



MORE
FOR
LAW

วารสาร

นิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 1 ฉบับที่ 2



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Mae Fah Luang University Law Journal

ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 • กรกฎาคม - ธันวาคม 2561

Volume 1 Issue 2 • July - December 2018

ISSN: 1906-7739

วัตถุประสงค์

1. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้นำผลงานทางวิชาการในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนออกเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบของบทความ
2. เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร และการพัฒนาความร่วมมือทางด้านนิติศาสตร์และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องระหว่างมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงกับหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน
3. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า และการอ้างอิง

ขอบเขต

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รับผิดชอบบทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกิณกะกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และบทความอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ครอบคลุมเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในทุกสาขาวิชา เป็นต้นว่า กฎหมายแพ่งและธุรกิจกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภาษีอากร ฯลฯ

การพิจารณาบทความ

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีระบบการพิจารณาบทความ ดังนี้

บทความทุกเรื่องจะได้รับการพิจารณาคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาของบทความนั้น ๆ จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียนบทความ โดยผู้ทรงคุณวุฒิจะไม่ทราบชื่อของผู้เขียนบทความ และผู้เขียนบทความจะไม่ทราบชื่อของผู้ทรงคุณวุฒิ (double blinded)

4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2561)

ในกรณีที่บทความใดเขียนโดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้ง 2 ท่าน (หลักเกณฑ์นี้ใช้ในกรณีที่บทความซึ่งมีผู้เขียนร่วมกัน และผู้เขียนท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงด้วย)

สำหรับบทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นั้น จะต้องเป็นบทความที่ได้รับการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน ในระดับ “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” ในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บทความนั้นจะไม่ได้รับการตีพิมพ์ ส่วนในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” แต่ผู้ทรงคุณวุฒิอีกท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บรรณาธิการและกองบรรณาธิการจะพิจารณาเลือกผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ผลการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยึด

กำหนดตีพิมพ์เผยแพร่

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีกำหนดตีพิมพ์เผยแพร่ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

ความคิดเห็นใด ๆ ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
บรรณาธิการ กองบรรณาธิการ และสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Objective

1. To encourage people inside and outside Mae Fah Luang University to publish academic work in the field of law and other related disciplines in the form of articles.
2. To serve as a medium for exchanging information and developing cooperation in law and other related fields between Mae Fah Luang University and other agencies in both the public and private sectors.
3. To be used as a research document and reference.

Scope

Mae Fah Luang University Law Journal will consider the following article types; academic article, research article, analysis of judicial decision, analysis of legal opinion, analysis of legal exam question, legal miscellaneous, and other related articles in both Thai and English. The scope of academic content of the Mae Fah Luang University Law Journal includes legal issues in all disciplines such as civil law, business law, criminal law and criminal justice system, public law, international law, taxation law, etc.

Consideration for Publication

Mae Fah Luang University Law Journal operates with double blind peer review policy.

All articles will be considered by two peer reviewers who have the knowledge and expertise in the subject matter to be reviewed. Qualified reviewers will be the persons who have no conflict of interest with the author. The reviewers will not know the name of the author, and the author will not know the name of the reviewers (double blinded).

In case any article is written by a person inside Mae Fah Luang University, qualified peer reviewers will be individuals outside Mae Fah Luang University. (This rule also applies to co-authored articles, which one or more authors are working at Mae Fah Luang University)

For an article to be published in the Mae Fah Luang University Law Journal, the article must be assessed as “*worthy of publication*” by two peer reviewers. In the event that both reviewers made decisions to “*decline the*

publication”, the article will not be accepted for publication. However, if one of the peer reviewer assessed the article as worthy of publication, but the other one rejected the article, the editor and the editorial board will consider selecting a third peer reviewer to assess the quality of the article. The assessment of the third peer reviewer is considered final.

Publication Frequency

Mae Fah Luang University Law Journal will publish two issues per year.

No. 1 January - June

No. 2 July - December

The opinion expressed and displayed in the content of the article published in Mae Fah Luang University Law Journal does not represent the view and responsibility of the editor and the editorial board of Mae Fah Luang University Law Journal

บรรณาธิการ

Editor

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

Arjan Wiwat Damrongkulnan

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

School of Law, Mae Fah Luang University

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

Professor Dr. Pairojana Kampusiri

รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Vice President, Thammasat University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์

Assistant Professor Dr. Suphasit Taweejamsup

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อาณนัท มาเมาะ

Assistant Professor Arnon Mamout

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Faculty of Law, Thammasat University

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

Arjan Dr. Archariya Wongburanavart

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
Arjan Wimpat Rajpradit
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Faculty of Law, Chulalongkorn University

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์
Arjan Natdanai Nachan
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
School of Law, Mae Fah Luang University

ที่ปรึกษา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์
คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

รองศาสตราจารย์ ดร.ชยาพร วัฒนศิริ	ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ
ศาสตราจารย์พิเศษ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์	ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฉ่วไถ่กุล
อาจารย์ธีรยุทธ์ หล่อเลิศรัตน์	ศาสตราจารย์พิเศษ ไชยวัฒน์ บุณนา
ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์	ศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร

ผู้ทรงคุณวุฒิ*

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์	รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จารุประภา รักพงษ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณภัทร สรสิทธิ์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์วรพชร จันทรขันธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุชิน กฤตลักษณ์วงศ์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์อารีรัตน์ โกสิทธิ์	อาจารย์ ดร.ณัชชา สุขะวันกุล
อาจารย์ ดร.นพพร โพธิ์พัฒนชัย	อาจารย์ ดร.มานพ พรหมชนะ
อาจารย์ ดร.ยศพนธ์ นิตริจิโรจน์	อาจารย์ ดร.อาร์ม ตั้งนิรันดร
อาจารย์ ดร.อนุเทพ สุขศรีวงศ์	อาจารย์กนกวรรณ เลิศรัตน์เดชากุล
อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน	อาจารย์ดิณเมธ วงศ์ใหญ่

* รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรากฏนี้ คือผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2561) ทั้งบทความที่ได้รับการตีพิมพ์ และบทความที่ไม่ได้รับการตีพิมพ์เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

พิสูจน์อักษร

นางสาวพริดา เข้าพรม

นางสาวจิตาภา เย็นใจ

นางสาวรัชนิกร ศิริโกศา

นางสาวเกสร จีระดิษฐ์

นางสาวรัชนิกร บุญอ่อน

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับ ผมอาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม พ.ศ. 2561

ก่อนอื่นผมและกองบรรณาธิการต้องขอขอบพระคุณ (1) คุณนิธิพันธุ์ อภินิเวศ (2) สโมสรไลออนส์ นครเชียงราย และ (3) คุณวิจิต และคุณกรรณิกา เหล่าธรรมทัศน์ ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์สนับสนุนเงินทุนสำหรับการจัดพิมพ์วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับที่แล้ว และขอขอบพระคุณมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงที่ได้ให้ความอนุเคราะห์สนับสนุนเงินทุนสำหรับการจัดพิมพ์วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้

สำหรับวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ประกอบไปด้วย (1) บทความวิชาการ 3 บทความ (2) บทความวิจัย 1 บทความ (3) วิเคราะห์คำตัดสินศาล 1 บทความ (4) ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย 1 บทความ (5) แนะนำหนังสือกฎหมาย 1 บทความ และ (6) ปาฐกถา 2 บทความ รวมทั้งสิ้น 9 บทความ โดยผมหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านจะได้รับประโยชน์จากวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ตามสมควร ทั้งในฐานะที่เป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า รวมตลอดถึงการอ้างอิงด้วย

ผมและกองบรรณาธิการขอให้คำมั่นว่า จะจัดทำวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับต่อ ๆ ไปให้เต็มเปี่ยมไปด้วยคุณภาพ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

สุดท้ายนี้ผมและกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้อ่านทุก ๆ ท่านที่เปิดวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ขึ้นอ่านทั้งในรูปแบบตีพิมพ์ (print) และในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ (online) แล้วพบกับบทความที่น่าสนใจได้ใหม่ในวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับหน้า สวัสดีครับ

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ

สารบัญ

บทความวิชาการ : Academic Articles

- | | |
|---|----|
| • องค์การตุลาการสงฆ์: ปัญหาและข้อเสนอแนะ | 15 |
| Judiciary: Issue and Suggestion | |
| พระสงฆ์ สิขรเมธี (ไชยเสส) | |
| Phra Sangob Sikharamethee (Chaiyases) | |
| • กระบวนการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน | 25 |
| The Conclusion of International Agreements by ASEAN | |
| เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา | |
| Phetnapat Srivuddhiyaprabha | |
| • Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage in the Taiwan Strait: A Legal Perspective | 45 |
| ความร่วมมือข้ามช่องแคบในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ | |
| ในช่องแคบไต้หวัน: มุมมองทางกฎหมาย | |
| Yodsapon Nitiruchiro | |
| ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์ | |

บทความวิจัย : Research Article

- | | |
|--|----|
| • การสำรวจองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดง (นกกรงหัวจุก) ที่อาศัยอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร | 67 |
| The Explore Legal Knowledge of the Red-Whiskered Bulbul of Birdmen (Nok Krong Hua Juk) Living in Bangkok | |
| พิชศาล พันธุ์วัฒนา | |
| Pitsarn Phanwattana | |

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.955/2555 พกตำราเข้าห้องสอบ

แม้ไม่ได้เปิดดูก็ถือว่าทุจริตในการสอบ

87

Supreme Administrative Court Decision No. A955/2555 Take Books
into an Examination Room: Considered as Dishonest even if no
Chance to Read

ณัฐดนัย นาจันทร์

Natdanai Nachan

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

- Harmonisation of Intellectual Property Law in ASEAN

99

ความสอดคล้องต่อกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน

Archariya Wongburanavart

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

แนะนำหนังสือกฎหมาย : Law Book Recommendation

- Contemporary Intellectual Property: Law and Policy

111

ทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน: กฎหมายและนโยบาย

เนติพงษ์ หล่าวเจริญ

Naetiphong Laocharoen

ปาฐกถา : Keynote Speeches

- การบังคับใช้กฎหมายอาญา: แนวคิดและวิธีปฏิบัติ

117

Criminal Law Enforcement: Concept and its Application to Practice

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

Surasak Likasitwatanakul

- สู่ความหลากหลายทางเพศบนสิทธิแห่งการกำหนดเจตจำนง

127

On the Sexual Diversity through the Right to Self-Determination

วิฑิต มันทารณ์

Vitit Muntarborn

บทความวิชาการ : Academic Articles

องค์กรตุลาการสงฆ์: ปัญหาและข้อเสนอแนะ

Judiciary: Issue and Suggestion

พระสงฆ์ สิขรเมธี (ไชยะเสส)*

Phra Sangob Sikharamethee (Chaiyases)

บทคัดย่อ

ปัจจุบันเกิดปัญหาการละเมิดพระวินัยในสังฆมณฑลไทยเป็นจำนวนมาก แต่กระบวนการในการพิสูจน์ความผิดกลับสร้างความเคลือบแคลงสงสัยให้แก่พุทธศาสนิกชนว่าจะสามารถรักษาความเที่ยงตรง และความเที่ยงธรรมบนพื้นฐานแห่งพระธรรมวินัยได้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะกระบวนการในการพิสูจน์ความผิดในปัจจุบันถูกกำหนดไว้ในกฎหมายที่ไม่อาจเป็นหลักประกันถึงความโปร่งใส และความเที่ยงธรรมได้ จึงควรให้มีการปฏิรูปหรือแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมสงฆ์ให้มีความน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น ทั้งในเรื่องของการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นตุลาการสงฆ์ การแบ่งแยกการบริหารงานด้านตุลาการสงฆ์ออกจากมหาเถรสมาคม และดำเนินการจัดการด้านสถานที่ในการพิจารณาอย่างเหมาะสม ซึ่งจะช่วยสร้างความน่าเชื่อถือให้กับองค์กรตุลาการสงฆ์ของประเทศไทยได้ไม่มากนัก

คำสำคัญ: พระวินัย, ตุลาการสงฆ์, ปฏิรูป

Abstract

There is much violation of Vinayas in the current sangha society, but the process of proving fault which bases on Vinayas is doubted for Buddhist lay people due to the lack of transparency in the process. To resolve the problem, the related law should be reform or amend to increase the transparency of the process. This reform must include the qualification of monks who will become

* พุทธศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้ช่วยเจ้าอาวาสวัดดวงดี จังหวัดเชียงใหม่

a Sangha Judiciary, separate the juridical process from the power of Sangha Supreme Council of Thailand and adequately manage the area for the trail.

By doing this, the author believes that could be the way to promote transparency and restore the trust in the sangha society justice system to the Buddhist people again.

Keywords: Vinaya, Sangha Judiciary, Reform

1. บทนำ

กระบวนการยุติธรรมเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่จะอำนวยความยุติธรรมแก่สังคมให้มีความสงบสุข ไม่ว่าจะอยู่ในระบบการปกครองใด หากกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลมีความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำจากอิทธิพลใด ย่อมเกิดความไว้วางใจและความเชื่อมั่นศรัทธาจากประชาชน กระบวนการยุติธรรมจึงเปรียบเสมือนหัวใจหลักในการอยู่ร่วมกัน เป็นหลักประกันถึงความเที่ยงตรง และความเที่ยงธรรมในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทระหว่างสมาชิกในสังคม ตุลาการหรือผู้พิพากษาเป็นองค์กรที่มีความสำคัญมากองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม มีหน้าที่อำนวยความยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ให้มีความเที่ยงตรงและความเที่ยงธรรม ตุลาการหรือผู้พิพากษาจึงต้องมีความเป็นอิสระ ไม่ถูกครอบงำจากอิทธิพลใด ๆ อีกทั้งต้องไม่ยุ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์ใด ๆ อันจะเป็นอุปสรรคหรือมีผลทำให้เกิดอคติธรรมในการทำหน้าที่ มีความประพฤติเป็นที่ยอมรับและสามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมได้

2. สภาพปัญหา

ปัจจุบันเกิดปัญหาในสังคมของประเทศไทยเป็นจำนวนมาก เช่น ปัญหาโลภ�ษะ¹ ปัญหาการละเมิดพระวินัยในระดับต่าง ๆ ฯลฯ แต่กระบวนการในการพิสูจน์ความผิดกลับถูกตั้งคำถามจากสังคมว่าจะสามารถรักษาความเที่ยงตรง และความเที่ยงธรรมบนพื้นฐานของพระวินัยได้หรือไม่ เช่น กรณีของวัดพระธรรมกายหรือกรณีของเณรคำที่การดำเนินการตามขั้นตอนของกฏนิคหกรรมมีความล่าช้าและถูกตั้งคำถามจากสังคมว่ามีการเอื้อเพื่อช่วยเหลือจากพระสงฆาธิการในระดับปกครองในฐานะเป็นผู้พิจารณาและคณะผู้พิจารณาหรือไม่

¹ การกระทำหรือการประพฤติปฏิบัติของบรรพชิตบางอย่างที่คฤหัสถ์เห็นว่าไม่เหมาะสม ไม่ควรแกสมณเพศ เช่น การไปในที่โจจร การใช้สมารทโฟนในที่สาธารณะ หรือแม้แตการล่วงละเมิดอาบัตินองเบาหรือระดับกลาง เช่น การดื่มสุรา แต่คฤหัสถ์เห็นว่าไม่สมควรอย่างยิ่งที่สมณเพศจะพึงกระทำ จึงทำการติเตียนและบางกรณีถึงขั้นบังคับให้ลาสิกขา เป็นต้น

จนกระทั่งมีการดำเนินคดีจากฝ่ายอาณาจักร ทั้งนี้ เพราะพระผู้ปกครองในระดับต่าง ๆ ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นพระสังฆาธิการระดับตำบล อำเภอ จังหวัด ภาค และหน สามารถรับสมณนิมนต์จากพระภิกษุผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาได้อย่างไม่มีขอบเขต ซึ่งหากมองผิวเผินอาจจะไม่เป็นประเด็นเพราะการนิมนต์ของพระผู้ใต้บังคับบัญชา อาจเป็นเพราะการเลื่อมใสในปฏิปทาของพระผู้ปกครองรูปนั้น ๆ เป็นการเฉพาะ อีกทั้งเป็นโอกาสในการแสดงและรับคำแนะนำในการปฏิบัติศาสนกิจตามนโยบายของมหาเถรสมาคมในด้านต่าง ๆ ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวกลับเป็นปัญหาเนื่องจากอีกสถานะหนึ่งพระผู้ปกครองกลับถูกกำหนดให้เป็นคณะผู้พิจารณาซึ่งทำหน้าที่เสมือนตุลาการหรือผู้พิพากษา ในกรณีพระผู้ใต้บังคับบัญชาถูกกล่าวหาว่าต้องอธิกรณ์ละเมิดพระวินัยและยิ่งกลายเป็นข้อเคลือบแคลงหากพระผู้ใต้บังคับบัญชาที่ถูกกล่าวหา นั้น เป็นผู้ที่พระผู้ปกครองนั้นเคยรับสมณนิมนต์หลายครั้ง ซึ่งอาจถูกกล่าวหาจากสังคมได้ว่าเป็นการหล่อเลี้ยงรากแก้วให้เกิดระบบอุปถัมภ์ กระบอบการทำหน้าที่อย่างเป็นธรรมได้ หากยังไม่มีมาตรการในการแก้ไขโครงสร้างกระบวนการยุติธรรมสงฆ์ โดยเฉพาะที่มาของคณะผู้พิจารณาอธิกรณ์² ซึ่งเป็นเสมือนเครื่องมือตรวจสอบคัดกรองความบริสุทธิ์ของพระสงฆ์ ผู้ได้รับการยกย่องว่าเป็นเนืองนาบุญและควรแก่การถวายอุปถัมภ์ด้วยปัจจัย 4 อาจนำไปสู่วิกฤตศรัทธาของพุทธศาสนิกชนที่มีต่อสถาบันสงฆ์ในอนาคตได้

3. บทอภิปราย

กระบวนการยุติธรรมสงฆ์ในปัจจุบัน ถูกกำหนดในกฎนิคหกรรม³ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 18 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2561 ให้อำนาจมหาเถรสมาคมตรากฎมหาเถรสมาคม ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ซึ่งกำหนดวิธีปฏิบัติกรณีพระภิกษุละเมิดหรือถูกกล่าวหาว่าละเมิดพระวินัย แต่กฎดังกล่าวกลับถูกตั้งคำถามจากสังคมและไม่สามารถเป็นหลักประกันถึงความโปร่งใส และความเที่ยงธรรมของผู้พิจารณาและคณะผู้พิจารณาได้ โดยสามารถพิจารณาจากขั้นตอนการปฏิบัติของกฎนิคหกรรม เช่น ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นพระภิกษุซึ่งไม่ใช่ผู้ปกครองสงฆ์รูปเดียวหรือหลายรูปซึ่งมีสังกัดวัดเดียวกัน ให้เป็นอำนาจของเจ้าอาวาสเจ้าสังกัดเป็นผู้พิจารณา ส่วนการไต่สวนมูลฟ้องและพิจารณาวินิจฉัยการลงนิคหกรรมขั้นต้น ให้เป็นอำนาจของคณะผู้พิจารณาขั้นต้น ซึ่งประกอบด้วยเจ้าคณะอำเภอ เจ้าคณะตำบล และเจ้าอาวาสเจ้าสังกัด⁴ ตำแหน่ง

² อธิกรณ์ หมายถึง คดี เรื่องราว ปัญหาความยุ่งยาก ที่สงฆ์ต้องจัดการสะสางหรือดำเนินการทำให้สงบ

³ นิคหกรรม หมายถึง การลงโทษตามพระธรรมวินัย

⁴ กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ลักษณะ 2 ผู้มีอำนาจลงนิคหกรรม

เจ้าอาวาสมีสถานะเป็นพระสังฆาธิการ เป็นพระผู้ปกครอง มีความใกล้ชิดกับผู้ถูกกล่าวหา อาจมีผลต่อการทำหน้าที่ผู้พิจารณาโดยสุจริตได้ อีกทั้งหากพิจารณาองค์คณะของคณะผู้พิจารณา เจ้าอาวาสยังคงถูกกำหนดให้เป็นคณะผู้พิจารณา ซึ่งหากมีความประสงค์จะช่วยเหลือจำเลย ผู้เป็นพระผู้ใต้ปกครองของตน อาจโน้มน้าวให้คณะผู้พิจารณารูปอื่น ซึ่งอาจมีสายสัมพันธ์กันในระดับปกครองอยู่แล้วให้ดำเนินการช่วยเหลือให้พ้นผิดหรืออุกฉกรรกรรมน้อยหรือเบาว่าความเป็นจริงได้ อีกทั้งกฎดังกล่าวยังไม่ให้สิทธิแก่ผู้กล่าวหาและจำเลยร้องคัดค้านคณะผู้พิจารณา หากคู่กรณีหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีความไม่เหมาะสม ส่วนการลงนิคหกรรมของพระภิกษุผู้ปกครองในระดับต่าง ๆ ผู้พิจารณาและคณะผู้พิจารณายังคงเป็นพระผู้ปกครองในระดับสูงขึ้นไปหนึ่งชั้น เช่น หากพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาเป็นเจ้าอาวาส หรือรองเจ้าคณะตำบล ถ้าความผิดนั้นเกิดขึ้นในเขตจังหวัดที่สังกัดอยู่ ให้เป็นอำนาจของเจ้าคณะตำบลเจ้าสังกัดเป็นผู้พิจารณา ส่วนในกรณีได้ส่วนมูลฟ้องและพิจารณาวินิจฉัยการลงนิคหกรรมขั้นต้น ให้เป็นอำนาจของคณะผู้พิจารณาชั้นต้น ประกอบด้วยเจ้าคณะอำเภอ รองเจ้าคณะอำเภอ และเจ้าคณะตำบลเจ้าสังกัดซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาดังที่กล่าวมาแล้วเช่นกัน เป็นต้น

ส่วนขั้นตอนการพิจารณาหากมีการกล่าวหาว่ามีพระภิกษุรูปใดรูปหนึ่งละเมิดอธิกรณ์ พระภิกษุผู้มีอำนาจในการพิจารณาต้องพิจารณาว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นผู้เสียหายหรือไม่ และพิจารณาเงื่อนไขเพิ่มเติม ดังนี้

(1) ผู้กล่าวหากระทำการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิด ข้อเท็จจริง รายละเอียดเกี่ยวกับเวลา สถานที่ เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น ๆ รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้อง

(2) ต้องไม่ใช่เป็นเรื่องเก่าที่ไม่ได้คิดจะฟ้องมาแต่เดิม

(3) ต้องไม่ใช่เรื่องที่มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของผู้มีอำนาจลงนิคหกรรมถึงที่สุดแล้ว และ

(4) ต้องไม่ใช่เรื่องที่กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลฝ่ายอาญาจักร

หากครบตามเงื่อนไขทั้งหมด ก็ให้พระผู้พิจารณาส่งรับคำฟ้องนั้นไว้เพื่อพิจารณา หากบกพร่องจากลักษณะดังกล่าวข้างต้น ให้ส่งไม่รับคำฟ้องนั้น โดยระบุข้อบกพร่องไว้ในคำสั่งและแจ้งให้โจทก์ทราบ

ก่อนส่งรับคำฟ้องหรือไม่รับคำฟ้อง พระผู้พิจารณาจะสอบถามโจทก์หรือให้ชี้แจงเรื่องใด ๆ ที่มีข้อสงสัยก็ได้และให้จดคำชี้แจงของโจทก์นั้นไว้ประกอบการพิจารณาด้วย หากพระภิกษุผู้พิจารณารับคำฟ้อง ต้องเรียกจำเลยมาเพื่อแจ้งให้ทราบและสอบถาม จดคำให้การและให้จำเลยลงชื่อในคำให้การนั้นด้วย หากจำเลยให้การรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดหรือล่วงละเมิดพระวินัยตามที่ผู้กล่าวหาจริง พระภิกษุผู้พิจารณาก็มีอำนาจในการลงนิคหกรรมต่อพระภิกษุรูปนั้นได้ แต่หากพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาให้การปฏิเสธหรือรับสารภาพแต่น้อยกว่าที่ผู้ฟ้อง พระภิกษุผู้พิจารณาต้องบันทึกข้อความแห่งการปฏิเสธหรือรับล่วงต้องอธิกรณ์แต่น้อยกว่า

ที่ถูกกล่าวหา⁵ แล้วนำส่งคณะผู้พิจารณาเพื่อดำเนินการไต่สวนและพิจารณาวินิจฉัยต่อไป⁵ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกระบวนการยุติธรรมฝ่ายอาญาจักรแล้ว เมื่อพบการกระทำผิดหรือผู้กระทำผิด ต้องมีการร้องทุกข์กล่าวโทษไปยังเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการสืบสวน สอบสวน รวบรวมพยานหลักฐานแล้ว จะส่งสำนวนให้อัยการพิจารณาเพื่อส่งฟ้อง⁶ ศาลจะพิจารณาและมีคำพิพากษาต่อไป แต่กระบวนการดังกล่าวทางฝ่ายพุทธจักร พระภิกษุผู้พิจารณามีอำนาจในการลงนิคหกรรมแก่พระภิกษุรูปนั้นทันที หากพระภิกษุถูกกล่าวหาว่าต้องอธิกรณ์ได้ให้การรับสารภาพตามข้อกล่าวหา⁵ โดยที่ไม่ต้องส่งฟ้องไปยังคณะผู้พิจารณา ทั้งนี้ เพราะกฏนิคหกรรมให้อำนาจพระภิกษุผู้พิจารณาสามารถทำหน้าที่ได้ทั้งพนักงานสืบสวน สอบสวน พนักงานอัยการ และผู้พิพากษา ซึ่งหากเปรียบเทียบกับทางฝ่ายอาญาจักรแล้วแม้จำเลยจะให้การรับสารภาพว่าได้กระทำความผิดจริง เจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการก็ไม่มีอำนาจในการพิพากษาลงโทษจำเลยได้

จากกระบวนการของกฏนิคหกรรมข้างต้น จะเห็นได้ว่าพระภิกษุผู้พิจารณาเบื้องต้นและคณะผู้พิจารณาคือพระผู้ปกครองของผู้ต้องอธิกรณ์ ซึ่งอาจมีสายสัมพันธ์เสมือนบิดากับบุตร แม้จะอยู่ต่างวัด ต่างตำบลหรือต่างอำเภอ ก็ยังอาจเป็นที่คุ้นเคย เกื้อกูลและรับสมณนิมนต์กันมาก่อน แม้จะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2561 ว่าด้วยโครงสร้างและที่มาของมหาเถรสมาคม แต่โครงสร้างดังกล่าวก็ยังไม่มียกเว้นที่บัญญัติที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับการป้องกันหรือแก้ไขจุดอ่อนที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิมได้และกฏนิคหกรรมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป จึงยังทำให้กระบวนการพิจารณาตั้งแต่ระดับพระผู้พิจารณาและองค์คณะผู้พิจารณา อาจมีความเอนเอียงถูกครอบงำด้วยอคติทั้ง 4⁷ กระบวนการดังกล่าวจึงไม่สามารถเป็นหลักประกันความบริสุทธิ์ และยุติธรรมได้

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมของพระสงฆ์ โดยการแก้ไขกฎหมายหรือตราพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาอธิกรณ์สงฆ์ กฎหมายฉบับดังกล่าวอาจกำหนดเกี่ยวกับองค์กรตุลาการสงฆ์ไว้ องค์การดังกล่าวต้องแยกจากการปกครองของมหาเถรสมาคม บริหารกิจการโดยคณะกรรมการตุลาการสงฆ์ มีสมเด็จพระสังฆราชทรงเป็นประธาน คณะกรรมการตุลาการสงฆ์มีอำนาจพิจารณาโยกย้ายตุลาการสงฆ์ รวมถึงแยกพิจารณาสมณศักดิ์เป็นการเฉพาะจากมหาเถรสมาคม มีวิธีพิจารณาในการพิสูจน์ความผิดที่ชัดเจน โปร่งใส พระภิกษุผู้จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตุลาการสงฆ์ต้องมีคุณสมบัติพิเศษเกี่ยวกับคุณวุฒิ เช่น ต้องสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์และการศึกษาทางด้าน

⁵ กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม ลักษณะ 3 การลงนิคหกรรม หมวด 1 วิธีปฏิบัติเบื้องต้น

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559 มาตรา 2 (5)

⁷ อคติ หมายถึง ความลำเอียง มี 4 ประการ คือ (1) ฉันทาคติ ลำเอียงเพราะรัก (2) โทสาคติ ลำเอียงเพราะโกรธเกลียด ไม่ชอบกัน (3) โมหาคติ ลำเอียงเพราะหลง (4) ภยาคติ ลำเอียงเพราะกลัว

พระพุทธศาสนา เพื่อเป็นหลักประกันถึงความรู้พื้นฐานของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการสงฆ์ โดยอาจใช้กระบวนการพิจารณาระบบไต่สวน พระภิกษุผู้ที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการสงฆ์ต้องผ่านการอบรมหลักสูตรพิเศษ ตามที่คณะกรรมการตุลาการสงฆ์เห็นสมควรและจัดทำขึ้นเพื่อสนับสนุนให้พระภิกษุผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการสงฆ์ได้มีความรู้ ความสามารถอำนวยความสะดวก ยึดธรรมได้ ซึ่งวิธีพิจารณาเพื่อพิสูจน์ความผิดนั้นอาจมีความแตกต่างจากในสมัยพุทธกาล บางส่วน มีการผสมผสานกับวิธีการและเทคนิคในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพราะผู้ถูกกล่าวหาส่วนใหญ่ในปัจจุบันให้การปฏิเสธ กระบวนการพิสูจน์ความผิดจึงมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จึงอาจต้องอาศัยเทคนิคพิเศษหรือกระบวนการทางนิติวิทยาศาสตร์เข้ามาช่วยเพื่อให้กระบวนการในการพิสูจน์ดังกล่าวมีความสมบูรณ์และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ พระพุทธองค์ตรัสไว้ว่า **“อนุชา นามิ ภิกขเว ราชนํ อนุตตติ”**⁸ กล่าวคือ อนุโลมให้คล้ายตามกฎหมายทางฝ่ายบ้านเมืองหรืออาณาจักรได้ อีกทั้งการคล้ายตามดังกล่าวก็เพื่อความดีงามของสงฆ์ ยังให้ผู้ที่ยังไม่เลื่อมใสศรัทธาให้มีความเลื่อมใสศรัทธา ผู้ที่มีความศรัทธาอยู่แล้วก็ยิ่งมีความเลื่อมใสศรัทธามากยิ่งขึ้น⁹ พระอุปัชฌาย์ในฐานะที่เป็นผู้ให้กำเนิดชีวิตในสมณวิถี ผู้ปกครองในระดับต่าง ๆ ซึ่งมีหน้าที่เป็นคณะผู้พิจารณาความผิดตามพระราชบัญญัติในปัจจุบันจะไม่ต้องคำครหาจากสังคม ว่าพิจารณาความผิดและลงนิคมกรรมโดยไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งพระธรรมวินัย พระเถระสามารถดำรงตนอยู่ในสถานะแห่งบุชฌิยบุคคลของเหล่าพระภิกษุและพุทธศาสนิกชนได้ ทั้งนี้ กฎหมายอาจกำหนดให้พระภิกษุผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการสงฆ์ ได้รับนิยัตติตามสมควรแก่ฐานานุรูป และคณะกรรมการตุลาการสงฆ์ต้องกำหนดวิธีปฏิบัติตนของพระภิกษุผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการสงฆ์ว่าควรมีแนวปฏิบัติอย่างไร เพื่อป้องกันคำครหาและการเกิดระบบอุปถัมภ์ของตุลาการสงฆ์ให้มากที่สุด เช่น การห้ามรับสมณนิมนต์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม

นอกจากนี้ อาจให้มีการจัดตั้งวัดสำหรับใช้เป็นที่ทำการและพิจารณาของตุลาการสงฆ์ ตั้งแต่ระดับภาคขึ้นไป ภาคละ 1 วัด¹⁰ สำหรับการพิจารณาขั้นต้น ระดับหนเป็นการพิจารณาอุทธรณ์และส่วนกลางเป็นการพิจารณาในชั้นฎีกา เป็นต้น ทั้งนี้ ในหนึ่งหนอาจมีการจัดตั้งวัดหรือสถานปฏิบัติธรรมอย่างน้อย 1 แห่ง ไว้สำหรับเป็นที่พำนักของพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิดอธิกรณ์และคณะตุลาการสงฆ์พิจารณาแล้วว่าหากไม่มีการควบคุมอาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับพยานหลักฐานทั้งพยานวัตถุและพยานบุคคล อันจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการสงฆ์ได้ โดยอาจมีคำสั่งให้พระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาว่าต้องอธิกรณ์ไปพำนักในสถานที่ดังกล่าวไว้ก่อน จนกว่ากระบวนการพิจารณาจะแล้วเสร็จ หากพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาเป็น

⁸ พระวินัยปิฎก มหาวรรค เล่ม 4 ภาค 1, หน้า 513.

⁹ พระวินัยปิฎก มหาวิภังค์ เล่ม 1 ภาค 3, หน้า 221.

¹⁰ ภาค หมายถึง ภาคของการปกครองคณะสงฆ์ไทยในปัจจุบัน ซึ่งต่างจากการแบ่งภาคทางฝ่ายอาณาจักร

พระสังฆาธิการ อาจมีบางกรณีที่มีความจำเป็นต้องดำเนินการด้านศาสนกิจหรือที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขทางกฎหมาย ก็ให้อยู่ในดุลพินิจของคณะตุลาการสงฆ์พิจารณาอนุโลมเป็นรายกรณีไป¹¹ สถานที่ดังกล่าวนี้อาจมีการกำหนดกฎหมายเพิ่มเติม ในกรณีที่พระสงฆ์ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดพระวินัยที่อาจมีความเกี่ยวพันความผิดทางอาญา หรือได้กระทำความผิดทางอาญาโดยตรง แต่ยังไม่ถึงที่สุด ในระหว่างการดำเนินการดังกล่าว อาจนำตัวพระภิกษุนั้นเข้าไปควบคุมในสถานที่ดังกล่าวจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ทั้งนี้ เพราะหากในระหว่างที่มีการดำเนินคดีหรือพิจารณาในชั้นศาล มีการไม่ให้ประกันตัวและต้องควบคุมตัวในเรือนจำแล้ว ต้องบังคับให้พระภิกษุลาสิกขา ซึ่งมีความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เพราะการบังคับให้สละสมณเพศเทียบเท่ากับโทษประหารชีวิตในฝ่ายอาณาจักร จึงเปรียบเสมือนเป็นการประหารชีวิตทั้งเป็นในสมณวิถี แม้จะมีแนวปฏิบัติกรณีสมเด็จพระพุทธาจารย์ ครั้นดำรงสมณศักดิ์เป็นพระพิมลธรรม (อาจ อาสโภ) แต่ก็ได้เป็นบรรพตฐานที่แน่นอนไม่ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 29 วรรคสอง ที่ว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” มาตรา 29 วรรคสาม ที่ว่า “การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี” ดังนั้น การคุมขังหรือการบังคับให้ลาสิกขาทั้งที่ไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้ได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาจึงไม่เป็นธรรมกับพระภิกษุผู้มีพรรษาอายุกาลและอาจจะไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แม้ว่าภายหลังศาลจะพิพากษายกฟ้องและสามารถที่จะอุปสมบทเป็นพระภิกษุอีกครั้งได้ แต่ต้องกลับมาบัพรรษาใหม่ทั้งหมด พรรษาที่มีมาก่อนนั้นหายไปกับการบังคับให้ลาสิกขา เป็นต้น

คณะกรรมการตุลาการสงฆ์ อันมีสมเด็จพระสังฆราชทรงเป็นประธาน มีอำนาจออกกฎหรือระเบียบว่าด้วยความประพฤติและการดูแลพระภิกษุผู้ถูกกล่าวหาของสถานพำนักดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยดีงาม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม บทความนี้เป็นเพียงการเสนอในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตุลาการสงฆ์เท่านั้น หากจะมีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมสงฆ์ให้มีประสิทธิภาพ ควรมีการตรากฎหมายวิธีพิจารณาอาชญากรรมสงฆ์ กำหนดวิธีการในการพิสูจน์ความผิด รวมถึงกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานด้านความยุติธรรมสงฆ์ให้มีความชัดเจน เช่น พระวินยาธิการ ตุลาการสงฆ์และหน่วยงานด้านการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของตุลาการสงฆ์ รวมถึงอาจต้องมีมาตรการหรือกระบวนการในการกลั่นกรอง

¹¹ กรณีที่มีการดำเนินคดีเงินทอนวัดกับพระมหาเถระทรงสมณศักดิ์และศาลไม่อนุญาตให้ประกันตัว จึงจำต้องลาสิกขาหรือเปลื้องผ้ากาสาวพัสตร์ก่อนถูกควบคุมตัวในเรือนจำ ก็สามารถกำหนดในกฎหมายให้นำตัวมาควบคุมในสถานที่ดังกล่าวได้โดยไม่ต้องลาสิกขาบทก่อน เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่พระภิกษุผู้ถูกดำเนินคดีแต่ยังไม่ถึงที่สุด โดยไม่ต้องกลับมาบัพรรษาใหม่หรือสิ้นสมณศักดิ์โดยไม่เป็นธรรม

บุคคล เงื่อนไขที่จะเข้ามาอุปสมบทในพระศาสนา ให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยอาจแลกเปลี่ยนข้อมูลกับกระทรวงมหาดไทยหรือกระทรวงยุติธรรม การปฏิรูปดังกล่าวจะต้องมีตัวแทนของทุกภาคส่วนเข้าร่วม รวมถึงตัวแทนจากพระสงฆ์ เพื่อให้เกิดความรอบคอบมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อยังศรัทธาปสาทะให้เกิดขึ้นแก่พระพุทธศาสนิกชนอันจะพึงมีต่อพระสงฆ์และสืบทอดอายุพระพุทธศาสนาให้ยาวนานต่อไป

4. บทสรุป

กระบวนการยุติธรรมสงฆ์ในปัจจุบัน โดยเฉพาะผู้พิจารณาและคณะผู้พิจารณา ไม่สามารถเป็นหลักประกันถึงโปรงใส และความเที่ยงธรรมบนพื้นฐานแห่งพระธรรมวินัยได้ กฎนิคหกรรมซึ่งเป็นเสมือนกฎหมายวิธีสบัญญัติได้กำหนดให้บุคคลคนเดียวกันดำรงตำแหน่งทั้งพระผู้ปกครองผู้พิจารณาและคณะผู้พิจารณา โครงสร้างดังกล่าวไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นแก่พุทธศาสนิกชน จึงควรให้มีการแก้ไขหรือร่างกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมสงฆ์ โดยเฉพาะโครงสร้างของคณะผู้พิจารณา ซึ่งทำหน้าที่เสมือนตุลาการหรือผู้พิพากษา ให้มีความเป็นอิสระและโปรงใส ไม่เกี่ยวข้องกัผลประโยชน์ใด ๆ ให้มีความชัดเจนโปรงใส แยกจากโครงสร้างทางการปกครองในปัจจุบัน เป็นองค์กรหรือหน่วยงานเฉพาะ มีการบริหารกิจการโดยคณะกรรมการตุลาการสงฆ์ มีสมเด็จพระสังฆราชทรงเป็นประธาน มีการแยกพิจารณาสมณศักดิ์และถวายนิยัตยภัตตามสมควรแก่ฐานานุรูป บุคคลที่จะดำรงตำแหน่งดังกล่าวควรมีคุณสมบัติจบการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์และสำเร็จการศึกษาทางด้านพระพุทธศาสนา เพื่อเป็นหลักประกันถึงความรู้ทางพระพุทธศาสนาและวิธีการในการพิจารณา ในเบื้องต้น อีกทั้งยังควรให้มีสถานที่สำหรับควบคุมพระภิกษุในระหว่างการพิจารณา ทั้งนี้ อาจรวมถึงคติความทางฝ่ายอาณาจักรด้วย เพื่อป้องกันการบังคับให้ลาสิกขา ก่อนคดีถึงที่สุดโดยไม่เป็นธรรม เพื่ออำนวยความสะดวก ยุติธรรม รักษาและส่งเสริมให้เกิดความศรัทธาต่อสถาบันสงฆ์ และพระพุทธศาสนาต่อไป

บรรณานุกรม

- พระวินัยปิฎก มหาวรรค เล่ม 4 ภาค 1
- พระวินัยปิฎก มหาวิภังค์ เล่ม 1 ภาค 3
- กฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2521) ว่าด้วยการลงนิคหกรรม
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2559

กระบวนการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน The Conclusion of International Agreements by ASEAN

เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา*
Phetnapat Srivuddhiyaprabha

บทคัดย่อ

เมื่อกฎบัตรอาเซียนมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2008 ทำให้อาเซียนมีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการและมีความสามารถในการทำความตกลงระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ความสามารถในการทำความตกลงของอาเซียน มีข้อพิพาทที่น่าสนใจหลายประการ กล่าวคือ ความตกลงระหว่างประเทศประเภทใดบ้างที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของอาเซียนในฐานะที่เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีสถานะแตกต่างจากจากรัฐสมาชิกบุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจกระทำในนามอาเซียน และกระบวนการจัดทำความตกลงของอาเซียนเป็นอย่างไร บทความนี้ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์ธรรมเนียมปฏิบัติ (conventional approach) ของอาเซียนในการทำความตกลงระหว่างประเทศและศึกษากระบวนการทำความตกลงภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2011 เป็นต้นมา

คำสำคัญ: ความตกลงระหว่างประเทศ, สนธิสัญญา, อาเซียน, กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน, ความตกลง

Abstract

After the ASEAN Charter came into enforcement in 2008, ASEAN's legal status is officially recognized as an international organization and capable of making treaty. However, there are some interesting questionable points in ASEAN's competence of making agreement, i.e. what kind of international agreements lie within the scope of ASEAN; who has authority to make an agreement on behalf of ASEAN; and how is the agreement-making process of ASEAN. In this article, the author has examined ASEAN conventional approach

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสาขากฎหมายระหว่างประเทศ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

of agreement-making before the enforcement of the Charter as well as the agreement-making process after the enforcement of the Charter under the Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, which came into enforcement since 2011.

Keywords: International Agreement, Treaties, ASEAN, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, Agreement

1. บทนำ

อาเซียนก่อตั้งขึ้นโดยปฏิญญากรุงเทพ (Bangkok Declaration) เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1967 โดยปัจจุบัน มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค แต่อย่างไรก็ดี หากได้มีข้อความใดในปฏิญญาดังกล่าวที่ระบุถึงนิติฐานะและความสามารถในการทำความตกลงของอาเซียนแต่อย่างใด นอกจากนี้ เอกสารที่เกิดขึ้นภายหลังจากนั้นนับสิบปี เช่น ปฏิญญาบาหลีว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันมิตรของอาเซียน ค.ศ.1976 ก็ได้รับรองถึงสถานะและความสามารถดังกล่าวไว้เช่นกัน ทำให้การทำความตกลงของอาเซียนในช่วงสิบปีแรกมีปัญหามากมาย เช่น ประเทศคู่เจรจาบางประเทศมักอ้างว่าอาเซียนไม่ใช่องค์การระหว่างประเทศ ไม่มีสำนักงานประจำ และยังไม่พร้อมที่จะรับรองว่าอาเซียนมีนิติฐานะตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเลือกที่จะทำความตกลงกับประเทศสมาชิกอาเซียนแทนการทำความตกลงโดยตรงกับอาเซียน¹ ดังนั้น ในช่วงนี้รูปแบบวิธีการทำความตกลงของอาเซียน จึงถูกทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกทั้งหมดของอาเซียนกับประเทศคู่เจรจานอกภูมิภาค² หรืออาจทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกอาเซียนประเทศเดียว (ที่ได้รับมอบอำนาจ) กับประเทศคู่เจรจานอกภูมิภาคและให้ความตกลงนั้นขยายการใช้บังคับไปถึงสมาชิกทั้งหมดของอาเซียน³

¹ โปรดดู Marise Cremona and others, **ASEAN's external agreements: law, practice and the quest for collective action**, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), pp. 27-29., pp. 87-94.

² ตัวอย่างเช่น Co-operation Agreement between Member Countries of ASEAN and the European Community, 1980 และ Framework Agreement on Comprehensive Economic Co-operation between ASEAN and the People's Republic of China, 2002 เป็นต้น

³ ความตกลงลักษณะนี้เกิดจากความเห็นพ้องต้องกันของที่ประชุมประเทศสมาชิกโดยมีฉันทามติให้ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นผู้ลงนามในนามของอาเซียนและให้มีผลผูกพันกับทุกประเทศ ความตกลงรูปแบบนี้มักใช้ในกรณีความตกลงโครงการความช่วยเหลือต่าง ๆ เช่น Agreement on the establishment of the ASEAN-EC Energy Management Training and Research Centre, 1988 ที่ทำขึ้นระหว่างรัฐบาลอินโดนีเซีย (ในนามสมาชิกทั้งหมดของอาเซียน) กับประชาคมเศรษฐกิจยุโรป

ต่อมาเมื่อประเทศสมาชิกอาเซียนมีการจัดตั้งสำนักงานถาวร ณ กรุงจาการ์ตา ภายใต้ความตกลงจัดตั้งสำนักงานเลขาธิการ ค.ศ. 1976⁴ และได้จัดทำความตกลงว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสำนักงานเลขาธิการอาเซียนขึ้นใน ค.ศ. 1979 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของอินโดนีเซียและเลขาธิการอาเซียนเป็นผู้ลงนาม จึงถือเป็นการรับรองความสามารถในการทำความตกลงของอาเซียนในฐานะบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และมีนิติฐานะแยกต่างหากจากรัฐสมาชิก ซึ่งภายหลังจากนั้น ในสายตาคือหลายประเทศได้ทยอยให้การยอมรับนิติฐานะของอาเซียนว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยปริยาย จึงเริ่มเข้าทำความตกลงโดยตรงกับอาเซียนมากยิ่งขึ้น⁵

หลังจากนั้น นิติฐานะของอาเซียนได้รับการรับรองยืนยันอีกครั้ง โดยเป็นการรับรองอย่างเป็นทางการในข้อ 3 ของกฎบัตรอาเซียน ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 2008 นอกจากนี้ในกฎบัตรอาเซียนยังกำหนดให้อาเซียนมีความสามารถในการทำความตกลงระหว่างประเทศด้วย แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการทำความตกลงเอาไว้ ดังนั้น การทำความตกลงยังคงเป็นไปตามทางปฏิบัติเดิมที่มีมา กระทั่งอาเซียนเติบโตขึ้นโดยลำดับ มีการขยายกรอบความร่วมมือไปยังด้านต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น รวมถึงขยายจำนวนคู่เจรจามากขึ้นด้วยการทำความตกลงในรูปแบบเดิมที่มีมาจึงอาจไม่สอดคล้องหรือคล่องตัวเพียงพอต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว จนนำไปสู่การยกฐานะระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน และมีผลใช้บังคับตั้งแต่ ค.ศ. 2011 เป็นต้นมา

ภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน ทำให้การทำความตกลงของอาเซียนเป็นระบบระเบียบและมีความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น แต่กฎระเบียบฉบับนี้ไม่ได้ครอบคลุมการทำความตกลงทุกประเภทของอาเซียน เพียงเฉพาะความตกลงที่ทำขึ้นกับคู่เจรจานอกภูมิภาคเท่านั้น

ดังนั้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญ ลักษณะเฉพาะตัว ตลอดจนข้อบกพร่องในกระบวนการทำความตกลงของอาเซียนเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงพัฒนา บทความขึ้นนี้จึงมุ่งศึกษาวิเคราะห์จารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำความตกลงของอาเซียนก่อนการประกาศใช้กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน และภายหลังจากการใช้บังคับกฎระเบียบดังกล่าวจนกระทั่งปัจจุบัน

⁴ Article 1, Agreement on the Establishment of the ASEAN Secretariat, 1976

⁵ ตัวอย่างความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างภาคีภายนอกกับอาเซียนโดยตรง โดยเลขาธิการอาเซียนเป็นผู้ลงนาม เช่น Memorandum of Understanding between the Secretariat of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN Secretariat) and the Secretariat of the United Nations Economic and Social Commissions for Asia and the Pacific (ESCAP Secretariat), 2002 เป็นต้น

2. ความตกลงระหว่างประเทศในกรอบอาเซียน

ก่อนที่กฎบัตรอาเซียนจะมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2008 อาเซียนยังไม่มีนิติฐานะทางกฎหมายระหว่างประเทศโดยเด่นชัด การทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายจึงมักทำขึ้นโดยประเทศสมาชิกอาเซียนกับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ และเมื่ออาเซียนมีนิติฐานะอย่างเป็นทางการ มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากรัฐสมาชิกประกอบกับด้วยทางปฏิบัติที่เคยยึดถือมาทำให้ความตกลงระหว่างประเทศในกรอบอาเซียนมีความหลากหลายมากขึ้น มีกระบวนการจัดทำที่แตกต่างกันในแต่ละประเภทความตกลง ซึ่งการจัดทำความตกลงของอาเซียนอาจแบ่งได้ 4 ประเภทความตกลง คือ

2.1 ความตกลงระหว่างอาเซียน (ในฐานะองค์การระหว่างประเทศ) กับประเทศคู่เจรจา เช่น Financing Agreement (FA) ASEAN-Germany Programme on Climate Change และ Financing Agreement (FA) ASEAN-UNESCO เป็นต้น

2.2 ความตกลงระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียนกับประเทศคู่เจรจา (dialogue partner) เช่น ความตกลงเขตการค้าเสรี อาทิต FTA ASEAN-India เป็นต้น

2.3 ความตกลงระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียน เช่น กฎบัตรอาเซียน ความตกลงว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันอาเซียน ACIA ATIGA ASEAN AFAS Protocol to ASEAN Charter on DSM เป็นต้น

2.4 ความตกลงที่เป็นเอกสารแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองอื่น ๆ เช่น ASEAN Human Rights Declaration Phnom Penh Ministerial Declaration on ASEAN Road Safety เป็นต้น

3. ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการทำความตกลงของอาเซียน

3.1 ความสามารถในการทำความตกลงของอาเซียน (Capacity of ASEAN to conclude agreement)

การทำความตกลงเป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการเสริมสร้างและพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมาอย่างช้านาน โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐอธิปไตย⁶ และองค์การระหว่างประเทศ⁷ เท่านั้นเป็นผู้มีความสามารถในการทำความตกลง โดยเฉพาะความสามารถในการทำความตกลงขององค์การระหว่างประเทศ อนุสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1986

⁶ Article 6, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

“Every State possesses capacity to conclude treaties.”

⁷ Article 6, Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986

“The capacity of an international organization to conclude treaties is governed by the rules of that organization.”

กำหนดไว้โดยชัดเจนว่า ให้เป็นไปตามกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งกฎระเบียบในที่นี้อาจกำหนดขอบเขตความสามารถ กระบวนการทำสนธิสัญญาขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยชัดแจ้งหรืออาจเป็นจารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำความตกลงขององค์การฯ นั้น ๆ ก็ได้

ประเด็นปัญหาว่าองค์การระหว่างประเทศใดจะมีความสามารถในการทำความตกลงได้หรือไม่ และมากน้อยเพียงใดนั้น สามารถพิจารณาได้จากกฎบัตรหรือธรรมนูญก่อตั้งองค์การฯ นั้น ๆ ซึ่งโดยทั่วไปจะระบุพื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศและความสามารถในการทำความตกลงระหว่างประเทศเอาไว้ แต่หากมิได้กำหนดนิฐานะทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้ การพิจารณาว่าองค์การระหว่างประเทศนั้นมีความสามารถในการทำความตกลงได้หรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติส่วนอื่น ๆ ที่อาจกำหนดอำนาจหน้าที่บางประการต่างหากจากรัฐสมาชิกหรือไม่ หรืออาจพิจารณาจากการที่องค์การระหว่างประเทศนั้น ๆ ได้รับการยอมรับนับถือนิฐานะในทางปฏิบัติ (de facto recognition) เช่น การเข้าทำความตกลงกับองค์การระหว่างประเทศนั้น ๆ

ในกรณีของอาเซียน แม้ปฏิญญากรุงเทพฯ ซึ่งเปรียบเสมือนธรรมนูญก่อตั้งอาเซียน รวมถึงเอกสารทางการอื่น ๆ ที่ทำขึ้นภายหลัง จะมีได้กำหนดสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศให้กับอาเซียนเลย แต่ในทางปฏิบัติ การที่อาเซียนทำความตกลงกับประเทศสมาชิกรวมถึงกับคู่เจรจานอกภูมิภาคได้โดยลำพังย่อมแสดงให้เห็นว่าอาเซียนเป็นองค์การระหว่างประเทศ ที่มีสถานะภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยพฤตินัยนับตั้งแต่ ค.ศ. 1976⁸ เป็นต้นมา และกฎบัตรอาเซียนได้รับรองสถานะภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยนิตินัย ในข้อ 3 กฎบัตรอาเซียน ความว่า “อาเซียนในฐานะองค์การระหว่างประเทศในระดับรัฐบาล ได้รับสภาพบุคคลตามกฎหมายโดยกฎบัตรนี้”¹⁰

⁸ ตัวอย่างเช่น Article 37, Treaty on European union (Consolidated version 2016)

“The Union may conclude agreements with one or more States or international organisations in areas covered by this Chapter.”

Article 47

“The Union shall have legal personality.”

⁹ โป ร ต ดู Agreement on the Establishment of the ASEAN Secretariat, 1976 และ Agreement Between the Government of Indonesia and ASEAN Relating to the Privileges and Immunities of the ASEAN Secretariat Jakarta, 1979 (และภายหลังรัฐบาลอินโดนีเซียกับสำนักงานเลขาธิการอาเซียนได้ลงนามความตกลงฉบับใหม่ ในวันที่ 2 เมษายน 2012)

¹⁰ Article 3, ASEAN Charter, 2007

“ASEAN, as an inter-governmental organisation, is hereby conferred legal personality.”

กฎบัตรอาเซียนนอกจากจะกำหนดนิติฐานะทางกฎหมายระหว่างประเทศให้กับอาเซียนดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในข้อ 41 วรคเจ็ด ยังกำหนดความสามารถในการทำ ความตกลงของอาเซียนไว้อย่างชัดเจนว่า “อาเซียนสามารถทำความตกลงกับประเทศ หรือ องค์การและสถาบันระดับอนุภูมิภาค ภูมิภาคและระหว่างประเทศ...”¹¹

3.2 ผู้มีอำนาจในการทำความตกลงแทนอาเซียน (ASEAN Representatives)

ตามจารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำความตกลงของอาเซียน ผู้มีอำนาจในการทำ ความตกลงในนามอาเซียนประกอบด้วยกลุ่มบุคคล 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก ได้แก่ หัวหน้ารัฐบาลหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของ ประเทศสมาชิกทั้งหมด เป็นผู้มีอำนาจทำความตกลง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความตกลงเกี่ยวกับ กิจกรรมของอาเซียน เช่น สนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาของ ภูมิภาคอาเซียน (Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty) หรือความตกลง สำคัญของอาเซียนกับประเทศคู่เจรจา เช่น สนธิสัญญาไมตรีและความร่วมมือในภูมิภาคเอเชีย ตะวันออกเฉียงใต้ (Treaty of Amity and Cooperation - TAC) ความตกลงเหล่านี้ในทาง ปฏิบัติของอาเซียนจะให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจ ในการทำ

กลุ่มที่สอง ได้แก่ เลขาธิการอาเซียน หรืออธิบดีกรมอาเซียนของประเทศสมาชิก แล้วแต่กรณี โดยรับมอบอำนาจในการทำความตกลงมาจากรัฐสมาชิกทุกประเทศผ่านกลไกที่ ประชุมของคณะกรรมการการประจำ (Standing Committee) ซึ่งโดยทั่วไปผู้มีอำนาจในกลุ่มนี้ จะทำความตกลงเกี่ยวกับโครงการความร่วมมือ ซึ่งอาเซียนเป็นฝ่ายได้ประโยชน์ เช่น ความตกลงโครงการความช่วยเหลือระหว่างรัฐบาลสหรัฐอเมริกาและอาเซียน ในปี ค.ศ.1984¹² เป็นต้น แต่หากเป็นความตกลงที่สร้างพันธะระหว่างประเทศและกระทบส่วนได้เสียของ ประเทศสมาชิกแล้ว ประเทศสมาชิกจะเป็นผู้มีอำนาจในการทำความตกลงโดยตรง¹³

3.3 การเจรจา (Negotiation)

ขั้นตอนการเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันหรือ ระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนกับคู่เจรจายานอก การริเริ่มการเจรจจะทำโดยผ่าน

¹¹ Article 3, ASEAN Charter, 2007

¹² “7. ASEAN may conclude agreements with countries or subregional, regional and international organisations and institutions...”

¹³ โปรดดู Project Agreement between the Government of the United State of America and The Association of Southeast Asian Nations, 1984

¹³ สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, หลักการทำความตกลงอาเซียน [ออนไลน์], 28 เมษายน 2561. แหล่งที่มา <https://drive.google.com/file/d/1VnJoT3ESaeG7NLZsasnz1Q8P3uTjDOEG/view?usp=sharing>

ความเห็นชอบจากประเทศสมาชิกทุกประเทศในที่ประชุมอาเซียน และทุกประเทศจะแต่งตั้งผู้แทนเข้าร่วมในการเจรจา ในบางความตกลงที่เป็นเรื่องทางเทคนิค อาจมีการแต่งตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญช่วยในการยกร่าง

ส่วนขั้นตอนเจรจาเพื่อทำความตกลงระหว่างอาเซียนกับคู่เจรจานอกภูมิภาค จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการประจำอาเซียนเสียก่อนจึงจะเริ่มการเจรจาได้ ในกรณีที่ความตกลงที่มีความสำคัญ ประเทศสมาชิกอาเซียนจะแต่งตั้งผู้แทนเข้าร่วมการเจรจา แต่หากเป็นความตกลงโครงการความร่วมมือต่าง ๆ คณะกรรมการประจำจะมอบให้ประเทศผู้ประสานงาน¹⁴ เป็นผู้เจรจา แล้วนำเสนอผลการเจรจาต่อกรรมการประจำเพื่อให้ความเห็นชอบหรือให้ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติม และหากเป็นความตกลงที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของสำนักงานเลขาธิการอาเซียน คณะกรรมการประจำจะมอบหมายให้เลขาธิการอาเซียนเป็นผู้เจรจา เช่น ความตกลงความช่วยเหลือระหว่างรัฐบาลแคนาดาและอาเซียน เกี่ยวกับการปรับปรุงห้องสมุดของสำนักงานเลขาธิการอาเซียน เป็นต้น

3.4 การยกร่าง (Drafting)

ในด้านภาษาที่ใช้ในการยกร่างความตกลงนั้น ถ้าเป็นความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างอาเซียนกับประเทศสมาชิกหรือระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเอง จะใช้ภาษาอังกฤษในการยกร่างและจัดทำความตกลง ซึ่งเป็นไปตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรอาเซียนที่กำหนดให้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาที่ใช้ในการทำงาน¹⁵ แต่ถ้าเป็นความตกลงที่ทำขึ้นกับคู่เจรจายานนอกที่มีได้ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาทางการ อาเซียนอาจยกร่างความตกลงขึ้นทั้งภาษาอังกฤษและภาษาของประเทศคู่เจรจาโดยยึดถือว่ามีเนื้อความถูกต้องตรงกันตามหลักกฎหมายความตกลงก็ได้

รูปแบบของความตกลง โดยทั่วไปการทำความตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันมักจะหลีกเลี่ยงการทำความตกลงที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย ดังนั้น ความตกลงส่วนใหญ่จึงอยู่ในรูปแบบของปฏิญญาซึ่งมีสถานะเป็นเพียงเอกสารการเมือง อย่างไรก็ตาม ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกที่อยู่ในรูปแบบสนธิสัญญาก็มีอยู่จำนวนไม่น้อย และความตกลงที่ทำขึ้นกับคู่เจรจายานนอกก็มักจะอยู่ในรูปแบบสนธิสัญญาเสมอ โดยจัดทำเป็นสนธิสัญญาหลายฝ่าย กำหนดให้มีการลงนามโดยผู้แทนจากทุกประเทศสมาชิกอาเซียน และผู้แทนจากประเทศหรือองค์กรฯ คู่เจรจา แต่ในแง่ของการใช้บังคับสนธิสัญญานั้น จะใช้บังคับกันสองฝ่าย ระหว่างคู่เจรจาฝ่ายหนึ่งกับประเทศสมาชิกอาเซียนอีกฝ่ายหนึ่ง และความตกลงลักษณะเช่นนี้จะไม่ใช่บังคับระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกัน

¹⁴ ประเทศผู้ประสานงาน (Coordinator) หมายถึง ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ได้รับมอบหมายจากอาเซียนให้ประสานความร่วมมือกับคู่เจรจายานนอก

¹⁵ Article 34, ASEAN Charter, 2007

“The working language of ASEAN shall be English.”

3.5 การยอมรับข้อบท การยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบท และการแสดงเจตนาเข้าสู่ผูกพันในความตกลง (Adoption, Authentication of text, Expression of consent to be bound by an agreement)

ในกรณีความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกัน รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในเรื่องนั้น ๆ จะเป็นผู้อยอมรับข้อบทด้วยวิธีการลงนามย่อ แล้วส่งให้รัฐมนตรีต่างประเทศของประเทศสมาชิกเป็นผู้ลงนาม (All formal agreements among ASEAN countries should be signed by the Foreign Ministers)¹⁶ วิธีการเช่นนี้แตกต่างจากการทำความตกลงของรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นโดยทั่วไป ซึ่งจะให้ผู้เจรจากร่างเป็นผู้ลงนามยอมรับข้อบท นอกจากนี้ ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเกี่ยวกับความร่วมมือของอาเซียน ความตกลงจึงมักจะกำหนดให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศให้สัตยาบันอีกชั้นหนึ่ง ความตกลงนั้น ๆ จึงจะมีผลใช้บังคับ

สำหรับความตกลงที่ทำขึ้นกับคู่เจรจาภายนอก รัฐมนตรีต่างประเทศของอาเซียนจะเป็นผู้ลงนาม ในกรณีที่ความตกลงกำหนดให้ภาคีความตกลงให้สัตยาบันอีกชั้นหนึ่ง ประเทศสมาชิกอาเซียนจะดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมายภายในของตนจนเสร็จสิ้น แล้วจึงนัดหมายกับคู่ภาคีภายนอกเพื่อทำการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร ซึ่งทำให้ความตกลงนั้นมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่มีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารดังกล่าว

ส่วนความตกลงที่เป็นความตกลงโครงการที่อาเซียนทำกับคู่เจรจานอกภูมิภาคนั้น คณะกรรมการการประจำจะมีมติอนุมัติให้อธิบดีกรมอาเซียนของประเทศผู้ประสานงานเป็นผู้มีอำนาจลงนามในความตกลง และถือเอาการลงนามนั้นเป็นการแสดงเจตนาเข้าสู่ผูกพันในความตกลงด้วย

จากการศึกษาเกี่ยวกับการทำความตกลงของอาเซียนที่ผู้เขียนได้อธิบายไปข้างต้นนั้น จะพบว่าแม้อาเซียนจะไม่มีเอกสารกำหนดขั้นตอนวิธีการเกี่ยวกับการทำความตกลงเอาไว้ แต่อาเซียนก็สามารถพัฒนาและสร้างทางปฏิบัติเกี่ยวกับการทำความตกลงขึ้นไว้ค่อนข้างชัดเจน และประเด็นที่น่าสนใจคือประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นผู้มีบทบาทอย่างยิ่งในการทำความตกลงกับคู่เจรจาภายนอก ซึ่งมีปัญหาที่ชวนให้สงสัยว่า ความตกลงดังกล่าวเป็นความตกลงระหว่างคู่เจรจายกกับ “อาเซียน” หรือกับ “ประเทศสมาชิกอาเซียน” กันแน่ ซึ่งหากบอกว่าประเทศสมาชิกอาเซียนกับอาเซียนเป็นอย่างเดียวกัน หรือบอกว่าประเทศสมาชิกทำในนามของอาเซียน ก็เกิดคำถามตามมาว่า อาเซียนมีนิติฐานะมีความสามารถในการทำความตกลง

¹⁶ Report of the ASEAN Economic Ministers to the ASEAN Heard of Government, Record of the Meeting of ASEAN Heard of Government, Kuala Lumpur, 4-5 August 1977, Annex J, p. 26.

เป็นเอกเทศจากประเทศสมาชิกจริงหรือไม่ และหากยังคงให้ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหมดเป็นผู้มีอำนาจทำความตกลงแทนอาเซียน ย่อมทำให้การทำความตกลงขาดความคล่องตัว ไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์โลกที่เป็นไปอย่างรวดเร็วอีกด้วย เพื่อเปิดบทบาทของอาเซียนสู่เวทีโลก จึงนำมาสู่การทบทวนระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียนในเวลาต่อมา¹⁷

4. กระบวนการทำความตกลงของอาเซียนภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน

4.1 ขอบเขตการใช้บังคับของกฎระเบียบ (Scope of rules application)

กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียนจะใช้บังคับกับการทำความตกลงระหว่างประเทศที่มีอาเซียนเป็นภาคีในฐานะองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่รวมถึงการทำความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ จะต้องเข้าเป็นภาคีอยู่แล้วและก่อให้เกิดพันธกรณีเฉพาะกับแต่ละประเทศสมาชิก¹⁸ นอกจากนี้ กฎระเบียบฯ ยังได้ให้ความหมายของ “ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำโดยอาเซียน” ไว้ว่า หมายถึง “ความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับ

¹⁷ กฎบัตรอาเซียน ข้อ 41 วรรคเจ็ด กำหนดให้คณะมนตรีประสานงานอาเซียนเป็นผู้กำหนดกระบวนการทำสนธิสัญญาของอาเซียนโดยปรึกษาหารือกับคณะมนตรีประชาคมอาเซียน โดยเมื่อวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 2010 ที่ประชุมคณะเจ้าหน้าที่อาวุโส (Senior Officials Meeting - SOM) มีมติให้จัดตั้งคณะทำงานเจ้าหน้าที่อาวุโสว่าด้วยประเด็นด้านกฎหมายที่ค้างค้างของคณะผู้เชี่ยวชาญระดับสูงด้านกฎหมายว่าด้วยกฎบัตรอาเซียน (Senior Officials Meeting Working Group on Remaining High Level Legal Experts' Group on Follow-Up to the ASEAN Charter Issues) หรือคณะทำงานด้านกฎหมายอาเซียนขึ้น เพื่อจัดทำร่างกฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน เมื่อคณะทำงานยกร่างกฎระเบียบฯ เสร็จเรียบร้อย ที่ประชุมคณะเจ้าหน้าที่อาวุโส (SOM) และคณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ACC) ได้พิจารณา แล้วนำเสนอไปยังคณะมนตรีประชาคมอาเซียน (ASEAN Community Councils) พิจารณาให้ความเห็นชอบจนกระทั่งคณะมนตรีประสานงานอาเซียน (ACC) ได้มีมติรับรองร่างฯ ตามนัยข้อ 41 วรรคเจ็ด ของกฎบัตรอาเซียน ในปี ค.ศ. 2011

¹⁸ Rule 1 Scope of Application, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“1. These Rules specify the procedure for the conclusion of international agreements by ASEAN as an intergovernmental organisation in the conduct of external relations as provided in Article 41 (7) of the ASEAN Charter.

2. These Rules shall not apply to the conclusion of international agreements concluded by all ASEAN Member States collectively and which create obligations upon individual ASEAN Member States.”

ของกฎหมายระหว่างประเทศและก่อให้เกิดสิทธิและพันธกรณีต่ออาเซียนในฐานะองค์กรที่มี
 นิติฐานะแยกจากรัฐสมาชิก”¹⁹ ซึ่งสอดคล้องกับความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญา
 เวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ฉบับปี ค.ศ. 1969 และ ค.ศ.1986 ซึ่งหมายถึง “ความ
 ตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่
 ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็เนกสารฉบับเดียว สองฉบับหรือ
 หลายฉบับกว่านั้นเกี่ยวเนื่องกันและไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม”²⁰ ดังนั้น การทำความตกลง
 ระหว่างประเทศโดยอาเซียน จึงหมายถึงการทำสนธิสัญญาโดยอาเซียนนั่นเอง จากที่กล่าวมา
 ข้างต้นจึงสรุปขอบเขตการใช้บังคับกฎระเบียบฉบับนี้ได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) กฎระเบียบฯ จะใช้บังคับเฉพาะการทำความตกลงระหว่างประเทศที่
 อาเซียนเป็นภาคีในฐานะองค์การระหว่างประเทศที่มีนิติฐานะแยกจากประเทศสมาชิกเท่านั้น
 หากเป็นความตกลงที่ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศจะต้องเข้าเป็นภาคีอยู่แล้วและ
 ก่อให้เกิดพันธกรณีเฉพาะกับแต่ละประเทศสมาชิก ย่อมไม่อยู่ภายใต้กฎระเบียบฉบับนี้

(2) กฎระเบียบฯ ใช้บังคับกับการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็น
 สนธิสัญญาโดยมุ่งผูกพันกันทางกฎหมาย (legally binding) ไม่รวมถึงการทำความตกลงใด ๆ
 ที่มุ่งผูกพันกันในทางการเมือง (political binding) หรือในทางศีลธรรม

(3) กฎระเบียบฯ ใช้บังคับกับการทำความตกลงระหว่างประเทศที่เป็น
 ลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่รวมถึงความตกลงที่สร้างขึ้นโดยวาจา (verbal agreement)

4.2 การเจรจา (Negotiation)

ในกระบวนการเจรจานั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอนคือ ขั้นตอนก่อนการเจรจาและ
 ขั้นตอนระหว่างเจรจา สำหรับขั้นตอนก่อนการเจรจา เจ้าหน้าที่อาวุโส (SOM) ขององค์กร
 ระดับรัฐมนตรีอาเซียนเฉพาะสาขา (Sectoral Body) ที่เกี่ยวข้องกับการทำความตกลงจะเป็น
 ผู้ดำเนินการจัดทำข้อเสนอขอเริ่มเจรจากความตกลงระหว่างประเทศ โดยประสานงานร่วมกัน
 กับคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียน (CPR) ต่อจากนั้นที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศ
 อาเซียนจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบกับข้อเสนอดังกล่าว และแต่งตั้งผู้แทนหรือคณะผู้แทนที่

¹⁹ Rule 2 Definition, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“For the purpose of these Rules, “international agreement by ASEAN” (hereinafter referred to as “international agreement”) means any written agreement, regardless of its particular designation, governed by international law which creates rights and obligations for ASEAN as a distinct entity from its Member States.”

²⁰ โปรดดู Article 2, Vienna Convention on the law of Treaties, 1969 และ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations Vienna, 1986

เหมาะสมเพื่อเริ่มการเจรจาในนามของอาเซียน²¹ ในกรณีที่จำเป็นต้องแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็มสำหรับการเจรจา เลขาธิการอาเซียนจะเป็นผู้ออกหนังสือมอบอำนาจเต็มให้แก่ผู้แทน ทั้งนี้ โดยได้รับคำสั่งจากที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน หรือคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนเป็นผู้ออกคำสั่งแทน ตามที่ที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนมอบหมาย²²

ส่วนขั้นตอนระหว่างการเจรจา ผู้แทนที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องยึดท่าทีร่วมของอาเซียนเป็นพื้นฐานในการเจรจา²³ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่อาวุโส (SOM) ขององค์กรระดับรัฐมนตรีอาเซียนเฉพาะสาขาจะมีบทบาทร่วมกับคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียน (CPR) ในการกำหนดท่าทีร่วมของอาเซียน²⁴

²¹ Rule 3 Authorisation of the Commencement of Negotiation and Appointment of Representative(s), Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“The proposal to commence a negotiation of an international agreement shall be coordinated with the Committee of Permanent Representatives to ASEAN by the relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level. The ASEAN Foreign Ministers Meeting, on its own or through the Committee of Permanent Representatives to ASEAN, shall decide on the proposal and shall appoint the appropriate representative(s) to commence the negotiation on behalf of ASEAN.”

²² Rule 9 Full Powers, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“Where full powers is required, the Secretary-General of ASEAN shall, upon instruction of the ASEAN Foreign Ministers Meeting on its own or through the Committee of Permanent Representatives to ASEAN, issue full powers for negotiating and/or signing an international agreement.”

²³ ท่าทีร่วมของอาเซียนเป็นเจตนาร่วมกันของประเทศสมาชิกทั้งหมด ในการดำเนินความสัมพันธ์กับภายนอก อันเกิดขึ้นจากการประสานงานและการดำเนินการร่วมกันบนพื้นฐานของเอกภาพและความสามัคคี (โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมในข้อ 41 วรคสึ ของกฎบัตรอาเซียน)

²⁴ Rule 4 ASEAN Common Position, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“1. ASEAN Member States shall coordinate and develop an ASEAN common position pursuant to Article 41 (4) of the ASEAN Charter.

2. Such ASEAN common position shall be formulated by the relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level in coordination with the Committee of Permanent Representatives to ASEAN. In the formulation of an ASEAN common position, the ASEAN Foreign Ministers Meeting may be consulted if and when necessary.

ในระหว่างการเจรจา ผู้แทนการเจรจามีหน้าที่ในการรายงานความคืบหน้าการเจรจา และขอคำปรึกษาหารือกับเจ้าหน้าที่อาวุโสขององค์กรระดับรัฐมนตรีอาเซียนเฉพาะสาขาและคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนอย่างสม่ำเสมอ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่อาวุโสขององค์กรระดับรัฐมนตรีอาเซียนเฉพาะสาขาและคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนขอให้ผู้แทนรายงานความคืบหน้าหรือขอรับคำปรึกษาได้ทุกเมื่อ รวมถึงอาจให้แนวทางการเจรจาเพิ่มเติมแก่ผู้แทนได้ด้วย²⁵

4.3 การยกร่าง (Drafting)

กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน มิได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอนเกี่ยวกับการยกร่างเอาไว้ ก็เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการเจรจายกร่าง ดังนั้น การเลือกใช้ภาษา หรือการกำหนดรูปแบบของความตกลง จึงเป็นไปตามที่ผู้แทนแต่ละฝ่ายได้ตกลงกันกำหนดขึ้น ซึ่งโดยธรรมเนียมปฏิบัติ (conventional approach) ของอาเซียนจะยกร่างความตกลงเป็นภาษาอังกฤษซึ่งเป็นภาษาที่ใช้ทำงานของอาเซียน²⁶

4.4 การยอมรับข้อบทและการแสดงความยินยอมเข้าผูกพันในความตกลง (Adoption, Authentication, Expression of consent to be bound by an agreement)

เมื่อการเจรจายกร่างความตกลงเสร็จสิ้น ผู้แทนการเจรจาจะเป็นผู้ลงนามย่อ (initial) ในร่างความตกลงเพื่อยืนยันความถูกต้องของรูปแบบและเนื้อหา แต่การลงนามย่อเป็นเพียง

3. The representative(s) as referred to in Rule 3 shall adhere to an ASEAN common position which serves as a basis for negotiation.”

²⁵ Rule 5 Obligation of information and consultation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“1. The representative(s) shall ensure that the relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level and the Committee of Permanent Representatives to ASEAN are consulted and kept informed of the progress of negotiation.

2. The relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level or the Committee of Permanent Representatives to ASEAN may, at any time, request to be consulted or informed of the progress of negotiation from the representative(s).

3. The relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level in coordination with the Committee of Permanent Representatives to ASEAN may, at any time, give further instruction to the representative(s).

4. The representative(s) may seek further instruction from the relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level.”

²⁶ Article 34, ASEAN Charter, 2007

“The working language of ASEAN shall be English.”

การยอมรับเบื้องต้นเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นความตกลงฉบับสุดท้าย²⁷ ผู้แทนต้องเสนอร่างความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ลงนามให้เจ้าหน้าที่อาวุโสขององค์กรระดับรัฐมนตรีอาเซียนเฉพาะสาขาที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ความเห็นชอบ โดยการให้ความเห็นชอบดังกล่าวเป็นการหารือร่วมกับคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียน เมื่อให้ความเห็นชอบแล้ว คณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนต้องเสนอร่างความตกลงที่ได้รับความเห็นชอบแล้วให้แก่ที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนเพื่อพิจารณาในขั้นตอนต่อไป²⁸

การแสดงความยินยอมเข้าสู่ผูกพันในความตกลงเป็นอำนาจของที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน โดยอาจกระทำด้วยตนเองหรือมอบหมายให้คณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนเป็นผู้ตัดสินใจแทนก็ได้²⁹ ทั้งนี้ กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน กำหนดว่า การแสดงความยินยอมเพื่อผูกพันตามความตกลงระหว่าง

²⁷ Rule 6 Initialling of the Draft Text of the International Agreement, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“When negotiation is completed, the representative(s) may initial the draft text of the international agreement solely for ascertaining the form and content of the negotiated text of such agreement. For the purpose of this Rule, the initialed draft text shall not be deemed as the final text and shall be subject to endorsement pursuant to Rule 7.”

²⁸ Rule 7 Endorsement of the Draft Text of the International Agreement, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“1 . The representative(s) shall submit the draft text of the international agreement to the relevant ASEAN Sectoral Ministerial Bodies at the senior officials level for endorsement. Such endorsement shall be made in consultation with the Committee of Permanent Representatives to ASEAN.

2 . The Committee of Permanent Representatives to ASEAN shall submit the endorsed text to the ASEAN Foreign Ministers Meeting for its consideration pursuant to Rule 8. This paragraph shall not apply where the ASEAN Foreign Ministers Meeting acts through the Committee of Permanent Representatives to ASEAN pursuant to Rule 8 , paragraph 4.”

²⁹ Rule 8 Signature and Act of Formal Confirmation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“4. The ASEAN Foreign Ministers Meeting, on its own or through the Committee of Permanent Representatives to ASEAN, may decide on the signing of, and/or an act of formal confirmation of an international agreement.”

ประเทศของอาเซียน สามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ การลงนาม (Signature) และการให้สัตยาบัน (Act of Formal Confirmation)³⁰

(1) การแสดงความยินยอมผูกพันของอาเซียนโดยวิธีการลงนาม สามารถกระทำได้ 3 กรณี ได้แก่ ความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นได้กำหนดให้ถือเอาการลงนามมีผลเป็นการแสดงความยินยอมที่จะเข้าผูกพัน หรือปรากฏในหนังสือมอบอำนาจเต็มให้ถือเอาการลงนามมีผลดังกล่าว หรือมีการแจ้งความประสงค์ในระหว่างการเจรจาจัดทำความตกลงว่าจะถือเอาการลงนามมีผลเป็นการแสดงความยินยอม³¹

ทั้งนี้ ที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนหรือคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนตามที่ที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนมอบหมาย จะแต่งตั้งเลขาธิการอาเซียนหรือบุคคลใดก็ได้เป็นผู้ลงนามในความตกลงระหว่างประเทศในนามอาเซียน³² ในกรณีที่เลขาธิการอาเซียนเป็นผู้ลงนามให้มีผลเป็นการแสดงความยินยอมเข้าผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศ ประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องทำหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Powers) แต่หากเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เลขาธิการอาเซียน ให้เลขาธิการอาเซียนเป็นผู้ออกหนังสือแสดงอำนาจเต็ม³³

(2) การแสดงความยินยอมผูกพันของอาเซียนโดยวิธีการให้สัตยาบัน สามารถกระทำได้ 4 กรณี ได้แก่ ความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นกำหนดให้ถือเอาการให้สัตยาบันเป็นการแสดงความยินยอม หรือปรากฏในหนังสือมอบอำนาจเต็มกำหนดให้มีการให้สัตยาบัน

³⁰ Rule 8 Signature and Act of Formal Confirmation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

"1. The consent of ASEAN to be bound by an international agreement shall be expressed by signature or an act of formal confirmation."

³¹ Rule 8 Signature and Act of Formal Confirmation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

"2. The consent of ASEAN to be bound may be expressed by signature of the person appointed pursuant to paragraph 5 of this Rule when:

*a. the international agreement provides that signature shall have that effect; or
b. the intention of ASEAN to give that effect to the signature appears from the full powers issued pursuant to Rule 9, or was expressed during the negotiation."*

³² Rule 8 Signature and Act of Formal Confirmation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

"5. The ASEAN Foreign Ministers Meeting, on its own or through the Committee of Permanent Representatives to ASEAN, may appoint the Secretary-General of ASEAN or any other person to sign the international agreement on behalf of ASEAN."

³³ โปรดดูเชิงอรรถที่ 22

ภายหลังจากการลงนามหรือมีการแสดงความประสงค์เช่นนี้ระหว่างการเจรจา หรือมีการลงนามในความตกลงภายใต้เงื่อนไขว่าต้องให้มีการให้สัตยาบันด้วย³⁴ ในการนี้เลขาธิการอาเซียนจะเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำสัตยาบันสาร³⁵ ภายหลังจากตัดสินใจของที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนหรือคณะกรรมการผู้แทนถาวรประจำอาเซียนตามที่ที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนมอบหมาย

4.5 ผลผูกพันของความตกลง

เมื่อความตกลงมีผลใช้บังคับ อาเซียนและภาคีอื่นในความตกลงต้องปฏิบัติตามความตกลงที่ได้จัดทำขึ้นโดยสุจริต ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถูกประมวลเอาไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 ข้อ 26³⁶

นอกจากความตกลงจะมีผลผูกพันโดยตรงต่ออาเซียนแล้ว ยังมีผลผูกพันให้ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องเคารพและปฏิบัติตามความตกลงที่ทำขึ้นด้วย เพราะประเทศสมาชิกอาเซียนมีหน้าที่ดำเนินการทั้งหลายทั้งปวง เพื่อให้ภารกิจของอาเซียนบรรลุตามวัตถุประสงค์³⁷

³⁴ Rule 8 Signature and Act of Formal Confirmation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“4. The ASEAN Foreign Ministers Meeting, on its own or through the Committee of Permanent Representatives to ASEAN, may decide on the signing of, and/or an act of formal confirmation of an international agreement.”

³⁵ Rule 8 Signature and Act of Formal Confirmation, Rules of Procedure for Conclusion of International Agreements by ASEAN, 2011

“6 . Where a decision on formal confirmation has been taken pursuant to paragraph 4 of this Rule, the instrument of formal confirmation shall be issued by the Secretary-General of ASEAN.”

³⁶ Article 26 Pacta sunt servanda, Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986

“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

³⁷ โปรดดูข้อ 1 (15) ประกอบข้อ 2 ของกฎบัตรอาเซียน

ดังนั้น ประเทศสมาชิกประเทศหนึ่งประเทศใดไม่อาจหยิบยกบทบัญญัติกฎหมายภายในของตนขึ้นกล่าวอ้างเพื่อไม่ปฏิบัติตามความตกลงได้³⁸

กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในการทำความตกลงระหว่างอาเซียนกับคู่เจรจาภายนอกขึ้นไว้ค่อนข้างชัดเจน ซึ่งเป็นกลไกที่เอื้ออำนวยให้การทำงานของอาเซียนให้เป็นไปอย่างคล่องตัวและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่ความตกลงที่จัดทำกันระหว่างประเทศสมาชิก และระหว่างอาเซียนกับประเทศสมาชิก กฎระเบียบฉบับนี้ได้ครอบคลุมถึง ฉะนั้น การทำความตกลงดังกล่าวยังคงเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติของอาเซียน และจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำความตกลงที่อาเซียนและประเทศสมาชิกยึดถือปฏิบัติกันมา

5. บทสรุป

จากการศึกษาถึงความสามารถของอาเซียนในการทำความตกลง จะเห็นได้ว่าในอดีตนั้นอาเซียนค่อนข้างมีปัญหาในการทำความตกลง เนื่องจากไม่มีตราสารระบุถึงนิติฐานะทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้ แต่อย่างไรก็ดี อาเซียนก็พัฒนารูปแบบการทำความตกลงระหว่างประเทศของตนเอง จนถือได้ว่าเป็นทางปฏิบัติของอาเซียนในการทำความตกลงมาจนถึงปัจจุบัน และเมื่ออาเซียนมีนิติฐานะอย่างชัดเจนตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรแล้ว อาเซียนได้จัดทำกฎระเบียบเกี่ยวกับการทำความตกลงของอาเซียนในฐานะที่เป็นองค์การระหว่างประเทศ แยกต่างหากจากรัฐสมาชิกขึ้น ซึ่งจะครอบคลุมเฉพาะความตกลงที่พาดพิงโดยอาเซียนในฐานะที่เป็นเอกเทศจากรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงความตกลงที่รัฐสมาชิกทำขึ้นระหว่างกันหรือกับคู่เจรจาภายนอกแต่อย่างใด ฉะนั้น ความตกลงอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎระเบียบนี้ ก็จะดำเนินการจัดทำตามทางปฏิบัติที่อาเซียนยึดถือมา กล่าวคือ หากเป็นความตกลงที่รัฐสมาชิกอาเซียนได้กระทำขึ้นทั้งระหว่างภาคภายในและภายนอกอาเซียน ในแง่ของการลงนามความตกลงนั้น โดยหลักปฏิบัติจะต้องเป็นภาคีสมาชิกทั้งหลายลงนามร่วมกัน แต่ถ้าความตกลงที่เป็นข้อตกลงในรายละเอียดหรือในทางปฏิบัติตลอดจนขั้นตอน วิธีการเพื่อปฏิบัติตามความตกลงระดับหลักการ จะมีการลงนามโดยตัวแทนผู้เดียว ซึ่งได้รับมอบหมายให้ลงนามแทน

³⁸ Article 27 Internal law of States, Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986

“rules of international organizations and observance of treaties,

1. A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty...”

อาเซียนและรัฐสมาชิกทั้งปวง โดยผลของความตกลงที่กระทำขึ้นจะผูกพันรัฐสมาชิกทั้งปวง และขณะเดียวกันก็ผูกพันอาเซียนในฐานะที่เป็นองค์กรในการดำเนินงานด้วย

ส่วนความตกลงที่อาเซียนจัดทำขึ้นในฐานะองค์การระหว่างประเทศมีนิติฐานะ แยกจากรัฐสมาชิก เช่นความตกลงโครงการต่าง ๆ ก็สามารถลงนามโดยตัวแทนอาเซียนคนเดียว ซึ่งอาจเป็นเลขาธิการอาเซียนหรือบุคคลอื่นที่อาเซียนมอบอำนาจ และผูกพันต่อ รัฐสมาชิกและสมาคมอาเซียน ทั้งนี้ ตามทางปฏิบัติในการทำความตกลงของอาเซียนและ กฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ท้ายที่สุดนี้ ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกหนึ่งของอาเซียน และเป็น ประเทศผู้ก่อตั้งที่มีส่วนสำคัญในการผลักดันให้อาเซียนสามารถบรรลุเป้าหมายในหลาย ๆ เรื่อง สำคัญที่ผ่านมา ซึ่งประเด็นเรื่องการทำความตกลงของอาเซียน ถือเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญและท้าทายอาเซียนอย่างยิ่ง ประเทศไทยและอาเซียนควรให้ความสำคัญและ เห็นถึงปัญหาที่อาเซียนไม่อาจดำเนินการจัดทำความตกลงได้อย่างกว้างขวางตามกรอบ วัตถุประสงค์โดยอิสระอย่างแท้จริง ทั้งที่มีนิติฐานะเป็นองค์การระหว่างประเทศเป็นอิสระจากรัฐสมาชิก ดังนั้น ประเทศไทยควรผลักดันให้มีการสร้างกลไกการทำความตกลงที่มีความ คล่องตัว ชัดเจน และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งอาจต้องพิจารณาการทำความตกลงระหว่าง ประเทศขององค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎระเบียบว่าด้วยการ ทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียนต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา. หลักกฎหมายสนธิสัญญาตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2560.
- เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา. ประมวลสนธิสัญญาและเอกสารพื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2560.

วิทยานิพนธ์

- ลาวัลย์ เขมะพันธุ์มัส. “นิติฐานะและปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและการปฏิบัติตามสนธิสัญญาของอาเซียน.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

เอกสารอื่น ๆ

- กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย. การจัดทำความตกลงของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียน. กระทรวงการต่างประเทศ, 27 สิงหาคม 2557.

บทความภาษาไทยออนไลน์

- เกวลี มโนภินเวศ, นิตี สายเชื้อ และกิตติ นิกาวรรณ. ร่างกฎระเบียบว่าด้วยการทำความตกลงระหว่างประเทศโดยอาเซียน (ออนไลน์). แหล่งที่มา <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/Article1.pdf>

หนังสือภาษาอังกฤษ

- Marise Cremona, David Kleimann, Joris Larik, Rena Lee and Pascal Vennesson, ASEAN's external agreements : law, practice and the quest for collective action, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- The Eminent Persons Group (EPG) on the ASEAN Charter. The Report of the Eminent Persons Group (EPG) on the ASEAN Charter, 2006.
- Walter Woon. The ASEAN Charter: A Commentary. NUS Press, 2015.

บทความภาษาอังกฤษออนไลน์

- Damos Dumoli Agusman. (November 2011), Treaty Making Power: ASEAN Legal Analysis on ASEAN Practices, Available from <https://www.asean.org/asean-law-and-policy/asean-legal-analysis-on-asean-practices/>

academia.edu/13090452/TREATY_MAKING_POWER_ASEAN_LEGAL_ANALYSIS_ON_ASEAN_PRACTISES?auto=download.

- Le Duc Hanh. (January 2012), Implementation of International Agreements in the Realization of ASEAN Charter: Rule of Procedure for Conclusion of International Agreement with Country and International Organization, Available from <https://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop4-vn.pdf>.

- Zatil Aqilah Metassan. (February 2012), Implementation of International Agreements in the Realization of ASEAN Charter, Available from <https://www.aseanlawassociation.org/11GAdocs/workshop4-brunei.pdf>.

Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage in the Taiwan Strait: A Legal Perspective

ความร่วมมือข้ามช่องแคบในการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ
ในช่องแคบไต้หวัน: มุมมองทางกฎหมาย

Yodsapon Nitiruchirot*

ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์

Abstract

The Taiwan Strait, which runs between China and Chinese Taiwan, has been used as a seaborne trade route since ancient times. It is estimated that numerous archeological and historical objects regarded as underwater cultural heritage (UCH) remain in this area. Nevertheless, recently, joint conduction of investigation, exploration, protection, and excavation by competent authorities of China and Chinese Taiwan has not been possible due to political confrontation between the two sides. On the other hand, illegal excavation or exploration by treasure hunters and other private parties may occur easily.

To effectively protect UCH in this area, cooperation between the two sides is both essential and necessary. Nevertheless, achieving such cooperation between China and Chinese Taiwan will be difficult if their current laws remain inconsistent. The author found that there were at least five significant differences between the two sides' laws which should be harmonized. In addition, enhancing cooperation in terms of UCH protection in this area must involve the application of various approaches such as exchanging information, establishing organization, setting up a dispute settlement mechanism, and creating cooperation in law enforcement.

* Research Center on Border Area Law and Development (ReBALD), Lecturer at Mae Fah Luang University; LL.B. (Ramkhamhang University), LL.M. (Thammasat University), LL.D. (Xiamen University), Barrister at Law (Institute of Legal Education Thai Bar Association).

Keywords: The Taiwan Strait, Underwater Cultural Heritage, Cross-Strait Cooperation

บทคัดย่อ

ช่องแคบไต้หวันซึ่งไหลผ่านจีน (แผ่นดินใหญ่) และจีนไต้หวันถูกใช้เป็นเส้นทางการค้าทางทะเลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ช่องแคบนี้ถูกคาดการณ์ว่าจะมีวัตถุทางประวัติศาสตร์และทางโบราณคดีซึ่งถูกเรียกว่าเป็นมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำอยู่เป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตามในปัจจุบันความร่วมมือในการสืบสวน การสำรวจ การป้องกัน และการขุดค้นโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของจีน (แผ่นดินใหญ่) และจีนไต้หวันไม่สามารถจะดำเนินการได้ เนื่องจากปัญหาทางการเมืองระหว่างสองฝั่ง ในขณะที่เดียวกันการลักลอบขุดค้นและสำรวจโดยนักล่าสมบัติและบริษัทเอกชนอาจเกิดขึ้นได้โดยง่าย

เพื่อการป้องกันมรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำในบริเวณนี้ ความร่วมมือระหว่างสองฝั่งเป็นสิ่งสำคัญและมีความจำเป็น อย่างไรก็ตาม การบรรลุความสำเร็จในความร่วมมือระหว่างจีน (แผ่นดินใหญ่) และจีนไต้หวันอาจเป็นเรื่องที่ยากหากกฎหมายภายในของจีน (แผ่นดินใหญ่) และจีนไต้หวันยังไม่สอดคล้องกัน ผู้เขียนค้นพบว่ากฎหมายภายในของจีน (แผ่นดินใหญ่) และจีนไต้หวันมี 5 ส่วนสำคัญที่ยังไม่สอดคล้องกันซึ่งควรได้รับการปรับปรุงให้สอดคล้องกัน ยิ่งกว่านั้นการยกระดับความร่วมมือของสองฝั่งช่องแคบไต้หวันยังต้องมีการปรับใช้แนวทางต่าง ๆ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูล การจัดตั้งองค์กรกลาง การจัดทำกลไกการระงับข้อพิพาท และการสร้างความร่วมมือในการบังคับใช้กฎหมาย

คำสำคัญ: ช่องแคบไต้หวัน, มรดกทางวัฒนธรรมใต้น้ำ, ความร่วมมือข้ามช่องแคบ

1. Introduction

The Taiwan Strait is an excellent place to study underwater archaeology. Because many traded pieces of porcelain from the Song-Yuan Dynasties and Ming-Qing Dynasties have been uncovered in Penghu,¹ an archipelago of 90 islands and islets in the Taiwan Strait.²

The protection of underwater cultural heritage (UCH) in the Taiwan Strait is extremely difficult, not only because of the geographical and

¹ Lee-fang Li, *Underwater Cultural Heritage Conservation Policy and International Cooperation in Taiwan*, China Oceans Law Review, Vol. 2010, No. 2, p. 140.

² Available at: <https://en.wikipedia.org/wiki/Penghu> (last visited 18 March 2018).

hydrological challenges of the region but also the presence of political and legislative conditions between China and Chinese Taiwan, which remain relatively segregated.³

In light of international law and to protect UCH effectively, the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage (the 2001 UNESCO Convention) emphasizes that cooperation among States, international organizations, and individuals is essential.⁴ It further stresses that State parties shall cooperate and assist each other in the protection and management of UCH, including collaboration in the investigation, excavation, documentation, conservation, study and presentation of such heritage.⁵ The 2001 UNESCO Convention also calls for sharing relevant information and the prevention of illegal wrecking.⁶ The protection of UCH in the Taiwan Strait should also be conducted through cooperation in those matters between both sides.

China and Chinese Taiwan have collaborative experience in several fields,⁷ including UCH protection. Specifically, the National Conservation Center for Underwater Cultural Heritage of China visited, in August 2011, the Taiwan Research Institute, Southern Office of Headquarters Administration of Cultural Affairs, Taiwan Undersea Technology Association, Penghu Underwater Archaeology Working Station and other institutes for profound learning on UCH management systems and implementation status in Taiwan to promote

³ LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, *China Oceans Law Review*, Vol. 2007, No. 2, p. 441.

⁴ Wen-Yan Chiau, Environmental Impact Assessment and Protection of Underwater Cultural Heritage in the Port of Taipei, as Well as Prospects for Cooperation between the Two Sides of the Taiwan Strait, *China Oceans Law Review*, Vol. 2010, No. 2, p. 17. ; Lee-fang Li, Underwater Cultural Heritage Conservation Policy and International Cooperation in Taiwan, *China Oceans Law Review*, Vol. 2010, No. 2, p. 60. ; The 2001 UNESCO Convention art. 6.

⁵ The 2001 UNESCO Convention art. 19 (1).

⁶ The 2001 UNESCO Convention art. 19 (3).

⁷ Taiwan Affairs Office of the State Council PRC, available at: <http://www.gwytb.gov.cn/lhjl/laxy/> (last visited March 20, 2018).

exchange and cooperation in the field of UCH conservation between both sides.⁸ Subsequently, the State Administration of Cultural Heritage Center for Underwater Cultural Heritage of China has established cooperative relationships with a variety of countries and regions, including France, Croatia, Italy, the Philippines, the Republic of Korea, and Chinese Taiwan.⁹ Therefore, strengthening cooperation between the two sides for UCH protection is imaginable.

The most important things necessary in order for cooperation on UCH protection to be effective between the two sides are the laws of both sides, which must not be so dissimilar or contradictory so as to hinder or preclude corporation. In addition, a variety of approaches should be applied to enhance cooperation in this matter.

Therefore, this article aims to point out certain differences between the domestic laws of both sides and suggest specific approaches to improve cooperation between them from a legal context. The article is divided into three chapters including (1) the existing laws of both sides, (2) differences between the laws of the two sides, and (3) approaches to enhance cooperation for UCH protection in the Taiwan Strait.

2. The existing Laws of Both sides

China and Chinese Taiwan have paid attention to UCH protection for a long time. Recently, both have enacted specific laws in this matter. This chapter examines the history and evolution of those laws.

2.1 China

In the beginning, China had no specific law on UCH protection. The Law of the People's Republic of China on Protection of Cultural Relics 1982 (The Law on the Protection of Cultural Relics 1982) as revised in 2007 was a general law implicitly applied to protect UCH of China. Then in 1989 the State Council promulgated a specific law on UCH protection named the Regulation of the

⁸ *Id.*

⁹ Available at: <http://english.cach.org.cn/col/col1581/index.html> (last visited March 20, 2018).

People's Republic of China on Conservation and Management of Underwater Cultural Relics (The 1989 Regulation), which became effective on October 20, 1989.¹⁰

In accordance with the 1989 Regulation, the term “underwater cultural relics (UCR)” means human cultural heritage that has historic, artistic and scientific value, however, it shall not cover objects that have remained underwater since 1911 and that have nothing to do with important historical events, revolutionary movements or renowned personages.¹¹ It should be noted that the definition of ‘UCR’ of this Regulation is influenced by the Law on the Protection of Cultural Relics 1982. Hence, the term UCH should include movable and immovable objects by virtue of Article 2 and 3 of the Law on the Protection of Cultural Relics 1982.

One of the most outstanding characteristics of the Regulations is that it identifies the ownership of cultural relics within the waters under the jurisdiction of the People's Republic of China, and confirms the preferential rights of the State to dispose of cultural relics salvaged by it in its waters.¹²

Under this Regulation, the State Administration for the Protection of Cultural Relics is regarded as the competent authority in charge of the registration of UCR, of the administration of the protection thereof, and of the work of examination and approval concerning the archaeological exploration and excavation activities with respect to underwater cultural relics.¹³ The State Council and the people's governments of the provinces, autonomous regions

¹⁰ LIU Bin, A Conference Summary on Cooperation Over Underwater Cultural Heritage Protection in the Taiwan Strait, *China Oceans Law Review*, Vol. 2010, No. 2, p. 144.

¹¹ The 1989 Regulation art. 2.

¹² As stipulated in Article 6, "any units or individuals that have discovered by any means underwater cultural relics specified in Items (1) and (2) of Article 2 of these Regulations shall report promptly to the State Administration for Protection of Cultural Relics or to the administrative departments for cultural relics in the localities and those that have been fished up shall be handed over promptly to the State Administration for Protection of Cultural Relics or to the administrative departments for cultural relics in the localities to be properly dealt with."

¹³ The 1989 Regulation art. 4.

and municipalities directly under the Central Government may determine the UCR protection units and UCR reserves at the national or provincial levels and publicly announce them. As a result, any activities that may jeopardize the safety of the UCR, such as fishing and demolition within the limit of thus units or reserves, shall be prohibited.¹⁴

Any individual or organization that intends to conduct archeological exploration or excavation for UCR within the jurisdiction of China must apply for the permit from the National Bureau of Cultural Relics and provide relevant information.¹⁵ When the exploration or excavation is being conducted, any units or individuals conducting it shall, abide by other laws and regulations of China and accept the administration by the departments concerned, observe rules concerning underwater archaeological activities such as diving and navigation, and ensure the safety of the personnel and the underwater cultural relics, prevent the water from environmental pollution and protect underwater biological resources and other natural resources from damage, protect all surface and underwater facilities and may not obstruct communication and transportation, fishery production, military drills and other normal surface and underwater operations and activities.¹⁶

Nevertheless, nowadays, China is considering to revise the Regulation and the Regulation draft is publicly available.¹⁷ Nevertheless, the Regulation Draft does not too much different from the Regulation. The draft tries to contain some principles of the 2001 UNESCO Convention such as the principle of no commercial exploitation¹⁸ and *in situ* preservation.¹⁹

¹⁴ The 1989 Regulation art. 5

¹⁵ *Id.*

¹⁶ The 1989 Regulation art. 9.

¹⁷ The Regulation Draft is available at: https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MzUzOTI2NQ==&mid=2651313430&idx=2&sn=698b5f89bc8b04d1a1bed9580f5d5e9a&chksm=8baf2b%E2%80%A6 (last visited 18 March 2018).

¹⁸ The Regulation Draft, art 8 (1).

¹⁹ The Regulation Draft, art 7 (1).

2.2 Chinese Taiwan

On November 11, 1981, Chinese Taiwan established the Council for Cultural Affairs (CCA) as its highest institution for the planning and oversight of cultural establishments.²⁰ Before having a specific law on UCH protection, Chinese Taiwan applied the Cultural Heritage Preservation Act 1982 to protect UCH. After that, in November 2015, the Underwater Cultural Heritage Preservation Act (The 2015 Act) was passed.²¹ The Act was drafted in conformity with the 2001 UNESCO Convention, including seven chapters with forty-four articles.²² The Act's objectives are to protect, preserve, and manage the UCH.²³

The definition of UCH in this Act nearly quoted Article 1 of the 2001 UNESCO Convention, however, the temporal criterion that UCH should have been under water more than 100 years is not included.²⁴ Some provisions of the 2001 UNESCO Convention were included in the Act as follows:

(1) Conducting all activities involved UCH shall avoid the unnecessary disturbance of human remains or venerated sites.²⁵

(2) Commercial exploitation of UCH is prohibited, except for the purpose of public access and educational promotion approved by the authority.²⁶

²⁰ Wen-Yan Chiau, Environmental Impact Assessment and Protection of Underwater Cultural Heritage in the Port of Taipei, as Well as Prospects for Cooperation between the Two Sides of the Taiwan Strait, *China Oceans Law Review*, Vol. 2010, No. 2, p. 17.

²¹ Taiwan Today, ROC passes underwater cultural bill, *available at* <http://taiwan.today.tw/news.php?unit=18,23,18&post=24594> (last visited Sep. 29, 2017).

²² Wendy Zeldin, *Taiwan: Law on Protection of Underwater Cultural Heritage Adopted*, *available at* <http://loc.gov/law/foreign-news/article/taiwan-law-on-protection-of-underwater-culturalheritage-adopted/>; http://www.moc.gov.tw/information_250_40686.html (all last visited Apr. 4, 2016). (in Chinese)

²³ The 2015 Act art. 1.

²⁴ The 2015 Act art. 3 (1).

²⁵ The 2015 Act art. 4 para. 1.

²⁶ The 2015 Act art. 4 para. 2.

(3) The *in situ* preservation shall be first option and the Act dedicates one chapter to elaborate implementation for this matter beyond the 2001 UNESCO Convention, such as establishing cultural heritage protection zone to preserve UCH *in situ* and concluding management and protection plan for thus zone.²⁷

The UCH should be excavated out of the water for the following situations: UCH related to historical status or recognition of the nation, the absence of such UCH could be detrimental to a full understanding of human history, the UCH is of substantial commercial value that it cannot be protected without excavating it out of the water, excavation is necessary for the investigation and research of the UCH, the UCH cannot be sufficiently preserved, protected or managed without excavating it out of the water due to an emergency or a change of the existing environment, and other situations in which the competent authority deems necessary to excavate it out of the water.²⁸

It is safe to say that these situations comply with the exceptions provided in Rule 1 of the Annex to the 2001 UNESCO Convention, in addition, the Act also empowers the competent authority to decide to excavate UCH out of water.

(4) Any salvage or declaration of interest relating to UCH shall not be subject to the law of salvage and law of finds.²⁹

(5) In light of UCH protection in the internal waters and territorial sea, Chinese Taiwan has the exclusive jurisdiction to regulate, authorize, or approve activities directed at UCH, nevertheless, if state vessels and aircraft are discovered in those areas, Chinese Taiwan shall inform the flag state and, if applicable, other states with a verifiable link.

UCH discovered in Chinese Taiwan's internal waters or territorial sea shall belong to Chinese Taiwan except for the state vessels and aircraft in

²⁷ The 2015 Act art. 27-33.

²⁸ The 2015 Act art. 34.

²⁹ The 2015 Act art. 14.

which a foreign state declares an interest.³⁰ It should be noted that there are two points that the Act differs from the 2001 UNESCO Convention. Firstly, Article 7 of the 2001 UNESCO Convention does not require States to inform the discovery of state vessels or aircraft in its internal water. Secondly, the 2001 UNESCO Convention does not provide any provision concerning ownership of UCH in internal water and territorial sea.

(6) The Act emphasizes that Chinese Taiwan has the exclusive jurisdiction to regulate, authorize, approve or prohibit activities directed at UCH in its contiguous zone, exclusive economic zone, and on its continental shelf³¹ and the Coordinating State System is included in this Act. Namely, where the UCH was discovered or if it is intended to conduct activity directed at UCH in Chinese Taiwan's contiguous zone, exclusive economic zone or continental shelf, the competent authority may consult all States declaring an interest and coordinate such consultations as a coordinating state.³² The provision may be applied *mutatis mutandis* in the area outside the exclusive economic zone and continental shelf of Chinese Taiwan.³³ The Act obliges a citizen or the vessel master of Chinese Taiwan who discovers suspected UCH or activities directed at UCH in Chinese Taiwan's exclusive economic zone and on Chinese Taiwan's continental shelf shall promptly report such discovery or activity to the competent authority,³⁴ as well as deliver such UCH to the competent authority if the UCH was recovered.³⁵

(7) Any UCH that has been recovered in a manner not in conformity with this Act shall not be shipped out of the territory of Taiwan, nor transported, possessed, displayed, or sold in Taiwan's territory and the competent authority has the power to seize such UCHs.³⁶

³⁰ The 2015 Act art. 15.

³¹ The 2015 Act art. 16 (1).

³² *Id.*

³³ The 2015 Act art. 17.

³⁴ The 2015 Act art. 18.

³⁵ The 2015 Act art. 13.

³⁶ The 2015 Act art. 20.

(8) Chinese Taiwan was encouraged to enter into bilateral, regional or other multilateral agreements or develop existing agreements with other states or international organizations, for the preservation, protection, and management of UCH.³⁷

The competent authority of this law is the Ministry of Culture,³⁸ having the rights and duties provided in the Act, such as undertaking the survey of UCH, or record and manage the files after conducting the investigation, research and review,³⁹ setting up case data for the investigation, research, excavation, preservation, and restoration for UCH,⁴⁰ designating a dedicated organization for the preservation and research of UCH,⁴¹ organizing a review committee of UCH,⁴² stipulating regulations related to the scope of the exploitation and utilization, the determination, investigation, and handling measures as well as the procedure of conducting a prior investigation related to the existence of UCH or suspected UCH,⁴³ stipulating regulations for the activities that will be granted permits from other authorities,⁴⁴ educating and training the relevant professionals with respect to UCH in order to undertake the preservation of UCH,⁴⁵ stipulating regulations related to the qualification limitation or application for activity approval, conditions, methods, scope, period, content of the plan and other matters which should be complied with during the operation of the activities directed at UCH,⁴⁶ supervising and regulating activities directed at UCH including the operational procedure, qualification of relevant operational personnel, method for *in situ* preservation,

³⁷ The 2015 Act art. 21.

³⁸ The 2015 Act art. 2.

³⁹ The 2015 Act art. 5.

⁴⁰ The 2015 Act art. 6.

⁴¹ The 2015 Act art. 7.

⁴² The 2015 Act art. 8.

⁴³ The 2015 Act art. 9.

⁴⁴ The 2015 Act art. 10.

⁴⁵ The 2015 Act art. 11 para. 1.

⁴⁶ The 2015 Act art. 22 para. 3.

the method for excavated, preservation or protection method after excavation, and other matters related to the UCH activities.⁴⁷

According to the Law on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, ownership over the UCH found within the territorial sea and contiguous zone is asserted by the ROC government irrespective of its origin.⁴⁸

Nevertheless, it can be said that so far, Chinese Taiwan has faced some issues for the protection of UCH such as limited funding, weak public-private partnerships, low public awareness, and destructive fishing.⁴⁹

Given the laws of the two sides, the China's Regulation of 1989 was promulgated before the adoption of the 2001 UNESCO Convention. Since then, China has been considering revision of the 1989 Regulation. On the other hand, Chinese Taiwan's Act of 2015 was adopted after implementation of the 2001 UNESCO Convention. The provisions of Chinese Taiwan Act are somewhat similar to the 2001 UNESCO Convention. Therefore, the substance of the two sides' laws is excessively contrary, meaning that so far cooperation between two sides is not easy to implement and carry out.

3. Differences between the Laws of the Two Sides

As mentioned above, cooperation is an important factor for protecting UCH and is not possible, if the existing laws of two sides are extremely different. Thus, it is necessary to harmonize the laws in this matter. In so doing, a cooperative agreement between the two sides may be established.

This chapter will seek to identify the differences between laws of China and Chinese Taiwan in terms of UCH protection and to explain why such differences will make difficult to cooperation for the protection of UCH as well.

⁴⁷ The 2015 Act art. 23.

⁴⁸ Zhao Yajuan, On the Legal Basis of the UCH Protection on the Two Sides of Taiwan Strait, *China Oceans Law Review*, Vol. 2010, No. 2, pp. 117-118.

⁴⁹ See Wen-Yan Chiau, The Protection of Underwater Heritage in Taiwan: Recent Initiatives and Major Issues, *WIT Transactions on The Built Environment*, Vol. 79, 2005, pp. 179-180.

3.1 The Definition of Objects to be protected

In light of the objects to be protected, the UCR of the 1989 Regulation and the UCH of the 2015 Act will be compared.

The UCR of the 1989 Regulation concerns the objects remaining underwater since 1911, while the UCH of the 2015 Act includes all objects remaining underwater regardless of submerged period.

The difference in these terms may lead to a situation in which an object submerged underwater in the Taiwan Strait after 1911 will not be protected by China but will be protected by Chinese Taiwan.

Thus, it is difficult for the two sides to cooperate on UCH protection in the Taiwan Strait when the objects to be protected are subject to incompatible sets of laws.

It is noteworthy to consider that whether or not the 100 years cut-off criterion of the 2001 UNESCO Convention, which is a specific international Convention for UCH protection, or the no time limit criterion of the 2015 Act should be applied, if a collaborative agreement is achieved. It should be noted that, at the time of drafting the 2001 UNESCO Convention, various international instruments and national laws had already used the time criterion to determine the definition of historical or archaeological objects, although they were somewhat arbitrary.⁵⁰ This was likely because they seemed contrary to archaeological standards and was familiar with this particular definition.

3.2 Ownership

There is little difference in the attitude of Chinese Taiwan and China towards the ownership of UCH within their respective territorial seas.⁵¹ Namely, China claims that any UCR existing in Chinese internal waters and territorial sea as well as any UCR of Chinese origin of unidentified origin that remains in sea areas outside the Chinese territorial sea but under Chinese jurisdiction such as exclusive economic zone and continental shelf according to Chinese laws such

⁵⁰ Zhang Xianglan & Zhu Qiang, Comments on the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, *China Oceans Law Review*, Vol. 2006, No. 1, p. 451.

⁵¹ LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, *China Oceans Law Review*, Vol. 2007, No. 2, pp. 454-455.

as the Law on the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf of 1998, shall reside in the State and the State shall exercise jurisdiction over them.

Further, China shall have the right to identify the owners of any UCR of Chinese origin that remain in sea areas outside the territorial waters of any foreign country but under the jurisdiction of a certain country (other States' exclusive economic zones or continental shelves), or in the high seas.⁵² This effectively means that China may claim UCR rights in other countries' exclusive economic zones or continental shelves.

Chinese Taiwan, meanwhile, claims ownership over UCH with an unidentified owner located in its territorial sea unless state vessels and aircraft in which a foreign state declares an interest.⁵³ Although the 2015 Act does not clearly offer a provision concerning ownership of UCH discovered in its exclusive economic zone or on continental shelf, the UCH discovered in these areas will be handed to the competent authority.⁵⁴ When UCH with a verifiable link to Chinese Taiwan is discovered in internal waters, archipelagic waters, territorial seas, contiguous zone, or on the continental shelf of other states, Chinese Taiwan shall declare to the relevant States or international organizations its interest in being consulted on the protection of such UCH.⁵⁵

Consequently, in cases where unidentified ownership of UCH exists in the Taiwan Strait beyond the territorial sea of the two sides, China may claim ownership, while Chinese Taiwan will require to deliver such UCH to it. This situation will lead to a conflict which should be resolved through negotiation between the two sides. Further, all relevant circumstances should be considered to achieve the maximum benefit for the UCH.

3.3 Exercising Jurisdiction

Articles 2 and 3 of the 1989 Regulation imply that China enjoys exercising jurisdiction over UCR in its exclusive economic zone and on her continental shelf. While, the Act 2015 clearly provides that Chinese Taiwan has

⁵² The Regulation 1989 art. 3.

⁵³ The Act 2015 art. 15.

⁵⁴ The Act 2015 art. 13 para2.

⁵⁵ The Act 2015 art. 19.

the exclusive jurisdiction to regulate, authorize, approve or prohibit activities directed at UCH in its contiguous zone, exclusive economic zone and on its continental shelf.⁵⁶

In this matter, of course, there is the overlapping of jurisdiction over UCH in the Taiwan Strait. Thus, conflict from exercising jurisdiction between the two parties may occur. Therefore, the question remains as to how to handle conflict. Li Jiali proposed that there are three plans that should be considered.

In Plan A, cooperation may be conducted across the entire sea areas of the Taiwan Strait. This plan has little possibility to achieve integration due to extensive scope of the blocked waterways connecting China and Chinese Taiwan as well as separate administration.

For Plan B, UCH protection within the respective territorial seas of China and Chinese Taiwan will be managed by each side separately, while cooperation will only be conducted only within exclusive economic zones.

Plan C establishes regions as special protection zones, where much UCH is located. This achieve all-around management of UCH in such special protection zones.⁵⁷ The author supports the two sides to the application of the plan because it is the most accommodating approach and complies with the precautionary principle.

3.4 *In Situ* Preservation

The 1989 Regulation does not explicitly provide the principle of *in situ* preservation. Nonetheless, Article 5 of this Regulation authorizes the State Council and the people's governments of the provinces, autonomous regions and municipalities to determine the UCR units where any activities that may jeopardize the safety of the UCR shall be prohibited.⁵⁸ However, the principle will obviously be included in Article 7 of the Regulation draft.⁵⁹

⁵⁶ The Act 2015 art. 16 (1).

⁵⁷ LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, China Oceans Law Review, Vol. 2007, No. 2, p. 452.

⁵⁸ "On the basis of the value of underwater cultural relics, the State Council and the people's governments of the provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government may in accordance with the pertinent procedures specified in the provisions in Chapter II of the Law of the People's Republic of China on

On the other hand, chapter 4 of the 2015 Act provides that the *in situ* preservation of UCH shall be the first option.⁶⁰ Before defining a specific UCH protection zone, the competent authority should consult with relevant authorities and hold a public hearing.⁶¹ In addition, the competent authority shall consult with a relevant authority to provide a management and protection plan for the zone.⁶² After designing such zone, no one shall enter without prior approval of the competent authority⁶³ for the purpose of social education and such approval will not disturb the UCH located in the zone.⁶⁴ It is safe to say that, the 2015 Act provides much more detail than the Regulation draft of China and even the 2001 UNESCO Convention.

Although the preservation of UCH by the two sides relies on the principle of *in situ* preservation, the details of implementation may vary because the existing laws of China and the Regulation draft do not elaborate on the details of implementation. This situation may lead to conflict between the two sides in terms of implementing *in situ* preservation. Therefore, this issue should be considered.

3.5 Permission to explore and excavate

For permission to explore and excavate the UCH, both sides adhere to the principle of no commercial exploitation. Even though the 1989 Regulation does not obviously mention the exploitation of UCH for commercial purposes, the Act permits the exploitation of UCR only for the purpose of the protection

Protection of Cultural Relics, determine the underwater cultural relics protection units and underwater cultural relics reserves at the national or provincial levels and publicly announce them.”

⁵⁹ 《中华人民共和国水下文物保护管理条例》修订草案 第七条 “水下的文物保护单位和水下文物保护区应当尽可能实施原址保护...”

⁶⁰ The Act 2015 art. 27 (1).

⁶¹ The Act 2015 art. 28.

⁶² The Act 2015 art. 30.

⁶³ The Act 2015 art. 31.

⁶⁴ The Act 2015 art. 33.

of cultural relics and scientific research in accordance with Article 7 of the 1989 Regulation.⁶⁵

However, the principle will be contained in the Regulation draft.⁶⁶ Any units or individuals intending to explore and excavate UCR in Chinese jurisdiction shall ask for permission from the State Administration for Protection of Cultural Relics and submit relevant data.⁶⁷ In addition, permission depends on the discretion of the competent authority.

For Chinese Taiwan, the UCH shall not be the object of commercial exploitation, except for the purposes of public access and educational promotion as approved by the competent authority.⁶⁸ Only qualified applicants are able to apply a plan for conducting activities directed at UCH⁶⁹ and they shall follow the approved plan.⁷⁰

The laws of both sides allow their competent authorities to exercise discretion in permitting exploration and excavation. Therefore, conflict may arise between them when the competent authorities of the two sides have different opinions. China and Chinese Taiwan should reach an agreement on a complete set of standards in this matter.

4. Approaches to enhance Cooperation on UCH protection in the Taiwan Strait

Besides eliminating the problems that may arise from inconsistencies between the two sides' laws, establishing cooperation for UCH protection in the Taiwan Strait may be accomplished by using approaches based on bilateral agreement. This chapter aims to suggest such approaches to foster cooperation for UCH protection in the Taiwan Strait.

⁶⁵ LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, *China Oceans Law Review*, Volume 2007 Number 2, p. 461.

⁶⁶ The Regulation Draft art. 8.

⁶⁷ The 2015 Act art. 7 (1).

⁶⁸ The 2015 Act art. 4 (2).

⁶⁹ The 2015 Act art. 22 (1).

⁷⁰ The 2015 Act art. 22 (3).

4.1 Exchanging UCH information

Information is of significance for cooperation on UCH protection in the Taiwan Strait. Therefore, relevant information between the two sides should be shared and exchanged to increase cooperation for the protection of UCH in the Taiwan Strait.

Both sides of the Taiwan Strait have provisions requiring organizations or individuals to report information to them. For example, China requires any units or individuals discovering UCR in Chinese internal waters and territorial waters, in sea areas outside the Chinese territorial sea but under Chinese jurisdiction according to Chinese law, as well as in sea areas outside the territorial waters of any foreign country but under the jurisdiction of a certain country or in the high seas, to report promptly to the State Administration for Protection of Cultural Relics or to the administrative departments for cultural relics in the localities. In addition, it shall be handed over promptly to the State Administration for cultural relics in the localities to be properly dealt with if the UCR was recovered.⁷¹ The Regulation draft further stipulates that when the UCH is recovered, such UCH shall be registered with the competent authority.⁷²

In light of Chinese Taiwan's Act of 2015, anyone who discovers suspected UCH shall terminate any activity and promptly report such discovery to the competent authority,⁷³ even when in another country's exclusive economic zone or continental shelf.⁷⁴

Nevertheless, neither side appears to have complete information regarding UCH. And this limited information is not entirely opened. In addition, communication on this problem between China and Chinese Taiwan has been restricted, enabling cross-strait cooperation is difficult.

Therefore, it is necessary to establish an information sharing system regarding UCH, which covers not only the distribution and conditions of UCH, but also information regarding archaeological investigations, excavation and

⁷¹ The 1989 Regulation art. 6.

⁷² The Regulation Draft art. 13

⁷³ The 2015 Act art. 13.

⁷⁴ The 2015 Act art. 18.

protection, as well as illicit excavation of UCH and the corresponding laws and regulations.⁷⁵

4.2 Establishing Organization

An organization may be used as a neutral forum for debate or negotiation to resolve disputes and to promote cooperation for specific purposes. This argument is very true and incontestable. Hence, it is necessary to establish an organization responsible for coordinating effective cooperation between China and Chinese Taiwan for UCH protection in the Taiwan Strait. The nature and authority of this coordinating body would be largely dependent on the desire of both parties to cooperate.⁷⁶

Nevertheless, a coordinating organization should be authorized at least to exercise all possible powers that China and Chinese Taiwan can confer for the administration of UCH. This would ensure the alignment of powers and responsibilities for the protection of UCH as well as improve the efficiency of such protection. The powers of this organization would continue to expand as cross-strait cooperation deepened.⁷⁷

4.3 Setting up a Dispute Settlement Mechanism

In the process of cross-strait cooperation for the protection of UCH, disputes are inevitable. These disputes should be settled by both parties through mechanisms of equal negotiation. Where a dispute cannot be settled by the parties through negotiation, a judicial settlement should be considered. Further, dispute settlement penal may also be established under the organization discussed in the preceding chapter.

4.4 Creating Cooperation in Law Enforcement

In order to have effective cross-strait cooperation regarding the protection of UCH, joint action to combat against illicit theft, trade, excavation or destruction of UCH is very important.⁷⁸ Both sides of the Taiwan Strait have their own manners. For Chinese Taiwan, after the competent authority receives

⁷⁵ LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, China Oceans Law Review, Volume 2007 Number 2, p. 455.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.* at 464.

a report of discovery of suspected UCH, it shall take measures to restrict or terminate all or part of the activity which has an influence on the suspected UCH and set up temporary protection and take those measures the competent authority may request the coast guard agency to provide assistance under its authority.⁷⁹ In addition, the competent authority may request assistance from the coast guard agency for management and protection of the UCH and settle illegal matters.⁸⁰ It could be stated that law enforcement under the 2015 Act will be conducted by the competent authority and coast guard. For China, on the other hand, the administrative department for cultural relics shall, in conjunction with the departments concerned, order the operation to be suspended and set a deadline for correction or shall give administrative sanctions in case any violation is committed.⁸¹

The success of cooperation relies to a large extent on collaboration between the marine law enforcement organizations of both sides. Therefore, a joint marine law enforcement organization may be established.⁸² Alternatively, the organization discussed previously may assume a role in this matter.

5. Conclusion

To protect UCH in the Taiwan Strait effectively, collaboration between China and Chinese Taiwan is of significant importance. As a result of the study, at least five points of inconsistency have been identified between the two sides' laws such as the definition of the objects to be protected, the ownership of UCH, the exercise of jurisdiction, the principle of *in situ* preservation, and permission to excavate or explore. These inconsistencies should be discussed between both parties.

In addition, certain provisions are suitable for application through bilateral agreement to enhance collaboration between both sides, such as a

⁷⁹ The 2015 Act art. 13.

⁸⁰ The 2015 Act art. 32.

⁸¹ The 1989 Regulation art. 10.

⁸² LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, *China Oceans Law Review*, Vol. 2007 Number 2, p. 464.

64  วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2561)

system for exchanging UCH information, setting up a dispute settlement mechanism, and creating cooperation for law enforcement.

Bibliography

Lee-fang Li, *Underwater Cultural Heritage Conservation Policy and International Cooperation in Taiwan*, China Oceans Law Review, Vol. 2010, No. 2.

LI Jiali, Cross-Strait Cooperation for the Protection of Underwater Cultural Heritage, China Oceans Law Review, Vol. 2007, No. 2.

LIU Bin, A Conference Summary on Cooperation Over Underwater Cultural Heritage Protection in the Taiwan Strait, China Oceans Law Review, Vol. 2010, No. 2, p. 144.

Wendy Zeldin, *Taiwan: Law on Protection of Underwater Cultural Heritage Adopted*, available at: <http://loc.gov/law/foreign-news/article/taiwan-law-on-protection-of-underwater-culturalheritage-adopted/>; http://www.moc.gov.tw/information_250_40686.html (all last visited Apr. 4, 2016). (in Chinese)

Wen-Yan Chiau, Environmental Impact Assessment and Protection of Underwater Cultural Heritage in the Port of Taipei, as Well as Prospects for Cooperation between the Two Sides of the Taiwan Strait, China Oceans Law Review, Vol. 2010, No. 2.

Wen-Yan Chiau, The Protection of Underwater Heritage in Taiwan: Recent Initiatives and Major Issues, WIT Transactions on The Built Environment, Vol. 79, 2005.

Zhang Xianglan & Zhu Qiang, Comments on the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, China Oceans Law Review, Vol. 2006, No. 1.

Zhao Yajuan, On the Legal Basis of the UCH Protection on the Two Sides of Taiwan Strait, China Oceans Law Review, Vol. 2010, No. 2.

บทความวิจัย : Research Article

การสำรวจองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขน เคราแดง (นกกรงหัวจุก) ที่อาศัยอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร*

The Explore Legal Knowledge of the Red-Whiskered Bulbul
of Birdmen (Nok Krong Hua Juk) Living in Bangkok

พิชศาล พันธุ์วัฒนา**

Pitsarn Phanwattana

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา (1) คุณลักษณะพื้นฐานส่วนบุคคลของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร และ (2) ความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร โดยใช้ระเบียบวิธีการวิจัย 2 แนวทาง เชิงปริมาณใช้แบบสอบถาม เก็บข้อมูลผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร 183 ราย วิเคราะห์ข้อมูลด้วยสถิติพรรณนา เชิงคุณภาพเก็บข้อมูลจากสัมภาษณ์เจาะลึก สัมภาษณ์ และบันทึกความจำกับผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครจำนวน 13 คน ผลการศึกษาพบว่า

(1) ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงเกือบทั้งหมดเป็นเพศชาย ส่วนใหญ่มีอายุระหว่าง 41-60 ปี เป็นคนพื้นเพกรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษา ประกอบอาชีพรับจ้างทั่วไป มีรายได้ต่อเดือนระหว่าง 25,001-35,000 บาท เริ่มเลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงจากเพื่อนแนะนำ ผ่านการเลี้ยงนกเป็นระยะเวลา 10-15 ปี ปัจจุบันมีนกปรอดหัวโขนเคราแดงในครอบครองจำนวน 6-10 ตัว ซึ่งนกที่ครอบครองส่วนใหญ่ไม่มีใบอนุญาตที่ออกโดยหน่วยงานของภาครัฐ แต่ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงเกือบทั้งหมดไม่เคยถูกเจ้าหน้าที่จับกุมเพราะส่วนใหญ่มีความรู้ในการเลี้ยงระดับปานกลาง

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของรายงานวิจัยเรื่อง “ความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในจังหวัดกรุงเทพมหานคร”

** พันตำรวจโท, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำคณะตำรวจศาสตร์ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (การปกครอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต (รัฐประศาสนศาสตร์) มหาวิทยาลัยศรีปทุม

(2) ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครส่วนใหญ่มีความรู้ที่ถูกต้องต่อการปฏิบัติตามกฎหมายในระดับดี มีเพียง 5 ประเด็นเท่านั้นที่ควรปรับปรุงเพื่อให้เกิดความรู้ที่ถูกต้อง ประกอบด้วย ไม่สามารถยื่นขอใบอนุญาตครอบครองนกตามวันเวลาราชการได้ทุกวัน ผู้ที่เป็นคนต่างด้าวสามารถยื่นขอรับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่า นกปรอดหัวโขนเคราแดงไม่มีรายชื่อในอนุสัญญาไซเตส (CITES) การล่าหรือพยายามล่าที่กระทำโดยทางราชการได้รับยกเว้นตามกฎหมาย และสถานที่ยื่นคำขอของผู้มีภูมิลำเนากรุงเทพมหานคร ยื่นที่สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ส่วนผู้ที่มีภูมิลำเนาอื่น ยื่นที่สำนักบริหารพื้นที่อนุรักษ์แห่งท้องถิ่น

คำสำคัญ: ความรู้, กฎหมาย, นกปรอดหัวโขนเคราแดง, กรุงเทพมหานคร

Abstract

The objective of this research were to study (1) general characteristic of the Red-Whiskered Bulbul of the birdmen in Bangkok and (2) the knowledge for law-abiding the Red-Whiskered Bulbul of the birdmen in Bangkok. This study was conducted by applying 2 research methodologies. For quantitative approach, questionnaires were used to collect data 183. The data was analyzed by using the descriptive statistics. With the qualitative approach, in-depth interview, field notes and structured observation with 13 people. The results indicated that

(1) Most of birdmen had male, an average age of 41-60 years, Bangkok native, high school graduation, employee, income 25,001-35,000 baht per month, recommended by friend, experience to raising bird about 10-15 years, at present there had 6-10 birds, most of birds had not license of government agency but most of birdmen never arrested by the authorities because most of birdmen had middle the knowledge.

(2) Most of birdmen had middle the knowledge, only 5 issues that should be improved to get the right knowledge include, cannot apply for bird license every day, outlander can apply for bird license, the red-whiskered bulbul had not listed in the CITES convention, hunting or attempt for hunting by government officials had exempted by law and birdmen in Bangkok had apply for bird license at wildlife conservation office and birdmen in country had apply for bird license at local conservation area management office.

Keywords: The Knowledge, Law, The Red-Whiskered Bulbul, Bangkok

1. บทนำ

นกปรอดหัวโขนเคราแดง (The Red-Whiskered Bulbul) หรือที่ทั่วไปเรียก “**นกกรงหัวจุก**” เป็นสัตว์ป่าในบัญชีรายชื่อตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535¹ และเป็นหนึ่งในสัตว์ป่าที่อยู่ในบัญชีสัตว์ป่าคุ้มครองลำดับที่ 481 ห้ามผู้ใดมีไว้เพื่อครอบครองค้า และเพาะพันธุ์ เว้นแต่ได้รับการอนุญาตจึงสามารถมีได้โดยชอบด้วยกฎหมาย² โดยการอนุญาตดังกล่าวผู้เลี้ยงต้องได้นกปรอดหัวโขนเคราแดงถูกต้องตามกฎหมายคือ (1) ซื้อนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่ได้จากการเพาะพันธุ์จากผู้ที่มีใบอนุญาตให้ค้าสัตว์ป่าคุ้มครองแล้วนำหลักฐานหนังสือกำกับการจำหน่ายมาขออนุญาตครอบครองนกตัวนั้น หรือ (2) เป็นการครอบครองนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่ผู้ครอบครองได้แจ้งการครอบครองไว้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดให้แจ้งได้ซึ่งมีอยู่ 2 ครั้ง คือในปี พ.ศ. 2535 และปี พ.ศ. 2546³ นอกเหนือจากที่มา 2 ประการนี้เป็นการครอบครองนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่มีชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ซึ่งที่มาในการครอบครองโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายอาจเป็นในลักษณะการล่านกที่อาศัยตามธรรมชาติ (การเก็บ ดัก จับ ยิง ฆ่า หรือทำอันตรายสัตว์ป่าที่ไม่มีเจ้าของและอยู่เป็นอิสระ และหมายรวมถึงการไล่ การต้อน การเรียก การล่อ) การค้ากับผู้เลี้ยงหรือผู้ขายที่ไม่มีใบอนุญาต (ซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย แจก หรือโอนกรรมสิทธิ์ รวมถึงมีหรือแสดงไว้เพื่อขาย) การซื้อขายผ่านร้านขายสัตว์ที่ผิดกฎหมาย หรือซื้อขายออนไลน์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เป็นต้น⁴

สถานการณ์การครอบครองนกปรอดหัวโขนเคราแดงตามสถิติการจับกุมการกระทำความผิดด้านสัตว์ป่าประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2560 (ตุลาคม 2559 - กันยายน 2560) พบว่าเป็นคดีความที่เกิดขึ้นกรุงเทพมหานครจำนวน 195 คดี จากจำนวนคดีทั้งสิ้น 269 คดี มีนก

¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 15 ก หน้า 1.

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กฎกระทรวงกำหนดให้สัตว์ป่าบางชนิดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง พ.ศ. 2546, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 74 ก หน้า 1.

³ สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า, การเลี้ยงนกกรงหัวจุก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/ACER/Downloads/Documents/159_1211255_62554030002.pdf, 2554 (มีนาคม, 22).

⁴ พิชาล พันธุ์วัฒนา, “ความเข้าใจกฎหมายที่เกี่ยวกับการเลี้ยงนกปรอดหัวโขนของผู้เลี้ยงในกรุงเทพมหานครพื้นที่ศรีนครินทร์,” วารสารวิชาการคุณภาพชีวิตกับกฎหมาย มหาวิทยาลัยมหิดล, 13, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560).

ของกลางที่ยังมีชีวิตจำนวน 4,844 ตัว และนกของกลางในสภาพซากอีกจำนวน 9 ตัว⁵ ซึ่งพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมีหลายลักษณะ เช่น (1) การค้ำนกที่ประกอบด้วยซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย แจก หรือโอนกรรมสิทธิ์ รวมถึงมีหรือแสดงไว้เพื่อขาย หรือ (2) การล่านกที่ประกอบด้วยการเก็บ ดัก จับ ยิง ฆ่า หรือทำอันตรายสัตว์ป่าที่ไม่มีเจ้าของและอยู่เป็นอิสระ และหมายรวมถึงการไล่ การต้อน การเรียก การล่อ โดยพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดด้านสัตว์ป่าเหล่านี้เป็นได้ทั้งที่รู้ว่ามีผิดแล้วปฏิบัติ หรืออาจไม่รู้ว่ามีผิดจึงได้ปฏิบัติ และการปฏิบัติมีแนวโน้มที่จะเพิ่มการกระทำความผิดมากขึ้นซึ่งมีอาจปฏิเสธได้ว่าความรู้ด้านกฎหมายของผู้เลี้ยงนกเป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลต่อการปฏิบัติตนได้สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่ประกอบด้วยพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2546 รวมถึงกฎกระทรวงกำหนดให้สัตว์ป่าบางชนิดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง พ.ศ. 2546

ตารางที่ 1 ลักษณะความผิดและบทกำหนดโทษของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535

ลำดับ	ลักษณะความผิดตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535	บทกำหนดโทษ
1	- ครอบครองนก ซากของนก คำนก - นำเข้า ส่งออกนก และเพาะพันธุ์นกโดยไม่ได้รับอนุญาต	ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
2	- นำเข้า ส่งออกนกโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง	ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 30,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
3	- ครอบครองนกที่ได้มาจากการเพาะพันธุ์หรือซากของนกที่ได้จากการเพาะพันธุ์โดยไม่ได้รับอนุญาต	ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “การค้าสัตว์ผิดกฎหมาย: รายงานคณะกรรมการติดตามกลไกและพิจารณาการป้องกันคุ้มครองสัตว์,” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา)

4	- คำนวณที่ได้จากการเพาะพันธุ์ ซากของนกที่ได้จากการเพาะพันธุ์ หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซากนกโดยไม่ได้รับอนุญาต	ระหว่างโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
5	- เก็บ ทำอันตราย มีรังของนกไว้ในครอบครอง - ล่านก หรือเก็บ หรือทำอันตรายแก่รังของนกในบริเวณวัดหรือในบริเวณสถานที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนา	ระหว่างโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
6	- นำนก / ซากนกเคลื่อนที่เพื่อการค้าโดยไม่ได้รับใบอนุญาต - นำนก / ซากของนกเคลื่อนที่ผ่านด่านตรวจสัตว์ป่าโดยไม่แจ้งหรือแสดงใบอนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ประจำด่านตรวจสัตว์ป่า	ระหว่างโทษปรับไม่เกิน 5,000 บาท
7	- ช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื้อ รับจํานำ หรือรับนกหรือซากของนกที่ได้มาจากการกระทำความผิด	ระหว่างโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากตารางที่ 1 แสดง 7 ลักษณะความผิดมูลฐานและบทลงโทษที่บังคับใช้ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535⁶ ซึ่งประเทศไทยได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสัตว์ป่ามาตั้งแต่ ร.ศ. 119 หรือตั้งแต่ พ.ศ. 2443 แม้จะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองช้างป่าเพียงชนิดเดียว แต่ก็ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการตระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญของสัตว์ป่า เห็นได้จากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับสถานการณ์ในแต่ละยุคสมัย⁷ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสัตว์ป่าที่เป็นหลักในการใช้บังคับ ณ ปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 มีอายุมากกว่า 25 ปี บทบัญญัติบางมาตราไม่เข้มแข็งต่อการสกัดกั้นการกระทำความผิดในฐานการล่า ค้า เพาะพันธุ์ หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันไม่สอดคล้องต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว

⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 15 ก หน้า 1.

⁷ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, กฎหมายสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าของไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/ACER/Downloads/Documents/hi2561-027.pdf, 2561.

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาคุณลักษณะพื้นฐานส่วนบุคคลของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร

(2) เพื่อศึกษาความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร

3. ขอบเขตของการวิจัย

(1) ขอบเขตด้านประชากร

ข้อมูลผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงเป็นข้อมูลที่ได้จากการสำรวจของผู้วิจัยระหว่างเดือนธันวาคม พ.ศ. 2560 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 จากผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร โดยนำข้อมูลนี้ใช้กำหนดประชากรและการสุ่มตัวอย่าง ซึ่งปัจจุบันข้อมูลอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปได้ตามเงื่อนไขในเรื่องของเวลา

(2) ขอบเขตด้านตัวแปร

งานวิจัยได้นำรูปแบบการวิจัยทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณมาใช้ร่วมกัน ทำให้อาจได้ข้อมูลในเชิงกว้างและเชิงลึก แต่ทั้งนี้ มีข้อจำกัดเรื่องตัวแปรที่ใช้ทำการศึกษาที่มุ่งเน้นเรื่องความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายตามการทบทวนวรรณกรรมและความสนใจเท่านั้น จึงอาจไม่ครอบคลุมทุกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับนกปรอดหัวโขนเคราแดง

(3) ขอบเขตด้านเวลา

งานวิจัยได้ศึกษาการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร ระหว่างปลายปี พ.ศ. 2560 ถึงต้นปี พ.ศ. 2561 ผลการวิเคราะห์ข้อมูลไม่สามารถกล่าวอ้างถึงความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครในห้วงเวลาอื่นด้วยเหตุเงื่อนไขของห้วงเวลาที่แตกต่างกัน

4. ระเบียบวิธีวิจัย

งานวิจัยใช้แนวทางการวิจัยแบบผสม (Mixed Method) ทั้งเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพควบคู่กัน

(1) เชิงปริมาณ (Quantitative Approach) ประชากรเป้าหมายเป็นการคัดเลือกแบบเจาะจง (Purposive Sampling)⁸ พิจารณาจากการตัดสินใจของผู้วิจัย กล่าวคือ ลักษณะของ

⁸ Palinkas, L.A., Horwitz, S.M., Green, C.A., Wisdom, J.P., Duan, N., & Hoagwood, K., "Purposeful Sampling for Qualitative Data Collection and Analysis in Mixed Method Implementation Research," *Administration and Policy in Mental Health and Mental Health* 2015, 42(5): 533-544.

กลุ่มที่เลือกมีความสอดคล้องและตรงตามวัตถุประสงค์วิจัย เก็บข้อมูลจากผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครจำนวน 183 ราย โดยใช้แบบสอบถามที่มีข้อความเข้าใจง่าย ไม่มีคำถามที่มีลักษณะซ้ำซ้อน⁹ ประกอบด้วย 3 ส่วน ส่วนแรกเป็นข้อมูลพื้นฐานบุคคล ส่วนที่สองเป็นข้อมูลด้านความรู้และการส่งเสริมในการปฏิบัติตามกฎหมาย และส่วนสุดท้ายเป็นข้อมูลความคิดเห็นผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดง ซึ่งข้อมูลทั้งหมดที่ได้ผ่านการวัดความเชื่อมั่นของความคงตัว (Stability Reliability) ใช้วิธีทดสอบซ้ำ (Test-Retest Method) โดยใช้แบบสอบถามชุดเดียวกันกับผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานคร ในระยะเวลาห่างกันช่วงหนึ่ง¹⁰ ซึ่งผู้วิจัยและผู้ช่วยวิจัยที่ผ่านการอบรมจำนวน 2 คน เป็นผู้แจกแบบสอบถามระหว่างที่ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงเข้าร่วมประกวดตามสนามแข่งขันนกในพื้นที่กรุงเทพมหานคร ช่วงเวลาประมาณ 10.00-14.00 น. ของวันเสาร์และวันอาทิตย์ รวมถึงวันหยุดนักขัตฤกษ์ที่ทางสนามได้จัดประกวดแข่งขัน แบบสอบถามทั้งหมดผ่านการตรวจสอบความสมบูรณ์จึงวิเคราะห์ข้อมูลด้วยโปรแกรมสำเร็จรูป SPSS โดยเลือกใช้สถิติพรรณนาเพื่ออ่านผลการวิเคราะห์ตอบวัตถุประสงค์การวิจัยทั้งสองข้อ

(2) เชิงคุณภาพ (Qualitative Approach) เก็บข้อมูลจากผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครโดยไม่กำหนดจำนวนประชากร ทำการเก็บจนกว่าข้อมูลที่ได้เกิดความอิ่มตัวเชิงทฤษฎี (Theoretical Saturation)¹¹ ที่จำนวน 13 ราย ใช้การสัมภาษณ์เจาะลึก สังเกตแบบมีโครงสร้าง และบันทึกความจำ ตั้งใจใช้หลากหลายที่เรียกว่า พหุวิธี (Triangulation) เพื่อยืนยันข้อค้นพบว่ามีความถูกต้อง¹² รายละเอียดการสัมภาษณ์เจาะลึกประกอบด้วยคำถามหลัก คำถามชักใช้ไต่เรียง และคำถามติดตาม ใช้คำถามปลายเปิด (open ended questions) 4 ข้อ ส่วนการสังเกตแบบมีโครงสร้างใช้แบบสำรวจรายการ (checklist) ที่ผู้วิจัยได้กำหนดพฤติกรรมต่าง ๆ ไว้เป็นเครื่องมือที่ใช้ประกอบการสังเกต และการบันทึกความจำได้ปฏิบัติระหว่างลงพื้นที่เก็บข้อมูลที่สนามประกวดแข่งขันนก เป็นการจดบันทึกรายวันที่ออกภาคสนาม ระบุวันและเวลาของการจดบันทึก รายชื่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง สถานที่ รวมถึงสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องในบริบท การเก็บข้อมูลทั้งหมดที่กล่าวได้กระทำโดยผู้วิจัยและ

⁹ Benedict, E.M., De Jong, M.G. & Baumgartner, H., "Socially desirable response tendencies in survey research," *Journal of Marketing Research* 2010, 47 (2): 199-214.

¹⁰ Resch, J., Driscoll, A., McCaffrey, N., Brown, C., Ferrara, M.S. & Macciocchi, S., "ImPact test-retest reliability: Reliably unreliable?," *Journal of Athletic Training* 2013, 48: 506-511.

¹¹ Fusch, P.I & Ness, L.R., "Are we there yet?. Data saturation in qualitative research," *The Qualitative Report* 2013, 20: 1408-1416.

¹² Creswell, J.W., *Research and design: Qualitative, quantitative and mixed methods approaches*, 4th ed (New Delhi: Thousand Oaks Press, 2014).

ผู้ช่วยวิจัยที่ผ่านการอบรมจำนวน 2 คน ข้อมูลที่ได้ทั้งหมดผ่านการตรวจสอบความเชื่อถือได้ของข้อมูลภายใต้ความหลากหลายวิธีการจัดเก็บโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ทั้งสองข้อเป็นสำคัญ และข้อมูลที่ได้ใช้การวิเคราะห์เชิงอุปนัย (Inductive Analysis) โดยแยกประเด็นเนื้อเรื่องเพื่อได้แบบแผนความสัมพันธ์ด้วยโปรแกรมสำเร็จรูป ATLAS.ti¹³

ทั้งนี้ การเก็บข้อมูลทั้งเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพในส่วนที่ต้องมีปฏิสัมพันธ์กับบุคคลผู้วิจัยได้ยึดหลักจริยธรรมการทำวิจัยกับคน (Belmont Report) ที่มี 3 ประการสำคัญ¹⁴

5. ผลการวิจัย

ผลที่ได้เพื่อตอบวัตถุประสงค์ของการวิจัยข้อที่ 1 ที่ศึกษาคุณลักษณะพื้นฐานส่วนบุคคลของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครปรากฏในตารางที่ 2 ส่วนผลที่ได้เพื่อตอบวัตถุประสงค์การวิจัยข้อที่ 1 ที่ศึกษาความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครปรากฏในตารางที่ 3 ดังรายละเอียดต่อไปนี้

ตารางที่ 2 คุณลักษณะพื้นฐานส่วนบุคคลของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในเขตกรุงเทพมหานคร (N=183)

รายการที่ใช้วัด		จำนวนคน	อัตราส่วนร้อยละ
เพศ	ชาย	171	93.5
	หญิง	12	6.6
อายุ	ไม่เกิน 20 ปี	12	6.6
	21 – 40 ปี	68	37.2
	41 – 60 ปี	81	44.2
	มากกว่า 60 ปี	22	12.0
พื้นเพ	ภาคเหนือ	38	20.8
	ภาคใต้	52	28.4
	ภาคตะวันออก	20	10.9

¹³ กรรณิการ์ สุขเกษม และสุชาติ ประสิทธิ์รัฐสินธุ์, การวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพด้วยโปรแกรม ATLAS.ti, (กรุงเทพมหานคร: สามลดา, 2558)

¹⁴ สำนักงานมาตรฐานการวิจัยในคน, การวิจัยและหลักจริยธรรมการวิจัยในมนุษย์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.ohrs.nrct.go.th/lms/upload/course1/lesson2/lessonpdf/Chapter_2_Basic_%20principle.pdf

	ภาคตะวันตก	6	3.3
	กรุงเทพมหานคร	67	36.6
ระดับการศึกษา	ต่ำกว่ามัธยมปลาย	32	17.6
	มัธยมปลาย	71	38.7
เทียบเท่า	อนุปริญญาหรือ	58	31.7
	ปริญญาตรีหรือ	22	12.0
อาชีพ	สูงกว่า		
	ทำงานประจำ	54	29.5
	ทำงานอิสระ	39	21.3
	รับจ้างทั่วไป	76	41.5
	อื่น ๆ	14	7.7
รายได้ต่อเดือน	ไม่เกิน 15,000 บาท	9	4.9
	15,001 – 25,000 บาท	61	33.3
	25,001 – 35,000 บาท	85	46.5
	มากกว่า 35,000 บาท	28	15.3
เหตุเริ่มเลี้ยงนกฯ	ตามอย่างบุคคลในครอบครัว	41	22.4
	เพื่อนแนะนำ	72	39.3
	สนใจด้วยตนเอง	56	30.6
	อื่น ๆ	14	7.7
ระยะเวลาเลี้ยงนกฯ	ไม่ถึง 5 ปี	32	17.5
	6 – 10 ปี	48	26.2
	10 – 15 ปี	62	33.9
	มากกว่า 15 ปี	41	22.4
จำนวนนกฯที่เลี้ยงในปัจจุบัน	1 – 5 ตัว	53	28.9
	6 – 10 ตัว	69	37.7
	11 – 15 ตัว	35	19.1

	มากกว่า 15 ตัว	26	14.3
นกๆ ที่เลี้ยงในปัจจุบัน	มีใบอนุญาตที่ออก	43	23.5
โดยหน่วยงานรัฐ			
	มีใบอนุญาตฯ แต่	51	27.9
หมดอายุการใช้งาน			
	ไม่มีใบอนุญาตที่	89	48.6
ออกโดยหน่วยงานรัฐ			
การถูกจับกุมจากเจ้าหน้าที่รัฐ	ไม่เคย	163	89.0
	1 ครั้ง	18	9.8
	มากกว่า 1 ครั้ง	2	1.2
ความรู้ในการเลี้ยงนกๆ	น้อย	41	22.4
	ปานกลาง	85	46.4
	มาก	57	31.2

จากตารางที่ 2 พบว่า ในภาพรวมผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงเกือบทั้งหมดเป็นเพศชาย (ร้อยละ 93.5) ส่วนใหญ่มีอายุระหว่าง 41-60 ปี (ร้อยละ 44.0) เป็นคนพื้นเพกรุงเทพมหานคร (ร้อยละ 36.6) สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมปลาย (ร้อยละ 38.7) ประกอบอาชีพรับจ้างทั่วไป (ร้อยละ 41.5) รายได้ต่อเดือนระหว่าง 25,001-35,000 บาท (ร้อยละ 46.5) ผู้เลี้ยงส่วนใหญ่เริ่มเลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงจากคำแนะนำของเพื่อน (ร้อยละ 39.3) ผ่านการเลี้ยงนกเป็นระยะเวลา 10-15 ปี (ร้อยละ 33.9) ปัจจุบันมีนกปรอดหัวโขนเคราแดงในครอบครองจำนวน 6-10 ตัว (ร้อยละ 37.7) ซึ่งนกที่ครอบครองส่วนใหญ่ไม่มีใบอนุญาตที่ออกโดยหน่วยงานภาครัฐ (ร้อยละ 48.6) แต่ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงเกือบทั้งหมดไม่เคยถูกเจ้าหน้าที่จับกุม (ร้อยละ 89.0) และผู้เลี้ยงส่วนใหญ่มีความรู้ในการเลี้ยงระดับปานกลาง (ร้อยละ 46.4)

ข้อมูลที่ได้จากผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครที่ตกเป็นประชากรเป้าหมายสะท้อนถึงการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐที่ยังมีข้อบกพร่องเนื่องด้วยนกของผู้เลี้ยงส่วนใหญ่เป็นนกที่ผิดกฎหมายที่ไม่มีใบอนุญาตที่ออกโดยหน่วยงานภาครัฐ แต่ผู้เลี้ยงเกือบทั้งหมดกลับไม่เคยถูกเจ้าหน้าที่จับกุมดำเนินคดีตามกฎหมาย ซึ่งแนวทางปฏิบัติเพื่อแก้ไขในประเด็นนี้เพียงแค่เจ้าหน้าที่รัฐหมั่นศึกษาข้อมูลวัน เวลา และสถานที่ในการประกวดแข่งขันนกที่กลุ่มผู้เลี้ยงมักประชาสัมพันธ์ผ่านแผ่นพับโฆษณา หรือเว็บไซต์การประกวดแข่งขันนก และดำเนินการเข้าตรวจสอบสนามประกวดแข่งขันนกตาม

สถานที่จัดประกวด บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังเพื่อปราบปรามผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองนกปรอดหัวโขนเคราแดง

ตารางที่ 3 องค์ความรู้ทางด้านกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดง (นกกรงหัวจุก) ที่อาศัยอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร (n = 183)

รายการที่ใช่ว่า	ใช่ (คน)	ไม่ใช่ (คน)	ความรู้ที่ถูก (ร้อยละ)
นกทุกตัวที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องมีห่วงขาแสดงข้อมูลจำเพาะของนก	101	82	55.2
ชน หรือเล็บที่แยกออกจากร่างของนกฯ จัดเป็นส่วนหนึ่งของซากสัตว์ป่า	148	35	80.9
การครอบครองนกสามารถยื่นขอใบอนุญาตตามวันเวลาราชการได้ทุกวัน	159	24	13.1
ผู้มีภูมิลำเนาในกรุงเทพมหานครต้องยื่นขอใบอนุญาตฯ ที่สำนักบริหารพื้นที่อนุรักษ์	97	86	47.0
ใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองมีชื่อเรียกว่า แบบ สป.9	117	66	63.9
คำขอรับใบอนุญาตให้มีไว้ในครอบครองซึ่งสัตว์ป่าที่ได้มาจากการเพาะพันธุ์คือแบบ สป.14	103	80	56.3
ผู้ที่เป็นคนต่างด้าวไม่สามารถยื่นขอรับใบอนุญาตได้	126	57	31.1
ความหมายคำว่า “ล่า” ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 คือ การเก็บ ดัก จับ ยิง ฆ่า หรือทำอันตรายสัตว์ป่าที่ไม่มีเจ้าของและอยู่เป็นอิสระ และหมายรวมถึงการไล่ การต้อน การเรียก การล่อ	119	64	65.0
การล่านกฯ สามารถกระทำได้หากไม่อยู่บริเวณสถานที่ห้ามล่าสัตว์ป่า	87	96	52.5
การล่าหรือพยายามล่าที่กระทำโดยทางราชการได้รับยกเว้นตามกฎหมาย	79	104	43.2
การยิงนกฯ ในเวลาระหว่างพระอาทิตย์ตกและพระอาทิตย์ขึ้นเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535	131	52	71.6

นกปรอดหัวโขนเคราแดงจัดเป็นนกที่ต้องสงวนตามกฎหมาย	69	114	62.3
นกปรอดหัวโขนเคราแดงจัดเป็นนกที่ต้องคุ้มครองตามกฎหมาย	138	45	75.4
นกปรอดหัวโขนเคราแดงมีรายชื่อในอนุสัญญาไซเตส (CITES)	123	60	32.8
การเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองต้องได้รับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์จากอธิบดี	165	18	90.2
ผู้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์	107	76	58.5
ผู้ยื่นขอเพาะพันธุ์ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปี	136	47	74.3
ผู้ยื่นขอเพาะพันธุ์ทุกคนต้องเสนอโครงการเพาะพันธุ์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่	158	25	86.3
ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่าสามารถขอรับการสนับสนุนพ่อแม่พันธุ์สัตว์ป่าได้	126	57	68.8
นกฯ ในครอบครองที่เกิดจากการเพาะพันธุ์สามารถซื้อขายเพื่อการค้าได้	138	45	75.4
ความหมายคำว่า “ค้า” ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 คือ ซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย แจก หรือโอนกรรมสิทธิ์ รวม ถึงมีหรือแสดงไว้เพื่อขาย	108	75	59.0
การเพิ่มขึ้นหรือลดลงของนกในครอบครองต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่	153	30	83.6
การนำนกเคลื่อนจากสถานที่เลี้ยงต้องมีใบอนุญาตให้นำเคลื่อนที่เพื่อการค้า ให้นำเข้า ให้ส่งออก หรือให้นำผ่านแล้วแต่กรณี	121	62	66.1
อัตราค่าธรรมเนียมใบอนุญาตให้มีไว้ในครอบครองนกฯ ที่ได้จากการเพาะพันธุ์ หรือซากสัตว์ป่าคุ้มครองที่ได้มาจากการเพาะพันธุ์ ฉบับละ 500 บาท	98	85	53.5
อัตราค่าธรรมเนียมใบอนุญาตให้ค่านกฯ ที่ได้มาจากการเพาะพันธุ์ ฉบับละ 1,000 บาท	132	51	72.1

อัตราค่าธรรมเนียมใบอนุญาตให้นำเข้าหรือให้ส่งออกซึ่งนกฯ ที่ได้มาจากการเพาะพันธุ์ หรือซากของสัตว์ป่าคุ้มครองที่ได้มาจากการเพาะพันธุ์ ฉบับละ 500 บาท	102	81	55.7
อัตราค่าธรรมเนียมใบอนุญาตให้นำสัตว์ป่าคุ้มครอง หรือซากของสัตว์ป่าคุ้มครองเคลื่อนที่เพื่อการค้า ฉบับละ 100 บาท	116	67	63.4
อัตราค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาต ครั้งละ 500 บาท	137	46	74.9

จากตารางที่ 3 พบว่าผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครส่วนใหญ่มีความรู้ที่ถูกต้องต่อการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมี 4 ประเด็นที่มีความรู้ในระดับดีมาก เรียงตามลำดับประกอบด้วย (1) การเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองต้องได้รับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์จากอธิบดี (ร้อยละ 90.2) รองลงมาได้แก่ (2) ผู้ยื่นขอเพาะพันธุ์ทุกคนต้องเสนอโครงการเพาะพันธุ์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (3) การเพิ่มขึ้นหรือลดลงของนกในครอบครองต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และประเด็นสุดท้ายคือ (4) ขน หรือเล็บที่แยกออกจากร่างของนกฯ จัดเป็นส่วนหนึ่งของซากสัตว์ป่า (ร้อยละ 80.9) ส่วนประเด็นที่ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครส่วนใหญ่มีความรู้ที่ไม่ถูกต้องต่อการปฏิบัติตามกฎหมายมีทั้งสิ้น 5 ประเด็นไล่เรียงเริ่มจากประเด็นที่ต้องปรับปรุงมากที่สุดคือ (1) การครอบครองนกสามารถยื่นขอใบอนุญาตตามวันเวลาราชการได้ทุกวัน (ร้อยละ 13.1) รองลงมาได้แก่ (2) ผู้ที่เป็นคนต่างด้าวไม่สามารถยื่นขอรับใบอนุญาตได้ (3) นกปรอดหัวโขนเคราแดงมีรายชื่อในอนุสัญญาไซเตส (CITES) (4) การล่าหรือพยายามล่าที่กระทำโดยทางราชการได้รับยกเว้นตามกฎหมาย และ (5) ผู้มีภูมิลำเนากรุงเทพต้องยื่นขอใบอนุญาตฯ ที่สำนักบริหารพื้นที่อนุรักษ์ (ร้อยละ 47.0) ทั้งนี้ อีก 19 ประเด็นที่เหลือในภาพรวมพบว่า ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครส่วนใหญ่มีความรู้ที่ถูกต้องต่อการปฏิบัติตามกฎหมายในระดับปานกลางถึงค่อนข้างดี

ตารางที่ 4 การส่งเสริมองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายของผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขน
 เคราแดงที่อาศัยในเขตกรุงเทพมหานคร (n = 183)

รายการที่ใช้วัด	ค่า ต่ำ สุด	ค่า สูง สุด	ค่า เฉลี่ย	ค่า เบี่ยง เบนฯ	ค่า ความ เบ้	ค่า ความ โด่ง
การศึกษาข้อมูลการเลี้ยง						
ค้นหาทางหนังสือ / คู่มือ การเลี้ยงนก	2	5	3.87	1.61	.43	.57
สืบค้นทางอินเทอร์เน็ต	1	4	3.13	1.27	.67	.81
รับฟังจากผู้อื่นที่เลี้ยงนก	2	5	4.06	1.66	.19	.33
เรียนรู้เองผ่าน ประสบการณ์	1	5	3.11	1.34	.77	-.14
การแลกเปลี่ยนความรู้						
การรับข้อมูลการเลี้ยง จากผู้อื่นที่เลี้ยง	2	5	3.97	1.67	.29	.64
การแบ่งความรู้ให้กับผู้อื่น ที่เลี้ยง	1	4	3.23	1.41	1.07	.91
การเล่าประสบการณ์แก่ ผู้อื่นที่เลี้ยง	1	4	3.06	1.22	-.26	1.14
การรับฟังประสบการณ์ เลี้ยงจากผู้อื่น	2	5	3.88	1.58	.37	.29
การติดตามข่าวแวดวงนก						
ดูรายการนกทางช่องทีวี	2	5	3.31	1.48	.31	.46
ตรวจสอบข้อมูลในระบบ ไลน์ (Line Application)	2	5	3.03	1.21	.27	.33
ซื้อหรือหาหนังสือนก มาอ่าน	1	5	2.81	1.16	.79	.81
สอบถามข่าวสารจากคน ในแวดวง	2	5	3.17	1.23	.61	.57
อ่านจากแผ่นโฆษณาที่ สนามแข่งนก	1	4	2.64	1.27	.54	.47

อรรถประโยชน์จากการฟัง กลุ่มเพื่อน	2	5	3.54	1.41	.41	.88
คลุกคลีกับผู้ที่มีชื่อเสียงใน แวดวงนก	1	4	2.58	1.14	-.07	.94

จากตารางที่ 4 พบว่า ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครส่วนใหญ่ส่งเสริมความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายด้วยการศึกษาข้อมูลการเลี้ยง การแลกเปลี่ยนความรู้ และการติดตามข่าวแวดวงนกได้ในระดับที่ดี ด้านการศึกษาข้อมูลการเลี้ยงที่ปฏิบัติได้ดีที่สุดคือ รับฟังจากผู้อื่นที่เลี้ยงนก (4.06 จากคะแนนเต็ม 5) ส่วนด้านการแลกเปลี่ยนความรู้ที่ปฏิบัติได้ดีที่สุดคือ การรับฟังประสบการณ์เลี้ยงจากผู้อื่น (3.88 จากคะแนนเต็ม 5) และด้านการติดตามข่าวแวดวงนกที่ปฏิบัติได้ดีที่สุดคือ อรรถประโยชน์จากการฟังกลุ่มเพื่อน (3.54 จากคะแนนเต็ม 5) ทั้งนี้ ในภาพรวมของการปฏิบัติทั้งสามด้านพบว่า ผู้เลี้ยงได้ส่งเสริมความรู้เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายได้ในระดับดี

6. อภิปรายผล

ผลการวิจัยทำให้ทราบว่ามี 5 ประเด็นที่ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยในกรุงเทพมหานครส่วนใหญ่มีองค์ความรู้ไม่ถูกต้องต่อการปฏิบัติตามกฎหมาย ประเด็นแรก การครอบครองนกที่ไม่สามารถยื่นขอใบอนุญาตตามวันเวลาราชการได้ทุกวันเนื่องจากปัจจุบันภาครัฐไม่เปิดให้บริการในส่วนนี้ตั้งแต่ พ.ศ. 2546 ส่วนประเด็นที่สอง ผู้ที่เป็นคนต่างด้าวสามารถยื่นขอรับใบอนุญาตให้เพาะพันธุ์สัตว์ป่าตามแบบ สป.8 โดยต้องมีคุณสมบัติดังนี้ (1) เป็นเจ้าของกิจการและมีทรัพย์สินหรือมีฐานะดีพอที่จะดำเนินกิจการได้ (2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ (3) มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (4) ไม่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือไม่เป็นบุคคลไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ (5) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย (6) ไม่อยู่ในระหว่างถูกพักใบอนุญาตหรือไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาต และ (7) ไม่เคยกระทำความผิดบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2503 หรือผิดกฎหมายว่าด้วยศุลกากร หรือกฎหมายว่าด้วยการส่งออกหรือการนำเข้าในราชอาณาจักร¹⁵ ประเด็นสาม แท้จริงแล้วนกปรอดหัวโขนเคราแดงไม่มีรายชื่อในอนุสัญญาไซเตส (CITES) หากแต่มีกลุ่มคนจำนวนหนึ่งผลักดันนกปรอด

¹⁵ กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช, คู่มือการขออนุญาตเพาะพันธุ์สัตว์ป่า (เพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวน และสัตว์ป่าคุ้มครองเพื่อประโยชน์แก่กิจการสวนสัตว์สาธารณะ หรือเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองชนิดที่อนุญาตให้เพาะพันธุ์ได้เพื่อประโยชน์แก่การค้า) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/ACER/Downloads/Documents/คู่มือการขออนุญาตเพาะพันธุ์_2.pdf, 2559.

หัวโขนคราแดงให้เป็นชนิดพันธุ์ในบัญชีหมายเลข 3 เป็นชนิดพันธุ์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งแล้วขอความร่วมมือประเทศภาคีให้ช่วยดูแลการนำเข้า กล่าวคือ ต้องมีหนังสือรับรองการส่งออกจากประเทศถิ่นกำเนิด เช่น นกกระทาแดงปักซีใต้ (มาเลเซีย) เป็นต้น¹⁶ ประเด็นที่สี่คือ การล่าหรือพยายามล่าที่กระทำโดยทางราชการได้รับ ยกเว้นตามกฎหมายเป็นความรู้ที่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 มาตรา 16 ที่ระบุว่า ห้ามมิให้ผู้ใดล่าหรือพยายามล่าสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่า คุ้มครอง เว้นแต่เป็นการกระทำโดยทางราชการที่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 26¹⁷ และประเด็น สุดท้าย ความรู้ที่ถูกต้องคือ สถานที่ยื่นคำขอของผู้มีภูมิลำนากกรุงเทพมหานครที่ยื่นที่สำนักอนุรักษ์ สัตว์ป่า กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ส่วนผู้ที่มีภูมิลำนากอื่นยื่นที่สำนักบริหาร พื้นที่อนุรักษ์แห่งท้องที่ หรือหน่วยงานที่สำนักบริหารพื้นที่อนุรักษ์มอบหมาย¹⁸

จากข้างต้นเห็นได้ชัดว่าองค์ความรู้ด้านกฎหมายที่ถูกต้องเป็นเรื่องสำคัญต่อผู้เลี้ยงนก ปรอดหัวโขนคราแดง เช่นนี้ผู้เลี้ยงควรปฏิบัติตนเพื่อส่งเสริมองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายดังนี้ (1) การศึกษาข้อมูลการเลี้ยงที่จำต้องเริ่มศึกษาข้อมูลด้านต่าง ๆ ด้วยความรอบคอบโดยเฉพาะ อย่างยิ่งเรื่องของข้อกำหนด ระเบียบ ข้อ บังคับ กฎหมาย พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ นกปรอดหัวโขนคราแดงที่มีอาจจะละเอียด ซึ่งหากผู้เลี้ยงให้ความสำคัญต่อการศึกษาค้นคว้า การ เลี้ยงจักส่งเสริมให้เกิดความรู้อย่างชัดเจน และความเข้าใจเป็นอย่างดีต่อการปฏิบัติตนได้อย่าง ถูกต้องตามกฎหมาย (2) การแลกเปลี่ยนความรู้ ผู้เลี้ยงควรสร้างแรงจูงใจที่จะปฏิสัมพันธ์กับ ผู้คนที่มีความสนใจเรื่องนกปรอดหัวโขนคราแดงอย่างมีเป้าหมายที่ชัดเจนคือ รวมตัวกันและ แลกเปลี่ยนเรียนรู้ข้อกำหนด ระเบียบ ข้อบังคับ กฎหมาย พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ นกปรอดหัวโขนคราแดง เพื่อสร้างความเข้าใจและพัฒนาแนวปฏิบัติในการประพฤติดนตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนกปรอดหัวโขนคราแดง และ (3) การติดตามข่าวแวดวงนก ผู้เลี้ยง ควรเปิดใจรับข้อมูลข่าวสารด้านกฎหมายการเลี้ยงนกปรอดหัวโขนคราแดงอย่างปราศจาก อคติ รับฟังข้อมูลด้วยการใช้สติ ไม่ใช่อารมณ์ในการประเมินข้อมูลแม้ไม่ตรงกับความเชื่อ ของตน มุ่งหวังผลปฏิบัติเพื่อให้ได้ข้อมูลด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับการเลี้ยงนกที่ทันสมัย ถูกต้อง

¹⁶ ศูนย์ปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สำนักงานตำรวจ แห่งชาติ, “รายงานข้อมูลผู้บริหาร,” วารสาร ศปทส.ดร. 2560, 1 (ตุลาคม-ธันวาคม 2560): 10-11.

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535, ราช กิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 15 ก หน้า 1.

¹⁸ กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช, คู่มือการขออนุญาตเพาะพันธุ์สัตว์ป่า (เพาะพันธุ์สัตว์ ป่าสงวน และสัตว์ป่าคุ้มครองเพื่อประโยชน์แก่กิจการสวนสัตว์สาธารณะ หรือเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองชนิด ที่อนุญาตให้เพาะพันธุ์ได้เพื่อประโยชน์แก่การค้า) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/ACER/ Downloads/Documents/คู่มือการขออนุญาตเพาะพันธุ์_2.pdf, 2559.

ตรงตามสภาพแห่งความจริงของข้อกำหนด ระเบียบ ข้อบังคับ กฎหมาย พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่ได้กำหนดไว้

อย่างไรก็ดี ข้อค้นพบที่ได้จากผลวิจัยชี้ถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐที่ยังมีข้อบกพร่องเนื่องด้วยนกปรอดหัวโขนเคราแดงของผู้เลี้ยงส่วนใหญ่ (ร้อยละ 48.6) ไม่มีใบอนุญาตที่ออกโดยหน่วยงานภาครัฐ แต่ผู้เลี้ยงเกือบทั้งหมด (ร้อยละ 89.0) ไม่เคยถูกเจ้าหน้าที่รัฐจับกุมดำเนินคดีตามกฎหมาย รวมถึงปัญหาความไม่สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันของกฎหมายที่บังคับใช้ (พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535) เช่น อัตราโทษปรับที่กำหนดไว้ต่ำเมื่อพิจารณาเทียบกับค่าเงินในปัจจุบัน การไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่รัฐ หรือการขาดบทบัญญัติที่ส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการสร้างจิตสำนึกในชุมชนเพื่อให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการป้องกันดูแลรักษาชีวิตสัตว์ป่า เป็นต้น

ทั้งนี้ ในส่วนของผลที่ได้จากข้อมูลเชิงคุณภาพที่น่าสนใจมี 3 ประเด็น (1) ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงจำนวนหนึ่งเสนอให้แก้ไขบทกำหนดโทษผู้ที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ให้เข้มข้นขึ้น โดยกล่าวว่ากฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันอาจไม่เข้มแข็งต่อการสกัดกั้นการกระทำผิดฐานการล่า การค้า การเพาะพันธุ์ อีกทั้งอัตราโทษปรับที่เป็นตัวเงินนั้นมีมูลค่าน้อยไม่เหมาะสมกับสภาพในปัจจุบัน และคิดเห็นว่าไม่สามารถยับยั้งข่มขู่ (Deterrence) ผู้ที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดกฎหมาย (2) กลุ่มผู้เลี้ยงนกประสงคิให้หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องหรือรับผิดชอบในประเด็นนี้สร้างระบบกลไกการส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการสร้างจิตสำนึกเพื่อให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการดูแลนกปรอดหัวโขนเคราแดง ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 57 (2) เป็นหน้าที่ของรัฐที่บัญญัติให้รัฐต้องอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุง รักษา พัฒนา บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวตามที่กฎหมายบัญญัติ¹⁹ และ (3) ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงจำนวนหนึ่งประสงคิให้หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องหรือรับผิดชอบในประเด็นนี้มีปฏิสัมพันธ์กับกลุ่มผู้เลี้ยงนกทั้งในส่วนบุคคลทั่วไป ชุมชน สมาคม หรือสมาคม เพื่อแลกเปลี่ยนความรู้โดยอาจจัดในรูปสัมมนาเชิงวิชาการ การเปิดหลักสูตรอบรม การจัดกิจกรรม หรือโครงการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับนกปรอดหัวโขนเคราแดง และเป็น

¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.krisdika.go.th/wps/portal/general/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3_g_A2czQ0cTQ89ApyAnA0_EIOAQGdXAwNLY_2CbEdFAPKwCIg!/, 2560 (เมษายน, 6).

ประโยชน์ต่อบุคคลและสังคม เช่น การสัมมนาทิศทางการพัฒนา การเลี้ยงนกปรอดหัวโขน เคราแดงให้เป็นสัตว์เศรษฐกิจ การเปิดหลักสูตรอบรมการทำกรงนก การแกะสลักกรงนก การทำตะขอกกรงนก การทำสีกรงนก การฝังมุกกรงนก การเย็บผ้าคลุมกรงนก การผลิตแก้วน้ำ แก้วเซรามิค หรือแก้วเบญจรงค์สำหรับใส่น้ำให้นก การจัดกิจกรรมเรียนรู้การเพาะเลี้ยง หนอนนก โครงการให้ความรู้ด้านการผสมข้ามสายพันธุ์ หรือการพัฒนาสายพันธุ์นก เป็นต้น

7. ข้อเสนอแนะ

7.1 ข้อเสนอแนะเชิงวิชาการ

ผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงควรปฏิบัติตนส่งเสริมองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายโดยใช้แนวทาง (1) การศึกษาข้อมูลการเลี้ยง (2) การแลกเปลี่ยนความรู้ และ (3) การติดตามข่าวแวดวงนก เพื่อให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายที่ถูกต้อง ขณะที่เจ้าหน้าที่รัฐควรเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายโดยมุ่งเน้นการปราบปรามผู้กระทำความผิดกฎหมายอย่างต่อเนื่องด้วยความจริงจัง และรัฐบาลควรพิจารณาออกพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฉบับใหม่แทนฉบับเดิม พ.ศ. 2535 เพื่อให้เกิดความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

7.2 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป

ควรศึกษา (1) แนวทางส่งเสริมองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายที่ต่างจากในงาน (2) ขยายพื้นที่จากกรุงเทพมหานครเป็นจังหวัดอื่น ๆ และอาจเพิ่มการศึกษาเชิงเปรียบเทียบระหว่างผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยอยู่ในเขตกรุงเทพมหานครกับผู้เลี้ยงนกปรอดหัวโขนเคราแดงที่อาศัยจังหวัดอื่น หรือเปรียบเทียบโดยแบ่งเป็นระดับภูมิภาค เช่น ภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ หรือภาคใต้ เป็นต้น (3) มุ่งเน้นแนวทาง การวิจัยเชิงคุณภาพเป็นตัวขับเคลื่อนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่มีลักษณะกว้าง มีรายละเอียดข้อมูลในเชิงลึก

บรรณานุกรม

- กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช. คู่มือการขออนุญาตเพาะพันธุ์สัตว์ป่า (เพาะพันธุ์สัตว์ป่าสงวน และสัตว์ป่าคุ้มครองเพื่อประโยชน์แก่กิจการสวนสัตว์สาธารณะ หรือเพาะพันธุ์สัตว์ป่าคุ้มครองชนิดที่อนุญาตให้เพาะพันธุ์ได้เพื่อประโยชน์แก่การค้า [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/ACER/Downloads/Documents/คู่มือการขออนุญาตเพาะพันธุ์_2.pdf, 2559 (สิงหาคม, 21).
- กรรณิการ์ สุขเกษม และสุชาติ ประสิทธิ์รัฐสินธุ์. การวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพด้วยโปรแกรม ATLAS.ti. กรุงเทพมหานคร: สามลดา, 2558.
- พิชาล พันธุ์วัฒนา. “ความเข้าใจกฎหมายที่เกี่ยวกับการเลี้ยงนกปรอดหัวโขนของผู้เลี้ยงในกรุงเทพมหานครพื้นที่ศรีนครินทร์.” วารสารวิชาการคุณภาพชีวิตกับกฎหมายมหาวิทยาลัยมหิดล 2560, 13 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2560).
- ศูนย์ปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. “รายงานข้อมูลผู้บริหาร.” วารสาร ศปทส.ตร. 2560, 1 (ตุลาคม-ธันวาคม 2560).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 109 ตอนที่ 15 ก หน้า 1, 2535.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กฎกระทรวงกำหนดให้สัตว์ป่าบางชนิดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง พ.ศ. 2546. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 74 ก หน้า 1, 2546.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.krisdika.go.th/wps/portal/general/!ut/p/c4/04_SB8K8_xLLM9MSS_zPy8_xBz9CP0os3g_A2czQ0cTQ89ApyAnA0_EIOAQGdXAwNLY_2CbEdFAPKwClg, 2560 (เมษายน, 6).
- สำนักงานมาตรฐานการวิจัยในคน. การวิจัยและหลักจริยธรรมการวิจัยในมนุษย์. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: www.ohrs.nrct.go.th/lms/upload/course1/lesson2/lessonpdf/Chapter2_Basic%20princip le.pdf, 2561.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. การค้าสัตว์ผิดกฎหมาย: รายงานของคณะกรรมการติดตามกลไกและพิจารณาการป้องกันคุ้มครองสัตว์ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2560.
- สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. กฎหมายสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าของไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <file:///C:/Users/ACER/Downloads/Documents/hi2561-027.pdf>, 2561 (พฤษภาคม, 1).

- สำนักอนุรักษ์สัตว์ป่า. การเลี้ยงนกกรงหัวจุก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/ACER/Downloads/Documents/159_121125562554030002.pdf, 2554 (มีนาคม, 22).

- สำนักแผนงานและสารสนเทศ กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช. รายงานผลการดำเนิน การโครงการความร่วมมือระหว่างประเทศและการดำเนินการภายใต้อนุสัญญา ระหว่างประเทศของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ระหว่างเดือนเมษายน-กันยายน 2559. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2559.

- Benedict, E.M., De Jong, M.G. & Baumgartner, H. “ Socially desirable response tendencies in survey research.” *Journal of Marketing Research* 47, 2 (2010).

- Creswell, J.W. “ Research and design: Qualitative, quantitative and mixed methods approaches.” 4th ed. New Delhi: Thousand Oaks Press, 2014.

- Fusch, P.I. & Ness, L.R. “Are we there yet?. Data saturation in qualitative research.” *The Qualitative Report* 20 (2013).

- Palinkas, L.A. & others. “ Purposeful Sampling for Qualitative Data Collection and Analysis in Mixed Method Implementation Research.” *Administration and Policy in Mental Health and Mental Health* 42, 5 (2015).

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.955/2555

พกดำราเข้าห้องสอบ แม้ไม่ได้เปิดดูก็ถือว่าทุจริตในการสอบ

Supreme Administrative Court Decision No. A955/2555

Take Books into an Examination Room:

Considered as Dishonest even if no Chance to Read

ณัฐดนัย นาจันทร์*

Natdanai Nachan

บทคัดย่อ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.955/2555 ซึ่งพิพากษาว่าการกระทำของมหาวิทยาลัยที่ให้เกรด F แก่ผู้ฟ้องคดีเนื่องจากนำตำราเข้าห้องสอบแม้จะไม่ได้เปิดดูนั้น ถือเป็นคำพิพากษาที่ให้เหตุผลต่อประเด็นที่มีความคลงแคลงใจในสถาบันอุดมศึกษาได้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะต่อเหตุผลที่ว่าเหตุใดจึงต้องสันนิษฐานให้ผู้ให้นำตำราเข้าไปในห้องสอบ มีความผิดฐานทุจริตในการสอบแม้ว่าจะยังไม่ได้เปิดดูตำรานั้นก็ตาม ทั้งนี้ ผู้เขียนได้นำเอาหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยความผิดและโทษทางปกครองมาเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับการวิเคราะห์และยืนยันความถูกต้องของคำพิพากษาดังกล่าว

คำสำคัญ: ทุจริตในการสอบ, ความผิดทางปกครอง, โทษทางปกครอง

Abstract

Decision of supreme administrative court No. A955/2555, Confirm and guarantee the legality of the decision of the university to give an F grade to students because they was considered as dishonest by taking text books in the examination room with no intent or no chance to read it. The decision was

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสาขากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

very clear and could be a stepping stone for these kind of cases. To support the decision, I design to use administrative offence and sanction administrative theory as tools to confirm a correctness of the decision.

Keywords: Dishonest, Administrative Offence, Sanction Administrative

1. ความนำ

ในช่วงเวลาที่คุณเขียนดำรงตำแหน่งเป็นหนึ่งในคณะกรรมการอุทธรณ์ร้องทุกข์ชั้นนิติของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ระหว่างปี พ.ศ. 2559 - 2560 นั้น ผู้เขียนพบว่ากรณีที่ถูกนำมาอุทธรณ์ร้องทุกข์โดยส่วนมากแล้วจะเป็นเรื่องการให้เกรด F จากการทุจริตในการสอบและพักการศึกษา โดยเหตุเบื้องต้นมักจะเกิดจากการที่ผู้เข้าสอบนำเอากระดาษ หนังสือ โทรศัพท์มือถือ และอุปกรณ์อื่น ๆ เข้ามายังห้องสอบและถูกกรรมการคุมสอบจับได้ จึงดำเนินการไปตามระเบียบคือตั้งกรรมการสอบสวนและให้เกรด F ในรายวิชาที่สอบ เพราะถือว่ากระทำการทุจริต

ข้ออุทธรณ์ของคุณผู้ร้องโดยส่วนใหญ่แล้วมักจะวางอยู่บนหลักการยืนยันความบริสุทธิ์ของตน ยืนยันว่าตนพอจะอ่านเอกสารเข้าไปในห้องสอบและไม่มีเจตนาใด ๆ ที่จะทุจริตหรือแม้กระทั่งว่าหากตนเจตนาจะทุจริตจริง ทำไมตนถึงไม่เปิดเอกสารเหล่านั้นขึ้นมาอ่าน ทั้ง ๆ ที่มีโอกาสอำนวยความสะดวกครั้ง ดังนั้น การที่ระเบียบข้อบังคับของมหาวิทยาลัยนั้นสันนิษฐานไว้ก่อนว่าตนทุจริตจึงไม่ถูกต้องและทำให้ไม่ได้รับความเป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม แม้ภายหลังจากที่ได้ฟังข้อร้องเรียน ข้อเท็จจริง และเหตุผลประกอบอื่นใดแล้ว คณะกรรมการอุทธรณ์ร้องทุกข์ก็ยังยืนยันว่าการให้เกรด F โดยการตัดสินใจของคณะกรรมการประจำคณะที่นิติคนนั้น ๆ สังกัดอยู่ถูกต้องเหมาะสมแล้ว ซึ่งผู้เขียนเข้าใจว่าคงยังมีคำถามมากมายค้างคาใจนิติผู้ได้รับผลกระทบ รวมถึงเพื่อน ตลอดจนครอบครัวของคุณผู้ร้องซึ่งได้รับฟังเรื่องราว โดยเฉพาะความรู้สึกที่ว่าตนนั้นไม่ได้รับความเป็นธรรม ผู้เขียนจึงเลือกที่จะเขียนบทความวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองฉบับนี้ขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญนั้นคือการชี้ให้เห็นว่า เหตุใดบรรดานักกฎหมายทั้งหลายเมื่อจำต้องพิเคราะห์ถึงข้อพิพาทในลักษณะนี้ มักจะมองว่าการกระทำของมหาวิทยาลัยที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนเลยว่าผู้เข้าสอบทุจริตและให้เกรด F ในรายวิชาที่ทุจริตจึงเป็นสิ่งที่ถูกต้อง

2. สรุปข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.955/2555

ในคดีนี้ นาง ก. นามสมมุติ (ผู้ฟ้องคดี) ได้ฟ้องมหาวิทยาลัยคริสเตียน (มหาวิทยาลัย) กับพวกอีก 8 คน เป็นจำเลย ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเกรด F ในรายวิชาการวิจัยทางการจัดการ โดยการให้เกรดดังกล่าวเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่พอจะสรุปได้ว่า

เหตุดังกล่าวเกิดขึ้นในวันที่มีการจัดสอบรายวิชาการวิจัยทางการจัดการโดยผู้ฟ้องคดี เป็นนักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาของมหาวิทยาลัย ได้เดินทางมายังห้องสอบและนำเอกสารไป ซึ่งบรรจุไปด้วยเอกสารและหนังสือที่เกี่ยวข้องกับวิชาที่สอบเข้าไปในห้องสอบ จากนั้นจึงวาง กระเป๋าดังกล่าวไว้ข้างตัว ทั้งนี้ ก่อนถึงเวลาเริ่มทำข้อสอบ กรรมการคุมสอบได้แจ้งเตือนให้นักศึกษาทุกคนที่เข้าสอบทราบถึงข้อห้ามในการนำหนังสือ ตำรา และเอกสารต่าง ๆ เข้ามาในห้องสอบแล้ว อีกทั้งในข้อสอบของรายวิชาดังกล่าวก็ยังมีกรอกร้าเตือนข้อพึงปฏิบัติ ดังกล่าวไว้ด้วยอีกชั้นหนึ่ง

ต่อมาปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีจำเป็นต้องใช้น้ำยาลบคำผิดซึ่งใส่ไว้ในกระเป๋าทันทีที่ตนนำเข้ามา จึงได้แจ้งกรรมการผู้คุมสอบว่าตนจะขอหยิบน้ำยาดังกล่าวจากกระเป๋า ซึ่งในระหว่างที่ยก น้ำยาลบคำผิดนี้เอง ผู้ฟ้องคดีได้นำเอาหนังสือที่เกี่ยวข้องกับรายวิชาที่สอบขึ้นมาวางไว้บริเวณ พื้นติดกับผนังห้องสอบ โดยต่อมาภายหลังจากที่สอบเสร็จสิ้น ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้ง จากมหาวิทยาลัยว่าตนได้รับเกรด F ในรายวิชาดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตามระเบียบปฏิบัติ มหาวิทยาลัยคริสเตียน ว่าด้วยการสอบระดับปริญญาตรีและระดับบัณฑิตศึกษา ลงวันที่ 10 มิถุนายน 2545 (ระเบียบ) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญในการสอบข้อ 4.13 ไว้ว่า ห้ามนักศึกษา นำหนังสือ ตำรา และเอกสารอื่นใด เข้าไปในห้องสอบ หากตรวจพบให้ถือว่าเป็นการทุจริต และข้อ 5 กำหนดไว้ว่า หากนักศึกษาก่อการทุจริตในวิชาใด ให้ถือว่าสอบได้ F ในรายวิชานั้น โดยภายใต้ระเบียบเช่นนี้เอง จึงเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนนั้นไม่ได้รับความเป็นธรรม และนำเรื่องมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยเหตุผลหลักที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมนั้น นั่นคือตนไม่ได้ทำแม้กระทั่งหยิบหนังสือเหล่านั้นขึ้นมาอ่าน การให้เกรด F โดยสันนิษฐานว่าตนกระทำการทุจริตในการสอบจึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

ในชั้นของการรับคำฟ้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งที่ 102/2550 ระบุว่า มหาวิทยาลัยคริสเตียนนั้นแม้จะเป็นมหาวิทยาลัยเอกชนและมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่ก็ถือว่าเป็นหน่วยงานเอกชนที่ทำหน้าที่หลักในการจัดบริการสาธารณะ ทางด้านการศึกษา ซึ่งได้รับอำนาจโดยตรงมาจากพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ในการใช้อำนาจมหาชนเพื่อจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษาแก่ประชาชน และอยู่ภายใต้บังคับของรัฐมนตรีกว่าการศึกษาธิการอีกต่อหนึ่ง ดังนั้น มหาวิทยาลัยคริสเตียน จึงถือเป็นหน่วยงานของรัฐตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) รวมทั้งการให้เกรด F แก่ผู้ฟ้องคดีถือเป็นการดำเนินการตามระเบียบซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติ สถาบันอุดมศึกษาเอกชน จึงถือเป็นกรณีพิพาทอันเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงาน ของรัฐกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามความในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น คดีของผู้ฟ้องคดีจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ที่จะพิจารณาวินิจฉัยคดีได้

ทั้งนี้ ในภายหลัง ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีนี้ว่า ระเบียบตามที่คุณฟ้องคดีกล่าวอ้างในคำฟ้องนั้น เป็นระเบียบที่ทำให้ขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่จะป้องกันมิให้ผู้เข้าสอบกระทำการทุจริตในการสอบ อันจะยังผลให้การวัดผลในการสอบนั้นแปรปรวน เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับทราบกฎระเบียบต่าง ๆ ในเรื่องของการห้ามนำเอาเอกสารหรือตำราเข้าไปยังห้องสอบแล้วแต่ยังคงฝ่าฝืนเอาเข้าไป ทั้งยังไม่แสดงความสุจริตใจโดยการมอบหนังสือที่มีอยู่ในกระเป๋าให้แก่กรรมการคุมสอบไปเก็บไว้ ไม่ว่าจะเป็นช่วงก่อนลงมือทำข้อสอบหรือในระยะเวลาที่มีการค้นหาน้ำยาลบคำผิดในกระเป๋า ในกรณีเช่นนี้จึงเชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ฟ้องคดีเจตนาจะนำหนังสือดังกล่าวเข้าห้องสอบ มิใช่เกิดจากความเผลอเรอ พฤติการณ์เช่นนี้มากพอที่จะทำให้ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำการทุจริตในการสอบ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าได้มีการนำเอาหนังสือดังกล่าวมาเปิดดูแล้วหรือไม่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าตนได้เกรด F ในรายวิชาดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเมิดต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.955/2555)

3. ข้อกำหนดและหลักกฎหมายที่ใช้ในการวิเคราะห์คำพิพากษา

ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงในคดีไปแล้ว ผู้เขียนขอเสนอข้อกำหนดที่ใช้ในการพิจารณาโดยแบ่งแยกออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ข้อกำหนดที่จำต้องใช้ในการพิจารณาว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่ และหลักกฎหมายที่จำต้องใช้ในการสนับสนุนเนื้อหาแห่งคำพิพากษา ดังนี้

3.1 ข้อกำหนดที่จำต้องใช้ในการพิจารณาว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่

ในการพิจารณาว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งหรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาจากเงื่อนไขสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้ให้ความหมายของ “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้ในวรรคแรกของมาตราดังกล่าวว่า “กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง”

นอกจากนี้ ในวรรคสอง (1) ยังได้ให้ความหมายของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ด้วยความว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง...”

ประการที่สอง ข้อพิพาทที่นำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองนั้น ต้องเข้าตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยในมาตรา 9 (1) ได้กำหนดไว้ว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง...คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย...”

3.2 หลักกฎหมายที่ใช้ในการวิเคราะห์คำพิพากษา

สำหรับหลักกฎหมายที่ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นและเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองฉบับนี้ ได้แก่หลักกฎหมายว่าด้วย**โทษทางปกครอง (Sanction Administrative)** โดยความหมายของโทษทางปกครองนี้ พอจะสรุปได้ว่า “โทษทางปกครองเป็นการลงโทษที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจมหาชนอันเป็นเอกสิทธิ์เฉพาะของฝ่ายปกครอง เพื่อลงโทษผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับต่าง ๆ”¹⁵¹

การลงโทษในทางปกครองนั้นโดยทั่วไปแล้วจะเกิดขึ้นเมื่อมีปัจเจกชนคนหนึ่งคนใดกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับของฝ่ายปกครองเฉพาะเรื่อง โดยที่การฝ่าฝืนเช่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลที่ร้ายแรงต่อสังคมจนถึงขั้นที่ต้องใช้โทษทางอาญา เพียงแต่หากปล่อยให้เกิดการกระทำความผิดในทางปกครองขึ้นนั้น อาจก่อให้เกิดความไม่สุจริตบางประการ รวมถึงทำให้การจัดระเบียบบริหารต่าง ๆ สูญเสียความสงบเรียบร้อยไป¹⁵² การฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับของฝ่ายปกครองในลักษณะนี้เรามักจะเรียกว่าเป็นการ**กระทำความผิดทางปกครอง (Administrative Offense)** ทั้งนี้ ด้วยลักษณะเฉพาะเช่นนี้ ทำให้โดยทั่วไปแล้วโทษทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ (Mala Prohibita) มากกว่าที่จะเป็นการกระทำอันเป็นความผิดในตัวเอง (Mala In Se) ดังนั้น การจะลงโทษบุคคลในความผิดทางปกครองใด ๆ จึงต้องพิจารณาจากเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นสำคัญ และโดยทั่วไปแล้ว บุคคลจะถือว่ามีความผิดในทางปกครองก็ต่อเมื่อเขาละเมิดกฎระเบียบเหล่านั้นทั้ง ๆ ที่ได้รับการแจ้งเตือนและได้รับโอกาสให้ดำเนินการใด ๆ เพื่อแก้ไขความผิดพลาดนั้นแล้วเท่านั้น

¹⁵¹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “บันทึกเสนอผลการศึกษาค้นคว้าวิจัยกฎหมายต่างประเทศ ‘การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส’” (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547)

¹⁵² องค์อาสน์ เจริญสุข, “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 30.

4. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.955/2555

ประเด็นที่น่าสนใจและพึงกล่าวถึงในคดีนี้ ผู้เขียนขอแบ่งแยกออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ว่าด้วยอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งแม้จะเป็นประเด็นเล็กน้อยแต่กลับมีความน่าสนใจ กับอีกประเด็นหนึ่ง ได้แก่ส่วนที่ว่าด้วยเนื้อหาในคำพิพากษาศาลปกครองฉบับนี้ เป็นสำคัญ

4.1 ศาลปกครองกับอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือการกระทำของมหาวิทยาลัยเอกชน

แม้เรื่องนี้จะประเด็นเล็กน้อยและดูจะไม่สำคัญนักหากพิจารณาว่าเป้าประสงค์ของผู้เขียนคือการมุ่งเป้าหมายการวิเคราะห์ไปที่การลงโทษเกี่ยวกับการทุจริตในการสอบ แต่ผู้เขียนเห็นว่าจำต้องกล่าวถึงประเด็นนี้ไว้สักเล็กน้อยเพื่อความสมบูรณ์ของบรรดาเรื่องราวทั้งหลายที่เกี่ยวข้องและผูกโยงเป็นเรื่องราวเดียวกัน

โดยพื้นฐานดังที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3 ว่าการที่ศาลปกครองจะพิจารณาวินิจฉัยคดีได้นั้น อย่างน้อยที่สุดต้องพึงพิจารณาก่อนว่าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในคดีถือเป็นหน่วยงานของรัฐตามที่นิยามไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือไม่ และในขณะเดียวกันการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อพิพาทนั้นเกิดจากการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐตามนิยามความหมายในมาตราเดียวกันนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ การกระทำของหน่วยงานของรัฐอันจะเป็นเงื่อนไขนำไปสู่การฟ้องคดีและพิจารณาโดยศาลปกครองได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจโดยขัดต่อกฎหมายหรือมิชอบด้วยกฎหมาย อันก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนอันเป็นความตามมาตรา 9 (1) ด้วย

เราจะเห็นว่าในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณานี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยไว้อย่างครบถ้วนและชัดแจ้งแล้วว่า การที่มหาวิทยาลัยคริสเตียนมีสถานะเป็นมหาวิทยาลัยเอกชนซึ่งดำเนินการภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน และอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการนั้น ส่งผลให้มหาวิทยาลัยคริสเตียนมีลักษณะเป็นหน่วยงานทางปกครองประเภทหนึ่ง นั่นคือองค์กรเอกชนซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการทางปกครองแทนหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในที่นี้หมายถึงการจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษานั้นเอง

พิจารณาต่อไปว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของมหาวิทยาลัยคริสเตียนปฏิบัติงานให้กับหน่วยงานทางปกครอง ลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ทั้งหลายเช่นว่านั้น มีลักษณะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย โดยเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามระเบียบข้อบังคับของมหาวิทยาลัย

ซึ่งออกตามความที่ระบุไว้ในมาตรา 34 (2) แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน¹⁵³ ที่ให้อำนาจแก่สภามหาวิทยาลัยออกระเบียบเพื่อใช้บังคับในการดำเนินงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนได้แล้ว อันมีลักษณะก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิของปัจเจกชนซึ่งในที่นี้ได้แก่นักศึกษา นั้นย่อมหมายความว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองอย่างแน่แท้

ผู้เขียนกล่าวถึงความเห็นของศาลปกครองสูงสุดไว้เช่นนี้ ก็เพื่อที่จะย้ำเตือนผู้อ่านทั้งหลายไว้ในเบื้องต้นก่อนว่า สถาบันการศึกษาไม่ว่าจะของรัฐหรือของเอกชน จัดเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีเอกสิทธิ์บางประการในการกำหนดระเบียบข้อบังคับ อันเกินความไปถึงโทษอันเกิดแต่การฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับนั้นด้วย ซึ่งเราจะได้พิจารณาโดยละเอียดในส่วนถัดไป ทั้งนี้ ยังปรากฏคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ยืนยันว่ามหาวิทยาลัยเอกชนถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 880/2549 และคำสั่งอื่น ๆ อันเกี่ยวเนื่องไปถึงมหาวิทยาลัยศรีปทุมและมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย¹⁵⁴

4.2 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยการถือว่าทุจริตในการสอบ แม้ไม่มีโอกาสหรือยังไม่ได้ลงมือกระทำการทุจริต

ประเด็นที่ผู้เขียนต้องการให้อ่านทุกท่านทำความเข้าใจไปพร้อม ๆ กันเกี่ยวกับคำพิพากษานี้ นั่นคือเหตุใดแม้ผู้ฟ้องคดีจะยืนยันว่าตนไม่มีเจตนาทุจริต ไม่ได้อ่านหนังสือที่นำเข้ามาในห้องสอบ แต่ระเบียบข้อบังคับตลอดจนศาลปกครองกลับมองว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีนั้นถือเป็นการทุจริตแล้วและต้องได้รับโทษ

อย่างที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 3 ว่าฝ่ายปกครองทั้งหลายนั้นมียุทธศาสตร์อยู่ประการหนึ่งในการที่จะกำหนดความผิดทางปกครองขึ้นมา วัตถุประสงค์สำคัญในการกำหนดความผิดทางปกครองขึ้นมานั้นก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดระเบียบข้อบังคับที่วางไว้ อันอาจส่งผลให้เกิดความวุ่นวายหรือความไม่สุจริตในการบริหารงาน เมื่อมหาวิทยาลัยคริสเตียนถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง ย่อมมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการตราระเบียบ ตลอดจนกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดและโทษทางปกครองขึ้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในการบริหารงานและจัดทำบริการสาธารณะด้านการศึกษาของตนเอง

แน่นอนว่าระเบียบของมหาวิทยาลัยคริสเตียนโดยเฉพาะในข้อ 4 และข้อ 5 นั้นมีลักษณะเช่นว่านั้นอย่างชัดเจน โดยเราสามารถเห็นได้ว่าระเบียบข้อ 4 วางข้อสันนิษฐานอย่างเด็ดขาดเอาไว้ว่า หากผู้ใดนำเอาหนังสือที่เกี่ยวข้องกับรายวิชาที่สอบเข้ามาในห้องสอบและกรรมการตรวจเจอ ให้ถือว่าผู้นั้นทุจริตในการสอบ ข้อกำหนดเช่นนี้ถือเป็นการกำหนดความผิด

¹⁵³ พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 มาตรา 34 (2) “สภาสถาบันมีอำนาจหน้าที่วางแผนนโยบายและควบคุมดูแลกิจการทั่วไปของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน อำนาจหน้าที่เช่นว่านี้ให้รวมถึงออกข้อกำหนด ระเบียบ และข้อบังคับเกี่ยวกับการดำเนินงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน”

¹⁵⁴ ฤทัย หงส์สิริ, “ศาลปกครองกับคดีพิพาทเกี่ยวกับมหาวิทยาลัย” (กรุงเทพมหานคร: สถาบันคลังสมองของชาติ, 2558), หน้า 14.

ในทางปกครองประการหนึ่ง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ค่อนข้างชัดเจนหากพิจารณาตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่กล่าวว่า “**เป็นระเบียบที่สร้างขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่จะป้องกันมิให้ผู้เข้าสอบกระทำการทุจริตในการสอบ อันจะยังผลให้การวัดผลในการสอบนั้นแปรปรวน**” ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันว่า ระเบียบของมหาวิทยาลัยคริสเตียนฉบับนี้ ถูกวางไว้เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการบริหารงาน เช่นนั้นแล้วการกำหนดโทษในทางปกครองเพื่อลงแก่ผู้ที่ทำให้การบริหารงานนั้นไร้ซึ่งระเบียบย่อมสามารถกระทำลงได้

เมื่อเป็นเช่นนี้ การที่มหาวิทยาลัยให้เกรด F แก่ผู้ร้อง ซึ่งหากพิจารณาตามระเบียบดังกล่าวแล้ว พบว่าเป็นผู้ที่ทุจริตในการสอบเนื่องจากพกพาหนังสือที่เกี่ยวข้องกับวิชาที่สอบเข้ามาในห้องสอบย่อมเป็นการลงโทษทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามความผิดในทางปกครองที่บัญญัติไว้ในระเบียบฉบับเดียวกัน ณ ตรงจุดนี้เราจะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยรวมถึงตัวผู้ปฏิบัติงานแทนมหาวิทยาลัยทั้งหลายยังไม่ได้กระทำการอันใดอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเลย

อย่างไรก็ตาม หากมองจากสายตาของบุคคลภายนอก ทุกคนย่อมยังคงไว้ซึ่งความคลางแคลงใจว่า หากผู้ฟ้องคดีสามารถยืนยันได้ว่าตนไม่ได้มีเจตนาที่จะนำเอาหนังสือเข้าไปในห้องสอบเพื่อทุจริตเล่า หรือไม่มีโอกาสใดที่จะอ่านหนังสือที่เอาเข้าไปเลยเล่า การลงโทษโดยสันนิษฐานไว้ก่อนว่าทุจริตและให้เกรด F ไปจะเป็นการรุนแรงไปหรือไม่

ถึงจุดนี้ผู้เขียนคงต้องยืนยันถ้อยความตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 3 เสียก่อนว่า ความผิดทางปกครองนั้นถือเป็นความผิดในทางกฎหมาย (Mala Prohibita) เป็นความผิดอันเกี่ยวเนื่องกับการละเมิดเงื่อนไขในทางกฎหมายโดยตรง เมื่อระเบียบข้อบังคับของมหาวิทยาลัยคริสเตียนอันออกตามความในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติถูกละเมิดแล้ว ประการหนึ่งที่จำต้องยืนยันนั่นคือหากกฎหมายนั้นยืนยันว่าการพกพาหนังสือเข้ามาในห้องสอบถือเป็นการทุจริตโดยไม่สนใจเจตนาของผู้กระทำความผิดก็ย่อมต้องเป็นไปตามนั้น แม้จะมองว่าไม่ยุติธรรม แต่ในความเป็นจริงแล้วคงไม่มีผู้ใดที่ถูกจับได้ว่าพกพาสิ่งของที่อาจ “ก่อ” ให้เกิดการทุจริตได้เข้าห้องสอบและจะกล่าวรับสารภาพด้วยความบริสุทธิ์ใจว่า “ผม/ดิฉัน ตั้งใจนำเอกสารเข้ามาเพื่อลอกข้อสอบ ครับ/ค่ะ” โดยพื้นฐานแล้วผู้ที่ถูกจับได้ทุกคนย่อมปฏิเสธ เช่นนี้คงเป็นไปได้เลยที่จะต้องมานั่งพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำผิดแต่ละคน ว่ากระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับในทางปกครองหรือไม่ หนักขึ้นไปกว่านั้นคือเราคงไม่สามารถตรวจสอบได้เลยว่า ผู้ที่พกพาหนังสือเข้าไปในห้องสอบได้มีโอกาสอ่านหนังสือนั้นแล้วมากน้อยเพียงใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาศาลชั้นต้นจะเห็นว่า ศาลได้ให้ความเห็นไว้อย่างครบถ้วนและน่าสนใจ โดยเฉพาะในตอนที่ว่า “ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบกฎระเบียบต่าง ๆ ในเรื่องของการห้ามนำเอาเอกสารหรือตำราเข้าไปยังห้องสอบแล้วแต่ยังคงฝ่าฝืนเอาเข้าไป ทั้งยังไม่แสดงความสุจริตใจโดยการมอบหนังสือที่มีอยู่ในกระเป๋าให้แก่กรรมการคุมสอบไปเก็บไว้ ไม่ว่าจะเป็นช่วงก่อนลงมือทำข้อสอบ หรือในระยะเวลาที่มีการค้นหาน้ำยา

ลบคำผิดในกระเป๋” นั้นหมายความว่าโดยสภาพแท้จริงในทางปฏิบัติ การบังคับตามระเบียบข้อบังคับข้อนี้ไม่ได้กระทำลงเลยโดยไม่มีการแจ้งเตือนล่วงหน้า กรรมการคุมสอบยอมแจ้งเตือนผู้เข้าสอบทั้งหลายด้วยวาจาถึงระเบียบข้อบังคับและผลลัพธ์ที่จะตามมาแล้ว รวมถึงในตัวข้อสอบเองก็ได้มีการเขียนระเบียบข้อบังคับย้ำไว้อีกชั้นหนึ่งเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น การกำหนดความผิดและการใช้อำนาจในการลงโทษทางปกครองของมหาวิทยาลัยต่อผู้ฟ้องคดีจึงถือว่าชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ เมื่อระเบียบของมหาวิทยาลัยที่เกี่ยวกับการสอบนั้น เขียนไว้อย่างชัดเจนว่าการลงโทษผู้ที่ทุจริตคือการกำหนดให้ได้เกรด F ในรายวิชาที่กระทำการทุจริต เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องย่อมต้องดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น ไม่สามารถดำเนินการเปลี่ยนแปลงโทษให้เป็นอื่นได้ ดังนั้น ในแง่ของกฎหมายแล้วย่อมไม่มีสิ่งใดสามารถดำเนินกระบวนการการให้เกรด F เช่นว่านี้ได้เลย

5. บทสรุป

ผู้เขียนใคร่ขอยืนยันและกล่าวโดยสรุปอีกครั้งหนึ่งว่า การที่กฎระเบียบของมหาวิทยาลัยกำหนดข้อสันนิษฐานเด็ดขาดให้การนำเอาเอกสาร หนังสือ หรืออุปกรณ์ต่าง ๆ เข้ามาในห้องสอบโดยไม่ได้รับอนุญาต ถือว่าผู้ที่นำเอาของเหล่านี้เข้ามามีเจตนาทุจริต และลงโทษไปตามที่ระเบียบข้อบังคับที่กำหนดขึ้นนั้นถือเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว แน่แน่นอนว่าส่วนหนึ่งคือเพื่อธำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการบริหารงานของมหาวิทยาลัย และอีกส่วนหนึ่งคือการรักษามาตรฐานของระบบการทดสอบความรู้เพื่อไม่ให้เกิดการวัดผลแปรปรวน อีกทั้งเนื่องจากโทษนี้ถือเป็นโทษอันเกิดจากการกระทำความผิดทางปกครอง ซึ่งไม่ได้เป็นการกระทำที่ร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อสังคมในวงกว้าง เพียงแต่ส่งผลเสียต่อระบบการบริหารงานของหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น ลักษณะเช่นนี้ทำให้ผู้เขียนมองว่าการวางข้อสันนิษฐานเด็ดขาดนั้นสามารถทำได้

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงระเบียบข้อบังคับและการกระทำอื่น ๆ ประกอบกัน ทั้งการชี้แจงกฎระเบียบโดยกรรมการคุมสอบ และการนำเอาระเบียบข้อบังคับนั้นไปพิมพ์ไว้ในข้อสอบเพื่อย้ำเตือนผู้เข้าสอบอีกต่อหนึ่งย่อมทำให้ถือได้ว่าการกำหนดความผิดและการลงโทษเช่นว่านั้นไม่ได้กระทำลงโดยปราศจากช่วงเวลาให้ผู้กระทำความผิดไตร่ตรอง ทำให้โดยแท้จริงแล้วการบังคับตามระเบียบนั้นมีลักษณะที่ไม่เด็ดขาดมากนัก เมื่อผู้ฟ้องคดีในคำพิพากษานี้ได้มีเวลาไตร่ตรองมากพอแล้วแต่ยังคงกระทำความผิด การลงโทษโดยให้เกรด F ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่เหมาะสม

จากเรื่องราวทั้งหมดที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า อย่างน้อยที่สุดแล้วผู้อ่านคงจะได้ทำความเข้าใจมากขึ้นว่าเหตุใด ระเบียบข้อบังคับของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ว่าด้วยการสอบนั้นจำเป็นที่จะต้องสันนิษฐานไปเลยว่าผู้ที่ละเมิดกฎเกี่ยวกับการนำสิ่งของเข้าห้องสอบจะต้องถือว่าเป็นผู้ที่ทุจริต ส่วนหนึ่งเพื่อความเที่ยงธรรมและความแม่นยำในการจัดสอบ และ

อีกส่วนหนึ่งคือเหตุผลที่ว่าผู้สอบทั้งหลายได้รับโอกาสในการปฏิบัติตามกฎดังกล่าวแล้วมากกว่าหนึ่งครั้งแม้จะนั่งอยู่ในห้องสอบแล้วก็ตาม การบังคับตามระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัดจึงเป็นสิ่งที่เหมาะสมแล้วตามเหตุผลทั้งหลายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั่นเอง ทั้งนี้ เรื่องของการฟ้องร้องมหาวิทยาลัยว่าด้วยการให้เกรด F จากการพกพาหนังสือ ตำรา เอกสาร หรืออุปกรณ์อื่นใดเข้าไปในห้องสอบต่อศาลปกครองนั้นยังมีอีกกรณีหนึ่ง คือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.739/2556 ซึ่งแน่นอนว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาออกมาในแนวเดียวกัน ผู้ที่สนใจศึกษาสามารถเข้าไปอ่านคำพิพากษาลงจดจนบทความที่เกี่ยวข้องได้ที่เว็บไซต์ของศาลปกครอง

บรรณานุกรม

- พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546
- ศุภวัฒน์ สิงห์สรวงษ์. บันทึกเสนอผลการศึกษาค้นคว้าวิจัยกฎหมายต่างประเทศ “การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547.
- ฤทัย หงส์สิริ. ศาลปกครองกับคดีพิพาทเกี่ยวกับมหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร: สถาบันคลังสมองของชาติ, 2558.
- องค์อาสน์ เจริญสุข. “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

Harmonisation of Intellectual Property Law in ASEAN

ความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน

Archariya Wongburanavart^{*}

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

Abstract

One of the major goals of establishing the ASEAN Economic community (AEC) is to unify national markets of member states into a single ASEAN market, where goods, services, capital, and labour can freely move within the community. However, to ensure that goods can freely move within the market, both tariff and non-tariff barriers (NTBs) need to be eliminated. Significant progress has been made in reducing tariff rate to zero. Nevertheless, eliminating NTBs, particularly differences in intellectual property (IP) laws of ASEAN member states, is still challenging and thereby is considered as the major impediment to achieving a single market. Hence, in order to establish a well-functioning single market in ASEAN, harmonising IP laws among the member states would be necessary. Thus, this article aims to present the key concept, challenges of harmonisation of IP laws, as well as interesting remarks concerning IP harmonisation in ASEAN for the study of English for lawyers.

Keywords: ASEAN, Intellectual Property, Harmonisation, Single Market

^{*} Lecturer in Law, Mae Fah Luang University, PhD in Law (2017) Durham University, UK; LLM in International Trade and Commercial Law (2012) Durham University, UK; LLM in Business Laws (English Programme) (2011) Thammasat University; LLB (2009) Thammasat University

บทคัดย่อ

หนึ่งในเป้าหมายหลักที่สำคัญของการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) คือการจัดตั้งตลาดเดียวอาเซียนที่มีการหมุนเวียนของสินค้า บริการ เงินทุน และแรงงานอย่างเสรีภายในประชาคม อย่างไรก็ตาม เพื่อให้มั่นใจได้ว่าสินค้าต่าง ๆ จะสามารถเคลื่อนย้ายภายในประชาคมได้อย่างเสรีจำเป็นต้องมีการขจัดอุปสรรคทางการค้าทั้งที่เป็นอุปสรรคทางการค้าด้านภาษีและอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีออกไป ซึ่งในปัจจุบันอาเซียนมีความก้าวหน้าอย่างมากในการลดอัตราภาษีศุลกากรของสินค้านี้ระหว่างกัน ให้เป็นศูนย์ ในขณะที่การขจัดอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษียังคงมีความท้าทายอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อุปสรรคที่เกิดจากความแตกต่างทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียน ดังนั้น เพื่อให้อาเซียนมีการจัดตั้งตลาดเดียวที่มีการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นจะต้องมีการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกัน บทความนี้จึงมีจุดมุ่งหมายที่จะนำเสนอแนวคิดที่สำคัญ ความท้าทายต่าง ๆ ของหลักการความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงข้อสังเกตที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องเพื่อการศึกษาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

คำสำคัญ: อาเซียน, ทรัพย์สินทางปัญญา, ความสอดคล้องต้องกัน, ตลาดเดียว

Establishing a single market and production base is clearly stated as a major goal of the ASEAN Economic Community (AEC).¹ The AEC aims to unify ASEAN into a single market to allow the free movement of goods, services, capital and labour. However, the full-scale implementation of the AEC is still an on-going process. There are still commitments which remain to be fulfilled. To ensure that goods can freely move within the AEC, both tariff and non-tariff trade barriers (NTBs) must be removed. Significant progress has been made in tariff reduction.² Nevertheless, removing NTBs remains challenging and thereby is considered as the major impediment to achieving an ASEAN single market.³ According to ASEAN Community Vision 2025, ASEAN is strongly committed to

¹ ASEAN, 'ASEAN Economic Community' <<http://www.asean.org/communities/asean-economic-community>> accessed 27 July 2018.

² ASEAN, *A Blueprint for Growth ASEAN Economic Community 2015: Progress and Key Achievements* (ASEAN Secretariat 2008) 10.

³ Sanchita Basu Das and others, *The ASEAN Economic Community: A Work in Progress* (Institute of Southeast Asian Studies 2013).

eliminating NTBs in order to establish a highly integrated community by 2025.⁴ One of the most common NTBs to trade that can limit the free movement of goods are intellectual property (IP) rights.⁵ That said, IP rights are essentially territorial and can be protected by the individual countries that have granted these rights.⁶ In other words, IP rights can be obtained and enforced on a country-by-country basis. Hence, the territorial nature of IP rights can be used to create barriers to cross-border trade.⁷ Furthermore, since IP rights are limited to national jurisdiction, the disparities of IP laws among the member states can impede the free flow of goods, and thus adversely affect the operation of a single market.⁸ Therefore, a harmonisation of the IP laws of ASEAN member states has become more necessary in order to ensure a well-functioning ASEAN single market and a move towards a highly competitive economic region.

1. The Concept of IP Harmonisation

Harmonisation is derived from the word ‘harmonise’ which is defined in the Oxford English Dictionary as ‘*make or form a pleasing or consistent whole*’. The concept of harmonisation of law can refer to both the harmonisation of various legislation within one legal system and the harmonisation of laws between different legal systems.⁹ In other words, the harmonisation of law can occur in both domestic and international levels. However, a prominent example can be found in regional and international levels.¹⁰ Harmonisation of laws of different countries was defined as ‘replacing, to respective degrees, the

⁴ ASEAN, *ASEAN 2025: Forging Ahead Together* (ASEAN Secretariat 2015) 15.

⁵ Helen Norman, *Intellectual Property Law* (OUP 2014) 23.

⁶ Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (4edn OUP 2014) 6.

⁷ Helen Norman, *Intellectual Property Law* (OUP 2014) 23.

⁸ *Ibid.*

⁹ Michael G. Faure, ‘The Harmonization, Codification and Integration of Environmental Law: A Search for Definitions’ (2000) 9 *Eur Env’t L Rev* 174, 174.

¹⁰ Gülüm Bayraktaroglu, ‘Harmonization of Private International Law at Different Levels: Communitarization v. International Harmonization’ (2003) 5 *Eur J L Reform* 127, 127.

existing national laws with common rules’.¹¹ This process has always taken place between countries since disparity of laws is considered as obstacle to trade.¹² When laws between countries are harmonised, the disparities in law and enforcement would decrease. Therefore, a higher level of legal certainty and predictability would be achieved, and thereby facilitate cross-border trade. Harmonisation is often pursued in certain areas of laws, particularly IP law. There were movements towards IP harmonisation dating back 100 years.¹³ It can be considered as a *process that continuously occurs at various levels, namely multilateral, regional and bilateral levels*. The definition of ‘harmonisation’, however, is not clear. Peter Drahos describes the process of IP harmonisation as a ‘global IP ratchet’.¹⁴ In his view, the ratchet for IP rights moves only in one direction and is controlled by industrialised countries like the United States and those in the European Union.¹⁵ In addition, it has been opined that because the IP standard always flows outward from developed countries, the harmonisation of IP law can be defined as ‘a means adopted by stronger nations of imposing higher standards of IP on nations in a poorer bargaining position’.¹⁶ According to him, IP harmonisation could be identified as the adaptation or implementation of the higher level of IP standard imposed by developed countries on developing countries.

¹¹ Marcel Fontaine, ‘Law harmonization and local specificities - a case study: OHADA and the law of contracts’ (2013) 18 Unif. Law Rev 50, 50.

¹² Ibid.

¹³ Commission on Intellectual Property Rights, ‘Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy’ (Report of the Commission on Intellectual Property Rights, 2002) 5.

¹⁴ Peter Drahos ‘Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: A Modal Governance Approach’ (2004) 77 Temp L Rev 401, 406.

¹⁵ Owen Morgan, ‘Harmonisation of Intellectual Property: Issues in the South Pacific’ (2010) 4 Int J of Bus Glob 237, 247.

¹⁶ Ibid., 237.

2. Challenges of Harmonising IP Laws in ASEAN

In the era of globalisation, IP rights have become an important factor in the global economy. IP laws can be used as a tool to promote the creativity of artistic works and technological advancement.¹⁷ However, to achieve this goal, effective and adequate IP protection and enforcement are required. ASEAN has recognised that appropriate level of IP standards is considered as essential factor in establishing a well-functioning single market, as well as promoting growth and competitiveness of its economy. Therefore, IP harmonisation has been prioritised as one of the essential tasks that needs to be accomplished. Nevertheless, due to the disparities of the member states' backgrounds, especially in economic, social, and legal aspects, standardising the IP laws of the member states remains challenging. Thus, it can be claimed that the major factors which are impeding and delaying an IP harmonisation process in ASEAN are the disparities in IP standards among ASEAN member states, the development gap between the older and newer member states, as well as ASEAN's practice and institutional structure.

a) Disparities of IP Laws among ASEAN Member States

Disparities among ASEAN member states still exist despite its long integration process. These disparities are clearly apparent between the older and the more recent member states. The result of expansion has yielded an organisation with six older and more developed members and four newer, less developed ones. The older ASEAN members are sometimes referred as six of ASEAN's founding member states (Singapore, Malaysia, Thailand, Philippines, Indonesia and Brunei Darussalam), whereas the newer ones are widely known as the CLMV (Cambodia, Lao PDR, Myanmar and Vietnam) countries. It is undeniable that the level of social and economic development is interrelated with interest of individual countries to set up IP policies and standards. The countries with a high level of development tend to provide strong IP protection and enforcement, whereas less developed countries usually have weak IP regimes. Thus, IP systems in ASEAN countries vary significantly because of their diverse backgrounds and history. That is to say the IP laws in some ASEAN

¹⁷ WIPO, *Understanding Copyright and Related Rights* (WIPO Publication 2005) 4.

members, particularly the ASEAN ‘least developed’ countries, such as Lao PDR, Cambodia, and Myanmar still fall below international standards.

b) ASEAN’s Practice and Institutional Structure

Various initiatives, particularly those relating to the harmonisation of IP laws have not been achieved within the target timeframe due to the *weak institutionalism of ASEAN*. That said, ASEAN member states tend to prioritise state autonomy over the ASEAN community as a whole.¹⁸ The member states are reluctant to conduct regional affairs that could undermine their sovereignty. Furthermore, ASEAN’s decision making is also largely non-binding. ASEAN tends to use informal communication, which imposes non-legally binding obligations.¹⁹ Non-binding commitments have also led to a problem of non-implementation.²⁰ Therefore, this traditional practice of ASEAN, also known as the “ASEAN Way”, is considered a major reason that impedes and delays an IP harmonisation process in ASEAN.

It can be seen that harmonising the regional IP regimes is necessary for ASEAN to efficiently facilitate the ASEAN single market. However, it is not an easy task. Due to the diversity of the member states, its practice, and loose institutional structures, achieving a high degree of IP harmonisation cannot happen in a short period of time. It would take several years to bring more consistency to national IP systems of the ASEAN members and further develop a regional IP system. Hence, to assist and facilitate ASEAN to attain its goal of creating a harmonised IP regime in the future, a high priority that should be considered is to narrow the development gaps, approximate domestic IP laws among the member states to meet the international standards, and modify the traditional practices and way of thought.

¹⁸ Jurgen Ruland, ‘Southeast Asian regionalism and global governance: “multilateral utility” or “hedging utility”?’ 33 *Contemporary Southeast Asia*. 83-112.

¹⁹ Yi-Hung Chiou, ‘Unraveling the Logic of ASEAN’s Decision-Making: Theoretical Analysis and Case Examination’ (2010) 2 *Asian Politics & Policy* 371, 374.

²⁰ Takeshi Yuzawa, ‘The Fallacy of Socialization?: Rethinking the ASEAN Way of Institution-building’ in Ralf Emmers (ed), *ASEAN and the Institutionalization of East Asia* (Routledge 2011) 87.

คำแปลภาษาไทย

การจัดตั้งตลาดและฐานการผลิตเดียวอาเซียนได้ถูกระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเป้าหมายหลักของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) กล่าวคือ ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีจุดมุ่งหมายที่จะรวมอาเซียนเข้าเป็นตลาดเดียวเพื่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน และแรงงานได้อย่างเสรี อย่างไรก็ตาม การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอย่างเต็มรูปแบบนั้นยังคงเป็นกระบวนการที่ยังไม่เสร็จสิ้น โดยยังคงมีข้อผูกพันที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามให้ลุล่วง และเพื่อให้มั่นใจได้ว่าสินค้าจะสามารถเคลื่อนย้ายภายในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อย่างเสรีนั้น มาตรการกีดกันทางการค้าทางด้านภาษีศุลกากร (Tariff Barriers) และมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษีศุลกากร (Non-tariff Barriers: NTBs) จะต้องถูกขจัดออกไป โดยในส่วนของ การลดอัตราภาษีศุลกากรนั้นมีความก้าวหน้าอย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ตาม การขจัดมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษียังคงเป็นความท้าทายและถือเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการบรรลุเป้าหมายในการจัดตั้งตลาดเดียวอาเซียน ตามวิสัยทัศน์ของประชาคมอาเซียน 2025 อาเซียนมีความมุ่งมั่นที่จะจัดมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษีเพื่อที่จะสร้างประชาคมที่มีการรวมตัวกันในระดับสูงภายในปี พ.ศ. 2568 โดยหนึ่งในมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษีที่พบมากที่สุดประเภทหนึ่งซึ่งจำกัดการเคลื่อนย้ายของสินค้าอย่างเสรีก็คือ ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property: IP) กล่าวคือ สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นไปตามหลักดินแดน โดยจะได้รับความคุ้มครองและสามารถบังคับใช้สิทธิได้เฉพาะในเขตดินแดนของประเทศนั้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งถูกจำกัดอยู่ภายใต้หลักดินแดนจึงถือเป็นอุปสรรคต่อการค้าข้ามพรมแดน กล่าวคือ ความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกย่อมเป็นอุปสรรคต่อการหมุนเวียนของสินค้าอย่างเสรีและส่งผลกระทบต่อการดำเนินงานของตลาดร่วม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการที่จะทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนมีความสอดคล้องต้องกัน เพื่อให้มั่นใจว่าจะมีตลาดร่วมอาเซียนที่มีการดำเนินงานที่ดีและก้าวสู่การเป็นภูมิภาคเศรษฐกิจที่มีความสามารถในการแข่งขันในระดับสูง

1. แนวคิดเรื่องการสอดคล้องต้องกันของกฎหมาย

การสอดคล้องต้องกัน (Harmonisation) มาจากคำว่า “harmonise” ซึ่ง Oxford English Dictionary ได้อธิบายว่าหมายถึง ทำให้มีความสอดคล้องกัน โดยแนวคิดเกี่ยวกับการทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องต้องกันสามารถใช้ได้กับทั้งการทำให้กฎหมายต่าง ๆ ภายในระบบกฎหมายเดียวกันมีความสอดคล้องต้องกันและการทำให้กฎหมายต่าง ๆ ในแต่ละระบบกฎหมายมีความสอดคล้องต้องกัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง การสอดคล้องต้องกันของกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างที่โดดเด่นสามารถ

พบได้ในระดับระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นในระดับภูมิภาคและระดับนานาชาติ ดังนั้น การทำให้กฎหมายของแต่ละประเทศมีความสอดคล้องต่องันนั้นจึงหมายถึง “การแทนที่กฎหมายภายในของประเทศตนด้วยกฎหมายที่ใช้ร่วมกัน” ทั้งนี้เนื่องจากความแตกต่างของกฎหมายถือเป็นอุปสรรคทางการค้าอย่างหนึ่ง เมื่อมีการปรับปรุงกฎหมายของแต่ละประเทศให้มีความสอดคล้องกันแล้ว ความแตกต่างของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายก็จะลดลง ความแน่นอนในทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้น อันเป็นการส่งเสริมให้เกิดการค้าข้ามพรมแดน โดยกระบวนการทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องต่องันนั้นได้เกิดขึ้นในกฎหมายหลายแขนง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา มีการดำเนินการอันนำไปสู่การสอดคล้องต่องันทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเป็นระยะเวลามากกว่า 100 ปี จึงถือได้ว่าเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นมาอย่างต่อเนื่องในหลายระดับ อันได้แก่ ระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคี อย่างไรก็ตาม ยังมีได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “การสอดคล้องต่องัน” ไว้อย่างชัดเจน ปีเตอร์ ดราฮอส (Peter Drahos) ได้อธิบายกระบวนการในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความสอดคล้องต่องันไว้ว่าเปรียบเสมือน “วงล้อ” กล่าวคือ ในมุมมองของเขา วงล้อทางทรัพย์สินทางปัญญาในโลกนี้จะเคลื่อนไปในทิศทางเดียวและถูกควบคุมโดยเหล่าประเทศอุตสาหกรรม เช่น สหรัฐอเมริกา และประเทศในสหภาพยุโรป นอกจากนี้ ปีเตอร์ ดราฮอส ยังมีความเห็นว่าเนื่องจากมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามักจะเกิดมาจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ดังนั้น จึงสามารถนิยามการสอดคล้องต่องันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ว่าเป็น “วิธีการที่ประเทศที่เข้มแข็งใช้ในการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศที่มีอำนาจการต่อรองที่น้อยกว่า” ดังนั้น สืบเนื่องจากแนวความคิดของปีเตอร์ ดราฮอส การสอดคล้องต่องันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงสามารถอธิบายได้ว่าเป็นการปรับปรุงหรือการปรับใช้มาตรฐานความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงขึ้นซึ่งเป็นมาตรฐานที่กำหนดโดยประเทศที่พัฒนาแล้วในประเทศกำลังพัฒนานั่นเอง

2. ความท้าทายของการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความสอดคล้องต่องันในอาเซียน

ในยุคโลกาภิวัตน์สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากลายเป็นปัจจัยสำคัญในเศรษฐกิจโลก กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความคิดสร้างสรรค์ของงานศิลปะและความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี อย่างไรก็ตาม เพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าวนี้จำเป็นต้องมีการคุ้มครองและการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอ อาเซียนตระหนักดีว่ามาตรฐานความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เหมาะสมถือเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างตลาดเดียวที่มีการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพ รวมไปถึงการส่งเสริมการเจริญเติบโตและความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของ

อาเซียน ดังนั้น การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันจึงเป็นภารกิจที่อาเซียนให้ความสำคัญในฐานะที่เป็นหนึ่งในการกิจสำคัญที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จ อย่างไรก็ตาม สืบเนื่องมาจากความแตกต่างทางภูมิหลังของประเทศสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และกฎหมาย การกำหนดมาตรฐานทางกฎหมายในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันนั้นยังคงเป็นเรื่องที่ท้าทายอยู่มาก โดยปัจจัยสำคัญที่ขัดขวางและชะลอกระบวนการสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียนก็คือความแตกต่างในระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ช่องว่างในระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกเก่าและประเทศสมาชิกใหม่ รวมไปถึงวิถีปฏิบัติและโครงสร้างองค์การของอาเซียน

ก) ความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน

ความแตกต่างระหว่างสมาชิกอาเซียนยังคงมีอยู่มากแม้ว่าจะมีการรวมกลุ่มกันมาช้านาน ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้จะเห็นได้ชัดระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกเก่าและกลุ่มประเทศสมาชิกใหม่ โดยผลจากการขยายตัวของประเทศสมาชิกทำให้อาเซียนประกอบด้วย 6 ประเทศสมาชิกเก่าที่มีระดับการพัฒนามากกว่า และ 4 ประเทศสมาชิกใหม่ที่มีระดับการพัฒนาที่ต่ำกว่า กลุ่มประเทศสมาชิกเก่าของอาเซียนบางครั้งถูกเรียกว่า กลุ่มประเทศ ASEAN-6 (สิงคโปร์ มาเลเซีย ไทย ฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย และบรูไนดารุสซาลาม) ในขณะที่กลุ่มประเทศสมาชิกใหม่เป็นที่รู้จักกันในนามของกลุ่มประเทศ CLMV (กัมพูชา ลาว พม่า และเวียดนาม) ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าระดับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจนั้นมีความสัมพันธ์กับความสนใจหรือผลประโยชน์ของแต่ละประเทศในการกำหนดนโยบายและมาตรฐานทางทรัพย์สินทางปัญญากล่าวคือ ประเทศที่มีระดับการพัฒนาในระดับสูงมีแนวโน้มที่จะให้การคุ้มครองและมีการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวด ในขณะที่ประเทศที่พัฒนาน้อยมักจะมีระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่อ่อนแอ ดังนั้น ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหลายจึงยังคงมีความแตกต่างกันอยู่มาก ทั้งนี้ เนื่องจากมีภูมิหลังและประวัติความเป็นมาที่แตกต่างกัน โดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิกอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีระดับการพัฒนาน้อยที่สุด เช่น ลาว กัมพูชา และพม่า ยังคงมีมาตรฐานต่ำกว่าการคุ้มครองในระดับระหว่างประเทศ

ข) แนวปฏิบัติและโครงสร้างองค์การของอาเซียน

การริเริ่มของการดำเนินงานโครงการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกให้มีความสอดคล้องต้องกันนั้นมิได้บรรลุเป้าหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ ปัจจัยหนึ่งมาจากความอ่อนแอของโครงสร้างองค์การของอาเซียน กล่าวคือ ประเทศสมาชิกอาเซียนมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญ

กับความเป็นอิสระของรัฐมากกว่าคำนึงถึงความเป็นประชาคมอาเซียนโดยรวม โดยประเทศสมาชิกมักจะหลีกเลี่ยงที่จะดำเนินการใด ๆ ในระดับภูมิภาคที่อาจเป็นบ่อนทำลายอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกตนเอง นอกจากนี้ การตัดสินใจของอาเซียนส่วนใหญ่มักไม่มีผลผูกพันให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด อันนำไปสู่ปัญหาการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงของเหล่าประเทศสมาชิก ดังนั้น แนวปฏิบัติดั้งเดิมของอาเซียนนี้เอง หรือที่รู้จักกันในนามของ “วิถีอาเซียน” จึงถือเป็นเหตุผลหลักที่เป็นอุปสรรคขัดขวางและทำให้การดำเนินการปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียนมีความสอดคล้องต้องกันดำเนินไปอย่างล่าช้า

จะเห็นได้ว่าการทำให้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคมีความสอดคล้องต้องกันเพื่อที่จะทำให้การดำเนินงานของตลาดเดียวอาเซียนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับอาเซียน แต่ทว่าการจะบรรลุเป้าหมายดังกล่าวย่อมมิใช่เรื่องง่าย ทั้งนี้ เนื่องจากความแตกต่างระหว่างประเทศสมาชิก รวมไปถึงแนวปฏิบัติแบบดั้งเดิมและโครงสร้างองค์การแบบหลวม ๆ ของอาเซียน การที่จะทำให้เกิดความสอดคล้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูงระหว่างประเทศสมาชิกย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ในระยะเวลาอันสั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอาจต้องใช้เวลาหลายปีเพื่อทำให้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกอาเซียนมีความสอดคล้องต้องกันมากยิ่งขึ้นและพัฒนาไปสู่การจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในระดับภูมิภาค ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้อาเซียนบรรลุเป้าหมายในการจัดตั้งระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสอดคล้องต้องกันในระดับภูมิภาค คือการลดความเหลื่อมล้ำในระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิก การปรับปรุงให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกเป็นไปตามมาตรฐานสากล และการปรับเปลี่ยนแนวปฏิบัติแบบดั้งเดิมของอาเซียน

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่น่าสนใจ

(1) หนึ่งในเป้าหมายที่สำคัญของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) คือการจัดตั้งตลาดเดียว หรือ **“single market”** โดยคำว่า **“single”** (ซิง-เกิล) นั้นเป็นคำคุณศัพท์ (adjective) ซึ่งมีได้หลายความหมาย อันได้แก่ เดี่ยว โสด หรือยังไม่ได้แต่งงาน แต่ในที่นี้เมื่อนำมาขยายคำว่า **“market”** ซึ่งเป็นคำนาม (noun) จึงแปลว่าตลาดเดียว ซึ่งหมายถึง การรวมเอาตลาดของแต่ละประเทศสมาชิกเข้าด้วยกันเป็นตลาดเดียว โดยเป็นการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อให้มีการเคลื่อนย้ายสินค้า (goods) บริการ (service) เงินทุน (capital) และแรงงาน (labour) ภายในประชาคมโดยเสรี

โดยนอกจากจะใช้คำว่า **“single market”** เพื่อสื่อความหมายถึงการเป็นตลาดเดียวแล้ว ยังสามารถใช้คำว่า **“common market”** ได้อีกด้วย โดยคำว่า **“common”** (คอม-เมน) นั้นเป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า ร่วมกัน เมื่อนำมาขยายคำว่า **“market”** จึงหมายถึง

ตลาดร่วม ซึ่งเกิดจากความร่วมมือของประเทศสมาชิกที่ตกลงกันให้มีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ เงินทุน และแรงงาน ระหว่างกันอย่างเสรีนั่นเอง

(2) คำว่า “**Movement**” (มูฟ-เมนท) นั้นเป็นคำนาม (noun) แปลว่า การเคลื่อนไหว การเคลื่อนที่ เมื่อนำคำว่า free (ฟรี) ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า โดยอิสระ โดยเสรี มาขยาย คำว่า “**free movement**” จึงหมายถึงการเคลื่อนที่ หรือการเคลื่อนย้ายของสินค้า บริการ เงินทุน และแรงงาน ภายในตลาดเดียวโดยเสรีนั่นเอง และนอกเหนือจากการใช้คำว่า “**movement**” แล้วยังสามารถใช้คำว่า “**flow**” (โฟล) ซึ่งเป็นคำนาม แปลว่า การไหลเวียน สื่อความหมายถึงการหมุนเวียนของสินค้า บริการ เงินทุน และแรงงานแทนกันได้

(3) “**ทรัพย์สินทางปัญญา**” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “**intellectual property**” โดยคำว่า “**intellectual**” (อิน-ทะ-เลค-ชวล) เป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า เกี่ยวกับปัญญา ทางสติปัญญา เมื่อนำมาขยายคำว่า “**property**” (พรอพ-เพอ-ที) ซึ่งเป็นคำนาม แปลว่า ทรัพย์สิน จึงหมายถึง ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับปัญญา ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญา จึงหมายถึง ผลงานหรือผลผลิตอันเกิดจากสติปัญญาของมนุษย์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งนั่นเอง

(4) การที่จะทำให้เกิดการหมุนเวียนของสินค้าอย่างเสรีภายในตลาดเดียวได้นั้น “อุปสรรคทางการค้าทางภาษี” ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “**tariff barrier**” และ “**อุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีภาษี**” ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “**non-tariff barrier**” จำต้องถูกจัดให้หมดไป โดยคำว่า “**tariff**” (แท-ริฟ) เป็นคำนาม แปลว่า พิกัดอัตราศุลกากร ซึ่งก็คืออัตราภาษีที่เรียกเก็บจากสินค้านำเข้าหรือส่งออกของประเทศใดประเทศหนึ่ง ส่วนคำว่า “**barrier**” นั้นแปลว่า อุปสรรค ดังนั้น คำว่า “**tariff barrier**” จึงหมายถึง อุปสรรคทางการค้าทางภาษี

นอกจากนี้ คำว่า -non (เนียน) ซึ่งแปลว่า ปราศจาก หรือไม่มี เป็น prefix²¹ ดังนั้น เมื่อนำมาวางไว้ข้างหน้าคำว่า “**tariff barrier**” ซึ่งหมายถึง อุปสรรคทางการค้าทางภาษี จึงทำให้คำนี้มีความหมายในทางตรงกันข้าม ดังนั้น คำว่า “**non-tariff barrier**” จึงแปลว่า อุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีภาษี นั่นเอง

(5) คำว่า “**harmonise**” (ฮาร์-โม-ไนซ์) เป็นคำกริยา (verb) ซึ่งแปลว่า ทำให้เข้ากัน ทำให้ประสานกลมกลืนกัน เมื่อเติม “**-ation**” ซึ่งเป็น noun suffix²² ลงไปตอนท้าย จึงทำให้คำหลักเดิมซึ่งเป็นคำกริยากลายเป็นคำนาม ดังนั้น คำว่า “**harmonisation**” จึงแปลว่า การประสานกัน หรือการสอดคล้องกันนั่นเอง ดังนั้น เมื่อนำคำว่า “**harmonisation**” มาใช้ในบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา “**IP Harmonisation**” จึงหมายถึง การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศสมาชิกมีการประสานกลมกลืนกัน หรือมีความสอดคล้องต้องกันนั่นเอง

²¹ Prefix คือคำที่ใช้เติมเข้าข้างหน้าคำอื่นแล้วทำให้คำนั้นมีความหมายผิดไปจากเดิม

²² Noun suffix คือหน่วยของคำที่เติมไว้หลังคำศัพท์แล้วเปลี่ยนแปลงชนิดของคำ

(6) ปีเตอร์ ดราฮอส (Peter Drahos) ได้เปรียบเทียบกระบวนการในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับระหว่างประเทศมีความสอดคล้องต้องกันว่าเปรียบเสมือนกับ “global IP ratchet” โดยคำว่า “ratchet” (แรท-เชท) นั้นเป็นคำนามแปลว่า เฟืองล้อ วงล้อ ซึ่งในที่นี้แสดงให้เห็นถึงทิศทางของกระบวนการดังกล่าวว่าเปรียบเสมือนกับวงล้อที่มีการเคลื่อนที่ไปในทิศทางเดียว ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือประเทศพัฒนาแล้วมักจะเป็นผู้ควบคุมหรือกำหนดทิศทางในการทำให้ระดับความคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาในแต่ละประเทศมีความสอดคล้องต้องกันหรือเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

(7) หนึ่งในหลักการสำคัญของการได้รับความคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญา คือ หลักดินแดน (territorial principle) กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ และสิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิผูกขาดดังกล่าวก็สามารถใช้และบังคับได้ภายในดินแดนของประเทศที่ให้ความคุ้มครองเท่านั้น ดังนั้น เมื่อนำคำว่า “territorial” ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์ แปลว่า เกี่ยวกับดินแดนหรืออาณาเขต มาขยายคำว่า “intellectual property” จึงแสดงให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาก็คือเป็นสิทธิที่เป็นไปตามหลักดินแดนหรือหลักอาณาเขตนั่นเอง

สุดท้ายนี้หวังว่าผู้อ่านจะได้รับความรู้เกี่ยวกับ “ความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน” พร้อมทั้งเกร็ดความรู้ภาษาอังกฤษที่น่าสนใจ แล้วพบกันใหม่ในคอลัมน์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายฉบับหน้าเดือนมิถุนายน 2562 ค่ะ

แนะนำหนังสือกฎหมาย : Law Book Recommendation

Contemporary Intellectual Property: Law and Policy

ทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบัน: กฎหมายและนโยบาย

เนติพงษ์ หล้าเจริญ*

Naetiphong Laocharoen

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อชีวิตประจำวันของประชากรทั่วโลก โดยที่ประชากรบางกลุ่มอาจจะไม่ได้ตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ด้วยเหตุนี้บุคคลกลุ่มนี้อาจกระทำการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่นโดยที่พวกเขาไม่รู้ตัว อีกนัยหนึ่ง บุคคลกลุ่มนี้อาจได้รับสิทธิ หรือการคุ้มครองอย่างหนึ่งอย่างใดในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาโดยที่พวกเขาอาจไม่รู้ตัวเช่นกัน ซึ่งงานอันได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้จะสามารถทำประโยชน์ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ได้ หรืออาจถูกละเมิดได้เช่นกัน ดังนั้น การศึกษาองค์ความรู้ในสาขาวิชากฎหมายพิเศษเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา จึงมีความจำเป็นในยุคปัจจุบันสำหรับบุคคลทั่วไป และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง นักกฎหมายควรมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายพิเศษเรื่องนี้ไว้ เพื่อจะได้ให้คำแนะนำแก่บุคคลอื่นได้อย่างครบถ้วนและถูกต้องในเรื่องการแสวงหาประโยชน์อย่างชอบธรรมจากงานอันได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา วิธีรักษาสีทธิ หรือการเรียกร้องสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดหากงานดังกล่าวนี้ถูกละเมิด โดยบทความเรื่องนี้ผู้เขียนบทความได้เขียนแนะนำข้อเด่นและข้อด้อยของหนังสือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้ชื่อว่า “**Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**” ซึ่งเขียนขึ้นโดย Professor Dr. Abbe Brown, Professor Charlotte Waelde, Dr. Smita Kheria and Jane Cornwell

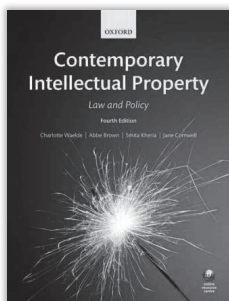
* อดีตอาจารย์ประจำสาขากฎหมายแพ่งและธุรกิจ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง (พ.ศ. 2558 - 2560), น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง เหรียญทอง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International Trade Law: University of Northumbria at Newcastle UK, LL.M. in Intellectual Property Law: University of Aberdeen UK

คำสำคัญ: กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, ทรัพย์สินทางปัญญา, ลิขสิทธิ์, สิทธิบัตร, เครื่องหมายการค้า

Abstract

At the present time, intellectual property law plays an important role in the daily lives of the global population. Some people might not aware of the importance of intellectual property law. For this reason, it might be a cause of infringement to the intellectual property of others. They might have the intellectual property rights whereas they might not know that. The protected works might be found the benefit for the creator or also might be infringed as well. The special knowledge in the field of intellectual property law is therefore essential in the present day to everyone. In particular, the lawyer ought to have the special knowledge in the area of intellectual property law in order to provide the complete and accurate advices for his client. This article has suggested the strengths and weaknesses of this intellectual property law book. This book named **“Contemporary Intellectual Property: Law and Policy”**, which was written by Professor Dr. Abbe Brown, Professor Charlotte Waelde, Dr. Smita Kheria and Jane Cornwell.

Keywords: Intellectual Property Law, Intellectual Property, Copyright, Patents, Trademark



หนังสือ **“Contemporary Intellectual Property: Law and Policy”** ได้ถูกร่วมกันเขียนขึ้นโดยนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสหราชอาณาจักร 4 ท่าน ดังนี้ Professor Dr. Abbe Brown, Professor Charlotte

Waelde, Dr. Smitta Kheria and Jane Cornwell พิมพ์ครั้งที่ 4 เดือนธันวาคม พ.ศ. 2559 ปกแข็ง สันเหลี่ยม จำนวนหน้า 1,054 หน้า ขนาด 189 x 243 x 44 มิลลิเมตร น้ำหนัก 2,043 กรัม จัดพิมพ์และจำหน่ายโดยสำนักพิมพ์ Oxford University Press ประเทศสหราชอาณาจักร

หนังสือ “Contemporary Intellectual Property: Law and Policy” ได้อธิบายหลักการสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และบทวิเคราะห์คดีที่สร้างหลักกฎหมายอันเป็นบรรทัดฐานในประเทศสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป และสนธิสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยทั้งนี้ได้มีการกล่าวถึงหลักการของกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางแง่มุมที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายในประเทศสหราชอาณาจักร และสหภาพยุโรป หนังสือเล่มนี้จึงเหมาะกับนักกฎหมาย นักศึกษาในระดับปริญญาโท ปริญญาเอก และผู้สร้างสรรค์ผลงานในทางศิลปะทุกแขนงที่มีความสนใจเป็นพิเศษเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป ตลอดจนสนธิสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี หนังสือเล่มนี้เขียนขึ้นเป็นภาษาอังกฤษทั้งหมด ผู้อ่านหนังสือเล่มนี้จึงต้องมีทักษะทางด้านภาษาอังกฤษในระดับดีมาจึงจะสามารถอ่านและทำความเข้าใจเนื้อหาในหนังสือได้ เนื่องจากผู้เขียนได้ใช้ศัพท์ทางด้านวิชาการและศัพท์เฉพาะทางจำนวนมากในการเขียนอธิบาย ด้วยเหตุนี้ ข้อจำกัดทางด้านภาษาจึงอาจจะเป็นข้อด้อยของหนังสือเล่มนี้ที่ไม่สามารถส่งผ่านองค์ความรู้ให้กับผู้ที่ไม่สามารถอ่านและเข้าใจภาษาอังกฤษได้

อนึ่ง หนังสือเล่มนี้ถูกแบ่งออกเป็น 8 บท ดังนี้ บทที่ 1 ว่าด้วยเรื่อง ภาพรวมเกี่ยวกับระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา บทที่ 2 ว่าด้วยเรื่อง กฎหมายลิขสิทธิ์ บทที่ 3 ว่าด้วยเรื่อง การคุ้มครองการออกแบบ บทที่ 4 ว่าด้วยเรื่อง กฎหมายสิทธิบัตร บทที่ 5 ว่าด้วยเรื่อง เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน บทที่ 6 ว่าด้วยเรื่อง การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ บทที่ 7 ว่าด้วยเรื่อง ทรัพย์สินทางปัญญา ตลาดเสรี และกฎหมายแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป บทที่ 8 ว่าด้วยเรื่อง การแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบธรรม การบังคับใช้กฎหมาย การเยียวยา และการฟ้องร้องดำเนินคดีสากล

บทที่ 1 ของหนังสือเล่มนี้ได้อธิบายหลักการพื้นฐานของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระบบกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป และระดับนานาชาติ ทั้งยังได้อธิบายให้เห็นถึงโครงสร้างในภาพรวมและความสำคัญของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามากไปกว่านั้นในบทนี้ยังได้กล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

บทที่ 2 จะเป็นการอธิบายและวิเคราะห์เจาะลึกในเรื่องกฎหมายลิขสิทธิ์ในระบบกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป และระดับนานาชาติ โดยผู้เขียนได้อธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ของทั้งสามระบบกฎหมายไปพร้อม ๆ กันเพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงความ

เชื่อมโยงสอดคล้อง (Harmonization) ของกฎหมายสิทธิบัตรในทั้งสามระบบกฎหมาย อีกทั้งผู้เขียนยังได้นำคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงการใช้กฎหมายของศาลว่าสอดคล้องกับหลักการสากลหรือไม่ ในแต่ละบทย่อยผู้เขียนจะตั้งคำถามเชิงวิเคราะห์ให้ผู้อ่านได้คิดต่อยอดอีกด้วย

บทที่ 3 ได้อธิบายถึงการคุ้มครองการออกแบบ เนื่องจากในประเทศสหราชอาณาจักรมีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองการออกแบบ การออกแบบจึงเป็นหนึ่งในประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการคุ้มครอง โดยผู้เขียนได้แยกอธิบายเป็นสองส่วน กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่งเป็นเรื่องการคุ้มครองการออกแบบที่ได้รับการจดทะเบียน และส่วนที่สองเป็นการอธิบายเรื่องการคุ้มครองการออกแบบที่ไม่ได้จดทะเบียน

บทที่ 4 ผู้เขียนได้หยิบยกกฎหมายสิทธิบัตรมาอธิบาย โดยได้อธิบายและวิเคราะห์กฎหมายสิทธิบัตรในระบบกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป และระดับนานาชาติ โดยผู้เขียนได้อธิบายกฎหมายสิทธิบัตรของทั้งสามระบบกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน เพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงความเชื่อมโยงสอดคล้อง (Harmonization) ของกฎหมายสิทธิบัตรในทั้งสามระบบกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังได้นำเอาคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงการใช้กฎหมายสิทธิบัตรของศาลว่าสอดคล้องกับหลักการพื้นฐาน และหลักการสากลหรือไม่อย่างไร มากไปกว่านั้นในแต่ละบทย่อยผู้เขียนยังได้ตั้งคำถามเชิงวิเคราะห์ให้ผู้อ่านได้คิดต่อยอดอีกด้วย

บทที่ 5 ว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียน ในบทนี้ผู้เขียนได้เน้นไปที่หลักการสำคัญของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วของระบบกฎหมาย กล่าวคือ ระบบกฎหมายในประเทศสหราชอาณาจักร สหภาพยุโรป และระดับนานาชาติ โดยการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของทั้งสามระบบกฎหมายนี้ได้ถูกอธิบายไปพร้อม ๆ กันเพื่อให้เห็นถึงความสอดคล้องและความแตกต่างในบางประการ นอกจากนี้ผู้เขียนยังได้หยิบยกปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากคดีมาวิเคราะห์เพื่อเสนอแนวทางการแก้ปัญหาอีกด้วย

บทที่ 6 เป็นการอธิบายเรื่องการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาพิเศษเฉพาะเรื่องในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเรื่องพิเศษที่เกิดจากคำพิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ คือเรื่อง “การลงขาย (Passing off)” ผู้เขียนได้อธิบายหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล ทั้งได้วิเคราะห์ถึงข้อเด่นและข้อด้อยของหลักการดังกล่าวนี้ที่ศาลได้สร้างขึ้นอีกด้วย

บทที่ 7 ผู้เขียนได้นำเอาหลักการของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาอธิบายร่วมกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป ได้วิเคราะห์ถึงการแสวงหาผลประโยชน์อันชอบธรรมโดยไม่ให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

บทที่ 8 ได้อธิบายและวิเคราะห์เรื่องการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบธรรม การบังคับใช้กฎหมาย การเยียวยา และการฟ้องร้องดำเนินคดีในระดับนานาชาติ โดยผู้เขียนได้หยิบยกเอาผลเสียของการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบกฎหมายมาอธิบาย พร้อมทั้งยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นให้เห็นถึงผลกระทบของการละเมิดผลงานทางทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่น มากไปกว่านั้น ผู้เขียนยังได้ชี้ให้เห็นถึงเขตอำนาจการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทั้งในระดับชาติและนานาชาติอีกด้วย

ดังนั้น สามารถกล่าวได้ว่าจุดเด่นของหนังสือเล่มนี้ คือการอธิบายและวิเคราะห์องค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ไว้อย่างครบถ้วน และเป็นระบบ ตลอดจนการเสนอถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พร้อมทั้งแนวทางแก้ไข หนังสือเล่มนี้จึงเป็นหนังสือที่มีคุณค่าทางวิชาการเป็นอย่างยิ่งเล่มหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ดี หนังสือเล่มนี้ในความคิดเห็นของผู้เขียนบทความเห็นว่า ภาษาที่ผู้เขียนใช้ในการอธิบายเนื้อหาในส่วนต่าง ๆ ในหนังสือยังเป็นภาษาที่ค่อนข้างยากต่อการทำความเข้าใจ หากเป็นบุคคลทั่ว ๆ ไปที่ไม่ได้รู้ศัพท์เฉพาะทางของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาก่อน ก็อาจจะทำความเข้าใจในเนื้อหาเล่มนี้ได้ยากพอสมควร ในการจัดพิมพ์ครั้งต่อไป ผู้เขียนบทความขอเสนอแนะผู้เขียนว่า ควรจะเพิ่มบทสรุปในตอนท้ายของทุก ๆ บทในหนังสือ โดยให้ใช้ภาษาที่บุคคลทั่ว ๆ ไปสามารถอ่านและทำความเข้าใจได้ เพื่อประโยชน์ของบุคคลทั่วไปที่อาจจะไม่ได้มีความรู้ในเรื่องกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาก่อน

กล่าวโดยสรุป หนังสือ “Contemporary Intellectual Property: Law and Policy” เล่มนี้ ได้อธิบาย วิเคราะห์ สรุป พร้อมทั้งยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบ ทำให้ผู้อ่านเห็นภาพโครงสร้างโดยรวมของระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ ดังนั้น ผู้อ่านหนังสือเล่มนี้จะได้รับองค์ความรู้ พร้อมทั้งทักษะการอ่านเชิงวิเคราะห์อีกด้วย

ปาฐกถา : Keynote Speeches

การบังคับใช้กฎหมายอาญา: แนวคิดและวิธีปฏิบัติ* Criminal Law Enforcement: Concept and its Application to Practice

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล**
Surasak Likasitwatanakul

บทคัดย่อ

ปาฐกถานี้นำเสนอใน 3 ประเด็นคือ

การกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดอาญา: ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติอีกกว่า 500 ฉบับ ความผิดบางอย่างก็มีความซ้ำซ้อนกันทำให้เกิดปัญหาเรื่องชาวบ้านไม่รู้กฎหมาย หรือการเข้าถึงกฎหมาย ทำให้บางกรณีมีผู้กระทำความผิดกฎหมายโดยไม่รู้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ปัญหาคือเราจะรณรงค์อย่างไรให้คนรู้กฎหมาย หรือจะทำอะไรให้กฎหมายลดปริมาณลงบ้าง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ก็บัญญัติให้รัฐดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย นอกจากนั้น เราควรรณรงค์ให้ผู้คนปฏิบัติตามกฎหมายพื้นฐานต่าง ๆ ด้วยโดยควรมีการเสริมสร้าง “วัฒนธรรมการเคารพกฎหมาย” หรือ Culture of Lawfulness ตามที่กำหนดไว้ใน UN Sustainable Development Goals (Goal 16) และควรยกเลิกกฎหมายที่ไม่จำเป็นลงบ้างหรือไม่ เช่น ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค

* ปาฐกถาเนื่องในงานครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และมอบหนังสือ “นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี” ณ ห้องประชุมจิต เศรษฐบุตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันพุธที่ 25 กรกฎาคม 2561

** ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อดีตรองอธิการบดีด้านการคลัง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรรมการสภามหาวิทยาลัยมหิดล, ประธานคณะกรรมการบริหารสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (TIJ), กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิคณะกรรมการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ (กพยช.), กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิคณะกรรมการคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม

สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีและปริญญาโททางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, ปริญญาโทและปริญญาเอกทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยตุลัส ประเทศฝรั่งเศส

การใช้ และการตีความกฎหมายอาญา: การบัญญัติกฎหมายอาญานั้นแม้ผู้ร่างกฎหมายจะพยายามอย่างยิ่งให้มีความชัดเจนแน่นอนเพียงใดก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายนั้นยังขึ้นอยู่กับผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะใช้ หรือตีความกฎหมายอาญาอีกด้วย ซึ่งโดยหลักการแล้วการใช้ และการตีความกฎหมายอาญา จะมีความแตกต่างจากการใช้ และการตีความกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ กฎหมายอาญาจะต้องใช้และตีความอย่างเคร่งครัด ในขณะที่กฎหมายแพ่งมีความแตกต่างออกไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ที่สามารถนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ได้

การคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอาญา: การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนี้มีพัฒนาในทางที่เป็นเสรีนิยม (Liberalism) เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และสิทธิมนุษยชน (Human Rights) มากขึ้น ทั้งนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือเป็นการปฏิรูปแนวคิดในกระบวนการยุติธรรมครั้งใหญ่และมีผลให้มีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ และประเทศไทยก็มีพัฒนาการในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มีความก้าวหน้าขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ ซึ่งเป็นการเน้นการแก้ไขกฎหมาย หรือ Legal Modernization เป็นส่วนใหญ่ แต่ยังคงขาดการเปลี่ยนกระบวนทัศน์ เช่น เรื่อง “การปล่อยชั่วคราว” ในทางปฏิบัติของไทยแล้วเน้นการควบคุม หรือช่วงระหว่างการดำเนินคดีกลายเป็นหลัก หากต้องการให้มีการปล่อยชั่วคราวจะต้องมีหลักทรัพย์มาค้ำประกัน เป็นต้น

คำสำคัญ: กฎหมายอาญา, การกำหนดความผิดอาญา, การตีความกฎหมายอาญา, การปล่อยชั่วคราว, การคุ้มครองสิทธิ, วัฒนธรรมการเคารพกฎหมาย

Abstract

This lecture examines three issues as follows

Prescription of an Act as a Criminal Offense: Thailand has Criminal Code and more than 500 Acts in which criminal offenses are prescribed. The overlapping of some criminal offenses causes problems regarding legal illiteracy among villagers or access to law. In some cases, the offenders were unaware that such acts are against law. The problem is how we will campaign for legal literacy among or reduce the number of laws. The Constitution of the Kingdom of Thailand BE 2560 (1997), Article 77, stipulates that the State shall provide the public with access to laws in a convenient and easily understandable manner. We should also encourage people to follow basic laws by promoting the Culture of Lawfulness stated in the UN Sustainable Development Goals

(Goal 16) and consider terminating unnecessary laws such as offenses related to the use of checks.

Enforcement and Interpretation of Criminal Law: For criminal law legislation, no matter how hard the lawmakers try to ensure its clarity, it also depends on how the law enforcers enforce or interpret it. In principle, the enforcement and interpretation of criminal law is different from that of civil law in that criminal law must be strictly enforced and interpreted while civil law allows the use of local customs and tradition or analogy to provision most nearly applicable or general principles law in accordance with the Civil and Commercial Code, Section 4.

Protection of Rights during Prosecution: The prosecution of offenders has been developed into liberalism by focusing more on the protection of liberty and rights and human rights. The Constitution of the Kingdom of Thailand BE 2540 is a major reform of the concept of judicial process which led to a major change. Thailand also has a significant improvement in the criminal procedure law which has been amended. However, the emphasis is mostly on legal modernization. There is still no paradigm shift related to issues such as “temporary releases”. Thailand mainly focuses on detention or confinement during the prosecution in practice and collateral is needed in exchange for a temporary release.

Keywords: Criminal Law, Criminalization, Interpretation of Criminal Law, Temporary Release, Protection of Rights, Culture of Lawfulness

กราบเรียนท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์

เรียนท่านคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต

เรียนคณาจารย์ และมิตรสหายที่รักทุกท่าน

ก่อนอื่นผมขอขอบคุณ “กองบรรณาธิการ” หนังสือรวมบทความวิชาการซึ่งจัดทำให้ผมเนื่องในโอกาสที่ผมมีอายุครบ 60 ปีในวันนี้ และยังจัดพิธีมอบในวันคล้ายวันเกิดของผมอีก ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สถานที่ที่ผมรัก และผูกพันประหนึ่งบ้าน

หลังที่สองของผม นับเป็นครั้งแรกของผมอีกด้วยที่ได้จัดฉลองวันคล้ายวันเกิด ผมรู้สึกปลาบปลื้มและตื่นเต้นอย่างยิ่ง

ผมขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร ครูกฎหมายที่สำคัญท่านหนึ่งของผมที่กรุณารับมาเป็นผู้กล่าวมุทิตาจิตในวันนี้ หากไม่มีท่านชีวิตในทางวิชาการของผมคงไม่มีวันนี้

ขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ท่านคณบดีกรุณาอนุมัติให้ดำเนินการจัดทำหนังสือ และได้เปิดโอกาสให้ผมได้เสนอข้อความคิดในทางวิชาการเกี่ยวกับงานที่ผมได้ปฏิบัติมาตลอดเวลาที่รับราชการ และขอกราบขอบพระคุณทุก ๆ ท่านที่กรุณาร่วมเขียนบทความทางวิชาการ บทรำลึกเพื่อตีพิมพ์ในโอกาสนี้ บุญคุณนี้ผมจะไม่ลืมเลือน

ผมขอขอบคุณมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ซึ่งให้ทุกสิ่งอย่างแก่ผมทั้งการเรียน การทำงาน และความก้าวหน้า และขอขอบคุณเพื่อนร่วมงานทั้งคณาจารย์ เจ้าหน้าที่ รวมทั้งนักศึกษาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และในส่วนงานต่าง ๆ นอกมหาวิทยาลัยที่เปิดโอกาสให้ผมไปร่วมงานเพื่อขับเคลื่อนด้านกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม

สุดท้ายนี้ก่อนเริ่มปาฐกถาผมขอกราบขอบพระคุณแม่ผู้ให้กำเนิดผมที่กรุณามาร่วมงานในวันนี้ด้วย ขอขอบคุณครอบครัวผมทั้งภริยา และบุตรธิดาที่มาร่วมงานอย่างพร้อมเพรียง

ผมเลือกประเด็นปัญหาเรื่อง “การบังคับใช้กฎหมายอาญา: แนวคิดและวิธีปฏิบัติ” เพื่อพูดคุยในวันนี้เนื่องจากเป็นสาขาวิชาที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ส่งผมไปศึกษาต่อด้านนี้โดยเฉพาะด้วยทุนรัฐบาลฝรั่งเศสเมื่อ พ.ศ. 2527 เพื่อกลับมาทำงานด้านวิชาการด้านนี้โดยเฉพาะจนถึงปัจจุบัน

ผมตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ของผมด้านวิชาการบนหลักการที่ว่า งานวิชาการของอาจารย์มหาวิทยาลัยเปรียบประหนึ่ง “บ่อน้ำแห่งความรู้” ดังนั้น งานวิชาการของอาจารย์มหาวิทยาลัยในทัศนะของผมจึงไม่ได้จำกัดอยู่กับการสอนหนังสือ และตรวจข้อสอบให้เสร็จเท่านั้น แต่อาจารย์มหาวิทยาลัยยังมีหน้าที่ในการทำวิจัยรวมทั้งการบริการสังคมซึ่งหมายถึงการนำความรู้ที่ผมได้ศึกษา องค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาวิจัยเพื่อพัฒนาระบบกฎหมายของไทยด้วย ซึ่งผมพยายามใช้เวทีต่าง ๆ ทั้งการเป็นวิทยากร การร่วมอภิปรายทางวิชาการ และการเข้าร่วมเป็นกรรมการชุดต่าง ๆ ดังที่ท่านทราบดีเพื่อพัฒนากฎหมายในสาขาที่ผมไปร่ำเรียนมาเพื่อให้วิธีปฏิบัติบางอย่างที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิดทางกฎหมายได้รับการเปลี่ยนแปลง นี่คือการมาของหัวข้อพูดคุยในวันนี้เรื่อง “การบังคับใช้กฎหมายอาญา: แนวคิดและวิธีปฏิบัติ”

ผมขอเริ่มต้นหัวข้อนี้ด้วยวาทกรรมบางอย่างเช่น “คนไทยไม่เคารพกฎหมาย” “กฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์” หรือ “คุณมีไว้ขังคนจน” ฯลฯ นี่เป็นที่มาของสิ่งที่ผมครุ่นคิดตลอดเวลาว่าวาทกรรมเหล่านี้จริงหรือไม่ ทำไมถึงเป็นเช่นนั้น

“กฎหมายอาญา” เป็นกฎหมายว่าด้วยการกำหนดความรับผิดทางอาญาด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับผิด การกระทำใดที่เป็นความผิด และโทษในทางอาญา รวมทั้งการดำเนินการเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ในวาระนี้ผมเลือกหัวข้อเพื่อนำเสนอใน 3 ประเด็นดังนี้

- (1) การกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดอาญา
- (2) การใช้ และการตีความกฎหมายอาญา
- (3) การคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอาญา

(1) การกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดอาญา

ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติอีกกว่า 500 ฉบับ ความผิดบางอย่างก็มีความซ้ำซ้อนกันทำให้การบังคับใช้กฎหมายยุ่งยากซับซ้อน เช่น ความผิดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็น **“การปลอม” “การเลียน”** หรือ **“การใช้ หรือการนำเข้าซึ่งสินค้าปลอม หรือเลียน”** ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้เป็นความผิดตามมาตรา 273 ถึงมาตรา 275 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ก็บัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเช่นกันในมาตรา 108 ถึงมาตรา 110 นอกจากนั้น ระวังโทษก็ไม่เท่ากันอีกด้วยในกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว

การมีกฎหมายจำนวนมากมายังกล่าวทำให้เกิดปัญหาเรื่องชาวบ้านไม่รู้กฎหมาย หรือการเข้าถึงกฎหมาย (Access to law) ทำให้บางกรณีมีผู้กระทำความผิดกฎหมายโดยไม่รู้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ปัญหาคือ เราจะรณรงค์อย่างไรให้คนรู้กฎหมาย หรือจะอย่างไรให้กฎหมายลดปริมาณลงบ้าง

การรณรงค์ให้คนรู้กฎหมายนั้นผมคิดว่าพวกเราได้ร่วมกันทำหลายประการอย่างยาวนาน แต่ก็ยังมีผู้กระทำความผิดจำนวนมากอยู่ การรณรงค์ยังคงต้องมียุ่ต่อไปและน่าดีใจที่หลายหน่วยงานได้มีการดำเนินการในเชิงรุกมากขึ้นทั้งกระทรวงยุติธรรมที่ริเริ่มการทำ Infographic กฎหมายที่สำคัญ ๆ รวมทั้งหน่วยงานด้านกฎหมายอื่น ๆ ที่ทำภารกิจในการเผยแพร่ และช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายทั้งศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด เนติบัณฑิตยสภา และสหภาพทนายความ รวมทั้งคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ก็บัญญัติให้รัฐดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

สำหรับผม ผมยังเห็นประเด็นที่สำคัญประการหนึ่งคือ เราควรรณรงค์ให้ผู้คนปฏิบัติตามกฎหมายพื้นฐานต่าง ๆ ด้วย โดยควรมีการเสริมสร้าง **“วัฒนธรรมการเคารพกฎหมาย”** หรือ Culture of Lawfulness ตามที่กำหนดไว้ใน SDGs หรือ Sustainable Development Goals (Goal 16) อีกด้วย

นอกจากนั้น ปริมาณกฎหมายที่มีจำนวนมากมาย เฉพาะกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาก็มีประมาณเกือบ 500 ฉบับ เราจะทำอะไรให้การกำหนดความผิดอาญา (Criminalization) ได้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้น และควรยกเลิกกฎหมาย (Decriminalization) ที่ไม่จำเป็นลงบ้างหรือไม่ เช่น ความผิดอันเกิดจากการใช้เชื้ด หรือ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้นจะยกเลิกในส่วนที่เป็น “พืชเสพติด” เช่น ฝิ่น หรือกระท่อม รวมทั้งเมทแอมเฟตามีนหรือไม่

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ให้ความสำคัญดังกล่าวโดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 77 ซึ่งกำหนดว่ารัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง และกำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน ดังนั้น ถึงเวลาแล้วที่จะต้องดำเนินการอย่างจริงจัง

(2) การใช้ และการตีความกฎหมายอาญา

การบัญญัติกฎหมายอาญานั้นแม้ผู้ร่างกฎหมายจะพยายามอย่างยิ่งให้มีความชัดเจนแน่นอนเพียงใดก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายนั้นยังขึ้นอยู่กับผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะใช้ หรือตีความกฎหมายอาญาอีกด้วย ซึ่งโดยหลักการแล้ว การใช้ และการตีความกฎหมายอาญา จะมีความแตกต่างจากการใช้ และการตีความกฎหมายแพ่งกล่าวคือ กฎหมายอาญาจะต้องใช้ และตีความอย่างเคร่งครัด ในขณะที่กฎหมายแพ่งมีความแตกต่างออกไปกล่าวคือ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ส่วนกฎหมายอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

ดังนั้น ในคดีแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 จึงบัญญัติว่า

“ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

ในขณะที่ในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคแรก จึงบัญญัติว่า

“ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ดี การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดก็ดี คดีขาดอายุความแล้วก็ดี มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรถูกต้องรับโทษก็ดี ให้ศาลยกฟ้องโจทก์ปล่อยจำเลยไป...”

ดังนั้น การใช้ และการตีความกฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากมีการใช้อย่างขยายความก็จะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ตรงกันข้ามหากใช้อย่างไม่ถูกต้องก็จะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายได้ เช่น การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ “การดำรงชีพของผู้ซึ่งค่าประเวณี” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปีดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของผู้ซึ่งค่าประเวณี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ใดไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันปรากฏสำหรับดำรงชีพ หรือไม่มีปัจจัยอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และมีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี ให้ถือว่าผู้นั้นดำรงชีพอยู่จากรายได้ของผู้ซึ่งค่าประเวณี เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจได้ว่ามิได้เป็นเช่นนั้น

(1) อยู่ร่วมกับผู้ซึ่งค่าประเวณี หรือสมาคมกับผู้ซึ่งค่าประเวณีคนเดียวหรือหลายคน เป็นอาจิล

(2) กินอยู่หลับนอน หรือรับเงิน หรือประโยชน์อย่างอื่น โดยผู้ซึ่งค่าประเวณีเป็นผู้จัดให้

(3) เข้าแทรกแซงเพื่อช่วยผู้ซึ่งค่าประเวณีในการทะเลาะวิวาทกับผู้ซึ่งค่าประเวณีนั้น

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่ผู้รับค่าเลี้ยงดูจากผู้ซึ่งค่าประเวณีซึ่งพึงให้ค่าเลี้ยงดูนั้นตามกฎหมายหรือตามธรรมจรรยา”

แต่การใช้กฎหมายในส่วนนี้กลับกลายเป็นว่า หากจำเลยมีรายได้บางอย่างอื่นอยู่บ้างแล้ว กลับถูกตีความว่าไม่เป็นความผิดอาญา ทั้งที่มาตรา 286 วรรคแรก แม้ผู้นั้นจะดำรงชีพ “แม้เพียงบางส่วน” ก็มีความผิดเรียบร้อยแล้ว แต่การบังคับใช้ของไทยกลับเป็นว่าได้นำบทสันนิษฐานความผิดในวรรคสองไปเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดในวรรคแรกด้วย ซึ่งไม่ตรงกับบทบัญญัติของกฎหมายทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายได้

(3) การคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นส่วนที่สำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาได้ใช้อย่างมีประสิทธิภาพ มีผลในการป้องปรามไม่ให้ผู้คิดกระทำความผิดขึ้นอีก ดังนั้น การกึ่งที่สำคัญของกฎหมายอาญาก็คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยการกำหนดโทษต่าง ๆ ไว้เพื่อป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดขึ้น ในการนี้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีส่วนสำคัญยิ่งในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

พัฒนาการในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนี้มีพัฒนาในทางที่เป็นเสรีนิยม (Liberalism) เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และสิทธิมนุษยชน (Human Rights) มากขึ้น ดังนั้น การดำเนินคดีในแบบดั้งเดิมที่ผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาต้องถูกทรมานเพื่อให้รับสารภาพโดยไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลอย่างที่เราเรียกว่า “จารีตนครบาล” หรือ “การดำเนินคดีในระบบไต่สวน” (Inquisitorial system) นั้นจึงค่อย ๆ ถูกยกเลิกไป และถูกแทนที่โดยระบบที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมากขึ้น ผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดไม่ต้องถูกทรมานอีกต่อไปทั้งยังได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด นอกจากนั้นองค์กรต่าง ๆ ก็มีการเฝ้าในการตรวจสอบถ่วงดุลกันด้วย

ในประเทศไทย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงยกเลิกวิธีพิจารณาโจรผู้ร้ายตามจารีตนครบาล เมื่อ ร.ศ. 115 โดยมาตรา 2 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดลงอาญาด้วยเครื่องเขียน เครื่องจำ ฤๅเครื่องทรมานอย่างอื่นแก่ร่างกายผู้ต้องหาว่าเปนโจรผู้ร้าย เพื่อจะพอกชักเอาคำให้การด้วยประการหนึ่งประการใด แม้ขึ้นทำผิดพระราชบัญญัติแล้ว ให้ถือว่า ผู้นั้นทำนอกทำเหนือพระราชโองการพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดกฎหมาย ให้ลงพระราชอาญาตามโทษานุโทษ”

กฎหมายดังกล่าวถือว่เป็นการพัฒนาอย่างก้าวกระโดดเพราะนอกจากจะยกเลิกระบบจารีตนครบาลแล้วยังมีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาอีกด้วยดังข้อความที่ว่า

“ทรงพระราชดำริเห็นว่า การที่ชำระพอกชักผู้ต้องหาว่าเปนโจรผู้ร้ายด้วยใช้อาญาตามจารีตนครบาลนั้น แม้ในพระราชกำหนดกฎหมายมีข้อความจำกัดไว้เปนหลายประการเพื่อจะให้กระทำแต่เมื่อมีหลักฐานเปนสำคัญแล้วก็ดี ยังเปนเหตุให้เกิดการเสื่อมเสียในกระบวนการพิจารณาได้มาก เพราะเหตุที่ผู้พิพากษาอาจจะพลาดพลั้ง หลงลงอาญาแก่ผู้ไม่มีผิดให้เกิดบาปกรรมเปนต้น แลที่สุด แม้ถ้อยคำซึ่งผู้ต้องหาอาญาจะให้การประการใดที่จะฟังเอาเปนหลักฐานถ่องแท้ในทางยุติธรรมก็ฟังไม่ได้ ด้วยถ้อยคำเช่นนั้นอาจจะเปนคำสัจจริงฤๅคำเท็จซึ่งจำต้องกล่าวเพื่อจะให้พ้นทุกขเวทนา ก็เปนได้ทั้งสองสถาน

ทรงพระราชดำริเห็นว่า หลักฐานในทางพิจารณาอรรถคดีโดยยุติธรรมก็ย่อมอาศัยหลักพยานเปนใหญ่ยิ่งกว่าสิ่งอื่น แลการพิจารณาความโจรผู้ร้ายแลคดีมีโทษหลวงทั้งปวงทุกวันนี้ ก็ได้โปรดเกล้าฯ ให้แก้ไขลักษณะกระบวนการพิจารณาแลลักษณะพยานให้ดีขึ้น อาจจะชำระ

ถ้อยความเอาความเท็จจริงได้รวดเร็วสะดวกกว่าแต่ก่อน ไม่จำเป็นจะต้องใช้พิจารณาโดยจารีต
นครบาล อันมีทางเสื่อมเสียยุติธรรมดังได้กล่าวมาแล้วนั้นอีกต่อไป

เพราะฉะนั้น จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติสืบไปว่า...”

หากเทียบเหตุการณ์ในยุคปัจจุบันแล้ว การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
ไทย พ.ศ. 2540 ถือเป็นการปฏิรูปแนวคิดในกระบวนการยุติธรรมครั้งใหญ่และมีผลให้มีการ
เปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่โดยมีการยกระดับหลักกฎหมายที่เดิมกำหนดไว้ในประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความอาญาเป็นการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่น การพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่อง การ
พิจารณาคดีโดยองค์คณะผู้พิพากษา และที่สำคัญอย่างยิ่งก็คือ การออกหมายจับ และหมายค้น
เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนอีกต่อไป

ผมมีข้อวิเคราะห์สำหรับความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ
อาญาว่า ประเทศไทยได้มีพัฒนาการในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มี
ความก้าวหน้าขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ ผมขออนุญาตเรียกว่า Legal Modernization แต่สิ่งที่
ทำให้การแก้ไขกฎหมายแล้วมีสัมฤทธิ์ผลน้อยหรือไม่มากเท่าที่ควรน่าจะเกิดจากการที่ผู้คน
ในกระบวนการยุติธรรมยังขาดการเปลี่ยนกระบวนทัศน์ หรือ Paradigm ดังนั้น เมื่อมี
มาตรการ หรือกฎหมายที่ออกมาใหม่ ๆ ควรจะมีกระบวนการในการปรับกระบวนทัศน์ด้วย
เช่น ประเด็นการควบคุม หรือช่องว่างการดำเนินคดี แม้หลักการเรื่อง “การปล่อย
ชั่วคราว” หรือการให้ประกันตัวเป็นหลักการที่สำคัญในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
อาญา รวมทั้งเป็นหลักการในระดับสากลที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแก่ Tokyo Rules
ในหลัก “Non-custodial Measures” หรือหลักการไม่จองจำ แต่ในทางปฏิบัติของไทยแล้ว
กลับตรงกันข้ามคือ การควบคุม หรือช่องว่างการดำเนินคดีกลายเป็นหลัก หากต้องการให้
มีการปล่อยชั่วคราวจะต้องมีหลักทรัพย์มาค้ำประกันทำให้เกิดวาทกรรม “คนจน-คนรวย
ในกระบวนการยุติธรรมได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน” หรือ “มีแต่คนจนเท่านั้นที่ติดคุก”
ดังนั้น แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างดี แต่ถ้าไม่มีการปรับกระบวนทัศน์ของผู้คน
ในกระบวนการยุติธรรมแล้ว กฎหมายที่บัญญัติไว้ก็ไร้ผล

ที่ผมพูดมาทั้งหมดนี้เพื่อจะบอกว่าผมเชื่อในความเปลี่ยนแปลงในทางที่ดีขึ้นเรื่อย ๆ
ผมเชื่อว่ากระบวนการเรียนการสอน การวิจัยในมหาวิทยาลัยที่ผมเปรียบเสมือน “บ่อน้ำแห่ง
ความรู้” นั้นจะต้องมีส่วนในการพัฒนากฎหมายและกระบวนการยุติธรรมให้ดีขึ้นจึงจะถือว่า
เราได้ปฏิบัติตามภารกิจแล้ว

ผมขอจบการพูดคุยในวันนี้ด้วยการขอบคุณทุก ๆ ท่านที่กรุณามาร่วมงานวิชาการ
ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในโอกาสที่ผมมีอายุครบ 60 ปีในวันนี้ พร และ
ความปรารถนาดีต่าง ๆ ที่ท่านกรุณามีต่อผม ผมขออวยพรให้ทุกท่านได้รับกลับคืนร้อยเท่า
พันทวี

126 ฎ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2561)

ขอบคุณทุกท่านครับ

สู่ความหลากหลายทางเพศบนสิทธิแห่งการกำหนดเจตจำนง^{*}

On the Sexual Diversity through the Right to Self-Determination

วิฑิต มันทารภณ์^{**}
Vitit Muntarbhorn

บทคัดย่อ

เพศและความหลากหลายทางเพศถือเป็นสิ่งปกติธรรมดาและไม่ได้มีลักษณะเป็นความผิดปกติในทางการแพทย์ บุคคลทั้งหลายควรมีความสามารถที่จะแสดงออกถึงอัตลักษณ์ทางเพศตลอดจนเพศวิถีที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับตนเองได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรงจากบุคคลอื่น ๆ ในสังคม ดังนั้น การวางกรอบของกฎหมายเพื่อเป็นรากฐานของการจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศ ป้องกันการใช้ความรุนแรง ตลอดจนการสร้างความรู้ให้กับบุคคลทั้งหลายในสังคมจึงเป็นสิ่งจำเป็น และต้องคำนึงถึง โดยเฉพาะเมื่อมีการจัดทำบรรดากฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

คำสำคัญ: อัตลักษณ์ทางเพศ, เพศวิถี, การเลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรง

Abstract

Gender and sexual diversity are normal things and must not be classified as a medical disorder. The individual should fully be able to express their gender identity as well as their sexual orientation to the fullest extent of their self-sufficiency without discrimination and violence from any other person in society. Therefore, framing the law as the basis for the elimination of sexual discrimination and prevent violence as well as raising awareness for people in

^{*} ปาฐกถาพิเศษของศาสตราจารย์กิตติคุณ วิฑิต มันทารภณ์ ณ ห้องคำมอกหลวง มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2561

^{**} ศาสตราจารย์กิตติคุณประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, M.A. (Oxon), B.C.L. (Oxon), Barrister-at-Law of the Middle Temple, Licencie Special en Droit European (Brussels), อดีตผู้เชี่ยวชาญอิสระว่าด้วยการป้องกันความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ (SOGI) โดยการแต่งตั้งจากคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UNHRC)

society is necessary. This must be considered especially when all the law related to such matters is established.

Keywords: Gender Identity, Sexual Orientation, Violence and Discrimination

เมื่อพูดถึงเรื่องเพศ (Sex) เราไม่สามารถวางกรอบแห่งการถกเถียงหรือพูดคุยให้จำกัดอยู่เฉพาะบนพื้นฐานของ “เพศแต่กำเนิด” ได้ เวลาเรากล่าวถึงประเด็นในทางเพศ จะต้องมีความสัมพันธ์สองคำที่เกี่ยวข้องกันอยู่เสมอ

คำแรกคือคำว่า “เพศวิถี (Sexual Orientation)” คำนี้เกี่ยวข้องกับความรู้สึกหรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล อาจเป็นความสัมพันธ์ระหว่างหญิงชาย หรืออาจเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน เป็นคำที่ครอบคลุมถึงบุคคลทุกคนไม่ว่าเขาเหล่านั้นเลือกที่จะแสดงออกซึ่งเพศโดยกำเนิดหรือเพศที่เขาคิดว่าเหมาะสมกับตัวเขาที่สุดก็ตาม โดยคำคำนี้เปิดช่องให้เกิดความเข้าใจและความเคารพในเรื่องเพศระหว่างปัจเจกชนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นความเข้าใจระหว่างเพศชายและเพศหญิง บุคคลซึ่งอาจเรียกว่าเป็น “Bisexual” หรือ “Transgender”

นอกจากคำว่าเพศวิถีแล้ว ยังมีอีกคำหนึ่งที่น่าสนใจนั่นคือคำว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity)” อันเป็นคำที่แสดงออกถึงความต้องการของบุคคลคนหนึ่งที่จะประสงค์จะให้บุคคลอื่นเคารพเพศสภาพของตนตามที่ตนเลือก ถึงแม้ว่าเพศที่เลือกนั้นจะไม่ใช่เพศโดยกำเนิดก็ตาม ดังนั้น คำว่าอัตลักษณ์ทางเพศจึงเป็นคำที่ค่อนข้างกว้าง ครอบคลุมกลุ่มบุคคลข้ามเพศทุกกลุ่มไม่ว่าเขาหรือเธอเลือกที่จะผ่าตัดแปลงเพศหรือไม่ ทั้งนี้ คำทั้งสองคำอันได้แก่เพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศนั้นเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในมติของสหประชาชาติ (United Nations) ถือเป็นคำที่ทั่วโลกให้การยอมรับและจำต้องยอมรับไม่ว่าจะเป็นประเทศที่เห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับถ้อยคำทั้งสองนี้ก็ตาม

สหประชาชาติได้ให้ความสำคัญกับประเด็นในเรื่องเพศนี้มากจนถึงขั้นที่เมื่อ 3 ปีก่อน ได้มีมติให้ตั้งผู้เชี่ยวชาญอิสระด้านการป้องกันความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศวิถีหรืออัตลักษณ์ทางเพศ (Independent Expert on the Protection against Violence and Discrimination based on Sexual Orientation and Gender Identity: SOGI) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกตระหนักถึงความสำคัญในการป้องกันความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ ตลอดจนสร้างกรอบแห่งกฎหมายขึ้นมาเพื่อป้องกันไม่ให้ความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติเช่นว่านั้นเกิดขึ้นแน่นอนว่าเป้าหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้คือการคุ้มครองคนกลุ่ม LGBT ซึ่งได้แก่ Lesbian, Gay, Bisexual และ Transgender โดยการวางกรอบแห่งกฎหมายไว้บนพื้นฐานของการเคารพสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคนกลุ่มนี้ ทั้งนี้ สิ่งเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องใหม่หากมอง

ย้อนไปในประวัติศาสตร์โลก เรื่องเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลปรากฏอยู่ในนิทานหรือตำนานต่าง ๆ มากมาย แต่สิ่งที่เป็นทั้งเรื่องเก่าและเรื่องใหม่ในตัวเดียวกันนั้นคือความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นสิ่งที่เราในฐานะคนรุ่นปัจจุบันพยายามป้องกันไม่ให้เกิดขึ้น

เพื่อป้องกันปัญหาความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติเช่นนี้ มีข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขบางประการซึ่งควรจะเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สถานการณ์ในเรื่องความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นทั่วโลกค่อย ๆ คลี่คลายลง ได้แก่

(1) การบังคับใช้กฎหมายอาญาเพื่อขจัดสิทธิของผู้ที่ชอบเพศเดียวกัน โดยการบังคับใช้กฎหมายอาญาในลักษณะนี้เมื่อก่อนเคยเกิดขึ้นในประเทศไทย แต่ในปัจจุบันไม่มีแล้ว อย่างไรก็ตาม มีกว่า 70 ประเทศทั่วโลกที่ยังลงโทษความรักของคนเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษโดยใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือการลงโทษประหารชีวิต และในบรรดาประเทศเหล่านี้ มีกว่า 40 ประเทศที่ลงโทษความสัมพันธ์ระหว่างผู้หญิงด้วยกันเอง (Lesbian) ด้วย ซึ่งหากจะพิจารณาจากสถานการณ์โดยรวมของทั้งโลกแล้ว เราสามารถกล่าวได้ว่ากลุ่มประเทศที่เปิดใจยอมรับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันมากที่สุดคือประเทศในแถบยุโรป อเมริกาเหนือ และอเมริกาใต้ ในประเทศแถบแอฟริกายังมีปัญหาในเรื่องนี้พอสมควรแต่ก็เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงให้เห็นบ้างแล้วเช่นในประเทศโมซัมบิก (Mozambique) ซึ่งเพิ่งมีการยกเลิกโทษประหารชีวิตสำหรับบุคคลซึ่งรักเพศเดียวกันไปเมื่อเร็ว ๆ นี้

สำหรับประเทศในแถบเอเชีย มีหลายประเทศที่ยังคงลงโทษบุคคลที่รักเพศเดียวกันอย่างเิกก็ตาม ในปีนี้มีข่าวดีเกิดขึ้นคืออินเดีย ซึ่งเป็นประเทศที่ใหญ่ที่สุดในเอเชียซึ่งมีการลงโทษผู้ที่รักเพศเดียวกันได้ยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวแล้วภายใต้คำพิพากษาของศาลสูงสุดของอินเดีย โดยกล่าวว่าบทบัญญัติมาตรา 377 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ลงโทษการมีความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศ โดยหากพิจารณาในแง่ความคิดเชิงประวัติศาสตร์แล้ว เราอาจกล่าวได้ว่าบทมาตราดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากการล่าอาณานิคมของประเทศอังกฤษ โดยอังกฤษได้นำบทกฎหมายในลักษณะนี้เข้ามาในประเทศอินเดียรวมถึงประเทศอาณานิคมอื่น ๆ เช่น สิงคโปร์ มาเลเซีย บรูไน ซึ่งในประเทศเหล่านี้ กฎหมายห้ามความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันยังมีผลใช้บังคับอยู่ ในขณะที่ประเทศอังกฤษอันเป็นประเทศต้นแบบได้ยกเลิกกฎหมายลักษณะนี้ไปแล้ว ทั้งนี้ ข้อคิดประการหนึ่งที่ได้จากการศึกษาเรื่องนี้ นั่นคือทำให้เราเข้าใจได้ว่าโดยพื้นฐานแล้วกฎหมายห้ามความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันนั้นมีพื้นฐานอยู่บนประวัติศาสตร์การล่าอาณานิคม (Colonization) ไม่ใช่เรื่องทางศาสนาอย่างที่มักจะมีการกล่าวอ้าง

(2) ไม่ว่าจะมีการห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเพศวิถีของบุคคลหรือไม่ก็ตาม เราจำเป็นต้องยอมรับว่าการเลือกปฏิบัตินั้นเกิดขึ้นในทางความเป็นจริง เราจำเป็นต้องหามาตรการใด ๆ ก็ตามมาใช้รับมือกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งมาตรการเช่นนี้อาจปรากฏในรูปของกฎหมายหรือการออกนโยบายที่จะใช้เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติก็ได้

ข่าวดีก็คือ ในช่วงเวลาปัจจุบันมีหลายประเทศในโลกที่ตรากฎหมายป้องกันการเลือกปฏิบัติ เช่น ฟิจิหรือแม้แต่ประเทศไทย ที่มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ขึ้นมาใช้บังคับแล้ว ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนอกจากจะครอบคลุมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพศหญิงแล้ว ยังรวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศ เช่น การห้ามเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการแต่งกายเมื่อกลุ่มคนข้ามเพศประสงค์จะขอแต่งกายตามเพศวิถีที่ตนเลือกเพื่อเข้ารับปริญญา เป็นต้น โดยหากมหาวิทยาลัยใดไม่อนุญาต คนเหล่านั้นก็สามารถฟ้องร้องมหาวิทยาลัยโดยอาศัยความตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้

นอกจากการที่กฎหมายในลักษณะนี้จะเกิดขึ้นเพื่อวางกรอบแห่งการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของกฎหมายแล้ว อีกวัตถุประสงค์หนึ่งของการตรากฎหมายดังกล่าวคือการสร้างความตระหนักรู้ในสังคมเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกปฏิบัติผ่านการล้อเลียน การใช้ความรุนแรงในสถานศึกษา การมองเรื่องของกลุ่มบุคคลข้ามเพศว่าเป็นเรื่องตลก การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์เนื่องจากความเป็นคนรักเพศเดียวกัน ซึ่งมีติเหล่านั้น กฎหมายไม่สามารถแก้ไขได้โดยตรงแต่กฎหมายสามารถสร้างความตระหนักรู้เพื่อให้สังคมเกิดความเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีขึ้นได้

(3) ประเด็นว่าด้วยการรับรองหรือไม่รับรองอัตลักษณ์ทางเพศ ประเด็นนี้ถือเป็นประเด็นที่สำคัญโดยเฉพาะในประเทศไทยที่มีชื่อเสียงมากในเรื่องของกลุ่มบุคคลข้ามเพศ แต่ประเทศของเรากลับมองคนกลุ่มเหล่านี้โดยผูกเข้าเอาไว้กับอาชีพทางด้านความสวยความงาม ทั้ง ๆ ที่เขายังสามารถทำอะไรต่าง ๆ ได้อีกมาก ซึ่งแตกต่างกับอีกหลาย ๆ ประเทศ เช่น อาร์เจนตินา ที่กลุ่มหญิงข้ามเพศหลายคนได้เข้าไปทำงานในโรงพยาบาล

ปัญหาเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศโดยเฉพาะในประเทศเราคือการไม่ยอมให้เปลี่ยนคำนำหน้าในเอกสารทางราชการ ซึ่งปัญหานี้เกิดขึ้นแม้กระทั่งกับกลุ่มบุคคลข้ามเพศที่ได้ผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วลักษณะเช่นนี้แตกต่างอย่างยิ่งจากแนวโน้มของโลกในปัจจุบัน รวมถึงองค์การสหประชาชาติซึ่งเปิดช่องให้บุคคลทั้งหลายกำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนบนเอกสารราชการได้โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับเพศสภาพตามที่กำเนิดมา รวมถึงไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขว่าจะต้องแปลงเพศมาแล้วหรือไม่ ซึ่งเงื่อนไขเช่นนี้เคยถูกรับรองไว้แล้วโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ตลอดจนมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ยืนยันในหลักการเดียวกัน และยังไปไกลถึงขนาดที่ยอมรับให้บุคคลสามารถเปลี่ยนอัตลักษณ์ในเอกสารทางราชการของตนได้โดยถูกต้องแม้จะยังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการในการปรึกษาหารือกับจิตแพทย์ เพื่อเป็นการปฏิเสธให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเรื่องเพศวิถีของบุคคลนั้นไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติใด ๆ เลย แต่เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่สามารถเกิดขึ้นได้ทั่วไป ทั้งนี้ ในประเทศไทยนั้นบุคคลไม่สามารถเปลี่ยนอัตลักษณ์ของตนในหนังสือราชการได้แม้จะมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว เว้นแต่บุคคลที่ประสงค์จะเปลี่ยนอัตลักษณ์นั้นเป็นกลุ่มคนที่มีสองเพศในร่างเดียวกัน (Inter Sexual)

(4) ประเด็นเรื่องการระบุว่าการเป็นคนข้ามเพศคือการเจ็บป่วยทางการแพทย์ (Pathologization) นอกจากจะต้องแก้ไขมุมมองของคนในสังคมแล้ว อีกสิ่งหนึ่งที่ควรกระทำคือการเปลี่ยนมุมมองของบรรดาแพทย์ทั้งหลายที่มักมองว่ากลุ่มคนข้ามเพศเป็นกลุ่มที่มีปัญหาบางประการทางด้านสุขภาพ โดยมุมมองเช่นนี้ของแพทย์มักส่งผลกระทบไปยังมุมมองของบุคคลในสังคมด้วย โดยตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดสำหรับประเทศไทยในกรณีนี้ คือการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองของไทยเกี่ยวกับเอกสารหมายเลข 43 ของทางราชการทหารที่มักจะระบุลงไปว่ากลุ่มคนข้ามเพศมีลักษณะเป็นกลุ่มคนที่มีจิตไม่ปกติ โดยคำพิพากษาศาลปกครองได้พิพากษาให้เปลี่ยนถ้อยคำที่ใช้ในเอกสารดังกล่าวเสีย ให้กลายมาเป็นคำว่าเพศสภาพไม่ตรงกับเพศสภาพที่กำหนด ซึ่งยังมีปัญหาดังกล่าวภาษาอังกฤษอยู่บ้างเนื่องจากยังใช้คำว่า Disorder อันเป็นคำที่แสดงให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติ ซึ่งเราต้องเปลี่ยนแปลงตรงจุดนี้ให้ได้ ต้องแสดงให้เห็นว่าเรื่องเพศนั้นเป็นเรื่องปกติ ไม่ใช่ความผิดปกติทางการแพทย์

ที่มาของมุมมองแบบนี้ คือการที่องค์การอนามัยระหว่างประเทศ (World Health Organization: WHO) ได้เผยแพร่มุมมองที่ระบุลงไปอย่างชัดเจนว่ากลุ่มคนที่เป็นเกย์เป็นผู้มีปัญหาทางจิตใจ ซึ่งแม้ว่าในเวลาต่อมา WHO จะได้แก้ไขความเข้าใจผิดในประเด็นดังกล่าวแล้ว แต่สำหรับแพทย์หลาย ๆ กลุ่มก็ยังคงมองว่าคนข้ามเพศเป็นผู้ที่มีความเจ็บป่วยในทางจิตอยู่ดี ซึ่งเมื่อทัศนคติของแพทย์ยังไม่เปลี่ยนแปลง ก็ยากที่ทัศนคติของคนทั้งหลายในท้องที่จะเปลี่ยนแปลงไปด้วย

ผลที่ตามมาจากการมองว่าคนข้ามเพศเป็นผู้ที่มีความผิดปกติ นั่นคือการที่หลาย ๆ ประเทศยังมีทัศนคติที่จะบังคับให้คนข้ามเพศเข้าพบแพทย์เพื่อดำเนินการเปลี่ยนแปลงความรู้สึก (Conventional Therapy) ซึ่งกระบวนการเช่นนี้ได้เริ่มถูกยกเลิกแล้วในหลาย ๆ ประเทศ เช่น จีน ซึ่งศาลมองว่าการรักษาโดยบังคับให้คนเปลี่ยนเพศวิถีของตนเป็นสิ่งที่ผิด อย่างไรก็ตามยังมีการปฏิบัติอันเป็นการละเมิดกลุ่มบุคคลข้ามเพศอีกมากไม่ว่าจะเป็นการตรวจผู้ต้องขังโดยการล้วงมือเข้าไปในทวารหนักเพื่อตรวจสอบว่าเคยมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนักหรือไม่ รวมถึงผู้หญิงหลายคนก็โดนล่วงละเมิดในลักษณะเดียวกัน ซึ่งการล่วงละเมิดทั้งหมดที่กล่าวมานี้ล้วนถูกยึดไว้กับแนวคิดที่ว่าด้วยความผิดปกติในทางการแพทย์ ซึ่งเราจำเป็นต้องต่อต้านแนวคิดเช่นนี้เพื่อที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแนวคิดของคนในสังคมต่อไป

(5) การกีดกันไม่ให้กลุ่มข้ามเพศเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เศรษฐกิจ กฎหมาย และอื่น ๆ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด เช่น การเข้าไปสมัครงาน เมื่อผู้รับสมัครเห็นว่าผู้สมัครเป็นคนข้ามเพศแล้วก็มักจะมีหลายที่ ๆ ตัดคนกลุ่มนี้ออกไปจากการสัมภาษณ์งานเลยโดยไม่สนใจความสามารถของเขา ในเมืองไทยก็มีคดีประเภทย่อยๆ เช่น คดีเกี่ยวกับมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งที่ไม่รับอาจารย์ซึ่งเป็นคนข้ามเพศเข้าทำงาน จนเรื่องถูกนำไปฟ้องต่อศาลปกครองและศาลได้มีคำสั่งให้รับอาจารย์ท่านนี้เข้าทำงาน ดังนั้น มหาวิทยาลัยภายในประเทศไทยเองก็ต้องเปลี่ยนทัศนคติในเรื่องนี้

นอกจากนี้ ประเด็นในเรื่องของการกีดกันในลักษณะนี้ยังเกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนา ซึ่งเป็นที่น่าแปลกใจเหมือนกันที่กลุ่มที่ไม่ค่อยเอื้อเพื่อให้คนข้ามเพศนั้นมักเป็นบุคคลที่อ้างศาสนา มาเป็นเครื่องมือในการแบ่งแยกและต่อต้านกลุ่มคนข้ามเพศ ประเด็นในทางศาสนานี้เมื่อ นักข้อเข้าก็จะเริ่มเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการเมืองเพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายในลักษณะที่กีดกัน กลุ่มคนข้ามเพศมากขึ้น ซึ่งแน่นอนว่าในหลายประเทศเช่นในอเมริกาได้มีกฎหมายที่กำหนดให้ การกระทำความผิดทางอาญาที่กระทำลงบนพื้นฐานของความแตกต่างทางเพศวิถีถือเป็นการ กระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญามากกว่าการกระทำความผิดทางอาญาทั่วไป แต่การ เลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรงกับบุคคลข้ามเพศก็ยังคงมีอยู่ ทั้ง ๆ ที่หน่วยงานระหว่าง ประเทศหลายแห่งโดยเฉพาะธนาคารโลก (World Bank) ได้ทำการวิจัยและพิสูจน์มาแล้วว่า กลุ่มคนข้ามเพศเป็นกลุ่มคนที่มีความสร้างสรรค์และผลิตชิ้นงานออกมาได้อย่างมีคุณภาพ

เงื่อนไขทั้งหลายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเหล่านี้เป็นสิ่งที่ประเทศไทยควรคำนึงถึง โดยเฉพาะเมื่อเรากำลังเข้าสู่ช่วงจังหวะของการเลือกตั้งซึ่งพรรคการเมืองต่าง ๆ ก็ควรจะ เปิดช่องหรือวางนโยบายในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพด้วย ทั้งนี้ ในประเทศไทยปัจจุบัน ก็ถือว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ก้าวหน้าไปค่อนข้างมาก ทั้งเรื่องของการบรรจุประเด็นเรื่องเพศไว้ใน แผนสิทธิมนุษยชนของประเทศ และการบรรจุเรื่องเพศเข้าไปเป็นวาระแห่งชาติตลอดจนการ จัดทำกฎหมายที่เปิดช่องไปสู่การจดทะเบียนคู่ชีวิต ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ที่ดีขึ้นทั้งในด้านการเมือง เศรษฐกิจ ศาสนา และอื่น ๆ

(6) ปัญหาการขาดความเข้าใจและความรู้ในเรื่องเพศและความหลากหลายทางเพศ ถือว่าเป็นประเด็นปัญหาประการสุดท้ายที่มีความสำคัญต่อเรื่องนี้ ยังมีคนจำนวนหนึ่งที่ไม่ทราบว่า LGBT คืออะไร และยังไม่มีความเข้าใจในความหลากหลายทางเพศมากเท่าที่ควร ซึ่ง แน่นนอนว่าปัญหาการขาดความเข้าใจเช่นนี้สุดท้ายจะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติและการใช้ ความรุนแรงต่อกลุ่มบุคคลที่เราไม่มีความเข้าใจในธรรมชาติของพวกเขา

การจัดการปัญหาความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ และความกลัวอันเนื่องมาจากความ ไม่เข้าใจกลุ่มคนข้ามเพศเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแก้ไขได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย แต่ต้องมีการ ให้การศึกษาแก่สังคมควบคู่กันไปด้วย รวมถึงการอบรมเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง และการ เปิดพื้นที่สร้างความเข้าใจและความเอื้อเฟื้อต่อกันและกันให้มากขึ้น รวมถึงการสร้าง ความเข้าใจให้กับสังคมออนไลน์เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่จะก่อให้เกิดการสร้าง ความเกลียดชัง (Hate Speech)

สำหรับสถานการณ์ในประเทศไทยนั้น เราอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยค่อนข้างจะเป็น ประเทศที่ใจกว้างในเรื่องเพศค่อนข้างมาก แม้เมื่อไม่กี่ปีก่อนจะยังมีกฎหมายห้ามอยู่บ้าง แต่ในปัจจุบันนี้ไม่ปรากฏกฎหมายในลักษณะเช่นนั้นแล้ว แต่ในทางกลับกัน ประเทศไทย ยังปรากฏถ้อยคำหรือข้อความในลักษณะที่เป็นการเหมารวม (Stereotype) เกี่ยวกับกลุ่มคน ข้ามเพศในบางประการอยู่ เช่น การจัดกลุ่มให้คนข้ามเพศไปประกอบวิชาชีพในสายงานที่สังคม

คิดว่าเหมาะสม เช่น นางงาม คำถามที่สำคัญคือทำไมเขาจะไปประกอบอาชีพอื่นไม่ได้ ทำไมเขาจะเป็นผู้พิพากษาไม่ได้

ข้อได้เปรียบอย่างหนึ่งของประเทศไทย คือเรามีตัวบทกฎหมายที่วางกรอบไว้ค่อนข้างดี สามารถชี้แนะเราไปสู่มาตรฐานสากลได้โดยเฉพาะในเรื่องของการต่อต้านความรุนแรง เรามีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะเมื่อมีคนที่ยากจะแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศของเขาโดยการแต่งกาย รวมถึงเปิดช่องให้คนทุกเพศที่คิดว่าตนถูกเลือกปฏิบัติสามารถนำเรื่องมาร้องขอความเป็นธรรมต่อกรรมการรับคำร้องตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้

นอกจากนี้ ในปัจจุบันประเทศไทยได้ดำเนินการจัดทำร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ขึ้น ซึ่ง ณ ปัจจุบันได้เข้าสู่การพิจารณาโดยคณะรัฐมนตรีแล้ว ทำให้เราสามารถกล่าวได้อย่างแน่นอนแล้วว่าเป็นประเด็นสำคัญและจะต้องเป็นประเด็นต่อเนื่องให้พิจารณาไปทุกรัฐบาล แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลเนื่องมาจากการเลือกตั้งก็ตาม

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตนี้ประกอบไปด้วยเนื้อหาสำคัญหลายประการ ทั้งในเรื่องของคำนิยามคู่ชีวิต ความสามารถในการจดทะเบียน ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต การจัดการทรัพย์สิน การสิ้นสุดสถานะความเป็นคู่ชีวิต และเรื่องมรดก โดยเนื้อหาในร่างพระราชบัญญัตินี้ มองว่าการจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นเรื่องของการทำสัญญา เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งมากกว่าการกระทำการบางอย่างเกี่ยวกับเรื่องศาสนาดังเช่นการแต่งงาน ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนจากการกำหนดคำนิยามของคู่ชีวิตตามความในมาตรา 17 แห่งร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งเน้นไปที่การใช้หลัก “เพศเดียวกัน” อันเป็นหลักการที่ปฏิเสธแ่งมุมทางศาสนาในเรื่องการจดทะเบียนคู่ชีวิต คือการกำหนดให้บุคคลซึ่งจะจดทะเบียนตามร่างพระราชบัญญัตินี้ได้คือบุคคลที่ไม่สามารถจดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ซึ่งบุคคลที่จะจดทะเบียนสมรสได้คือการจดทะเบียนระหว่างเพศชายและหญิง อันมีแ่งมุมของการสมรสกันในทางศาสนาสอดคล้องอยู่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม สำหรับเนื้อหาส่วนอื่นไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้บุคคลจะสามารถจดทะเบียนได้ก็ต่อเมื่อบรรลุนิติภาวะ การกำหนดให้คู่ชีวิตมีหน้าที่ที่จะต้องเลี้ยงดูกันและกัน การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต การสิ้นสุดสถานะ และการจัดการมรดกแล้วแต่เป็นสิ่งที่นำมาจากความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการสมรสแทบทั้งสิ้น

ทั้งนี้ ข้อคิดบางประการที่อยากจะขอฝากไว้เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศไทยนั้น มีดังนี้

(1) ร่างพระราชบัญญัตินี้แตกต่างจากร่างแรก ๆ ในหลายประเด็น เช่น ในร่างปัจจุบันไม่มีการระบุถึงสิทธิของบุคคลซึ่งได้ทำการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกันในการรับบุตรบุญธรรมไว้ โดยอาจจะเป็นการเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่เลือกอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้

มีการรับบุตรบุญธรรมระหว่างคู่ชีวิตทั้งสองมากจนเกินไป ซึ่งแน่นอนว่ามีทางออกหลายทางที่เป็นไปได้สำหรับเรื่องนี้ ตัวอย่างหนึ่งที่เห็นได้ชัดเจนเลยคือประเทศฮ่องกง ที่ไม่ยอมรับให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมได้ภายในประเทศ แต่หากเป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ได้มีการดำเนินการจดทะเบียนอย่างถูกต้องตามกฎหมายของต่างประเทศ เช่นนี้สามารถยอมรับความสมบูรณ์ของการจดทะเบียนดังกล่าวภายในประเทศได้

(2) ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คู่ชีวิตของบรรดาทูตทั้งหลาย กล่าวคือ ถ้าบุคคลใดก็แล้วแต่ที่จะเข้ามาเป็นทูตโดยประสงค์จะนำคู่ชีวิตของตนเข้ามาด้วย คู่ชีวิตที่เข้ามาพร้อมกันนี้จะไม่ได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันเช่นเดียวกับสามีหรือภริยาของทูต แน่นอนว่าหากดูกรอบสากล เราสามารถตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตอย่างกว้างเพื่อขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมคู่ชีวิตได้ แต่ในเมื่อกฎหมายของประเทศไทยยังไม่ได้ระบุเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนนักก็มีความเป็นไปได้เหมือนกันที่ทูตเหล่านั้นจะพาคู่ชีวิตของตนเข้ามาโดยแจ้งว่าเป็นผู้ติดตามหรือผู้รับใช้ ซึ่งไม่สมเกียรติเป็นอย่างยิ่ง

สุดท้ายนี้สิ่งที่อยากจะฝากไว้ประการหนึ่งคืออย่าลืมว่าประเทศไทยยังมีร่างพระราชบัญญัติอีกตัวหนึ่งซึ่งเคยถูกร่างไว้แต่ก็หลงลืมกันไป นั่นคือร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอัตลักษณ์ทางเพศซึ่งเปิดช่องให้มีการรับรองอัตลักษณ์ของกลุ่มคนข้ามเพศอย่างชัดเจน โดยกระแสโลกตอนนี้ยอมรับว่าการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของหลักการสากลในการไม่เลือกปฏิบัติและขจัดความรุนแรง ซึ่งเงื่อนไขของการรับรองดังกล่าวไม่ควรผูกอยู่กับการผ่าตัดหรือการเข้าพบจิตแพทย์ก่อนดำเนินการใด ๆ ศาลสิทธิมนุษยชนของอเมริกาได้ใช้ออกมาอย่างชัดเจนแล้วว่าการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศนั้นควรถูกปรับให้เอื้อกับคนข้ามเพศมากขึ้น โดยสมควรรับรองให้เขาสามารถกำหนดอัตลักษณ์ของตนเองได้อย่างอิสระ ทั้งนี้จะต้องจัดให้มีมาตรการดังต่อไปนี้เพื่อให้เกิดความเอื้อเฟื้อและเป็นคุณแก่กลุ่มคนข้ามเพศมากขึ้น

(1) กำหนดให้มีกฎหมายที่เอื้อเฟื้อต่อคนข้ามเพศ ถ้ายังมีกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือนำไปสู่ความรุนแรงก็ไม่สมควรบังคับใช้กฎหมายนั้น

(2) กำหนดให้มีนโยบายที่เป็นคุณและเอื้อเฟื้อต่อความหลากหลาย ประเทศไทยมีแผนสิทธิมนุษยชนตลอดจนมีวาระแห่งชาติที่เหมาะสมกับเรื่องนี้อยู่แล้ว เหลือเพียงแค่เปิดเวทีให้มีการพูดคุยมากยิ่งขึ้นเพื่อที่จะเชื่อมโยงเรื่องเหล่านี้ไปสู่พรรคการเมือง

(3) ควรมีนโยบายที่สามารถนำไปสู่การจัดโครงการหรือกิจกรรมที่เอื้อต่อการทำงานร่วมกันระหว่างภาคส่วนต่าง ๆ กับกลุ่มข้ามเพศ โดยเฉพาะภาคธุรกิจที่ควรดำเนินการจัดการเลือกปฏิบัติโดยเฉพาะในประเด็นของการจ้างงาน ซึ่งมีแนวปฏิบัติจากสหประชาชาติออกมาแล้วว่าให้กลุ่มธุรกิจทั้งหลายสนับสนุนความหลากหลายทางเพศสภาพ

(4) ควรมุ่งเน้นให้มีการดำเนินการในทางปฏิบัติต่าง ๆ เพื่อนำไปสู่การป้องกันการเลือกปฏิบัติ เช่น ในประเทศไทยมีกรณีของเอกสารหมายเลข 43 ซึ่งได้รับการแก้ไขภายใต้คำพิพากษาของศาลปกครอง เป็นต้น

(5) สร้างองค์ความรู้ให้กับบุคลากรในทุกภาคส่วน โดยเฉพาะกรรมการสิทธิมนุษยชน ศาล และสื่อต่าง ๆ เพื่อให้เข้าใจมุมมองทางด้านความหลากหลายทางเพศ

(6) จัดให้มีทรัพยากร บุคลากร ตลอดจนงบประมาณที่เหมาะสมในการส่งเสริมความหลากหลายทางเพศ

(7) จัดทำฐานข้อมูลทางสถิติ รวบรวมข้อมูลที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมความหลากหลายทางเพศ ประเทศไทยอยู่ภายใต้แผนพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable development goals) ของสหประชาชาติ การจัดเก็บรวบรวมข้อมูลและการกำหนดนโยบายที่ส่งเสริมความหลากหลายทางเพศจะทำให้ประเทศเรามีภาพลักษณ์ที่โปร่งใสมากขึ้น

(8) ศึกษาและสร้างความเข้าใจในเรื่องความหลากหลายทางเพศให้แก่คนในสังคม ต้องปลูกฝังตั้งแต่เด็กว่าเรื่องของความหลากหลายทางเพศเป็นเรื่องธรรมดา ไม่ใช่ความผิดปกติหรือความผิดพลาดที่จะต้องปรึกษาแพทย์

(9) การละเมิดสิทธิต้องมีการแก้ไข เยียวยา พ้นฟู และต้องดำเนินการจับกุมผู้ที่กระทำเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมให้ได้ โดยเฉพาะเมื่อการละเมิดสิทธินั้นมีลักษณะที่ร้ายแรงถึงขั้นหมายเอาชีวิต

(10) เน้นการมีส่วนร่วมของสังคมและบุคลากรทุกฝ่ายเพื่อสร้างพื้นที่สำหรับการทำความเข้าใจ การเอื้อเฟื้อ และการเคารพสิทธิระหว่างเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

กล่าวโดยสรุปแล้ว สังคมต้องมีความเข้าใจในภาพรวมว่า เรื่องของความหลากหลายทางเพศนั้นไม่ควรเป็นเรื่องทางอาญา สังคมควรสนับสนุนและสร้างมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ รวมถึงให้การรับรองอัตลักษณ์ทางเพศ และยกเลิกมุมมองแบบแพทย์ว่าความแตกต่างในเรื่องเพศเกิดจากปัญหาสุขภาพหรือความบกพร่องทางจิต และที่สำคัญที่สุด สังคมควรเปิดกว้างและสร้างพื้นที่ที่จะทำให้คนที่มีความแตกต่างสามารถอยู่ร่วมกันได้บนพื้นฐานของความเคารพระหว่างกันและกัน ไม่สร้างความเกลียดชัง การใช้ความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติระหว่างกัน ซึ่งนั่นถือเป็นเป้าหมายสูงสุดของการอยู่ร่วมกันบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศนั่นเอง

คำแนะนำสำหรับผู้เขียนบทความ

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4
2. พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. พิมพ์โดยใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม. และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า
6. มีความยาวของเนื้อหาไม่เกิน 30 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่กึ่งกลางของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา และให้กำกับด้วยสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ทั้งนี้ ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าตามจำนวนผู้เขียน โดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ** และ **Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความในบทคัดย่อและ Abstract ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ** และ **Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวข้อ** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย
6. **เนื้อเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
7. **ตัวเลข** ให้ใช้เลขอารบิกทั้งในกรณีเขียนเป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ
8. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้*

* / แทนการเว้นระยะห่าง 1 เคาะ

หนังสือ หรือตำรา

ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่างที่ 1: จิตติ ดิงศรัทย์, **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

ตัวอย่างที่ 2: หยุต แสงอุทัย, (ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ บรรณาธิการ), **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 89.

บทความในวารสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีของวารสาร,/ฉบับที่/(เดือนที่พิมพ์ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: รณกรณ์ บุญมี, “การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 46, 3 (กันยายน 2560): 647-663.

วิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 108.

รายงานวิจัย

ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/ เลขหน้า.

ตัวอย่าง: อานนท์ มาเม้า, **สถานะทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา**, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 88.

สารสนเทศบน Internet

ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์], วันเดือนปีที่อ้างอิง./แหล่งที่มาของข้อมูล.

ตัวอย่าง: ณิชกร วิจิตานนท์, การลอบสังหารในการเมืองอเมริกัน [ออนไลน์], 5 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

บทในหนังสือ หรือบทในตำรา

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ “ขึ้นชื่อว่าวิทยานิพนธ์ ทุกคนสามารถทำได้” ใน ยากยิ่งสิ่งเดียว วิทยานิพนธ์ทางกฎหมายหลากหลายทรรศนะ, บรรณาธิการโดย คุณพล จันทน์หอม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 140.

บทความในหนังสือพิมพ์ หรือบทความในนิตยสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ไทยรัฐ, “นาฬิกาเพื่อนทำพิษ ผอ.นิด้าโพลออก” ไทยรัฐ, 29 มกราคม 2561, หน้า 11.

เอกสารอื่น ๆ

ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” 5 กุมภาพันธ์ 2561.

สัมภาษณ์บุคคล

ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: วันชัย ศิริชนะ, อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, สัมภาษณ์, 5 กุมภาพันธ์ 2561.

กรณีอ้างอิงซ้ำ

(1) ถ้าไม่มีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

หากเป็นเอกสารภาษาไทยให้ใช้คำว่า “เรื่องเดียวกัน” ถ้าเป็นเอกสารภาษาต่างประเทศให้ใช้คำว่า “Ibid.”

อนึ่ง ถ้าเอกสารเรื่องเดียวกันนั้นมาจากเลขหน้าที่ต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไว้ด้วย เช่น “เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.” หรือ “Ibid., Page 9.”

(2) ถ้ามีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

ให้ตัดส่วนที่เป็นสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์ออกได้ เช่น

¹ จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

²

³ จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 18.

หมายเหตุ: (1) หากมีผู้เขียน ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี เกินกว่า 3 คนขึ้นไป ให้ใส่คำว่า “และคนอื่น ๆ” หรือ “and others” ตามหลังชื่อบุคคล เช่น “วิษณุ เครืองาม และคนอื่น ๆ,”

(2) หากไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี ให้เลื่อนรายการอื่น ๆ ขึ้นมาแทน

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย/ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/ชื่อบรรณาธิการ,/เลขหน้า./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.

- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือนที่พิมพ์/ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย. สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์]./แหล่งที่มา:/...,/ปีที่อ้างอิง/(เดือนที่อ้างอิง, วันที่อ้างอิง).

หลักเกณฑ์อื่น ๆ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน (รวมตลอดถึงการตีพิมพ์ในเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น หนังสืออาจารย์บูชา หนังสือรพี หนังสือพิมพ์ ฯลฯ และการเผยแพร่ในระบบออนไลน์ด้วย) อนึ่ง การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนบทความต้องจัดเตรียมต้นฉบับบทความตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับบทความอย่างเคร่งครัด

Submission Guidelines

Manuscript Format

1. Printed on A4 paper.
2. Printed with Microsoft Word for windows.
3. Printed by using font TH SarabunPSK.
4. Printed with the customized page layout: top 2.54 cm, bottom 2.54 cm, left 2.54 cm, and right 2.54 cm.
5. Printed with 1x line spacing.
6. Length of content shall not exceeding 30 pages (including bibliography).

Manuscript Preparation Details

1. The title centered on the page must be in both Thai and English. The first letter of the English title must be uppercase letter and 18 pt. bold.
2. The author's name must be in both Thai and English, aligned to the right side of the page, used 16 pt. bold letters, and marked with an asterisk (*) in order to identify the qualifications, academic positions. Please insert the details in the footnote at the bottom of the page in accordance with the number of authors and use TH SarabunPSK 14 pt. normal.
3. The term "abstract" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For content in the abstract, it must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal, with the first paragraph indented by 0.5 inches of the next line.
4. The term "Keywords" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. The selected keywords should be no more than three words aligned to the left edge of the page and typed with TH SarabunPSK 16 pt. normal.
5. The headline must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold and aligned to the left edge of the page.
6. The contents must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal with the Thai-style distribution. The first line of every paragraph must be indented 0.5 inches of the next line.

7. The numbers must be used in Arabic, in case of writing in both Thai and foreign languages.

8. The footnotes must be used TH SarabunPSK 14 pt. normal in the following format*

Book or Textbook

Author,/Title,/Edition/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example 1: Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Division 2, Part 1**, 8th Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

Example 2: Yut Sanguthai, (Twekiat Menakanist Editor), **Criminal Law Division 2-3**, 11th Edition (Bangkok: Thammasat University, 2013), Page 89.

Journal article

Author of Article,/" Title of Article,"/Journal title/Year of journal,/Issue/(Month of publication Year of publication):/Page Number

Example: Ronnakorn Bunmee, " Rape by deception: An Analysis of the Supreme Court Judgement 1 0 0 0 7 / 2 5 5 7 and other actions," **Thammsat University Law Journal** 46, 3 (September 2017): 647-663.

Thesis

Author,/" Thesis Title,"/(Thesis Level,/Subject, or Department,/Faculty,/Name of Institution,/ Year of publication),/Page Number.

Example: Chitchanok Phansuwan, " Offense of rape and obscene: A study of the law of three sals to the Penal Code," (Master thesis in Law Faculty of Law Faculty of Law Chulalongkorn University, 2005), Page 108.

* / as pressing space bar 1 time

Research Report

Name of the Researcher,/Title of the Research Report,/Name of the Research Funding Organization/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example: Arnon Mamout, **Property Status of the Office of the Welfare Promotion Commission for Teachers and Education Personnel**, Thammasat University (Bangkok: Thammasat University, 2017), Page 88.

Internet Resources

Author,/Title/[Online],Date Month Year of Reference./Source of Information.

Example: Nuttakorn Vititanon, **Assassination in American Politics** [Online], 5 February 2018. Source: <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

Chapter in a Book

Author,/“ Title of the Article,” /in/Title,/Edited by/.../Edition/(Place of publication:/Publisher, /Year of Publication),/Page Number

Example: Wiwat Damrongkulnan “ Reputed as thesis everyone can do this” in **The hardest thing to do: legal thesis in various perspectives**, Edited by Kanapol Chanhom, 1st edition (Bangkok: Winyuchon, 2018), Page 140.

Article in Newspaper or Magazine

Author of the Article,/“ Name of the Article,” /Title of the Newspaper or Magazine,/Date Month Year,/Page Number.

Example: Thairath, “ The case of friend watch cause director of NIDA poll quit the job” Thairath, 29 January 2018, 2, Page 11.

Other Documents

Agency Name,/"Document Name,"/Date Month Year.

Example: Office of the Council of State, "Hearing on the Draft Amendment to Criminal Code (No. ...), B.E. ... (Sexual Offenses)," 5 February 2018.

Interview

Name of Interviewee,/Executive Position (If any),/Interview,/Date Month Year.

Example: Vanchai Sirichana, President of Mae Fah Luang University, interview, 5 February 2018.

Repeated reference

(1) If no other reference is made between them, the word "Ibid." shall be used.

Incidentally, if the same document comes from a different page number, please include such page numbers such as "Ibid., Page 9."

(2) If there are other references between them, the print location, publisher, and year of printing can be cut off. For instance,

¹ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, 8th Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

²

³ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, Page 18.

Note: (1) If there are more than 3 authors, translators or editors, please include the words "and others" after the person's name, such as "Wisanu Kruangam and others,"

(2) If there is no name of author, translator or editor, please start with other details.

Bibliography

The word “bibliography” shall be centered on the page and used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For the content, please use TH SarabunPSK 16 pt. normal in the following format:

- Author./Title./Edition/Place of Publication:/Publisher,/Year of publication.
- Author./Title./Translated by/Translator./Place of Publication:/Publisher, /Year of publication.
- Author of the Article./“ Title of the article.” /in/Title,/Edited by/Editor Name,/Page Number.
- Author of the Article./“ Title of the article.” /Journal Title/Year of issue,/Issue/(Month of Publication/Year of Publication):/Page Number.
- Author of the Article./“ Name of the Article.” /Name of the Newspaper or Magazine,/Month, Year/Page Number.
- Author of the Thesis./Thesis Level,/Department,/Faculty,/Name of Institution,/Year of Publication.
- Researcher Name/Research Title./Name of the Research Funding Organization/Place of publication:/Publisher,/Year of publication.
- Name of Agency./“Name of document.”/Date Month Year.
- Name of Interviewee./Executive Position (if any)./interview,/month
- Name of Lecturer./“ Subject of the Lecture.” /Name of the Conference and the Institution (If any)./Location,/Date Month Year.
- Author/Title/[online]./Source:/...,/Reference year/(Reference month, Reference date).

Other guidelines

1. The manuscript submitted for publication must be an article that has never been published in any of the journals (including those published in other documents, such as Ajarya books, books, Raphi books, newspapers, and online publications). Republishing the article is the responsibility of the author.

2 . The article submitted for publication must not in the process of reviewing in other journals.

3. The article submitted for publication must not cut or copy from any article, book, textbook, or research without permission or lack of proper reference.

4. The article submitted for publication must have academic value.

5 . The author of the article must strictly prepare the manuscript according to the format and the details of the submission preparation.

ใบนำส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ลงในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เรียน บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

วุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ

ตำแหน่งงาน หน่วยงาน

ขอส่ง ☐ บทความวิชาการ ☐ บทความวิจัย ☐ วิเคราะห์คำตัดสินศาล ☐ วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย

☐ วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย ☐ ปกป้องกฎหมาย ☐ แนะนำหนังสือกฎหมาย ☐ อื่น ๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย)

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ)

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย)

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ)

ที่อยู่ติดต่อได้สะดวก (สำหรับจัดส่งวารสาร)

โทรศัพท์ โทรสาร โทรศัพท์มือถือ

E-mail

- ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้
- ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว
 - ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ข้างต้น
 - ☐ เป็นบทความที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน
 - ☐ ข้าพเจ้าจะไม่นำบทความนี้ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันที่ข้าพเจ้าส่งบทความนี้

(ลงชื่อ).....

(.....)

วันเดือนปีที่ส่งบทความ...../...../.....

Manuscript Submission Form to Mah Fah Luang University Law Journal

To The Editor of Mah Fah Luang University Law Journal

I (Mr./Mrs./Miss).....

Academic Qualification Academic Position

Job Position Agency

Submit ☐ Academic Article ☐ Research Article ☐ Analysis of Judicial Decision

☐ Analysis of Legal Exam Question ☐ Analysis of Legal Opinion ☐ Legal Miscellaneous

☐ Law Book Recommendation ☐ Others

Title (in Thai)

.....

Title (in English)

.....

All Authors (in Thai)

.....

All Authors (in English)

.....

Corresponding Address (for journal delivery)

.....

.....

Phone Fax Mobile Phone

E-mail

I hereby certify that ☐ This article is solely my own work.

☐ This article is a work of mine and co-authors as stated above.

☐ This article has never been published.

☐ I will not submit this article for publication in other journals
within 60 days from the date that I submit this article.

(Sign).....

(.....)

Date Month Year of Submission...../...../.....