต่างตีความสัตว์เลี้ยงมีสถานะเป็นทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของเจ้าของผู้เป็นกรรมสิทธิ์ แต่ปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวกับสัตว์ของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยได้บัญญัติกฎในการปกป้องคุ้มครองสัตว์ มีมาตรการในการปฏิบัติต่อสัตว์ในด้านต่างๆ อย่างมีมนุษยธรรมตลอดจนคำนึงเรื่องสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์มากกว่าในอดีต จนถึงกระทั่งในบางประเทศเปิดโอกาสให้สัตว์เลี้ยงได้รับสิทธิการรับมรดกเมื่อเจ้าของเสียชีวิต แต่สำหรับประเทศไทยเมื่อเจ้าของเสียชีวิตมรดกของผู้ตายต้องตกแก่ทายาทหรือผู้รับพินัยกรรม ไล่เรียงตามลำดับจนท้ายสุดไม่มีใครได้ก็ตกแก่แผ่นดิน ไม่มีที่ว่างเหลือให้สัตว์เลี้ยงรับมรดกจากเจ้าของแต่อย่างใด

* อาจารย์ภาควิชาบริหารงานตำรวจ คณะตำรวจศาสตร์ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ศศ.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ป.ร.ด. สาขารัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

Lecturer in Public Administration at faculty of Police Officers Royal Police Cadet Academy; LL.B. at Ramkhamhaeng University, M.A. at Ramkhamhaeng University, Doctor of Philosophy in Public Administration at Sripatum University.

วันที่รับบทความ (received) 20 เมษายน 2560, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 9 สิงหาคม 2560, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 16 สิงหาคม 2560.

Abstract

In the past, laws enacted in many countries held that a pet was simply property, which would place the pet under the laws controlling property in general. Current law on the rights of animals, however, in Thailand and many other countries, imposes rules for the protection of animals. There is a new attitude towards the treatment of animals in the world. The desire is to provide more humane treatment and greater respect for the rights and welfare of animals than in the past. Some countries allow pet owners to bequeath pets to specified individuals, but in Thailand, when the owner dies, the entire estate of the deceased, including the pets, shall pass to the heirs or heiresses. There is no mechanism in Thai law to allow for the specific bequest of a pet.

คำสำคัญ: การรับมรดก, สัตว์เลี้ยง

Keywords: inherit, pet

1. บทนำ

เมื่อกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” อาจใช้กับบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลธรรมดา ซึ่งอาจมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามที่กฎหมายรับรอง แต่เมื่อกล่าวถึง “สัตว์” กฎหมายในหลายๆ ประเทศยังคงถือว่าสัตว์เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ตามกฎหมาย เมื่อมีแนวความคิดที่ว่าสัตว์ถูกมองว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิและตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของจึงสามารถกระทำการอย่างใดๆ ได้ต่อทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์เนื่องจากเป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรองให้ เช่นนี้ในความเป็นจริงการปฏิบัติต่อสัตว์ที่ตนเป็นเจ้าของจึงไม่ต่างจากวัตถุที่ไม่มีชีวิต สัตว์ไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้ด้วยตนเองเพื่ออ้างสิทธิต่างๆ ต่อมนุษย์ เมื่อกฎหมายไม่ได้รองรับสถานะของสัตว์ให้เทียบเท่ากับบุคคลธรรมดา องค์กรและหน่วยงานในต่างประเทศที่ดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครองสัตว์จึงมีความพยายามในการส่งเสริม ปกป้อง ดูแลและคุ้มครองสัตว์ในด้านต่างๆ ซึ่งสถานการณ์ในปัจจุบันของสัตว์จะมีความแตกต่างกันตามแต่ที่สัตว์นั้นอาศัยอยู่ในสถานที่ใด

2. เนื้อหา

แต่เดิมในยุคโบราณหลักการคุ้มครองสัตว์ยังไม่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม แนวทางการคุ้มครองเป็นไปในลักษณะการปฏิบัติตามแต่ลัทธิความเชื่อของมนุษย์ เช่น ชาวอียิปต์ยุคโบราณบูชาแมวเสมือนเป็นเทพเจ้าเป็นสัตว์ศักดิ์สิทธิ์ที่ห้ามฆ่าหรือทำร้าย หรือผู้คนที่อาศัยในดินแดนเมโสโปเตเมียยกย่องแกะว่าเป็นตัวแทนแห่งความอุดมสมบูรณ์แห่งฝูงสัตว์ทั้งปวง ซึ่งในเวลาต่อมาหลักการปฏิบัติตามแนวทางคุ้มครองสัตว์ได้เกิดการพัฒนาไปตามกาลเวลา ถูกกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งในบทบัญญัติของศาสนาต่างๆ อย่างที่มนุษย์ไม่รู้ตัว ส่งผลให้แนวคิดการคุ้มครองสัตว์ตามหลักจริยธรรมก่อตัวเป็นรูปธรรมมากกว่าในยุคโบราณ¹ โดยหลักจริยธรรมที่เกี่ยวกับสัตว์ปรากฏในศาสนาคริสต์ที่คัมภีร์ไบเบิลระบุว่า คนชอบธรรมย่อมเห็นแก่ชีวิตสัตว์ของเขาแต่ความกรุณาของคนโหดร้ายคือความดุร้าย การใช้ประโยชน์จากสัตว์ต้องอยู่บนพื้นฐานความเมตตากรุณา ส่วนศาสนาอิสลามได้แบ่งหลักความเมตตาเป็นความสัมพันธ์ของอัลเลาะห์ระหว่างอัลลอฮ์กับมนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งต่างๆ ที่พระองค์สร้างความสัมพันธ์ระหว่างอัลลอฮ์กับมนุษย์ เช่น หลักอาหารฮาลาลที่มีกฎเกณฑ์ในการรับประทานเนื้อสัตว์ของชาวมุสลิมว่าสัตว์ประเภทใดเป็นอาหารรับประทานได้ รวมถึงคำกล่าว

¹Sara Anderson, *Animal ethics between theory and praxis: Exploring differential ethical standards toward wildlife* [Online], available URL: http://stud.epsilon.slu.se/8838/1/Anderson_s_160218.pdf, 2016 (March, 3).

ศาสตราจารย์หมัดที่กล่าวว่า การทำดีต่อสัตว์เป็นกุศลเช่นเดียวกับการทำดีกับมนุษย์ แต่การกระทำที่โหดร้ายต่อสัตว์เป็นสิ่งเลวร้ายเช่นเดียวกับการกระทำที่โหดร้ายต่อมนุษย์ ส่วนหลักจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับสัตว์ปรากฏในศาสนาพุทธได้แก่ แนวคิดการคุ้มครองสัตว์ที่ปรากฏชัดเจนในหลักเบญจศีลข้อ 1 ที่ละเว้นจากการเบียดเบียนชีวิต ซึ่งชีวิตคือสิ่งมีชีวิตทุกชนิดทั้งมนุษย์ พืชและสัตว์ รวมถึงความเชื่อเรื่องกฎแห่งกรรมที่ว่าด้วยการกระทำและผลแห่งการกระทำย่อมสมเหตุสมผลกัน เช่น ทำดีย่อมได้รับผลดี ทำชั่วย่อมได้รับผลชั่ว การเบียดเบียนสัตว์ถือว่าเป็นการทำชั่ว ผู้กระทำความดีได้รับผลร้ายตามมาไม่ภพนี้ก็ภพหน้าดังกุสโลบายที่ว่าสิ่งมีชีวิตทุกชนิดล้วนเป็นไปตามกรรม

จนกระทั่งเข้าสู่ศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสัตว์ด้านสิทธิได้ก่อเกิดอย่างชัดเจนเป็นรูปธรรมในสังคมตะวันตกที่ซึ่งปฏิบัติควบคู่กับแนวทางคุ้มครองสัตว์บัพญญัติของศาสนา เริ่มจากในประเทศอังกฤษได้มีการก่อตั้งราชสมาคมเพื่อการพิทักษ์สัตว์ (Royal Society for the Protection of Animals) จวบจนปัจจุบันที่มีองค์กร หน่วยงาน กลุ่มบุคคลร่วมคุ้มครองสัตว์จำนวนมากแพร่หลายทั่วยุโรปรวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกลุ่มองค์กร หน่วยงานต่างๆ ได้พัฒนาแนวทางหลักปฏิบัติเป็นที่ชัดเจนมากกว่าศตวรรษที่ 19 เช่น The Earth Charter องค์กรที่รับรองโดย UNESCO วางหลักการข้อ 1 ว่ามนุษย์ต้องมีแนวทางเคารพโลกและชีวิตที่หลากหลาย และตระหนักว่าสิ่งมีชีวิตทั้งหมดต่างพึ่งพาซึ่งกันและกัน และชีวิตทุกรูปแบบมีคุณค่าไม่ว่าจะเทียบเท่ากับมนุษย์หรือไม่...รวมถึงหลักการข้อ 15 ระบุว่ามนุษย์ต้องปฏิบัติต่อสิ่งมีชีวิตทั้งหลายด้วยความเคารพและเกรงใจ² ขณะที่ The Farm Animal Welfare Advisory Committee (FAWAC) หรือ The Farm Animal Welfare Council (FAWC) ในปัจจุบันได้กำหนดหลักอิสรภาพ 5 ประการของสัตว์ (5 Freedoms) โดยสาระสำคัญประกอบด้วย (1) อิสรภาพจากความกระหายหิวและโทมนัสการ กล่าวคือ สัตว์ต้องได้รับอาหารและน้ำอย่างเหมาะสม (2) อิสรภาพจากความไม่สะดวกสบายจากสภาวะแวดล้อม กล่าวคือ สัตว์ต้องถูกจัดให้อยู่ในสถานที่ที่มีสภาพแวดล้อมเหมาะสม สะดวกสบาย (3) อิสรภาพจากความเจ็บปวด บาดเจ็บ และโรคภัย กล่าวคือ มนุษย์ต้องมีมาตรการในการป้องกัน และการตรวจรักษาสัตว์ที่เจ็บป่วยอย่างรวดเร็ว (4) อิสรภาพจากการแสดงออกตามธรรมชาติของสัตว์ กล่าวคือ สัตว์มีพื้นที่อาศัยอย่างเพียงพอและเครื่องอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมกับชนิดของ

²John Webster, *Animal welfare: Freedoms, dominions and "A life worth living,"* *Animals*, 35. [Online], available URL: file:///C:/Users/Administrator.XHG8GJAQDWTDTWZ/Downloads/animals-06-00035.pdf, 2016 (March, 2).

สัตว์ และ (5) อิศรภาพจากความกลัวและความกังวลใจกล่าวคือ การปฏิบัติต่อสัตว์ต้องไม่ใช่วิธีที่จะมีผลต่อสภาพจิตใจของสัตว์^{3, 4}

ปัจจุบันสถานการณ์การคุ้มครองสัตว์ในรบบโลกต่างพัฒนาจากอดีตเป็นอย่างมาก การแสดงออกของมนุษย์ที่มีต่อสัตว์เป็นไปในลักษณะปกป้องคุ้มครองมากกว่าอดีต สหภาพยุโรปหรือสังคมตะวันตกที่ริเริ่มคุ้มครองสัตว์ด้านสิทธิเป็นภูมิภาคที่ส่งเสริมการคุ้มครองสัตว์เป็นรูปธรรมมากที่สุด ซึ่งแสดงออกและผลักดันมาตรฐานสวัสดิภาพสัตว์ให้กลายเป็นหลักเกณฑ์การคุ้มครองสัตว์ในระดับนานาชาติ โดยใช้หลักอิศรภาพ 5 ประการของสัตว์เป็นข้อเรียกร้องให้ประเทศต่างๆ ทั่วโลกมีความตระหนักและใส่ใจมาตรฐานในการเลี้ยงดูการรักษาและการป้องกันจากความเจ็บปวดที่อาจจะได้รับจากโรคภัย⁵ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้คำนึงถึงสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์เช่นกัน สหภาพยุโรปโดยในปี ค.ศ.1966 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยสวัสดิภาพของสัตว์ (The U.S. Animal Welfare Act) ซึ่งในเนื้อหาให้การให้คำนิยามของสัตว์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้แก่ สุนัข แมว ลิง หนูตะเภา หนูแฮมสเตอร์ กระต่าย สัตว์เลื้อยคลาน และสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมชนิดอื่นๆ⁶ แต่ก็มีข้อจำกัดเนื่องจากสัตว์บางประเภทยังคงจำกัดความคุ้มครองอยู่เพียงเพื่อวัตถุประสงค์การใช้บางประการเท่านั้น เช่น ม้าซึ่งเลี้ยงไว้เพื่อการอื่นใดนอกเหนือจากการเลี้ยงเพื่อการวิจัย เช่นเดียวกับสัตว์อื่นๆ ที่ถูกเลี้ยงในฟาร์มเพื่อเป็นอาหารหรือเพื่อการวิจัยไม่ถูกรวมอยู่ในการคุ้มครองเว้นแต่สำหรับการศึกษาความปลอดภัยหรือเพื่อการขยายพันธุ์จึงได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นผลให้หนูบ้าน นก และสัตว์อีกหลายประเภทจึงเป็นสัตว์ที่จะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อถูกใช้ในการวิจัยเท่านั้น⁷ สถานการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการคุ้มครองสัตว์ชนิดต่างๆ ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมภายใต้กฎหมายจนถูกโต้แย้งว่าผู้ร่างกฎหมายใช้

³D. J. Mellor, Moving beyond the “Five Freedoms” by updating the Five Provision and introducing aligned animal welfare aims. *Animals*, 6 [Online], available URL: File:///C:/Users/Administrator.XHG8GJAQDWTDTWZ/Downloads/animals-06-00059%20(2).pdf, 2016 (February, 24).

⁴John Mancy, *Australian animal protection law journal* [Online], available URL: https://www.animallaw.info/sites/default/files/australia_journal_vol9.pdf, 2013 (February, 25).

⁵OOIE, *World organisation for animal health: Terrestrial animal health code* [Online], available URL: <http://www.oie.int/international-standard-setting/terrestrial-code/access-online/>, 2016 (March, 1).

⁶Robert S. Sikes, “Guidelines of the American Society of Mammalogists for the use of wild mammals in research and education,” *Journal of Mammalogy* 97, 3 (January, 2016): 663–688.

⁷Tadlock Cowan, *The Animal Welfare Act: Background and Selected Animal Welfare Legislation* [Online], available URL: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RS22493.pdf>, 2016 (January, 5).

มาตรฐานใดในการจัดลำดับศักดิ์ของสัตว์ต่อมาภายหลังกฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขหลายครั้งในส่วนสาระสำคัญ เช่น เพิ่มชนิดและประเภทของสัตว์ที่ได้รับความคุ้มครองจนเป็นผลให้หนูบ้าน นก และสัตว์อื่นๆ ได้รับการคุ้มครองภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยสวัสดิภาพของสัตว์รวมทั้งแก้ไขโทษเพิ่มอัตราค่าปรับสูงถึง 2,500-10,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อความผิดหนึ่ง⁸

สัตว์ประเภทต่างๆ ที่อาศัยกับมนุษย์ในฐานะสัตว์เลี้ยงดูมองจากแง่มุมของกฎหมายในหลายประเทศว่ามีสถานะเป็นทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของเจ้าของผู้มีความรับผิดชอบ ตั้งแต่อดีตจนปัจจุบันแนวความคิดเรื่องที่สัตว์จะมีความรู้สึกกระสือได้ มีจิตใต้สำนึกจนไปถึงสามารถมีสิทธิต่างๆ เท่าเทียมกับมนุษย์หรือไม่นั้นเป็นปัญหาที่ถูกยกขึ้นมาวิพากษ์ระหว่างกลุ่มบุคคลผู้ต่อต้านการมองสัตว์ในฐานะเพียงวัตถุชิ้นหนึ่งกับกลุ่มบุคคลผู้ยึดถือลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (utilitarian) การถกเถียงในประเด็นดังกล่าวยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนและสมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้วิธีการปกป้องคุ้มครองสัตว์ของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ในปัจจุบันจึงออกมาในรูปของการเรียกร้องมาตรการในการปฏิบัติต่อสัตว์ในด้านต่างๆ ที่ต้องปฏิบัติต่อสัตว์อย่างมีมนุษยธรรมแทนมุมมองของมนุษย์ในเรื่องที่กล่าว ซึ่งยังไม่ได้ข้อสรุปแนวความคิดการคุ้มครองด้านสิทธิสัตว์เป็นประเด็นถกเถียงของนักปรัชญาในมุมมองต่างๆ ไม่จบสิ้น แต่เป็นที่เห็นตรงว่าสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกมีสถานะเป็นสิ่งมีชีวิตที่ไม่ใช่มนุษย์ (Non-Human Person) แต่ดำรงอยู่ในสังคมจริยธรรม (Moral Community) เช่นเดียวกับมนุษย์ มนุษย์ควรเปลี่ยนทัศนคติที่ว่าสัตว์เป็นทรัพย์สินของมนุษย์หรือน้อยควรปฏิบัติต่อทรัพย์สินนั้นอย่างมีเมตตากรุณา⁹ แนวคิดการคุ้มครองสัตว์ตามหลักสิทธิสัตว์จึงถูกแบ่งภายใต้ 3 แนวคิด (1) แนวคิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์ เป็นการพิจารณาความเท่าเทียมกันระหว่างมนุษย์กับสัตว์ในเชิงผลประโยชน์และส่วนได้เสียกล่าวคือ ขอบเขตของความพอใจที่ต่างฝ่ายต่างได้รับ (2) แนวคิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิ เป็นเรื่องของความถูกผิดในเชิงสิทธิของสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึก สามารถรับรู้ความเจ็บปวดทรมานได้เหมือนมนุษย์ ดังนั้นสัตว์จึงควรมีสถานะพื้นฐานเหมือนมนุษย์ และ (3) แนวคิดที่ผลประโยชน์ไม่สามารถแยกขาดจากสิทธิได้ ยอมรับว่าการอธิบายสิทธิสัตว์นั้นต้องอธิบายโดยยอมรับว่าสัตว์และมนุษย์ต่างมีผลประโยชน์ซึ่งกันละกัน แต่มนุษย์ในฐานะที่เป็นผู้ให้สถานะทางจริยธรรมต่อสัตว์ต้องใช้ประโยชน์จากสัตว์บนสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ต้อง

⁸Courtney G. Lee, *The Animal Welfare Act at Fifty: Problems and Possibilities in Animal Testing Regulation* [Online], available URL: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=2990&context=nlr>, 2016 (March, 1).

⁹Sara Anderson, op. cit.

ยอมรับและเคารพ¹⁰ ทั้งนี้แนวคิดการคุ้มครองสัตว์ตามหลักสิทธิสัตว์ไม่ว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานใดควรครอบคลุมกับสัตว์ที่อาจแบ่งออกเป็น 4 ประเภทประกอบด้วย สัตว์เศรษฐกิจ สัตว์บ้าน สัตว์ป่า และ สัตว์ทดลอง

การปฏิบัติตามแนวคิดการคุ้มครองด้านสิทธิสัตว์ของประเทศไทยทั้ง 4 ประเภทดังกล่าว ในด้านสัตว์เศรษฐกิจเกี่ยวเนื่องในฐานะที่ประเทศไทยส่งออกผลิตภัณฑ์จากสัตว์ไปจำหน่ายยังต่างประเทศเป็นจำนวนมาก จึงต้องเน้นพัฒนามาตรฐานสินค้าปศุสัตว์เพื่อให้ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศมากขึ้น มาตรฐานสินค้าปศุสัตว์ที่สำคัญปัจจุบันคือ มาตรฐานสินค้าที่เป็นไปตามหลักสวัสดิภาพสัตว์ แม้อาจไม่มีระบุถึงหลักสวัสดิภาพเป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงแต่การมุ่งพัฒนา มาตรฐานสินค้าปศุสัตว์ก็เปรียบได้ตั้งการพัฒนาหลักสวัสดิภาพสัตว์เศรษฐกิจโดยปริยาย ด้านสัตว์บ้านเป็นประเภทของสัตว์ที่ได้รับผลกระทบกระเทือนมากที่สุดเนื่องจากสัตว์บ้านที่ถือเป็นทรัพย์สินของมนุษย์หากมีบุคคลใดก้าวล่วงกระทำการใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายบุคคลผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์สามารถเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้ตามหลักกฎหมายพื้นฐานเรื่องการละเมิด จึงเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้สัตว์บ้านถูกละเลยในเรื่องสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์ ถึงแม้มีการออกพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 เพื่อคุ้มครองก็ตาม เนื่องจากถือว่าอยู่ในความดูแลครอบครองของมนุษย์หาใช่เป็นการให้สิทธิแก่สัตว์โดยตรง ส่วนด้านสถานการณ์การคุ้มครองด้านสิทธิของสัตว์ป่าในประเทศไทยได้เป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดพันธุ์สัตว์ป่าและพืชป่าใกล้จะสูญพันธุ์จึงออกพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าตั้งแต่ พ.ศ.2535¹¹ โดยนโยบายในส่วนการคุ้มครองสัตว์ป่าตามหลักสวัสดิภาพเน้นไปที่การอนุรักษ์ถิ่นที่อยู่อาศัยและการอนุรักษ์สัตว์ จัดเป็นนโยบายแนวทางการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ซึ่งในภาพรวมของนโยบายต่างๆ ส่งผลดีต่อสวัสดิภาพของสัตว์ป่าได้ในระดับหนึ่งเนื่องจากเป็นเพียงการช่วยปกป้องสิทธิของสัตว์ในทางอ้อม และประเภทที่สี่คือ สัตว์ทดลองเป็นประเภทของสัตว์ที่ได้รับการคุ้มครองด้านสิทธิมากที่สุดของประเทศไทย ซึ่งมีแนวทางคุ้มครองสัตว์ประเภทนี้ได้แก่ จรรยาบรรณการใช้สัตว์ของสภาวิจัยแห่งชาติ¹² แผนกลยุทธ์แห่งชาติว่าด้วยการพัฒนางานสัตว์ทดลอง¹³ พระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทาง

¹⁰ ศุภมาส ชินวินิจกุล, “การคุ้มครองสวัสดิภาพของสัตว์,” *Assumption University Law Journal* 5, 2 (กรกฎาคม 2557): 33-41.

¹¹ CITES, *Text of the convention* [Online], available URL: <https://cites.org/eng/disc/E-Text.pdf>, 2017 (March, 20).

¹² สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, *ผนวก 11 จรรยาบรรณการใช้สัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ สภาวิจัยแห่งชาติ* [Online], available URL: <http://www.nrms.go.th/FileUpload/AttatchFile/News/255912271419438608372.pdf>, 2555 (กุมภาพันธ์, 26).

วิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558¹⁴ รวมถึงปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรองตามพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558 เช่น การแจ้งการขาย เสนอขาย หรือมีไว้เพื่อขายซึ่งสัตว์ทดลอง หรือหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขการแจ้งการค้าและการต่อสัตว์ตามมาตรา 31¹⁵ และปฏิบัติตามแนวสากลในการใช้สัตว์เพื่อวิจัยด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์ (International Guiding Principles for Biomedical Research Involving Animals) เป็นมาตรฐานการปฏิบัติต่อสัตว์ทดลองที่ประเทศไทยปฏิบัติ อีกทั้งประเทศไทยในฐานะสมาชิกระดับท้องถิ่นของสมาคมพิทักษ์สัตว์แห่งโลกหรือที่เรียกว่า World Society for The Protection of Animals: WSPA ที่มีสมาชิกกว่า 150 ประเทศ ได้ลงนามปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์ (Universal Declaration on Animal Welfare: UDWA) สนับสนุนให้รัฐบาลนานาชาติตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองสวัสดิภาพสัตว์ในฐานะที่เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกสามารถรับรู้ถึงความเจ็บปวดและความยินดีได้¹⁶ อย่างไรก็ตามการพิจารณาการคุ้มครองและสิทธิสัตว์ป่าในส่วนการคุ้มครองสัตว์ป่าตามหลักสวัสดิภาพของประเทศไทยพบว่าเน้นหนักไปที่การอนุรักษ์ถิ่นที่อยู่อาศัย การอนุรักษ์สัตว์ และอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพและการใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน แม้แต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 12 เรื่องสิทธิของสัตว์ไม่ปรากฏโดยตรงจะพบเพียงเกี่ยวเนื่องกับยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศที่ 4 การเติบโตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน¹⁷

อย่างไรก็ดี สิทธิของสัตว์ที่มนุษย์เป็นผู้เลี้ยงหรือสัตว์ที่มีเจ้าของกับสิทธิของสัตว์ป่าที่อาศัยตามธรรมชาติทั่วไปยังคงมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิง สัตว์ป่ามีสิทธิแห่งตัวตนอันแท้จริงอย่างอิสระเสรีปราศจากการขังขำมากกว่าสัตว์ที่มนุษย์เป็นผู้เลี้ยง แต่ต่างจากกลุ่มหนึ่งของสัตว์ที่มนุษย์เป็นผู้เลี้ยงได้รับสิทธิที่อาจเรียกว่าสิทธิพิเศษที่สัตว์ป่าและสัตว์เลี้ยงของมนุษย์อีกจำนวนมากไม่ได้รับสิทธินี้ โดย

¹³ คณะกรรมการแห่งชาติเพื่อพัฒนางานเลี้ยงและใช้สัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์, **แผนกลยุทธ์แห่งชาติว่าด้วยการพัฒนางานสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2555-2559** [Online], available URL: <http://labanimals.net/Images/Download/Strategy/Plan2555-9%20update.pdf>, 2555 (มีนาคม, 2).

¹⁴ พระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 18 ก (13 มีนาคม 2558): 1-16.

¹⁵ สถาบันพัฒนาการค้าและการต่อสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์, **กฎหมายลำดับรองตามพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558** [Online], available URL: <http://labanimals.net/index.php/component/content/article/8-onsra/194-committee-law-2015.html>, 2558 (กุมภาพันธ์, 26).

¹⁶ องค์การพิทักษ์สัตว์แห่งโลก, **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์** [Online], available URL: <http://www.worldanimalprotection.or.th/take-action/udaw>, 2559 (มีนาคม, 2).

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, “แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564), ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 115 ก,” 30 ธันวาคม 2559.

มนุษย์ที่มีทรัพย์สินอยู่ในระดับที่เรียกว่าเศรษฐีและเศรษฐีนี้กลุ่มหนึ่งมีความคิดรักสัตว์เลี้ยงของตนถึงกับมอบสิทธิต่างๆ ที่ตนมีให้แก่บรรดาสัตว์เลี้ยงของตนกล่าวคือกลุ่มคนดังกล่าวได้ทำพินัยกรรมระบุไว้ชัดเจนว่าหลังจากเสียชีวิตขอมอบทรัพย์สินสมบัติต่างๆ ให้แก่สัตว์เลี้ยงตัวโปรดรับมรดกมีสิทธิในทรัพย์สินสมบัติต่างๆ นั้นคนกลุ่มนี้มีความพอใจที่มอบให้สัตว์เลี้ยงของตนมากกว่าลูกหลานหรือญาติพี่น้องของตน ซึ่งเป็นที่น่าแปลกใจว่าเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งสิ้นคล้ายกับเป็นแพชชั่นของผู้มีอันจะกินนั่นคือ การมอบมรดกให้แก่สัตว์เลี้ยง¹⁸ ขณะที่เหตุการณ์เช่นนี้ในภูมิภาคอื่นของโลกรวมถึงประเทศไทยยังไม่เคยเกิดขึ้นปรากฏเป็นข่าว สำหรับประเทศไทยหากพิจารณาความเป็นไปได้ในการปฏิบัติจำต้องศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดกเพื่อได้ความรู้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตน

มรดกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทยมาตรา 1600 และมาตรา 1601 ระบุว่า คือ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตายตลอดจนสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบของทายาทจะมีขอบเขตจำกัดกล่าวคือ กฎหมายกำหนดว่าทายาทไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดให้แก่ตน มรดกจะตกทอดแก่ทายาทเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ความตายในที่นี้หมายความรวมถึงความตายซึ่งตามกฎหมายถือว่าบุคคลนั้นได้ตายแล้วด้วย เมื่อบุคคลใดต้องถึงแก่ความตายดังกล่าวกองมรดกของบุคคลนั้นย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายหรือโดยพินัยกรรมในกรณีที่เจ้ามรดกได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทายาทผู้มีสิทธิตามกฎหมายเรียกว่า “ทายาทโดยธรรม” ส่วนทายาทซึ่งมีสิทธิตามพินัยกรรมเรียกว่า “ผู้รับพินัยกรรม” มรดกซึ่งไม่มีพินัยกรรมเมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ มรดกของบุคคลนั้นจะตกทอดแก่ทายาทในกรณีที่มีทายาทตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งเรียกว่าทายาทโดยธรรมได้แก่ ญาติและคู่สมรส

บุคคลพึงรับมรดกได้ในฐานะทายาทโดยธรรมได้แก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629) ส่วนทายาทผู้รับพินัยกรรมนั้นมีได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลถ้าไม่มีทายาทมรดกจะตกแก่แผ่นดิน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1753) สภาพและฐานะของบุคคลที่จะพึงรับมรดกได้แยกพิจารณาได้ดังนี้ (1) บุคคลธรรมดา การที่บุคคลธรรมดาจะเป็นทายาทในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะผู้รับพินัยกรรม บุคคลธรรมดาจะต้องเป็นผู้มีความสามารถเป็นทายาทได้อยู่ในขณะที่เจ้ามรดกตาย ผู้มีความสามารถเป็นทายาทได้แก่ ผู้มีสภาพบุคคลหรือผู้ที่สามารถมีสิทธิได้ในเวลาที่เจ้ามรดกตาย (ให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายใน 310 วัน

¹⁸Rebecca Wallick, **Pet trusts: Providing for your pup after you're gone** [Online], available URL: http://www.staceyromberg.com/images/BARK_Wallick_PetTrusts_53.pdf, 2009 (April, 25).

นับแต่เวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายนั้นเป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย) และ (2) นิติบุคคล เป็นทายาทได้ก็แต่โดยเป็นผู้รับพินัยกรรม นิติบุคคลก็เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาคือจะต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย กรณีนิติบุคคลที่จะเป็นทายาทผู้รับทรัพย์มรดกตามพินัยกรรมนอกจากจะต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลอยู่ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายแล้ว การรับทรัพย์มรดกนั้นจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

บุคคลที่จะเป็นทายาทที่มีสิทธิรับมรดกถ้าเป็นทายาทโดยธรรมต้องเป็นบุคคลธรรมดา และบุคคลธรรมดาที่จะเป็นทายาทได้ต้องมีสภาพบุคคล ซึ่งสภาพบุคคลนี้ย่อมเริ่มมีขึ้นตั้งแต่เมื่อบุคคลนั้นได้คลอดออกมาแล้วอยู่รอดเป็นทารก ทายาทโดยธรรมที่มีสิทธิรับมรดกได้แก่ (1) ผู้สืบสันดานได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ (2) บิดามารดา (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน (5) ปู่ ย่า ตา ยาย (6) ลุง ป้า น้า อา (7) คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย ส่วนทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรมเรียกว่าผู้รับพินัยกรรม พินัยกรรมเป็นนิติกรรมที่จัดอยู่ในประเภทนิติกรรมฝ่ายเดียว กล่าวคือ ย่อมสมบูรณ์เป็นพินัยกรรมเมื่อผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่ต้องการเจตนาการยอมรับจากผู้รับพินัยกรรมแต่อย่างใด ผลของพินัยกรรมจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตายแล้ว โดยลักษณะของพินัยกรรมที่สำคัญมี 3 ประการ (1) มีการแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเองหรือในการต่างๆ อันจะให้เกิดผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตาย (2) เจตนาที่แสดงเป็นคำสั่งครั้งสุดท้ายต้องกำหนดไว้ในพินัยกรรมและ (3) ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ทำพินัยกรรมต้องมีความสามารถสมบูรณ์ตามกฎหมายซึ่งผู้ทำพินัยกรรมอาจเป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ สำหรับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ผู้เยาว์ทำพินัยกรรม ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมได้ต่อเมื่ออายุ 15 ปีบริบูรณ์ ถ้าทำพินัยกรรมในขณะที่อายุไม่ครบ 15 ปีบริบูรณ์ พินัยกรรมก็ใช้ไม่ได้คือตกเป็นโมฆะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1703)

2. คนไร้ความสามารถ บุคคลที่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถทำขึ้นนั้นเป็นโมฆะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1704 วรรคหนึ่ง)

3. คนวิกลจริตทำพินัยกรรม คนวิกลจริตทำพินัยกรรมได้และมีผลสมบูรณ์ หากในขณะที่ทำพินัยกรรมนั้นจริตไม่วิกล พินัยกรรมที่คนวิกลจริตทำจะเสียเปล่าเมื่อพิสูจน์ได้ว่าในเวลาที่ทำพินัยกรรมนั้นผู้กระทำวิกลจริตอยู่ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1704 วรรคสอง)

สรุปสาระได้ความว่ามรดกคือ ทรัพย์สินที่ผู้เป็นเจ้าของได้สร้างขึ้นมาตลอดการมีชีวิต การที่เจ้ามรดกยกมรดกให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งถือเป็นผู้มีส่วนบุคคลของเจ้ามรดก การสืบทอดมรดกเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายนั้นในประเทศไทยมีกฎหมายที่บังคับใช้คือประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดกซึ่งกำหนดไว้ว่า กรณีเจ้ามรดกถึงแก่ความตายมรดกย่อมตกแก่ทายาทโดยสิทธิตามกฎหมายหรือพินัยกรรม หากว่าเจ้ามรดกไม่ได้ทำพินัยกรรมยกมรดกให้ใครไว้มรดกก็ย่อมตกทอดแก่ทายาทโดยธรรม ถ้าเจ้ามรดกได้ทำพินัยกรรมยกมรดกให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไว้บุคคลนั้นก็เป็นผู้รับมรดกตามพินัยกรรม แต่ถ้าเจ้ามรดกไม่ได้ทำพินัยกรรมยกให้ใครไว้และทายาทโดยธรรมก็ไม่มี มรดกก็ตกเป็นของแผ่นดิน ดังนั้นจากกรณีในต่างประเทศที่สัตว์เลี้ยงของกลุ่มเศรษฐกิจเศรษฐ์นี้เป็นผู้รับมรดกไม่สามารถปฏิบัติได้ตามกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากหากเจ้ามรดกไม่มีทายาทและไม่ทำพินัยกรรมตามกฎหมายไทยจะตกเป็นของแผ่นดิน¹⁹ ต่างกันอย่างสิ้นเชิงกับประเทศที่เรียกว่าเป็นประเทศพัฒนาแล้วอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกาหรือบางประเทศในยุโรปเช่นอังกฤษ เยอรมัน ที่กฎหมายเปิดช่องสามารถกระทำได้ ตัวอย่าง ในประเทศสหรัฐอเมริกาตั้งเช่นนางลีโอนา เฮล์มสลีย์ (Leona Helmsley) เจ้าของธุรกิจโรงแรมเฮล์มสลีย์ ยกมรดกให้แก่สุนัขตัวโปรดจำนวน 12 ล้านดอลลาร์หรือประมาณ 396 ล้านบาท หลังเจ้าตัวเสียชีวิตขณะอายุ 87 ปี ส่งผลให้เจ้าสุนัขตัวโปรดของเศรษฐ์นี้กลายเป็นสุนัขที่ร่ำรวยที่สุดในโลก โดยหลังจากเสียชีวิตได้มีการเปิดอ่านพินัยกรรมที่ศาลในนครนิวยอร์กปรากฏว่า นางลีโอนา เฮล์มสลีย์ระบุตั้งกองทุนให้กับเจ้าทริบเบิล (Trouble) สุนัขพันธุ์มอลทิสเทอเรีย (Maltese Terrier) เป็นจำนวนถึง 12 ล้านดอลลาร์ และระบุว่าหากเจ้าทริบเบิลตายให้ฝังไว้ในสุสานเฮล์มสลีย์ใกล้หลุมศพของเธอและสามีที่เสียชีวิตตั้งแต่ พ.ศ.2540 และมอบเงินหลายล้านดอลลาร์ให้อัลวินโรเซนทาล (Alvin Rosenthal) ที่เป็นน้องชายโดยระบุให้เป็นผู้เลี้ยงดูเจ้าทริบเบิลต่อไป²⁰ ซึ่งจากการจัดอันดับบุคคลที่รวยที่สุดในโลกของนิตยสารฟอร์บส์ระบุว่านางเฮล์มสลีย์ติดอันดับที่ 369 ด้วยทรัพย์สินราว 2,500 ล้านดอลลาร์หรือ 82,500 ล้านบาท²¹ ตัวอย่างของเจ้าทริบเบิลนี้เป็นเพียงแค่ส่วนหนึ่งของสัตว์ที่ได้รับมรดกจากผู้เป็นเจ้าของเนื่องจากยังมีสัตว์ที่มนุษย์เลี้ยงอีกหลากหลายประเภทได้แก่ ลิง แมว เต่า วัว และแกะ ที่ติดอันดับสัตว์เลี้ยงที่รวยด้วยมรดกจากผู้เป็นเจ้าของดังปรากฏตาราง 1

¹⁹สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** [Online], available URL: http://www.led.go.th/datacenter/pdf/1_5.pdf, 2551 (มีนาคม, 1).

²⁰Rebecca Wallick, op.,cit.

²¹สถานีวิทยุกระจายเสียงมหาวิทยาลัยเกษตร, **อันดับของสัตว์เลี้ยงของเศรษฐ์** [Online], available URL: <http://cloudbox.3bb.co.th/share3/nzcxm3xinTvjodzjfnntu2nzhodc5mjmgknk tq4zhodg1>, 2555. (มีนาคม, 19).



ภาพที่ 1 Leona Helmsley กับสุนัขชื่อ Trouble

ตารางที่ 1 ทรัพย์สินของสัตว์เลี้ยงที่ได้รับมรดกจากผู้เป็นเจ้าของ²²

ลำดับที่	ประเภท	ชื่อสัตว์	ชื่อเจ้าของ	ทรัพย์สินที่มอบ
1	สุนัขพันธุ์เยอรมัน เชพเพิร์ด	กุนเธอร์ที่ 4	เคาต์เทสคาร์ลอตตา ลีเบนสไตน์สตรีชาว เยอรมัน	86 ล้านดอลลาร์ พร้อมที่ดิน บาฮามาส อิตาลี และเยอรมัน
2	ลิงชิมแปนซี	คาลู	แพตทริเซียโอนีล	80 ล้านดอลลาร์
3	สุนัขพันธุ์ มอลติชเทอร์เรีย	ทริบเบิล	ลีโอนา เฮล์มสลีย์ สตรีชาวอเมริกัน	12 ล้านดอลลาร์
4	สุนัขพันธุ์ คอลลีครอสเซส	ทีน่าและแคท	นอรา ฮาร์ดเวลล์	9 แสนด์ดอลลาร์ พร้อมที่ดิน 5 เอเคอร์ในฟิซดาวน์ เซนต์จอร์จส์
5	สุนัขพันธุ์ลาบราดอร์-โด เบอร์แมน	แจสเปอร์	ไดอานา มายเบิร์ก	5 หมื่นดอลลาร์ (ลูกเขยนำเข้าตลาด หุ้นได้กำไรเพิ่มขึ้น มากกว่า 4 เท่า)

²² Wallick, R. Pet trusts: Providing for your pup after you're gone [Online], available URL: http://www.staceyromberg.com/images/BARK_Wallick_PetTrusts_53.pdf, 2009. และสถาบันวิจัย กระจายเสียง มหาวิทยาลัยนครสวรรค์. อันดับของสัตว์เลี้ยงของเศรษฐี [Online]. Available URL: http://cloudbox.3bb.co.th/s_hare3/nzcxm3xin_Tvjodzjfnjntu2_nzjhodc_5mjmgntq4zhodg1,2555.

ลำดับที่	ประเภท	ชื่อสัตว์	ชื่อเจ้าของ	ทรัพย์สินที่มอบ
6	แมว	ทิงเกอร์	มาร์กาเร็ต เลน	2 แสนดอลลาร์
7	แมว	พอร์กี้ ไพรด์จอย	คริสตินา ฟอยล์	35,000 ดอลลาร์
8	เต่า	ซีวเวอร์สโตน	คริสตินา ฟอยล์	30,000 ดอลลาร์
9	แมว	ท็อบแคท และมาทิลดา	บรรณารักษ์หญิงในเมืองอเบอร์ดีน	ตัวละ 20,000 ดอลลาร์
10	วัวและแกะ	เจ้าวัวแองกัส เจ้าแกะแลร์รี่	พระมารดาของสมเด็จพระราชินีแห่งอังกฤษ	ตัวละ 16,000 ดอลลาร์

จากตาราง 1 แสดงทรัพย์สินของสัตว์เลี้ยงที่ได้รับมรดกจากผู้เป็นเจ้าของพบว่า มีสัตว์เลี้ยงของมนุษย์ผู้เป็นเจ้าของถึง 6 ประเภท ที่ติดอันดับ 1-10 ของสัตว์ที่ร่ำรวยจากมรดก โดยอันดับแรกคือ สุนัขพันธุ์เยอรมันเชพเพิร์ด รองลงมาอีกสองอันดับได้แก่ ลิงชิมแปนซีและสุนัขพันธุ์มอลติชเทอร์เรีย ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่ามนุษย์ผู้เป็นเจ้าของสัตว์ที่มอบมรดกให้แก่สัตว์เลี้ยงที่ติดอันดับรวย 1-10 ของโลกเป็นมนุษย์เพศหญิงหรือสตรีทั้งสิ้น ในความเห็นส่วนตัวอาจเพราะสตรีมีจิตใจโอบอ้อมอารีเห็นอกเห็นใจสัตว์มากกว่าบุคคลเพศชายก็อาจเป็นไปได้ ทั้งนี้จำต้องศึกษาเชิงลึกในประเด็นนี้ต่อไป

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สรุปสถานการณ์คุ้มครองสัตว์ในประเทศไทยได้ว่า ณ ปัจจุบันประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557²³ โดยให้ความหมายสัตว์ตามมาตรา 3 ว่าหมายถึง สัตว์ที่โดยปกติเลี้ยงไว้เพื่อเป็นสัตว์บ้าน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้งาน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นพาหนะ สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นเพื่อน สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้เป็นอาหาร สัตว์เลี้ยงเพื่อใช้ในการแสดง หรือสัตว์เลี้ยงที่ใช้ในการอื่นใดทั้งไม่ว่าจะมีเจ้าของหรือไม่ก็ตาม และให้หมายรวมถึงสัตว์ที่อาศัยอยู่ในธรรมชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด จุดเด่นของพระราชบัญญัตินี้คือ หลักการที่ยอมรับสัตว์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกและมีสิทธิตามธรรมชาติ เป็นการยอมรับหลักการสิทธิทางจริยธรรมที่มนุษย์พึงต้องเคารพ ซึ่งนับว่าเป็นการเปลี่ยนมุมมองของสังคมที่จากเดิมประเมินมูลค่าของสัตว์โดยมนุษย์เป็นศูนย์กลางเป็นการประเมินมูลค่าโดยใช้ระบบนิเวศเป็นศูนย์กลางอันนำไปสู่การยอมรับและเข้าใจในสวัสดิภาพสัตว์ แม้จะไม่ใช่วางตรงแต่ก็มีความสัมพันธ์กับเรื่องการคุ้มครอง

²³“พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 87 ก, (26 ธันวาคม 2557): 4-13.

สัตว์ด้านสวัสดิภาพพอสมควร ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์ (Universal declaration on animal welfare: UDWA) อันหมายถึงความพร้อมที่จะปฏิบัติตามกฎของปฏิญญาสากลอีกทั้งพร้อมสนับสนุนให้รัฐบาลนานาชาติตระหนักถึงความสำคัญของสวัสดิภาพสัตว์²⁴

อย่างไรก็ดีเรื่องสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์ที่มนุษย์เป็นผู้เลี้ยงของประเทศไทยนั้นกฎหมายได้พัฒนาแนวคิดในเรื่องสิทธิของสัตว์ไว้ก้าวหน้า เพียงแต่ยังมีปัญหาการบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และการสร้างความเข้าใจในการปฏิบัติต่อสัตว์ที่ติดกับประชาชนและต้องเผยแพร่ข้อมูลเหล่านี้ต่อสาธารณชนเพื่อความเข้าใจที่ตรงกัน อันเป็นแนวทางการพัฒนาเรื่องสิทธิและสวัสดิภาพของสัตว์ในประเทศไทย ซึ่งการปฏิบัติต่อสัตว์ที่ดีของประชาชนในประเทศไทยที่กำลังเผชิญคือปัญหาสัตว์เลี้ยงโดยเฉพาะอย่างยิ่งสุนัขที่ผู้เลี้ยงนำไปปล่อยทิ้งไว้ตามสถานที่ต่างๆ จนกลายเป็นสุนัขจรจัด ซึ่งจัดเป็นวาระแห่งชาติที่ต้องการหาแนวทางการจัดระเบียบสุนัขจรจัดตั้งปรากฏแผนยุทธศาสตร์การแก้ไขปัญหาสุนัขจรจัดอย่างยั่งยืน พ.ศ.2559-2563²⁵ สำหรับเรื่องสิทธิในการรับมรดกของสัตว์เลี้ยงในประเทศไทยยังก้าวไปไม่ถึงให้สัตว์รับมรดกจากเจ้าของที่เสียชีวิตดังเช่นประเทศในยุโรปและสหรัฐอเมริกา กฎหมายในประเทศไทยอันได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ว่าด้วยมรดกยังคงกำหนดไว้ว่ากรณีเจ้ามรดกถึงแก่ความตายมรดกย่อมตกแก่ทายาทจนถึงกระทั่งเมื่อไม่มีทายาทหรือผู้รับตามพินัยกรรม มรดกนั้นย่อมตกเป็นของแผ่นดิน²⁶ ดังนั้นสัตว์เลี้ยงจึงไม่อยู่ในฐานะผู้รับมรดกตามกฎหมายของประเทศไทย

ในมุมมองประเด็นการมอบมรดกให้สัตว์เลี้ยงพิจารณาเห็นว่ากรณีที่บุคคลจะมอบทรัพย์สินที่สร้างมาทั้งชีวิตให้ใครเป็นสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลนั้น แต่ควรคิดด้วยความละเอียดรอบคอบถึงผลดีผลเสียก่อนตัดสินใจมอบให้ไม่ว่าจะสุนัข แมว หรือสัตว์ประเภทใดก็ตามต้องตระหนักในสภาพแห่งความจริงว่าสัตว์นั้นไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินได้ด้วยตัวเอง และที่มีอาจปฏิเสธได้คือ สัตว์ผู้รับมรดกนั้นไม่อาจรู้ได้เลยว่าเจ้านายหรือผู้เลี้ยงได้ยกมรดกให้ ซึ่งคำถามต่อไปคือเช่นนี้แล้วสัตว์ตัวนั้นจะใช้มรดกที่ได้จากผู้เป็นเจ้าของอย่างไรและหากสัตว์ที่ได้รับมรดกตายมรดกดังกล่าวจะตกเป็นของใครต่อไป ซึ่งอาจเกิดปัญหาในอนาคตที่นอกเหนือความคิดก็เป็นได้ จะดีกว่าหรือไม่หากเจ้าของทรัพย์สินมรดกทำพินัยกรรมยกมรดกให้แก่สังคมเพื่อสาธารณประโยชน์ หรืออาจจัดตั้งให้กับองค์กรของภาครัฐ หรือภาคเอกชน หรือมูลนิธิต่างๆ เพื่อช่วยเหลือบรรเทาทุกข์ ผู้คนอีกจำนวนมากภายในโลกนี้ที่ยังขาดแม้กระทั่งปัจจัยสี่พื้นฐานในการดำรงชีพ เชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าแนวทางนี้จักเกิดประโยชน์

²⁴ องค์กรพิทักษ์สัตว์แห่งโลก, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์ [Online], available URL: [http:// www.worldanimalprotection.or.th/take-action/udaw](http://www.worldanimalprotection.or.th/take-action/udaw), 2559 (มีนาคม, 2).

²⁵ แนวหน้าออนไลน์, กรมปศุสัตว์ทำแผนยุทธศาสตร์แก้ปัญหาสุนัขจรจัดอย่างยั่งยืน [Online], available URL: <https://soclaimon.wordpress.com/2015/08/29/%>, 2558 (สิงหาคม, 10).

²⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ [Online], available URL: http://www.led.go.th/datacenter/pdf/1_5.pdf, 2551 (มีนาคม, 1).

มากกว่ามอบให้สัตว์เลี้ยงเป็นแน่แท้ อย่างไรก็ตามประชาชนที่มีสัญชาติไทยทุกคนคงไม่ต้องคิดวางแผน
ในประเด็นทำนองนี้ให้ยุ่งยากมากความเนื่องจากมรดกของผู้ตายต้องตกแก่ทายาทหรือผู้รับ
พินัยกรรมไล่เรียงจนถึงท้ายสุดไม่มีผู้ใดก็ตกแก่แผ่นดิน จึงไม่มีที่ว่างเหลือให้สัตว์เลี้ยงรับมรดกแต่
อย่างไร

บรรณานุกรม

- คณะกรรมการแห่งชาติเพื่อพัฒนางานเลี้ยงและใช้สัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์. **แผนกลยุทธ์แห่งชาติว่าด้วยการพัฒนางานสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2555-2559** [Online]. Available URL: <http://labanimals.net/images/Download/Strategy/Plan2555-9%20update.pdf>, 2555 (มีนาคม, 2).
- แนวหน้าออนไลน์. **กรมปศุสัตว์ทำแผนยุทธศาสตร์แก้ปัญหาสุนัขจรจัดอย่างยั่งยืน** [Online]. Available URL: <https://soclaimon.wordpress.com/2015/08/29/%>, 2558 (สิงหาคม, 10).
- ผู้จัดการออนไลน์. **จัดอันดับสัตว์เลี้ยงเศรษฐกิจที่รวยที่สุดในโลก** [Online]. Available URL: <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9500000103156>, 2550 (มีนาคม, 2).
- ศุภมาส ชินวินิจกุล. “การคุ้มครองสวัสดิภาพของสัตว์.” **Assumption University Law Journal** 5, 2 (กรกฎาคม 2557): 33-41.
- สถานีวิทยุกระจายเสียงมหาวิทยาลัยนเรศวร. **อันดับของสัตว์เลี้ยงของเศรษฐกิจ** [Online]. Available URL: <http://cloudbox.3bb.co.th/share3/nzcxm3xinTvjodzjijintu2nzjhodc5mjmgntq4zhodg1>, 2555 (มีนาคม, 19).
- สถาบันพัฒนาการดำเนินการต่อสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์. **กฎหมายลำดับรองตามพระราชบัญญัติสัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558** [Online]. Available URL: <http://labanimals.net/index.php/component/content/article/8-onsra/194-committee-law2015.html>, 2558 (กุมภาพันธ์, 26).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** [Online]. Available URL: http://www.led.go.th/datacenter/pdf/1_5.pdf, 2551 (มีนาคม, 1).
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. “แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2560-2564).” ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 133 ตอนที่ 115 ก” 30 ธันวาคม 2559.
- สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. **ผนวก 11 จรรยาบรรณการใช้สัตว์เพื่องานทางวิทยาศาสตร์ สภาวิจัยแห่งชาติ** [Online]. Available URL: <http://www.nrms.go.th/FileUpload/AttatchFile/News/255912271419438608372.pdf>, 2555 (กุมภาพันธ์, 26).

- องค์กรพิทักษ์สัตว์แห่งโลก. **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสวัสดิภาพสัตว์** [Online]. Available URL: <http://www.worldanimalprotection.or.th/take-action/udaw>, 2559 (มีนาคม, 2).
- พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 87 ก (26 ธันวาคม 2557): 4-13.
- พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2557. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 89 ก (30 ธันวาคม 2557): 4-10.
- พระราชบัญญัติสัตว์เพื่อนงานทางวิทยาศาสตร์ พ.ศ.2558. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 18ก (13 มีนาคม 2558): 1-16.
- Anderson, Sara. **Animal ethics between theory and praxis: Exploring differential ethical standards toward wildlife** [Online]. Available URL: http://stud.epsilon.slu.se/8838/1/anderson_s_160218.pdf, 2016 (March, 3).
- CITES. **Text of the convention** [Online]. Available URL: <https://cites.org/eng/disc/E-Text.pdf>, 2017 (March, 20).
- Lee, Courtney G. **The Animal Welfare Act at Fifty: Problems and Possibilities in Animal Testing Regulation** [Online]. Available URL: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2990&context=nlr>, 2016 (March, 1).
- Mancy, John. **Australian animal protection law journal** [Online]. Available URL: https://www.animallaw.info/sites/default/files/australia_journal_vol9.pdf, 2013 (February, 25).
- Mellor, D. J. **Moving beyond the “Five Freedoms” by updating the Five Provision and introducing aligned animal welfare aims, Animals, 6** [Online]. Available URL: [File:///C:/Users/Administrator.XHG8GJAQDWTDTWZ/Downloads/animals-06-0005%20\(2\).pdf](File:///C:/Users/Administrator.XHG8GJAQDWTDTWZ/Downloads/animals-06-0005%20(2).pdf), 2016 (February, 24).
- OOIE. **World organisation for animal health: Terrestrial animal health code** [Online]. Available URL: <http://www.oie.int/international-standard-setting/terrestrial-code/access-online/>, 2016 (March, 1).
- Sikes, Robert S. “Guidelines of the American Society of Mammalogists for the use of wild mammals in research and education.” **Journal of Mammalogy** 97, 3 (January, 2016): 663–688.

- Cowan, Tadlock. **The Animal Welfare Act: Background and Selected Animal Welfare Legislation** [Online]. Available URL: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RS22493.pdf>, 2016 (January, 5).
- Wallick, Rebecca. **Pet trusts: Providing for your pup after you're gone** [Online]. Available URL: http://www.staceyromberg.com/images/BARK_Wallick_PetTrusts_53.pdf, 2009 (April, 25).
- Webster, John. **Animal welfare: Freedoms, dominions and “A life worth living.”** *Animals*, 35 [Online]. Available URL: <file:///C:/Users/Administrator.XHG8GJAQDWTDTWZ/Downloads/animals-06-00035.pdf>, 2016 (March, 2).

ทฤษฎีสองเงาในธุรกิจแฟรนไชส์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื่อสกุล

ทฤษฎีสองเงาในธุรกิจแฟรนไชส์ Two Shadows Theory in Franchise Business

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล*
Assistant Professor Dr.Somchai Ratanachueskul

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งเสนอทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory) ที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นเพื่อใช้กับธุรกิจแฟรนไชส์อันจะทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายสอดคล้องกับลักษณะ และธรรมชาติที่พิเศษและมีเอกลักษณ์เฉพาะของนิติสัมพันธ์ในระบบแฟรนไชส์ โดยยกกรณีศึกษาการปรับใช้หลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าต่อการกำหนดราคาสินค้าที่แฟรนไชส์จำหน่ายหรือให้บริการ และการปรับใช้หลักกฎหมายภาษีกับการทำการตลาดในเขตพื้นที่ (Local Store Marketing) เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นความคลาดเคลื่อนของการปรับใช้กฎหมายโดยไม่เข้าใจสถานะ ความสัมพันธ์ และธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ที่ปรึกษากฎหมายอาวุโสสมาคมแฟรนไชส์และเอสเอ็มทีไทย, ผู้บรรยายวิชากฎหมายแฟรนไชส์ หลักสูตรสร้างธุรกิจเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์.

Lecturer at Faculty of Law Preedeepanomyong at Dhurakij Pandit University; LL.B. at Ramkhamhaeng University (second class honours), LL.B. in Business Law at Thammasat University, Ph.D Thammasat University, Senior Legal Advisor at Franchise SME Alliance Thai, Lecturer in a course “how to turn a business into a franchise” Department of Business Development Ministry of Commerce.

วันที่รับบทความ (received) 17 เมษายน 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 21 มิถุนายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 12 กรกฎาคม 2561.

Abstract

This article proposes Two Shadows Theory synthesized for implementing legal principles to legal relation of franchise system in consistent with characteristic, identity and unique nature of franchise business. The author selects two case studies to illustrate this theory. First case showing implementing legal principles of competition law to pricing merchandises that franchisee sells or services. Another case study deals with implementing principles of taxation law in relation to setting clause for local store marketing requirement. This case study will be analyzed to show a deviation of implementing law without understanding status, relationship, and nature of franchise business.

คำสำคัญ: ธุรกิจแฟรนไชส์, ทฤษฎีสองเงา

Keywords: franchise business, two shadows theory

1. บทนำ

แฟรนไชส์คือกลยุทธ์ในการขยายสาขา มีต้นกำเนิดในประเทศสหรัฐอเมริกาและแพร่หลายไปทั่วโลก ปัจจุบันแฟรนไชส์ได้รับความนิยมมากโดยเฉพาะในภาคธุรกิจค้าปลีกของประเทศไทย หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยยังไม่ชัดเจนนัก และยังไม่มีความหมายกำกับกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยตรง¹ ธุรกิจแฟรนไชส์จึงตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนั้นๆ แต่เนื่องจากสถานะทางกฎหมาย รวมทั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ (ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่าแฟรนไชซอร์) และผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ (ต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า แฟรนไชซี) มีลักษณะที่ทับซ้อนกันบางส่วนอันเป็นผลจากรูปแบบความสัมพันธ์เฉพาะและที่เป็นเอกลักษณ์ของธุรกิจแฟรนไชส์กล่าวคือ แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกจากกันและประกอบธุรกิจเพื่อผลประโยชน์ของตนเองในแต่ละฝ่าย แต่ทั้งสองฝ่ายจะใช้เครื่องหมายทางการค้าเดียวกันเสมือนหน่วยธุรกิจเดียวกัน ทั้งที่กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้านั้นอาจเป็นไปได้เพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยแท้ หรืออาจเป็นไปได้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของทั้งแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีก็ได้ สถานะที่ทับซ้อนเช่นนี้ไม่ปรากฏในนิติสัมพันธ์ทางธุรกิจแบบอื่น ดังนั้น การปรับหลักกฎหมายกับธุรกิจแฟรนไชส์ประเภทหนึ่งธุรกิจอื่นทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงธรรมชาติเฉพาะของธุรกิจแฟรนไชส์แล้ว จะก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) กระทบต่อการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ เช่น กรณีแฟรนไชซอร์กำหนดราคาสินค้าให้แฟรนไชซีจำหน่าย หรือกำหนดให้แฟรนไชซีต้องซื้อสินค้าวัตถุดิบ หรืออุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้จากแฟรนไชซอร์อาจถือเป็นการจำกัดการแข่งขันตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกรณีแฟรนไชซีโฆษณาเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ในการทำตลาดในเขตพื้นที่ (Local Store Marketing) จะถือเป็นการแข่งขันที่ตกได้แก่แฟรนไชซอร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียกเก็บภาษีได้หรือไม่ ซึ่งทั้งสองประเด็นผู้เขียนจะยกขึ้นเป็นกรณีศึกษาและวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

บทความนี้ผู้เขียนมุ่งนำเสนอทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory) ที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นเพื่ออธิบายลักษณะและรูปแบบนิติสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ซึ่งจะช่วยให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนต่อกิจกรรมต่างๆ ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีในระบบแฟรนไชส์ซึ่งจะทำให้การตีความและการปรับใช้กฎหมายกับธุรกิจแฟรนไชส์มีความเหมาะสม สอดคล้องกับธรรมชาติของธุรกิจ และไม่สร้างข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจ อันจะเป็นหนทางส่งเสริมธุรกิจแฟรนไชส์ที่ปัจจุบัน

¹ ขณะเขียนบทความนี้ ได้มีการจัดประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ที่ยกร่างโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว และยังไม่ปรากฏความคืบหน้าหลังจากการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าว.

เป็นกลยุทธ์สำคัญของภาครัฐที่ใช้เป็นกลไกผลักดันธุรกิจเอสเอ็มอีของไทย²ให้ขยายตัวเพื่อรองรับตลาดอาเซียนต่อไป

บทความนี้แบ่งเนื้อหาเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกกล่าวถึงลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์ ส่วนที่สองกล่าวถึงระดับและลักษณะความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ตลอดจนความสัมพันธ์ที่มีต่อบุคคลภายนอก ส่วนที่สามเป็นกรณีศึกษาประเด็นการแข่งขันทางการค้า และการทำการตลาดในเขตพื้นที่ เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นผลกระทบที่เกิดจากการปรับใช้กฎหมายโดยไม่เข้าใจลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์ และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุป

2. ลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแฟรนไชส์ (Nature of Franchise Business)

เมื่อกล่าวถึง “แฟรนไชส์” หลายคนอาจนึกถึงธุรกิจที่ขยายสาขาเป็นจำนวนมากๆ เช่น ร้านสะดวกซื้อเซเว่นอีเลฟเว่น ร้านไอศกรีมสเวนเซน หรือร้านกาแฟแบล็คแคนยอน เป็นต้น แต่ความจริงแล้วธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ใช้กลยุทธ์แฟรนไชส์ในการขยายสาขา แฟรนไชส์จึงไม่ใช่ธุรกิจแต่เป็นกลยุทธ์อย่างหนึ่งในการขยายสาขา ธุรกิจใดก็ตามที่มีมาตรฐาน มีระบบธุรกิจ (Business system) มีเครื่องหมายการค้าและทำธุรกิจจนประสบความสำเร็จแล้วในระดับหนึ่งย่อมนำกลยุทธ์แฟรนไชส์มาใช้ขยายสาขาของตนได้ อย่างไรก็ตาม ฟังตระหนักว่าเจ้าของธุรกิจอาจเลือกขยายสาขาด้วยวิธีการอื่นแทนได้ เช่น การเปิดสาขาเอง หรือการตั้งตัวแทนจำหน่าย เป็นต้น และทำนองเดียวกัน ผู้ประสงค์จะประกอบธุรกิจก็อาจเริ่มต้นทำธุรกิจด้วยตนเองโดยไม่ต้องขอรับสิทธิในระบบแฟรนไชส์ก็ได้³

² สำนักส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจ, กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กระทรวงพาณิชย์, การศึกษาโครงสร้างธุรกิจและการบริหารจัดการธุรกิจแฟรนไชส์ [Online], available URL: [http://www.dbd.go.th/download/doc/10Paper\(latest%20edition\).doc](http://www.dbd.go.th/download/doc/10Paper(latest%20edition).doc), 2016 (May, 13).

³ ธุรกิจแฟรนไชส์จะช่วยให้แฟรนไชซอร์ขยายธุรกิจได้เร็ว ลดภาระการลงทุนและความเสี่ยงโดยแฟรนไชซีจะเป็นฝ่ายลงทุนทั้งหมด แฟรนไชซอร์ยังประหยัดกำลังคนและค่าใช้จ่าย ลดปัญหาด้านแรงงานและได้ความชำนาญและมนุษยสัมพันธ์ของคนในท้องถิ่นที่มาเป็นแฟรนไชซี ในส่วนของแฟรนไชซี ธุรกิจแฟรนไชส์ช่วยให้แฟรนไชซีเป็นเจ้าของธุรกิจอย่างรวดเร็ว มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จในธุรกิจมาแล้ว ได้รับการถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ในการทำธุรกิจ ช่วยลดความเสี่ยงเมื่อเทียบกับการเริ่มทำธุรกิจด้วยตนเองโปรดดูเพิ่มเติมข้อดีและข้อด้อยของระบบธุรกิจแฟรนไชส์ได้ใน International Franchise Association, What are the advantages and disadvantages of owning a franchise [Online], available URL: <http://www.franchise.org/what-are-the-advantages-and-disadvantages-of-owning-a-franchise>, 2015 (October, 15). ทางด้านเศรษฐศาสตร์อธิบายข้อเด่นของระบบ แฟรนไชส์ว่า ภายใต้ทฤษฎีประสิทธิภาพของตลาด (Market Efficiency Theory) ระบบแฟรนไชส์จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพสองประการ ได้แก่ (1) ประสิทธิภาพใน

2.1 ความหมายของ “แฟรนไชส์”

ลักษณะเด่นของแฟรนไชส์ คือ การที่บุคคลหนึ่งให้สิทธิในการประกอบธุรกิจแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง จึงมักสับสนว่า “การให้สิทธิแฟรนไชส์” (Franchising) เหมือนหรือเป็นอย่างเดียวกันกับ “การให้สิทธิ” (Licensing) แต่การให้สิทธิแฟรนไชส์มีสาระตละบางส่วนที่ต่างออกไป ทำให้นิยมเรียกการให้สิทธิแฟรนไชส์เฉพาะเจาะจงว่า “Franchising” ไม่ใช่ “Licensing”

“การให้สิทธิ” (Licensing) ตามหลักกฎหมายสัญญาหมายถึง คู่กรณีฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจได้มอบสิทธิให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ซึ่งหากไม่มีการมอบสิทธิดังกล่าวแล้ว คู่กรณีฝ่ายหลังจะไม่มีอำนาจดำเนินการดังกล่าว และหากฝ่าฝืนจะละเมิดสิทธิของคู่กรณีฝ่ายแรก⁴

ส่วน “การให้สิทธิแฟรนไชส์” (Franchising) ตั้งเดิมหมายถึง การที่รัฐมอบสิทธิพิเศษในการดำเนินกิจการบางอย่างให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง กิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่เกี่ยวกับสาธารณะหรือที่เกี่ยวกับมหาชนและจะต้องมีกฎหมายอนุญาตในการมอบสิทธิพิเศษดังกล่าว⁵

แต่ปัจจุบันภาคเอกชนนำวิธีการให้สิทธิแฟรนไชส์มาใช้อย่างแพร่หลาย ทำให้ความหมายเปลี่ยนแปลงไป International Franchise Association (IFA) ของสหรัฐอเมริกาให้ความหมายการให้สิทธิแฟรนไชส์ว่า หมายถึง “การที่บุคคลหนึ่งเรียกว่าแฟรนไชซอร์ให้สิทธิแก่บุคคล

ด้านการจัดหาเงินทุนเพื่อขยายเครือข่ายแฟรนไชส์จะทำได้เร็วกว่า เนื่องจากแฟรนไชส์เป็นผู้ลงทุนในแต่ละสาขา (2) ประสิทธิภาพในการจัดการร้านแฟรนไชส์จากความสามารถ และความเป็นเจ้าของกิจการ (entrepreneurial energy) ของแฟรนไชซีโปรดดู Warren S. Grimes, “When Do Franchises have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism,” *Antitrust Law Journal* 65, 1 (1996): 105, 108; กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ภายใต้ทฤษฎีตัวแทน (Agency Theory) แฟรนไชซอร์สามารถถ่ายโอนต้นทุนบางส่วนไปยังแฟรนไชซี และการต้องการได้รับผลประโยชน์ (self-interest) ของแฟรนไชซีจะผลักดันให้ทั้งสองฝ่ายเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ที่เป็นกลไกที่สามารถทำให้ทั้งสองฝ่ายบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ ผู้สนใจโปรดดู Chen-I Huang, “Agency Theory in Franchising Some Empirical Results,” *Yu Da Academic Journal* 7 (May 2004): 157,158-159.

⁴State v. Hipp, 38 Ohio St. 220; Youngblood v. Sexton, 32 Mich. 406, 20 Am. Rep. 054; Hubman v. State, 61 Ark. 4S2.33 S. W. 843; Chicago v. Collins, 175 111. 445. 51 N. E. 907, 49 L. R. A. 40S, 67 L. R. A. 224.

⁵Bank of Augusta v. Earle, 13 Pet.595, 10 L. Ed. 274; Dike v. State, 38 Minn. 366, 38 N. W. 95; Chicago Board of Trade v. People, 91 111. 82; Lasher v. People, 1S3 111. 226, 55 N. E. 663, 47 L. R. A. 802, 75Am. St. Rep. 103; Southampton v. Jessup, 162 N. Y. 122, 56 N. E. 538; Thompson v. People, 23 Wend. (N. Y.), 578; Black River Imp. Co. v. Holway, 87 Wis. 584, 59 N. W.126; Central Pac. R. Co. v. California, 162 U. S. 91, 16 Sup. Ct. 766, 40 L. Ed. 903; Chicago & W. I. R. Co. v. Dunbar, 95 111. 575; State v. Weather- by, 45 Mo. 20; Morgan v. Louisiana, 93 D. S. 223, 23 L. Ed. 860.

อีกคนหนึ่งเรียกว่าแฟรนไชซีในการประกอบธุรกิจภายใต้เครื่องหมายทางการค้าเพื่อจำหน่ายสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้แฟรนไชซอร์จะต้องจัดให้แฟรนไชซีใช้ระบบการดำเนินธุรกิจ เครื่องหมายทางการค้า และได้รับการสนับสนุน”⁶ Franchise Council of Australia ให้ความหมายไม่ต่างกันว่าหมายถึง “ความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าแฟรนไชซอร์ ซึ่งเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ มอบสิทธิให้แก่บุคคลอิสระอีกคนหนึ่งเรียกว่าแฟรนไชซีในการทำการตลาด หรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการ และได้รับสิทธิใช้ชื่อทางการค้าภายในระยะเวลาที่กำหนด”⁷

กล่าวได้ว่าการให้สิทธิแฟรนไชส์ประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1) การให้สิทธิใช้เครื่องหมายทางการค้า โดยแฟรนไชซอร์จะต้องอนุญาตให้แฟรนไชซีใช้เครื่องหมายทางการค้าของตนตลอดอายุสัญญาแฟรนไชส์

2) แฟรนไชซอร์มีระบบการทำธุรกิจที่ต้องถ่ายทอดให้แฟรนไชซีและสนับสนุนการทำธุรกิจของแฟรนไชซีตลอดอายุสัญญาแฟรนไชส์ ระบบการทำธุรกิจดังกล่าวจะถูกถ่ายทอดแก่แฟรนไชซีด้วยการฝึกอบรม (Training) การให้คำแนะนำ (Recommendation) และส่งมอบคู่มือการทำธุรกิจ (Operation Manual) เพื่อให้แฟรนไชซีทำธุรกิจตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์และรักษามาตรฐานดังกล่าวได้ตลอดอายุสัญญา

3) แฟรนไชซีต้องชำระค่าตอบแทนแก่แฟรนไชซอร์ ซึ่งแบ่งออกเป็นเงินค่าตอบแทนขั้นต้น (Initial Franchise Fee) หรือที่เรียกกันว่า ค่าแรกเข้า (Up-front Fee) หรือค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise Fee) ค่าตอบแทนอีกประเภทหนึ่ง คือ ค่าตอบแทนต่อเนื่อง (Continuing Fee) ได้แก่ ค่าสิทธิ (Royalty) และค่าการตลาด (Marketing Fee) เป็นต้น

2.2 คุณสมบัติของธุรกิจแฟรนไชส์

ธุรกิจที่จะนำระบบแฟรนไชส์ไปใช้ในการขยายสาขาและประสบความสำเร็จยังต้องมีคุณสมบัติและลักษณะ ดังนี้

1) เป็นธุรกิจที่พิสูจน์แล้วว่าประสบความสำเร็จ แฟรนไชซอร์ต้องถ่ายทอดวิธีการทำธุรกิจแก่แฟรนไชซี ดังนั้น แฟรนไชซอร์จึงต้องทำธุรกิจนั้นมาระยะหนึ่งและเป็นที่ประจักษ์ว่า วิธีทำธุรกิจที่แฟรนไชซอร์ใช้นั้นมีประสิทธิภาพทำให้ธุรกิจมีกำไร แฟรนไชซีเข้ารับสิทธิแฟรนไชส์ก็เพราะต้องการรับถ่ายทอดวิธีทำธุรกิจที่พิสูจน์แล้วดังกล่าว แฟรนไชส์จึงเป็นวิธีช่วยให้แฟรนไชซีซึ่งอาจไม่มี

⁶International Franchise Association, **What is a Franchise** [Online], available URL: <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>, 2015 (September, 19).

⁷Franchise Council of Australia, **What is Franchising** [Online], available URL: <http://www.franchise.org.au/what-is-franchising-.html>, 2015 (September, 19).

ความรู้ในการทำธุรกิจนั้นเลยเป็นเจ้าของธุรกิจ ทำธุรกิจนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และย่นเวลา เรียนรู้การทำธุรกิจ⁸ ธุรกิจแฟรนไชส์ที่ประสบความสำเร็จและมีชื่อเสียงแล้วจึงมักเก็บค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ในอัตราสูงกว่าธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้น และยังมีชื่อเสียงมากมักเช่น ค่าแฟรนไชส์ของแมคโดนัลด์⁹ และเคเอฟซี¹⁰ 45,000 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนกาแฟแบล็คแคนยอน 800,000 บาท¹¹ เป็นต้น

2) เป็นธุรกิจที่ถ่ายทอดและสอนให้บุคคลอื่นทำตามได้ ในระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซอร์ต้องถ่ายทอดและฝึกอบรมให้แฟรนไชซีทำธุรกิจได้ตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ แม้ในอดีตแฟรนไชส์ส่วนใหญ่ในประเทศไทยจะเน้นให้แฟรนไชซีต้องเป็นผู้ประกอบการเอง (Owner operator) แต่ปัจจุบันแฟรนไชซีในแบบนักลงทุน (Investor) ได้รับความนิยมมากขึ้น แต่ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด แฟรนไชซอร์จะต้องถ่ายทอดและฝึกอบรมให้แฟรนไชซี (ในกรณีแฟรนไชซีเป็นผู้ประกอบการเอง) หรือพนักงานหรือตัวแทนของแฟรนไชซี (ในกรณีเป็นแฟรนไชซีเป็นนักลงทุน) ทำธุรกิจแฟรนไชส์ให้เป็นไปตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์การกำหนดว่าแฟรนไชซีจะเป็นแบบใดขึ้นกับนโยบายของแฟรนไชซอร์แฟรนไชซอร์จึงอาจกำหนดเจาะจงว่าแฟรนไชซีต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่บริหารร้านแฟรนไชส์ด้วยตนเองเท่านั้นก็ได้

การถ่ายทอดและฝึกอบรมแก่แฟรนไชซีหรือผู้แทนของแฟรนไชซีเพื่อให้ทำธุรกิจได้เป็นไปตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์เป็นเงื่อนไขหลักประการหนึ่งของระบบแฟรนไชส์และสอดคล้องกับหลักการของระบบแฟรนไชส์ที่ว่า แฟรนไชซีเป็นเจ้าของร้านแฟรนไชส์ที่ตนลงทุนต้องบริหารจัดการเองตามวิธีการที่รับถ่ายทอดมา ตลอดจนเสี่ยงรับผลกำไรหรือขาดทุนจากธุรกิจนั้นเอง ไม่เกี่ยวกับแฟรนไชซอร์กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ แฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกต่างหากจากแฟรนไชซอร์

⁸กฎหมายแฟรนไชส์ของหลายประเทศจะกำหนดให้แฟรนไชซอร์จะต้องแสดงหลักฐานการมีสาขาแฟรนไชส์จำนวนหนึ่ง และยังต้องแสดงหลักฐานงบการเงินที่แสดงผลกำไรจากการทำธุรกิจติดต่อกันไม่น้อยกว่าระยะเวลาหนึ่ง เช่น Regulation on the Administration of Commercial Franchise, 2007 ของประเทศจีนกำหนดคุณสมบัติแฟรนไชซอร์ต้องมีสาขาแฟรนไชส์ที่เป็นของตนเอง (Own shop) ไม่น้อยกว่าสองสาขา และประกอบธุรกิจแฟรนไชส์นั้นมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี (2+1 Rule) ในประเทศเวียดนาม Decree No.35/2006 ND-CP, Detailing Implementation of Commercial 2005 regarding Franchising กำหนดให้แฟรนไชซอร์ต้องทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี.

⁹International Franchise Association, **McDonalds Franchise** [Online], available URL: <https://www.franchisehelp.com/franchises/mcdonalds/>, 2015 (October, 15).

¹⁰Entrepreneur Asia Pacific, **KFC US LLC** [Online], available URL: <http://www.entrepreneur.com/franchises/kfccorp/282495-0.html>, 2015 (October, 15).

¹¹Thai Franchise Center, **แบล็คแคนยอนคอฟฟี่** [Online], available URL: <http://www.thai-franchisecenter.com/directory/detail.php?fcID=f0000000037>, 2015 (October, 15).

3) เป็นธุรกิจที่ลอกเลียนได้ยาก กรณีธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีวิธีทำธุรกิจไม่ซับซ้อนนักจะง่ายต่อการลอกเลียนทำให้ผู้อื่นไม่สนใจเข้าเป็นแฟรนไชซี เพราะสามารถศึกษาและทำเลียนแบบเองได้ง่ายรวมทั้งง่ายต่อแฟรนไชซีที่จะลอบนำรูปแบบธุรกิจไปดำเนินการต่อหลังสัญญาแฟรนไชส์สิ้นสุดด้วย ธุรกิจแฟรนไชส์จึงต้องมีลักษณะพิเศษที่บุคคลอื่นรวมทั้งบุคคลที่เคยเป็นแฟรนไชซีไม่อาจลอกเลียนได้ง่าย เช่น แฟรนไชซอร์มีเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความนิยมสูงแม้บุคคลอื่นทำธุรกิจเลียนแบบได้ แต่เมื่อเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซีไม่ได้รับความนิยมก็ไม่สามารถแข่งขันกับธุรกิจของแฟรนไชซอร์ได้ หรือแฟรนไชส์บางรายปิดสูตรลับหรือวิธีการทำธุรกิจบางอย่างไว้ทำให้ทำธุรกิจเลียนแบบได้ยาก เช่น แฟรนไชส์ก๋วยเตี๋ยวบังคับให้แฟรนไชซีซื้อก้อน้ำซุ้จากแฟรนไชซอร์ ทำให้แฟรนไชซีไม่รู้ส่วนผสมของน้ำซุ้ เป็นต้น

เอกลักษณ์เฉพาะตัวของธุรกิจแฟรนไชส์ที่ต่างจากธุรกิจอื่นดังกล่าวทำให้ความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์แฟรนไชซี และบุคคลภายนอกมีความซับซ้อนกว่าความสัมพันธ์ในธุรกิจอื่นทั่วไป ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

3. รูปแบบและความสัมพันธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์ (Relationship in Franchise Business)

ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์แฟรนไชซี และผู้บริโภครที่มีความซับซ้อนและเชื่อมโยงกัน เฉพาะความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซียังแยกออกได้หลายมิติด้วยกัน ดังนี้

3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี

ความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีแยกได้เป็น 3 มิติ ดังนี้

1) สถานะบุคคล แฟรนไชซีจะมีสถานะทางกฎหมายแยกจากกัน โดยแฟรนไชซีจะมีสถานะบุคคลแยกจากแฟรนไชซอร์โดยเด็ดขาดแม้ทำธุรกิจโดยใช้เครื่องหมายการค้าและระบบของแฟรนไชซอร์ แต่ผลกำไรขาดทุนที่เกิดขึ้นจะเป็นของแฟรนไชซี ดังนั้น ในระบบแฟรนไชส์จะมีกลไกหลากหลายเพื่อแยกความแตกต่างของสถานะดังกล่าวให้ชัดเจน เช่น การห้ามแฟรนไชซี (กรณีเป็นนิติบุคคล) ใช้ชื่อที่เหมือนหรือพ้องกับชื่อของแฟรนไชซอร์ หรือเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ ดังนั้น แฟรนไชซอร์แบล็คแคนยอนจะไม่อนุญาตให้แฟรนไชซีที่เป็นนิติบุคคลใช้ชื่อนิติบุคคลว่า “แบล็คแคนยอน” รวมทั้งห้ามแฟรนไชซีอ้างเป็นตัวแทนของแฟรนไชซอร์เพื่อป้องกันมิให้สาธารณชนสับสนในสถานะของแฟรนไชซีและเข้าใจผิดว่าร้านของแฟรนไชซีเป็นร้านของแฟรนไชซอร์

2) **นิติสัมพันธ์** แม่แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีมีสถานะบุคคลแยกกัน แต่สัญญาแฟรนไชส์จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่าย ทั้งสองฝ่ายจึงเป็นคู่สัญญากันตามสัญญาแฟรนไชส์และสัญญามักกำหนดสิทธิหน้าที่ของแฟรนไชซี เพื่อให้มั่นใจว่าแฟรนไชซีจะปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ และหากเกิดเหตุไม่พึงประสงค์แฟรนไชซอร์สามารถใช้กลไกตามสัญญาระงับยับยั้งหรือบรรเทาผลร้ายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างทันทั่วทั้งที่และมีประสิทธิภาพ¹²

3) **คู่ค้าทางธุรกิจ** แฟรนไชซีต้องใช้เครื่องหมายการค้า และทำธุรกิจภายใต้มาตรฐานเดียวกันเพื่อรักษาชื่อเสียงและคุณค่าของธุรกิจของแฟรนไชซอร์ แฟรนไชซอร์จะแนะนำช่วยเหลือให้ธุรกิจของแฟรนไชซีประสบความสำเร็จตามเป้าหมายที่กำหนดร่วมกันไว้แต่ต้น รวมทั้งให้คำแนะนำแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและติดตามผลประกอบการของแฟรนไชซีสม่ำเสมอ หากผลประกอบการดีแฟรนไชซอร์ก็จะมีรายได้สูงตามไปด้วยและยังช่วยสร้างความมั่นใจแก่บุคคลอื่นให้สนใจเข้ามาเป็นแฟรนไชซีเพิ่มขึ้นด้วย ความสัมพันธ์ในลักษณะคู่ค้าทางธุรกิจเช่นนี้ทำให้แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีต้องทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิด เทียบได้กับการแต่งงานในทางธุรกิจ

จากความสัมพันธ์ในมิติต่างๆ ดังกล่าวจะเห็นว่า แม่แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะเป็นบุคคลแยกจากกัน และต่างทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ของตน (นิติสถานะบุคคล) แต่ทั้งสองมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายภายใต้สัญญา (นิติสัมพันธ์) แฟรนไชซอร์ต้องถ่ายทอดองค์ความรู้ ให้คำแนะนำช่วยเหลือแฟรนไชซีอย่างใกล้ชิดตลอดอายุสัญญา เพื่อให้ธุรกิจของแฟรนไชซีเป็นไปตามมาตรฐานและประสบผลสำเร็จตามเป้าหมายที่กำหนดไว้และเพื่อเพิ่มรายได้ของแฟรนไชซอร์ (นิติคู่ค้าทางธุรกิจ)¹³ ทั้งสองฝ่ายจึงมีบทบาทและหน้าที่ที่ต้องทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิด เปรียบดัง

¹² สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาที่มีเนื้อหาเข้มงวดแฟรนไชซอร์เป็นฝ่ายทำสัญญาโดยแฟรนไชซีไม่อาจต่อรองหรือแก้ไขสัญญาได้ และแม้สัญญาจะต้องการความเข้มงวดในเงื่อนไขต่างๆ แต่ขณะเดียวกันก็ต้องการความยืดหยุ่นในการทำธุรกิจไปพร้อมกันด้วย ดังนั้น ในสัญญาแฟรนไชส์จึงมีระบุเงื่อนไขประเภทที่เรียกว่า “ข้อสัญญาตกลงว่าจะตกลง” (agree to agree terms) จึงเป็นเหตุให้มีข้อตำหนิว่าเป็นสัญญาที่เอาเปรียบ อย่างไรก็ตามหากแฟรนไชซีไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์อาจส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงและกว้างขวาง ผู้บริโภคจะเกิดทัศนคติที่ไม่ดีต่อแฟรนไชส์นั้นทุกสาขา โปรดดู Paul H. Rubin, “The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract,” *Journal of Law and Economics* 21 (1978): 223, 227-228 ทำให้แฟรนไชซอร์ต้องกำกับการทำธุรกิจของแฟรนไชซีใกล้ชิด อีกทั้งต้องมีความยืดหยุ่นในการแก้ไขปัญหาทำให้ต้องใช้นโยบายแบบตกลงว่าจะตกลง ซึ่งอาจเป็นช่องทางให้แฟรนไชซอร์เอาเปรียบ แฟรนไชซีได้ ผู้สนใจแนวทางการบรรเทาความได้เปรียบของแฟรนไชซอร์โปรดดูเพิ่มเติมในสมชาย รัตน์เชื้อสกุล, “หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์,” *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์* 4, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558).

¹³ ความสัมพันธ์ที่ทับซ้อนหลายระดับ (Multi-layer Relationship) เช่นนี้ไม่ปรากฏในการให้สิทธิในรูปแบบอื่น เช่น การแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดจำหน่ายแต่ผู้เดียว (Exclusive distribution) โปรดดู OECD, *Report on*

ส่วนผสมของเครื่องปรุงที่จะช่วยให้อาหารมีรสชาติดี หากส่วนผสมส่วนใดส่วนหนึ่งขาดหายไปความสำเร็จในระบบแฟรนไชส์ก็ยากที่จะเกิดขึ้น¹⁴ ความสัมพันธ์ที่ทับซ้อนหลายระดับ (Multi-layer Relationship) นี้มักก่อความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันและดำเนินธุรกิจเพื่อประโยชน์ร่วมกัน

3.2 ความสัมพันธ์ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีต่อบุคคลภายนอก

ระบบแฟรนไชส์จะสร้างช่องทางกระจายสินค้าไปยังผู้บริโภคผ่านร้านสาขาแฟรนไชส์ที่อยู่ภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกันทำธุรกิจในรูปแบบเดียวกัน การตกแต่งร้านเป็นอย่างเดียวกัน พนักงานสวมเครื่องแบบเหมือนกัน ฯลฯ ทำให้ในสายตาผู้บริโภคจะไม่ให้ความสำคัญว่าแต่ละสาขาจะมีเจ้าของ (แฟรนไชซี) ต่างรายกันหรือไม่ ผู้บริโภคจะรับรู้ (Consumer perception) ว่าสินค้าหรือบริการไม่ว่าจะเป็นร้านแฟรนไชส์สาขาใดก็จะมีคุณภาพมาตรฐานและจำหน่ายในราคาเท่ากัน¹⁵

แต่โดยหลักการแฟรนไชซีทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ตนเองแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีเป็นเพียงพันธมิตรในทางธุรกิจ (Business Partners) และต่างได้รับประโยชน์จากรูปแบบธุรกิจนี้ (Win-win business model) แฟรนไชซีจึงต้องมีความเป็นผู้ประกอบการในตัวเอง (Entrepreneurship)¹⁶ และประกอบธุรกิจเพื่อให้เกิดกำไรสูงสุดแก่ตนเองภายใต้ระบบธุรกิจที่ได้รับถ่ายทอดจากแฟรนไชซอร์ แม้แฟรนไชซอร์จะได้ส่วนแบ่งจากยอดขายของแฟรนไชซีที่เพิ่มขึ้น (กรณีแฟรนไชซอร์เก็บค่าสิทธิ-Royalty จากยอดขายของแฟรนไชซี) แต่ผลกำไรทั้งจำนวนเป็นของแฟรนไชซี ค่าสิทธิที่ชำระแก่แฟรนไชซอร์เป็นต้นทุน (Cost) ทางธุรกิจเช่นเดียวกับค่าเช่า ค่าจ้างพนักงาน ค่าสาธารณูปโภค เป็นต้นความรู้สึกเป็นเจ้าของจะผลักดันให้แฟรนไชซีมุ่งทำกำไรสูงสุด (self-interest) โดยใช้ประโยชน์จากระบบธุรกิจที่ได้รับถ่ายทอด และชื่อเสียงความนิยมในเครื่องหมายการค้า สินค้าและบริการของแฟรนไชซอร์

Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements [Online], available URL: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf>, 2015 (November, 12).

¹⁴Minority and Franchising: Hearing before the Committee on Small Business, 102D Cong., 9 (1991).

¹⁵Paul H. Rubin, op.cit., p. 228.

¹⁶ผู้ประกอบการอาจเลือกเริ่มต้นทำธุรกิจด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องเข้าสู่ระบบแฟรนไชส์ แต่ภายใต้ระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซีจะได้รับการถ่ายทอดวิธีการทำธุรกิจ (ที่พิสูจน์แล้วว่าประสบความสำเร็จ) ตลอดจนประสบการณ์ ทำให้ความเสี่ยงในการทำธุรกิจลดน้อยลง แฟรนไชซีจึงต้องผสมผสานประสบการณ์และระบบของแฟรนไชซอร์เข้ากับความเป็นผู้ประกอบการ (Entrepreneurship) ของตน เพื่อสร้างผลกำไรให้กับธุรกิจของตนมากที่สุด.

เมื่อแฟรนไชซีทำธุรกิจเพื่อประโยชน์ของตนโดยแท้ แฟรนไชซีจึงต้องรับผิดชอบด้วยตนเองแต่เพียงลำพังจากการทำธุรกิจของตนต่อบุคคลภายนอก (เช่นเดียวกับกรณีแฟรนไชซีทำธุรกิจด้วยตนเองโดยไม่เข้าร่วมในระบบแฟรนไชส์) เช่น รับผิดชอบค่าจ้างต่อลูกจ้างในร้าน รับผิดชอบค่าสินค้าหรือวัตถุดิบที่ซื้อจากแฟรนไชซอร์ หรือบุคคลที่แฟรนไชซอร์กำหนด (Suppliers) รับผิดชอบต่อลูกค้าผู้บริโภคร ฯลฯ¹⁷ ในสัญญาแฟรนไชส์จึงมักระบุว่าแฟรนไชซีได้พิจารณาความเป็นไปได้ทางธุรกิจเป็นอย่างดีแล้ว ก่อนตัดสินใจเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ และจะรับผิดชอบแต่เพียงฝ่ายเดียวจากการประกอบธุรกิจนั้น ตลอดจนจะไม่กล่าวอ้างความล้มเหลวในการทำธุรกิจ (หากมี) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ จากแฟรนไชซอร์

ดังนั้น การทำความเข้าใจต่อเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกิจกรรมแต่ละประเภทของแฟรนไชซีภายใต้ทฤษฎีสองเงา ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป จะช่วยให้การปรับหลักกฎหมายต่างๆ สอดคล้องกับหลักการของระบบแฟรนไชส์อย่างแท้จริง

4. ทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory)

จากลักษณะ ธรรมชาติ และรูปแบบความสัมพันธ์ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ข้างต้นแฟรนไชซีจึงต้องพิจารณาเลือกแฟรนไชซอร์อย่างรอบคอบก่อนตัดสินใจลงทุนในแฟรนไชส์ใดทั้งในแง่ประสิทธิภาพธุรกิจของแฟรนไชซอร์ ผลประกอบการที่ผ่านมา ชื่อเสียงและการยอมรับของผู้บริโภคต่อเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ ฯลฯ ขณะที่แฟรนไชซอร์ก็ต้องพิจารณาคัดเลือกแฟรนไชซีที่เหมาะสมเพื่อไม่ให้แฟรนไชซีที่ขาดประสิทธิภาพหรือไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรฐานก่อความเสียหายต่อภาพลักษณ์ธุรกิจของแฟรนไชซอร์ ซึ่งจะส่งผลเสียอย่างรุนแรงในวงกว้างทั้งต่อแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีทุกราย

ดังนั้น แม้แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกจากกันดำเนินกิจการเพื่อตนเอง แต่การทำธุรกิจภายใต้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ย่อมเปรียบเสมือนแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีทุกรายร่วมมือกันขับเคลื่อนธุรกิจนั้นร่วมกัน ส่งผลต่อองค์กรแฟรนไชส์นั้นในภาพรวม ดังนั้น กิจกรรมหนึ่งๆ ของแฟรนไชซีจึงต้องพิจารณาให้ถ่องแท้ว่าแฟรนไชซีทำเพื่อประโยชน์ของตนเองโดยแท้ หรือทำเพื่อองค์กรแฟรนไชส์โดยรวม แฟรนไชซีจึงเสมือนมีสองเงาในร่างเดียว เงาหนึ่งเป็น “เงาตนเอง” (Individual Shadow) เน้นประโยชน์ตนเอง และ “เงาองค์กร” (Franchise

¹⁷ หากความรับผิดชอบนั้นเกิดขึ้นจากแฟรนไชซอร์มีส่วนด้วย เช่น กรณีสินค้าที่แฟรนไชซอร์ส่งให้แฟรนไชซีจำหน่ายนั้นปนเปื้อนและทำให้ผู้บริโภคต้องเสีย แต่หากการปนเปื้อนนั้นเกิดจากการเก็บรักษาของแฟรนไชซีไม่ดีไม่เป็นไปตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ กรณีนี้แฟรนไชซีจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบเองโดยตรง.

Organization Shadow) เน้นประโยชน์องค์กรแฟรนไชส์ในภาพรวม การพิจารณากิจกรมหรือการดำเนินการของแฟรนไชซีจึงต้องตระหนักและเข้าใจธรรมชาติของระบบแฟรนไชส์ภายใต้ “ทฤษฎีสองเงา” มิเช่นนั้นแล้วอาจเข้าใจและวินิจฉัยคลาดเคลื่อนว่าพฤติกรรมหรือกิจกรรมของแฟรนไชซีในกรณีหนึ่งๆ นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของฝ่ายใดแน่

เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับกิจกรรมของแฟรนไชซีภายใต้กฎหมายแข่งขันทางการค้า และภายใต้กฎหมายภาษีอากร เพื่อแสดงให้เห็นถึงความคลาดเคลื่อนที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่เข้าใจธรรมชาติและลักษณะเฉพาะของระบบแฟรนไชส์

4.1 กรณีการแข่งขันทางการค้า

กฎหมายป้องกันการผูกขาด (Antitrust Law, Monopoly Law) หรือกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน (Competition Law) มีเป้าหมายส่งเสริมและธำรงไว้ซึ่งการแข่งขันในตลาด¹⁸ เนื่องจากการแข่งขันจะเป็นกลไก (หรือที่เรียกว่า “มือที่มองไม่เห็น”- Invisible hand) ที่ทำให้การผลิต การบริโภคและการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และใช้ทรัพยากรที่มีอย่างจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด

ในธุรกิจแฟรนไชส์แฟรนไชซีต้องจำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคาที่แฟรนไชซอร์กำหนด เพื่อผลประกอบการและความสำเร็จในธุรกิจของแฟรนไชซี แฟรนไชซอร์จึงต้องกำหนดโครงสร้างราคาสินค้าและบริการที่จะทำให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดประการหนึ่ง ตนเองเป็นผู้จำหน่ายสินค้าและบริการนั้นๆ ด้วยตนเอง โครงสร้างราคาสินค้าหรือบริการที่เป็นมาตรฐานเดียวกันจะทำให้ผู้บริโภคเชื่อมั่นในสินค้าและบริการร้านแฟรนไชส์ทุกสาขาจึงเปรียบเสมือนหน่วยธุรกิจเดียวกัน และเน้นแข่งขันกับผู้ประกอบการภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่น (Inter-brand competition) มากกว่าที่จะเน้นแข่งขันในระหว่างแฟรนไชซีด้วยกันเอง (Intra-brand competition) เพราะการแข่งขันราคา ระหว่างแฟรนไชซีด้วยกันเองจะกระทบต่อผลประกอบการของแฟรนไชซีทุกราย¹⁹ และกระทบต่อภาพรวมของผลประกอบการของแฟรนไชส์นั้น

อย่างไรก็ดี พฤติกรรมที่แฟรนไชซอร์กำหนดให้แฟรนไชซีจำหน่ายสินค้าหรือบริการในราคาเดียวกันทั้งหมดนี้ในสายตาของกฎหมายแข่งขันทางการค้าถือว่าเป็น “การร่วมกันกำหนดราคา

¹⁸ สุธีร์ ศุภนิติย์, หลักการและกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2522 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 6, 17.

¹⁹ OECD, op.cit., p. 10.

สินค้าในแนวตั้ง” (Vertical Price Fixing) หรือ “การรักษาระดับราคาขายปลีก” (Resale Price Maintenance- RPM) ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้า^{20, 21}

แฟรนไชซอร์มีพันธะที่ต้องช่วยให้แฟรนไชซีประสบความสำเร็จตามแผนธุรกิจ (Business Plan) ที่วางไว้ ปัจจัยด้านรายรับของแฟรนไชซีเป็นหัวใจสำคัญ การตั้งราคาขาย (ตามประสบการณ์ของแฟรนไชซอร์) จึงเป็นกลยุทธ์ที่จะทำให้ยอดขายของแฟรนไชซีเป็นไปตามเป้าที่วางไว้โดยแฟรนไชซอร์จะกำหนดราคาขายประหนึ่งแฟรนไชซอร์กำหนดราคาขายสินค้าในร้านของตนเอง

²⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกา RPM เดิมศาลวางหลักในคดี Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911) ถือว่าเป็นความผิดในตัวเอง (*Per se illegal*) แต่ต่อมาในคดี Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007) ศาลเปลี่ยนมาใช้หลักความสมเหตุสมผล (Rule of Reason) อย่างไรก็ดี ในหลายมลรัฐปฏิเสธไม่นำหลักความสมเหตุสมผลมาใช้ เช่น ในปี 2009 รัฐแมริแลนด์ได้แก้ไขกฎหมายเพื่อยืนยันว่า กรณี RPM ยังคงเป็นความผิดในตัวเอง (Maryland Commercial Law Code 11-204(b)) สภาพการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นในมลรัฐอื่นๆ ด้วย อาทิ แคลิฟอร์เนีย (California v. Derma Quest, Inc., 2010-1 Trade Cas. 76,922 (Sup. Ct. Ala. Cty.Feb. 23, 2010)) นิวยอร์ก อิลลินอยส์ และมิชิแกน (New York v. Herman Miller Inc., No. 08 CV-02977, 2008-2 Trade Cas. (CCH) 76,454 (S.D.N.Y., March 25, 2008) ในคดีนี้ อัยการของอิลลินอยส์ และมิชิแกนเข้าร่วมกับอัยการนิวยอร์กด้วย).

²¹ การกำหนดระดับราคานี้ อาจแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบได้แก่ ก. การกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูง (Maximum Resale Price Maintenance) หมายถึง แฟรนไชซอร์กำหนดราคาขั้นสูงของสินค้าหรือบริการไว้ และแฟรนไชซีจะไม่สามารถขายสินค้าหรือบริการเกินกว่าราคาขั้นสูงดังกล่าว ข. การกำหนดราคาขายปลีกขั้นต่ำ (Minimum Resale Price Maintenance) หมายถึง แฟรนไชซอร์กำหนดราคาขั้นต่ำของสินค้าหรือบริการไว้ และแฟรนไชซีจะไม่สามารถขายสินค้าหรือบริการต่ำกว่าราคาขั้นต่ำดังกล่าว และ ค. การกำหนดราคาขายปลีก (Fixed Resale Price) หมายถึง แฟรนไชซอร์กำหนดราคาสินค้าหรือบริการ และแฟรนไชซีจะต้องขายสินค้าหรือบริการในราคาดังกล่าวเท่านั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนปี 1997 ศาลถือว่าการกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูง (Maximum Resale Price Maintenance) เป็นความผิดในตัวเอง (*Per se illegal*) เนื่องจากเห็นว่า ผู้ประกอบการมักจะขายในราคาขั้นสูงนั้นเหมือนกัน ทำให้ราคาขั้นสูงเปรียบเสมือนราคาขั้นต่ำไปโดยปริยาย การกำหนดราคาขั้นสูงยังจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบการที่จะขายสินค้าหรือบริการตามที่ผู้บริโภคพึงพอใจจะจ่าย และยังปิดกั้นเสรีภาพของผู้ประกอบการโดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดใหญ่ที่จะเสนอขายสินค้าหรือบริการภายใต้สิ่งอำนวยความสะดวกอื่นประกอบ โปรดดู Albrecht v. Herald Co., 390 U.S.145 (1968) at 152-153 แต่คำพิพากษาในคดี State Oil v. Khan, 552 U.S.3 (1997) ได้วินิจฉัยว่า การกำหนดราคาขายปลีกขั้นสูงไม่เป็นความผิดในตัวเอง แต่ต้องพิจารณาความสมเหตุสมผลของการกระทำดังกล่าว (Rule of reason) โดยเห็นว่าการกำหนดราคาขั้นสูงไม่ให้ขายเกินกว่าราคาดังกล่าว จะทำให้ผู้ประกอบการแข่งขันขายสินค้าในราคาที่ต่ำ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับผู้บริโภค.

ประกอบกับแฟรนไชซีแต่ละรายจะได้รับสินค้าหรือวัตถุดิบจากแหล่งเดียวกัน²² จึงมีต้นทุนไม่ต่างกัน หากมีการแข่งขันในระหว่างแฟรนไชซีด้วยกันเอง ย่อมกระทบต่อประมาณการรายรับที่กำหนดไว้ ส่งผลต่อระยะเวลาในการคืนทุนต้องยืดออกไป หากผลประกอบการของแฟรนไชซีล้มเหลวจะกระทบต่อภาพลักษณ์ของธุรกิจแฟรนไชส์นั้นและอาจทำให้มีผู้สนใจลงทุนเข้าเป็นแฟรนไชซีในธุรกิจนั้นลดลง

หากลองเทียบร้านแฟรนไชส์ทุกสาขาเป็นของแฟรนไชเซอร์ทั้งหมด แฟรนไชเซอร์ย่อมกำหนดราคาขายที่มุ่งให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด และไม่มีทางกำหนดราคาให้ร้านของตนเองแต่ละร้านแข่งกันเอง ดังนั้น ราคาที่กำหนดย่อมเป็นสิ่งที่เกิดประสิทธิภาพสูงสุดกับร้านของแฟรนไชซีเช่นกัน แฟรนไชซีแต่ละรายจึงเปรียบเสมือนร้านๆ หนึ่งของแฟรนไชเซอร์และแฟรนไชซีแต่ละรายเสมือนกิ่งไม้แต่ละกิ่งที่ถูกมัดรวมกันเพื่อแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น (Inter-brand competition) ไม่ใช่แข่งขันในระหว่างแฟรนไชซีด้วยกันเอง (Intra-brand competition) การรวมกันแข่งขันกับผู้ประกอบการที่ใช้เครื่องหมายการค้าอื่นจะมีประสิทธิภาพ ประโยชน์จะตกแก่แฟรนไชซีแต่ละราย (Micro) ต่อผู้บริโภคและระบบเศรษฐกิจในภาพรวม (Macro) ในมิติของการแข่งขัน แฟรนไชซีทุกรายจึงฉาย “เงาองค์กร” (Franchise Organization Shadow) และร่วมมือกันในฐานะกิ่งไม้ที่ถูกมัดรวมกัน และไม่อาจแยกสถานะออกเป็นกิ่งไม้แต่ละกิ่งได้

ความสับสนที่ถือว่าแฟรนไชเซอร์และแฟรนไชซีเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกกันและต้องแข่งขันกันในบริบทของกฎหมายแข่งขันทางการค้า ดังที่ปรากฏในบางประเทศ อาทิ ญี่ปุ่น²³ ฝรั่งเศส²⁴ เยอรมัน²⁵ อังกฤษ²⁶ เป็นต้นผู้เขียนเห็นว่า นอกจากจะทำลายความแข็งแกร่งขององค์กรแฟรนไชส์

²² การกำหนดให้แฟรนไชซีต้องซื้อสินค้าหรือวัตถุดิบจากแฟรนไชเซอร์หรือบุคคลที่แฟรนไชเซอร์กำหนดจะช่วยให้แฟรนไชเซอร์สามารถควบคุมมาตรฐานของสินค้าและวัตถุดิบนั้นได้ อีกทั้งยังช่วยให้แฟรนไชซีซื้อสินค้าและวัตถุดิบในราคาถูกลงกว่าการซื้อเองในปริมาณน้อยๆ.

²³ Fair Trade Commission ของประเทศญี่ปุ่นเห็นว่า การกำหนดระดับราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (without good reason) ถือเป็นพฤติกรรมการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และต้องห้ามตาม Antimonopoly Act, Article 19 อย่างไรก็ตาม การที่แฟรนไชเซอร์แนะนำราคาให้กับแฟรนไชซี (Recommended Price) ได้รับอนุญาตให้กระทำได้เพื่อให้เกิดมาตรฐานในเครือข่ายหรือเพื่อสร้างทางเลือกให้แก่ผู้บริโภค โปรดดู FTC’s 1983 Decree on the Application of Antimonopoly Laws to Franchise Systems.

²⁴ การรักษาระดับราคาขายปลีก (Resale Price Maintenance) เป็นพฤติกรรมต้องห้ามตาม Title IV of Ordinance No.89-1243 of December 1986 Article 34.

²⁵ Act Against Restraints of Competition, Section 15 ห้ามการรักษาระดับราคาขายปลีกทั้งการกำหนดราคาขั้นสูงและขั้นต่ำ แม้กระทั่งการเผยแพร่ราคาที่แนะนำ (Recommended Price) ก็ถือว่าขัดต่อกฎหมายเช่นกัน กรณีที่ศาล (The Federal Supreme Court) ยอมรับการรักษาระดับราคาขายปลีกนั้น ต้องเป็น

ในการแข่งขันแล้วยังเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาและการเติบโตของระบบแฟรนไชส์อีกด้วย ซึ่งท้ายที่สุด ย่อมกระทบเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแข่งขันทางการค้า และลดทอนประโยชน์ที่จะเกิดกับผู้บริโภค ดังนั้น กฎหมายแข่งขันทางการค้าในบางประเทศจะกำหนดเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นสำหรับกรณีของแฟรนไชส์ เช่น Guidelines Concerning the Franchise System under the Antimonopoly Act, 2002 ของประเทศญี่ปุ่นที่เปิดช่องให้การกำหนดราคาสามารถทำได้หากอยู่บนพื้นฐานที่เหมาะสม หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 มาตรา 56 (3) ที่ยกเว้นให้กับธุรกิจแฟรนไชส์

4.2 กรณีการค้าการตลาดในเขตพื้นที่

การทำตลาดในเขตพื้นที่ (Local Store Marketing, Neighborhood Marketing) เป็นรูปแบบการทำตลาดประเภทหนึ่งที่น่าสนใจที่เน้นสร้างการรับรู้ (build awareness) ของลูกค้า²⁷ เพื่อช่วยเพิ่มยอดขายของสาขาแฟรนไชส์โดยให้สาขาทำการตลาด โฆษณาประชาสัมพันธ์กับลูกค้ารอบๆ บริเวณที่สาขานั้นตั้งอยู่ ซึ่งรูปแบบการทำตลาดจะต่างกันในแต่ละสาขาก็ได้²⁸

กรณีที่แฟรนไชซีต้องทำตัวเสมือนเป็นตัวแทนทางการค้า (acting in a way similar to commercial agents) ของแฟรนไชซอร์เท่านั้น โปรดดู BGH “Telefunken” (1986) WuW/E BGH 2238 ซึ่งได้กล่าวแล้วว่า ลักษณะของระบบแฟรนไชส์ แฟรนไชซีจะมีสถานะที่แยกขาดจากแฟรนไชซอร์ และไม่ได้ดำเนินธุรกิจในฐานะเป็นตัวแทนของแฟรนไชซอร์แต่ประการใด กล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้ไม่ได้คำนึงถึงรูปแบบของระบบธุรกิจแฟรนไชส์แต่อย่างใด.

²⁶The Resale Price Act, 1976 ห้ามการกำหนดราคาขายปลีก แต่ยินยอมให้มีการใช้ราคาที่แนะนำ (Recommended Price) ได้ โดย Office of Fair Trading จะตรวจสอบว่าแฟรนไชซี มีอิสระอย่างแท้จริงที่จะกำหนดราคาขายสินค้าของตนแตกต่างจากราคาที่แนะนำได้หรือไม่.

²⁷Ryan Pirkle, **The Importance of Local Store Marketing to SMBs** [Online], available URL: <http://www.linkedin.com/pulse/201407091632331-13718030-the-importance-of-local-store-marketing-to-smb-s>, 2017 (April, 25).

²⁸การทำตลาดในเขตพื้นที่อาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น การส่งจดหมายถึงลูกค้าโดยตรง (Direct Mail) การจัดโปรโมชั่นในวันใดวันหนึ่งหรือในช่วงใดช่วงหนึ่งของวัน (Day and Day-parts Promotions) การจัดโปรโมชั่นสำหรับลูกค้าประจำ (Loyalty Programs) การจัดกิจกรรมเพื่อหาทุนให้กับโรงเรียน (School and Fundraising Programs) ฯลฯ เป็นต้น โปรดดู Helen Bond, **Building Brand Through Local Store Marketing** [Online], available URL: http://www.franchising.com/articles/building_brand_through_local_store_marketing.html, 2017 (April, 25).

ในระบบแฟรนไชส์จะแบ่งการทำการตลาดเป็น 2 ระดับ ได้แก่ ระดับทั่วไป และระดับเขตพื้นที่²⁹ แฟรนไชซอร์จะรับผิดชอบในการทำการตลาดในระดับทั่วไป ซึ่งเป็นการโฆษณาภาพรวมของเครื่องหมายการค้า ไม่มุ่งเน้นไปยังพื้นที่ใดหรือสาขาใด โดยเฉพาะแฟรนไชซีแต่ละรายจะชำระค่าการตลาด (Marketing Fee) ในอัตราที่กำหนด³⁰ ให้แฟรนไชซอร์ปกติแฟรนไชซอร์จะร่วมสมทบค่าใช้จ่ายในการทำการตลาดด้วยลักษณะเช่นนี้ทำให้แฟรนไชซอร์มีงบประมาณมากพอที่จะทำการตลาดในภาพรวมเช่น การโฆษณาในโรงภาพยนตร์ ทีวี หรือนิตยสารที่มีชื่อเสียง ซึ่งหากไม่มีการร่วมสมทบเงินแฟรนไชซีแต่ละรายจะไม่มีงบประมาณมากพอที่จะทำการตลาดในระดับนี้ได้

ส่วนการตลาดในเขตพื้นที่หรือเรียกอีกอย่างว่า Below-the-line marketing แฟรนไชซีจะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายและดำเนินการเอง³¹ ตามมาตรฐานของแฟรนไชส์นั้นๆ เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะหรือรูปแบบความต้องการของผู้บริโภคที่เป็นลูกค้าของสาขานั้นโดยเฉพาะ ซึ่งแฟรนไชซีจะเป็นผู้ที่รู้จักและใกล้ชิดกับลูกค้าของตนมากกว่าและดีกว่าแฟรนไชซอร์ แฟรนไชส์ส่วนใหญ่จะกำหนดให้แฟรนไชซีต้องใช้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งตามที่กำหนดเพื่อการโฆษณาในเขตพื้นที่โดยไม่ต้องชำระเงินนี้ให้แฟรนไชซอร์รูปแบบการทำการตลาดอาจต่างไปตามพื้นที่ของแฟรนไชซีแต่ละราย ผู้บริโภคที่มีโอกาสรับรู้การทำการตลาดจะจำกัดเฉพาะผู้บริโภคที่อยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงกับร้านของแฟรนไชซีเท่านั้น ไม่มีผลทั่วไปดังเช่นการทำการตลาดในภาพรวม กรณีนี้จึงถือได้ว่า แฟรนไชซีได้กระทำเพื่อประโยชน์ของตนโดยแท้ จึงเป็นการกระทำในแบบ “เงาตนเอง” (Individual Shadow) เทียบได้กับกรณีผู้ที่ทำธุรกิจด้วยตนเองก็ต้องทำการตลาดของตนเองเช่นกัน โดยในระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซอร์จะใช้ประสบการณ์ของตนกำหนดอัตราค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสมเพื่อให้การทำการตลาดในเขตพื้นที่ประสบความสำเร็จ โดยไม่กระทบต่อเป้าหมายระยะเวลาคืนทุนของแฟรนไชซี ผู้เขียนเห็นว่ารายจ่ายในส่วนนี้แม้ต้องดำเนินการตามที่แฟรนไชซอร์กำหนดแต่ก็ต้องถือเป็นรายจ่ายของแฟรนไชซี

²⁹ ผู้สนใจโปรดศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สมชาย รัตนชื่อสกุล, “ฎีกา 4440/2552: ผลกระทบต่อธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิก AEC,” *บทบัญญัติ* 67, 4 (ธันวาคม 2554).

³⁰ การกำหนดอัตราค่าการตลาดมีหลายรูปแบบขึ้นกับความเหมาะสมที่แฟรนไชซอร์จะพิจารณา เช่น กำหนดให้จ่ายเป็นเปอร์เซ็นต์จากยอดขายทำนองเดียวกับค่าสิทธิ (Royalty) หรืออาจเป็นจำนวนแน่นอน (Fixed Fee) ซึ่งอาจให้จ่ายสม่ำเสมอ เช่น จ่ายเป็นรายเดือนพร้อมกับค่าสิทธิ หรืออาจจ่ายเป็นรายไตรมาส หรือรายปี ขึ้นอยู่กับแผนงานของแฟรนไชซอร์ในการทำการตลาด การเรียกเก็บค่าการตลาดนี้จะทำให้ได้เงินจำนวนมาก และนำไปใช้ทำการตลาดได้ในระดับกว้าง เช่น การทำหนังสือโฆษณาเพื่อลงในสื่อภาพยนตร์ หรือโทรทัศน์ หรือลงในนิตยสารที่มีชื่อเสียง ซึ่งแฟรนไชซีแต่ละรายจะไม่สามารถจัดงบประมาณเพื่อทำโฆษณาในระดับเช่นนี้ได้โดยลำพัง.

³¹ โปรดดู Rod Steven, *Local Store Marketing for your Franchise, QSR of Café* [Online], available URL: <http://ezinearticles.com/?Local-Store-Marketing-For-Your-Franchise,-QSR-Or-Café&id=4436683>, 2018 (April, 9).

และเพื่อประโยชน์ของแฟรนไชซีโดยแท้ทำนองเดียวกับค่าจ้างพนักงาน ค่าสาธารณูปโภค เป็นต้น ค่าการตลาดในเขตพื้นที่ที่กำหนดในระบบแฟรนไชส์จึงไม่อาจถือเป็นรายได้ของ แฟรนไชซอร์ แม้ อาจเห็นว่าการโฆษณาประชาสัมพันธ์โดยแฟรนไชซีในกรณีนี้จะมีส่วนช่วยให้เครื่องหมายทางการค้า ของแฟรนไชซอร์ได้รับความนิยมมากขึ้น แต่จากลักษณะและขอบเขตของการดำเนินการก็เป็นความ นิยมเฉพาะในพื้นที่ของแฟรนไชซีอันเป็นประโยชน์โดยตรงและชัดเจนต่อแฟรนไชซีมากกว่าแฟรนไชซอร์ อย่างไรก็ดี กรณีศึกษาที่น่าสนใจ ได้แก่คำพิพากษาฎีกาที่ 4440/2552 ที่ศาลฎีกามีความเห็น ว่า ค่าการตลาดในเขตพื้นที่ถือเป็นรายได้ หรือผลประโยชน์ที่แฟรนไชซอร์ได้รับซึ่งนำไปสู่ประเด็นภาษี จนวนเป็นที่มาของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว

ข้อเท็จจริงโดยย่อในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4440/2552 นี้เป็นการให้สิทธิมาสเตอร์แฟรนไชส์³² จากบริษัท A (แฟรนไชซอร์) ในประเทศสหรัฐอเมริกามายังบริษัท B (แฟรนไชซี) ในประเทศไทย เงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ระบุให้แฟรนไชซีต้องทำการตลาดในเขตพื้นที่ตามจำนวนเงินที่แฟรนไชซอร์ กำหนดค่าใช้จ่ายส่วนนี้ไม่ต้องชำระให้แฟรนไชซอร์แต่แฟรนไชซีต้องใช้จ่ายเงินจำนวนดังกล่าวทำ การตลาดในเขตพื้นที่ด้วยตนเองเจ้าพนักงานประเมินแจ้งให้แฟรนไชซีชำระภาษีเงินได้นิติบุคคลและ ภาษีมูลค่าเพิ่มโดยถือว่าเงินค่าการตลาดเป็นเงินได้พึงประเมินของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีมี หน้าที่นำส่งภาษีแทนแฟรนไชซอร์ แฟรนไชซีจึงยื่นฟ้องต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอน หนังสือประเมินและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ คู่ความทั้งสองฝ่ายอุทธรณ์ต่อ ศาลฎีกา

ศาลฎีกาแผนกภาษีอากรวินิจฉัยในส่วนค่าการตลาดในเขตพื้นที่สรุปว่า แม้แฟรนไชซีจะ มิได้จ่ายให้แก่แฟรนไชซอร์โดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นประโยชน์ที่แฟรนไชซอร์ได้รับโดยแฟรนไชซอร์ ไม่ต้องไปดำเนินการโฆษณาสินค้าภายใต้เครื่องหมายของแฟรนไชซอร์ตามรูปแบบและเนื้อหาที่ แฟรนไชซอร์พอใจ จึงถือได้ว่าเป็นเงินได้พึงประเมินตามบทนิยามความหมายของ "เงินได้พึงประเมิน" ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร *กรณีนี้จึงถือได้ว่าแฟรนไชซอร์ได้รับประโยชน์หรือ "เงินได้พึง ประเมิน" เช่นว่านี้เป็นส่วนหนึ่งของค่าแฟรนไชส์* นอกเหนือจากที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาแฟรนไชส์ นั้นเอง เงินได้พึงประเมินที่แฟรนไชซอร์ได้รับจากแฟรนไชซีเช่นนี้จึงจัดเข้าลักษณะเป็นค่าตอบแทน ในการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอันเป็นค่าแห่งกู้ดวิลล์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่นตาม มาตรา 40 (3) แห่งประมวลรัษฎากรและการที่แฟรนไชซีจ่ายเงินค่าแฟรนไชส์ที่เข้าลักษณะเป็นค่าแห่ง

³² การให้สิทธิในกรณีนี้เป็นแบบมาสเตอร์แฟรนไชส์ (Master Franchise) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในการให้สิทธิแฟรนไชส์ไปต่างประเทศ การให้สิทธิแฟรนไชส์แบบนี้จะต่างจากการให้สิทธิแบบสาขา เดียว (Single Unit Franchise) และการให้สิทธิแบบพัฒนาเขตพื้นที่ (Area Development Franchise); ผู้สนใจ รายละเอียดข้อเท็จจริงในคดีนี้ โปรดดูเพิ่มเติม สมชายรัตนเชื้อสกุล, เรื่องเดิม.

สิทธิอย่างอื่นตามมาตรา 40 (3) ให้แก่แฟรนไชซอร์เช่นนี้ย่อมเข้าลักษณะเป็นการชำระราคาค่าบริการให้แก่ผู้ประกอบการที่ได้ให้บริการในต่างประเทศและได้มีการใช้บริการนั้นในราชอาณาจักรจึงเข้าเกณฑ์ตามกฎหมายที่แฟรนไชซีผู้จ่ายเงินค่าบริการมีหน้าที่นำส่งเงินภาษีมูลค่าเพิ่มที่แฟรนไชซอร์มีหน้าที่เสียภาษีตามมาตรา 83/6 (2) แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้นการประเมินตามหนังสือแจ้งให้นำส่งภาษีเงินได้นิติบุคคลและหนังสือแจ้งการประเมินภาษีมูลค่าเพิ่มของเจ้าพนักงานประเมินและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์จึงชอบแล้ว พินากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวส่งผลให้ แฟรนไชซีมีหน้าที่ต้องนำส่งภาษีเงินได้นิติบุคคลหัก ณ ที่จ่ายและนำส่งภาษีมูลค่าเพิ่มที่แฟรนไชซอร์มีหน้าที่เสียภาษีตามประมวลรัษฎากรมาตรา 83/6 (2)³³

ผู้เขียนเห็นว่า การทำการตลาดในเขตพื้นที่ของแฟรนไชซีโดยหลักการตั้งได้กล่าวแล้วข้างต้น ถือเป็น การดำเนินการประหนึ่งการโฆษณาเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซีเอง เพื่อประโยชน์ของตนเอง และยากที่จะคาดหมายหรือคำนวณได้ว่า ผลจากการกระทำของตนจะก่อประโยชน์ต่อความนิยมในเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ในต่างประเทศเท่าใด ในทางกลับกัน หากยึดถือดังเช่นศาลฎีกามีคำวินิจฉัย การโฆษณาประชาสัมพันธ์เครื่องหมายไม่ว่าจะโดยแฟรนไชซอร์ (ในประเทศของแฟรนไชซอร์) หรือโดยแฟรนไชซีรายอื่นๆ ย่อมถือเป็นผลประโยชน์ที่ตกให้แก่แฟรนไชซีในประเทศไทยด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ยากจะคาดหมายหรือคำนวณผลประโยชน์เช่นนี้ได้ และยังขัดกับหลักการและแนวคิดของการทำการตลาดในเขตพื้นที่ของระบบแฟรนไชส์ที่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายว่า เงินค่าการตลาดในเขตพื้นที่ไม่ถือเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์

ข้อสรุปตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นด้วยกับการประเมินของพนักงานประเมินและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้น แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อสถานะที่ทับซ้อนกันของกิจกรรมของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีในระบบธุรกิจแฟรนไชส์³⁴

ผู้เขียนเห็นว่า ในธุรกิจค้าปลีกซึ่งรวมถึงธุรกิจแฟรนไชส์นั้น การโฆษณาประชาสัมพันธ์เป็นสิ่งจำเป็น ค่าใช้จ่ายส่วนนี้จะสูงหรือต่ำขึ้นกับการวางแผนของผู้ประกอบการเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประโยชน์ในเชิงธุรกิจสูงสุด ดังนั้น หากแฟรนไชซีทำธุรกิจด้วยตนเองโดยไม่ได้เข้าสู่ระบบแฟรนไชส์แฟรนไชซีก็ต้องทำการตลาดและโฆษณาประชาสัมพันธ์เครื่องหมายการค้าของตนเช่นเดียวกัน

ภายใต้ระบบแฟรนไชส์ แฟรนไชซีได้สิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ ประหนึ่งเป็นเครื่องหมายของตนเอง การทำการตลาดจึงเสมือนการทำการตลาดเครื่องหมายการค้า

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4440/2552.

³⁴ ผู้สนใจบทวิเคราะห์และผลกระทบของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยละเอียด โปรดดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตน์ชื้อสกุล, เรื่องเดิม.

ของแฟรนไชซีเอง เพื่อเป้าหมายทางธุรกิจของตนเองโดยแท้ (Individual Shadow) โดยต้องอยู่ภายใต้การกำกับของแฟรนไชซอร์ที่มีประสบการณ์ที่จะกำหนดได้ว่า แฟรนไชซีควรใช้งบประมาณเท่าใด ในช่วงเวลาใด และต้องทำการตลาดในรูปแบบใดจึงจะเหมาะสมกับธุรกิจของแฟรนไชซีในพื้นที่นั้นๆ แม้โดยทั่วไปในสัญญาแฟรนไชส์ แฟรนไชซอร์จะควบคุมรูปแบบของการทำการตลาดของแฟรนไชซีก็ตาม แต่ก็เป็นไปได้เพื่อมิให้รูปแบบหรือลักษณะของการทำการตลาดโดยแฟรนไชซีนั้นกระทบต่อภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้า³⁵ และเกิดประสิทธิภาพและประโยชน์สูงสุดแก่แฟรนไชซี การกำกับการทำการตลาดดังกล่าวเป็นไปตามรูปแบบของระบบแฟรนไชส์ และเป็นประโยชน์โดยตรงต่อแฟรนไชซีที่มีประสบการณ์ในเรื่องนี้น้อยกว่า แม้ว่าในท้ายที่สุดเมื่อธุรกิจของแฟรนไชซีประสบผลสำเร็จย่อมส่งผลดีต่อรายได้ของแฟรนไชซอร์และต่อชื่อเสียงของแฟรนไชส์นั้น แต่ก็เพียงผลทางอ้อมที่ยากจะคำนวณเป็นตัวเลขที่ชัดเจนว่าผลประโยชน์ที่เกิดจากการโฆษณาโดยแฟรนไชซีนั้นมีจำนวนเท่าใด

การกำหนดให้เงินค่าการตลาดในเขตพื้นที่ทั้งจำนวนเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์ตามความเห็นของศาลฎีกาที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกา 4440/2552 ข้างต้นทั้งที่เงินจำนวนดังกล่าวไม่ใช่และไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์แม้จะเป็นประโยชน์ต่อการเก็บภาษีรัฐ แต่ผู้เขียนเห็นว่า กลับทำให้เป้าหมายการทำการตลาดในเขตพื้นที่ในระบบแฟรนไชส์เกิดอุปสรรคและบิดเบี้ยวเพราะแฟรนไชส์บางรายอาจยกเลิกการทำการตลาดในเขตพื้นที่ หรืออาจปรับเปลี่ยนไปเก็บค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เป็นอย่างอื่นซึ่งอาจกระทบต่อรูปแบบของระบบแฟรนไชส์ และท้ายที่สุดอาจกระทบต่อการขยายตัวและการเจริญเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยโดยรวมทั้งที่ระบบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ในเชิงเศรษฐกิจในระดับมหภาคที่สำคัญที่ภาครัฐใช้ยกระดับความเจริญเติบโตของเศรษฐกิจของประเทศที่สนะที่เน้นการเก็บภาษีโดยไม่คำนึงถึงลักษณะและธรรมชาติที่พิเศษของธุรกิจแฟรนไชส์เช่นนี้จึงคลาดเคลื่อนและก่อให้เกิดผลกระทบในเชิงลบได้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ค่าการตลาดในเขตพื้นที่ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ควรถือว่าเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์ แต่ควรต้องถือเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจตามปกติของแฟรนไชซี ทำนองเดียวกับค่าใช้จ่ายอื่นๆ อาทิ ค่าจ้างแรงงาน ค่าสาธารณูปโภค เป็นต้น

³⁵ในระบบแฟรนไชส์ การควบคุมการทำการตลาดในเขตพื้นที่อาจดำเนินการได้ในหลายรูปแบบ อาทิ การกำหนดให้ต้องขออนุมัติจากแฟรนไชซอร์ก่อนดำเนินการ หรือแจ้งให้แฟรนไชซอร์ทราบเมื่อดำเนินการไปแล้ว ภายในเวลาที่กำหนด หรืออาจกำหนดรูปแบบมาตรฐานของการทำการตลาดในคู่มือปฏิบัติการ (Operation Manual) หากแฟรนไชซีดำเนินการตามที่กำหนดไว้แล้ว แฟรนไชซีสามารถดำเนินการได้เลย แต่ยังคงขออนุมัติจากแฟรนไชซอร์เฉพาะกรณีการดำเนินการที่ต่างไปจากคู่มือปฏิบัติการ.

5. บทสรุป

แฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ทางธุรกิจที่มีมิติทับซ้อนกันหลายเรื่อง แต่ก็ยังเป็นกลยุทธ์ที่ได้รับการยอมรับทั่วไปว่ามีประสิทธิภาพสูงสุดในการขยายสาขา ภาคธุรกิจค้าปลีกทั้งการจำหน่ายสินค้าหรือบริการจึงนิยมนำไปใช้อย่างแพร่หลาย มิติความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีที่ทับซ้อนกันทำให้เกิดลักษณะและรูปแบบพิเศษของความสัมพันธ์ โดยเฉพาะการเป็นองค์กรธุรกิจที่แยกขาดจากกันระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี แต่กลับใช้เครื่องหมายการค้าและดำเนินธุรกิจในรูปแบบและมาตรฐานเดียวกัน กิจกรรมหนึ่งๆ ในระบบแฟรนไชส์จึงอาจทำเพื่อประโยชน์ขององค์กรแฟรนไชส์โดยรวม (Organization Shadow) เช่น การร่วมมือในการแข่งขันกับผู้ประกอบการอื่น (Inter-brand competition) แต่บางกิจกรรมก็มุ่งเป้าที่ผลประโยชน์ของตนเองโดยแท้ (Individual Shadow) เช่น การทำการตลาดในเขตพื้นที่ (Local store marketing) เป็นต้น ความสับสนหรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของพฤติกรรมทางธุรกิจของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี จะทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายคลาดเคลื่อนและอาจเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการเติบโตของธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย เช่น กรณีไม่มีการแข่งขันระหว่างแฟรนไชซีของแฟรนไชซอร์รายเดียวกัน ต้องถือว่าไม่ใช่พฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันตามหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือค่าใช้จ่ายในการทำการตลาดในเขตพื้นที่จะต้องไม่ถือเป็นรายได้ของแฟรนไชซอร์

ดังนั้น ทฤษฎีสองเงา (Two Shadows Theory) ที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นจึงน่าจะเป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะช่วยให้เกิดความเข้าใจต่อพฤติกรรมทางธุรกิจในระบบแฟรนไชส์ว่าพฤติกรรมหนึ่งๆ นั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ขององค์กรแฟรนไชส์โดยรวม หรือเพื่อประโยชน์ของแฟรนไชซีเฉพาะรายความเข้าใจที่ชัดเจนดังกล่าวจะนำมาซึ่งการปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมสอดคล้องกับหลักการและแนวคิด ตลอดจนแนวประเพณีปฏิบัติของระบบแฟรนไชส์ซึ่งจะช่วยส่งเสริมให้ระบบแฟรนไชส์ในประเทศไทยเติบโต มีความเข้มแข็งและเจริญก้าวหน้าทัดเทียมกับแฟรนไชส์ของต่างประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยต่อไป

บรรณานุกรม

- สมชาย รัตน์ชื่อสกุล. “ฎีกา 4440/2552: ผลกระทบต่อธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิก AEC.” *บทบัญญัติ* 67, 4 (ธันวาคม 2554).
- _____. “หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์.” *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์* 4, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558).
- สุธีร์ศุภนิติย์. *หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2522*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555
- สำนักส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจ, กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กระทรวงพาณิชย์. *การศึกษาโครงสร้างธุรกิจและการบริหารจัดการธุรกิจแฟรนไชส์* [Online]. Available URL: [http:// www.dbd.go.th/download/doc/10Paper\(latest%20edition\).doc](http://www.dbd.go.th/download/doc/10Paper(latest%20edition).doc), 2016 (May, 13).
- Bond, Helen. *Building Brand through Local Store Marketing* [Online]. Available URL: http://www.franchising.com/articles/building_brand_through_local_store_marketing.html, 2017 (April, 25).
- Entrepreneur Asia Pacific. *KFC US LLC* [Online]. Available URL: <http://www.entrepreneur.com/franchises/kfccorp/282495-0.html>, 2015 (October, 15).
- Franchise Council of Australia. *What is Franchising* [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org.au/what-is-franchising-.html>, 2015 (September, 19).
- Grimes, Warren S. “When Do Franchises have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism.” *Antitrust Law Journal* 65, 1 (1996): 105, 108.
- Huang, Chen-I. “Agency Theory in Franchising Some Empirical Results,” *Yu Da Academic Journal* 7 (May 2004): 157.
- International Franchise Association. *McDonalds Franchise* [Online], Available URL: <https://www.franchisehelp.com/franchises/mcdonalds/>, 2015 (October, 15).
- _____. *What are the advantages and disadvantages of owning a franchise* [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org/what-are-the-advantages-and-disadvantages-of-owning-a-franchise>, 2015 (October, 15).
- _____. *What is a Franchise* [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>, 2015 (September, 19).

- OECD. **R eport on Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements**, p. 9 [Online]. Available URL: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf>, 2015 (November, 12).
- Pirkle, Ryan. **The Importance of Local Store Marketing to SMBs** [Online]. Available URL: <http://www.linkedin.com/pulse/201407091632331-13718030-the-importance-of-local-store-marketing-to-smbs>, 2017 (April, 25).
- Rubin, Paul H. “The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract.” **Journal of Law and Economics** 21 (1978): 223, 227-228.
- Steven, Rod. **Local Store Marketing for your Franchise, QSR of Café** [Online]. Available URL: <http://ezinearticles.com/?Local-Store-Marketing-For-Your-Franchise,-QSR-Or-Cafe&id=4436683>, 2018 (April, 9).
- Thai Franchise Certer. **แบล็คแคนยอนคอฟฟี่** [Online]. Available URL: <http://www.thaifranchisecenter.com/directory/detail.php?fciD=f0000000037>, 2015 (October, 15).

Biopiracy and Access to Biological Resources:
International Law Perspective

Alexandre Chitov

Biopiracy and Access to Biological Resources: International Law Perspective

Assistant Professor Dr.Alexandre Chitov^{*}

Abstract

This article deals with the issue of biopiracy from the perspective of international law. It examines in detail the leading international instruments in this field, the Biodiversity Convention and the Bonn Guidelines that were adopted by the parties to the Convention to facilitate access to biological resources and to ensure the fair sharing of benefits from its access. It is noted that even though conservation of nature was one of the moving forces for international law in regard to biodiversity, the international law is now determined mainly by intellectual property considerations. The author attempts to examine the fundamental principles which lie at the foundation of the international law on biodiversity: patentability, ownership, access and distributive justice. He concludes that international law fails to give proper attention to the ethical concerns of traditional communities.

Keywords: biopiracy, biological resources, international law

^{*} Assistant Professor, Faculty of Law, Chiang Mai University, Candidate of Legal Sciences Candidate of Legal Sciences, Russian Academy of Public Administration, MLitt, St. Andrews University, Ph.D. In Law, Glasgow University.

Received: 2 March 2018, Revised: 26 March 2018, Accepted: 5 April 2018.

1. Introduction

Some scientists are accused in biopiracy¹ when they, for example, find herbs with medical properties, and sell the patents to drug companies while the native people, whose knowledge they use, get nothing. This paper examines the state of international law in relation to biopiracy which is defined here as an unauthorized access to national biological resources and the traditional knowledge of using it, by a foreigner with the purpose of getting material profit. The main question to be answered is whether or not biopiracy is a legal offence according to international law. If so, what are the moral grounds for its illegality? This basic question cannot be satisfactorily answered without looking at the issue of patentability of biological resources or their other status as the object of intellectual property rights. Putting the problem more generally: can the bio resources, and genetic resources in particular, be an object of property for example, by the state, indigenous people, communities or individuals? Does it mean, then, that it is illegal for the scientists to go abroad and collect samples of biological resources and then reuse them in the third countries? Should the pharmaceutical companies share their profits with traditional communities who contributed their knowledge to the development of medicines? These legal and moral questions are falling within the international agreements on biodiversity which has become one of the major fields of international law.

Biodiversity has been the object of international law for over the century. It has been defined as “the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems.”² Biological resources are defined as including genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of

¹BBC, **Amazon moves to curb bio-pirates** [Online], available URL: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/212560.stm>, 2016 (March, 26).

²Convention on Biological Diversity 1992, article 2.

ecosystems with actual or potential use or value for humanity. In this paper, biological resources will be conceived mainly in terms of genetic resources unless otherwise indicated.

International law aims at the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources.³ The first significant convention was signed in 1900 (*London Convention for the preservation of Wild Animals, Birds and Fish in Africa*). Another agreement – *Whaling Convention* was signed in 1931. Among many conventions related to biodiversity the most important is *Convention on Biological Diversity* (CBD) signed in 1992. US signed but not ratified the convention. Many other countries, such as UK, China, Russia, Thailand ratified the convention. The CBD is a major source of international environmental law concerning biodiversity. In order to examine the meaning of its provisions on access to biological resources, one must understand the overall structure and purpose of this agreement. The Convention imposes on the states a duty to cooperate in conserving and managing biological resources. The nature of the duty is moral rather than legal, because the Convention does not actually force any given state to participate. It simply calls the states to cooperate “as far as possible and as appropriate.”⁴ At the same time the states carry the responsibility to ensure that activities within their own jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states.⁵ There are several obligations, although not very specific, imposed on the states by the Convention. A state must develop national strategies, plans or programmes for the conservation and sustainable use of biological diversity.⁶ A state must actively promote such use. It must adopt measures to avoid or minimise adverse impacts on biological diversity.⁷ A state must protect and encourage customary use of biological resources

³Convention on Biological Diversity 1992, article 1.

⁴Ibid., article 5.

⁵Ibid., article 3.

⁶Ibid., article 6.

⁷Ibid., article 14.

in accordance with traditional cultural practices.⁸ It carries a duty to preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity. When speaking about conservation of biological resources, the Convention deals with two types of conservation: *in situ conservation* and *ex-situ conservation*.⁹ The first deals with the conservation of genes, species and ecosystems in the surroundings where they have developed their distinctive properties. The second deals with the conservation outside the natural habitats in so-called gene banks and zoological and botanical gardens.

The origins of international movement for biodiversity originally were not connected to the property issues. It lay in ecological ethics which argued that other forms of life have moral rights deserving legal protection. However, nowadays the importance of biodiversity comes not only from the need to care for the nature, but is also caused by economic interests. Since the development of genetic engineering biodiversity becomes one of the conditions of getting economic profit from using genetic materials in commercial production. There is an increasing concern that the development of biotechnology carries negative side-effects on the environment.

2. Biodiversity and Intellectual Property

The issue of biodiversity links international environmental law with international economic law, particularly with the regime of international protection of intellectual property. Traditionally, intellectual property rights (IPRs) could not cover plants and other living organisms. They were mainly applied to industrial innovations. The reasons for that were that IPRs (patents in particularly) were reserved for innovations exclusively, and not for discoveries. There were also ethical reasons. The USA was the first country which allowed patenting living organisms created by genetic engineering. Europe had a more cautious approach, but it has

⁸Convention on Biological Diversity 1992, articles 8 and 10.

⁹*Ibid.*, articles 8 and 9.

recently allowed patentability of living organisms. Most of the developing nations resist this tendency. The reason is that they possess resources. Most of biological resources of the world are found in the developing countries like Thailand. The developed countries, however, have capital, knowledge and technology to use those resources. Thus international environmental and economic laws reflect this conflict between the developed and developing countries. This conflict finds its expression in the rules of accessibility and ownership of biological resources. Law needs to find a balance between those who own knowledge and those who own resources.

Patent law normally covers inventions not discoveries. The UK Patents Act 1977 excludes discoveries from being patentable.¹⁰ The US law, however, may cover discoveries too, providing that they can be utilized.¹¹ Anyway, one problem with the biological resources is that sometimes it is difficult to draw a line between discovery and invention. For example, in the case of bio-pirates in Brazil, the traditional knowledge in using medical properties of plants can be seen both as a discovery and innovation. The fundamental problem with the rights of the traditional communities in respect of their knowledge and the use of biological resources is that it cannot be patented according to the Western law. The US law on patents says:

“Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent there for.”¹² Then it states among other conditions that

A person shall be entitled to a patent unless -

(a) the invention was known or used by others...

(f) he did not himself invent the subject matter sought to be patented.¹³

¹⁰UK Patent Act 1977, section 1.

¹¹US Code, title 35, section 100.

¹²Ibid., section 101.

¹³Ibid.

Thus, the patent law is deeply individualistic. It acknowledges the rights of an individual, but it cannot grasp the possibility for a community to be an owner of a patent. At the same time, the pharmaceutical companies can patent that knowledge through minor additions to it. The success of the revocation of the patent on Neem tree oil is an exception rather than a rule.

In 1995, the European Patent Office granted a patent to the US Department of Agriculture and multinational agriculture company W R Grace.¹⁴ It covered a method of using the Neem tree oil for fungicidal purposes. The Neem tree has been used for centuries as a medicine, insecticide and contraceptive. Many plants have already been patented - mainly in the US. Around 70 patents have been taken out on products from the Neem tree alone. Genes from nutmeg and camphor have also been patented with the aim of producing their oils artificially - a move which would hit producers in developing countries. Subsequently, the granting of the patent was challenged by Green party politicians in the European Parliament and other pressure groups. They oppose big business owning the rights to living organisms because they say the livelihoods of poor farmers in developing countries will be undermined. At a later hearing, the manager of an Indian agriculture company proved that he had been using an extract of Neem tree oil for the same purpose as described in the patent several years before it was filed. For this reason the EPO said the method couldn't be patented. The European Patent Office eventually revoked a patent granted some years ago on an anti-fungal product, which uses seeds from the Neem tree grown widely in India.¹⁵

It is estimated that plants and animals from tropical countries are worth more than 20bn pounds a year to major pharmaceutical companies and until now,

¹⁴BBC, **Neem tree patent revoked** [Online], available URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/745028.stm>, 2016 (March, 28) and Henry K. Moyer, "Patenting Neem and Hoodia: Conflicting decisions issued by the opposition board of the European Patent Office," **Biotechnology Law Report** 27, 1 (2008): 1-10.

¹⁵Silke von Lewinski, "Indigenous heritage and intellectual property: genetic resources, traditional knowledge and folklore," **Kluwer Law International** (2008): 75.

very little of that money has gone back to the developing world.¹⁶ Pharmaceutical companies are the ones who benefit from the traditional knowledge, not the traditional community which have discovered, utilized and preserved that knowledge. The fundamental legal and moral issue is that if businesses have the right to protect their inventions, why the traditional communities should be deprived of it? This issue becomes particularly sensitive in relation to biological resources which are vital for the whole humankind and the rest of the environment. Is this an area where the patents should not be granted at all? The reason for denying patents is that it is in the interest of public to preserve the knowledge of biological resources in the public domain, and because granting patent protection to the businesses only and not to the real inventors would be immoral. The patent law contains normally the provisions which allow the regulators to exclude certain areas from being patented. According to English law “a patent shall not be granted for an invention the commercial exploitation of which would be contrary to public policy or morality.”¹⁷ It is an interesting fact that the US patent legislation does not express the same idea.

It is true that protection of traditional knowledge does not need necessarily to acquire a form of patents. The moral and economic justification of patents is to encourage and protect the inventors. In the case of biodiversity, however, the interest is to preserve and protect the variety of plants and species through their selection and cultivation. Therefore, it seems logical to grant certain rights to the farmers so that they can benefit from, and also try to preserve biodiversity. There are already special rights of the breeders which are different from patents. The rights of the breeders are not as stringent as those of innovators, which allow other people to use the result of breeder’s achievement for further development without restriction. At the same time, the economic rights of the breeders are protected.

¹⁶Shahid Alikhan and Raghunath Mashelkar, “Intellectual property and competitive strategies in the 21st century,” *Kluwer Law International* (2004): 80.

¹⁷UK Patent Act 1977, section 1 (3).

There is an international legal regulation of plant breeder's rights, but not animal breeder's rights by the *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants* (UPOV Convention) 1961. It was revised many times. All major countries of the world are parties to the Convention. Thailand is not a party to this Convention. The purpose of the UPOV Convention is to ensure that the states acknowledge the minimum scope of the plant breeder's right. The Convention requires that the breeder's prior authorization is necessary for the production of the protected plant variety when it is done for purposes of commercial marketing. The TRIPs agreement requires member states to provide protection for plant varieties either by patent or by an effective sui generis (stand alone) system, or a combination of the two.

In other words, patent is not the only form of protecting the rights of the breeders of new animal and plant varieties. The businesses, however, always try to get patents because they give them more benefits by preventing any other people even from non-commercial use of everything related to the patented invention.¹⁸ The main problem is that neither patent nor sui generis rights of breeders can help farmers who use traditional knowledge. The main obstacle in granting protection to traditional knowledge is the difficulty of identifying the subject or the bearer of the right to the protection. Traditional knowledge can be seen as possessed by the community as a whole and as by a group of individuals within that community.

Let us suppose that there is a specific law which requires the pharmaceutical companies to give a share of their profits to the community where the source of information on the medical properties of certain plants is originated. Who exactly shall receive that benefit? The person who provided the information or the whole village? If it is the first, then the law may appear unfair, since that person may have got the knowledge from his neighbour. If it is the local community, then the whole complex of distribution problems arises. The first problem is to identify the community itself. The knowledge of a particular medical property of a plant can be

¹⁸Cornell Law School, 35 U.S. Code § 271 - Infringement of patent [Online], available URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/271>, 2016 (March, 19).

shared by many villages. There would be also a problem with the enforcement of such law.

Another solution would be to declare all the knowledge of biological resources to be common property of the humankind, denying all patents and other forms of intellectual protection in this area. There is a trend to support such a solution. This knowledge and the ownership of the resources are different matters. The issue of ownership requires a separate consideration. As for intellectual property rights it appears that granting patents to the Western pharmaceutical companies on products derived from traditional knowledge is deeply unfair, as long as, first, it does not channel fairly and equitably the benefits to the bearers of traditional knowledge, and second, it bars medical products produced by traditional communities from being exported to the countries where the companies secured the patents on similar products.

3. Ownership of Genetic Resources

Since international law nowadays remains mainly a product of what the states have agreed on, the problem of property in relation to biological resources is being solved in favour of the states. The Convention on Biological Diversity affirms that the states have sovereign rights over their biological resources.¹⁹ In other words, the states determine the ownership status of biological resources within their jurisdiction. When speaking about the ownership of the resources, the Convention does not clearly cover the issue of ownership. According to Article 3 the states have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies. Exploiting, however, is not necessarily owning. There is the Indigenous and Tribal Peoples Convention which guarantees to the indigenous people like those in Brazil the right to participate in the use, management and conservation of these

¹⁹See the Preamble of the Convention.

resources.²⁰ However, many countries like the USA, Russia, Thailand, and China which have significant indigenous minorities have not ratified this convention. Brazil has ratified it recently. Nevertheless, the right is expressed in very general forms, and it is not clear whether the indigenous people can claim any rights under that convention in the case of biopiracy.

Thus, leaving the issue of ownership of biological resources to the good will of sovereign states does not seem to help indigenous people very much. Should it be there a comprehensive doctrine of ownership of biological resources in international law which does not rely on the discretion and policy of individual states? Since biological resources cover the whole variety of living organisms and their parts it is very unlikely that the unified international rules of their ownership can be offered. It is possible, however, to set up such rules in relation to specific types of biological resources, like genetic resources. In fact, one way to solve the problem of biopiracy is to declare all genetic resources to be common ownership. In international law, common ownership or common management of a given resource is referred to as “common heritage of humankind”. It is applied to Antarctica and deep seabed resources. It implies not only that all states have equal access to the resources, but also that all states should benefit from the exploitation of a given “common resource” whether they actually participate in exploitation or not. Common heritage is different from the concept of open access which is characterized by the absence of property rights. In this respect, a question whether certain biological resources and the knowledge of their use, must be considered as a common heritage, involves important implications for international environmental law.

Declaring genetic resources to be common ownership would reinforce moral right and legal basis for indigenous people, and not only for them, to participate in sharing benefits derived from the exploitation of biological resources and the traditional knowledge about them. It would also direct both the developed

²⁰International Labour Organization, **C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)** [Online], available URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169, 2016 (August, 16).

countries and the developing countries towards cooperation rather than competition. There are, however, several arguments against this move. The first is that the developing countries would lose their control over their biological resources. Secondly, the developed countries will lose the incentive to develop their technology since it will become a part of the public domain as long as biotechnology cannot be separated from a biological resource. These arguments are correct. There are, however, significant benefits in forsaking the idea of national or individual ownership of genetic resources. The developing and the developed countries will be relieved from much of the burden of governmental regulation and control of those resources. There will be no need to employ the army of lawyers and officers to enforce genetic property rights around the world. It will provide also with the basis to limit the exploitation of the resources by private companies. Whatever they do with a genetic resource, will remain in common ownership.

Legally assigning the ownership rights to the economically poor countries with the rich biodiversity and intellectual property rights to the countries with developed technology creates an atmosphere of conflict. This conflict results in that bio resources are pirated as well as the objects of intellectual property rights. Declaring biological resources and biotechnology as common heritage of humankind would provide a strong bond of cooperation between the states, rather than competition. It would also solve the third complex of problems related to the access to the biological materials, along with two other issues: first, intellectual property on the results of scientific research in the area of biological resources, and second, the ownership itself of genetic resources. The regulation of the access to biological resources is one of the growing areas of national legislation.

The disadvantages of such regulation have been briefly discussed above. On the one hand, it is unlikely that such regulation will prevent proliferation of biopiracy. On the other hand, it can hinder the development of research in many areas of biological science. An open access to biological resources could be an option. The IU or *International Undertaking on Plant Genetic Resources* was agreed

on in 1983.²¹ Article 1 of the Undertaking stated that “This Undertaking is based on the universally accepted principle that plant genetic resources are a heritage of mankind and consequently should be available without restriction.” This principle has been rejected by the Biodiversity Convention in 1992 which replaced it with the principle of the sovereign right of the states to exploit their own resources.²² The rejection of the principle of common heritage of genetic resources has been reaffirmed in another important agreement: the *Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*.²³ Thailand signed but not ratified it yet. The US, UK and Germany ratified it. China and Russia are not parties to the Convention.²⁴ The Treaty came into force in 2004.

4. Access to a Genetic Resource

The Convention on Biological Diversity provides a general legal framework of access to biological resources. Article 15 acknowledges again the sovereign right of the states to determine access to genetic resources. At the same time, the states must not impose restrictions on sound uses by other states. Access is provided on “mutually agreed terms” and is subject to the “prior informed consent” of the country of origin. The procedure of obtaining such consent has been developed in detail in *Bonn Guidelines* (2002) adopted at a meeting of the UN Convention on

²¹Food and Agriculture Organization, **International Undertaking on Plant Genetic Resources** [Online], available URL: http://www.fao.org/wiews-archive/docs/Resolution_8_83.pdf, 2017 (September, 21).

²²Convention on Biodiversity 1992, article 3.

²³Food and Agriculture Organization, **International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture** [Online], available URL: <http://www.fao.org/3/a-i0510e.pdf>, 2017 (September, 25).

²⁴Food and Agriculture Organization, **International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: Countries Membership** [Online], available URL: <http://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/>, 2017 (September, 25).

Biological Diversity by more than 150 countries,²⁵ and later in *Nagoya Protocol* (2010) signed by 92 countries.²⁶

Bonn Guidelines and *Nagoya Protocol* aim at helping developing countries share the benefits of the discoveries made with their biological resources. Companies would only be given access if they agreed to give a share of the profits or royalties from the products back to the countries in which they are operating. They cover access to genetic resources only. *Nagoya Protocol* (2010) goes beyond the Convention on Biological Diversity and the *Bonn Guidelines* by giving the right to the states to determine not only access to the genetic resources (Article 6 of the Protocol) but also access to traditional knowledge associated with genetic resources (Article 7). Companies would only be given access if they agreed to give a share of the profits or royalties from the products back to the countries in which they are operating. These guidelines are voluntary. That means that the states do not have any obligation to implement them. Indeed, everything depends on the good will of state authorities.

Bonn Guidelines and Nagoya Protocol attempt to bring some clarity in the issue of access and sharing profits so that all interested parties, which are called stakeholders in the document, including indigenous communities, can effectively participate in the sustainable use of biological resources. The guidelines and the Protocol are explicitly limited to genetic resources only. They try to make the process of access and sharing to the resources as clear, objective and transparent as possible. To a certain degree, the agreements succeeded in it. However, their successful application depends very much on the good will of the stakeholders. This is not only because the agreements themselves appear largely in a recommendation form, but also because the nature of obligations contained in the guidelines and the

²⁵Convention on Biological Diversity, **Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization** [Online], available URL: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>, 2017 (October, 23).

²⁶United Nations Treaty Collection, **Chapter xxvii Environment** [Online], available URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-8-b&chapter=27&lang=en, 2016 (May, 15).

Protocol is too broad. For example, it is said, “all stakeholders [should] take into consideration the environmental consequences of the access activities”. It is clear that without conscientious attempt of the stakeholders to do that, there are very limited external mechanisms to enforce this provision.

The guidelines and the protocol call on the states to designate one national focal point for access and benefit-sharing and make such information available through the clearing-house mechanism.²⁷ This focal point has to be used by the companies to find relevant indigenous communities. The agreements speak of the duty of the states of origin of biological resources to ensure that the commercialization and any other use of genetic resources should not prevent their traditional use. The problem is whether the pharmaceutical endeavor to present traditional medicines in the form of pills threatens their traditional use or not. The pharmaceutical companies, on the other hand, could argue that it would facilitate the use of medicines previously known to the limited circle of traditional communities.

It seems a positive step to require that the states where the genetic resources are used (the developed countries) should enforce compliance with the prior informed consent of the state where the resource is situated (the developing countries).²⁸ There should be mechanisms to provide information to potential users on their obligations regarding access to genetic resources; measures to encourage the disclosure of the country of origin of the genetic resources and of the origin of traditional knowledge, in applications for intellectual property rights; measures aimed at preventing the use of genetic resources obtained without the prior informed consent of the state providing such resources; mechanism to address alleged infringements of access and benefit-sharing agreements; and measures discouraging unfair trade practices. All those measures are required from the states according to the guidelines. However, there is at least one negative impact of enforcing all those measures. The scientific institutions and businesses will fall under increasing

²⁷ Nagoya Protocol 2010, article 13.

²⁸ *ibid.*, article 6.

control by the state which has to apply all those measures with the consequent burden on all the society.

There are many provisions in the guidelines and the protocol aimed at securing the interests of indigenous communities. For example, the state allowing access should inform those communities, and more than that to enhance their capacity to represent their interests fully in negotiations with those who seek to use their traditional knowledge. Among other things, the agreements state that those persons who seek access must respect customs, traditions, values and customary practices of indigenous and local communities.²⁹ They must respond to requests for information from those communities. The users of the resources are limited in their use according to the negotiated terms and conditions. If there is a need to use the obtained resources for other purposes, the users must get new prior informed consent. The users must maintain all relevant data regarding the genetic resource. They should as much as possible endeavour to carry out their use of the genetic resources in, and with the participation of, the providing country. All these provisions can be hardly enforced unless there is good will of all parties to adhere to these principles.

Thus, we can observe two general tendencies concerning the access to the biological resources. The first is that the state acquires more and more functions in controlling the access and the use to the resources. That implies the growth of governmental regulations and the bureaucratic machinery. The second tendency is the increasing reliance on the good will or conscience of the stakeholders to comply with access regulations. Looking from the developing countries perspective, both tendencies promise increasing inefficiency and corruption. There is little hope for traditional communities too, despite the promises contained in the Bonn Guidelines and Nagoya Protocol. It is stated that the providers, like traditional communities, should only supply genetic resources or traditional knowledge when they are entitled to do so. That virtually means an increasing control of the government over traditional communities. In a sense, their knowledge becomes the property of the

²⁹Nagoya Protocol 2010, article 12.

state, which has the final word to agree or not to agree with the way the traditional communities handle their knowledge. It appears that the guarantees given to the traditional communities turn to be the means of the increasing control by the governments the way of living in those communities.

5. Sharing of Benefits

The general principle is that the donor countries of microorganisms, plants or animals used commercially have the right to obtain a fair share of the benefits derived from the use. These benefits can be expressed in the terms of money or in terms of sharing of research and development results. The need for the transfer of technology if it is necessary for the conservation and sustainable use of biological diversity is recognised in general terms. There is an expert body set up by the Convention on Biodiversity which is responsible for facilitating transfer of such technology and providing further advice.

Article 15 (7) of the Convention obliges the states to take legislative, administrative or policy measures “with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.” *Bonn Guidelines* and *Nagoya Protocol* attempt to clarify this particular issue. Even though the documents speak much more about access to the resources rather than sharing benefits, they have offered basic requirements for mutually agreed forms of sharing. The ethics of the terms is businesslike. They try to strike a balance between interests of different stakeholders, and this balance is primarily seen in economic terms. The main concern is to give benefits to the developing countries as long as they allow companies from the developed countries to access their biological resources. It has been claimed that this will give a financial incentive to protect the environment. The benefits, however, will likely remain with the governments rather than go to the communities. The size of the benefits is not determined and is

conditioned by allowing access to the resources. The agreements encourage creating complicated legal procedures and mechanisms for allowing access and sharing benefits. In the end, it seems that it will be the lawyers whose expertise will be needed, who will benefit the most from the implementation of those guidelines. Article 19 (2) of the Convention on Biodiversity, which covers handling of biotechnology and distribution of its benefits, says that “Each Contracting Party shall take all practicable measures to promote and advance priority access on a fair and equitable basis by Contracting Parties, especially developing countries, to the results and benefits arising from biotechnologies based upon genetic resources provided by those Contracting Parties. Such access shall be on mutually agreed terms.” The Convention did not say much more about the mechanism of sharing the benefits. Nagoya Protocol offers some mechanism but much depends on the circumstances of a particular case. To draw any specific rules applicable to all areas of the use of biological or even only genetic resources would not be practicable considering the variety of possible transactions. The agreements acknowledge that the requirements of fairness and equity will vary in the light of circumstances. It is wise to leave much to be determined in the light of the circumstances.

The international agreements reiterate the idea that there must be fairness and equity in sharing benefits. The legitimate question is who decides what is fair and equitable? It is clear that it is not the parties to the agreement. If it were the parties then it would be enough to say or simply imply that the access to the benefits and the way of their sharing is determined by the agreement of the contracting parties. On the contrary, the Convention affirms twice that the states are bound by the principles of equity and fairness. The terms which the states have to agree on, however, are not absolutely free from any restraints. It is clear that there is a need to develop a more precise concept of fairness and equity in international law.³⁰ In this respect, the Convention, the Guidelines and the Protocol failed to provide such a concept. It is possible to say that what the parties need is simply to

³⁰Thomas M. Franck, *Fairness in international law and institutions* (New York: Oxford University Press, 1995), p. 406.

apply their conscience and their perceptions on what is right and wrong. However, in the area of the use of biological resources we find more than a mere contact between the scientists, businesses and the state officials. There are also indigenous cultures involved, and different countries, all of which may have different perceptions on what is right and what is wrong.

Even though the specific requirements of equity and fairness for each particular case cannot be substantially determined in advance, there is a need for the principles which will assist the parties to find a common ground. The existing international agreements have failed to provide clear principles on the fair and equitable access and use of biological resources by a foreign scientist, except affirming the principle of commercial greed: the Nagoya Protocol, whose task was to elaborate the principles of the Convention, has spelled out so far only one principle – commercial profit and its sharing. Allowing free humanitarian and any non-commercial access and use of biological resources and their traditional knowledge is left to the will of the states. This is not enough to protect the environment and to meet moral obligations of different stakeholders.

6. Thai moral perspective

One of the most important contributions of Bonn Guide lines to the Convention on Biodiversity is the suggestion that the use of resources must be regulated in such a way so that ethical concerns of the particular parties and stakeholders are taken into account, and particularly the concerns of indigenous and local communities. In this aspect, the Nagoya Protocol offers very little. Nagoya Protocol tends to limit its scope to setting up the governmental control over the use and sharing of genetic resources and its knowledge particularly by the traditional communities to those who want to utilize them. One of the main reasons is that the major drive for international law in the field of biodiversity is securing intellectual property rights and resource ownership rights dominated by the ethics of individualism. This individualism is not limited to the individualism of physical persons, like scientists or

innovators who want to secure and profit from their discoveries and innovations. This individualism is rather a corporate thing, and it is identified with the interests of particular classes and groups of people who are very well organized and represented in the area of international politics. These groups are big businesses and state bureaucracies. The traditional and indigenous communities have little real power to negotiate international instruments.

In contrast to the spirit of international agreements, the ethics of traditional communities is not individualistic. In this aspect, Thai traditional ethics is collectivistic rather than individualistic.³¹ Many Thai folktales emphasize the importance of sharing of natural resources, mutual help, unselfishness, and self-sacrifice in mutual relationships. They teach to care for the poor and needy, to prefer each other's needs.

One Thai folk story is particularly instructive. It is called WHO IS A SINNER?³² Its content is the following. There was a headman of the village, a very righteous person. He never sinned and always made merit. He cared very much for the villagers (the story uses, instead of the word "villagers", a formal word: raatsadon – "citizens" which is uncommon for folktales, but which draws an association with high politics). He decided to build a temple with the help of the villagers, who were very willing to help. When the construction of the temple was finished an abbot was appointed, and the headman himself became a benefactor of the temple. The abbot asked for cow's skin to cover the temple's drum. The headman went to look for some skin but could not find any. Eventually, one cow was willing to give her own skin. The headman cut some skin off from the back of the cow, causing her immense suffering. The suffering continued even after the work was done since the wound had not healed. It produced a rotten smell which attracted vultures. At the same time the wife of a hunter, due to her morning sickness, wanted some unusual curry made of vultures. The hunter found a vulture sitting on the tree under which the cow found a place of rest in her suffering. The hunter shot at the vulture, but missed the target. The bird flew from the tree breaking a huge branch, which fell

³¹Alexander Shytov, *Thai Folktales and Law* (Chiang Mai: Acts, 2004).

³²*Ibid.*, p. 179.

down on the cow and killed her. The teller leaves the listeners with a question who is responsible for the death of the cow: the abbot, the headman, the wife of the hunter, or the hunter himself?

These stories provide an image of Nature, which sacrificed itself to the ambitions of human race, who are like vultures seek her to devour. Indeed, big businesses, state officials and lawyers – all look, from the point of view of Thai folk wisdom, like the army of flies teemed around a dying poor creature. They lack love, compassion and mercy. The only thing they want is to get their share at their feast. But this feast is the death of Nature. This as well as many other traditional Thai stories teach that the use of natural resources must not harm others. In contrast, the present biodiversity rules encourage competition and selfishness. Access to biological resources is conditioned by carefully devised contractual terms, while Thai folktales point at generosity, giving, kindness, mercy and compassion. A Thai folk approach to the use of biological resources is to allow a free access to everyone according to one's need, and at the same time there is an expectation of reciprocity. A company which develops drugs by using traditional knowledge would be expected to offer those drugs not for the sake of commercial profits, but out of kindness and compassion to those who need those medicines.

7. Conclusion

One can conclude that international rules on biodiversity will have significant difficulties when being applied in traditional societies with strong collectivistic ethics. Further, international law on biodiversity, if applied by national states, will lead to a significant growth of domestic regulation. According to international rules, any foreign scientist or business, who wants access biological resource, must seek a prior informed consent from the state where those resources are situated.³³ It is the states which will determine the terms of the access, not international law. It reflects

³³Convention on Biodiversity, article 15 (5).

an ever increasing governmental regulation of the life of traditional communities. There is a danger that falling under that regulation, the traditional communities will soon cease to be 'traditional'. International environmental law can offer very little to those farmers and traditional communities which own knowledge of the use of biological resources. The existing international law and practice favour either big companies through legal mechanism of patents or the state bureaucracies through giving them sovereign rights in using biological resources and regulating access to them. The existing international environmental law has failed both to limit the patent protection for the companies which exploit traditional knowledge and biological resources, and to limit the arbitrariness of state regulation of the access to biological resources of a particular country which is so vital for the whole humankind.

Bibliography

- Alikhan, Shahid and Raghunath Mashelkar. "Intellectual property and competitive strategies in the 21st century." **Kluwer Law International** (2004): 80.
- BBC. **Amazon moves to curb bio-pirates** [Online]. Available URL: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/americas/212560.stm>, 2016 (March, 26).
- _____. **Neem tree patent revoked** [Online]. Available URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/745028.stm>, 2016 (March, 28).
- Convention on Biological Diversity. **Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization** [Online]. Available URL: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>, 2017 (October, 23).
- Cornell Law School. **35 U.S. Code § 271 - Infringement of patent** [Online]. Available URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/271>, 2016 (March, 19).
- Food and Agriculture Organization. **International Undertaking on Plant Genetic Resources** [Online]. Available URL: http://www.fao.org/wiews-archive/docs/Resolution_8_83.pdf, 2017 (September, 21).
- _____. **International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture** [Online]. Available URL: <http://www.fao.org/3/a-i0510e.pdf>, 2017 (September, 25).
- _____. **International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: Countries Membership** [Online]. Available URL: <http://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/>, 2017 (September, 25).
- Franck, Thomas M. **Fairness in international law and institutions**. New York: Oxford University Press, 1995.
- International Labour Organization. **C169-Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)** [Online]. Available URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169, 2016 (August, 16).
- Lewinski, Silke von. "Indigenous heritage and intellectual property: genetic resources, traditional knowledge and folklore." **Kluwer Law International** (2008): 75.

Moyer, Henry K. “Patenting Neem and Hoodia: Conflicting decisions issued by the opposition board of the European Patent Office.” **Biotechnology Law Report** 27, 1 (2008): 1-10.

Shytov, Alexander. **Thai Folktales and Law**. Chiang Mai: Acts, 2004.

United Nations Treaty Collection. **Chapter xxvii Environment** [Online]. Available URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-8-b&chapter=27&lang=en, 2016 (May, 15).

Convention on Biological Diversity 1992.

Nagoya Protocol 2010.

UK Patent Act 1977.

การตีความการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา
ผลกระทบและโอกาสสำหรับประเทศไทย

ณัฐนาถ จักรียะกุล

การตีความการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา
ผลกระทบและโอกาสสำหรับประเทศไทย*
Interpretation on Compulsory Licencing of Drug Patent:
Impact and Opportunity for Thailand

ณัฐนาฏ ฉั่วริยะกุล**
Nattanart Chuariyakul

บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยากับยา 7 รายการ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2549 และยังมีแนวโน้มว่าจะประกาศกักขังรักษาโรคอีกต่อไป ด้วยเหตุผลด้านยาราคาแพง ทำให้ผู้ป่วยไม่สามารถเข้าถึงยาได้ อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าประเทศไทยไม่ได้ดำเนินการตามความตกลงทริปส์ และยังคงให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสิทธิทางภาษีกับสินค้าบางรายการซึ่งประเทศไทยส่งออกต่อสหรัฐอเมริกา อีกทั้งยังเป็นหนึ่งในสาเหตุที่ทำให้สำนักผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา (USTR)

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง การตีความการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาผลกระทบและโอกาสสำหรับประเทศไทย ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว อาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์จรรยา รักรพงษ์ ส่วนคณะกรรมการการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ดร.อุกฤษฏ์ มุสิกพันธุ์ และรองศาสตราจารย์ ดร. พิระ เจริญพร โดยอาจารย์ที่ปรึกษาท่านดังกล่าวร่วมเป็นคณะกรรมการการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย.

This article is a part of thesis “Interpretation on Compulsory Licencing of Drug Patent:Impacts and Opportunity for Thailand”. This thesis is approved by examiners. Associate Professor Jaruprapa Rakpong is an advisor and examiner. Dr.Ukrisdh Musicpunth and Associate Professor Peera Charoenporn are also examiners.

** นักศึกษาปริญญาโทในหลักสูตรนิติเศรษฐศาสตร์ การค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์และคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

LL.M. student in International Trade Law and Economics, Faculty of Law and Economics, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 20 กุมภาพันธ์ 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 17 เมษายน 2561, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 เมษายน 2561.

ซึ่งจัดอันดับให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่ต้องจับตาเป็นพิเศษ (Priority Watch List “Special 301” Report) ด้านการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจากเดิมประเทศไทยถูกจัดอันดับเพียงประเทศที่ต้องจับตามอง (Watch List) (ระหว่างปี พ.ศ.2545-2549)¹ ก่อให้เกิดปัญหาทำให้ผู้คิดค้นยารักษาโรคใหม่เกรงว่าหากมาจดทะเบียนสิทธิบัตรเพื่อขอรับความคุ้มครองทางทรัพย์สินปัญญาในประเทศไทย ซึ่งต้องเปิดเผยข้อมูลในการจดทะเบียนอาจถูกใช้ข้อมูลการจดทะเบียนสิทธิบัตรของตนเพื่อบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรผลกระทบต่อการใช้เทคโนโลยีใหม่ด้านยาใหม่ของประเทศไทย

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงปัญหาการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา ซึ่งเป็นข้อยืดหยุ่นอันอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายขององค์การการค้าโลก อันได้แก่ อนุสัญญากรุงปารีส ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (“ความตกลงทริปส์”) ด้วยการนำหลักการตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการมาใช้ประกอบการตีความมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรเพื่อขจัดปัญหาการที่ต่างชาติมองว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของประเทศไทยเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ ความตกลงทริปส์ เพื่อหาแนวทางการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิอย่างเหมาะสมภายใต้กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ

¹สุนทร ตันมันทอง, *สังคมเศรษฐกิจไทยใน USTR Special 301 Report* [Online], available URL: file:///C:/Users/Administrator/Downloads/C8.pdf, 2016 (กันยายน, 20).

Abstract

Thailand has enacted the Notification on Compulsory Licencing of 7 drugs from B.E.2549 and still tendered to enact with others vital drugs which registered and belonged to such patent owners due to the high cost of the drugs for saving nations. However, the issuance of Compulsory Licencing on drugs has many criticism that Thailand did not followed the condition of the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) and impact to the economics of Thailand, i.e., not receiving GSP privileges on some export products from United States of America (USA). Moreover, United States Trade Representative (USTR) also set Thailand to the priority watch list(Watch List “Special 301” Report) for the infringement of intellectual property which will make negative effect to the inventor of new drugs to not register the patent of drugs in Thailand and Thailand will not receive any Technology Transfer from any patent holder.

The propose of this research is to study the problems of using Compulsory Licencing of drugs which provided in Paris Convention, TRIPs and others related agreement that the agreed party can use such flexibility under the WTO rules and regulations by using the theory of The Evolutionary Interpretation of Treaties to make clear the use of Compulsory licencing under related international laws and avoid argument from the others country

คำสำคัญ: มาตรการบังคับใช้สิทธิ, สิทธิบัตร, หลักการตีความสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการ

Keywords: compulsory licencing, patent, the evolutionary interpretation of treaties.

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) เป็นสิ่งที่ควรได้รับความคุ้มครองเนื่องจากมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ ในการนี้ ประเทศไทยได้เข้าร่วมความตกลงว่าด้วยการค้าเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: ความตกลงทริปส์) ตั้งแต่ปี พ.ศ.2537 และได้แก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรภายในให้สอดคล้องก่อนหน้าเข้าร่วมความตกลงทริปส์ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2535 โดยไม่ได้ใช้ระยะเวลาเปลี่ยนผ่าน (Transition period)² ซึ่งความตกลงทริปส์กำหนดให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถใช้ระยะเวลาเปลี่ยนผ่านได้ถึง 5 ปี³ จึงทำให้ประเทศไทยค่อนข้างเสียเปรียบในการเข้าถึงการประดิษฐ์คิดค้น เพราะการประดิษฐ์เหล่านั้นได้รับความคุ้มครองในทันทีที่ได้รับการจดสิทธิบัตรในประเทศไทย⁴

ทั้งนี้ในความตกลงทริปส์ มีบทบัญญัติการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licencing) ซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรการยืดหยุ่น (TRIPS Flexibility)⁵ อันบัญญัติไว้ในข้อ 31 (บี)⁶ โดยประเทศสมาชิกสามารถปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายภายในของตน และสามารถบังคับใช้ได้หากเกิดภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือวิกฤตแห่งชาติหรือกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะมิใช่เชิงพาณิชย์ (national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases

²TRIPS, article 65.

³TRIPS, article 65.2.

⁴คณะทำงานสัมมนาและการเผยแพร่ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, การบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา (CL) สังคมเศรษฐกิจไทยได้อย่างไร [Online], available URL: http://www.econ.tu.ac.th/oldweb/doc/content/440/Seminar_Paper_Series_7.pdf, 2551 (กันยายน, 15).

⁵การใช้ทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิ.

⁶Article 31(b) such use may only be permitted if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time. This requirement may be waived by a Member in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. In situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency, the right holder shall, nevertheless, be notified as soon as reasonably practicable. In the case of public non-commercial use, where the government or contractor, without making a patent search, knows or has demonstrable grounds to know that a valid patent is or will be used by or for the government, the right holder shall be informed promptly.

of public non-commercial use) โดยในกฎหมายไทยได้บัญญัติบทบัญญัติส่วนนี้ใน พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 51

ประเทศไทยได้ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรตั้งแต่ ปี พ.ศ.2549 ด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะภายใต้มาตรา 51 พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 ในการบรรเทาปัญหาทางด้านสาธารณสุขของประเทศ โดยเฉพาะปัญหาการเข้าถึงยาต้านไวรัสเอชไอวี (Antiviral HIV drugs) ซึ่งเป็นโรคระบาดและประชาชนไม่สามารถเข้าถึงยาได้เพราะยามีราคาแพง ทั้งนี้ นอกจากยาต้านไวรัส ประเทศไทยยังได้ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรกับยารักษาโรคมะเร็ง และยารักษาหลอดเลือดหัวใจ/สมอง จนถึงปัจจุบันประเทศไทยได้บังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ยาจำนวน 7 รายการ⁷ ได้แก่ ยา Efavirenz, ยา Lopinavir & Ritonavir (Kaletra), ยา Clopidogrel, ยา Docetaxel, ยา Letrozole, ยา Erlotinib และยา Imatinib และได้ขยายต่อเวลาการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร ยาอีฟาเวเรนซ์ (Efavirenz) และยาคาเล็ตร้า (Kaletra) อีกในเวลาต่อมา และยังคงมีการเรียกร้องให้ประกาศสิทธิเหนือสิทธิบัตรยากับยารักษาโรคไวรัสตับอักเสบบี ซึ่งบริษัทกิลีแอดกำลังจะมาจดสิทธิยาชนิดนี้ในประเทศไทย⁸

การประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาภายใต้เหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสาธารณสุขเป็นไปโดยกระทรวงสาธารณสุข ภายหลังจากการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาได้สร้างความไม่พอใจให้กับหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องด้วยเห็นว่าประเทศไทยไม่ให้ความสำคัญคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอและ กระบวนการในการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory Licencing: CL) ของไทยนั้นขาดความโปร่งใส และสหรัฐอเมริกาต้องการชี้ให้เห็นว่า ประเทศไทยควรต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสุขภาพกับนโยบายทรัพย์สินทางปัญญา โดยตระหนักถึงบทบาทของทรัพย์สินทางปัญญาในการพัฒนาชาติใหม่⁹ ต่อมาประเทศ

⁷ ประกาศกรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข เรื่องการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรยาและเวชภัณฑ์ กรณียา เอฟฟาเวเรนซ์ (Efavirenz) ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2549, กรณียาสูตรผสมระหว่างโลพินาเวียร์และริโทนาเวียร์ (Lopinavir & Ritonavir) ลงวันที่ 24 มกราคม 2550, กรณียาโคลพิโดเกรล ลงวันที่ 25 มกราคม 2550, กรณียา Erlotinib ลงวันที่ 4 มกราคม 2551, กรณียา Imatinib ลงวันที่ 4 มกราคม 2551, กรณียา Letrozole ลงวันที่ 4 มกราคม 2551, กรณียา Docetaxel ลงวันที่ 4 มกราคม 2551 และประกาศฉบับแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อต่ออายุการบังคับใช้สิทธิไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาของสิทธิบัตรอีกรวม 3 ฉบับ คือ กรณียา Imatinib ลงวันที่ 25 มกราคม 2551, กรณียาสูตรผสมระหว่างโลพินาเวียร์และริโทนาเวียร์ (Lopinavir & Ritonavir) ลงวันที่ 21 กันยายน 2553, กรณียาอีฟาเวเรนซ์ (Efavirenz) ลงวันที่ 21 กันยายน 2553.

⁸ สำนักข่าวเนชั่น, **ร้องรัฐประกาศ CL ยาไวรัสตับอักเสบบี** [Online], available URL: <http://www.nationtv.tv/main/content/social/378456540/>, 2558 (พฤษภาคม, 20).

⁹ ประชาชาติธุรกิจ, **สหรัฐฯ ชัดไทย NTE 2008 สินค้าละเมิดพุง CL ไม่โปร่งใส** [Online], available URL: <http://www.ftwatch.org/node/1322>, 2551 (เมษายน, 3).

สหรัฐอเมริกาประกาศปรับอันดับประเทศไทยไปอยู่ในรายชื่อ Priority Watch List ในรายงาน Congress Daily reports ซึ่งได้พิจารณา 87 ประเทศ ที่มีการคุ้มครองการเปิดเผยข้อมูลและผลการทดลองในทางการค้าอย่างไม่เพียงพอ ในรายงานกล่าวว่า ในปี พ.ศ.2550 ประเทศไทยจะถูกเลื่อนระดับเป็นประเทศที่ต้องจับตาเป็นพิเศษ ทั้งนี้หนึ่งในเหตุผลดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยไม่ได้ให้การคุ้มครองด้านทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเพียงพอ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาใช้เครื่องมือดังกล่าวสร้างแรงกดดันต่อประเทศไทย เพื่อแสดงถึงความไม่พอใจของบริษัทข้ามชาติของประเทศตนเอง¹⁰

จากการศึกษาผลกระทบจากการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยากับยาทั้ง 7 รายการพบว่า ถึงแม้ว่าด้านสุขภาพ ผู้ป่วยเข้าถึงยามีจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะยาต้านไวรัสเอดส์ ยารักษาโรคหัวใจและยาบำบัดโรคมะเร็ง ด้านเศรษฐกิจ นอกจากทำให้ราคายาถูกลง ยังช่วยลดค่าใช้จ่ายด้านสุขภาพของรัฐบาลโดยช่วง 5 ปี สามารถประหยัดงบประมาณได้ 358 ล้านบาทหรือ 6 รายการ ยกเว้นยารักษาโรคมะเร็งในเม็ดเลือดขาว เพราะบริษัทยาเจ้าของสิทธิบัตรมีโครงการแจกยาฟรีให้กับผู้ป่วย) แต่ด้านการค้าระหว่างประเทศ เนื่องด้วยการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาสหรัฐอเมริกาจึงยกเลิกสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (General System of Preference: GSP) สินค้าไทย 3 รายการ คือ เครื่องประดับอัญมณีทำจากทองเม็ดพลาสติกโพลีเอทิลีนเทเรฟทเลต และเครื่องรับโทรทัศน์สีจอแบน ส่วนในด้านสังคมจิตวิทยา จากการสำรวจโดยผู้ประเมินโครงการ ครอบคลุมทุกสาขาอาชีพ เช่น แพทย์ นักธุรกิจ ข้าราชการ เอนจิโอ นักวิชาการ ผู้แทนสถานทูตประจำประเทศไทย เป็นต้น พบว่าชาวไทยส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการประกาศมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา มีเพียงจำนวนน้อยที่ไม่เห็นด้วย

เนื่องด้วยปัญหาการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาทำให้ประเทศไทยถูกเพ่งเล็งด้านการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและถูกกีดกันทางการค้าจากสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาการตีความข้อ 31 แห่งความตกลงทริพส์ อันมีเนื้อหาของมาตรการบังคับใช้สิทธิ ซึ่งประเทศสมาชิกสามารถปรับใช้ได้หากเข้าเงื่อนไขตามข้อดังกล่าวโดยปรับใช้หลักการตีความสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการเพื่อแก้ไขปัญหาการถูกกล่าวหาโดยประเทศสหรัฐฯ และศึกษาการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรในประเทศต่างๆ อันได้แก่ ประเทศบราซิล ประเทศอินเดีย ซึ่งเป็นประเทศในภูมิภาคใกล้เคียงและสภาพเศรษฐกิจใกล้เคียงกับประเทศไทยและประเทศที่พัฒนาแล้ว กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งกล่าวหาว่าประเทศไทยไม่ให้ความคุ้มครอง

¹⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, แดลงการณ์คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณี มาตรการบังคับใช้สิทธิต่อยาของประเทศไทยและการกดดันจากสหรัฐอเมริกา [Online], available URL: <http://www.nhrc.or.th/getattachment/07b6f800-ba4b-48c4-9958-404af06bf51c/> (พฤษภาคม, 18).

ด้านสิทธิบัตรที่เพียงพอและการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของไทยไม่โปร่งใส โดยหากเหตุการณ์นี้ยังคงดำเนินต่อไป อาจส่งผลกระทบต่อได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศไทยจากการที่ต่างชาติมาจดทะเบียนสิทธิบัตรในประเทศไทยน้อยลงและยังส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศในระยะยาวอีกด้วย

2. กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

2.1 กฎหมายสิทธิบัตรภายใต้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศปัจจุบัน

จากการที่ต้องการให้มีหลักเกณฑ์ของการคุ้มครองการประดิษฐ์ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และเพื่อป้องกันการเผยแพร่คำขอสิทธิบัตร และการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองการจัดงานนิทรรศการออสเทรีย-ฮังการีเพื่อแสดงผลงานสร้างสรรค์¹¹ เป็นเหตุให้ต่อมาเกิดการจัดประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมเกิดขึ้น ณ กรุงปารีส ในปี ค.ศ.1878 และต่อมาปี ค.ศ.1880 ได้มีการเสนอให้ร่างจัดตั้ง “สหภาพระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม” (International Union for the Property) หลังจากการประชุมนี้ ที่ประชุมได้มีการยอมรับร่างดังกล่าว โดยต่อมาได้มีการเรียกอนุสัญญาอันมีที่มาจากการประชุมว่า “อนุสัญญากรุงปารีส” (Paris Convention)

ต่อมาในการจัดประชุม ณ กรุงปารีส ในปี ค.ศ.1883 โดยมีการลงนามรับรองร่างอนุสัญญาดังกล่าว โดยผู้แทนของ 11 ประเทศ เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ.1883 อันเป็นผลให้มีอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวกับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเกิดขึ้น โดยเรียกว่า “อนุสัญญาเพื่อความคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม” (The Paris Convention, of March 20, 1883, for the Protection of Industrial Property) หรือ “อนุสัญญากรุงปารีส”

อนุสัญญากรุงปารีสมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ.1884 สาระสำคัญพื้นฐานของอนุสัญญานี้เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ หลักการสำคัญของอนุสัญญากรุงปารีสมีอยู่ด้วยกัน 4 หลัก ได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หลักการให้สิทธิที่จะขอรับความคุ้มครองก่อน (Right of Priority) หลักความเป็นอิสระของสิทธิบัตร (Independence of Patents) หลักการบังคับให้มีการนำสิทธิบัตรไปใช้งานภายในประเทศ (Local Working of Patents) โดย

¹¹Seth M. Reiss, *Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property* [Online], available URL: <http://www.lex-ip.com/Paris.pdf>, 2558 (พฤษภาคม, 20).

มาตรการบังคับใช้สิทธิ ได้ถูกกำหนดไว้ในข้อ 5 ของอนุสัญญาเพื่อไม่ให้แต่ละประเทศใช้มาตรการบังคับตามอำเภอใจ¹²

ต่อมานานาประเทศได้ตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization)¹³ ขึ้นตามผลของความตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariffs and Trade)¹⁴ อันนำไปสู่การทำความตกลง TRIPS เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการปลอมแปลงสินค้า และได้วางกรอบพื้นฐานของหลักการอันเกี่ยวกับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ไว้ในบทบัญญัติบางส่วนของความตกลงดังกล่าว¹⁵

การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบโตเกียว (Tokyo Round) ในปี ค.ศ.1973-1979 ประเทศพัฒนาแล้วบางประเทศได้มีความพยายามเสนอจัดทำประมวลว่าด้วยการต่อต้านสินค้าปลอมแปลง (Anti-Counterfeiting Code) ขึ้น เนื่องจากการปลอมแปลงและลอกเลียนแบบสินค้าในทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดการบิดเบือนและเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรี แต่ความพยายามดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ

ประเทศพัฒนาแล้วจึงผลักดันประเด็นการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่การเจรจาในรอบการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Uruguay Round) กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วนำโดยสหรัฐอเมริกา เสนอให้ความตกลงมีเนื้อหาครอบคลุมมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท การนำประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่แกตต์นั้น มีเหตุผลสำคัญมาจากการที่ทรัพย์สินทางปัญญาได้กลายมาเป็นปัจจัยสำคัญทางเศรษฐกิจของประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้ประเทศเหล่านั้นมีความได้เปรียบกว่าประเทศที่กำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา เช่น ในอุตสาหกรรมยา ดนตรี ภาพยนตร์ คอมพิวเตอร์ เป็นต้น¹⁶ ในการแข่งขันในตลาดการค้าโลก และกลุ่มประเทศกำลังพัฒนานำโดยอินเดีย บราซิล อียิปต์ อาร์เจนตินา และยูโกสลาเวีย ต้องการแบ่งแยกประเด็นให้ชัดเจนระหว่างการซื้อขายสินค้า ประเด็นการซื้อขายสินค้าปลอมแปลงกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพราะกลุ่มประเทศเหล่านี้คัดค้านการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วยเหตุผลที่ว่า การมีระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดจะทำให้

¹² จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *แนวความคิดและบทวิเคราะห์*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 222-223.

¹³ ก่อตั้งขึ้นเมื่อ 1 มกราคม ค.ศ.1995.

¹⁴ เกิดขึ้นเมื่อ 30 ตุลาคม ค.ศ.1947 ได้รับการลงนามโดย 23 ประเทศ ณ กรุงเจนีวา.

¹⁵ พัฒนรัฐศั พักจันทร์, *ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement)* [Online], available URL: file:///C:/Users/Administrator/Downloads/B5.pdf, 2016 (กันยายน, 24).

¹⁶ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 25.

บริษัทข้ามชาติมีอำนาจผูกขาดมากเกินไป และส่งผลกระทบต่อกลุ่มประชากรยากจน โดยเฉพาะประเด็นยาโรครักษาโรค และการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยแท้จริงเน้นไปที่การเจรจาประเด็นการค้าเสรีส่วนใหญ่

อย่างไรก็ตาม สุตท้ายกลุ่มประเทศทั้งสอง กล่าวคือ ประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนายอมรับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ ความตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS)¹⁷ ยอมรับความตกลงนี้ เนื่องจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาได้รับประโยชน์จากการเข้าถึงตลาดสินค้าประเภทเครื่องแต่งกายและสิ่งทอมากขึ้น ภายใต้ความตกลงว่าด้วยสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม (Agreement on Textile and Clothing: ATC)¹⁸ การเจรจาดังกล่าวก่อให้เกิดความตกลงทริปส์ในที่สุด โดยรัฐภาคีจะต้องออกหรือแก้ไขกฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่างๆ ให้สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ก็เปิดให้มีข้อยืดหยุ่นในการเลือกใช้มาตรการที่จำเป็น (TRIPS Flexibility)¹⁹ เพื่อการคุ้มครองสาธารณสุขและโภชนาการ ส่งเสริมประโยชน์สาธารณะในภาคต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ สังคมและเทคโนโลยี ป้องกันการใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยมิชอบของผู้ทรงสิทธิ ป้องกันการใช้แนวทางปฏิบัติซึ่งจำกัดการค้าโดยไม่มีเหตุผลหรือเป็นผลเสียหายต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ²⁰ รวมถึงได้กำหนดหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ²¹ (National Treatment) และ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง²² (Most Favored Nation Treatment) ในความตกลงเช่นกัน

ข้อยืดหยุ่นเกี่ยวกับสิทธิบัตรภายใต้ความตกลงทริปส์นอกเหนือจากข้อยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามความตกลงทริปส์ (TRIPs Flexibility) เนื่องด้วยระยะเวลาเปลี่ยนผ่าน แบ่งได้โดยจำเพาะดังนี้²³

(ก) มาตรการบังคับใช้สิทธิหรือการใช้สิทธิโดยรัฐ (Compulsory Licenses and Government Use) (ข้อ 31 แห่งความตกลงทริปส์) คือ การใช้สิทธิบัตรโดยไม่ต้องได้รับอนุญาต

¹⁷ เกิดขึ้นเมื่อ 1 มกราคม ค.ศ.1996.

¹⁸ พัฒนารัฐ ฟักจันทร์, เรื่องเดิม.

¹⁹ ข้อยกเว้นการใช้ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาโดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาของผู้ทรงสิทธิ.

²⁰ พัฒนารัฐ ฟักจันทร์, เรื่องเดิม.

²¹ TRIPS, article 3.

²² TRIPS, article 4.

²³ WIPO, Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and their Legislative Implementation at the National and Regional Levels [Online], available URL: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629, 2010 (August, 18).

จากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งข้อนี้ต่างจากข้อยกเว้นอื่นเนื่องจากการกำหนดให้ต้องจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมแก่ผู้ทรงสิทธิ และต้องเป็นการใช้เพื่อปกป้องสาธารณประโยชน์หรือภาวะฉุกเฉินแห่งชาติเท่านั้น

(ข) การสิ้นสิทธิ (Exhaustion of Rights) (ข้อ 28 แห่งความตกลงทริปส์) คือ การได้รับการคุ้มครองเพียงเฉพาะในอำนาจอธิปไตยของประเทศที่ผู้ทรงสิทธิจดทะเบียนเท่านั้น ไม่สามารถนำไปยืนยันกับประเทศอื่นได้รวมถึงการนำเข้าซ้อน (Parallel Import)

(ค) ข้อยกเว้นการวิจัย (Research Exemption) (ข้อ 27 แห่งความตกลงทริปส์)

(ง) ข้อยกเว้นเพื่อปรับปรุงกฎหมาย (Regulatory Review Exception) หรือ บทบัญญัติโบลาร์ (Bolar Provision) คือ การที่บริษัทผลิตยาสามัญ หรือบริษัทที่ไม่ใช่เจ้าของสิทธิบัตรสามารถทำการศึกษาชีวสมมูลย์ (Bioequivalence) เพื่อเป็นการเตรียมการขึ้นทะเบียนตำรับยาในช่วงอายุสิทธิบัตรได้ ทั้งนี้เป็นการเปิดโอกาสให้สามารถนำออกขายได้ทันทีเมื่ออายุสิทธิบัตรสิ้นสุดลง

(จ) ผลิตภัณฑ์อรรถประโยชน์ (Utility Models) คือ การประดิษฐ์หรือปรับปรุงเพียงเล็กน้อย ซึ่งจะไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตร แต่อาจได้รับการคุ้มครองในรูปแบบของอนุสิทธิบัตรได้

โดยในความตกลงทริปส์ได้กำหนดข้อยึดหยุ่น เรื่อง การบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรไว้ในข้อ 31 (บี) คือการบังคับใช้สิทธิกระทำได้ในกรณีที่เกิดภาวะฉุกเฉินของประเทศหรือสภาพการณ์เร่งด่วนอย่างที่สุด อื่นๆ นอกจากนี้ ในการประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลก ครั้งที่ 4 ณ กรุงโตเกียว ประเทศการ์ตา ในปี พ.ศ.2544 ได้มีมติเห็นชอบปฏิญญาโตฮาว่าด้วยความตกลงทริปส์และสาธารณสุข โดยปฏิญญาดังกล่าวนี้ มีการบัญญัติรับรองข้อยึดหยุ่นในการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของประเทศภาคีสมาชิก กล่าวคือ ยืนยันว่าประเทศสมาชิกแต่ละประเทศมีสิทธิที่จะใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ ตลอดจนสามารถกำหนดเงื่อนไขและสถานการณ์ที่จะใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างเสรี

นอกจากนี้ประเทศภาคียังได้จัดประชุมเพื่อหารือภายใต้ ข้อ 4 วรรค 2 แห่งความตกลงองค์การการค้าโลก เพื่อหาทางแก้ไขปัญหากับความไม่เพียงพอหรือปัญหาการผลิตยาจำเป็นภายใต้การบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้ความตกลงทริปส์และมีปัญหาการนำเข้ายาจำเป็นซึ่งประเทศผู้ใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้นำเข้ายาจากประเทศอื่น เช่น ประเทศอินเดีย เป็นต้น ประเทศภาคีจึงหารือเพื่อแก้ไขปัญหานี้ จึงได้มีการเสนอแก้ไขโดยเพิ่มเติมความตกลงโดยพิธีสารการแก้ไขความตกลงทริปส์ด้านสาธารณสุข (Protocol Amending the TRIPS Agreement) และเปิดให้รัฐภาคียอมรับจนถึงวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ.2007 โดยประเทศไทยได้ลงนามพิธีสารดังกล่าวแล้วเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2559

โดยสรุป อนุสัญญากรุงปารีสเกิดขึ้นเพื่อการคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ กล่าวคือ ทรัพย์สินทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์เพื่อประโยชน์ในการเปิดเผยและสร้างแรงจูงใจในการประดิษฐ์และสร้างสรรค์ และความตกลงทริปส์เกิดขึ้นเนื่องจากการผลักดันของประเทศที่พัฒนาแล้วต้องการ

ให้มีมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องด้วย ณ ขณะนั้น ทรัพย์สินทางปัญญา ถือเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจที่สำคัญที่ทำให้เศรษฐกิจเติบโต แม้ในตอนแรกประเทศที่กำลังพัฒนา และประเทศที่ด้อยพัฒนาจะต่อต้านเนื่องด้วยเห็นว่า การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวอาจ เป็นผลเสียต่อประเทศตน แต่ในที่สุดการตกลงทางการค้าระหว่างกันทำให้ประเทศที่กำลังพัฒนาและ ประเทศที่ด้อยพัฒนายอมเข้าร่วมความตกลงทริปส์นั่นเอง และปัจจุบันประเทศไทยก็ได้เข้าเป็นภาคี ของทั้งอนุสัญญากรุงปารีส และความตกลงทริปส์ รวมถึงลงนามในปฏิญญาโดฮาและพิธีสารแก้ไข เพิ่มเติมความตกลงทริปส์ ข้อ 31bis

2.2 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

2.2.1 การบังคับใช้สิทธิโดยเอกชน

พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 46 กำหนดว่า เมื่อพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันออกสิทธิบัตรหรือสี่ปีนับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตร แล้วแต่ระยะเวลาใดจะสิ้นสุดลงทีหลัง บุคคลอื่น จะยื่นคำขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตรนั้นต่ออธิบดีก็ได้ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่ยื่นคำขอมิพบพฤติการณ์แสดงว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ใช้สิทธิโดยชอบดังต่อไปนี้

1) ไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์หรือไม่มีการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตรภายในราชอาณาจักร โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือ

2) ไม่มีการขายผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรือผลิตภัณฑ์ที่ใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร หรือมีการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าวในราคาสูงเกินควรหรือไม่พอสอดคล้องความต้องการของประชาชน ภายในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

กล่าวคือ เป็นการอนุญาตให้เอกชนขอใช้สิทธิตามสิทธิบัตร โดยพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรโดยมิชอบ กล่าวคือ ไม่มีการผลิตผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตร ไม่ขายผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตรภายในประเทศ หรือขายผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตรในราคาสูงเกินสมควรหรือไม่พอสอดคล้องความต้องการของประชาชนเมื่อพ้นระยะเวลา 3 ปี นับแต่วันออกสิทธิบัตรหรือ 4 ปี นับแต่วันยื่นขอรับสิทธิบัตรแล้วแต่ระยะเวลาใดจะสิ้นสุดลงทีหลัง โดยยื่นคำขอต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา เช่น บริษัท A ได้จดสิทธิบัตรเพื่อผลิตยาต้านเชื้อไวรัส HIV ในประเทศไทย แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปแล้ว 3 ปี บริษัท A ก็มิได้ดำเนินการผลิต ดังนั้น นาย ก. สามารถยื่นคำขอใช้สิทธิบัตร ในการผลิตยาดังกล่าวต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้

2.2.2 การบังคับใช้สิทธิโดยรัฐ

พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 51 บัญญัติว่า มาตรา 51 แห่ง พ.ร.บ. สิทธิบัตรฯ บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค หรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการสงวนรักษาหรือการได้มา ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติหรือ

สิ่งแวดล้อม หรือป้องกันหรือบรรเทาการขาดแคลนอาหาร ยาหรือสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างอื่นอย่างรุนแรง หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น กระทบวง ทบวง กรม อาจใช้สิทธิตามสิทธิบัตรอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 36 โดยกระทำการดังกล่าวเองหรือให้บุคคลอื่นกระทำแทน ในการใช้สิทธิดังกล่าว กระทบวง ทบวง กรม จะต้องเสียค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิบัตรหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรตามมาตรา 48 วรรคสอง และจะต้องแจ้งให้ผู้ทรงสิทธิบัตรทราบเป็นหนังสือโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขในมาตรา 46 มาตรา 47 และมาตรา 47 ทวิ (2)

นอกจากนี้ ประเทศไทยได้ให้การสนับสนุนเข้าถึงยารักษาโรค โดยได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในหมวด 3 และ หมวด 5 ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้

หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 47

มาตรา 47 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขของรัฐ

บุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

บทบัญญัติข้างต้นยืนยันการคุ้มครองด้านสาธารณสุขโดยรัฐ โดยรัฐจะต้องดูแลสุขภาพของประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน และประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการดูแลจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

มาตรา 55 รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับการบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานที่เกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพ และการป้องกันโรค และสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านการแพทย์แผนไทยให้เกิดประโยชน์สูงสุด

บริการสาธารณสุขตามวรรคหนึ่ง ต้องครอบคลุมส่งเสริมสุขภาพการควบคุม และป้องกันโรค การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสุขภาพด้วย

รัฐต้องพัฒนาการบริการสาธารณสุขให้มีคุณภาพและมาตรฐานสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง

ดังนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น รัฐจึงมีหน้าที่ในการดูแลและส่งเสริมสุขภาพของประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียม รวมถึงการกระทำการใดๆ เพื่อป้องกันโรคแก่ประชาชน

กล่าวคือ บทบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญได้ยืนยันถึงหน้าที่ของรัฐในการที่รัฐอาจใช้มาตรการใดๆ เพื่อการคุ้มครองด้านสาธารณสุขและสุขภาพของประชาชน

3. ความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตรและมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของต่างประเทศและของประเทศไทย

3.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตรและมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของประเทศไทยที่พัฒนาแล้ว

3.1.1 การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศสหรัฐอเมริกา²⁴

ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้สิทธิของสหรัฐอเมริกา ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ชัดเจน แต่มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดอยู่ในมาตรา 28 USC §1498 แห่ง The Bayh-Dole Act ซึ่งกำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการใช้หรือผลิตสิ่งประดิษฐ์มีสิทธิบัตร และภายใต้ มาตรา 28 USC §1498 รัฐบาลจะต้องจ่ายค่าตอบแทนอย่างเหมาะสมแก่ผู้ทรงสิทธิ (ภายใต้ความเสียหายทางการเงินของผู้ทรงสิทธิอันได้รับจากผลการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ)²⁵

ในปี ค.ศ.2001 สหรัฐอเมริกาเกิดโรคระบาดแอนแทรกซ์ (Anthrax) ซึ่งเป็นผลมาจากการก่อการร้าย ในขณะนั้นเพื่อรักษาโรคแอนแทรกซ์แก่ประชาชน รัฐบาลจึงจำเป็นต้องประกาศมาตรการบังคับใช้สิทธิ ภายใต้มาตรา 28 USC 1498 กับ บริษัท เบเยอร์ (Bayer) ผู้ทรงสิทธิยาไซโพรฟลอกซาซิน (Ciprofloxacin: Cipro) ซึ่งเป็นยารักษาโรคแอนแทรกซ์ยา Cipro ดังกล่าวเป็นยาขายดีและทำกำไรมากมายให้ Bayer อยู่แล้วก่อนที่จะเกิดการระบาดของโรคแอนแทรกซ์หลังจากเกิดโรคแอนแทรกซ์ระบาดประชาชนอเมริกาซื้อยา Cipro มากักตุนไว้ เพราะการรักษาโรคแอนแทรกซ์สามารถทำได้โดยกินยาดังกล่าว 2 เม็ดต่อวันต่อเนื่องเป็นเวลา 60 วัน จึงทำให้ยาดังกล่าวมีราคาสูงขึ้นมาก ราคาขายของ Cipro ปกติเม็ดละ 4.67 ดอลลาร์สหรัฐ/1 เม็ด/500 mg แต่ราคาขายส่งขายกันเม็ดละ 7 ดอลลาร์สหรัฐ และเพื่อใช้ในการรักษาผู้ป่วยต้องกินยา Cipro วันละ 2 เม็ดต่อเนื่อง 60 วันจึงจะหายจากโรค ส่งผลให้ค่าใช้จ่ายในการรักษาตกอยู่ที่คนละเกินกว่า 700 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งหมายความว่าประชาชนอเมริกาผู้ยากจนไม่สามารถเข้าถึงยาได้ แต่ในขณะดังกล่าว ยา Cipro ในอินเดีย ซึ่งจำหน่ายในชื่อ Bayer's Baycip กลับจำหน่ายเพียงเม็ดละ 0.13 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งหากใช้ในการรักษา 2 เดือน ค่ารักษาจะเหลือเพียงเดือนละ 17 ดอลลาร์สหรัฐ

²⁴Lauren Keller, *Ciprofloxacin and Compulsory Licencing of Pharmaceutical Patents 2002 Third Year Paper* [Online], available URL: <https://dash.harvard.edu/handle/1/8852122>, 2016 (September, 21).

²⁵Grace K. Avedissian, "Global Implications of a Potential U.S. Policy Shift Toward Compulsory Licencing of Medical Inventions in a New Era of "Super-Terrorism"," *American University International Law Review* 18, 1 (2002): 279.

รัฐบาลสหรัฐอเมริกา ในขณะนั้นนายจอร์จ ดับเบิลยู บุช เป็นประธานาธิบดี จึงประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา Cipro ภายใต้ U.S. Federal law, 28 USC 1498 ภายใต้เหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสาธารณสุข เพื่อให้ประชาชนสามารถซื้อยา Cipro เก็บไว้ได้ในราคาที่เข้าถึงได้ เพื่อให้รัฐบาลสามารถซื้อสินค้ายา Cipro มาใช้ในราคาถูก สุดท้ายรัฐบาลเจรจากับ Bayer และในที่สุด Bayer ตกลงลดราคาซึ่งขายให้รัฐบาลสหรัฐอเมริกา ปกติเม็ดละ 1.77 ดอลลาร์สหรัฐ เหลือเพียง 0.95 ดอลลาร์สหรัฐ และทำสัญญาระหว่าง Bayer กับ รัฐบาลสหรัฐ ให้ Bayer เป็นผู้มีสิทธิจำหน่ายยา Cipro แต่เพียงผู้เดียวในสหรัฐ จนถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.2003 ซึ่งทำให้ Bayer คงได้รับกำไรจากการผูกขาดจำหน่ายดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาอย่างมาก

ทั้งนี้ ข้อพิงสังเกตเห็นการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นไปด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากเหตุก่อการร้าย อย่างไรก็ตามก็ดีรัฐบาลก็ได้ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับยา Cipro ภายใต้เหตุเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสาธารณสุข ให้ประชาชนในชาติสามารถซื้อยาในราคาที่เข้าถึงได้เพื่อเก็บไว้ทานรักษาโรค อย่างไรก็ตามในกรณีของสหรัฐอเมริกาสุดท้ายได้มีการทำสัญญาผูกขาดให้ Bayer มีสิทธิเป็นผู้จำหน่ายแต่เพียงผู้เดียวในสหรัฐอเมริกาด้วยราคาที่ถูกลง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่เห็นด้วยกับการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ แต่เมื่อประชาชนในประเทศประสบปัญหาด้านสุขภาพอันเป็นที่น่าวิตกกังวล ก็ต้องใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อปกป้องประชาชนของตนเอง

3.2 ความเป็นมาของการคุ้มครองสิทธิบัตรและมาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของประเทศที่กำลังพัฒนา

3.2.1 การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียเริ่มใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.2007²⁶ โดยบริษัทเอกชน กล่าวคือ Natco Pharma Limited (Natco) ผู้ได้รับอนุญาตใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรในการผลิตยาต้านมะเร็ง Naxavar (ชื่อในทางการค้า (trade name) ว่า Sorafenibtosylate) ภายใต้มาตรา 84 (1) แห่งคำตัดสินของผู้ควบคุม (Controller General of Patents) ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรอินเดีย ซึ่งเป็นยาที่มีสิทธิบัตรของ Bayer AG (Bayer) ต่อมา Bayer ตัดสินใจอุทธรณ์การใช้มาตรการดังกล่าว แต่ศาลฎีกาก็พิพากษายกฟ้องคำอุทธรณ์ดังกล่าว

²⁶ICTSD, India Grants First Compulsory License to Generic Drug Producer [Online], available URL: <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/india-grants-first-compulsory-license-to-generi-drug-producer>, 2012 (March, 14).

ในปี ค.ศ.2011 Natco Pharmaceuticals Limited (Natco) ได้ยื่นคำขอเพื่อการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับ Bayer Corporation (Bayer) เพื่อผลิตยาทั่วไปภายใต้มาตรา 84 (1) แห่งกฎหมายสิทธิบัตรอินเดีย 1970 กล่าวคือ ยาต้านมะเร็ง Naxavar ซึ่ง Bayer เป็นผู้ทรงสิทธิบัตรเลขที่ 2156758 ในอินเดียโดย Natco ให้เหตุผลว่า ยาซึ่งมีสิทธิบัตรของ Bayer ขายในราคาที่ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงได้ และ เหตุผลในสิทธิบัตรไม่เป็นไปเพื่อสาธารณชน Natco ภายใต้เหตุผลเพิ่มเติมว่า Bayer ไม่สามารถทำให้ยาดังกล่าวทำงานในประเทศอินเดียภายในเวลา 3 ปี

สิ่งที่สนับสนุนกรณีของ Natco คือ Natco เชื่อว่า Bayer นำเข้ายาเพื่อขายในราคาที่สูงเกินจริง Natco ให้ข้อมูลมากมายเพื่อสนับสนุนกรณีนี้ รวมถึงข้อมูลซึ่งรวบรวมโดย GLOBOCAN (the UN's cancer project) ซึ่งประมาณการจำนวนรวมผู้ป่วยโรคมะเร็งตับในอินเดียทั้งสิ้น 20,000 คนและโรคมะเร็งไตอีกทั้งสิ้น 8,900 คน และ 90% ในจำนวนผู้ป่วยเป็นผู้ป่วยมะเร็งระยะลุกลาม (late stage)

Bayer โต้แย้ง Natco ด้วยข้อที่ว่าราคาที่ขายนั้นเป็นราคาที่ประชาชนสามารถซื้อได้ มีระดับของประชาชนในประเทศซึ่งอาจเข้าถึงราคายาในปัจจุบันได้ และเจตนากรณีกฎหมายไม่ได้ให้ลดราคายาเพื่อให้อยู่ในราคาที่ประชาชนสามารถซื้อได้ นอกจากนี้ ราคายาที่มีสิทธิบัตรต้องเป็นราคานี้ เพื่อให้บริษัทสามารถพัฒนายาในอนาคตต่อไปได้

กรณีเรื่องสิทธิบัตรไม่ทำงานในอินเดีย Bayer โต้แย้งว่า “worked” หมายความว่า การจัดให้ซึ่งยาในตลาดยาอินเดีย ตามความเหมาะสมของขนาดการค้า ซึ่งไม่จำเป็นว่าต้องผลิตยาในอินเดีย ทั้งนี้ความต้องการของยา Naxavar ไม่สามารถนำมาใช้กับการผลิตได้ในอินเดีย และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน Bayer จึงนำยาสู่ท้องตลาดแค่ 2% จากประมาณการคนไข้ในอินเดีย แต่คงไว้ซึ่งตัวเลือกที่สามารถหาได้ ได้แก่ผู้ผลิตชื่อ Cipla

รัฐบาลอินเดียได้ตรวจสอบและพิจารณาข้อเท็จจริงในการที่จะให้สิทธิเหนือสิทธิบัตรแก่ Natco ทั้งนี้ Bayer กำหนดราคายา Naxavar ที่ประมาณ 8500 ดอลลาร์ (Rs.2.85 lakhs) สำหรับการบริโภคต่อหนึ่งเดือน แต่ Natco วางแผนที่จะจำหน่ายยาทั่วไปในราคาประมาณ 181 ดอลลาร์ (RS 8,900) ต่อการบริโภคในหนึ่งเดือน และ Natco ยังกล่าวว่าสามารถคงราคานี้ไว้ได้โดยไม่ผลิตเพื่อส่งออก และยังสามารถจัดหาโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายให้แก่ 600 ผู้ป่วย ที่ต้องการมากในแต่ละปี ในขณะที่เดียวกัน Bayer ยอมรับข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ป่วยสามารถเข้าถึงยาเพียงร้อยละ 2 และไม่ได้ผลิตในอินเดีย

สุดท้ายผู้ควบคุมมีคำตัดสินว่า ราคายาของ Bayer เป็นราคาที่ไม่สมเหตุผลและไม่สามารถซื้อได้ โดยผู้ควบคุมได้แสดงความเห็นว่า Bayer ควรผลิตยาให้มีหลายราคา หลายระดับ เพื่อความเหมาะสม เพราะ Bayer ได้กล่าวไว้ในคำให้การว่า “สามารถทำได้” ผู้ควบคุมได้พิจารณาภายใต้อนุสัญญากรุงปารีส ความตกลงทริปส์และกฎหมายสิทธิบัตร 1970 เมื่อผู้ควบคุม

อ่านความ ตกลงทริปส์ แล้วพบแต่เพียงว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิต้องดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น ผู้ควบคุมต้องพิจารณา มาตรา 2 (1) แห่งความตกลงทริปส์ ซึ่งให้นำ อนุสัญญากรุงปารีสมาใช้ และพบว่าในมาตรา 5 (เอ) (1) ของอนุสัญญากรุงปารีส เจ้าของสิทธิบัตรไม่อาจอ้างว่าการนำเข้านั้นจำเป็นมาเป็นการสนับสนุน และรัฐสามารถใช้มาตรการตามกฎหมายให้การอนุญาตใช้สิทธิได้ และอนุสัญญากรุงปารีส ไม่ได้อธิบายคำว่า “working” และละไว้เพื่อให้รัฐตีความภายใต้ ความจำเป็นทางเศรษฐกิจสังคม (socio-economic requirement) มาตรา 27 (1) แห่งความตกลงทริปส์ ยังได้กล่าวว่า “สิทธิบัตรจะต้องไม่ทำให้เกิดการแบ่งแยกในสถานที่นั้น ทั้งในด้านเทคโนโลยี และสินค้าซึ่งนำเข้ามาหรือสินค้าในประเทศ” เมื่อพิจารณามาตรา 27 (1) ของความตกลงทริปส์ ประกอบกับอนุสัญญากรุงปารีส ตีความได้ว่า การนำเข้าไม่เป็นการริบสิทธิตามสิทธิบัตร แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อใดที่มีการใช้สิทธิบัตรไม่ชอบ รัฐมีสิทธิที่จะบังคับใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิบัตรตามมาตรา 84

ผู้ควบคุมพิจารณาต่อในส่วนของการทำงานของสิทธิบัตร (working of patent) ซึ่งเจ้าของสิทธิบัตรกล่าวว่า “working” หมายความว่า ในเชิงการค้า ตามมาตรา 84 (7) (e) ว่าเกี่ยวข้องกับมาตรา 84 (1) (a) และ 84 (1) (c) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับขนาดของการค้า (commercial scale) ผู้ควบคุมตัดสินว่าคำว่า “การทำงานของสิทธิบัตร” ไม่ได้จำกัดเพียงเพื่อขนาดของการค้า การทำงานของสิทธิบัตรต้องเป็นอะไรที่มากกว่าเพียงแค่เพื่อการค้า

ผู้ควบคุมกลับมาพิจารณาที่มาตรา 83 ซึ่งมาตรานี้ทำให้เข้าใจได้ชัดเจนว่า การทำงานของสิทธิบัตรไม่ได้หมายถึงการนำเข้าแต่เพียงอย่างเดียว จากการตีความมาตรา 83 (c) ทำให้เข้าใจได้ว่าการให้สิทธิบัตรนั้น ต้องส่งเสริมการคิดค้นเทคโนโลยี โอน และติดต่อทางเทคโนโลยี มาตรา 83 (f) ก่อให้เกิดความชัดเจนว่าสิทธิในสิทธิบัตรต้องไม่ถูกยึดเหนี่ยวอย่างไม่มีเหตุผลซึ่งการค้าซึ่งอาจกระทบกับการถ่ายโอนเทคโนโลยี เมื่ออ่านประกอบทั้ง (c) และ (f) ทำให้ชัดเจนว่าเจ้าของสิทธิบัตรต้องมีการโอนและติดต่อซึ่งเทคโนโลยีทั้งในและต่างประเทศเพื่อให้เกิดความเท่าเทียม เจ้าของสิทธิบัตรจึงสามารถที่จะสร้างการผลิตในอินเดียหรืออนุญาตให้ผู้อื่นผลิตยาดังกล่าวในอินเดีย (licencing) เพื่อให้เกิดโอกาสการถ่ายโอนเทคโนโลยีแก่อินเดีย ผู้ควบคุมได้ตีความมาตราที่กล่าวมาประกอบกับความตกลงทริปส์และอนุสัญญากรุงปารีส ได้ความว่า “worked in the territory of India” หมายความว่ารวมถึงการผลิตในอินเดีย และเมื่อนับเวลาจากปี ค.ศ.2008 ซึ่ง Bayer ได้รับสิทธิบัตรครั้งแรกจนถึงปัจจุบันเป็นเวลากว่า 4 ปีแล้วที่สิทธิบัตรไม่สามารถทำงานได้ในอินเดีย ผู้ควบคุมจึงเห็นควรให้ Natco ได้รับสิทธิในการใช้มาตรการบังคับใช้แก่ยา Naxavar ภายใต้มาตรา 84 แห่งกฎหมายสิทธิบัตร 1970 ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1) ราคาของยาซึ่งขายโดย Natco ต้องไม่เกิน Rs. 8880 ต่อชุดต่อ 120 เม็ด ซึ่งจำเป็นต่อการรักษา 1 เดือน
 - 2) Natco ต้องคงไว้ซึ่งจำนวนการขายที่เหมาะสมและต้องรายงานรายละเอียดการขายต่อผู้ควบคุมและต่อ Bayer ทุกไตรมาส ภายในหรือก่อน วันที่ 15 ของเดือนไตรมาส
 - 3) Natco มีสิทธิผลิตยาภายใต้สิทธิบัตรของ Bayer และสามารถหาวัตถุดิบการผลิตที่ใดก็ได้
 - 4) การอนุญาตไม่ใช่การอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว
 - 5) การอนุญาตไม่สามารถโอนแก่ผู้ใดได้
 - 6) ผู้รับอนุญาตต้องจ่ายค่าสิทธิร้อยละ 6 ของยอดขายทุกไตรมาส ภายในหรือก่อนวันที่ 15 ของทุกเดือนไตรมาส
 - 7) การอนุญาตเป็นไปเพื่อการผลิต ใช้เพื่อเสนอขายหรือขายยาเพื่อการรักษาในมนุษย์และในพื้นที่อื่นเทียบเท่ากัน
 - 8) ผู้รับอนุญาตต้องสนับสนุนยาสิทธิบัตรอย่างน้อยสำหรับ 600 ผู้ป่วยต่อปีโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย ผู้รับอนุญาตต้องยื่นแบบฟอร์มพร้อมระบุผู้ป่วย กล่าวคือ ชื่อ ที่อยู่และผู้รักษาผู้ป่วย แก่สำนักงานผู้ควบคุมสิทธิบัตรและรายดังกล่าวจะต้องยื่นก่อนวันที่ 31 มกราคมในปีถัดไป
 - 9) ผู้รับอนุญาตไม่มีสิทธิไม่นำเข้ายาสิทธิบัตร
 - 10) การอนุญาตเพื่อความเท่าเทียมในสิทธิบัตร
 - 11) การอนุญาตไม่รวมสิทธิอื่นในสินค้าทั้งส่วนตัวและสาธารณะแก่ผู้รับอนุญาต สินค้าของผู้รับอนุญาตต้องต่างจากผู้ให้อนุญาตโดยสิ้นเชิง เช่น สี หรือ รูปร่าง ชื่อทางการค้าต้องแตกต่าง และรูปแบบบรรจุภัณฑ์ต้องแตกต่าง ผู้ให้อนุญาตจะไม่ให้สิทธิทางกฎหมาย ยาเทคนิคการผลิต การขาย การตลาด หรือการส่งเสริมใดๆ แก่ผู้รับอนุญาต
 - 12) ผู้รับอนุญาตมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการรับผิดชอบในสินค้าของตนและสินค้าอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้อนุญาต กรรมการ เจ้าหน้าที่ พนักงาน ตัวแทน และ บริษัทในเครือ ปราศจากความรับผิดใดๆ ในการกระทำของผู้รับอนุญาต
 - 13) ผู้ให้อนุญาตมีสิทธิทุกประการในสิทธิอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวนี้ และมีสิทธิทุกประการในการแข่งขันกับผู้รับอนุญาตและให้สิทธิแก่บุคคลที่สามเพื่อแข่งขันกับผู้รับอนุญาต
- ดังนั้น สรุปได้ว่าประเทศอินเดียมีความเป็นมาด้านสิทธิบัตรที่สนับสนุนการผลิตยามาก่อนความตกลงทริปส์จึงทำให้ประเทศอินเดียมีเทคโนโลยีด้านการผลิตยาผ่านทางวิศวกรรมย้อนกลับและสามารถผลิตยาส่งออกได้เป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ การประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิในประเทศอินเดียซึ่งเป็นไปโดยเอกชนร้องขอต่อรัฐ เพื่อประโยชน์สาธารณะเนื่องจากสิทธิบัตรไม่สามารถทำงานได้ในประเทศ (ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงยารักษาโรคได้) ภายใต้มาตรา 84 ใน

ที่สุด สุดท่ายรัฐบาลอินเดียให้สิทธิบริษัทเอกชนผู้ได้สิทธิในการทำสัญญากับผู้ทรงสิทธินั้น โดยให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงสิทธิร้อยละ 6 ของยอดขายยาต้านไวรัสดังกล่าว โดยในคำตัดสินของประเทศอินเดียนั้น ได้ตีความการใช้งานสิทธิบัตรในประเทศว่าจะต้องมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าว และเป็นประโยชน์ต่อคนในประเทศอินเดีย

3.2.2 การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิของประเทศบราซิล

ประเทศบราซิลเป็นหนึ่งในสิบหกประเทศแรกซึ่งเข้าร่วมอนุสัญญากรุงปารีสในปี ค.ศ.1883 ภายใต้อนุสัญญากรุงปารีสประเทศสมาชิกสามารถกำหนดระบบสิทธิบัตรได้ตามนโยบายแห่งชาติของตน ประเทศบราซิลจึงได้ออกกฎหมายให้ความคุ้มครองกระบวนการผลิตยาและสินค้ายาจนถึงปี ค.ศ.1945 ประเทศบราซิลได้แก้ไขโดยยกเว้นความคุ้มครองการประดิษฐ์กระบวนการผลิตยาและสินค้ายา จนในปี ค.ศ.1994 ประเทศบราซิลเข้าร่วมความตกลงทริปส์ จึงได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิบัตร และในปี ค.ศ.1996 ได้มีผลบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว²⁷ ในตัวบทกฎหมายมีการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์คิดค้น โดยให้การคุ้มครองในสิทธิบัตร 20 ปี เพื่อให้เป็นไปตามความตกลงทริปส์ อย่างไรก็ตามก่อนหน้านี้การประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวมีผลิตภัณฑ์ยาจำนวนมากที่จดทะเบียนก่อนปี ค.ศ.1996 และได้ถูกเลียนแบบโดยวิศวกรรมย้อนกลับในบราซิล

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศบราซิล ในช่วงแรกไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อผิดพลาดและการปกป้องสาธารณประโยชน์ในประเทศหรือมาตรการบังคับใช้สิทธิ ดังนั้นรัฐบาลจึงแก้ไขกฎหมายให้สามารถใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิได้ ซึ่งสร้างความไม่พอใจให้แก่สหรัฐอเมริกา และสหรัฐอเมริกาได้ยื่นคำร้องต่อองค์การการค้าโลกขอให้พิจารณาบทบัญญัติมาตรา 68 ของกฎหมายสิทธิบัตรบราซิล เกี่ยวกับการทำงานในประเทศของสิทธิบัตร ว่าขัดแย้งกับ ข้อ 27.1 และ 28.1 ของความตกลงทริปส์หรือไม่ ซึ่งกำหนดว่า ผู้ทรงสิทธิสามารถเลือกที่จะหาประโยชน์จากการนำเข้าสู่สินค้ามีสิทธิบัตรได้ แต่ผู้อื่นก็สามารถที่จะลอกเลียนกระบวนการผลิตสินค้าของเขาได้เช่นเดียวกัน ซึ่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่าข้อกำหนดนี้ไม่สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ แต่บราซิลโต้แย้งว่าข้อกำหนดนี้มีลักษณะเดียวกับมาตรา 204²⁸ และ 209²⁹ กฎหมายสิทธิบัตรสหรัฐอเมริกา ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้ถอนคำร้องดังกล่าวไป

²⁷ Mohammad M.Azam, "The Experiences of TRIPS-Compliant Patent Law Reforms in Brazil, India, and South Africa and Lessons for Bangladesh," *Akron Intellectual Property Journal* 7, 2 (2014): 66-67.

²⁸ 35 U.S.C. § 204 (2012) ("Notwithstanding any other provision of this chapter, no small business firm or nonprofit organization which receives title to any subject invention and no assignee of any such small business firm or non-profit organization shall grant to any person the

ความเป็นมาของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรในประเทศบราซิล เริ่มจากการที่รัฐบาลบราซิลต้องการให้บริษัทยารายใหญ่ลดราคายาลงด้วยการประกาศที่จะใช้ มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร และบราซิลได้ประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาต้านไวรัส เอ็ดส์ Strcrin (ชื่อทางการค้า Efavirenz) ด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ภายหลังจากที่เจรจาต่อรองและบริษัทผู้ทรงสิทธิบัตรไม่ลดราคายาลง โดยรัฐบาลได้ซื้อยาทั่วไปจาก ผู้ผลิตรายอื่น

อย่างไรก็ดี นอกเหนือจากการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร ยา รัฐบาลบราซิลในสมัยของ Maurice Cassier และ Marilena Correa ได้ลงทุนในการวิจัยและ ผลิตยาโดยกระทรวงสาธารณสุขของประเทศบราซิล

โดยสรุป จากกรณีของบราซิล รัฐบาลประเทศบราซิลได้ประกาศใช้มาตรการ บังคับใช้สิทธิกับยาต้านไวรัส ภายใต้ความตกลงทริปส์ ข้อ 31 และกฎหมายสิทธิบัตรภายในประเทศ ด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสาธารณสุข เนื่องด้วยยาที่จำหน่ายในประเทศประชาชนไม่ สามารถซื้อหรือเข้าถึงได้ โดยกรณีของบราซิลนี้คล้ายกับของไทย ด้วยรัฐบาลมีความพยายามขอ เจรจาต่อรองราคายาลงก่อน แต่ไม่ได้รับผลอันน่าพอใจ รัฐบาลในกาลต่อมาจึงประกาศใช้มาตรการ บังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบราซิลนี้ ได้แสดงให้เห็นถึง วิวัฒนาการการพัฒนาการรักษาโรคโดยวิธีการวิศวกรรมย้อนกลับ และด้วยการลงทุนงบประมาณด้าน การวิจัยและผลิตยาด้วยตนเอง

โดยสรุป จากที่ได้กล่าวถึงความเป็นมาของการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือ สิทธิบัตรยาทั้งสามประเทศ มีการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาด้วยเหตุผล เพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสาธารณสุขภายใต้ความตกลงทริปส์ แต่ด้วยสถานการณ์ที่ต่างกันไปใน แต่ละประเทศ

exclusive right to use or sell any subject invention in the United States unless such person agrees that any products embodying the subject invention or produced through the use of the subject invention will be manufactured substantially in the United States.”).

²⁹35 U.S.C. § 209 (2012) (“[I]n the case of an invention covered by a foreign patent application or patent, the interests of the Federal Government or United States industry in foreign commerce will be enhanced... . A Federal agency shall normally grant a license... to use or sell any federally owned invention in the United States only to a licensee who agrees that any products embodying the invention or produced th.

3.3 หลักเกณฑ์ของการประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะด้านสาธารณสุขและการตีความการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาของประเทศไทย

เนื่องด้วยปัญหาประชากรไทยไม่ได้รับการรักษาโรคระบาดดังที่ได้กล่าวในชื่อก่อนหน้า ประเทศไทยโดยกระทรวงสาธารณสุขจึงประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาทั้ง 7 เป็นไปดังนี้³⁰

3.3.1 ยาเอฟฟาไวเรนซ์ ยาสูตรผสมโลพินาเวียร์และรีโทนาเวียร์ และยาโคลพิโดเกรล

เป็นยาด้านไวรัสเอชไอวี (เอ็ดส์) เหตุผลในการประกาศใช้เนื่องด้วยการระบาดของเชื้อไวรัสเอชไอวี (เอ็ดส์) เป็นปัญหาสำคัญอย่างยิ่งในด้านสาธารณสุขของประเทศ ซึ่งผู้ติดเชื้อฯ และยังมีชีวิตอยู่มีความจำเป็นต้องใช้ยาด้านไวรัสเพื่อการดำรงชีวิตปกติเช่นเดียวกับผู้อื่น แม้รัฐได้ประกาศนโยบายเพื่อให้ผู้ติดเชื้อฯ ที่มีความจำเป็นต้องใช้ยาด้านไวรัสเอชไอวีสามารถเข้าถึงยาได้ทุกคน และจัดสรรงบประมาณเป็นการเฉพาะแล้ว แต่ยังมียาด้านไวรัสเอชไอวีบางชนิด กล่าวคือ ยาเอฟฟาไวเรนซ์ (ชื่อการค้า Stocrin) ยาสูตรผสมโลพินาเวียร์และรีโทนาเวียร์ (ชื่อการค้า Kaletra) ซึ่งยาทั้งสองได้รับการพิสูจน์แล้วว่าเป็นยาที่มีประสิทธิผลสูงในการรักษา แต่ยากต่อการเข้าถึง เพราะราคาสูง และเป็นยาที่มีสิทธิบัตรคุ้มครอง

ในส่วนของ ยาโคลพิโดเกรล (ชื่อการค้า Plavix) ซึ่งเป็นยารักษาโรคเส้นเลือดอุดตันทั้งในหัวใจและสมอง ซึ่งโรคดังกล่าวแม้ว่าจะจะเป็นโรคที่ป้องกันได้ แต่การอุบัติของโรคก็ยังมีมาก และมีผู้ป่วยมีความจำเป็นต้องใช้ยาในการรักษา แต่ยารักษาที่มีราคาแพงมาก ยากต่อการเข้าถึง และเป็นยาที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองเช่นเดียวกัน

ยาทั้งสามรายการดังกล่าวเป็นยาที่มีสิทธิบัตรคุ้มครอง ทำให้องค์การเภสัชกรรมหรือผู้ผลิตรายอื่นไม่สามารถผลิตหรือนำเข้ามาจำหน่ายเพื่อแข่งขันในตลาดได้ ยาจึงมีราคาสูง อีกทั้งงบประมาณที่รัฐจัดสรรสำหรับใช้จัดหายามีจำกัด จึงเป็นเหตุผลให้รัฐโดยกระทรวงสาธารณสุขจำเป็นต้องใช้มาตรการประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 51 แห่ง พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 หลังจากการประกาศใช้ส่งผลให้ยาดังกล่าวราคาต่ำลง ทำให้งบประมาณที่รัฐมีอยู่จำกัด สามารถจัดหายาดังกล่าวได้มากขึ้น และประชาชนมีโอกาสได้รับยาดังกล่าวมากขึ้น

ในการใช้ยาดังกล่าวรัฐมีความประสงค์ให้ประชาชนได้รับยาจำเป็นที่มีคุณภาพดี ไม่ได้มุ่งหมายที่จะประหยัดงบประมาณแต่อย่างใด โดยยาดังกล่าวถูกนำไปใช้กับผู้ป่วยที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐภายใต้ระบบหลักประกันสุขภาพทั้ง 3 ระบบเท่านั้น และไม่มีให้นำไปใช้จำหน่ายทางการค้าทั่วไปทั้งในและต่างประเทศ

³⁰ คณะกรรมการการสาธารณสุข วุฒิสภา, “รายงานการพิจารณาการศึกษาเรื่องการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการดำเนินการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา,” 27 มกราคม 2554.

3.3.2 ยาโดซีแท็กเซล ยาเล็ทโทโรโซล ยาเออร์โลทินิบ และยาอิมาทินิบ

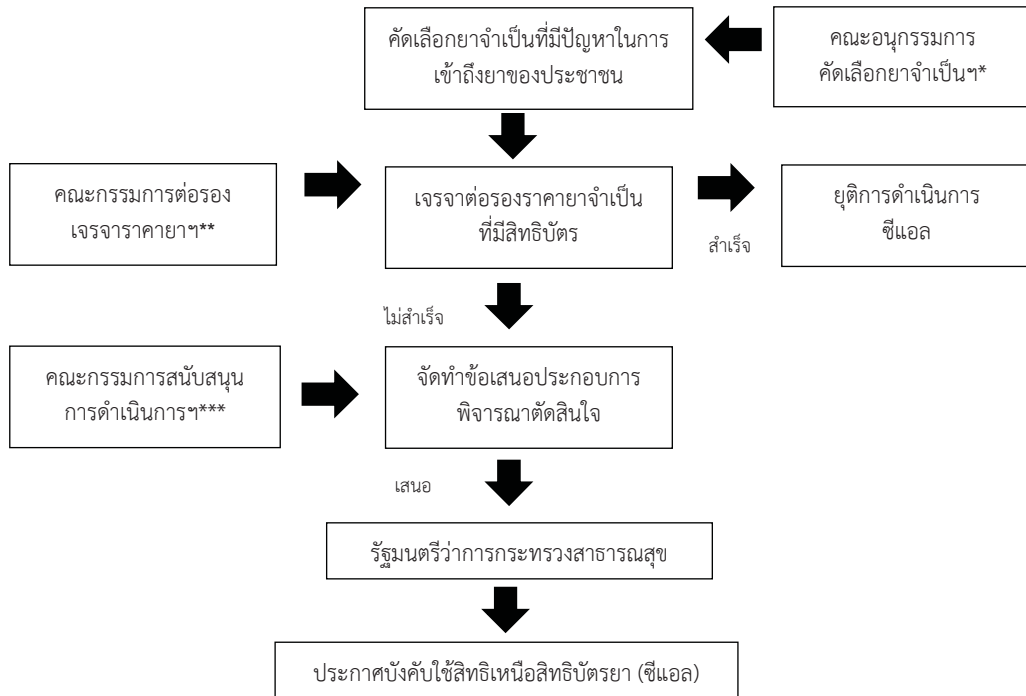
เป็นยารักษาโรคมะเร็ง เหตุผลในการประกาศใช้เนื่องจากมะเร็งเป็นโรคที่มีอัตราการตายสูงเป็นอันดับหนึ่งของประเทศไทย มีผู้ป่วยนับแสนคนต่อปีและมีแนวโน้มผู้ป่วยเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะมะเร็งปอด และมะเร็งเต้านมซึ่งพบบ่อยที่สุด ปัจจุบันมะเร็งสามารถรักษาได้ทั้งจากการผ่าตัด และการใช้ยา ซึ่งการรักษาด้วยยามี 2 วิธี คือ การเคมีบำบัด และการใช้ยารักษา มะเร็งแบบมุ่งเป้า (Drugs for targeted therapy) ที่มีประสิทธิภาพสูง อันได้แก่

- 1) ยาโดซีแท็กเซล (ชื่อการค้า Taxotere) สำหรับรักษามะเร็งปอดและมะเร็งเต้านม
- 2) ยาเล็ทโทโรโซล (ชื่อการค้า Femera) สำหรับรักษามะเร็งเต้านม
- 3) ยาเออร์โลทินิบ (ชื่อการค้า Tarceva) สำหรับรักษามะเร็งปอด และยาอิมาทินิบ (ชื่อการค้า Glivec) สำหรับรักษามะเร็งเม็ดเลือดขาวชนิดเรื้อรังและมะเร็งทางเดินอาหารในชั้นเนื้อเยื่อสโตรมอล แต่ยาเหล่านี้ราคาสูงมากเนื่องจากเป็นยาที่มีสิทธิบัตรคุ้มครอง

ทั้งนี้ กระทรวงสาธารณสุขได้มีความพยายามทุกวิถีทางในการเจรจาต่อรองราคา ยาจากบริษัทผู้ทรงสิทธิ แม้จะมีการลดราคายาลง แต่ก็ยังไม่ได้ผลเป็นที่น่าพอใจ และหากพยายามเจรจาต่อไปก็คงจะไม่บรรลุผลที่จะทำให้ผู้ป่วยภายใต้ระบบหลักประกันสุขภาพของรัฐทั้ง 3 ระบบ สามารถเข้าถึงยาได้ทุกคน และยังเป็นการทำให้อุปกรณ์มีความจำเป็นจะต้องได้รับยาต่อต่อไป โดยไม่ทราบว่าจะได้รับยาเมื่อใด

กระทรวงสาธารณสุขก่อนการประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา ได้มีการ ดำเนินการเจรจาต่อรองค่าตอบแทน และราคายาการใช้สิทธิตามสิทธิบัตรกับผู้ทรงสิทธิแล้ว มีขั้นตอนกระบวนการทำงาน ดังนี้³¹

³¹กระบวนการทำซีแอลยาของกระทรวงสาธารณสุข, รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง การศึกษา วิเคราะห์ปัญหาการดำเนินการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา, คณะกรรมการการสาธารณสุข วุฒิสภา, 27 มกราคม 2554.



ในกระบวนการคัดเลือกยาจำเป็นมีการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกยาจำเป็นที่มีปัญหาในการเข้าถึงยาของประชาชนในระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ โดยมีเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเป็นประธาน มีหน้าที่ในการศึกษาข้อมูลความจำเป็นในการใช้ยาและคัดเลือกยาจำเป็นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และเสนอชื่อยาต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เพื่อให้พิจารณาหามาตรการที่เหมาะสมในการเพิ่มการเข้าถึงยา ซึ่งมีการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังนี้

- 1) ยานี้ต้องอยู่ในบัญชียาหลักแห่งชาติ³² หรือจำเป็นในการแก้ไขปัญหาสาธารณสุข ภาวะฉุกเฉินหรือยาที่จำเป็นต้องใช้ในภาวะโรคระบาด หรือจำเป็นต้องใช้เพื่อช่วยชีวิต และเป็นเวชภัณฑ์ที่จำเป็นในการแก้ไขปัญหาสาธารณสุข หรือเวชภัณฑ์ที่ต้องใช้ภาวะฉุกเฉินหรือเวชภัณฑ์ที่ต้องใช้ในโรคระบาด
- 2) สำนวสุขภาพปัญหาและความต้องการของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญเฉพาะโรค กลุ่มผู้ป่วย กลุ่มหน่วยบริการ กลุ่มผู้จ่ายเงิน และกลุ่มอื่นๆ

³² เป็นกลไกหนึ่งในการส่งเสริมระบบการใช้ยาของประเทศ ให้สอดคล้องกับหลักปรัชญาวิถีชีวิตพอเพียง โดยจัดให้มีรายการยาที่มีความจำเป็นในการป้องกันและแก้ไขปัญหาสุขภาพของคนไทย ด้วยกระบวนการคัดเลือกยาที่โปร่งใส และการมีส่วนร่วมจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง.

หลังจากพิจารณาหลักเกณฑ์คัดเลือกยาแล้วต่อไปคือ ขั้นตอนการเจรจาต่อรองราคา ยาโดยคณะกรรมการต้องเจรจาต่อรองราคา ยาจำเป็นที่สิทธิบัตรที่มีปัญหาการเข้าถึงยา

หากการต่อรองราคา ยาไม่ประสบผลสำเร็จ จึงจะมีการตั้งคณะกรรมการสนับสนุนการดำเนินการใช้สิทธิบัตรโดยรัฐขึ้น โดยกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้แต่งตั้ง เพื่อดำเนินการรวบรวมข้อมูลสนับสนุนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องและจัดทำข้อเสนอเพื่อเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขพิจารณา และการตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้ายขึ้นอยู่กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

สุดท้ายภายหลังจากการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตร คณะกรรมการเจรจาต่อรองร่วมกับรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขจะกำหนดค่าตอบแทนการใช้สิทธิตามสิทธิบัตร (Royalty)

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากระทรวงสาธารณสุขของประเทศไทยได้ดำเนินการตามที่ความตกลงทริพส์ ข้อ 31 กำหนดไว้แล้วแต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยก็ยังคงจัดอันดับเป็นประเทศเฝ้าระวังเป็นพิเศษจาก USTR โดยประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งสหรัฐอเมริกายังตัดสิทธิพิเศษทางภาษีในสินค้าบางชนิดซึ่งส่งออกจากประเทศไทยตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น และบริษัทฯ ข้ามชาติอ้างว่าตนได้รับผลกระทบจากการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของประเทศไทย และเห็นว่า การประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับยาบางประเภท เช่น ยารักษาหลอดเลือดหัวใจ เป็นต้น ไม่ได้ถือเป็นปัญหาสุขภาพสาธารณะ หรือภาวะฉุกเฉินเร่งด่วนที่สมควรประกาศใช้ อีกทั้ง ยังอ้างว่า ภายใต้อาณัติความตกลงทริพส์หลังการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรแล้วประเทศไทยต้องแจ้งแก่ผู้ทรงสิทธิทราบในทันทีแต่ประเทศไทยก็ได้กระทำการดังกล่าว

4. หลักการตีความกฎหมายสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการ

โดยหลักการใช้หรือตีความสนธิสัญญา หากตัวข้อบทหรือข้อความชัดเจนอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องมีการตีความ การตีความจะเกิดขึ้นต่อเมื่อตัวข้อบทหรือถ้อยคำไม่ชัดเจน คลุมเครือเท่านั้น เนื่องจากการตีความเมื่อตีความแล้วจะมีผลผูกพันและอาจเป็นบรรทัดฐานใหม่ขึ้นมาได้

ดังนั้น หากสนธิสัญญาแสดงออกถึงความมุ่งประสงค์ของรัฐภาคีไม่อาจแปลความจากถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในสนธิสัญญาได้โดยชัดแจ้ง เนื่องจากถ้อยคำไม่สะท้อนถึงเจตนารมณ์ของภาคีในสนธิสัญญาได้อย่างเพียงพอ การตีความซึ่งถ้อยคำหรือบริบทในสนธิสัญญาจึงเป็นกระบวนการที่ต้องนำมาบังคับใช้

การตีความสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการนั้น เป็นรูปแบบหนึ่งของการตีความสนธิสัญญาซึ่งอยู่บนรากฐานของเจตนาของภาคีในสนธิสัญญา เพียงแต่ว่า เจตนาของภาคี (intention of the parties) นั้นเอง หรือข้อบทใดๆ ในสนธิสัญญาฉบับนั้นสามารถพัฒนา “ความหมาย” ได้ตามกาลเวลา

(Evolving” in meaning over time) โดยการคำนึงถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ทางกฎหมาย หรือ อีกนัยหนึ่ง การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการเป็นหลักที่อนุญาตให้สนธิสัญญาทั้งฉบับหรือข้อ บทในสนธิสัญญาสามารถถูกพิจารณาที่มีการพัฒนาในเรื่องการตีความของ “ข้อความ” ที่ได้ตกลงกันไว้ ในสนธิสัญญาบนฐานของเจตนาของภาคีในสนธิสัญญาดังเดิมโดยอาศัยพัฒนาการทางกฎหมาย ระหว่างประเทศ³³

แนวทางการตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ สามารถพบได้ทั่วไปในคำชี้ขาดของ องค์การระงับข้อพิพาทต่างๆ เช่น ในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights) ศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกา (The Inter-American Court of Human Rights) คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The United Nations of Human Rights Committee) ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (The Permanent Court & Arbitration) รวมไปถึง องค์การอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลก (The WTO Appellate Body) และคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาททางการลงทุน (The International Centre for Settlement of Investment Disputes)

คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้คำนิยาม คำว่า “วิวัฒนาการ” ไว้ว่า แนวคิดที่จะ ทำให้สามารถตีความแบบวิวัฒนาการต้อง (1) คำนึงถึงพัฒนาการของกฎหมายเศรษฐกิจ หรือแนวปฏิบัติ ตามมาภายหลัง (2) ก่อตั้งภาระหน้าที่เพื่อการพัฒนาที่ก้าวหน้าของภาคี (3) มีความเป็นธรรมชาติ มากหรือแสดงความเป็นทั่วไป ซึ่งต้องคำนึงถึงสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งนี้ เมื่อพิจารณาการ ตีความแบบวิวัฒนาการกับหลักสุจริต Alain Pellet ได้ให้คำกล่าวที่สำคัญในเรื่องของการตีความ เอาไว้ว่า “หลักสุจริตเป็นบ่อเกิดของความหลากหลายของการตีความและเป็นเสมือนกับกลไกของกฎ พื้นฐานว่าจะเลือกตีความอย่างไร”³⁴ หลักสุจริตมีการระบุไว้ในข้อ 31 วรรค 1 แห่ง VLCT อาจกล่าว ได้ว่า ถ้อยคำสามัญโดยการผ่านหลักสุจริตอาจทำให้การตีความเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย เพราะ VLCT ไม่ได้ระบุว่า “ถ้อยคำสามัญ” จะต้องตีความ ณ เวลาที่ทำสนธิสัญญานั้น หรือ ณ เวลาที่ มีการร้องขอให้ตีความ ดังนั้น หลักสุจริตจึงเป็นหลักการสำคัญเบื้องต้นสำหรับการตีความแบบ วิวัฒนาการ แต่ทั้งนี้ จะให้ตีความโดยไม่สนใจบริบทของข้อความนั้นเลยไม่ได้ เพราะข้อ 31 วรรค 3 ของ VLCT ได้ระบุขอบเขตของการตีความไว้ว่า ต้องตีความโดยคำนึงถึงบริบทแวดล้อม (context)

³³ ฌักทรี ชาตินันทร, “การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ: กรณีศึกษาคำชี้ขาดขององค์การระงับข้อ พิพาทขององค์การการค้าโลกและคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร- มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 45.

³⁴ Patrick Daillier, Mathias Forteau and Alain Pellet, *Droit international Public*, 8th ed. (France: L.G.D.J., 2009), p. 283.

ซึ่งได้แก่ (เอ) ความตกลงใดๆ เกี่ยวกับสนธิสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างภาคีทั้งหมดที่เกี่ยวข้องเนื่องจากการทำสนธิสัญญานั้น (บี) ทางปฏิบัติใดๆ ภายหลังในการใช้ปฏิบัติสนธิสัญญาซึ่งแสดงถึงความตกลงของภาคีเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและ (ซี) กฎเกณฑ์เกี่ยวข้องในทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งบังคับในความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี นอกจากนี้ในข้อ 31 วรรค 4 แห่ง VLCT ได้กล่าวถึง “ถ้อยคำที่มีความหมายพิเศษ” (special meaning) ซึ่งจะไม่มีการตีความเป็นอย่างอื่นไม่ว่าจะกรณีใดๆ แต่ต้องเป็นเรื่องที่ภาคีในสนธิสัญญาต้องเป็นฝ่ายนำสืบถึงการมีอยู่ของความหมายนั้น

การตีความแบบวิวัฒนาการกับหลักเจตนาของภาคี จะพบการอ้างอิงในส่วนของบริบทแวดล้อมต่างๆ เพื่อหาเจตนาร่วมกันของภาคีในสนธิสัญญา แต่ทั้งนี้เจตนาของภาคีเป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (prima facie) ในการตีความสนธิสัญญาเท่านั้น ซึ่งอาจมีการยกข้อต่อสู้มาหักล้างได้ในภายหลัง

การพัฒนาการหลักทฤษฎีต่างๆ เกี่ยวกับการตีความซึ่งส่งผลต่อวิวัฒนาการ มีหลักๆ 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักการตีความให้มีผล (principle of effectiveness) (2) หลักแนวปฏิบัติที่ตามมา (principle of subsequent practice) และ (3) หลักกฎหมายต่างยุค (principle of contemporaneity)³⁵ หลักการเหล่านี้ต้องคุ้มครองข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกได้นำมาใช้ประกอบการตีความ อธิบายเพิ่มเติมดังนี้³⁶

(1) หลักการตีความให้มีผล (principle of effectiveness) มองว่า ถ้อยคำทุกถ้อยคำที่เขียนในสนธิสัญญาต้องมีผลเสมอไม่ว่าบริบทด้านเวลาหรือสถานการณ์ต่างๆ จะเปลี่ยนไปอย่างไรก็ตาม ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้การรองรับของหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ หลักสุจริต ซึ่งมีการรับรองเอาไว้ในข้อ 31 วรรค 1 แห่ง VLCT ที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องกระทำการโดยสุจริตภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

การตีความสนธิสัญญาต้องคำนึงถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาเป็นใหญ่ เนื่องจากอยู่บนพื้นฐานของหลักการเดียวกัน กล่าวคือ การร่างสนธิสัญญาขึ้นมา รัฐภาคีในสนธิสัญญาย่อมมีความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ในการตกลงเรื่องที่สามารถใช้บังคับกันได้ มากกว่าจะตกลงเรื่องที่ไม่มีผลหรือใช้บังคับกันไม่ได้

(2) หลักแนวปฏิบัติที่ตามมา (principle of subsequent practice) หลักนี้เกิดขึ้นเนื่องจากโดยทั่วไปความตกลงภายหลังระหว่างภาคีเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญานั้น เป็นได้ทั้งกรณีของความตกลงที่ทำขึ้นภายหลังระหว่างภาคี หรือแม้แต่ทำขึ้นก่อนการทำสนธิสัญญาก็ได้ เพียงแต่ว่ามีการใช้ปฏิบัติของบัพัญญูตินั้นภายหลังการทำสนธิสัญญา ซึ่งประเด็นนี้ ต้องใช้อย่างระมัดระวัง

³⁵ อินภัทร ชาตินันทร, เรื่องเดิม, หน้า 48.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

เพื่อไม่ให้เกินเลยไปจากขอบเขตบริบทแห่งความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น เนื่องจากการปฏิบัติในภายหลังตามสนธิสัญญาซึ่งแสดงถึงความตกลงของภาคี เป็นไปตามข้อ 31 วรรค 1 (บี) แห่ง VLCT ซึ่งสะท้อนถึงการยอมรับและเข้าใจของภาคีในสนธิสัญญาในการแสดงเจตนาเข้าผูกพันในสนธิสัญญาเรื่องใดๆ ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

หลักนี้รวมถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องใดๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างภาคี เป็นไปตามข้อ 31 วรรค 1 (ซี) แห่ง VLCT เป็นหลักที่สำคัญและกว้าง หมายความรวมถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 38³⁷ หลักการนี้ต้องใช้โดยอาศัยความระมัดระวังเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อการตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ³⁸

(3) หลักกฎหมายต่างยุค การตีความสนธิสัญญาเพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีประสิทธิภาพและเหมาะสมในแต่ละยุคสมัย เพื่อให้สมความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาภายใต้เจตนาของภาคีในสนธิสัญญา อย่างไรก็ตาม ต้องเป็นการตีความที่ภาคีในสนธิสัญญาเห็นชอบ ต้องพิจารณาเป็นกรณีและอย่างมีข้อจำกัด

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนได้เกริ่นนำถึงหลักการตีความแบบวิวัฒนาการซึ่งปัจจุบันองค์การระหว่างประเทศทั้งระดับชาติและระดับโลกรวมถึงศาลยุติธรรมต่างๆ ได้นำแนวคิดนี้มาใช้อย่างแพร่หลายทั้งในการพิจารณาคดีและการตีความตัวข้อบทหลายลักษณะอักษรในความตกลงต่างๆ อย่างไรก็ตามหลักการตีความแบบวิวัฒนาการนี้จำต้องใช้ด้วยความระมัดระวังอย่างสูงและไม่ให้เกินไปกว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเนื่องจากอาจถือเป็นแนวปฏิบัติบรรทัดฐานอันผูกพันภาคีรวมถึงเป็นแนวปฏิบัติต่อบุคคลที่สามต่อไปในอนาคต

แนวคิดการตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน ซึ่งมีความเกี่ยวข้องไปยังประเด็นอื่นๆ ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับการค้า (non-trade issues) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลไกที่ซับซ้อนนโยบายต่างๆ เช่น การปกป้องชีวิตและสุขภาพของประชาชนในประเทศ การคุ้มครองผู้บริโภค การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

³⁷ Article 38 (Statute of the International court of Justice)

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; international custom, as evidence of a general practice accepted as law; the general principles of law recognized by civilized nations; subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

³⁸ ธนภัทร ชาตินันทร, เรื่องเดิม, หน้า 32-34.

ซึ่งองค์การการค้าโลกได้ตระหนักว่าการส่งเสริมและปกป้องสาธารณสุขและความปลอดภัยของผู้บริโภค สิ่งแวดล้อม การจ้างงาน การพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ และความมั่นคงของชาติ เป็นภารกิจหลักของทุกรัฐบาล โดยการปกป้องส่งเสริมประโยชน์สาธารณะเหล่านั้น รัฐบาลอาจออกกฎหมายภายใน หรือมาตรการที่กีดกันทางการค้าทั้งโดยเจตนาและไม่ได้เจตนา ภาควิชาสมาชิกอาจบังคับใช้กฎหมายและมาตรการเชิงนโยบายที่ละเมิดต่อกฎหมายขององค์การการค้าโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ หลักการเข้าถึงตลาด เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า รัฐบาลของประเทศสมาชิกอาจเลือกใช้การปกป้องเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณค่าที่มีความสำคัญอย่างยิ่งได้ เพียงแต่การปกป้องดังกล่าวต้องเป็นไปโดยมีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดและสอดคล้องกับสภาพการณ์

กล่าวโดยสรุป โดยหลักการใช้สนธิสัญญา จะต้องเป็นไปตามลายลักษณ์อักษรหรือตามตัวข้อบทแห่งสนธิสัญญานั้นๆ กรณีการตีความเป็นการที่ข้อความหรือถ้อยคำคลุมเครือหรือไม่ชัดเจนอย่างแท้จริง หรืออาจตีความได้หลายนัย ซึ่ง ข้อ 31 ถึง 33 แห่ง VLCT ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตีความ โดยหลักแล้วต้องตีความโดยสุจริต และต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญารวมถึง ความตกลงอื่นในภายหลังที่รัฐภาคีได้ทำขึ้น อีกทั้ง เนื่องด้วยยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปตามโลกาภิวัตน์ ซึ่งมีการพัฒนาอย่างพลวัต องค์การและหน่วยงานระดับชาติจนถึงระดับโลก รวมถึงองค์การระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก และคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ ยังได้คำนึงถึงวิธีการที่ทำให้ถ้อยคำในสนธิสัญญาพัฒนาในความหมายได้ตามกาลเวลา ซึ่งจะทำให้ถ้อยคำในสนธิสัญญามีผลบังคับใช้ได้ตามวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายให้เป็นปัจจุบัน เหมาะกับสภาพสังคม สภาพแวดล้อม สภาพเศรษฐกิจ และที่เกี่ยวข้อง การตีความสนธิสัญญาให้เป็นผล และเป็นปัจจุบันจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้สนธิสัญญาแห่งรัฐภาคี

ดังนั้นในกรณีของความตกลงทริปส์ หากการตีความทั่วไปตามความหมายและเจตนาของผู้ร่างสนธิสัญญาไม่สอดคล้องกับบริบทในสถานการณ์ปัจจุบันแล้ว การตีความแบบมีวิวัฒนาการย่อมเป็นทางเลือกหนึ่งที่จะต้องนำมาใช้ โดยเฉพาะในกรณีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาของประเทศไทย ซึ่งเป็นการใช้เนื่องด้วยสภาพการณ์โรคระบาดและโรคร้ายแรงซึ่งประชาชนไม่อาจเข้าถึงยารักษาโรคได้ หลักการตีความแบบมีวิวัฒนาการนี้ยังเป็นที่ยอมรับขององค์การระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลก และได้มีการนำมาใช้ประกอบการตีความในหลายกรณีข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการปกป้องสุขภาพ คน สัตว์และพืช เช่นคดีดังต่อไปนี้

คดี US-Shrimp

ประเด็นในคดีมีการตีความคำว่า “ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นได้ (exhaustible natural resources)” ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ XX (g) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ.1994 ว่าคำดังกล่าวรวมถึงสิ่งมีชีวิต กล่าวคือ “เต่าทะเล” หรือไม่ องค์การอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวถูกสร้างขึ้นมากกว่า 50 ปี จึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการร่างข้อบทที่ต้องการปกป้องและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ อีกทั้งคำว่า “ทรัพยากรธรรมชาติ (natural resources)” เป็นถ้อยคำที่มี

ลักษณะทั่วไป (generic term) ซึ่งไม่คงที่ สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย และปัจจุบัน “ทรัพยากรธรรมชาติ” รวมถึงทั้งสิ่งไม่มีชีวิตและสิ่งมีชีวิต ดังนั้น จึงต้องตีความทรัพยากรธรรมชาติที่ สุธงส์ได้รวมถึงเต่าทะเลด้วย³⁹

ดังจะเห็นได้ว่า คดีนี้คำนึงถึงสถานการณ์ปัจจุบันซึ่งเต่าทะเลกลายเป็นสัตว์หายากและ ใกล้สูญพันธุ์ องค์กรอุทธรณ์ขององค์การการค้าโลกเล็งเห็นถึงความเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยภายใต้ หลักการตีความสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกรณีเหตุการณ์ปัจจุบันซึ่งโรคเอดส์และโรคร้ายแรงเกิดการอุบัติขึ้น อย่างต่อเนื่อง และเพิ่มขึ้นทุกปี ประกอบกับประเทศไทยไม่สามารถที่จะผลิตยารักษาโรคเพื่อปกป้อง คุณภาพชีวิตของประชากรได้ จึงเทียบเคียงได้ว่าประเทศไทยมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตีความ ถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรการบังคับใช้สิทธิ ที่สามารถปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย เพื่อปกป้อง คุณภาพชีวิตของมนุษย์ เนื่องจากไม่มีมาตรการอื่นใดอันเหมาะสมกว่านี้ได้แล้ว

คดี Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua⁴⁰

ประเด็นปัญหาคดีนี้คือ การตีความในเรื่องของผลของการอ้างเรื่องการป้องกันตนเองตาม ข้อ 51 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งศาลผู้ตัดสินคดีนี้ได้ใช้วิธีการหยาบยกบริบทแวดล้อมจากการ ตีความซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิได้กล่าวไว้ในแหล่งต่างๆ เช่น ในหนังสือเรื่อง “The Law of War and Peace” ของ Hugo Grotius หรือ หลักกฎหมายจารีตประเพณีในทางระหว่างประเทศ ในเหตุการณ์ เจริญทางการทูตระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรคดี Caroline จนได้คำวินิจฉัยว่า การ ที่จะอ้างสิทธิป้องกันตนเองได้นั้น แม้ข้อ 51 จะไม่ได้อธิบายไว้ว่า การโจมตีจะต้องเกิดขึ้นแล้วหรือ เพียงแต่ความคาดหมายว่าจะเกิดขึ้นได้ก็เพียงพอที่จะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ แต่ในคดีนี้เมื่อศาลได้ พิจารณาเอกสารต่างๆ และตีความว่า จะต้องเป็นกรณีที่มีการใช้กำลังทางทหารเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น (use of force) จึงจะสามารถป้องกันตนเองได้ตามแนวทางของเอกสารที่เป็นบริบทแวดล้อม

หากนำมาเปรียบเทียบกับการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเนื่องด้วยเหตุภาวะฉุกเฉินแห่งชาติ ภาวะฉุกเฉินเร่งด่วน หรือ กรณีใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะอันมิใช่การพาณิชย์ เมื่อเหตุการณ์โรค ระบาด และเหตุการณ์ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงยารักษาโรคได้เกิดขึ้นแล้ว กรณีการที่ประเทศไทย

³⁹World Trade Organization, **United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products** [Online], available URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58e.htm, 2016 (August, 9).

⁴⁰CaseBriefs, **Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)** [Online], available URL: <https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-2/military-and-paramilitary-activities-in-and-against-nicaragua-nicaragua-v-united-states/2016> (August, 20).

ประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อคุ้มครองประชาชน และมีได้ทำเพื่อการค้า จึงเห็นว่าน่าจะเป็นแนวทางการตีความที่พึงจะกระทำได้ด้วยเช่นกัน

คดี EC-Homones

เป็นคดีเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพและความปลอดภัยของมนุษย์ คดีนี้เป็นคดีซึ่งสหภาพยุโรปนำข้อพิพาทมายัง WTO เนื่องด้วยปัญหาเรื่องความปลอดภัยต่อสุขภาพของเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโต ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างสหภาพยุโรปกับสหรัฐอเมริกา เนื่องจากว่าผู้บริโภคนในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EU) มีความกังวลต่อความปลอดภัยของเนื้อวัวที่เลี้ยงด้วยฮอร์โมน จนทำให้ EU ห้ามนำเข้าเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโต สาเหตุของการนำเข้านี้เนื่องจากมีรายงาน ปี ค.ศ.1980 ระบุว่ามนุษย์ที่บริโภคฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตเข้าไป อาจมีลักษณะของเพศตรงข้ามได้

อย่างไรก็ดีในคดีดังกล่าวมีประเด็นเกี่ยวกับการตีความ กล่าวคือ คำว่า “บนฐานของ (based on)” ในข้อ 3.1 ของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Sanitary and Phytosanitary Measures หรือ SPS ซึ่งองค์การอุทธรณ์ (Dispute Settlement Understanding หรือ DSU) ได้ตีความแบบวิวัฒนาการไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณี โดยอ้างว่าการตีความของคณะกรรมการข้อพิพาทที่กำหนดให้คำว่า “บนฐานของ (based on)” มีความหมายเดียวกับคำว่า “สอดคล้องกับ (conform to)” ได้เปลี่ยนแปลงมาตรฐานระหว่างประเทศมาเป็น “บรรทัดฐานที่มีสภาพบังคับ (binding norms)” แต่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการออกความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชตามอารัมภบทซึ่งมีขึ้นเพื่อการประสานมาตรการทางสุขอนามัยระหว่างรัฐสมาชิกบนฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งเป็นเจตนาร่วมกันของภาคี หมายความว่า การออกมาตรการใดๆ ที่เกี่ยวกับการนำเข้าเนื้อที่ใส่สารเร่งการเจริญเติบโต ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งหมด แต่ให้อยู่บนฐาน (based on) ก็เพียงพอแล้ว กล่าวคือ การออกนโยบายแม้จะไม่สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งหมด แต่หากเป็นไปเพื่อปกป้องสุขภาพมนุษย์และอยู่บนฐานของมาตรการทางสุขอนามัยแล้ว ก็เพียงพอที่จะชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น พัฒนาการของแนวทางการตีความสนธิสัญญาในกลุ่มที่คำนึงถึงการปกป้องสุขภาพคน สัตว์ และพืช เป็นอีกประเด็นที่ DSU ให้ความสำคัญมาก โดยได้มีการขยายความโดยตั้งฐานความคิดเพื่อป้องกันความไม่สุจริตของประเทศภาคีในสนธิสัญญาในเรื่องของการห้ามนำเข้าเนื้อที่ใส่สารเร่งการเจริญเติบโตว่า เพียงแต่อยู่บนฐานของความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชก็เพียงพอแล้ว ดังนั้นแล้ว กรณีการที่ประเทศไทยประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะและตีความแบบวิวัฒนาการให้มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับสภาพการณ์ของภัยสุขภาพในยุคปัจจุบันในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องสุขภาพคน สัตว์ และพืชนั้น จึงน่าจะเป็นแนวทางการตีความที่พึงจะกระทำได้

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของประเทศไทยต่อยามีสหพันธ์ทั้งเจ็ดชนิดดังกล่าวข้างต้นด้วยเหตุผลโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันมิใช่การพาณิชย์ ส่งผลให้ประชาชนคนไทยผู้ป่วยได้รับยารักษาโรคเพิ่มขึ้นและส่งผลต่อการรอดชีวิตเพิ่มขึ้นของทรัพยากรมนุษย์ ซึ่งเป็นไปตาม พ.ร.บ.สิทธิบัตรฯ และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไทย แต่อย่างไรก็ดี ผลกระทบที่เกิดจากการถูกกีดกันทางการค้า คือ การที่สินค้าส่งออกของประเทศไทยถูกตัด GSP นั้น จากการศึกษาโดยคณะทำงานโครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ พบว่ามีได้ผลกระทบอย่างเห็นได้ชัด

อีกทั้ง นานาประเทศตามที่ได้ยกตัวอย่างก็ได้กระทำกันเนื่องด้วยมีความจำเป็นเพื่อปกป้องชีวิตประชาชนในประเทศ อย่างไรก็ดี ปัญหาของประเทศไทยที่เกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 51 พ.ร.บ.สิทธิบัตร ซึ่งเป็นไปตามข้อ 31 (บี) แห่งความตกลงทริพส์อันเป็นการใช้สิทธิโดยรัฐ อันถูกโต้แย้งคือ

1) ปัญหาการตีความการใช้สิทธิบัตรเพื่อสาธารณประโยชน์ หรือ ภาวะฉุกเฉิน ซึ่งบริษัทฯ ข้ามชาติอ้างว่าตนได้รับผลกระทบจากการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรของประเทศไทย และเห็นว่า การประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิกับยาบางประเภท เช่น ยารักษาหลอดเลือดหัวใจ เป็นต้น ไม่ได้ถือเป็นปัญหาสุขภาพสาธารณะ หรือภาวะฉุกเฉินเร่งด่วนที่สมควรประกาศใช้

จากการศึกษาถ้อยคำที่เป็นปัญหาซึ่งอาจตีความได้ กล่าวคือ ภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือวิกฤตแห่งชาติหรือกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะมิใช่เชิงพาณิชย์ (national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use) เมื่อพิจารณาจากหลักการตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ ซึ่งแบ่งหลักการออกเป็นสามหลักสำคัญ กล่าวคือ หลักกฎหมายต่างยุค หลักตีความบริบทนิยม และหลักตีความให้มีผล จากคดีพิพาทที่ได้ยกตัวอย่าง อาจปรับใช้ได้ดังนี้

(1) การปรับใช้บทบัญญัติกับหลักกฎหมายต่างยุค เมื่อพิจารณาย้อนกลับไปถึงตอนร่างความตกลงทริพส์ขึ้นมา และการมีซึ่งบทบัญญัติมาตรการบังคับใช้สิทธิ ข้อ 31 ก็เนื่องด้วยประเทศภาคีได้เห็นพ้องต้องกันแล้วว่า หลักการดังกล่าวจำต้องเพิ่มขึ้นเพื่อปกป้องสาธารณสุขของประเทศสมาชิก ทั้งความเป็นอยู่ของชน สัตว์และพืช เนื่องจากขณะร่างความตกลงดังกล่าว ยังมี ความแตกต่างของเทคโนโลยี ความก้าวหน้าและการพัฒนาของแต่ละประเทศ เห็นได้อย่างชัดเจนในความตกลงทริพส์ซึ่งมีบทบัญญัติให้ประเทศที่กำลังพัฒนาและประเทศที่ด้อยพัฒนามีระยะเวลาปรับตัวนาน 5 ปี และ 10 ปีตามลำดับ ดังนั้น เห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการยอมรับในขณะร่างความตกลงและเป็นเจตนารมณ์ของประเทศภาคีในสนธิสัญญาดังกล่าวเช่นในคดี US-Shrimp ซึ่งกล่าวในข้อก่อนหน้า

(2) การปรับใช้กับหลักตีความบริบทนิยม หลักตีความบริบทนิยม กล่าวคือ หลักซึ่งถือว่า ถ้อยคำในสนธิสัญญาย่อมถูกสันนิษฐานว่าสะท้อนถึงเจตนาของภาคีและแสดงออกถึงวัตถุประสงค์ของถ้อยคำที่ใช้ในระหว่างสมาชิกขององค์การการค้าโลก ดังนั้น เมื่อความตกลงทริปส์ประเทศภาคีได้ยอมรับในถ้อยคำ “ภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือวิกฤตแห่งชาติหรือกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณสุขมิใช่เชิงพาณิชย์” ดังนั้น จึงถือว่าประเทศภาคีได้ยอมรับร่วมกันในถ้อยคำดังกล่าวแล้ว ดังนั้น หากเกิดเหตุการณ์ใดซึ่งเข้าข่ายภาวะฉุกเฉินแห่งชาติหรือวิกฤตแห่งชาติหรือกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณสุขมิใช่เชิงพาณิชย์ประเทศภาคีย่อมสามารถประกาศใช้มาตรการ หรือนโยบายได้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปโดยสุจริตและเป็นไปเพื่อปกป้องซึ่งสิ่งมีชีวิต คน สัตว์ พืชแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการชอบด้วยความตกลงทริปส์แล้ว เช่น ในคดี *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* ซึ่งศาลได้พิจารณาเอกสารต่างๆ และบริบทแวดล้อมและตีความว่า ต้องเป็นกรณีที่มีการใช้กำลังทางทหารเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น (use of force) ประเทศภาคีจึงจะสามารถใช้นโยบายทางทหารได้

(3) การปรับใช้กับหลักตีความให้มีผล ซึ่งหลักการนี้มุ่งประสงค์ถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาโดยมุ่งถึงเหตุผลของการทำสนธิสัญญาและการมีบทบัญญัติต่างๆ ในสนธิสัญญา และวัตถุประสงค์หมายถึงผลที่ต้องการจะให้เกิดขึ้นจากการเกิดขึ้นของสนธิสัญญา ดังนั้น ความตกลงทริปส์เกิดขึ้นเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อการค้า อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายสุขภาพ สิทธิมนุษยชน เป็นต้น รวมถึงร่างแรกของความตกลงคือร่างของดริงเคล ในปี ค.ศ.1991 ซึ่งทั้งนี้ มีการเจรจาเรื่อยมาจนในปีค.ศ. 1994 คณะผู้เจรจาความตกลงทริปส์ได้ยอมรับให้มี “มาตรการบังคับใช้สิทธิ” ในความตกลงทริปส์ ด้วยเห็นว่าการปกป้องทรัพยากรอื่นก็พึงมีความจำเป็นเช่นเดียวกัน จึงเห็นได้ว่าหากปรับใช้หลักการตีความให้มีผลของสนธิสัญญา จึงควรให้มาตรการบังคับใช้สิทธิมีผลบังคับใช้มากกว่าไร้ผล เช่น ในคดี *EC-Hormones* ซึ่งผู้พิจารณาเห็นว่าการออกมาตรการใดๆ ที่เกี่ยวกับการนำเข้าเนื้อที่ใส่สารเร่งการเจริญเติบโต ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งหมด แต่ให้อยู่บนฐาน (based on) ก็เพียงพอและชอบด้วยความตกลงแล้ว

ดังนั้นสรุปได้ว่า จากการศึกษาอารัมภบท บริบท และความตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังซึ่งตีความและแก้ไขความตกลงทริปส์ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น พบว่า การใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิภายใต้ความตกลงทริปส์ แม้จะถูกประเทศพัฒนาแล้วไม่เห็นด้วยกับการใช้มาตรการดังกล่าว แต่การประกาศใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาของไทย เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณสุขด้านสาธารณสุขและปกป้องสุขภาพและชีวิตมนุษย์ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการตีความสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการและตัวอย่างคดีที่ได้รับการวินิจฉัยข้อพิพาทแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าในเมื่อไม่มีมาตรการใดที่ประเทศไทยสามารถจะใช้ได้เพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์แล้ว มาตรการบังคับใช้สิทธิย่อมเป็นมาตรการขั้นต่ำและเป็นไปภายใต้บริบทความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยสามารถ

กระทำไม่ได้โดยไม่ขัดต่อความตกลงทริปส์และความตกลงที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งยังชอบด้วยวัตถุประสงค์ของภารกิจองค์การการค้าโลกที่มองแต่เรื่องของการค้า แต่ยังมีเจตนาที่มุ่งการปกป้องสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์และพืชจากต่างประเทศ และจะเห็นได้ว่าปัจจุบันเมื่อนำวิธีการตีความสนธิสัญญาแบบมีวิวัฒนาการมาปรับใช้ตามตัวอย่างข้างต้นย่อมเป็นไปได้ว่าการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิโดยสุจริตจึงควรมีผลและควรได้รับการสนับสนุนต่อไป

2) ปัญหาการปฏิบัติตามข้อ 31(บี) และแนวทางแก้ไข

เนื่องด้วยบริษัทยาข้ามชาติ กล่าวคือ บริษัทซาโนฟี ซินเธลาโบ (ประเทศไทย) เจ้าของยาโคลพิโดเกรล และโดซีแท็กเซล ยารักษาโรคมะเร็งเม็ดเลือดหัวใจ/สมองอุดตัน และยารักษามะเร็งปอดและมะเร็งเต้านม ซึ่งมีบริษัทแม่คือบริษัทซาโนฟีอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ อ้างว่าประเทศไทยภายใต้ความตกลงทริปส์ไม่ได้ส่งหนังสือแจ้งแก่ผู้ทรงสิทธิทราบทันทีหลังจากประกาศ

ในข้อนี้ ตามข้อ 31(บี) แห่งความตกลงทริปส์ กรณีการประกาศการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิเนื่องด้วยภาวะฉุกเฉิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอันจำเป็นโดยรัฐ รัฐจะต้องแจ้งแก่ผู้ทรงสิทธิทราบโดยทันทีหลังจากการประกาศใช้ จากการศึกษาพบว่ากระทรวงสาธารณสุขได้ส่งหนังสือแจ้งไปยังบริษัทที่ถูกบังคับใช้สิทธิ แต่ปรากฏว่าผู้ทรงสิทธิ กล่าวคือ บริษัทซาโนฟี ซินเธลาโบ (ประเทศไทย) อ้างว่าการส่งหนังสือแจ้งให้บริษัทซาโนฟี ซินเธลาโบ (ประเทศไทย) นั้นไม่ใช่เป็นการส่งหนังสือถึงผู้ทรงสิทธิบัตร เพราะตนไม่ได้เป็นตัวแทนและไม่ได้มีความเกี่ยวพันใดๆ กับบริษัทซาโนฟี (สวิตเซอร์แลนด์)

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าโดยทางปฏิบัติและในฐานะตัวแทนผู้จดทะเบียนในประเทศไทยเป็นที่ทราบดีว่าบริษัทเหล่านี้เป็นตัวแทนของบริษัทแม่ซึ่งตั้งอยู่ในต่างประเทศอย่างไรก็ดี เพื่อขจัดปัญหานี้ให้สิ้นไป ในการประกาศบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยาควรกำหนดขั้นตอนและในการส่งหนังสือจึงควรส่งไปทั้งบริษัทซึ่งตั้งในประเทศและบริษัทแม่ซึ่งอยู่ในต่างประเทศ เพื่อป้องกันปัญหาอันเกิดมาจากการอ้างว่าไม่ได้รับแจ้งเอกสารสำคัญดังกล่าว

โดยสรุปแล้วการประกาศใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าเกิดโทษ ดังนั้นการใช้มาตรการดังกล่าวจึงควรใช้ให้ถูกต้องเป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งความตกลงกำหนด อย่างไรก็ตาม จากตัวอย่างประเทศที่มีการใช้มาตรการบังคับใช้สิทธิ รัฐก็ได้ให้การสนับสนุนด้านการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เนื่องด้วยมีความจำเป็นเพื่อให้ประเทศมีความสามารถในการผลิตยาจำเป็นด้วยตนเองได้ รัฐจึงควรเห็นความสำคัญและลงทุนในการพัฒนาการวิจัยด้านยารักษาโรค หรือให้สิทธิประโยชน์แก่บริษัทยาที่มาจากทะเบียนสิทธิบัตร เพื่อศึกษาวิศวกรรมย้อนกลับ เพื่อการพัฒนาการผลิตยาด้วยตนเองของประเทศไทยต่อไปในอนาคต

บรรณานุกรม

- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. แลกเปลี่ยนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีมาตรการ
บังคับใช้สิทธิต่ออายุของประเทศไทยและการกีดกันจากสหรัฐอเมริกา [Online].
Available URL: <http://www.nhrc.or.th/getattachment/07b6f800-ba4b-48c4-9958-404af06bf51c/>.aspx, 2550 (พฤษภาคม, 18).
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. รายงานการพิจารณาการศึกษาเรื่องการศึกษาวินิจฉัยที่
ปัญหาการดำเนินการบังคับใช้สิทธิเหนือสิทธิบัตรยา.” 27 มกราคม 2554.
- คณะทำงานสัมมนาและการเผยแพร่ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. การบังคับใช้สิทธิ
เหนือสิทธิบัตรยา (CL) สังคมเศรษฐกิจไทยได้อะไร [Online]. Available URL:
http://www.econ.tu.ac.th/oldweb/doc/content/440/Seminar_Paper_Series_7.pdf, 2551 (กันยายน, 15).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า.
พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.
- _____. แนวความคิดและบทวิเคราะห์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม,
2544.
- ธนภัทร ชานันท์กรบ. “การตีความสนธิสัญญาแบบวิวัฒนาการ: กรณีศึกษาข้อพิพาทขององค์การการค้าโลกและคณะอนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ.”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ประชาชาติธุรกิจ. สหรัฐขัดไทย NTE 2008 สินค้าละเมิดพุง CL ไม่โปร่งใส [Online]. Available
URL: <http://www.ftawatch.org/node/1322>, 2551 (เมษายน, 3).
- พัฒนารัตน์ พิภพจันทร์. ความตกลงทริปส์ (TRIPs Agreement) [Online]. Available URL:
<file:///C:/Users/Administrator/Downloads/B5.pdf>, 2016 (กันยายน, 24).
- สุนทร ต้นมันทอง. สังคมเศรษฐกิจไทยใน USTR Special 301 Report [Online]. Available
URL: <file:///C:/Users/Administrator/Downloads/C8.pdf>, 2016 (กันยายน, 20).
- สำนักข่าวเนชั่น. ร้องรัฐประกาศ CL ยาไวรัสดับอีกเสบซี [Online]. Available URL: <http://www.nationtv.tv/main/content/social/378456540/>, 2558 (พฤษภาคม, 20).
- Avedissian, Grace K. “Global Implications of a Potential U.S. Policy Shift Toward Compulsory
Licencing of Medical Inventions in a New Era of “Super-Terrorism”.”
American University International Law Review 18, 1 (2002): 279.

- Azam, Mohammad M. "The Experiences of TRIPS-Compliant Patent Law Reforms in Brazil, India, and South Africa and Lessons for Bangladesh." **Akron Intellectual Property Journal** 7, 2 (2014): 66-67.
- CaseBriefs. **Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States)** [Online]. Available URL: <https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-2/military-and-paramilitary-activities-in-and-against-nicaragua-nicaragua-v-united-states/2016> (August, 20).
- Daillier, Patrick. Mathias Forteau and Alain Pellet. **Droit international Public**. 8th ed. France: L.G.D.J., 2009.
- ICTSD. **India Grants First Compulsory License to Generic Drug Producer** [Online]. Available URL: <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/india-grants-first-compulsory-license-to-generic-drug-producer>, 2012 (March, 14).
- Keller, Lauren. **Ciprofloxacin and Compulsory Licencing of Pharmaceutical Patents 2002 Third Year Paper** [Online]. Available URL: <https://dash.harvard.edu/handle/1/8852122>, 2016 (September, 21).
- Reiss, Seth M. **Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property** [Online]. Available URL: <http://www.lex-ip.com/Paris.pdf>, 2558 (May, 20).
- TRIPS Agreement.
- WIPO. **Patent Related Flexibilities in the Multilateral Legal Framework and their Legislative Implementation at the National and Regional Levels** [Online]. Available URL: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=131629, 2010 (August, 18).
- World Trade Organization. **United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products** [Online]. Available URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm, 2016 (August, 9).

ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ

สุริศา นียมรัตน์

ความผิดทางอาญา: กรณีการคุกคามทางเพศ*
Criminal Offenses: The Case Of Sexual Harassment

สุริศา นียมรัตน์**
Surisa Niyomrattana

บทคัดย่อ

เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของสังคมไทยในปัจจุบันถือได้ว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นง่ายที่สุดในสังคม ทั้งยังเพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ แต่ความเข้าใจที่คนทั่วไปในสังคมที่มีต่อการคุกคามทางเพศยังคลุมเครือ ไม่ชัดเจนว่าพฤติกรรมใดบ้างที่สามารถเรียกได้ว่าเป็นการคุกคามทางเพศ ตลอดจนการที่กฎหมายปัจจุบันที่ยังไม่ตอบสนองต่อการป้องกันและปราบปรามการคุกคามทางเพศ ปัญหานี้จึงยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างที่ควร ซึ่งการศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความหมาย รูปแบบ ลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว และเพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 และนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทย และต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมของการเสนอแนวทางการ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง ความผิดทางอาญา : กรณีการคุกคามทางเพศ ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วารภรณ์ วนาพิทักษ์ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ อาจารย์สัตยา อรุณธารี และอาจารย์ไฉลก ศิริสินธุ์.

The article is a part of thesis "Criminal Offenses: The Case Of Sexual Harassment ". This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at National Institute of Development Administration. Dr.Varaporn Vanaphitak is an advisor. Sattaya Arunthare and Chaloke Sirisin are examiners.

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเพื่อวิชาชีพกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

LL.M. student in law for professional lawyer at National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 21 กรกฎาคม 2560, วันที่แก้ไขบทความ (revised) ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาแล้วตีพิมพ์โดยไม่มีแก้ไข, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 16 สิงหาคม 2560.

ออกกฎหมายการคุกคามทางเพศมาบัญญัติไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาพบว่าหลักการทางกฎหมายในการคุกคามของประเทศไทยนั้นยังมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของการบัญญัติการคุกคามทางเพศซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ได้นำมาบัญญัติไว้ในภาค 3 ลหุโทษ (มาตรา 367-398) แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดในส่วนของการคุกคามตามมาตรา 397 วรรคหนึ่งนี้อาจไม่รวมถึงการคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ และปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไข กล่าวคือ

1. ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
2. ควรจะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบ ลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน
3. ควรปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม
4. ควรที่จะมีการแบ่งแยกกระดัดของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษในการคุกคามทางเพศตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำ
5. ควรให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ในการวางระบบเพื่อเป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ทั้งนี้ เพื่อเสนอแนะแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศนั้นสามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ โดยสอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

Abstract

Sexual harassment in modern Thai society is considered to be the most common sexual offense. Such offenses have been occurring more frequently and with greater severity. The people in general, however, have only a vague understanding of the nature of sexual harassment and are unable to clarify which actions are considered to constitute sexual harassment. Furthermore, the current applicable laws have proven to be unable to prevent or suppress sexual harassment. This issue, therefore, has not been properly solved. The goals of this study are: 1) to examine the meaning, the pattern, and the nature of sexual harassment behaviors; 2) to consider the consequences that arise from such actions; and 3) to analyze the problematic condition of the laws related to sexual harassment as found in article 397 of the Act Amending Criminal Code (No, 22), B.E. 2558. The results of the analysis were compared to related Thai and international laws in order to study the suitability of proposing guidelines for legislation regarding sexual harassment laws. Also considered was the enactment of laws to include sexual harassment offenses in the second part, ninth offense category of the Criminal Code, which relates to the issue of sexual offenses.

The findings indicated that the Thai legal principles regarding such harassment are problematic in regulating sexual harassment that is considered a sexual offense. Such offenses have been proscribed in the third part as petty offenses (article 367-398) of the Criminal Code. Sexual harassment offenses according to the first clause of article 397 may not include the sexual harassment issue. This results in a problem in the interpretation of sexual harassment related laws. The problem is in the definition of sexual harassment related laws and in specifying the punishment for sexual harassment offenses.

In order to address the aforementioned issues, the author suggests the following approaches as the solutions: 1) sexual harassment offenses should be regulated as separate provisions, and should be included in the second part, ninth offense category related to the sexual issue of the Criminal Code; 2) there should be explicit definitions of the meaning, the pattern, and the nature of sexual

harassment; 3) there should be an amendment regarding the penalties raising the penalties as may be deemed appropriate; 4) there should be a further classification of the nature of the offenses that would extend the penalties for sexual harassment offenses in accordance with the circumstances and the degree of severity caused by such actions; and 5) the Rights and Liberties Protection Department should be authorized to organize efforts to enlighten the population regarding sexual harassment issues, providing legal advice and a venue for the receipt of petitions, and generally taking the lead regarding sexual harassment offenses. The aim of these suggested solutions would be to make sexual harassment related laws effectively executable according to the spirit of laws in conformity with the context of Thai society.

คำสำคัญ: คุกคามทางเพศ, ความผิดทางอาญา

Keywords: sexual harassment, criminal offenses

1. บทนำ

ปัญหาอันเป็นความผิดทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศของสังคมไทยในปัจจุบัน ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่อันตรายร้ายแรงต่อสังคม ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการดำเนินชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชน และนับวันปัญหานั้นก็ได้เพิ่มจำนวนและทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากบริบททางสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัย ประกอบกับความแตกต่างตามสภาพแวดล้อมซึ่งก็เป็นตัวกำหนดบริบทของสังคมในของแต่ละพื้นที่ อีกทั้งยังมีความหลากหลายทางเพศที่ส่งผลทำให้รูปแบบของปัญหามีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ “ปัญหาการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งของการสร้างความรุนแรงทางเพศ เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำผิดทางเพศอันนำไปสู่ปัญหาข่มขืน กระทำชำเราหรือปัญหาอนาจารและความผิดเกี่ยวกับเพศอื่นๆ ที่ร้ายแรงตามมา

โดยในประเทศไทย “การคุกคามทางเพศ” ยังถือได้ว่าเป็นประเด็นที่ใหม่และเป็นทวิภาคีวิจารณ์ในสังคมไทยเมื่อไม่นานมานี้ หรืออาจกล่าวได้ว่าคนในสังคมส่วนใหญ่ยังสับสนและไม่ทราบว่าจะอะไรคือการคุกคามทางเพศ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วพฤติกรรมการคุกคามทางเพศได้มีปรากฏอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนานและยังคงดำรงอยู่อย่างแนบเนียน อีกทั้งการคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาอีกรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นปัญหาภายใต้สิทธิความเป็นธรรมทางเพศเท่านั้น หากแต่ยังเป็นหนึ่งในปัญหาทางด้านสิทธิมนุษยชนที่สามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกเพศ ทุกวัย ในทุกๆ ที่ ทุกเวลาในสังคม และเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อทั้งทางร่างกายและจิตใจของผู้ถูกระทำเป็นอย่างมาก

ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ” (Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทางการจับต้องร่างกาย และสิ่งแวดล้อม¹

และถึงแม้ว่ามนุษย์จะมีความสามารถในการจำแนกได้ว่าการกระทำทางเพศในลักษณะใดที่เหมาะสมและไม่เหมาะสม แต่ก็ยังปรากฏว่ามีกรกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศเกิดขึ้นเสมอ เมื่อแรงผลักดันทางเพศเป็นไปตามกลไกทางธรรมชาติของมนุษย์ เรื่องรสนิยมและการแสดงออกทางเพศถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวส่วนบุคคล เมื่อความต้องการทางเพศถือเป็นแรงจูงใจชนิดหนึ่งในการกระทำ

¹ อรพินท์ สหโชคชัย, “ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ,” ใน เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง (กันยายน 2542), หน้า 4.

ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งความต้องการเหล่านี้เป็นความต้องการที่แสดงออกเพื่อที่จะได้รับการตอบสนองในรูปแบบต่างๆ กัน ซึ่งก็มีวิธีการตอบสนองที่หลากหลาย โดยการแสดงออกของพฤติกรรมที่ถือเป็นการคุกคามทางเพศก็จะมีรูปแบบและลักษณะที่ต่างกันไปตามแต่ละกรณี ทั้งทางร่างกาย ทางวาจา ตลอดจนทางกริยาท่าทางอื่นได้อันสื่อถึงความหมายทางเพศโดยได้มีข้อมูลซึ่งอ้างอิงจาก Bureau of National Affairs ว่าส่วนใหญ่การคุกคามทางเพศเริ่มมาจากอะไรมากที่สุด ผลการสำรวจที่ได้คือ²

1. การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) 83 %
2. การคุกคามทางเพศทางร่างกาย (Physical Harassment) 14 %
3. การคุกคามทางเพศทางกริยาท่าทาง (Nonverbal Harassment) 3 %

แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าในกรณีที่ไม่มีความเจตนาในทางเพศ เช่น ในกรณีที่มีความแค้นส่วนตัวหรือต้องการให้อีกฝ่ายได้รับความอับอาย หรือด้วยอารมณ์สนุกนุกคึกคะนอง ก็ยังถือว่าการคุกคามทางเพศได้เช่นกัน

การที่กฎหมายไทยยังมีได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการคุกคามทางเพศอย่างที่เราเห็นได้จากการที่ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้สี่ฐานความผิดหลัก ประกอบด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามก แต่ก็ยังไม่ปรากฏความผิดฐานคุกคามทางเพศเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้งๆ ที่พฤติกรรมการคุกคามทางเพศเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อปัญหาการคุกคามทางเพศได้ปรากฏมีขึ้นอย่างต่อเนื่องจึงได้มีการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา เพื่อกำหนดความผิดเกี่ยวกับการคุกคามและการรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (Harassment และ Stalking) ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

มาตรา 397 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

² Law ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, ล่วงเกินทางเพศ [Online], available URL:<http://ilaw.or.th/node/203>, 2016 (March, 24).

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นการกำหนดไว้อย่างกว้างๆ เท่านั้น แต่ในความหมายและรายละเอียดของตัวบทบัญญัติถือว่ายังขาดความชัดเจนและไม่สามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองประชาชนซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศได้ อีกทั้งเมื่อผู้เสียหายเหล่านี้ประสบภัยแล้ว การจะฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายด้วยตนเองก็เป็นการยาก เพราะผู้เสียหายถึงเห็นได้ว่าเมื่อฟ้องไปแล้วสิ่งที่ได้กลับมานั้นเล็กน้อยมากหากเทียบกับค่าใช้จ่ายหรือเวลาซึ่งจะต้องเสียไป³

บทความนี้จึงมุ่งถึงการศึกษาวเคราะห์ถึงความหมาย รูปแบบและลักษณะของพฤติกรรมในการคุกคามทางเพศ รวมทั้งผลกระทบของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศและการที่ประเทศไทยเองก็ยังไม่ได้มีการนิยามความหมายถึงการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ ดังนั้นการนำเสนอถึงปัญหาในการบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องปรามปัญหาการคุกคามทางเพศของไทยในปัจจุบัน โดยมุ่งพิจารณาปัญหาซึ่งเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและครอบคลุมถึงรูปแบบการคุกคามทางเพศที่แท้จริงจะทำให้สามารถสร้างความเข้าใจในพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศต่อผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและผู้ที่มีส่วนบังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะเสนอแนะแนวทางถึงความเหมาะสมของการออกกฎหมายการคุกคามทางเพศมาบัญญัติไว้ในความผิดฐานคุกคามทางเพศ ตลอดจนมีบทลงโทษที่มีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับเจตนารมณ์ในการลงโทษ

2. แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

การศึกษาถึงปัญหาการคุกคามทางเพศเริ่มต้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) โดยมีนักวิชาการจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการสำรวจไปถึงต้นตอของปัญหา เพื่อสร้างความเข้าใจในเรื่องของการคุกคามทางเพศ ต่อมาสหราชอาณาจักรก็ได้ทำการสำรวจตามมาในปี ค.ศ.1981-1982

³ ฐรพงษ์ โปษะบุตร, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิด: ศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ, ใน รายงานสืบเนื่องจากการประชุมสัมมนาวิชาการนำเสนองานวิจัยระดับชาติและนานาชาติ (Proceedings), (เครือข่ายบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยราชภัฏภาคเหนือ, ครั้งที่ 15), หน้า 167.

(พ.ศ.1524-2529) การสำรวจในครั้งนี้ได้รับการตอบสนองจากรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นนโยบายอย่างเป็นทางการและทันต่อสถานการณ์ในปี ค.ศ.1980 (พ.ศ.2523) การคุกคามทางเพศจึงได้ถูกนิยามไว้ในฐานะเป็นรูปแบบที่ผิดกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้ถูกระงับไม่ว่าจะเป็นการออกนโยบาย ระเบียบและมาตรการคุ้มครองต่าง ๆ

ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า Farley Lin ได้เป็นผู้เริ่มนำคำว่า “Sexual harassment” ขึ้นมาใช้โดยได้จัดทำหนังสือ ชื่อ “Sexual Shakedown : The Sexual harassment on the job” ในปี พ.ศ.2521 และได้นิยามการคุกคามทางเพศว่า เป็นพฤติกรรมของผู้ชายอันไม่ได้รับการเชื่อเชิญ โดยแสดงหรืออ้างสิทธิ์ว่าผู้หญิงมีหน้าที่ทางเพศนอกเหนือไปจากหน้าที่การงานตามปกติ ซึ่งอาจจะแสดงในรูปแบบดังต่อไปนี้

- 1) การจ้องมอง การวิพากษ์วิจารณ์ การสัมผัสจับต้องร่างกายของผู้หญิง
- 2) การเรียกร้องให้ยอมรับพฤติกรรมทางเพศ (Sexual behavior)
- 3) การนัดหมาย (Dates) ซ้ำซากแต่เพียงฝ่ายเดียว
- 4) การเรียกร้องให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย (Sexual intercourse)
- 5) การข่มขืน⁴

และได้มีองค์การระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของการคุกคามทางเพศในเชิงกฎหมายไว้ดังเช่น องค์การสหประชาชาติได้อธิบายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศว่า หมายถึง พฤติกรรมที่ผู้ถูกระงับหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” (Unwelcome) และ “ไม่ต้องการ” (Unwanted) โดยการคุกคามดังกล่าวอาจจะเป็นในรูปของการแสดงออกทางวาจา กิริยา ท่าทางการจับต้องร่างกาย และสิ่งแวลดล้อม⁵

The European Commission Code of Practice ได้บัญญัติถึงการคุกคามทางเพศว่าเป็นการกระทำในลักษณะทางเพศหรือการกระทำอื่นที่มีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศที่กระทบต่อเกียรติยศ ศักดิ์ศรีของหญิงและชายในที่ทำงาน โดยรวมถึงการกระทำของหัวหน้างานและเพื่อนร่วมงานด้วย ทั้งนี้ เป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้หาก

- 1) การกระทำนั้นไม่เป็นที่พึงปรารถนา ไร้เหตุผล และเป็นการละเมิดต่อ ผู้ถูกระงับ
- 2) การปฏิเสธหรือการยอมรับของบุคคลต่อการกระทำเช่นนั้นของหัวหน้า งานหรือเพื่อนร่วมงาน ถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานการตัดสินใจ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายในการเข้าฝึกรงาน การจ้างงาน การจ้างงานอย่างต่อเนื่อง การเลื่อนขั้น เรื่องเงินเดือน หรือการตัดสินใจอื่นอันเกี่ยวกับการจ้างงาน

⁴วิมณา ธรรมปรีชา, “การคุกคามทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 42.

⁵อรพินท์ สหโชคชัย, เรื่องเดิม, หน้า 4.

3) การกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดบรรยากาศการทำงานที่มีลักษณะข่มขู่ ไม่เป็นมิตร และมีลักษณะต่ำต้อยของผู้รับ⁶

สำหรับการแสดงออกถึงพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้นสามารถเกิดขึ้นได้อย่างหลากหลายรูปแบบลักษณะ ในทุกสถานที่ ทุกเวลาในสังคมโดยแบ่งตามคู่อริได้ 4 รูปแบบ⁷ ได้แก่

- 1) ชายคุกคามหญิง (Male Harass Female)
- 2) หญิงคุกคามชาย (Female Harass Male)
- 3) พวกรักต่างเพศคุกคามพวกรักร่วมเพศ (Heterosexual Harass Homosexual)
- 4) พวกรักร่วมเพศคุกคามพวกรักต่างเพศ (Homosexual Harass Heterosexual)

และแบ่งตามลักษณะพฤติกรรมของการคุกคามทางเพศโดยแบ่งเป็น 3 ลักษณะ⁸ ได้แก่

1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือ นินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตี้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

2) การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการกอด หอมแก้ม หรือการตีกัน สะโปก การยืน เดิน ต้อนเข้ามุมหรือนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่น อย่างจงใจ

3) การคุกคามทางเพศโดยการแสดงท่าทาง (Nonverbal Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกาย ที่สื่อถึงเจตนา การล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรื่อหน้าอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

ซึ่งรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศยังสามารถจำแนกประเภทได้ 2 ประเภท⁹ คือ

1) การคุกคามทางเพศประเภทที่ใช้ผลประโยชน์ข่มขู่ หรือการคุกคามทางเพศแบบแลกเปลี่ยน (quid pro quo harassment) การคุกคามทางเพศในประเภทนี้ใช้เป็นข้อแลกเปลี่ยน

⁶พินศิริ นามศรีฐาน, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 11.

⁷เอกพงศ์ ปลัดรักษา, “การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 22, 1 (กรกฎาคม 2546):108.

⁸อรพินท์ สหโชคชัย, เรื่องเดิม, หน้า 5-6.

⁹เรื่องเดียวกัน.

หรือต่างตอบแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจ้างงานในลักษณะที่มีผลกระทบต่อสถานภาพในการทำงานของบุคคล ซึ่งผู้กระทำได้แสดงควมมีอำนาจเหนือโดยการเรียกร้องทางเพศหรือกระทำการที่มีนัยทางเพศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับผลประโยชน์ด้านการทำงานของผูถูกกระทำ เช่น การจ้างงาน การเลื่อนขั้น การโยกย้าย หรือการมอบหมายงานให้ เป็นเครื่องตอบแทนกับความมีสัมพันธ์ทางเพศ ทั้งนี้ ผู้กระทำมักเป็นนายจ้าง หรือหัวหน้างานที่มีหน้าที่บังคับบัญชา หรือให้คุณให้โทษ

2) การคุกคามทางเพศประเภทคุกคามทางเพศโดยอ้อม (creation of a hostile working environment) เป็นกรณีที่การคุกคามทางเพศเกิดจากสภาพแวดล้อมและบรรยากาศในสถานที่ทำงานเต็มไปด้วยเรื่องเพศ ทำให้ผูถูกกระทำรู้สึกไม่สบายใจ หากเกิดในสถานที่ทำงาน จะทำให้ประสิทธิภาพการทำงานลดลง และยังเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน อาจแบ่งย่อยได้อีกเป็น การคุกคามโดยการสัมผัสคือ การแตะเนื้อต้องตัวโดยไม่จำเป็น หรือทางคำพูด คือการกล่าวคำพูดในทางลามกหรือปล่อยข่าวลือที่ไม่เหมาะสม และทางสายตา เช่น การติดโปสเตอร์รูปโป๊ เป็นต้น ทั้งนี้ผู้กระทำอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือหรือเป็นเพื่อนร่วมงานก็ได้

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าพฤติกรรมนั้นๆ เป็นการคุกคามทางเพศหรือไม่ ต้องพิจารณาประกอบหลายประการ ดังนี้

- 1) ผู้กระทำมีพฤติกรรมที่สื่อไปในทางเพศอันไม่สมควรต่อผู้อื่น
- 2) ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำการอันไม่สมควรนั้น
- 3) ผูถูกกระทำไม่ยินยอมหรือถูกบังคับ ช่มชู้
- 4) ผูถูกกระทำเกิดความอับอาย หรือล่วงเกินความเป็นส่วนตัวของผูถูกกระทำ ซึ่งในประเด็นนี้คงจะมองความรู้สึกของผูถูกกระทำฝ่ายเดียวไม่ได้ เนื่องจากแต่ละคนมีมาตรฐานไม่เท่ากัน เป็นต้น

และผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้น จะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบ ลูกโซ่เป็นวงกว้าง กล่าวคือได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเอง รวมถึงต่อการทำงาน ต่อ องค์กร ตลอดจนต่อสังคม โดยสามารถแยกได้ดังนี้

- 1) ผลกระทบทางสุขภาพ ผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อการคุกคามทางเพศแม้จะไม่มีร่องรอยบาดแผลหรือร่องรอยที่เกิดขึ้นตามร่างกายในกรณีที่ไม่รุนแรงจะเลือนหายไป แต่บาดแผลในจิตใจ นั้นถือว่าไม่อาจลบเลือนไปได้ง่ายๆ และอาจจะเก็บอยู่ในส่วนลึกของจิตใจ ซึ่งผลกระทบนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบทางอารมณ์ (Psychological outcomes) ซึ่งกระทบต่อสุขภาพจิตและบุคลิกภาพของผูถูกกระทำ

ทั้งนี้ มีข้อมูลยืนยันว่า ผู้ที่ถูกกระทำความรุนแรงจำนวนมากจะส่งผลให้มีความรู้สึกว่าคุณทำให้มีจิตใจแปรปรวน รู้สึกถูกทำให้ได้รับความอับอาย ถูกเหยียดหยาม สูญเสีย คุณค่าและความ

มั่นใจในตัวเอง จึงก่อให้เกิดความเครียด ความวิตกกังวล ความท้อแท้ ความโกรธ ความกลัว ความกดดัน กลัวสังคมไม่ยอมรับ ทำให้ส่งผลถึงปัญหาในการนอนหลับ การขาดอำนาจ ขาดความเชื่อมั่นในตนเอง ขาดความปลอดภัย อาจส่งผลให้เกิดอาการซึมเศร้า ร้ายแรงที่สุดจนอาจนำไปสู่การฆ่าตัวตายได้

อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อร่างกาย ซึ่งอาการดังกล่าวข้างต้นก็จะส่งผลให้มีอาการเจ็บป่วยทางร่างกาย ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความเครียด ส่งผลให้เกิดอาการคลื่นไส้ อาเจียน ปวดศีรษะ ปักผ่อนไม่เพียงพอ เพื่อบำรุงอาหาร รับประทานอาหารไม่เป็นปกติ ลำไส้ไม่ทำงาน ท้องอืด ระบบขับถ่ายผิดปกติ น้ำหนักเพิ่มหรือลดลงอย่างผิดปกติ อ่อนเพลีย เป็นโรคซึมเศร้า เป็นต้น และอาจมีความเสี่ยงต่อการเป็นโรคอื่นๆ เพราะมีภูมิคุ้มกันต่ำจากความเครียด กดดัน หรือถูกทำร้าย

2) ผลกระทบต่อหน้าที่การงาน (Work-related outcomes) ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศจะมีปัญหาที่ส่งผลกระทบมาจากทางด้านสุขภาพ จึงส่งผลโดยตรงต่อการทำงาน ซึ่งจะทำให้มีประสิทธิภาพและผลิตภาพในการทำงานลดลง อาจก่อให้เกิดการขาดงาน เป็นผลให้สูญเสียโอกาส และหมดความก้าวหน้าในการทำงาน

3) ผลกระทบต่อธุรกิจเมื่อผู้ตกเป็นเหยื่อของการคุกคามทางเพศจะเกิดความตึงเครียดในการทำงาน จึงอาจเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานทั้งส่วนตัวหรือการทำงานร่วมกันเป็นทีม ส่งผลให้ความสามารถในการปฏิบัติงานต่ำลง ทำให้เกิดความเสียหายต่อผลผลิตที่ควรจะได้ เนื่องจากการขาดประสิทธิภาพในการทำงาน หรือมีการขาดงานที่บ่อยขึ้น ซึ่งในทางธุรกิจจะก่อให้เกิดความสูญเสีย ผู้ปฏิบัติงานที่มีความรู้ ความสามารถ ส่งผลให้ภาพพจน์องค์กรมีความตกต่ำหากมีการคุกคามทางเพศเกิดขึ้นในองค์กรอย่างต่อเนื่อง

4) ผลกระทบต่อสังคมปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นการสร้างความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุความเสมอภาคระหว่างเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม เป็นวงจรแห่งความรุนแรงที่ไม่สิ้นสุด ซึ่งอาจเกิดผลกระทบจากเด็ก ส่งผลไปยังครอบครัว ส่งผลต่อไปยังหน้าที่การงาน ผลกระทบวนเป็นวงกว้างต่อสังคม จึงส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิต และความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนในสังคม ดังนั้นจึงถือเป็นเรื่องที่ขัดขวางการสร้างผลผลิตและการพัฒนาสังคม¹⁰

¹⁰ ชูดาปณี ชิบายามา, “ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน: กรณีศึกษาลูกเรือของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน),” (วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 18-19.

3. การคุกคามทางเพศตามกฎหมายของต่างประเทศ

ปัญหาการคุกคามทางเพศถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับเพศที่ร้ายแรง นานาประเทศจึงได้ให้ความสนใจและให้ความสำคัญกับปัญหานี้เป็นอย่างมาก เพราะอาจถือได้ว่าพฤติกรรมกรรมการคุกคามทางเพศนี้เป็นจุดเริ่มต้นของพฤติกรรมอันนำมาสู่ความรุนแรงทางเพศในที่สุด จึงสมควรที่จะทำการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศของต่างประเทศ ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี เพื่อนำแนวความคิด ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายต่างๆ มาใช้พัฒนาและปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1 ประเทศออสเตรเลีย (Australia)

ประเทศออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญกับปัญหากรณีการคุกคามทางเพศเป็นอย่างมาก เห็นได้จากกฎหมายระดับสหพันธรัฐออสเตรเลียได้บัญญัติเรื่องการคุกคามทางเพศไว้ในกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) ถึงแม้ว่ากฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติจะบัญญัติถึงการคุกคามทางเพศไว้ว่าเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับผิดทางแพ่ง แต่การคุกคามทางเพศบางประเภทนั้นก็มีความผิดอาญาและผู้กระทำจะต้องรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลียด้วยเช่นกัน (A Code in Practice) อันได้แก่ การลวนลามทางกายหรือการล่วงเกินทางกาย การแสดงลามกอนาจาร การล่วงเกินทางเพศหรือการข่มขืน การเฝ้าติดตาม การสื่อสารที่ลามกอนาจาร เช่น การสื่อสารทางโทรศัพท์ จดหมาย หรือสื่ออื่นๆ

โดยการคุกคามทางเพศได้ถูกบัญญัติไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 28 A (1) แห่งกฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติ (Sex Discrimination Act 1984) และได้ให้คำนิยามของการคุกคามทางเพศไว้ว่า “การคุกคามทางเพศ คือ การกระทำอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ การร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศต่อผู้ถูกคุกคาม หรือการกระทำอื่นที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุกคาม ซึ่งในสถานการณ์นั้นๆ บุคคลทั่วไปอาจคาดหมายได้ว่า เป็นการคุกคามผู้ถูกกระทำ ทำให้ผู้ถูกกระทำขายหน้า เสียเกียรติ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำกลัว”¹¹

และตามมาตรา 28 A (1 A) (a)¹² ยังได้บัญญัติรับรองว่าการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศตามบทบัญญัตินี้ “ไม่จำกัด เพศ อายุ รูปร่าง เพศสภาพ สถานะของบุคคลไม่ว่าจะสมรสแล้ว

¹¹Sex Discrimination Act 1984, section 28A Meaning of sexual harassment.

¹²Sex Discrimination Act 1984, section 28A (1A) For the purposes of subsection (1).

หรือโสด ความเชื่อทางศาสนา เชื้อชาติ สีผิว สัญชาติหรือชาติกำเนิดของผู้ถูกระทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกระทำกับผู้กระทำผิด” หรือหาก ผู้ถูกระทำเป็นผู้พิการก็เป็นผู้ถูกระทำได้

ตามมาตรา 28 A (1 A) (b) ได้กล่าวถึงการคุกคามทางเพศตามการจ้างแรงงานระหว่าง นายจ้างกับลูกจ้างหรือบุคคลผู้จะมาเป็นลูกจ้างหรือหุ้นส่วนหรือการคุกคามทางเพศระหว่างลูกจ้างด้วยกันเอง หรือการจ้างงานตามสัญญาจ้างทำของ โดยสถานที่ทำงานนั้นรวมถึงสถานที่ทำงานบนเรือ เครื่องบิน หรือยานพาหนะด้วย หรือตามมาตรา 28 A (1 A) (c) กล่าวถึงการคุกคามทางเพศที่มีความทุพพลภาพ ผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือตามมาตรา 28 A (1 A) (d) กล่าวถึงความผิดซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศในองค์กรที่ได้รับการจดทะเบียน รวมถึงการกระทำของสมาชิกในองค์กรนั้นและบุคคลผู้ที่จะมาเป็นสมาชิกในองค์กรในอนาคตด้วย

การกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในคดีอาญานั้น ผู้กระทำ ความผิดอาจถูกดำเนินคดีได้ถ้าหากจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงต้องได้รับโทษปรับหรือจำคุก และในคดีแพ่งผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้เอง ซึ่งหากผู้เสียหายขณะคดีก็จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาคดีทางอาญาจะยากกว่าทางแพ่ง เนื่องจากในขั้นตอน กระบวนการพิจารณานั้นผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจาก ข้อสงสัยใดๆ แต่หากเป็นคดีแพ่ง ผู้เสียหายพิสูจน์แต่เพียงว่าค่าเสียหายนั้นพอสมควรกับความเสียหายที่ผู้เสียหายควรจะได้รับหรือไม่

นอกจากนั้นประเทศออสเตรเลียยังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่ง ออสเตรเลีย (Australian Human Rights Commission) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สนับสนุน ส่งเสริมและป้องกันปัญหาเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลและจัดการกับปัญหา ทางด้านสิทธิมนุษยชน โดยกรณีการคุกคามทางเพศเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจการดูแลขององค์กร ดังกล่าวด้วยหน้าที่หลักขององค์กรนี้คือการศึกษาและความรู้แก่ประชาชนเพื่อสร้างความ ตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน พิจารณาคำร้องทุกข์เรื่องการเลือกปฏิบัติทางเพศ หรือคำร้องทุกข์เรื่อง การละเมิดสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎหมายระดับสหพันธรัฐ พัฒนานโยบายและกฎหมาย ให้ความรู้ ด้านสิทธิมนุษยชน¹³ ซึ่งจะทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่ายและสามารถส่งเสริมและป้องกันการถูกคุกคามทางเพศได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

¹³เจนวิทย์ นवलแสง ภัทธาภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงคร, “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ: ศึกษากรณีประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย,” วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 331.

3.2 ประเทศฝรั่งเศส (France)

ประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มต้นบัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) เมื่อปี ค.ศ. 1992 ต่อมาสภาฝรั่งเศสได้ประกาศรัฐธรรมนูญใหม่ในวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 2012 โดยบัญญัติให้ความผิดฐานคุกคามทางเพศอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา (Code pénal) ตอน 3 ว่าด้วยการคุกคามทางเพศ (Le Harcèlement Sexuel) ซึ่งเป็นกระทำความผิดเป็นการข่มเหงหรือรังแกผู้อื่น เพื่อความสุขทางเพศของตน ตามมาตรา 222-33¹⁴ โดยบัญญัติไว้ว่า

1) การคุกคามทางเพศที่เป็นการกระทำความผิดเป็นการรุกรานบุคคลอื่น โดยการใช้คำสั่ง การข่มขู่ หรือการบีบบังคับ เพื่อจูงใจให้เข้ามาซึ่งประโยชน์ใดๆ ในทางเพศ

2) การคุกคามทางเพศไม่จำเป็นต้องมีลักษณะรูปแบบเดิมซ้ำๆ กันหลายครั้ง แม้กระทำเพียงครั้งเดียวก็ถือเป็นความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ทางเพศของตนหรือบุคคลที่สาม

3) ความผิดตาม I และ II มีโทษถึงจำคุกสองปี และปรับ 30,000 €

บทลงโทษเหล่านี้จะเพิ่มขึ้นเป็นจำคุกสามปีและปรับ 45,000 € เมื่อกระทำการดังนี้

(1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่

(2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

(3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทูพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครมร์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีสถานะเป็นเพื่อนร่วมงานหรือการพึ่งพาอาศัยกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นผลมาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจหรือสังคม ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด

ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุกคามทางเพศยังครอบคลุมถึงการเลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 225-1-1¹⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุกคามทางเพศนี้จะรวมถึงในสถานที่ทำงาน ตามประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในส่วนที่ 6 ของหมวด 2 บท 2 ของบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมาย

¹⁴ Le Code Pénal, Le Harcèlement Sexuel, article 222-33.

¹⁵ Le Code Pénal, Le Harcèlement Sexuel, article 225-1-1.

แรงงาน โดยเป็นการบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างผู้ถูกกระทำการคุกคามทางเพศ ผู้ที่เป็นพยานหรือเปิดเผยการกระทำดังกล่าว มิให้ถูกลงโทษหรือให้ออกจากงาน ตามมาตรา L. 122-46 ซึ่งการคุ้มครองดังกล่าวมีผลไปถึงบุคคลที่เป็นข้าราชการด้วย¹⁶

3.3 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)

สหพันธ์รัฐเยอรมนีได้เห็นความสำคัญในการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศ และในฐานะประเทศภายใต้สมาชิกสหภาพยุโรปที่มีกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of European Union) และประกาศข้อบังคับของสหภาพยุโรป EU Directive 2006/54/EC ซึ่งเป็นข้อกำหนด (Directive) เพื่อรับรอง “ความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง (Equality between men and women)” ซึ่งใช้เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และได้มีการพัฒนาสร้างกฎหมายใหม่หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศจึงได้นำ EU Directive 2006/54/EC มาสร้างเป็นกฎหมายใหม่ที่ชื่อว่ากฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006 (Gleichbehandlungsgesetz, AGG)) โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีการใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ.2549¹⁷

และในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2016 ทางรัฐบาลเยอรมนีได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อเปลี่ยนแปลงประเด็นอันสำคัญเพื่อควบคุมกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศให้เข้มงวดมากขึ้น โดยการเปลี่ยนแปลงนี้การคุกคามทางเพศจะต้องถูกลงโทษภายใต้ Sexualstrafrecht บทลงโทษสำหรับพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ

ซึ่งกฎหมายการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) ได้ให้นิยามการคุกคามและการคุกคามทางเพศ ดังนี้ ตามมาตรา 2, 1 (c)¹⁸ “การคุกคาม (Harassment)” หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำให้ขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกรังแก ไม่เป็นมิตร ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังแก

และตามมาตรา 2, 1 (d) “การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)” หมายถึง การกระทำอันไม่เป็นที่พึงปรารถนา ไม่ว่าจะเป็นการพูด การใช้ท่าทาง หรือการเคลื่อนไหวทางกายภาพที่มีลักษณะสื่อเกี่ยวกับเพศ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำรู้สึกถูกรังแก ไม่เป็นมิตร ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังแก

¹⁶พินศิริ นามศรีฐาน, เรื่องเดิม, หน้า. 75.

¹⁷เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงคร, เรื่องเดิม, หน้า 341-343.

¹⁸General Equal Treatment Act (AGG), article 2 Definitions 1.

ซึ่งการคุกคามและการคุกคามทางเพศข้างต้นยังหมายรวมไปถึงกรณี ดังนี้

1) การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง (Less Favorable Treatment) เนื่องจากการที่ผู้ถูกระทำตอบรับหรือปฏิเสธการคุกคามหรือการคุกคามทางเพศนั้น

2) การออกคำสั่งให้กีดกันหรือแบ่งแยกบุคคลใดอันเนื่องมาจากเพศของบุคคลนั้น

3) การได้รับการปฏิบัติที่แย่ลง เนื่องจากการที่หญิงตั้งครรภ์หรือคลอด

นอกจากนี้ ผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศไม่ว่าในสถานที่อื่นใดก็ตามสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลเป็นคดีอาญาได้ ในกรณีดังต่อไปนี้¹⁹

(1) การคุกคามทางเพศที่มีลักษณะเป็นการข่มขู่ (Sexual Assault by Use of Force or Threat) อันเป็นการใช้กำลังหรือข่มขู่ให้ผู้ถูกระทำเกิดความหวาดกลัวจนต้องยินยอมให้มีการละเมิดทางเพศโดยไม่สมัครใจ ซึ่งเป็นความผิดตาม §177²⁰ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB)

(2) การคุกคามทางเพศอันเป็นการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติผิดทางเพศ (Sexual Abuse) ซึ่งเป็นความผิดตาม §174 ถึง §174c²¹ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB)

(3) การคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม (Stalking) เป็นการมีพฤติกรรมคุกคามหรือข่มขู่อย่างต่อเนื่อง เช่น การโทรศัพท์หาอย่างต่อเนื่อง การส่งอีเมล จดหมายหรือข้อความทางโทรศัพท์จำนวนมาก หรือการดักครอบบริเวณที่อยู่อาศัย เป็นต้น

ซึ่งในทางอาญาผู้ถูกคุกคามหรือถูกคุกคามทางเพศได้รับความคุ้มครองจาก Civil Legal Protection from Violent Acts and Stalking Offences ให้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้

¹⁹เจนนวิทย์ นवलแสง ภัทรภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร, เรื่องเดิม, หน้า 346.

²⁰The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, section 177 Sexual Coercion; Rape.

²¹The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, Chapter Thirteen Crimes Against Sexual Self-determination

Section 174 Sexual Abuse of Wards

Section 174a Sexual Abuse of Prisoners, Persons in the Custody of a Public Authority, and Persons in Institutions Who are Ill or in Need of Assistance

Section 174b Sexual Abuse By Exploiting a Position in a Public Office

Section 174c Sexual Abuse By Exploiting a Counseling, Treatment or Care Relationship.

ดำเนินการใดๆ เพื่อแยกผู้คุกคามหรือคุกคามทางเพศให้อยู่ห่างจากผู้ถูกระทำได้ โดยไม่ต้องรอให้เหตุร้ายแรงเกิดขึ้นเสียก่อน

การกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยและกำหนดค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่งที่จำเลยต้องชำระเพื่อชดเชยให้คุ้มค่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่โจทก์ตาม §15 AGG²²

นอกจากนี้ยังมีเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีการดูถูกหรือเหยียดหยามทางเพศตาม §185 Strafgesetzbuch²³ ซึ่งความผิดนี้ต้องระวางโทษปรับและจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อความผิดที่มีความรุนแรงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับและเมื่อมีการกระทำความรุนแรงต่อเนื้อตัวร่างกายเหยื่อผู้ถูกระทำมีสิทธิที่จะป้องกันตัวเองในขณะที่เกิดการคุกคามทางเพศขึ้น และตาม §223 Strafgesetzbuch²⁴ ซึ่งผู้ใดกระทำการทารุณกรรมหรือทำร้ายผู้อื่นจะถูกลงโทษด้วยจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ

4. การคุกคามทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทย

กระแสต่อต้านการคุกคามทางเพศที่ได้ปรากฏเด่นชัดในประเทศไทย เริ่มต้นจากองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิทธิสตรีและสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ได้มีการเคลื่อนไหวและออกแถลงการณ์ให้สังคมรับรู้ถึงการคุกคามทางเพศและผลกระทบจากการคุกคามทางเพศในปี พ.ศ.2523 จากนั้นก็ได้มีการขับเคลื่อนในเรื่องการคุกคามทางเพศอย่างต่อเนื่อง แต่ประเด็นการคุกคามทางเพศก็ไม่อยู่ในกระแสความสนใจของสังคมไทยในขณะนั้นเท่าที่ควร จนกระทั่งในปี พ.ศ.2531 ได้มีตัวแทนฝ่ายผู้ใช้แรงงานหรือลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการต่อต้านการคุกคามทางเพศชัดเจนยิ่งขึ้น ส่งผลให้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ขึ้นในปี พ.ศ.2541 แต่กฎหมายดังกล่าวเมื่อมีผลบังคับใช้กลับยังไม่สามารถป้องปรามและทำให้ปัญหาการคุกคามทางเพศลดลงได้อย่างที่ควรจะเป็น

แต่อย่างไรก็ดี ตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศได้บัญญัติไว้สี่ฐานความผิดหลัก ตามมาตรา 276-287 ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานค้าบุคคลเพื่อความใคร่ และความผิดฐานค้าสิ่งลามกอนาจาร

เมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาทั้งสี่ฐานความผิดที่ยกมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีลักษณะรุนแรงได้มีกฎหมาย

²²General Equal Treatment Act (AGG), § 15 Compensation and Damages.

²³The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, § 185 Insult.

²⁴The Penal code or Strafgesetzbuch, StGB, § 223 Physical injury.

คุ้มครองที่ชัดเจนแก่ผู้เสียหายตามลำดับ และนอกจากนั้น การกระทำดังกล่าวถือเป็นการคุกคามทางเพศที่ผู้กระทำลงมือกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ดังจะเห็นได้จากกรณีของการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร จึงมีข้อสังเกตว่า ลักษณะของการคุกคามทางเพศที่เป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาได้มีความหมายแคบกว่าการคุกคามทางเพศในความหมายทั่วไป ส่งผลให้การคุกคามทางเพศที่มีรูปแบบอย่างอื่นที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นในกรณีที่ผู้กระทำนำภาพลามกมาติดไว้ในห้องทำงานของตน หรือผู้กระทำใช้สายตาลวนลาม หรือพูดจาลามกหรือพูดจาชวนลามผู้เสียหาย พฤติกรรมดังกล่าวถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศอย่างหนึ่งแต่ไม่เป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

และเมื่อในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558 ประเทศไทยก็ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคาม (Harassment) โดยได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคามหรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

จากการพิจารณาจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการคุกคามในมาตราดังกล่าว คำว่า “คุกคาม” ในส่วนของวรรค 1 อาจไม่รวมถึงการคุกคามทางเพศ และ “การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ” ในส่วนของวรรค 2 ยังถือว่ามีความคลุมเครือ ไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจน ยกแก่การตีความ และยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบหรือลักษณะของการกระทำผิดรวมถึงบทลงโทษที่ควรสอดคล้องกับพฤติกรรมกระทำผิดและความร้ายแรงตามแต่ละกรณี

อีกทั้งยังนำเรื่องของการคุกคามทางเพศไปรวมกับ มาตรา 397 ซึ่งเป็นเป็นมาตราที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ (มาตรา 367-398) โดยเป็นปัญหาในการรังแก ข่มเหงผู้อื่น หรือ กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อน ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มีระวางโทษจำคุกค่อนข้างต่ำ และศาล มักจะลงโทษปรับมากกว่าโทษจำคุก และการชำระค่าปรับก็มีจำนวนไม่สูงมาก ซึ่งไม่กระทบต่อฐานะหรือความสามารถในการชำระค่าปรับของผู้กระทำความผิด

จึงไม่อาจตอบสนองต่อการป้องปรามการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวได้อย่างแท้จริง เพราะการคุกคามทางเพศเป็นปัญหาซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สามารถเกิดขึ้นได้ง่ายที่สุดในสังคม อีกทั้งยังมีผลกระทบต่อผู้กระทำเป็นอย่างมาก จึงไม่สมควรจะนำความผิดในส่วนของ การคุกคามทางเพศมาบัญญัติเพื่อนำมาบังคับใช้ไว้ในมาตราเดียวกันดังกล่าว

นอกจากนั้นยังมีกฎหมายที่ได้บัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศไว้ดังเช่น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551 มาตรา 16 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

และการกำหนดโทษสำหรับความผิดที่ตามมาตรา 16 นั้น ตามมาตรา 147 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ ก็เพื่อคุ้มครองลูกจ้างซึ่งเป็นเด็ก หญิง และชาย มิให้ถูกล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานยังมีอุปสรรคในการบังคับใช้ เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติให้การกระทำครอบคลุมไปถึงการคุกคามทางเพศที่กระทำโดยเพื่อนร่วมงานซึ่งเป็นลูกจ้าง เหมือนกัน ประกอบกับพระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองลูกจ้างในภาคเอกชนเท่านั้น แต่ไม่ได้ให้การคุ้มครองไปถึงลูกจ้างในหน่วยงานภาครัฐ จึงก่อให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย (Gap of Law) อีกทั้งสภาพบังคับทางกฎหมาย (Sanction of Law) ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวจึงยังไม่เหมาะสมเท่าที่ควร²⁵

หรือตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558 เพราะเนื่องจากอากาศยานเป็นสถานที่ที่มีพื้นที่จำกัด การที่มีพฤติกรรม หรือความประพฤติที่ไม่เหมาะสม ถือเป็นปัญหาที่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วและมีความรุนแรงสูงขึ้น องค์การการบินพลเรือน (ICAO) ได้ออกข้อมติสมัชชา ICAO ที่ A33-4 ซึ่งได้เร่งรัดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายในเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับปัญหาผู้โดยสารประพฤติตนไม่เหมาะสมบนอากาศยานพลเรือน ตามมาตรา 11 “ผู้อยู่ในอากาศยานในระหว่างการบินผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) กระทำต่อร่างกายผู้อื่นอันเป็นการมุ่งหมายในทางเพศ

²⁵ เจริญวิทย์ นवलแสง ภัทรารักษ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภูพงศกร, เรื่องเดิม, หน้า 338.

(2) กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยส่วนของร่างกาย หรือ

(3) ใช้วาจาชวนลามหรือแสดงกิริยาท่าทางอันเป็นการลามกอย่างอื่น

และทางสายการบินสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง สำหรับค่าใช้จ่ายในกรณีที่ทำให้สายการบินเกิดความเสียหาย อีกทั้งยังอาจติดแบล็คลิสต์ไม่ให้ขึ้นบินกับสายการบินอีกด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละสายการบิน

5. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากการศึกษาพบว่า มีประเด็นปัญหาและข้อบกพร่องบางประการในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเด็นดังต่อไปนี้

5.1 ปัญหาในการตีความตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

จากการพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ทั้งสามวรรคประกอบกันทั้งมาตรา อาจเกิดปัญหาที่สามารถแยกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก อ้างอิงจากข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าความผิดในส่วนของ การคุกคามตามร่างมาตรา 397 วรรคหนึ่ง อาจไม่รวมถึง การคุกคามในทางเพศ (Sexual Harassment) และการรังแก ช่มเหง คุกคาม หรือทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในทางเพศ ควรกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติคุ้มครองสิ่งเดียวกัน มิฉะนั้นอาจเกิดปัญหาการตีความ²⁶

ประการที่สอง หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์การตีความในมาตรา 397 ซึ่งเมื่อดูตามเจตนารมณ์ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อมุ่งการคุ้มครองบุคคลจากการถูกรังแกผู้อื่นคุกคามไม่ว่าจะเป็นการคุกคามในรูปแบบใด ซึ่งอาจหมายความรวมถึงการคุกคามทางเพศได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังสามารถเกิดปัญหาในการตีความในการนำมาตรา 397 มาใช้กับการคุกคามที่มีเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง การมีถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน สามารถมองได้หลายมุมมอง อีกทั้งยังไม่ครอบคลุม

²⁶ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพและความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม และแก้ไขอัตราโทษสำหรับความผิดลหุโทษ),” ครั้งที่ 19/2557, 30 ตุลาคม 2557.

ถึงรูปแบบลักษณะของพฤติกรรมต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริง ทำให้เมื่อนำมาบังคับใช้แล้ว กฎหมายอาจไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่าเป็นการรังแก ช่มเหง คุกคามต่อผู้อื่นนั้นสำหรับความหมายของ คำธรรมดาที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลฎีกาให้ถือตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน²⁷ ดังนั้นคำว่า คุกคาม หมายความว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว ส่วนคำว่า รังแก หมายความว่า แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น (มักใช้แก่ผู้มีอำนาจมากกว่า) ช่มเหง หมายความว่า การใช้กำลังรังแกแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น²⁸

ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามที่มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ และเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ลหุโทษ ซึ่งถือเป็นโทษสถานเบาหรือโทษที่ไม่ร้ายแรง

ในส่วนของการตีความเรื่องการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ คำว่า “ส่อไปในทางที่จะ” เป็นเพียงพฤติกรรมของบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความผิดโดยการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นในเรื่องเพศตามลักษณะต่างๆ ซึ่งก็ยิ่งถือว่าอาจจะก่อให้เกิดความผิดนี้เกิดขึ้นหรืออาจจะไม่ก่อให้เกิดความผิดขึ้นเลยเสียก็ได้ ส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความเพราะสามารถมองได้หลายมุมมอง อาจส่งผลทำให้บุคคลทั่วไปอาจเกิดความสับสนในการนำมาปรับใช้ เพราะในถ้อยคำไม่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมหรือรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ชัดเจน ถือได้ว่าเป็นคำที่มีความหมายคลุมเครือ มีถ้อยคำไม่ชัดเจนแน่นอน กำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เห็นควรว่าไม่ควรใช้คำนี้ในบทบัญญัติเพราะเป็นการยากแก่การตีความและการบังคับใช้ได้

อีกทั้งการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศนั้น เป็นการกระทำ ความผิดที่มีเรื่องเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง และเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้ง่ายในสังคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นการ คุกคามที่มีความร้ายแรงและมีผลกระทบต่อผู้กระทำเป็นอย่างมาก จึงไม่ควรบัญญัติการคุกคามทาง เพศไว้เป็นความผิดในภาค 3 ลหุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา โดยควรเป็นบทบัญญัติความผิด เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในหมวดความเกี่ยวกับเพศ และควรต้องกำหนดเป็นบทบัญญัติต่างหาก จากพฤติกรรมการรังแก ช่มเหง คุกคาม เนื่องจากในมาตราเดียวกันควรบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิ่ง เดียวกัน ซึ่งอ้างอิงตามข้อสังเกตและความเห็นของสำนักงานศาลยุติธรรม

²⁷ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทระเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 176.

²⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 [Online], available URL: <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>, 2016 (April, 22).

ดังนั้น ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราร่างกฎหมายและควรอยู่ในภาค 2 ความผิดลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศแห่งประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ การที่รับรู้และเข้าใจถึงรูปแบบหรือลักษณะในการคุกคามทางเพศจะส่งผลทำให้ง่ายแก่การตีความ และควรให้มีบทลงโทษตามความร้ายแรงในแต่ละกรณี ซึ่งจะเป็นการแก้ปัญหาได้อย่างตรงประเด็น และสามารถนำมาบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปอย่างมีประสิทธิภาพ

5.2 ปัญหาในการกำหนดบทนิยามของกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศ

การบัญญัติการคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามกฎหมายนั้น ควรมีการพิจารณาเพื่อปรับกรอบความคิดจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษามาวิเคราะห์ถึงความหมายของการคุกคามทางเพศ รูปแบบปัญหาของการคุกคามทางเพศ ตลอดจนพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการคุกคามทางเพศในรูปแบบดังกล่าวนี้ เพื่อที่จะนำมาสร้างบทนิยามและรายละเอียดแห่งกฎหมาย ในการบัญญัติบทนิยามเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ

โดย “บทนิยาม” หมายถึง บทกำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอนของคำต่างๆ ที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นว่ามีความหมายแน่นอนตามที่บัญญัติไว้ในบทนิยามของกฎหมายนั้น

ซึ่งจากการศึกษาถึงความหมายของการคุกคามทางเพศเห็นได้ว่าองค์กรระหว่างประเทศและในต่างประเทศทั้งประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีได้มีการกำหนดถ้อยคำที่ชัดเจนไว้ในบทบัญญัติมาตรา ส่งผลให้ถ้อยคำของกฎหมายเป็นถ้อยคำที่สอดคล้องกับพฤติกรรม เข้าใจง่ายและสามารถตีความได้อย่างถูกต้อง และเมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว ทำให้สามารถบังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 ซึ่งยังขาดความชัดเจนในถ้อยคำและความหมาย อีกทั้งยังไม่ครอบคลุมถึงรูปแบบของการกระทำความผิด จึงทำให้ยากแก่การตีความและมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและในประเทศไทยเองยังไม่ปรากฏความหมายของการคุกคามทางเพศในพจนานุกรมอย่างแน่ชัด การให้คำนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศนั้นจึงต้องมีความชัดเจน แน่นนอน เพื่อให้มีความเข้าใจอย่างเดียวกันและสามารถบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไป เมื่อวิเคราะห์แล้วจึงเห็นว่าควรนิยามความหมายของการคุกคามทางเพศดังนี้คือ

“คุกคามทางเพศ หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อ

ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระงับรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ”

และในกรณีที่คำว่าการคุกคามทางเพศมีที่ใช้เพียงแห่งเดียวหรือมาตราเดียว จึงควรเขียนให้ชัดเจนในมาตรานั้นๆ โดยตรง ซึ่งจะทำให้ง่ายต่อการเข้าใจและเกิดความสะดวกในการใช้กฎหมายอีกทั้งการที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ตามมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิดเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” ดังนั้นความผิดในเรื่องการคุกคามทางเพศนี้ ถือว่ากฎหมายได้ให้การคุ้มครองแก่บุคคลทุกคน ซึ่งหมายความถึงบุคคลใดก็ได้ ไม่จำกัดเพศสภาพไม่ว่าเพศหญิงหรือเพศชาย เนื่องจากการคุกคามทางเพศไม่ได้หมายถึงการคุกคามทางเพศที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่แท้ที่จริงแล้วการคุกคามทางเพศยังรวมถึงการกระทำที่ชายกระทำต่อชายหรือหญิงกระทำต่อชาย²⁹ หรือหญิงกระทำต่อหญิงได้ด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้เนื่องจากการคุกคามทางเพศมีได้มีลักษณะแต่เพียงแค่การล่วงละเมิดทางเพศตามที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศอนาจาร หากแต่การคุกคามทางเพศมีรูปแบบลักษณะที่หลากหลาย ซึ่งจากการศึกษาบริบทของพฤติกรรมการคุกคามทางเพศในลักษณะต่างๆ และได้พิจารณาถึงลักษณะของการคุกคามทางเพศที่ควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่หลากหลาย และเพื่อให้ครอบคลุมทุกมิติของการกระทำคุกคามทางเพศ อันอาจสรุปได้ดังต่อไปนี้ดังต่อไปนี้

1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือ นินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

²⁹ ภาณุวัฒน์ ศรีคร่ำ, “การล่วงเกินทางเพศแรงงานชาย,” (สารนิพนธ์สังคมสงเคราะห์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 4-5.

2) การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการสัมผัสกัน สะโพก หรือการยืน เดิน ต้อนเข้ามุม การนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

3) การคุกคามทางเพศทางกริยาท่าทาง (Non-verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกายที่สื่อถึงเจตนาการล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรื้อนร้าง อย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของ อุปกรณ์ที่ลามก

นอกจากนี้ควรต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการคุกคามทางเพศได้ ผู้เสียหายนั้นต้องมีได้ยินยอมหรือมีอารมณ์ร่วมไปกับการกระทำนั้น เนื่องจากรูปแบบของการคุกคามทางเพศ เป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและขัดต่อศีลธรรมอันดี หากผู้ถูกกระทำยินยอมพร้อมใจหรือมีความบันเทิงร่วมกับการคุกคามดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นเหยื่อหรือเป็นผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศ แต่หากผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมพร้อมใจหรือมิได้มีความบันเทิงร่วมกับการกระทำดังกล่าวและมีความรู้สึกที่กำลังถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวในทางเพศ หรือทำให้เกิดความรู้สึกอึดอัดใจหรือได้รับความอับอายในทางเพศ กรณีนี้ก็อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิทางเพศในลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศต่อเหยื่อหรือผู้เสียหายได้³⁰

5.3 ปัญหาในการกำหนดบทลงโทษของการคุกคามทางเพศ

จากการศึกษาถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้นจะได้รับผลกระทบในทางลบโดยตรงแบบลูกโซ่เป็นวงกว้างกล่าวคือได้รับผลกระทบทั้งในระบบการดำเนินชีวิตของตนเองทั้งผลกระทบทางสุขภาพ ทางด้านจิตใจและร่างกาย ตลอดจนผลกระทบต่อหน้าที่การงาน ผลกระทบต่อธุรกิจ และผลกระทบต่อสังคมซึ่งเมื่อบุคคลตกเป็นผู้ถูกกระทำในการกระทำผิดอาญาหรือตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญานั้นย่อมเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือประโยชน์ของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อถูกกระทบกระเทือนแล้ว ดังนั้นการกำหนดบทลงโทษจึงต้องมีความสอดคล้องกับความร้ายแรงของผลร้ายที่เกิดขึ้นด้วย

แต่การที่ประเทศไทยยังมิได้มีการตระหนักถึงผลกระทบจากพฤติกรรมการคุกคามทางเพศอย่างที่เราเห็นได้จากพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม มาตรา 397 ที่มีกำหนดโทษสำหรับความผิดในฐานะลหุโทษซึ่งกรณีตามวรรคแรกมี

³⁰ เจนวิทย์ นवलแสง ภัทราภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงคร, เรื่องเดิม, หน้า 331.

ระวางโทษไม่เกินห้าพันบาท กรณีในวรรคสองและวรรคสามถือเป็นการระวางโทษที่หนักขึ้น มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นเหตุให้ยังมีปัญหาถึงความเหมาะสมของอัตราโทษปรับซึ่งยังถือว่าน้อยเกินไป ซึ่งการลงโทษฐานลหุโทษนั้นในทางปฏิบัติส่วนใหญ่จะเป็นเพียงโทษปรับและศาลมักจะไม่พิพากษาลงโทษจำคุก จึงส่งผลให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องหรือมีการกระทำความผิดซ้ำ เพราะผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย จึงสมควรที่จะต้องปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นในภาพรวม และต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับ สภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งควรคำนึงถึงผู้ต้องหาที่มีเงินสามารถจ่ายค่าปรับได้และยังคงกระทำความผิดซ้ำอย่างไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ตลอดจนความเหมาะสมทั้งผลดีและผลเสียที่อาจเกิดจากการเพิ่มอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปรียบเทียบปรับได้ตามกฎหมาย

จากการวิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในความผิดที่ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการคุกคามทางเพศ ที่มีลักษณะเป็นการแสดงออกทางวาจา ทางกริยาท่าทาง และการสัมผัสทางร่างกาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้รู้สึกไม่พึงปรารถนาและไม่ต้องการ ต้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท

และควรมีมาตรการในการแบ่งแยกกระดัดของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อการกำหนดเหตุเพิ่มโทษตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิด ดังเช่น ในกฎหมายของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส เพราะในบทบัญญัติมาตรา 397 ตามรายละเอียดของทั้งสามวรรคประกอบกัน ยังไม่สะท้อนให้เห็นถึงลำดับความรุนแรงตามพฤติการณ์หรือรูปแบบของการคุกคามทางเพศอย่างครอบคลุมเพียงพอ โดยต้องมีการกำหนดถ้อยคำและรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติการณ์ ตลอดจนมีการกำหนดโทษตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดอย่างเหมาะสมไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนกล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม
- (2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี
- (3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าว ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ
- (4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทูพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครมร์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำผิด หรือสมรู้ร่วมคิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งนอกจากมาตรการดังกล่าวข้างต้น ในทางอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะมี มาตรการทางกฎหมายเกิดขึ้นทั้งในด้านการปราบปรามและในด้านการป้องกัน ในด้านการปราบปราม คือ การลงโทษผู้กระทำความผิด โดยควรต้องมีการกำหนดโทษจำคุกกระยะสั้นซึ่งการลงโทษหนักเบาย่อมเป็นไปตามความร้ายแรงของความผิด เพื่อเป็นการลงโทษขั้นร้ายแรงให้ผู้กระทำความผิดมีความเกรงกลัวหรือยำเกรงต่อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษจำคุกกระยะสั้นนี้เป็น มาตรการหนึ่งที่ใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมหลังจากที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว จึงสมควรที่ จะต้องมีการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศอีก ซึ่งในด้านการ ป้องกัน คือ ควรจะมีการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็น มาตรการทางกฎหมายที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดในอนาคต กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ นำมาใช้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดหรือมีการกระทำความผิดแล้วไม่ให้เกิดกลับมากระทำผิดอีก หรือ ในกรณีกระทำความผิดไปแล้วจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิดนั้นกลับตัวกลับใจ แก้ไขการกระทำผิดที่เคยเกิดขึ้นและสามารถกลับคืนสู่สังคมอย่างเต็ม

และนอกจากนั้น เพื่อเป็นหูเป็นตาในการป้องกันการคุกคามทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคมจึง ควรมีหน่วยงานรับเรื่องร้องทุกข์เมื่อเกิดปัญหาการคุกคามทางเพศเกิดขึ้น ดังเช่นในประเทศ ออสเตรเลียที่เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุกคามทางเพศ ผู้เสียหายอาจ ร้องทุกข์ไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งออสเตรเลีย (Australian Human Right) ซึ่งประเทศ ไทยสามารถนำกระบวนการดังกล่าวมาปรับใช้ให้เป็นประโยชน์ ซึ่งเห็นควรว่าควรให้อำนาจองค์กร อีสระเพื่อที่จะเป็นช่องทางที่ง่ายแก่การเข้าถึงของประชาชนในการช่วยกันเป็นหูเป็นตาเพื่อป้องกัน การเกิดพฤติกรรมคุกคามทางเพศ

กล่าวคือให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ทั้งนี้ โดยปรับ ให้เข้ากับคดีความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยอาจวางเป็นระบบตั้งแต่ขั้นความรู้พื้นฐานโดย เป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์ หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ซึ่งควรมีช่องทางที่หลากหลายที่ผู้เสียหายจะ สามารถร้องทุกข์ได้ เช่น ทางโทรศัพท์ อีเมล การอัดเสียง ตลอดจนมีอักษรเบรลล์สำหรับผู้พิการทาง สายตา และได้ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่สามารถร้องทุกข์ได้ ผู้ที่เห็นเหตุการณ์การคุกคามทาง เพศก็สามารถร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสได้เช่นกัน เพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองดูแลทำให้สังคมมี ความปลอดภัย หรือได้รับการชดเชยและเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลผู้เสียหายจากการคุกคาม

ทางเพศจากรัฐอย่างทั่วถึงอย่างเท่าเทียมกัน และรักษาสวัสดิภาพของบุคคลผู้อาจถูกคุกคามทางเพศซ้ำ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน ตลอดจนการที่เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้วนั้นจะสามารถใช้บังคับตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

6. ข้อเสนอแนะ

1) ควรที่จะบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โดยบัญญัติเป็นบทบัญญัติมาตราต่างหาก และควรอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) ควรจะกำหนดนิยามความหมาย รูปแบบลักษณะของปัญหาการคุกคามทางเพศให้ชัดเจน กล่าวคือ “คุกคามทางเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือพฤติกรรมทางเพศที่ผู้ถูกระทำหรือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อถือว่าเป็นสิ่งที่ “ไม่พึงปรารถนา” และ “ไม่ต้องการ” โดยการคุกคามทางเพศอาจอยู่ในรูปของการแสดงออกทางวาจา กริยาท่าทาง หรือการสัมผัสทางร่างกาย อันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกคุกคาม หวาดกลัว ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ โดยรูปแบบลักษณะของการคุกคามทางเพศ มีดังต่อไปนี้

(1) การคุกคามทางเพศทางวาจา (Verbal Harassment) เช่น การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับรูปร่าง การแต่งตัวที่สื่อไปทางลามก การเล่าเรื่องตลกลามก การพูดหรือการถามถึงความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในที่สาธารณะ การเปลี่ยนหัวข้อเรื่องงานให้เป็นเรื่องทางเพศ หรือเรื่องลามก ตลอดจนการกระจายข่าวลือ หรือ นินทาเกี่ยวกับเรื่องเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การตามตื้อตามจีบบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งๆ ที่รู้ว่าเขาไม่สนใจ และการกล่าวถึงกลุ่มหญิงหรือชายในทางลามก เป็นต้น

(2) การคุกคามทางเพศโดยการสัมผัสร่างกาย (Physical Harassment) เช่น การแตะเนื้อต้องตัว รวมทั้งการจัดเสื้อผ้า ตลอดไปจนถึงการสัมผัสกัน สะโปก หรือการยืน เดิน ต้อนเข้ามุง การนั่งใกล้ชิดเกินความจำเป็น โดยใช้บางส่วนของร่างกายสัมผัสผู้อื่นอย่างจงใจ

(3) การคุกคามทางเพศทางกริยาท่าทาง (Non-verbal/Gestural Harassment) เช่น การจ้องมองอย่างกุ่มกิม การแสดงสีหน้าอย่างเจ้าชู้ การแสดงท่าทางหรือการเคลื่อนไหวร่างกายที่สื่อถึงเจตนารมณ์ล่วงเกินทางเพศ การส่งจดหมาย ข้อความภาพ การ์ด หรือคำกลอนที่เน้นในเรื่องเพศ การมองเรือนร่างอย่างสำรวจตรวจตรา รวมไปถึงการติดภาพโป๊ หรือสิ่งของอุปกรณ์ที่ลามก

3) ควรปรับปรุงอัตราโทษปรับโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสม กล่าวคือในความผิดที่ผู้ใดกระทำความผิดใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการคุกคามทางเพศ โดยเป็นการแสดงออกทางวาจา ทางกริยาท่าทาง และการสัมผัสทางร่างกาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็น

มนุษย์ หรือทำให้รู้สึกไม่พึงปรารถนา และไม่ต้องการ ด้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติหรือถูกรังเกียจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน และปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท

4) ควรที่จะมีการแบ่งแยกระดับของลักษณะการกระทำความผิดเพื่อกำหนดเหตุเพิ่มโทษในการคุกคามทางเพศตามพฤติการณ์และระดับความร้ายแรงของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าเป็นการกระทำการคุกคามทางเพศในกรณี

(1) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม

(2) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับผู้เยาว์อายุต่ำกว่าสิบห้าปี

(3) กระทำการคุกคามทางเพศโดยการอาศัยความไว้วางใจหรือสภาพของผู้ถูกระทำหรือตำแหน่งหน้าที่ หรือความรับผิดชอบของผู้กระทำในการประพฤติดังกล่าว ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(4) กระทำการคุกคามทางเพศโดยกระทำกับบุคคลที่มีความเปราะบาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากอายุ การเจ็บป่วย ทูพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจหรือการตั้งครมร์ ซึ่งผู้กระทำได้รู้หรือควรจะรู้ในการกระทำความผิดนั้นๆ

(5) กระทำการคุกคามทางเพศโดยบุคคลหลายคน โดยมีลักษณะเป็นการร่วมกันกระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 3 หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งยังควรนำการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับ

5) ควรให้อำนาจผ่านกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ในการวางระบบเพื่อเป็นการให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมาย การยื่นเรื่องร้องทุกข์หรือชี้เบาะแสในคดีเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ

บรรณานุกรม

- เจนวิทย์ นवलแสง ภัทรภรณ์ เกษตรสาร และอชิรญา ภู่งงศกร. “ความรับผิดชอบทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณี ประเทศไทย สหพันธรัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย.” *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย* 8, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2559): 331.
- ชูดาปณี ชีบายามา. “ประสบการณ์การถูกคุกคามทางเพศจากการทำงาน: กรณีศึกษาลูกเรือของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน).” *วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2548.
- ณัฐพงษ์ โปษกะบุตร. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิด: ศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ.” ใน *รายงานสืบเนื่องจากการประชุมสัมมนาวิชาการนำเสนอ งานวิจัย ระดับชาติและนานาชาติ (Proceedings)*, หน้า. 167. มหาวิทยาลัยราชภัฏภาคเหนือ (ครั้งที่ 15).
- ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทระเสน. *คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- พินศิริ นามศรีฐาน. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ.” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2543.
- ภาณุวัฒน์ ศรีคร่ำ. “การล่วงเกินทางเพศแรงงานชาย.” *สารนิพนธ์สังคมสงเคราะห์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2550.
- ราชบัณฑิตยสถาน. *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554* [Online]. Available URL: <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>, 2016 (April, 22).
- วิมภา ธรรมปรีชา. “การคุกคามทางเพศ.” *วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมานุษยวิทยามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2533.
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. (กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพและความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม และแก้ไขอัตราโทษสำหรับความผิดลหุโทษ), ครั้งที่ 19/2557.” 30 ตุลาคม 2557.
- อรพินท์ สหโชคชัย. “ประเด็นสำคัญและข้อควรรู้เกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศ.” ใน *เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย เรื่อง กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับผู้หญิง*, กันยายน 2542, หน้า 4.

เอกพงศ์ ปลัดรักษา, “การล่วงละเมิดทางเพศในที่ทำงาน.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 22, 1 (กรกฎาคม 2546): 108.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551.

พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2558.

ประมวลกฎหมายอาญา.

I Law ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ. **ล่วงเกินทางเพศ** [Online]. Available URL: <http://ilaw.or.th/node/203,2016> (March, 24).

General Equal Treatment Act 2006.

Le Code Pénal.

Sex Discrimination Act 1984.

The Penal code or Strafgesetzbuch (StGB).

การจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น”
ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจ
ขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

การจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น” ตามมาตรา 3
แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543*
Preparation of the Draft of the Ministerial Notification Defining the “Other Businesses”
Pursuant to Section 3 of the Small and Medium Enterprises Promotion Act B.E.2543

รองศาสตราจารย์ ดร.ปoom โชคเหมาะ และคณะ**
Associate Professor Dr.Poom Chokmoh and Staff

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยในเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ในลักษณะการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ผสมผสานกับการวิจัยเชิงปริมาณ (Quantitative Research) จากการศึกษาภาคสนาม ด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึก การใช้แบบสอบถาม การจัดประชุมกลุ่มย่อยใน 5 ภูมิภาครวมทั้งการจัดประชุมสัมมนาเชิงปฏิบัติการเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากประชากรกลุ่มตัวอย่างซึ่งเป็นผู้บริหารและเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานภาครัฐองค์การเอกชน องค์กรภาคธุรกิจ ผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ตลอดจนนักศึกษาและ

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย การจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) พ.ศ.2558.

This article is a part of research in “Preparation of the Draft of the Ministerial Notification Defining the “Other Businesses” Pursuant to Section 3 of the Small and Medium Enterprises Promotion Act B.E.2543” This research is funding by Office of Small and Medium Enterprise Promotion

** หัวหน้าโครงการ, รองผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, Maitrise en Droit (E) : Droit investissement Univ.de Bourgogne, Docteur en Droit : Droit economique international Nouveau Regime 1984 Mention Tres Honorable Univ.de Bourgogne, France.

Head of research, Vice Director of LL.M. at Faculty of Law Preedeeapanomyong at Dhurakij Pandit University; LL.B Ramkhamhaeng University, Maitrise en Droit (E) : Droit investissement Univ. de Bourgogne, Docteur en Droit : Droit economique international Nouveau Regime 1984 Mention Tres Honorable Univ.de Bourgogne, France.

วันที่รับบทความ (received) 15 มิถุนายน 2560, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 15 สิงหาคม 2560, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 24 เมษายน 2561.

ประชาชนทั่วไปโดยนำข้อมูลเหล่านั้นมาอธิบายและวิเคราะห์เชิงเนื้อหา (Content Analysis) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของ “กิจการอื่น” และนำผลการศึกษากลับเป็นข้อมูลประกอบการยกร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 เพื่อนำเสนอรัฐมนตรีลงนามและประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป

ผลของการวิจัยพบว่า ในการพิจารณาประเด็นเรื่องการกำหนด “กิจการ” ของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงกับประเด็นเรื่อง “วิสาหกิจ” และประเด็นเกี่ยวกับลักษณะของ “กิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activities)” ซึ่งแนวคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องในประเด็นเหล่านี้มักจะปรากฏผ่านลักษณะของคำนิยามของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Definition of SMEs) ของประเทศต่างๆ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตามแนวคิดและสภาพแวดล้อมของแต่ละประเทศ โดยพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ได้กำหนดคำนิยามของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไว้สองประการ คือ การกำหนดลักษณะหรือประเภทของวิสาหกิจ (Enterprise Characteristic) โดยพิจารณาจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) หรือที่เรียกว่า “การพิจารณาจากค้ำรวม (Coverage)” ประการหนึ่ง และการพิจารณาจากขนาดของวิสาหกิจ (Size Class of Enterprise) โดยนำเกณฑ์เรื่องจำนวนแรงงาน หรือสินทรัพย์สุทธิไม่รวมราคาที่ดินและสิ่งปลูกสร้างมาใช้เป็นกรอบในการพิจารณาประการหนึ่ง โดยกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่กฎหมายกำหนดไว้ประกอบด้วยภาคการผลิต ภาคการบริการและภาคการค้า ตลอดจนกิจการอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษาในขณะที่การกำหนดประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจในต่างประเทศนั้น อาจมีบางประเทศที่กำหนดให้ธุรกิจหรือวิสาหกิจทุกประเภทเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยมิได้มีการแยกประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจและมีได้นำกิจกรรมทางเศรษฐกิจมาเป็นเกณฑ์ แต่กลุ่มประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจโดยนำกิจกรรมทางเศรษฐกิจมาเป็นเกณฑ์กำหนด โดยใช้หัวข้อกิจกรรมตามคำนิยามของการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (International Standard Industrial Classification: ISIC) ขณะที่ประเทศไทยก็มีระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมของประเทศไทย (Thailand Standard Industrial Classification: TSIC)

จากแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดกิจการตามที่ปรากฏในกฎหมายการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทย แนวคิดที่ปรากฏในการกำหนดกิจการของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของต่างประเทศ รวมทั้งแนวคิดที่ได้จากการสำรวจความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกภาคส่วน คณะผู้วิจัยจึงนำมาประมวลเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของกิจการอื่นตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 และ

ดำเนินการจัดทำร่างประกาศกระทรวง จากนั้นจึงจัดให้มีการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ ในการปรับปรุง โดยอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นคือ กรอบแนวคิด (Conceptual Framework) และการกำหนดคุ่มรวม (Coverage) โดยกรอบแนวคิดในการกำหนดกิจการอื่นนั้น คณะผู้วิจัยได้พิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดกิจการอื่นรวม 4 องค์ประกอบ ดังนี้

1. กิจการนั้นต้องเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับนโยบายของภาครัฐ
2. กิจการนั้นต้องมีความสำคัญทางเศรษฐกิจ เป็นตัวชี้วัดสภาพเศรษฐกิจของประเทศได้อย่างชัดเจนและมีนัยสำคัญ
3. กิจการนั้นต้องเป็นตัวชี้วัดทางสถิติในระบบฐานข้อมูลของ SMEs และเป็นกิจการที่อยู่ในระบบฐานข้อมูลของระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมของประเทศไทย (TSIC) หรือระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (ISIC)
4. กิจการนั้นต้องเป็นกิจการที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สำหรับการกำหนดคุ่มรวม (Coverage) กิจการของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมนั้น การพิจารณาตั้งอยู่บนเงื่อนไขว่ากิจการนั้นจะต้องมีคุณสมบัติครบองค์ประกอบ 4 ประการตามที่กำหนดไว้ โดยการกำหนดคุ่มรวมต้องเป็นไปอย่างเป็นระบบสอดคล้องกับมาตรฐานทั้งในประเทศและระหว่างประเทศแต่ในขณะเดียวกันคณะผู้วิจัยก็เล็งเห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติที่เป็นจริงในการที่หน่วยงานภาครัฐได้ให้การส่งเสริมวิสาหกิจของชุมชนและท้องถิ่นในลักษณะที่เน้นภูมิปัญญาวัฒนธรรมและอัตลักษณ์ของท้องถิ่นซึ่งมีลักษณะเฉพาะของความเป็นไทยในรูปแบบของวิสาหกิจชุมชนหรือวิสาหกิจหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ (OTOP) คณะผู้วิจัยจึงได้ปรับปรุงคุ่มรวมและร่างประกาศกระทรวงออกเป็น 2 รูปแบบดังนี้

รูปแบบที่ 1 ร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น” โดยกำหนดเป็นรายสาขาตามกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ในระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมของประเทศไทย (TSIC) โดยมีกิจการที่สมควรได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้เป็นกิจการอื่นรวม 3 กลุ่มคือ

1. ภาคกิจการเกษตรกรรมการป่าไม้และการประมง
2. ภาคการจัดหาน้ำและการบำบัดน้ำเสียและ
3. ภาคกิจการการก่อสร้างและอสังหาริมทรัพย์ทั้งนี้เป็นไปตามร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่นในรูปแบบที่ 1

รูปแบบที่ 2 ร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น” โดยมีลักษณะการกำหนดกิจการแบบผสมผสานให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและลักษณะทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย ประกอบด้วยกิจการ ดังนี้

1. กิจกรรมเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง
 2. กิจกรรมการจัดการน้ำ การจัดการน้ำเสียและของเสีย
 3. กิจกรรมการก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์
 4. กิจกรรมธุรกิจชนิดที่มีความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility: CSR)
 5. กิจกรรมที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม (Social Enterprises: SE) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หารายได้เพื่อนำมาใช้ในกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ
 6. กิจการที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐให้การส่งเสริม สนับสนุน และให้ความช่วยเหลือ ในฐานะที่เป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรวมทั้งวิสาหกิจรายย่อย (Micro Enterprises)
 7. กิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย เช่น กิจการสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ และวิสาหกิจชุมชนตามกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจชุมชน เป็นต้น หรือกิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามกฎระเบียบของส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ
- ทั้งนี้ เป็นไปตามร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น ในรูปแบบที่ 2

Abstract

This research was done using Qualitative Research. The method was Field Research derived from: 1) in depth interviews; 2) questionnaires; 3) Sub-Committee Meetings in five regions; and 4) Workshop Seminars in Practice. The goal was to obtain feedback from sample populations. Those targeted include the executives and staffs of government sectors, state-enterprises, government agencies, the private sector, business organizations, qualified scholars and academicians, entrepreneurs from small and medium-sized businesses as well as students and the general public. The gathered data was examined by a process of Content Analysis. The objective of the research is to study the concept and criteria to be attributed to entities defined as “Other Businesses,” and to use the study results as a basis for the drafting of a Ministerial Notification defining “Other Businesses” under Section 3 of the Small and Medium Enterprise Act B.E. 2543. This will be proposed to the Minister for his signature and for publication in the Government Gazette.

The research found that there is a connection between defining the “Business” of small and medium-sized enterprises and the issues of “Enterprise” and “Economic Activities.” The concepts and principles involved in these issues frequently appeared in the definitions of SMEs used by various countries with variations based on the perceptions and milieus of each nation. According to the Small and Medium Enterprise Act B.E. 2543, there are two characteristics to the definition of small and medium enterprises. One is defined by the Enterprise Characteristic, considering the Economic Activity of the business, also known as the “Coverage”. Another is defined by the Size or Class of the enterprise under consideration. This framework utilizes either the number of employees or the net assets of the business, excluding land and buildings.

The Economic Activities covered by the law consist of the manufacturing sector, the service sector, and the trading sector, as well as other businesses as defined in the Government Gazette. The study noted that the term Enterprise Characteristic is used in some foreign countries to define any type of enterprise as a small and medium-sized business without categorization by type or characteristics, and without considering the Economic Activities of the business as criteria. It is true, however, that most nations

determine their types or characteristics by employing Economic Activities standards, which list the activities under the definition of the International Standard Industrial Classification: ISIC. Thailand also has the Thailand Standard Industrial Classification: TSIC.

The research team then processed and determined the criteria to establish the characteristics of entities to be considered other businesses pursuant to section 3 of the Small and Medium Enterprise Act B.E. 2543. This was based on the concepts and criteria for determining the businesses as they appeared in both Thai and International laws promoting small and medium-sized enterprises, as well as the concepts and criteria gathered in surveys of stakeholders in all sectors. The drafting process for the Ministerial Notification was begun, and the hearing seminars were organized to receive comments and suggestions for improvement. This can be divided into two topics: the Conceptual Framework and the Coverage. The research team determined that the criteria for the Conceptual Framework as it applied to defining other businesses included four elements, as follows:

1. Such business must be consistent with Government policy;
2. Such business must have an economic significance that is a precise and vital measurement of the country's economic situation;
3. Such business must be suitable for SMEs database measurement, and must be a business that appears in the database of the Thailand Standard Industrial Classification (TSIC) or International Standard Industrial Classification (ISIC); and
4. Such business must not be of a type that is against the law, public order or public morality.

The criteria established for the Coverage of small and medium-sized enterprises prescribed that the business must have all four of the qualifying elements described above. The Coverage shall progress with the system and comply with both Thai and International Standards. The research team foresaw, however, practical problems in the Government sector's focus on promoting the businesses of the local communities in the form of the Community Enterprise, or the Enterprise of One Tambol One Product (OTOP), in a way that emphasized the wisdom, culture, and identity of the local people, with an accent on Thai uniqueness. The research team, therefore, has revised

the Coverage and proposed the draft of the Ministerial Notification in two models, which are:

First Model: the draft of the Ministerial Notification defined “Other Businesses” in accordance with the Economic Activities under the system of Thailand Standard Industrial Classification (TSIC) database. There will be businesses selected to be designated as other businesses in 3 categories: the agriculture sector, including forestry and fishery; the water supply and waste water treatment sector; and the construction and real estate sector. In this way they conformed to the draft Ministerial Notification defining the other businesses.

Second Model: the draft of the Ministerial Notification defined “Other Businesses” by describing the combination of businesses in accordance with the environment and the economic and social characteristics of Thailand. They are:

1. Agricultural, forestry and fishery;
2. Water supply and waste/ waste water treatment;
3. Construction and real estate;
4. Businesses ventures featuring Corporate Social Responsibility: CSR;
5. Social Enterprises: SE with the objective of gaining revenue to use in operations that benefit the public;
6. Businesses promoted, supported and assisted by the government sector or agencies that are considered Small and Medium Enterprises, including Micro Enterprises; and
7. Businesses established under specific laws, such as cooperative ventures under the Laws on Cooperatives and a community enterprise under the Community Enterprise Laws, as well as any other business entities that are established subject to government or agency regulation.

The draft Ministerial Notification employs the second model.

คำสำคัญ: วิสาหกิจ, กิจการอื่น, คู่ผสม

Keywords: enterprises, other businesses, coverage

1. ความเป็นมาของการจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนด “กิจการอื่น”

เนื่องจากวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) มีความสำคัญอย่างมากต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยรัฐบาลจึงมีนโยบายให้การส่งเสริม SMEs โดยที่ประชุมคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (เฉพาะกิจ) ได้มีมติเห็นชอบยุทธศาสตร์และแผนการดำเนินงานส่งเสริม SMEs ระยะเร่งด่วนปี พ.ศ.2558¹ ตามที่สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) เสนอ ประกอบด้วย 4 ยุทธศาสตร์ (4P)² รวม 13 โครงการ ซึ่งมุ่งเน้นงานที่สามารถเริ่มดำเนินการได้ทันที และให้ความสำคัญกับการปรับปรุงการบริหารจัดการงานส่งเสริม SMEs ให้มีประสิทธิภาพ มีเอกภาพ ดำเนินงานสอดคล้องในทิศทางเดียวกัน และมีการสร้างกลไกหรือโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการสนับสนุนให้ SMEs สามารถเริ่มต้นธุรกิจและเติบโตได้ตามวงจรธุรกิจอย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ยังได้เห็นชอบการกำหนดประเภทของ SMEs ที่ควรได้รับการส่งเสริมในช่วงครึ่งหลังของแผนการส่งเสริม SMEs ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2555-2559) หรือช่วงระหว่างปี พ.ศ.2558-2559 ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดมาตรการส่งเสริม ช่วยเหลือ SMEs เฉพาะกลุ่ม ให้สอดคล้องกับศักยภาพ สภาพปัญหาและความต้องการ เพื่อให้ SMEs เป็นรากฐานที่แข็งแกร่งให้กับระบบเศรษฐกิจไทย โดยพิจารณาจากสาขาธุรกิจที่สร้างประโยชน์และรายได้ให้ประเทศเป็นจำนวนมาก มีการใช้วัตถุดิบในประเทศ มีศักยภาพในการแข่งขันและมีโอกาสในอนาคต ตอบสนองนโยบายสำคัญของภาครัฐ รวมทั้งคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม สังคม ศิลปวัฒนธรรม ประกอบด้วย 2 กลุ่มธุรกิจ คือ กลุ่มธุรกิจ SMEs ที่มีการเติบโตสูงของประเทศไทย และกลุ่มธุรกิจ SMEs สาขาที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจไทย

โดยที่บทบัญญัติตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ได้กำหนดให้ “วิสาหกิจ” หมายถึง กิจการผลิตสินค้า กิจการให้บริการ กิจการค้าส่ง กิจการค้าปลีก หรือกิจการอื่น ตามที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา และตามมาตรา 11 (2) กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดลักษณะของ “กิจการอื่น” ตามมาตรา 3 เสนอรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษาในขณะที่สภาวการณ์ด้านเศรษฐกิจของประเทศตลอดจนการแข่งขันทางการค้าและการดำเนินงานของ SMEs ในระดับอาเซียนมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว แต่ปัจจุบันยังไม่มีประกาศกำหนดลักษณะของกิจการอื่นของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเพิ่มเติมขึ้นมาใหม่แต่อย่างไร

¹ กลุ่มยุทธศาสตร์และแผนการประชาสัมพันธ์ สำนักโฆษก, บอร์ด SMEs อนุมัติยุทธศาสตร์ส่งเสริม SMEs ระยะเร่งด่วน [Online], available URL: <http://www.thaigov.go.th/th/news1/item/85591-id85591.html>, 2558 (มีนาคม, 20).

² ได้แก่ Process, Progress, Product and Power.

2. แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนด “กิจการอื่น”

2.1 แนวคิดในการกำหนด “กิจการอื่น”

ในการศึกษาความหมายและคำนิยามของคำว่า “กิจการ” และ “วิสาหกิจ” ที่เกี่ยวกับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ได้พบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ได้กำหนดคำนิยามในเรื่องของ “กิจการ” และ “วิสาหกิจ” ในลักษณะที่สอดคล้องกัน คือ ลักษณะของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activities) และขนาดของวิสาหกิจ (Definition for size-class)

สำหรับกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 กำหนดไว้ 5 กลุ่ม คือ

- 1) กิจการผลิตสินค้า
- 2) กิจการบริการ
- 3) กิจการค้าปลีก
- 4) กิจการค้าส่ง และ
- 5) กิจการอื่นที่รัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา

โดยที่ปัจจุบันยังมีได้มีการกำหนดครอบคลุมถึงกิจการอื่นๆ ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาด้วย จึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า “กิจการอื่น” ของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่รัฐมนตรีจะออกประกาศกำหนดนั้น จะเป็นกิจการที่มีลักษณะของกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทใด มีการกำหนดคุ้มครอง (Coverage) อย่างไร

ในด้านหลักการ การกำหนดคำนิยามที่เกี่ยวข้องกับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม มีประเด็นในเชิงวิธีการทางสถิติที่จะนำมาใช้ได้ในแง่ของการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการทั้งในแง่ของการกำหนดคำนิยาม การจัดจำแนกข้อมูล ระเบียบวิธีสถิติ การกำหนดช่วงเวลาของข้อมูล และที่สำคัญคือ การกำหนดคุ้มครอง ว่ามีขอบเขตของข้อมูลครอบคลุมแค่ไหนเพียงใด โดยเฉพาะคุ้มครองซึ่งหมายถึงขอบข่ายของกลุ่มประชากรที่กำหนดเป็นเป้าหมายในการสำรวจหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด “คุ้มครอง” เป็นศัพท์ทางกรรมกรวิจัยทางประชากรและสังคมเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งสำหรับการนำข้อมูลสถิติไปใช้ประโยชน์ในการปฏิบัติงาน ดังนั้น ในการกำหนดคุ้มครองของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Coverage of SMEs) จึงหมายถึงขอบข่ายของกลุ่มประชากรที่กำหนดเป็นเป้าหมาย ในการส่งเสริมสนับสนุนและให้ความช่วยเหลือวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม นั่นเอง

ในขณะที่การกำหนดคำนิยามตามกฎหมายของพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 นั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำนิยามไว้สองประการ คือ

การกำหนดลักษณะหรือประเภทของวิสาหกิจ (Enterprise Characteristic)³ โดยพิจารณาจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) หรือ ที่เรียกว่า “การพิจารณาจากคุ่มรวม” ประการหนึ่ง และการพิจารณาจากขนาดของวิสาหกิจ (Size Class of Enterprise)⁴ โดยนำเกณฑ์เรื่อง **จำนวนแรงงาน หรือสินทรัพย์สุทธิไม่รวมราคาที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง** มาใช้เป็นกรอบในการพิจารณาประการหนึ่ง

2.2 แนวคิดในการกำหนดกิจการของวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมในต่างประเทศ

ในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดกิจการของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม นั้น คำว่า “กิจการ” ตรงกับคำภาษาอังกฤษว่า “Business” อันหมายถึง กิจการ การค้า หรือ การค้าขาย⁵ ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Activité” หมายถึง กิจการ⁶ สำหรับคำว่า “วิสาหกิจ” ตรงกับคำภาษาอังกฤษว่า “Enterprises” และ “Undertaking” และในภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Entreprise” ตัวอย่างเช่น SMEs ฝรั่งเศส ใช้คำว่า “Petite et Moyenne Entreprises: PME”

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะหรือประเภทของ SMEs ในต่างประเทศ อาจพิจารณาได้ ดังนี้

1) กำหนดให้ธุรกิจหรือวิสาหกิจทุกประเภทเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม โดยมีได้มีการแยกประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เช่น

สาธารณรัฐสิงคโปร์ หลังจากวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2011 สิงคโปร์ได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยกำหนดให้ธุรกิจทุกสาขาเป็น SMEs โดยมีได้มีการแยกประเภทและขนาดของวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมแบ่งตามรายได้และจำนวนการจ้างงาน กำหนดให้มีผลประกอบการหรือยอดขายต่อปีไม่เกิน 100 ล้านเหรียญสิงคโปร์ หรือมีจำนวนการจ้างงานไม่เกิน 200 คน⁷

³พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543, มาตรา 3.

⁴พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543, มาตรา 4.

⁵เจียรชัย เอี่ยมวรเมธ, **พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ฉบับ 80,000 คำ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษร-พิทยา, 2547), หน้า 144.

⁶ม.ล.มานิจ ชุมสาย, **พจนานุกรมไทย-ฝรั่งเศส** (กรุงเทพมหานคร: ร้านเฉลิมนิจ, 2548), หน้า 32.

⁷Standard Productivity and Innovation Board of Singapore :SPRING, **Factsheet on new SMEs Definition** [Online], available URL: http://www.spring.gov.sg/NewsEvents/PR/Documents/Fact_Sheet_on_New_SME_Definition.pdf, 2558 (สิงหาคม, 15).

สาธารณรัฐอินโดนีเซีย กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับวิสาหกิจที่เข้าข่ายเป็น SMEs ดังนี้

- (1) เป็นวิสาหกิจที่มีเจ้าของเป็นพลเมืองอินโดนีเซีย
- (2) มีความเป็นอิสระ ไม่เป็นกิจการสาขาหรือเครือข่ายของกิจการขนาดใหญ่
- (3) เป็นธุรกิจส่วนบุคคล ซึ่งอาจมีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่เป็นทางการหรือมิได้

มีการจดทะเบียนสิทธิใดๆ ก็ตาม รวมทั้งกิจการสหกรณ์โดยขนาดของวิสาหกิจใช้เกณฑ์พิจารณาจากจำนวนสินทรัพย์ถาวร หรือเงินหมุนเวียนในรอบปี หรือเงินกู้เพื่อการลงทุน (Loan Received)

ในกลุ่มของ**สหภาพยุโรป** (European Union) ได้กำหนดเกณฑ์ของ SMEs โดยนิยามวิสาหกิจไว้ว่า หมายถึง นิติบุคคลใดๆ ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบการจัดตั้งทางกฎหมาย ดังนั้น สิ่งใดสิ่งหนึ่งต่อไปนี้สามารถถูกนิยามเป็นวิสาหกิจได้ ถ้ามีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเช่น ธุรกิจส่วนตัว บริษัทหรือกิจการของครอบครัว ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคม เป็นต้น โดยขนาดของวิสาหกิจใช้เกณฑ์จากจำนวนการจ้างงาน ผลประกอบการหรือยอดขายต่อปีหรือบัญชีบุคคล

มีข้อสังเกตสำหรับประเทศในกลุ่มนี้คือการที่ได้มีการกำหนดประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมโดยการนำเอากิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) ในแต่ละด้านมาใช้ในการแยกประเภทหรือกลุ่มของวิสาหกิจ เพียงแต่อาจใช้เกณฑ์ในการพิจารณาว่ามีการดำเนินการทางธุรกิจหรือไม่ จากการจัดตั้ง การจดทะเบียน หรือความเป็นอิสระในการดำเนินงาน เป็นต้น

2) กำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมออกเป็น 2 กลุ่ม ประเทศในกลุ่มเหล่านี้ ได้แก่

สหพันธรัฐมาเลเซีย ในเดือนสิงหาคม ค.ศ.2013 ได้มีการปรับปรุงเกณฑ์คำนิยามของ SMEs ในมาเลเซียใหม่ โดยกำหนดประเภทของ SMEs ออกเป็น 2 กลุ่ม ประกอบด้วย

(1) ภาคการผลิต (Manufacturing) ต้องมีรายได้หรือเงินหมุนเวียนไม่เกิน 50 ล้านริงกิต หรือมีจำนวนการจ้างงานไม่เกิน 200 คน

(2) ภาคการบริการและภาคอื่นๆ (Services and other sectors) ต้องมีรายได้หรือเงินหมุนเวียนไม่เกิน 20 ล้านริงกิต หรือมีการจ้างงานไม่เกิน 75 คน

ทั้งนี้ ขอบเขตของภาคการผลิต นั้น หมายถึง การเปลี่ยนแปลงทางกายภาพหรือทางเคมีของวัสดุหรือส่วนประกอบที่ทำให้เกิดผลิตภัณฑ์ใหม่ขึ้นมา ในส่วนของภาคการบริการ หมายถึง การให้บริการทุกประเภท รวมทั้งการจำหน่ายสินค้า กิจการโรงแรมและภัตตาคาร ธุรกิจและการบริการด้าน ICT กิจการด้านการศึกษาเอกชนและสุขภาพ กิจการธุรกิจบันเทิง กิจการที่เกี่ยวข้องกับการ

บริการและธุรกรรมทางการเงิน และการบริการที่เกี่ยวข้องกับการผลิต เช่น การวิจัยและพัฒนา การขนส่ง คลังสินค้า การจัดการ ฯลฯ

ในส่วนของวิสาหกิจภาคอื่นๆ นั้นหมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญอีก 3 กิจกรรม ได้แก่

(1) การเกษตรกรรมที่เป็นเกษตรหลัก (Primary Agriculture) ได้แก่ พืชยืนต้น (Perennial crops) เช่น ยาง ปาล์มน้ำมัน โกโก้ พริกไทย ฯลฯ พืชเศรษฐกิจ (Cash Crops) เช่น ผัก ผลไม้ ฯลฯ การปศุสัตว์ การป่าไม้และการแปรรูปไม้ การประมงและการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

(2) การก่อสร้าง (Construction) ประกอบด้วย โครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) ที่อยู่อาศัยและไม่ใช่ที่อยู่อาศัย (Residential & Non Residential) และอาคารพาณิชย์

(3) การทำเหมืองแร่และเหมืองหิน (Mining & Quarrying)⁸

สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) เป็นอีกประเทศหนึ่งที่แบ่งประเภทของ SMEs ออกเป็น 2 กลุ่มโดยแบ่งเป็น

(1) ภาคอุตสาหกรรมการผลิต การก่อสร้าง เหมืองแร่และเหมืองหินทุนไม่เกิน 2.42 ล้านดอลลาร์ หรือมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 200 คน และ

(2) ภาคการเกษตร เทคโนโลยีการไฟฟ้า การเงิน การบริการเชิงพาณิชย์ อสังหาริมทรัพย์รายได้ไม่เกิน 3.03 ล้านดอลลาร์ หรือมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 50 คน

สำหรับ**สาธารณรัฐอินเดีย**มีการแบ่งเกณฑ์ของ SMEs ออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

(1) ภาคการผลิตสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ (Manufacture or Production) และ

(2) ภาคการบริการหรือการจัดการ (Services) โดยขนาดของวิสาหกิจแบ่งตามจำนวนการลงทุน โดยอาจเป็นเงินในการลงทุน การเพาะปลูก การซื้อเครื่องจักร หรือเงินลงทุนในเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่างๆ

3) กำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมออกเป็น 3 กลุ่ม ประเทศในกลุ่มเหล่านี้ ได้แก่ **สาธารณรัฐฟิลิปปินส์** ได้กำหนดเกณฑ์ลักษณะหรือประเภทของ SMEs แบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ประกอบด้วย

(1) ภาคอุตสาหกรรม (Industry)

(2) ภาคธุรกิจการเกษตร (Agribusiness) และหรือ

⁸SME Corp. Malaysia Secretariat to the National SME Development Council, **Guideline for new SME Definition** [Online], available URL: <http://www.smecorp.gov.my/vn2/node/533>, 2558 (สิงหาคม, 15).

(3) ภาคการบริการ (Services) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเจ้าของคนเดียว หุ้่นส่วน สหกรณ์ หรือบริษัท โดยใช้เกณฑ์ขนาดของวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมประกอบด้วย จำนวนการจ้างงานและสินทรัพย์ถาวร

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ได้กำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะหรือประเภทของ SMEs เป็น 3 กลุ่ม ประกอบด้วย

- (1) ภาคกิจการเกษตร ป่าไม้ และประมง (Agriculture, forestry and fishery)
- (2) ภาคอุตสาหกรรมและการก่อสร้าง (Industry and Construction) และ
- (3) ภาคการค้าและบริการ (Trade and Service) โดยใช้เกณฑ์ขนาดของวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมประกอบด้วย จำนวนการจ้างงานและจำนวนเงินลงทุน

4) กำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมออกเป็น 4 กลุ่ม ประเทศในกลุ่มเหล่านี้ ได้แก่ ญี่ปุ่น ได้กำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะหรือประเภทของ SMEs เป็น 4 กลุ่ม ประกอบด้วย

- (1) ภาคการผลิต การขนส่งและการก่อสร้าง
- (2) ภาคการค้าส่ง
- (3) ภาคการค้าปลีก
- (4) ภาคการบริการ โดยใช้เกณฑ์ขนาดของ SMEs ประกอบด้วย จำนวนการจ้างงานและการลงทุน โดย SMEs ภาคการผลิต มูลค่าเงินทุนไม่เกิน 300 ล้านเยน หรือมีการจ้างงานไม่เกิน 300 คน ภาคการค้าส่ง มูลค่าเงินทุนไม่เกิน 100 ล้านเยนหรือการจ้างงานไม่เกิน 100 คน ภาคการค้าปลีก และการบริการ มูลค่าเงินทุนไม่เกิน 50 ล้านเยนหรือมีการจ้างงานไม่เกิน 100 คน

5) กำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมออกเป็นกลุ่มที่มากกว่า 5 กลุ่มขึ้นไป ได้แก่

สาธารณรัฐเกาหลี กำหนดเกณฑ์ของ SMEs ประกอบด้วย

- (1) ภาคอุตสาหกรรมการผลิต โดยขนาดของวิสาหกิจต้องมีทุนไม่เกิน 8 ล้านดอลลาร์ และมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 300 คน
- (2) ภาคธุรกิจการขนส่ง การทำเหมืองแร่และการก่อสร้าง ทุนไม่เกิน 3 ล้านดอลลาร์ และมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 300 คน
- (3) ภาคธุรกิจค้าปลีก ที่พัก และการสื่อสาร โดยรายได้ต้องไม่เกิน 30 ล้านดอลลาร์ และมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 300 คน
- (4) บริการด้านเทคโนโลยี การไฟฟ้าและน้ำประปา ภาพยนตร์ โดยรายได้ต้องไม่เกิน 20 ล้านดอลลาร์ และมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 200 คน
- (5) ธุรกิจตัวแทนขายส่ง สำนักพิมพ์ สวนพฤกษศาสตร์ สวนสัตว์ และบริการกำจัดขยะ และน้ำเสีย โดยรายได้ต้องไม่เกิน 10 ล้านดอลลาร์ และมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 100 คน

(6) ภาคธุรกิจอื่นๆ โดยรายได้ต้องไม่เกิน 5 ล้านดอลลาร์ และมีจำนวนการจ้างงานน้อยกว่า 50 คน

สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของ SMEs และขนาดของวิสาหกิจ ดังนี้

(1) อุตสาหกรรมการผลิตและการทำเหมืองแร่ โดยขนาดของวิสาหกิจกำหนดเกณฑ์ต้องมีจำนวนการจ้างงานไม่เกิน 500 คน

(2) ธุรกิจค้าส่ง กำหนดเกณฑ์ต้องมีจำนวนการจ้างงานไม่เกิน 100 คน

(3) ธุรกิจค้าปลีกและการบริการ กำหนดเกณฑ์ต้องมีรายได้ไม่เกิน 7 ล้านดอลลาร์

(4) ธุรกิจการก่อสร้าง กำหนดเกณฑ์ต้องมีรายได้ไม่เกิน 33.5 ล้านดอลลาร์

(5) ธุรกิจคู่สัญญาการค้าแบบพิเศษ กำหนดเกณฑ์ต้องมีรายได้ไม่เกิน 14 ล้านดอลลาร์

(6) อุตสาหกรรมการเกษตร กำหนดเกณฑ์ต้องมีรายได้ไม่เกิน 0.75 ล้านดอลลาร์

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่านอกเหนือจากในประเทศกลุ่มแรกที่มีได้มีการกำหนดลักษณะหรือประเภทของ SMEs โดยใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นเกณฑ์แล้ว ในกลุ่มที่เหลืออีกสี่กลุ่ม ส่วนใหญ่ก็จะมีลักษณะที่มีการแบ่งลักษณะหรือประเภทของวิสาหกิจที่มีการกำหนดกิจกรรมทางเศรษฐกิจไว้แบบกว้างๆ โดยใช้หัวข้อกิจกรรมตามคำนิยามของมาตรฐานระหว่างประเทศในการจัดประเภทอุตสาหกรรม (International Standard Industrial Classification: ISIC)

2.3 แนวคิดในการกำหนดกิจการของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ได้จากการสำรวจความคิดเห็น

จากการดำเนินการวิจัยภาคสนาม (Field Research) ซึ่งคณะผู้วิจัยได้จัดให้มีการสำรวจความคิดเห็นโดยจัดให้มีการสัมภาษณ์บุคลากรภายในของสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) การจัดการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ผู้ประกอบการในพื้นที่ 5 ภูมิภาค โดยจัดในพื้นที่ภาคกลางที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา พื้นที่ภาคตะวันออกที่จังหวัดชลบุรี พื้นที่ภาคเหนือที่จังหวัดเชียงใหม่ พื้นที่ภาคตะวันออกเฉียงเหนือที่จังหวัดอุดรธานี และพื้นที่ภาคใต้ ที่จังหวัดภูเก็ตได้มีการออกแบบสอบถาม (Questionnaire) และการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) เพื่อระดมความคิดเห็นและรับฟังข้อเสนอแนะต่างๆ จากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งภาคราชการ หน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน ผู้ประกอบการ SMEs นักศึกษาและประชาชนทั่วไป สรุปผลการดำเนินการวิจัยภาคสนามได้ดังนี้

1) ในประเด็นการกำหนด “กิจการอื่น” นั้นประมวลความคิดเห็นได้ดังนี้

(1) กิจการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ 4 กลุ่มนั้นมีความเพียงพอและเหมาะสมแล้ว

(2) การกำหนดกิจการอื่นเพิ่มขึ้นมานั้นมีผลดีและเป็นประโยชน์ในการส่งเสริม SMEs

(3) การที่กำหนดกลุ่มกิจการไว้แต่เดิมนั้นกว้างเกินไป การกำหนดกิจการอื่นขึ้นมาใหม่จึงน่าจะเป็นกิจการที่มีลักษณะเฉพาะ มีความชัดเจน มีรายละเอียด ไม่กว้างแบบเหวี่ยงแห สามารถกำหนดกลุ่มเป้าหมายที่จะให้ความช่วยเหลือได้อย่างชัดเจนตรงจุด

(4) การกำหนดกิจการอื่นเพิ่มขึ้นนั้น น่าจะมีลักษณะเป็นกรอบที่เปิดกว้าง ครอบคลุมทุกธุรกิจ โดยให้ SMEs ประกอบด้วยธุรกิจทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นวิสาหกิจชุมชน วิสาหกิจหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ (OTOP) หาบเร่แผงลอย หรือวิสาหกิจรายย่อย (Micro Enterprises)

2) ในประเด็นหลักเกณฑ์การกำหนดกิจการอื่น ความเห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เบื้องต้นที่จะกำหนด “กิจการอื่น” นั้นแบ่งเป็นสามกลุ่ม ดังนี้

(1) **กลุ่มที่หนึ่ง** เห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ ควรให้เป็นไปตามแนวทางเดิม ที่กฎหมายกำหนดไว้ คือเป็นกรอบที่ค่อนข้างกว้าง เป็นเรื่องของกิจการที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิตหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นหมวดใหญ่อยู่ในระบบ TSIC หรือ ISIC

(2) **กลุ่มที่สอง** เห็นว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นมาใหม่นั้น ควรกำหนดกิจการอื่นในลักษณะที่แคบลง โฟกัสลงไปในกิจการที่มีลักษณะเฉพาะ

(3) **กลุ่มที่สาม** มีความเห็นว่าหลักเกณฑ์ตามแนวคิดของกลุ่มที่หนึ่งและสองต่างก็มีลักษณะจุดเด่นและจุดด้อย จึงควรเป็นการผสมผสานระหว่างหลักเกณฑ์ของกลุ่มที่หนึ่งและกลุ่มที่สองเข้าด้วยกัน เพื่อให้ SMEs มีความหลากหลายและครอบคลุม SMEs ทั้งหมด

3) ในส่วนของหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือคุณสมบัติในการกำหนดกิจการอื่นนั้น มีความเห็นว่า ควรมีองค์ประกอบ ดังนี้

(1) เป็นกิจการที่สอดคล้องกับแนวนโยบายภาครัฐ

(2) เป็นกิจการที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจ

(3) เป็นกิจการที่เป็นตัวชี้วัดทางข้อมูลสถิติของ SMEs ที่มีนัยสำคัญ

(4) เป็นกิจการที่อยู่ในระบบฐานข้อมูลของระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมของประเทศไทย (TSIC) หรือระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (ISIC)

(5) เป็นกิจการที่มีนัยสำคัญต่อมูลค่าผลิตภัณฑ์รวม (GDP) ของประเทศ

(6) เป็นกิจการที่มีการจดทะเบียนกับหน่วยงานภาครัฐหรือเข้าสู่ระบบฐานภาษีแล้ว เป็นต้น

4) ในการกำหนดกิจการอื่นเป็นรายกิจการนั้น ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นโดยสรุปได้ว่า แม้กิจการที่เกี่ยวข้องกับเกษตรแปรรูป หรือธุรกิจการเกษตร จะอยู่ในระบบฐานข้อมูลของ SMEs หรือถือว่าเป็น SMEs อยู่แล้วก็ตาม แต่มีปัญหาความไม่เข้าใจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือประชาชนทั่วไป

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจน จึงควรเพิ่มกิจการทางเกษตรกรรมที่อยู่ในระบบ TSIC เกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง เป็นกิจกรรมอื่นตามมาตรา 3 โดยแยกกิจการเกษตรออกมาเป็นกิจการต่างหากเพื่อให้เกิดความชัดเจน และต้องไม่อยู่ในลักษณะที่ยังคร่อมอยู่กับความเป็นเกษตรแปรรูป หรือเกษตรที่เป็นภาคการผลิต ในระบบ TSIC

5) สำหรับความเห็นในการกำหนดกิจการอื่นเป็นรายกิจการนั้น มีผู้เสนอให้ธุรกิจการเกษตรหรืออุตสาหกรรมเกษตร ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ การรวมกลุ่มดำเนินธุรกิจการเกษตรในบางสาขา เช่น ยางพารา รวมทั้งกิจการการประมง การปศุสัตว์ การเหมืองแร่ กิจการสหกรณ์ทุกประเภท กิจการ IT กิจการร้านค้า On Line หรือการค้าทางอินเทอร์เน็ต กิจการที่เป็นนวัตกรรม กิจการการแพทย์ การรักษาพยาบาล และกิจการเพื่อสุขภาพ รวมทั้งกิจการด้านการโฆษณาประชาสัมพันธ์ ธุรกิจการบันเทิงหรือ Entertainment กิจการเกี่ยวกับการให้การศึกษาทั้งระบบ กิจการที่บริหารจัดการโดยตระหนักถึงความรับผิดชอบต่อสังคมด้วยการคืนกำไรให้แก่สังคม (Corporate Social Responsibility: CSR) กิจการเพื่อประโยชน์ของสังคม (Social Enterprises: SE) กิจการเพื่อสังคมที่ไม่แสวงหาผลกำไรทุกประเภท กิจการวิสาหกิจชุมชน กิจการหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ (OTOP) หาบเร่แผงลอย และกิจการวิสาหกิจรายย่อย (Micro Enterprises) เป็นกลุ่มธุรกิจที่สมควรได้รับการประกาศเป็นกิจการอื่น เนื่องจากมีความสำคัญในด้านเศรษฐกิจและสังคม

3. หลักเกณฑ์ในการกำหนด “กิจการอื่น”

จากแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดกิจการตามที่ปรากฏในกฎหมายการส่งเสริม SMEs ของไทย แนวคิดที่ปรากฏในการกำหนดกิจการของ SMEs ของต่างประเทศ รวมทั้งแนวคิดที่ได้จากการสำรวจความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกภาคส่วน จึงอาจนำมาประมวลเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของกิจการอื่น ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ได้ โดยอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเด็นคือ กรอบแนวคิด (Conceptual Framework) และการกำหนดคุ่มรวม (Coverage) ดังนี้

3.1 กรอบแนวคิด (Conceptual Framework) ในการกำหนดกิจการอื่นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

1) หลักเกณฑ์ประการแรก ในการกำหนดกิจการอื่น กิจการนั้นต้องเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับแนวนโยบายของภาครัฐ ซึ่งประกอบด้วย รัฐบาล ส่วนราชการ หน่วยงานภาครัฐ หรือคณะกรรมการที่มีภารกิจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและแผนส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เนื่องจากการกำหนดประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมหรือการกำหนด

คำนิยามของ SMEs ในแต่ละประเทศนั้น มักจะสะท้อนให้เห็นถึงสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์ของแต่ละประเทศ ทั้งนี้ องค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) ได้เรียกร้องให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดประเภทของ SMEs ให้มีความสอดคล้องกันมากยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงสภาพความแตกต่างทางด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และความต้องการเชิงนโยบายและการเมืองของแต่ละประเทศ⁹

การให้ความสำคัญกับเรื่องของนโยบายนั้น ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ได้กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและแผนการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี รวมทั้งมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดลักษณะของกิจการอื่นตามมาตรา 3 เสนอต่อรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และกำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ตามมาตรา 4 เสนอต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศกระทรวง รวมทั้งการเสนอให้มีกฎหมาย หรือให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ต่อส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง¹⁰

2) หลักเกณฑ์ประการที่สอง ในการกำหนดให้ประเภทหรือลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นกิจการอื่นเพิ่มเติมขึ้นมานั้น นอกจากเรื่องเชิงนโยบายแล้ว หลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ กิจการของวิสาหกิจนั้นโดยหลักการต้องเป็น SMEs ประเภทหรือกิจการที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ เป็นตัวชี้วัดสภาพเศรษฐกิจของประเทศได้อย่างชัดเจนและมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ ในการพิจารณาดังกล่าว มีเครื่องมือหลายชนิดที่ใช้เป็นตัวชี้วัดทางเศรษฐกิจที่สำคัญของ SMEs เช่น รายได้ประชาชาติ (National Income) ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP) หรือ ระบบบัญชีประชาชาติ (System of National Account: SNA) เป็นต้น¹¹

⁹ สุมาลี วงษ์วิฑิต และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การยกร่างกฎกระทรวงกำหนดประเภทของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมหรือกลุ่มวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมหรือองค์การเอกชนที่ต้องรายงานสถิติข้อมูลต่อส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 40 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2557), หน้า 20-21.

¹⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543, มาตรา 11 (1) (2) (3) และ (8).

¹¹ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, เศรษฐศาสตร์น่ารู้ [Online], available URL: <http://www.fpo.go.th/S-I/Source/Article/Article41.htm>, 2558 (สิงหาคม, 15).

3) หลักเกณฑ์ประการที่สาม ในการกำหนดกิจการอื่น นอกจากการพิจารณาในเชิงนโยบายและความสำคัญทางด้านเศรษฐกิจแล้ว กิจการนั้นต้องเป็นตัวชี้วัดทางสถิติในระบบฐานข้อมูลของ SMEs และเป็นกิจการที่อยู่ในระบบฐานข้อมูลของระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมของประเทศไทย (TSIC) หรือระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (ISIC) ทั้งนี้ ควรใช้ระบบการผสมผสาน โดยอาจเป็นไปตามแนวทางเดิมที่กฎหมายกำหนดไว้ คือเป็นกรอบที่ค่อนข้างกว้าง เป็นเรื่องของกิจการที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิตหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นหมวดใหญ่ (Sections) ที่กำหนดได้เป็นตัวอักษร A-U ซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มอุตสาหกรรมหรือกลุ่มกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ใหญ่ที่สุด คือต้องอยู่ในระนาบเดียวกับการกำหนดกิจการผลิต กิจการค้า และกิจการบริการ หรืออาจเป็นการกำหนดกิจการอื่นในลักษณะที่แคบลง โฟกัสลงไปในกิจการที่มีลักษณะเฉพาะ ในระดับหมวดย่อย (Division) ลงมาจนถึงระดับกิจกรรม (Activity) แล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละกิจการเพื่อให้ SMEs มีความหลากหลายและครอบคลุม SMEs ทั้งระบบ

3.2 การกำหนดค้ำรวม (Coverage) ในการกำหนดค้ำรวมของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม มีขอบข่ายของกลุ่มประชากรที่กำหนดเป็นเป้าหมายในการให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริมหรือสนับสนุน ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม โดยการพิจารณาค้ำรวม จะพิจารณาจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activity) เป็นสำคัญ ซึ่งมีประเด็นปัญหาว่าการกำหนดค้ำรวมของค้ำนิยามดังกล่าวยังไม่เพียงพอหรือไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน การกำหนดค้ำรวมค้ำนิยาม SMEs จึงต้องขยายขอบเขตค้ำรวมให้มากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยการกำหนดค้ำรวมเพิ่มขึ้นมานั้น พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ได้กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกประกาศกำหนดกิจการอื่น ตามความแห่งมาตรา 3 จึงสมควรให้มีการกำหนดค้ำรวมโดยกำหนดขอบเขตตามหลักเกณฑ์การพิจารณา 3 ประการ คือ เกณฑ์เชิงนโยบาย ความสำคัญเชิงเศรษฐกิจ และการอยู่ในระบบฐานข้อมูลของ SMEs โดยนำกิจการหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ได้จากการวิจัยภาคเอกสารและข้อเสนอแนะจากการวิจัยภาคสนาม รวมทั้งนโยบายที่เกี่ยวข้องกับ SMEs จากมติที่ประชุมคณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (เฉพาะกิจ) ตามประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 61/2557 นำมาวิเคราะห์และประเมินผลหาความเหมาะสมเพื่อกำหนดเป็นกิจการอื่น รวมทั้งหมด 23 กิจการ โดยมีกิจการที่ได้รับการพิจารณาคัดเลือกในการประเมินผล ระดับ AAA จำนวน 9 กิจการตามตารางแสดงการประเมินผลกิจการหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ในข่ายพิจารณาคัดเลือกเป็นกิจการอื่น โดยมีเกณฑ์การให้คะแนน ระดับ A เหมาะสมมาก ระดับ B เหมาะสมปานกลาง ระดับ C

เหมาะสมน้อย และระดับ D ไม่เหมาะสมหรือกรณีของระบบฐานข้อมูลหมายความว่าไม่มีอยู่ในระบบฐานข้อมูล SMEs แล้ว ดังนี้

ลำดับ ที่	ลักษณะหรือประเภทของกิจการ/ กิจกรรมทางเศรษฐกิจ	องค์ประกอบ			หมายเหตุ
		นโยบาย	เศรษฐกิจ	ฐาน ข้อมูล	
1	กิจการ อุตสาหกรรมเกษตร ธุรกิจการเกษตร	A	A	D	
2	กิจการ เกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง	A	A	A	คัดเลือก
3	กิจการ การปศุสัตว์	A	A	D	
4	กิจการก่อสร้าง อสังหาริมทรัพย์	A	A	A	คัดเลือก
5	กิจการ การจัดหาสินค้าและการบำบัดน้ำเสีย	A	A	A	คัดเลือก
6	กิจการ การทำเหมืองแร่และเหมืองหิน	A	A	A	คัดเลือก
7	กิจการการขนส่ง	A	A	D	
8	กิจการ IT อินเทอร์เน็ต วิศวกรรม ร้านค้าออนไลน์	A	A	D	
9	กิจการบริการทางการแพทย์ กิจการเพื่อสุขภาพ	A	A	D	
10	กิจการโรงรับจำนำ	C	C	D	
11	กิจการโฆษณา PR การตลาด	B	B	D	
12	กิจการที่เกี่ยวกับการให้การศึกษาทั้งระบบ	A	A	D	
13	กิจการรับจ้างต่างๆ รับจ้างทั่วไป	C	C	D	
14	กิจการร้านขายทองคำแท่งและรูปพรรณ	C	B	D	
15	กิจการบันเทิงทั้งระบบ	B	B	D	
16	กิจการธุรกิจขนาดเล็กในชุมชน หาบเร่ แผงลอย	B	B	C	
17	กิจการวิสาหกิจรายย่อย (Micro Enterprises)	B	B	C	
18	กิจการที่มีการรวมกลุ่ม (Cluster) หรือจัดตั้งขึ้น ตามกฎหมาย ระเบียบ ของส่วนราชการ หน่วยงานรัฐ	A	A	A	คัดเลือก
19	กิจการที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานรัฐ เช่น สำนักงานส่งเสริมการลงทุน หรือกรมพัฒนาธุรกิจ การค้า กรมการพัฒนาชุมชน ได้ให้ความ ช่วยเหลือ ส่งเสริม ในฐานะที่เป็นวิสาหกิจขนาด กลางและขนาดย่อมรวมทั้งรายย่อยอื่นๆ	A	A	A	คัดเลือก

ลำดับ ที่	ลักษณะหรือประเภทของกิจการ/ กิจกรรมทางเศรษฐกิจ	องค์ประกอบ			หมายเหตุ
		นโยบาย	เศรษฐกิจ	ฐาน ข้อมูล	
20	กิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือตามกฎหมาย เฉพาะ เช่น สหกรณ์ตามกฎหมายสหกรณ์หรือ วิสาหกิจชุมชนตามกฎหมายวิสาหกิจชุมชน เป็นต้น	A	A	A	คัดเลือก
21	กิจการธุรกิจชนิดที่มีการแบ่งปันกำไรที่ได้มาจาก การทำกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Corporate Social Responsibility: CSR)	A	A	A	คัดเลือก
22	กิจการที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม (Social Enterprises : SE)	A	A	A	คัดเลือก
23	กิจการธุรกิจทุกประเภทที่มีการจดทะเบียน พาณิชย์ และอยู่ในระบบฐานภาษี ทั้งหมด	C	A	C	

3.3 การกำหนดกิจการที่สมควรได้รับการประกาศเป็นกิจการอื่น ตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543

ตามที่ได้นำเสนอแนวคิด หลักเกณฑ์และการวิเคราะห์ผลตามลำดับแล้วนั้น คณะผู้วิจัย
จึงมีข้อเสนอแนะในการกำหนดกิจการที่สมควรได้รับการประกาศเป็นกิจการอื่น ตามมาตรา 3 แห่ง
พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ดังนี้

- (1) กิจการเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง
- (2) กิจการการทำเหมืองแร่และเหมืองหิน
- (3) กิจการการจัดหาน้ำและการบำบัดน้ำเสีย
- (4) กิจการการก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์
- (5) กิจการธุรกิจชนิดที่มีความรับผิดชอบต่อสังคม
- (6) กิจการที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์หารายได้เพื่อนำมาใช้ในกิจการที่
เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ
- (7) กิจการที่ส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริม และ
สนับสนุนในฐานะที่เป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรวมทั้งวิสาหกิจรายย่อย

(8) กิจกรรมที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมาย เฉพาะ เช่น กิจกรรมสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ และวิสาหกิจชุมชน ตามกฎหมายว่าด้วย วิสาหกิจชุมชน เป็นต้น

(9) กิจกรรมที่มีการรวมกลุ่ม หรือจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระเบียบของส่วนราชการ หรือหน่วยงาน อื่นของรัฐ

4. ร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่นตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจ ขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543

คณะผู้วิจัยได้ดำเนินการร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น ตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 และได้จัดให้มีการสัมมนาเชิง ปฏิบัติการเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้บังคับกฎหมายในการร่างประกาศ กระทรวง ในวันที่จันทร์ที่ 28 กันยายน 2558 เวลา 08.30-12.30 น. ณ ห้องโวลุ่ม ชั้น 2 โรงแรมฮิล กรุงเทพ ถนนรัชดาภิเษก แขวงดินแดง เขตห้วยขวาง กรุงเทพมหานคร มีผู้เข้าร่วมประชุมสัมมนา จำนวน 115 คน โดยผลการประชุมสัมมนาอาจสรุปได้ ดังนี้

4.1 มีความเห็นว่าการจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่นนั้นมีประเด็นที่จะเป็น การส่งเสริมกิจการนั้นเพิ่มเติมขึ้นมาเป็นการทั่วไปหรือจะกำหนดนิยามเป็นการเฉพาะที่แตกต่างจาก เดิมหรือไม่ โดยในการกำหนดกิจการ 9 ประเภทนั้น มีข้อสังเกตว่าในบางกิจการเช่น กิจการกลุ่มที่ 2 และ 3 นั้น มีการกำหนดอยู่ในคัมภีร์รวมเดิมอยู่แล้ว โดยกิจการทำเหมืองแร่เหมืองหินอยู่ในภาคการผลิต และใช้นิยามเดียวกับภาคการผลิต เช่นเดียวกับกิจการในกลุ่ม 4 กิจการการก่อสร้าง ซึ่งกำหนดในหมวด F ของ TSIC และกิจการอสังหาริมทรัพย์กำหนดในหมวด L ของ TSIC และเดิมกำหนดอยู่ในคัมภีร์รวมของ การบริการอยู่แล้ว

ในส่วนของกฎกระทรวงเดิมนั้นกำหนดนิยามในแง่ของมิติเดียวคือในแง่ของขนาด ซึ่งวัดจากจำนวนการจ้างแรงงานหรือจำนวนสินทรัพย์สุทธิว่าเป็นขนาดกลางหรือขนาดย่อม โดยใช้ สำหรับในธุรกิจทุกประเภทที่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจซึ่งอยู่ในระบบฐานข้อมูลของ TSIC หรือการจัด ประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรม ซึ่งใช้มาตรฐานอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (ISIC) อันเป็น มาตรฐานสากลที่ใช้กันทั่วโลกเพียงแต่ในแต่ละประเทศอาจปรับใช้เป็นมาตรฐานของตนเอง เช่นของ ไทยที่ใช้มาตรฐาน TSIC ซึ่งทุกหน่วยงานใช้ร่วมกัน โดยอิงอยู่กับมาตรฐานสากลคือ ISIC แต่ในการพิจารณา กิจการที่กำหนดไว้ในกลุ่มที่ 5 เป็นต้นไปนั้น กลับพบว่ามีการนำมิติอื่นๆ เข้ามาร่างกำหนดซึ่งแตกต่างจาก มิติเดิมที่ใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นเกณฑ์ เช่น ในกลุ่มที่ 5 และ 6 ใช้เกณฑ์วัตถุประสงค์ของกิจการ เพื่อการประโยชน์สาธารณะเป็นตัวกำหนด กิจการในกลุ่มที่ 7 ถึง 8 ใช้เกณฑ์รูปแบบการจัดตั้งเป็น

ตัวกำหนด ซึ่งการกำหนดแบบนี้ทำให้เกิดปัญหาการซ้อนกันของกลุ่ม เช่น ในกลุ่มกิจการที่ 5 และ 6 เป็นกิจการธุรกิจชนิดที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมหรือ CSR และกิจการที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม หรือ SE กิจการเหล่านี้มีหลักฐานข้อมูลอยู่ในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของการผลิต การค้า หรือการบริการอยู่แล้ว จึงกลายเป็นว่ากิจการ CSR และกิจการ SE นั้น มีฐานข้อมูลอยู่ ทั้งในกิจการตามกิจกรรมเศรษฐกิจเดิมที่เป็นรากฐาน และในกิจการอื่นที่เพิ่มขึ้นใหม่ ทั้งนี้ เห็นว่าการกำหนดเป็นกิจการอื่นขึ้นมา นั้น หากมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความชัดเจนและใช้เกณฑ์มิติด้านขนาดตามเกณฑ์เดิมก็คงไม่มีปัญหา แต่ถ้าหากกำหนดเกณฑ์ขนาดแตกต่างไปจากเดิมจะก่อให้เกิดปัญหาทันทีเพราะมีความทับซ้อนกัน

สำหรับกิจการในกลุ่มที่ 7 กิจการที่ส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริม และสนับสนุนในฐานะที่เป็น SMEs รวมทั้งวิสาหกิจรายย่อย นั้น มีข้อสังเกตคือ การให้ความช่วยเหลือในกลุ่มนี้เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ SMEs นั่นคือมีการกำหนดไว้แล้วว่ากิจการใด เป็น SMEs แล้วเหตุใดจึงกลับมามีการกำหนดซ้ำซ้อนอีกว่า กิจการในกลุ่มนี้เป็นกิจการ SMEs ในกลุ่มของกิจการอื่น

สำหรับกิจการในกลุ่มที่ 8 กิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ หรือกฎหมายเฉพาะ เช่น กิจการสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ และวิสาหกิจชุมชน ตามกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจชุมชน เป็นต้น นั้น เห็นว่าเป็นความซ้ำซ้อนกัน เช่น วิสาหกิจชุมชนนั้น ส่วนใหญ่มากกว่าร้อยละห้าสิบเป็นการรวมกลุ่มของเกษตรกรที่ประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ในภาคการผลิต หรือบางกิจกรรมอาจอยู่ในรูปของการบริการ หรือการออมทรัพย์ ดังนั้น การกำหนดกิจการวิสาหกิจชุมชนเป็นกิจการอื่นอาจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การส่งเสริมเป็นพิเศษ แต่ก็ต้องพึงระวังว่าหากมีการกำหนดขนาดขึ้นใหม่ ก็จะมีผลซ้ำซ้อนขึ้นได้

ในกิจการกลุ่มที่ 9 กิจการที่มีการรวมกลุ่มเป็น Cluster หรือจัดตั้งขึ้นตามกฎระเบียบของส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐนั้น ในปัจจุบันการรวมกลุ่มของ Cluster นั้น มีทั้งรายเล็กและรายใหญ่ และโดยมากผู้นำภายในกลุ่มจะเป็นระดับรายใหญ่ ดังนั้น จึงมีปัญหว่าในการส่งเสริมกิจการที่เป็น Cluster นั้น จะคัดกรองกิจการที่เป็น SMEs ออกได้อย่างไร

ทั้งนี้ อาจสรุปสภาพปัญหาว่าในการกำหนดกิจการตั้งแต่กลุ่มที่ 5 ถึงกลุ่มที่ 9 นั้น เป็นการนำเกณฑ์ด้านวัตถุประสงค์ของกิจการและการจัดตั้งกิจการมาเป็นเกณฑ์พิจารณา ซึ่งแตกต่างไปจากระบบมาตรฐานของหน่วยงานต่างๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศที่กำหนดเป็นราย Sector บนฐานข้อมูลระบบ TSIC หรือ ISIC ทำให้มีปัญหาทั้งความทับซ้อนของระบบฐานข้อมูล และทำให้เกิดปัญหาในระบบการจัดการ การกำหนดเกณฑ์ที่แตกต่างจากมาตรฐาน ทำให้การนำข้อมูลไปศึกษา

วิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในด้านการกำหนดนโยบายหรือแก้ไขปัญหาต่างๆ เป็นไปได้ โดยยาก

4.2 มีความเห็นว่าการส่งเสริม SMEs นั้น ถ้าหากมีการกำหนดกิจการอื่นเพิ่มขึ้นมาให้ความชัดเจน ก็จะทำให้การทำงานของผู้ประกอบการมีความชัดเจน สะดวกรวดเร็วในการพิจารณามากขึ้น ในการกำหนดกิจการในข้อที่ 7 กิจการที่ส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ให้ความช่วยเหลือส่งเสริม และสนับสนุนในฐานะที่เป็น SMEs นั้น มีความเห็นว่าการเข้าไปช่วยเหลือจะเป็นการซ้ำซ้อนกับที่หน่วยงานภาครัฐอื่นๆ ได้ให้ความช่วยเหลืออยู่แล้วหรือไม่ จะตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ เพราะหน่วยงานภาครัฐหรือส่วนราชการนั้นก็มียงบประมาณของตนเองอยู่แล้ว

4.3 มีความเห็นในส่วนของวิสาหกิจชุมชนนั้น ในพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน พ.ศ.2548 ได้กำหนดคำนิยามไว้ว่า “วิสาหกิจชุมชน” หมายความว่า กิจการของชุมชนเกี่ยวกับการผลิตสินค้า การให้บริการหรือการอื่นๆ ที่ดำเนินการโดยคณะบุคคลที่มีความผูกพัน มีวิถีชีวิตร่วมกันและรวมตัวกันประกอบกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะป็นนิติบุคคลในรูปแบบใดหรือไม่เป็นนิติบุคคล เพื่อสร้างรายได้และเพื่อการพัฒนาตนเองของครอบครัว ชุมชนและระหว่างชุมชน ซึ่งหมายความว่ากิจการของวิสาหกิจชุมชนนั้นก็คือกิจการที่เป็น SMEs นั้นเอง การกำหนดวิสาหกิจชุมชนกิจการเพิ่มเติมขึ้นมา นั้นไม่แน่ใจว่ามีวัตถุประสงค์เพื่ออะไร จะเป็นการกำหนดกิจการที่ต้องการส่งเสริมขึ้นมาเป็นพิเศษหรือไม่ เพราะมีความเห็นว่าการตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือ การผลิต การบริการและการค้า นั้น ครอบคลุม SMEs ที่มีอยู่ในปัจจุบันหมดแล้ว

4.4 มีความเห็นสำหรับประเด็นกิจการกลุ่มที่ 9 กิจการที่มีการรวมกลุ่มหรือ Cluster นั้น โดยปกติ Cluster เป็นการรวมกลุ่มของธุรกิจในระดับต่างๆ ที่มีทั้งขนาดใหญ่และเล็ก และมีการดำเนินธุรกิจในการผลิต การบริการและการค้า ซึ่งความหมายของ SMEs เดิมครอบคลุมอยู่แล้ว การกำหนดกิจการอื่นโดยเพิ่ม Cluster เข้ามานั้นจึงมีประเด็นว่ากำหนดขึ้นมาเป็นกรณีเฉพาะหรือต้องการส่งเสริมเป็นพิเศษหรือไม่

4.5 มีความเห็นว่าการกำหนดกิจการอื่นในลักษณะของ 9 กิจการตามร่างประกาศกระทรวงนั้น ค่อนข้างกว้างและมีความซ้ำซ้อน หากจะกำหนดกิจการอื่นลงในรายละเอียดเป็นราย Sector ได้ก็จะเหมาะสม พร้อมทั้งข้อสังเกตว่าในกรณีของกิจการ CSR นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่ไม่ใช่ SMEs เช่นเดียวกับกิจการของ SE ส่วนใหญ่ก็จะเป็นการดำเนินการของมูลนิธิหรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร

นอกจากนั้น คณะผู้วิจัยได้จัดทำแบบสำรวจความคิดเห็นของผู้เข้าร่วมประชุมสัมมนาโดยการตอบแบบสอบถาม ซึ่งได้มีกลุ่มตัวอย่างตอบคำถามจำนวน 88 ตัวอย่าง ผลการสำรวจความคิดเห็นต่อการจัดทำร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น อาจสรุปได้ ดังนี้

กลุ่มตัวอย่างส่วนใหญ่เห็นว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดกิจการอื่น ในภาพรวมมีความเหมาะสมแล้ว โดยมีความเห็นในรายละเอียดของหลักเกณฑ์แต่ละด้าน ประกอบด้วยความสอดคล้องกับนโยบายภาครัฐ การมีความสำคัญทางเศรษฐกิจและการเป็นตัวชี้วัดทางสถิติในระบบฐานข้อมูลของ SMEs และอยู่ในระบบฐานข้อมูลการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมหรือ TSIC ว่ามีความเหมาะสมอยู่ในระดับมาก โดยมีข้อเสนอแนะให้เพิ่มเกณฑ์การเป็นกิจการที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนรวมทั้งเสนอให้มีการกำหนดให้ครอบคลุมทั่วถึงหรือให้ตีความได้กว้างกว่าที่กำหนดไว้

ในส่วนความเห็นเกี่ยวกับร่างประกาศกระทรวง กำหนดกิจการอื่นรวม 9 กลุ่มกิจการนั้น กลุ่มตัวอย่างส่วนใหญ่มีความเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้ว โดยมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงว่ายังมีการกำหนดกิจการที่น้อยเกินไป ควรกำหนดเพิ่มมากขึ้น และให้ปรับปรุงบางส่วนในกลุ่มกิจการลำดับที่ 6-9 ที่ยังมีความไม่ชัดเจนหรือมีความซ้ำซ้อน ในส่วนความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดกิจการอื่นควรกำหนดให้มีความละเอียดเป็นรายสาขาหรือ Sector เพื่อกำหนดกลุ่มเป้าหมายให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นมีผู้เห็นด้วยในสัดส่วนร้อยละ 82.95 มากกว่ากลุ่มที่เห็นว่าควรกำหนดกิจการอื่นเป็นกรอบกว้างๆ ตามกรอบเดิมที่กฎหมายกำหนดไว้ ในสัดส่วนร้อยละ 75.00 ในขณะที่ความเห็นในการกำหนดกิจการอื่นนอกจากภาคเกษตรกรรมแล้ว ควรกำหนดเพิ่มเติมกิจการในภาคอื่นๆ ตามความเหมาะสม มีผู้เห็นด้วยในสัดส่วนร้อยละ 82.95 มากกว่ากลุ่มที่เห็นว่าควรกำหนดกิจการอื่นเพิ่มเฉพาะภาคเกษตรกรรมตามนโยบายของรัฐบาลเท่านั้น ในสัดส่วนร้อยละ 37.50

5. ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

5.1 ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงหลักเกณฑ์การกำหนดกิจการอื่นและร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น

คณะผู้วิจัยได้ดำเนินการจัดทำหลักเกณฑ์การกำหนดกิจการอื่นและร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่นตามบทบัญญัติของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 โดยมีการกำหนดกิจการอื่น รวม 9 กลุ่มกิจการ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และร่างประกาศกระทรวงดังกล่าวได้มีการนำเสนอต่อคณะกรรมการตรวจรับการจ้างของ สสว. มีการนำเสนอต่อที่ประชุมสัมมนาเชิงปฏิบัติการซึ่งประกอบด้วยผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกภาคส่วน ตลอดจนได้นำเรียนขอความคิดเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิทางวิชาการหลายสถาบัน โดยคณะผู้วิจัยได้นำความคิดเห็น ข้อเสนอแนะ ตลอดจนสภาพปัญหาอุปสรรคต่างๆ มาทำการศึกษาและปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการกำหนดกิจการอื่น รวมทั้งปรับปรุงคู่มือรวมและร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการ

อื่น โดยมีการจัดทำร่างประกาศกระทรวงเป็น 2 รูปแบบ ซึ่งแต่ละรูปแบบ ต่างก็มีแนวคิด หลักการ เหตุผลและรายละเอียดในการกำหนดกิจการอื่น ดังนี้

5.1.1 การปรับปรุงหลักเกณฑ์การกำหนดกิจการอื่น

แม้ว่าในการประชุมสัมมนาเชิงปฏิบัติการเพื่อระดมความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ ในการปรับปรุงร่างประกาศกระทรวง และการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิจะมีความเห็นส่วนใหญ่ในลักษณะที่เห็นว่าการกำหนดองค์ประกอบหรือเกณฑ์ในการพิจารณา กำหนดกิจการอื่นมีความเหมาะสมแล้วนั้น แต่ยังมีความคิดเห็นบางส่วนเสนอแนะให้เพิ่มเกณฑ์ด้านการเป็นกิจการที่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคณะผู้วิจัยเห็นด้วยว่าการเพิ่มเกณฑ์หรือองค์ประกอบดังกล่าวจะทำให้หลักเกณฑ์ในการกำหนดกิจการอื่นมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงได้ปรับปรุงกรอบแนวคิด (Conceptual Framework) ในการกำหนดกิจการอื่น โดยกำหนดเกณฑ์หรือองค์ประกอบในการพิจารณากำหนดกิจการอื่น รวม 4 องค์ประกอบ ประกอบด้วย

(1) หลักเกณฑ์ประการแรก ในการกำหนดกิจการอื่น กิจการนั้นต้องเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับแนวนโยบายของภาครัฐซึ่งประกอบด้วย รัฐบาล ส่วนราชการ หน่วยงานภาครัฐ หรือ คณะกรรมการที่มีภารกิจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและแผนส่งเสริม SMEs

(2) หลักเกณฑ์ประการที่สอง เป็นกิจการที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ เป็นตัวชี้วัดสภาพเศรษฐกิจของประเทศได้อย่างชัดเจนและมีนัยสำคัญ

(3) หลักเกณฑ์ประการที่สาม กิจการนั้นต้องเป็นตัวชี้วัดทางสถิติในระบบฐานข้อมูลของ SMEs และเป็นกิจการที่อยู่ในระบบฐานข้อมูลของระบบการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมของประเทศไทย (TSIC) หรือระบบมาตรฐานอุตสาหกรรมระหว่างประเทศ (ISIC)

(4) หลักเกณฑ์ประการที่สี่ กิจการนั้นต้องเป็นกิจการที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

5.1.2 การปรับปรุงคัมภีร์รวมและร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น

ประเด็นเรื่องการกำหนดคัมภีร์รวมหรือกำหนดขอบข่ายประเภทธุรกิจที่อยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการคัดเลือกตามเกณฑ์ที่กำหนดเพื่อออกประกาศกระทรวงกำหนดเป็นกิจการอื่นนั้น มีกิจการที่อยู่ในข่ายได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้เป็นกิจการอื่นซึ่งได้รับการประเมินผลในระดับ AAA จำนวน 9 กิจการ โดยกิจการดังกล่าวอาจจำแนกได้ ดังนี้

(1) กิจการที่กำหนดจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นรายสาขา (Sector) ได้แก่ภาคกิจการเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง ภาคกิจการการทำเหมืองแร่และเหมืองหิน ภาคกิจการการจัดหาน้ำและการบำบัดน้ำเสีย และภาคกิจการการก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์

(2) กิจการที่กำหนดจากวัตถุประสงค์ของวิสาหกิจซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ได้แก่กิจการธุรกิจชนิดที่มีความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social

Responsibility: CSR) และกิจการที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม (Social Enterprises: SE) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หารายได้เพื่อนำมาใช้ในกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

(3) กิจการที่กำหนดจากการจัดตั้งโดยกฎหมายหรือกฎระเบียบ หรือได้รับการส่งเสริมจากหน่วยงานภาครัฐ เช่น กิจการสหกรณ์กิจการวิสาหกิจชุมชนเป็นกิจการที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริม และสนับสนุนในฐานะที่เป็น SMEs รวมทั้งวิสาหกิจรายย่อยกิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายเฉพาะ เช่น กิจการสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ และวิสาหกิจชุมชนตามกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจชุมชน รวมทั้งกิจการที่มีการรวมกลุ่ม (Cluster) หรือจัดตั้งขึ้นตามกฎระเบียบของส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

คณะผู้วิจัยจึงได้ปรับปรุงคัมภีร์รวมและร่างประกาศกระทรวงออกเป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบที่ 1 เป็นการปรับปรุงร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น โดยกำหนดเป็นรายสาขาตามกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ในระบบฐานข้อมูลของมาตรฐานอุตสาหกรรมประเทศไทย (TSIC) คณะผู้วิจัยเห็นว่ามีการรายสาขาที่สมควรได้รับการพิจารณาคัดเลือกให้เป็นกิจการอื่นรวม 3 กลุ่มคือ ภาคกิจการเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง ภาคการจัดหาน้ำและการบำบัดน้ำเสีย รวมทั้งภาคกิจการการก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์และโดยที่ภาคกิจการเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมงเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจประเภทเกษตรกรรมพื้นฐานที่กำหนดไว้ในหมวดใหญ่ A ของระบบฐานข้อมูลการจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมประเทศไทย ปี พ.ศ.2552 และไม่เคยอยู่ในระบบฐานข้อมูลของ SMEs มาก่อน การกำหนดกิจการภาคเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมงจึงมีความเหมาะสมในแง่ของการไม่ซ้ำซ้อนกับระบบฐานข้อมูลของ SMEs แต่เดิม อีกทั้งมีความสำคัญต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) รวมทั้งการที่ผลผลิตด้านการเกษตรของไทยเป็นที่ยอมรับในตลาดโลกหากได้รับการส่งเสริมที่เหมาะสมจะเป็นการเพิ่มมูลค่าให้กับ SMEs ของไทยตามนโยบายของรัฐบาลชุดปัจจุบัน จึงสมควรได้รับการพิจารณากำหนดให้เป็นกิจการอื่นในลำดับแรก

ในขณะที่กิจการในภาคการจัดหาน้ำและการบำบัดน้ำเสีย รวมทั้งภาคกิจการการก่อสร้างและอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเดิมกำหนดเป็นคัมภีร์รวมในภาคของการบริการ แต่โดยที่กิจการด้านการจัดหาน้ำและการบำบัดน้ำเสียเป็นกิจการที่ช่วยรักษาแหล่งน้ำและสภาพแวดล้อมของชุมชนและสังคม ช่วยให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น สมควรได้รับการส่งเสริมและสนับสนุน โดยเฉพาะในกิจการที่เป็น SMEs ซึ่งมีการจ้างงานไม่เกิน 200 คน หรือมีสินทรัพย์สุทธิไม่รวมที่ดินไม่เกิน 200 ล้านบาท แม้ว่าอาจจะมิใช่วิสาหกิจขนาดใหญ่ที่ดำเนินธุรกิจด้านนี้อยู่แล้ว แต่การกำหนดให้เป็นกิจการอื่นเพิ่มขึ้นน่าจะเป็นการส่งเสริมให้ SMEs ได้เข้ามาประกอบกิจการด้านนี้เพิ่มมากขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อ

ตัวผู้ประกอบการและต่อสิ่งแวดล้อมและคุณภาพชีวิตสภาพสังคมไทยโดยรวม จึงกำหนดกิจการภาค การจัดหาหน้าและการบำบัดน้ำเสียเป็นกิจการอื่นในลำดับที่ 2

สำหรับกิจการภาคการก่อสร้างและอสังหาริมทรัพย์ แม้ว่าจะมีการกำหนดคุ่ม รวมอยู่ในภาคการบริการเช่นเดียวกับภาคกิจการการจัดหาน้ำหรือการบำบัดน้ำเสียแล้วก็ตาม โดย กิจการการก่อสร้างกำหนดอยู่ในหมวดใหญ่ F และกิจกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์อยู่ในหมวดใหญ่ L ของฐานข้อมูลในระบบ TSIC แต่โดยที่มูลค่าทางเศรษฐกิจของกิจการภาคการก่อสร้างและ อสังหาริมทรัพย์มีจำนวนค่อนข้างสูง และเพื่อที่จะทำให้การกำหนดภาคของกิจการด้านนี้มีความชัดเจน ยิ่งขึ้นคณะผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนดให้กิจการด้านการก่อสร้างและอสังหาริมทรัพย์เป็นกิจการอื่นใน ลำดับที่ 3 ทั้งนี้ เป็นไปตามร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น ในรูปแบบที่ 1 ดังนี้

ประกาศกระทรวง
เรื่อง กำหนดกิจการอื่น ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริม
วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาด ย่อม พ.ศ.2543 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 99/2557 นายกรัฐมนตรี จึงประกาศกำหนดกิจการอื่นตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาด กลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ดังต่อไปนี้

ให้กิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นกิจการอื่นตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริม วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543

1. กิจการเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง
2. กิจการการจัดหาน้ำ การจัดการน้ำเสียและของเสีย
3. กิจการการก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์

ประกาศ ณ วันที่ เดือน พ.ศ.

รูปแบบที่ 2 เป็นการปรับปรุงร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น โดย คณะผู้วิจัยยังคงหลักการตามร่างประกาศกระทรวงฉบับต้นร่างเดิมเป็นส่วนใหญ่ โดยมีลักษณะการ กำหนดกิจการแบบผสมผสานให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและลักษณะทางเศรษฐกิจและสังคมของ ประเทศไทยทั้งนี้ เป็นไปตามร่างประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่น ในรูปแบบที่ 2 ดังนี้

ประกาศกระทรวง

**เรื่อง กำหนดกิจการอื่น ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริม
วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543**

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 99/2557 นายกรัฐมนตรี จึงประกาศกำหนดกิจการอื่นตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ดังต่อไปนี้

ให้กิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นกิจการอื่นตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543

1. กิจการเกษตรกรรม การป่าไม้และการประมง
2. กิจการการจัดหาน้ำ การจัดการน้ำเสียและของเสีย
3. กิจการการก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์
4. กิจการธุรกิจชนิดที่มีความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility: CSR)
5. กิจการที่เป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม (Social Enterprises: SE) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หารายได้เพื่อนำมาใช้ในกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ
6. กิจการที่ส่วนราชการ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริม และสนับสนุน ในฐานะที่เป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรวมทั้งวิสาหกิจรายย่อย
7. กิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย เช่น กิจการสหกรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์ และวิสาหกิจชุมชนตามกฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจชุมชน เป็นต้น หรือกิจการที่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระเบียบของส่วนราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

ประกาศ ณ วันที่ ... เดือน พ.ศ.

5.2 ข้อสังเกตและข้อเสนอแนะอื่นๆ

คณะผู้วิจัยได้ปัญหาจากความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง และข้อจำกัดของบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว มีข้อเสนอแนะสรุปได้ดังนี้

1) คณะผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 โดยกำหนดให้มีวิสาหกิจขนาดย่อยหรือรายย่อย (Micro Enterprises) เป็นวิสาหกิจอีกประเภทหนึ่งเพิ่มขึ้นมาแยกออกจากวิสาหกิจขนาดย่อมหรือขนาดเล็ก (Small Enterprises) เพื่อให้เกิดความชัดเจน ในการกำหนดนโยบาย ยุทธศาสตร์หรือแผนงานโครงการในการให้ความช่วยเหลือ ส่งเสริมหรือสนับสนุน วิสาหกิจรายย่อยที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจาก SMEs

2) คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในการเสนอข้อเท็จจริงกรณีมีปัญหาของวิสาหกิจหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในประเด็นคุณสมบัติของวิสาหกิจว่าเป็น SMEs หรือไม่ หรือมีลักษณะการประกอบการในภาคกิจการใด เพื่อให้คณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยต่อไป ทั้งนี้ ขั้นตอนในการใช้อำนาจดังกล่าว สสว. ควรเสนอสภาพปัญหาให้คณะกรรมการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเพื่อทราบและพิจารณาอนุมัติในหลักการ

3) คณะผู้วิจัยเห็นว่าเนื่องจากกฎกระทรวงกำหนดขนาดของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ออกตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 ที่ประกาศใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ.2545 ได้ใช้มาเป็นระยะเวลาเกือบ 15 ปี ปัจจุบันสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว อีกทั้งเมื่อมีการกำหนดกิจการอื่นเพิ่มขึ้นตามประกาศกระทรวงกำหนดกิจการอื่นที่เป็นไปตามมาตรา 3 การกำหนดขนาดของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่เป็นไปตามกฎกระทรวงดังกล่าวจึงสมควรมีการปรับปรุงเพื่อให้ครอบคลุมกิจการอื่นที่เพิ่มขึ้นและมีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน

บรรณานุกรม

- กขพร ศิริชัยสกุล. ฝ่ายส่งเสริมนโยบายและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. การส่งเสริม SMEs ในประเทศอิตาลี [Online]. Available URL: <http://eng.sme.go.th/>, 2558 (สิงหาคม, 15).
- เอ็ยรชัย เอ็ยมวรมธ. พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย ฉบับ 80,000 คำ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรพิทยา, 2547.
- ป. อัดตานภาพ. พจนานุกรมฝรั่งเศส ไทย อังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โอเอส พรินต์ติ้งเฮ้าส์, 2547.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัดนาพานิช. “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย.” ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2, 2546.
- ฝ่ายอำนวยการสำนักงาน สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. เอกสารรายงานการประชุมคณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ครั้งที่ 5/2552, 29 กรกฎาคม พ.ศ.2552.
- ภักดี ทองส้ม. การนำข้อมูลจากฐานข้อมูลและข้อมูลชี้วัดภาวะเศรษฐกิจมาใช้ประโยชน์เชิงนโยบายและวิเคราะห์เตือนภัย: แนวทางการพัฒนาฐานข้อมูลและการบูรณาการข้อมูล SMEs [Online]. Available URL: <http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocuments4-การพัฒนาข้อมูล.pdf>, 2558 (พฤษภาคม, 5).
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัทนานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์จำกัด, 2556.
- วรรณภา คล้ายสวน. “บัญชีประชาชาติระบบใหม่.” วารสารเศรษฐกิจและสังคม 44, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2550).
- สถาบันเทคโนโลยีไทย-ญี่ปุ่น. รายงานการศึกษาโครงการการศึกษาสถานภาพและแนวโน้มการย้ายฐานธุรกิจของบริษัทสัญชาติญี่ปุ่นมายังประเทศไทย. เสนอต่อสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. กรุงเทพมหานคร: 2555.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2553.
- สำนักข้อมูลและวิจัย. สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. รายงานสถานการณ์ SMEs ปี 2557. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม, 2557.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. คู่มือเบื้องต้นการร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย.

- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง. **เศรษฐกิจศาสตร์น่ารู้** [Online]. Available URL: <http://www.fpo.go.th/S-I/Source/Article/Article41.htm>, 2558 (สิงหาคม, 15).
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ. กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. **การจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมประเทศไทยปี 2552**. ฉบับปรับปรุง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสถิติแห่งชาติ.
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ. กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. **การจัดประเภทมาตรฐานอุตสาหกรรมประเทศไทยปี 2552**. ฉบับปรับปรุง. กรุงเทพมหานคร: บางกอกบล็อก, 2553.
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ. **ทฤษฎีระเบียบวิธีสถิติ**. [Online]. Available URL: http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/know/estat2_3.html, 2558 (พฤษภาคม, 5).
- สำนักประสานและบริหารโครงการ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. **คำนิยาม SMEs**. [Online]. Available URL: <http://www.sme.go.th/Pages/Define.aspx>, 2558 (สิงหาคม, 15).
- สุพัฒน์ อัยไพบูลย์สวัสดิ์. **เศรษฐกิจศาสตร์จุลภาค 1**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553.
- สุมาลี วงษ์วิฑิต และคณะ. รายงานการวิจัยเรื่อง **โครงการยกย่องกฎกระทรวงกำหนดประเภทของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม หรือกลุ่มวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมหรือองค์การเอกชนที่ต้องรายงานสถิติข้อมูลต่อส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 40**. กรุงเทพมหานคร: 2557.
- หยุด แสงอุทัย. **ร่างกฎหมาย**. ในอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย, 2523.
- อานันท์ เกียรติสารพิภพ และคณะ. **สำนักวิชาการและสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สารสังเขปประเด็นการปฏิรูปประเทศไทยด้านเศรษฐกิจ : วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ม.ป.ป.
- เอกอัครราชทูต ณ กรุงโรม. **วิสาหกิจขนาดเล็กและขนาดกลางในอิตาลี**. [Online]. Available URL: <http://news.thaieurope.net/content/view/459>, 2558 (พฤษภาคม, 5).
- พระราชบัญญัติวิสาหกิจชุมชน พ.ศ.2548.
- พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542.
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.
- พระราชบัญญัติบริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม พ.ศ.2534.
- พระราชบัญญัติสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2530.
- พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520.

พระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ.2509.

พระราชบัญญัติหอการค้า พ.ศ.2509.

กฎกระทรวงกำหนดจำนวนจ้างงานและมูลค่าสินทรัพย์ถาวรของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2545.

SME Corp. Malaysia. Secretariat to the National SME Development Council. **Guideline for new SME Definition** [Online]. Available URL: <http://www.smecorp.gov.my/vn2/node/533,2558> (สิงหาคม, 15).

Standard Productivity and Innovation Board of Singapore: SPRING. **Factsheet on new SMEs Definition**. [Online]. Available URL: http://www.spring.gov.sg/NewsEvents/PRDocumentsFact_Sheet_on_New_SME_Definitionpdf,2558 (สิงหาคม, 15).

United Nations Statistics Division (UNSD). International Standard Industrial.

The Assessment of the ASEAN Agreement
on Transboundary Haze Pollution and
the Dispute Settlement Mechanisms
on Liability Claims

Samanan Kittijarot

The Assessment of the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution and the Dispute Settlement Mechanisms on Liability Claims^{*}

Samanan Kittijarot^{**}

Abstracts

The objective of this article is to examine the effectiveness of the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution (ATHP) and the Dispute Settlement Mechanisms on Liability Claims. In Southeast Asia, transboundary haze pollution, particularly from Indonesia's forest fires created massive transboundary haze pollution and had a devastating effect on biodiversity in the world. ASEAN has initiated several relevant plans to cope with the transboundary environmental crisis. However, the "ASEAN Ways" which referred to a regional style of engagement, dealing on a "consultation" and "consensus" basis, has causing the ATHP to be ineffective. Furthermore, the non-intervention policy of ASEAN member, the domestic politics, the patronage networks and corruption within Indonesia, have caused the ATHP to be ineffectiveness mechanism on its own for dealing with transboundary haze pollution. In this regard, the possible solutions under the ASEAN Charter will be examined.

Keywords: transboundary haze, the ASEAN agreement on transboundary haze pollution

^{*}This article is a part of LL.M. dissertation in "The Assessment of the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution and the Dispute Settlement Mechanisms on Liability Claims", The University of Canterbury.

^{**}LL.M., University of Canterbury, New Zealand.

Received 21 August 2017, Revised 29 December 2017, Accepted 5 January 2018.

1. Introduction

In Southeast Asia, transboundary haze pollution occurs from Indonesia, where most fires and haze problems occur intentionally by human cause. Indonesian farmers have been using fire to clear land for thousands of years.¹ Former Indonesian Forestry Minister Sudjarwo even described it as, “land clearing for free”.² The expansion of oil palm plantations, along with pulp and paper industries, and industrial timber plantations,³ are an additional powerful cause contributing to the start of many fires.⁴ In addition, in the mid-1990s, former President Suharto’s land use policies to turn the million-hectares of peat forest in Kalimantan into rice crop plantations; the Grand Million Hectare Peatland Project have greatly contributed to the 1997-1998 fires disaster.⁵ The 1997-1998 Indonesia’s forest fires produced huge amounts of smoke spreading thick clouds of haze to neighbouring countries in the Southeast Asia region, affecting more than 70 million peoples.⁶ The unofficial estimate was that by mid-1998 the smoke had reached beyond 5 million hectares.⁷ Fires devastated widespread forest areas, destroying

¹Charles Victor and Barber James Schweithelm, **Trial by Fire: Forest Fires and Forestry Policy in Indonesia’s era of Crisis and Reform** (Washington, DC: World Resources Institute Report, 2000), pp. 5 and 7.

²Ibid., at 12.

³Alan Khee-Jin Tan, “The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: Prospects for Compliance and Effectiveness in Post-Suharto Indonesia,” **New York University Environmental Law Journal** 13, 3 (2005): 653-654.

⁴Supra note 1, at 32; Helena M. Varkkey, “Addressing Transboundary Haze Through Asean: Singapore’s Normative Constraints,” **Journal of International Studies** 7 (2011): 83-101, at 86.

⁵Supra note 3, at footnote 26; S. Tahir Qadri, **Fire, Smoke, and Haze: The ASEAN Response Strategy**, 1st Ed., (Manila: Asia Development Bank, 2001), p. 48.

⁶Supra note 1, at 8.

⁷Mongabay, **The Asian Forest Fires of 1997-1998** [Online], available URL: https://rainforests.mongabay.com/08indo_fires.htm, 2016 (March, 7).

nearly 10 million hectares.⁸ Air quality degenerated over the affected countries including Malaysia, Singapore, Brunei and Thailand.⁹ In Singapore, PSI levels reached 226 – a very unhealthy level.¹⁰ In Malaysia. The PSI levels reached over 800, which was considered as a significant harm level in Kuching. The carbon emission released into the atmosphere was estimated at about 206.6 million tons, exceeding emissions from the whole of North America over the same period. In 2015, almost 100,000 active fires were detected on the Global Fire Emissions Database,¹¹ releasing approximately 1.62 billion tonnes of CO₂ into the atmosphere.¹² Indonesia, hence become the fourth largest emitter of CO₂ in the world in a period of six weeks in 2015.¹³ A recent report stated that the daily emissions of CO₂ from forest fires exceeded the average daily emissions from all U.S. economic activity.¹⁴

To cope with the transboundary environmental crisis, the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution (ATHP) was adopted and signed by all 10 ASEAN member states in 2002. Indonesia, as the major contributor to the problem, was the last of the ASEAN countries to ratify the agreement on 14 October 2014, a delay of 12 years. Although, ratification has taken place, massive transboundary haze pollution has recurred almost annually, up to 2015, and this shows that the ATHP is an ineffective agreement in addressing the transboundary haze problem. This essay will examine the effectiveness of the ATHP and identify potential solution. I argue

⁸Supra note 3, at 656-657.

⁹Supra note 1, at 8.

¹⁰Supra note 4, at 86.

¹¹Brittany Patterson, **Hellish Fires in Indonesia Spread Health, Climate Problems** [Online], available URL: <https://www.scientificamerican.com/article/hellish-fires-in-indonesia-spread-health-climate-problems>, 2015 (October, 22).

¹²Neo Chai Chin, **Singapore effort to fight haze “almost futile”** [Online], available URL: <https://www.todayonline.com/singapore/singapores-fire-fighting-team-went-indonesia-too-late-masagos>, 2015 (October, 30).

¹³Ibid.

¹⁴Nancy Harris, et. al., **Indonesia’s Fire Outbreaks Producing More Daily Emissions than Entire US Economy** [Online], available URL: <http://www.wri.org/blog/2015/10/Indonesia%E2%80%99s-fire-outbreaks-producing-more-daily-emissions-entire-us-economy>, 2015 (October, 16); see also, Supra note 13.

that ATHP has several major weaknesses. One of them is the fact that the ATHP lacks an effective mechanism for settling formal disputes as the ATHP was constructed under the ASEAN Way, causing the ATHP to be ineffective. Furthermore, ASEAN member states are followers of non-intervention, the major principle of the ASEAN Way, which caused the ATHP to be drafted without contributing to genuine cooperation among the member states.

In understanding the ATHP agreement, the “ASEAN Way” will be examined in Part Two. Part Three will analyse the operations of the ATHP regime, its organisation, scope and potential for prevention and remediation of the transboundary haze problem including analysis of its effectiveness from the perspective of international environmental principles. Part Four, the relevant problems which obstruct the region from successfully solving the problem of transboundary haze pollution will be identified. In this part, I argue that Indonesia’s failure to cooperate within the country in preventing and controlling the haze can result in the ineffectiveness of the ATHP. Next, the transboundary haze problem, which caused Indonesia to breach an international law of state responsibility, will be examined. The breach of international law leads to a possible solution in Part Five, in which the dispute can be solved under the ASEAN Charter.

Part Five, I argue that the affected states can accuse Indonesia of non-compliance with the ASEAN Charter, of breaching or failure to uphold international law, and they should take their dispute to the ASEAN Summit. Then comes the conclusions and recommendations for presenting the issue to the ASEAN Summit in order to settle the dispute in Part Six.

2. The ASEAN Norm and the “ASEAN Way”

The ASEAN Way is a regional cooperation known as “a code of conduct for inter-state behaviour”,¹⁵ as well as a set of procedural norms which embody the spirit of ASEAN.¹⁶ The principles of non-intervention and national sovereignty are the most prominent characteristic of the ASEAN Way, underpinning the relations of ASEAN member states with one another.¹⁷ These norms are embedded in the 1967 Bangkok Declaration, which calls upon ASEAN members to ensure “their stability and security from external interference in any form or manifestation.”¹⁸ The ASEAN Way is legally enshrined in the Treaty of Amity and Cooperation 1976 (TAC), and is aimed at addressing intra-ASEAN disputes peacefully and encouraging mutual cooperation. The ASEAN Way is also reaffirmed in the ASEAN Charter, Articles 2 (a) and 2 (e). It could be said that ASEAN will never compromise on issues of national sovereignty and territorial integrity.¹⁹

2.1 The Acknowledgement of Non-intervention and National Sovereignty Principles

ASEAN’s institutions are developed with the concept of uncompromised state sovereignty.²⁰ This leads to institution building with no decision making authority, nor any enforcement mechanism.²¹ Additionally, by virtue of non-

¹⁵Amitav Acharya, “Ideas, identity, and institution-building: from the “ASEAN way” to the Asia-Pacific way?,” *The Pacific Review* 10, 3 (1997): 319-346, at 328.

¹⁶Gillian Goh, “The “ASEAN Way”: Non-Intervention and ASEAN’s Role in Conflict Management,” *Stanford Journal of East Asian* 3, 1 (2003): 113-118, at 114.

¹⁷Helena M. Varkkey, “Indonesia Perspectives on Managing the ASEAN Haze” *Sarjana* 24, 1 (2009) 83-101, at 83-85.

¹⁸The Bangkok Declaration, 8 August 1967, the Preamble.

¹⁹Amitav Acharya, *Corporation Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the Problem of Regional Order*, 3rd ed., (New York: Routledge, 2014), p. 67.

²⁰*Ibid.*, at 330.

²¹*Ibid.*

intervention and national sovereignty, member states can determine the scope and content of a negotiation in order to ensure their national interest.²² This allows Indonesia to avoid tackling politically sensitive issues, particularly fires and haze problems, at both regional and international level.²³ For instance, Indonesia claimed its sovereignty and the ASEAN Way avoided responding to these issues at the United Nations General Assembly in 2006.²⁴ Among the ASEAN norms, non-intervention is central to interstate cooperation, with its belief that outside intervention has contributed to internal conflicts.²⁵ Regarding haze issues, the norms of non-intervention and sovereignty discourage affected neighbouring states from criticizing Indonesia, of its transboundary environmental problems.²⁶

The ASEAN Way encourages its members to behave in a manner that does not undermine solidarity,²⁷ including protection of the “credibility and reputation” of its neighbours when dealing with other regions.²⁸ Varkkey points out that Indonesia, in response to the ATHP, requested that the position of head of the Panel of Experts, which was established to support the implementation of the ASEAN Plan of Action on Transboundary Haze Pollution, should be reserved for an Indonesian only.²⁹ As a result, Indonesia could take control of the POE and make sure of non-intervention related to fires and haze issues over their territory, which Indonesia treats as internal issues. It is also arguable that the ASEAN Way focuses on how the member states should behave and socialize with one another rather than

²²Helena M. Varkkey, “Regional cooperation, Patronage and the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution,” *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 14, 1 (2014): 65-81, at 68.

²³Helena M. Varkkey, *Ibid.*

²⁴*Ibid.*, at 95.

²⁵Paruedee Nguitragee, *Environment Cooperation in Southeast Asia ASEAN's Regime for Transboundary Haze Pollution* (Abingdon, Oxon.: Routledge, 2011), p. 32.

²⁶*Supra* note 24, at 88.

²⁷*Supra* note 17, at 331-332.

²⁸*Supra* note 4, at 91.

²⁹*Supra* note 24, at 71.

focusing on conflict resolution.³⁰ This can be seen from the case of Singapore, who once reminded its angry public not to criticise Indonesia because the ASEAN Way of non-intervention in the internal affairs of other states, and in particular the sovereign right of Indonesia, was highly regarded.³¹ The ASEAN Way has come under wide criticism for its ineffective cooperation and failure in addressing ASEAN's haze problems. Hence, neighbouring states have had to seek their own measures to deal with this problem. For instance, in the case of Singapore, the measures included bilateral projects with the Indonesian government to combat the fires— the Singapore-Jambi master plan –as well as the establishment of the Transboundary Haze Pollution Act in 2014 to impose extra-territorial liability on Singapore companies causing transboundary haze pollution.³²

2.2 The Dispute Settlement Mechanism based on the Process of Consultation and Consensus

The ASEAN way is also referred to as a dispute settlement mechanism based on the process of consultation and consensus through regional reliance.³³ This is one of the fundamental principles outlined in Article 2 (d) of the TAC, which calls for settlement of disputes by peaceful means. The ASEAN Way is characterised by consultation and consensus building, developed for interaction between its members to ensure peace and stability in the region.³⁴

³⁰Supra note 18, at 114.

³¹Supra note 4, at 88-89.

³²Government of Singapore, Government Gazette Acts Supplement, No. 24 of 2014.

³³Rodolfo C. Severino, *ASEAN Today and Tomorrow: Selected speeches of Rodolfo C. Severino, Jr.* (Jakarta: ASEAN Secretariat, 2002), p. 51.

³⁴Ibid.

3. The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution (ATHP)

3.1 Assessment of the ATHP: Institutions, Principles and Procedures

3.1.1 ATHP Institutions

1) The ASEAN Coordinating Centre for Transboundary Haze Pollution Control (ASEAN Centre)

Article 5 (2) states that “[t]he ASEAN Centre shall work on the basis that the national authority will act first to put out the fires. When the national authority declares an emergency situation, it may make a request to the ASEAN Centre to provide assistance”. This provision reaffirms the principle of state sovereignty which cannot be compromised. Likewise, it limits the authority of the ASEAN Centre, given that the ASEAN Centre has no proactive power to tackle the problem, rather working reactively with a broad description as directed by the Parties.³⁵ Accordingly, Varkkey suggests that it was agreed by all parties for Indonesia to take control of the ASEAN Centre, including a selection of specialists working in the ASEAN Centre.³⁶ This all reflects the fact that state sovereignty has priority over the haze mitigation measures.

2) The Secretariat

Under the ATHP, State parties will undertake their relevant obligations at the national level and contribute in accordance with their capabilities.³⁷ There are no established provisions for the secretariat to proactively monitor and investigate the compliance by states in both procedural and substantive legislative enforcement. Nor are there any provisions to evaluate whether state parties achieve targets in preventing and mitigating haze problems.

³⁵Article 5 (4).

³⁶Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 77.

³⁷Article 3 (2); see also Koh Kheng Lian and Nicholas A. Robinson, “Regional Environmental Governance: Examining the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Model,” *Global Environmental Governance* (2002): 4-5.

Additionally, there are no enforcement powers to receive complaints nor to adopt a decision on the non-compliance of parties.

3) The ASEAN Transboundary Haze Pollution Control Fund (The Haze Fund)

Article 20 (1), (2), (3) provided for the establishment of the Haze Fund, to be administered by the ASEAN Secretariat under the guidance of the Conference of member states. It identifies possible financial sources and voluntary contributions from its member states or from external international organisations.³⁸ In 2007, the member states each agreed to contribute an amount of USD 50,000 to the fund.³⁹ According to Tan, the amount of the contribution is just symbolic, as the major potential donors and affected states such as Singapore, Malaysia and Brunei will not be willing to contribute large amounts of money to combat transboundary haze if it is foreseen to be an ineffective measure.⁴⁰ As a result, Jerger indicates that the amount of the money contributed to the fund is problematic because the costs of preventing and mitigating the haze problem out weighs the money contributed.⁴¹ Nurhidayah, Alam and Lipman point out that from Indonesia's perspective, the price of ratification and implementation outweighed the benefit gained from accessing the haze fund.⁴² Thus, it could be argued that the Haze Fund would not have been an incentive to motivate Indonesia to ratify the agreement.

³⁸ Article 20 (5), (6).

³⁹ Paruedee Nguitragee, *op.cit.*, 27, at 125; Alan Khee-Jin Tan, *op.cit.*, 3, at 668.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ David B. Jerger, Jr. "Indonesia's role in realising the goals of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution," **Sustainable Development Law & Policy** 14, 1 (2014): 42.

⁴² Nurhidayah, L., Alam, S. and Lipman, Z., "The influence of international law upon ASEAN approaches in addressing transboundary haze pollution in Southeast Asia," **Contemporary Southeast Asia** 37, 2 (2015): 191.

3.1.2 The Principles of International Law in the ATHP

1) The Sovereign Right and the State Responsibility Principle

Article 3 (1) of the ATHP refers to Article 2 of the United Nations Charter and the principles of international law regarding sovereignty and the state responsibility for transboundary environmental harm. It states that:

The parties have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment and harm to human health of other States.

According to the statement above, the responsibility of the state to ensure that activities within its jurisdiction do not cause damage to the areas beyond the limits of its national jurisdiction is part of the principle of state responsibility. The state responsibility principle for transboundary environmental harm or the principle of *sic uteretur alienum non laedas* has emerged from the judgment of the *Trail Smelter* Arbitration in 1941.⁴³ The arbitration award reaffirms the sovereign right of a State to conduct activities within its jurisdiction.⁴⁴ However, two obligations must be taken into account. These are “the obligation not to cause environmental harm in other states” or “the no harm principle”, and “the obligation to pay compensation for the damage caused”.⁴⁵ Under international law, compensation is also utilised to include non-monetary reparation such as restitution

⁴³A. K. J. Tan, “Forest fires of Indonesia: State responsibility and international liability,” *Comparative Law Quarterly* 48, 4 (1999): 834.

⁴⁴*Ibid.*, at 834.

⁴⁵Rebecca M. Bratspies and Russel A. Miller Transboundary Harm in International Law Lessons from the Trail Smelter Arbitration cited by Nurhidayah, L., Alam, S. & Lipman, Z., *op.cit.*, 46, at 183,186.

and satisfaction, either singly or in combination with one another.⁴⁶ It is traditionally accepted that territorial sovereignty grants permission to a state to possess and exploit natural resources within its territory.⁴⁷ On the other hand, it also obliges the source state not to cause any harm to territories beyond the jurisdiction of any state as well as to pay compensation for the damage caused.⁴⁸ This principle has become part of customary law, which plays a significant role in international environmental agreements as well as in the ATHP, as these agreements do not provide practical operation, nor “sharply defined standards of conduct”.⁴⁹ This feature was reaffirmed in Principle 21 of the Declaration adopted by the United Nations Conference on the Human Environment in Stockholm and Principle 2 of the Rio Declaration.

According to Nurhidayah, Alam and Lipman,⁵⁰ the state responsibility principle can “ensure that states do not cause environmental damage to other countries and pay compensation for any damage caused.” In this regard, the state responsibility principle can impact state behaviour because it has preventative and deterrent measures.⁵¹ However, the former principle has been explicitly adopted in the ATHP⁵², while the latter principle was not adopted. States are reluctant to claim for compensation and prefer instead to settle disputes by consultation and negotiation under the ASEAN Way.⁵³

It should be noted that while Indonesia adhere to “the sovereign right”, to exploit their natural resources, Indonesia is unable to control the damage within its jurisdiction. Indonesia has failed to fulfil two obligations, namely the obligation not to cause environmental harm and the obligation to pay

⁴⁶International Law Commission (ILC)'s 1996 Draft Rules on State Responsibility, article 34.

⁴⁷Phoebe N. Okowa, **State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law** (New York: Oxford University Press, 2000), p. 65.

⁴⁸Phoebe N. Okowa, *Ibid.*

⁴⁹*Ibid.*, at 60.

⁵⁰Nurhidayah, L., Alam, S. & Lipman, Z., *op.cit.*, 46, at 186.

⁵¹*Ibid.*

⁵²Article 3 (1).

⁵³Article 27.

compensation for the damage caused. Indonesia has breached its state responsibility by failing to fulfil two obligations under the state responsibility principle. In this regard, the “regional attitude of deference towards the internal affairs of one’s neighbours”, or the ASEAN Way of non-intervention, encourages Indonesia to breach its state responsibility. This is due to the fact that the affected states have never claimed compensation for the damages caused by Indonesia. Lian also argues that the implementation of the state responsibility principle is questionable because state sovereignty is firmly embedded in the ASEAN Charter,⁵⁴ and ASEAN’s agreements, as well as in the ATHP. It could be said that in ASEAN, the sovereign right contradicts the state responsibility principle. Consequently, in Article 3(1), sovereign right is stated before the state responsibility principle in the same article. It could be argued that in ASEAN, sovereign right is interpreted as prevailing over the state responsibility principle. Moreover, states can exploit their own resources as long as they can control harm within their territory. These all reflect the fact that ASEAN has accepted the unlimited permanent sovereign rights over their natural resources.

This concept is opposed to the principle of sustainable development as defined by the Brundtland Commission, “[D]evelopment that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. The reason why unlimited permanent sovereign rights over their natural resources contravene the principle of sustainable development, is pointed out by Horbach: “Conduct that was not prohibited under international law at the time of initiation can now be characterised as contravening a number of

⁵⁴Koh Kheng-Lian, “ASEAN Environmental Protection in Natural Resources and Sustainable Development: Convergence versus Divergence?,” **Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law** 4 (2007): 46 cited by Nurhidayah, L., Alam, S. & Lipman, Z., op.cit., 48, at 183.

newly and widely recognised principles and norms of international environmental law”.⁵⁵

2) The Principle of Cooperation

Article 3 (2) of the Agreement states that:

The Parties shall, in the spirit of solidarity and partnership and in accordance with their respective needs, capabilities and situations, strengthen co-operation and co-ordination to prevent and monitor transboundary haze pollution as a result of land and/or forest fires which should be mitigated.

This provision authorises member states to interpret the obligations they are taking according to “their respective needs”. In this regard, it can be argued that the ATHP expressly allows states to prioritise their national interests including their domestic affairs over their duty to cooperate with one another in order to combat the fire and haze problem. Moreover, it provides that states shall strengthen their cooperation in accordance with their “capabilities” and “situations”. It is also given that the parties have their high discretion to cooperate according to the limits of their capabilities; also the level of cooperation can vary depending on differing internal situations. Even several environmental treaties at the international level regulate the state’s duties by relying upon socio-economic capabilities.⁵⁶

Additionally, the parties can either “jointly or individually” develop strategies and response plans to control risks to the environment,⁵⁷ as well as “individually or jointly” support scientific and technical research programmes “whenever possible”.⁵⁸ It could be argued that these provisions discourage the power of cooperation, particularly given the excuse to the developing countries to

⁵⁵Nathalie L. J. T. Horbach and Pieter H. F. Bekker, “State Responsibility for Injurious Transboundary Activity in Retrospect,” *Netherlands International Law Review* 50, 3 (2003): 328.

⁵⁶Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 66.

⁵⁷Article 10 (1).

⁵⁸Article 17.

refuse cooperation in various situations which they deem unilaterally appropriate. As in the case of Indonesian parliamentarians used to argue that to ratify the ATHP would place a heavy burden on Indonesia as the nation did not have enough funds to support the monitoring systems.⁵⁹ As a result, the ratification was withheld for twelve years. Moreover, Okowa points out that ASEAN should have been cooperating and exchanging scientific and technical information at the global level because ASEAN's example "should have been taken from the experience of European states, since it is in these regions that the problem of transboundary air pollution is most acute".⁶⁰

According to Article 12, Nguitragool argues that it has created a formal mechanism which encouraged closer cooperation.⁶¹ This includes developing a resource inventory which allows information sharing in terms of "existing resources for collective action such as airplanes and heavy machines", which did not happen before.⁶² On the other hand, Article 12 (3) provides that, if fires arise within its territory and the receiving party needs assistance, assistance may be requested from other states directly or through the ASEAN Centre. Coordination among its members through the ASEAN Centre to put out the fires depends upon the discretion of the receiving party.⁶³ Also assistance can only be employed upon request, with the consent and under the terms of the receiving party.⁶⁴ Only the receiving party may initiate the entry of fire personnel from an assisting party into its territory. Again, the receiving party alone must decide when the fire can no longer be extinguished by national authority and assistance from other parties is needed.⁶⁵ In such cases, they can declare an emergency situation. Since there are no clear standards of the

⁵⁹ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 76.

⁶⁰ Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 148.

⁶¹ Paruedee Nguitragool, *op.cit.*, 27, at 76.

⁶² Paruedee Nguitragool, *Ibid.*

⁶³ Article 5 (2), 12 (2).

⁶⁴ Article 12 (2).

⁶⁵ Article 5 (2).

minimum level of pollution to declare an emergency, it could lead to inconsistent discretion in determining the emergency situation depending upon domestic political will. As a result, a large measure of discretion of the receiving party has contributed to the ineffectiveness of the mitigation measures in dealing with the haze problems.

Indonesia as a receiving party has refused assistance in relation to the transboundary haze mitigation several times in the past. This includes the delay of entry of the Panel of Experts (POE) into the country in response to the haze problem.⁶⁶ Recently, in 2015, Indonesia rejected the offer of assistance from Singapore in suppressing the forest fires before its approval of assistance at later stage. According to Singapore's Minister for the Environment and Water Resources, Masagos Zulkifli, the approval was considered "almost a futile exercise". The haze crisis that year reflected the fact that the provisions which allow a source state to initiate the entry of fire personnel from an assisting party into its territory, without the explicit standard practice on how the source state should declare the emergency situations, can be considered as largely ineffective in preventing and mitigating measures. Moreover, the receiving party can determine the scope and terms of assistance,⁶⁷ as well as provide local facilities and service for the effective administration of the assistance "to the extent possible"⁶⁸, given that high discretion and inconsistent standards depend upon the internal affairs of the receiving party.

In order to empower the measures to mitigate the fires, emergency declaration standards, including hot spot standards should be explicitly determined. This can also prevent the influence of domestic politics. In particular, in ASEAN haze problem, Indonesia's patronage politics system may obstruct the fires suppression measures. If the emergency declaration standards, as well as the hot spot standards are explicitly determined, when a source state is unable to control the fires and they are beyond permissible thresholds of tolerance, other states

⁶⁶Helena M. Varkkey, op.cit., 24, at 71.

⁶⁷Article 12 (4).

⁶⁸Article 13 (2).

would be legally allowed to assist the source state to suppress the fires without its prior permission.

3) Precautionary Principles

Article 3 (3) of the Agreement states that:

The parties should take precautionary measures to anticipate, prevent and monitor transboundary haze pollution as a result of land and/or forest fires which should be mitigated, to minimise its adverse effects. Where there are threats of serious or irreversible damage from transboundary haze pollution, even without full scientific certainty measures shall be taken by Parties concerned.

This provision provides for the adoption of the precautionary principle as a voluntary measures. The agreement suggests that parties should take precautionary measures to prevent and monitor transboundary haze pollution, even if the scientific certainty remains unproven. It contains no clear target, nor guideline for parties to be regulated. Tan points out that the use of the word “should” imposes a weaker standard than “shall”. Also, it is non-mandatory language which “duly reiterates, as is the management and use of natural resources in an ecologically sound and sustainable manner”.⁶⁹ Thus, the member states have considerable discretion to determine the appropriate measure.⁷⁰ This could lead to inconsistency because the discretion of member states is dictated by domestic political factors, as in the case of Indonesia in particular, as will be discussed in detail in Part Four.

4) Principle of Notification and Information

According to Okowa, in an international environmental treaty, normally the provisions on notification and information will require the source state to give notice to potentially affected states prior to conducting activities that may

⁶⁹ Alan Khee-Jin Tan, *op.cit.*, 3, at 661.

⁷⁰ *Ibid.*, at 662.

entail considerable risk of pollution.⁷¹ The obligations should include informing the potentially affected states of dangerous activities which may pose a risk to public health, and providing any necessary information relating to the nature of the activity, the risks that might occur, as well as the damage it may cause. But the ATHP provides a different provision for notification and information. Due to Indonesia's domestic political issues, decentralisation of power to regional authorities has weakened the power of its central government. The central government itself is unable to actively control the burning activities occurring at national level, nor at regional level either. It could be argued that this reason has contributed to the ATHP, which was drafted without the above international standards to strengthen its effectiveness.

The obligation to notify and inform is provided in Article 4 (2), which requires the parties that “[w]hen the transboundary haze pollution originates from within their territories, respond promptly to a request for relevant information or consultations sought by a State or States”. This is merely a general provision which requires a source state to provide information sought by another state at the time transboundary haze pollution has arisen. It is not wide enough to include information sought by the potentially affected states prior to the occurrence of the haze. Thus, this provision leads to inefficient and ineffective preventive measures. According to Lian and Robinson, ASEAN is “ill equipped” to deal with urgent problems such as fires and haze due to its inappropriate response to the situation.⁷² The potentially affected state should be able to access and request any further relevant information prior to the occurrence of transboundary haze, as well as be able to know whether any fire-related risk activities have been initiated in the source state. This will empower the ability of the potentially affected state to collect information on the risks that may occur, and ensure an immediate response to the request of the source state whenever an emergency situation is declared in accordance with Articles 5(2) and 12. This is due to the reason that appropriate

⁷¹Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 136.

⁷²Koh Kheng Lian and Nicholas A. Robinson, *op.cit.*, at 10.

information and notification could provide early warning and develop related measures to deal with the transboundary pollution problem as an “[e]arly warning is only effective when it leads to early action for prevention.”⁷³

This provision is consistent with Article 5 which implicitly provides that the ASEAN Centre has no authority to request any fire-related information from the source state. It reflects the prominent characteristic of the ASEAN Way as non-intervention.

5) The Principle of Prevention

Article 3 (2) also provides for a duty to prevent transboundary haze pollution as member states shall strengthen co-operation and coordination to prevent and monitor transboundary haze pollution in accordance with the state’s capabilities and situations. Okowa suggests that this provision has implicitly applied state obligations in term of a requirement of due diligence depending on the state’s capabilities and situations.⁷⁴ He also argues that this standard of due diligence is not enough, as compared to an international performance standard like the Environmental Impact Assessment (EIA).⁷⁵

ASEAN states, in particular Indonesia, are engaged in a political patronage system and in. An EIA public participation process would be unable to hold transparency. In addition, ASEAN states are still far from a response to environmental degradation because they adhere to their absolute sovereign right.⁷⁶ As a result, the public participation principle was merely reiterated in Article 3 (5) that member states “should involve, as appropriate, all stakeholders, including local communities, non-governmental organisations, farmers and private enterprises” in order to address

⁷³United Nations, *A More Secure World: Our Shared Responsibility, A Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change* [Online], available URL: www.un.org, 2015 (October, 18).

⁷⁴Phoebe N.Okowa, *op.cit.*, 51, at 80.

⁷⁵*Ibid.*, at 87.

⁷⁶Nathalie L. J. T. Horbach and Pieter H. F. Bekker, *op.cit.*, 59, at 341.

transboundary haze pollution. It was drafted with voluntary language and no explicit guidelines for obligation or compliance.

Article 9 of the Agreement states that “[e]ach party shall undertake measures to prevent and control activities related to land and/or forest fires that may lead to transboundary haze pollution”. This can be achieved several ways as stated in Article 9 (a)-(g) of the ATHP, including by encouraging its member states to develop and implement legislative and regulatory measures to promote a zero burning policy. This provision merely provides a “procedural performance standard” as a general guide to regulation.⁷⁷ According to Nurhidayah, Alam and Lipman, “it does not directly forbid certain conduct”,⁷⁸ and contains no rules on state liability for damage.⁷⁹ Additionally, the important provisions on how to develop preventive measures and a national emergency response are absent.⁸⁰ This leaves it to the discretion of member states to overcome their difficulties in undertaking prevention measures. Additionally, Jerger points out that this provision was defined as a “conditional term”.⁸¹ Member states are left to take administrative, legislative and relevant measures to implement their own obligations. Although, the Agreement uses the word “shall” without any supervision mechanism nor coercive measure, it is merely non-mandatory language. Thus, it relies heavily on the responsibility of the source state to implement and comply.

Additionally, in undertaking preventive measures, Article 7(1) and (2) provide that member states are required to take their own measures to monitor forest fires and haze pollution by designating their own National Monitoring Centre to undertake monitoring thereof. Despite the haze problem being a common concern in the ASEAN region, there is no provision for the affected state to jointly

⁷⁷Ebinezer R. Florano, “Assessment of the “Strengths” of the New ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution,” *International Review for Environmental Strategies*, 4 (1), (2003): 139.

⁷⁸Ibid.

⁷⁹Ibid.

⁸⁰Parudee Nguitragool, *op.cit.*, 356–378 cited by Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 70.

⁸¹David B. Jerger, Jr., *op.cit.*, at 41.

monitor it. By virtue of the non-intervention principle stated in Article 3 (1), member states are free to interpret and apply the obligations they are taking on. Individual monitoring can be a disadvantage because developing countries may lack experts and technologies. In the ASEAN region, Singapore is best equipped with experts and satellite technology as well as monitoring stations,⁸² which can effectively mitigate haze. Hence, joint monitoring is more appropriate in mitigating regional haze.

3.1.3 The Procedures of the ATHP

1) Provision for Settlement of Disputes and the Liability Regime

Article 27 of the ATHP states that “[a]ny dispute between Parties as to the interpretation or application of, or compliance with, this Agreement or any protocol thereto, shall be settled amicably by consultation or negotiation”. This provision encourages the parties to settle the dispute in an amicable manner. It explicitly adopted the ASEAN Way of dispute resolution which is based on consultation and consensus.

As discussed earlier, consultation and consensus are traditional ways of regional engagement in dispute settlement. It is not a formal dispute settlement mechanisms; rather it is a matter of quiet diplomacy.⁸³ According to Florano, this agreement was drafted with the intention to “institutionalise the ASEAN Way of intergovernmental cooperation in the ATHP”.⁸⁴ It can be argued that this dispute settlement mechanism is not conflict resolution, but conflict avoidance.⁸⁵ Acharya also points out that avoiding conflict is just stalling to buy time because the conflict may re-emerge again in the future.⁸⁶ Despite the legally binding nature of the agreement, ASEAN member states are encouraged to settle disputes by consultation or negotiation rather than through the formal dispute resolution mechanism. Though the ASEAN Way is claimed to have led ASEAN to succeed with

⁸²Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 85.

⁸³Rodolfo C. Severino, *op.cit.*, 37, at 51.

⁸⁴Ebinezer R. Florano, *op.cit.*, 84, at 142.

⁸⁵Amitav Acharya and Ebooks Corporation, *op.cit.*, 21, at 67.

⁸⁶*Ibid.*

several multilateral negotiations, it is limited to matters of common interest which are mutually agreed by every member state.⁸⁷ Where the dispute involves a matter of national interest, sovereignty and territorial integrity, then it is most likely that no consensus will be reached and the dispute will remain unresolved.⁸⁸

In the case of ASEAN transboundary haze pollution, many Indonesian elite politicians treat their interests in oil palm plantations as national interests. In this respect, Indonesia's compliance will be inconsistent and will rely on political will and "dominant actors".⁸⁹ As a result, the dispute over the transboundary haze problem, which a number of the Indonesian elite politicians consider as an issue of national interest, would not be able to be solely resolved by this informal dispute settlement mechanism under the ATHP. The ATHP does not provide for a solution where the consultation process or negotiation fails to resolve the dispute. Also, there is no institution for settlement of disputes under this agreement. Nor has provision for disputes to be taken to the International Court or Arbitration. Thus, the dispute will remain unresolved. In the words of Djwandono, the problem is 'swept under the carpet'.⁹⁰ The absence of an effective dispute settlement mechanism will lead to other related issues including no civil liability or punitive measures, such as sanctions or suspension, which can be adopted under the agreement. As in the case of the ATHP, the agreement cannot regulate issues of responsibility or liability for damage that might arise in the event of non-compliance with its provisions. This is a significant factor resulting in transboundary haze pollution problems remaining unresolved under the ATHP.

⁸⁷ Amitav Acharya, *op.cit.*, 17, at 329-331.

⁸⁸ *Ibid.*, at 332.

⁸⁹ Alan Khee-Jin Tan, *op.cit.*, 3, at 664.

⁹⁰ Amitav Acharya and Ebooks Corporation, *op.cit.*, 21, at 67.

3.2 The Absence of Effective Dispute Settlement Mechanism under the ATHP

Despite all member states of ASEAN acceding to the ATHP as a legally binding agreement, they have resisted regional engagement of the ASEAN Way, and refused a formal dispute settlement mechanism both in theory and practice. The ATHP seemingly takes the form of soft law with voluntary principles and nonenforcement measures. It seems that the fires and haze situation cannot be resolved solely with the enforcement of this agreement due to the absence of effective dispute settlement mechanisms and coercive measures. Thus, by itself, the ATHP is an ineffective legally binding agreement.

In addition, the procedures for the parties' obligations in monitoring, preventing and mitigating the haze, do not make any difference from the concept of ASEAN Way. Varkkey points out that the effectiveness of the environmental agreement relies heavily on "the style of regional engagement in practice."⁹¹ It could be said that, while ASEAN puts forward the haze combat measures, it encourages its members to combat the haze to the extent that does not contravene the ASEAN Way of the non-intervention principle. National sovereignty remains uncompromised. This leaves the problem to be solved within the competence and responsibility of the source state. For this reason, the ASEAN failure to address the haze problem under this agreement has been forecasted.⁹² Furthermore, the absence of effective dispute settlement mechanisms and coercive measures imposes considerable limits on the development of the agreement as it is solely based on the voluntary compliance of states. The ATHP itself is unable to resolve any disputes which may arise. According to Florano, it can only be optimised if agreement can be reached and if all states are committed to full compliance.⁹³ Similarly, Tan points out, "[a]n international regime can be said to be 'effective' only when the rules which it prescribes are

⁹¹Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 70.

⁹²Lee Leviter, "The ASEAN Charter: ASEAN Failure or Member Failure?," **International Law and Politics** 43 (1) (2010): 166.

⁹³Ebinezer R. Florano, *op.cit.*, 84, at 132.

adequately implemented and enforced, eliciting a high degree of compliance by the target actors.”⁹⁴ In other words, the effectiveness of the ATHP in addressing the fire and haze problems depends largely on the responsibility of the source state, particularly Indonesia, to implement and comply.

The absence of effective dispute settlement mechanisms and coercive measures for non-compliance have contributed to an ineffective agreement similar to the previous non-binding accords. This was a clear case in 2013, when Indonesia, claiming internal legal barrier, refused to cooperate with Singapore by not sharing concession maps to enable precise location of fires and identification of the plantation companies involved.⁹⁵ This led to delays in the haze monitoring system that Singapore has initiated to combat the haze problem in the region. Although Indonesia had not yet ratified the ATHP at that time but Indonesia is a member of the Sub-Regional Ministerial Steering Committee on Transboundary Haze Pollution (MSC), which is similar to the ATHP in respect of the activities that parties are required to take in order to combat the haze.⁹⁶ Thus, Indonesia was obliged to cooperate with its neighbours in order to combat the fires in accordance with the MSC, but without the legally binding force of its non-binding accord, with which Indonesia had no actual binding responsibility to comply.

The absence of an effective dispute settlement mechanism and coercive measure led the ATHP to an inefficient and ineffective legally binding agreement. A recurrence of transboundary haze pollution almost annually, causing adverse effects to neighbouring states is clear evidence that the transboundary haze pollution problem cannot be effectively addressed under this agreement. The affected states cannot rely on the ATHP; rather they have to seek other measures. This also can be seen from the case of Singapore, who could not seek cooperation from Indonesia in order to effectively address the problem, and so established its own Transboundary Haze Pollution Act in 2014, to prosecute Singaporean

⁹⁴ Alan Khee-Jin Tan, *op.cit.*, 3, at 648.

⁹⁵ Nurhidayah, L., Alam, S. & Lipman, Z., *op.cit.*, 46, at 190.

⁹⁶ David B. Jerger, Jr., *op.cit.*, 45, at 43.

individuals and companies that contribute to the transboundary haze pollution. Consequently, in 2015, Singapore even issued a Preventive Measures Notice under the Transboundary Haze Pollution Act to warn several Indonesian companies which have offices in Singapore, ordering them to extinguish any fires in the concession areas, or to prevent their spread, and to discontinue any burning activities on such land. For this reason, ASEAN fails to meet the expectations of the affected states by establishing an unenforceable agreement. A possible solution to overcome this situation will be discussed in Part Five: to claim compensation from Indonesia under international law, as Indonesia is under an obligation to compensate for damage it has caused.

4. The Relevant Problems

4.1 Interstate Cooperation between Indonesia, Malaysia and Singapore

1) State Sovereignty in Indonesia and the Non-intervention Principle

Indonesia adheres to the principle of state sovereignty and non-intervention because of its previous long standing experience of external intervention resulting from its history of colonisation.⁹⁷ Indonesia was a Dutch colony until the middle of the twentieth century.⁹⁸ Besides, Indonesia has gained sovereignty with the shedding of blood.⁹⁹ This fact, coupled with the external intervention within Southeast Asian states during the cold war conflict,¹⁰⁰ led Indonesia to suspect and refuse international assistance on most occasions.¹⁰¹ Indonesia normally treats external assistance as domestic intervention. According to

⁹⁷ Paruedee Nguitragool, op.cit., 27, at 146.

⁹⁸ Helena M. Varkkey, op.cit., 19, at 88.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Paruedee Nguitragool, op.cit., 27, at 147; Helena M. Varkkey, op.cit., 19, at 88.

¹⁰¹ Judith Mayer, "Transboundary Perspectives on Managing Indonesia's Fires," *The Journal of Environment & Development* 15 (2) (2006): 205; Paruedee Nguitragool, op.cit., 26, at 146.

Mayer, external assistance was even treated as a “threat to Indonesian sovereignty”.¹⁰² This was the precise challenge faced in the early 1980s: Indonesia had received assistance and a plan from Germany in relation to forest fires, but refused to carry it out.¹⁰³ Furthermore, in an Intergovernmental Negotiating Committee Meeting for the ATHP in 2001, Indonesia had no trust in external intervention in the form of assistance. This led to the creation of a provision of the ATHP, which allowed the source state of pollution (Indonesia in particular) to accept or refuse assistance offered by other countries at its discretion.¹⁰⁴

According to Transparency International the global coalition against corruption’s report, Indonesia is one of the world’s most corrupt countries. A significant reason behind Indonesia’s strong adherence to state sovereignty and the non-intervention principle is the corrupt patronage system in the country, which the Indonesian government does not want to be exposed internationally.¹⁰⁵ Thus they refuse most external assistance which they consider to be domestic intervention.

2) Interstate Cooperation between Indonesia and Malaysia

With Malaysia, Indonesia has had a territorial dispute over the Borneo islands of Litigan and Sipadan, and the country lost these two islands to Malaysia in 2002 under the judgment of the International Court of Justice.¹⁰⁶ The conflicts between these two countries is rooted in political and historical tensions relating to territory, as well as ethnic differences between the Javanese government in Jakarta and the Malay ethno-linguistic group in Sumatra.¹⁰⁷ According to Nguitragool, the Javanese President, Suharto, was firmly convinced that Malaysia was against him.¹⁰⁸ She also indicates that Indonesia suspected that Malaysian assistance was “part of

¹⁰² Judith Mayer, *Ibid.*

¹⁰³ A. K. J. Tan, *op.cit.*, 47, at 841-843.

¹⁰⁴ Article 12; Paruedee Nguitragool, *op.cit.*, 27, at 146.

¹⁰⁵ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 77.

¹⁰⁶ Case Concerning Sovereignty Over Pulau Litigan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia) Judgment of 17 December 2002.

¹⁰⁷ Paruedee Nguitragool, *op.cit.*, 27, at 65.

¹⁰⁸ *Ibid.*, at 65.

the conspiracy to tarnish the reputation of the Javanese President” and to exploit this change as an opportunity to become a new ASEAN leader.¹⁰⁹ She indicates that Malaysia once sent 1,200 troops to Indonesia to suppress the fires without authorisation from Indonesia.¹¹⁰ Indonesia took it seriously as an effort to intervene in its internal affairs and as an effort to embarrass Indonesia internationally.¹¹¹

3) Interstate Cooperation between Indonesia and Singapore

At the beginning of the haze episode, Singapore had seriously kept up with the ASEAN Way of non-intervention in its neighbours’ internal affairs, avoiding criticism of Indonesia and leaving Indonesia to handle the situation as its own internal affair.¹¹² Although, the transboundary haze situation become worse during 1997-1998, and the Singaporean public requested their government to claim for compensation from the Indonesian government for transboundary damages, initially Singapore still firmly upheld the norms of the ASEAN Way.¹¹³ However, because the transboundary haze kept on blanketing the territory of Singapore almost annually, which adversely affected the health of the nation, coupled with the fact that the Indonesian government has not taken the transboundary haze problem seriously,¹¹⁴ Singapore has had to tackle the problem by other measures of engagement.¹¹⁵ This includes financial and technical support to Indonesia in the form of aircraft for cloud seeding, satellite images of hot spots and other software and hardware equipment, as well as enabling the cooperation by bilateral agreement. However, Indonesia did not fully appreciate Singapore’s assistance. Varkkey points out the dissatisfaction of Indonesia who claimed that Singapore was a barrier to its economic development.¹¹⁶

¹⁰⁹ Paruedee Nguitragee, 65, 147.

¹¹⁰ *Ibid.*, 65.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 4, at 88, 89.

¹¹³ Judith Mayer, *op.cit.*, 112, at 208.

¹¹⁴ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 4, at 88.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 93.

Indonesia refused extensive cooperation with Singapore on various occasions.¹¹⁷ With the problems remaining unresolved, Singapore sought international assistance by raising the issue of transboundary haze at the United Nations General Assembly in October 2006.¹¹⁸ Indonesia insisted on the ASEAN Way of non-intervention, and avoided discussion on this issue at the International level.¹¹⁹ As a result, Singapore needed to seek its own national mechanisms including the establishment of the Transboundary Haze Pollution Act in 2014, to prosecute Singaporean individuals and companies that contributed to the transboundary haze pollution.¹²⁰

4.2 Domestic Politics and Corruption in Indonesia Resulting in the Capacity to Comply with the ATHP

In Indonesia, corruption among government agencies, both at central and regional levels, leads to an absence of cooperation in forest fire management measures. Consequently, the prosecutorial and judiciary procedures are also inefficient and ineffective due to the corruption of such authorities. The courts are usually influenced by bribery, resulting in the protection of the plantation interests.¹²¹ According to Tan, the prosecution of illegal logging and burning has become burdensome due to a corrupt Indonesian judiciary.¹²² Moreover, the law focuses on punishing individuals rather than the corporate body.¹²³ In 1997, 176 companies were identified as suspect of violating the law by instigating large scale forest burning, but 19 companies had been indicated as forest burners and only four had been prosecuted.¹²⁴ Recently, despite Indonesia's efforts to prosecute a number of perpetrators, the court still imposes lenient punishments by ordering

¹¹⁷Helena M. Varkkey, at 88.

¹¹⁸Paruedee Nguitrageol, *op.cit.*, 27, at 118.

¹¹⁹Nurhidayah, L., Alam, S. and, Z. Lipman, *op.cit.*, 46, at 197.

¹²⁰Nurhidayah, L., Alam, S. and, Z. Lipman, *op.cit.*, 46, at 197.

¹²¹Alan Khee-Jin Tan, *op.cit.*, 3, at 682-683.

¹²²*Ibid*, at 678.

¹²³Judith Mayer, *op.cit.*, 112, at 212.

¹²⁴Charles Victor and Barber James Schweithelm, *op.cit.*, 1, at 8.

them to pay small penalties.¹²⁵ This leads to ineffective enforcement of fire management legislations.¹²⁶

According to Varkkey, oil palm plantations are the foundation of patronage networks in Indonesia.¹²⁷ She points out that the major oil palm plantation companies normally appoint a board of commissioners from retired senior government officials, who are well connected with the ruling elite.¹²⁸ Thus, Indonesian elites who have close patronage links with oil palm companies are against the fires management laws because they concern a forest as a major interest and will thus try to protect the interests of the oil palm plantations.

This was one particular response, but repeated on several occasions. In 2006, Indonesia politicians stated that “nothing could be done about the haze except to wait for a change in weather conditions.” Moreover, the fact of Indonesia’s decision to withhold ratification of the ATHP for twelve years is also prominent evidence. On several occasions the elite politicians succeeded in obstructing the ratification in parliament.¹²⁹ It could be argued that they would definitely use their power again in order to protect their own interests.

Thus, interstate cooperation between Indonesia and other countries in addressing the transboundary haze problem, in accordance with the ATHP, would be extremely difficult. Additionally, it could be argued that Indonesia knew from the beginning that the country would lack the capability to effectively cooperate with other ASEAN countries in implementing and complying with the ATHP. This is due to the fact of Indonesian efforts to exclude the coercive measures from the ATHP during the negotiation of the agreement.¹³⁰ Moreover, Indonesia cooperates with

¹²⁵ Alan Khee-Jin TAN, *op.cit.*, 104, at 14-15.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 67.

¹²⁸ Helena M. Varkkey, *Ibid.*

¹²⁹ Helena M. Varkkey, *Ibid.*, 24, at 74.

¹³⁰ Alan Khee-Jin Tan, *op.cit.*, 3, at 664-665.

other states under its own established conditions. This has enabled Indonesia to ensure that the haze mitigation measures are under its control.¹³¹

Furthermore, at the emergency meeting of regional environment ministers in July 2013, Indonesia insisted on not revealing its plantation concession maps giving the precise location of the fires and the concession holders.¹³² Likewise, Indonesia has established a condition to establish a new national map to be shared with other member states, which is called “One Map Initiative”.¹³³ In this regard, cooperative sharing of information will not occur until the national map is introduced.¹³⁴

In addition, the ASEAN Way as non-intervention and national sovereignty has empowered the patronage politics system.¹³⁵ ASEAN cannot extensively discuss the patronage politics system, forest concessions, or other related issues which are the root cause of fires and haze because these are deemed to be the internal affairs of Indonesia. As a result, Indonesia can hide the real problem behind the forest fires and the resulting haze remains unresolved. In this regard, if the Indonesian patronage politics systems has remained influential, effective enhanced cooperation within the ASEAN region to mitigate the haze in accordance with the ATHP, is still far from accomplished. In conclusion, the transboundary haze pollution that occurs almost annually shows that Indonesia is unable to effectively cooperate with other ASEAN countries. It also shows that Indonesia is not ready to implement and comply with the ATHP in addressing the problem of transboundary haze.

4.3 Indonesia’s Breach of the ATHP and International law

The Indonesian law, which permits land clearing by fires to be continued for plots of land under two hectares,¹³⁶ contravenes the ATHP, which prescribes a zero

¹³¹ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 71-72.

¹³² Alan Khee-Jin TAN, *op.cit.*, 47, at 2-4, 17.

¹³³ *Ibid.*, at 3.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 66.

¹³⁶ Helena M. Varkkey, *Ibid.*, 19, at 91.

burning policy, as indicated in Articles 9 (a), (d) and (g). In addition, even after Indonesia's ratification in 2014, the haze crisis occurred again in 2015. This shows that Indonesia has failed to comply with the monitoring provision, in accordance with Articles 7 and 9 (e).

Under the state responsibility principle, Indonesia has to be responsible towards those affected states, due to its failure to perform its obligations under a customary international law, the state responsibility which comprises the obligation not to cause any harm to territories beyond the jurisdiction of any state and the obligation to pay compensation for the damage caused. These obligations hold Indonesia responsible for polluting activities, that it causes either directly or indirectly under private control.¹³⁷

State responsibility is engaged if the state fails to perform its obligations with due diligence.¹³⁸ To avoid state responsibility, Indonesia would have to prove that its government had taken all necessary steps to prevent or minimise the risk of significant transboundary damage. In this regard, appropriate due diligence must be exercised, as well as a number of preventive obligations imposed on the source state aiming at taking appropriate measures to prevent or minimise transboundary damages need to be established.¹³⁹ Indonesia has to take all appropriate measures to prevent and control activities, undertaken within its jurisdiction, from causing transboundary harm.

Considering in detail whether a state has done due diligence to an appropriate standard, Okowa points out that it can be tested against the background of what other reasonable governments would do in the same situation.¹⁴⁰ In this regard, Indonesia refused assistance from other states to suppress the fires several times before accepting the assistance at a later stage: this was clear evidence of an inappropriate level of due diligence. The most recent situation was in 2015, when

¹³⁷ Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 66.

¹³⁸ A. K. J. Tan *op.cit.*, 47, at 833; Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 66.

¹³⁹ Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 66.

¹⁴⁰ *Ibid.*, at 82.

Indonesia rejected an offer of assistance from Singapore to help suppress the forest fires before its approval of assistance at a later stage. This assistance was considered to be almost futile. On the contrary, a reasonable government would rather have welcomed assistance to combat the fires from the first stage.

In addition, a reasonable government would cooperate in good faith and seek the assistance of the international organisation in preventing or minimising the risk of significant transboundary harm,¹⁴¹ but Indonesia kept the haze issue quiet from other participants at global level. This was a clear case when Singapore raised this issue at the United Nations General Assembly in 2006,¹⁴² where appropriate assistance could have been sought. In this regard, Indonesia has been lacking in its exercise of appropriate due diligence. In addition, due diligence includes other relevant obligations in order to minimise the harm.¹⁴³ These obligations include the need to provide the potentially affected states with timely notification of the risk and the assessment,¹⁴⁴ and to transmit the available technical and all other appropriate relevant information,¹⁴⁵ as well as to enter into consultations in order to achieve an agreement on the preventive measures to be taken.¹⁴⁶ It should be noted that several international obligations are not regulated within the ATHP. Thus, Indonesia has breached international standards of due diligence, but not breach the ATHP, in some respects. This is another evidence that the ATHP itself is inconsistent with international standards as it was created under the constraint of the ASEAN Way, which led to its ineffectiveness.

Under the customary international law regarding state responsibility, an affected state has a right to be compensated for all transboundary damage caused

¹⁴¹Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, article 4.

¹⁴²Helena Varkkey, *op.cit.*, 4, at 95; Paruedee Nguitragee, *op.cit.*, 34, at 118.

¹⁴³A. K. J. Tan, *op.cit.*, 47, at 840.

¹⁴⁴Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, article 8.

¹⁴⁵Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, article 8.

¹⁴⁶Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, article 9.

by Indonesia.¹⁴⁷ Tan suggests that the duration of the breach has “important bearings on theatre and extent of a state responsibility.”¹⁴⁸ As long as Indonesia has no further appropriate measures to prevent and punish the perpetrators, it could be said that it has continued to be in breach of customary international law. As a result, the affected states can claim that Indonesia has not complied with the ASEAN Charter by not upholding an international law, and thus they can refer the dispute to the ASEAN Summit for its decision.¹⁴⁹ Rules for reference of the dispute to the ASEAN Summit in relation to non-compliance were adopted under Article 20(4) of the ASEAN Charter and the 2010 Protocol on Dispute Settlement Mechanism (DSMP) which will be discussed further.

5. The Solution: The Dispute Settlement Mechanisms under the ASEAN Charter

While the ATHP is a legally binding agreement, it contains no provision for either a liability regime or the imposition of sanctions. Despite ATHP’s fundamental aims to combat transboundary haze pollution, it has no coercive measures to enforce parties to abide by the agreement. When disputes arise, Article 27 of the ATHP requires the disputing parties to settle the dispute by consultation and negotiation. It does not provide any further methods for resolution where the consultation and negotiation has failed to solve the problem. Indonesia is engaging its state responsibility according to international law. Nevertheless, Indonesia will never agree with the affected states to bring the disputes to the International Court of Justice for a judgement. This is due to the fact that Indonesia has recognised its responsibility over transboundary haze pollution, as can be seen from the statements of apology that Indonesia’s President has made to its neighbours several times since President Suharto’s regime.

¹⁴⁷Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, article 8 and article 36.

¹⁴⁸Phoebe N. Okowa, *op.cit.*, 51, at 172

¹⁴⁹Article 20 (4).

The ASEAN Charter was the effort to form an EU-style regulatory institution; however ASEAN is still disinclined to become involve in a regional regulatory body.¹⁵⁰ This can be seen from consultation and consensus decision making which still adhere to Article 20 of the ASEAN Charter. Even though the ASEAN Way's decision making still adhere to the ASEAN Charter, other formal dispute settlement mechanisms have been added to Chapter 8 of the ASEAN Charter. In addition, other measures for settlement of unresolved disputes have been pointed out, as a significant step toward conflict resolution in ASEAN. As a member of the ASEAN, Indonesia has a binding commitment to adhere to the ASEAN Charter, which is the highest legal constitution of the ASEAN. The affected states have a method for setting disputes with Indonesia over the transboundary haze issue by seeking a decision from the ASEAN Summit.

The dispute settlement mechanism under the ASEAN Charter provides possible solution because the dispute could be disclosed and solved without Indonesia's consent. This is different from resorting to conciliation, mediation or arbitration, which can only be done with the mutual consent of both parties. Therefore, in the case where Indonesia does not comply with the ATHP or international law as state responsibility, resulting in transboundary haze and damage to affected states, the affected states possess the right to refer the dispute to the ASEAN Summit for its decision. This solution will strengthen the ATHP with a formal dispute settlement, which bind both disputing parties. It can be an effective way to tackle the problem.

The Dispute Settlement Mechanisms under the ASEAN Charter

Prior to the signing of the ASEAN Charter in 2007, there had been 40 years where there was no explicit mechanism for settlement of disputes nor an ability to monitor compliance with any regional or international instruments. In 2007, ASEAN members agreed to sign the ASEAN Charter, which created a legal personality for

¹⁵⁰ Amitav Acharya, *Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the problem of regional order*, 2nd ed. (Routledge: Oxon, 2009), p. 181.

the ASEAN states.¹⁵¹ ASEAN has therefore become a legal international organisation with the effect of legally binding all its members in the same way that the European Union binds its member states.¹⁵² The ASEAN Charter has been in force since 15 December 2008, equipped with a formal legal structure, norms, rules and values.¹⁵³ Most importantly it strengthens compliance among its member states by establishing an overarching dispute settlement mechanism in all areas of cooperation.

After the ASEAN Charter was enacted, a dispute resolution mechanism was formally settled in Chapter 8. This mechanism follows the dispute settlement mechanism of the UN Charter. Additionally, the Protocol on Dispute Settlement Mechanism (DSMP) and its 6 annexes¹⁵⁴ were introduced in 2010 to strengthen the formal dispute settlement mechanism in accordance with Article 25 of the ASEAN Charter. A prominent characteristic of the DSMP can be attributed to the provision which provides for consultation within an exact timeframe,¹⁵⁵ and the “possibility to convene an arbitral tribunal”, as well as the potential involvement of a third party.¹⁵⁶ However, to date, the DSMP has not yet been utilised. Hence, at this moment, only the ASEAN Charter is applicable in formal settling of the dispute. The dispute settlement mechanisms under the ASEAN Charter involve an amicable settlement which includes good office, conciliation and mediation, as well as the requirement of a formal tribunal for arbitration. If the dispute cannot be settled and remains

¹⁵¹ASEAN Charter, article 3.

¹⁵²Krit Kraichitti, **Dispute Settlement Mechanisms for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward** [Online], available URL: <https://www.Aseanlawassociation.org/12GAdocs/workshop5-thailand.pdf>, 2015 (June, 11).

¹⁵³Krit Kraichitti, *Ibid.*

¹⁵⁴The annexes attached in the DSMP are Rules of Good Offices, Rules of Mediation, Rules of Conciliation, Rules of Arbitration, Rules for Reference of Unresolved Disputes to the ASEAN Summit and Rules for Reference of Non-Compliance to the ASEAN Summit.

¹⁵⁵Protocol to The ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms 2010, article 8 and 9.

¹⁵⁶Protocol to The ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms 2010, article 8 and 13.

unresolved, it will be treated as an “unresolved dispute” and referred to the ASEAN Summit as a last resort.¹⁵⁷

The ASEAN Summit, a supreme organisation of ASEAN, comprises the heads of state or the governments of its member states,¹⁵⁸ and they possess the right to decide on unresolved disputes or other matters referred to it under Chapters 7 and 8.¹⁵⁹ The ASEAN Coordinating Council (ACC) comprises the foreign ministers of the ASEAN states,¹⁶⁰ who play a significant role in facilitating the dispute settlement mechanisms. The ACC may direct the disputing parties to resolve their disputes through various means, as indicated in the ASEAN Charter.¹⁶¹

The dispute settlement mechanisms under the ASEAN Charter have served as an overarching framework. In the case of disputes related to specific ASEAN agreements, Article 24 (1) of the ASEAN Charter provides that it “shall be settled through the mechanisms and procedure provided for in such instruments.” In the case of disputes not concerning the interpretation or application of ASEAN agreements, Article 24(2) of the ASEAN Charter provides that it “shall be resolved peacefully in accordance with the Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia and its rules of procedure”. In the case of disputes involving the interpretation or application of ASEAN economic agreements, Article 24 (3) provides that the Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism shall be used to resolve the dispute. In a case when appropriate application of the dispute settlement mechanisms was followed, but the dispute remains unresolved, there are further options under the ASEAN Charter to resolve the dispute. For instance, in the case of transboundary haze pollution causing significant harm to affected states, the affected states may claim compensation from Indonesia through the dispute settlement mechanisms as follows:

¹⁵⁷ ASEAN Charter, article 26.

¹⁵⁸ ASEAN Charter, article 7 (1).

¹⁵⁹ ASEAN Charter, article 7 (2) (e).

¹⁶⁰ ASEAN Charter, article 8.

¹⁶¹ Protocol to The ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms 2010, article 9.

1) According to Article 24(1) of the ASEAN Charter, the affected states shall resolve the dispute through consultation and negotiation in accordance with Article 27 of the ATHP. However, if the process has failed, the dispute will be treated as an “unresolved dispute”. The affected states can then refer the unresolved dispute to the ASEAN Charter for its decision in accordance with Article 26 of the ASEAN Charter.

2) The affected states may resolve the dispute by resorting to good offices, conciliation or mediation in accordance with Article 23 of the ASEAN Charter. However, this can only be done with the consent of Indonesia.

3) The affected states may resolve the dispute by establishing an arbitral tribunal in accordance with Article 25 of the ASEAN Charter. However, this also can be done with the consent of Indonesia.

4) The affected states may raise a relevant provision and claim that Indonesia does not comply with the ASEAN Charter. For instance, the affected states may claim that Indonesia does not uphold international law in accordance with Articles 20 (4) and 2 (j) of the ASEAN Charter.

5.1 General Dispute Settlement Mechanisms

1) Consultation and Negotiation

ASEAN member states are required to resolve disputes peacefully through dialogue, consultation and negotiation.¹⁶² Article 24(1) of the ASEAN Charter provides that, where specific ASEAN agreements provided dispute settlement mechanisms, the dispute relating to the agreement should be settled in the manner specified. Hence, in case of the ATHP, parties shall settle the dispute by consultation and negotiation in accordance with Article 27. However, the ATHP does not provide any solution when the consultation process or negotiation has failed to resolve the dispute. Instead, Article 26 of the ASEAN charter stipulates that, if a dispute remains unresolved, after resort to the mechanisms and procedures

¹⁶² ASEAN Charter, article 22.

provided in such agreement, the dispute shall be brought to the ASEAN Summit for its decision.

2) Good Offices, Conciliation and Mediation

Article 23(1) of the ASEAN Charter states that, “Member States which are parties to a dispute may at any time agree to resort to good offices, conciliation or mediation in order to resolve the dispute within an agreed time limit.” The process involves the settlement of disputes by a third party with a peaceful mechanism. In this regard, the Parties to the dispute may agree to request the Chairman of ASEAN, or the Secretary General of ASEAN, to provide good offices, conciliation or mediation as a third party.¹⁶³

International conciliation and mediation are recognised as a flexible and non-binding process.¹⁶⁴ The disputing parties are requested to comply with the findings, recommendations or decisions resulting from the conciliation or mediation processes. If the offending party fails to comply, the party affected by non-compliance may refer the issue to the ASEAN Summit for its decision, in accordance with Article 27 (2) of the ASEAN Charter.

However, these dispute settlement mechanisms may lead to an unfair advantage if third parties are “polarized and antagonistic”.¹⁶⁵ Furthermore, to resort to these mechanisms, the mutual consent of both parties is required. Thus, without Indonesia’s consent, the dispute will remain unresolved.

3) Arbitration

The parties to the dispute may mutually agree to establish an arbitral tribunal to resolve the disputes relating to the interpretation or application of the ASEAN Charter or any other ASEAN agreements. Article 25 of the ASEAN Charter states that, “appropriate dispute settlement mechanisms, including arbitration, shall be established for disputes which concern the interpretation or application of this

¹⁶³ ASEAN Charter, article 23 (2).

¹⁶⁴ Linda C. Reif, “Conciliation As A Mechanism For The Resolution Of International Economic And Business Disputes,” *Fordham International Law Journal* 14 (3) (1990): 580.

¹⁶⁵ Linda C. Reif, *Ibid.*, at 586.

Charter and other ASEAN instruments” unless otherwise specifically provided. However, the form of dispute settlement mechanism under this article has not clearly determined.

Whereas the parties are free to agree on the procedure of appointing the arbitrators, the arbitrator is also free from the control of the parties. This is to guarantee the independence and impartiality of the arbitrator. Once the arbitrator has made a ruling, it is final and both parties are bound by the ruling. There is no procedure for appeal through any judicial proceeding. This mechanism allows affected states to claim for compensation from Indonesia. However, this can only be done with the consent of Indonesia.

In the case that the dispute remains unresolved after application of all the appropriate dispute settlement mechanisms, as set forth in Articles 22, 23, 24 and 25 of the ASEAN Charter, the parties to the dispute can refer the dispute to the ASEAN Summit for its decision in accordance with Article 26 of the ASEAN Charter.

Additionally, in a case where Indonesia has agreed to resort to the dispute settlement mechanisms mentioned above, but has not complied with the findings, recommendations or decisions resulting from the said mechanisms, the other party to the dispute may also refer the dispute to the ASEAN Summit for its decision under Article 27 (2) of the ASEAN Charter.

5.2 Dispute Settlement Mechanism concerning Non-compliance or Serious Breach of the Charter

1) Serious Breach of the ASEAN Charter

In the case of serious breach of the ASEAN Charter, Article 20(4) provides that “the matter shall be referred to the ASEAN Summit for its decision.” In the case of the transboundary haze pollution that has caused damage to the affected states, they may claim for compensation from Indonesia by raising Article 20(4) together with Article 2 (k), then refer the dispute to the ASEAN Summit for its decision .

Article 2 (k) states that:

ASEAN and its Member States shall act in accordance with the following Principles:

(k) abstention from participation in any policy or activity, including the use of its territory, pursued by any ASEAN Member State or non-ASEAN State or any non-State actor, which threatens the sovereignty, territorial integrity or political and economic stability of ASEAN Member States”

Indonesia must regulate its activities as well as take responsibility for polluting activities directly caused within its jurisdiction. Thus, Indonesia must be responsible for the resulting transboundary haze which directly causes direct damage to affected states. However, in order to legally refer the matter in relation to Article 2 (k) and 20 (4) to the ASEAN Summit, the affected states must claim that the action or the omission of Indonesia, which violates the ASEAN Charter, has led to the threat of their political stability as well as economic stability in both respects.

The haze may impact on many relevant issues. Undoubtedly, the haze crisis has adversely impacted on the economic stability of the affected states. However it is unclear whether it also has a potential impact on their political stability. If the DSMP comes into force in the future, the affected states may refer this vagueness to the ASEAN Summit for its interpretation of this statement, in accordance with Article 2 of the DSMP. (To date the DSMP has yet to be ratified.)

2) Non-compliance with the ASEAN Charter by not upholding International Law of “State Responsibility”

While the DSMP has yet to be ratified or put into force, the affected states may raise Article 2(j) and 20 (4), claiming that Indonesia, by not upholding an international law, does not comply with the ASEAN Charter. Thus the affected state may refer the matter to the ASEAN Summit for its decision.

In the case of non-compliance with the ASEAN Charter, Article 20 (4) provides that “the matter shall be referred to the ASEAN Summit for its decision.” Also, Article 2 (j) states that member states shall uphold “the United Nations Charter and international law, including international humanitarian law, subscribed to by ASEAN Member States”. In the case of Indonesia, it can be argued that Indonesia

does not uphold the international customary law of “state responsibility”, thus does not comply with the ASEAN Charter. This arises from Indonesia’s failure to avoid environmental harm to other states and to pay compensation for the damage it has caused as previously discussed.

The settlement of disputes by referring the issue to the ASEAN Summit under Chapters 7 and 8 of the ASEAN Charter is a diplomatic political concern. Serious cases such as a serious breach of international human rights,¹⁶⁶ threats to sovereignty, territory integrity or the political and economic stability of other member states,¹⁶⁷ which cannot be settled through the regular form of consensus decision-making, can also be referred directly to the ASEAN Summit. While the dispute settlement mechanism is regulated under the ASEAN Charter, the ASEAN member states are not prohibited from having recourse to the modes of peaceful settlement contained in Article 33(1) of the Charter of the United Nations, or any other international legal accords to which the disputant states are parties.¹⁶⁸

6. Conclusion

Forest fires and the resulting haze have caused considerable transboundary pollution problems affecting the environment at all levels. At the regional level, ASEAN has initiated the ATHP as a legally binding agreement to establish the framework for ASEAN cooperation to address the problem of transboundary haze pollution. Previously, several ASEAN member states have tried to pressure Indonesia into ratifying the ATHP with the hope of creating regional cooperation and solving the transboundary haze problem effectively. However, as discussed in Part Three, the ATHP was created and influenced by the ASEAN Way in two significant respects. These are the non-intervention principle and the settlement of disputes by consultation and consensus mechanism. This makes the ATHP weak, and similar to soft

¹⁶⁶ Article 2 (j) and 20 (4).

¹⁶⁷ Article 2 (k) and 20 (4).

¹⁶⁸ ASEAN Charter, article 28.

law or non-binding agreements in the past. As a result, the ATHP is unable to successfully solve the transboundary haze pollution problems in the region.

The absence of enforcement and monitoring measures as well as an effective dispute settlement mechanism lead to non-compliance, and result in the failure of the ATHP. This is evident in the transboundary haze pollution that has recurred almost annually, for more than 30 years. Although Indonesia ratified the ATHP on October 14, 2014, it has not seemed to tackle the problems any better since ratification. This is because Indonesia had already implemented a zero burning policy and other forest fires prevention measures in its country since President Suharto's regime. Even some Indonesian parliamentarians once expressed their view that the ratification would make no difference as Indonesia has already implemented the law prohibiting illegal burning.¹⁶⁹ It could be said that the absence of effective dispute settlement mechanisms and coercive measures have caused the problem of transboundary haze pollution to remain unresolved. The affected neighbouring states are unable to claim compensation for damages caused by Indonesia under the ATHP. The situation which cannot claim for civil liability makes the ATHP inefficient and ineffective in preventing the environmental crimes because it will not deter the perpetrator's behaviour. If the affected states call for Indonesia to be responsible for the damage it has caused by referring the dispute to the highest organ of the ASEAN: the ASEAN Summit, they can claim that Indonesia did not comply with the ASEAN Charter by not upholding international law; breaching the state responsibility principle because Indonesia was under due diligence in preventing and controlling the activities in its territory. As a result, the transboundary haze pollution problem will not be kept quiet or "under the carpet".¹⁷⁰ But rather it will be brought out to the regional level. In this regard, other member states considered as having a "substantial interest" can also join the case as a third party, in accordance with Article 13 of the DSMP. However, there is yet to be established an explicit framework on how the ASEAN Summit will proceed after the dispute is

¹⁶⁹ Helena M. Varkkey, *op.cit.*, 24, at 74.

¹⁷⁰ Amitav Acharya and Ebooks Corporation, *op.cit.*, 21, at 67.

referred to it for its decision.¹⁷¹ Woon suggests that the ASEAN Summit is not a judicial body, but that the dispute could be forwarded to international arbitration or to the International Court of Justice for its judgment.¹⁷² In this regard, the involvement of the ICJ would mean that the global community has to acknowledge the problem and to solve it through the ICJ which represents a global organisation.

It could be argued that the ASEAN Summit may settle the dispute by consultation and consensus, as indicated in Article 20(1) of the ASEAN Charter, but, as such, the problem may still remain unresolved. However, whatever dispute settlement mechanism will be used by the ASEAN Summit, it is hoped that Indonesia will comply with the decision resulting from the ASEAN summit, because non-compliance is a serious breach of the ASEAN Charter. In addition, there is also a hope that the Indonesian President, as a member of the ASEAN Summit, would save his face and show his leadership and responsibility at the regional level by accepting responsibility for compensation to some degree. This hope arises from the fact that Indonesia is committed in its state responsibility towards affected states and Indonesia can be seen to have adopted this state responsibility principle because Indonesia's President has publicly apologised several times to the affected states, as mentioned earlier.¹⁷³ Therefore, if the affected states claim compensation at the ASEAN Summit, and the others ASEAN member states all agree that Indonesia should be liable for the damages, then Indonesia might show responsibility and compensate for damage it has caused. Moreover, the dispute relating to transboundary haze pollution, which has been raised at the ASEAN Summit, gives hope that it might enhance the effectiveness of the ATHP in some respects – either by the amendment of the ATHP itself, or by additional protocols to be adopted later. Thus, it could be said that an effective dispute settlement mechanism would lead to compliance and regional cooperation, as well as strengthening the ATHP in the end

¹⁷¹Walter Woon, *op.cit.*, at 4-5.

¹⁷²*Ibid.*

¹⁷³Charles Victor and Barber James Schweithelm, *op.cit.*, 1 at 8; Qadri, S. Tahir, *op.cit.*, 8, at 158-159.

Bibliography

- Acharya, Amitav. "Ideas, identity, and institution-building: from the "ASEAN way" to the 'Asia-Pacific way'?" **The Pacific Review** 10, 3 (1997): 319-346, at 328.
- _____. **Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the problem of regional order**. 2nd ed. Routledge: Oxon, 2009.
- _____. **Corporation Constructing a Security Community in Southeast Asia: ASEAN and the Problem of Regional Order**. 3rd ed. New York: Routledge, 2014
- Brittany Patterson. **Hellish Fires in Indonesia Spread Health, Climate Problems** [Online]. Available URL: <https://www.scientificamerican.com/article/hellish-fires-in-indonesia-spread-health-climate-problems>, 2015 (October, 22).
- Case Concerning Sovereignty Over Pulau Litigan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia) Judgment of 17 December 2002.
- Florano, Ebenezer R. "Assessment of the "Strengths" of the New ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution." **International Review for Environmental Strategies**, 4 (1), (2003): 139.
- Goh, Gillian. "The "ASEAN Way": Non-Intervention and ASEAN's Role in Conflict Management." **Stanford Journal of East Asian** 3, 1 (2003): 113-118, at 114.
- Harris, Nancy, et. al. **Indonesia's Fire Outbreaks Producing More Daily Emissions than Entire US Economy** [Online]. Available URL: <http://www.wri.org/blog/2015/10/indonesia%E2%80%99s-fire-outbreaks-producing-more-daily-emissions-entire-us-economy>, 2015 (October, 16).
- Jerger, David B., Jr. "Indonesia's role in realizing the goals of ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution." **Sustainable Development Law & Policy** 14, 1 (2014): 42.
- Kraichitti, Krit. **Dispute Settlement Mechanisms for ASEAN Community: Experiences, Challenges and Way Forward** [Online]. Available URL: <https://www.aseanlawassociation.org/12GAdocs/workshop5-thailand.pdf>, 2015 (June, 11).
- Leviter, Lee. "The ASEAN Charter: ASEAN Failure or Member Failure?." **International Law and Politics** 43 (1) (2010): 166.

- Lian, Koh Kheng. "ASEAN Environmental Protection in Natural Resources and Sustainable Development: Convergence versus Divergence?." **Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law** 4 (2007): 46 _____ . and Nicholas A. Robinson, "Regional Environmental Governance: Examining the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Model." **Global Environmental Governance** (2002): 4-5.
- Mayer, Judith. "Transboundary Perspectives on Managing Indonesia's Fires." **The Journal of Environment & Development** 15 (2) (2006): 205.
- Mongabay. **The Asian Forest Fires of 1997-1998** [Online]. Available URL: https://rainforests.mongabay.com/08indo_fires.htm, 2016 (March, 7).
- Neo Chai Chin. **Singapore effort to fight haze 'almost futile'** [Online]. Available URL: <https://www.todayonline.com/singapore/singapores-fire-fighting-team-went-indonesia-too-late-masagos>, 2015 (October, 30).
- Nguitragool, Paruedee. **Environment Cooperation in Southeast Asia ASEAN's Regime for Transboundary Haze Pollution**. Abingdon, Oxon.: Routledge, 2011.
- Nurhidayah, L., Alam, S. and Lipman, Z. "The influence of international law upon ASEAN approaches in addressing transboundary haze pollution in Southeast Asia." **Contemporary Southeast Asia** 37, 2 (2015): 191.
- Okowa, Phoebe N. **State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law**. New York: Oxford University Press, 2000.
- Reif, Linda C. "Conciliation As A Mechanism For The Resolution Of International Economic And Business Disputes." **Fordham International Law Journal** 14 (3) (1990): 580.
- Severino, Rodolfo C. **ASEAN Today and Tomorrow: Selected speeches of Rodolfo C. Severino, Jr.** Jakarta: ASEAN Secretariat, 2002.
- T., Nathalie L. J., Horbach and Pieter H. F. Bekker. "State Responsibility for Injurious Transboundary Activity in Retrospect." **Netherlands International Law Review** 50, 3 (2003): 328.

- Tahir, S. Qadri. **Fire, Smoke, and Haze: The ASEAN Response Strategy**. 1st ed. Manila: Asia Development Bank, 2001.
- Tan, Alan Khee-Jin. "Forest fires of Indonesia: State responsibility and international liability." **Comparative Law Quarterly**, 48, 4 (1999): 834.
- _____. "The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: Prospects for Compliance and Effectiveness in Post-Suharto Indonesia." **New York University Environmental Law Journal** 13, 3 (2005): 653-654.
- United Nations, **A More Secure World: Our Shared Responsibility, A Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change** [Online]. Available URL: www.un.org, 2015 (October, 18).
- Varkkey, Helena M. "Addressing Transboundary Haze Through Asean: Singapore's Normative Constraints." **Journal of International Studies** 7 (2011): 83-101, at 86.
- _____. "Indonesia Perspectives on Managing the ASEAN Haze." **Sarjana** 24, 1 (2009) 83-101, at 83-85.
- Varkkey, Helena M. "Regional cooperation, Patronage and the ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution." **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics** 14, 1 (2014): 65-81, at 68.
- Victor, Charles and Barber James Schweithelm. **Trial by Fire: Forest Fires and Forestry Policy in Indonesia's era of Crisis and Reform**. Washington, DC: World Resources Institute Report, 2000.
- Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities.
Government of Singapore, Government Gazette Acts Supplement, No. 24 of 2014.
International Law Commission (ILC)'s 1996 Draft Rules on State Responsibility.
Protocol to The ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms 2010.
The Bangkok Declaration, 8 August 1967, the Preamble.

คำพิพากษาศาลฎีกาน่าสนใจ:
การฟ้องแย้งต้องเกี่ยวข้องกับฟ้องเดิม
พอที่จะรวมพิจารณาได้

พิชญ์ วิทยารัฐ

คำพิพากษาศาลฎีกาน่าสนใจ:
การฟ้องแย้งต้องเกี่ยวข้องกับฟ้องเดิมพอที่จะรวมพิจารณาได้

พิชญ์ วิทยารัฐ*
Pich Wittayarat

การฟ้องแย้งนั้นคือการที่จำเลยฟ้องกลับมายังโจทก์ โดยจำเลยจะยื่นฟ้องแย้งมาในคำให้การ โดยหลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งของฟ้องแย้งก็คือ ฟ้องแย้งที่จำเลยยื่นมาต้องเกี่ยวข้องกับฟ้องเดิมพอจะรวมพิจารณาได้ เพราะฉะนั้น หากฟ้องแย้งไม่เกี่ยวข้องกับฟ้องเดิมแล้วจำเลยจะไม่สามารถฟ้องแย้งในเรื่องดังกล่าวได้ ศาลจะมีคำสั่งไม่รับฟ้องแย้ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1854/2560 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยบุกรุกที่ดินที่โจทก์มีสิทธิครอบครอง ขอให้ขับไล่จำเลยออกจากที่ดินพิพาทและเรียกค่าเสียหาย จำเลยให้การและฟ้องแย้งว่า โจทก์อนุญาตให้จำเลยเข้าไปในที่ดินพิพาท เนื่องจากโจทก์กู้ยืมเงินจำเลยและให้จำเลยทำประโยชน์ในที่ดินแทนการชำระดอกเบี้ย จนกว่าโจทก์จะชำระเงินกู้ยืมแก่จำเลย โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่และเรียกค่าเสียหาย ประเด็นข้อพิพาทจึงมีว่า จำเลยบุกรุกที่ดินพิพาทหรือไม่ ซึ่งหากฟังข้อเท็จจริงได้ตามที่จำเลยให้การว่าโจทก์อนุญาตให้จำเลยเข้าไปทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทแทนการชำระดอกเบี้ยเงินกู้ยืม เท่ากับจำเลยไม่ได้บุกรุกที่ดินพิพาท โจทก์ย่อมไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่และเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ศาลต้องพิพากษายกฟ้องโดยไม่ต้องพิจารณาสภาพแห่งข้อหาตามฟ้องแย้งว่า โจทก์เป็นหนี้เงินกู้ยืมจำเลยหรือไม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องคนละมูลกรณีกับที่โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบละเมิด ดังนั้น ฟ้องแย้งของจำเลยเป็นเรื่องอื่นไม่เกี่ยวกับคำฟ้องเดิมพอที่จะรวมการพิจารณาชี้ขาดตัดสินด้วยกันได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคสอง ประกอบมาตรา 179 วรรคท้าย

ข้อสังเกต การยื่นคำฟ้องของโจทก์ในกรณีนี้มีประเด็นที่พิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิครอบครองในที่ดิน โดยโจทก์ประสงค์ต้องการขับไล่จำเลยออกไปจากที่ดินจากการที่อยู่อย่างไม่มีสิทธิ การที่จำเลยยื่นคำให้การว่าจำเลยมีสิทธิอยู่ในที่ดินเนื่องจากเหตุที่ว่าโจทก์กู้ยืมเงินจำเลยไปและให้จำเลย

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham.

Lecturer in Law at Ramkhamhaeng University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham.

ทำกินต่างดอกเบี้ยนั้น เป็นการอ้างเหตุในการต่อสู้ที่เป็นการแสดงสิทธิครอบครองในที่ดินว่าจำเลยมีสิทธิอยู่ในที่ดิน ดังนั้นประเด็นในคดีที่ศาลจะต้องตัดสินก็จะมีประเด็นในเรื่องสิทธิในที่ดินเท่านั้น

แต่การที่จำเลยจะฟ้องแย้งให้โจทก์ชำระหนี้เงินกู้ นั้น ไม่ใช่ฟ้องแย้งเกี่ยวกับข้อพิพาทในที่ดินที่โจทก์ฟ้อง ประเด็นที่พิพาทในคำฟ้องนั้นเฉพาะสิทธิครอบครองในที่ดินแล้วเท่านั้น การที่จำเลยขอให้คืนเงินกู้จึงเป็นการตั้งประเด็นเรื่องใหม่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิครอบครองที่โจทก์ฟ้องไว้ตั้งแต่ต้น จำเลยจึงไม่อาจฟ้องแย้งให้โจทก์คืนเงินที่กู้ไปได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3202/2559 ข้อกล่าวอ้างที่จำเลยฟ้องแย้งโจทก์คือผลจากการที่โจทก์ผิดสัญญา ทำให้จำเลยได้รับความเสียหาย ไม่สามารถใช้เครื่องมือนี้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการใช้งานตามสัญญา จำเลยจำเป็นต้องว่าจ้างบุคคลภายนอกให้เข้ามาดำเนินการแก้ไขปัญหา มูลหนี้ตามฟ้องแย้งคือความเสียหายที่จำเลยได้รับจากการผิดสัญญาของโจทก์เกิดขึ้นตั้งแต่อ่อนโจทก์ยื่นคำฟ้องเดิมแล้ว เมื่อจำเลยถูกโจทก์โต้แย้งสิทธิอันเนื่องมาจากสัญญาจัดหา ติดตั้ง และทดสอบระบบเครื่องมือพร้อมอุปกรณ์เช่นเดียวกับที่โจทก์อ้างเป็นฐานแห่งมูลความคดี มูลคดีที่โจทก์ฟ้องและที่จำเลยฟ้องแย้งจึงเกิดจากสัญญาเดียวกัน การที่จำเลยว่าจ้างบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการแก้ไขปัญหาให้ภายหลังโจทก์ยื่นคำฟ้องเดิม เป็นเพียงการแก้ไขความเสียหายของจำเลยที่มีอยู่ก่อนแล้ว ทำให้จำเลยถูกโจทก์โต้แย้งสิทธิเมื่อจำเลยไปว่าจ้างบุคคลภายนอกไม่ ฟ้องแย้งของจำเลยจึงเกี่ยวข้องกันกับฟ้องเดิมพอที่จะรวมการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินเข้าด้วยกันได้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 มาตรา 26 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคสาม และมาตรา 179 วรรคท้าย

ข้อสังเกต โจทก์และจำเลยพิพาทกันในสัญญาจัดหา ติดตั้ง และทดสอบระบบเครื่องมือพร้อมอุปกรณ์ ซึ่งจำเลยต้องการฟ้องแย้งโจทก์ว่า เมื่อโจทก์ติดตั้งแล้วหม้อน้ำไม่สามารถใช้งานได้ จำเลยจำเป็นต้องไปว่าจ้างบุคคลภายนอกดำเนินการแก้ไขปัญหา และต้องมีค่าใช้จ่าย เพราะฉะนั้นจึงเกิดความเสียหายขึ้นแก่จำเลย ต้องการเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวจากโจทก์ ประเด็นที่น่าสนใจก็คือ ค่าเสียหายที่จำเลยเรียกนั้นเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่โจทก์ยื่นฟ้องและเป็นการตั้งเรื่องใหม่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับฟ้องเดิมอันจะเป็นการต้องห้ามมิให้ฟ้องแย้งหรือไม่

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า การที่จำเลยเรียกค่าเสียหายดังกล่าวนี้เกิดจากการผิดสัญญาของโจทก์ซึ่งเป็นสัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องจำเลย มูลที่ที่จำเลยฟ้องแย้งจึงเป็นมูลคดีที่มาจากสัญญาเดียวกันกับที่โจทก์ยื่นคำฟ้อง และเหตุแห่งความเสียหายดังกล่าวของจำเลยนั้นเกิดขึ้นตั้งแต่อ่อนที่โจทก์จะยื่นคำฟ้องแล้ว กล่าวคือมีมาตั้งแต่โจทก์ผิดสัญญากับจำเลยแล้ว มิใช่สิทธิของโจทก์จะเกิดเมื่อจำเลยไป

ว่าจ้างบุคคลภายนอกมาแก้ไขจากการที่โจทก์ผิดสัญญาฟ้องแย้งของจำเลยจึงเกี่ยวข้องกันกับฟ้องเดิมพอที่จะรวมการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินเข้าด้วยกันได้ ศาลจึงสามารถรับฟ้องแย้งได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2555 โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยโดยอ้างว่าจำเลยปลูกสร้างบ้านรुक้าในที่ดินของโจทก์ ส่วนจำเลยอ้างว่าที่ดินพิพาทเป็นของจำเลย หากข้อเท็จจริงได้ความว่าที่ดินเป็นของโจทก์ จำเลยก็ต้องรื้อถอนบ้านส่วนที่รुक้าออกไป และไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่อ้างว่าโจทก์ขัดขวางห้ามปรามการก่อสร้างต่อเติมบ้านของจำเลย หากข้อเท็จจริงได้ความว่าที่ดินเป็นของจำเลย กรณีนี้จึงจะมีข้อพิจารณาต่อไปว่า การที่โจทก์ขัดขวางห้ามปรามการก่อสร้างต่อเติมบ้านจำเลยจะเป็นละเมิดและมีความเสียหายต่อจำเลยหรือไม่เพียงใด ดังนั้น ความเสียหายตามฟ้องแย้งของจำเลยจะเกิดขึ้นได้ก็โดยอาศัยผลคดีนี้เป็นสำคัญ หากยังไม่ปรากฏผลคดีนี้ ข้อโต้แย้งสิทธิระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้น จำเลยจึงไม่อาจนำคดีมาฟ้องได้ ฟ้องแย้งของจำเลยเป็นฟ้องแย้งที่มีเงื่อนไขซึ่งถือว่าไม่เกี่ยวกับฟ้องเดิม

ข้อสังเกต การฟ้องแย้งที่ไม่เกี่ยวกับฟ้องเดิมนั้นรวมถึงฟ้องแย้งที่ข้ออ้างตามฟ้องแย้งเป็นเรื่องที่ต้องรอผลคำพิพากษาของฟ้องเดิมเสียก่อนหรือที่เรียกว่า การฟ้องแย้งที่มีเงื่อนไข กล่าวคือศาลต้องวินิจฉัยในสิ่งที่โจทก์ฟ้องเสียก่อนว่าใครแพ้ใครชนะ ถึงจะสามารถพิจารณาถึงฟ้องแย้ง เพราะฉะนั้นหากฟ้องแย้งแบบมีเงื่อนไขเช่นนี้เป็นฟ้องแย้งที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับฟ้องเดิม ศาลไม่อาจจะรับฟ้องแย้งเช่นว่านั้นได้

ประเด็นที่โจทก์ยื่นฟ้องไปนั้นคือจำเลยปลูกสร้างบ้านรुक้าที่ดินโจทก์ เมื่อจำเลยต่อสู้ว่าที่ดินเป็นของจำเลย ประเด็นข้อพิพาทในคดีก็จะมีว่าที่ดินดังกล่าวเป็นของใคร โดยหากเป็นของโจทก์แล้วจำเลยก็ต้องรื้อออกไป การที่จำเลยมาฟ้องแย้งว่าโจทก์ขัดขวางการต่อเติมบ้านของจำเลยและเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดนั้น ศาลต้องพิพากษาในประเด็นที่ว่าที่ดินเป็นของใครก่อนถ้าหากที่ดินเป็นของจำเลยค่อยมาพิจารณาต่อว่าการกระทำของโจทก์เป็นการละเมิดหรือไม่ เช่นนี้ศาลไม่สามารถวินิจฉัยฟ้องเดิมกับฟ้องแย้งไปพร้อมกันได้เพราะฟ้องแย้งจะต้องรอผลของฟ้องเดิมเสียก่อน กรณีเช่นนี้จึงเรียกว่าเป็นการฟ้องแย้งที่มีเงื่อนไข คือเงื่อนไขว่าศาลจะพิจารณาฟ้องแย้งได้ต้องพิจารณาฟ้องเดิมให้เสร็จสิ้นเสียก่อน จึงเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับฟ้องเดิมพอจะรวมพิจารณาได้ ศาลจึงไม่รับฟ้องแย้งดังกล่าว

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาไฮย สำนักงานกฎหมาย
คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิศารัตน์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณัฐ สันตาสว่าง มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สุโฆษิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข ภิรมย์พัฒนพงศ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ศาลรัฐธรรมนูญ
10. รองศาสตราจารย์ทักษมัย ทองอุไร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนภุต วรรณชชากุล สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธนศ สุจารีกุล มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายนที จิตสว่าง สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์ ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์ ศาลยุติธรรม
16. นายประภาศ คงเอียด กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสียงสุทธิวงศ์ ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ Baker & McKenzie Ltd.
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวิทย์ ทวาทสิน ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์ทกะ ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- | | |
|---|---|
| 29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง | WEERAWONG,
CHINNAVAT & PARTNER LTD.
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
สำนักงานอัยการสูงสุด
ศาลยุติธรรม
มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 32. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | นักวิชาการอิสระ
ศาลยุติธรรม |
| 33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 36. ดร.สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร | นักวิชาการอิสระ
ศาลยุติธรรม |
| 37. นายสรวิฑูร์ เบญจกุล | ศาลยุติธรรม |
| 38. นายสอนชัย สิริวิญญูกุล | ศาลยุติธรรม |
| 39. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบดี | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 40. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร | กระทรวงการคลัง |
| 41. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ | มหาวิทยาลัยขอนแก่น |
| 42. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ์ | กรมสรรพากร |

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|--|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุณนาค | ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร ภาไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 4. รองศาสตราจารย์ทองสุข ทรัพย์พัฒนพงศ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. นายสงวน ตียะไพบุณย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

บรรณาธิการ

- | | |
|--|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภัททีติง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|--|---------------------|

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมลรัฐา แสงสุข | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิชัย มานิตยกุล | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. อาจารย์ ดร.दनพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์พิชญ์ วิทยารัฐ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายณัทธิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย ทีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรวิทย์ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอาริยะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
 10240 โทร 02-310-8201, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8201 Email: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าหน้ากระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาที่มีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุชื่อคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าด้วย ตามจำนวนผู้เขียนใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป
6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง./บรรณาธิการโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก./ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร./วัน เดือน ปี./เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์./ชื่อสถาบัน./ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย./เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร(ถ้ามี),/สัมภาษณ์./วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

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

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง./บรรณาธิการโดย** .../เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก./ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก./ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร./วัน เดือน ปี./เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร./วัน เดือน ปี./เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์./ชื่อสถาบัน./ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย./เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.

- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์./วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่./วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]./ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ./ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ห้อง 1201 อาคาร 1 ชั้น 2 ศูนย์บริการและให้ความช่วยเหลือสังคมทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ Email: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาจากภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียน และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. ผู้เขียนได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้เขียนในลำดับถัดไป

8. จริยธรรมการตีพิมพ์บทความ (Publication Ethics) ของบรรณาธิการเป็นไปตามมาตรฐานทางจริยธรรม (Code of Conduct) ของคณะกรรมการจริยธรรมการตีพิมพ์ (Committee on Publication Ethics หรือ COPE) สืบค้นได้ที่ www.publicationethics.org/files/2008%20Code%20of%20Conduct.pdf.