

บทบรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์ฉบับนี้ เป็นฉบับปฐมฤกษ์ของกองบรรณาธิการปีที่ 39 (พ.ศ. 2553) มีบทความค่อนข้างจะหลากหลายและยังไม่มีเนื้อหาที่เป็นแก่นของเล่ม ได้รับความกรุณาจากผู้เขียนส่งบทความที่มีคุณภาพมาให้คัดเลือกลงพิมพ์มากมาย

บทความในฉบับนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับระบบดิจิทัลอยู่สองบทความเป็นบทความภาษาอังกฤษที่โดดเด่นทันสมัย บทความแรกเขียนถึงข้อยกเว้นการใช้งานส่วนบุคคลในอนุสัญญากรุงเบิร์น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักบันไดสามชั้นในมาตรา 9(2) ของอนุสัญญาดังกล่าวยังไม่ชัดเจนทำให้การปรับใช้ไม่มีประสิทธิภาพ จึงควรแก้ไขให้ชัดเจนขึ้นเพื่อเป็นต้นแบบให้ประเทศภาคีสมาชิก บทความที่สองเขียนเรื่องรูปแบบและดิจิทัล พิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ผู้เขียนได้พูดถึงกิจกรรมในรูปแบบใหม่ของดิจิทัล ซึ่งมีปัญหาเรื่องความรับผิดชอบในการละเมิดลิขสิทธิ์โดยศึกษาเปรียบเทียบการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศและได้สรุปว่าในภาพรวมร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมของไทยเดินไปในทิศทางถูกต้องแล้ว แม้จะมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง ซึ่งผู้เขียนก็ได้เสนอแนะการแก้ไขเอาไว้ อีกสองบทความก็น่าสนใจอย่างยิ่งโดยเฉพาะในสถานการณ์บ้านเมืองของเราขณะนี้เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ อันได้แก่เรื่องการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนซึ่งจะต้องไม่เสียค่าใช้จ่ายและเสียเวลามากไป ส่วนอีกบทความเป็นเรื่องการตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยผู้เขียนได้อธิบายว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะกระทบต่อสิทธิมนุษยชนมีลักษณะใดบ้าง และการจะไม่มีผลใช้บังคับนั้นจะต้องมีปัญหาก็เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งได้เสนอแนะแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญควรจะใช้เมื่อมีประเด็นความชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น นอกจากกลุ่มบทความนี้แล้วยังมีบทความที่ตั้งคำถามเกี่ยวกับ ส.ป.ก. 4 -01 ว่าเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือไม่ ซึ่งคำตอบของผู้เขียนคือมิใช่ ด้วยเหตุผลที่ พ.ร.บ. การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมแสดงให้เห็นว่ารัฐยังหวงกันที่ดินอยู่ไม่ปล่อยกรรมสิทธิ์เด็ดขาดไป ส่วนบทความเรื่องสิทธิของคู่สมรสในสิทธิบัตรได้สรุปจากงานวิจัยว่าสิทธิบัตรเป็นสินสมรส และควรที่จะเพิ่มเติมบทบัญญัติการใช้สิทธิของคู่สมรสในกฎหมายสิทธิบัตร การแบ่งผลประโยชน์ในการใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม บทความ

สุดท้ายของเล่มได้แก่ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ใช้อำนาจปกครองที่ละเว้นหน้าที่ดูแลผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งไม่มีบทลงโทษโดยตรงในกฎหมายไทยแต่ผู้เขียนก็ชี้ให้เห็นว่าประเทศฝรั่งเศสก็มีแนวโน้มจะไม่ใช้การลงโทษในลักษณะนี้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครอง แต่หันไปใช้วิธีการอื่น เช่น การจัดอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบให้แก่บิดามารดา หรือการจัดหน่วยงานที่ปรึกษาทางครอบครัวแทน

ส่วนคอลัมน์ประจำของเล่มก็มีฎีกาวิเคราะห์และปณิณฑฎีกา โดยมีการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาล่าสุดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในคดีอาญา ซึ่งน่าสนใจตรงที่เป็นฎีกาที่จะสร้างบรรทัดฐานใหม่กลับบรรทัดฐานเดิม ทั้งผู้วิเคราะห์สนับสนุนเหตุผลของศาลในฎีกาฉบับนี้โดยได้แสดงเหตุผลประกอบไว้ถึงหกประการ ส่วนปณิณฑฎีกานั้นเล่าก็ได้ตั้งคำถามที่น่าสนใจว่า ปกติถ้าชาวบ้านมีเรื่องกับใครก็ต้องฟ้องศาล แต่ถ้ามีเรื่องเกี่ยวกับศาลเข้าล่ะจะหันหน้าไปฟ้องใคร? ซึ่งผู้เขียนก็ให้ทางออกกฎหมายทางหนึ่งไว้ว่าน่าจะฟ้อง ป.ป.ช. ได้

บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 39 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2553)

สารบัญ

บทความ

"ส.ป.ก. 4-01" เป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือไม่.....	วรุฒิ เทพทอง.....	1
สิทธิของกลุ่มสมรสในสิทธิบัตร.....	วินัย ล้ำเลิศ.....	12
การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน.....	สุนทร เฉลิมสันต์.....	25
การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน.....	บรรเจิด สิงคะเนติ.....	33
ความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดาที่เกิดจากการ ละเว้นหน้าที่ในการปกครองดูแลผู้เยาว์ตามกฎหมาย ของประเทศฝรั่งเศส.....	เอมผกา เตชะอภัยคุณ..... และระณกรณ์ บุญมี	57
การทบทวนข้อยกเว้นการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล ภายใต้หลักบันไดสามขั้นของอนุสัญญากรุงเบิร์น ในสภาพแวดล้อมที่เป็นดิจิทัล.....	วริยา ล้ำเลิศ.....	96
การใช้รูปแบบดิจิทัลและการก้าวสู่วาระดิจิทัลในกฎหมายว่าด้วย ลิขสิทธิ์ของไทย.....	พินัย ณ นคร.....	115

ฎีกาวิเคราะห์

คำพิพากษาฎีกาที่ 3952/2551.....	ปกป้อง ศรีสนิท.....	157
---------------------------------	---------------------	-----

ปกิณกะกฎหมาย

ป.ป.ช. ตรวจสอบศาล !!!.....	ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ.....	164
----------------------------	---------------------------	-----

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 39 No. 1 (March 2010)

CONTENTS

Articles

ALRO 4-01 Is It an Indenture Document ?	<i>Voravuth Thaptong</i>	1
Spouses' Right in Patent	<i>Winai Lamlert</i>	12
Right to Access to Justice	<i>Soontorn Chalermson</i>	25
The Constitutionality of the Provision of Law affecting Human Rights	<i>Banjerd Singkaneti</i>	33
Parents' Criminal Liabilities Derived from Breach of Parental Authorities according to French Law	<i>Aimpaga Techa-apikun</i>	57
	<i>and Ronnakorn Bunmee</i>	
Rethinking of the Exception for Individual Use of the Berne Convention in the Digital Environment	<i>Wariya Lamlert</i>	96
Digitalisation and Movement Towards the Digital Agenda in the Context of Copyright Law of Thailand	<i>Pinai Nanakorn</i>	115

Case Notes

Supreme Court Decision Number 3952/2551	<i>Pokpong Srisanit</i>	157
---	-------------------------------	-----

Legal Varieties

The National Counter Corruption Commission and the Discretion of the Judge	<i>Twekiat Menakanist</i>	164
---	---------------------------------	-----

“ส.ป.ก. 4-01” เป็นเอกสาร แสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือไม่

วรวิฑูรี เทพทอง *

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 36 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ใดๆ ที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้หรือได้มาโดยประการอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมไม่ให้ถือว่าเป็นที่ราชพัสดุและให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เพื่อใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม” ซึ่งการที่ ส.ป.ก. (สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม) ได้ที่ดินมาตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้น กฎหมายมุ่งประสงค์เพียงให้ ส.ป.ก. เอาที่ดินนั้นมาดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม มิได้มุ่งหมายให้ ส.ป.ก. มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินในกรณีทั่วไป การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวของ ส.ป.ก. จึงไม่ใช่การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และเมื่อ ส.ป.ก. ได้จัดที่ดินให้บุคคลใดเข้าทำประโยชน์โดยมอบเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 ให้แล้ว ก็ถือไม่ได้ว่าการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินของบุคคลนั้นเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เช่นกัน พระราชบัญญัติดังกล่าวยังจำกัดสิทธิในที่ดินซึ่งบุคคลได้รับสิทธิมาโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม โดยจำกัดการโอนที่ดินนั้น ไม่ปล่อยให้บุคคลใดได้เป็นเจ้าของที่ดินนั้น บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินนั้น ที่ดินที่บุคคลได้รับสิทธิมาโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจึงเป็นของรัฐอยู่ บุคคลดังกล่าวจึงยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นไม่ว่าจะตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คงมีเพียงสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดินนั้นเท่านั้น ดังนั้น เอกสาร “ส.ป.ก. 4-01”

* รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ดังกล่าวจึงมิใช่เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่เป็นเพียงหนังสืออนุญาตให้บุคคลเข้าทำประโยชน์ในที่ดินของรัฐซึ่งอยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเท่านั้น

Abstract

Section 36 bis , paragraph 1 of the Agricultural Land Reform Act B.E. 2518 provides that the “Land or real property which ALRO possess by virtue of the Act or by other mean for the purpose of agricultural land reform shall not be considered as the Treasury land and the ownership belongs to the ALRO for the purpose of agricultural reform”

Agricultural Land Reform Office owns the land by virtue of the above-mentioned Act. Its intention is to empower the ALRO to reform the land. So the ALRO does not possess any right of ownership over the land. Thus, ownership of ALRO over the land does not come under the cover of Section 3 (2) of the Land Code Act. When the ALRO manage the land for a person for exploitation by giving document ALRO 4-01 , it cannot be infer that the right over the land is the right of ownership under Section 3(2) of the Land Code Act. The Act also restricts some right over the land which a person possess from agricultural land reform by inclining that land, not an absolute ownership. Those lands belong to the state. Neither the Land Code Act nor the Civil and Commercial Code ordain the right of ownership over such land. He has only the right of possession. ALRO is not an indenture document. It permits a person to occupy state real property under agricultural land reform.

ความเป็นมาของปัญหา

ประเทศไทยเป็นประเทศเกษตรกรรม ประชาชนส่วนใหญ่มีอาชีพในการเกษตร และปรากฏในปัจจุบันว่าเกษตรกรส่วนใหญ่ยังประสบปัญหายากจน ไม่มีที่ดินทำกินเป็นของตนเองต้องเช่าที่ดินของผู้อื่น รัฐได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการปฏิรูปที่ดินเพื่อช่วยให้เกษตรกรมีที่ดินทำกินและให้การใช้ที่ดินเกิดประโยชน์มากที่สุด ลดความเหลื่อมล้ำในฐานะของบุคคลในทางเศรษฐกิจและสังคมด้วยการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ขึ้นมาบังคับใช้ โดยให้จัดตั้งสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมขึ้นในกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เรียกโดยย่อว่า “ส.ป.ก.”¹ เป็นทบวงการเมืองมีฐานะเทียบเท่ากรม โดยมีเลขาธิการสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเป็นหัวหน้าสำนักงาน² ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดไว้ว่า บรรดาที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ใดๆ ที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ หรือได้มาโดยประการอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ไม่ให้ถือว่าเป็นที่ราชพัสดุและให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เพื่อใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม³ ส่วนการที่บุคคลใดจะได้รับสิทธิในที่ดินโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้นจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และเมื่อบุคคลใดได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมดังกล่าวแล้วก็จะได้รับเอกสาร “ส.ป.ก. 4-01” อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดไว้ว่า เอกสาร “ส.ป.ก. 4-01” เป็นเอกสารแสดงสิทธิในที่ดินประเภทใด จึงต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดว่า ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้ถือว่าเป็นของรัฐ⁴ และบุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในกรณีต่อไปนี้ (1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ หรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้ (2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือกฎหมายอื่น⁵ จึงมีปัญหาวว่า เอกสาร “ส.ป.ก. 4-01” โดยบุคคลซึ่งได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมดังกล่าว โดยได้รับเอกสาร “ส.ป.ก. 4-01” มานั้นเป็นการได้มาซึ่งเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่น ตามความหมายของประมวล

¹ โปรดดู พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 6

² เพิ่งอ้าง, มาตรา 7

³ เพิ่งอ้าง, มาตรา 36 ทวิ วรรคหนึ่ง

⁴ โปรดดู ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 2

⁵ เพิ่งอ้าง, มาตรา 3

กฎหมายที่ดินหรือไม่ เนื่องจากหากบุคคลดังกล่าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นแล้ว ย่อมมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนในฐานะเจ้าของได้⁶

ประเด็นปัญหา

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ว่า เอกสาร “ส.ป.ก. 4-01” ดังกล่าวนั้นเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือไม่ อย่างไร โดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การที่ ส.ป.ก. ได้ที่ดินมาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้น เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาตามกฎหมายอื่นตามความหมายของประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 (2) หรือไม่ และบุคคลซึ่งได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมโดยได้รับเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 มาแล้วนั้น เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม่ อย่างไร

ประเด็นแรก การที่ ส.ป.ก. ได้ที่ดินมาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้น เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาตามกฎหมายอื่นตามความหมายของประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 (2) หรือไม่

ในประเด็นปัญหานี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1022/2544 ว่า “ที่ดินที่ ส.ป.ก. อนุญาตให้ราษฎรเข้าทำประโยชน์อันเป็นที่ดินที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ส.ป.ก. จะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์โดยไม่ตกเป็นที่ราชพัสดุ ตามมาตรา 36 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้น เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาตามกฎหมายอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 (2) จึงไม่ใช่ป่า ตามความหมายของมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 การตัดและทอนต้นมะม่วงป่าอันเป็นไม้หวงห้ามประเภท ก. ในที่ดินที่ ส.ป.ก. อนุญาตให้จำเลยที่ 2 เข้าทำประโยชน์ซึ่งไม่ใช่ป่าก็จะเป็นการทำไม้ตามความหมายของมาตรา 4 (5) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484”

เห็นได้ว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยในคดีนี้ว่า ที่ดินที่ ส.ป.ก. ได้มาตามมาตรา 36 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518⁷ นั้น เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาตามกฎหมายอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 (2)

⁶ ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁷ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 36 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาที่ดิน หรือ อสังหาริมทรัพย์ใดๆ ที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ หรือได้มาโดยประการอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ไม่ให้ถือว่าเป็นที่ราชพัสดุ และให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เพื่อใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม...”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว กรมป่าไม้ได้มีหนังสือขอหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา⁸ ให้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า ที่ดินที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้น เป็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาตามกฎหมายอื่น ตามมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินหรือไม่ อย่างไร คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ว่า⁹ “การที่มาตรา 36 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 กำหนดให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่ ส.ป.ก. ได้มานั้น กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้ ส.ป.ก. ถือสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวเพื่อให้เอาที่ดินนั้นมาดำเนินการปฏิรูปที่ดิน มิได้มุ่งหมายจะให้ ส.ป.ก. มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินในกรณีทั่วไปซึ่งเจ้าของทรัพย์สินนั้นมีอำนาจใช้สอย จำหน่ายหรือดำเนินการใดๆ ต่อทรัพย์สินนั้นตามที่มาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ นอกจากนี้การถือกรรมสิทธิ์ตามนัยมาตรา 36 ทวิ ข้างต้น ไม่อาจถือเป็นการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินเช่นกัน เพราะบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีที่บุคคลได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินมาโดยการจัดที่ดินของรัฐ บุคคลในกรณีนี้จึงหมายถึงผู้ซึ่งได้รับการจัดสรรที่ดินจากรัฐหรือผู้ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยผลของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายเฉพาะอื่นๆ และตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ที่บัญญัติว่า “ป่า” หมายความว่า ที่ดินที่ยังมิได้มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) ได้เคยวินิจฉัยความหมายของคำว่า “บุคคล” ตามมาตรา 4 (1) นี้เป็นบรรทัดฐานไว้แล้วในเรื่องเสรีที่ 294/2534 ว่าหมายถึง บุคคลที่เป็นเอกชน มิใช่หมายถึงหน่วยงานของรัฐ หรือถ้าเป็นหน่วยงานของรัฐก็ต้องเป็นหน่วยงานของรัฐในฐานะเอกชน กรณีหน่วยงานของรัฐเป็นเจ้าของที่ดินหรือได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนของรัฐบาลก็ถือว่าเป็นเรื่องรัฐได้ที่ดินมา มิใช่เป็นเรื่องบุคคลได้มาตามนัยมาตรา 4 (1) การถือกรรมสิทธิ์ของ ส.ป.ก. จึงมิใช่เป็นกรณีที่บุคคลได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายที่ดินตามนัยมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ดังนั้น ที่ดินที่ ส.ป.ก. ได้มาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 จึงมิใช่การได้มากรรมสิทธิ์ในที่ดินมาตามกฎหมายอื่นตามที่กำหนดในมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน”

⁸ ตามหนังสือด่วนที่สุด ที่ ทส 1610/3364 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2548 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

⁹ ผู้สนใจโปรดดูบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หรือข้อกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ในพื้นที่ปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (เรื่องเสรีที่ 791/2548)

ในประเด็นเดียวกันนี้ อัยการสูงสุดเคยวินิจฉัยไว้ในคำชี้ขาดความเห็นแย้งที่ **282/2549** สรุปสาระสำคัญได้ว่า “การที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ดำเนินการปฏิรูปที่ดินซึ่งอยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติและมีการออก ส.ป.ก. 4-01 ให้แก่ราษฎร ย่อมถือว่าที่ดินนั้นได้ถูกเพิกถอนจากสภาพการเป็นป่าสงวนแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 26 (4) ที่ดินดังกล่าวจึงมิใช่ป่าสงวนแห่งชาติอีกต่อไป ส่วนการที่พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 36 ทวิ บัญญัติให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือสิทธิในที่ดินนั้น กฎหมายมุ่งประสงค์เพียงให้ ส.ป.ก. เอาที่ดินนั้นมาดำเนินการปฏิรูปที่ดิน มิได้มุ่งหมายให้ ส.ป.ก. มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินในกรณีทั่วไป การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวของ ส.ป.ก. จึงไม่ใช่การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่น ตามมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ดินนั้นจึงเป็นที่ดินที่ยังไม่ได้มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 4 (1)

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ **8371/2551** วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 36 ทวิ วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ใดๆ ที่ได้มาก็เพื่อนำไปใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม มิได้มุ่งหมายให้ ส.ป.ก. มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินทั่วไปที่มีสิทธิใช้สอย จำหน่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 เมื่อที่ดินพิพาทเดิมเป็นป่าสงวนแห่งชาติเป็นที่ดินของรัฐ แม้ถูกเพิกถอนสภาพจากการเป็นป่าสงวนแห่งชาติอันเนื่องมาจากการดำเนินการตาม พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 26 (4) ก็ตาม ก็ยังคงเป็นที่ดินของรัฐอยู่ เพียงแต่เปลี่ยนประเภทของที่ดินวัตถุประสงค์และการใช้ประโยชน์ในที่ดินและเปลี่ยนหน่วยงานของรัฐผู้ดูแลจากกรมป่าไม้เป็น ส.ป.ก. โดยให้ ส.ป.ก. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เพื่อใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา 36 ทวิ ที่ดินพิพาทยังคงเป็นที่ดินของรัฐตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 2 ไม่อาจถือได้ว่า ส.ป.ก. เป็นบุคคลผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทตามกฎหมายอื่นตามความหมายของ ป. ที่ดิน มาตรา 3 (2) ที่ดินพิพาทยังเป็นที่ดินที่มีได้มีบุคคลใดได้มาตามกฎหมายที่ดิน การที่ ส.ป.ก. ออกเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 ก. จัดสรรในที่ดินของรัฐให้แก่เกษตรกร จึงเป็นเพียงหนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่อยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเท่านั้น ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของที่ดินนั้น ดังนั้น ที่ ส. ได้ที่ดินที่มีเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 ก. ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามที่บัญญัติในมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ดินดังกล่าวจึงยังมีได้มีบุคคลได้มาตามประมวลกฎหมายที่ดิน และยังคงเป็นป่าตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 การที่จำเลยที่ 1 ตัด

พื้นที่ดิน ส.ป.ก. 4-01 ก. ของ ส. โดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงเป็นความผิดฐานทำไม้หวงห้ามโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484”

เห็นได้ว่า ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา อัยการสูงสุดในคำชี้ขาดความเห็นแย้งที่ 282/2549 และศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8371/2551 ข้างต้น เห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า การที่ ส.ป.ก. ได้ที่ดินมาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้น กฎหมายมุ่งประสงค์เพียงให้ ส.ป.ก. เอาที่ดินนั้นมาดำเนินการปฏิรูปที่ดินมิได้มุ่งหมายให้ ส.ป.ก. มีกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินในกรณีทั่วไป การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวของ ส.ป.ก. จึงไม่ใช่การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วย โดยเห็นว่า ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 กำหนดให้บุคคลอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ¹⁰ เช่น ได้มาซึ่งโฉนดแผนที่ซึ่งออกตามประกาศพระบรมราชโองการให้ออกโฉนดที่ดินมณฑลกรุงเก่าและกรุงเทพ ร.ศ. 120 และพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) ได้มาซึ่งโฉนดตราจองซึ่งออกตามพระราชบัญญัติออกตราจองชั่วคราว ร.ศ. 121 แล้วต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจอง ร.ศ. 124 มีเฉพาะในเขตมณฑลพิษณุโลก (ในขณะนั้น) ได้แก่ จังหวัดพิษณุโลก จังหวัดสุโขทัย จังหวัดอุตรดิตถ์ และจังหวัดพิจิตร หรือได้มาซึ่งตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ.2479 รวมทั้งการได้มาซึ่งที่ดินอันเป็นที่บ้านที่สวน ตามบทที่ 42 แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ซึ่งใช้อยู่ก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ¹¹

(2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน กล่าวคือเป็นการได้มาซึ่งโฉนดที่ดินโดยมีบุคคลที่อาจได้มาซึ่งโฉนดที่ดินหลายประเภท เช่น ผู้ซึ่งมีหลักฐานการแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.1) ผู้ที่มีใบจอง ผู้ที่มีใบเหี้ยบย่ำ ผู้ที่มีโฉนดตราจอง ผู้ที่มีตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หรือผู้ที่มีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการจัดการที่ดินเพื่อการครองชีพ เป็นต้น¹²

¹⁰ ประมวลกฎหมายที่ดินมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497 เป็นต้นไป

¹¹ วรุณี เทพทอง, คำอธิบายหลักกฎหมายที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550), หน้า 19

¹² มาตรา 58 ทวิ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

(3) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ เช่น ได้มาซึ่งหนังสือแสดงการทำประโยชน์จากเจ้าหน้าที่ของกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ เมื่อบุคคลนั้นได้ครอบครองและทำประโยชน์ครบหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ.2511¹³ จนกระทั่งได้รับโฉนดที่ดินตามมาตรา 12 ดังกล่าวแล้วด้วย

(4) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายอื่น เช่น ได้มาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ โดยการซื้อ แลกเปลี่ยน รับให้ หรือครอบครองปรปักษ์ หรือได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งผู้ประกอบการอุตสาหกรรมและผู้ประกอบการค้าเพื่อการส่งออกอาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในนิคมอุตสาหกรรมหรือในเขตอุตสาหกรรมส่งออก แล้วแต่กรณี เพื่อประกอบกิจการได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการนิคมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

ดังนั้นแล้ว การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ ส.ป.ก. ซึ่งเป็นทบวงการเมืองมีฐานะเทียบเท่ากรม¹⁴ เป็นหน่วยงานของรัฐอันเป็นนิติบุคคลมหาชนได้มาตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 หรือได้มาโดยประการอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม¹⁵ นั้น จึงมิใช่เป็นการที่บุคคลได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่น ตามความหมายของบทบัญญัติมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินดังกล่าว ซึ่งต้องถือว่าที่ดินนั้นยังคงเป็นของรัฐอยู่ ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินที่บัญญัติว่า “ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้ถือว่าเป็นของรัฐ”

ส่วนประเด็นสืบเนื่องต่อไปมีว่า บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม โดยได้รับเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 มาแล้ว นั้น จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการได้มาซึ่ง

¹³ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 บัญญัติไว้ว่า

“ภายในห้าปีนับแต่วันที่ได้รับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดิน ผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะโอนที่ดินนั้นไปยังผู้อื่นไม่ได้ นอกจากการตกทอดโดยทางมรดกหรือโอนไปยังสหกรณ์ที่ตนเป็นสมาชิกอยู่แล้ว

ภายในกำหนดระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง ที่ดินนั้นไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี”

¹⁴ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

¹⁵ “การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม” ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 4 บัญญัติความหมายไว้ว่าหมายความว่า การปรับปรุงเกี่ยวกับสิทธิและการถือครองในที่ดินเพื่อเกษตรกรรม รวมตลอดถึงการการจัดที่อยู่อาศัยในที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้น โดยรัฐนำที่ดินของรัฐหรือที่ดินที่รัฐจัดซื้อหรือเวนคืนจากเจ้าของที่ดินซึ่งมิได้ทำประโยชน์ในที่ดินนั้นด้วยตนเองหรือมีที่ดินเกินสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อจัดให้แก่เกษตรกรผู้ไม่มีที่ดินของตนเองหรือเกษตรกรที่มีที่ดินเล็กน้อยไม่เพียงพอแก่การครองชีพ และสถาบันเกษตรกรได้เช่าซื้อ เช่า หรือเข้าทำประโยชน์โดยรัฐให้ความช่วยเหลือในการพัฒนาอาชีพเกษตรกรรม การปรับปรุงทรัพยากรและปัจจัยการผลิต ตลอดจนการผลิตและการจำหน่ายให้เกิดผลดียิ่งขึ้น

กรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

ประเด็นที่สอง บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมโดยได้รับเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 มาแล้วนั้น เป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยข้อหาหรือของกรมป่าไม้¹⁶ ในประเด็นที่ว่า ที่ดินที่ ส.ป.ก. รับไปดำเนินการจัดปฏิรูป และ ส.ป.ก. ได้จัดที่ดินให้เกษตรกรเข้าทำประโยชน์ และมีเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 แล้ว ที่ดินส่วนนั้นจะเป็น “ป่า” ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 หรือไม่ อย่างไรนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า “มาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 บัญญัติว่า “ป่า” หมายความว่าที่ดินที่ยังมิได้มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน และมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในกรณีดังต่อไปนี้... ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือกฎหมายอื่น และตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 นั้น เอกสาร ส.ป.ก. 4-01 เป็นเพียงหนังสืออนุญาตให้บุคคลเข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่อยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเท่านั้น ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของที่ดินนั้น การได้ที่ดินที่มีเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 จึงยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นตามที่กำหนดในมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ดินดังกล่าวจึงยังคงเป็น “ป่า” ตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484

เปรียบเทียบกับโฉนดที่ดินที่ออกสืบเนื่องจากใบจอง

ใบจองเป็นเอกสารที่รัฐออกให้แก่ราษฎรเพื่อแสดงว่าราษฎรนั้นมีสิทธิครอบครองที่ดินของรัฐชั่วคราว ทั้งนี้เพื่อให้ราษฎรได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นเป็นที่อยู่อาศัยและทำมาหากินเลี้ยงชีพ ซึ่งผู้ที่มีใบจองเมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว กล่าวคือ ต้องเริ่มทำประโยชน์ในที่ดินนั้นภายในเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ได้มาซึ่งใบจองและทำประโยชน์ในที่ดินนั้นให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาสามปี ก็จะได้โฉนดที่ดินต่อไป อย่างไรก็ตาม เมื่อราษฎรผู้ที่มีใบจองได้โฉนดที่ดินมาแล้ว โฉนดที่ดินนั้นอาจถูกห้ามโอนเป็นระยะเวลาตามที่ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 31 กำหนดไว้ คือห้าปีหรือสิบปีแล้วแต่กรณี ทั้งนี้โดยมีเจตนารมณ์ที่จะปกป้องราษฎรผู้ได้สิทธิในที่ดินนั้น ได้มีที่ดินไว้ทำกินเป็นเวลาอย่างน้อยตามที่

¹⁶ ตามหนังสือด่วนที่สุด ที่ ทส 1610/3364 , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9 , ซึ่งเป็นประเด็นที่สาม

กฎหมายบัญญัติ¹⁷ ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 31 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน บัญญัติขึ้นโดยมุ่งหมายที่จะให้ผู้ได้รับสิทธิในที่ดินได้มีที่ดินไว้ทำกินตลอดไปถึงลูกหลานหรือทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกตามกฎหมายและเพื่อป้องกันมิให้ผู้ได้มาโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินไปให้บุคคลอื่นได้โดยง่าย (นัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6855/2541) และภายในระยะเวลาดังกล่าวทางราชการยังคงควบคุมที่ดินนั้นอยู่ มิได้ปล่อยให้เป็นที่ดินที่เด็ดขาดแก่ผู้ครอบครองจนกว่าจะพ้นระยะเวลาที่อยู่ในบังคับห้ามโอน (นัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6532/2544)

ความเห็นของผู้เขียน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 39 ซึ่งบัญญัติว่า “ที่ดินที่บุคคลได้รับสิทธิโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจะทำการแบ่งแยก หรือโอนสิทธิในที่ดินนั้นไปยังผู้อื่นมิได้ เว้นแต่เป็นการตกทอดทางมรดกแก่ทายาทโดยธรรม หรือโอนไปยังสถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” เห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่ได้ที่ดินโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม แต่ก็ยังจำกัดสิทธิดังกล่าวโดยจำกัดการโอนที่ดินนั้น เว้นแต่เป็นการโอนโดยทางมรดกเฉพาะกรณีที่เกิดทอดแก่ทายาทโดยธรรมเท่านั้นซึ่งไม่รวมถึงการโอนทางมรดกโดยทางพินัยกรรม หรือโอนไปยังสถาบันเกษตรกรซึ่งหมายความถึง กลุ่มเกษตรกรสหกรณ์การเกษตรตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์¹⁸ หรือโอนให้แก่ ส.ป.ก. เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และเมื่อพิจารณามาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว พบว่ากฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม กำหนดระเบียบการให้เกษตรกรและสถาบันเกษตรกร ผู้ได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินและปฏิบัติตามแผนการผลิตและการจำหน่ายผลิตผลเกษตรกรรม¹⁹ ตลอดจนกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการประกอบเกษตรกรรม หรือการทำประโยชน์ หรือกิจการอื่นๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินได้²⁰ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการที่รัฐยังหวงกันที่ดินที่นำมาใช้ในการดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมอยู่นั้นเอง ยังไม่ปล่อยให้เป็นที่ดินที่เด็ดขาดแก่บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินโดย

¹⁷ วรุณี เทพทอง, “การห้ามโอนโฉนดที่ดินที่ได้ออกสืบเนื่องจากใบจอง”, *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 19 ฉบับที่ 2* (ธันวาคม 2550) : 50-60

¹⁸ นิยามคำว่า “สถาบันเกษตรกร” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

¹⁹ มาตรา 19 (8) แห่งพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

²⁰ มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้น และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยตลอดแล้ว ก็ไม่พบว่ากฎหมายได้บัญญัติให้บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินโดยการปฏิรูปที่ดิน เพื่อเกษตรกรรมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีความมุ่งหมายให้ เกษตรกรมีที่ดินทำกินและให้การใช้ที่ดินเกิดประโยชน์มากที่สุดก็ตาม²¹ อีกทั้งเอกสาร ส.ป.ก. 4-01 ก็ระบุว่าเป็นหนังสืออนุญาตให้บุคคลเข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่อยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อ เกษตรกรรม ดังนี้แล้ว บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม โดยได้รับ เอกสาร ส.ป.ก. 4-01 มานั้น จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่น ตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ดังนั้น ที่ดินที่บุคคลซึ่งได้รับสิทธิ จากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมมานั้นจึงยังคงเป็นของรัฐอยู่ โดย ส.ป.ก. ซึ่งเป็น หน่วยงานของรัฐทำหน้าที่เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนรัฐเพื่อใช้ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เท่านั้น ฉะนั้น บุคคลที่ได้รับสิทธิในที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจึงยังไม่มี กรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นไม่ว่าจะตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ คงมีแต่เพียงสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดินนั้นเท่านั้น และไม่อาจโอนสิทธิให้แก่บุคคล ใดได้ เว้นแต่เป็นการโอนโดยทางมรดกเฉพาะกรณีที่เกิดทอดแก่ทายาทโดยธรรม หรือโอนไป ยังสถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

สรุป

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เอกสาร “ส.ป.ก. 4-01” ดังกล่าว มิใช่เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ ในที่ดินตามความหมายของมาตรา 3 (2) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินแต่ประการใด

²¹ โปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518

สิทธิของคู่สมรสในสิทธิบัตร*

วินัย ล้าเลิศ**

บทคัดย่อ

สิทธิบัตรเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายพิเศษ เมื่อสิทธิบัตรเป็นทรัพย์สินที่ได้มา ระหว่างสมรส ย่อมเป็นสินสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1474 ในการจัดการสินสมรสสามีภริยาต้องจัดการร่วมกัน หรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1476 แต่ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) ได้กล่าวถึงผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม ไว้ในมาตรา 3 และมาตรา 40 และกล่าวถึงสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรและผู้ทรงสิทธิร่วมไว้ในมาตรา 36 ถึงมาตรา 40 โดยมีได้กล่าวถึงคู่สมรสไว้อย่างชัดเจน สิทธิบัตรมีความแตกต่างจากทรัพย์สินทั่วไป ในกฎหมายสิทธิบัตรจึงควรมีบทบัญญัติเฉพาะกับการใช้สิทธิของคู่สมรสในสิทธิบัตร โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตรที่ระบุถึงสิทธิของคู่สมรสที่มีอยู่ในสิทธิบัตรให้ชัดเจน เพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดการใช้สิทธิของคู่สมรสในการจัดการสิทธิบัตร เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมโดยกำหนดเพิ่มเติมถึงการให้สิทธิของคู่สมรสของผู้ทรงสิทธิร่วม และเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนในการใช้สิทธิผู้ทรงสิทธิร่วม

* บทความนี้สรุปจากรายงานวิจัยเรื่อง “สิทธิของคู่สมรสในสิทธิบัตร”

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Abstract

According to a special legislation, patent is deemed as a property. In the event where patent received during the marriage, the patent is claimed as community property (Sin Somros) under section 1474 of the Civil and Commercial Code. Thus, as indicated in section 1476, it is for a spouse to jointly manage their community property, or else one spouse is obtained consent from the other. Nevertheless, regarding the definition of a patent owner and a patent joint owner specified in sections 3 and 40 and the right of a patent owner and a patent joint owner specified in sections 36 to 40 regardless distinctively stated to a spouse's right.

The nature of patent is different from other property. In patent law, therefore, the provisions concerning the right of the spouse should be clearly added; the provision determining the exercising right of the spouse in managing the patent should be enacted as a special provision; the provision regarding the right of the patent joint owner's spouse should be included; and the provision specifying the share of the interests or remunerations from being a patent joint owner should be enumerated.

บทนำ

สิทธิบัตร (Patent) จัดเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง que ถือเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายพิเศษ อยู่ในสาขาของทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิบัตรมีความเกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ (Invention) และการออกแบบผลิตภัณฑ์ (Product Design) จึงถือเป็นทรัพย์สินในทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) ที่เจ้าของสิทธิบัตรมีสิทธิประโยชน์อันเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ในลักษณะผูกขาด (Monopoly) ตลอดระยะเวลาที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

เจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิบัตรคือ เพื่อจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นงานใหม่ๆ เพื่อให้เกิดความก้าวหน้าและมีการถ่ายทอดทางเทคโนโลยี และเพื่อให้เกิดความก้าวหน้าในการพัฒนาประเทศ¹ นอกจากนี้ยังมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของผู้ประดิษฐ์ตามทฤษฎีสิทธิตามธรรมชาติ (Theory of natural rights) และทฤษฎีว่าด้วยเศรษฐกิจ (Economic Theory)² อีกด้วย จึงเห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประดิษฐ์ที่ได้สละเวลา คิดค้น ประดิษฐ์รวมถึงการออกค่าใช้จ่ายในการลงทุน เพื่อให้ได้ผลงานต่างๆ ขึ้น ดังนั้นจึงควรให้ผู้ประดิษฐ์ได้รับผลตอบแทนอันได้แก่เงินลงทุนและผลกำไรกลับคืนในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

ในประเทศไทยให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) กำหนดให้ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์เมื่อได้ประดิษฐ์หรือออกแบบงานต่างๆ ที่เข้าเงื่อนไขของกฎหมาย³ มีสิทธิยื่นขอรับสิทธิบัตรได้ โดยบุคคลผู้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตร ได้แก่ ผู้ประดิษฐ์ ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ นายจ้าง หน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจ และผู้รับโอนสิทธิขอรับสิทธิบัตร ซึ่งกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำขอการยื่นคำขอ อายุการคุ้มครองสิทธิตามสิทธิบัตร ขอบเขตแห่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรไว้ เมื่อผู้ขอได้จดสิทธิบัตรแล้ว ก็จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ได้แก่ สิทธิในการแสดงถึงการได้รับสิทธิบัตร สิทธิเกี่ยวกับการประดิษฐ์โดยตรง รวมถึงสิทธิที่เกี่ยวกับประโยชน์จากสิทธิบัตร เช่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิ การโอนสิทธิ เป็นต้น

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 124-125.

²จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายสิทธิบัตร แนวคิดและบทวิเคราะห์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ นิติธรรม, 2538), หน้า 6.

³ตามมาตรา 5 กำหนดให้การประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรได้ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นและเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม

โดยที่บทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตรเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิบัตร กับการกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน การขอและการได้รับสิทธิบัตร และให้ความสำคัญกับลักษณะของสิทธิที่ให้ถือเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอันเป็นสิทธิผูกขาดของผู้ทรงสิทธิในการกระทำแก่ผลงานการประดิษฐ์หรือการออกแบบที่มีสิทธิบัตร แต่เนื่องจากสิทธิบัตรจัดเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตามกฎหมาย⁴ ในลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นทรัพย์สินอุตสาหกรรมดังที่กล่าวมา การพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนด จึงต้องนำหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง คือลักษณะความเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาประกอบ ในส่วนที่กฎหมายสิทธิบัตรไม่ได้บัญญัติไว้ได้แก่ กรณีของคู่สมรสที่จะใช้สิทธิต่างๆ ตามกฎหมายสิทธิบัตร

ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตรกำหนดให้ผู้ประดิษฐ์เป็นผู้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตรและมีสิทธิระบุชื่อว่าเป็นผู้ประดิษฐ์ในสิทธิบัตร ตามมาตรา 10 สิทธินี้สามารถโอนและรับมรดกได้ เป็นกรณีที่ผู้ประดิษฐ์เมื่อทำผลงานเสร็จแล้วต้องการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรผู้ประดิษฐ์มีสิทธิยื่นขอรับสิทธิบัตรได้ ซึ่งหากไม่ยื่นคำขอเองย่อมโอนสิทธินี้โดยทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน และหากผู้ประดิษฐ์เสียชีวิตก่อนสิทธิการยื่นคำขอก็จะเป็นมรดก ทายาทสามารถยื่นขอจดทะเบียนต่อไปได้ แต่มาตรานี้ไม่ได้กำหนดถึงคู่สมรสเกี่ยวกับสิทธิในการยื่นคำขอหรือการใช้ชื่อร่วมในการเป็น ผู้ขอจดสิทธิบัตรในฐานะเป็นคู่สมรส นอกจากนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิอื่นๆ ของคู่สมรสที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรไว้เลย จึงเป็นปัญหาในทางพิจารณาว่า คู่สมรสจะมีสิทธิในสิทธิบัตรได้หรือไม่ แค่นั้นเพียงใด และหากคู่สมรสมีสิทธิในสิทธิบัตรอันเป็นสินสมรส สิทธิของคู่สมรสจะเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใด เช่น เริ่มตั้งแต่ผู้ประดิษฐ์ทำการประดิษฐ์ขึ้นซึ่งจะทำให้คู่สมรสสามารถใช้ชื่อร่วมกันในการขอรับสิทธิบัตร หรือเริ่มตั้งแต่ผู้ประดิษฐ์ได้รับการจดสิทธิบัตรคู่สมรสจะขอใช้ชื่อร่วมกันในสิทธิบัตรนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1475 ได้หรือไม่ และคู่สมรสจะมีสิทธิในฐานะผู้ทรงสิทธิ สามารถใช้สิทธิในสิทธิบัตร ในลักษณะการจัดการสินสมรสได้แค่ไหน เพียงใด สิทธิบัตรเมื่อเป็นสินสมรสในการจัดการสินสมรสผู้ประดิษฐ์จะโอนสิทธิ อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ต้องขอความยินยอมต่อคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่จะก่อให้เกิดปัญหาหรือข้อจำกัดหรือเป็นภาระในทางกฎหมายอย่างไร หรือกรณีคู่สมรสจะรักษาสิทธิในสิทธิบัตรแทนผู้ประดิษฐ์จะทำได้หรือไม่ เพียงใด และในกรณีผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมตามมาตรา 40 คู่สมรสของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมนั้น จะมีสิทธิในสิทธิบัตรอันเป็นสินสมรสร่วมกัน และจะมีส่วนเกี่ยวข้องในการยินยอมให้ใช้สิทธิหรือโอนสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมด้วยหรือไม่ประการใด

⁴ไชยยศ เหมะรัชตะ, อ้างแล้ว, หน้า 122.

1) แนวคิดและทฤษฎีสหิธิบ้ตร**ว้ตฤประสงค้การค้มครองสหิธิบ้ตร**

การค้มครองสหิธิบ้ตรเป็นการค้มครองสหิธิแต่เพียงผู้เดียวของผู้ประดิสฐ์โดยมีว้ตฤประสงค้คือ

(1) เพื่อจูงใจให้เกิดการประดิสฐ์

ระบบสหิธิบ้ตรมีว้ตฤประสงค้อันเป็นการให้รางวัลแก่บุคคลผู้เสียสละเวลา ความคิด และกำลังกาย โดยเฉพาะเงินทุนในการคิดค้นการประดิสฐ์ใหม่ ๆ อันเป็นประโยชน์แก่มนุษยชาติ การกำหนดให้สหิธิแต่เพียงผู้เดียวในการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์แก่ผู้ประดิสฐ์ยอมก้อให้เกิดกำลังใจแก่ผู้ประดิสฐ์ที่ว่าบุคคลนั้นสามารถค้นทุนที่ลงไปในการทำวิจัยและพัฒนาเพื่อค้นคิดสิ่งได้ขึ้นมา

(2) เพื่อให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี

เมื่อมีกฎหมายให้ความค้มครองแก่ผู้ประดิสฐ์ ย่อมก้อให้เกิดความม่ั่นใจในการคิดค้นสิ่งใหม่ ๆ โดยไม่ต้องกลัวผู้อื่นมาเอาผลงานไป และเมื่อผู้ประดิสฐ์มีสิ่งตอบแทนในเชิงพาณิชย์ยอมพัฒนางานที่ก้อให้เกิดความก้าวหน้าในทางเทคโนโลยี ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการยกระดับมาตรฐานในความเป็นอยู่และการดำรงชีพ

(3) เพื่อก้อให้เกิดการถ้ายทอดเทคโนโลยี

นอกจากระบบสหิธิบ้ตรจะเป็นผลให้เกิดแรงจูงใจในการคิดค้นและพัฒนาวิทยาการและเทคโนโลยีแล้ว ยังก้อให้เกิดการถ้ายทอดทางเทคโนโลยีแก่สังคมที่ด้อยโอกาสกว่า

(4) เพื่อให้เกิดความก้าวหน้าในการพัฒนาประเทศ

เป็นผลของระบบสหิธิบ้ตรที่สามารถใช้การประดิสฐ์ของผู้ประดิสฐ์ในประเทศมาลงทุนเพื่อพัฒนาอุตสาหกรรมใหม่ ๆ และเป็นการต่อยอดทางเทคโนโลยีก้อให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจอีกด้ว

2) ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการค้มครองสหิธิบ้ตร ได้แก่**(1) ทฤษฎีสหิธิตามธรรมชาติ**

การบังคับใช้กฎหมายสหิธิบ้ตรเกิดขึ้นมาจากความเชื่อพื้นฐานว่า การให้ความค้มครองสหิธิบ้ตรเป็นการรับรู้ถึงสหิธิทางศีลธรรมของผู้ประดิสฐ์ ที่มีอยู่เหนือการประดิสฐ์ของตน เมื่อบุคคลใดได้สร้างสรรค้งานหรือทำการประดิสฐ์คิดค้นสิ่งได้ขึ้นมาจากผลผลิตทางความคิดดังกล่าว ก็ควรจะตกเป็นทรัพย์สินของบุคคลนั้น นอกจากการรับรู้ถึงสหิธิตามธรรมชาติของผู้ประดิสฐ์แล้ว การใช้สหิธิเด็ดขาดตามกฎหมายยังเปรียบเสมือนกับการที่รัฐให้รางวัลแก่ผู้ประดิสฐ์ เพื่อตอบแทนต่อการที่ผู้ประดิสฐ์ได้ค้นคิดค้นเทคโนโลยีอันมีคุณค่าขึ้น และด้วเหตุผล

ดังกล่าวมา การที่บุคคลใดนำเอาความคิดของผู้ประดิษฐ์ไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่มีอำนาจ จึงถือเป็นการทำเลเมิด

(2) ทฤษฎีว่าด้วยเศรษฐกิจ

ทฤษฎีนี้มีได้ถือว่าการประดิษฐ์หรือความคิดเป็นทรัพย์สินของผู้ประดิษฐ์โดยแนวคิดนี้เชื่อว่า ระบบสิทธิบัตรเป็นเครื่องมือที่จะก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาการ และส่งเสริมความเจริญเติบโตทางอุตสาหกรรม การวิจัยและพัฒนาเพื่อให้ได้มาซึ่งเทคโนโลยีสมัยใหม่เป็นกิจกรรมที่ต้องอาศัยการลงทุนจำนวนมาก การให้ความคุ้มครองตามสิทธิบัตรจะทำให้ผู้ประดิษฐ์มีความเชื่อมั่นว่า ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาที่สูญเสียไปในการวิจัยและพัฒนา จะได้รับการชดเชยกลับคืนมาในรูปของสิทธิเด็ดขาดที่จะนำเอาการประดิษฐ์ไปแสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้การให้สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายจึงเป็นเครื่องจูงใจให้มีการประดิษฐ์คิดค้นและเป็นการส่งเสริมให้มีการเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลของเทคโนโลยี เพื่อประโยชน์ของสังคม

3) การคุ้มครองสิทธิบัตรตามกฎหมาย

ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรและให้ความหมายของสิทธิบัตรไว้ตามมาตรา 3 ดังนี้

“สิทธิบัตร” หมายความว่า หนังสือสำคัญที่ออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์

“การประดิษฐ์” หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีใดอันใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี

“การออกแบบผลิตภัณฑ์” หมายความว่า รูปร่างของผลิตภัณฑ์ หรือองค์ประกอบของลวดลายหรือสีของผลิตภัณฑ์ อันมีลักษณะพิเศษสำหรับผลิตภัณฑ์ซึ่งสามารถใช้เป็นแบบสำหรับผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมรวมทั้งหัตถกรรมได้

“ผู้ทรงสิทธิบัตร” หมายความว่า รวมถึงผู้รับโอนสิทธิบัตร

ตามกฎหมายได้แยกการคุ้มครองสิทธิบัตรการประดิษฐ์ในหมวด 2 และสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ในหมวด 3 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการเกี่ยวกับการยื่นคำขอรับสิทธิบัตร การออกสิทธิบัตร สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร การชำระค่าธรรมเนียม การใช้สิทธิตามสิทธิบัตร การคืนสิทธิบัตร การเลิกข้อถือสิทธิ และการเพิกถอนสิทธิบัตร เป็นต้น

สำหรับบทความนี้พิจารณาเฉพาะการขอรับสิทธิบัตร สิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตร และ การใช้สิทธิตามสิทธิบัตร

มาตรา 10 บัญญัติว่า ผู้ประดิษฐ์เป็นผู้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตรและมีสิทธิที่จะได้รับการระบุชื่อว่าเป็นผู้ประดิษฐ์ในสิทธิบัตร

สิทธิขอรับสิทธิบัตรย่อมโอนและรับมรดกกันได้

การโอนสิทธิขอรับสิทธิบัตรต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน

มาตรา 36 บัญญัติว่า ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นมีสิทธิดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีสิทธิบัตรผลิตภัณฑ์ สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร

(2) ในกรณีสิทธิบัตรกรรมวิธี สิทธิในการใช้กรรมวิธีตามสิทธิบัตร ผลิตใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยใช้ กรรมวิธีตามสิทธิบัตร

มาตรา 38 ผู้ทรงสิทธิบัตรจะอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนตาม มาตรา 36 และมาตรา 37 หรือจะโอนสิทธิบัตรให้แก่บุคคลอื่นก็ได้

มาตรา 41 การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรและการโอนสิทธิบัตรตามมาตรา 38 ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

มาตรา 42 การขอจดทะเบียนการรับโอนสิทธิบัตรโดยทางมรดกให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

มาตรา 45 ผู้ทรงสิทธิบัตรจะขอให้บันทึกคำยินยอมให้บุคคลอื่นใช้สิทธิตามสิทธิบัตรของตนลงในทะเบียนสิทธิบัตรตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงก็ได้

มาตรา 63 ผู้ทรงสิทธิบัตรเท่านั้นมีสิทธิใช้แบบผลิตภัณฑ์กับผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร หรือขาย หรือมีไว้เพื่อขาย หรือเสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ที่ใช้แบบผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เว้นแต่การใช้แบบผลิตภัณฑ์เพื่อประโยชน์ในการศึกษาหรือวิจัย

4) แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว

ศึกษาเฉพาะแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาและบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรส

(1) แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

จากการศึกษาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2477 มุ่งคุ้มครองทรัพย์สินที่ระหว่างสามีภริยาเฉพาะที่เป็นทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ และปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบัน มาตรา 1476 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“สามีและภริยาต้องจัดการสินสมรสร่วมกันหรือได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีดังต่อไปนี้ (1) ชาย แลกเปลี่ยน ชายฝาก ให้เช่าซื้อ จำนอง ปลอดจำนอง หรือโอนสิทธิจำนอง ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้...” ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์กรณีบุคคลหลายคนเป็นเจ้าของร่วมกันเป็นไปตามหลักกรรมสิทธิ์รวม ตามมาตรา 1356

5) บทบัญญัติของกฎหมายครอบครัวที่เกี่ยวข้อง

ศึกษาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและการจัดการทรัพย์สินของกลุ่มสมรสได้แก่ สินสมรส

ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาที่ได้มานับตั้งแต่ทำการสมรสเรียกว่าสินสมรส ตามมาตรา 1474 บัญญัติว่า “สินสมรสได้แก่ ทรัพย์สิน

(1) ที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส

(2) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยพินัยกรรม หรือโดยการให้เป็นหนังสือเมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าเป็นสินสมรส

(3) ที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว

ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือมิใช่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส”

กรณีตามมาตรา 1474 (1) ทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรสนั้นย่อมเป็นสินสมรสนับตั้งแต่วันที่ได้จดทะเบียนสมรส และให้ถือเป็นเจ้าของร่วมกัน ซึ่งต้องจัดการหรือให้ความยินยอมในการจัดการทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1476 ซึ่งการให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมของสามีหรือภริยา ถ้าคู่สมรสได้ทำไปฝ่ายเดียวหรือปราศจากความยินยอมของกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่ง ตามมาตรา 1480 คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องศาลเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ วิธีการให้ความยินยอมกำหนดไว้ในมาตรา 1479 คือ การใดที่สามีหรือภริยากระทำซึ่งต้องได้รับความยินยอมร่วมกันและถ้าการนั้นมีกฎหมายบัญญัติให้ทำเป็นหนังสือ หรือให้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ความยินยอมนั้นต้องทำเป็นหนังสือ

ในทรัพย์สินที่เป็นสินสมรสบางกรณีอาจไม่ปรากฏชื่อทั้งสามีและภริยาที่เป็นสินสมรส แต่คู่สมรสอาจร้องขอให้ลงชื่อเป็นเจ้าของรวมได้ตามมาตรา 1475 บัญญัติว่า “ถ้าสินสมรสใดเป็นจำพวกที่ระบุไว้ในมาตรา 456⁵ แห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือที่มีเอกสารสำคัญ⁶

⁵ ทรัพย์สินมาตรา 456 คืออสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ได้แก่ เรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกอล์ฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะ



สามีหรือภริยาจะร้องขอให้ลงชื่อตนเป็นเจ้าของร่วมกันในเอกสารนั้นก็ได้” เพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ไม่มีชื่อ และป้องกันการจัดการสินสมรสของอีกฝ่ายหนึ่งไปในทางเสียหาย และเมื่อทรัพย์สินที่เป็นสินสมรสนั้นคู่สมรสเป็นเจ้าของร่วมกัน คู่สมรสสามารถจัดการสินสมรสด้วยกัน จึงถือว่าสามีและภริยามีกรรมสิทธิ์ร่วมกันในสินสมรสนั้น

6) แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับทรัพย์สิน

แนวคิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สินและทรัพย์สินบัญญัติถึงความหมาย ประเภทของทรัพย์สินและการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไว้ ถือเป็น การก่อตั้งสิทธิโดยเฉพาะทรัพย์สินซึ่งมีอยู่หลายกรณี เช่น หลักกรรมสิทธิ์ ภาระจำยอม สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิยัดหน่วง สิทธิจำนอง ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายให้ ความคุ้มครองแก่ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สามารถกระทำการใดๆ แก่ทรัพย์สิน รวมถึงการ จำหน่าย โอน อนุญาตให้ผู้อื่นใช้ทรัพย์สินที่ตนเองมีอยู่ และสามารถทำนิติกรรมอื่นใด เช่น ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้ ให้เช่า ให้ยืม ฯลฯ เป็นต้น โดยทั่วไปทรัพย์สินตามกฎหมายนี้ได้แก่อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์

กรณีทรัพย์สินตามกฎหมายพิเศษในปัจจุบันส่วนใหญ่รับรองและให้จัดเป็นทรัพย์สินด้วย เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แนวคิดของต่างประเทศ ถือว่ามนุษย์เป็นผู้ใช้แรงงานจึงสามารถแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของตนได้อย่างเต็มที่ และสนับสนุนผู้สร้างสรรค์ให้เป็นเจ้าของงานทางปัญญาของตน⁷

7) บทบัญญัติของกฎหมายทรัพย์สินที่เกี่ยวข้อง

การพิจารณาสิทธิในทรัพย์สินตามหลักกรรมสิทธิ์รวมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1357 ถึงมาตรา 1366

ตามมาตรา 1357 บัญญัติว่า “ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้เป็นเจ้าของร่วมกันมีส่วนเท่ากัน” และมีสิทธิต่อทรัพย์สินรวมคือ มีสิทธิจัดการทรัพย์สินรวมกันตามมาตรา 1358 มีสิทธิใช้เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินรวมต่อส่วนบุคคลภายนอกหรือเรียกทรัพย์สินคืนตาม มาตรา 1359 มีสิทธิใช้ทรัพย์สินรวมได้เมื่อไม่ขัดต่อสิทธิของเจ้าของรวมคนอื่น และมีสิทธิได้ ดอกผลตามส่วนของตนจากทรัพย์สินนั้นตามมาตรา 1360 มีสิทธิจำหน่าย จำนอง หรือ ก่อให้เกิดการติดพันทรัพย์สินรวมเฉพาะส่วนของตนได้ แต่จะจำหน่าย จำนำ จำนองหรือ

⁶ หมายถึงทรัพย์สินทุกอย่างซึ่งมีเอกสารเป็นสำคัญในการแสดงสิทธิของทรัพย์สิน เช่น โฉนด เครื่องหมายการค้า เป็นต้น (LW 304 p. 291)

⁷ Edward W. Ploman and L. Clack Hamilton, **Copyright intellectual Property in the Information Age** (London: Routledge & Kegan, 1980), pp. 13, 17.

ก่อให้เกิดการติดพันตัวทรัพย์สินทั้งหมดมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของรวมหมดทุกคน ตามมาตรา 1361 และมีสิทธิเรียกให้แบ่งทรัพย์สินในโอกาสอันควร เว้นแต่จะมีนิติกรรมตกลงไว้เป็นอย่างอื่นหรือวัตถุประสงค์ของเจ้าของรวมมีลักษณะเป็นการถาวร ตามมาตรา 1363

บทสรุป

จากการศึกษาสรุปได้ว่าการให้ความสำคัญกับการประดิษฐ์และให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรมาตั้งแต่สมัยโรมัน มีการแพร่หลายต่อมาโดยเฉพาะถือว่าการคุ้มครองสิทธิบัตรเป็นการแลกเปลี่ยนกับการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญ เพื่อพัฒนาให้เกิดเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่ทันสมัย และรัฐจะให้สิทธิพิเศษในลักษณะผูกขาดในการหาประโยชน์กับสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรนั้นแก่ผู้ประดิษฐ์ตลอดระยะเวลาที่กำหนด สิทธิบัตร ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ริเริ่มระบบสิทธิบัตรใหม่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1331 ซึ่งต่อมาประเทศมหาอำนาจต่างๆ ก็ให้ความสำคัญกับกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาอุตสาหกรรม เทคโนโลยีและการผลิตในประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และเกือบทุกประเทศทั่วโลกก็ให้ความสำคัญกับกฎหมายสิทธิบัตร สำหรับประเทศไทยมีแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิบัตรตั้งแต่ก่อนปี พ.ศ. 2522 แต่เกรงว่าการออกกฎหมายสิทธิบัตรจะเป็นการให้ประโยชน์แก่คนต่างชาติ จึงมีการชะลอและยับยั้งการออกกฎหมาย จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติสิทธิบัตรขึ้นใน พ.ศ. 2522 บังคับใช้เรื่อยมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตร ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542

แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิบัตรของแต่ละประเทศส่วนใหญ่ เพื่อให้สิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้ประดิษฐ์คิดค้นผลงานที่ได้ลงทุนลงแรง ความคิด เวลาและทุนทรัพย์ ความเสี่ยงต่างๆ เพื่อให้ผลงานของตนสามารถจดสิทธิบัตรได้ ดังนั้นกฎหมายสิทธิบัตรจึงกำหนดให้ความคุ้มครองเพื่อจูงใจให้เกิดผลงานการประดิษฐ์ใหม่ๆ ที่ถือเป็นรางวัลแก่ผู้ประดิษฐ์หรือออกแบบผลิตภัณฑ์ อันนำไปสู่การพัฒนาและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่อสังคมและสาธารณะ และก่อให้เกิดความก้าวหน้าในการพัฒนาประเทศต่อไป

จากการศึกษาสิทธิของคู่สมรสที่เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตร โดยศึกษาแนวความคิดทรัพย์สินทางปัญญาโดยพิจารณาลักษณะสิทธิบัตรที่เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายพิเศษประกอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและทรัพย์สิน สรุปได้ดังนี้

1. สิทธิบัตรจัดเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามกฎหมายพิเศษ จัดเป็นทรัพย์สินอุตสาหกรรม แต่เป็นทรัพย์สินที่มีความแตกต่างกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากลักษณะของสิทธิบัตรที่เป็นสิทธิแยกต่างหากจากตัวทรัพย์สิน เจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะ แต่ทรัพย์สินและทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะของการดำรงอยู่ของความเป็นทรัพย์สินในตัวเองโดยสภาพ

เมื่อสิทธิบัตรเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1474 กำหนดให้ทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างการสมรสเป็นสินสมรส คู่สมรสย่อมมีอำนาจจัดการทรัพย์สินได้ตามมาตรา 1476 และเมื่อสิทธิบัตรเป็นสินสมรสนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 1476 วรรคแรก คู่สมรสจึงมีสิทธิจัดการได้เองโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง

2. การใช้สิทธิของกลุ่มสมรสในสิทธิบัตร กลุ่มสมรสมีสิทธิต่างๆ โดยพิจารณาก่อนและหลังจดทะเบียนสิทธิบัตร คือ ก่อนจดทะเบียนสิทธิบัตรกลุ่มสมรสมีสิทธิในการขอระบุดูชื่อร่วมในคำขอสิทธิบัตร ภายหลังจากจดทะเบียนสิทธิบัตรกลุ่มสมรสมีสิทธิได้แก่ สิทธิในการร้องขอใช้ชื่อร่วมกับผู้ประดิษฐ์ ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ในสิทธิบัตร สิทธิในการฟ้อง ต่อสู้ หรือดำเนินคดีเกี่ยวกับการสงวน บำรุง รักษา สิทธิสมรสหรือเพื่อประโยชน์แก่สินสมรส สิทธิของกลุ่มสมรสของนายจ้างซึ่งลูกจ้างเป็นผู้ประดิษฐ์ ผู้ออกแบบผลิตภัณฑ์ โดยการทำงานตามสัญญาจ้าง และสิทธิในการดำเนินการตามมาตรา 12 กับลูกจ้างคือเมื่อนายจ้างได้รับประโยชน์ลูกจ้างย่อมมีสิทธิได้รับบำเหน็จ สิทธิตามกฎหมายสิทธิบัตรมาตรา 36 คือ ผลิต ใช้ ขาย หรือมีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรหรือกรรมวิธีตามสิทธิบัตร สิทธิที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตร และโอนสิทธิบัตรตามกฎหมายสิทธิบัตร มาตรา 36, 37 ประกอบมาตรา 41 ซึ่งการใช้สิทธิของกลุ่มสมรสบางประการก่อให้เกิดปัญหาซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นว่าจะขัดต่อเจตนารมณ์ของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร

3. สิทธิที่มีความเกี่ยวพันกับผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม ทำให้กลุ่มสมรสของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมแต่ละคนมีสิทธิที่จะขอระบุดูชื่อร่วมในสิทธิบัตร สิทธิร้องขอให้ชื่อร่วมในสิทธิบัตรได้ และสามารถดำเนินการต่างๆ ร่วมกับกลุ่มสมรสของตนและผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมคนอื่นๆ เพื่อให้ได้ผลประโยชน์ในผลงานที่ได้รับสิทธิบัตร ซึ่งอาจเป็นปัญหาในลักษณะที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมคนอื่น

ดังนั้น กรณีของสิทธิบัตรที่เป็นสินสมรสนี้ควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน เพื่อให้สิทธิหรือยกเว้นสิทธิของกลุ่มสมรสในการใช้สิทธิในสิทธิบัตร อันจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาสิทธิของกลุ่มสมรสที่ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่ขัดกับผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิบัตรเอง หรือผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม ซึ่งผู้เขียนจะมีข้อเสนอแนะต่อไป

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาสิทธิของคู่สมรสในสิทธิบัตรทำให้พบว่ามีปัญหาต่างๆ ดังที่กล่าวไว้ในบทสรุป ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. เพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายสิทธิบัตรที่ระบุถึงสิทธิของคู่สมรสที่มีอยู่ในสิทธิบัตรให้ชัดเจน ต่อจากบทบัญญัติในมาตรา 10 วรรคสอง “สิทธิขอรับสิทธิบัตรยอมโอนและรับมรดกกันได้”

วรรคสาม “สิทธิตามวรรคหนึ่งให้รวมถึงสิทธิของคู่สมรสด้วย วิธีการและระเบียบในการยื่นคำขอและการระบุชื่อลงในสิทธิบัตรของคู่สมรสให้กำหนดในกฎกระทรวง”

2. เพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดการใช้สิทธิของคู่สมรสในการจัดการสิทธิบัตร เช่น “ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1475, 1477 คู่สมรสมีสิทธิร่วมกับคู่สมรสตามมาตรา 36, 37 แต่ไม่มีสิทธิจัดการสิทธิบัตรร่วมกับคู่สมรสที่เป็นนายจ้างตามมาตรา 11, 12

คู่สมรสจะใช้สิทธิตามมาตรา 36 ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก่อน”

3. เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 38 เป็นวรรคสอง คือ “การใช้สิทธิของคู่สมรสตามมาตรา 36 นี้ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งก่อน”

4. เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม โดยกำหนดเพิ่มเติมถึงการใช้สิทธิของคู่สมรสของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม ดังนี้ “คู่สมรสของผู้ประดิษฐ์ร่วมกันหรือออกแบบผลิตภัณฑ์ร่วมกันก็อาจมีสิทธิต่างๆ ตามมาตรา 15 และมาตรา 40 ได้ โดยต้องมีการบอกกล่าวให้ผู้ประดิษฐ์ร่วมคนอื่นหรือออกแบบผลิตภัณฑ์ร่วมคนอื่นทราบถึงเจตนาของคู่สมรสที่จะเข้ามาจัดการสิทธิบัตรร่วมกันนั้น และคู่สมรสจะใช้สิทธิได้เมื่อผู้ประดิษฐ์ร่วมคนอื่นหรือออกแบบผลิตภัณฑ์ร่วมคนอื่นยินยอม”

5. เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนในการใช้สิทธิตามมาตรา 36, 37 ประกอบมาตรา 40 ของผู้ทรงสิทธิบัตรร่วม โดยกำหนดถึงคู่สมรสที่ได้รับความยินยอมให้ใช้สิทธิจัดการสิทธิบัตรด้วย ว่า “ผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนจากการใช้สิทธิดังกล่าว ผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมย่อมมีส่วนได้รับร่วมกันอย่างเป็นธรรมหลังจากมีการหักค่าใช้จ่ายแล้ว” เพื่อไม่ให้เกิดความได้เปรียบและเสียเปรียบระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรร่วมทุกคน



บรรณานุกรม

จักรกฤษณ์ ควรรณ. กฎหมายสิทธิบัตร แนวคิดและบทวิเคราะห์. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์ นิติธรรม, 2538.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

Edward W. Ploman and L. Clack Hamilton. **Copyright intellectual Property in the
Information Age**. London: Routledge & Kegan, 1980.

การเข้าถึงความยุติธรรม ของประชาชน

สุนทร เณลิมสันต์*

บทคัดย่อ

การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสังคม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้บัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 40 (1) ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้ (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง” อีกทั้งมาตรา 81 ได้บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านกฎหมายและการยุติธรรม ดังต่อไปนี้ (1) ดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และทั่วถึง ส่งเสริมการให้ความช่วยเหลือ และให้ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน และ จัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่นในกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ โดยให้ประชาชนและองค์กรวิชาชีพมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม และการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย (2) ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พ้นจากการล่วงละเมิด ทั้งโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และโดยบุคคลอื่น และต้องอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถพิจารณาได้ว่า ปัจจัยที่ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 2 ประการคือ 1) ประชาชนต้องสามารถเข้าถึงความยุติธรรมโดยปราศจากเงื่อนไขทางด้านค่าใช้จ่ายและอุปสรรคทางด้านเวลา 2) ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง



Abstract

Right to access to justice is fundamental right in the society. The Constitutions of Kingdom of Thailand 2550 B.E. recognized this right in section 40 (1), provided that “A person shall have the right in the judicial process as follows (1) Right to an uncomplicated, convenient, speedy, through access to judicial process” and section 81 also provided that “the state shall implement the policies for law and justice as follows: (1) To ensure the correct compliance and enforcement of law in an expeditious, equitable and thorough manner, to support legal assistance and dissemination of legal knowledge to people (2) To protect people’s rights and liberties from being violated by either State officials or other persons and administer justice to every people equally.”

It could be considered that there are two elements that give people the capacity to access to justice effectively: 1 Persons have right to access to justice without any conditions especially expense and time. 2 Law enforcement officers have duties to provide justice to persons effectively.

บทนำ

การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสังคม (Basic social right) ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติรับรองในหมวด 3 ว่าด้วย สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมมาตรา 40 บัญญัติว่าบุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง กำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่ดำเนินการแนวนโยบายด้านกฎหมายและการยุติธรรม ในมาตรา 81 ว่ารัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านกฎหมาย และการยุติธรรมดังต่อไปนี้

(1.1) ดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างถูกต้อง รวดเร็วเป็นธรรมและทั่วถึง ส่งเสริมการให้ความช่วยเหลือและให้ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน และจัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่นในกระบวนการยุติธรรมและการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย

(1.2) ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พ้นจากการล่วงละเมิดทั้งโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและโดยบุคคลอื่นและต้องอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน

จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นสมมติฐานของรัฐว่า “รัฐมิได้มีแต่เพียงอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายสาระบัญญัติบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิหน้าที่ของประชาชนเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่ประการสำคัญอีกประการหนึ่งคือ หน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย”

โดยรัฐจะต้องดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรมและทั่วถึง และต้องอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน

ปัญหาว่าประชาชนจะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวได้โดยง่าย สะดวก ประหยัด รวดเร็ว และเป็นธรรมได้อย่างไร

ปัจจัยในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน

ปัจจัยในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน มีองค์ประกอบ 2 ประการคือ กฎหมายต้องยุติธรรม และ ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องยุติธรรม

1. กฎหมายต้องยุติธรรม นักปราชญ์หลายท่านได้ให้นิยามไว้แตกต่างกัน แต่ในบทความนี้มุ่งหมายถึง กฎหมายนั้นต้องสามารถบังคับได้และสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โดยทั่วไปอาจแบ่งประเภทของกฎหมายตามลักษณะหน้าที่ หรือลักษณะการใช้ ออกเป็น 2 ประเภทคือ

1.1 กฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) และ

1.2 กฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedure Law)

1.1 กฎหมายสารบัญญัติ หมายถึง บทบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อหา เช่น ประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องเนื้อหาว่าการกระทำความผิดของบุคคลที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษอาญาไว้ ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จะบัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลตั้งแต่เกิดในมาตรา 15 บัญญัติว่า สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกแล้วสิ้นสุดลงเมื่อตาย เมื่อมีสภาพบุคคลแล้วโดยผลของกฎหมาย บุคคลนั้นจะได้รับการรับรองคุ้มครองโดยผลของกฎหมาย ตั้งแต่ชีวิตร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ตลอดจนทรัพย์สินต่าง ๆ เป็นหน้าที่ของกฎหมายสารบัญญัติ

1.2 กฎหมายวิธีสบัญญัติ เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยวิธีปฏิบัติในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็จะบัญญัติกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอาญา ตั้งแต่การจับ การสืบสวนสอบสวน การค้น การฟ้องร้องและการตัดสินคดี และนำตัวผู้กระทำผิดมารับโทษ ให้เป็นไปตามกฎหมายอาญา ส่วนประมวลกฎหมายพิจารณาความแพ่ง ก็จะเป็นเครื่องมือในการบังคับให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่กระบวนการในการแลกเปลี่ยนคำคู่ความ ว่าจะต้องฟ้องคดีอย่างไร ฟ้องต่อศาลไหน จะยื่นคำให้การต่อสู้คดีอย่างไร ตลอดทั้งกระบวนการในการสืบพยานหลักฐานและชี้ขาดตัดสินและการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาและคำสั่ง ซึ่งมีขั้นตอนปฏิบัติมากมาย ยุ่งยากและยากต่อการเข้าถึง

บทความนี้ต้องการชี้ให้เห็นถึงเครื่องมือที่ใช้ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่ามีอุปสรรคอย่างไรในกระบวนการที่จะเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน อันทำให้การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนขาดประสิทธิภาพ ไม่สอดคล้องกับหลักประกันที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าประชาชนย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็วและทั่วถึง

อุปสรรคในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน

อุปสรรคหรือสาเหตุที่ทำให้การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนขาดประสิทธิภาพ ได้แก่

ก. ค่าใช้จ่ายในการเป็นคดีความ (Cost of Litigation)

เป็นปัญหาและอุปสรรคประการแรกต่อการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนดังได้กล่าวแล้วในตอนต้นว่า แม้สิทธิหน้าที่ของประชาชนจะได้รับการรับรองคุ้มครองอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติ แต่เมื่อสิทธิหรือหน้าที่นั้นไม่ได้รับการเคารพ ถูกกระทบกระเทือน ถูกละเมิดหรือถูกโต้แย้งประชาชนก็ไม่อาจบังคับเองได้ ตามหลักของข้อห้ามไม่ให้ช่วยตัวเองหรือข้อห้ามมิให้กระทำตัวเอง (The prohibition against self-help) ตามกฎของ The rule of the “Decretum Divi Marci”¹

ซึ่งหมายถึงหลักที่ห้ามมิให้ประชาชนหรือเอกชนใช้กำลังบังคับโดยลำพังหรือพลการ เพื่อให้เป็นไปตามสิทธิที่ตนมีอยู่ แต่ต้องอาศัยการเยียวยาหรือการช่วยเหลือจากรัฐ เช่น นายดำถูกนายแดงกระทำละเมิดได้รับบาดเจ็บสาหัสต้องนอนรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลหลายเดือนจ่ายค่ารักษาพยาบาลไปหลายแสน ไม่สามารถประกอบการทำงานตามปกติได้ตลอดระยะเวลาที่นอนรักษาตัวอยู่ แต่เมื่อทวงถามให้นายแดงช่วยเหลือค่าใช้จ่ายดังกล่าวบ้างกลับถูกนายแดงปฏิเสธ ดังนั้น นายดำจะไปยึดทรัพย์สินของนายแดงมาเพื่อชำระหนี้โดยพลการเองไม่ได้ ถ้านายดำจะบังคับต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่างๆ ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยต้องปฏิบัติตามขั้นตอนกระบวนการต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ตั้งแต่การฟ้องร้องบังคับคดี การเรียบเรียงคำฟ้อง คำร้องต่างๆ ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยบุคลากรที่มีวิชาชีพโดยตรง เช่น ทนายความ นายดำซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปคงไม่มีความรู้ ความรู้ความสามารถพอที่จะปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวได้ จำเป็นต้องอาศัยทนายความเป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งหมายถึงต้องมีค่าใช้จ่ายเป็นค่าดำเนินการ ตั้งแต่ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมศาลต่างๆ ตามกฎหมายกว่าคดีจะเสร็จสิ้นก็คงมีภาระมากมายทั้งๆ ที่สิทธิของนายดำมีกฎหมายรับรองคุ้มครองโดยถูกต้องบริบูรณ์ แต่เมื่อสิทธินั้นถูกละเมิด ถูกโต้แย้ง บาทเดียวนายดำก็ยังไม่เคยรับการชดเชยจากนายแดงเลย แต่เมื่อต้องการจะทวงสิทธิหน้าที่ของตนกลับคืนมากลับต้องมีภาระที่จะต้องหาค่าใช้จ่ายมาอีกจำนวนหนึ่งนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายจากการถูกละเมิดก่อนหน้านี้แล้ว และถ้าหากเป็นประชาชนผู้ยากไร้ที่อาจไม่มีความสามารถทางการเงินเพียงพอที่ยังยากต่อการเข้าถึงความยุติธรรมโดยง่าย สะดวก ประหยัด รวดเร็วและเป็นธรรม

ข. อุปสรรคในเรื่องเวลา (Timing)

ปัญหาเรื่องเวลาเป็นอุปสรรคใหญ่ต่อการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน ปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วกว่า 20 ฉบับ ส่วนใหญ่มีเหตุผลใน

¹ พิชา มณีนาวา : ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีมโนสาเร่ วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปี. 2544

การแก้ไขเพื่อแก้ปัญหาในเรื่องเวลาในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน เพราะกระบวนการพิจารณาคดีในศาล โดยเฉพาะคดีแพ่งสามัญหรือคดีแพ่งทั่วไป วิธีพิจารณาคดีในศาลใช้ระบบกล่าวหา ซึ่งเป็นระบบยึดถือความเป็นกลางของผู้ชำระคดี ผู้พิพากษาต้องตั้งตัวเป็นกลางภาระการพิสูจน์กำหนดให้เป็นหน้าที่ของกลุ่มความหรือถือหลักความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันของกลุ่มความ ฉะนั้นหลักเกณฑ์ในการนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ จึงเป็นไปโดยเคร่งครัด เป็นแบบแผน จำเป็นต้องใช้เวลาในการดำเนินการ ซึ่งบางคดีอาจต้องใช้เวลาราว 10 ปี แม้โจทก์หรือจำเลยนี้ตามคำพิพากษาจะชนะคดีเต็มตามฟ้องของโจทก์ แต่ศาลใช้เวลาในการอำนวยความยุติธรรมเนิ่นนานถึง 10 ปีกว่าคดีจะถึงที่สุด วันที่โจทก์หรือประชาชนจะได้รับความยุติธรรมกลับคืนมาอาจจะหมดความหมายหรือหมดประโยชน์หรือไม่ทันต่อการเยียวยาความเสียหายแล้วก็ได้

2. ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องยุติธรรม

ในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน นอกจากกฎหมายต้องยุติธรรม กล่าวคือกฎหมายต้องสามารถบังคับได้และสามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือลดอุปสรรคต่างๆ ที่จะทำให้การเข้าถึงความยุติธรรมมีประสิทธิภาพดังได้กล่าวแล้ว ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้ประชาชนเข้าถึงความยุติธรรม ได้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ศาล และทนายความ อันเป็นบุคคลผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะบังคับใช้กฎหมายต้องยุติธรรม ในบทความนี้คงหมายถึง บุคคลดังกล่าวต้องมีความรู้และมีคุณธรรม เป็นผู้ที่มีความเข้าใจลึกซึ้งทั้งกฎหมายสาระบัญญัติและวิธีบัญญัติและสามารถนำเครื่องมือในกฎหมายมาใช้ในการอำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ ดังตัวอย่างต่อไปนี้ ซึ่งชี้ให้เห็นถึงบทบาทของทนายความซึ่งเป็นบุคคลต้นน้ำของกระบวนการยุติธรรมในทางแพ่ง มีความรู้และประสบการณ์ที่จะหยิบยกเครื่องมือในกฎหมายนั้นมาใช้เพื่ออำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชน ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 1190/18 (ญ) โจทก์เป็นผู้เช่าช่วงที่ดินเพื่อก่อสร้างอาคารพาณิชย์จากผู้เช่าเดิม โดยเจ้าของที่ดินยินยอม เมื่อจำเลยครอบครองในที่ดินดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของที่ดินอันเป็นการละเมิด แม้โจทก์จะไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยโดยลำพัง โจทก์ก็ชอบที่จะขอให้ศาลหมายเรียกเจ้าของที่ดินเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในคดี เพื่อศาลจะได้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างผู้เป็นคู่กรณีทั้งหลายรวมเป็นคดีเดียวกันตาม ป.พ.พ.มาตรา 477,549² ซึ่งทำให้อำนาจฟ้องของโจทก์บริบูรณ์ขึ้นได้ และในกรณี

² ดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1190/18 ประกอบ.

เช่นนี้ โจทก์และโจทก์ร่วมย่อมมีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลย โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้จำเลยออกไปจากที่ดินก่อน

การที่จำเลยไม่ยอมออกจากที่ดินเป็นเหตุให้โจทก์ไม่สามารถปลูกตึกแถวให้เช่าหาประโยชน์ตามสัญญาที่ผูกพันกันระหว่างโจทก์กับโจทก์ร่วม ซึ่งจำเลยได้รับการบอกกล่าวให้ทราบแล้ว เมื่อโจทก์ฟ้องโดยเรียกโจทก์ร่วมเข้ามาในคดี จำเลยจึงต้องใช้คำสินไหมทดแทนให้โจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาตั้งกล่าวต้องการชี้ให้เห็นถึงบทบาทของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นผู้ใช้เครื่องมือในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนให้สามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยสะดวก ประหยัด รวดเร็ว และเป็นธรรม

ทนายความ ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้เริ่มต้นกระบวนการยุติธรรมในทางแพ่งคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ซึ่งเป็นผู้เช่าที่ดินไม่สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าได้เพราะมีผู้อื่นเช่นจำเลยเข้าครอบครองอยู่ก่อนแล้วโดยละเมิด เป็นที่เข้าใจกันว่าผู้เช่าจะฟ้องผู้ครอบครองอยู่ก่อนไม่ได้ เพราะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน คือ ไม่มีมูลหนี้ที่จะฟ้องร้องกัน สิทธิของผู้เช่าที่จะเข้าครอบครองเป็นเพียงสิทธิตามสัญญาเช่า เป็นบุคคลสิทธิผูกพันเฉพาะระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่าเท่านั้น ผู้เช่าซึ่งยังไม่ได้เข้าครอบครองจะอ้างสิทธิตามสัญญาเช่าไปยื่นฟ้องผู้ครอบครองอยู่ก่อนไม่ได้ ถ้าฟ้องร้องไปศาลก็ต้องยกฟ้อง³ เพราะผู้เช่าไม่ได้เป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิ ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 55 ไม่มีอำนาจฟ้อง ผู้ที่มีอำนาจฟ้องขับไล่ผู้ครอบครองโดยละเมิดคือ ผู้ให้เช่าซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ส่วนผู้เช่าถ้าเสียหายอย่างไรจากการไม่ได้เข้าครอบครองที่ดินตามสัญญาเช่าก็เป็นเรื่องระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่าตามสัญญาเช่าที่จะต้องไปฟ้องร้องว่ากล่าวกันเอง ถ้าเป็นเช่นนี้เป็นการอ้อมค้อมเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย แต่ตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษานี้ ทนายความของโจทก์ซึ่งเป็นผู้เช่าฟ้องขับไล่จำเลยซึ่งเป็นผู้ครอบครองอยู่ก่อนโดยละเมิดโดยตรงแต่ได้แนบคำร้อง ขอให้ศาลหมายเรียกผู้ให้เช่าเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมด้วย ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 57 (3) เพื่อที่จะได้รวมพิจารณาเป็นคดีเดียวกัน แสดงให้เห็นถึงความรู้ความสามารถของทนายความในคดีนี้ในการใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องร้องสอดมาเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่ออำนวยความสะดวกได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ศาล ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสูงสุดของกระบวนการเข้าถึงความยุติธรรมก็ใช้อำนาจของศาลในการปรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของทนายความโดยปรับกฎหมายให้สามารถบังคับได้โดยสะดวก ประหยัด รวดเร็ว และเป็นธรรม

³ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 374/10

สรุป การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนได้รับการรับรองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ว่าประชาชนมีสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง แต่ในทางปฏิบัติประชาชนจะเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างไร การเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนต้องพิจารณาองค์ประกอบ 2 ประการคือ กฎหมายต้องยุติธรรมหมายถึง กฎหมายต้องอำนวยความสะดวกให้ประชาชน สามารถเข้าถึงความยุติธรรมโดยขจัดอุปสรรคในการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขด้านค่าใช้จ่าย หรืออุปสรรคด้านเวลา ซึ่งควรจะมีกระบวนการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก ประหยัดและเป็นธรรม

นอกจากกฎหมายแล้ว ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้ประชาชนสามารถเข้าถึงความยุติธรรม ต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ ในการบังคับใช้กฎหมายให้ยุติธรรม หมายถึง ต้องบังคับใช้กฎหมายบังคับได้ โดยสะดวก ประหยัด รวดเร็ว และเป็นธรรม

การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน*

บรรเจิด สิงคะเนติ**

บทคัดย่อ

มาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... “(2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณี que เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ หากไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว การบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้เองการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่ไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีนี้เองศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณาเกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิมนุษยชน

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัย เรื่อง “การตรวจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน” ที่เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, มกราคม 2553

** หัวหน้าภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ได้เพียงใด และประเด็นสำคัญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายในได้หรือไม่เพียงใด จากการศึกษาอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่

การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่อาศัยเกณฑ์ตามที่ได้ศึกษาไว้แล้วข้างต้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

1.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย

1.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

1.3 จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)

2. บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะไม่มีผลใช้บังคับนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาศัยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

2.2 หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

2.3 หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

2.4 หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

3. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏว่ากฎหมายฉบับนั้น กระทบต่อสิทธิมนุษยชนแต่มีปัญหาว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับได้ ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวทางในการวินิจฉัย 3 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน แต่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ซึ่งหากเป็นการขัดกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็เป็นกรณีนี้ ประเทศไทยควรจะต้องปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

แนวทางที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว กระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แนวทางที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว กระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าพันธกรณีในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งยังไม่มีผลออกกฎหมายรองรับ ในกรณีนี้แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะมีได้มีบทบัญญัติเป็นการแบ่งช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ตาม แต่ในกรณีนี้ศาลไทยอาจนำพันธกรณีในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับได้โดยอาศัยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หากหลักการดังกล่าวสามารถอาศัยมาตรา 7 เป็นฐานในการตีความนำมาใช้ได้

Abstract

Article 257(2) of the Constitution prescribes that the power and duty of the National Human Rights Commission are as follows: “(2) to submit the case together with opinions to the Constitutional Court in the case where the commission agrees with the complainant that the provisions of any law are detrimental to human rights and beg the question of the constitutionality” coupled with Article 212 of the Constitution which prescribes for those whose warranted rights and liberty have been violated, to have the right to file the petition the Constitutional Court to state adjudgment that any legal provision can contradict or contend with the Constitution provided that any other ways to exercise one’s right cannot be exploited. Such provision is equal to giving authorization to the Constitutional Court to investigate and look for any legal provision which has an effect on human rights and has a problem with justification of the Constitution. This action is why it is a matter concerning treaties or international law. In this case concerning how far the Constitutional Court can be dependent on treaties or international law in determining the extent to which it is detrimental to human rights, the main issue is whether or not or how much the treaties or international law can be used to consider a matter of the justification with the domestic law. Through the studies conducted, the salient points can be summarized as follows:

1. Does that legal provisions are detrimental to human rights?

To consider whether any legal provision is detrimental to human rights depends on the above researched criteria as follows:

- Human dignity, rights, liberty and equality warranted or protected by the Constitution of the Kingdom of Thailand or by the Thai law;
- Human dignity, rights, liberty, and equality of an individual warranted or protected by the treaty that Thailand has to abide by;
- International Customs and traditions, General Principle of International Law, equity and juristic act.

2. That any legal provision cannot be in force must fall into the category of those having problems with the justification of the Constitution using the following criteria:

- 2.1 General criteria for the enactment of the restriction of rights;
- 2.2 The criteria in accordance with Article 29 of the Constitution;
- 2.3 The criteria of Article 30 of the Constitution; and
- 2.4 The general principle of law and basic principle of the Constitution.

3. The power and duty of the Constitutional Tribunal for their adjudgment in relation to a legal provision on the effect on human rights according to Article 257 (2) of the Constitution.

In cases where the Constitutional Court has adjudicated that any legal provisions are detrimental to human rights and that legal provision has a problem with the justification of the Constitution, if in that consideration of the Constitutional Court, it shows that the law is detrimental to on human rights but has a problem whether it will contradict the Thai Constitution or not, and if the Constitutional Court decides that such provision cannot be in force, it has three guidelines in giving adjudication as follows:

The first guideline: the Constitutional Court may consider that such legal provision is detrimental to human rights but it does not contradict the Thai Constitution, the said legal provision can still continue to be in force. However, if it is contradictory to the treaty of which Thailand is a party, Thailand should amend the law to correspond with the said treaty.

The second guideline: The Constitutional Court may consider that the said legal provision is detrimental to human rights if it is not included in other Constitutional ways that can lead to the decision that law is in contradiction to the Constitution. The Constitutional Court should consider whether the criteria concerning human rights in that matter can be described as a general principle of law or a basic principle of the Constitution. The Constitutional Court may consider that the legal provision can no longer be in force since it is a legal provision that is detrimental to human rights and contradicts the Constitution.



The Third Guideline : the Constitutional Court may consider that the said provision is detrimental to human rights if it can not be qualified by other criteria of the constitution to determine that the said provision is not constitutionality . In case that the Constitutional Court considered that the obligations on human rights treaties are not applicable to domestic law, the Constitutional Court may apply Article 7 of the Constitution to bring the said obligations from treaties as the source of domestic law from international law (like a Germany practice). Article 7 are as follows : "Whenever no provision under this Constitution is applicable to any case, it shall be decided in accordance with the constitutional conventions of the democratic regime of government with the king as head of State" If it is possible to interpret the constitutional conventions of the democratic regime under the Article 7, the constitutional Court shall apply them to this case.

บทนำ

มาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... “(2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณี que เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” การบัญญัติดังกล่าวเท่ากับเป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยเหตุนี้เองการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นเรื่องที่ไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีนี้เองศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาพิจารณาเกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้เพียงใด และประเด็นสำคัญจะอาศัยสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายภายในได้หรือไม่เพียงใด ในที่นี้แบ่งหัวข้อออกเป็น 1. หลักทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน 2. ระบบของกฎหมายของต่างประเทศที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน 3. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน 4. หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญ 5. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญ

1. หลักทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญาและกฎหมายภายใน

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง 1.1 ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายใน และ 1.2 การประสานให้สนธิสัญญากับกฎหมายภายในสอดคล้องกัน

1.1 ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายใน

ในทางตำรามีการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างสนธิสัญญากับระบบกฎหมายภายใน โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีที่สำคัญอยู่สองทฤษฎีคือ ทฤษฎีเอกนิยม (monism) และ ทฤษฎีทวินิยม (dualism) ทฤษฎีเอกนิยม (monism) เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นกฎหมายระบบเดียวกันและมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างมีเอกภาพ ถ้ามีปัญหาขัดแย้งกันศาลจะต้องนำกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งขึ้นมาใช้ ปัญหาว่าศาลจะใช้กฎหมายใดนั้นนักกฎหมายตามแนวคิดแบบเอกนิยมยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่² กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งนั้นเห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐ (classical monism) เพราะเหตุว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ก่อตั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำเนิดของรัฐและยอมรับรู้ความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องอยู่เหนือรัฐซึ่งหมายความรวมถึงอยู่เหนือกฎหมายภายในด้วย แต่นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่า แม้กฎหมายระหว่างประเทศจะมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกฎหมายภายใน แต่ในที่สุดแล้วกฎหมายภายในของรัฐย่อมมีฐานะที่เหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (inverted monism) เนื่องจากรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดที่จะยอมรับและปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ การที่กฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับกับรัฐนั้นๆ ได้ก็เพราะความยินยอมของรัฐนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลบังคับของสนธิสัญญานั้นถือกำเนิดได้ก็เพราะอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มหลังนี้จึงเห็นว่ากฎหมายภายในอาจอยู่เหนือกว่าสนธิสัญญาซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน

ทฤษฎีทวินิยม (dualism) เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อกันหากแต่มีการแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญเช่น Anzilotti และ Cavaglieri ได้สนับสนุนแนวคิดนี้ว่า³ เหตุที่ระบบกฎหมายทั้งสองมิได้อยู่รวมเป็นระบบเดียวกันเนื่องมาจากกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนั้นต่างมีบ่อเกิดและมีวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันระหว่างรัฐคู่สัญญาโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐหนึ่งๆ ซึ่งมุ่ง

² อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3, ตอน 3, น. 42-43, (ธันวาคม 2514)

³ อุกฤษ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว, น. 41-42.

หมายใช้บังคับกับพลเมืองภายในรัฐนั้นๆ เท่านั้น ดังนั้นหากจะให้สนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ จะต้องมีการผ่านขั้นตอนบางประการซึ่งเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐว่าต้องการให้สนธิสัญญาเข้ามามีผลใช้บังคับ เช่น วิธีการผนวก (incorporation) วิธีการแปลงรูป (transformation)

1.2 การประสานให้สนธิสัญญากับกฎหมายภายในสอดคล้องกัน

โดยหลักทั่วไปของการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ภายหลังจากรัฐได้แสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการทำสนธิสัญญาที่รัฐต้องกลับมาดำเนินการภายในรัฐคือ รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในสนธิสัญญาด้วยการทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ⁴ ส่วนกระบวนการทำให้สนธิสัญญาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศจะเป็นเช่นไรย่อมเป็นเรื่องภายในของประเทศนั้นๆ ซึ่งวิธีการรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้⁵

1.2.1 การผนวกสนธิสัญญาให้เข้ามามีผลใช้บังคับโดยองค์กรตุลาการ

การผนวก (incorporation) เป็นวิธีการที่มีความคล้ายคลึงกับการยอมรับสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน (adoption) ตามแนวคิดแบบเอกนิยม กล่าวคือ สนธิสัญญาที่เข้ามาใช้ผลบังคับภายในประเทศจะไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงลักษณะจากการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน แต่สนธิสัญญาจะถูกผนวกให้เข้ามามีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นการมีผลใช้บังคับ การตีความ หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ วิธีการนี้เริ่มต้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์ โดยยอมรับว่าผู้พิพากษาสามารถสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (judge made law) ขึ้นมาได้ ดังนั้น ผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษจึงสามารถนำเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้องว่าสนธิสัญญาจะถูกรับรู้โดยรัฐเสียก่อน แต่วิธีการรับเช่นนี้ก็มิใช่ข้อจำกัดอยู่ว่าสนธิสัญญานั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายภายในด้วย นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า การมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาโดย

⁴ กระบวนการในการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปมีอยู่ 10 ขั้นตอนซึ่งอาจแยกพิจารณาออกเป็นสองระดับที่มีความสัมพันธ์กันคือ กระบวนการในระดับระหว่างประเทศและกระบวนการระดับภายในประเทศ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และชาติชาย เชษฐสุขสมน, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในการเจรจาทำความตกลงการค้าเสรี, (กรุงเทพมหานคร : เสนอต่อ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2549), น. 14-24.

⁵ อารยา สุขสม, "กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญากับปัญหาการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทย," วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551. น. 73-81.

วิธีการผนวกนั้นมิได้เปลี่ยนลักษณะความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใดนั้น จึงไม่ทำให้เกิดปัญหาเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย⁶ แต่สนธิสัญญาจะถูกผนวกให้เข้ามามีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายในโดยไม่จำเป็นว่าสนธิสัญญาจะถูกรับรู้โดยรัฐเสียก่อน กล่าวอีกหนึ่งคือ สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้โดยที่รัฐสภาไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อรองรับสนธิสัญญาดังกล่าว เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าวสามารถอ้าง“หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1990 (Convention on the Rights of the Child : CRC)⁷ มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญาดังกล่าวนี้ก็ตาม เท่ากับเป็นการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้างหลักกฎหมายโดยผู้พิพากษา(judge made law) อันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

3.1.2.2 การรับสนธิสัญญาเข้ามาโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

การรับสนธิสัญญาเข้ามาเป็นกฎหมายภายใน (Adoption) โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เป็นวิธีการที่ยอมรับเอาสนธิสัญญาซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศให้เข้ามามีผลใช้บังคับในประเทศได้โดยตรง ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น สนธิสัญญานั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยถูกต้อง หรือจะต้องมีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาโดยถูกต้องเสียก่อน หากฝ่ายบริหารได้ทำสนธิสัญญาไปตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว สนธิสัญญาเหล่านั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐได้โดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายมารองรับอีก ซึ่งวิธีการดังกล่าวมีผลเป็นการกำหนดระบบกฎหมายของประเทศในขณะเดียวกัน ตัวอย่างเช่น มาตรา 6 วรรคสองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

3.1.2.3 การออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญา

การประสานให้สนธิสัญญา มีความสอดคล้องกับกฎหมายภายในอีกวิธีหนึ่งคือการแปลงรูปสนธิสัญญา (transformation) ซึ่งอาจทำได้โดยการประกาศใช้ (promulgation) อย่างเป็นทางการเช่นเดียวกับการประกาศใช้กฎหมายเพื่อให้รับรู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศเรื่อง

⁶ Meduxnekeag River Basin Case, 155 Me.141 (1959) อ้างถึงใน นพนิติ สุริยะ **Lecture Notes** กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 103-105.

⁷ Joachim Wolf, **The Concept of the “Best Interest” in Term of the UN Convention on the Rights of the Child**, in *The Ideologies of Children’s Rights* ed. Michael Freeman and Phillip Veerman (Dordrecht : Martinus Nijhof Publishers, 1992), pp. 129, 132.

ใดเรื่องหนึ่งมีผลใช้บังคับภายในประเทศ ซึ่งส่วนมากจะเป็นการประกาศรับสนธิสัญญา (promulgation of treaty) นอกจากนี้ วิธีการแปลงรูปยังสามารถกระทำได้โดยการออกกฎหมาย (legislative act) รองรับผลบังคับของสนธิสัญญา ซึ่งเป็นวิธีที่ประเทศในระบบทวินิยมส่วนใหญ่เลือกใช้ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศไทย เป็นต้น

2. ระบบกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทยในการวินิจฉัยเกี่ยวกับสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

ในหัวข้อนี้แบ่งการศึกษา ดังนี้ 2.1 ประเทศฝรั่งเศส 2.2 ประเทศเยอรมนี 2.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา และ 2.4 ประเทศไทย

2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส ถือแนวคิดแบบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) โดยแนวคิดนี้ยึดถืออำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นหลัก โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายอื่นใดภายในรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในดินแดนของรัฐหนึ่งย่อมเป็นอำนาจของรัฐนั้นๆ ที่จะต้องพิจารณา ซึ่งท้ายที่สุดแล้วกฎหมายระหว่างประเทศจะมีลำดับที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญไปไม่ได้ และเป็นแนวคิดที่รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสถือปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน

ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่วมกับรัฐสภาในขั้นตอนการพิจารณาก่อนการให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญา (มาตรา 54) และในขั้นตอนก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติที่ให้ความยินยอมแก่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา (มาตรา 61) ซึ่งกระบวนการทั้งสองขั้นตอนนี้ต้องกระทำก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐ ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (contrôle a posteriori) จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยสนธิสัญญาภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารได้แสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้ถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายหลังจากที่ฝ่ายบริหารให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบแก่สนธิสัญญาไปแล้ว

2.2 ประเทศเยอรมนี

สำหรับประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสนธิสัญญาซึ่งได้รับการแปลงรูปแล้วจะมีสถานะสูงกว่าหรือต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามก็หากพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 25 ที่บัญญัติว่า “....หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ตราโดยสภา และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในอาณาเขตของสหพันธ์”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า“หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญนี้มีอยู่สองประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรก คำว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” มีความหมายว่าอย่างไรและหมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วยหรือไม่นั้น ในทางตำรากฎหมายมีความเห็นว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ตามบทบัญญัติมาตรา 25 นี้หมายความว่ารวมถึงหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไปเท่านั้นมิได้หมายความรวมถึงสนธิสัญญาด้วย⁸ ปัญหาต่อมาคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์ (Gesetze) นี้จะหมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักในการวินิจฉัยไว้ว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศ” ไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหลักเกณฑ์ทั่วไปทั้งหลายของกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของสหพันธ์แต่ต้องอยู่ภายในกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญด้วย⁹

ส่วนกรณีของสนธิสัญญาตามมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากสนธิสัญญาจะมีผลบังคับเป็นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ก็ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายสหพันธ์รองรับ ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายความว่ารวมถึงกฎหมายของมลรัฐด้วย กฎหมายสหพันธ์และกฎหมายมลรัฐเหล่านี้เป็นกฎหมายทั่วไป มิใช่กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้นค่าบังคับของสนธิสัญญาจึงเป็นไปตามสถานะของกฎหมายสหพันธ์หรือ

⁸ D.Lasok , J.W.Bridge, **Law & Institutions of European Communities**, fifth edition (Butterworths, 1991), pp. 333.

⁹ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1957 (B.V.G; March 26 ,1957 , 6 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts S) , อ้างในเชิงอรรถที่ 56 ใน นพนิติ แสงสุริยะ , **Lecture Notes กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1** , พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน , 2549) , น.130.

กฎหมายของมลรัฐแต่จะมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐไม่ได้¹⁰

กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรองรับสนธิสัญญาถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesver-fassungsgericht, Federal Constitutional Court) โดยภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องอาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาก่อนที่จะมีผลเป็นการให้ความยินยอมแก่ประธานาธิบดีเพื่อแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญาได้ กระบวนการตรวจสอบเช่นนี้เป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Die abstrakte Normenkontrolle) คือเป็นกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายรองรับสนธิสัญญาเป็นคดีอยู่ในชั้นศาล แต่เป็นการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายรองรับสนธิสัญญาที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายนี้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

บทบัญญัติในเรื่องหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญอเมริกันซึ่งเป็นต้นแบบให้กับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและเป็นหลักสำคัญในหลายประการในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ จะมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เป็นแม่บทและเป็นแกนสำคัญในพันธกรณีเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยทั่วไปจึงแทบไม่มีความจำเป็นในการปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในรัฐธรรมนูญอเมริกันล้วนมีบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญเหล่านี้ไว้เกือบครบหมดแล้ว หากจะเป็นการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่สหรัฐอเมริกาท้องดำเนินการตามสนธิสัญญาเหล่านั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็จำเป็นต้องดำเนินการตามหลักทวินิยม (Dualism) ที่ต้องผ่านการพิจารณาของสภา Congress ในลักษณะเดียวกันกับแนวทางที่ประเทศไทยยึดถือ

2.4 ประเทศไทย

การบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนของไทยมีมานาน นับตั้งแต่การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ในประเทศ และมีวิวัฒนาการเรื่อยมาทั้งด้านเนื้อหาสาระตามพันธกรณี

¹⁰ D.Lasok , J.W.Bridge, **Law & Institutions of European Communities**. fifth edition. (London : Butterworths, 1991), pp. 333.

ระหว่างประเทศและบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ วิธีบัญญัติ แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐด้านสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ การกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และวิธีการบังคับใช้หลักกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนในประเภทต่างๆ ตลอดจนการพัฒนาองค์กรผู้รับผิดชอบเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพันธกรณีต่างๆ ด้วย

ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว...”

บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นเพียงอำนาจในการทำข้อตกลงระหว่างประเทศรวมทั้งสนธิสัญญา ข้อตกลงต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญาจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายไทย ก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้ดำเนินการตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หนังสือสัญญาจะต้องทำขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 190 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ข. ในกรณีที่เป็นการทำหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญตามมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับร่างหนังสือสัญญาและต้องนำกรอบการเจรจาและร่างหนังสือสัญญามาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้ง นอกจากนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อประชาชนตามมาตรา 190 วรรคสามถึงวรรคสี่เสมอ

ค. การมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของหนังสือสัญญาจะต้องมีการออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาทุกครั้งซึ่งอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติอนุวัติการหรือรองรับพันธกรณีในหนังสือสัญญาไว้เป็นการล่วงหน้า ซึ่งในทางปฏิบัติของไทยปรากฏว่าบางกรณีฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้พันธกรณีในหนังสือสัญญาในเรื่องนั้นๆ มีผลใช้บังคับภายในประเทศด้วย เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองการ

ดำเนินงานขององค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ พ.ศ. 2524 หรือกรณีตามมาตรา 11 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 เป็นต้น

ง. กฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญาต้องได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนและองค์กรของรัฐซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา

แต่อย่างไรก็ตาม จากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลไทยมีแนวโน้มที่จะยอมรับผลบังคับของสนธิสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (traité-loi, law-making treaty) มากขึ้น ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าประเทศไทยจะเป็นภาคีในสนธิสัญญาเหล่านั้นหรือไม่ เช่น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 2965/2538 ระหว่างพนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด โจทก์ และนายทง ศิริปริชาพงษ์ จำเลย เป็นกรณีที่ศาลอุทธรณ์นำบทบัญญัติในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาใช้ประกอบในการตีความบทบัญญัติในข้อ 8(1) วรรคสามของสนธิสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1922 ซึ่งแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2533 โดยศาลอุทธรณ์กล่าวอ้างและใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เสมือนตั้งเป็นกฎหมายภายใน ทั้งที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับดังกล่าวเลยก็ตาม¹¹ สำหรับศาลปกครองไม่ปรากฏว่าศาลปกครองมีการนำบทบัญญัติในหนังสือสัญญาประเภทกฎหมายมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยตรง อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 607-608/2549 ได้กล่าวอ้างบทบัญญัติในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา หรือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศไว้ในคดีซึ่งมีการฟ้องโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดคุหาเลือกตั้งเพื่อลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

3. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ด้านสิทธิมนุษยชน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีการแบ่งช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากเป็น

¹¹ ธรรมพ์ ชาลีจันทร์, “ส่งคนไทยข้ามแดนไปอเมริกาได้”, วารสารอัยการ, ปีที่ 19, น. 28 (มีนาคม 2539)



กรณีกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดจากสนธิสัญญานี้มาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญกำหนดว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกรัฐบัญญัติเพื่อแปลงสภาพให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของรัฐเสมอ

อย่างไรก็ดี หากเป็นสนธิสัญญาประเภทกฎหมายซึ่งวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในรูปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นมาใหม่เป็นการเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศโดยที่ไม่มีการคัดค้านจนก่อให้เกิดสภาพบังคับเป็นการทั่วไป (situations objectives) หรือมีสภาพบังคับเด็ดขาด (jus cogens) เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หรือกฎบัตรสหประชาชาติ ฯลฯ กฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาประเภทกฎหมายเหล่านี้ย่อมมีสถานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์ตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญที่ศาลเยอรมันสามารถนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้โดยตรง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวางหลักการนำมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญมาเป็นมาตรการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐไว้ในปี ค.ศ. 1987 ว่า บทบัญญัติในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญอาจถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการในการใช้และการตีความกฎหมายภายในที่เป็นการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศได้

นอกจากนี้ ศาลภายในของบางประเทศอาจนำพันธกรณีตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้บังคับกับคดีโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่ได้ออกกฎหมายรองรับสนธิสัญญาดังกล่าวได้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจขององค์กรตุลาการซึ่งเป็นวิธีการที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย โดยศาลสูงในประเทศออสเตรเลีย มีวิธีการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้งหลายที่ประเทศออสเตรเลียเป็นภาคีอยู่มาใช้บังคับในคดีทั้งที่รัฐสภายังไม่มีการออกกฎหมายรองรับ เช่น ศาลสูงออสเตรเลียยอมรับว่าคนต่างด้าวสามารถอ้าง “หลักการยึดถือประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1990 (Convention on the Rights of the Child : CRC) มาใช้บังคับเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้โดยที่รัฐสภายังไม่ออกกฎหมายภายในมาอนุวัติการตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็ตาม¹² ซึ่งเท่ากับเป็นการผนวกสนธิสัญญาเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของการสร้างหลักกฎหมายโดยผู้พิพากษาอันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศที่ใช้ระบบ common law

¹² คดี Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Ah Hin Teoh (1995) 183 CLR 273.

4. หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตาม มาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

4.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่

การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อาศัยเกณฑ์ตามที่ได้ศึกษาไว้แล้วข้างต้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

- ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย
- ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม
- จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of Law) หลักความเป็นธรรม (equity) และการกระทำทางกฎหมาย (juristic act)

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนนั้น มีข้อพิจารณา ดังต่อไปนี้

ก. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนนั้นอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย กรณีนี้ย่อมถือว่ามีฐานในทางกฎหมายที่รองรับ หากเป็นไปตามกฎหมายที่กล่าวอ้าง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไปพิจารณาเงื่อนไขประการที่สองคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยพื้นฐานของสนธิสัญญาประเภทสัญญา (contractual treaty) กรณีนี้การจะต้องพิจารณาว่าสนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการยอมรับสนธิสัญญาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ หากผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมถือว่าเป็นเกณฑ์ของกฎหมายภายในแต่อย่างไรก็ตาม เมื่อถือว่าเป็นกฎหมายภายในแล้ว เกณฑ์ดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ค. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยพื้นฐานของสนธิสัญญาประเภทกฎหมาย (law-making treaty) กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่า

สนธิสัญญาดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ หากผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมอ้างในฐานะเป็นกฎเกณฑ์ภายในได้ แต่หากยังไม่ผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ จะต้องพิจารณาว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีฐานะเป็นจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความเป็นธรรมหรือไม่

ง. หากมีการอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยจารีตประเพณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความเป็นธรรม กรณีนี้ย่อมอาศัยหลักดังกล่าวในการอ้างว่ากระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้

4.2 การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะไม่มีผลใช้บังคับนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น อาศัยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ สำหรับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นการจำกัดในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ค. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

ค.1) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่เงื่อนไขกฎหมายเฉพาะ กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไขเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นๆ จะกระทำได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ค.2) กรณีของสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ง. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกำหนดเองไว้เพียงพอหรือไม่ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt)

(2) หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้¹³

ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)

ค. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

ง. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)

จ. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง)

(3) หลักเกณฑ์มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ นั้นประกอบด้วยหลักต่าง ๆ ดังนี้ (1) ความเสมอภาคกันในกฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง ตามมาตรา 30 วรรคสอง และ (3) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคสาม ในการตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 หรือไม่นั้น มีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกันหรือไม่

ข. กฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาหรือ “หลักเงื่อนไขของรัฐสภา” (Parlamentsvorbehalt) หรือไม่ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนั้นฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดสิ่งอันเป็นสาระสำคัญเอง โดยมีได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

ค.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

¹³ รายละเอียดโปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2552, หน้า 234



ค.2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เช่น

- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นละเมิดหลักเกณฑ์ของข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติหรือไม่ (ตามมาตรา 30 วรรคสาม) หรือมีเหตุผลข้อยกเว้นอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่
- การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ (หลักความได้สัดส่วน)

ง. การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีการตรวจสอบ 4 ระดับ¹⁴ ดังนี้

ง.1) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกัน การกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบก็ดี หรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบก็ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

ง.2) ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่น่าไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่าง ความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” (Systemgerechtigkeit in der Gesamtrechtsordnung) หลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาค คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

ง.3) นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” แล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตของเรื่องนั้นๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง” (Systemgerechtigkeit innerhalb eines Teilsystems)

ง.4) ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

¹⁴Paul Kirchhof, Gleichheit vor dem Grundgesetz, NJW 1987, S. 23563

จ. องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

(4) หลักกฎหมายทั่วไปและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

(4.1) หลักกฎหมายทั่วไปย่อมเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบ ดังเช่น ในระบบกฎหมายของตะวันตก ได้แก่ หลักกฎหมายดังต่อไปนี้

ก. “นิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง”

ข. “นิติกรรมทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน”

ค. “การบริการสาธารณะจะต้องต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก”

ง. “การรับฟังบุคคลซึ่งนิติฐานะของเขาอาจได้รับความกระทบกระเทือนจากมาตรการทางปกครอง ก่อนที่ออกมาตรการนั้น”

จ. “ความคาดหวังอันชอบธรรมของบุคคลจะต้องได้รับความคุ้มครอง”

ฉ. “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการบัญญัติรับรองไว้แล้วในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แม้ว่ามีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่งก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ช. “หลักความแน่นอนชัดเจน” เป็นหลักที่เรียกร้องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถดำเนินการให้เป็นตามข้อเรียกร้องของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา

ซ. “หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” หลักนี้เรียกร้องเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น อาจตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้ แต่จะต้องพิจารณาหลักอื่นๆ ประกอบด้วย¹⁵

(4.2) หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมนำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ หลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักสำคัญพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักนิติรัฐโดยภาพรวมกล่าวคือทั้งส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและส่วนที่เป็นผลมาจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไปนั้น มีรายละเอียดดังนี้¹⁶

ก. การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน

ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, น. 27

¹⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ 2551, น. 411



- ค. การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลายย่อมมีผลผูกพันองค์กรต่างๆของรัฐ
- ง. หลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง
- จ. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ

- ฉ. หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย ดังนี้
 - ฉ.1) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (nullum crimen nulla poena sine lege)
 - ฉ.2) หลักการห้ามการลงโทษซ้ำ (ne bis in idem)
 - ฉ.3) หลักการรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ (Schuldprinzip)
 - ฉ.4) หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์
 - ฉ.5) หลักที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
 - ฉ.6) หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo)
 - ฉ.7) หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา
 - ฉ.8) หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ

อันมิชอบของรัฐ

- ช. หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาโดยทั่วไป
- ซ. หลักความมั่นคงของกฎหมาย
 - ซ.1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน
 - ซ.2) ความต่อเนื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย
 - ซ.3) หลักเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง
 - ซ.4) หลักเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล
 - ซ.5) กรณีความขัดแย้งระหว่างหลักความมั่นคงของกฎหมายกับ หลักที่ว่า การปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย
 - ซ.6) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักห้ามกระทำการเกินกว่าเหตุ (principle of proportionality)

5. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับ บทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบกับสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หากการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏว่ากฎหมายฉบับนั้น กระทบต่อสิทธิมนุษยชนแต่มีปัญหาว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับได้ ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวทางในการวินิจฉัย 3 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน แต่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ซึ่งหากเป็นการขัดกับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีก็เป็นกรณีที่ประเทศไทยควรจะต้องปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

แนวทางที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว กระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเรื่องดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลคณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แนวทางที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว กระทบต่อสิทธิมนุษยชน หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าพันธกรณีในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งยังไม่มีผลออกกฎหมายรองรับ ในกรณีนี้แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะมีได้มีบทบัญญัติเป็นการแบ่งช่องทางให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในรัฐตามประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศดังเช่นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็ตาม แต่ในกรณีนี้ศาลไทยอาจนำพันธกรณีในเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับได้โดยอาศัยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หากหลักการดังกล่าวสามารถอาศัยมาตรา 7 เป็นฐานในการตีความนำมาใช้ได้

บทสรุป

มาตรา 257(2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้... “(2) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมี ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มาตราดังกล่าวเป็นเรื่องที่บัญญัติครั้งแรกใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นการบัญญัติให้นำเกณฑ์เรื่องการกระทบต่อ สิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ เกณฑ์ดังกล่าวมิได้เป็นเกณฑ์ที่จะส่งผลถึงการไม่มีผลใช้บังคับของกฎหมายแต่อย่างใด เพราะ มาตรา 257(2) ได้วางเกณฑ์ต่อไปว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้อง “มีปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” แม้ว่าประเด็นเรื่องกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจะไม่ใช่วิธีเกณฑ์ที่จะ ส่งผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่มีผลใช้บังคับก็ตาม แต่การที่มีการบัญญัติมาตรา 257(2) ไว้เช่นนี้ย่อมทำให้มีประเด็นว่ากฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชนถูกเสนอมายังศาล รัฐธรรมนูญมากขึ้น และมีตนเองที่จะเป็นประเด็นปัญหาระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับ กฎหมายภายในจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไร หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศจะถูก นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งบทความนี้ได้ พยายามที่จะทำให้ประเด็นดังกล่าวมีความชัดเจนขึ้น

ความรับผิดชอบทางอาญาของบิดา มารดาที่เกิดจากการละเว้นหน้าที่ ในการปกครองดูแลผู้เยาว์ ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

एमफกา เตชะอภัยคุณ*
รณกรณ์ บุญมี**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันหลายประเทศกำลังเผชิญกับปัญหาเรื่องที่ยุติการบิดามารดาไม่เอาใจใส่ดูแลบุตรผู้เยาว์ซึ่งยังไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ และต้องการการดูแลเอาใจใส่ตลอดจนการอบรมสั่งสอน และได้รับการศึกษาอย่างเหมาะสมเพื่อพัฒนาไปเป็นสมาชิกของสังคมที่มีคุณภาพ แต่ด้วยสภาพของสังคมที่ต้องมีการแข่งขันกันมากขึ้นทำให้บิดามารดามีเวลา หรือมีโอกาที่จะมาปกครองดูแลบุตรของตนอย่างเหมาะสมลดน้อยลงซึ่งปัญหาเล็กๆ จากการไม่ใช้อำนาจปกครองให้เหมาะสมดังกล่าวจะนำไปสู่ปัญหาสังคมที่ใหญ่ขึ้นต่อไป

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M. Eur. pratique européenne du droit Diplôme commun - Universités de Hanovre, Universidade Catholica Portuguesa Lisbonne, Le Havre et Rouen อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ประเทศฝรั่งเศสเป็นอีกหนึ่งประเทศพัฒนาแล้วที่กำลังประสบปัญหาผู้มีอัตราผู้เยาว์ประพฤติดนเเกรไม่เหมาะสมกระทำผิดกฎหมายค่อนข้างสูงจนกลายเป็นปัญหาสังคมที่สำคัญอย่างหนึ่ง ณ ปัจจุบัน ซึ่งสาเหตุของปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่บิดามารดาไม่ดูแลเอาใจใส่บุตรได้อย่างเหมาะสมเท่าที่ควร เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น ประเทศฝรั่งเศสจึงได้สร้างเครื่องมือต่าง ๆ ทั้งทางกฎหมายและทางสังคมเพื่อมาแก้ปัญหาดังกล่าว โดยเฉพาะในส่วนของเครื่องมือทางกฎหมายนั้นประเทศฝรั่งเศสมีการนำเอากฎหมายอาญาอันเป็นกฎหมายที่จำกัดและกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดมาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้การไม่ใช้อำนาจปกครองที่ถูกต้องหรือเรียกว่าละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองบางกรณีเป็นความผิดอาญา ซึ่งบางกรณีก็เป็นความผิดที่นักกฎหมายไทยรู้จักดีอยู่แล้ว เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก อันกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือความปลอดภัยในชีวิตของสมาชิกของสังคมโดยตรง แต่ในบางกรณีการไม่ทำตามหน้าที่ในทางแพ่งโดยแท้ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสก็ได้บัญญัติให้การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวมีความผิดทางอาญา เช่นความผิดฐานละเว้นจากหน้าที่ให้การศึกษาซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดอาญาของไทย

นอกจากในส่วนของเนื้อหาของความผิดที่มีการกำหนดความรับผิดชอบเพราะผิดหน้าที่ตามกฎหมายครอบครัวซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งโดยแท้แล้ว กฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังมีการกำหนดโทษอุปกรณ์ที่ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดอาญาบางฐานโดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ซึ่งโทษอุปกรณ์ที่น่าสนใจสถานหนึ่งก็คือ โทษเพิกถอนอำนาจหรือสิทธิพลเมือง สิทธิทางแพ่ง และสิทธิทางครอบครัวบางประการ ซึ่งศาลมีอำนาจเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง หรืออำนาจปกครองบุตรก็ได้จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาฝรั่งเศสนอกจากจะมีฐานความผิดอันเกิดจากการกระทำที่ไม่สมควรในทางแพ่งโดยแท้แล้ว ยังมีการกำหนดโทษทางอาญาที่เป็นผลร้ายในทางแพ่งไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาในเบื้องต้นพบว่า แม้ประเทศฝรั่งเศสจะมีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด แต่ในทางปฏิบัติพบว่าการบังคับใช้ความผิดดังกล่าวเพื่อลงโทษบิดามารดาของผู้เยาว์น้อยมาก อันนำมาสู่ข้อสงสัยที่ว่ามาตรการหรือเครื่องมือทางกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้อาจจะไม่สามารถแก้ปัญหาที่มีความซับซ้อนนี้ได้หรือจริงไม่

นอกจากจะได้สร้างมาตรการทางกฎหมายอาญาแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังได้สร้างมาตรการใหม่ที่ก่อให้เกิดผลร้ายอย่างอื่นแก่บิดามารดาที่ละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองของตนเพิ่มเติมด้วย โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 2007 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ออกรัฐบัญญัติสร้างข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดา (L'accompagnement parental) ที่ทำร่วมกับนายกเทศมนตรี (la Maire) และข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา (Un contrat de responsabilité

parentale) ที่ทำร่วมกับประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยบิดามารดาที่ละเว้นหน้าที่ของตนนั้นอาจถูกเรียกมาทำข้อตกลงดังกล่าวได้ และหากบิดามารดาที่ทำข้อตกลงนั้นทำผิดข้อตกลงย่อมได้รับผลร้ายตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่นการถูกตัดเงินช่วยเหลือจากรัฐเป็นต้น แต่มาตรการดังกล่าวก็มีผลเช่นเดียวกับมาตรการทางกฎหมายอาญาที่ไม่ค่อยถูกหยิบยกขึ้นมาใช้มากนัก จึงยังไม่อาจสรุปได้ว่ามาตรการดังกล่าวจะสามารถแก้ไขปัญหา โดยเฉพาะปัญหาสังคมที่กำลังเกิดขึ้นได้หรือไม่

Abstract

Nowadays, almost of all countries in the world face with the problem, Parents are more careless on their minor child. Child is not mature, he need to be directed, took a good care of and educated in a proper way for improving to be a competent member of our social. However, in this competitive world parents must go to work outside so they have a less chance to instruct their child. Despite of in someone's point of view this is just a pin problem, it will expand to a significant social trouble one day.

Although France is one of the most developed countries, it still cannot fix the problem. So it invents some new measure in both legal and social methods to solve the problem. Especially, they bring the problem into the criminal area by creating some offences for parents who do not do their best to take care of their child. The lacks of exercising parental authority properly are led to criminal responsibility. Some of them are recognised by Thai lawyer, yet some are not Thai criminal liability

Besides, it provides complementary punishments such as forfeiture of civic, civil and family rights. Court has the right and power to withdraw right to vote as well as right to be a tutor or curator of their minor child. Nonetheless, practically there are hardly cases that court convict defendant by those kinds of charge and punish them by those complementary penalty. Then, there is no significant evidence that this measure could solve the problem.

Moreover, French parliament has enacted "La loi de prévention de la délinquance" the Prevention of the Delinquency Act on A.D 2007. The Act has created



two agreements which jay parents can be called to put their signature on. If the parents breach the agreement, they will be received unfavoured consequences from the agreement such as cutting off subsidies from the government. Nevertheless, the measures rarely apply by court.

บทนำ

สภาพสังคมของประเทศที่พัฒนาแล้วหรือกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ในปัจจุบันมีลักษณะของครอบครัวขยายน้อยลงกว่าในสมัยก่อน อีกทั้งด้วยสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำประกอบกับการแข่งขันกันในสังคมเมือง และค่านิยมทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้สมาชิกในครอบครัวส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นบิดาหรือมารดาจะต้องดิ้นรนทำงานเพื่อหารายได้มาใช้จ่ายในครอบครัวมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้จากเดิมที่ในครอบครัวจะมีสมาชิกคนใดคนหนึ่งในบ้านไม่ว่าจะเป็นผู้หญิง หรือผู้ชายจะทำหน้าที่แม่บ้าน หรือพ่อบ้านดูแลความเรียบร้อยในบ้าน รวมทั้งทำหน้าที่ที่สำคัญที่สุดหน้าที่หนึ่งของสถาบันครอบครัวคือการดูแล และสร้างสมาชิกที่เข้มแข็งทั้งทางร่างกาย สติปัญญาและจิตใจให้กับสังคม ซึ่งเป็นหน้าที่ที่สังคมฝากความหวังไว้กับครอบครัวทุกครอบครัวของสังคม

แต่เมื่อสมาชิกทุกคนในครอบครัวต้องออกไปทำงานนอกบ้าน ทำให้บุคคลที่จะมาทำหน้าที่ในการสร้างสมาชิกที่ดีให้กับสังคมลดจำนวน หรือลดประสิทธิภาพลงไป สมาชิกใหม่ของสังคมก็จะขาดการดูแลอบรมสั่งสอนซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นหน้าที่โดยตรงของผู้เป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครอง ทั้งนี้ เมื่อสมาชิกใหม่ของสังคมไม่ได้รับการดูแลทางร่างกาย สังคมก็จะขาดสมาชิกที่มีร่างกายแข็งแรงมาดูแลแก้ปัญหาสังคม ถ้าสมาชิกขาดการดูแลทางด้านสติปัญญา ไม่ได้รับการอบรมสั่งสอนจากสถาบันทางการศึกษาอย่างถูกต้องและเหมาะสม สังคมก็จะขาดสมาชิกที่มีความรู้ความสามารถมาพัฒนาสังคมให้มีความเจริญ และพัฒนาต่อไป และถ้าสมาชิกนั้นขาดการดูแลทางจิตใจ สังคมนั้นก็จะเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม และเป็นสังคมที่ไม่มีความสงบสุข ดังนั้นปัญหาในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง และควรได้รับการวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางซึ่งปัญหาดังกล่าวสังคมไทยก็กำลังเผชิญกับปัญหาดังกล่าวเช่นกัน

ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้สร้างมาตรการทางกฎหมายหลายประการเพื่อมาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยมาตรการต่างๆ นั้น ประกอบด้วย มาตรการที่มีผลเป็นข่มขู่ให้บิดามารดา รวมทั้งผู้ใช้อำนาจปกครอง ต้องใช้สิทธิและทำหน้าที่ตามอำนาจปกครองที่ตนมีอยู่ ไม่ว่าจะเป็น มาตรการในทางแพ่งในเรื่องของการถอนอำนาจปกครอง มาตรการลงโทษทางอาญา หรือมาตรการเสริมเพิ่มเติมมา นอกจากนี้ประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อช่วยเหลือสนับสนุนให้บิดามารดาใช้สิทธิและทำหน้าที่ตามอำนาจปกครองที่ตนมีอยู่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ที่ประเทศฝรั่งเศสใช้บังคับในปัจจุบันบางมาตรการก็ประสบความสำเร็จ บางมาตรการก็ไม่ประสบความสำเร็จมากนัก

ดังนั้น การศึกษาจากตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส อันจะเป็นผลดีต่อการวางแนวทางในการแก้ปัญหาสังคมดังกล่าวที่สังคมไทยกำลังพยายามหาทางแก้ต่อไป

ในบทความนี้ผู้เขียนมุ่งหมายที่จะอธิบายความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดาที่เกิดจากการละเว้นหน้าที่ในการปกครองดูแลผู้เยาว์ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสโดยในเบื้องต้นผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส โดยมุ่งเน้นจำแนกความผิดอาญาในแต่ละประเภท ในหัวข้อต่อมาจะได้อธิบายถึงหลักเรื่องอำนาจปกครองตามกฎหมายครอบครัวในกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อเป็นข้อมูลเบื้องต้น ก่อนจะนำไปสู่ส่วนสุดท้ายที่จะกล่าวถึงฐานความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสอันเกิดการที่บิดามารดาไม่ทำตามหน้าที่ในการปกครองดูแลผู้เยาว์ตลอดจนมาตรการลงโทษอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส¹

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นได้แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท คือความผิดทั่วไปตาม ภาค 2 และความผิดลหุโทษตาม ภาค 3 อันหมายถึงความผิดที่กำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ² และกำหนดประเภทของโทษไว้เพียง 5 สถานเท่านั้น³ แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นความผิดอาญา⁴ แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท⁵ คือ

1) **Contravention** คือการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส โดยเป็นเพียงความผิดเล็กน้อย บัญญัติขึ้นโดยองค์กรทางฝ่ายบริหารโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภา เช่นความผิดฐานจอดรถในที่ห้ามจอด , ขับรถฝ่าสัญญาณไฟจราจร, กระทำโดยไม่เจตนาเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับอันตรายแก่ร่างกายโดยไม่ถึงกับเสียความสามารถในการประกอบกรณียกิจตามปกติ

¹ เฉพาะความรู้ทั่วไปบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของบทความนี้เท่านั้น

² มาตรา 102 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย

³ มาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย โทษ 5 สถานนั้นได้แก่ (1) ประหารชีวิต (2) จำคุก (3) กักขัง (4) ปรับ และ (5) ริบทรัพย์สิน

⁴ ในทางกฎหมายฝรั่งเศสคำว่า Crime ไม่ได้หมายถึง Crime ตามที่เข้าใจกันส่วนใหญ่ในกฎหมายอังกฤษที่หมายถึงการกระทำความผิดอาญา แต่ในกฎหมายฝรั่งเศสคำว่า Crime เป็นคำที่ใช้เรียกประเภทของความผิดที่มีความรุนแรงที่สุด (ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป)

คำในภาษาฝรั่งเศสที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า Crime ในภาษาอังกฤษที่สุดน่าจะเป็นคำว่า Infraction

⁵ มาตรา 111-1 Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions.

ความผิดประเภท Contravention นั้นประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 131-13⁶ ได้แบ่งแยกระดับของความผิดออกเป็น 5 ชั้น (5 classées) ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงแห่งการกระทำ โดยในแต่ละชั้นจะมีการกำหนดอัตราโทษปรับชั้นสูงของแต่ละชั้นไว้ใน มาตราดังกล่าว ซึ่งในชั้นสูงสุดจะปรับได้ไม่เกินหนึ่งหมื่นฟรังก์ (หนึ่งพันห้าร้อยยูโร) ในกรณี บุคคลธรรมดา และไม่เกินสองหมื่นฟรังก์ (สามหมื่นยูโร) สำหรับผู้ที่กระทำความผิดซ้ำ นอกจากนี้ยังสามารถปรับได้สูงสุดถึงสี่หมื่นห้าพันยูโรถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

ความผิดประเภทนี้จะมีการจำกัดประเภทของบทลงโทษไว้ โดยมาตรา 131-12⁷ จำกัดขอบเขตของการกำหนดบทลงโทษของความผิดในประเภท Contravention ว่าจะต้อง เป็นการระวางโทษปรับ หรือริบทรัพย์ และถ้าเป็นการกระทำความผิดประเภท Contravention ในชั้นที่ 5 อันเป็นชั้นที่ร้ายแรงที่สุดของความผิดประเภทนี้ศาลมีอำนาจพิพากษาลงโทษจำกัด สิทธิจำเลยอย่างใดอย่างหนึ่งในหกสถานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-14⁸ เช่น การพักใช้

⁶ มาตรา 131-13 Constituent des contraventions les infractions que la loi punit d'une amende n'excédant pas 3 000 euros.

Le montant de l'amende est le suivant :

1° 38 euros au plus pour les contraventions de la 1re classe ;

2° 150 euros au plus pour les contraventions de la 2e classe ;

3° 450 euros au plus pour les contraventions de la 3e classe ;

4° 750 euros au plus pour les contraventions de la 4e classe ;

5° 1 500 euros au plus pour les contraventions de la 5e classe, montant qui peut être porté à 3 000 euros en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit, hors les cas où la loi prévoit que la récidive de la contravention constitue un délit.

⁷ มาตรา 131-12 Les peines contraventionnelles encourues par les personnes physiques sont ;

1° L'amende ;

2° Les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-14 ;

3° La peine de sanction-réparation prévue par l'article 131-15-1.

Ces peines ne sont pas exclusives d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues aux articles 131-16 et 131-17.

⁸ มาตรา 131-14 Pour toutes les contraventions de la 5e classe, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de droits suivantes peuvent être prononcées :

1° La suspension, pour une durée d'un an au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ; cette limitation n'est toutefois pas possible en cas de contravention pour laquelle la suspension du permis de conduire, encourue à titre de peine complémentaire, ne peut pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;



ใบอนุญาตขับรถ การริบอาวุธ หรือทรัพย์สินบางประเภทอันใช้หรืออาจนำไปใช้ในการกระทำความผิด การบริการสังคม เป็นต้น แทนการลงโทษปรับก็ได้

ดังนั้นแม้ตามกฎหมายเดิกฎหมายฝรั่งเศสจะอนุญาตให้มีการบังคับใช้โทษจำคุก⁹ แก่ผู้กระทำความผิดอาญาในประเภท Contravention ได้แต่อำนาจดังกล่าวถูกยกเลิกไปแล้วตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสฉบับ ค.ศ. 1992 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ความผิดที่ประเภท Contravention นี้แม้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับแปลเป็นภาษาอังกฤษที่ปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ของรัฐบาลฝรั่งเศสใช้คำว่า Petty Offence¹⁰ ซึ่งเป็นประเภทของกฎหมายในระบบ Common law แต่แท้จริงแล้วก็มีขอบเขตที่แตกต่างกันกับ Petty Offence อยู่มาดั่งนั้นเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนผู้เขียนเห็นว่าควรเรียกทับศัพท์ Contravention หรืออาจใช้คำแปลในภาษาอังกฤษว่า Minor offence¹¹

2° L'immobilisation, pour une durée de six mois au plus, d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné ;

3° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;

4° Le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant un an au plus ;

5° L'interdiction, pour une durée d'un an au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement ;

6° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse.

มาตรา 131-17 Le règlement qui réprime une contravention de la cinquième classe peut en outre prévoir la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés.

Le règlement qui réprime une contravention de la cinquième classe peut également prévoir, à titre de peine complémentaire, la peine de travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures.

⁹ Catherine Elliot, French Criminal Law, Devon: William Publishing, (2001), p.54

¹⁰ ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสฉบับภาษาอังกฤษตามเว็บไซต์ที่เป็นทางการของรัฐบาลฝรั่งเศส http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_penal_textan.htm ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่ผู้เขียนใช้เป็นฐานข้อมูลหนึ่งในการค้นคว้าได้แปลคำว่า Contraventions ว่า Petty Crime, Délit ว่า Misdemeanours และ Crime ว่า Felony แต่ผู้เขียนเห็นว่าการเรียกชื่อประเภทความผิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสด้วยชื่อของประเภทความผิดในระบบกฎหมาย common law อาจก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนได้ เพราะขอบเขตของความผิดในแต่ละประเภทของระบบกฎหมายทั้งสองมีความแตกต่างกันอยู่มาก ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการเรียกโดยใช้คำทั่วไปที่ไม่ใช่คำเฉพาะหรือศัพท์เทคนิคน่าจะเหมาะสมกว่า ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรแปลคำว่า Contravention ว่า Minor offence, Délit ว่า Major offence และ Crime ว่า Serious offence ตามที่ Catherine Elliot ได้แปลไว้ ดู Catherine Elliot, Ibid.

¹¹ Ibid., p.54

การพิจารณาคดีความผิดประเภทนี้จะทำโดย Tribunal de Police ซึ่งเป็นศาลรูปแบบพิเศษประเภทหนึ่งของ Tribunal d'instance (Court of first instance – ศาลชั้นต้นประเภทหนึ่งของระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีอำนาจพิจารณาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาตามที่กฎหมายกำหนด) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่จำกัด โดยศาลนี้ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจพิพากษาลงโทษจำเลยด้วยโทษจำคุก และจะพิพากษาลงโทษปรับได้ไม่เกินสองหมื่นฟรังก์ นอกจากนี้ถึงแม้คู่ความอาจโต้แย้งคำพิพากษาต่าง ๆ ของศาลประเภทนี้ได้โดยอุทธรณ์ไปที่ Cour d'appel แต่โดยหลักแล้วในคดีที่เป็นการพิพากษาคความผิดประเภท Contravention ทั้งจำเลยและพนักงานอัยการจะไม่มีอำนาจอุทธรณ์คำพิพากษา เว้นแต่เฉพาะบางฐานความผิดตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น¹²

2) **Délit** ความผิดประเภทที่สองนี้จะมีความรุนแรงมากขึ้นกว่าความผิด Contravention โดยกฎหมายกำหนดว่าจะเป็นความผิดที่เป็น Délit ได้ั้นโดยหลักต้องเป็นความผิดที่กระทำโดยมีเจตนา (Intention)¹³ เท่านั้น เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะให้ผู้กระทำต้องมีความผิดแม้จะเป็นการกระทำโดยประมาทไม่ว่าจะโดยจงใจหรือไม่ หรือเป็นการละเว้นหรืองดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามสมควร (due care) หรือหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด¹⁴

ความผิดประเภทนี้เนื่องด้วยมีความรุนแรง หรืออาจสร้างความเสียหายได้มากกว่าความผิดในกลุ่ม Contravention การพยายามกระทำความผิด การเป็นตัวการร่วม เป็นผู้ก่อ

¹² Ibid., p.45

¹³ มาตรา 121-3 Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.

¹⁴ *Ibids*



เจตนา หรือช่วยเหลือสนับสนุนบุคคลอื่นในการกระทำความผิดที่เป็น Délit นี้จึงมีความผิดอาญาด้วย¹⁵

ความผิดที่เป็น Délit เป็นความผิดที่ออกโดยรัฐสภาเป็นรัฐบัญญัติ (Statute) มีการระวางโทษที่สูงขึ้นกว่าความผิดประเภท Contravention เช่นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์, ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดประเภท Délit นี้ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดทั้งประเภทของโทษ และอัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำไว้ในมาตรา 131-3¹⁶ และมาตราอื่นๆ เช่น ศาลอาจพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยได้ ตามลำดับขั้นที่มาตรา 131-4 ได้แบ่งไว้รวมทั้งหมด 7 ชั้น โดยที่ขั้นต่ำสุดคือโทษจำคุกหกเดือน และขั้นสูงสุดคือโทษจำคุกสิบปี ซึ่งเป็นการปรับอัตราโทษให้สูงขึ้นจากประมวลกฎหมายอาญาเดิมที่ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยในคดีความผิดประเภท Délit ไม่เกินห้าปี ทำให้ความผิดหลายฐานที่ตามกฎหมายเก่าถูกจัดไว้ว่าเป็นความผิดประเภท Crime ซึ่งจะได้กล่าวถึงในประเภทต่อไปอันเป็นความผิดที่มีกฎเกณฑ์ และระเบียบวิธีพิจารณาที่ยุ้งยากซับซ้อน กลายมาเป็นความผิดประเภท Délit ซึ่งมีความซับซ้อนของวิธีพิจารณาความที่น้อยกว่า นอกจากนี้ในมาตรา 131-3 ดังกล่าวยังกำหนดให้ศาลมีอำนาจลงโทษประธานอื่นๆ ได้ดังต่อไปนี้

- ลงโทษปรับจำเลยโดยกำหนดขั้นต่ำของโทษปรับไว้ที่สองหมื่นห้าพันฟรังก์¹⁷

¹⁵ มาตรา 121-4 Est auteur de l'infraction la personne qui :

1° Commet les faits incriminés ;

2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.

มาตรา 121-7 Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.

¹⁶ มาตรา 131-3 Les peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont :

1° L'emprisonnement ;

2° L'amende ;

3° Le jour-amende ;

4° Le stage de citoyenneté ;

5° Le travail d'intérêt général ;

6° Les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-6 ;

7° Les peines complémentaires prévues à l'article 131-10 ;

8° La sanction-réparation.

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 381

- ลงโทษปรับตามฐานรายได้ (Day-Fine, Le jour-amende) ซึ่งหมายถึงการกำหนดโทษปรับไว้เป็นจำนวนวันคูณกับอัตราค่าปรับที่ศาลกำหนดขึ้นตามฐานรายได้ของจำเลยแต่ละคน ดังนั้นแม้จำเลยที่ 1 จะถูกลงโทษปรับตามฐานรายได้เป็นจำนวนสามวัน เท่ากับจำเลยที่ 2 แต่ด้วยฐานรายได้ที่แตกต่างกันของจำเลยทั้งสองก็อาจทำให้จำเลยเสียค่าปรับเป็นจำนวนเงินที่ไม่เท่ากัน อย่างไรก็ตาม มาตรา 131-5¹⁸ กำหนดไม่ให้จำนวนค่าปรับก่อนที่จะคูณด้วยจำนวนวันนั้นต้องไม่เกินสามร้อยยูโร และต้องไม่เกินสามร้อยหกสิบวัน โดยจากนี้โทษปรับตามฐานรายได้นั้นหากผู้ต้องโทษไม่อาจชำระค่าปรับได้นั้น กฎหมายก็กำหนดให้จำคุกผู้ต้องโทษไว้กึ่งหนึ่งของจำนวนวันที่ต้องโทษปรับ อย่างไรก็ตามโทษปรับตามรายได้นี้ไม่ได้ถูกบังคับใช้บ่อยเพราะความยุ่งยากในการบังคับโทษ¹⁹

- ลงโทษให้จำเลยบริการสังคมในชุมชน แต่โทษดังกล่าวจะบังคับใช้ได้ต่อเมื่อจำเลยยินยอมเท่านั้น โดยกำหนดจำนวนชั่วโมงในการทำการบริการไว้ไม่ต่ำกว่าสี่สิบชั่วโมง แต่ไม่เกินกว่าสองร้อยสี่สิบชั่วโมง ภายในระยะสิบแปดเดือน

- นอกจากนี้ศาลยังอาจพิพากษาลงโทษโดยการจำกัดสิทธิต่างๆ ของจำเลยตามที่ระบุไว้ในมาตรา 131-6²⁰ เช่นการการเพิกถอนใบอนุญาตขับรถ, การริบทรัพย์สินบางประเภทที่ใช้

¹⁸ มาตรา 131-5 Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours-amende consistant pour le condamné à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours. Le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu ; il ne peut excéder 1 000 euros. Le nombre de jours-amende es déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ; il ne peut excéder trois cent soixante.

¹⁹ Catherine Elliot, supra note 11, p.53

²⁰ มาตรา 131-6 Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de liberté suivantes :

1° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée, selon des modalités déterminées par décret en conseil d'Etat, à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ; cette limitation n'est toutefois pas possible en cas de délit pour lequel la suspension du permis de conduire, encourue à titre de peine complémentaire, ne peut pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;

2° L'interdiction de conduire certains véhicules pendant une durée de cinq ans au plus ;

3° L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;

4° La confiscation d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné ;

5° L'immobilisation, pour une durée d'un an au plus, d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat ;



หรือจะได้อำนาจในการกระทำความผิด, การห้ามประกอบวิชาชีพบางประเภทภายในเวลาที่กำหนด เป็นต้น

การพิจารณาคดีประเภท Délit จะทำโดย Tribunal Collectionnel ซึ่งเป็นศาลรูปแบบพิเศษรูปแบบหนึ่งของ Tribunal de grande instance (ศาลชั้นต้นอีกรูปแบบหนึ่งของระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส) โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 398-3 ได้กำหนดประเภทของคดีที่ต้องพิจารณาพิพากษาโดยองค์คณะของผู้พิพากษาสามนาย กับคดีที่มีความรุนแรงน้อยกว่าก็เป็นอำนาจของผู้พิพากษานายเดี่ยวที่จะพิจารณาพิพากษาไปได้โดยลำพัง โดยคู่ความอาจยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาได้ต่อ Cour d'appel

6° L'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation ;

7° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;

8° Le retrait du permis de chasser avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;

9° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement ;

10° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse ;

11° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction. Cette interdiction n'est toutefois pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Elle n'est pas non plus applicable en matière de délit de presse ;

12° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de paraître dans certains lieux ou catégories de lieux déterminés par la juridiction et dans lesquels l'infraction a été commise ;

13° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de fréquenter certains condamnés spécialement désignés par la juridiction, notamment les auteurs ou complices de l'infraction ;

14° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'entrer en relation avec certaines personnes spécialement désignées par la juridiction, notamment la victime de l'infraction ;

15° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale.

3) Crime ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมากที่สุด องค์กรที่มีอำนาจบัญญัติความผิดที่เป็น Crime นี้มีเฉพาะรัฐสภาเท่านั้น และการกระทำความผิดที่เป็น Crime นั้นต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา²¹ โดยไม่มีข้อยกเว้นใดเช่นในความผิดที่เป็น *Délit* ตัวอย่างความผิดที่เป็น Crime เช่นความผิดฐานฆ่าคนตาย ข่มขืนหรือกระทำชำเรา เป็นต้น ด้วยความรุนแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดที่เป็น Crime นั้นมีสูงมาก ระวังโทษที่กฎหมายกำหนดไว้จึงสูงตามไปด้วย โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 131-1²² และ 131-2 ได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดที่เป็น Crime นั้นอาจถูกลงโทษจำคุก หรือกักขังตลอดชีวิต²³ และนอกจากจะกำหนดระวางโทษสูงสุดไว้เช่นความผิดประเภทอื่นแล้วกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยังกำหนดโทษขั้นต่ำสำหรับการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็น Crime ไว้ด้วยโดยกำหนดให้ต้องลงโทษจำคุกหรือกักขังผู้กระทำความผิดไว้ไม่ต่ำกว่าสิบปี โดยที่การกระทำความผิดที่เป็น Crime นั้นเป็นความผิดที่มีความรุนแรงและมีผลกระทบต่อสังคม ดังนั้นการพยายามกระทำความผิด การเป็นตัวการร่วม การเป็นผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนการกระทำที่เป็น Crime จึงเป็นความผิดด้วย การพิจารณาคดีความผิดประเภท Crime จะทำโดย *Cour d'Assises* ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิต และเป็นศาลเดียว²⁴ ที่มีระบบลูกขุนที่คัดเลือกแบบสุ่มมาจากประชาชน โดยในประเทศฝรั่งเศสเริ่มใช้ระบบดังกล่าวตั้งแต่เดือนกันยายน ค.ศ. 1791

²¹ มาตรา 121-3, *supra* note 12

²² มาตรา 131-1 *Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont :*

- 1° La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité ;
- 2° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus ;
- 3° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus ;
- 4° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus.

La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins.

²³ โทษประหารชีวิตถูกยกเลิกไปแล้วตั้งแต่วันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ.1981

²⁴ Catherine Elliot, *supra* note 11, p.45



นอกจากนี้ในการกระทำความผิดทั้งที่เป็น *Contravention*²⁵, *Délit* หรือ *Crime* นั้น ผู้กระทำอาจถูกลงโทษด้วยโทษอย่างอื่น²⁶ ซึ่งไม่ใช่โทษประจานแต่เป็นโทษอุปการณ์ (*Complementary punishments – les peines complémentaires*) อันมีผลเป็นการริบ เพิกถอน หรือทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิบางประการได้ ถ้ามีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งสิทธิประเภทหนึ่งที่สามารถเพิกถอนได้คือ สิทธิพลเมือง สิทธิทางแพ่ง และสิทธิทางครอบครัว²⁷

²⁵ มาตรา 131-16 Le règlement qui réprime une contravention peut prévoir, lorsque le coupable est une personne physique, une ou plusieurs des peines complémentaires suivantes :

1° La suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle sauf si le règlement exclut expressément cette limitation ;

2° L'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de trois ans au plus, une arme soumise à autorisation ;

3° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;

4° Le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ;

5° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;

6° L'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, y compris ceux pour la conduite desquels le permis de conduire n'est pas exigé, pour une durée de trois ans au plus ;

7° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière ;

8° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de citoyenneté ;

9° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 ;

10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;

11° L'interdiction, pour une durée de trois au plus, de détenir un animal.

มาตรา 131-17 supra note 10

²⁶ มาตรา 131-10 Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

²⁷ มาตรา 131-26 L'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur :

1° Le droit de vote ;

เช่นสิทธิในการเลือก หรือลงรับเลือกตั้ง, สิทธิในการเป็นผู้เชี่ยวชาญ, หรือเป็นตัวแทนของคู่ความ รวมทั้งสิทธิในการให้การเป็นพยานในการพิจารณาคดี และที่สำคัญแม้แต่สิทธิที่จะเป็นผู้ปกครอง หรือผู้พิทักษ์ก็อาจถูกเพิกถอนได้ด้วยศาลอาญา เพราะถือว่าเป็นโทษประเภทหนึ่งที่ใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดอาญา

การกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (Omission)

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 59 วรรค 5 ว่า “การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำ เพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” ดังนั้นความผิดทุกฐานที่การกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย (Positive act) สามารถก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ การกระทำโดยงดเว้น²⁸ ก็สามารถก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้เช่นเดียวกัน แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยละเว้นอันหมายถึง การที่มีหน้าที่ต้องกระทำการโดยที่ส่วนใหญ่แล้วหน้าที่นั้นจะเป็นหน้าที่อันเกิดจากกฎหมาย แต่ไม่ไปกระทำแม้กฎหมายจะถือว่าเป็นการกระทำประเภทละเว้นปฏิบัติหน้าที่ แต่ผู้กระทำจะมีความผิดก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะให้ผู้กระทำการโดยละเว้นมีความผิดอาญา หากว่าการกระทำโดยละเว้นจะเป็นการกระทำของการกระทำได้ทุกฐานความผิด เช่นเดียวกับการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย หรือโดยงดเว้นไม่

แต่ในประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีการแบ่งการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายออกเป็น การงดเว้นกับการละเว้นอย่างกฎหมายแต่อย่างใด โดยกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการไม่เคลื่อนไหวร่างกายนั้นโดยหลักแล้วไม่เป็นความผิดอาญา การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญา

2° L'éligibilité ;

3° Le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice ;

4° Le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ;

5° Le droit d'être tuteur ou curateur ; cette interdiction n'exclut pas le droit, après avis conforme du juge des tutelles, le conseil de famille entendu, d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille ne peut excéder une durée de dix ans en cas de condamnation pour crime et une durée de cinq ans en cas de condamnation pour délit.

La juridiction peut prononcer l'interdiction de tout ou partie de ces droits.

L'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcées en application du présent article emportent interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique.

²⁸ ซึ่งหมายความว่า การไม่เคลื่อนไหวร่างกายไปกระทำการตามหน้าที่อันตนมี ไม่ว่าจะหน้าที่นั้นจะเกิดจากกฎหมาย หรือจากข้อเท็จจริงใดก็ตาม หากหน้าที่นั้นเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่ผู้กระทำจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลแล้ว ผู้ที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกายนั้น

ได้นั้นต้องเป็นการกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย เว้นแต่เฉพาะบางกรณีของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าการล้มเหลว หรือไม่สามารถ หรือไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่บางประการก่อให้เกิดผลเสียหายมากกว่าการไม่ปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป รัฐจึงจะกำหนดให้การไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็นความผิดอาญา ดังนั้นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น ผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น เช่นในคดี Hostage of Poitiers ที่ศาลตัดสินว่าการทอดทิ้งบุคคลที่จิตพิการ มีอายุมากไว้ให้อยู่ตามลำพังในห้องที่มีดและปราศจากการดูแล ผู้กระทำ (ซึ่งเป็นบิดามารดาของผู้ถูกทอดทิ้ง) ไม่มีความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา

แต่เดิมนั้นการบัญญัติความรับผิดชอบอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้นมีขึ้นเพื่อป้องกัน “สิ่งที่ย่อมนแอในสังคม” (Vulnerable in society) เช่นเด็ก หรือคนพิการ จึงมีการบัญญัติความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ในปีค.ศ.1898 และความผิดฐานทอดทิ้งครอบครัวในปี ค.ศ. 1924 จนกระทั่งในทศวรรษที่ 40 จึงค่อยเกิดการสร้างความผิดเพื่อสร้างหน้าที่ป้องกันสังคมในวงกว้างตามมาภายหลังเช่นความผิดตามมาตรา 223-6 เห็นบุคคลตกอยู่ในอันตรายช่วยได้แต่ไม่ช่วย²⁹

ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรผู้เยาว์ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส

1. สิทธิหน้าที่ของบิดามารดาภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส

กฎหมายลักษณะครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจปกครองปกครองของบิดามารดา (L'autorité parentale) ไว้ในมาตรา 371 ถึง มาตรา 381 แห่งบรรพ 1 ลักษณะ 9 ว่าด้วยอำนาจปกครอง (Titre IX : De l'autorité parentale) โดยในลักษณะ 9 ดังกล่าวนั้นแบ่งออกเป็น 2 หมวดได้แก่ หมวดที่ 1 ซึ่งว่าด้วยอำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ (Chapitre I er : De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant) และหมวดที่ 2 ซึ่งว่าด้วยอำนาจปกครองเหนือทรัพย์สินของผู้เยาว์ (Chapitre II: De l'autorité parentale relativement aux biens de L'enfant) อันประกอบด้วยบทบัญญัติมาตรา 382 ถึง มาตรา 387

²⁹ เทียบได้กับมาตรา 374 ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติว่า ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภัยอันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่นแต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นความผิดที่สร้างความรับผิดชอบให้การกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายประเภทการกระทำโดยละเว้น โดยในกรณีของมาตรา 374 นี้เป็นการละเว้นหน้าที่ของพลเมืองที่ดี (good Samaritans)

ในหมวดแรกนั้นนอกจากบททั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 371 ถึง 371-5 แล้วยังมีการแบ่งออกเป็น 5 กลุ่มย่อยด้วยกันได้แก่ กลุ่ม 1 ว่าด้วยการใช้อำนาจปกครอง (Section 1: De l'exercice de l'autorité parentale) มาตรา 372 ถึง มาตรา 374-2 กลุ่ม 2 ว่าด้วยการใช้มาตรการช่วยเหลือด้านการศึกษา (Section 2: De l'assistance éducative.) มาตรา 375 ถึง มาตรา 375-9 กลุ่ม 2-1 ว่าด้วยเรื่องมาตรการทางศาลเพื่อให้ความช่วยเหลือในการจัดบัญชีและงบประมาณของครอบครัว (Section 2-1: Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial) มาตรา 375-9-1 ถึง มาตรา 375-9-2 กลุ่ม 3 ว่าด้วยเรื่องการจัดผู้ปกครอง (Section 3: De la délégation de l'autorité parentale) มาตรา 376 ถึง มาตรา 377-7 กลุ่ม 4 ว่าด้วยเรื่องการถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วน (Section 4: Du retrait total ou partiel de l'autorité parentale) มาตรา 378 ถึง มาตรา 381

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักเรื่องอำนาจปกครองผู้เยาว์ไว้ในมาตรา 371-1³⁰ โดยอธิบายว่าอำนาจปกครองนั้นหมายความรวมถึงทั้งสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ทั้งต่อเนื้อตัวร่างกายและทรัพย์สินของผู้เยาว์เพื่อผลประโยชน์ของผู้เยาว์ โดยอำนาจปกครองซึ่งเป็นอำนาจของบิดามารดาจะเริ่มตั้งขึ้นตั้งแต่ผู้เยาว์ถือกำเนิด และสิ้นสุดลงเมื่อผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ เหตุที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจปกครองเป็นของบิดามารดาเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ทั้งในทางด้านความปลอดภัย สุขภาพ ศีลธรรมจรรยา รวมทั้งเพื่อส่งเสริมด้านการศึกษาและพัฒนาตนเอง รวมทั้งบิดามารดายังมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือบุตรผู้เยาว์ในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ โดยเป็นไปตามวัยและระดับความรู้ผิดชอบของผู้เยาว์

นอกจากนี้ในมาตรา 371-2³¹ ยังได้กำหนดให้บิดามารดาทุกคนมีหน้าที่ดูแลให้การศึกษแก่ผู้เยาว์ตามสมควรแก่สถานภาพของบิดามารดาและความต้องการของผู้เยาว์ โดยหน้าที่ดังกล่าวจะไม่ระงับไปถึงแม้ว่าผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะก็ตาม

³⁰ มาตรา 371-1 L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

³¹ มาตรา 371-2 Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.



ตามที่กล่าวไว้แล้วว่า อำนาจปกครองบุตรเป็นทั้งอำนาจหรือสิทธิที่กฎหมายมอบให้แก่บิดามารดา และในขณะที่เดียวกันบิดามารดาที่ได้รับมอบอำนาจมาโดยกฎหมายนั้น ก็มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการบางประการ โดยสิทธิและหน้าที่ที่ได้มาจากการมีอำนาจปกครองนั้น³² ได้แก่ สิทธิและหน้าที่ในการกำหนดที่อยู่และสอดส่องดูแลความเป็นอยู่ของผู้เยาว์ หน้าที่ในการให้การศึกษาแก่บุตร หน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ นอกจากนี้บิดามารดายังมีสิทธิต่างๆ เกี่ยวกับบุตรผู้เยาว์ เช่น สิทธิในการติดต่อหรือเยี่ยมบุตรผู้เยาว์ สิทธิในการติดตามสอดส่องเรื่องการศึกษาของบุตร หรือสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ชีวิตประจำวันของบุตรผู้เยาว์ สิทธิในการดูแลความประพฤติของผู้เยาว์ สิทธิในการว่ากล่าวตักเตือน สิทธิในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้บุตรผู้เยาว์กระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ โดยเฉพาะหน้าที่ในการให้การศึกษาแก่บุตรอันถือเป็นหน้าที่สำคัญของบิดามารดา³³ บิดามารดาสามารถเลือกประเภทการศึกษาที่เหมาะสมเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพ สติปัญญาและทักษะคติอันเป็นหลักการสำคัญที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 29 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก³³ ดังนั้นจึงอาจสรุปและอธิบายได้ว่าอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา คือ อำนาจของบิดามารดาที่จะต้องจัดการให้ผู้เยาว์ได้รับสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดอันถือเป็นหน้าที่สำคัญของผู้มีอำนาจปกครอง และโดยหลักแล้วอำนาจปกครองผู้เยาว์เป็นอำนาจที่ต้องใช้ร่วมกันระหว่างบิดามารดา³⁴ สำหรับกรณีที่มีบิดา

³² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2551) น. 351 - 352

³³ ข้อ 29 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

1. รัฐภาคีตกลงว่า การศึกษาของเด็กจะมุ่งไปสู่
 - ก) การพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน
 - ข) การพัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานและต่อหลักการที่วางไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ
 - ค) การพัฒนาความเคารพต่อบิดามารดาของเด็ก เอกลักษณะทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กนั้นลง และต่อค่านิยมของชาติที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ และต่อค่านิยมของชาติถิ่นกำเนิดของเขาและต่ออารยธรรมอื่นๆ ที่แตกต่างไปจากของเขาเอง
 - ง) การเตรียมเด็กให้มีชีวิตที่มีความรับผิดชอบในสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจกัน สันติภาพ ความอดกลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และมีตรภาพในหมู่มวลมนุษย์ทุกกลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มคนชาติ กลุ่มศาสนา ตลอดจน

ในหมู่คนพื้นเมืองดั้งเดิม

- จ) การพัฒนาความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ

³⁴ มาตรา 372 วรรคแรก กำหนดให้บิดามารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองร่วมกัน (Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale)

และมารดาแยกกัน ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสขึ้นในปี ค.ศ.2002 กำหนดให้การแยกกันระหว่างบิดามารดาไม่เป็นเหตุให้บิดามารดาปฏิเสธการใช้อำนาจปกครองบุตรได้ ซึ่งหมายความว่า แม้บิดามารดาของผู้เยาว์จะแยกกันอยู่แต่ก็ยังคงต้องใช้อำนาจปกครองร่วมกันอยู่เช่นเดิม³⁵ เว้นแต่ในบางกรณีที่ศาลอาจกำหนดให้บิดาหรือมารดาแต่ฝ่ายเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง หากศาลเห็นว่าจะเป็นประโยชน์กับผู้เยาว์มากกว่าซึ่งศาลจะพิจารณาเงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนด³⁶ หรือในกรณีที่บิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตายหรือไม่อาจใช้อำนาจปกครองได้ อำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์ทั้งหมดจะตกแก่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว³⁷

อย่างไรก็ดี จากการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1945 ได้มีการกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนอำนาจปกครองผู้เยาว์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน³⁸

³⁵ มาตรา 373-2 La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

³⁶ มาตรา 373-2-1 Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves.

Lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.

Ce parent conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2.

³⁷ มาตรา 373 Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause.

มาตรา 373-1 Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité.

³⁸ มาตรา 379 Le retrait total de l'autorité parentale prononcé en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité



ของทั้งบิดาและมารดา หรือเฉพาะบิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งได้ ถ้าปรากฏแก่ศาลว่าบิดามารดานั้นถูกศาลในคดีอาญาพิพากษาลงโทษ เนื่องจากเป็นตัวการหรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญาระดับ Crime หรือระดับ Délits ต่อบุตรผู้เยาว์ของตน หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นตัวการ หรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญาในระดับดังกล่าวกับบุตรผู้เยาว์ของตน³⁹ นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังนำไปใช้เพื่อถอนอำนาจปกครองของผู้ปกครองที่เป็นบุพการีซึ่งไม่ใช่บิดามารดาของผู้เยาว์ และผู้เยาว์เป็นผู้สืบสกุลของผู้ปกครองนั้นด้วย

นอกจากนี้ถ้าปรากฏแก่ศาลว่าบิดามารดา มีความประพฤติที่ไม่สมควร เป็นโรคจิต แอลกอฮอล์อย่างร้ายแรง ติดยาเสพติด ขาดการเอาใจใส่ดูแลสั่งสอน หรือชี้แนะผู้เยาว์ หรือทำให้ผู้เยาว์ตกอยู่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัย สุขภาพ ศีลธรรมของตัวผู้เยาว์เอง แม้บิดามารดานั้นจะไม่ถูกพิพากษาลงโทษในคดีอาญา ศาลก็อาจพิพากษาถอนอำนาจปกครองได้⁴⁰

parentale ; à défaut d'autre détermination, il s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement.

Il emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de retrait

³⁹ มาตรา 378 Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.

Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants

⁴⁰ มาตรา 378-1 Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une conduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7.

L'action en retrait total de l'autorité parentale est portée devant le tribunal de grande instance, soit par le ministère public, soit par un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant.

บิดาหรือมารดาที่ได้รับประโยชน์จากมาตรการช่วยเหลือด้านการศึกษา (Une mesure d'assistance éducative)⁴¹ ซึ่งมาตรา 375-7⁴² กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิและหน้าที่บางประการ เช่นต้องขออนุญาตศาลเยาวชนก่อนที่จะกระทำการใดๆ ที่ขัดกับมาตรการ

⁴¹ มาตรการช่วยเหลือทางการศึกษาแก่ผู้เยาว์ (une mesure d'assistance éducative) เป็นมาตรการทางกฎหมายอย่างหนึ่ง ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 375 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรการดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ที่อาจตกอยู่ในภาวะอันตราย มาตรการนี้จะถูกนำมาใช้เมื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ทางด้านความปลอดภัย สุขภาพ ศีลธรรมได้รับอันตราย หรือในกรณีที่เกิดการศึกษาของผู้เยาว์กำลังได้รับปัญหา ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการช่วยเหลือด้านการศึกษาแก่ผู้เยาว์ ในกรณีที่บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลที่ผู้เยาว์เชื่อถือ หรือผู้ปกครอง หรืออัยการร้องขอ หรือในกรณีพิเศษที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเพื่อการศึกษาแก่ผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในครอบครัวเดียวกันได้รวมกันในครั้งเดียว ในการมีคำสั่งของศาลจะต้องกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการดังกล่าวโดยต้องไม่เกิน 2 ปี อย่างไรก็ตาม ศาลอาจมีคำสั่งให้ต่อระยะเวลาในการใช้มาตรการช่วยเหลือทางการศึกษาแก่ผู้เยาว์ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ เว็บไซต์ของ Service public ซึ่งเป็นเว็บไซต์ของทางการประเทศฝรั่งเศสอันเกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะที่ <http://vosdroits.service-public.fr/F457.xhtml>

⁴² มาตรา 375-7 Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants.

Sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure.

Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et soeurs en application de l'article 371-5.

S'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement. Le juge en fixe les modalités et peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également décider que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié.

Si la situation de l'enfant le permet, le juge fixe la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement et peut décider que leurs conditions d'exercice sont déterminées conjointement entre les titulaires de l'autorité parentale et la personne, le service ou l'établissement à qui l'enfant est confié, dans un document qui lui est alors transmis. Il est saisi en cas de désaccord.

Le juge peut décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de l'intérêt de celui-ci. Si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil.



ช่วยเหลือด้านการศึกษา เป็นต้น ถ้าบิดาหรือมารดาผู้นั้นจงใจละเลย ไม่ปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวภายในระยะเวลาไม่เกินสองปี บิดาหรือมารดาอาจถูกถอนอำนาจปกครอง

ในการดำเนินการเพื่อเพิกถอนอำนาจปกครองนั้นพนักงานอัยการ สมาชิกของครอบครัว หรือผู้ปกครองผู้เยาว์นั้นอาจร้องขอต่อศาล Tribunal de grande instance⁴³ และหากเป็นการถอนอำนาจปกครองทั้งหมดของบิดาและมารดาทั้งสองคน ศาลอาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นหรือหน่วยงานทางด้านสังคมสงเคราะห์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์แทน ซึ่งหากเป็นกรณีที่ศาลแต่งตั้งให้หน่วยงานด้านสังคมสงเคราะห์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ทั้งหมดแทนบิดามารดา ผู้เยาว์นั้นจะมีสถานะเป็นเด็กที่รัฐมีฐานะเป็นผู้ปกครองดูแล (Le tutelle d'Etat) และอาจถูกรับเป็นบุตรบุญธรรมโดยบุคคลอื่นที่รัฐเห็นสมควรได้⁴⁴

แม้กระนั้นบิดามารดาที่ถูกถอนอำนาจปกครองไปแล้วอาจได้รับอำนาจปกครองผู้เยาว์คืนกลับมาในกรณีที่มีหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปและมีเหตุการณ์ใหม่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้สิทธิร้องขอคืนอำนาจปกครองดังกล่าวนั้นจะต้องดำเนินการอย่างน้อยหนึ่งปีหลังจากที่ศาลมีคำวินิจฉัยเพิกถอนอำนาจปกครอง หากศาลพิจารณาคำร้องขอคืนอำนาจปกครองบุตรแล้วอาจมีคำสั่งคืนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้⁴⁵

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่บิดามารดาหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกถอนอำนาจปกครองหรือไม่ใช้อำนาจปกครอง กฎหมายกำหนดให้บิดามารดาฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองยังมีหน้าที่

⁴³ Supra note 33

⁴⁴ มาตรา 380 En prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou du droit de garde, la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Elle pourra prendre les mêmes mesures lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet du retrait total de l'autorité parentale prononcé contre l'autre.

⁴⁵ มาตรา 381 Les père et mère qui ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ou d'un retrait de droits pour l'une des causes prévues aux articles 378 et 378-1 pourront, par requête, obtenir du tribunal de grande instance, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés.

La demande en restitution ne pourra être formée qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale est devenu irrévocable ; en cas de rejet, elle ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an. Aucune demande ne sera recevable lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption.

Si la restitution est accordée, le ministère public requerra, le cas échéant, des mesures d'assistance éducativ

ช่วยเหลือเรื่องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตร รวมทั้งสิทธิและหน้าที่อื่นบางประการเช่น สิทธิในการติดตามการเลี้ยงดู ติดตามการศึกษา และสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ชีวิตประจำวันของบุตรผู้เยาว์ สิทธิติดต่อบุตรได้ เป็นต้น⁴⁶

ตามที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าบทบัญญัติเรื่องอำนาจปกครอง เป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์โดยเฉพาะ ดังนั้นการที่กฎหมายแพ่งวางหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจปกครองไว้ก็เพื่อให้ได้บุคคลที่เหมาะสมที่สุดมาเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ เพื่อผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์ การถอนอำนาจปกครองจึงไม่ใช่เรื่องของการลงโทษบิดามารดา หรือผู้ปกครองแต่ประการใด กฎหมายจึงได้กำหนดให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ที่เหมาะสมที่สุดที่จะเป็นผู้พิจารณาเรื่องอำนาจปกครอง⁴⁷ อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น นอกจากจะกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนอำนาจปกครองไว้ในกฎหมายแพ่งแล้ว ยังได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ทำให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญามีอำนาจพิพากษาเพิกถอนอำนาจปกครอง หรือดำเนินมาตรการเฉพาะอื่นๆ กับบิดามารดา หรือผู้ปกครองที่ไม่ใช่อำนาจปกครอง หรือใช้อย่างไม่เหมาะสมด้วยซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2. ความรับผิดชอบทางอาญาของบิดามารดาในกรณีไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา

ภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส บิดามารดา หรือผู้ปกครองที่ละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครอง เช่นไม่เลี้ยงดูผู้เยาว์ หรือเลี้ยงดูโดยไม่เหมาะสม หรือได้กระทำความผิดอาญาต่อผู้เยาว์ที่อยู่ในปกครอง ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา มีอำนาจพิพากษาเพิกถอนอำนาจปกครองบุตรทั้งหมดหรือบางส่วนของบิดามารดาได้ อย่างไรก็ตามในขณะที่การเพิกถอนอำนาจปกครองตามกฎหมายแพ่งเป็นการทำเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของผู้เยาว์อันเป็นหลักการเดียวกับกฎหมายครอบครัวของไทยโดยไม่ได้มุ่งลงโทษบิดามารดาที่ใช้อำนาจปกครองไม่เหมาะสมดังกล่าวแต่ประการใด แต่ในกฎหมายอาญานั้นการที่บิดา มารดา ผู้ปกครองหรือในบางกรณียังรวมถึงบุคคลอื่นที่ดูแลผู้เยาว์ตามความเป็นจริงไม่ยอมทำหรือทำหน้าที่ตามอำนาจปกครองบางประการอย่างไม่เหมาะสม บิดามารดานั้นอาจจะมีความผิดและมีโทษทางอาญา

⁴⁶ อัญชลี กัมรทิพย์, หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรภายหลังการหย่า : ศึกษาตามแนวคำพิพากษาของศาล, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2547) น. 50-51

⁴⁷ Service public.(2008, March 3).Retrait de l'autorité parentale. Retrives from January 20, 2010 from <http://vosdroits.service-public.fr/F3135.xhtml>

ในระบบกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดความรับผิดจากการที่บิดามารดา หรือผู้ปกครองละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองไว้ใน มาตรา 227-1 ถึง มาตรา 227-31 ซึ่งอยู่ในลักษณะ 7 ความผิดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยาว์และครอบครัว (Chapter VII Atteintes au mineur et à la famille - Offences Against Minors and Family) ของความผิดในส่วนที่ 2 ซึ่งเป็นส่วนที่ว่าด้วยการทำอันตรายแก่บุคคล (Title II Des atteintes à la personne humaine) โดยในลักษณะ 7 ดังกล่าวนั้นได้แบ่งฐานความผิดออกเป็น 5 หมวด (Section) ซึ่งในส่วนความรับผิดของบิดามารดาที่เกิดจากการไม่ทำหน้าที่หรือทำหน้าที่อย่างไม่เหมาะสม เท่าที่เกี่ยวข้องได้แก่ หมวด 1, หมวด 2 และหมวด 5⁴⁸

หมวด 1 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก (Section 1 Du délaissement de mineur, Desertion of Minors) บัญญัติไว้ในมาตรา 227-1 ว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไว้ ณ ที่ใดมีความผิดต่อระหว่างโทษเจ็ดปี และปรับหนึ่งแสนยูโร เว้นแต่มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าในการทอดทิ้งนั้นสุขอนามัย และความปลอดภัยของเด็กไม่ได้ถูกรบกวนกระทบกระเทือน”⁴⁹ นอกจากนี้หากการทอดทิ้งนั้นเป็นเหตุให้เด็กมีความผิดปกติแก่ร่างกาย หรือกายพิการอย่างถาวร ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกยี่สิบปี แต่ถ้าเด็กที่ถูกทอดทิ้งนั้นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกสูงถึงสามสิบปี⁵⁰

ความรับผิดในกรณีทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีนี้ ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำปล่อยให้เด็กนั้นอยู่ตามลำพังโดยไม่ได้รับการดูแล หรือให้ความช่วยเหลือ หรือไม่ได้การรับการรักษาตามที่ควรจะได้รับ โดยผู้กระทำมีเจตนาที่จะแยกจากเด็กโดยเด็ดขาด

⁴⁸ นอกจากความรับผิดที่ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ลักษณะ 7 ยังกำหนดความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เยาว์และครอบครัวในหมวดอื่นๆ อีก ได้แก่ หมวด 3 ความผิดฐานกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อการใช้อำนาจปกครองบุตร (Section 3 Des atteintes à l'exercice de l'autorité parentale มาตรา 227-5 ถึง 227-11 และหมวด 4 การกระทำความผิดอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสายสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตร (Section 4 Des atteintes à la filiation มาตรา 227-12 ถึง 227-14 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำที่บุคคลภายนอกเป็นฝ่ายกระทำต่อบุคคลอันเป็นสมาชิกของครอบครัวอีกด้วย

⁴⁹ มาตรา 227 – 1 Le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci.

⁵⁰ มาตรา 227 – 2 Le délaissement d'un mineur de quinze ans qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle. Le délaissement d'un mineur de quinze ans suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle.

หมวด 2 ความผิดฐานทอดทิ้งครอบครัว (Section 2 De l'abandon de famille, Desertion of family) บัญญัติไว้ในมาตรา 227-3 ถึงมาตรา 227-4-1 ความผิดในหมวด 2 นี้มีอยู่หลายฐานความผิดแต่ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการไม่ทำหน้าที่ของผู้ปกครองคือความผิดฐานละเว้นหน้าที่ไม่ออกค่าใช้จ่าย ตามมาตรา 227-3

ความผิดฐานละเว้นหน้าที่ไม่ออกค่าใช้จ่าย ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 227-3 นี้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดได้รับคำสั่งหรือได้ทำข้อตกลงรับรองกับศาลให้ต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู เงินช่วยเหลือ เงินทดแทน หรือประโยชน์อย่างอื่น แก่เด็กที่ตนมีหน้าที่ต้องดูแลตามกฎหมาย ตามความเป็นจริง ทายาท บุพการี หรือคู่สมรส อันเป็นการกระทำตามหน้าที่ซึ่งได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 5, 6, 7 และ 8 ของบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง แต่บุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนไม่กระทำการตามหน้าที่ดังกล่าวเป็นเวลาเกินกว่าสองเดือนไม่ว่าจะต่อเนื่องหรือไม่ บุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกสองปี และปรับหนึ่งหมื่นห้าพันยูโร โดยความผิดในฐานนี้บัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการทอดทิ้งครอบครัวตามมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง”

ความรับผิดในมาตรานี้เกิดจากบุคคลที่มีหน้าที่ตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในเรื่องการต้องชำระค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทนให้แก่สมาชิกในครอบครัวของตน แต่บุคคลนั้นฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวเป็นระยะเวลาสองเดือน กฎหมายจึงกำหนดความรับผิดทางอาญาไว้ซึ่งเงื่อนไขสำคัญของความรับผิดในฐานนี้ในเบื้องต้น บุคคลดังกล่าวจะต้องมีหนี้ตามกฎหมายครอบครัว (Une créance familiale) โดยเป็นหนี้ที่เกิดจากคำสั่งศาลเสียก่อน ซึ่งหนี้ตามกฎหมายครอบครัวอาจเกิดจากสภาพของการเป็นครอบครัวในปัจจุบัน เช่น จากการสมรสทำให้ต้องมีหนี้อุปการะเลี้ยงดูคู่สมรสอีกฝ่าย หรือจากการเป็นบิดามารดาและบุตร หรืออาจเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นเพราะความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่เลิกกันเช่น การแยกกันอยู่ระหว่างสามีภริยา หรือ การหย่าร้าง เป็นหนี้ที่เจ้าหนี้ต้องทราบและมีการระบุไว้อย่างชัดเจน ความรับผิดนี้จะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่เป็นลูกหนี้ตั้งใจจะละเว้นฝ่าฝืนหน้าที่ตนเองมี

หมวด 5 ความผิดฐานทำให้ตกอยู่ในภัยอันตราย (Section 5 De la mise en péril des mineurs, Endangerment of Minors) ประกอบด้วยความรับผิดที่เกี่ยวข้องกับการไม่ใช้อำนาจปกครองเหนือผู้เยาว์หรือละเลยการปฏิบัติหน้าที่ใน 3 มาตรา สำคัญดังนี้ คือ

1. ความรับผิดฐานไม่จัดหาอาหารรักษาโรคแก่เด็ก มาตรา 227-15⁵¹

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดความผิดในกรณีขัดขวางการให้อาหารหรือการดูแลเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ความรับผิดตามมาตรานี้เป็นความรับผิดที่เกิดจากการละเว้นจากหน้าที่ของบุคคลที่กฎหมายกำหนดอันส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้เยาว์ โดยบัญญัติวางหลักไว้ว่าการกระทำของผู้ปกครอง หรือบุคคลอื่นใดที่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครอง หรือเป็นผู้เคยใช้อำนาจปกครองเหนือตัวเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี ด้วยการขัดขวางไม่ให้อาหารหรือดูแลรักษาอันเป็นผลต่อการดูแลสุขภาพของผู้เยาว์ บุคคลนั้นต้องรับผิดทางอาญา ทั้งนี้ให้รวมถึงการขัดขวางในการดูแลผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าหกขวบ โดยการปล่อยผู้เยาว์ไว้ในทางสาธารณะ หรือ พื้นที่จัดให้มีการขนส่งสาธารณะเพื่อขอทาน

บทบัญญัติ มาตรา 227-15 กำหนดบทลงโทษ คือโทษจำคุกเจ็ดปีและปรับหนึ่งแสนยูโร อย่างไรก็ตาม หากการทอดทิ้งเด็กเป็นผลให้เด็กเสียชีวิตผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกสามสิบปี⁵²

2. ความรับผิดฐานละเว้นจากหน้าที่ตามกฎหมาย (La soustraction à l'obligation légale)

โดยบทบัญญัติในมาตรา 227-17 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเป็นบิดามารดาตามกฎหมายตามความเป็นจริง หรือเป็นบิดามารดาบุญธรรมไม่กระทำการตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด โดยไม่มีเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ จนเป็นเหตุให้บุตรผู้เยาว์ของตนอยู่ในสภาวะที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย หรือมีผลกระทบต่อจริยธรรมหรือการศึกษาอย่างร้ายแรง ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกสองเดือน และปรับสามหมื่นยูโร โดยความผิดในฐานนี้บัญญัติขึ้นให้สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องการทอดทิ้งครอบครัวตามมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง”⁵³

มาตรา 227-15 Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants.

⁵² มาตรา 227-16 L'infraction définie à l'article précédent est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime.

⁵³ มาตรา 227-17 Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

ตัวอย่างที่ถือว่าเป็นการรับผิดชอบละเว้นจากหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น บิดามารดา ส่งบุตรอายุ 6 ขวบไปอยู่ในสำนักในประเทศอินเดีย หรือกรณีที่มารดาติดสุราเรื้อรังปล่อยบุตร ผู้เยาว์ของตนให้อยู่ตามลำพังโดยไม่ดูแลและให้การศึกษาเท่าที่ควรจะได้รับ⁵⁴

อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้กระทำมีเหตุอันควรอ้างกฎหมายได้เช่น จำเป็นต้องแยกเด็ก ออกไปอยู่ในสถานที่อื่นเพราะคู่สมรสที่อยู่ด้วยมีพฤติกรรมชอบทำร้ายร่างกาย ดังนี้แม้จะทำให้ไม่สามารถดูแลเด็กได้ด้วยตนเองแต่ผู้กระทำก็ไม่มีควมรับผิดชอบตามมาตรานี้

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ต้องการผลในกรณีที่ความผิดยังไม่สำเร็จนั้นไม่สามารถฟ้องร้องเพื่อลงโทษผู้กระทำได้ ความรับผิดชอบตามมาตรานี้มีลักษณะคล้ายกับความรับผิดชอบทอดทิ้งครอบครัวตามมาตรา 227-1 ในแง่ที่ว่าหากบุคคลที่ถูกลงโทษไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าตนมีความสามารถที่จะปฏิบัติตามหน้าที่ของตนได้ภายในหกเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำตัดสิน ศาลอาจมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจปกครองของบุคคลนั้นได้เลยโดยไม่ต้องมีการร้องขอ

3. ความรับผิดชอบละเว้นจากหน้าที่ในการให้การศึกษา มาตรา 217-17-1
วรรคแรก⁵⁵ (La soustraction à l'obligation scolaire)

ความรับผิดชอบตามมาตรานี้บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นบิดามารดา หรือผู้ใช้อำนาจปกครอง รวมทั้งผู้ดูแลตามความเป็นจริงเมื่อได้รับคำเตือนจากผู้ตรวจการทางการศึกษา(L'inspecteur d'académie, Inspector of the Academy) แล้ว ไม่ยอมจัดให้ผู้เยาว์ในความปกครองของตนที่มีอายุตั้งแต่หกขวบซึ่งต้องได้รับการศึกษาตามกฎหมายไปลงทะเบียนเรียนในสถานศึกษาตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่มีเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกหกเดือน และปรับเจ็ดพันห้าร้อยยูโร

ความรับผิดชอบตามมาตรานี้มีข้อยกเว้นในกรณีที่การไม่จัดให้มีการลงทะเบียนไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการได้รับการศึกษาของผู้เยาว์ เช่น มีการจัดการเรียนการสอนในครอบครัว รวมทั้งหากมีเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้เช่น บุตรผู้เยาว์มีอาการเจ็บป่วย หรือมีความพิการทาง

L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil.

⁵⁴ ACI cabinet d'avocats à Paris.Retrieved from January 20,2010 from <http://www.cabinetaci.com/la-soustraction-d-un-parent-a-ses-obligations-legales.html>

⁵⁵ มาตรา227-17 -1 Le fait, par les parents d'un enfant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement, sans excuse valable, en dépit d'une mise en demeure de l'inspecteur d'académie, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.



ร่างกายหรือจิตใจ เป็นต้น บิดามารดาที่ไม่ได้พาบุตรผู้เยาว์ไปลงทะเบียนกับสถานศึกษาก็ไม่มีความผิด

ความรับผิดทั้งห้าฐานความผิดที่กล่าวมาอันได้แก่ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก (ระวางโทษจำคุกเจ็ดปี และปรับหนึ่งแสนยูโร), ความผิดฐานทอดทิ้งครอบครัว (ระวางโทษจำคุกสองปี และปรับหนึ่งหมื่นห้าพันยูโร), ความรับผิดฐานไม่จัดหาอาหารยารักษาโรคแก่เด็ก (ระวางโทษจำคุกเจ็ดปี และปรับหนึ่งแสนยูโร), ความรับผิดฐานละเว้นจากหน้าที่ตามกฎหมาย (ระวางโทษจำคุกสองปี และปรับสามหมื่นยูโร) และความรับผิดฐานละเว้นจากหน้าที่ในการให้การศึกษา (ระวางโทษจำคุกหกเดือน และปรับเจ็ดพันห้าร้อยยูโร) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่บิดามารดาละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองนั้น ทุกฐานความผิดดังกล่าวกฎหมายอาญากำหนดให้เป็นความผิดในระดับ *Délit* อันเป็นความผิดที่รุนแรงเป็นอันดับสองในระบบกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสทั้งสิ้น เว้นแต่ความผิดตามมาตรา 217-2 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กจนเป็นเหตุให้เด็กนั้นมีความผิดปกติเกิดแก่ร่างกาย กายพิการอย่างถาวร (ระวางโทษจำคุกยี่สิบปี) หรือถึงแก่ความตาย (ระวางโทษจำคุกสามสิบปี) ซึ่งเป็นเรื่องที่ร้ายแรงกฎหมายจึงกำหนดระวางโทษที่สูง และจัดให้เป็นความผิดในระดับ *Crime* ซึ่งเป็นระดับที่ฉกรรจ์ที่สุดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองในฐานะที่เป็นบิดามารดานั้น หากใช้เรื่องเล็กน้อย หรือเป็นแต่เรื่องในทางแพ่งแต่อย่างเดียวไม่ หากแต่ผู้กระทำยังอาจจะต้องถูกระวางโทษทางอาญาอย่างรุนแรงอีกด้วย

นอกจากการที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกหรือโทษปรับ อันเป็นโทษประธานแล้วประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 227-29⁵⁶ ยังได้ระวางโทษอุปกรณ์ (*Les peines complémentaires*

⁵⁶ มาตรา 227-29 Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourtent également les peines complémentaires suivantes :

- 1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités définies à l'article 131-26 ;
- 2° La suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;
- 3° L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;
- 4° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de quitter le territoire de la République ;
- 5° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
- 6° L'interdiction, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs ;

- Complementary punishments) ให้ความผิดในลักษณะ 7 นี้ด้วยเป็นการเฉพาะซึ่ง โทษอุปกรณ์ที่กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติให้สามารถนำมาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำ และแก้ไขปัญหาสังคมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวได้แก่

1) การเพิกถอน หรือระงับสิทธิทางพลเมือง สิทธิทางแพ่ง และสิทธิตามกฎหมายครอบครัว⁵⁷ ซึ่งได้แก่

- สิทธิในการเลือกตั้ง
- สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง
- สิทธิในการขึ้นเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือเข้าเป็นตัวแทน หรือผู้ช่วยของกลุ่มความในการพิจารณาคดีของศาล

- สิทธิในการให้การแก่ศาล

- สิทธิที่จะเป็นผู้ปกครอง หรือผู้พิทักษ์ แต่ข้อห้ามนี้ไม่รวมถึงการเป็นผู้ปกครอง หรือผู้พิทักษ์ในบุตรของบุคคลอื่น โดยศาลเป็นผู้อนุญาตหลังจากที่ได้ผ่านการพิจารณาของคณะที่ปรึกษาของศาลในการทำความเห็นเกี่ยวกับคดีครอบครัว (Conseil de la famille) แล้ว

ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะสั่งห้ามใช้สิทธิดังกล่าวทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แต่จะสั่งห้ามใช้สิทธิดังกล่าวได้ไม่เกินสิบปีในกรณีเป็นความรับผิดชอบประเภท Crime และไม่เกินห้าปี สำหรับความรับผิดชอบประเภท Délit

2) พักการใช้ใบอนุญาตวิชาชีพไม่เกินห้าปี แต่การพักใช้ใบอนุญาตนี้จะถูกจำกัดสำหรับกรณีที่ไม่ได้วิชาชีพเพื่อประกอบวิชาชีพ

3) ยกเลิกการใช้ใบอนุญาตวิชาชีพ และห้ามยื่นใบสมัครสอบใบวิชาชีพเป็นเวลาไม่เกินห้าปี

4) เนรเทศออกนอกประเทศฝรั่งเศสไม่เกินห้าปี

7° L'obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 ;

8° Pour les crimes prévus par les articles 227-2 et 227-16, l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement.

⁵⁷ มาตรา 131-26 supra note 59



5) ยึดทรัพย์สินที่จะนำไปในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการกระทำความผิด

6) ห้ามประกอบอาชีพหรือเป็นอาสาสมัครที่ทำงานเกี่ยวกับเด็กเด็ดขาดเป็นระยะเวลาสูงสุดได้ถึง สิบปี

ในปี ค.ศ. 2006 ได้การบัญญัติแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาโดยเพิ่ม มาตรา 131-35-1 กำหนดมาตรการเพื่อใช้บังคับให้บิดามารดาจำคุกหน้าที่ความรับผิดชอบของตนในรูปแบบของการจัดให้มีการทำข้อตกลงเรียกว่า ข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา (*Le contrat de responsabilité parentale*)⁵⁸

จากสถิติที่ปรากฏมีบุคคลที่ถูกลงโทษตามมาตรา 227-17 ใน ปี ค.ศ.2006 มีจำนวนทั้งสิ้น 212 ราย ใน ปี ค.ศ.2005 มีจำนวนทั้งสิ้น 171 ราย ในปี ค.ศ.2003 มีจำนวนทั้งสิ้น 136 ราย ในขณะที่ใน ปี ค.ศ. 1994 มีเพียง 40 ราย อย่างไรก็ตามผู้ถูกลงโทษตามมาตรานี้ มีเพียงร้อยละ 6 เท่านั้นที่ได้รับโทษจำคุกโดยประมาณสี่ถึงหกเดือน⁵⁹ อย่างไรก็ตาม ศาลอาจสั่งลงโทษบิดามารดาตามมาตรา 227-17 และ มาตรา 227-17-1 ในคดีที่ผู้เยาว์ประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม กระทำความผิดทางอาญาหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หากศาลพบว่าบิดามารดาของผู้เยาว์ที่ก่อความผิดหรือก่อความเสียหายนั้นละเว้นจากหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองตามกฎหมาย ตัวอย่างในคดี ปี ค.ศ. 2003 ศาล Tribunal Correctionnel แห่งเมือง Bourg-en-Bresse สั่งลงโทษมารดาจำคุกเป็นเวลาหนึ่งปี โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่ามารดาของปลอ่ยให้บุตร 2 คนที่มีอายุ 15 ปี และ 17 ปี ออกนอกบ้านเพื่อเที่ยวกลางคืนเป็นประจำโดยที่มารดาไม่เคยติดตามหรือดูแลจนผู้เยาว์อยู่ในสภาพที่มีจิตใจชั่วร้ายและมีเมแอลกอฮอล์ ในคดีนี้ผู้เยาว์ทั้งสองได้จุดไฟเผาถังขยะของโรงเรียน ทำลายหลอดไฟในร้านค้า ทำลายผนังกำแพง และอาละวาดก่อความวุ่นวายหลายอย่าง ทั้งที่ผู้เยาว์ทั้งสองอยู่ในวัยที่สามารถเข้าใจผลของการกระทำดังกล่าว⁶⁰ จากคดีที่เกิดขึ้นแสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่ผู้เยาว์กระทำความผิดอาญาหรือก่อให้เกิดความเสียหายทำลายละเมิดต่อบุคคลอื่น นอกจากผู้เยาว์อาจจะรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบิดามารดาละเว้นหน้าที่ของตนเองในปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด บิดามารดาอาจจะต้อง

⁵⁸ รายละเอียดโปรดดูในหัวข้อ 3 ที่กำลังจะกล่าวถึงถัดไป

⁵⁹ Mineurs au bord de la rupture : le stage de la dernière chance .(27 février 2008) .France Info .Retrieved 15 January 2010, from <http://www.france-info.com/chroniques-le-plus-france-info-2008-02-27-mineurs-au-bord-de-la-rupture-le-stage-de-la-derniere-chance-101640-81-184.html>

⁶⁰ Pierre-brice lebrun, Peut-on et faut-il punir les parents des enfants délinquants ?. Retrieved 4 January, 2010.from <http://profdedroit.unblog.fr/peut-on-et-faut-il-punir-les-parents-des-enfants-delinquants/>

รับโทษอาญาตั้งที่ได้อธิบายไปข้างต้น อย่างไรก็ตาม ความรับผิดทางอาญาของบิดามารดาเป็นความรับผิดเนื่องจากการกระทำของตนเองที่ละเว้นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไม่ใช่เป็นความรับผิดทางอาญาจากการกระทำของบุคคลอื่น กรณีนี้เป็นคนละเรื่องกับหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของบิดามารดาในการกระทำละเมิดของผู้เยาว์ตามมาตรา 1384 ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส⁶¹

3. มาตรการลงโทษอื่นๆ ที่นำมาเยียวยาปัญหาบิดามารดาละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองของตน

นอกจากการกำหนดความรับผิดทางอาญาของบิดามารดาในการละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองของตน จะถือเป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อป้องกันและลงโทษบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ให้กระทำการตามหน้าที่ของตนแล้ว มาตรการในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่บิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบผู้เยาว์ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญายังเป็นอีกหนึ่งเครื่องมือสำคัญที่ถูกนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาผู้เยาว์ประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม อันถือเป็นปัญหาสังคมที่สำคัญในปัจจุบัน เนื่องด้วยประเทศฝรั่งเศสมองว่าการละเว้นจากหน้าที่ของบิดามารดาโดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ในการให้การอบรมให้การศึกษาเป็นสาเหตุ

⁶¹ Article 1384 On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

สำคัญที่ทำให้เด็กผู้เยาว์ประพฤติตนเกรไม่เหมาะสมหรือเป็นสาเหตุที่ทำให้เด็กผู้เยาว์กระทำผิดกฎหมายซึ่งเป็นปัญหาสังคมที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่ผู้กระทำผิดจำนวนมากเป็นเด็กและเยาวชน และมีแนวโน้มสูงขึ้นเรื่อยๆ โดยสถิติในปี ค.ศ.1997-2002 มีจำนวนเด็กที่กระทำผิดอาญาเพิ่มขึ้นร้อยละ 16.8 (โดยในปี ค.ศ.2002-2008 มีอัตราเพิ่มขึ้นร้อยละ 15.2) จากในปัจจุบันสถิติผู้ที่ใช้ความรุนแรงกระทำความผิด ร้อยละ 48 เป็นผู้เยาว์ ในขณะที่ร้อยละ 11 เป็นเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี⁶²

อย่างไรก็ดี แนวคิดที่ว่าด้วยการกำหนดโทษทางอาญาในกรณีบิดามารดาละเว้นจากหน้าที่ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการหลายฝ่ายว่าอาจจะไม่ใช่หนทางที่ดีที่สุดในการแก้ปัญหาเด็กผู้เยาว์ประพฤติตนเกรไม่เหมาะสม โดยมองว่าการใช้บทลงโทษทางอาญาไม่สามารถช่วยลดปริมาณเด็กที่ประพฤติตนเกรไม่เหมาะสมน้อยลงได้ และหากบิดามารดาต้องรับผิดชอบทางอาญาไม่ว่าโทษจำคุก หรือโทษปรับ อาจจะยิ่งก่อให้เกิดผลเสียมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ จากสถิติที่ปรากฏพบว่าผู้เยาว์ที่กระทำผิดอาญาหรือประพฤติตนเกรโดยส่วนใหญ่ นั้นมักมาจากครอบครัวที่ยากจน หรือพักอาศัยอยู่ในย่านชุมชนแออัด หรือในพื้นที่คนต่างด้าวอาศัยอยู่ ซึ่งบิดามารดาขอมไม่มีเงินจ่ายค่าปรับ และการนำบิดามารดาของเด็กไปจำคุกยิ่งเท่ากับเป็นการทำให้ไม่มีบุคคลที่จะมาอบรมดูแลผู้เยาว์ในขณะนั้น จากตัวเลขสถิติการกระทำความผิดของเด็กในประเทศฝรั่งเศสเด็กอายุน้อยมีแนวโน้มกระทำความผิดที่รุนแรงมากขึ้น ส่งผลให้เกิดแนวความคิดสำคัญที่ว่ารัฐเองต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบจากกรณีที่เด็กประพฤติตนเกรไม่เหมาะสมเป็นอันดับสองรองจากบิดามารดา ซึ่งแนวคิดความรับผิดชอบของรัฐสวัสดิการในข้อนี้ นำมาสู่การสร้างและการใช้มาตรการอื่นๆ เพิ่มเติมเพื่อส่งเสริมและช่วยเหลือให้บิดามารดาให้กระทำการตามหน้าที่ของตนมากยิ่งขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1990 อันจะเป็นการป้องกันปัญหาผู้เยาว์จะกระทำผิดอาญาหรือประพฤติตนเกร⁶³

⁶² Union pour un Mouvement Populaire . La délinquance des jeunes :nouveaux phénomènes, nouvelles solutions Revied 11 January, 2009 from <http://www.google.fr/#hl=th&source=hp&q=La+d%C3%A9linquance+des+jeunes+%3A+nouveaux+ph%C3%A9nom%C3%A8nes%2C+nouvelles+solutions&btnG=%E0%B8%84%E0%B9%89%E0%B8%99%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8%94%E0%B9%89%E0%B8%A7%E0%B8%A2+Google&aq=f&oq=&fp=f2b3220914b0adaa>

⁶³ Anne Chemin,(6 février 2008). L'idée de "responsabilisation des parents" s'est-elle traduite par une véritable prévention de la délinquance ?, Le monde, Revied 5 January, 2010 from <http://www.lhd-toulon.net/spip.php?article2166>

1. การฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดา (Le stage de responsabilité parentale)

การฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดาเป็นมาตรการที่เกิดขึ้นครั้งแรกใน ปี ค.ศ.1990 เป็นการฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดาเกิดขึ้นเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่บิดามารดาเพื่อแทนการถูกดำเนินคดีในศาลในกรณีที่บิดามารดาไม่ทำหน้าที่ดูแลผู้เยาว์ตามมาตรา 227-17 และมาตรา 227-17-1 ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นทางเลือกใหม่โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขฟื้นฟูอย่างหนึ่ง กล่าวคือหากบิดามารดาเลือกเข้าฝึกอบรม บิดามารดานั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีในศาล

ต่อมาภายหลังมีการออกหนังสือเวียนภายในของภาครัฐว่าด้วยนโยบายทางอาญา ในกรณีผู้เยาว์ประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม และในปี ค.ศ. 2007 ได้มีการตราบัญญัติว่าด้วยการป้องกันปัญหาผู้เยาว์ประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม (La loi de prévention de la délinquance du 5 mars 2007) กำหนดให้มีการใช้มาตรการฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดาพนักงานอัยการสามารถกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้าสู่ระบบการฝึกอบรมทางด้าน สุขอนามัย สังคม หรือวิชาชีพด้วยค่าใช้จ่ายของตน เพื่อเป็นมาตรการเสริมและเป็นทางเลือก ซึ่งศาลอาจสั่งให้มีการฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดาเพื่อเป็นลงโทษอย่างหนึ่งที่เรียกว่าโทษอุปการณเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 131-35-1⁶⁴ มาตรา 131-16⁶⁵ ประกอบมาตรา 227-29 ของประมวลกฎหมายอาญา

ทั้งนี้ มาตรา R.131-48 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดเป้าหมายสำคัญในการฝึกอบรมเพื่อเป็นบทพบนหน้าทีทางกฎหมาย เศรษฐกิจ สังคม และศีลธรรม ให้แก่บุคคลที่ถูก ลงโทษในการให้การศึกษาแก่เด็ก⁶⁶ โดยมาตรา R. 131-49 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ กำหนดให้นำหลักเกณฑ์มาตรา R. 131-36 ถึง มาตรา R. 131-44 ว่าด้วยเรื่องการฝึกอบรม

⁶⁴ มาตรา 131-35-1 Lorsqu'elle est encourue à titre de peine complémentaire, l'obligation d'accomplir un stage de sensibilisation à la sécurité routière, un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ou un stage de responsabilité parentale est exécutée dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la condamnation est définitive.

La juridiction précise si le stage est exécuté aux frais du condamné. Le stage de sensibilisation à la sécurité routière est toujours exécuté aux frais du condamné.

L'accomplissement du stage donne lieu à la remise au condamné d'une attestation que celui-ci adresse au procureur de la République.

⁶⁵ มาตรา131-16 supra note 27

⁶⁶ มาตรา R131-48 Le stage de responsabilité parentale prévu à l'article 131-35-1 a pour objet de rappeler au condamné les obligations juridiques, économiques, sociales et morales qu'implique l'éducation d'un enfant.

หน้าที่พลเมือง (De la peine de stage de citoyenneté) มาใช้บังคับด้วย ในส่วนรูปแบบวิธีการในการอบรมอาจมีการจัดการร่วมกันระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนที่ทำงานเกี่ยวข้อง เพื่อช่วยเหลือบิดามารดาตามที่ปรากฏใน มาตรา 141-1 ประมวลกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางสังคมและครอบครัว (**Le Code de l'action sociale et des familles**) หรือตามที่ปรากฏในมาตรา L 222-4-1 ประมวลกฎหมายเดียวกัน และในกรณีที่ถูกกลโกงเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียมในการฝึกอบรมเอง จำนวนค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บต้องไม่มีมูลค่าสูงกว่าจำนวนเงินค่าปรับสำหรับการกระทำความผิดประเภท *Contravention* ในชั้น 3 เท่ากับสี่ร้อยห้าสิบบยูโร⁶⁷

รูปแบบในการฝึกอบรมหน้าที่ของบิดามารดาประกอบด้วย การจัดอบรมเป็นกลุ่ม เพื่อให้ข้อมูล สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบิดามารดา มีการติดตามบิดามารดาเป็นรายบุคคลเป็นเวลาอย่างต่ำสามเดือน อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการประกาศใช้กฎหมาย ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2007 กำหนดให้ศาลสามารถสั่งให้มีการฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดา แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏพบว่าศาลในประเทศฝรั่งเศสกลับมีการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดาเป็นจำนวนน้อยมาก คงมีแต่เฉพาะในศาล TGI (Tribunal de grande instance) ของเมือง Reims ที่เป็นแหล่งกำเนิดของการใช้มาตรการนี้เพียงเท่านั้น โดยสาเหตุที่ไม่มีการใช้มาตรการฝึกอบรมหน้าที่ของบิดามารดา ส่วนใหญ่มาจากมีต้นทุนในการบริหารจัดการที่สูง รวมทั้งผู้พิพากษายังขาดความสนใจที่จะใช้มาตรการนี้⁶⁸

2. ข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา (Le contrat de responsabilité parentale (CRP)

รัฐบัญญัติ ปี ค.ศ.2007⁶⁹ กำหนดให้นำวิธีการทำข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา (Le contrat de responsabilité parentale) มาบังคับใช้เพื่อประโยชน์ในการควบคุมให้บิดามารดาหรือผู้ที่ดูแลรับผิดชอบผู้เยาว์ต้องใส่ใจและคอยดูแลผู้เยาว์ไม่ให้ประพฤติตนเกรี้ยวไม่เหมาะสม โดยการทำข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นการทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างบิดามารดาหรือบุคคลที่ต้องดูแลรับผิดชอบเด็กผู้เยาว์ที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ของตนบกพร่องกับประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (Le président du conseil général)

⁶⁷ Jean-Noël Escudé (2007, 1 October), Responsabilité parentale : après le contrat et le conseil... Revried 5 January, 2010 from <http://www.localtis.info/cs/ContentServer?c=artVeille&pagename=Localtis%2FartVeille>

⁶⁸ Charlotte ROTMAN (2008, 28 January) , Parents de mineurs délinquants : les juges boudent les sanctions Revried 5 January 2010, from <http://www.liberation.fr/france/010172705-parents-de-mineurs-delinquants-les-juges-boudent-les-sanctions>

⁶⁹ La loi de prévention de la délinquance du 5 mars 2007

โดยคำแนะนำของผู้ตรวจการศึกษา (l'inspecteur d'académie) หัวหน้าสถานศึกษา (Le chef d'établissement d'enseignement) นายกเทศมนตรีของเขตเทศบาลที่เด็กพักอาศัยอยู่ (Le maire de la commune de résidence du mineur) หรือ ผู้ว่าราชการจังหวัด (Le préfet) ซึ่งเนื้อหาสาระของข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดาจะกำหนดให้บิดามารดาต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะบิดามารดาที่ดีในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมเกรงที่ไม่เหมาะสมของผู้เยาว์ เช่น พฤติกรรมในการไม่เข้าเรียน การประพฤติผิดวินัยของโรงเรียน รวมทั้งในกรณีอื่นๆ ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นผลจากการบกพร่องหน้าที่จากอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา⁷⁰

ก่อนที่จะมีการทำข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา ในเบื้องต้น ประธานสภาองค์การบริการส่วนจังหวัดจะเป็นฝ่ายทำข้อเสนอของการข้อตกลงความรับผิดชอบของบิดามารดา ก่อน และจะมีการจัดส่งข้อเสนอของการข้อตกลงความรับผิดชอบของบิดามารดาไปยังบิดามารดาของผู้เยาว์โดยทางไปรษณีย์ บิดามารดามีหน้าที่ที่จะต้องตอบคำเสนอดังกล่าวภายใน 15 วัน ในกรณีที่บิดามารดาปฏิเสธไม่เข้าร่วมทำข้อตกลง จะมีการตรวจสอบและเฝ้าติดตามพฤติกรรมของบิดามารดาผู้เยาว์ หากพบว่าบิดามารดาควรต้องร่วมทำข้อตกลงดังกล่าวแต่กับปฏิเสธโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ประธานสภาองค์การบริการส่วนจังหวัด (Le président du conseil général) อาจส่งเรื่องไปยังผู้อำนวยการหน่วยงานที่รับผิดชอบการให้ตัดเงินช่วยเหลือแก่ครอบครัว (Les allocations familiales หรือ l'organisme débiteur des prestations familiales)

ในส่วนสาระสำคัญของข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดาจะกำหนดถึงสาเหตุและสภาพเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนำมาสู่ความจำเป็นในการตกลงทำข้อตกลง และเน้นย้ำถึงหน้าที่ของบิดามารดาที่จะเป็นต้องมีในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ข้อผูกพันของบิดามารดาที่ต้องปฏิบัติเพื่อเยียวยาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น วิธีการและมาตรการทางสังคมต่างๆ ที่ทางประธานสภาองค์การบริการส่วนจังหวัด (Le président du conseil général) จะดำเนินการให้ เพื่อให้ความช่วยเหลือเพื่อเยียวยาและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ระยะเวลาในการปฏิบัติตามข้อตกลงโดยมีกำหนดไม่เกินหกเดือน ในกรณีที่มีการต่อระยะเวลาต้องมีระยะเวลารวมทั้งหมดไม่เกินสิบสองเดือน วิธีการในการตรวจสอบพฤติกรรมของเด็ก บิดามารดา หรือ บุคคลอื่นที่รับผิดชอบ รวมทั้งมาตรการลงโทษกรณีที่มีบิดามารดาหรือบุคคลที่รับผิดชอบไม่ดำเนินการปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำไว้โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

⁷⁰ Service public (.2008, April 10). Contrat de responsabilité parentale. Retrieved 5 January, 2010, from <http://vosdroits.service-public.fr/F16090.xhtml>

ในกรณีที่บิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง ประธานสภาองค์การบริการส่วนจังหวัดสามารถดำเนินการสั่งระงับเงินช่วยเหลือครอบครัวไปยังผู้อำนวยการหน่วยงานที่รับผิดชอบในการระงับเงินช่วยเหลือแก่ครอบครัว (Le directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales) หรือร้องต่อผู้พิพากษาศาลเยาวชนในการสั่งให้เพิกถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนและแต่งตั้งให้บุคคลอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนแทน หรืออาจร้องต่ออัยการเพื่อดำเนินคดีลงโทษทางอาญา

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการกำหนดให้ใช้วิธีการทำข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดาอย่างเป็นทางการ นักวิชาการนักสังคมวิทยาออกมาต่อต้านมาตรการดังกล่าวเพราะมองว่ามาตรการที่ใช้ในการลงโทษบิดามารดาที่ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงโดยการตัดเงินช่วยเหลือของรัฐนั้นไม่ใช่การลงโทษที่จะก่อให้เกิดผลดีแต่อย่างใด เนื่องจากหลายฝ่ายเห็นว่าการตัดเงินช่วยเหลือไม่ใช่ทางออกของปัญหา เพราะมีตัวอย่างแสดงให้เห็นว่าเด็กที่มาจากฐานะของทางสังคมชนชั้นกลางก็ยังประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม⁷¹

เนื่องรัฐบัญญัติในปี ค.ศ.2007 ว่าด้วยการป้องกันปัญหาผู้เยาว์ประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม มาตรา 9⁷² กำหนดเพิ่มบทบาทของนายกเทศมนตรี (la Maire) ในการแก้ไขปัญหาเด็กเยาวชนประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม โดยกฎหมายได้กำหนดให้จัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่าที่ปรึกษาเพื่อสิทธิและหน้าที่ของครอบครัว ภายใต้การอนุมัติของสภาเทศบาล ในกรณีที่มีผู้เยาว์ประพฤติตนเกรงไม่เหมาะสม ครอบครัวสามารถแจ้งไปให้นายกเทศมนตรีรับทราบผ่านทางที่ปรึกษาเพื่อสิทธิและหน้าที่ของครอบครัวที่จัดตั้งขึ้นนี้ โดยจะมีการให้ความช่วยเหลือแก่บิดามารดาให้ทำหน้าที่ของตนได้

ในกรณีที่ความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยในสังคมถูกคุกคามเนื่องจากไม่มีการสอดส่องดูแลผู้เยาว์ หรือผู้เยาว์ไม่เรียนหนังสือ นายกเทศมนตรีสามารถทำข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดา (L'accompagnement parental) กับบิดามารดาหรือบุคคลที่ดูแลผู้เยาว์ เพื่อกำหนดให้มีการติดตามความประพฤติส่วนบุคคลผ่านการใช้มาตรการดูแลและการให้การศึกษา นายกเทศมนตรีสามารถทำข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดา (L'accompagnement parental) ได้ต่อเมื่อยังไม่ได้มีการทำข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา (Un contrat

⁷¹ Michel Tendi (2009, April 14). Prévention de la délinquance : une loi pour rien ?, localtis, Retrieved at 5 January 2010 from <http://www.localtis.info/cs/ContentServer?c=artJour&pagename=Localtis%2FartJour%2FartJour&cid=1239698725800>

⁷² ปัจจุบัน คือ มาตรา L 141-2 ของประมวลกฎหมายการกระทำทางสังคมและครอบครัว

de responsabilité parentale) กับประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด⁷³ หรือยังไม่ได้มีการใช้มาตรการให้ความช่วยเหลือด้านการศึกษา (Une mesure d'assistance éducative) ตามที่ปรากฏใน มาตรา 375 ของประมวลกฎหมายแพ่ง มาก่อน การทำข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดาสามารถทำได้ในกรณีที่บิดามารดาหรือบุคคลที่รับผิดชอบดูแลเป็นผู้ร้องขอ ในการดำเนินการข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดา นายกเทศมนตรีจะต้องส่งเรื่องเพื่อขอความเห็นจากประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ตรวจการศึกษา หัวหน้าสถานศึกษา ผู้อำนวยการหน่วยงานที่รับผิดชอบการการให้เงินอุดหนุนช่วยเหลือครอบครัว และผู้ว่าราชการจังหวัด ข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดาจะกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาหรือผู้แทนที่รับผิดชอบดูแลผู้เยาว์ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามหลักการเรื่องการใช้อำนาจปกครอง ในกรณีที่บิดามารดาหรือผู้แทนของผู้เยาว์ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดาโดยปราศจากเหตุผลอันจะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือปฏิบัติตามข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดาเพียงบางส่วน นายกเทศมนตรีต้องส่งเรื่องดังกล่าวให้แก่ประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดให้รับทราบเพื่อดำเนินการจัดทำข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดาต่อไป

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติ ปี ค.ศ. 2007 ยังกำหนดบังคับให้มีการตั้งที่ปรึกษาส่วนท้องถิ่นเพื่อความปลอดภัยและป้องกันเด็กเยาวชนประพฤติตนเกรไม่เหมาะสม (Les conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance (CLSPD) ในเขตเทศบาลที่มีประชากรมากกว่า 10,000 คน โดยให้หน่วยงานดังกล่าวอยู่ในรูปขององค์การมหาชนที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างเทศบาลหลายแห่งเพื่อทำหน้าที่ป้องกันและแก้ไขปัญหาเด็กเยาวชนประพฤติตนเกรไม่เหมาะสม (Les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)⁷⁴

อย่างไรการที่รัฐบัญญัติในปี ค.ศ.2007 มีการกำหนดบทบาทอำนาจของประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกเทศมนตรีทำให้เกิดข้อสงสัยบางประการในการบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว และเป็นที่น่าติดตามเป็นอย่างยิ่งว่ามาตรการที่สร้างขึ้นมาจะมีผลใช้บังคับได้มีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด

⁷³ ข้อตกลงที่ทำกับนายกเทศมนตรี (la Maire) คือ ข้อตกลงเพื่อช่วยเหลือบิดามารดา (L'accompagnement parental) เป็นคนละข้อตกลงกับข้อตกลงที่บิดามารดาทำกับประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ซึ่งข้อตกลงหลังนั้นเรียกว่า ข้อตกลงว่าด้วยความรับผิดชอบของบิดามารดา (Un contrat de responsabilité parentale)

⁷⁴ Le Particulier et Finances Editions (2009, August). Les parents de délinquants sont aidés par le maire Retrieved at 5 January 2010 from http://www.leparticulier.fr/jcms/c_78050/les-parents-de-delinquants-sont-aides-par-le-maire?acid=c_5969

สรุป

จากการศึกษากฎหมายมาตรการทางอาญาและมาตรการอื่นๆ เพื่อลงโทษบิดามารดาที่อาจได้รับผลร้ายแห่งการกระทำจากการละเว้นหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองของตนตามกฎหมายครอบครัวของประเทศฝรั่งเศสในบทความนี้ แสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส นอกจากจะมีการใช้มาตรการตามกฎหมายแพ่งแล้วยังมีการนำหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับเพื่อเป็นการข่มขู่ให้บุคคลที่มีหน้าที่ตามอำนาจปกครองในการดูแลรับผิดชอบผู้เยาว์ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว เช่น หน้าที่การดูแลเลี้ยงดูให้การศึกษาแก่เด็ก อันเป็นแนวคิดที่ไม่ปรากฏตามกฎหมายลักษณะครอบครัวของไทย เป็นการนำมาตรการลงโทษทางอาญาอันเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนมาบังคับใช้ความสัมพันธ์ในครอบครัวซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลตามกฎหมายเอกชน

อย่างไรก็ดี จากข้อเท็จจริงในปัจจุบันที่เกิดขึ้นพบว่าในทางปฏิบัติประเทศฝรั่งเศสเองมีการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาซึ่งได้แก่ การลงโทษจำคุก และโทษปรับน้อยลงเนื่องจากในช่วงหลังประเทศฝรั่งเศสประสบปัญหาเด็กมีความประพฤติเกรี้ยวไม่เหมาะสม (Délinquance-Delinquency) และอัตราการกระทำผิดอาญามีแนวโน้มสูงขึ้น ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าสาเหตุของปัญหาสังคมดังกล่าว มีสาเหตุมาจากการที่เด็กไม่ได้รับการดูแลเลี้ยงดูที่ดีจากบิดามารดาอันนำไปสู่การประพฤติตนเกรี้ยวไม่เหมาะสมหรืออาจรุนแรงจนถึงขั้นเป็นกระทำผิดอาญา และด้วยเหตุนี้รัฐบาลฝรั่งเศสจึงถือว่ารัฐเองมีส่วนที่ต้องรับผิดชอบกับปัญหาที่เกิดขึ้น

จากแนวคิดดังกล่าว เป็นผลให้ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสมีแนวโน้มที่จะเลือกใช้มาตรการอื่นๆ เข้ามาเสริมการลงโทษในระบบเดิม เพื่อเป็นการสนับสนุนให้บิดามารดาปฏิบัติตามสิทธิและหน้าที่อย่างเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีการฝึกอบรมเพื่อสร้างความรับผิดชอบของบิดามารดา การมอบอำนาจให้นายกเทศมนตรีหรือประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจดูแลนโยบายที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและจัดทำข้อตกลงร่วมกับบิดามารดา หรือการจัดตั้งหน่วยงานที่ปรึกษาด้านครอบครัว มาตรการเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่ง que แสดงให้เห็นว่ารัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสมีนโยบายที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อจูงใจให้บิดามารดาปฏิบัติตามหน้าที่ของตนอย่างถูกต้องและเหมาะสม อันจะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาสังคมเรื่องเด็กมีพฤติกรรมเกรี้ยวไม่เหมาะสมได้

แม้ว่าจากการศึกษาจะพบว่ามาตรการที่มีลักษณะจูงใจดังกล่าวอันเป็นมาตรการนอกเหนือจากมาตรการลงโทษจำคุกหรือโทษปรับซึ่งมีอยู่หลายมาตรการตามที่ประเทศ

ฝรั่งเศสนำมาใช้บังคับในปัจจุบันอาจจะยังไม่ชัดเจนหรือยังไม่มีประสิทธิภาพมากนัก เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้มีมาตรการที่หลากหลายและบางประเภทก็มีลักษณะทับซ้อนกัน แต่การใช้มาตรการหลายรูปแบบของประเทศฝรั่งเศสทั้งมาตรการในทางอาญาที่เน้นการข่มขู่ และลงโทษผู้กระทำ และมาตรการอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการจูงใจให้บิดามารดาใช้อำนาจปกครองอย่างเหมาะสม ก็เป็นการเพิ่มทางเลือก และเครื่องมือให้เจ้าพนักงานของรัฐเลือกใช้ตามความเหมาะสมของแต่ละกรณีที่เกิดขึ้น ซึ่งทางเลือกหรือวิธีการแก้ไขปัญหาที่มีให้เลือกทั้งด้านบวกและด้านลบนี้ก็เปรียบเสมือนการที่คนเราจะทำให้ลาที่ซีเกียจ และไม่ยอมทำตามหน้าที่ในการแบกสิ่งของสัมภาระที่อยู่บนหลังของตนอย่างเหมาะสม ลุกขึ้นมาและวิ่งตามบทบาทที่ได้รับมอบหมายจากสังคม คนควบคุมอาจจะเลือกใช้วิธีเอาแครอทไปล่อให้ลาวิ่งตามซึ่งอาจจะใช้ได้ผลกับลาบางตัว แต่ลาบางตัวอาจจะไม่ยอมวิ่งแม้จะได้มีมาตรการจูงใจสักเพียงใด รัฐหรือคนควบคุมก็จำเป็นต้องใช้ความรุนแรงในการบังคับให้ลาเหล่านั้นทำหน้าที่ด้วยการลงโทษลาให้ได้รับความเจ็บปวด หรือให้ได้รับความเดือดร้อนจะได้ระมัดระวังไม่ละเลยหน้าที่ของตนอีก ลักษณะของการสร้างมาตรการที่หลากหลายดังกล่าวเพื่อแก้ปัญหาสังคมที่เกิดขึ้นจึงควรที่จะได้รับการศึกษาเพื่อนำมาพิจารณาปรับใช้กับสังคมไทย เพราะแนวโน้มของโลกและแนวความคิดทางสังคมวิทยาสสมัยใหม่นั้น ไม่ได้ถือว่าหน้าที่ในการสร้างและดูแลสมาชิกที่ยังเป็นผู้เยาว์ในครอบครัวซึ่งแท้จริงแล้วก็เป็นสมาชิกคนหนึ่งสังคม ที่จะต้องเติบโตและเข้ามาอยู่ร่วมในสังคมส่วนรวมจะเป็นเพียงหน้าที่ของตัวสมาชิกผู้เยาว์เองอีกต่อไป หากแต่บรรดาบิดามารดา หรือผู้ปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการอบรมเลี้ยงดู ให้การศึกษาแก่ผู้เยาว์นั้นก็ย่อมมีความรับผิดชอบการละเว้นไม่ทำตามหน้าที่อันเกิดจากอำนาจปกครองของตนให้เหมาะสมด้วย นอกจากนี้ที่สำคัญรัฐเองก็มีส่วนต้องรับผิดชอบและดูแลสมาชิกทุกคนในสังคม หากสมาชิกคนใดขาดการดูแลอย่างเหมาะสมรัฐเองก็มีส่วนที่จะต้องเข้าไปแก้ปัญหาเช่นกัน

Rethinking of the Exception for Individual Use of the Berne Convention in the Digital Environment

*Wariya Lamlert**

บทคัดย่อ

เป็นที่ทราบกันดีว่า หลักเกี่ยวกับข้อจำกัดและข้อยกเว้นของลิขสิทธิ์นั้น มีการระบุไว้ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ ที่เรียกว่า Three-step test หรือที่รู้จักกันในนาม หลักบันไดสามขั้นที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 (2) ของอนุสัญญากรุงเบิร์น (Berne Convention) ซึ่งเป็นมาตราสำคัญที่ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องผนวกกรรวมเข้าไว้ในกฎหมายภายในประเทศของตน อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของภาษาที่ใช้ในหลักบันไดสามขั้น ซึ่งนำไปสู่การตีความที่แตกต่างกันระหว่างประเทศภาคีสมาชิก นอกจากนี้ ด้วยความรวดเร็วของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี ข้อโต้แย้งดังกล่าวทำให้เกิดคำถามตามมาว่า คำที่ใช้ในหลักบันไดสามขั้นนั้นสามารถที่จะนำมาปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพในโลกดิจิทัลได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการดีและจำเป็นในการแก้ไขภาษาที่ใช้ในหลักบันไดสามขั้นบางส่วน เพื่อให้สามารถตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้เป็นอย่างดี ในที่สุดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่บัญญัติไว้ใน

* Chairperson, Master of Laws Program in Taxation Law (English Program), School of Law, Assumption University

มาตรา 9(2) สามารถจะเป็นต้นแบบให้กับประเทศภาคีสมาชิก ในเวลาเดียวกัน ก็ยังคงรักษาความสมดุลระหว่างสิทธิประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิและผู้ใช้ในสภาพแวดล้อมที่เป็นดิจิทัลได้

Abstract

It is acceptably known that a cornerstone of the limitations on and exceptions to copyright is indicated in the Berne three-step test under Article 9(2) of the Berne Convention, which is a crucial clause for the member states to incorporate into their domestic laws. Notwithstanding, there are some arguments regarding the unclearness of the language used in the three-step test of the Berne Convention, which induces an ambiguity and different interpretations amongst member states. Due to the rapid of technological change, this argument is being addressed much recently whether the term used in the three-step test can be effectively adopted in the digital world. This article found that some minor amendments to the language used in the three-step test are required to reflect the new technological environment. Eventually, the exceptions granted in Article 9(2) can be the mould for the member states and at the meanwhile can still maintain the balance of the interests between right holders and users in the digital environment.

Introduction

This article starts with the analysis of the nature of the exception for individual use or it is generally known as the 'three-step test' indicated in Article 9(2) of the Berne Convention.¹ The language in the three-step test of the Berne Convention² is unclear in terms of the scope and degree which frequently triggers off an ambiguity and different interpretations among member countries. The author is of opinion that it is useful to study the words used in the three-step test which were created in the analogue world and they have been using till the present days-in the digital world.

The investigation is made whether rethinking of three-step test is essential to accommodate the digital environment. Concerning the effectiveness of the provision of three-step test in the digital environment, many lawmakers and others interested in the issue of copyright were of the opinion that the application of the three-step test was not workable in the digital environment, due to its limited scope. Some stakeholders argued that the exceptions for individual use require minor changes to reflect the new technological environment, particularly, with respect to the scope of exploitation rights and the extent of the exceptions for individual use. Then, the exceptions for individual use can still maintain the balance of the interests between right holders and users in the digital environment.

The Provision of the Exceptions for Individual Use in the Berne Convention

The Berne Convention,³ like other legal instruments, provides a minimum standard of copyright protection, at the same time, allowing appropriate exceptions to copyright. Countries that adhere to Berne agree to include this minimum standard in their own domestic copyright statutes, and often go beyond the minimum standard. By including this minimum standard, copyright owners are entitled to this protection in all member

¹ The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

² Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

³ The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

countries, according to the copyright laws in those countries. This so called international protection is automatic.

Prior to the Stockholm and Paris Acts, the Berne Convention contained no general provision recognising reproduction rights. Despite its importance in term of copyright, the exception for reproduction rights did not appear in the Convention until as late as Stockholm (1967). This right was recognised, in principle, by all member countries. Basically, reproduction rights were universally recognised under national legislation, but the exceptions to these rights varied considerably from country to country.

With the solution to the various interpretations of reproduction rights or free uses, the Berne Convention has the merit of uniformity as a general rule and the advantage of permitting a great deal of flexibility both for variations from country to country and for the future when new technology may pose new problems. Notably, the Convention ensures its member states that this provision does not encroach upon exceptions that were already contained in national legislation while the provision should be wide enough to cover all reasonable exceptions, but not so wide as to make the right illusory. In fact, the reproduction right is in the scope of Article 9(2) of the Berne Convention. Article 9(2)⁴ describes the so-called Three-step test as a general exception concerning reproduction rights. The three-step test in the Berne Convention is a fundamental yardstick for copyright exceptions worldwide.

Article 9(2) gives to member countries the power to cut down this exclusive right of reproduction and permit works to be reproduced for 'the user's personal and private use'. By its very nature, 'individual use' would appear to be confined to the making of single copies, and the basis for it, a kind of *de minimis* argument, coupled with an acknowledgement that author's rights should not be infringed by the purely private purpose.

Article 9(2) of the Berne Convention says that:

⁴ Other provisions of Berne, such as those found in Article 2, 10, 11 and 13 grant limitations or exceptions without any three-step test.



It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.⁵

At present, the provision authorises national legislation to permit the reproduction of protected works only (a) 'in certain special cases' provided the other two conditions are also fulfilled: (b) the 'reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work'; and (c) such reproduction 'does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author'.⁶

It should be noted that the three steps of the test are cumulative, that is, all of them apply jointly to exceptions so that if an exception fails to comply with any one of the steps, it does not satisfy the test. Its design is pyramidal. Any proposal of exceptions to copyright must pass the 'in certain special cases' test, after which the 'does not conflict with a normal exploitation of the work' test is analysed. The 'does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author' test will be the last test before the exception is deemed to comply with TRIPS.⁷ Thus, the scope of the first step is broader than that of the second step and the scope of the second step is broader than the scope of the last step.⁸

However, the terms "special", "normal", and "unreasonably" are all open to interpretation.⁹ Generally, the definition of the three-step test constitutes one of the major outstanding issues, especially in relation to the new environment, because of

⁵ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

⁶ Ibid.

⁷ Le N, 'Rethinking the three-step test' in *IP Theses IP Community NO.8: For Ex-Participant Alumni of the Industrial Property Training Program in Japan*, Asia-Pacific Industrial Property Center (APIC) & Japan Institute of Invention and Innovation (JIII), Tokyo, 2005, pp 91-108.

⁸ Ibid.

⁹ Ricketson S & Ginsburg J, *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed, Oxford University Press, Oxford, 2006, vol 2, p 776.

the possible ambiguity of the interpretation and the difficulty in determining the same standard of this provision's meaning.

Step 1: Confinement to Special Cases

'In certain special cases' must be interpreted within a narrow scope. The 'first step' is interpreted as requiring a clear-cut definition of the exception, a narrow scope, and an exceptional objective.¹⁰ The Berne Convention leaves to the national legislation the task of defining these special circumstances and objectives for private purposes of teaching or research. This indicates that general exceptions are not allowed. Thus, the member states must be responsible for clarifying how narrow the 'certain' scope should be.

Step 2: No Conflict with the Normal Exploitation of the Work

Article 9(2) provides that there be 'no conflict with the normal exploitation of the work' which means that the use must not be of considerable or practical importance or compete economically with the author's interests.¹¹ The word "normal exploitation" limits the use of copyright works properly, and the use must be for non-profit purposes.

However, the word 'normal exploitation' gives no guidance as to the kinds of non-economic normative considerations that may be relevant here, and the extent to which they may limit uses that would otherwise be within the scope of exploitation by the copyright owner. Striking this balance is left as a matter for national legislation.

Step 3: No Unreasonable Prejudice to the Legitimate Interests of the Copyright Holder

The provision specified the use should not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author focuses on both the moral and economic rights of the author. Relevant factors of high impact on the interests of the right holder include the context

¹⁰ Davies G, *Copyright and The Public Interest*, Sweet & Maxwell, London, 2002, p 281.

¹¹ Burrell R & Coleman A, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, University Press, Cambridge, 2005, pp 27-29.



in which the content appears; the extent to which it is exposed to piracy threats; and the intensity of its use as a consequence of the exception.¹²

Again, this interpretation may not assist the users greatly because the term “unreasonable” is merely referred to any use of copyright material which threatens the interest of the right holder. In practical terms, however, the scale of losses to right owners which is the determining factor in judging whether an exception is unreasonable, and again what they emphasised is potential losses are confusingly questioned.

It may be concluded that in cases where there would be serious losses of profit for the copyright owner, the law should provide authors with some compensation. It is, therefore, clear that exceptions under article 9(2) may take the form of either free uses or compulsory licences, depending essentially on the number or reproductions made. Nonetheless, quantum issues may need to be approached with some care, depending on the kinds of reproductions that are being made, as the number of reproductions taken individually may look quite different when considered cumulatively. While article 9(2) is far from providing a ‘bright line’ rule that can be readily applied, the individual and cumulative effect of each of the three steps, in particular the third, is to highlight the need for care, moderation, and constraint in constructing any compulsory licensing scheme under national law.¹³

Three-Step Test in the Digital Environment

In the current digital environment, there is a need for the scope of the three-step test, a major provision of individual use many conventions rely on, to be reviewed so that it can still function as a reliable model for national laws and international agreements. Its scope should be determined by what is appropriate. Even if existing minimum Berne rights, once appropriately consolidated, might respond to the digital environment,

¹² Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002, p 41.

¹³ Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002, p 5.

existing Berne exceptions and limitations pose special difficulties. For example, the exceptions to the Berne right of reproduction are vague and open-ended,¹⁴ while the Berne right of public communication by broadcasting or cable transmission may be made subject to variable conditions, including legal licences in appropriate cases.¹⁵

Moreover, the interpretation of the three-step test of the Berne Convention¹⁶ varies in the legislation of different countries. This raises the difficulty of its application, particularly in the digital environment. Thus, it is necessary to override international interests in order to guide the development of limitations and exceptions along convergent paths.

In the past, the main forms of 'normal exploitation' of text works have been published in periodicals and in books. The exceptions, which allow fair practice for research or study, and the library exceptions, sanction copying which was presumed not to undermine these 'normal uses'. In the digital era, the use of the 'normal exploitation' of works has changed. Users make use of copyright works regardless of the interest of the right holder. This has put the purpose of the three-step test under strain. The problems for both the users, in terms of individual use, and for right holders, in terms of copyright piracy, have become ever more difficult to deal with. In other words, because of the technological developments, the balance between the users and the right holders cannot be maintained satisfactorily.

In the digital environment, the 'normal exploitation' of a work, as protected under article 9(2) of the Berne Convention¹⁷ would include each and every act of use to ensure the protected works are referred to 'exploitation' by the author, rather than by the third party for whom an exception to liability it sought. Even if such copying is not

¹⁴ Ficsor M, 'Towards a global solution: the digital agenda of the Berne Protocol and the new instrument: the Rorschach test of digital transmissions.' In Hugenholtz P B (ed), *The Future of Copyright in a Digital Environment: Proceedings of the Royal Academy Colloquium*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp 111-152.

¹⁵ Ricketson S & Ginsburg J, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed, Oxford University Press, Oxford, 2006, vol 2, p 877.

¹⁶ The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

¹⁷ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)



regarded as 'exploitation' for the purposes of Article 9(2) and therefore does not conflict with the second step, it may invoke the third step, thus calling for a compensation scheme.

Essentially, there are two dimensions in considering what the three-step test might imply in the digital environment. The first question is whether any new exceptions or minor changes of the three-step test are needed in this environment. The second question is whether existing provisions of the three-step test from the analogue environment remain appropriate in the digital environment, or need to be restricted in some way in that environment. The factors that might dictate a reduction in the scope of exceptions in the digital context relate mainly to the perfect reproductions that the technology allows, and the ease with which it enables material to be disseminated to large numbers of people, again without any loss of quality. Some of the factors which might mean that new exceptions are desirable have been raised such as the status of electronic copies which simply allow a work to be seen or heard.¹⁸

Nonetheless, some countries clearly feel that the kinds of temporary electronic copies which occur, for example, simply to allow material to be viewed on screen, should not be regarded as reproductions at all, since such copies do not represent a real or separate act of exploitation.¹⁹ Other countries see no basic difficulty with a comprehensive reproduction right extending to copies of this kind, or consider that this already exists by virtue of the wide definition of the reproduction right in the Berne Convention.²⁰

¹⁸ Knights R, 'Limitations and Exceptions under the "Three-Step Test" and in National Legislation-Differences between the Analog and Digital Environments' 2000 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_da_mvd_00/wipo_da_mvd_00_4.pdf> (7 Jan 2006).

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ricketson S & Ginsburg J, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed, Oxford University Press, Oxford, 2006, vol 2, p 871.

Amendment of the Wording of the Three-step test of the Berne Convention

The author is of view that, according to the above analysis, it would be reasonable to have some minor changes for the wording indicated in Article 9(2) of the Berne Convention in order to harmonize the various interpretations of such words used especially in the digital era. The wording of the three-step test of the Berne Convention should be amended for all of the three steps which are:

- 1) Step 1: For special cases only;
- 2) Step 2: Should not conflict with a normal exploitation of the work;
- 3) Step 3: Does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.²¹

The first step is interpreted as requiring a clear-cut definition of the exception, a narrow scope, and an exceptional objective.²² The Berne Convention leaves to the national legislation the task of defining these special circumstances and objectives for private purposes of teaching or research. This will cause a different interpretation of the term “for special cases” amongst the member countries. The term “for special cases” should be clearly defined whether the reproduction of copyright works is made in certain special case or not. Additionally, the term should be narrow in its scope so that the users will be unable to inappropriately reproduce such work for commercial purposes.

The second step covers the unauthorised making of a reproduction, in spheres which are usually within the control of the author. Article 9(2)²³ provides that there be ‘no conflict with the normal exploitation of the work. This means that the use must not be of considerable or practical importance or compete economically with the author's interests.’²⁴ The term “normal exploitation” limits the use of copyright works properly,

²¹ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

²² Davies G, *Copyright and the Public Interest*, Sweet & Maxwell, London, 2002, p 281.

²³ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

²⁴ Burrell R & Coleman A, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, University Press, Cambridge, 2005, pp 27-29.



and the use must be for non-profit purposes. However, the term 'normal exploitation' gives no guidance as to the kinds of non-economic normative considerations that may be relevant here. Nor does the term indicate the extent to which they uses may be limited that would otherwise be within the scope of exploitation by the copyright owner. Striking this balance is left as a matter for national legislation.

From the analysis, if 'not conflict with normal exploitation' means *de minimis* reproduction, such an interpretation is difficult to apply to the digital environment.²⁵ This can be understood to mean that the normal exploitation relates rather to the economic benefits of the right holder than the behaviour of the user of such copy. Thanks to the sophistication of the technology, a single unauthorised copy could multiply instantly to a large number of copies. There is no *de minimis* reproduction in the digital environment, and the user cannot guarantee it.

In view of the ambiguity referred to above, to be able to control antitrust measures, as the TRIPS²⁶ drafters intended, the condition 'not conflict with a normal exploitation...' in the three-step test needs to be amended. An amendment could be helpful as it could become a standard applicable to the Berne member countries without any misinterpretations. The amendment may be made by narrowing or, at least, clearly defining the term "normal exploitation" of the work as this term is a dynamic concept, and it is possible that an exception may come into conflict with a normal exploitation as technology and circumstance of use change.

As the terms "for special cases" and "normal exploitation" are ambiguous as there are no clear definitions and criteria. At the international level, there should be the clear definition defined in the international treaties particularly in the Berne Convention which is the major copyright convention. The definition should also be agreed and similarly understood by the member states. In regard to the national level, lawmakers in the national legislation should determine the criteria indicating when the terms "for

²⁵ Copyright Law Review Committee, 'Chapter 2 Consolidated Recommendations: Chapter 6 Fair Dealing: The Committee's Proposal, Simplification of Fair Dealing' 2004 <<http://www.ag.gov.au/agd/www/Clrhome.nsf/Page/4DDD04A11F548554CA256D270020AEE9?OpenDocument#proposal>> (20 May 2005).

²⁶ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Annex 1C, 1994

special cases” and “normal exploitation” should be applied. The criteria in each member state may vary from one state to another state due to each country’s legal system, economy, culture, and society. However, the criteria indicated in all member states should be based on the same definitions of these two terms defined in the international treaties especially in the Berne Convention.

In this article, the author proposes A term “for special cases”, which is called “certain special purposes with fairness”. Two criteria are established for this new term: purpose and character of use, and quantity and quality.

Purpose and Character of Use

“Purpose and character of use” should be taken into account when “for special cases” is considered because fairness is raised as the important issue when this term is applied. However, fairness should not only be the issue to consider. As Ricketson²⁷ states:

...It can be argued a use will never be “fair” in isolation: its fairness will only be established if it is tied to some identified purpose ...
The more general and less defined the purpose, the less likely is it to be a fair one.²⁸

Regarding “character of use”, it is related to “purpose”. As a result, “purpose and character of use” should be taken into account as in as Australian fair dealing doctrine²⁹ and US fair use doctrine,³⁰ for instance.

²⁷ Sam Ricketson is an Australian expert in Copyright Area. He has a lot of works publish concerning copyright issues.

²⁸ Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002, p 151.

²⁹ Section 40 of the Copyright Act 1968 (Cth). Among the criteria used to determine the fairness of a use is the purpose and character of the dealing.

³⁰ Section 107 of Title 17 of United States of American Copyright Act of 1976.



Quantity and Quality

“Quantity and quality” should be another criterion that could determine the term “for special cases” since “...an exception should be narrow in quantitative as well as in a qualitative sense”³¹ so that it could be deemed as exceptional in its scope. This is because in regard to quantity, it is necessary that the proportion of the use of copyright materials be reasonable. In regard to quality, the substantial part of the copyright works should be determined. Specifically, in the application of “for special cases”, the part of copyright works that is used should not be a substantial part of such works. However, if it is so, it is necessary to consider the quantity of the use of the copyright works. “Proportion and substance copied” in section 107 of US Copyright Act 1976³² is an example of the application of this criterion.

In regard to the term “normal exploitation”, the author proposes “reasonably normal exploitation” in this research. To determine the term “normal exploitation” as the second condition of the three-step test, two aspects are important for the criteria: economic aspect and non-economic aspect. Specifically, “normal exploitation” could be considered in an economic aspect since it refers to “...the activity by which right owners use their exclusive rights for their economic benefit”.³³ This is on the basis that it is important

...to postulate that the owner has the capacity to exercise his rights in full, without being inhibited one way or another by the presence of an exemption, and ask simply whether the particular usage is

³¹ Gervais D J, ‘Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test’ March 2004 <http://www.aipla.org/Content/ContentGroups/Speaker_Papers/Spring_Meeting/20045/gervais.pdf > (3 December 2007).

³² The four factors to determine whether the reproduction of copyright material is done for the purpose of fair use or not are in Section 107 of Title 17 of United States of American Copyright Act of 1976.

³³ Gaubiac Y, ‘Technological Measures and Interoperability in copyright and Related Right Law’ April 2007 <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34712/11901225931Mesures_techniques_YvesGaubiac_eng.pdf/Mesures_techniques_YvesGaubiac+eng.pdf> (3 December 2007).

something that the copyright owner would ordinarily or, perhaps, reasonably seek to exploit.³⁴

Economic aspect is applied as a criterion when “normal exploitation” is considered, for instance, in section 107 of US Copyright Act 1976.³⁵ The effect on the potential market is one of the factors to determine whether the use is fair or not. France is another country that adopts economic criteria as the basis to decide if there is a conflict with a normal exploitation of the work.³⁶

However, another issue is raised when the term “normal exploitation” is considered. The issue is the “non-economic aspect” or “normative issues”, which can differ from country to country, dependent on each country’s legal system, society, economy and culture. This is supported by Ricketson’s statement:

...it must be determined whether the use in question is one that the copyright owner should control, or whether there is some other countervailing interest that would justify this not being so. In light of the other exceptions allowed under the Convention, such an interest would need to be one of some wider public importance, rather than one pertaining to private interests.³⁷

Therefore, in determining the term “normal exploitation”, in the author’s viewpoint, the economic aspect should be considered along with the non-economic aspect. This is because the economic aspect for the normal exploitation of the right holders is important as an incentive to create a copyright work. However, to benefit the public at

³⁴ Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002, p 32.

³⁵ Section 107 of Title 17 of United States of American Copyright Act of 1976.

³⁶ Gaubiac Y, ‘Technological Measures and Interoperability in copyright and Related Right Law’ April 2007 <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34712/11901225931Mesures_techniques_YvesGaubiac_eng.pdf> (3 December 2007).

³⁷ Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002, p 37.



large to make use of copyright materials for non-commercial purposes, the non-economic aspect should not be ignored when the term “normal exploitation” is regarded.

The third step provides that the use should not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author and focuses on both the moral and economic rights of the author. Relevant factors of high impact on the interests of the right holder include the context in which the content appears; the extent to which it is exposed to piracy threats; and the intensity of its use as a consequence of the exception.³⁸ This condition covers restrictions, which would prevent the author from participating in the economic benefits flowing from the use of the work. Regarding the term “unreasonably prejudice” the legitimate interests of the author, the users will not exactly know of when and how their reproduction will unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

While Article 9(2) of the Berne Convention³⁹ says that it is a matter for legislation in Union countries “to permit the reproduction” of works subject to satisfying the three-step test, Article 13 of the TRIPS Agreement⁴⁰ is more directive in tone, stipulating that members “shall confine limitations or exceptions to exclusive rights” in accordance with the three-step test.⁴¹ Thus, Article 9(2) does not use the words “exceptions” or “limitations”, nor do these terms appear elsewhere in Berne. In the context of the Berne Convention, this language was not entirely clear as to the nature and scope of exceptions allowed. Most countries exempt individual copying from the scope of the exclusive rights of reproduction, first because of the impracticality of enforcement, and secondly for protection of privacy. The result is that the rule does not apply to a particular situation or instance. There appears to be no consistency in the way in

³⁸ Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002, p 41.

³⁹ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

⁴⁰ Article 13 of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Annex 1C, 1994

⁴¹ Ricketson S, ‘The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions’ 2002 <<http://www.copyright.com.au/reports%20&%20papers/CCS0202Berne.pdf>> (15 April 2005).

which these terms are used in national laws, and it seems reasonable to regard both as interchangeable. As international conventions, the terms used in both the Berne Convention and the TRIPS Agreement should be the same so that the language can be clearly interpreted without any problems when the tree-step test of the Conventions are referred to the member countries.

In addition, to avoid discrepancies in the way that the three-step test is understood, which can cause disadvantages to some countries, the scope and definition of the exception for individual use, that is the limitation on reproduction, in the three-step test,⁴² should be clarified. This would not only result in the corresponding application of the three-step test by member countries but also in the prevention of conflict between member states on the adoption of the three-step test for the individual use exceptions of their national laws. Consequently, it would be in accordance with the real purpose of the three-step test.

Conclusion

Technological development has posed new challenges in relation to the enforcement of rights since the Internet has increased the ease with which intellectual property rights in digital works can be infringed. The authors and right holders are not able to control or protect their works because of excessive reproduction for personal or research purposes. This development has created new pressure to review the availability and scope of the exceptions for individual use and to internationalize the copyright system.

Even if the existing minimum Berne rights, once appropriately consolidated, might respond to the digital environment, the existing Berne exceptions and limitations⁴³ pose special difficulties. The exceptions to the Berne right of reproduction are vague and open-ended, while the Berne right of public communication by broadcasting or

⁴² Three-Step test is defined in Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)

⁴³ Article 9(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971) NO 615 (E)



cable transmission may be made subject to variable conditions, including legal licences in appropriate cases. In other words, it would be too facile to recommend a mere restatement of existing limitations and exceptions. The rationale of many existing limitations may not justify simply converting them to the digital environment.

Rights and exemptions are somehow intertwined; if the scope of rights increased, it might be necessary to broaden the exemptions accordingly. Hence, some authors and industry groups have argued that the exceptions for individual use require minor changes to reflect the new technological environment, particularly, with respect to the scope of exploitation rights and the extent of the exceptions for individual use. Then, the exceptions for individual use can still maintain the balance of the interests between right holders and users in the digital environment as above presented.

Bibliography

Australian Copyright Council for the Centre for Copyright Studies Ltd, 'Copyright in the New Communications Environment: Balancing Protection and Access', 1999 <<http://www.copyright.com.au/reports%20&%20papers/new%20communications%20environment.pdf>> (8 July 2005).

Baulch L, *Digital Agenda Amendment*, Australian Copyright Council, Strawberry Hills, NSW, 2001.

Burrell R & Coleman A, *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, University Press, Cambridge, 2005.

Davies G, *Copyright and the Public Interest*, 2nd ed, Sweet & Maxwell, London, 2002.

Gaubiac Y, 'Technological Measures and Interoperability in copyright and Related Right Law' April 2007

<http://portal.unesco.org/culture/en/files/34712/11901225931Mesures_techniques_YvesGaubiac_eng.pdf/Mesures_techniques_YvesGaubiac+eng.pdf> (3 December 2007).

Gervais D J, 'Advisory Committee on Management of Copyright and Related Rights in Global Information Networks', 1998 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/acmc_1/acmc_1_1-main1.doc> (23 February 2005).

Goldstein P, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Knights R, 'Limitations and Exceptions under the "Three-Step Test" and in National Legislation-Differences between the Analog and Digital Environments' 2000 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_da_mvd_00/wipo_da_mvd_00_4.pdf> (7 Jan 2006).

Le N, '*Rethinking the three-step test*' in *IP Theses IP Community NO.8: For Ex-Participant Alumni of the Industrial Property Training Program in Japan, Asia-Pacific*



Industrial Property Center (APIC) & Japan Institute of Invention and Innovation (JIII), Tokyo, 2005.

Litman J, *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet*, Prometheus Books, New York, 2001.

Ricketson S, *The Berne Convention and the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, London, 1987.

Ricketson S, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Centre for Copyright Studies, Strawberry Hills, NSW, 2002.

Ricketson S & Ginsburg J, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed, Oxford University Press, Oxford, 2006, vol 1-2.

Ricketson S & Richardson M, *Intellectual Property, Cases, Materials and Commentary*, 3rd ed, LexisNexis Butterworths, Sydney, NSW, 2005.

Digitalisation and Movement Towards the Digital Agenda in the Context of Copyright Law of Thailand^{*}

Pinai Nanakorn^{**}

Abstract

The digital and Internet age results in a plethora of new forms of activities prompting difficulty in the application of copyright law. Amidst such digitally driven occurrences, copyright law in force may, in some respects, be rendered outmoded and incapable of coping with socially unacceptable conduct and may, in certain circumstances produce undesirable consequences of subjecting to liability actions transpiring as necessary functionality of digital technology without intention to cause authors detrimental effects.

^{*} This article is revised from the paper presented at the 4th International Conference on "Law in the Changing World", organised by the Faculty of Law, Thammasat University, at The Dusit Thani, Bangkok, 9th December 2009.

^{**} LL.B (2nd Class Hons) (Thammasat), Barrister-at-Law (Thailand), Diploma in English legal Studies (With Distinction) (Bristol, UK), LL.M (Cantab), Ph.D. (Bristol), Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University. (Former Juridical Officer of the Office of the Council of State, Thailand)

This article discusses modern forms of activities in the digital age, including web surfing, web linking, search engine operation, caching, hosting, file-sharing, circumventing technological measures, and finally tampering with rights management information. Practical views are advanced as to whether such activities should, on conceptual analysis, trigger liability for copyright infringement. Such exploration sheds light on shortcomings or inadequacy, in Thailand's Copyright Act, B.E. 2537 (1994), which now lead to attempts to amend this legislation, through the preparation of the Draft Amendment, in response to the world's digital movement.

The author gives an account of a comparative study with respect to recent and current revision of copyright laws elsewhere, in an attempt to reveal aptness or misconceptions found in the Draft Amendment. The exploration embraces the WIPO Copyright Treaty 1996, the U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA), the Electronic Commerce Directive of 2000, and the Copyright Directive of 2001.

This survey reveals that the Draft Amendment is, by and large, in the right direction in line with the globally felt digital agenda. However, certain provisions are couched in rather unintelligible language, in respect of which the author suggests a version of more comprehensible language as envisioned in parallel legislation elsewhere, while some provisions contain misconceptions. The author points out the blissful actuality related to the Council of State's elimination of the shortcomings in the original text of the Draft.

บทคัดย่อ

ยุคดิจิทัลและอินเทอร์เน็ตก่อให้เกิดกิจกรรมรูปแบบใหม่ๆ ที่นำไปสู่ความยุ่งยากในการใช้บังคับกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน ทั้งนี้ ในบางกรณีกิจกรรมที่เกิดขึ้นโดยผลของเทคโนโลยีดิจิทัลส่งผลให้กฎหมายลิขสิทธิ์กลับล้าสมัย ไม่สามารถบังคับเพื่อดำเนินการกับการกระทำอันสังคมยอมรับไม่ได้ และในบางกรณีการปรับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์กับกิจกรรมเหล่านั้นอาจนำไปสู่ผลอันไม่ปรารถนา กล่าวคือ ทำให้ผู้กระทำการบางอย่างมีความรับผิดชอบ ทั้งที่การกระทำนั้นเป็นสิ่งจำเป็นในการทำงานของเทคโนโลยีดิจิทัล

บทความนี้กล่าวถึงกิจกรรมในรูปแบบใหม่ในยุคดิจิทัล ซึ่งรวมถึงการท่องเว็บไซต์ การทำลิ่งค์บนเว็บไซต์ การทำเครื่องมือค้นหาข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Search Engines) การทำแคช (Caching) การให้บุคคลอื่นนำข้อมูลลงเผยแพร่ในพื้นที่บนเว็บไซต์ (Hosting) การแลกเปลี่ยนไฟล์ (File-sharing) การหลบหลีกมาตรการทางเทคโนโลยี และการแทรกแซงข้อมูลการบริหารสิทธิ์ ทั้งนี้ ผู้เขียนชี้ให้เห็นว่าการกระทำเหล่านั้นควรจะทำให้ผู้กระทำมีความรับผิดชอบโดยถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์ในเรื่องนี้สะท้อนให้เห็นถึงความบกพร่องหรือความไม่เพียงพอของกฎหมายฉบับนี้ด้วย ซึ่งได้นำไปสู่ความพยายามแก้ไขกฎหมายโดยจัดทำร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับความเคลื่อนไหวของโลกในการรองรับยุคดิจิทัล

ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงข้อดีและข้อบกพร่องที่ปรากฏในร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ โดยศึกษาอนุสัญญาขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลกว่าด้วยลิขสิทธิ์ ค.ศ. 1996 กฎหมายลิขสิทธิ์ในสหัสวรรษดิจิทัล (Digital Millennium Copyright Act) ของประเทศสหรัฐอเมริกา แนวทางว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2000 (Electronic Commerce Directive 2000) และแนวทางว่าด้วยลิขสิทธิ์ ค.ศ. 2001 (Copyright Directive 2001) ของสหภาพยุโรป

ผลการศึกษาพบว่าร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมข้างต้นของไทยนั้นโดยภาพรวมแล้วนับว่าเป็นไปในทิศทางที่ถูกต้องและสอดคล้องกับวาระดิจิทัลของโลก แต่ทว่าบทบัญญัติบางประการได้ร่างขึ้นในลักษณะที่ใช้ภาษาซึ่งไม่เป็นที่เข้าใจนัก ผู้เขียนจึงเสนอให้ใช้ถ้อยคำตามแนวทางของกฎหมายของบางประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ โดยใช้ภาษาที่อ่านเข้าใจง่ายกว่า ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติบางประการที่มีความผิดพลาดทางแนวความคิด ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้คณะกรรมการกฤษฎีกาแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวในชั้นการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นว่านับเป็นความโชคดีที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้แก้ไขข้อบกพร่องในร่างกฎหมายฉบับนี้ไปแล้วหลายประการ



I: Introduction:

The world has witnessed remarkably swift advancements in information and communications technologies. Traditional means of communications based upon paper documentation are incessantly replaced by computer-generated data, known as “data messages” or “electronic records”, and devices based upon the analogue system are similarly taken over by the digital system. This “digital age” has undoubtedly brought about an immense extent of ease and convenience in human-beings’ modern lifestyles. At the same time, such technological advancements have also generated unprecedented problematic issues not embraced by existing legislation, so that we have witnessed attempts, at both international and domestic levels, to put forth legislative revision and new enactment in response to such emerging issues. Striking examples can be drawn from the electronic commerce area.¹ Apart from this much spoken area, there has emerged modern legislation, or even draft law, related to, *inter alia*, computer crime, data protection, and unsolicited electronic messages (spamming).²

A list of legislative movement towards the digitalisation can, in no wise, be complete without a mention of the law in the sphere of copyright protection. In the first place, in the digital world, extensive fruits of human creativity such as books, writings,

¹ At an international level, see, for example, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996 (giving electronic records equal legal effect, validity or enforceability as that accorded to traditional paper-based documentation), the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001 (giving enhanced recognition of electronic signatures) and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005 (recognising international contracts electronically made). Such international seeds have been sown in several jurisdiction, as envisioned, for example, in the Electronic Transactions Act, B.E. 2544 (2001) of Thailand and the parallel acts of Singapore, Australia and New Zealand.

² In Thailand, see, for example, the “Commission of Computer-Related Offences Act, B.E. 2550 (2007)” (introducing several new offences committed towards computer data or computer systems or perpetrated with certain involvement in computer data or computer systems) and draft law on data protection (intended to safeguard individuals’ personal data apparently faced by risks of violation, especially by operators of businesses related to online trading).

songs, other musical works, movies or computer programmes are increasingly fixed in digital media rather than in such physical objects and become capable of swift and easy transmission, reproduction and distribution. Infringement of copyright therefore attains much greater frequency than in the paper-based or analogue world. Legislation in this sphere needs appropriate revision to be responsive to new forms of digital piracy. Secondly, without timely revision of existing legislation, certain actions which transpire as necessary functionality of digital technology without intention to cause authors detrimental effects³ may inadvertently be regarded by the law in force as violating rights of authors. Extensive need is therefore globally⁴ felt for preventing such undesirable consequences.

This article is intended to discuss significant change, in the Thailand's copyright law, intended to be put forth in line with the digital agenda. It will first discuss modern forms of activities in the digital age, in particular, on the Internet, which warrant serious consideration as to the possibility of infringing copyright of authors. This will be followed by the exploration of attempts to address digitally-related issues in the sphere of copyright law outside Thailand, as reflected in the WIPO Copyright Treaty 1996, the U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA),⁵ the Electronic Commerce Directive of 2000,⁶ and the Copyright Directive of 2001.⁷ The final part of the article is dedicated to discussing Thailand's endeavours towards amendment of copyright law in line with the globally felt digital agenda. Criticisms will

³ An illustrative list of such actions includes an act of a transient copy onto a RAM in the course of surfing a website, discussed *infra*.

⁴ See, for example, the WIPO Copyright Treaty 1996 (WCT) as adopted in Geneva on 20 December 1996, (hereinafter called "WCT"), Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and the related rights in the information society (Directive 2001/29 [2001] O.J. L167/10), hereinafter the "Copyright Directive".

⁵ Signed into law on 28 October 1998 during President Clinton's administration.

⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), hereinafter called in this Article "Electronic Commerce Directive".

⁷ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society



also be articulated as to misconceptions found in the draftsmanship of this legislative work. Discussion of on-going scrutiny of this draft legislation by the Council of State will also be advanced.

II: Problematic Digital Activities from the Perspective of Thai Law

As alluded to in the introductory part, the digital age makes it most feasible to reproduce, distribute and communicate to the public a great deal of copyrighted works. In particular, unlimited data, which are subject-matters of copyright, are disseminated and transmitted via the Internet. The emergence of Web 2.0 which, apart from allowing Web users to view contents of websites, enhances creativity as well as collaborative or participatory roles of users (as particularly visualised in social-networking sites, file-sharing sites, blogs or wikis) makes such dissemination and transmission even more extraordinary. A plethora of activities vis-à-vis those copyrighted works embodied in digital forms appear to entice, both at philosophical and practical standpoints, legal scholars' reflection as to whether the conduct concerned would in some way lead to liability under copyright law. Common activities prompting our legal revisit through the lens of copyright legislation are herebelow canvassed, albeit the discussion here is limited to the laws in force in Thailand.⁸

2.1 Web Surfing

Surfing the Internet has become part of everyday life of people of all ages in the present era. Extensive materials (texts, graphics, audio materials and video materials) are available on websites. No doubt, direct copying of web-contents may constitute copyright infringement. An Internet user who, through a right-click of his mouse, saves images forming part of a given site and uses those artistic materials for his own commercial website without authorisation from the author apparently infringes

⁸ Discussions on the basis of foreign laws may be found elsewhere. See, for example, Graham JH Smith *et al*, *Internet Law and Regulation*, 3rd ed., (London: Sweet & Maxwell), 2002, Chapter 3, David I. Bainbridge, *Introduction to Computer Law*, 4th ed., (London: Pearson Education), Chapter 7 (Copyright and Electronic Publishing), W.R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 4th ed., (London: Sweet & Maxwell), 1999, Chapter 13 (Copyright: Particular Cases), Topics 5 (Digitised Material: Multi-media) and 6 (Material on the Internet).

copyright of the author (and it cannot be taken for granted that those who put the copyright materials on websites grant an implied licence for copying them), whilst the copying for subsequent personal viewing or consultation may satisfy the 'fair use' defence. The position is, however, different where the act of copying is not directly committed by Internet users but occasioned as a normal technical operation of the network or the computer used for accessing the target website.

To visit a website, the Internet user types in the address box of a web-browser the Internet address (Uniform Resource Locator: URL) of the target site or simply clicks at a link directing the user to the target site. The web-browser at the user's computer will then contact the remote server where such target site is stored and download the contents that are components of that website so as to display all the contents of the target site on the screen of the user's computer. Notably, before such final screen-display, all the digital contents are *transiently* copied and stored on the Random Access Memory (RAM) of the user's computer. Given that the right to reproduce the copyrighted work exclusively resides in the author, strict application of the copyright law would result in finding the individual Internet user infringing copyright. Albeit it is merely "transient" copying automatically and essentially occasioned in the technological process, legislation in force in Thailand provides for no exceptions or limitations to the reproduction right in this respect.⁹ Unarguably, in a realistic sense, rightholders in the Internet age will be most unlikely to pursue remedies against general Internet users on the sole ground of surfing. Alternatively, the "fair use" defence or the "implied licence" contention may be called into play. In particular, the "implied licence" has strong potential for success. Given that a transient RAM copy is an inevitable operation of website surfing, owners of the material made

⁹ The definition of "reproduction" simply states: "reproduction" includes any method of copying, imitation, duplication, block-making, sound recording, video recording or sound and video recording for the material part from the original, copy or publication whether of the whole or in part and, as for computer program, means duplication or making copies of the program from any medium for the substantial part with any method without a character of creating a new work whether of the whole or in part. Obviously, no transient copying is excluded from this definition and the main 'fair use' provision, as enshrined in section 32 of the Act, makes no provision for such temporary copying.



freely available on the Internet have *impliedly* granted a licence for such transient reproduction. But, in order to avoid disputes, it is ideally wise to state candidly in the law itself that such act of transient copying is not taken as infringement. Such candid proclamation is put in place elsewhere both internationally and domestically.¹⁰

2.2 Web Linking

Linking is absolutely crucial, without which websites will lose practical significance. With the Hypertext Markup Language (HTML),¹¹ Internet users may be redirected elsewhere in cyberspace. Most hyperlinks are in the form of “hypertext links” whereby the web-user is taken to the target place (be it a different part of the same webpage, another webpage of the same site or even another website) upon clicking on the highlighted text marked up in the Source Code read by the web-browser. In addition to hypertext links, many links take the form of “graphic links” which redirect the web-user to the target place once the user clicks on the graphic (in most cases, images) determined by the party making the link. A distinction is often made between normal linking, usually called “surface links”, and “deep linking”. Deep linking refers to the act of making a link to another site in a manner of bypassing the home page (i.e. front page) of the target site. Put another way, deep linking directs web-users to a subsidiary page of the target site. Copyright-related liability possibly flowing from the act of linking will now be canvassed.

2.2.1 Surface Linking

Unless the linking party uses the linking text or graphic without permission from the author or without satisfying the “fair use” defence, normal linking involves no reproduction or dissemination by the linking party of copyright material hosted on the target site or page, simply because nothing is copied or publicly made available by the link maker. This is no difference from giving a list of books to library users.

It is also questionable whether making a link to a site or webpage known to contain copyright infringing material would result in liability for copyright infringement.

¹⁰ See, for example, the EU Copyright Directive, discussed in 3.4, *infra*.

¹¹ New forms of Markup Language are also in use. A striking example is the Extensible Markup Language (XML).

This may, at first sight, come close to “secondary infringement”, as in Thai law encapsulated in section 31 of the Copyright Act. But, on further thought, now that mere linking to the infringing material involves no sale, distribution or public communication of it, such “secondary infringement” seems far from being constituted. This truism appears firmly established in view of the fact that the secondary infringement provision applies only when the sale, public communication, distribution or import of the infringing material is carried out with a view to gaining profits.¹²

2.2.2 Deep Linking

Although surface linking incurs no liability towards the target site or page, deep linking may have dissimilar treatment. This act may put the target site’s owner in economic jeopardy, in particular, when the owner expects advertising revenues to be generated from the number of visits (or ‘hits’) of the target site by general users. Remuneration of this kind is usually paid by business entities owning advertising banners placed on the front page of the target site. Given that a deep link bypasses the target site’s front page, ‘hits’ at the target site are much less than when a link is created straight to the front page displaying the banners, with the result that advertising revenues are significantly reduced.

Notwithstanding such detriment, this practice indeed triggers no copyright infringement by parity of reason as advanced in the case of surface linking – no copying is involved. Litigation has at least been witnessed in the United States District Court for the Central District of California in *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*¹³ wherein Ticketmaster Corp. operated a ticket-purchase website which also contained banner advertisements. Ticket.com, Inc. established another ticket-purchase website, containing a link to a subsidiary page within Ticketmaster’s site, bypassing the front page of Ticketmaster’s website. *Ticketmaster* brought an action against *Tickets.com*,

¹² **Section 31.** Any person who, knowing or having a reason to know that any work has been created in a manner infringing copyright of another person, does any of the following acts towards such work with a view to gaining profits is deemed to commit copyright infringement: (1) sale ...; (2) public communication; (3) distribution in a manner likely to cause loss to the rightholder; or (5) import into the Kingdom.

¹³ 54 USPQ2d 1344 (2000). For useful discussion of this case, see DeBrae Kennedy, “*DeepLinking Your Way into a Lawsuit*”, Internet Law Journal, 25 October 2000.



inter alia, on the ground of copyright infringement. On a motion to dismiss this case, it has been held that deep linking constitutes no copyright infringement. As most graphically explicated by the judge:

“Hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act ... since no copying is involved. The customer is automatically transferred to the particular genuine web page of the original author. There is no deception in what is happening. This is analogous to using a library’s card index to get a reference to particular items, albeit faster and more efficiently.”¹⁴

This should be a conceptually sound reasoning in relation to copyright claims and if a similar dispute occurs in Thailand and needs legal resolution under Thailand’s Copyright Act, the alike treatment should be arrived at. With respect, it seems to be a matter of dismay when contrasting decisions have been witnessed in some courts in Europe.¹⁵

Inability to seek a refuge under the copyright law, e-businesses find the contractual force of “Terms of Use” attractive protection. Terms of Use, placed on a website, prohibit deep linking to the site without permission of the site owner. The binding force of these Terms of Use may occur when website visitors accept them, for

¹⁴ This case was also initiated on the ground of unfair competition. On this ground, the court’s determination (per Judge Hupp) was in the same direction – finding that deep linking, without confusion of source, did not necessarily involve unfair competition.

¹⁵ See, for example, *Shetland Times Limited v. Dr. Jonathan Wills* [1997] F.S.R 604 (holding deep links created by a competing online newspaper to news headlines on Shetland Times online news site as infringement of copyrighted literary work); *Stepstone v. Ofir* [2000] EBLR 87 (a German Cologne County Court finding deep links created by an online job agency to subsidiary pages of its competing online job-agency’s site as infringing the rival site’s exclusive rights of reproduction and distribution). Although the decision was mainly based upon exclusive rights in databases, the reasoning articulated by the Court would apply to copyrighted works in general. For a view in Eastern Europe, see Audrius Lukoševičius, “Does a link of Internet page to the information placed in another Internet site infringe copyright?”, *International Journal of Baltic Law*, Vol. 1, Issue 2 (February, 2004), pp. 76-96, available at www.ceeol.com (last visited on 3 November 2009). For a list of deep-linking cases, see <http://www.linksandlaw.com/linkingcases-deeplinks.htm> (last visited on 3 November 2009).

instance, by clicking on the "I Agree" icon. Subsequent deep linking in violation of such Terms of Use *simpliciter* amounts to breach of contract.¹⁶

2.3 Search Engine Operation

Search engines are of no less importance than hyperlinks. Indeed, search engines perform a considerably similar function of directing web-users to other websites, given that search results (i.e. websites and webpages containing information searched for by users by the entry of appropriate keywords¹⁷) are displayed in the form of hyperlinks. Given such functional similarity, our analysis as to whether search engine portals may be held liable for infringement of copyright leads to the same conclusion – that operators of search engines do not infringe copyright subsisting in the copyrighted material of the target sites classified in search results simply because nothing is copied by or on the portal sites.

Disputes related to liability for infringement in this regard are not unheard of. In *NVM v. De Telegraaf*,¹⁸ brought by the Dutch Association of Real Estate Agents (NVM) against De Telegraaf (a Dutch newspaper) that operated a search engine allowing searches for real-estate sales websites, the Supreme Court of the Netherlands found this practice prohibited when not authorised by target sites. With respect, this decision is dubious (and the decision of the Court of Appeal is more agreeable.)¹⁹ It is noted that this case was concerned with the database right rather

¹⁶ In effect, in *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*, it was also claimed that breach of contract was committed on the basis of *Ticketmaster Corp.*'s Terms of Use. However, the judge found that users were not required to click on the Terms of Use box before proceeding to the remainder of the site and thus no contract was formed.

¹⁷ Well-known search engine companies now sell key words so that paying customers' websites will be listed, in search results, in higher ranks under leading key words. Such keyword selling might trigger trademark infringement liability when trademarked names or words are used by portal sites as keywords. This, however, falls outside the scope of discussion in this article. For further details on this issue, see Michael Chissick *et al*, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 2nd ed., (London: Sweet & Maxwell), 2000, p. 143, Miller N., "Playboy Challenges Internet Advertising", *IT & Communications Law Journal*, No. 6 (May 1999).

¹⁸ 22 March 2002, [2002] AMI 88, note D.J.G. Visser; [2002] IER 150 note H.M.H. Speyart.

¹⁹ Court of Appeal, The Hague, 21 December 2000, [2001] Mediaforum 87, note. M.M.M. van Eechoud. See the discussion of this case in P. Bert Hugenholtz, "Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings



than copyright *per se*, but the judicial view on infringement would be applicable to copyright as well.

A similarly discomfoting decision is found in *DNPA v. Newsbooster.com*,²⁰ wherein the Danish Newspaper Publishers' Association (DNPA) brought an action against Newsbooster, a Danish Internet news service, for, *inter alia*, copyright infringement since Newsbooster worked as a search engine and, in search results, provided deep links to news stories stored on various websites. The Copenhagen's Lower Bailiff's Court also found deep linking in search results prohibited by law.²¹ By way of contrast, a comforting view is at least apparent in a French case of *Havas Numerique, SNC and Cadres On Line A.S. v. Keljob*²² where *Keljob*, an operator of a jobs search engine with deep links to jobs advertisements on other sites including *Havas Numerique's* site, was found by the Paris Court of Appeal not infringing the database right simply because *Keljob* did not copy or download the target site.

Again, in Thailand, disputes over copyright infringement by search engines are unheard of. However, the application of the Copyright Act of 1994 to this digital innovation should lead to the non-infringement conclusion. It would be a remarkable astonishment if Thai courts would be inspired by the European judicial standpoint hitherto discussed.

2.4 Caching

Caching is technical innovation designed for reducing time spent on loading remote websites intended to be visited by Internet users. Contents of websites

under the Database Directive: The 'Spin-Off Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe', Paper presented at Fordham University School of Law *Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy*, New York, 14-25 April 2003, available at <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/spinoffordham.html> (last visited on 10 November 2009).

²⁰ July 5, 2002, quoted in Mark Sableman, "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years", 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1273, July 2002 Supplement, available at <http://www.medialaw.org/Template.cfm?Section=Archive7&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=1067> (last visited on 3 November 2009).

²¹ For a critical discussion of this case, see *BNA Electronic Commerce & Law Report*, July 17, 2002

²² A case before the Tribunal de Commerce de Paris, available at <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tcparis20001226.htm> (last visited on 4 November 2009).

recently or frequently accessed by users will be stored in a special segment, known as a “cache”, at the end-user’s side, indeed on the hard disk of the user’s computer. On a subsequent visit to the same website by the user, the web-browser will load a copy of data already stored in the cache rather than retrieving the original data from the remote server. If the content of the requested website has not changed from the last access, the user will almost instantly get hold of the same material as if the original data on the remote site were displayed on the user’s screen, hence the improvement of efficiency and accessibility of frequently used data.

Private or public entities may provide greater convenience to users of their Intranet. For such purpose, caches may be created directly at local Intranet servers so that caches store copies of contents of websites recently accessed by Intranet users for immediate download by web-browsers when users subsequently request the same remote sites. This type of cache significantly reduces the loading time in relation to remote websites. Certain Internet service providers may create caches on their local servers to enable faster traffic of data called upon by their service subscribers.

Now that caches hold copies of contents of websites, this incidence has direct relevance to copyright infringement.²³ Unlike the mere “transient” copying of contents of websites onto a computer’s RAM in the normal process of web surfing, which hitherto has been discussed,²⁴ the copy of data stored on a cache does not disappear once the computer is switched off but will reside in the cache until deleted and replaced by contents of more recently accessed websites. Obviously, the “fair use” defence might be at hands for non-commercial private use but seems difficult *vis-à-vis*

²³ In effect, aside from the copyright infringement issue over caching, this technical phenomenon prompts legal considerations in other aspects as well. Firstly, as with the case of deep linking, caching may result in reduction of advertising revenues since hits to original sites are usually not counted when contents of the original sites are drawn from copies stored in caches. Similarly, charging sites that demand payment from users on the basis of the number of visits to the sites will also lose revenues when ‘hits’ are not recorded in the caching system. Further, caching may cause prejudice to Internet users in the event where data stored in caches are outmoded as a result of updates made to data on the original remote sites. Such prejudicial effects are apparent where users rely on accuracy of contents of websites e.g. stock prices or price lists. Possible liability in these scenarios are, however, outside the ambit of this article.

²⁴ See 2.1, *supra*.



Internet users surfing websites for commercial purposes. In such a scenario, commercial surfers may be left with the “implied licence” contention, and it is not conceptually clear whether such implied permission is granted, especially in cases of caches created on the Intranet servers or created by Internet service providers for their users’ convenience. While attempts have been made elsewhere to address this issue, Thailand’s copyright law makes no provision for it. However, new efforts in this connection as reflected in the draft amendment to the existing legislation on copyright will be discussed in a later part of this article.²⁵

2.5 Hosting

One of problematic issues in the sphere of copyright in digital works available in particular in cyberspace is the liability for hosting copyright-infringing material on the network. Undoubtedly, those making available infringing material without permission of authors *simpliciter* commit direct infringement. But, debate has much been advanced as to possible liability of those involved in hosting such infringing material. Particular attention is placed on online service providers (more precisely, ISPs)²⁶ However, apart from online service providers, there are other parties involved, albeit indirectly, with the dissemination of material infringing copyright. Included in this list of analysis are operators of bulletin board services (BBS). Nowadays, at the advent of the collaborative Web 2.0, material is uploaded or put onto the networks to a much larger extent. Liability for infringement in respect of copyrighted works made available by unauthorised persons (in particular, in blogs or hosting sites such as Hi5, YouTube, Flickr, etc.) may extend to blog owners or operators of such hosting sites as well.

A common contention advanced by both ISPs and other hosting parties seems to be that they have no knowledge or direct involvement in infringing material. But, a great deal of litigation against these parties, albeit focused on ISPs and BBS

²⁵ See Part IV, *infra*.

²⁶ Although online service providers may not limited to Internet Service Providers (ISPs) and may be extended to telecommunications service providers such as telephone operators supporting connections to the networks, the discussion of liability of service providers in this article is limited to ISPs, which are the most practical role-players in respect of online material in which copyright subsists.

operators, has been witnessed in many jurisdictions and we have visualised certain judicial announcements towards inflicting liability upon those parties, at least on the ground of “contributory” liability.

The United States of America appears to be the largest jurisdiction for cases of this type. In the leading case of *Playboy Enterprises Inc. v. Frena*²⁷ which was concerned with the bulletin board called Techs Warehouse BBS containing computerised copies of photographs taken from the Playboy magazine and posted by subscribers to the board, the operator of the bulletin board contended in an action against him²⁸ that he did not post the infringing material and had no knowledge of the posting by his subscribers. The contention came to no avail when the Court, in partial summary judgment, found the board operator directly liable for copyright infringement, although imposing direct liability without any knowledge of the infringing act was much questionable. However, in a later case, *Sega Enterprises v. Maphia*,²⁹ which involved a bulletin board service containing video games posted there, the Court found the BBS operator liable for *contributory infringement* in view of the contributory role of the BBS operator – Maphia had knowledge of the uploading of infringing games on the BBS and actively solicited users to use this BBS as a depository of on-line video games.³⁰

Internet Service Providers have, too, been held liable in a number of cases. In a case of celebrity called *Religious Technology Centre v. Netcom Online Communications Services*,³¹ Netcom, a large Internet service provider was alleged to have infringed copyright when portions of scientology works were posted on a Usenet (a form of bulletin board service) by a subscriber whilst the BBS was connected to the Internet service provided by Netcom. Although the Court did not find direct

²⁷ 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla 1993)

²⁸ Apart from the copyright infringement claim, this action against the BBS operator was also based upon trademark infringement (by using Playboy’s trademarks – Playboy as well as Playmate) and unfair competition.

²⁹ 857 F.Supp. 679 (N.D. Cal. 1994)

³⁰ *Ibid.*, at 937-933.

³¹ 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)



infringement by both BBS operator and Netcom for lack of element of volition or causation, the possibility of contributory infringement as contended by the plaintiff (in particular, in view of the fact that Netcom had received notice of the infringing material) was left open. But, if some participatory facts had clearly been established as in the *Maphia's* case, liability for contributory infringement would have been imposed on the intermediaries.

The issue as to liability of intermediaries are, in the U.S. jurisdiction, now brought under the federal legal framework when specific legislation – the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) has been enacted to exempt on-line intermediaries from liability for copyright infringement, provided that certain threshold requirements are met, which also involve performing some obligations in the interest of orderly operation of cyberspace.³²

In the context of the copyright law in Thailand, the notion of “contributory infringement” has not candidly been addressed whether in the Copyright Act 1994 itself or in the legal academia. That having been said, such conception at least finds its established place as a fundamental principle both of the Penal Code and of tort law. In the realm of criminal law, pursuant to section 86³³ of the Code, the act of assisting in or facilitating the commission of an offence before or at the time of such commission amounts to ‘aiding and abetting’ which gives rise to the aider and abetter being liable to two-thirds the penalty prescribed for such offence. Based upon such contributory liability notion under criminal law, operators of bulletin board services, operators of similar facilities particularly under Web 2.0 such as social-networking sites or file-sharing sites (including YouTube, Hi5, or Flickr) or Internet Service Providers may be contributorily liable as aiders and abettors in the commission of copyright

³² See 3.2, *infra*. See also *Viacom International Inc., v. YouTube Inc., et al*, 1:2007cv02103, New York Southern District Court, July 2008.

³³ **Section 86.** Any person who acts in any manner amounting to assisting in or facilitating the commission by another person of an offence prior to or at the time of the commission thereof is, although the offender did not know of such assistance or facilitation, said to be an *aiders and abetter* in such commission of the offence and shall be liable to two-thirds the penalty prescribed for the offence to which the aiding and abetting relates.

infringement where such on-line intermediaries know of material infringing copyright posted or stored on their services or networks and nonetheless allow such infringing material to remain there. In effect, in a consultation matter referred by the Bureau of the Royal Thai Police Force to the Office of the Council of State as to whether an ISP could be liable for failure to disable public access to illegal websites upon notification by the Police of illegal contents, the Council of State has reached the conclusion that such failure to co-operate may be tantamount to aiding and abetting the commission of the illegal act under section 86 of the Penal Code.³⁴ Although this consultation was granted in respect of illegal material in general, it bears direct relevance to material infringing copyright as well. Much inspired by the DMCA, attempts have been made by the Department of Intellectual Property of Thailand to exempt on-line intermediaries from liability for copyright infringement. Discussion of these efforts will be deferred to the penultimate part of this article.

As far as tort law is concerned, the aiding or facilitating role of on-line intermediaries *vis-à-vis* infringing activities performed via systems or networks operated by them may also attract tortious liability under section 432 of the Civil and Commercial Code. This section indeed deals with a wrongful act jointly committed by several persons, as to which joint tortfeasors will be jointly bound to make compensation for the damage caused. Paragraph two of this section goes on to treat the act of instigating or assisting in a wrongful act as a joint perpetration so that the instigator or the aider will be liable jointly with the actual perpetrator.³⁵ Based upon this

³⁴ Office of the Council of State, Completed Docket No. 343/2549 (2006) Re: The Authority of the Police to Block Inappropriate Internet Websites and the Authority of Enquiry Officials under section 132 of the Criminal Procedure Code, pp. 1-3. At present, following the recently enacted Commission of Computer-Related Offences Act, B.E. 2550 (2007), service providers aiding and abetting the commission of any offence under the Act are liable to the same penalty to be imposed on perpetrators.

³⁵ The text of section 432 reads:

“**Section 432.** If several persons by a joint wrongful act cause damage to another person, they are jointly bound to make compensation for the damage. The same applies if, among several joint doers of an act, the one who caused the damage cannot be ascertained.

Persons who instigate or assist in a wrongful act are deemed to be joint actors.



constructive joint liability, on-line intermediaries who, having known of the infringing act, allow the act to continue without taking appropriate action in preventing or terminating it will simply run the risk of being held jointly liable.

2.6 File-sharing

File-sharing is an innovative commonness especially in the modern Web 2.0, which encourages participation and collaboration. Modes of file-sharing vary and ignite diverse liability accordingly. On the one hand, file-sharing takes a simple form of disseminating files on webpages specifically dedicated to sharing those files with general Internet users. This type of sharing is commonly witnessed in the Hi5 website, Flickr Website, YouTube website, etc. As files stored for sharing in this fashion may include copyrighted files, their dissemination on such social-networking sites without authorisation from the rightholders is subject to copyright infringement liability. Persons directly making copyrighted files available will be liable as direct infringers whilst site operators and on-line intermediaries may be held contributorily liable in the same fashion as in the case of 'hosting', which we have earlier discussed.

File-sharing in cyberspace becomes far more powerful when files to be shared are not stored directly at Internet servers but on computers of individual Internet users. With the great assistance of special file-sharing programme (e.g. the MusicShare software used in the well-known litigated *Napster's case*³⁶), registered Internet users may search for files available on other users' personal computers connected to the Internet and, when the intended files are successfully found, may download them from the located computers onto their individual computers. Once such download process is complete, the downloader's computer may allow other users to

As between themselves, the persons jointly bound to make compensation are liable in equal shares unless, under the circumstances, the Court otherwise decides.”

³⁶ *A & M Records, Inc. et al, v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). In this case, MP3 music files were shared by Internet users via the MusicShare software introduced by Napster and downloadable free of charge from Napster's Internet site onto individual computers so that, with this software, a user could enter on the software's search page the name of the wanted song and Napster's server would then look for computers on which the searched files were stored and generate a list of the files found so that the requesting user could select the file from the list and start downloading it from the hosting user.

have further downloading from the completed file on his computer. MP3 files (now increasingly replaced by the newer MP4 form) are common for this type of file-sharing, and as technology is developed, other new types of compressed files may emerge. With further advanced technology, files which are being downloaded and awaiting completion of the downloading process are simultaneously capable of being downloaded by other users, so that the downloader is the giver at the same time. Such technologically advanced file-sharing mode is much envisioned in several open source applications e.g. BitTorrent, e-Donkey/Overnet, WinMx, LimeWire, etc.³⁷

File-sharing in the fashions explained above, known as the “Peer-to-Peer” or “P2P”,³⁸ raises overwhelming concerns in the light of copyright infringement, where files exchanged amongst Internet users infringe copyrights of rightholders. No doubt, Internet users making copyrighted works (musical files) available for public access and downloading without authors’ authorisation will be held liable for direct infringement. The issue remains as to whether an operator of a file-sharing programme or website may also be liable for infringement, at least on the ground of contributory infringement. At this issue, it should correctly be discerned that a file-sharing application is not in itself an evil. Such programmes are created to facilitate the sharing of files in general in cyberspace rather than being designed for piracy purposes. As such, holding their producers liable for copyright infringement, whether directly or contributorily, would be fraught with difficulty as long as producers do not have the knowledge of pirated files shared through their created programmes. The position may be different where P2P operators have knowledge of pirated files on their members’ computers connected to the operators’ systems, or ought not to have been unaware of such infringing material. In effect, in the *Napster’s case* itself, the district court found that the evidence established that a majority of Napster users used the service to download and upload copyrighted music (hence direct infringement on the part of users). The district court also found that Napster had both actual and constructive knowledge that its users

³⁷ For a useful list of well-known file-sharing applications (‘Peer-to-Peer’ or ‘P2P’ applications), see <http://compnetworking.about.com/od/p2ppeertopeer/tp/p2pfilesharing.htm> (last visited on 2 December 2009).

³⁸ See <http://en.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>.



exchanged copyrighted music files and failed to block or remove the infringing material, with the result therefore that Napster was contributorily liable.³⁹ The Court of Appeal appeared in agreement with such conclusion, although mindful that “a computer system operator cannot be liable for contributory infringement merely because the structure of the system allows for the exchange of copyrighted material”.

To date, peer-to-peer litigation has not occurred in Thai soil. But, in the absence of specific law addressing on-line intermediaries’ liability, the ‘aiding and abetting’ provision under the Penal Code may be of help to copyright holders as far as the criminal liability is concerned, and parallel section 432 of the Civil Code might also be resorted to in respect of civil redress.⁴⁰

2.7 Circumvention of Technological Measures and Rights Management Information

The greatest feasibility, in the digital age, in accessing or making copies of copyrighted works prompts attempts by rightholders to create and use technological measures for preventing unauthorised persons from having access to or copying the rightholders’ copyrighted works – hence, the ‘access control’ and ‘copy control’ distinction. Such technological measures may be in various forms – protection software, codes, encryption technology, etc. For instance, with a special technique, a free-trial computer programme may be allowed to be used for a pre-determined number of times or until a fixed date so that further use needs a paid licence; or owners of artistic pictures available on the Internet may employ a special technical tool preventing their pictures from being saved by the Internet users. Genius users who break such technological measures in order that the protected material can be accessed or copied are not copyright infringers, for the act of circumventing the protection measure is not the reproduction, distribution or public communication of the

³⁹ See *A & M Records, Inc. et al, v. Napster, Inc.* 114 F. Supp. 2d at 918, 920-21. In this case, the role of Napster has been noted by the Court: “Napster provides technical support for the indexing and searching of MP3 files, as well as for its other functions, including a “chat room,” where users can meet to discuss music, and a directory where participating artists can provide information about their music.” However, the court refused to perceive of Napster as being a “mere conduit”.

⁴⁰ See the discussion in 2.5, *supra*.

copyrighted work itself, although the act concerned might facilitate or lead to the infringing acts. Whilst many jurisdictions have enacted legal provisions subjecting to civil and/or criminal liability the circumvention of technological measures as well as the trafficking of circumvention devices or the provision of circumvention services, such stipulations find no room in Thailand's existing Copyright Act or any other legislation, although the idea is implanted in the draft law awaiting further legislative procedures.⁴¹

Apart from technological measures, rightholders may also reinforce the protection of their work through attaching to the copyrighted work information that provides particular details about that work so as to expedite or facilitate traceability of copyright. Such information is usually known as the "right management information". Removal or alteration of such information so as to induce, enable, facilitate or conceal an infringement is perhaps objectionable as with the act of copying the work itself. Initiatives have been taken to subject action of this type to liability.⁴² In the context of Thailand, the obligations concerning rights management information are merely under way.

III: Digital Movement Outside Thailand

We have now seen problematic activities growing from digital technology. We will now canvass attempts in foreign jurisdictions to deal with such digital occurrences. Discussions in this part are limited to the WIPO Copyright Treaty (WCT), the U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA), the EU Electronic Commerce Directive of 2000 and the EU Copyright Directive of 2001.

3.1 WIPO Copyright Treaty (WCT)

In response to a plethora of issues provoked by the global digital age, the World Intellectual Property Organisation (WIPO) took the initiatives in designing the world's legal framework for appropriate adaptation of copyright law to new

⁴¹ See Part IV, *infra*.

⁴² See Part IV, *infra*.



technological challenges, including those related to cyberspace.⁴³ These initiatives culminated in two treaties – the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonogrammes Treaty (WPPT).⁴⁴ Our concerns here are confined to the WCT, principal features of which are now spelled out.

First, the WCT addresses the author's right of communication to the public and makes it clear that this act may be performed by wire or wireless means, including by such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.⁴⁵ Such access may be exemplified by the case of on-demand transmission (which, at the advent of technological convergence, now becomes possible via the Internet).

One thing is worth a mention here. The WCT makes no provisions for such innocuous act of ephemeral or transient copying as in the case of RAM copies in the process of surfing the Internet. Indeed, before final adoption of the WCT, its draft contained provisions on this matter⁴⁶ but at its Diplomatic Conference in Geneva (2nd – 20th December 1996), the lack of consensus on this most controversial issue led to the removal of the 'ephemeral copy' provisions.⁴⁷

Next, another considerable concern of the WCT lies in the protection of technological measures against circumvention.⁴⁸ The WCT requires Contracting Parties to "provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors ... and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorised by the authors concerned or permitted by law." The wording is broad enough to embrace both

⁴³ One of the Recitals to the WCT elucidates this truism: "Recognising the need to introduce new international rules and clarify the interpretation of certain existing rules in order to provide adequate solutions to the questions raised by new economic, social, cultural and technological developments".

⁴⁴ The two treaties are collectively referred to as the WIPO Treaties.

⁴⁵ See Article 8.

⁴⁶ Article 7(2) of the Draft Convention.

⁴⁷ For useful discussion of the draft provisions, see *Towards the Digital Future: Achieving an Appropriate Balance in a New Treaty on Copyright*, at <http://www.dfc.org/dfc1/Archives/international/euah3.html> (last visited on 4 November 2008).

⁴⁸ For succinct explanation of characteristics of technological measures, see 2.7, *supra*.

“access control” and “copy control”. Further, the WCT provides for protection of rights management information⁴⁹ and imposes obligations on Contracting Parties to provide legal remedies against the act of removing or altering any electronic rights management information without authority, knowing or having reasonable grounds to know that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of the author’s rights. Also prohibited is to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.⁵⁰ For these purposes, “Rights Management Information”, is defined as “information which identifies the work, the author, the rightholder, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public.”

3.2 Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA)⁵¹

A large part of the DMCA is dedicated to implementing the WIPO Treaties (i.e. the WCT and WPPT). Firstly, and importantly, with respect to copyright, section 103 of the DMCA adds to the U.S. Copyright Law the so-called “Technological Protection Measures” (TPM) provision, embodied in section 1201 of the new Chapter 12 of Title 17 of the U.S. Code. However, the American TPM version is limited to the circumvention of technological measures that prevent access to a copyrighted work, whilst the circumvention of technological measures preventing unauthorised copying of

⁴⁹ For brief explanation of features of rights management information, see *ibid*.

⁵⁰ See Article 12 : “Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention: (i) to remove or alter any electronic rights management information without authority; (ii) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.”

⁵¹ For a brief account of the DMCA, see <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.



a copyrighted work is not prohibited.⁵² Trafficking in devices or providing services that are used for circumventing TPM, whether “access control” or “copying control” ones, is prohibited in some circumstances.⁵³ The TPM provisions are subject to some exceptions.⁵⁴ Secondly, DMCA implements the WCT’s provisions concerning “Rights Management Information”,⁵⁵ albeit called in the Act “Copyright Management Information” (CMI). The new section 1202 of Title 17 of the U.S. Code, as inserted by the DMCA, prohibits acts similar to those covered by the provision concerning Rights Management Information under WCT.⁵⁶

Violation of provisions on the circumvention of technological measures or the provisions on CMI gives rise to statutory damages and, in the case of willful acts

⁵² The reason for such limitation is apparent from brief explanatory notes issued by the U.S. Copyright Office: “This distinction was employed to assure that the public will have the continued ability to make fair use of copyrighted works. Since copying of a work may be fair use under appropriate circumstances, section 1201 does not prohibit the act of circumventing a technical measure that prevents copying. By contrast, since the fair use doctrine is not a defense to the act of gaining unauthorized access to a work, the act of circumventing a technological measure in order to gain access is prohibited.” See *ibid.*, p. 4.

⁵³ The trafficking is prohibited where any of the three circumstances occur: (1) the devices or services are primarily designed or produced to circumvent; (2) the devices or services have only limited commercial significant purpose or use other than to circumvent, or (3) the devices or services are marketed for use in circumventing. In fact, DMCA also introduces a mandate that within 18 months of enactment, all analogue videocassette recorders be designed in compliance with the Macrovision technology in use for preventing unauthorised copying of analogue videocassettes.

⁵⁴ Examples of exceptions include the circumvention by non-profit libraries, archives and educational institutions for the sole purpose of making a good faith determination as to whether to obtain authorised access to the work; the circumvention by a person having lawfully obtained a right to use a copy of a computer programme for the sole purpose of identifying and analysing elements of the programme necessary to achieve interoperability with other programme; the circumvention of access control measures for identifying flaws and vulnerabilities of encryption technologies; the circumvention of the technological measure capable of collecting personal information about on-line activities of a natural person: see section 1201 (d), (f), (g), (h), (i) and (j).

⁵⁵ See 3.1, *supra*.

⁵⁶ Under section 1202, the expression “copyright management information” (CMI) is used and defined in the same direction as in the WCT (and the WPPT).

for the purposes of commercial advantage or private gain, also results in a criminal offence carrying rather severe penalties.⁵⁷

In addition to the implementation of the WIPO Treaties above, the DMCA provides solutions to the much debated issue concerning liability of on-line service providers for copyright infringing material, hence “safe harbours” for on-line service providers. The DMCA exempts on-line service providers from liability. The exemptions cover four categories of conduct : (1) transitory communications; (2) system caching; (3) storage of information on systems or networks at directions of users; and (4) information location tools.⁵⁸ These are, in the main, the problematic activities in the digital age discussed earlier.⁵⁹ However, on-line service providers are exempted from liability only where certain threshold requirements with respect to each category of conduct are met by those providers. Indeed such threshold requirements (which may impose certain duties on on-line service providers) may vary with categories concerned, with the result that a service provider may be exempted from infringement liability for an activity in one category but may not benefit the statutory exemption with respect to activities in other categories. But, in the main, those requirements ensure that on-line service providers have no blameworthy involvement. For instance, with respect to **transitory communications**⁶⁰ (i.e. where a service provider acts as a “mere conduit”), on-line service providers qualify for the statutory exemption where these conditions are met: (1) the transmission must be initiated by a person other than the provider; (2) the transmission, routing, provision of connections, or copying must be carried out by an automatic technical process without selection of material by the service provider; (3) the service provider must not determine the recipients of the material; (4) any intermediate copies must not ordinarily be accessible to anyone other than anticipated recipients, and must not be retained for longer than reasonably

⁵⁷ Section 1204(b)

⁵⁸ See section 512 of the Copyright Act, as inserted by Title II of the DMCA.

⁵⁹ See Part II.

⁶⁰ Transitory communications embrace acts of transmission, routing and providing connections of material.

necessary; and (5) the material must be transmitted with no modification to its content.⁶¹

With regard to **caching**, service providers qualify for the limitation only where⁶² the content of the retained material must not be modified (hence, no culpable involvement on the part of the providers). In addition, as a condition for the exemption of liability for caching, service providers are charged with certain duties (some of which involve the compliance with certain technical measures) aimed at protecting due interests of copyright owners, business persons concerned or even Internet users. First, the provider must comply with rules about “refreshing” material replacing retained copies of material with material from the original location— when specified in accordance with a generally accepted industry standard data communication protocol.⁶³ Next, the provider must not interfere with technology that returns “hit” information to the person who posted the material, where such technology meets certain requirements.⁶⁴ Further, where the person posting the material imposes conditions on access (for instance, through password protection), the provider must limit users’ access to that material in accordance with such conditions. Finally, the provider is obligated to remove or block expeditiously cached material upon notification that the material at the original site has been removed or blocked.

On-line service providers will be free from liability for **hosting** infringing material on their systems or for **using information location tools** referring or linking users to websites containing infringing material, where the following requirements are met: (1) the provider must not have knowledge, whether actual or constructive, of the infringing activity; (2) the provider must not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity; and (3) the provider must designate⁶⁵ an agent to

⁶¹ See section 512(a).

⁶² See section 512(b).

⁶³ This technical measure requirement is apparently intended to make sure that content owners as well as Internet users will not be prejudiced by outmoded cached contents when website contents are updated.

⁶⁴ This requirement obviously protects websites’ owners against loss of advertising revenues.

⁶⁵ Such designation must also be filed with the Copyright Office, on the basis of the Form provided by this Office. A list of agents is maintained on the Office’s website for public consultation.

receive notifications of material claimed to infringe copyright and, upon such 'take down' notice, must expeditiously take down or block access to that material hosted or referred to by the provider.⁶⁶

3.3 Electronic Commerce Directive

The DMCA discussed above provides a legislative model for several jurisdictions, albeit anti-DMCA movements are not unheard of.⁶⁷ At the European Union level, the harmonised legal framework accommodating the digital technology has first been culminated in the Electronic Commerce Directive.⁶⁸ Indeed, this Directive addresses a much wider range of issues without being confined to copyright,⁶⁹ but some provisions are of direct relevance to copyright-infringement liability – the provisions on liability of intermediary service providers,⁷⁰ as encapsulated in Articles 12-15 of the Directive, dealing with transitory transmission (“mere conduit”), caching and hosting. These provisions are of application to illegal material in general rather than being limited to copyright-infringing material. However, the analysis is equally relevant to copyright infringement.

Under this Directive,⁷¹ a service provider is not liable for the information **transmitted**, on condition that the provider (a) does not initiate the transmission; (b) does not select the receiver of the transmission; and (c) does not select or modify the information contained in the transmission.⁷² These conditions are in line with the threshold requirements with respect to transitory communications under the DMCA,

⁶⁶ For hosting, see section 512 (c) and for information location tools, see section 512(d) of the Copyright Act.

⁶⁷ See, for example, www.anti-dmca.org.

⁶⁸ See note 6, *supra*.

⁶⁹ Examples of topics dealt with by the Electronic Commerce Directive include commercial communications (e.g. unsolicited commercial communications), electronic contracts (e.g. information to be provided, the placing of orders) and regulated online-related professions.

⁷⁰ Under the Directive, “service provider” means any natural or legal person providing an ‘information society service’ – services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC.

⁷¹ For useful discussions of the Directive, see Graham JH Smith *et al*, *op. cit*, note 8, *supra*.

⁷² Article 12



hitherto discussed. A service provider is not liable for **cached** material on its network where the following conditions are satisfied: (a) the provider does not modify the information, (b) the provider complies with conditions on access to the information, (c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry; (d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and (e) the provider acts expeditiously to remove or disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.⁷³ Again, these conditions, in main essence, replicate the threshold requirements in the caching provision of the DMCA. Finally, as far as **hosting** is concerned, a service provider is not liable where: (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information⁷⁴ – the conditions not dissimilar to those under the DMCA.

3.4 Copyright Directive

Attempts towards the digital legal harmonisation that is more central to copyright in Europe are reflected in the Copyright Directive of 2001.⁷⁵ Key principles,

⁷³ Article 13

⁷⁴ Article 14

⁷⁵ See note 7, *supra*. The Directive's responsiveness to digital technology is envisioned in its fifth Recital: "Technological development has multiplied and diversified the vectors for creation, production and exploitation. While no new concepts for the protection of intellectual property are needed, the current law on copyright and related rights should be adapted and supplemented to respond adequately to economic realities such as new forms of exploitation."

also intended to be in line with the WIPO Treaties (i.e. WCT and WPPT),⁷⁶ are brought out here.

First, the Copyright Directive takes note of feasibility in copying by digital means. The Directive's provision on "reproduction right" therefore prohibits direct or indirect, *temporary* or permanent reproduction by any means and in any form, with the consequence that even temporary copies in a computer's RAM are infringement.⁷⁷ However, in order not to impede technological actuality in the on-line world, the Directive sets out an exception to the temporary reproduction to the effect that temporary acts of reproduction "which are transient or incidental and an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made ... " are exempted from the reproduction right (that is to say, not infringement).⁷⁸ With this exception, the copying of website material onto the RAM of an individual Internet user's computer in the process of web surfing is not an infringing act and nor will acts of caching on intermediaries' networks constitute infringement.⁷⁹ This exonerating consequence is clear from the Recital to the Directive itself.⁸⁰

Second, along the line of the WCT, the Directive recognises that the author's exclusive right of communication to the public of works extends to any communication by wire or wireless means whereby members of the public not present

⁷⁶ See Recital (15) to the Directive, for association of the Directive and the WIPO Treaties with regard to the digital agenda. See also Recital (16) for correlation with the Electronic Commerce Directive.

⁷⁷ Article 2

⁷⁸ Article 5(1)

⁷⁹ See earlier discussion in 2.1 and 2.4, *supra*.

⁸⁰ See Recital (33) of the Directive: "...The acts of reproduction concerned should have no separate economic value on their own. To the extent that they meet these conditions, this exception should include acts which enable browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information. A use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law."



at the place of the communication may access the work from a place and at a time individually chosen by them, as exemplified by the case of on-demand transmission.⁸¹

Another leading development introduced by the Copyright Directive lies in the prohibition of the circumvention of technological measures and the protection against provision of devices, products, components or services to this effect.⁸² Unlike the position under the DMCA, technological measures protected against the circumvention embrace both “access control” and “copy control”.⁸³ Next, in line with the ban on the circumvention of technological measures, this Directive prohibits illegal activities in order to remove or alter rights-management information. The prohibition also extends to the distribution or dissemination of copyrighted works from which copyright-management information has been removed without authority.⁸⁴ In this connection, ‘rights-management information’ is defined in a way not dissimilar to the definition in the WIPO Treaties.

Apart from the foregoing, the Directive provides for a wide range of optional exceptions to copyright infringement (e.g. in respect of reproduction made by publicly accessible libraries, educational establishments, museums or archives, which are not for direct or indirect economic or commercial advantage). This falls beyond the realm of discussion in this article, though.⁸⁵

IV. Legislative Attempts towards Digitalisation in Thailand

Thailand may, in no wise, resist global responsiveness to the digital age. The Department of Intellectual Property of Thailand has set up its Law Reform Committee in charge of revision of intellectual property law as a whole, including revision of the existing copyright law – the Copyright Act of 1994. Draft amendment to the Copyright Act (the “Draft” or “Draft Amendment”) has been prepared.⁸⁶ At its early

⁸¹ See Article 3 and Recitals (22) – (26).

⁸² See Article 6 and Recital (47).

⁸³ For technological measures under the DMCA, see 3.2, *supra*.

⁸⁴ See Article 7 and Recitals (55) and (56).

⁸⁵ For useful discussion, see Graham JH Smith *et al*, *op. cit.*, note 8, *supra*.

⁸⁶ The official title of this Draft is “Draft Law on Copyright (No. ..), B.E.... (....)”.

stage, the draft was concentrated upon ‘collective societies’ – legal entities to be statutorily established for collecting royalties for fair distribution to rightholders.⁸⁷ At a later stage, the draft was expanded to cover modern issues related to digital occurrences. In effect, not only particular account has been taken of key provisions of the WIPO Treaties⁸⁸ (albeit Thailand is not a Contracting Party to the treaties), but several ideas implanted into the Draft derived influences from a comparative study of relevant laws of other jurisdictions, including the American DMCA and the European Directives.

4.1 Key Concepts Introduced in the Draft

The Draft intends to insert a number of new provisions into the Copyright Act of 1994. In addition, the Draft repeals certain provision of the Act and replaces them with new provisions. Whilst some of these new provisions are aimed at eviscerating defects or deficiency found in the Act (e.g. the new provision embodying the ‘first sale’ doctrine, which to date has found no statutory recognition in Thailand, the provisions revising procedures related to litigation, and the provisions amending penalties to suit the current era), many of those novel products are intended to provide appropriate adaptation of the law to suit the digital environment and keep pace with global advancements in the sphere of copyright. Key concepts introduced by the Draft will now be discussed.

4.1.1 Temporary and Transient Reproduction

As with the EU Copyright Directive, the Draft makes it clear, through the new definition of “reproduction” that is intended to replace the existing one, that the act of reproducing embraces temporary reproduction⁸⁹ (such as a copy of a computer

⁸⁷ For provisions on collecting societies, see the new Chapter II/II (Remuneration Collection Management) intended to be inserted by the Draft Amendment into the Copyright Act of 1994.

⁸⁸ WCT and WPPT.

⁸⁹ The new definition of ‘reproduction’ reads: “reproduce” includes an act of copying, imitating, duplicating, moulding, sound recording, video recording or sound and video recording, from the original, from a copy, from the communication to the public or from any recorded medium, by any method or in any form, in an essential part without creating a new work, whether in whole or in part and whether temporarily or permanently”.



programme onto a computer's RAM during its unauthorised use).⁹⁰ Notwithstanding, such temporary or transient copying essentially made in the technological process of digital transmission in the network is excluded, so that copies of website material stored in RAM on Internet users' computers in the process of surfing websites are not infringing. This is indeed the same position we have seen in the EU Copyright Directive⁹¹ although the wordings the Draft are couched differently. On this matter, the Draft seems to have taken the wording from the relevant provision of the WIPO draft.⁹² The exception to infringement in respect of ephemeral reproduction is visualised in draft section 32/1 of the Draft, which reads as follows:

“Section 32/1. The reproduction of a copyrighted work under this Act that is of the following descriptions shall not be deemed as an infringement of copyright:

(1) the reproduction results from the process of a digital transmission of the copyrighted work or is an act of making the digitally stored copyrighted work perceptible;

(2) the reproduction is made by a person entitled, by way of authorisation by the owner of copyright or by operation of law, to make the digital transmission of the copyrighted work, *or is an act of making the digitally stored copyrighted work perceptible*⁹³; and

⁹⁰ See 3.4, *supra*.

⁹¹ Article 5(1). See the discussion under 3.4, *supra*.

⁹² See notes 46 and 47, *supra*. Although such provision has been deleted from the final draft, the wording is implanted into domestic copyright legislation of several jurisdictions e.g. section 9 of the Copyright Act 2002 of Tonga.

⁹³ Cf. Article 13 of the Morocco Copyright Act, Law No. 2-00 on Copyright and Related Rights (of February 15, 2000) : The temporary reproduction of a work shall be permitted provided that this reproduction: (a) takes place in the course of a digital transmission of a work or act designed to make a work stored in digital form perceptible; (b) is carried out by a natural person or legal entity authorized, by the copyright owner or by the law, to carry out the said transmission of the work or act designed to make it perceptible; (c) is of an accessory nature to the transmission, takes place as part of normal use of the material and is automatically deleted without allowing the electronic recovery of the work for purposes other than those specified in

(3) the reproduction is a consequence of the normal operation of the equipment used and entails the automatic deletion of the resultant copy without enabling the retrieval of such copy for any other purposes than those specified in (1) and (2).”

Notable, the wording of the final part of sub-paragraph (2), here indicated by the underline, appears a slip of the tongue. The correct wording of the entire sub-paragraph (2) should be: “the reproduction is made by a person entitled, by way of authorisation by the owner of copyright or by operation of law, to make the digital transmission of the copyrighted work *or to make the digitally stored copyrighted work perceptible*. Leaving aside this slip, this exception conceptually reflects the act of RAM copying and caching in the context of web-surfing. That having been said, the wording in the Copyright Directive – “Temporary acts of reproduction which are transient or incidental and an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work ...” – seems more apposite and more intelligible..

4.1.2 Communication for Access from Remote Places

As seen earlier, communication of a copyrighted work in such a way enabling members of the public to access the work from a place and at a time individually chosen by them is, elsewhere,⁹⁴ brought under the realm of the exclusive right of the author. The Draft Amendment adopts this conception, translated into the

subparagraphs (a) and (b) of this Article.” This provision has been criticised as overly broad at odds with the United States-Morocco Free Trade Agreement; see International Intellectual Property Alliance 2007 Special 301 Report Dispute Settlement: Morocco, at <http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301MOROCCO.pdf>. (visited on 2nd November 2009). Cf. also section 9 of the Copyright Act 2002 of Tonga, wherein the relevant expression reads “(b) it is caused by a person or entity that, by way of authorisation by the owner of copyright or by operation of law, is entitled to make that digital transmission or making a digitally stored work perceptible”.

⁹⁴ See Article 8 of the WCT (explained in 3.1, *supra*) and Article 3 of the Copyright Directive (explained in 3.4, *supra*).



revised definition : “communication to the public” means “the making available to the public of the work by means of performing, lecturing, preaching, music playing, causing the perception by sound and/or image, constructing, *including the making available to the public of the work in such a manner that persons may access such work at a time and from a place chosen by them*, or the making available to the public of the created work by other means” (italic added).

4.1.3 Rights Management Information and Technological Measures

The Draft Amendment appears to dedicate large space for provisions on rights management information and technological measures, along the line of Article 11 and Article 12 of the WCT as well as parallel provisions of copyright legislation in selected jurisdictions, so that technological measures may not be circumvented and rights management information may not be impaired through removal or deletion. In this connection, the Draft adds the new Chapter III (Protection of Rights Management Information and Technological Measures), to the existing Copyright Act of 1994.

(A) Rights Management Information

According to the Draft, a removal or deletion of ‘rights management information’⁹⁵ is unlawful and carries fine penalties if committed with the knowledge or reasonable grounds to know that it will induce or enable an infringement or facilitate or conceal an *infringement*.⁹⁶ In addition to the acts of such removal and deletion, illegality is extended to the trafficking of articles or copyright works (or copies thereof) carrying false rights management information, where the act is committed with the knowledge that rights management information has been removed or altered without authority. For the present reference purpose, the full text of this Article is herebelow quoted.

⁹⁵ Defined as “information which is exposed in the copyrighted work or in the recorded performance and which identifies the author, the work of authorship, the performer, the performance and the owner of copyright or the performer’s right, or which identifies the terms and conditions of use of copyright or the performer’s right, and any numbers or codes that represent such information”: see draft Article 5 of the Draft Amendment.

⁹⁶ See the slip of the pen in the draftsmanship at this point, explained in note 97, *infra*.

“**Section 53/1.** Any of the following acts in relation to rights management information, performed without authority and with the knowledge or reasonable grounds to know that it will induce or enable an infringement or facilitate or conceal an infringement of *rights management information*⁹⁷ under this Act shall be deemed as an offence under this Act.

(1) removing or altering rights management information;

(2) distributing or importing for distribution any article used to represent rights management information with the knowledge that rights management information has been removed or altered without authority;

(3) distributing, importing for distribution, or communicating to the public copyrighted works or copies of copyrighted works with the knowledge that rights management information has been removed or altered without authority.”

(B) Technological Measures

The protection of technological measures used by rightholders finds a place in the Draft Amendment. Importantly, the text of the provision prohibiting the circumvention of technological measures is quoted here (with the omission of its final paragraph which sets out exceptions to the circumvention):

⁹⁷ The use of the expression “infringement of *rights management information*” is apparently erroneous. The correct expression here should in fact be “rights” rather than “rights management information”. Perceivably, an offence should lie in acts performed in relation to rights management information so as to induce, enable, facilitate or conceal *copyright infringements*. This perception is indeed embodied in Article 12 (1) of the WIPO Copyright Treaty, which reads: “Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing or, with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal *an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention.*” (Emphasis added) Cf. section 116B(1)(c) of the Australian Copyright Act 1968 as amended by the 2000 Act : “the person knew, or ought reasonably to have known, that the removal or alteration would induce, enable, facilitate or conceal an *infringement of the copyright in the work or other subject-matter.*” (Emphasis added)



“Section 53/3. There shall not be circumvention of technological measures used to control access to copyrighted works or performers’ rights.

The circumvention of technological measures used to control access to copyrighted works or performers’ rights under this Act, if it does not conflict with a normal exploitation of the owner of copyright and does not unreasonably prejudice legitimate rights of the owner of copyright, shall not be deemed as an offence.”

As explained earlier,⁹⁸ there exist at least two main categories of technological measures, viz, (1) technological measures preventing access to copyrighted works (‘access control’) and (2) those intended to prevent making copies of copyrighted works (‘copy control’). The version of Thai ‘Technological Measures Protection’, as reflected in the wording used in draft section 53/3 above (“There shall not be circumvention of technological measures used to control access to copyrighted works or performers’ rights.”), appears to be limited in application to the ‘access control’. As we have seen, the parallel provision in the American DMCA holds the same restriction for a clearly articulated reason. But, the reason for such limitation in Thailand’s draft provision has not been advanced or officially noted. In effect, a conceptual conflict is also found in the Draft. A “technological measure” is broadly defined as “technology, a device or a component that is designed, in the ordinary course of its operation, to prevent or control any acts against the copyrighted work or the work in which the performer’s right subsists”. The overly broad expression i.e. “prevent or control *any acts* against the copyrighted work or the work in which the performer’s right subsists” is, in no wise, confined to the act of ‘access’. This inconsistency needs immediate correction.⁹⁹

Apart from a ban on the circumvention of technological measures, the Draft provision seeks to penalise the trafficking of articles (devices, products or components) or

⁹⁸ See 2.7, *supra*.

⁹⁹ The Council of State has fortunately put right this flaw : see 4.2, *infra*.

the provision of services aimed at the circumvention of technological measures as well, as visualised in the text below (notably, worded along the pattern akin to that introduced by the DMCA).¹⁰⁰

“Section 53/4. The production, importation, offering to the public, procuring or trading by any means of devices, products or components or the offering of services to the public or the provision of services that meets the following conditions shall be deemed as an infringement:

(1) there occurs sale promotion, advertising or marketing for the purpose of circumventing a technological measure;

(2) the act is principally for the purpose of trade or use specifically for circumventing a technological measure;

(3) their design, production or function is primarily for the purposes of circumventing or facilitating the circumvention of a technological measure.”

4.1.4 ‘Safe Harbour’ Provision

Draftsmen’s awareness of ‘Safe Harbour’ provisions elsewhere has led to the inclusion in the draft the Thai version of the ‘Safe Harbour’ text, as quoted below.

“Section 32/2. Acts committed by a service provider in relation to copyrighted works of other persons shall not be deemed as an infringement of copyright if the service provider does not control, initiate or direct such acts.

The term “service provider” means:

(1) the provider of a service of carrying or connecting information for digital communication from point to point designated by users without making modification to the content of the information received or transmitted by users;

¹⁰⁰ See 3.2, *supra*.



(2) the provider, to general members of the public, of an Internet access service or the person otherwise facilitating an access to the Internet.

The rules and conditions for the acts exempt from copyright infringement under paragraph one shall be prescribed in the Ministerial Regulation.”

From the text, service providers will be free from liability for copyright infringement where infringing acts have occurred via their systems or networks. The exclusion of liability in favour of service providers applies only on the condition that ‘the service provider does not control, initiate or direct such acts’. By way of comparison, whilst the ‘Safe Harbour’ provisions elsewhere (e.g. in the EU Copyright Directive or the American DMCA) are triggered on rather detailed threshold requirements which indeed may vary with categories of activities (in particular, transitory communications, caching, hosting, and using information location tools) and some of which impose active duties on service providers seeking exemption of liability, such lengthy conditions are not set forth in the Draft but are intended to be prescribed in the form of subordinate legislation – the Ministerial Regulation. It is simply felt that direct specification of threshold requirements in the parent legislation will run the risk of difficulty in keeping the law abreast with changing technologies, given that legislative amendment is intricately uneasy especially in the unstable political arena of Thailand.

4.2 Scrutiny of the Draft by the Council of State

The Draft Amendment, endorsed in principle by the Council of Ministers, has been referred to the Office of the Council of State for scrutiny by the Council of State.¹⁰¹ Given the extensive impacts expected to flow from the modern concepts introduced therein, this Draft is co-considered by two committees of the Council of State, whilst in usual cases draft legislation needs scrutiny by a particular single

¹⁰¹ The Council of State is a statutorily established body with main functions of providing legal advice to the Government in relation to legislative interpretation and scrutiny of draft legislation as prepared by Government agencies and adopted in principle by the Council of Ministers. In discharge of its functions, the Council of State is split into separate committees.

committee. In effect, immediate need is felt by the Council of State to keep the copyright law abreast with the digital age but a plethora of complicated or unintelligible conceptions encapsulated in this Draft require a long series of explanations from representatives of the Department of Intellectual Property and entail a tremendous amount of comparative research at the scrutiny stage to ensure that all digitally related concepts are well placed and suited to Thailand.

At the time of this paper going to press (February 2010), the review of this Draft is in progress and is expected to take a considerable length of time for its completion. It suffices to say at this very moment that the Council of State, by and large, seems to lend support to modern ideas put forth in provisions of the Draft, although some provisions are given new phraseology or wordings and some are relocated within the Draft, in an endeavour to make the Draft more intelligible and structurally sound. However, as pointed out earlier, certain contents of the draft are plagued with conceptual errors. It is fortunate that such fallacy has correctly been eviscerated by the Council of State.

An example of proper correction can be drawn from the provisions concerning the protection of rights management information. As hitherto discussed, the Draft seeks to penalise a removal or alteration of 'rights management information' if it is committed with the knowledge or reasonable grounds to know that it will induce or enable an infringement or facilitate or 'conceal an infringement of *rights management information*'. As previously explained, the statement as to the concealment of an infringement of 'rights management information' is conceptually fallacious, for an act of such removal or alteration is, in reality, performed in facilitation of concealment of infringement of *copyrights* (i.e. preventing traceability of copyright infringement). Aware of this flaw, the Council of State has reworded the original text¹⁰² into 2 separate sections as follows (subject to possible change in the course of next readings):

“Section 53/1. No person shall remove, alter or render
useless rights management information with the knowledge

¹⁰² See 4.1.3 (A), *supra*.



that such act may induce or enable an infringement of the copyright or the performer's rights or conceal such infringement.”

“**Section 53/2.** No person shall distribute, import or export for distribution or communicate to the public copyrighted works or copies of copyrighted works with the knowledge that rights management information therefor has been removed, altered or rendered useless”

Another example of correct modification is worth a mention. The conceptual conflicts found in the provisions on technological measures have been sorted out. As previously brought out, the original provision of the Draft Amendment establishes liability for the circumvention of technological measures used to “control access” to copyrighted works or performers’ rights whilst the definition of “technological measure” is so broadly defined as to embrace all forms of control, without limitation to access control. This conceptual conflict has now been eliminated through, firstly, revising the definition of “technological measure” to connote “technology designed for the purposes of preventing or controlling reproduction of or access to a copyrighted work” and, secondly, rephrasing the original text into a new provision: “No person shall remove, alter or render useless a technological measure with the knowledge that such act may induce or enable an infringement of the copyright or the performer’s rights or conceal such infringement.” Also, as the Draft Amendment provides for an extraordinarily extensive list of exceptions to the circumvention, the Council of State has thoroughly scanned these exceptions through the lens of their practical experience to ensure optimal aptness.

It should be said also that at present (February 2010), several provisions of the Draft are pending final determination by the Council of State due to uncertainty or lack of clarity as to purposes or intentions of those unintelligibly couched provisions. The list of such provisions which remain pending includes the provision on exception of liability in the case of reproduction related to digital transmission.¹⁰³ Indeed, the success of the review of this Draft Amendment largely hinges on not merely the

¹⁰³ See 4.1.1, *supra*.

ascertainment of genuine meanings of those originally blurred texts but also proper understanding of Thai social and economic settings to which foreign concepts need to be neatly adapted.

V: Conclusions

Our long journey into new forms of activities related to digital technologies has graphically revealed the compelling need in major parts of the globe as well as Thailand to revise copyright law and related legislation in harmony with technological advancements. The existing copyright law of Thailand, as embodied in the Copyright Act of 1994, remains in a rather outmoded shape in a variety of aspects in the digital world. Attempts made by the Department of Intellectual Property of Thailand to put forth substantial reform of the 1994 Act, *inter alia*, in response to the world's digital agenda appears to be a blissful occurrence for Thai people as well as the world's community. It is also delightful that, during the drafting of the Draft Amendment to the 1994 Act, extensive comparative research has been conducted into parallel legislative movements both at the international level and at the level of domestic legislation of several jurisdictions, with a view to ensuring that schemes of protection of copyright as well as related rights will be well placed in the Act in line with internationally recognised rules and in harmony with social settings in the country. On the whole, concepts put forth and reflected in the Draft are in the right direction.

Notwithstanding, misconceptions seem to have resided in the draftsmanship of certain provisions. The misconceived wordings indeed need prompt correction so as to prevent this modern attempt from being plagued by undesirable dust. At the time of this article going to press, this Draft is under consideration by the Council of State before further referral to Parliament. It is fortunate that the Council of State has thus far been vigilant enough to have a full glimpse of the defects and correct the visualised flaws. In addition, amidst edgy political instability in Thailand, we will have yet to retain another hope – that these legislative efforts will come to some avail so that the provisions responding to the 'digital agenda' will eventually appear in a statutory book.



Apart from the new concepts to be soon introduced in Thailand's copyright legislation, existing provisions should also be treated with due caution in the light of emerging technology, in particular, in the cyber world, in order to prevent some common activities such as linking from inadvertently constituting infringing acts. Issues of this type might need no legislative revision but, rather, requires proper understanding in the application of the existing law. All parties concerned must be well equipped with an adequate body of knowledge in copyright law as well as relevant laws. Time is ripe for Thailand to be acquainted with the interplay between IP (intellectual property) and IT (information technology). No doubt, universities and the academia will need to play a large part in such educational roles.

ฎีกาวิเคราะห์

ปกป้อง ศรีสนิท*

คำพิพากษาฎีกาที่ 3952/2551

“จำเลยมียาเสพติดให้โทษของกลางตั้งแต่ออกเดินทางจากซอยข้างวัดยานนาวา ซึ่งอยู่ในเขตพื้นที่รับผิดชอบของสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาแล้วครอบครองยาเสพติดให้โทษดังกล่าวตลอดมาจนกระทั่งถูกจับกุมได้ในเขตพื้นที่รับผิดชอบของสถานีตำรวจนครบาลวัดพระยาไกร พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาก็มีอำนาจสอบสวนได้ เพราะกรณีเป็นความผิดต่อเนื่องกันในท้องที่ต่างกัน พนักงานสอบสวนในทุกท้องที่ที่ความผิดได้เกิดขึ้นมีอำนาจสอบสวนได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 19 วรรคสาม (ก) ที่บัญญัติว่า ถ้าจับผู้ต้องหาได้แล้ว พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนคือพนักงานสอบสวนซึ่งท้องที่ที่จับได้ อยู่ในเขตอำนาจ เป็นการกำหนดให้ต้องมีพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบทำคดีหากมีปัญหากันในระหว่างพนักงานสอบสวนหลายท้องที่ที่มีอำนาจสอบสวนเท่านั้น มิได้หมายความว่าพนักงานสอบสวนที่เคยมีอำนาจสอบสวนอยู่แล้วต้องหมดอำนาจไปเพราะบทบัญญัติของมาตรานี้ เมื่อคดีไม่ปรากฏปัญหาดังกล่าว พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาย่อมมีอำนาจสอบสวนคดีนี้ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้อง ”

1. คำพิพากษาฎีกาคดีนี้เป็นการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องเขตอำนาจของพนักงานสอบสวน ซึ่งมีผลถึงเขตอำนาจของพนักงานอัยการในการสั่งคดี และเขตอำนาจของศาลในการชำระคดีอาญาในด้านพื้นที่ (*ratione loci*) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 22 กำหนดให้ ศาลที่มีอำนาจชำระคดีอาญา คือ ศาลที่ความผิดอาญาเกิดขึ้น เชื่อว่าเกิดขึ้นหรืออ้างว่าเกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจ รวมทั้งศาลที่จำเลยมีที่อยู่หรือจำเลยถูกจับได้ หรือศาลที่พนักงานสอบสวนได้ทำการสอบสวนคดีนอกเหนือจากศาลดังกล่าว เขตอำนาจของพนักงานอัยการอิงกับเขตอำนาจของศาล ส่วนเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนบัญญัติไว้ในมาตรา 18,

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

19 และ 20 โดยในมาตรา 18 ได้กำหนดเขตอำนาจพนักงานสอบสวนไว้สอดคล้องกับเขตอำนาจศาลตามมาตรา 22 กล่าวคือให้พนักงานสอบสวนที่มีอำนาจสอบสวนคือพนักงานสอบสวนในท้องที่ที่ความผิดเกิดขึ้น ท้องที่ที่ผู้ต้องหาถูกจับได้หรือท้องที่ที่ผู้ต้องหาหนีที่อยู่ การกำหนดเขตอำนาจดังกล่าวสอดคล้องกับหลักที่ว่า “ความผิดอาญาเกิดขึ้นที่ใด ควรชำระคดีที่นั่น” เพราะเมื่อความผิดอาญาเกิดขึ้นในท้องที่ใด ความสงบเรียบร้อยในท้องที่นั้นจะได้รับความกระทบกระเทือน คดีอาญาควรจะถูกชำระคดีในเขตนั้น นอกจากนี้การชำระคดีอาญาในท้องที่ที่ความผิดเกิดขึ้นย่อมทำให้เกิดความสะดวกในการรวบรวมพยานหลักฐานและการหาตัวผู้ร่วมกระทำความผิด ส่วนการขยายเขตอำนาจพนักงานสอบสวนและเขตอำนาจศาลให้รวมถึงท้องที่ที่จับผู้ต้องหาได้ด้วยเหตุผลคือ ความสะดวกในการสอบสวนตัวผู้ต้องหา และการขยายเขตอำนาจให้รวมถึงท้องที่ที่เป็นถิ่นที่อยู่ของผู้ต้องหา ด้วยเหตุผลคือถิ่นที่อยู่ของผู้ต้องหาทำให้ทราบถึงเบื้องหลังในอดีตของผู้ต้องหา (Jean PRADEL, Procédure pénale, Cujas, 2002, n°85)

2. ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ร้อยตำรวจเอก บ. และจำสิบตำรวจ ส. เจ้าพนักงานตำรวจสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาได้รับแจ้งจากสายลับว่ามีการขายยาเสพติดให้โทษที่บริเวณซอยข้างวัดยานนาวาซึ่งเป็นซอยตันและอยู่ในท้องที่รับผิดชอบของสถานีตำรวจนครบาลยานนาวา เจ้าพนักงานตำรวจทั้งสองกับพวกจึงได้กระจายกำลังกันไปซุ่มดูอยู่บริเวณดังกล่าว เจ้าพนักงานตำรวจเห็นจำเลยซึ่งมีอาการคล้ายคนติดยาเสพติดเดินออกมาจากซอยข้างวัดยานนาวา แล้วเดินข้ามถนนเจริญกรุงไปยังฝั่งตรงข้าม จำสิบตำรวจ ส. เดินไปเรียกจำเลยไม่ทันเพราะจำเลยขึ้นรถแท็กซี่ไปก่อน เจ้าพนักงานตำรวจทั้งสองกับพวกจึงขับรถจักรยานยนต์ติดตามจำเลยไปทันที่สามแยกเจริญกรุงตัดกับถนนจันทน์ซึ่งอยู่ในเขตท้องที่รับผิดชอบของสถานีตำรวจนครบาลวัดพระยาไกร ร้อยตำรวจเอก บ. และจำสิบตำรวจ ส. เรียกให้จำเลยลงจากรถแท็กซี่ โดยแสดงตนว่าเป็นเจ้าพนักงานตำรวจและค้นตัวจำเลยพบยาเสพติดให้โทษของกลางทั้งหมดในกระเป๋าเสื้อด้านซ้าย คือ เมทแอมเฟตามีนชนิดเม็ด 3 ก้อนรวม 413 เม็ด เมทแอมเฟตามีนชนิดเกร็ด 5 ก้อน จึงแจ้งข้อหาแก่จำเลย จำเลยปฏิเสธและไม่ยอมลงชื่อในบันทึกการจับกุม พันตำรวจโท ว. พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาทำการสอบสวนคดีและพนักงานอัยการฟ้องศาล

3. ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 โดยลงโทษในความผิดหลายกรรม คือ ฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย จำคุก 16 ปี และปรับ 400,000 บาท กรรมหนึ่ง และฐานมีกัญชาไว้ในครอบครอง จำคุก 3 เดือน อีกกรรมหนึ่ง รวมจำคุก 16 ปี 3 เดือน และปรับ 400,000 บาท และริบของกลาง จำเลยอุทธรณ์และฎีกา ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืน

4. ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายสำคัญในฎีกาของจำเลยคือ “พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาไม่มีอำนาจสอบสวนเพราะจับกุมจำเลยได้ในเขตพื้นที่รับผิดชอบสอบสวนของสถานีตำรวจนครบาลวัดพระยาไกร” ศาลฎีกาในคดีนี้ให้เหตุผลว่า พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวามีอำนาจสอบสวนเนื่องจากเป็นความผิดต่อเนื่องที่ได้กระทำลงในท้องที่ต่างกัน และหนึ่งในท้องที่นั้นคือท้องที่สถานีตำรวจนครบาลยานนาวา ส่วนกรณีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 19 วรรคสอง (ก) ที่ให้พนักงานสอบสวนท้องที่ที่จับผู้ต้องหาได้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบนั้นจะนำมาใช้เมื่อมีปัญหากันในระหว่างพนักงานสอบสวนหลายท้องที่ที่มีอำนาจสอบสวนเท่านั้น มิได้หมายความว่าพนักงานสอบสวนที่เคยมีอำนาจสอบสวนอยู่แล้วต้องหมดอำนาจไปเพราะบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสอง (ก)

5. ดูเหมือนว่าศาลฎีกาในคดีนี้จะกลับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมที่เคยเคร่งครัดเรื่องพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมได้แยก “พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจสอบสวน” กับ “พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ” ออกจากกัน กล่าวคือ ในคดีความผิดต่อเนื่องตั้งแต่สองท้องที่ขึ้นไป ศาลฎีกาเคยถือว่าพนักงานสอบสวนทั้งสองท้องที่เป็นพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจสอบสวนตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง แต่พนักงานสอบสวนท้องที่ใดจะเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบผู้สรุปสำนวนและทำความเห็นเสนอพนักงานอัยการจะต้องใช้มาตรา 19 วรรคสอง (ก) และ (ข) มาพิจารณาด้วยเสมอ โดยผู้ต้องหาถูกจับได้ในเขตท้องที่ใด พนักงานสอบสวนท้องที่ที่จับผู้ต้องหาได้ก่อนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ (ฎีกาที่ 3585/2546) แต่หากยังจับผู้ต้องหาไม่ได้ พนักงานสอบสวนในท้องที่ที่พบการกระทำความผิดก่อนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ โดยพนักงานสอบสวนในท้องที่ที่พบการกระทำความผิดก่อนหมายถึงพนักงานสอบสวนในท้องที่ที่รับคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย (ฎีกาที่ 2880/2548, และที่ 1126/2544) ในทำนองตรงกันข้าม หากพนักงานสอบสวนคนใดเป็นเพียงพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจสอบสวนแต่ไปสรุปสำนวนทำความเห็นเสนอพนักงานอัยการ โดยพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจสอบสวนดังกล่าวไม่ใช่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 19 วรรคสอง (ก) และ (ข) แล้วศาลฎีกาจะพิพากษายกฟ้องโดยให้เหตุผลว่า การสอบสวนเสียไป ซึ่งมีผลให้อัยการไม่มีอำนาจฟ้อง (ฎีกาที่ 1974/2539 และที่ 3466/2547) โดยเฉพาะในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3466/2547 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “กรณีที่เป็นการไม่แน่ว่าการกระทำผิดอาญาได้กระทำในท้องที่ใดในระหว่างหลายท้องที่ พนักงานสอบสวนในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดที่เกี่ยวข้องมีอำนาจสอบสวนได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 19 วรรคสอง เมื่อข้อเท็จจริงยังฟังไม่ชัดแจ้งว่าเหตุในคดีนี้เกิดในท้องที่ใดแน่ ระหว่างอำเภอบัวใหญ่กับอำเภอกันทรามวงษ์ จังหวัด

นครราชสีมา พนักงานสอบสวนท้องที่หนึ่งท้องที่ใดดังกล่าวย่อมมีอำนาจสอบสวนได้ แต่ตามวรรคสาม (ก) ของมาตรา 19 ดังกล่าวระบุว่า พนักงานสอบสวนที่เป็นผู้รับผิดชอบในการสอบสวนคือพนักงานสอบสวนซึ่งท้องที่ที่จับผู้ต้องหาได้อยู่ในเขตอำนาจ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าจำเลยถูกจับได้ที่อำเภอแก้งสนามนาง โดยมีสารวัตรสืบสวนสอบสวนสถานีตำรวจภูธรอำเภอบัวใหญ่ กับเจ้าพนักงานตำรวจสถานีตำรวจภูธรอำเภอบัวใหญ่อีกหลายนายเป็นผู้ร่วมจับกุมพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีนี้ คือพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรอำเภอแก้งสนามนาง มิใช่พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรอำเภอบัวใหญ่ เมื่อพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรอำเภอบัวใหญ่ซึ่งมิใช่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเป็นผู้สรุปสำนวนและทำความเข้าใจเห็นว่าควรสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องจำเลยคดีนี้ แล้วส่งสำนวนเพื่อให้พนักงานอัยการพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 140 และ 141 ก็ถือไม่ได้ว่ามีการสอบสวนในความผิดนั้นโดยชอบตาม มาตรา 120 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง” เมื่อพิจารณาเขตอำนาจของพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรบัวใหญ่กับสถานีตำรวจภูธรแก้งสนามนางแล้วจะพบว่าทั้งสองสถานีตำรวจล้วนอยู่ในเขตอำนาจศาลจังหวัดบัวใหญ่ด้วยกัน และอยู่ภายใต้การบังคับของพนักงานอัยการจังหวัดบัวใหญ่ด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรบัวใหญ่หรือสถานีตำรวจภูธรแก้งสนามนางจะเป็นผู้สรุปสำนวนการสอบสวนและเสนอพนักงานอัยการ คดีก็จะถูกสั่งโดยพนักงานอัยการจังหวัดบัวใหญ่และจะถูกชำระคดีที่ศาลจังหวัดบัวใหญ่เหมือนกัน การยกฟ้องด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นเรื่องแปลกยิ่งอย่างไรก็ดี ก่อนหน้าที่ศาลฎีกาจะเคร่งครัดกับเขตอำนาจพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบแล้วนำมาเป็นเหตุยกฟ้องโจทก์ คำพิพากษาฎีกาที่ 408/2519 ก็ไม่ได้เคร่งครัดเรื่องพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบโดยศาลวินิจฉัยว่าการที่จำเลยพรากผู้เยาว์ไปจากบิดามารดาผู้ปกครอง เหตุเกิดในท้องที่สถานีตำรวจนครบาลลุมพินี 2 และได้ข่มขืนกระทำชำเรากับทำให้เสียทรัพย์ ในท้องที่สถานีตำรวจนครบาลห้วยขวางดังนี้จำเลยกระทำผิดหลายกรรมกระทำในท้องที่ต่างๆ กัน พนักงานสอบสวนในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดที่เกี่ยวข้องย่อมมีอำนาจสอบสวนได้ตามมาตรา 19 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยศาลฎีกาไม่ได้กล่าวถึงประเด็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเลย

6. ผู้เขียนสนับสนุนเหตุผลของศาลฎีกาในฎีกาที่ 3952/2551 นี้ โดยพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวามีอำนาจสอบสวนซึ่งทำให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องอย่างสมบูรณ์ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การยกฟ้องเพราะเหตุที่ว่าพนักงานสอบสวนไม่มีเขตอำนาจรับผิดชอบตามที่กำหนดเป็นการยกฟ้องเพราะเหตุทางเทคนิค ซึ่งควรทำอย่างระมัดระวัง มิเช่นนั้นอาจจะเป็นการใช้เหตุผลทางเทคนิคมาปล่อยผู้กระทำความผิดสู่สังคมโดย

ไม่ผ่านกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หรือไม่ผ่านการลงโทษการกระทำความผิด รวมทั้งไม่มีผลเป็นการป้องกันอาชญากรรมในอนาคต

ประการที่สอง หากจะไม่ยกฟ้องคดีนี้ หลักที่ว่าความผิดอาญาเกิดขึ้นที่ใดควรจะชำระคดีที่นั่น ก็ไม่ถูกกระทบกระเทือน เหตุผลก็คือความผิดต่อเนื่องนั้นย่อมเป็นความผิดตลอดเวลาจนกว่าเงื่อนไขแห่งการกระทำความผิดจะหมดไป ดังนั้นไม่ว่าจะครอบครองยาเสพติดในเขตสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาต่อเนื่องมาถึงเขตนครบาลวัดพระยาไกร ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดต่อเนื่องในเขตท้องที่สถานีตำรวจทั้งสองเขต ศาลที่ชำระคดีอาญาคดีนี้จึงเป็นศาลใดศาลหนึ่งก็ได้ที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่ที่จำเลยกระทำความผิดทั้งสองแห่ง

ประการที่สาม หากคดีนี้ศาลยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลยานนาวาไม่ใช่เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ อาจทำให้เกิดเรื่องแปลกเหมือนที่เคยเกิดขึ้นในฎีกาที่ 3466/2547 เพราะในคดีนี้สถานที่ที่ตำรวจพบตัวจำเลยตอนออกมาจากซอยข้างวัดยานนาวาห่างจากสถานที่ที่จับจำเลยได้ประมาณ 1 กิโลเมตรเท่านั้น แต่สถานที่ทั้งสองอยู่ในเขตท้องที่รับผิดชอบของสถานีตำรวจที่แตกต่างกัน และไม่ว่าพนักงานสอบสวนท้องที่ใดในสองท้องที่นี้จะสอบสวนคดีและสรุปสำนวนเสนอพนักงานอัยการ พนักงานอัยการที่สั่งฟ้องและศาลที่ตัดสินก็คือพนักงานอัยการและศาลที่มีเขตอำนาจเดียวกันคือศาลอาญากรุงเทพใต้ หรือยิ่งกว่านั้นอาจเป็นพนักงานอัยการคนเดียวกันที่สั่งฟ้องและศาลคนเดียวกันที่ตัดสินก็ได้

ประการที่สี่ หากเปรียบเทียบเหตุแห่งการยกฟ้องเพราะพนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องเนื่องจากการสอบสวนมิชอบในหลายๆเหตุแล้ว การสอบสวนที่มีชอบเพราะการกระทำที่มีชอบในรูปแบบอื่น ๆ น่าจะมีน้ำหนักที่ใช้เป็นเหตุยกฟ้องมากกว่าเรื่องเขตอำนาจพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ เช่น การจับกุมผู้กระทำความผิดโดยไม่ชอบ (ฎีกาที่ 495/2500 และที่ 2775/2544) การค้นโดยมิชอบ (ฎีกาที่ 3094/2543) หรือการบังคับขู่เข็ญหรือจู่ใจให้ผู้ต้องหารับสารภาพ (ฎีกาที่ 473/2539) แต่แนวคำพิพากษาศาลฎีกากลับถือว่าการกระทำโดยมิชอบดังกล่าวเป็นเรื่องที่จำเลยต้องไปว่ากล่าวกับเจ้าพนักงานตำรวจผู้ทำการโดยมิชอบนั้นๆ เอง โดยไม่มีผลถึงการสอบสวนและอำนาจฟ้องของพนักงาน ทั้งๆที่เป็นการกระทำโดยเจตนาของพนักงานสอบสวนอีกทั้งเป็นการกระทำที่มีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย

ประการที่ห้า หากยกฟ้องเพราะเหตุว่าพนักงานสอบสวนไม่มีเขตอำนาจแล้ว อาจก่อให้เกิดปัญหาต่อมาเรื่องการห้ามมิให้ดำเนินคดีซ้ำ (*ne bis in idem*) เมื่อศาลยกฟ้องโดยยกเหตุผลเรื่องเขตอำนาจพนักงานสอบสวนไม่ชอบแล้ว คำถามที่ยังไม่มีข้อยุติคือ โจทก์ซึ่งหมายถึงพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายจะฟ้องคดีใหม่ได้หรือไม่ แม้อาจมองได้ว่า การยกฟ้อง

เพราะพนักงานสอบสวนไม่มีเขตอำนาจจะไม่เข้ากรณีที่สิทธิภาคีอาญามาฟ้องร้องรับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39 (4) เพราะศาลยังไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาของความผิด ซึ่งอาจทำให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีใหม่ได้อีกครั้งหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีใหม่ดังกล่าวทำให้จำเลยได้รับความเดือดร้อนสองครั้ง กล่าวคือ หลังจากที่ศาลฎีกายกฟ้องแล้ว พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบที่แท้จริงที่ศาลฎีกาคาดหมายไว้จะต้องทำความเห็นใหม่และส่งให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องใหม่ ศาลชั้นต้นต้องพิจารณาคดีใหม่และอาจสู้กันถึงศาลฎีกาและอาจมีการควบคุมตัวจำเลยอีกครั้งระหว่างพิจารณา ซึ่งเสี่ยงกับการแย่งหลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำอย่างยิ่ง ดังนั้น ทางปฏิบัติพนักงานอัยการก็ไม่ฟ้องคดีใหม่อีกหากศาลยกฟ้องเพราะเหตุผลเรื่องเขตอำนาจพนักงานสอบสวน ซึ่งก็จะทำให้คดีอาญายุติลงโดยปริยาย

ประการสุดท้าย หากมองว่าการยกฟ้องเรื่องเขตอำนาจพนักงานสอบสวนเป็นสิ่งที่ต้องทำเพื่อการลงโทษพนักงานสอบสวนที่สอบสวนผิดเขตอำนาจไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดต้นทุนทางสังคมที่เกิดขึ้น (social costs) ไม่คุ้มค่างับผลประโยชน์ทางสังคมที่ได้รับ (social benefits) จากการยกฟ้อง เพราะต้นทุนในเรื่องการปล่อยให้จำเลยที่มีหลักฐานว่าได้กระทำความผิดจริงกลับสู่สังคมรวมทั้งต้นทุนการดำเนินคดีใหม่อีกครั้งหนึ่งในกรณีที่ตีความว่าพนักงานอัยการสามารถฟ้องคดีใหม่ได้นั้นน่าจะมีปริมาณมหาศาลเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับ คือ การลงโทษพนักงานสอบสวน หากมีความจำเป็นต้องลงโทษจริงน่าจะหาวิธีการอื่นที่ก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคมที่น้อยกว่า

7. พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจสอบสวนควรจะหมายถึงพนักงานสอบสวนที่มีอำนาจตามเขตท้องที่ที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 18, 19 และ 20 โดยเมื่อพนักงานสอบสวนใดเป็นพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจแล้ว พนักงานสอบสวนนั้นๆ ย่อมมีอำนาจสอบสวนและสามารถสรุปสำนวนส่งให้พนักงานอัยการฟ้องศาลได้ อย่างไรก็ตาม หากพนักงานสอบสวนนั้นไม่มีอำนาจสอบสวนเลย การสอบสวนน่าจะต้องเสียไป ศาลขอขบที่ยกฟ้อง เช่น ในกรณีความผิดเกิดขึ้นที่เชียงใหม่ ผู้ต้องหาที่มีที่อยู่และถูกจับได้ที่เชียงใหม่ พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรสงขลาทำการสอบสวนและส่งสำนวนให้อัยการสงขลาฟ้องศาลสงขลา ศาลสงขลาต้องยกฟ้อง เพราะการสอบสวนและการดำเนินคดีที่สงขลาเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ ในกรณีที่มีปัญหาระหว่างพนักงานสอบสวนสองเขตอำนาจที่ต่างมีอำนาจสอบสวนเหนือคดีเดียวกัน บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 19 วรรคสองบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการชี้ว่าพนักงานสอบสวนใดเป็นผู้รับผิดชอบ และผู้ที่ทำหน้าที่ชี้ขาดก็คือ บุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 21 อันได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัด รองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ และอัยการสูงสุดแล้วแต่กรณี ซึ่งหากไม่มีปัญหาเรื่องการ “แย่ง” หรือ “เกี่ยง” กันทำหน้าที่ของพนักงาน

สอบสวนผู้มีอำนาจทั้งสองเขต ก็ไม่มีเหตุที่จะต้องวินิจฉัยเรื่องพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ
ตั้งที่คำพิพากษานี้ได้วางแนวทางไว้ คำพิพากษานี้ที่ 3952/2551 นี้ น่าจะสร้างบรรทัด
ฐานใหม่ที่กลับบรรทัดฐานเดิมได้อย่างบริบูรณ์

ปกิณกะกฎหมาย

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ*

ป.ป.ช. ตรวจสอบศาล !!!

“ดุลพินิจ ไม่ใช่ความเห็นส่วนตัว” หากผู้พิพากษาท่านหนึ่งต้องประหารผู้กระทำความผิดตามกฎหมายโดยไม่มีเหตุผลใดๆ แต่ท่านไม่ประหารเพราะ “กลัวบาป” หรือเพราะท่านไม่เห็นด้วยกับโทษประหารชีวิต ผู้พิพากษาท่านนั้นต้องลาออก เพราะท่านไม่เคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่กลับเอา “อคติส่วนตัว” มาใช้ อคติที่ว่านี้คือ “ภยากติ”

การกลัวบาป เป็นมโนธรรมที่ดี แต่หากเกิดด้วยมิจฉาทิฐ ก็กลับกลายเป็นภยากติได้โดยไม่ต้องมีใครเอามัดมาจ่อคอหอย หรือเอา M 79 มาขู่

ผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้ชี้กรรมเท่านั้น ท่านหาได้เป็นผู้ทำบาปหรือสร้างกรรมไม่ แต่หากทำด้วยอคติท่านจึงจะกลายเป็นผู้สร้างกรรมและต้องชดใช้กรรมที่ท่านก่อไว้ นั่นเอง (คือคนบริสุทธิ์ที่ถูกผู้กระทำความผิดฆ่า) ดังนั้นการที่ท่านคิดว่าการชี้กรรมนั้นเป็นการทำบาปจึงเกิดจากความไม่รู้อริ เป็นโมหาคติ การกลัวบาปจึงกลายเป็นภยากติ ด้วยเหตุนี้

การใช้ดุลพินิจที่ไม่มีหลักเกณฑ์ เพราะไม่มีเหตุผลรองรับเป็น “อำเภอใจ” (arbitrariness) เป็น โมหาคติ อย่างหนึ่ง หากทำไปเพราะเพื่อตามใจผู้มีอำนาจไม่ว่าจะเป็นหัวหน้าศาลด้วยกัน ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ก็เป็นฉันทาคติ คือตัดสินตามความพอใจของตน ใครคัดค้านโต้แย้ง ก็ลงโทษด้วยบทละเมิดอำนาจศาล หรือดูหมิ่นศาล ก็จะถูกกลายเป็น โทษาคติ ได้

*นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) และนิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) เนติบัณฑิตไทย, LL.M. (University of Pennsylvania), ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายอาญา (D.E.A. de sciences criminelles), ปริญญาเอกเกียรตินิยมทางกฎหมายอาญา (l' Université de Nancy 2); Doctorat en droit pénal, mention très honorables (l' Université de Nancy 2), รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ถ้าผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจตัดสินด้วย อดตัวอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 นี้ ใครจะเป็นคนเชื่อว่าท่านไม่ควรเป็นผู้พิพากษาอีกต่อไป! หรือจะรอให้ผลกระทบตกแก่ตัวท่านเองเท่านั้น

หากเป็นเช่นนั้นความเชื่อมั่นศรัทธา และความชอบธรรมในการใช้อำนาจของศาลก็จะลดน้อย เสื่อมทรามลงและ ค่อยๆ ถูกกัดกร่อนบ่อนทำลายสถาบันตุลาการจนล่มสลายจากความไว้วางใจไปในที่สุด

สังคม ประเทศชาติก็จะขาดที่พึ่งแหล่งสุดท้ายไปอย่างที่ไม่มีความช่วยเหลือ

เรามีบทลงโทษผู้ที่ใช้อิทธิพลข่มขู่ คุกคาม ผู้พิพากษาแต่ผู้พิพากษาที่อยู่ใต้อิทธิพลของอดติ 4 กลับไม่มีใครลงโทษได้โดยอ้างอาศัยว่าเป็น “ดุลพินิจ”

คนเสนอทรัพย์สินให้เจ้าหน้าที่ศาล ถูกลงโทษได้ทันทีฐานละเมิดอำนาจศาล แต่คนของศาลที่รับทรัพย์สินไว้กลับไม่มีใครลงโทษ ด้วยเหตุผลร้อยแปด

สมมติว่าผู้พิพากษาท่านหนึ่งเรียกคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีมรดกหรือคดีของบริษัทจัดสรรที่ดินรายใหญ่เข้าไกลเกลี่ยแล้วท่านเพียงกล่าวว่า

“ศาลเองก็อยากซื้อหรืออยากขายที่ดินสักแปลงหนึ่งเหมือนกัน

ขอปรึกษาว่าจะทำไงดี ?”

หากต่อมาปรากฏว่าคดีนี้ฝ่ายที่ไม่ได้ “ให้คำแนะนำ” อันเป็นที่พอใจของศาลถูกตัดสินให้แพ้คดี ทั้งที่ข้อกฎหมายเป็นไปในทางตรงกันข้าม โดยศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาตัดสินกลับคำพิพากษานั้นในภายหลัง จะมีใครกลับไปพิจารณาพฤติกรรมอันไม่ซัดเซ้งตั้งกล่าวนี้หรือไม่? คงไม่ เพราะเป็น “ดุลพินิจ” ของผู้พิพากษาท่านนั้น และสามารถอุทธรณ์ ฎีกาได้อยู่แล้วระมัง และทรัพย์สินของท่านก็ไม่มีอะไรเพิ่มขึ้น !!!

หลักฐานในการใช้ออดติด้านการเงินจึงไม่ปรากฏ ทั้งที่ด้านข้อกฎหมายปรากฏชัด

นี่คือดุลพินิจที่ไม่มีใครสนใจไปตรวจสอบ

(ทั้งๆ ที่สื่อทุจริต แต่กลับอ้างว่าเป็นดุลพินิจ)

ดังนั้น การที่ ป.ป.ช. จะเข้าตรวจสอบพฤติกรรม น่าสงสัยของ “ข้าราชการในตำแหน่งตุลาการ” ก็ไม่น่าจะมีอะไรขัดข้อง เป็นการช่วยกันหาข้อเท็จจริง และไม่เกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและการทำงานของ คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) เพราะท่านเองก็ได้ข้อเท็จจริง หากผู้เกี่ยวข้องไปร้องต่อคณะกรรมการตุลาการเองโดยไม่มีข้อเท็จจริงประกอบ (เพราะไม่มีอำนาจไปขุดคุ้ย) ก็อาจจะโดนผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียนนั้นฟ้องร้องเอา



ฐานดูหมิ่นศาลหรือ แจ้งความเท็จต่อ ก.ต. ซึ่งก็มีกรณีเกิดขึ้นอยู่เนืองๆ และเขาก็อาจจะแพ็คคดีที่เขาถูก ผู้พิพากษาฟ้องเขาในศาลที่ผู้พิพากษาทำนั้นสังกัดอยู่ดี

หากเราจะถือหลักว่าไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย และต้องทำงานด้วยความโปร่งใส ภายใต้กฎหมาย ก็ต้องให้ ป.ป.ช. นี้แหละเป็นผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ แม้แต่ข้าราชการในตำแหน่งตุลาการ ผมมีกฎหมายอ้างอิง 2 ฉบับ ดังนี้

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๑ บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ๗ เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือประหารชีวิต”

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติไว้ ความว่า “ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เจ้าหน้าที่ยของรัฐ หมายความว่า ข้าราชการ ...ซึ่งมีตำแหน่ง หรือเงินเดือนประจำ หรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางการปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ.....

มาตรา 19 คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ใ้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเสนอต่อวุฒิสภา ...

(2) ใ้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเพื่อส่งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดี.....

(3) ใ้สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

(4) ตรวจสอบความถูกต้อง.....

ผู้เสียหาย ก็ทำได้โดยชอบตามมาตรา 84 ความว่า “การกล่าวหาเจ้าหน้าที่ของรัฐ ว่ากระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือกระทำความผิดต่อตำแหน่ง หน้าที่ในการยุติธรรม ให้ผู้กล่าวหายื่นคำกล่าวหาเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของตนต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในขณะที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เกินสองปี”

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับคำกล่าวหา หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการตามหมวด 4 การไต่สวนข้อเท็จจริง (มาตรา 88)

หาก เห็นว่าการให้ผู้ถูกกล่าวหายังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปอาจจะก่อความเสียหายให้แก่ทางราชการหรือเป็นอุปสรรคในการไต่สวน คณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจขอให้พักราชการผู้ถูกกล่าวหาก็ได้ ตามมาตรา 90

คณะกรรมการตุลาการ ตามกฎหมายฉบับนี้เป็นเพียงผู้บังคับบัญชาพิจารณาความผิดทางวินัยของผู้พิพากษาเท่านั้น ตามมาตรา 92 “ในกรณีมีมูลความผิดทางวินัย เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดแล้วมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้ใดได้กระทำความผิดวินัย กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสาร ที่มีอยู่พร้อมทั้งความเห็นไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการ เพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่าย ตุลาการ โดยเร็ว โดยให้ถือเอารายงานและเอกสารของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนหนึ่งของ ส่วนงานการสอบสวนด้วย และเมื่อดำเนินการได้ผลประการใดแล้วให้แจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายใน สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งลงโทษทางวินัย ๙”

มาตรา 95 ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาไม่ดำเนินการ ทางวินัย ... หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นว่าการดำเนินการทางวินัยของผู้บังคับบัญชา ... ไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหา ผู้นั้นเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการข้าราชการตุลาการ.... ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. แจ้งความเห็นไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการ... ๙”

ผมจึงเห็นไปว่า การดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้นทำได้และมีได้ก้าวก้าวการปฏิบัติหน้าที่ของใคร เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของ ป.ช.ช.

หากป.ป.ช.ไม่ทำกลับจะกลายเป็นความผิดได้

ป.ป.ช. จึงต้องทำ

ส่วนจะปรากฏต่อมาว่าใครบริสุทธิ์หรือทุจริตอย่างไรหรือไม่ ก็ให้เป็นไปตามข้อเท็จจริงที่พบ อย่าห้ามการหาข้อเท็จจริงเลย



สำหรับเหตุการณ์ประกอบพฤติกรรมที่ร้อนตัวจนอยู่ไม่สุขต่าง ๆ ของผู้เกี่ยวข้องที่ตามมา ... ทำให้ผมเกิดความกังขา ... ขอตั้งคำถาม ณ ตรงนี้อีกครั้งหนึ่งว่า

ถ้ามีเรื่องกับใคร ให้ไปพึ่งศาล แต่ถ้ามีเรื่องกับศาลจะไปพึ่งใคร ?

การดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงเป็นไปตามกฎหมาย อย่างระมัดระวังทุกประการ

อย่างไรก็ตาม หากองค์กรศาลไม่ต้องการให้ใครเข้ามายุ่งแล้ว การตรวจสอบผู้พิพากษาที่ส่งไปในทางทุจริตโดยอ้างว่าเป็นการใช้ดุลพินิจ (อย่างบิดเบือน) ย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ เพราะเป็นองค์การเดียวกันจึงจะไม่ใช้การแทรกแซง หากภายในไม่จัดการกันเอง ก็จะเป็นเหตุให้กฎหมายต้องกำหนดหน้าที่ให้องค์กรอื่นเข้ามาแทรกแซงได้ หาก ก.ก.ต. ซึ่งเป็นองค์กรภายในเคร่งครัด เจียบขาด ก็เหมือนกับการชำระจิตใจให้สะอาด ต้องต่อสู้กับกิเลสหรือความชั่วร้ายภายใน คนทั่วไปก็จะศรัทธาสรรเสริญ

**“องค์กรศาล (คณะกรรมการตุลาการ) จึงต้องจัดการกับผู้พิพากษา (นอกแถว)
ซึ่งเป็นตัวบุคคลได้”**

คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ควรเป็นผู้แยกให้ออกว่าอะไรคือดุลพินิจอะไรคือความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษาและอะไรที่ออกมาโดยอคติต่อทุจริต ซึ่งจะนำมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่มิได้ หาก ก.ต. ชี้ไม่ได้หรือไม่ยอมชี้แล้วสถาบันศาลก็จะเสื่อมทรามลง

คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ควรเป็นผู้สะสางว่ากล่าวผู้พิพากษาที่ใช้ดุลพินิจตามใจตัวเอง ขจัดสีด่าให้ออกไป ความโปร่งใสก็จะกลับมาสู่ศาล มิใช่ไม่ทำและพอมิใครจะมาช่วยทำ ก็ไม่ให้ทำ ปล่อยให้มึนจืดต่างด่าอยู่อย่างนั้น โดยสันนิษฐานว่าเป็นสีขาว

อันที่จริง คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ก็ให้เกียรติอย่างสูงสุดแก่ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาเหล่านั้นที่อาจถูกกลั่นแกล้งอยู่แล้ว เพราะแม้จะปรากฏว่าท่านกระทำความผิดจริง ก็อาจลงโทษเพียงว่ากล่าวตักเตือนให้กลับไปเจอหน้าคู่ความที่ร้องเรียนตนอีก !!!

และแม้ทำผิดร้ายแรงถึงขั้นเป็นความผิดอาญา ท่านก็ให้ลาออกไปเท่านั้น

เท่าที่ผมทราบมา ก.ต. ก็ไล่ผู้พิพากษาที่ไม่ดีออกไปหลายคนอยู่ แต่ก็แค่การลงโทษทางวินัยเท่านั้นยังไม่เคยมีผู้พิพากษาคณไหนต้องไปติดคุกเลยสักราย

ยังไม่พอใจท่านอีกหรือ ?? !!

หากศาลโปรงใสสุจริตยอมทนทานต่อ การตรวจสอบได้ เพื่อจะได้เห็นความมัวหมองชัดขึ้น

ดังนั้น หากคณะกรรมการตุลาการ ทราบถึงเรื่องนี้อาจทำให้ศาลต้องมัวหมอง ก็ควรต้องทำให้กระจ่างมิใช่ไปห้ามผู้ที่ทำให้กระจ่างเสียเอง เพราะ หากไม่จริงก็จบ หากจริงก็ต้องขจัดความมัวหมองนั้นไปเสีย จะได้โปรงใส เป็นที่อบอุ่นใจของมหาชน

มิใช่ทำให้มัวเสียดีกว่าจะได้ไม่หมอง !!!

ในสถานการณ์บ้านเมืองแบบนี้ ศาลเป็นสิ่งเดียวที่ตนเองและประเทศชาติหวังเป็นที่พึ่งสุดท้าย หากผู้พิพากษาบางคนมุ่งทำลายสถาบันศาล ด้วยการแสดงออกไม่ว่า ด้วยโศกาคติที่ดี หรือด้วยโมหาคติ (ความไม่รู้กฎหมายและขาดคุณธรรม มโนธรรมของผู้พิพากษา... อยู่ไม่นิ่ง) ประชาชนทั้งหลายและนักกฎหมายทั้งปวง ก็คงจะสิ้นหวัง

ได้แต่ปลงอนิจจัง ทำบุญกรวดน้ำอุทิศส่วนกุศลไป ให้แก่ ... ผู้ล่วงลับ

ปล. ผมอยากให้ กต. จัดเสวนาเกี่ยวกับแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลให้ไปในแนวทางเดียวกัน อะไรที่สั่งการผิดไปก็ยอมรับแก้ไขให้ถูกต้อง จะเอาคนนอกเข้าร่วมหรือไม่ หรือจะเสวนาในกลุ่มผู้ใช้ดุลพินิจกันเองก็แล้วแต่ ผมว่าองค์กรจะได้รับความเชื่อถือโปรงใสและน่าเลื่อมใสศรัทธา ยิ่งกว่าปล่อยให้ เป็น ดุลพินิจตามความเห็นส่วนตัวที่ไร้ทิศทาง รับฟังคนนอกเขาบ้าง

น่าสังเกตว่า แต่ก่อนเวลาตุลาการฎีการั้งแก เหล่าอาจารย์กฎหมายและนักศึกษาประชาชนนี่แหละที่ออกมาเรียกร้องปกป้องท่าน แต่บัดนี้ แต่ละท่านต้องลงมาทำเอง ... น่าเป็นห่วงแท้ ๆ