



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 7 ฉบับที่ 1

สารอุปนายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้ คณาจารย์ นักวิชาการ นักวิจัย นักกฎหมายและนักศึกษา ได้มี โอกาสในการเผยแพร่องค์ความรู้ ผลงานวิชาการ และผลงานวิจัยใน สาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาที่เกี่ยวข้อง และขอแสดงความยินดีแก่ คณะนิติศาสตร์ที่วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ได้ผ่านการรับรอง



คุณภาพ จากศูนย์ดัชนีการ อ้างอิงวารสารไทย (TCI) กลุ่ม 1 อันแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นตั้งใจใน การพัฒนาและยกระดับวารสารให้มีมาตรฐานมากขึ้น จนเป็นที่ยอมรับในระดับชาติ มหาวิทยาลัยขอ ขอบขอบคุณนิติศาสตร์คณะผู้จัดทำวารสารผู้ที่เสนอผลงานตีพิมพ์ในวารสารและทุกท่านที่มีส่วนร่วม ในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ และขอขอบคุณที่ได้มีส่วนช่วยพัฒนาวิชาการและ วิจัยของมหาวิทยาลัยรามคำแหง และพัฒนาประเทศชาติต่อไป



(นายสงวน ตียะไพบุลย์สิน)

กรรมการสภามหาวิทยาลัยผู้ทรงคุณวุฒิ
อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมที่คณะนิติศาสตร์จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขึ้นปีละ 2 ฉบับ ซึ่งได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องจนก้าวเข้าสู่ปีที่ 7 แล้ว โดยฉบับนี้เป็นฉบับแรกของปี 2561 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ นับว่าเป็นวารสารด้านวิชาการที่มีคุณภาพจนได้รับการยอมรับในระดับชาติ เห็นได้จากการผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) กลุ่ม 1 บทความที่ได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนี้ ถือเป็นข้อมูลที่มีคุณค่าทางวิชาการมีประโยชน์อย่างยิ่งแก่นักศึกษานักกฎหมายนักศึกษาตลอดถึงผู้ที่สนใจในองค์ความรู้ด้านกฎหมาย เพื่อให้ได้รับรู้ เผยแพร่ และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมาย อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศชาติต่อไป มหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์และบุคลากรทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์นี้



ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพนับถือ รวมทั้งبارมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดประทานพรให้คณะผู้บริหาร คณาจารย์ ศิษย์เก่า และศิษย์ปัจจุบันของคณะนิติศาสตร์ รวมทั้งคณะผู้จัดทำวารสารประสบพบเจอแต่ความสุขความเจริญ ปราศจากความทุกข์กายทุกข์ใจและภัยทั้งปวง ประสงค์สิ่งใดขอให้สมปรารถนาตามที่ตั้งหวังทุกประการ



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง และในปีนี้ทางวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้พัฒนาคุณภาพวารสารเข้ามาอยู่ในฐานข้อมูลศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (TCI) กลุ่ม 1 ซึ่งถือเป็นความภาคภูมิใจของคณะนิติศาสตร์ และเป็นรางวัลแห่งความมุ่งมั่นและทุ่มเทแก่คณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหงทุกท่าน ในนามของคณะนิติศาสตร์ ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้ร่วมแรงร่วมใจกันปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ และยกระดับคุณภาพวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐาน อันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการพัฒนาวงการกฎหมายต่อไป

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัย และสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้ทุกท่าน ประสบแต่ความสุขความเจริญ มีสุขภาพกายสุขภาพใจที่สมบูรณ์แข็งแรง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มุ่งประสงค์สิ่งใด ขอให้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ



วิมล ร.แสงสุข

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมลรัฐา แสงสุข)
คนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยและบทความทวิจาณ์หนังสือในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความในสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

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

บทบรรณาธิการ

สวัสดีปีใหม่ท่านผู้อ่านทุกท่านค่ะ ในปีที่ผ่านมาศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai-Journal Citation Index หรือ TCI) ภายใต้การสนับสนุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ได้ประกาศรายชื่อวารสารที่ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI และอยู่ในฐานะข้อมูลของ TCI ซึ่งวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้รับการพิจารณาปรับเพิ่มกลุ่มคุณภาพของวารสารให้เข้ามาอยู่ในฐานข้อมูล TCI 1 ถือเป็นเครื่องยืนยันถึงศักยภาพของวารสารจากองค์กรที่ได้รับการยอมรับระดับประเทศ

ดิฉันในนามของตัวแทนกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขอขอบคุณที่ได้รับเกียรติจากศูนย์ TCI มา ณ ที่นี้ รางวัลแห่งความภาคภูมิใจนี้จะเป็นกำลังใจสำคัญให้กับกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ในการมุ่งมั่นรักษามาตรฐาน รวมถึงพัฒนาต่อยอดคุณภาพของวารสารให้ดีที่สุดอย่างต่อเนื่อง เพื่อความพึงพอใจสูงสุดของผู้อ่านทุกท่าน

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

	หน้า
การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา: หลักการใช้โดย เปลี่ยนรูปใหม่	
วุฒิ ศรีธีระวิศาล	1
กฎหมายเพื่อการพัฒนาความสามารถในการแข่งขันของธุรกิจโลจิสติกส์	
สุมาลี วงษ์วิฑิต	27
ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง	
อนรรักษ์ ศุภลักษณ์	71
มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย ไทยและต่างประเทศ	
อภิชัย มานิตยกุล	95
การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกษตรพันธสัญญาของประเทศไทยและสาธารณรัฐ- ประชาธิปไตยประชาชนลาวเพื่อรองรับการค้าสินค้าเกษตรภายใต้ประชาคม เศรษฐกิจอาเซียน	
สุรินทร์ แก้วทอง	139
แนวทางส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ การทำงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว จังหวัดนครราชสีมา	
มงคล เจริญจิตต์	
กนกพร ฉิมพลี	171
สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม	
ดวงเด่น นาคสีหราช	195
Dealing with the Problem of Mortgage and Pledge over the Same Property	
Sakarain Yuvabukka	225
บทความรับเชิญ	
คำพิพากษากฎาน่าสนใจ : การยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1	
พลิชฐ์ อันทรินทร์	241
มณฑิชา รักดีคง	



การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศ
สหรัฐอเมริกา: หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่

วุฒิ ศิริธีระวิศาล

การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา:
หลักการที่ใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่
The Use of Personal Identity in Video Games of United States:
Transformative Use Test

วุฒิ ศรีธีระวิศาล*
Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

สิทธิในชื่อเสียงมีรากฐานมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง แต่สิทธิในชื่อเสียงมุ่งคุ้มครองบุคคลในการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้เอกลักษณ์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต บุคคลที่มีชื่อเสียง เช่น นักกีฬา นักแสดง หรือนักร้อง สมควรที่จะมีสิทธิป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้ชื่อเสียงของตนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ ด้วยเทคโนโลยีวิดีโอเกมในปัจจุบัน ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างตัวละครจากบุคคลที่มีชื่อเสียงโดยใช้เอกลักษณ์ของบุคคลนั้น ทำให้ผู้เล่นสามารถเลือกที่จะเป็นตัวละครเสมือนบุคคลที่มีชื่อเสียงที่มีอยู่จริง กรณีดังกล่าวยังไม่เคยเกิดขึ้นเป็นคดีในประเทศไทยบทความนี้ศึกษาแนวทางของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้วางหลักการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยเปลี่ยนรูปใหม่มาปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวข้องกับวิดีโอเกม ซึ่งเป็นแนวทางหนึ่งที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในการถ่วงดุลน้ำหนักระหว่างสิทธิในชื่อเสียงและเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญ

*ผู้พิพากษาศาลจังหวัดสระแก้ว; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, LL.M. in Intellectual Property Law, University of Edinburgh, ประกาศนียบัตรผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง รุ่นที่ 2 จากศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง.

Abstract

The right of publicity is rooted in the right of privacy or the right to be left alone. Publicity rights aim to protect an individual from other people using the individual's likeness or persona without consent. Celebrities such as athletes, performers, or singers should have the right to protect their identities from those who would use their persona and fame for commercial purposes. Today's videogame technology allows game developers to create avatars by using the likenesses or personas of celebrities in the videogame's content. Players are able to be their favorite real-life avatars in the game. This is not yet the case in Thailand. This paper studies the decision of a U.S. court regarding the right of publicity in the area of videogames. The case promulgates transformative use test to be used as one of the balancing tests between the right of publicity and First Amendment freedom of expression under the Constitution.

คำสำคัญ: สิทธิในชื่อเสียง, วิดีโอเกม, การใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่

Keywords: right of publicity, videogame, transformative use test

1. บทนำ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา อุตสาหกรรมวิดีโอเกมสร้างรายได้เป็นจำนวนมากแก่ประเทศสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ.2017 สมาคม Entertainment Software Association (ESA) ซึ่งเป็นสมาคมเกี่ยวกับธุรกิจคอมพิวเตอร์และวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริการายงานข้อมูล¹ เกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้บริโภคชาวอเมริกันต่ออุตสาหกรรมวิดีโอเกมประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างน่าสนใจว่า ในปี ค.ศ. 2016 ผู้บริโภคชาวอเมริกันมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับวิดีโอเกมมากถึง 30.4 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ แบ่งเป็นค่าวิดีโอเกม (Content) 24.5 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ค่าเครื่องวิดีโอเกม (Hardware) 3.7 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ และค่าอุปกรณ์เสริมเครื่องวิดีโอเกม (Accessories, including VR หรือ Virtual Reality² – อุปกรณ์แว่นสวมใส่) 2.2 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ³ ประเภทของวิดีโอเกมที่สามารถเล่นได้ซื้อไปมากที่สุดแบ่งเป็นเกม Shooter ร้อยละ 27.5 เกม Action ร้อยละ 22.5 เกม Role-playing ร้อยละ 12.9 เกมกีฬา ร้อยละ 11.7 เกม Adventure ร้อยละ 7.8 เกมต่อสู้ ร้อยละ 5.8 เกมวางแผน ร้อยละ 4.3 เกมแข่งรถ ร้อยละ 3.3 เกมประเภทอื่น ร้อยละ 4.1⁴ และยังรายงานว่าร้อยละ 65 ของบ้านในประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีคนในบ้านจำนวน 1 คน เล่นวิดีโอเกมเป็นประจำ 3 ชั่วโมงหรือมากกว่านั้นต่อสัปดาห์ ร้อยละ 67 ของบ้านในประเทศสหรัฐอเมริกามีอุปกรณ์ที่สามารถเล่นวิดีโอเกมอยู่บ้าน⁵ สิ่งหนึ่งที่ทำให้ผู้เล่นวิดีโอเกมซื้อวิดีโอเกมมาเล่นเนื่องมาจากเทคโนโลยีที่พัฒนาระบบการเล่น และภาพกราฟิกของวิดีโอเกมได้รับการพัฒนาให้เสมือนจริง ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้นำเอกลักษณ์ (identity) ของบุคคลที่มีชื่อเสียง เช่น นักกีฬา นักการเมือง หรือนักร้องและใช้ข้อมูลของบุคคลนั้นในวิดีโอเกม เช่น นำใบหน้า ผิวสี ส่วนสูง น้ำหนัก ท่าทาง และความสามารถเฉพาะตัวของบุคคลนั้นเป็นเอกลักษณ์ของบุคคลนั้นๆ มาสร้างตัวละคร (avatar) ทำให้ขณะเล่นเกม ผู้เล่นเปรียบเสมือนได้เป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบ เพื่อแข่งขันกับคอมพิวเตอร์หรือผู้เล่นอื่น

ในทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาผู้พัฒนาวิดีโอเกมอาจทำสัญญาขออนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลที่มีชื่อเสียง ทีมกีฬา วงดนตรีหรือนักดนตรี เกี่ยวกับการขออนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่น เครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์เพื่อใช้ในวิดีโอเกม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายทรัพย์สิน

¹Entertainment Software Association, 2017 Sales Demographic and Usage Data: Essential Facts About The Computer and Video Game Industry [Online], available URL: [http:// www.theesa.com/wp-content/themes/esa/assets/EF2017_Design_FinalDigital.pdf](http://www.theesa.com/wp-content/themes/esa/assets/EF2017_Design_FinalDigital.pdf), 2017 (August, 29).

²Ibid.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵Ibid.

ทางปัญญาไม่รวมการใช้เอกลักษณ์ของบุคคล ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเป็นอีกสิทธิหนึ่ง เรียกว่า “สิทธิในชื่อเสียง” (right of publicity) ซึ่งหมายถึง “สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากการใช้ชื่อเสียงในด้านต่างๆ ของบุคคลที่มีตัวตนจริง”⁶ ปัญหาว่า หากบุคคลที่มีชื่อเสียงถูกนำเอกลักษณ์ของตนไปใช้ในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตจะมีหลักกฎหมายใดหรือแนวทางของศาลที่พิจารณาไว้แล้วสามารถนำมาวินิจฉัยกรณีเช่นนี้บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมได้รับผลกระทบเป็นแน่แท้ โดยเฉพาะผลกระทบต่อการสูญเสียรายได้ที่ควรได้รับจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เนื่องจากบุคคลที่มีชื่อเสียงกว่าจะพัฒนาทักษะและฝีมือในเรื่องที่ตนถนัดจนมีชื่อเสียงต้องใช้ทั้งงบประมาณและระยะเวลาในทางตรงกันข้ามผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็นำเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงไปใช้ย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกมาเป็นงานให้ปรากฏต่อสาธารณะและหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากความสามารถในการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาปรับใช้เป็นตัวละครในวิดีโอเกมในเรื่องนี้ประเทศไทยยังไม่มีเกิดขึ้นโดยตรงแต่ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีที่เกิดขึ้นแล้วและมีแนวทางของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยไว้น่าสนใจอยู่หลายวิธีด้วยกัน แต่บทความนี้ขอศึกษาจากหลักการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกานำมาปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับวิดีโอเกม

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 สิทธิในความเป็นส่วนตัว

สิทธิในชื่อเสียงนั้นมีรากฐานมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว (right of privacy) ซึ่งหมายถึงสิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (right to be let alone)⁷ ความรับผิดชอบเกิดขึ้นเมื่อมีผู้อื่นก่อให้เกิดความเสียหายโดยการรุกรานต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น สิทธิในความเป็นส่วนตัวมีจุดกำเนิดมาจากหลักกฎหมายละเมิดในปี ค.ศ.1890 Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis ให้ความเห็นว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากการรุกรานของผู้อื่นในความเป็นส่วนตัวของตน บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะควบคุมระดับและรูปแบบของข้อมูลส่วนตัวที่จะเปิดเผยต่อสังคม นอกจากนี้

⁶ไชยยศ เหมะรัชตะ, “สิทธิในชื่อเสียง,” *จุฬาลงกรณ์วารสาร* 16, 64 (2547): 102.

⁷Reshma Amin, “A Comparative Analysis of California's Right of Publicity and the United Kingdom's Approach to the Protection of Celebrities: Where Are They Better Protected,” *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet* 1, 2 (2010): 97.

ยังกระตุ้นสังคมให้มีความคุ้มครองต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคลในกรณีที่ถูกช่างภาพและนักข่าวใช้การบันทึกภาพและเสียงของบุคคลไว้⁸

ศาสตราจารย์ William Prosser อธิบายองค์ประกอบของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นจะต้องประกอบด้วย 4 ลักษณะ

1. การรบกวนหรือแทรกแซงความสันโดษหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล
2. การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่น่าอับอายของความเป็นส่วนตัวของบุคคลแก่สาธารณะ
3. การทำให้บุคคลเสื่อมเสียชื่อเสียงต่อสังคมในเรื่องที่ไม่เป็นความจริง
4. การยกยอกใช้ชื่อหรือลักษณะของบุคคลเพื่อผลประโยชน์ส่วนตนโดยไม่ได้รับอนุญาต⁹

องค์ประกอบสามข้อแรกนั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล แต่องค์ประกอบข้อสุดท้ายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่สามารถได้รับการคุ้มครองในชื่อของตนหรือลักษณะของบุคคลนั้นๆ และป้องกันไม่ให้ผู้อื่นนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁰ ในข้อนี้ ศาสตราจารย์ Melville Nimmer อธิบายว่า บุคคลทุกคนไม่ใช่แค่บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมมีสิทธิในชื่อเสียงของตนจะควบคุมหรือหารายได้จากสิ่งที่บุคคลได้สร้างขึ้นมาจากแรงงานของตัวเอง¹¹ อันแสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลกับสิทธิในชื่อเสียงเนื่องจากสิทธิในความเป็นส่วนตัวมุ่งคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล แต่สิทธิในชื่อเสียงมุ่งคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลต่อสาธารณะ และให้ความคุ้มครองทั้งผู้มีชื่อเสียงและบุคคลธรรมดาเพียงแต่เป็นธรรมดาที่ผู้ที่มีชื่อเสียงย่อมถูกแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของตนมากกว่าบุคคลธรรมดา

2.2 องค์ประกอบของสิทธิในชื่อเสียง

สิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก เช่นไม่ปรากฏอยู่ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า¹²

⁸Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, "The Right of Privacy," *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, 206, 215-216.

⁹William L. Prosser, "Privacy," *California Law Review* 48, 3 (1960): 389.

¹⁰*Ibid.*, p. 406.

¹¹Nimmer, M. B., "The Right of Publicity," *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 216.

¹²Eliana Torres, "The Celebrity Behind the Brand International Protection of the Right of Publicity," *Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum* 6 (2016): 118.

แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิในชื่อเสียงได้รับการบัญญัติในกฎหมายของแต่ละรัฐ¹³ และยังบัญญัติอยู่ในกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Restatement (Third) of Unfair Competition) มาตรา 46 เรื่องการกำหนดคุณค่าทางการค้าในเอกลักษณ์ของบุคคล: สิทธิในชื่อเสียงว่า ผู้ใดซึ่งได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ซึ่งชื่อ เอกลักษณ์ ลักษณะ หรือสิ่งที่สามารถระบุได้ว่าเป็นบุคคลคนนั้นย่อมมีความผิด¹⁴

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การฟ้องคดีของโจทก์เกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงนั้น โจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยว่าครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ¹⁵ ดังนี้

2.2.1 มีการใช้ลักษณะของบุคคล (Use of Plaintiff's identity)

ลักษณะของบุคคลนั้นย่อมมีหลายความหมาย แต่ละมลรัฐก็ให้ความหมายไว้ไม่เหมือนกัน เช่น มลรัฐ California กำหนดอยู่ใน California Civil Code มาตรา 3344 (a) ให้ความหมายของลักษณะ (identity) ว่าหมายถึงรวมถึง ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใดๆ หรือสินค้า หรือบริการ¹⁶ นอกจากนี้มาตรา 3344 (a) ยังกำหนดว่าบุคคลใดรู้อยู่แล้วและยังใช้ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใดๆ หรือสินค้า หรือบริการ โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น หรือหากเป็นกรณีผู้เยาว์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองย่อมมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นของบุคคลที่ถูกนำเอกลักษณ์ไปใช้

¹³F. Jay Dougherty, "Foreword: The Right of Publicity-Towards a Comparative and International Perspective," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 18 (1998): 423.

¹⁴The Restatement (Third) of Unfair Competition §46 "Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity: The Right Of Publicity. One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in § § 48 and 49".

¹⁵Hilton v. Hallmark Cards, 599 F.3d 894, 909 (9th Cir. 2010).

¹⁶California Civil Code Section 3344 (a) "Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof".

มลรัฐ Indiana ให้ความหมายของลักษณะ (personality) ใน Indiana Code มาตรา 32-36-1-6 กำหนดให้รวมถึง ภาพถ่าย ท่าทางที่โดดเด่น การเคลื่อนไหว และคำพูดที่ติดปากของบุคคลด้วย¹⁷

2.2.2 จำเลยมีจุดประสงค์เพื่อได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ (For the commercial advantage of the defendant)

องค์ประกอบข้อนี้ค่อนข้างชัดเจนว่า จำเลยจะต้องใช้สิทธิในชื่อเสียงของโจทก์ในทางพาณิชย์ของจำเลย เช่นการใช้ชื่อหรือรูปภาพของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตในสินค้าของจำเลยเพื่อผลประโยชน์ของจำเลยฝ่ายเดียว

2.2.3 โดยปราศจากความยินยอมของโจทก์ (Without consent of the plaintiff)

การให้ความยินยอมของโจทก์นั้นอาจทำได้หลายทางเช่นทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ การใช้ลักษณะของบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมรวมถึงการใช้ที่แตกต่างจากข้อสัญญาที่ได้รับอนุญาตไว้ด้วย

2.2.4 ในทางที่จะส่งผลต่อความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ (In the manner that causes monetary harm)¹⁸

โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่า การกระทำของจำเลยสร้างความเสียหายแก่โจทก์เป็นตัวเงิน ไม่ใช่สร้างความเสียหายแก่โจทก์ในเรื่องของจิตใจ การคำนวณเป็นเงินนี้อาจจะคิดจากความเสียหายจากการถูกนำลักษณะไปใช้และจำเลยได้ผลประโยชน์เท่าไร

2.3 สิทธิในชื่อเสียงสามารถโอนกันได้

ในปี ค.ศ.1953 เป็นช่วงเวลาที่อุตสาหกรรมหมากฝรั่งในประเทศสหรัฐอเมริกา กำลังได้รับความนิยมควบคู่กับกีฬาเบสบอล ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดีที่อ้างกล่าวว่าเป็นจุดเริ่มต้นของสิทธิในชื่อเสียงไว้ในคดี Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.¹⁹

¹⁷Indiana Code Title 32.Property IN CODE § 32-36-1-6. As used in this chapter, “personality” means a living or deceased natural person whose: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph;(5) image; (6) likeness;(7) distinctive appearance;(8) gesture; or (9) mannerisms; has commercial value, whether or not the person uses or authorizes the use of the person's rights of publicity for a commercial purpose during the person's lifetime.

¹⁸Marc Edelman, “Closing the “Free Speech” Loophole: The Case for Protecting College Athletes’ Publicity Rights in Commercial Video Games,” **Florida Law Review** 65 (2013): 560.

¹⁹Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

โจทก์เป็นบริษัทจำหน่ายหมากฝรั่งทำสัญญากับผู้เล่นเบสบอลใน major league หลายคนโดยมีข้อตกลงว่า ผู้เล่นเบสบอลจะให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่โจทก์ที่จะใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลกับสินค้าหมากฝรั่งที่โจทก์นำออกจำหน่าย ในสัญญาอนุญาตระหว่างโจทก์กับผู้เล่นเบสบอลนั้น ผู้เล่นจะไม่ได้รับอนุญาตให้ทำสัญญากับบริษัทหมากฝรั่งอื่นนอกจากโจทก์ จำเลยเป็นบริษัทจำหน่ายหมากฝรั่งเช่นเดียวกับโจทก์ จำเลยชักจูงผู้เล่นเบสบอลอาชีพหลายคนที่ทำสัญญากับโจทก์ให้ใช้รูปภาพ อันได้แก่สินค้าประเภทการ์ตูนรูปนักเบสบอลที่ทำสัญญากับโจทก์ขายคู่กับสินค้าหมากฝรั่งของจำเลย จากการกระทำของจำเลย ทำให้รายได้ของบริษัทโจทก์จากการจำหน่ายสินค้าหมากฝรั่งกับรูปภาพผู้เล่นเบสบอลลดลงจาก 973,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ.1951 เหลือ 731,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ.1952²⁰ โจทก์จึงฟ้องจำเลยว่า จำเลยละเมิดสิทธิของโจทก์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ผู้เล่นเบสบอลได้ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลแก่โจทก์ จำเลยต่อสู้ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวของนักเบสบอลแต่ละคนนั้นไม่อาจที่จะโอนให้แก่กันได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งสัญญาที่โจทก์ทำกับผู้เล่นเบสบอลไม่ใช่ทรัพย์สิน (property) ที่จะโอนได้ จำเลยจึงสามารถใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลกับสินค้าหมากฝรั่งของจำเลยได้

ศาลอุทธรณ์ภาค 2 โดยท่านผู้พิพากษา Jerome Frank วินิจฉัยว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในชื่อเสียงในรูปภาพของตน เช่น สิทธิที่จะอนุญาตในการผลิตรูปภาพของตนแก่ผู้อื่น อันเป็นสิทธิที่แยกออกมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมได้รับผลกระทบหากไม่ได้รับผลตอบแทนจากการอนุญาตให้โฆษณารูปภาพในที่ต่างๆ เช่น ทำให้ปรากฏในหนังสือพิมพ์ บนรถโดยสาร หรือรถไฟใต้ดิน และสิทธิในชื่อเสียงย่อมเป็นสิทธิของบุคคลในการห้ามไม่ให้ผู้อื่นใช้รูปภาพได้²¹ เมื่อผู้เล่นเบสบอลได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรูปภาพแก่โจทก์แล้ว โจทก์จึงสามารถที่จะห้ามจำเลยไม่ให้ใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลที่ทำสัญญาไว้กับโจทก์ไปใช้กับสินค้าของจำเลยได้จากคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลสามารถที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ได้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตย่อมมีสิทธิที่จะห้ามไม่ให้บุคคลอื่นใช้สิทธิที่ได้รับอนุญาตได้

จากคำพิพากษาคดีนี้เป็นจุดเริ่มต้นของสิทธิในชื่อเสียงที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้หยิบยกขึ้นวินิจฉัยเป็นครั้งแรก และต่อมาในภายหลังเมื่อมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างไปจากเดิมส่งผลให้ศาลสหรัฐอเมริกาวางหลักการวินิจฉัยว่าอย่างไรจึงเป็นการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลแล้วเป็นการกระทบสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลนั้น

²⁰ J. Gordon Hylton, "Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum," *Marquette Sports Law Review* 12 (2001): 283-284.

²¹ Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc, *supra* note 19, 868.

2.4 การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยเปลี่ยนรูปใหม่

2.4.1 คดี Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc.

ในคดี Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc.²² ศาลสูงสุดของมลรัฐ California ได้วินิจฉัยสิทธิในชื่อเสียงกับหลัก First Amendment หรือสิทธิในการแสดงออกในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โจทก์คือบริษัทชื่อ Comedy III Productions ได้สิทธิของทีมนักแสดงตลกชื่อ The Three Stooges จำเลยคือ Gary Saderup และบริษัท Gary Saderup, Inc. ประกอบกิจการเกี่ยวกับการวาดภาพนักแสดงด้วยสีชาร์โคล (Charcoal) โจทก์ฟ้องว่าจำเลยผลิตและขายเสื้อพิมพ์หิน (lithographs and t-shirts) ซึ่งใช้รูปภาพที่มีลักษณะของทีมตลก The Three Stooges

คดีมีประเด็นแรกให้ศาลวินิจฉัยว่า California Civil Code มาตรา 3344 (a) ครอบคลุมถึงการใช้ลักษณะเด่นของทีมตลก The Three Stooges หรือไม่ จำเลยอ้างว่า กฎหมายของมลรัฐ California ปรับใช้กับการโฆษณาหรือการให้ความสนับสนุนสินค้าเท่านั้น แต่เสื้อพิมพ์หินของจำเลยไม่ได้ใช้สำหรับการโฆษณาหรือการให้ความสนับสนุนสินค้าของโจทก์ จำเลยจำหน่ายเสื้อพิมพ์หินที่เกิดจากการวาดภาพทีมตลก The Three Stooges ด้วยฝีมือและทักษะของจำเลยเอง เห็นว่า California Civil Code มาตรา 3344 (a) นั้นตีความตามตัวอักษรว่าปรับใช้กับบุคคลที่ใช้โดยปราศจากการได้รับอนุญาตในการใช้ลักษณะของบุคคลรวมถึงชื่อ เสียง รูปภาพ ไม่ว่าจะอยู่บนหรืออยู่ในสินค้า หรือการโฆษณา หรือการจำหน่าย สินค้าอื่นๆ แม้จำเลยจะไม่ได้ใช้เพื่อโฆษณาสินค้า แต่เมื่อจำเลยใช้ลักษณะของทีมตลก The Three Stooges โดยไม่ได้รับอนุญาตในการจำหน่ายสินค้าของจำเลยแล้ว จึงเป็นการกระทบสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

ประเด็นที่สอง การกระทำของจำเลยเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งกำหนดไว้ใน First amendment ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ เห็นว่า จำเลยมีเสรีภาพในการแสดงออกตาม First amendment ของรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) อย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ได้ให้สิทธิของบุคคลในการเซ็นเซอร์ (right of censorship) แต่เป็นสิทธิในการป้องกันมิให้มีการนำชื่อเสียงของบุคคลไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต²³ การที่จำเลยนำลักษณะของทีมตลก The Three Stooges ไปใช้นั้นไม่ใช่การแสดงออกอย่างมีเสรีภาพ แต่เป็นการใช้ลักษณะของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต

ประเด็นสุดท้าย งานภาพพิมพ์หินบนเสื้อยืดของจำเลยเป็นการแปลงงานในรูปแบบอื่นหรือไม่ ศาลเทียบการกระทำของจำเลยกับหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ในกฎหมาย

²² Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

²³ Ibid.

ลิขสิทธิ์ว่าจะต้องมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานที่จำเลยได้สร้างขึ้น มา หรือเป็นการเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไปในงานนั้นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง งานของจำเลยจะต้องมีการเปลี่ยนรูปจากงานเดิมของโจทก์ หรือที่เรียกว่าหลัก Transformative test เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงหรือลิขสิทธิ์ต่างมุ่งคุ้มครองงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยแรงงานของบุคคลที่สร้างสรรค์ขึ้น หากงานใหม่ที่จำเลยได้สร้างขึ้นมีองค์ประกอบที่สร้างขึ้นใหม่จากงานเดิมแล้ว เสรีภาพในการแสดงออก First amendment ของรัฐธรรมนูญย่อมมีเหตุผลมากกว่าสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล การกระทำของบุคคลที่นำเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาปรับเปลี่ยนรูปใหม่ย่อมไม่เป็นการกระทบสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลนั้น นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่า ต้องพิจารณาการกระทำของจำเลยมุ่งประสงค์หากำไรจากชื่อเสียงของบุคคลหรือไม่ หากงานของจำเลยไม่ได้มุ่งประสงค์เพื่อทางการค้าแล้วการที่โจทก์อ้างว่าสิทธิในชื่อเสียงโจทก์ได้รับการกระทบกระเทือนย่อมไม่เกิดขึ้น แต่หากเกี่ยวข้องกับทางการค้าแล้วก็จะกลับไปตีเคียงไขข้อแรกว่างานดังกล่าวมีการเปลี่ยนแปลงมากน้อยเพียงใด เช่นนี้แล้ว ศาลเห็นว่าการที่จำเลยวาดภาพทีมตลก The Three Stooges ลงบนเสื้อพิมพ์หินของจำเลยโดยการลอกเลียนลักษณะของทีมตลกดังกล่าวโดยไม่ได้มีการเปลี่ยนรูปใหม่ของทีมตลก The Three Stooges ให้เป็นลักษณะอื่นการกระทำของจำเลยเป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของทีมตลก The Three Stooges แล้ว²⁴

2.4.2 คดี Winter v. DC Comics

ในคดี Winter v. DC Comics²⁵ ศาลสูงสุดแห่ง California ได้วินิจฉัยหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่กับหนังสือการ์ตูนที่มีเนื้อหาโดยใช้เอกลักษณ์ของบุคคลมาเป็นตัวละคร ข้อเท็จจริงในคดีนี้เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ.1990 บริษัทจำเลยผลิตหนังสือการ์ตูนชื่อว่า Jonah Hex มีทั้งหมด 5 เล่ม โดยในจำนวน 2 เล่ม มีตัวละครปรากฏในนั้นใช้ชื่อว่า Johnny Autumn และ Edgar Autumn เป็นพี่น้องกัน ตัวละครดังกล่าวมีลักษณะครึ่งคน ครึ่งหอน มีผมยาว ใบหน้าซีด และมีหนึ่งคนที่สวมแว่นกันแดดสีแดงและสวมหมวกทรงสูง โจทก์คือพี่น้องตระกูล Winter ชื่อว่า Johnny Winter และ Edgar Winter เป็นนักดนตรีผู้มีชื่อเสียงจากรัฐ Texas พี่น้องทั้งสองคนมีลักษณะเป็นคนเผือก (Albino) และ Johnny Winter สวมหมวกทรงสูงอยู่เป็นประจำ โจทก์ฟ้องจำเลยว่าใช้ชื่อและลักษณะท่าทางของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตภายใต้ California Civil Code มาตรา 3344 (a) เนื่องจากจำเลยตั้งใจใช้ชื่อ Johnny Autumn และ Edgar Autumn เพื่อชักจูงให้ผู้อ่านหนังสือการ์ตูนของจำเลยเชื่อว่าตัวละครในหนังสือการ์ตูนเป็นโจทก์ หนังสือการ์ตูนดังกล่าวยังทำให้โจทก์

²⁴ Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

²⁵ Winter v. DC Comics 69 P.3d 473 (Cal. 2003).

เป็นบุคคลที่ โง่เลาะ ชี้อารมณ์ ชั่วร้าย และชอบความรุนแรง จำเลยต่อสู้ว่า หนังสือการ์ตูนของจำเลยเป็นการใช้ลักษณะรูปร่างของโจทก์โดยเปลี่ยนรูปใหม่

คดีมีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยคือ การกระทำของจำเลยเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่หรือไม่ ศาลสูงสุดแห่ง California เห็นว่า การวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาว่า ลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงนั้นเป็นวัตถุดิบจากงานต้นฉบับที่ได้ประกอบขึ้นหรือไม่ หรือการเลียนแบบบุคคลที่มีชื่อเสียงเป็นส่วนประกอบและองค์ประกอบของงานที่สร้างขึ้นหรือไม่ และลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงได้ถูกเปลี่ยนรูปใหม่อันเป็นสินค้าที่จำเลยได้จัดทำขึ้นมาเองมากกว่า อาศัยลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือไม่ เห็นว่าผู้ที่มีสิทธิในชื่อเสียงอยู่นั้น สิทธินี้ไม่ใช่ right of censorship แต่เป็นสิทธิที่จะห้ามผู้อื่นจากการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่เกิดจากชื่อเสียงบุคคลโดยการใช้ชื่อ เสียง รูปภาพ ลักษณะเด่น หรือลักษณะท่าทาง²⁶ หนังสือการ์ตูนของจำเลยที่มีตัวละคร Johnny Autumn และ Edgar Autumn แม้จะอาศัยลักษณะของโจทก์ก็ตาม แต่ลักษณะของโจทก์ก็เป็นเพียงส่วนประกอบอย่างหนึ่งในงานของจำเลยที่ใช้เป็นตัวละครในหนังสือการ์ตูน ตัวละครนั้นไม่ได้ทำให้รายได้ของโจทก์ลดลง เพราะหากแฟนเพลงของโจทก์ต้องการสนับสนุนสินค้าของโจทก์คงไม่มาซื้อหนังสือการ์ตูนของจำเลย ศาลยังเห็นว่า งานที่แสดงออกมานั้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นการล้อเลียน เสียดสี การให้ความเห็นทางสังคม หรือในรูปแบบใด แต่งานที่แสดงออกมาก็ต้องมีการเปลี่ยนรูปใหม่ การที่จำเลยวาดตัวละครการ์ตูนโดยมีการสร้างสรรค์ Johnny Autumn และ Edgar Autumn ในรูปแบบของจำเลยแล้วอันจะเห็นได้จากการวาดในลักษณะครึ่งคน ครึ่งหนอน มีผมยาว ใบหน้าซีด มีหนึ่งคนที่สวมแว่นกันแดดสีแดงและสวมหมวกทรงสูง จำเลยไม่ได้ใช้รูปภาพของโจทก์โดยตรงในตัวละครนั้น²⁷ หนังสือการ์ตูนของจำเลยย่อมได้รับการคุ้มครองด้วยเสรีภาพในการแสดงออกและไม่ได้กระทบสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

จากคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลที่จะต้องมีการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ กล่าวคือจะต้องไม่เป็นการคัดลอกเอกลักษณ์ เอกลักษณ์ หรือลักษณะของบุคคลโดยตรง แต่จะต้องมีการปรับเปลี่ยน เพิ่มเติม ใส่รายละเอียดอื่นๆ เพิ่มเติมเข้าไปจากเอกลักษณ์ของบุคคลนั้นๆ ซึ่งจะเป็นข้อต่อสู้ของผู้สร้างผลงานขึ้นมาโดยอาศัยชื่อเสียงของบุคคลอื่น

²⁶ Winter v. DC Comics 69 P.3d 473 (Cal. 2003).

²⁷ Ibid.

3. คดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

3.1 คดี *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*

ศาล District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division วินิจฉัยคดี *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*²⁸ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1996 โจทก์คือ Daneil Pesina เป็นนักศิลปะการต่อสู้ ฟ้องจำเลย บริษัท Midway Manufacturing Company บริษัท Williams Electronics Games, Inc. บริษัท Nintendo of America, Inc. บริษัท Sega of America, Inc. และบริษัท and Acclaim Entertainment, Inc. ที่เป็นบริษัทสร้างและจำหน่าย วิดีโอเกม Mortal Kombat และ Mortal Kombat II จำเลยเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์วิดีโอเกมดังกล่าวซึ่ง อยู่ในรูปแบบของเกมตู้หยอดเหรียญและเครื่องวิดีโอเกมเล่นที่บ้านในปี ค.ศ.1991 ถึง ค.ศ.1993 จำเลยว่าจ้างโจทก์ให้เป็นตัวอย่างสำหรับตัวละครในวิดีโอเกมจำเลย จำเลยบันทึกท่าทางของโจทก์ และนำภาพลงคอมพิวเตอร์²⁹ นักพัฒนาวิดีโอเกมของจำเลยได้ใส่รูปร่างท่าทางเพิ่มเติมจากบันทึก การเคลื่อนไหวและลักษณะของโจทก์แล้วสร้างเป็นตัวละครชื่อ Johny Cage ในวิดีโอเกมทั้งสองภาค ของจำเลย โจทก์ฟ้องจำเลยในประเด็นหนึ่งว่า จำเลยนำรูปภาพ ลักษณะ และท่าทางของโจทก์ไปใช้ โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลเห็นว่า การที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์นั้น โจทก์ ต้องแสดงให้เห็นก่อนว่าเอกลักษณ์ของโจทก์นั้นเป็นที่จดจำแก่ผู้เล่นวิดีโอเกม³⁰ ศาลพิจารณา พยานหลักฐานของจำเลยจากวิดีโอที่จำเลยบันทึกท่าทางของโจทก์ไว้ก่อนที่จำเลยจะนำมาดัดแปลง ลงวิดีโอเกมแล้ว เห็นว่า จำเลยได้เปลี่ยนท่าทางการเคลื่อนไหวและเปลี่ยนภาพของโจทก์ก่อน นำไปใช้ในวิดีโอเกม³¹ จำเลยยังแสดงให้เห็นว่า ผู้เล่นเกม Mortal Kombat และ Mortal Kombat II มีเพียง 6% จากจำนวน 306 ผู้เล่นที่เข้าใจว่าโจทก์คือ ตัวละครชื่อ Johny Cage³² เช่นนี้แล้วจำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

²⁸ *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*, 948 F. Supp. 40 (N.D. Ill. 1996).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Gerald O. Sweeney Jr, and John T. Williams, "Mortal Kombat: The Impact of Digital Technology on the Rights of Studios and Actors to Images and Derivative Works," *Minnesota Intellectual Property Review* 3 (2002): 103.

³² *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*, *supra* note 28, 42.

3.2 คดี Kirby v. Sega of America, Inc.

ศาล Court of Appeal of California, Second District, Division Eight วินิจฉัยคดี Kirby v. Sega of America, Inc.³³ เมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2006 โจทก์คือ Keirin Kirby เป็นนักร้อง นักแสดง และนักออกแบบ ได้รับฉายาว่า Lady Miss Kier และยังเป็นนักร้องนาง Dee-Lite ซึ่งได้รับความนิยมในช่วงต้นยุคทศวรรษที่ 90 มีเพลงที่รู้จักมากในยุคนั้นคือ Groove is in the Heart ได้รับการเปิดบ่อยที่สุดในช่อง MTV และวิทยุไปทั่วโลกด้วยลักษณะเด่นของโจทก์ที่จะแต่งตัวด้วยรองเท้าส้นตึก ถุงเท้ายาวถึงหัวเข่า เสื้อผ้ารัดรูปสีฉูดฉาดสไตล์ Funky กระโปรงทรงเชียร์ลีดเดอร์ ทำผมสีแดงชมพู บนเสื้อจะมีตัวเลขหรือตัวอักษรตัวโตติดอยู่ สะพายกระเป๋าเป้สีน้ำเงิน มีท่าทางการเต้นแนว Groove ทำให้ความรู้สึกเหมือนอยู่ในปาร์ตี้ และในเพลง Groove is in the Heart โจทก์ยังพูดคำที่ผู้ฟังจะจดจำได้ว่า ooh la la³⁴ จำเลยคือ บริษัท Sega of America เป็นผู้จัดทำวิดีโอเกมญี่ปุ่นชื่อเกมว่า Space Channel 5 เกมดังกล่าวถูกพัฒนาโดย Takashi Yuda ในปี ค.ศ. 1997 ถึง ค.ศ. 1999 ตัวละครหลักของเกมนี้เป็นนักข่าวชื่อว่า Ulala และมีประโยคที่พูดติดปากในเกมว่า ooh la la โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์โดยนำรูปลักษณ์ของโจทก์ไปใช้ในวิดีโอเกม Space Channel 5 โดยไม่ได้รับอนุญาต

วิดีโอเกม Space Channel 5 เป็นเรื่องราวที่จำลองเหตุการณ์ในทศวรรษที่ 25 มีตัวละครหลักคือ นักข่าว เป็นหญิงสาวชื่อ Ulala สังกัดอยู่สถานีช่อง 5 สวมเสื้อผ้าสีส้มทั้งตัว กระโปรงสั้น สวมถุงมือยาว สวมรองเท้าส้นตึก ผมสีชมพู มีตัวเลข 5 ติดอยู่บนหน้าอก สะพายไอโฟนสีน้ำเงิน โดยภารกิจของ Ulala ต้องไปสำรวจการรุกรานของเอเลี่ยนบนโลกมนุษย์ และใช้ปืนรังสียิงไปที่เอเลี่ยน และจะต้องมีการเต้นให้ตรงกับจังหวะของฝ่ายตรงข้าม หากผู้เล่นทำได้ก็จะได้คะแนนและผ่านด่านต่างๆ จนไปถึงด่านสุดท้าย จะเจอด่านชื่อว่า Space Michael ซึ่งถูกสร้างให้ผู้เล่นพบกับราชาเพลงป๊อป Michael Jackson ซึ่งได้อนุญาตให้ใช้เสียงและได้รับเครดิตในเกมนี้³⁵

ในการพิจารณาของศาลนั้นพยานโจทก์ปาก Takashi Yuda เบิกความว่าตัวละครในวิดีโอเกมชื่อ Ulala มาจากชื่อภาษาญี่ปุ่นว่า Urara และเปลี่ยนให้เป็นภาษาอังกฤษให้ง่ายขึ้นต่อการออกเสียง และตัวละครดังกล่าวสร้างจากการ์ตูนญี่ปุ่นไม่ได้ใช้ลักษณะโจทก์ ลักษณะท่าทางในเกมนั้นตัวละคร Ulala จะเคลื่อนไหวได้ 6 แบบ คือ ขึ้น ลง ซ้าย ขวา หน้า และหลัง ท่าทางการเต้นออกแบบโดย NahokoNezu เป็นนักเต้นชาวญี่ปุ่น โดย NahokoNezu ไม่รู้จักโจทก์มาก่อน NahokoNezu แสดงท่าทางการเต้นแล้ว Takashi Yuda บันทึกวิดีโอท่าเต้นไว้ใช้ในเกม Space Channel 5 สำหรับเพลง

³³Kirby v. Sega of America, Inc., 50 Cal.Rptr.3d 607 (2006).

³⁴Ibid.

³⁵Ibid.

ที่ใช้ในเกมนั้นคือ Mexican Flyer แต่งโดย Ken Woodman ในปี ค.ศ.1960 ซึ่งไม่เกี่ยวข้องหรืออ้างถึงดนตรีของโจทก์หรือวง Deee-Lite³⁶

ศาลเห็นว่า California Civil Code มาตรา 3344 (a) การใช้เอกลักษณ์ของบุคคล หมายถึงการใช้ภาพของบุคคลอื่น ในการชั่งน้ำหนักระหว่างการสร้างสรรค์วิดีโอเกมกับสิทธิในชื่อเสียงนั้น ศาลพิจารณาก่อนว่า วิดีโอเกมนั้นผู้สร้างสรรค์มีเสรีภาพในการแสดงออกหรือไม่ เห็นว่า สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกนั้นครอบคลุมไม่ว่าจะแสดงออกโดยการเขียน หรือพูด หรือแสดงออก ในรูปงานดนตรีหรืองานภาพยนตร์ เช่นเดียวกับวิดีโอเกมที่เกี่ยวข้องเป็นการแสดงออกมาเป็นงานอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับงานประพันธ์อย่างอื่น³⁷ วิดีโอเกมจึงเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงออก

คดีมีประเด็นต่อมาให้ศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยสร้างตัวละคร Ulala นั้นเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงโจทก์หรือไม่ เห็นว่า Ulala ไม่ได้ลอกเลียนรูปลักษณะของโจทก์มาโดยตรง เนื่องจากมีความแตกต่างกันในรายละเอียดเช่น Ulala ถูกสร้างด้วยคอมพิวเตอร์ทำให้มีลักษณะที่ดูผอมสูง พยานหลักฐานของจำเลยฟังได้ว่า Ulala สร้างมาจากการ์ตูนญี่ปุ่น นอกจากนี้ทรงผมของตัวละครยังแตกต่างจากโจทก์ ที่โจทก์มีหลายทรงผม แต่ Ulala มีทรงผมเดียว และมีส่วนต่างที่สำคัญคือฉากของเกมนั้นจำลองว่าอยู่ในอวกาศซึ่งหมายถึงในอนาคต แต่การแต่งกายของโจทก์นั้นเป็นยุคปี ค.ศ.1960 และไม่ปรากฏว่ารูปภาพของโจทก์จะเกี่ยวข้องกับอวกาศแต่อย่างใด ทั้งเมื่อพิจารณาจากท่าทางการเต้นแล้ว พบว่า ท่าเต้นของ Ulala มีการเต้นด้วยแขน ขา และหัว ที่ไม่เหมือนในวิดีโอเพลงของโจทก์ เมื่อพิจารณาดังกล่าวแล้วย่อมแสดงให้เห็นว่า ตัวละคร Ulala นั้นมีการเปลี่ยนรูปใหม่ และจำเลยได้สร้างสรรค์สิ่งอื่นเข้าไปเป็นงานใหม่³⁸ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่างานใหม่นั้นมีการส่งข้อความหรือความหมายอื่น ศาลพิจารณาหลักเปลี่ยนรูปใหม่จากคดี Winter แล้ว เห็นว่า Ulala เป็นตัวละครที่สร้างขึ้นโดยผู้พัฒนาเกมและไม่ได้นำรูปลักษณะของโจทก์มาใช้โดยตรง ดังเช่นคดี Comedy III³⁹ ดังนั้นจำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

³⁶ Kirby v. Sega of America, Inc., 50 Cal.Rptr.3d 607 (2006).

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

3.3 คดี No Doubt v. Activision Publishing, Inc.

ศาล Court of Appeals of California, Second District, Division Four วินิจฉัยคดี No Doubt v. Activision Publishing, Inc.⁴⁰ เมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2011 โจทก์คือวงดนตรี No Doubt เป็นวงดนตรีร็อกที่รู้จักแพร่หลายทั่วโลก มี Gwen Stefani นักร้องหญิงเป็นนักร้องนำ โจทก์ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของวงดนตรีกับบริษัทจำเลยเพื่อใช้ในวิดีโอเกมของจำเลย⁴¹ จำเลยคือบริษัท Activision Publishing เป็นบริษัทผลิตและจัดจำหน่ายวิดีโอเกมทั่วโลก เป็นผู้สร้างและพัฒนาเกม Band Hero โดยเกม Band Hero จำหน่ายได้มากกว่า 40 ล้านแผ่นทั่วโลก ในการเล่นเกมนี้ ผู้เล่นเปรียบเสมือนเล่นเป็นวงดนตรีที่มีอยู่จริง และใช้เพลงหลายเพลงประกอบในเกมผู้เล่นจะทำการเลือกตัวละคร (avatar) เช่นผู้เล่นสามารถเป็น มือกีตาร์ นักร้องนำ หรือมือกลอง ตัวละครบางตัวเป็นตัวละครที่สร้างขึ้นจากจินตนาการไม่มีอยู่จริง แต่บางตัวละครถูกสร้างและออกแบบจากวงดนตรีที่มีชีวิตอยู่จริง ผู้เล่นยังสามารถสร้างตัวละครในโหมดสร้างบุคลิกของตัวละครได้เอง และเลือกที่จะแสดงในฉากใดๆ เช่นลานเวทีที่เมืองปารีสหรือเมืองมาดริด ในห้างสรรพสินค้า หรือแม้กระทั่งอวกาศนอกโลกก็เลือกได้ ในเกม Band Hero ประกอบด้วยเพลงมากกว่า 60 เพลง อนุญาตให้ผู้เล่นแต่งเพลงขึ้นมาเองได้ ในขณะที่เล่นเกมนั้น เมื่อผู้เล่นผ่านด่านแต่ละฉากได้แล้วจะสามารถปลดล็อคตัวละครอื่นและสามารถเลือกตัวละครนั้น แสดงกับเพลงอะไร ก็ได้ที่อยู่ในเกม

ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ชื่อ รูปโฉม เครื่องหมาย เครื่องหมายการค้า และสิทธิที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในวิดีโอเกม Band Hero นอกจากนี้โจทก์ยังอนุญาตให้จำเลยใช้เพลงของโจทก์จำนวน 3 เพลงในเกมจำเลย และตกลงที่จะทำการถ่ายภาพและบันทึกรูปโฉม รูปลักษณ์ รวมถึงเอกลักษณ์ของสมาชิกวงดนตรี โดยมีการบันทึกท่าทาง การเต้น การร้อง รวมถึงเสียงของนักร้องนำ เมื่อบันทึกและแปลงเป็นตัวละครในเกมเสร็จ โจทก์ก็จะตรวจสอบว่าเหมือนกับตนเองและสมาชิกวง No Doubt หรือไม่ ก่อนที่วิดีโอเกม Band Hero จะวางจำหน่าย 2 สัปดาห์ โจทก์ทราบถึงการปลดล็อคของตัวละครในวิดีโอเกมว่า สำหรับวง No Doubt สมาชิก 2 คนจะถูกปลดล็อคในด่านที่ 7 สมาชิกที่เหลือจะถูกปลดล็อคในด่านที่ 9 เมื่อปลดล็อคแล้ว ผู้เล่นสามารถเลือกตัวละครนักร้องนำ Gwen Stefani ร้องในเสียงผู้ชายได้ ส่วนสมาชิกคนอื่นสามารถนำมาร้องเป็นเสียงผู้หญิง สมาชิกแต่ละคนของวงสามารถถูกเลือกโดยผู้เล่น และแสดงในเกมเพียงคนเดียวโดยไม่ต้องประกอบไปด้วยสมาชิกคนอื่น หรือไปประกอบกับสมาชิกวงดนตรีอื่นในเกม โจทก์อ้างว่าจำเลยไม่ได้แจ้งลักษณะเด่นของเกมนี้ให้โจทก์ทราบก่อน นอกจากนี้โจทก์เพียงอนุญาตให้จำเลยใช้ลักษณะของวงดนตรีโจทก์กับเพลงจำนวน 3 เพลงของโจทก์เท่านั้น เมื่อโจทก์แจ้งให้จำเลย

⁴⁰No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁴¹Ibid.

ทราบ จำเลยรับว่า จำเลยได้ว่าจ้างนักดนตรีอื่นเลียนแบบวงดนตรีโจทก์เพื่อสร้างบุคลิก ทำทางให้เหมือนกับโจทก์เพื่อแสดงเพลงอื่นนอกจากเพลงของจำเลย โจทก์ต้องการให้จำเลยนำวิธีการปลดลือกของตัวละครโจทก์ในเกม Band Hero ออก แต่จำเลยปฏิเสธโดยอ้างว่าโจทก์มาหาจำเลยภายหลังจากผู้พัฒนาเกมได้สร้างตัวละครและเกมเสร็จแล้ว

โจทก์ฟ้องจำเลยว่า จำเลยใช้ชื่อวงดนตรี No Doubt ทำทางการแสดง เอกลักษณ์ของสมาชิกวงดนตรีโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงโจทก์ตาม California Civil Code มาตรา 3344 (a) และข้อหาอื่นๆ⁴² จำเลยต่อสู้ว่าวิดีโอเกม Band Hero ได้รับการคุ้มครองด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงออกที่จำเลยได้สร้างสรรค์ขึ้นมา ศาลเห็นว่า วิดีโอเกม Band Hero เป็นงานที่แสดงออกอย่างหนึ่งที่จะได้รับการคุ้มครองด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงออกไม่ต่างจากงานวรรณกรรมอื่น แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของโจทก์หรือไม่⁴³ เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงนั้นคล้ายกับลิขสิทธิ์ที่มุ่งคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สังคมทราบว่าเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นจากแรงงาน เวลา และเงิน ซึ่งเป็นเวลาหลายปีกว่าจะพัฒนาทักษะของบุคคล ชื่อเสียง ความอื้อฉาว หรือคุณค่าของบุคคลที่จะแลกเปลี่ยนกับคุณค่าทางพาณิชย์หรือทางเศรษฐกิจกลับมาจากเอกลักษณ์ของบุคคลนั้น⁴⁴

คดีมีปัญหาว่าวิดีโอเกม Band Hero ใช้เอกลักษณ์ของโจทก์เป็นการเปลี่ยนรูปแบบหรือไม่ เห็นว่า จำเลยไม่ได้ต่อสู้ว่าตัวละครวงดนตรี No Doubt ในเกมไม่ได้สร้างจากโจทก์ เท่าที่รับว่าจำเลยใช้เอกลักษณ์ของโจทก์จริงด้วยการใช้วิธีบันทึกการเคลื่อนไหวและถ่ายภาพ เพื่อที่จะสร้างท่าทางการเต้น การร้อง และเสียงร้องของวงดนตรี จำเลยเจตนาเลือกวงดนตรีโจทก์เพื่อให้ผู้เล่นเกมเลือกที่จะเป็นนักร้องนำหรือวงดนตรี No Doubt จำเลยอ้างกรณีคดี Kirby v. Sega of America, Inc. ว่าจำเลยใช้ตัวละครโจทก์เป็นการเปลี่ยนรูปแบบแล้วเนื่องจากภายในวิดีโอเกม Band Hero ตัวละครโจทก์จะเล่นดนตรีประกอบด้วยฉากที่มีวัตถุอย่างอื่นที่สร้างขึ้น มีฉากหลังหลายประเภท รวมถึงฉากในอวกาศ และอนุญาตให้ผู้เล่นเปรียบเทียบเสมือนเล่นอยู่ในฉากที่วงดนตรีโจทก์ไม่อาจแสดงได้ในชีวิตจริง ศาลเห็นว่าคดี Kirby v. Sega of America, Inc. ตัวละครนักร้อง Ulala นั้นถูกเปลี่ยนเอกลักษณ์ใหม่ทั้งหมด แต่ในเกม Band Hero แม้ตัวละครโจทก์จะแสดงดนตรีอยู่ที่ใดก็ตาม ก็ยังเป็นวงดนตรีร็อก⁴⁵ เช่นเดียวกับชีวิตจริงที่โจทก์มีชื่อเสียงจากการเล่นดนตรีร็อก ฉากในเกมและตัวเลือกในเกมที่ทำให้ผู้เล่นใช้ตัวละครโจทก์แสดงเพลงอื่นที่ไม่ใช่เพลงของโจทก์ไม่ได้เปลี่ยนรูปแบบของเอกลักษณ์

⁴² No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

สมาชิวงดนตรี No Doubt นอกจากนั้นการใช้เอกลักษณ์วง No Doubt แสดงเพลงต่างๆ เป็นผลประโยชน์ทางการค้าโดยอาศัยชื่อเสียงจากวงดนตรีโจทก์เพราะแฟนเพลงของโจทก์ย่อมเลือกที่จะซื้อเกม Band Hero เพื่อเล่นเป็นนักร้องหรือสมาชิวงดนตรีโจทก์ เช่นนี้แล้ว ภาพกราฟฟิกหรือฉากหลังของเกมเป็นเรื่องราวจากเอกลักษณ์ของบุคคลที่จำเลยมุ่งใช้ชื่อเสียงของโจทก์ในวิดีโอเกมจำเลย⁴⁶ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์แล้ว

4. บทวิเคราะห์

4.1 สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล

จากคดีที่ยกขึ้นเป็นตัวอย่างในบทความนี้ จะเห็นได้ว่าบุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมถูกนำชื่อเสียงไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์อย่างหนึ่ง California Civil Code มาตรา 3344 (a) กำหนดว่าบุคคลใดรู้อยู่แล้วและยังใช้ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใดๆ หรือสินค้า หรือบริการ โดยปราศจากความยินยอม ย่อมมีความรับผิดชอบต่อการเสียหายที่เกิดขึ้นของบุคคลที่ถูกนำเอกลักษณ์ไปใช้ จากคดี Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc. สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) อย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ได้ให้สิทธิของบุคคลในการเซ็นเซอร์ (right of censorship) แต่เป็นสิทธิในการป้องกันมิให้มีการนำชื่อเสียงของบุคคลไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต⁴⁷ การที่จำเลยนำลักษณะของทีมตลก The Three Stooges ไปใช้นั้นไม่ใช่การแสดงออกอย่างมีเสรีภาพ แต่เป็นการใช้ลักษณะของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตนอกจากนี้สิทธิในชื่อเสียงยังอาจโอนให้แก่กันได้ในรูปแบบของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ อันจะเห็นได้จาก คดี Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. แต่ขอบเขตของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีเพียงใดนั้นจะต้องมีการกำหนดไว้ให้แน่ชัดไม่อย่างนั้นแล้วอาจมีการใช้ที่เกินกว่าที่ได้รับอนุญาต และก่อให้เกิดการฟ้องร้องคดีตามมาเช่นคดี No Doubt v. Activision Publishing, Inc.

4.2 การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมจะต้องมีการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ

4.2.1 การใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ

สิทธิในชื่อเสียงเกิดจากคุณค่าของความสนใจของผู้ที่ชื่นชอบในชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาที่มุ่งคุ้มครองในงานแต่ละประเภทที่ผู้สร้างสรรค์

⁴⁶No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁴⁷Ibid.

ได้สร้างเป็นรูปธรรมออกมา แต่ชื่อเสียงนั้นเป็นนามธรรมที่ต้องอาศัยเวลาและแรงงานในการสร้างขึ้น ทั้งชื่อเสียงอาจลดลงหรือเพิ่มขึ้นได้ในอนาคต แตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาที่มีกฎหมายรองรับ การคุ้มครองและการสิ้นสุดของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทไว้⁴⁸

แต่อย่างไรก็ตามการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลนั้นเชื่อมโยงกับหลักการใช้อย่างเป็นธรรมในกฎหมายลิขสิทธิ์ อันจะเห็นได้จากคดี *Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc.* จะเห็นได้ว่าศาลได้พยายามวางแนวทางว่า การใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่จะต้องมีการเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไปในเอกลักษณ์ของบุคคลที่จำเลยได้นำไปแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของโจทก์ แม้จำเลยจะมีเสรีภาพในการแสดงออกโดยการวาดภาพ ทิมตลก The Three Stooges โดยใช้ฝีมือและแรงงานของจำเลยก็ตาม แต่จำเลยก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีการเปลี่ยนรูปลักษณะเด่นของทิมตลก The Three Stooges อย่างไร จำเลยเพียงแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของทิมตลก The Three Stooges อันเป็นการกระทบสิทธิของโจทก์ แต่จากคดี *Winter v. DC Comics* จำเลยจะต้องแสดงให้เห็นว่างานที่จำเลยสร้างขึ้นมานั้นมีการเปลี่ยนรูปใหม่จากงานเดิมของโจทก์และไม่ได้มุ่งประสงค์ทางการค้าที่แสวงหาประโยชน์โดยอาศัยชื่อเสียงของโจทก์ หลักดังกล่าวเรียกว่า การใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ (transformative use test) โดยใช้แนวความคิดจากกฎหมายลิขสิทธิ์เรื่องการใช้อย่างเป็นธรรม (fair use)⁴⁹ หลักดังกล่าวนี้เป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นกับสิทธิในชื่อเสียงที่บุคคลกว่าจะสร้างชื่อเสียงขึ้นได้ต้องใช้กำลังแรงงาน เวลา และกำลังทรัพย์ หากเป็นการใช้ชื่อเสียงของบุคคลโดยอาศัยเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต และมุ่งประสงค์ต่อประโยชน์ทางพาณิชย์แล้ว แม้จะเป็นงานที่สร้างขึ้นมาก็ตาม ก็เป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลอื่น

4.2.2 ความเชื่อมโยงกับหลักความชอบธรรมในการกระทำงานอันมีลิขสิทธิ์

หลักความชอบธรรมในการกระทำงานอันมีลิขสิทธิ์ (Fair use) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นข้อยกเว้นอย่างหนึ่งของการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ.1976 (The Copyright Act 1976) มาตรา 107 หลักดังกล่าวไม่ได้เปรียบเทียบงานที่สร้างสรรค์กับสิทธิในชื่อเสียงแต่อย่างใด หากแต่เปรียบเทียบงานที่สร้างสรรค์ใหม่กับงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม

มาตรา 107 กำหนดว่า “แม้จะมีกำหนดตามมาตรา 106 และ 106 (a) หลักความชอบธรรมในการกระทำงานอันมีลิขสิทธิ์ รวมถึงการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยทำสำเนาในบันทึกหรือสิ่งบันทึกเสียงหรือการกระทำโดยวิธีอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ สำหรับวัตถุประสงค์ เช่น

⁴⁸ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 105.

⁴⁹Benjamin J. Rosenzweig, “A Change of Hart: An Argument Favoring the Transformative Use Test in Right-of-Publicity Cases,” *Suffolk University Law Review* 48 (2015): 240.

การติชม วิจารณ์ นำเสนอข่าว การสอน (รวมถึงการทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับการใช้ในชั้นเรียน) การศึกษาและวิจัย ซึ่งการกระทำเหล่านี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์จะเข้าหลักความชอบธรรมในการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่” ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ 4 ประการ⁵⁰

1) วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานต้องพิจารณาว่าผู้นำงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ มีวัตถุประสงค์อย่างไรมีการใช้ในงานที่สร้างสรรค์แตกต่างจากงานเดิมอันมีลิขสิทธิ์อย่างไร มีการเพิ่มเติมสิ่งใดเข้าไปจากงานเดิมไปบ้าง และมีการใช้เพื่อหาประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่

2) สภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์ ต้องพิจารณาจากสภาพของงานใหม่ที่ถูกสร้างสรรค์มาอย่างไร เป็นการสร้างสรรค์งานใหม่ด้วยข้อมูลที่มีอยู่แล้วในสาธารณะหรือไม่

3) จำนวนและสัดส่วนในการใช้งานเมื่อเปรียบเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด ต้องพิจารณาจากจำนวนงานและคุณภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปใช้ โดยพิจารณาถึงการใส่สาระสำคัญของงานที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ในภาพรวม

4) ผลกระทบต่อตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์⁵¹

ในคดี Authors Guild v. Google, Inc.⁵² โจทก์เป็นกลุ่มบริษัทจำหน่ายหนังสือ จำเลยคือบริษัทกูเกิ้ล โจทก์ฟ้องว่า จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ ด้วยการคัดลอกงานวรรณกรรมของ

⁵⁰ 17 U.S. Code § 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use, “ Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

⁵¹ อานาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 134.

⁵² Authors Guild v. Google, Inc. No. 13-4829 (2d Cir. 2015).

โจทก์ แล้วจัดทำโครงการห้องสมุดกฤต ซึ่งอนุญาตให้ผู้ค้นหาหนังสือที่ถูกละเมิดไว้ การค้นหาคะแสดงข้อมูลบางส่วน (snippet) ของหนังสือโจทก์ เป็นต้น จำเลยให้การในประเด็นหลักว่า โครงการห้องสมุดกฤต เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม

ศาลอุทธรณ์ภาค 2 วินิจฉัยประเด็นวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานว่าแม้งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่มีการเปลี่ยนรูปใหม่ เช่น ถูกคัดลอกมาทั้งหมด แต่หากมีการนำมาใช้เพื่อติชมหรือวิจารณ์ หรือให้ข้อมูลเพิ่มเติมจากงานนั้นก็เป็นการใช้โดย transformative แล้ว แต่หากเป็นการดัดแปลง (derivative works) จะต้องเป็นการเปลี่ยนรูป (“changes of form”)⁵³ เช่น การแปลนิยายเป็นภาษาอื่น การเปลี่ยนรูปนิยายเป็นภาพยนตร์หรือการแสดง หรือเปลี่ยนหนังสือให้เป็น e-book เป็นต้น⁵⁴ ซึ่งการเปลี่ยนรูปเช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิเสียก่อน⁵⁵

การที่จำเลยทำซ้ำหนังสือของโจทก์ด้วยการสแกนและจัดให้ผู้ใช้งานค้นหาข้อมูลบางส่วนโดยจำเลยจัดทำเครื่องมือค้นหาหนังสือด้วยการใช้คำหรือข้อความที่ต้องการค้นหานั้น เป็นการใช้ที่ transformative แล้ว เนื่องจากผลการค้นหาคำแต่ละคำนั้นแสดงออกมาในหลายความหมายหลายลักษณะ และหลายข้อความ ขึ้นอยู่กับว่า แต่ละหน้าของหนังสือใช้คำหรือข้อความนั้นอย่างไร⁵⁶

การที่จำเลยแสดงข้อมูลบางส่วน (snippet) ที่แสดงเพียงไม่กี่คำในหนึ่งหน้าของหนังสือโจทก์ก็เพื่อที่จะระบุตำแหน่งของหน้าเพื่อผู้ใช้สามารถค้นหาหนังสือที่แสดงข้อความเล็กน้อยในส่วนที่ผู้ใช้สนใจในหนังสือเล่มนั้น ศาลยกตัวอย่างคำว่า “ทฤษฎีของ Einstein” ระบบก็จะบอกผู้ค้นหาว่าผู้แต่งหนังสือคนใดหรือหนังสือเล่มใดเขียนเกี่ยวกับ “ทฤษฎีของ Einstein”⁵⁷ ล้วนเป็นการเปลี่ยนรูปใหม่ของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว

ปัญหาว่าลักษณะการใช้งานของจำเลยเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่ ศาลอุทธรณ์ภาค 2 อ้างคดี Castle Rock Entm’t, Inc. v. Carol Pub. Grp., Inc. ที่วินิจฉัยว่ายังมี การเปลี่ยนรูปในงานที่สร้างสรรค์ใหม่มากเท่าใดแล้ว ความสำคัญของปัจจัยอื่นจะยิ่งน้อยลงมากเท่านั้น โดยเฉพาะการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์และยังเห็นว่า การรายงานข่าว หรือติชมวิจารณ์หนังสือ รวมถึงการล้อเลียน ล้วนเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์แล้ว แม้จำเลยจะได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ แต่ก็เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมแล้ว⁵⁸

⁵³ Authors Guild v. Google, Inc. No. 13-4829 (2d Cir. 2015).

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ 17 U.S. Code § 106.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ 17 U.S. Code § 106.

เมื่อปรับใช้หลักวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานอันเป็นองค์ประกอบข้อแรก ของหลักการใช้ลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลแล้ว ต้องพิจารณาว่า งานที่ สร้างขึ้นนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของงานเดิมหรือเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไปหรือไม่ มีการเปลี่ยนวัตถุประสงค์ จากการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลหรือไม่ หรือเอกลักษณ์ของบุคคลมีความแตกต่างไปด้วยการเปลี่ยน วิธีนำเสนอของอัตลักษณ์บุคคลด้วยรูปแบบใหม่ เปลี่ยนความหมาย หรือเปลี่ยนข้อความที่เสนอใน งานนั้นๆ⁵⁹ ดังนั้นหากมีการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมจากเอกลักษณ์ของบุคคลก็จะต้องพิจารณา องค์ประกอบดังกล่าวจึงจะเป็นงานที่ transformative ได้ แต่หากเป็นการนำเอกลักษณ์ของบุคคล มาใช้ตรงๆ โดยไม่มีการเปลี่ยนรูป หรือเปลี่ยนการนำเสนอ การใช้เช่นนั้นไม่อาจทำให้ส่วนหนึ่งของ วิดีโอเกมที่สร้างขึ้นด้วยการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลเป็นตัวละครกลายเป็นงานที่ transformative ได้ คงเป็นแต่เพียงการดัดแปลงจากเอกลักษณ์บุคคลจริงมาเป็นตัวละครในเกมเท่านั้นซึ่งเป็นการ ดัดแปลง (derivative works) โดยเป็นการเปลี่ยนรูป (“changes of form”) ตามที่ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ในคดี Authors Guild v. Google, Inc. วินิจฉัยไว้ ซึ่งผู้สร้างวิดีโอเกมต้องได้รับความยินยอมจาก บุคคลที่ต้องการนำเอกลักษณ์ไปใช้เสียก่อน

4.2.3 เมื่อปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่กับวิดีโอเกม จากคดี Kirby v. Sega of America, Inc. และ No Doubt v. Activision Publishing, Inc. จะเห็นได้ว่า กรณีจะไม่เหมือนกับการใช้รูปภาพวาดลงเสื้อผ้าหรือลงวัตถุอย่างอื่น แต่เป็นกรณีที่วิดีโอเกมมีการเปลี่ยนแปลงเอกลักษณ์ ลักษณะของบุคคล รูปโฉม รวมถึงท่าทางของบุคคลมาเป็นตัวละครในวิดีโอเกม เพื่อให้ผู้เล่นเกม เปรียบเสมือนได้เล่นเป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบการสร้างตัวละครโดยอาศัยเอกลักษณ์ของบุคคลจะต้อง เปลี่ยนรูปใหม่ไม่ให้เหมือนกับบุคคลที่มีชื่อเสียงจริง ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณา รายละเอียดของตัวละครที่สร้างขึ้น ดังเช่น ตัวละคร Ulala ในคดี Kirby v. Sega of America, Inc. และวินิจฉัยว่าหลักเสรีภาพในการแสดงออกควรที่จะพิจารณามากกว่าสิทธิในชื่อเสียง⁶⁰ แต่หากใช้ ตัวละครที่มีเอกลักษณ์เหมือนบุคคลจริงแล้ว ย่อมต้องถือว่าได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นๆ เพียงใด ดังเช่นการใช้วงดนตรีและนักร้องนำวง No Doubt ตามที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เพียง 3 เพลง แต่มีการ ปลดล็อกในวิดีโอเกมให้นำตัวละครดังกล่าวไปร้องเพลงอื่น เปลี่ยนเสียง หรือนำไปรวมเล่นกับ วงดนตรีอื่นในวิดีโอเกม ย่อมเป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของผู้นั้นแล้วผู้พัฒนาวิดีโอเกม

⁵⁹ Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 807-808.

⁶⁰ Jordan M. Blanke, “No Doubt About It - You’ve Got to Have Hart: Simulation Video Games May Redefine the Balance Between and Among the Right of Publicity, the First Amendment and Copyright Law.” *Boston University Journal of Science & Technology Law* 19, 26 (2013): 67.

ควรที่จะทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลที่มีชื่อเสียงที่ต้องการนำเอกลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมของตนโดยคำนึงถึงผลตอบแทนที่จะได้รับจากกำไรวิดีโอเกมที่สร้างขึ้น

5. บทสรุป

ด้วยเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้น ผู้เล่นเปรียบเสมือนได้เล่นเป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบในเกมประเภทต่างๆ ผู้สร้างและพัฒนาวิดีโอเกมใช้ตัวละครภายในเกมโดยอาศัยเอกลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่ถูกนำไปใช้ในวิดีโอเกมย่อมได้รับผลกระทบเป็นแน่แท้บุคคลสมควรที่จะมีสิทธิป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้ชื่อเสียงของตนที่กว่าจะสร้างได้ต้องใช้เวลา แรงงาน และกำลังทรัพย์ ในขณะเดียวกันการให้ความคุ้มครองต่อเสรีภาพของผู้สร้างสรรค์วิดีโอเกมก็ควรจะได้รับ การคุ้มครองด้วยการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบของเอกลักษณ์เป็นเพียงแนวทางหนึ่งที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในการถ่วงดุลน้ำหนักระหว่างสิทธิในชื่อเสียงและเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งสามารถใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมได้หากเกิดเป็นคดีในประเทศไทยและยังคงมีอีกหลายแนวทางที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกานำมาพิจารณาและมีข้อถกเถียงทางวิชาการว่าจะปรับใช้อย่างไร

บรรณานุกรม

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. “สิทธิในชื่อเสียง.” *จุฬาลงกรณ์วารสาร* 16, 64 (2547): 102.
- อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- Amin, Reshma. “A Comparative Analysis of California's Right of Publicity and the United Kingdom's Approach to the Protection of Celebrities: Where Are They Better Protected.” *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet* 1, 2 (2010): 97.
- Blanke, Jordan M. “No Doubt About It - You've Got to Have Hart: Simulation Video Games May Redefine the Balance Between and Among the Right of Publicity, the First Amendment and Copyright Law.” *Boston University Journal of Science & Technology Law* 19, 26 (2013): 67.
- Dougherty, F. Jay. “Foreword: The Right of Publicity—Towards a Comparative and International Perspective.” *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 18 (1998): 423.
- Edelman, Marc. “Closing the “Free Speech” Loophole: The Case for Protecting College Athletes’ Publicity Rights in Commercial Video Games.” *Florida Law Review* 65 (2013): 560.
- Entertainment Software Association, **2017 Sales Demographic and Usage Data: Essential Facts about The Computer and Video Game Industry** [Online]. Available URL: http://www.theesa.com/wp-content/themes/esa/assets/EF2017_Design_FinalDigital.pdf, 2017 (August, 29).
- Hylton, J. Gordon. “Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum.” *Marquette Sports Law Review* 12 (2001): 283-284.
- Nimmer, Melville B. “The Right of Publicity.” *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 216.
- Prosser, William L. “Privacy.” *California Law Review* 48, 3 (1960): 389.

- Rosenzweig, Benjamin J. “A Change of Hart: An Argument Favoring the Transformative Use Test in Right-of-Publicity Cases.” **Suffolk University Law Review** 48 (2015): 240.
- Sweeney Jr., Gerald O., and John T. Williams. “Mortal Kombat: The Impact of Digital Technology on the Rights of Studios and Actors to Images and Derivative Works.” **Minnesota Intellectual Property Review** 3 (2002): 103.
- Torres, Eliana. “The Celebrity Behind the Brand International Protection of the Right of Publicity.” **Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum** 6 (2016): 118.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. “The Right of Privacy.” **Harvard Law Review** 4 (1890): 193, 216.
- Authors Guild v. Google, Inc. No. 13-4829 (2d Cir. 2015).
- Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).
- Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 807-808.
- Hilton v. Hallmark Cards, 599 F.3d 894, 909 (9th Cir. 2010).
- Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc, supra note 19, 868.
- Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).
- Kirby v. Sega of America, Inc., 50 Cal.Rptr.3d 607 (2006).
- No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).
- Pesina v. Midway Manufacturing Co., supra note 28, 42.
- Pesina v. Midway Manufacturing Co., 948 F. Supp. 40 (N.D. Ill. 1996).
- Winter v. DC Comics 69 P.3d 473 (Cal. 2003).
- 17 U.S. Code § 106.

กฎหมายเพื่อการพัฒนาความสามารถในการแข่งขัน
ของธุรกิจโลจิสติกส์

รองศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิฑิต

กฎหมายเพื่อการพัฒนาความสามารถในการแข่งขันของธุรกิจโลจิสติกส์*

Law for Development on Competitiveness of the Logistics Business

รองศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิทิต**
Associate Professor Dr.Sumalee Wongwittit

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อการพัฒนาธุรกิจโลจิสติกส์ของไทย โดยทำการวิจัยเชิงคุณภาพ อันเป็นการวิจัยทางกฎหมายและการรวบรวมข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลหลักสองกลุ่มคือกลุ่มภาครัฐและกลุ่มภาคเอกชน และใช้เทคนิคการเลือกผู้ให้ข้อมูลหลักแบบเฉพาะเจาะจง

ผลการศึกษาพบว่าบริการโลจิสติกส์ระดับโลก อาเซียน และไทย ในภาพรวมมีลักษณะเป็นการเชื่อมโยงกันของห่วงโซ่มูลค่าทั่วโลก โดยมีโลจิสติกส์เป็นหัวใจหลักที่ทำให้ระบบเศรษฐกิจโลกสามารถขับเคลื่อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และนานาประเทศมีความตื่นตัวในการพัฒนาระบบและธุรกิจโลจิสติกส์ของตนเพื่อให้เกิดความสามารถในการแข่งขันได้ และพบว่าภาครัฐและภาคเอกชนมีความรู้และมียุทธศาสตร์ต่อความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการค้ากำหนดนโยบายและกฎหมายของไทยในการเปิดเสรี กับพันธกรณีตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการภายใต้การกำกับดูแลขององค์การการค้าโลกและอาเซียน (ความตกลง GATS และ AFAS) นอกจากนั้น ผลการศึกษายังพบว่ากฎหมายไทยเกี่ยวกับธุรกิจโลจิสติกส์มีอยู่เป็นจำนวนมาก กระจุกกระจายอยู่ในความรับผิดชอบหลายหน่วยงาน และมีรายละเอียดมากเกินไปจนผู้ประกอบการอาจไม่เข้าใจและฝ่าฝืนกฎหมายนั้น อีกทั้งยังสร้างภาระโดยไม่จำเป็นให้แก่ผู้ประกอบการ และบางมาตรายังมีความไม่ชัดเจน ไม่ยืดหยุ่นปรับตัวให้สามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจโลกและเทคโนโลยีทันสมัย การบังคับใช้กฎหมายยังไม่เป็นธรรมและไม่โปร่งใส ยังไม่เพียงพอต่อความเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมธุรกิจและการแข่งขันที่เป็นธรรม และยัง

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง กฎหมายเพื่อการพัฒนาความสามารถในการแข่งขันในธุรกิจโลจิสติกส์ ได้รับทุนอุดหนุนงานวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท., M.C.J. Comparative Jurisprudence Major in International Economic Law, Ph.D. พัฒนบริหารศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาการบริหารการพัฒนา (นโยบายสาธารณะ) หลักสูตรนานาชาติ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

ไม่สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีการค้าบริการที่เน้นเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ งานวิจัยนี้จึงได้เสนอแนะให้เพื่อจัดทำกฎหมายให้เป็นระบบ จัดหมวดหมู่กฎหมายลำดับรองหลายฉบับเข้าด้วยกัน เพื่อให้ง่ายต่อการเข้าถึงและเข้าใจได้ และควรกำหนดเกณฑ์การใช้ดุลพินิจให้ชัดเจนและโปร่งใสตรวจสอบได้ รวมทั้งควรปรับปรุงเนื้อหาของกฎหมายที่มีข้อจำกัดเรื่องลงทุนและการประกอบกิจการเพื่อเตรียมความพร้อมในการเปิดเสรีการค้าบริการตามพันธกรณีของไทยภายใต้ความตกลง GATS และ AFAS

Abstract

The main objective of this research is to suggest legal measures that are adequate to promote the logistics service business. The research was carried out by a qualitative research including legal research and conducting interview the two groups of informants i.e. public sector and private sector with a purposive sampling technique and a snowball technique.

The fact finding revealed that in the overview, the logistics businesses of the world, ASEAN, and Thailand are being interconnecting as the global value chains. The logistics is a nucleus of moving forward world economy efficiently and various countries are enthusiastic to develop their own domestic logistics business and systems to enhance competitive capacity. The research also found that public sector and private sector of Thailand have acknowledgement and roles to the relation between obligations of the agreement on trade in services (GATS and AFAS) under supervision of World Trade Organization and ASEAN. In addition, the research found that several Thai laws relating to logistics business are scattering in many government agencies' responsibilities, too detailed for the entrepreneurs to comprehend and consequently, violate them in the end and being burdensome unnecessarily to the entrepreneurs. Besides, some sections of those laws are not complied with principle and characteristics of good law i.e. unclear, inflexible, non-adjustable to changing world economy and advanced technology. The law enforcement has not yet been fair, transparent and adequate to support business and fair competition as well as not in accordance with principle of liberalization of trade in services which emphasizes on non-discrimination. This research suggested rearranging related laws to be systemized i.e. merge several subsidiary laws to be easy for access and comprehension, regulating use of discretion to be definite, transparent and accountable and, eventually, improving substantive laws having limitations on investment and business operation for preparedness of liberalization of trade in services in pursuance with Thailand's obligations bound under GATS and World Trade Organization's supervision and bound under ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS).

คำสำคัญ: กฎหมาย, ธุรกิจโลจิสติกส์, การเปิดเสรีค้าบริการ

Keywords: law, logistics services business, trade in services liberalization

1. บทนำ

ธุรกิจการให้บริการโลจิสติกส์เป็นการค้าบริการ (Trade in services) ที่สำคัญทั้งในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับโลก เพราะมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงเป็นคลัสเตอร์ (Cluster) กับการค้า บริการและค้าสินค้าอื่นๆ อยู่มากมาย โดยเหตุที่กระบวนการและระบบโลจิสติกส์ประกอบด้วย กิจกรรมต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นการบูรณาการให้สินค้ามีการเคลื่อนย้ายจากต้นทางไปยังผู้บริโภค ปลายทางได้อย่างทันเวลาและมีประสิทธิภาพ เพราะมีกิจกรรมอันก่อให้เกิดความรวดเร็วในการส่งมอบสินค้า (Speed delivery) การไหลลื่นของสินค้า (Physical flow) การไหลลื่นของข้อมูลข่าวสาร (Information flow) การสร้างมูลค่าเพิ่ม (Value added) โดยมีหลักการสำคัญคือการทำให้อุปโภค ผลิตภัณฑ์ (Right product) ถูกจำนวน (Right quantity) ถูกสภาพ (Right condition) ถูกการจัดส่งถึงลูกค้า (Right customer) ถูกสถานที่ (Right place) และถูกเวลา (Right time)¹ อีกทั้งโลจิสติกส์ยังมีความสำคัญต่อภาคธุรกิจทุกระดับ เพราะเป็นบริการที่มีกิจกรรมอันสามารถตอบสนองความต้องการของตลาด (Market demand) ลดต้นทุนการดำเนินการเกี่ยวกับการดูแลและขนส่งสินค้า (Cargoes handling & Carriage cost) รวมทั้งเพิ่มศักยภาพและประสิทธิภาพของการแข่งขัน (Core competitiveness)

ด้วยเหตุนี้จึงเกิดธุรกิจโลจิสติกส์ที่หลากหลายรูปแบบ อาทิ ธุรกิจขนส่งสินค้า (Freight transportation and forwarding) ธุรกิจด้านคลังสินค้า/การบริหารคลังสินค้า (Warehousing/ Inventory management and packaging) และการบรรจุหีบห่อ (Packaging) ธุรกิจให้บริการด้านพิธีการต่างๆ (Non-Asset based logistics services) รวมทั้งบริการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ และที่ปรึกษากิจการโลจิสติกส์ (Information and Communication Technology /Consulting) เป็นต้น² และจึงทำให้บริการโลจิสติกส์มีชื่อเรียกหลายชื่อ เช่น Logistics outsourcing, Logistics

¹ ธนิต โสรัตน์, ความรู้เกี่ยวกับโลจิสติกส์เบื้องต้น Basic of Logistics [Online], available URL: <http://www.v-servelogsitics.com>, 2560 (ธันวาคม, 12).

² Ken B. Ackerman, "Pitfalls in logistics partnerships," *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management* 26, 3 (1996): 35-37. And Freek Aertsen, "Contracting-out the physical distribution function: a trade-off between asset specificity and performance measurement," *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management* 23, 1 (1993): 24.

alliances, Contract logistics, Contract distribution และ Third party logistics แต่คำที่นิยมใช้เรียกกันมากที่สุดคือ 3PL (Third party logistics) หรือผู้ให้บริการโลจิสติกส์ภายนอก³

นอกจากนั้น บริการโลจิสติกส์ยังได้พัฒนาให้ครอบคลุมบริการเพื่อช่วยในการควบคุมต้นทุนให้กับลูกค้าผู้รับบริการด้วย ดังจะเห็นได้จากการที่ Ganesh Vaidyanathan ได้แบ่งหน้าที่ของการให้บริการโลจิสติกส์ออกเป็น 4 ประเภท คือ การจัดการคลังสินค้า (Warehousing) การขนส่ง (Transportation) การบริการและจัดการลูกค้า (Customer services) การจัดการสินค้าคงคลัง และ (Inventory and logistics management)⁴ จึงทำให้เห็นได้ว่าธุรกิจบริการโลจิสติกส์นั้นมีความสำคัญที่เชื่อมโยงถึงธุรกิจอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอีกมาก

ธุรกิจบริการโลจิสติกส์จึงได้ทวีความสำคัญในฐานะเป็นกลไกเชื่อมโยงเศรษฐกิจโลก เห็นได้จากมูลค่าสินค้านำเข้าระหว่างประเทศที่มีการซื้อขายกันกว่าครึ่งหนึ่งเป็นสินค้าวัตถุดิบชั้นกลาง (Intermediate inputs) โดยเฉลี่ยประเทศต่างๆ จะต้องนำเข้าวัตถุดิบประมาณร้อยละ 30 เพื่อนำมาใช้เป็นส่วนประกอบของสินค้าส่งออก (30% Import content of export) ปัจจุบันดังกล่าวนั้นแสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงกันของห่วงโซ่มูลค่าทั่วโลก (Global value chains) และได้เห็นถึงความสำคัญของโลจิสติกส์ในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵ ซึ่งไม่ใช่เพียงแต่ขับเคลื่อนในระดับโลกเท่านั้น หากแต่มีอิทธิพลทั้งในระดับประเทศและระดับภูมิภาคด้วย

โลจิสติกส์จึงเป็นสาขาหนึ่งของการค้าบริการ (Trade in services) ที่องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) และอาเซียน (ASEAN) กำหนดให้ประเทศสมาชิกของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ คือ General Agreement on Trade in Services (GATS) และ ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS) ต้องปฏิบัติตามหลักทั่วไปว่าด้วยการเปิดเสรีค้าบริการ และให้แสดงความสมัครใจระบุการเปิดตลาดไว้ในตารางคำมั่นเฉพาะ (Specific commitment) ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในสมาชิกของความตกลง GATS และ AFAS ดังกล่าว และได้จัดแจ้งการเปิดตลาดสาขาโลจิสติกส์ไว้ (ภายใต้ข้อจำกัดด้านการเข้าสู่ตลาด (Market access: MA) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment: NT) ซึ่งเป็นเหตุให้ไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ตกลงไว้และที่

³ Magnus Berglund, P. van Laarhoven, G. Sharman, and S. Wandel, "Third party logistics: is the future," *International Journal of Logistics Management* 10, 1 (1999): 146.

⁴ Ganesh Vaidyanathan, "A Framework for Evaluating Third-Party Logistics," *Communications of the ACM* 48, 1 (January 2005): 91.

⁵ Guillaume. Daudin, Christine Riffart, and Danielle Schweisguth, **Who produces for whom in the world economy?** [Online], available URL: <http://basepub.dauphine.fr/bitstream/handle/123456789/10028/Daudin%20Riffart%20Schweisguth%20Who%20produces%20for%20whom%20CJE%202011%20-%20Normal%20formatting.pdf?sequence=1>, 2011 (April, 29).

จะต้องมีพันธะในการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive liberalization) ตามหลักการเปิดเสรีค้าบริการ ดังนั้นความเข้าใจในภาพรวมและสถานการณ์ของบริการโลจิสติกส์ระดับโลกและระดับภูมิภาคเช่นอาเซียน และความเข้าใจถึงนโยบายและแผนยุทธศาสตร์ของประเทศ จึงเป็นเรื่องที่จำเป็นต่อการธุรกิจบริการโลจิสติกส์ของไทย

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าถึงแม้ทั่วโลกจะมีการตื่นตัวเป็นอย่างมากในการให้ความสำคัญต่อการพัฒนาโลจิสติกส์ และเห็นประโยชน์ของการค้าบริการสาขาโลจิสติกส์ แต่กลับปรากฏว่าขอบเขตความหมายของคำว่า “ธุรกิจบริการโลจิสติกส์” ก็ยังไม่มีความชัดเจนและยังไม่มีความเห็นที่ตรงกันหรือสอดคล้องกันจนสามารถเป็นคำนิยามที่แน่นอนตายตัวได้ เพราะแม้แต่ในเวทีขององค์การการค้าโลกก็ไม่ได้มีการระบุไว้ คงมีเพียงแต่กำหนดให้เป็นบริการที่บูรณาการหลายสาขาไว้ด้วยกันเท่านั้น เช่น ให้อ้างอิงถึงการขนส่ง สื่อสาร จัดจำหน่าย และบริการธุรกิจ เป็นต้น และแม้ว่ากลุ่ม “Friends of Logistics” ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของสมาชิกกลุ่มหนึ่งองค์การการค้าโลก จะได้ยื่นข้อเสนอต่อองค์การการค้าโลกให้แบ่งประเภทของบริการโลจิสติกส์ไว้เป็นสามกลุ่มใหญ่ๆ แต่เนื่องจากสมาชิกส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย องค์การการค้าโลกจึงไม่นำการแบ่งประเภทตามข้อเสนอแนะไปใช้สำหรับการจัดตั้งเปิดตลาดของประเทศสมาชิก โดยข้อเสนอแนะระบุให้แบ่งประเภทของบริการโลจิสติกส์ไว้ดังนี้⁶

(1) บริการโลจิสติกส์หลักสำหรับสินค้า (Core freight logistics) ประกอบด้วยบริการยกขนสินค้า บริการคลังสินค้า ตัวแทนขนส่ง จัดตารางขนส่ง บริการอื่นๆ ที่สนับสนุนการขนส่ง เช่น บริการตรวจสอบค่าระวาง บริการจัดเตรียมเอกสารขนส่ง เป็นต้น

(2) บริการโลจิสติกส์ที่เกี่ยวข้อง (Related freight transport logistics) แบ่งเป็นบริการขนส่ง (Freight transport services) ประกอบด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเล ทางน้ำภายในประเทศ ทางอากาศและบริการให้เช่าอากาศยานพร้อมลูกเรือ ทางถนน ทางราง และบริการที่เกี่ยวข้องกับโลจิสติกส์ (Other related logistics services) เช่น การทดสอบทางเทคนิคและวิเคราะห์สินค้า การจัดส่งพัสดุ ตัวแทนนายหน้า ค้าส่งและค้าปลีก

(3) บริการโลจิสติกส์ที่มีใช้กิจกรรมหลัก (None core freight logistics) ประกอบด้วยบริการคอมพิวเตอร์และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ บริการบรรจุภัณฑ์ บริการที่ปรึกษาด้านการจัดการโลจิสติกส์ บริการอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

⁶ UNCTAD Secretariat, **MANAGING THE REQUEST-OFFER NEGOTIATIONS UNDER THE GATS: LOGISTICS SERVICES Revised Draft** [Online], available URL: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gpm05H5jRMk:https://vi.unctad.org/resources-mainmenu-64/digital-library%3Ftask%3Ddl_doc%26doc_name%3D276_dtc_tnc+&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th, 2006 \(June, 1\).](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gpm05H5jRMk:https://vi.unctad.org/resources-mainmenu-64/digital-library%3Ftask%3Ddl_doc%26doc_name%3D276_dtc_tnc+&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th, 2006 (June, 1).)

อย่างไรก็ตาม อาเซียนได้ทำให้เกิดความชัดเจนขึ้น โดยกำหนดไว้ให้ “บริการโลจิสติกส์” มีความหมายที่ครอบคลุมถึงกิจกรรมด้านการยกขนส่งสินค้าที่ขนส่งทางทะเล บริการโกดังและคลังสินค้า บริการตัวแทนบริหารจัดการขนส่งสินค้า บริการเสริมอื่นๆ บริการจัดส่งพัสดุ บริการด้านการบรรจุภัณฑ์ บริการบริหารจัดการพิธีการศุลกากร บริการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศทั้งทางทะเล ทางราง ทางถนน และทางอากาศ ซึ่งเป็นความหมายที่ชัดเจนกว่าที่องค์การการค้าโลก และเป็นความหมายที่เน้นกิจกรรมเกี่ยวกับการขนส่งและการเก็บของในคลังสินค้าหรือโกดัง

เมื่อพิจารณาลักษณะธุรกิจบริการโลจิสติกส์ของไทย ก็เห็นว่ายังไม่มี ความชัดเจนเช่นกัน โดยผู้ประกอบการส่วนใหญ่ทำธุรกิจประเภทขนส่ง ซึ่งยังไม่ได้มีการผนวกรวมกิจกรรมอื่นๆ ให้มีลักษณะเป็นธุรกิจโลจิสติกส์อย่างเต็มรูป และแม้ว่าจะใช้คำว่า “โลจิสติกส์” หรือ “Logistics” ในชื่อทางการค้าของธุรกิจนั้น ก็ยังมีลักษณะของการให้บริการขนส่งสินค้ามากกว่า นอกจากนั้น ผู้ประกอบการโลจิสติกส์ส่วนใหญ่จะมีลักษณะของธุรกิจที่เป็นรูปแบบ 3PL ในประเภทของการรับเหมาช่วงบริการให้กับต่างชาติ ตัวอย่างเช่นบริษัท DHL, EXCEL, MAERCK Logistics หรือ TNT Logistics ในขณะที่ผู้ให้บริการส่วนหนึ่งจะเป็นประเภทให้เช่าสินทรัพย์ทางโลจิสติกส์เท่านั้น⁷

ทั้งนี้ ในอดีตที่ผ่านมาการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ของไทยทั้งในระดับภาครัฐและภาคเอกชน ถือว่ายังมีอยู่น้อยมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องแนวทางหรือรูปแบบที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมในการบริหารจัดการ หรือความสามารถในการบริหารจัดการโลจิสติกส์ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ปี พ.ศ.2548 เป็นต้นมา ซึ่งรัฐบาลไทยกำหนดให้การพัฒนาโลจิสติกส์เป็นวาระแห่งชาติ (National agenda) และจัดตั้งคณะกรรมการพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (กพข.) รวมทั้งจัดทำแผนการบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2548-2551 ซึ่งเน้นให้มีการพัฒนาระบบการบริหารจัดการขนส่งโลจิสติกส์ให้มีประสิทธิภาพ คุณภาพ และทันเวลา ก็ทำให้บริการโลจิสติกส์มีความสำคัญและได้รับการพัฒนามากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อได้มีการจัดตั้ง “สมาพันธ์โลจิสติกส์ไทย” (Thai Federation on Logistics) ขึ้นมาดูแลรับผิดชอบงานด้านการพัฒนาระบบโลจิสติกส์โดยตรง ซึ่งทำให้สามารถร่วมกันกำหนด “กรอบแผนแม่บทการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ของไทย” พร้อมกับได้วางประเด็นยุทธศาสตร์หลักไว้หลายประการ รวมทั้งการวางเป้าประสงค์ให้กฎหมาย ขอบบังคับ นโยบาย และกระบวนการให้บริการของหน่วยงานรัฐที่สนับสนุนกิจกรรมโลจิสติกส์ และการให้บริการของหน่วยงานรัฐทางด้านโลจิสติกส์มีมาตรฐานเทียบเท่าสากล

แต่แม้กระนั้นก็ตาม การพัฒนาระบบโลจิสติกส์ในไทยยังมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ อันมีสาเหตุมาจากปัจจัยหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นด้านความไม่พร้อมของโครงสร้างพื้นฐาน ระบบขนส่ง ระบบ

⁷ Henrik Malmborg and Alexander Richardson, *The Logistics Strategy for Wilson Logistics* (Graduate Business School, 2000), p. 6.

เชื่อมโยงข้อมูล และกระบวนการให้บริการของหน่วยงานภาครัฐ หรือเพราะผู้ประกอบการส่วนใหญ่ไม่มีความเข้าใจภาพรวมของการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เพราะขาดโอกาสในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร หน่วยงานต่างๆ ก็ยังขาดผู้ที่มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับระบบโลจิสติกส์ อีกทั้งกฎกติกาความร่วมมือระหว่างประเทศ และความร่วมมือว่าด้วยการขนส่งผ่านแดนและข้ามแดนยังไม่สามารถนำมาใช้ปฏิบัติได้อย่างแท้จริง⁸ ผู้ประกอบการไทยส่วนใหญ่ให้บริการด้านโลจิสติกส์ในกลุ่มที่เป็นการขนส่งเท่านั้น มีความเข้าใจที่ค่อนข้างจำกัด ในขอบเขตการให้บริการโลจิสติกส์ มีการนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้อย่างค่อนข้างจำกัด และไทยยังให้ความสำคัญกับการขนส่งสินค้าไปสู่ผู้บริโภคเท่านั้น โดยที่ไม่ได้มุ่งเน้นการลดต้นทุนสินค้าคงคลัง วัตถุดิบและสินค้าระหว่างการผลิต⁹

นอกจากนั้น เรื่องที่สำคัญของการเกิดปัญหาต่างๆ ดังกล่าวนี้อาจเริ่มต้น ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากปัญหาด้านนโยบายและกฎหมายที่ยังขาดความชัดเจนและครอบคลุม เนื่องจากกระบวนการโลจิสติกส์มีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงเป็นคลัสเตอร์ (Cluster) กับการค้าบริการและค้าสินค้าอื่นๆ อยู่มากมาย ทำให้ต้องจัดกลุ่มกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีค้าบริการโลจิสติกส์ออกเป็นสามกลุ่มใหญ่ๆ คือ ด้านคลังสินค้า ด้านการขนส่ง และด้านการเปิดเสรีการค้าบริการ ซึ่งแต่ละกลุ่มประกอบด้วยกฎหมายหลายฉบับ และแต่ละฉบับก็มีกฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และประกาศ) เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะกฎหมายกลุ่มด้านการขนส่ง ที่ประกอบด้วย การขนส่งทางถนน ทางราง ทางอากาศ ทางน้ำ และการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ รวมทั้งการขนส่งข้ามพรมแดน ในขณะที่การขนส่งทางน้ำประกอบด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมากที่สุดคือจำนวน 13 ฉบับ และแต่ละฉบับก็ประกอบด้วยกฎหมายลำดับรองเป็นจำนวนมาก

ทั้งนี้แม้ว่าภาครัฐพยายามที่จะแก้ไขปัญหาคความไม่ทันสมัยของกฎหมายด้วยการยกเลิกกฎหมายเก่าและออกกฎหมายใหม่มาใช้บังคับแทน แต่ความกระจัดกระจายของกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็ยังคงปรากฏอยู่ นอกจากนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะได้ลงนามผูกพันในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการสองฉบับคือ ความตกลง GATS และกรอบความตกลง AFAS เป็นเวลานานแล้ว ไทยก็ยังไม่ได้มีการพัฒนากฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีการค้าบริการโลจิสติกส์เท่าที่ควร

⁸ ปูน เทียงบุรณธรรม และคณะ, โครงการการศึกษาเบื้องต้นเพื่อเตรียมรองรับการพัฒนาเศรษฐกิจตามแนวเส้นทางระเบียงเศรษฐกิจตะวันออก - ตะวันออก กรณีโลจิสติกส์ด้านการค้าชายแดนและการค้าผ่านแดน, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550), หน้าบทคัดย่อ.

⁹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, โครงการการจัดทำเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ในภาคการขนส่งและโลจิสติกส์ [Online], available URL: <https://tdri.or.th/2012/11/a130/>, 2548 (มิถุนายน, 26).

ด้วยเหตุนี้ คำถามที่ใช้เพื่อการวิจัย (Research Questions) จึงมีอยู่ว่า “กฎหมายเพื่อการพัฒนาความสามารถในการแข่งขันธุรกิจให้บริการโลจิสติกส์มีปัญหาในประเด็นใด และจะมีมาตรการทางกฎหมายและนโยบายใดในการพัฒนาเพื่อส่งเสริมให้มีกฎหมายที่เหมาะสมต่อการพัฒนาโลจิสติกส์ของไทย” และเพื่อให้เกิดผลการวิจัยที่สามารถสนองต่อความต้องการของผู้ใช้ผลงานวิจัย โดยถือเอากฎหมายซึ่งนำมาศึกษาเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการพัฒนา จึงได้ตั้งวัตถุประสงค์ของการศึกษาไว้ดังนี้

- (1) เพื่อศึกษาภาพรวมของบริการโลจิสติกส์ระดับโลก ภูมิภาคอาเซียน และไทย โดยเชื่อมโยงหาความสัมพันธ์กับนโยบายและบทบาทภาครัฐและภาคเอกชนของไทย
- (2) เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและที่ได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีบริการโลจิสติกส์ตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการ
- (3) เพื่อเสนอแนะมาตรการทางนโยบายและกฎหมายที่ส่งผลต่อการพัฒนาโลจิสติกส์ของไทย

2. วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) ซึ่งใช้วิธีการวิจัยเชิงวิเคราะห์กฎหมาย (Legal analysis) และการรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-depth interview) แล้วนำมาผสมผสานข้อมูลกันอย่างต่อเนื่อง โดยประชากรที่ใช้ในการศึกษา (Population) แบ่งออกเป็นสองกลุ่ม คือ ภาครัฐและภาคเอกชนผู้ประกอบการ ซึ่งได้ถูกคัดเลือกมาเป็นผู้ให้ข้อมูลหลัก (Key informants) ได้เป็นจำนวน 64 ราย จากการเลือกแบบเฉพาะเจาะจง (Purposive sampling) และใช้เทคนิคขอให้บอกต่อผู้ให้ข้อมูลไล่สายกันไป (Snowball) เพื่อให้เกิดการแนะนำที่ต่อเนื่องไปจนกว่าจะได้ข้อมูลที่อิ่มตัว (Data saturation) ซึ่งถือเกณฑ์ความเป็นตัวแทนของประชากร (Representativeness) ที่เพียงพอต่อการให้ข้อมูล และให้ได้ผู้ให้ข้อมูลที่มีความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงเกี่ยวกับเรื่องที่ศึกษา

เครื่องมือที่ใช้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลคือแบบสัมภาษณ์ที่สร้างขึ้นเป็นคำถามปลายเปิดเพื่อการซักถามและได้ตอบให้ได้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์จากคำถามที่เตรียมไว้อย่างกว้างๆ ในเรื่องประเด็นคำถามด้านต่างๆ ดังนี้ (1) แผนแม่บทพัฒนาระบบโลจิสติกส์ (2) บทบาทภาครัฐและภาคเอกชนในการพัฒนาโลจิสติกส์ (3) ปัญหาและอุปสรรคต่อการพัฒนาโลจิสติกส์ (4) นโยบายเปิดเสรีการค้าบริการ (5) ความสามารถในการแข่งขัน และ (6) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาโลจิสติกส์

ข้อมูลที่เก็บรวบรวมได้จากการสัมภาษณ์ ได้นำมาจัดหมวดหมู่ สรุปความ และทำการสังเคราะห์ แยกแยะให้เข้ากลุ่ม จากนั้นได้ทำการวิเคราะห์ประกอบกับข้อมูลจากเอกสาร เพื่อ

ตรวจสอบข้อมูลซึ่งกันและกัน และเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สมบูรณ์ รวมทั้งได้ทำการตรวจสอบความถูกต้องเชื่อถือได้ของข้อมูลที่เก็บรวบรวมมาและของผลการวิเคราะห์ข้อมูลตามระเบียบวิธีการวิจัยทางกฎหมาย (Legal research methodology)

3. ผลการวิจัย

จากการเก็บรวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูล ทั้งที่เป็นการวิเคราะห์กฎหมายและที่เป็นข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ ทำให้งานวิจัยได้ข้อค้นพบตามวัตถุประสงค์การวิจัยที่ตั้งไว้ โดยสามารถแยกออกได้เป็นสามหัวข้อดังนี้

3.1 ภาพรวมของบริการโลจิสติกส์ระดับโลก ภูมิภาคอาเซียน และไทย โดยเชื่อมโยงหาความสัมพันธ์กับนโยบายและบทบาทหน่วยงานภาครัฐของไทย

ผลการวิจัยในด้านภาพรวมของบริการโลจิสติกส์ระดับโลก ภูมิภาค และอาเซียน และไทย พบว่าโลจิสติกส์ได้ทวีความสำคัญของในฐานะเป็นกลไกเชื่อมโยงเศรษฐกิจโลก และขับเคลื่อนเศรษฐกิจโลก เห็นได้จากมูลค่าสินค้าระหว่างประเทศที่มีการซื้อขายกัน โดยเฉลี่ยประเทศต่างๆ จะต้องนำเข้าวัตถุดิบประมาณร้อยละ 30 เพื่อนำมาใช้เป็นส่วนประกอบของสินค้าส่งออก อันแสดงถึงการเชื่อมโยงกันของห่วงโซ่มูลค่าทั่วโลก (Global value chains) โดยมีโลจิสติกส์เป็นปัจจัยสำคัญทำให้ระบบเศรษฐกิจโลกขับเคลื่อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกปัจจัยหนึ่งคือโครงสร้างการผลิตที่กระจายไปตามพื้นที่ภูมิศาสตร์ต่างๆ มากขึ้น เนื่องจากการเปิดเสรีทางการค้า ทั้งการลดภาษี การลดข้อจำกัดเชิงปริมาณในการนำเข้า และการขจัดปัญหาอัตราแลกเปลี่ยน ซึ่งทำให้ภาครัฐของหลายประเทศทั่วโลกได้กำหนดนโยบายส่งเสริมให้องค์กรเอกชนในประเทศของตนสามารถเข้าเป็นส่วนหนึ่งของห่วงโซ่มูลค่าในระดับโลก และพัฒนาระดับให้ผู้ประกอบการสามารถพัฒนาไปสู่ห่วงโซ่มูลค่าในระดับที่มีมูลค่าเพิ่มมากขึ้น

ข้อมูลจากธนาคารโลกซึ่งได้ทำการสำรวจขีดความสามารถของประเทศต่างๆ ทั่วโลกในด้านโลจิสติกส์การค้า (Trade logistics in the global economy) ในจำนวน 155 ประเทศ ได้ชี้ว่าทั่วโลกมีอัตราการเติบโตเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องในเรื่องการขนส่งสินค้า โดยเยอรมนีเป็นประเทศที่อยู่ในอันดับแรกของโลกในด้านความก้าวหน้าตามตัวชี้วัด (Logistics performance indicator: LPI) และแอฟริกาใต้เป็นประเทศที่อยู่ในอันดับหนึ่งของทวีป ในขณะที่จีนครองอันดับต้นในเขตภูมิภาคเอเชียตะวันออก อินเดียเป็นที่หนึ่งในเอเชียใต้ และบราซิลเป็นอันดับหนึ่งของละตินอเมริกา ส่วนประเทศไทยถูกจัดอยู่ในอันดับที่ 35 ในจำนวน 155 ประเทศ นอกจากนั้นรายงานดังกล่าวยังแสดง

ให้เห็นว่าข้อมูลประเทศที่ถูกจัดให้อยู่ในอันดับต้นๆ นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศที่มีรายได้สูง มีสถานะสำคัญต่อห่วงโซ่อุปทานโลกและภูมิภาค (Global and regional supply chains) มีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ มีการปรับปรุงระบบศุลกากรให้มีความทันสมัย รวมทั้งมีการพัฒนาศักยภาพของผู้ให้บริการโลจิสติกส์¹⁰

ในขณะที่สถานการณ์โลจิสติกส์ของอาเซียน พบว่าอาเซียนได้พัฒนาไปสู่การเป็นศูนย์กลางด้านโลจิสติกส์แห่งภูมิภาค โดยการเชื่อมโยงด้านเศรษฐกิจ และการค้าผ่านความตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) และความร่วมมือในกรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community – AEC) ประกอบกับภายในภูมิภาคอาเซียนอาเซียนเองยังมีความตกลงเขตเศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic Zones – SEZs) อีกหลายความตกลง เช่น แผนงานการพัฒนาเขตเศรษฐกิจสามฝ่าย อินโดนีเซีย – มาเลเซีย – ไทย (IMT – GT) และโครงการพัฒนาความร่วมมือทางเศรษฐกิจในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง (Greater Mekong Subregion - GMS) เป็นต้น นอกจากนี้สมาชิกอาเซียนยังมีความร่วมมือที่กว้างขวางกับประเทศอื่นๆ โดยมีความตกลงเขตการค้าเสรีกับจีน (ค.ศ.2009) ญี่ปุ่น (ค.ศ.2006) และเกาหลีใต้ (ค.ศ.2006) รวมถึงการขยายเขตการค้าเสรีเข้าร่วมกับอินเดีย ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ ในปี ค.ศ.2009 ผ่านความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ และเขตการค้าเสรีอาเซียน-อินเดีย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อาเซียนได้ตัดสินใจกำหนดให้โลจิสติกส์เป็นหนึ่งใน 12 สาขาเร่งรัดเพื่อการผลักดันให้เกิดการเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจในปี ค.ศ.2006 ซึ่งจัดเป็นสาขาใหม่ซึ่งเพิ่มเติมจาก 11 สาขาเดิมที่ได้กำหนดไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ.2003¹¹ และในปี ค.ศ.2007 เมื่ออาเซียนได้กำหนดแผนงานบริการโลจิสติกส์อาเซียน (The Roadmap for the Integration of Logistics Services) หลังจากได้มีการดำเนินการหารือร่วมกับภาครัฐ และเอกชนในภูมิภาค เพื่อให้เป็นไปตามแผนซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างให้เกิดตลาดร่วมในอาเซียน โดยการเสริมสร้างความแข็งแกร่งในความร่วมมือระหว่างสมาชิก และใช้มาตรการอำนวยความสะดวก บริการด้านโลจิสติกส์ รวมทั้งสนับสนุนการก่อตั้งและพัฒนาศักยภาพในการแข่งขันด้านการผลิตภายในอาเซียน

นอกจากนั้นผลการศึกษายังพบว่าอาเซียนมีการเติบโตในรายสาขา ทั้งที่เป็นการขนส่งทางเรือซึ่งมีปริมาณการขนส่งสินค้าทางเรือเพิ่มขึ้น (กัมพูชา อินโดนีเซีย สเปน. ลาว เมียนมาร์ ไทย

¹⁰The World Bank, **Connecting to Compete: Trade Logistics in the Global Economy. The Logistics Performance Index and Its Indicators (LPI)** [Online], available URL: http://siteresources.worldbank.org/TRADE/Resources/239070-1336654966193/LPI_2012_final.pdf, 2012 (June, 15).

¹¹ASEAN Secretariat, **Logistics Services** [Online], available URL: <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/category/logistics-services>, 2012 (June, 15).

และเวียดนาม มีความโดดเด่นตามลำดับ) และการขนส่งทางบกก็มีเครือข่ายเส้นทางหลวงอาเซียน (ASEAN highway network) ซึ่งเป็นโครงการเชื่อมโยงประเทศสมาชิกอาเซียน (AMSs) เข้าด้วย (ไทย สปป. ลาว และมาเลเซีย ได้รับประโยชน์มากกว่าประเทศอื่นๆ) ในขณะที่การขนส่งทางรางในประเทศสมาชิกกลับมีอัตราการเติบโตเฉลี่ยเพียงร้อยละ 3 ต่อปี (อินโดนีเซีย เวียดนาม ไทย มาเลเซีย มีความโดดเด่นตามลำดับ) ส่วนการขนส่งทางอากาศก็ได้ปรับตัวเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก โดยมีอัตราการเฉลี่ยอยู่ที่ร้อยละ 13.1 ต่อปี ท่าอากาศยานสำคัญหลายแห่งในภูมิภาคอาเซียนได้มีการก่อสร้างพัฒนา และขยายต่อเติม เพื่อรองรับปริมาณความต้องการของการขนส่งและโลจิสติกส์ที่เพิ่มมากขึ้น (สิงคโปร์ ไทย มาเลเซีย มีความโดดเด่นตามลำดับด้านการขนส่งสินค้าทางอากาศ)¹²

สำหรับสถานการณ์โลจิสติกส์ของไทย พบว่าทั้งภาครัฐและภาคเอกชนมีการตื่นตัวด้านนโยบายและแผนปฏิบัติการในทำนองเดียวกับเดียวกับหลายประเทศคือการพัฒนาศักยภาพในการเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการ และพัฒนาศักยภาพของทรัพยากรมนุษย์ โดยการใช้มาตรการส่งเสริมทางภาษี การปรับและพัฒนากฎหมาย การพัฒนาการศึกษา และทักษะ¹³ และเน้นปัจจัยที่สำคัญในการผลักดันให้ประเทศสามารถยกระดับห่วงโซ่มูลค่าของตนได้ คือประสิทธิภาพของระบบสนับสนุนการค้า (Trade facilitation) และบริการทางโลจิสติกส์ (Logistics services)¹⁴ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาสถานการณ์โลจิสติกส์ของไทย ตามรายงานของธนาคารโลก คือ Connecting to Compete: Trade Logistics in the Global Economy The Logistics Performance Index and Its Indicators (LPI)¹⁵ พบว่าสถานะการแข่งขันในช่วงปี พ.ศ.2550, 2553 และ 2555 ไม่เป็นที่น่าพอใจ โดยประเทศไทยมีการพัฒนาอุตสาหกรรมโลจิสติกส์ในระดับที่ลดลงจากเดิมเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะในมิติด้านการขนส่งระหว่างประเทศ ด้านโครงสร้างพื้นฐาน ด้านความสามารถในการทำธุรกิจของผู้ประกอบการ และด้านพิธีการศุลกากร ตามลำดับ

¹²The World Bank, **World Bank Data Indicators**. World Bank [Online], available URL: <http://data.worldbank.org/indicator>, 2013.

¹³World Economic Forum, **Outlook on the Logistics & Supply Chain Industry 2012** (Geneva: World Economic Forum, 2012), p. 8.

¹⁴Caroline Freund and Nadia Rocha, "What Constrains Africa's Exports?," **World Bank Economic Review** 25, 3 (2010), p. 3.

¹⁵The World Bank, **Connecting to Compete: Trade Logistics in the Global Economy. The Logistics Performance Index and Its Indicators (LPI)** [Online], available URL: http://siteresources.worldbank.org/TRADE/Resources/239070-1336654966193/LPI_2012_final.pdf, 2012 (June, 15).

ผลการศึกษาชี้ว่าสถานการณ์โลจิสติกส์โลก ภูมิภาคอาเซียน และของไทย มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงถึงกัน ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความตกลงระหว่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้น และมีความสัมพันธ์ต่อการกำหนดนโยบายและกฎหมายของไทยอย่างมีนัยสำคัญ เพราะรัฐบาลไทยตระหนักถึงความสำคัญของการพัฒนาระบบโลจิสติกส์และการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ผูกพันไว้ในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ จึงทำให้นโยบายมีความสัมพันธ์โดยตรงกับบทบาทของหน่วยงานรัฐและภาคเอกชน และกฎหมายมีความสัมพันธ์โดยตรงกับความตกลง GATS และกรอบความตกลง AFAS นอกจากนี้ ผลของการบังคับใช้กฎหมายและการนำนโยบายไปปฏิบัติของหน่วยงานรัฐก็มีความสัมพันธ์โดยตรงอันส่งผลกระทบต่อการพัฒนาหรือไม่พัฒนาของธุรกิจให้บริการโลจิสติกส์ของไทย

จากการวิเคราะห์เอกสารและความคิดเห็นของผู้ให้ข้อมูลหลัก ในเรื่องนโยบายและบทบาทภาครัฐ ทำให้สามารถสรุปผลการศึกษาได้ว่านโยบายการพัฒนาโลจิสติกส์ของรัฐบาล พ้นตำรวจโททักษิณ ชินวัตร มีความโดดเด่นมากและเป็นยุคเริ่มต้นของการให้ความสำคัญกับบริการโลจิสติกส์ แต่รัฐบาลในยุคต่อๆ มา ไม่มีความโดดเด่นมากนักและไม่มีความต่อเนื่องกัน แม้กระทรวงพาณิชย์และกระทรวงอุตสาหกรรมจะมีบทบาทสำคัญต่อการผลักดันให้มีการพัฒนาธุรกิจโลจิสติกส์ แต่ยังคงขาดการประสานงานและบูรณาการของแผนและยุทธศาสตร์ และต่างหน่วยงานก็บังคับใช้กฎหมายกันคนละฉบับ ต่างดำเนินงานตามโครงการและงบประมาณของตน ไม่มีความสอดคล้องประสานกันและกัน (Missing link) คงมีเพียงแต่กรมศุลกากรที่มีความโดดเด่นชัดเจนในการนำนโยบายด้านการพัฒนา โลจิสติกส์ไปปฏิบัติแล้วเกิดผลงานที่เป็นรูปธรรม และแสดงถึงการประสานงานเชื่อมโยงกับหน่วยงานอื่น โดยเริ่มใช้ระบบความทันสมัยของการเชื่อมโยงข้อมูลแนวใหม่ (National single window: NSW) ตั้งแต่ปี พ.ศ.2543 เป็นต้นมา และต่อมาในปี พ.ศ.2548 คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้กรมศุลกากรเป็นหน่วยงานหลักในการจัดตั้ง NSW และให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าหรือส่งออกให้ความร่วมมือ ซึ่งสร้างความพึงพอใจให้แก่ผู้ประกอบการและผู้ที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี

3.2 ปัญหากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีบริการโลจิสติกส์ตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการ

ผลการศึกษาพบว่าความตกลง GATS มีปัญหาหลายประการ ดังนี้

(1) ปัญหาเรื่องข้อกำหนดตามพันธกรณีทั่วไป ซึ่งเป็นเรื่องหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Most Favoured-Nation Treatment: MFN) ที่มีความยืดหยุ่นให้มีข้อยกเว้น (Exception) และการข้อยกเว้นไว้ (Exemption) จึงทำให้สมาชิกละเลยต่อการปฏิบัติตามหลัก MFN นอกจากนี้ สมาชิกก็ยังไม่พร้อมในการปฏิบัติตามหลักความโปร่งใส (Transparency) ส่วนหลักเรื่องสิทธิและ

หน้าที่ในการออกกฎระเบียบภายใน (Domestic regulatory) ก็เป็นปัญหาที่ถูกมองว่าเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งเชื่อมโยงไปถึงสิทธิในการออกมาตรการป้องกันฉุกเฉิน (Emergency safeguard measures: ESM)

(2) ปัญหารูปแบบและสาขาค้าบริการ ซึ่งความตกลง GATS แบ่งการบริการออกเป็น 4 รูปแบบ (Mode of Supply) มีความครอบคลุมบริการทั้งหมดและมีค่านิยมที่ใกล้เคียงกันมากในแต่ละรูปแบบ (โดยเฉพาะใน Mode 1 และ Mode 2) รวมทั้งมีการผูกติดกับปัญหาเรื่องการจัดตั้งค่านิยมเฉพาะในตารางข้อผูกพันที่ได้จัดแบ่งการค้าบริการออกเป็น 12 สาขา (Sectors) ในแต่ละสาขาบริการ ยังได้จัดแยกออกเป็นสาขาย่อย (Subsectors) และจากสาขาย่อยก็ได้แยกออกไปอีกเป็นกิจกรรม (Activities) ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับสาขาบริการนั้นๆ ซึ่งมีปัญหาหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความไม่ชัดเจนของบริการแต่ละสาขาที่ความซ้ำซ้อนกัน และส่งผลให้มีปัญหาในการตีความข้อผูกพันที่แต่ละประเทศสมาชิกได้จัดตั้งเงื่อนไขด้าน MA และ NT ไว้ และส่งผลต่อปัญหาของการยื่นข้อเสนอ/ข้อเรียกร้องตาม “Guidelines and the Procedures for the Negotiations on Trade in Services”

จากการที่กรอบความตกลง AFAS ได้นำหลักการของความตกลง GATS มาใช้ในลักษณะของ GATS Plus จึงถือได้ว่าปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาของความตกลง AFAS ในทำนองเดียวกัน แต่เนื่องจากประเทศไทยมีการเปิดตลาดเสรีบริการสาขาโลจิสติกส์ในกลุ่มอาเซียนมากกว่า โดยมีข้อจำกัดด้าน MA และด้าน NT น้อยกว่า จึงทำให้กรอบความตกลง AFAS ส่งผลกระทบต่อประเทศไทยมากกว่าความตกลง GATS ซึ่งผลการศึกษาพบว่ามีผลกระทบด้านความสามารถในการแข่งขันกับผู้ให้บริการต่างชาติทั้งในทางบวกและทางลบแล้วแต่กรณี และแล้วแต่ระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกด้วยตนเอง ผลกระทบอีกประการหนึ่งคือเรื่องการส่งเสริมจากภาครัฐ ผลการศึกษาพบว่าภาคเอกชนยังมีความไม่พอใจกับนโยบายรัฐในการส่งเสริมธุรกิจโลจิสติกส์ให้เพียงพอและทันต่อนโยบายการเปิดเสรีตามความตกลง GATS และ AFAS อย่างไรก็ดี ผลการศึกษาชี้ว่าการเปิดเสรีสาขาโลจิสติกส์ทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาคอาเซียนส่งผลกระทบในทางบวกต่อประเทศไทยในแง่ที่ว่าเป็นโอกาสหนึ่งของผู้ประกอบการที่จะเข้าถึงตลาดการให้บริการที่มีขนาดใหญ่ขึ้น และสร้างโอกาสในการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศได้เป็นอย่างมาก แต่ต้องมีการส่งเสริมให้พัฒนาระบบโลจิสติกส์ให้ครบวงจรและมีการส่งเสริมจากภาครัฐอย่างเป็นรูปธรรมและครบวงจร รวมทั้งการนำประโยชน์จากความตกลงว่าด้วยการค้าบริการมาใช้ให้เป็นผล

ในส่วนของการวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยจัดแบ่งกฎหมายออกเป็นสามกลุ่ม คือ กลุ่มกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจด้านคลั่งสินค้าและบรรจภัณฑ์ กลุ่มกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจด้านการขนส่งสินค้า และกลุ่มการเปิดเสรีทางการค้าบริการโลจิสติกส์ โดยคำนึงถึงเกณฑ์ที่ตั้งไว้ใน การตรวจสอบความเป็นกฎหมายที่ดีคือเรื่องดังต่อไปนี้ (1) ความชัดเจนของกฎระเบียบที่ใช้ในการ กำกับดูแล (2) ความยืดหยุ่นปรับตัวได้ของกฎหมายให้รองรับการเปลี่ยนแปลงของโลก (3) การบังคับใช้ กฎหมายที่เป็นธรรมและโปร่งใส การใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม (4) ความเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมการ แข่งขันที่เป็นธรรม และ (5) ความสอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการ

ผลการศึกษาพบว่ากฎหมายส่วนใหญ่ถือว่ามีลักษณะของกฎหมายที่ดีเพียงพอต่อการ นำไปบังคับใช้ส่งเสริมการพัฒนาธุรกิจโลจิสติกส์ได้ แต่ยังมีกฎหมายบางมาตรา/บางข้อของกฎหมาย ทั้งกฎหมายแม่และกฎหมายลำดับรองที่มีปัญหาเรื่องช่องโหว่ของกฎหมาย เรื่องการตีความกฎหมาย ไปในทางที่ไม่ถูกต้อง หรือการใช้อำนาจหรือใช้ดุลพินิจในทางที่ไม่เหมาะสม หรือไม่มีเกณฑ์ที่ น่าเชื่อถือได้ของการใช้อำนาจหรือดุลพินิจนั้นๆ ซึ่งสามารถสรุปปัญหากฎหมายของทั้งสามกลุ่มได้ ดังต่อไปนี้

3.2.1 ปัญหากฎหมายในกลุ่มกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจด้านคลั่งสินค้าและบรรจภัณฑ์

กฎหมายในกลุ่มนี้ประกอบด้วย

(1) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515

(2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 14 เก็บของใน

คลั่งสินค้า

(3) พระราชบัญญัติมาตราซึ่งตวงวัด พ.ศ.2542

(4) พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม และ

(5) พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ.2477

เมื่อพิจารณาในภาพรวม กฎหมายกลุ่มนี้ส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่ดีตามเกณฑ์ ดังกล่าวข้างต้น แต่ยังมีบางฉบับที่มีปัญหาอยู่บ้าง ดังต่อไปนี้

(1) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 และ ประกาศที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายนี้กำหนดให้การคลั่งสินค้าเป็นกิจการที่ต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ (ข้อ 5, 12) โดยถือว่าเป็นกิจการที่ต้องอยู่ในความควบคุม แต่เนื่องจากกฎหมายนี้ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้วจึงไม่ทันสมัย ดังจะเห็นได้จากบทกำหนดโทษในการฝ่าฝืนจัดตั้งคลั่งสินค้าโดยไม่ได้รับใบอนุญาต จะมีโทษเพียงจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ (ข้อ 16) และยังขาดความชัดเจนของเกณฑ์การกำกับดูแล โดยกำหนดไว้เพียงกว้างๆ ว่าให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายนี้เท่านั้น ซึ่งก็ได้มี

การออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง “กำหนดให้กิจการไซโลและกิจการห้องเย็นเป็นกิจการอันมีสภาพคล้ายคลึงกับกิจการคลังสินค้า และเงื่อนไขควบคุมกิจการดังกล่าว พ.ศ.2535” มาใช้บังคับในการควบคุมเพียงฉบับเดียว แต่ประกาศฉบับนี้ไม่ได้กำหนดถึง “คลังสินค้าทัณฑ์บน” ไว้ ซึ่งทำให้ไม่ครอบคลุมเพียงพอต่อการนำไปใช้บังคับกับคลังสินค้าทัณฑ์บนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับคลังสินค้าจึงค่อนข้างจะมีปัญหาเมื่อเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายศุลกากรดังกล่าว หรือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเก็บของในคลังสินค้า เพราะยังมีปัญหาในการตีความให้สอดคล้องกัน

ผลการวิจัยยังพบว่าประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การกำหนดเงื่อนไขควบคุมกิจการคลังสินค้า พ.ศ.2535 ไม่เกื้อหนุนต่อการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยเฉพาะการกำหนดประเภทของกิจการคลังสินค้าไว้ค่อนข้างแคบ (ข้อ 11) ขัดกับความจริงในทางปฏิบัติของธุรกิจคลังสินค้าซึ่งครอบคลุมบริการด้านการบริหารสินค้าคงคลัง หรือการให้คำปรึกษาด้านคลังสินค้า ทำให้ผู้ให้บริการโลจิสติกส์แบบครบวงจรไม่สามารถประกอบธุรกิจคลังสินค้าไปพร้อมกับธุรกิจด้านอื่นที่เกี่ยวข้องกับโลจิสติกส์ภายในองค์กรเดียวกันได้ ต้องใช้วิธีแยกธุรกิจด้านคลังสินค้าออกมาจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่แทน จึงเป็นการไม่เกื้อหนุนส่งเสริมการประกอบกิจการ นอกจากนั้น ยังมีข้อกำหนดเรื่องการนำเงินไปลงทุนหาผลประโยชน์ที่จำกัดให้ผู้ประกอบการคลังสินค้านำเงินไปลงทุนได้เพียงสามกรณี (ข้อ 6) คือ (1) การซื้อหลักทรัพย์ของรัฐบาลไทย (2) การซื้อหลักทรัพย์ขององค์กรรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจที่รัฐบาลค้ำประกัน หรือ (3) การถือหุ้นในบริษัทอื่น และกำหนดว่าเงินลงทุนจะต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของทุนชำระแล้ว และทุนสำรองของบริษัทและเงินที่ไปลงทุนถือหุ้นในบริษัทอื่นจะต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของทุนที่ชำระแล้วและทุนสำรองของบริษัท แต่ทั้งนี้ทั้งสามกรณีรวมกันจะต้องไม่เกินร้อยละ 30 ของทุนที่ชำระแล้วและทุนสำรองของบริษัท ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่ทำให้ผู้ประกอบการคลังสินค้านำเงินไปลงทุนขยายธุรกิจหรือทำธุรกิจอื่นไม่ได้ อันมีผลต่อต้านทุนในการประกอบกิจการ และยังเป็นการกีดกันผู้ประกอบการรายเล็กด้วย

นอกจากนั้น เนื่องจากธุรกิจบริการคลังสินค้าเป็นกิจการต้องห้ามในบัญชี 3 (21) ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งนักลงทุนต่างชาติจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อน จึงเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้ส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างประเทศในด้านคลังสินค้า ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งคือการกำกับดูแลกิจการคลังสินค้าของกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งไม่มีข้อกำหนดเรื่องขั้นตอนและกระบวนการปฏิบัติงานที่ชัดเจน เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจได้ จึงอาจทำให้เกิดความล่าช้าในการติดต่อประสานงานระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับผู้ประกอบการ และอาจก่อให้เกิดความไม่โปร่งใสของการบังคับใช้กฎหมายได้

ข้อสังเกต ในปี พ.ศ.2558 ปัญหาเหล่านี้ได้คลี่คลายไปได้โดยพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ.2558 โดยได้มีการกำหนดนิยามไว้อย่างชัดเจนถึงกิจการคลังสินค้าที่เป็นกิจการที่ต้องมีใบอนุญาต และได้เปลี่ยนอำนาจการอนุญาตจากรัฐมนตรีเป็นอธิบดีกรมการค้าภายใน (มาตรา 18) อีกทั้งยังกำหนดให้นำบทบัญญัติในประมวลแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเก็บของในคลังสินค้ามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับนี้ด้วย และมีการกำหนดขั้นตอนและกระบวนการปฏิบัติงานที่ชัดเจน เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจได้ และเกิดความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น รวมทั้งปรับบทลงโทษให้เพิ่มมากขึ้นด้วย จึงถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ดีและได้มีการแก้ปัญหาดังกล่าวมาข้างต้นอยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องการนำเงินไปลงทุนหาผลประโยชน์ของผู้ประกอบกิจการคลังสินค้าตามที่จำกัดไว้ในประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การกำหนดเงื่อนไขควบคุมกิจการคลังสินค้า พ.ศ.2535 นั้นยังคงมีอยู่ เนื่องจากยังไม่ได้มีการยกเลิกข้อกำหนดนี้แต่อย่างใด

(2) พระราชบัญญัติมาตราซึ่งตวงวัด พ.ศ.2542 และแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายนี้มีข้อกำหนดในการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับเครื่องชั่งตวงวัด และยกระดับมาตรฐานการกำกับดูแลเครื่องชั่งตวงวัดและสินค้าหีบห่อให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้มีแบบมาตราซึ่งตวงวัดเป็นสามแบบที่ต้องได้รับการตรวจสอบความเที่ยง (มาตรา 12) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการคลังสินค้า และเป็นกฎหมายที่มีปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมและโปร่งใส โดยเฉพาะเรื่องการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม เพราะให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มากเกินไปในการจัดให้มีแบบมาตราได้ หากว่าไม่อาจจัดหาแบบมาตราชั้นหนึ่ง (มาตรา 13) อีกทั้งยังให้อำนาจกำหนดชนิดและลักษณะของเครื่องชั่งตวงวัดให้กับผู้ประกอบการด้วย (มาตรา 16) ซึ่งอาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจที่ไม่ถูกต้องได้ ทั้งยังไม่มีข้อกำหนดให้ต้องตรวจสอบดุลพินิจในการจัดให้มีแบบมาตราชั้นหนึ่งอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะถือว่าสิ่งที่นำมาใช้แทนนั้นเป็นมาตราชั้นหนึ่งเสียเลย ซึ่งผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชนส่วนใหญ่เห็นว่าหากมีการตั้งคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญโดยตรงซึ่งอาจอยู่ในรูปของคณะกรรมการหรือหน่วยงานในการกำหนดชนิดและลักษณะของเครื่องชั่งตวงวัด ก็น่าจะเหมาะสมและเป็นประโยชน์กว่า

นอกจากนั้น การให้อำนาจเฉพาะสำนักงานกลางในการมีแบบมาตราชั้นสองไว้สำหรับใช้ตรวจสอบความเที่ยงของแบบมาตราชั้นสาม โดยไม่ได้ให้อำนาจสำนักงานสาขามีแบบมาตราชั้นสอง คงมีเพียงแบบมาตราชั้นสามใช้สำหรับความเที่ยงของเครื่องชั่งตวงวัดเท่านั้น (มาตรา 14) ก็ทำให้ผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชนมองว่าอาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่โปร่งใสได้ เนื่องจากมาตรฐานในการตรวจสอบการชั่งตวงวัดของสำนักงานกลางและสำนักงานสาขาแตกต่างกัน ค่าที่ได้ออกมาจึงอาจสร้างความไม่น่าเชื่อถือได้ ปัญหาอีกประการหนึ่งของกฎหมายนี้คือการให้อำนาจแก่ “นายตรวจชั่งตวงวัด” ในการใช้ดุลพินิจ (มาตรา 52-57) เช่น การทำลายเครื่องหมายคำรับรอง หากว่าตรวจพบเครื่องชั่งตวงวัดไม่ถูกต้อง หรือการให้อำนาจนายตรวจในการจับกุมหรือแจ้งตำรวจช่วยจับกุม โดยที่ไม่

มีการกำหนดเกณฑ์หรือขอบเขตของการใช้ดุลพินิจไว้ จึงทำให้ผู้ประกอบการเกิดความระแวงสงสัยว่า อาจมีการกลั่นแกล้งกันได้ โดยเฉพาะเมื่อไม่มีการส่งเจ้าหน้าที่ของสำนักชั่งตวงวัดทำการพิสูจน์ พยานหลักฐานเพื่อพนักงานสอบสวนอีกครั้ง จึงขึ้นอยู่กับการรวบรวมหลักฐานของนายตรวจเท่านั้น ซึ่งอาจไม่เป็นธรรมได้

ข้อสังเกต กฎหมายฉบับนี้ได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2557 (ฉบับที่ 3) โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายมาตรา และได้มีการออกประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่อง กำหนดแบบมาตราชั้นหนึ่งทางมวลตามพระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด พ.ศ.2542 (ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2559)) แต่ไม่ได้มีการแก้ไขในประเด็นที่เป็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นแต่อย่างใด

(3) พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม รวมทั้งประกาศที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องขาดความชัดเจนและความไม่ครอบคลุมของการ กำหนดประเภทของคลังสินค้าที่ได้รับสิทธิประโยชน์ และไม่ปรับตัวให้ทันสมัยกับสถานการณ์ปัจจุบัน ที่มีความก้าวหน้าทั้งด้านเศรษฐกิจและเทคโนโลยี และยังถือว่าเป็นความไม่เท่าเทียมในการส่งเสริม กิจการคลังสินค้า โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิประโยชน์ทางภาษี มีข้อกำหนดที่เป็นการกีดกันผู้ลงทุนราย เล็กซึ่งมีต้นทุนต่ำและมีศักยภาพการแข่งขันน้อย เนื่องจากประกาศกรมศุลกากรที่ 4/2547 เรื่อง ระเบียบเกี่ยวกับคลังสินค้าทัณฑ์บนทั่วไป กำหนดให้ต้องมีทุนจดทะเบียนชำระมูลค่าหุ้นแล้วไม่ต่ำกว่า 20 ล้านบาท (เฉพาะในเขตกรุงเทพมหานคร นนทบุรี ปทุมธานี นครปฐม ระยอง พระนครศรีอยุธยา สมุทรสาคร ฉะเชิงเทรา) หรือมีทุนจดทะเบียนชำระมูลค่าหุ้นแล้วไม่ต่ำกว่า 10 ล้านบาท (สำหรับเขต พื้นที่อื่น) หรือมีทุนจดทะเบียนชำระมูลค่าหุ้นแล้วตามจำนวนที่อธิบดีกรมศุลกากรเห็นว่าเหมาะสม

นอกจากนั้น ยังมีปัญหาเรื่องข้อกำหนดเงินเพิ่มที่ไม่มีเพดาน (มาตรา 112) ซึ่งทำให้ผู้ถูกประเมิน อาจถูกเรียกเก็บเงินเพิ่มเป็นจำนวนมาก แม้ว่าจะมีการนำเข้าของโดยสุจริตแต่ เกิดความผิดพลาดเรื่องพิกัดเสียภาษีศุลกากรน้อยกว่าความเป็นจริง ปัญหาอีกประการหนึ่งคือการ กำหนดรางวัลนำจับของที่หนีภาษีศุลกากร ซึ่งอาจเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ ถูกต้องเพื่อผลประโยชน์ได้ ประกอบกับปัญหาเรื่องพิธีการศุลกากรซึ่งมีขั้นตอนยุ่งยากเกี่ยวกับขั้นตอน การผ่านพิธีการ และการตรวจปล่อยของขาออก การดำเนินการของหน่วยงานตรวจปล่อย ยังเป็นสิ่งที่ ทำให้ถูกมองเรื่องความไม่โปร่งใสได้

กฎหมายศุลกากรยังมีปัญหาเรื่องไม่ความชัดเจนของกฎหมาย ในแง่ที่ กำหนดให้มีความแตกต่างจากการกระทำความผิดอาญาทั่วไป เพราะความผิดทางด้านศุลกากรเป็น ความผิดทางเทคนิค ฐานความผิดบางลักษณะยากแก่การพิสูจน์ในเรื่องเจตนา จึงไม่อาจนำหลักใน เรื่องกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา (Acto Exteriora Indicant Interiora Secreta) มาใช้ให้เกิดผลอย่างมีประสิทธิภาพ

ยากที่จะชี้ได้ว่าผู้นำเข้าหรือผู้ส่งออกมีเจตนาที่แท้จริงอย่างไร จึงได้กำหนดไว้ให้การกระทำบางอย่างที่พิสูจน์ได้ยากเป็นความผิดที่ไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2482 ว่า “การกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 และมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 นั้น ให้ถือว่าเป็นความผิดโดยมีพิกัดคำนึงว่าผู้กระทำความผิดหรือกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือหาไม่” อย่างไรก็ตาม การกระทำผิดตามมาตราอื่นๆ ยังคงต้องมีการประกอบในเรื่องเจตนากระทำความผิดตามหลักทั่วไปอยู่ ดังความที่ปรากฏในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2482 ที่ว่าหาได้ลบล้างองค์ประกอบความผิดที่ว่าจะต้องกระทำ “โดยเจตนาจะฉ้อภาษี” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 ให้สิ้นไปไม่ เนื่องจากมาตรา 27 อาจแยกแยะความผิดออกได้หลายฐาน แต่ละฐานเป็นความผิดสมบูรณ์ได้ในตัวเอง เช่น ฐานลักลอบหนีศุลกากร ฐานหลีกเลี่ยงอากร ฐานหลีกเลี่ยงข้อห้ามหรือกักตุนในการนำเข้าหรือส่งออก เป็นต้น โดยเฉพาะความผิดฐานหลีกเลี่ยงอากร ต้องมีการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ โดยจะต้องเป็นการฉ้อโกงค่าภาษีของรัฐบาลที่จะต้องเสียสำหรับของลักษณะนั้น จึงจะเป็นความผิด

ข้อสังเกต กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 แต่ยังคงบทบัญญัติเรื่องเงินเพิ่มที่ไม่มีเพดานไว้อยู่ (มาตรา 22) และได้เพิ่มเติมให้เงินเพิ่มอาจลดลงได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง นอกจากนี้ ประกาศกรมศุลกากรที่ 4/2547 ก็ยังคงใช้บังคับอยู่ตามบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 มาตรา 262

(4) พระราชบัญญัติไปรษณีย์ พ.ศ. 2477 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายนี้มีข้อกำหนดให้กิจการไปรษณีย์จัดทำได้โดยรัฐเท่านั้น (มาตรา 5) โดยครอบคลุมถึงการรับส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ซึ่งรวมถึงจดหมาย หรือแบบสินค้า ของตีพิมพ์ทุกชนิด หรือวัตถุอย่างอื่นที่นำมาใช้ในการสื่อสารทางไปรษณีย์ (มาตรา 4) ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงกิจการพัสดุภัณฑ์ซึ่งเป็นธุรกิจให้บริการขนส่งพัสดุที่มีน้ำหนักเกินกว่าสองกิโลกรัมก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกิจการไปรษณีย์ภัณฑ์และพัสดุภัณฑ์มักจะดำเนินการควบคู่ไปด้วยกัน ซึ่งผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชนให้ความเห็นว่าการดำเนินงานเช่นนี้ส่งผลต่อต้นทุนการประกอบการของภาคเอกชนได้ด้วย และเห็นว่าหากจะลงทุนในกิจการด้านส่งสินค้าประเภทพัสดุภัณฑ์ ก็จะเป็นการแข่งขันที่เสียเปรียบภาครัฐที่มีต้นทุนต่ำกว่า จึงเสนอให้กำหนดให้ชัดเจนว่าการไปรษณีย์ไม่รวมถึงพัสดุภัณฑ์ด้วย ดังนั้นจึงถือว่ากฎหมายนี้ไม่มีลักษณะเป็นการเกื้อหนุนส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม และเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทั้งของคนไทยและคนต่างชาติในด้านการขนส่งสินค้าประเภทพัสดุภัณฑ์

กล่าวโดยรวม กฎหมายในกลุ่มคลังสินค้ายังมีความไม่สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการ เพราะยังมีข้อจำกัดสำหรับคนต่างชาติอยู่ แต่กฎหมายเหล่านี้ก็ยังไม่ได้รับผลกระทบจากการผูกพันของไทยตามความตกลง GATS และกรอบความตกลง AFAS และไม่ส่งผลมากนักต่อ

การแข่งขันอย่างเป็นทางการไทยกับต่างชาติ เพราะต่างชาติลงทุนในธุรกิจนี้ได้อยู่แล้วโดยการเข้าพื้นที่คลังสินค้า แต่จะไม่ลงทุนสร้างคลังสินค้าเอง เพราะมีข้อติดขัดด้านการถือครองตามกฎหมายที่ดิน อย่างไรก็ตาม ธุรกิจด้านคลังสินค้านี้ยังได้รับผลกระทบจากกฎหมายในเรื่องพิธีการศุลกากร ซึ่งครอบคลุมทั้งเรื่องพิกัดภาษีนำเข้าและค่าธรรมเนียมต่างๆ การขอใบอนุญาตนำเข้าส่งออกสินค้า การขอใบรับรองกว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า รวมทั้งด้านการตรวจสอบมาตรฐานสุขอนามัยพืชและสัตว์ ของอันตราย หรือมาตรฐานผลิตภัณฑ์ ฯลฯ ซึ่งผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่ากฎหมายฉบับเช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 และกฎหมายไปรษณีย์ รวมทั้งกฎหมายลำดับรองบางฉบับ มีความล้าสมัยและใช้มานานเกินไปแล้ว ขณะเดียวกันก็มีอยู่กระจัดกระจายไม่จัดรวมเข้าอยู่ในเล่มเดียวกัน ทำให้ยากแก่การปฏิบัติงานและการนำไปบังคับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายศุลกากรและประกาศต่างๆ ของกรมศุลกากรและกระทรวงการคลัง อีกทั้งกฎหมายที่มีอยู่กระจัดกระจายและอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานต่างๆ ทำให้ผู้ประกอบการโลจิสติกส์ซึ่งดำเนินกิจกรรมหลากหลายต้องมีภาระ เวลา และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ทั้งในช่วงเริ่มก่อตั้งธุรกิจจนถึงเวลาที่ดำเนินธุรกิจ เช่น การประกอบธุรกิจในกลุ่มตัวแทนบริหารจัดการขนส่ง ต้องติดต่อกับกรมศุลกากร การประกอบธุรกิจในกลุ่มให้บริการขนส่งสินค้าต้องติดต่อกับกระทรวงคมนาคม การประกอบธุรกิจในกลุ่มให้บริการพิธีการศุลกากรต้องติดต่อกับกรมศุลกากร การประกอบธุรกิจในกลุ่มให้บริการคลังสินค้าต้องติดต่อกับกรมการคลังภายใน การประกอบธุรกิจในกลุ่มให้บริการบรรจุหีบห่อสินค้าต้องติดต่อกับกระทรวงอุตสาหกรรม และการประกอบธุรกิจในกลุ่มให้บริการจัดส่งพัสดุและเอกสารต้องติดต่อกับกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม เป็นต้น

3.2.2 ปัญหากฎหมายในกลุ่มกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจด้านการขนส่งสินค้า

กฎหมายในกลุ่มนี้ครอบคลุมกฎหมายหลายฉบับดังต่อไปนี้

(1) การขนส่งทางถนน (พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติการรับขนส่งทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ.2556)

(2) การขนส่งทางราง (ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ.2515 พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464 และพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494)

(3) การขนส่งทางอากาศ (พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.2497 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติต่ออากาศยานที่กระทำผิดกฎหมาย พ.ศ.2519 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย พ.ศ.2522 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม)ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ประกาศ ณ วันที่ 26 มกราคม 2515 พระราชบัญญัติว่า

ด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ พ.ศ.2521 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเป็นโจรสลัด พ.ศ.2534)

(4) การขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ และการขนส่งข้ามพรมแดน (พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ.2548 และพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ.2556)

(5) การขนส่งทางน้ำ ประกอบด้วยกฎหมายหลายฉบับมาก ดังนี้

- พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 และแก้ไขเพิ่มเติม
- พระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช 2481 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2550
- พระราชบัญญัติส่งเสริมการพาณิชย์นาวี พ.ศ.2521 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2)

พ.ศ.2548

- พระราชบัญญัติการกักเรือ พ.ศ.2534
- พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534
- พระราชบัญญัติป้องกันเรือโดนกัน พ.ศ.2522
- พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดบางอย่างในการขนส่งสินค้าขาออกทางเรือ

พ.ศ.2511

- พระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ.2550
- พระราชบัญญัติการจํานองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537
- พระราชบัญญัติการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปจากภัยอันตรายในการเดินเรือ

พ.ศ.2547

- พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งและค่าเสียหายจากเรือโดนกัน พ.ศ.2548
- พระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม
- พระราชบัญญัติสภาพผู้ส่งสินค้าทางเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ.2537

เห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมาก และแต่ละฉบับก็ยังมีกฎหมายลำดับรองออกมาบังคับใช้อีกเป็นหลายฉบับด้วย ซึ่งส่วนใหญ่ก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่ดีตามเกณฑ์ของการตรวจสอบกฎหมายในงานวิจัยนี้ แต่ยังมีบางฉบับที่เป็นปัญหาต่อการพัฒนาธุรกิจบริการโลจิสติกส์อยู่บ้าง ดังต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 และกฎกระทรวง ระเบียบที่เกี่ยวข้องกฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนด้านการกำหนด “ประเภทของใบอนุญาตประกอบการขนส่งระหว่างประเทศ” (มาตรา 25, 27) โดยครอบคลุมถึงเฉพาะการขนส่งระหว่างประเทศและในต่างประเทศที่รัฐบาลไทยและรัฐบาลต่างประเทศตกลงกันยอมรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งระหว่างประเทศซึ่งกันและกันเท่านั้น (มาตรา 23, 24) ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการ

ลงทุนก่อตั้งหรือขยายกิจการของผู้ให้บริการขนส่งระหว่างประเทศ และกฎหมายนี้ยังมีความไม่ทันสมัย ไม่ยืดหยุ่นปรับตัวให้ทันกับเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้าทันสมัยเพิ่มขึ้นกว่าในอดีตอย่างมาก เพราะกำหนดให้ “การขนส่งส่วนบุคคล” คือ “การขนส่งเพื่อการค้าหรือธุรกิจของตนเองด้วยรถที่มีน้ำหนักเกินกว่า 1,600 กิโลกรัม” (มาตรา 3, 6) ซึ่งไม่สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้าไปมาก และมีแนวโน้มจะพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว อีกทั้งยังมีบทบัญญัติที่ห้ามยานพาหนะที่ได้รับใบอนุญาตให้ใช้ประกอบการขนส่งในเส้นทางหนึ่งไปใช้ทำการขนส่งในอีกเส้นทางหนึ่งที่ได้รับใบอนุญาตในลักษณะหมุนเวียน (มาตรา 39) ซึ่งผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชนเห็นว่าทำให้การดำเนินธุรกิจไม่คล่องตัว

กฎหมายนี้ยังขาดลักษณะกฎหมายที่ดี ในแง่ที่ว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เหมาะสม อันสืบเนื่องมาจากการกำหนดให้องค์ประกอบของ “คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง” ทั้งหมดเป็นผู้แทนที่มาจากหน่วยงานภาครัฐ โดยไม่มีตัวแทนจากเอกชน และแม้ว่าจะมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่รัฐมนตรีแต่งตั้งขึ้น ก็ไม่ได้มีข้อกำหนดว่าต้องมาจากภาคเอกชนเท่านั้น (มาตรา 16) จึงส่งผลให้การกำหนดกฎกติกาอยู่บนพื้นฐานความไม่เข้าใจในธุรกิจการขนส่งทางบกอย่างแท้จริง ทำให้ไม่สามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประการสำคัญคือกฎหมายนี้ยังมีบทบัญญัติที่ไม่เกื้อหนุนต่อการส่งเสริมธุรกิจให้บริการโลจิสติกส์ กล่าวคือยังมีบทบัญญัติที่ควบคุมเคร่งครัดเกินไปจนทำให้เกิดความลำบากแก่ผู้ถูกกำกับดูแลซึ่งเป็นผู้ให้บริการ โดยเฉพาะการกำหนดเงื่อนไขด้านสัญชาติของผู้ขอใบอนุญาตเป็นผู้ประจำรถ (ผู้ขับรถ ผู้เก็บค่าโดยสาร นายตรวจ) ว่าต้องมีสัญชาติไทยเท่านั้น (มาตรา 96) ในขณะที่ปัจจุบันแรงงานไทยไม่ให้ความสนใจในการทำงานเป็นผู้ประจำรถ ผู้ประกอบการจึงมีความต้องการใช้แรงงานต่างชาติมาเป็นผู้ประจำรถอยู่ด้วย

กฎหมายนี้ถือว่าขัดกับหลักการเปิดเสรีใน Mode 3 (เรื่องข้อจำกัดด้านการจัดตั้งองค์กรธุรกิจภายในไทย) คือกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นคนไทยไว้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 สำหรับการประกอบการขนส่งระหว่างประเทศประเภทการขนส่งประจำทาง (ซึ่งเท่ากับต้องห้ามนิติบุคคลต่างชาติ) รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดในด้านสัญชาติและการจัดตั้งธุรกิจ กล่าวคือหากนิติบุคคลต่างชาติจะต้องมีสำนักงานสาขาหรือสำนักงานตัวแทนที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยและตั้งอยู่ในประเทศไทยด้วย และกำหนดว่าผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยสารต้องมีสัญชาติไทยหรือต้องเป็นนิติบุคคลไทยเท่านั้น (มาตรา 24) และยังห้ามยานพาหนะที่จดทะเบียนในต่างประเทศมาใช้ประกอบการขนส่งในประเทศไทย เว้นแต่ในกรณีที่เป็นไปเพื่อการขนส่งระหว่างประเทศและได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนแล้ว (มาตรา 26) นอกจากนั้น ยังให้อำนาจคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางกำหนดเงื่อนไขเรื่องจำนวนผู้ประกอบการขนส่ง และผู้ประกอบการจัดการขนส่งจำนวนรถสำหรับการขนส่งประจำทาง และเส้นทางขนส่ง อีกทั้งยังกำหนดข้อจำกัดด้านสัญชาติ

ของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบการไว้ในมาตรา 24 และ 118 ด้วย (แม้ว่ากฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการออกประกาศยกเว้นคุณสมบัติตามความจำเป็นหรือมีเหตุพิเศษเป็นการเฉพาะรายได้ก็ตาม)

ข้อสังเกต กฎหมายนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงฉบับที่ 13 ปี พ.ศ. 2557 ซึ่งได้แก้ปัญหาเรื่องการใช้ใบอนุญาตในลักษณะหมุนเวียน โดยให้สามารถทำได้เมื่อได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากนายทะเบียน (มาตรา 39/1) ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องดี และยังมีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 15/2560 เรื่อง มาตรการเพิ่มความปลอดภัยในรถโดยสารสาธารณะ โดยกำหนดเรื่องการจัดทำประกันภัยเพิ่มเติมกับรถโดยสารสาธารณะ แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่ออกมาเพื่อแก้ปัญหาส่วนอื่นที่งานวิจัยชี้ไว้ข้างต้น

(2) พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายนี้ถือว่ามีความไม่ทันสมัย ไม่ยืดหยุ่นปรับตัวให้ทันเทคโนโลยียานยนต์ เพราะกำหนดเรื่องน้ำหนักและความเร็วของรถไว้ โดยห้ามใช้ยานพาหนะที่มีน้ำหนักเพลาเกินกว่าที่ได้กำหนดไว้วิ่งบนทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดินและทางหลวงสัมปทาน (มาตรา 61 และประกาศผู้อำนวยการทางหลวงพิเศษ ผู้อำนวยการทางหลวงแผ่นดิน และผู้อำนวยการทางหลวงสัมปทาน เรื่อง ห้ามใช้ยานพาหนะที่มีน้ำหนัก น้ำหนักบรรทุกหรือน้ำหนักลงเพลาเกินกว่าที่ได้กำหนด หรือโดยที่ยานพาหนะนั้นอาจทำให้ทางหลวงเสียหาย เดินบนทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดินและทางหลวงสัมปทาน) และกำหนดอัตราความเร็วของยานพาหนะที่ขับขึ้นทางหลวงชนบท เช่นรถพ่วง ใช้ความเร็วไม่เกินชั่วโมงละ 60 กิโลเมตร รถบรรทุกที่มีน้ำหนักรวมทั้งน้ำหนักบรรทุกเกิน 1,200 กิโลกรัม ใช้ความเร็วไม่เกินชั่วโมงละ 80 กิโลเมตร อันเป็นข้อจำกัดในการลดระยะเวลาการขนส่งสินค้าให้ถึงมือลูกค้า (กฎกระทรวงฉบับที่ 2 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542) ซึ่งผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชนมองว่าเป็นอุปสรรคกับการดำเนินธุรกิจขนส่งในปัจจุบัน โดยเห็นว่าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ได้มีความสัมพันธ์กับเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้ข้อมูลภาครัฐมองว่าเป็นความเหมาะสมแล้วเพราะจะช่วยป้องกันการเกิดอุบัติเหตุบนท้องถนนได้)

(3) พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวง ประกาศที่เกี่ยวข้อง

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องความไม่ยืดหยุ่นปรับตัวทำให้ไม่สามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีทันสมัยหรืออุตสาหกรรมการผลิตรถยนต์ จนมีผลทำให้ขนาด น้ำหนัก วัตถุประสงค์ในการใช้งานไม่สอดคล้องกับกฎหมายปัจจุบัน เพราะกฎหมายมีข้อกำหนดให้เจ้าของรถที่ยื่นขอจดทะเบียนต้องมีขนาดของรถตามเกณฑ์ คือ ขนาดของรถที่จะใช้เดินบนทางหลวง ต้องมีส่วนกว้างไม่เกิน 2.40 เมตร ความยาวสำหรับรถยนต์วัดจากหน้าหม้อหรือกันชนถึงหลังรถไม่เกิน 8.50 เมตร (ความยาวสำหรับรถพ่วงรถยนต์ไม่เกิน 6 เมตร) และต้องเป็นไปตามอัตราการใช้บรรทุกของรถแต่ละประเภท รวมทั้งการนำรถออกนอกราชอาณาจักร ก็ต้องได้รับอนุญาต

จากนายทะเบียน การใช้รถก็ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เรื่องขนาดและน้ำหนักของรถ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 26 เมื่อ พ.ศ.2503 ที่กำหนดให้ขนาดกว้าง (ไม่เกิน 2.40 เมตร) ยาว (ไม่เกิน 6 เมตร) และ น้ำหนักของรถที่จะใช้เดินบนทางหลวงโดยรถ เป็นต้น

นอกจากนั้น ยังมีปัญหาเรื่องการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่โปร่งใสและ การใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม เพราะเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ดุลพินิจกำหนดความผิดต่อผู้ฝ่าฝืน กฎหมายได้ โดยกฎหมายไม่ได้มีการกำหนดเกณฑ์หรือกรอบของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ไว้ โดยเฉพาะในการบรรทุกน้ำหนักเกินหรือขับรถเร็วกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งส่งผลให้ เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจในการดำเนินการตรวจสอบควบคุมและกำกับดูแล และบางรายอาจไม่ ดำเนินการอย่างจริงจัง อันอาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในทางที่ไม่ชอบเพื่อเรียก หรือรับเงินจาก ผู้ประกอบการให้ไม่ต้องถูกบังคับใช้กฎหมาย ปัญหาในทางปฏิบัติอีกประการหนึ่งคือการที่กฎหมาย ไม่ได้ให้อำนาจแก่ผู้ตรวจการหรือนายทะเบียนในการยึดแผ่นป้ายทะเบียนรถคืนกรณีที่มีการนำรถ ที่หมดอายุการใช้งานมาใช้ในท้องถนน และในการเรียกเจ้าของรถหรือผู้ขับรถมาให้อภัยค่าชี้แจง แสดงข้อเท็จจริง กรณีที่มีผู้ร้องเรียน จึงส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และทำให้เกิด ความยากลำบากแก่ผู้บังคับใช้กฎหมาย

ข้อสังเกต กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 17 พ.ศ.2557 แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติอันเป็นการแก้ไขปัญหาที่งานวิจัยชี้ไว้ดังกล่าวข้างต้นแต่อย่างใด และยังคงบังคับ ใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 26 พ.ศ.2503 ดังกล่าวอยู่ด้วย

(4) พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 และฉบับแก้ไข เพิ่มเติม และพระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายจัดวางการรถไฟและทางหลวงมีปัญหาเรื่องความไม่ทันสมัย เพราะกำหนดความรับผิดชอบของการรถไฟแห่งประเทศไทยในการชดเชยค่าเสียหายสำหรับสัมภาระของ ผู้โดยสาร ห่อวัตถุ หรือสินค้าที่ได้ลงบัญชีประกันและได้ออกใบรับ โดยรับผิดชอบในจำนวนเงินที่ ต่ำมากไม่เหมาะสมกับราคาของปัจจุบัน เช่นรับผิดชอบจำกัดไม่เกินห่อละ 100 บาท หรือค่าขนส่งมัดตัวหนึ่ง ไม่เกินกว่า 100 บาท เป็นต้น (มาตรา 50, 53, 55, 57) นอกจากนี้ กฎหมายการรถไฟยังมีความไม่ สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการ เพราะกำหนดข้อจำกัดที่มีองค์ประกอบด้านสัญชาติไว้ โดย ให้การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจที่จะจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบ ธุรกิจเกี่ยวกับกิจการรถไฟและธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการรถไฟ โดยบริษัทดังกล่าวจะมีคนต่างด้าว ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน ของบริษัทนั้นไม่ได้ (มาตรา 9 (10) และมาตรา 39)

(5) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 พ.ศ.2515 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางราง

ประกาศนี้มีข้อกำหนดอันเป็นการขัดขวางต่อการเปิดเสรีเพราะกำหนดและให้การรถไฟแห่งประเทศไทยเป็นหน่วยงานรับผิดชอบระบบขนส่งทางรางในประเทศไทย ในลักษณะการผูกขาด โดยถือเป็นกิจการสาธารณูปโภค จึงเป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักการเปิดเสรี และทำให้ไม่อาจส่งเสริมการลงทุนของต่างชาติในกิจการบริการขนส่งทางรถไฟ

(6) พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 และแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ใช้มานานแต่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่องหลายครั้ง แต่ละครั้งก็มีการปรับให้ทันสมัย เช่น มีการปรับปรุงแก้ไขกำหนดทางเดินเรือ เขตท่าเรือ เขตจอดเรือ และเขตควบคุมการเดินเรือไว้อย่างชัดเจน มีการระบุหน้าที่นายเรือเมื่อเวลาเรือเข้ามาหรือออกจากน่านน้ำไทย ขออนุญาตใช้ท่าเรือ หรือขออนุญาตปลูกสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำ อย่างไรก็ดี กฎหมายนี้มีรายละเอียดมากเกินไปจนทำให้เกิดความเข้าใจยาก และยังใช้ถ้อยคำภาษากฎหมายสมัยเดิมอยู่หลายมาตราโดยไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้ด้วย

ข้อสังเกต กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงฉบับที่ 17 พ.ศ.2560 โดยให้อำนาจเจ้าท่าในการดำเนินการเกี่ยวกับอาคารหรือสิ่งอื่นใดที่ปลูกสร้าง ในการตรวจและออกใบสำคัญสำหรับเรือ และออกหนังสือสำคัญประจำตัวคนประจำเรือ รวมทั้งเพิ่มบทกำหนดโทษ แต่กฎหมายที่เพิ่มเติมนี้ก็ยังไม่ได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวมาข้างต้น

(7) พระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช 2481 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายนี้มีบทบัญญัติอันขัดกับหลักการเปิดเสรี ในแง่ที่ว่ากำหนดองค์ประกอบอันเป็นเงื่อนไขด้านสัญชาติของบุคคลหรือนิติบุคคลไว้ สำหรับการเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยซึ่งทำการค้าในน่านน้ำไทย (มาตรา 7) และสำหรับการเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในเรือไทยซึ่งใช้ประกอบการขนส่งระหว่างประเทศโดยเฉพาะ โดยไม่ทำการค้าในน่านน้ำไทย (มาตรา 7 ทวิ) แต่เงื่อนไขข้อนี้ก็มีข้อยกเว้นอยู่สองประการ คือ 1) ไม่นำมาใช้หากมีความตกลงกับต่างประเทศไว้โดยเฉพาะ (มาตรา 47) และ 2) รัฐมนตรีใช้อำนาจอนุญาตให้เรือที่ไม่เข้าเงื่อนไขนั้นสามารถทำการค้าในน่านน้ำไทยได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด (มาตรา 47 ทวิ) ดังนั้นจึงถือได้ว่ากฎหมายเปิดช่องให้บุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาติสามารถเข้ามาประกอบกิจการในไทยได้ จึงไม่เป็นการขัดกับหลักการเปิดเสรีใน Mode 3 (การเปิดให้ต่างชาติลงทุนจัดตั้งองค์กรธุรกิจ) อย่างไรก็ตาม การที่มาตรา 7 ทวิ ปิดกั้นคนต่างชาติในการเข้าถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ได้เพียงไม่เกินร้อยละ 30 ก็ส่งผลให้ผู้ประกอบการที่มีคนต่างชาติถือหุ้นข้างมากให้ความสนใจไปลงทุนและจดทะเบียนเรือที่ประเทศอื่นที่เปิดโอกาสการถือหุ้นให้มากกว่าในประเทศไทย

นอกจากนั้น กฎหมายนี้ยังมีบทบัญญัติที่ขัดต่อการเปิดเสรีเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาตาม Mode 4 เพราะมาตรา 50 กำหนดให้เรือไทยที่จดทะเบียนซึ่งทำการค้าในน่านน้ำไทยจะต้องมี “คนประจำเรือสัญชาติไทย” ทุกคน และให้เรือไทยซึ่งใช้ประกอบการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศต้องมีอัตราส่วนของบุคคลสัญชาติไทยเป็นคนประจำเรือด้วย

(8) พระราชบัญญัติส่งเสริมการพาณิชย์นาวิ พ.ศ.2521 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องความเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม เพราะมีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการแข่งขัน โดยการกำหนดให้การขนส่งของทางทะเลระหว่างประเทศของไทย ต้องใช้บริการขนส่งโดยเรือไทยไม่น้อยกว่าอัตราส่วนของปริมาณของและของค่าระวางที่มีการขนส่งระหว่างกันตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา (มาตรา 16) และกำหนดให้หน่วยราชการที่ส่งของหรือนำเข้าของมาจากต่างประเทศโดยใช้เงินกู้จากแหล่งเงินกู้ของทางราชการ องค์กรของรัฐ หรือบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ในเส้นทางที่มีเรือไทยเดินอยู่และสามารถให้บริการรับขนได้ ต้องบรรทุกโดยเรือไทยเท่านั้น (มาตรา 17) นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่เป็นการขัดกับหลักการเปิดเสรี เพราะมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติโดยกำหนดมาตรการส่งเสริมพาณิชย์นาวิให้เฉพาะผู้ถือหุ้นนิติบุคคลที่ประกอบการขนส่งของทางทะเลและที่ถือกรรมสิทธิ์เรือไทยหรือที่ประกอบกิจการอยู่เรือตามที่กำหนดได้รับยกเว้นหรือลดอัตราภาษีเงินได้สำหรับเงินปันผลที่ได้รับจากนิติบุคคลดังกล่าว (มาตรา 16 (2)) อีกทั้งกรณีเป็นสัญญาเช่าซื้อเรือ เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจะต้องยื่นหลักฐานที่แสดงถึงการใช้หรือจะใช้นักประจำเรือที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ทำการในเรือนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 และต้องมีการจ้างงานท้องถิ่นด้วย (ประกาศกระทรวงคมนาคมเรื่องหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตเช่าและใช้เรืออื่นที่มีใช้เรือไทยในการประกอบการขนส่งทางทะเล) ซึ่งถือว่าขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ (NT) จึงเป็นข้อกำหนดที่ไม่สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีตามความตกลง GATS และกรอบความตกลง AFAS

(9) พระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ.2494 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องความไม่เกื้อหนุนส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและขัดกับหลักการเปิดเสรีด้วย คือมีกำหนดให้ผู้ประกอบการรับขนส่งสินค้าและตู้สินค้าเข้าออกจากเขตศุลกากรท่าเรือกรุงเทพต้องมีสัญชาติไทย และหากเป็นนิติบุคคลก็ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย โดยต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้น ทุน และเงื่อนไขด้านการกรรมการต่างชาติที่ต้องมีสัญชาติไทยเกินครึ่งของกรรมการทั้งหมด รวมทั้งกำหนดว่าต้องมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาท (ระเบียบการทำเรือแห่งประเทศไทย ว่าด้วยการขอใบอนุญาตขนส่งของและพาชนะขนส่งเข้าออกจากท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ.2551 และ ประกาศการทำเรือแห่งประเทศไทย

เรื่อง การขออนุญาตประกอบการรับจ้างขนส่งสินค้า และตู้สินค้าขาเข้าออกจากเขตศุลกากรท่าเรือกรุงเทพ) นอกจากนั้นการทำเรือฯ จะจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขว่า จะมีคนต่างด้าวถือหุ้นในบริษัทนั้นเกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนนั้นไม่ได้ (มาตรา 9) ประการสำคัญคือมีการเลือกปฏิบัติให้การทำเรือแห่งประเทศไทย (ททท.) ได้รับสิทธิพิเศษยกเว้นการเสียภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรหรือค่าธรรมเนียมใดๆ (มาตรา 17) ซึ่งล้วนแต่เป็นบทบัญญัติอันเป็นการขัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) ตามหลักการเปิดเสรีค้าบริการทั้งสิ้น

(10) พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.2497 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องความเกี่ยวพันต่อการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม เพราะกำหนดเงื่อนไขในการเดินอากาศหรือกิจการค้าเพื่อนำอากาศยานออกนอกประเทศหรือการนำอากาศยานบินผ่านหรือขึ้นลงในประเทศไทย ว่าต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม (มาตรา 28) ซึ่งรัฐมนตรีมีดุลพินิจโดยเด็ดขาดที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาต และก่อให้เกิดความยุ่งยากลำบากเพราะเป็นการยื่นขออนุญาตต่อผู้ดำรงตำแหน่งในระดับสูงและอยู่ฝ่ายการเมือง นอกจากนั้น ยังมีบทบัญญัติที่ขัดกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการ เพราะกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอจดทะเบียนอากาศยานไว้ว่าต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย และยังกำหนดองค์ประกอบด้านสัญชาติทั้งในเรื่องของจำนวนหุ้น หรือทุน หรือจำนวนกรรมการ (มาตรา 31) ด้วย อีกทั้งยังกำหนดให้ทุนของผู้รับใบอนุญาตผลิตอากาศยาน ต้องเป็นของบุคคลสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทุนทั้งหมด (มาตรา 41/24) และกำหนดให้อำนาจการบริหารกิจการของผู้รับใบอนุญาตผลิตอากาศยานต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลผู้มีสัญชาติไทยด้วย (มาตรา 41/25) อีกทั้งยังกำหนดให้การให้บริการในลานจอดหรือช่างอากาศแก่สายการบินผู้อื่นนั้น ผู้ประกอบการต้องเป็นบริษัทจำกัดที่มีกรรมการข้างมากมีสัญชาติไทยและมีหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 (ข้อบังคับคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 35 (2535))

ข้อสังเกต หลังจากจัดทำรายงานการวิจัยเสร็จสิ้นแล้ว ได้มีการออกพระราชบัญญัติการรับขนทางอากาศระหว่างประเทศ พ.ศ.2558 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.2497 พ.ศ.2558 และพระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558 ขึ้น ตามข้อเสนอแนะขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) โดยมีเหตุผลว่าเพื่อแก้ไขปัญหาการถูกปรับลดระดับมาตรฐานการบินพลเรือนของประเทศไทยจาก ICAO มีสาระสำคัญคือกำหนดให้ยกเลิก “กรรมการบินพลเรือน” และเปลี่ยนเป็น “กรมท่าอากาศยาน” และให้จัดตั้ง “สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย” (กพท.) พร้อมกับเพิ่มเติมเรื่องอำนาจของผู้อำนวยการ กพท. และให้มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายเดิมกำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดี คณะกรรมการการบินพลเรือน หรือ คณะกรรมการเทคนิค แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นการปรับปรุง

โครงสร้างและรูปแบบของหน่วยงานด้านการบินพลเรือน และได้มีการปรับแก้มาตรา 28 ให้อากาศยานต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักรได้หากมีสิทธิตามอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ทำให้เกิดความสับสนมากกว่าเดิมที่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีเท่านั้น จึงเป็นการแก้ปัญหาที่ผลการวิจัยได้ชี้ไว้ในข้อนี้แล้ว และได้ปรับเพิ่มอีกหลายมาตราเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีของไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (Convention on International Civil Aviation) ซึ่งก็ทำให้ส่งผลดีต่อประเทศไทย โดยในเดือนตุลาคม 2560 ICAO ได้พิจารณาเห็นชอบให้ประเทศไทยพ้นจากการเป็นประเทศที่มีข้อบกพร่องที่มีนัยสำคัญต่อความปลอดภัย (Significant Safety Concerns) อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่พบในงานวิจัยนี้ดังกล่าวมาข้างต้นโดยเฉพาะในเรื่ององค์ประกอบด้าน “สัญชาติไทย” ยังไม่ได้มีการปรับแก้ไขแต่อย่างใด

(11) พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ.2548

กฎหมายฉบับนี้นับว่าเป็นกฎหมายใหม่และทันสมัยสอดคล้องกับความก้าวหน้าของระบบการขนส่ง โดยเฉพาะในระบบโลจิสติกส์ โดยมีข้อกำหนดเรื่องหลักเกณฑ์ในการอนุญาตและในการประกอบกิจการเพื่อรองรับการบริการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบและเพื่อให้สามารถอำนวยความสะดวกแก่การดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศที่มีการแข่งขันสูง นอกจากนั้นยังมีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องเกี่ยวกับการกำกับสัญญา สิทธิและหน้าที่ของผู้ออกและผู้รับใบตราส่ง รวมทั้งเรื่องความรับผิดชอบของผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่อง การกำกับดูแลผู้ประกอบการ และการระงับข้อพิพาท แต่ก็ยังมีบทบัญญัติบางมาตราที่มีความไม่ชัดเจน เช่น ปัญหาเรื่องการพิสูจน์เวลาแห่งการเสียหายที่เกิดขึ้น (มาตรา 20, 21, 25) อีกทั้งยังมีปัญหาการตีความเรื่องการส่งมอบชักช้า (มาตรา 27, 28 วรรคสาม) เพราะมีบทนิยามที่มีความหมายกว้างเกินไป เพราะกำหนดให้รวมถึงกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกำหนดเวลาส่งมอบไว้ หากผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องไม่ได้ส่งมอบของภายในกำหนดเวลาอันควรที่จะส่งมอบตามหน้าที่อันพึงปฏิบัติ ซึ่งการกำหนดนิยามไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดภาระการพิสูจน์มากกว่าการพิสูจน์ในเรื่องที่ตนได้ส่งมอบภายในหรือล่วงเลยกำหนดเวลาที่ตกลงไว้เท่านั้น

ในส่วนของการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีข้อกำหนดเรื่องการเลือกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี แต่ไม่มีข้อกำหนดเรื่องการเลือกกฎหมายไว้ (มาตรา 65-66) จึงอาจมีปัญหारेื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดจากความสูญหาย เสียหาย หรือการส่งมอบชักช้า ซึ่งไม่ชัดเจนว่าจะเป็นไปตามกฎหมายใด เช่น กรณีการส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบไปยังประเทศญี่ปุ่น ถ้าการขนส่งช่วงแรกจากคลังสินค้าในประเทศไทย ไปท่าเรือคลองเตย เป็นการขนส่งโดยรถบรรทุก หลังจากนั้นขนส่งต่อด้วยเรือเดินทะเลจากท่าเรือคลองเตยไปยังท่าเรือในประเทศญี่ปุ่น และขนส่งทางรถไฟจากท่าเรือดังกล่าวไปยังจุดหมายปลายทาง ดังนี้ เมื่อของที่ขนส่งได้รับความเสียหาย การจะหาข้อยุติว่า

จะนำกฎหมายใดมาปรับใช้กับความรับผิดชอบของผู้ประกอบการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบดังกล่าว ไม่
 ว่าจะเป็นการเลือกระหว่างการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการรับขน หรือ
 พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ซึ่งเป็นกฎหมายไทยหรือกฎหมายขนส่งทางรถไฟ
 ของประเทศญี่ปุ่น แต่ถ้าความเสียหายดังกล่าว ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเกิดขึ้นในช่วงของการขนส่ง
 ประเภทใด ในทางปฏิบัติ การขนส่งนิยมใช้กับตู้สินค้า ซึ่งความเสียหายเมื่อเกิดขึ้นยากที่จะพิสูจน์ได้
 ถึงสาเหตุและสถานที่ที่ความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งปัญหาดังกล่าว อาจเป็นอุปสรรคในการขนส่งต่อเนื่อง
 ได้ ปัญหาอีกประการหนึ่งซึ่งผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่แสดงความเห็นคือการมีกฎหมายลำดับรอง
 (กฎกระทรวง ประกาศ และคำสั่ง) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่ยังไม่ชัดเจนและไม่
 ละเอียดเพียงพอต่อการนำไปใช้

3.2.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเสรีบริการสาขาโลจิสติกส์

กฎหมายกลุ่มนี้ประกอบด้วย

- (1) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542
- (2) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 (ซึ่งได้ถูกยกเลิกแล้ว
 โดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560)
- (3) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม
- (4) พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม
 พ.ศ.2542
- (5) พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2497 และฉบับแก้ไข
 เพิ่มเติม
- (6) ประมวลรัษฎากร
- (7) พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม
- (8) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (ซึ่งถูกยกเลิกแล้วโดย
 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560)
- (9) พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (ซึ่งถูกยกเลิก
 ทั้งหมดโดยพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2560)
- (10) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม
- (11) พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ.2543 และ
 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

ผลการศึกษาพบว่ากฎหมายกลุ่มนี้ส่วนใหญ่จะขัดกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการ
 ในเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) เพราะเหตุที่ยังมีข้อกำหนดด้านองค์ประกอบ
 เกี่ยวกับสัญชาติไทยไว้อยู่เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการทำงาน การขอใบอนุญาตประกอบกิจการ

หรือการเป็นผู้บริหารกิจการ แต่ในด้านอื่นถือว่าส่วนใหญ่อยู่ในเกณฑ์กฎหมายที่ดี โดยมีกฎหมายบางฉบับที่ไม่เข้าเกณฑ์และมีปัญหาดังต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

กฎหมายนี้แม้ว่าจะมีความยืดหยุ่นพอสมควรเพราะเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้ประกอบกิจการได้สำหรับกิจการที่กำหนดไว้ในบัญชีสองและบัญชีสาม และเปิดช่องไว้ในมาตรา 10 สำหรับต่างชาติที่สามารถเข้าลงทุนในไทยได้โดยอาศัยสนธิสัญญาตามพันธกรณีที่ไทยผูกพันอยู่ แต่ก็ยังมีบางส่วนที่ไม่เป็นไปตามเกณฑ์ในแง่ที่ว่ามีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการกำกับและตรวจสอบการเข้ามาประกอบกิจการของคนต่างด้าว โดยเฉพาะในกรณีที่มีการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) หรือการโอนสัญชาติเพื่อเข้าถือหุ้น และถือว่ากฎหมายนี้ขัดกับหลักการเปิดเสรี เพราะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการต่างชาติกับผู้ประกอบการไทย โดยเฉพาะในข้อกำหนดตามกฎหมายกระทรวงที่กำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2552 (มาตรา 6, 7, 10 และ 12) ที่ให้ผู้ประกอบการต้องเป็นคนสัญชาติของประเทศที่เป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีในสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือผูกพันอยู่ด้วย โดยต้องแจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เพื่อขอหนังสือรับรองจากกระทรวงต่างประเทศ (Certificate of Protection: COP) ที่ระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญา (มาตรา 11) และต้องมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของค่าเฉลี่ยต่อปีของการประมาณรายจ่าย 3 ปี (แต่หากกว่าเป็นผู้ได้รับหนังสือรับรองบัตรส่งเสริมด้วย ก็ไม่อยู่ในบังคับข้อกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำดังกล่าว)

(2) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551

กฎหมายนี้ขัดกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการใน Mode 4 (เรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา) เพราะมีข้อห้ามการทำงานของคนต่างชาติ ซึ่งถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติ และยังมีปัญหาในการตีความกฎหมายที่กำหนดประเภทของงานที่คนต่างชาติไม่สามารถทำได้ (Negative list) โดยถูกมองว่างานอื่นๆ ถือว่าทำได้ และงานที่เกี่ยวข้องกับบริการโลจิสติกส์ก็อยู่ในบัญชีแนบท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วย กล่าวคือ งานขับขี่ยานยนต์ หรืองานขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช้เครื่องจักรหรือเครื่องกล (แต่ยกเว้นงานขับเครื่องบินระหว่างประเทศ และงานนายหน้า หรืองานตัวแทน ยกเว้นงานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ) ซึ่งทำให้การประกอบธุรกิจบริการระหว่างประเทศมีข้อติดขัด เพราะเป็นธุรกิจที่อาจต้องอาศัยการเชื่อมโยงประสานกันของตัวแทนหรือนายหน้าในการจัดกิจกรรมที่ส่งมาจากประเทศต่างๆ

อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ถือว่ามีความยืดหยุ่นพอสมควรที่จะรองรับความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี โดยเหตุที่ว่าไม่ได้ถึงกับปิดกั้นแรงงานต่างชาติจนไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดหาแรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานในกิจการของตน เพราะระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกใบอนุญาต ในการพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว ฉบับที่ 1 และ 2 พ.ศ.2545 ได้ออกกฎเกณฑ์การออกใบอนุญาตในลักษณะที่ค่อนข้างยืดหยุ่นพอสมควร โดยคำนึงถึงหลักสาระสำคัญของการดำเนินธุรกิจ (Substantive business operation) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกำหนดสัดส่วนจำนวนทุนชำระหรือทุนประกอบธุรกิจของกิจการที่รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน หรือเรื่องการชำระภาษีเงินได้ ขณะเดียวกันเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาการแย่งงานคนไทย จึงได้กำหนดสัดส่วนการจ้างงานที่เป็นแรงงานต่างด้าวไว้ด้วย แต่กฎหมายยังเปิดโอกาสให้อธิบดีกรมการจัดหางานหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายหรือนายทะเบียนแล้วแต่กรณี มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจถึงเหตุจำเป็นอันสมควรในหลายกรณี ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ดีสามารถยืดหยุ่นปรับตัวได้ตามสถานการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคที่ประเทศมีความจำเป็นต้องใช้แรงงานต่างชาติ

ข้อสังเกต หลังจากจัดทำรายงานการวิจัยเสร็จสิ้นแล้ว กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560 ซึ่งเน้นแก้ปัญหาแรงงานต่างด้าวทั้งระบบให้เป็นสากล อย่างไรก็ตาม มาตรา 126 กำหนดให้ระหว่างที่ยังมิได้มีประกาศที่ออกตามมาตรา 7 นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่าง ด้าวทำงานใดๆ ก็ได้ เว้นแต่งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 ดังนั้นกฎหมายใหม่นี้ก็ยังคงขัดกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการใน Mode 4 เรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

(3) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2542

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนในเรื่องเอกสารที่ใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าหนังสือเดินทางหรือเอกสารแทนหนังสือเดินทางนั้นจะต้องออกโดยประเทศซึ่งคนต่างชาตินั้นมีโดยการเกิดเท่านั้นหรือไม่ นอกจากนั้น ยังให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการตรวจคนเข้าออกไว้โดยไม่กำหนดหลักเกณฑ์หรือระเบียบที่ชัดเจนในเรื่องการตรวจหรือสิ่งที่ตรวจ แต่ขณะเดียวกันก็ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการยับยั้งการเดินทางออกนอกประเทศของคนต่างด้าวไว้ และจะบังคับให้ออกเดินทางไปยังประเทศอื่นใดก็ไม่สามารถทำได้ อีกทั้งยังมีปัญหาเรื่องการให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจแก่รัฐมนตรีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าออกเมือง ซึ่งขาดหลักเกณฑ์กำหนดการใช้ดุลพินิจ จึงทำให้กฎหมายไม่โปร่งใสและอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการบังคับใช้มาตรา 12 (2), (7), (8) และการวางข้อจำกัดการเข้าเมือง ถือว่าเป็นการขัดกับหลักการเปิดเสรีใน

Mode 4 ด้วย และแม้ว่าจะเปิดช่องให้รัฐมนตรีใช้อำนาจในการอนุญาต แต่ก็กำหนดเงื่อนไขการอนุญาตไว้ค่อนข้างเข้มงวดจนถึงขนาดที่ยากต่อการเข้าเมืองในช่องทางนี้

(4) พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม

พ.ศ.2542

แม้ว่ากฎหมายนี้จะมีความมุ่งหมายให้เป็นกฎหมายที่สนับสนุนส่งเสริมการลงทุน โดยการเปิดโอกาสให้ต่างชาติใช้สิทธิในการเช่าที่ดินใช้ประโยชน์เพื่อการลงทุนในธุรกิจโลจิสติกส์ได้ แต่เมื่อได้มีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขสำหรับต่างชาติว่าจะต้องนำเงินมาลงทุนให้มากกว่า 40 ล้านบาท และจะถือครองที่ดินเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ อีกทั้งยังต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยด้วย จึงถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนไทยและคนต่างชาติ ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการ นอกจากนี้ หากนักลงทุนต่างชาติต้องการเลิกกิจการ/โอนกิจการ ก็จะต้องจำหน่ายหรือโอนขายที่ดินนั้น ภายใน 1 ปี นับแต่เลิกหรือโอนกิจการ ประการสำคัญคือการกำหนดเงื่อนไขเรื่องเงินลงทุนขั้นต่ำไว้ถึง 20 ล้านบาท และต้องเป็นอุตสาหกรรมประเภทที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ด้วย (ข้อ 6) ขณะเดียวกันที่ดินที่เช่าจะต้องตั้งอยู่ในเขตนิคมอุตสาหกรรม หรือเป็นที่ดินประเภทพาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง แต่จะต้องไม่เกินกว่า 100 ไร่ด้วย ซึ่งแม้จะมองว่าเป็นการส่งเสริมการลงทุน แต่การกำหนดเงื่อนไขไว้มากมาย (ข้อ 2) ก็ถือว่าเป็นอุปสรรคของการเข้ามาลงทุนในไทยได้ด้วย

(5) พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2497

กฎหมายนี้มีปัญหาเรื่องการเลือกปฏิบัติระหว่างคนต่างชาติและคนไทย เพราะห้ามมิให้คนต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และเป็นกฎหมายที่ไม่ชัดเจน เพราะมีช่องโหว่เปิดโอกาสให้คนต่างชาติสามารถเป็นเจ้าของที่ดินได้ในลักษณะของการให้คนไทยถือครองที่ดินแทน แต่เพียงในนามหรือนอมินี (Nominee) ซึ่งส่วนหนึ่งเพราะเหตุไม่มีบทลงโทษผู้หลีกเลี่ยงกฎหมายที่เป็นเจ้าของที่ดินตัวจริง คงกำหนดโทษให้แก่ผู้ที่มีลักษณะเป็นนอมินีเท่านั้น (มาตรา 113) นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดอันเป็นอุปสรรคต่อการซื้อที่ดินเพื่อใช้อาศัยของนักลงทุนต่างชาติ (ตามกฎหมายกระทรวงเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ.2545) โดยต้องเป็นมีเงินนำเงินมาลงทุนไม่น้อยกว่า 40 ล้านบาท และลงทุนในพันธบัตรรัฐบาลไทย ธนาкарแห่งประเทศไทย รัฐวิสาหกิจ หรือที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินหรือดอกเบี้ยเท่านั้น อีกทั้งยังต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และต้องดำรงทุนไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี รวมทั้งต้องมีการลงทุนในกิจการที่กำหนดไว้เท่านั้น โดยเฉพาะที่ดินต้องตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพฯ เมืองพัทยา เขตเทศบาลหรือเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายผังเมือง และต้องอยู่นอก

เขตปลอดภัยทหาร ซึ่งก่อให้เกิดความยากลำบากและเกิดความล้มเหลวของต่างชาติที่จะนำเงินมาลงทุนในประเทศไทย จึงถือได้ว่าเป็นข้อกำหนดที่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการลงทุนต่างชาติ

(6) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

กฎหมายนี้มีข้อกำหนดที่ไม่ชัดเจนในการประกาศกำหนดให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และไม่ได้คำนึงถึงธุรกิจบริการโลจิสติกส์ซึ่งผู้ประกอบการต้องใช้เงินลงทุนสูง และมีการตีความข้อห้ามเฉพาะสำหรับ “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” โดยใช้เพียงหลักเกณฑ์เดียว (ซึ่งควรใช้หลายหลักเกณฑ์ทั้งเรื่องส่วนแบ่งตลาดและเรื่องยอดขายควบคู่กันไป) ประกอบกับหลักเกณฑ์พิจารณาการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่ใช้เกณฑ์โดยไม่คำนึงถึงสภาพตลาดและธรรมชาติของธุรกิจแต่ละประเภทที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้ดุลพินิจในทางที่ไม่เหมาะสม และการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่โปร่งใสได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการรวมธุรกิจเข้าด้วยกันเพื่อความแข็งแกร่งของธุรกิจ ก็อาจถูกมองได้ว่าเป็นการฮั้วกันตามมาตรา 26 อีกทั้งปัญหาตามมาตรา 28 ที่อาจจะไม่สามารถใช้บังคับกับธุรกิจโลจิสติกส์ได้ เพราะการดำเนินธุรกิจโลจิสติกส์ระหว่างประเทศต้องอาศัยความร่วมมือและความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน เพื่อให้สามารถดำเนินธุรกิจไปได้อย่างต่อเนื่อง จึงน่าจะเป็นปัญหาในการบังคับใช้

ข้อสังเกต หลังจากจัดทำรายงานการวิจัยเสร็จสิ้นแล้ว กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เพราะต้องการแก้ปัญหาเรื่องรูปแบบและพฤติกรรมผู้ประกอบการธุรกิจ และเรื่ององค์รกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า และมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ก็ยังมีปัญหาเช่นเดียวกันกับกฎหมายฉบับเดิม โดยเฉพาะเรื่องการประกาศกำหนดให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และไม่ได้คำนึงถึงธุรกิจบริการโลจิสติกส์ที่เป็นธุรกิจที่มีโครงสร้างและลักษณะพิเศษกว่าธุรกิจอื่นแต่อย่างใด

(7) ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาธุรกิจให้บริการโลจิสติกส์ พ.ศ....

ปัจจุบันร่างกฎหมายนี้ยังไม่มีผลใช้บังคับ แม้ว่าผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีมาเป็นเวลานานแล้ว ล่าสุดเมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ.2560 ในการประชุมคณะกรรมการการศึกษาด้านโลจิสติกส์ ในคณะกรรมการการคมนาคม สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 18/2560 ได้มีมติให้แก้ไขปรับปรุงในหลายส่วน ซึ่งหากร่างกฎหมายนี้สามารถแปรสภาพเป็นกฎหมายออกมาบังคับใช้ ก็ถือว่าเป็นประโยชน์ต่อผู้ให้บริการโลจิสติกส์โดยตรง แต่เนื้อหาของกฎหมายยังมีหลายส่วนที่ควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเงื่อนไขของการขอรับสิทธิประโยชน์ที่ควรจะต้องให้มีความเท่าเทียมกัน และทั่วถึงผู้ประกอบการทั้งขนาดใหญ่ ขนาดกลาง และขนาดเล็ก

4. สรุปและวิจารณ์ผล

ผลงานวิจัยมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย และนำไปสู่การประยุกต์ใช้ได้ โดยทำให้ได้มาซึ่งองค์ความรู้ด้านการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับความสามารถในการแข่งขันทางการค้าบริการระหว่างประเทศด้านธุรกิจโลจิสติกส์ และได้ข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) ผลการวิจัยสรุปได้ว่าบริการโลจิสติกส์มีความเชื่อมโยงสัมพันธ์ทั้งทางตรงและทางอ้อมกับนโยบายและบทบาทหน่วยงานภาครัฐของไทย โดยเฉพาะเมื่อประเทศไทยได้เข้าผูกพันตามพันธกรณีความตกลง GATS ซึ่งเป็นระดับโลก และความตกลง AFAS ซึ่งเป็นระดับภูมิภาคอาเซียน และส่งผลต่อการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ของไทยเป็นอย่างมาก โดยมีความเห็นจากผู้ให้ข้อมูลหลักที่สอดคล้องกันว่าหากนโยบายและบทบาทภาครัฐไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการพัฒนาธุรกิจโลจิสติกส์ของไทยให้มีความสามารถในการแข่งขัน และย่อมทำให้ไทยไม่ได้รับประโยชน์จากการมีพันธกรณีตามความตกลงทั้งสองแต่อย่างใด

2) ปัญหากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและที่ได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีบริการโลจิสติกส์ตามพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการ ผลการวิจัยได้ข้อสรุปดังนี้

- กฎหมายภายในประเทศมีความสำคัญต่อการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ของไทยเป็นอย่างมาก เพราะเหตุว่าระบบโลจิสติกส์มีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับหลายกิจกรรม และแต่ละกิจกรรมก็ต้องอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายเป็นจำนวนมาก ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหลายหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย หากกฎหมายมีความบกพร่อง ก็จะส่งผลให้เกิดอุปสรรคต่อการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ของไทย แต่หากเป็นกฎหมายที่ดี คือมีความชัดเจนของกฎระเบียบที่ใช้ในการกำกับดูแล มีความยืดหยุ่นปรับตัวได้ของกฎหมายให้รองรับการเปลี่ยนแปลงของโลก มีการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมและโปร่งใส การใช้ดุลพินิจที่เหมาะสม มีความเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม และมีความสอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีค้าบริการทั้งในระดับโลกและภูมิภาค ก็จะส่งผลให้มีการพัฒนาระบบโลจิสติกส์ของไทยได้

- กฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจบริการโลจิสติกส์มีอยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งที่เป็นกฎหมายแม่และกฎหมายลำดับรอง กระจายกระจายอยู่ในความดูแลของหลายหน่วยงาน และบางหน่วยงานกำกับดูแลกฎหมายหลายฉบับ โดยส่วนใหญ่ถือว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในเกณฑ์ที่ดีเป็นประโยชน์ต่อการนำไปใช้บังคับเพื่อเกื้อหนุนต่อการส่งเสริมธุรกิจโลจิสติกส์ แต่ยังมีกฎหมายบางส่วนที่เป็นอุปสรรคต่อหลักการเปิดเสรีค้าบริการสาขาโลจิสติกส์ โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงเจตนารมณ์หลักของกฎหมาย และมุ่งเน้นถึงผลที่เป็นไปได้ (Feasibility) ในการเพิ่มความสามารถของธุรกิจบริการโลจิสติกส์ โดยมีปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาคือความไม่ชัดเจนของกฎหมาย รวมทั้งช่องโหว่ของกฎหมายที่

เปิดทางให้คนต่างชาติหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ง่าย และเปิดทางให้เจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมายใช้ดุลพินิจในทางที่ไม่ชอบได้ ความล้าสมัยไม่สามารถรองรับความเปลี่ยนแปลงของสังคมและเทคโนโลยีทันสมัย ความไม่ครอบคลุมของกฎหมายที่เอื้อต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐหรือการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ประกอบการ และความไม่ทันสมัยของกฎหมาย นอกจากนั้นปัญหาสำคัญคือกฎหมายไทยยังไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการอย่างเพียงพอ เช่น กฎหมายศุลกากรไม่มีสถานะผู้ให้บริการโลจิสติกส์ในศุลกากร ผู้ให้บริการเหล่านี้ต้องติดต่อผ่านบริษัทเรือหรือตัวแทนเรือเท่านั้น

อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายไทยหลายฉบับมีข้อกำหนดเรื่ององค์ประกอบด้านสัญชาติไว้ อันถือว่าการขัดต่อหลักการเปิดเสรีทางการค้าขององค์การการค้าโลกหรืออาเซียนนั้น ก็มีเหตุผลความจำเป็นที่รับฟังได้และสามารถกำหนดบทบัญญัติในทำนองนั้นได้ (แม้ว่าจะขัดกับหลักการเปิดเสรี) โดยเฉพาะเหตุผลในเรื่องของความมั่นคงของประเทศและอำนาจอธิปไตยของรัฐ นอกจากนั้นการที่กฎหมายเหล่านั้นมีข้อกำหนดอันเป็นการขัดต่อหลักการเปิดเสรี ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยได้ฝ่าฝืนพันธกรณีต่อความตกลง GATS และกรอบความตกลง AFAS เพราะเหตุว่าความตกลงทั้งสองฉบับนี้เปิดโอกาสให้สมาชิกสมัครใจจัดแจ้งข้อผูกพันของตนลงไว้ในตารางคำมั่นเฉพาะเป็นรายสาขาและรายสาขาย่อย โดยมีหลักความยืดหยุ่น (Flexibility) ให้สมาชิกใช้เวลาในการปรับตัวค่อยๆ เปิดตลาดค่าบริการเพิ่มเติมไปเรื่อยๆ จนกว่าจะมีความพร้อมถึงขั้นการเปิดเสรีอย่างเต็มรูปแบบ (Full liberalization) ตามหลักการของความตกลง GATS และกรอบความตกลง AFAS ดังนั้น เมื่อไทยได้จัดแจ้งข้อผูกพันการเปิดตลาดภายใต้ข้อจำกัดเท่าที่ถูกระเบียบภายในของไทยเปิดไว้อยู่เท่านั้น จึงไม่มีปัญหาเรื่องการทำผิดพันธกรณีแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม หากว่าในอนาคตประเทศไทยจะต้องก้าวเข้าสู่การเปิดเสรีอย่างเต็มรูปแบบเช่นเดียวกับประเทศสมาชิกอื่นๆ ก็มีความจำเป็นต้องปรับกฎหมายอีกเป็นจำนวนมาก

ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าการวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าวมาข้างต้น จะชี้ว่ากฎหมายบางฉบับเป็นการขัดต่อหลักการเปิดเสรี ก็ไม่ใช่เป็นปัญหาใหญ่ เพราะประเทศอื่นก็จัดแจ้งข้อผูกพันในทำนองคล้ายๆ กัน และคงจะใช้เวลาอีกนานในการก้าวเข้าสู่ภาวะการเปิดเสรีเต็มรูปแบบ เมื่อประเทศไทยยังต้องอยู่ในระหว่างปรับตัวเตรียมการรับและรुकกับสถานะการแข่งขันทางการค้าบริการทั้งในระดับภูมิภาคและระดับโลก ก็มีความเหมาะสมแล้วที่จะคงสภาพของกฎหมายในลักษณะเช่นนั้นไว้ก่อน ไม่มีความจำเป็นต้องเร่งรีบปรับให้เป็นการเอื้อต่อผู้ประกอบการต่างชาติ แต่ควรต้องเร่งพัฒนาศักยภาพการแข่งขันของผู้ประกอบการไทย โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและพัฒนาผู้ประกอบการไทย โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการลงทุนและการประกอบการ รวมทั้งเรื่องอำนวยความสะดวกในการเริ่มต้นธุรกิจและการดำเนินกิจการ

สรุปได้ว่า ผลงานวิจัยจะสามารถนำไปใช้เพื่อประกอบการตัดสินใจในการเจรจาต่อรองทางการค้าบริการระหว่างประเทศ และนำไปใช้ในการปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งส่งผลต่อความพึงพอใจในคุณภาพการให้บริการของภาครัฐ และจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจโลจิสติกส์ได้ทราบข้อเท็จจริงของปัญหาและทำให้เป็นตัวเร่งให้ผู้ประกอบการตื่นตัวในการปรับตัวเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจโลกและการพัฒนาธุรกิจโลจิสติกส์ให้สามารถแข่งขันได้

5. ข้อเสนอแนะ

ผลการวิจัยทำให้สามารถได้ข้อเสนอแนะทั้งด้านนโยบายและบทบาทภาครัฐ และด้านมาตรการทางกฎหมาย ดังนี้

5.1 ข้อเสนอแนะที่ได้จากงานวิจัย

5.1.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายและบทบาทภาครัฐ ผลงานวิจัยทำให้ได้ข้อเสนอให้รัฐกำหนดแผนเร่งด่วนที่ต้องทำทันที แผนระยะกลาง และแผนระยะยาวสำหรับการส่งเสริมธุรกิจให้บริการโลจิสติกส์ พร้อมทั้งจัดทำ Roadmap และ Best practice ในแต่ละแผนให้ชัดเจนสามารถนำไปปฏิบัติได้จริงอย่างเป็นรูปธรรม รวมทั้งจัดทำแผนเร่งด่วนในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการเชื่อมโยงระหว่างรูปแบบการขนส่ง เพื่อรองรับการขยายตัวของเศรษฐกิจและระบบโลจิสติกส์ทั้งระบบ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องระบบถนน ระบบราง ระบบเส้นทางการบินและการเดินเรือ อีกทั้งควรบูรณาการแผนยุทธศาสตร์พลังงานทางเลือกเข้ามากับแผนพัฒนาระบบขนส่งเพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถเตรียมความพร้อมด้านค่าใช้จ่ายในอนาคตได้ นอกจากนี้ ยังเสนอแนะให้หน่วยงานภาครัฐจัดทำโครงการเพื่อนำนโยบายไปปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม โดยกำหนดเจ้าภาพให้ชัดเจนในการเป็นหน่วยงานกลางที่กำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจให้บริการโลจิสติกส์แบบเบ็ดเสร็จในทุกด้าน พร้อมทั้งจัดสรรงบประมาณเพื่อจัดตั้งกองทุนสำหรับการพัฒนาโลจิสติกส์สำหรับทุกขนาดธุรกิจ และจัดลำดับขั้นของสิทธิประโยชน์ให้ชัดเจนและเข้าถึงได้อย่างทั่วถึงทั้งประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาครัฐทุกหน่วยจะต้องเร่งอำนวยความสะดวกและผ่อนคลายระเบียบวิธีในการติดต่อกับหน่วยงานราชการ โดยลดขั้นตอนที่ไม่จำเป็นและไม่ได้มาตรฐานลง และควรกำหนดนโยบายที่ชัดเจนด้านการประสานงานระหว่างหน่วยงานภาครัฐด้วยกันเอง และหน่วยงานภาครัฐกับภาคเอกชน

5.1.2 ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย ผลการวิจัยมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวมาข้างต้น ดังต่อไปนี้

- ควรจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะกิจขึ้น เพื่อทำการตรวจสอบกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาโลจิสติกส์ ทั้งที่เป็นกฎหมายแม่และกฎหมายลำดับรอง เพื่อสำรวจถ้อยคำภาษากฎหมายที่ไม่ชัดเจนหรือมีปัญหาในการตีความ ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และการใช้ดุลพินิจสั่งการในทางที่ไม่ชอบ รวมทั้งเพื่อลดความสับสนและซ้ำซ้อน ย่นย่อการเข้าถึงและเข้าใจผู้ประกอบการ และควรสำรวจเนื้อหาด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกฉบับที่เปิดโอกาสในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐโดยปราศจากขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน และที่มีเนื้อหาอันเป็นข้อจำกัดเรื่องลงทุน การประกอบกิจการ และการทำงานของคนหรือนิติบุคคลต่างด้าว รวมทั้งที่มีเนื้อหาข้อกำหนดอันเป็นการบังคับหรือจูงใจให้ต้องใช้บริการของผู้ประกอบการไทยเท่านั้น เช่น ให้ส่วนราชการต้องใช้เรือไทย เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อเตรียมความพร้อมในการเปิดเสรีและหลีกเลี่ยงการมีเนื้อหาของกฎหมายที่ส่งผลให้เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีค้าบริการตามหลักสากล โดยเฉพาะควรให้มีการตรวจสอบความจำเป็นในการมีหรือการออกกฎหมาย พร้อมกับให้แสดงเหตุผลให้ชัดเจนถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายนั้นด้วย

- ควรจัดหมวดหมู่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจโลจิสติกส์เข้าไว้ด้วยกัน เพื่อให้ง่ายต่อการศึกษาทำความเข้าใจ และเพื่อให้ผู้ประกอบการเข้าถึงและปฏิบัติตามได้ ควรจัดทำกรรณวบรวมประกาศศุลกากรทุกฉบับที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และการได้รับสิทธิประโยชน์ของผู้ให้บริการโลจิสติกส์ โดยจัดรวมไว้อยู่ในฉบับเดียวกัน และควรบูรณาการกับประกาศของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนด้วย

- ควรกำหนดกฎเกณฑ์และขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานรัฐให้ชัดเจนและโปร่งใส (Transparency) สอบทานได้ (Accountability) เพราะเหตุว่าถึงแม้จะมีกฎระเบียบที่ชัดเจน แต่การบังคับใช้กฎหมายนั้นก็ยังคงคลุมเครือไม่โปร่งใส ตัวอย่างที่ได้มีการกล่าวถึงมากคือ พิธีการด้านศุลกากร ซึ่งกิจกรรมบางอย่าง เช่น การประเมินราคาสินค้าเพื่อกำหนดอัตราภาษีอากรที่จะต้องจ่ายในการนำสินค้าเข้ายังขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของกรมศุลกากร การกำหนดความชัดเจนในขั้นตอนดังกล่าวจึงเป็นสิ่งจำเป็น

- ควรทบทวนเรื่องพิกฏาษีศุลกากรเพื่อให้มีการประเมินเรียกเก็บเงินเพิ่มเติมตามความเป็นจริง

- ควรมีข้อกำหนดให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 มาใช้โดยอนุโลมกับการประกอบธุรกิจบริการด้านโลจิสติกส์ทุกประเภท โดยให้เป็นกฎหมายกลางที่มีความชัดเจนของข้อจำกัดด้านสัดส่วนเงินลงทุน องค์กรประกอบด้านสัญชาติในคณะกรรมการหรือผู้บริหารนิติบุคคล

รวมทั้งสัญญาของบุคคลผู้ให้บริการด้านโลจิสติกส์ ทั้งนี้อาจกำหนดเป็นช้อยกเว้นกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษที่จำเป็นจะต้องกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นสำหรับบางธุรกิจ นอกจากนี้ก็ควรต้องมีบทบัญญัติเรื่องเงื่อนไขการประกอบธุรกิจของต่างชาติ โดยเฉพาะการปิดช่องว่างเรื่องการโอนสัญชาติเข้าเป็นสัญชาติของประเทศสมาชิกในความตกลงเดียวกับไทยและของผู้ถือหุ้นแทน (Nominee) และต้องมีเกณฑ์ในการตรวจสอบการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติด้วย

- ควรปรับปรุงพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 ให้ทันสมัยสอดคล้องกับความต้องการของวิศวกรรมโยธาและเทคโนโลยียานยนต์ โดยเฉพาะในเรื่องข้อกำหนดด้านเส้นทางเดินรถ ด้านอัตราความเร็ว น้ำหนักและความสูงของรถที่วิ่งอยู่บนทางหลวง ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงสภาพและลักษณะของธุรกิจขนส่งแต่ละรูปแบบด้วย และประการสำคัญคือด้านความปลอดภัยและความสะดวกสบายของสาธารณชนที่ใช้รถใช้ถนนทั้งหมด

- ควรปรับปรุงพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ.2549 ให้ทันสมัยสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และให้รองรับการดำเนินธุรกิจขนส่งทางราง โดยเฉพาะเพื่อให้มีการรับรองการให้ทันสมัยเช่นเดียวกับองค์กรด้านการสื่อสารโทรคมนาคม ขณะเดียวกันก็ต้องตระหนักถึงความปลอดภัยและความสะดวกสบายของสาธารณชนผู้ใช้รถไฟในฐานะเป็นสาธารณูปโภคด้วย

- ควรปรับปรุงพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 โดยให้มีข้อกำหนดที่ชัดเจนถึงประเภทของใบอนุญาต ข้อกำหนดการใช้รถด้านน้ำหนัก ความสูง และความเร็ว โดยคำนึงถึงสภาพการแข่งขันในตลาดการขนส่งทางบก และคำนึงถึงเทคโนโลยียานยนต์ที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย นอกจากนี้ ควรต้องคำนึงถึงอย่างมากถึงประเด็นด้านความปลอดภัยของการใช้รถใช้ถนน ซึ่งจะต้องมีกฎกติกาในการกำกับดูแลทั้งด้านสภาพของรถและอุปกรณ์ทั้งหลาย รวมทั้งผู้ขับขี่ที่มีคุณภาพเพียงพอ

- ควรมีข้อกำหนดที่ชัดเจนในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าสำหรับเรื่องที่จะเกิดขึ้นได้จากผลกระทบของการเปิดเสรีทางการค้า เพราะเมื่อเปิดเสรีจะทำให้มีบริษัทต่างชาติเข้ามาในตลาดมากขึ้นและอาจเกิดการครอบงำกิจการ (Takeover) โดยที่การเปิดเสรีอาจทำให้เกิดผลดีระยะสั้น แต่ระยะยาวอาจทำให้เกิดการผูกขาดของผู้ประกอบการรายใหญ่ของต่างชาติ และผู้ประกอบการขนาดเล็กจะหายไป

5.2 ข้อเสนอแนะสำหรับการวิจัยครั้งต่อไป

ผลงานวิจัยทำให้สามารถนำองค์ความรู้นั้นไปต่อยอดเพื่อผลิตผลงานวิจัยต่อไปได้อีกหลายหัวข้อ อาทิ กฎหมายเพื่อการพัฒนาศักยภาพการแข่งขันในธุรกิจบริการซึ่งมีเป็นจำนวนมาก (สาขาการขนส่ง สาขาการเงินการธนาคาร ฯลฯ) การศึกษาเปรียบเทียบจุดเด่นและจุดด้อยของกฎหมายระดับโลก ระดับภูมิภาค และระดับประเทศต่างๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการสาขาที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันของไทยตามกรอบของความตกลง GATS และความตกลง AFAS

บรรณานุกรม

- กมลชนก สุทธิวาทีนฤพุฒิ และ ศศลิษา ภูมิรสติย์. การจัดการโซ่อุปทานและโลจิสติกส์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ท็อป, 2546.
- ไชยยศ ไชยมั่นคง และ มยุขพันธ์ ไชยมั่นคง. กลยุทธ์โลจิสติกส์และซัพพลายเชนเพื่อแข่งขันในตลาดโลก. นนทบุรี: สำนักพิมพ์ซี.วาย. ซีซีเทม พรินติ้งจำกัด, 2550.
- ธนิธ ไสรัตน์. ความรู้เกี่ยวกับลอจิสติกส์เบื้องต้น Basic of Logistics [Online]. Available URL: <http://www.v-servellogistics.com>, 2560 (ธันวาคม, 12).
- บริษัท เอฟฟิเนตี จำกัด. โครงการศึกษาการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของอุตสาหกรรมโลจิสติกส์ไทย. สนับสนุนโดยสำนักงานและคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ความเป็นเลิศด้านโลจิสติกส์, 2552.
- ปุ่น เทียงบุญธรรม และคณะ. โครงการการศึกษาเบื้องต้นเพื่อเตรียมรองรับการพัฒนาเศรษฐกิจ ตามแนวเส้นทางระเบียงเศรษฐกิจตะวันออก – ตะวันออก กรณีโลจิสติกส์ด้านการค้าชายแดนและการค้าผ่านแดน. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550.
- สถาบันนานาชาติเพื่อเอเชียแปซิฟิกศึกษามหาวิทยาลัยกรุงเทพ. การเปิดเสรีโลจิสติกส์อาเซียน : โอกาส ผลกระทบและการปรับตัวของผู้ประกอบการไทย. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนานาชาติเพื่อเอเชียแปซิฟิกศึกษามหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2553.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. โครงการการจัดทำเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา ในภาคการขนส่งและโลจิสติกส์. [Online]. Available URL: <https://tdri.or.th/2012/11/a130/>, 2548 (มิถุนายน, 26).
- สิทธา เจนศิริศักดิ์ และคณะ. โครงการองค์ความรู้และประเด็นการวิจัย เพื่อการพัฒนาด้านโลจิสติกส์และโซ่อุปทานไทยระดับมหภาค กลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน : พื้นที่ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2555.
- Ackerman, K. B. "Pitfalls in logistics partnerships." *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management* 26, 3 (1996): 35-37.
- Aertsen, F., "Contracting-out the physical distribution function: a trade-off between asset specificity and performance measurement." *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management* 23, 1 (1993): 23-29.

- ASEAN Secretariat. **Logistics Services** [Online]. Available URL: <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/category/logistics-services>, 2012 (June, 15).
- Berglund, M., van Laarhoven, P., Sharman, G., and Wandel, S., "Third party logistics: is the future." **International Journal of Logistics Management** 10, 1 (1999): 142-156.
- Daudin, G., Riffart, C., and Schweisguth, C., "Who produces for whom in the world economy?." **Canadian Journal of Economics** 14 (2011): 03-37.
- Freund, C., and Rocha, N. "What Constrains Africa's Exports?." **World Bank Economic Review** 25, 3 (2010).
- Goh, M, and Parooj, P., "Logistics Management Practices and Development in Thailand." **Logistics Information Management** 11, 6 (1998): 122-141.
- Malmberg, H. and Richardson, A., **The Logistics Strategy for Wilson Logistics**. Graduate Business School, 2000.
- Mattoo, A. and Wunsch, S., **Preempting Protectionism in Services: The GATS and Outsourcing**. World Bank and Institute for International Economics, 2004.
- Sung, W. L., **Overview of Inland Connections and Logistic System in ASEAN**. Seoul: Korea Maritime Institute, 2013.
- UNCTAD Secretariat. **Managing the request-offer negotiations under the gats: logistics services revised Draft** [Online]. Available URL: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gpm05H5jRMkJ:https://vi.unctad.org/resources-mainmenu64/digitallibrary%3Ftask%3Ddl_doc%26doc_name%3D276_ditc_tnc+&cd=1&hl=th&ct=clnk&gl=th, 2006 (June, 1).
- Vaidyanathan. G., "A Framework for Evaluating Third-Party Logistics," **Communications of the ACM** 48, 1 (January 2005). pp. 84-94.
- The World Bank. **Connecting to Compete, 2012: Trade Logistics in the Global Economy. The Logistics Performance Index and Its Indicators (LPI)** [Online]. Available URL: http://siteresources.worldbank.org/TRADE/Resources/239070-1336654966193/LPI_2012_final.pdf, 2012 (June, 15).
- _____. **World Bank Data Indicators. World Bank** [Online]. Available URL: <http://data.worldbank.org/indicator>, 2013.
- World Economic Forum. **Outlook on the Logistics & Supply Chain Industry 2012** Geneva: World Economic Forum, 2012.

ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

อนรรักษ์ ศุภลักษณ์

ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง*

Litigation about Issues on "Rules" to the Administrative Court

อนุรักษ์ ศุภลักษณ์**
Anurak Suparak

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเกี่ยวกับ “กฎ” ถึงแนวความคิดในการตรา องค์กรที่มีอำนาจ สถานะ ประเภท ผลทางกฎหมาย การพิจารณาแยกความแตกต่าง และอายุความ ทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไข นำมาปรับใช้ และนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง โดยเป็นการศึกษาโดยวิธีวิจัยเชิงคุณภาพจากการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากหลักกฎหมาย เอกสารประเภทต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และนำข้อมูลมาดำเนินการวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อนำมาเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานของลักษณะของ “กฎ”

จากการศึกษาพบว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้ ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎที่มีความเกี่ยวข้องกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง และปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎ โดยผู้ศึกษาขอเสนอเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมถึงอาจสร้างหลักเกณฑ์โดยการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกรณีดังกล่าว

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ส่วนคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ 2 ท่าน คือ อาจารย์ ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ และอาจารย์ ดร.มานิต สันตะพาน โดยอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมเป็นคณะกรรมการการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย.

** นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

Abstract

The objective of this article is to study the effects of administrative court rules on litigation. The study will address issues of enactment, the authority of the organization, the status of the rules, types of rules, legal consequences, different types of proceedings, and prescription in Thailand and other countries. This article will offer conclusions and recommendations designed to adjust and adapt the rules of the administrative court. This study employs qualitative research using academic papers, legal research, and related information, in Thai and other languages, followed by an analysis and suggestions for standard “Rules.”

This study finds that there are issues regarding the judgments or rulings of the administrative court, including: 1) issues affecting the jurisdiction of the court to inspect “Rules” that were enacted by Independent Organizations Under the Constitution; 2) issues affecting prosecutions that involve measures of the administration; and 3) issues of prescription on the starting date of the prosecution. The author suggests solutions that are interpretations of the law, and are intended to amend the provisions of the rules regarding such issues.

คำสำคัญ: กฎ, มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง, ฝ่ายปกครอง

Keywords: rule, internal administrative measures, administration

1. บทนำ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าองค์กรนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจให้องค์กรบริหารที่มีฐานะเป็นฝ่ายปกครองตรากฎได้ และตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาฝ่ายปกครองก็ตรากฎขึ้นมาบังคับใช้เป็นจำนวนมาก ส่งผลให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความกระทบกระเทือนมากขึ้นตามไปด้วย ซึ่งตามหลักความชอบธรรมของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจแล้ว องค์กรนิติบัญญัติจะต้องกำหนดขอบเขตหลักการ และวัตถุประสงค์ของการตรากฎให้แก่ฝ่ายปกครอง

ลักษณะและสาระสำคัญทางกฎหมายของกฎเป็นการอนุมานจากตัวบทกฎหมายที่กล่าวถึงกฎที่เป็นเพียงนิยาม ส่วนกฎแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกันอย่างไรนั้นยังไม่มีคำอธิบายที่ชัดเจน และเมื่อนำคำอธิบายในกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ก็ยิ่งก่อให้เกิดความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันถือว่ากฎมีลักษณะเป็นกฎหมายแตกต่างจากคำสั่งทางปกครอง และไม่จัดอยู่ในประเภทหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง ในขณะที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่ากฎเป็นการกระทำทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง และจัดอยู่ในประเภทหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง

บทความนี้มุ่งนำเสนอและอธิบายปัญหาทางกฎหมาย ตลอดจนเสนอแนะแนวทางในการแก้ไข้ปัญหาที่ได้จากการศึกษาคดีปกครองที่ฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญมากประการหนึ่ง โดยผู้เขียนเห็นว่าสามารถแก้ไข้ได้ด้วยการวางแผนศึกษา ค้นคว้า และวิจัยในทางวิชาการประกอบกับการพิจารณาจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง เพื่อนำไปสู่ความชัดเจนและแนวทางการแก้ไข้ปัญหาในท้ายที่สุด

2. แนวความคิดทั่วไปว่าด้วย “การกระทำทางปกครอง” และ “กฎ”

2.1 ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำทางปกครองมีสาระสำคัญแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ การกระทำทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำของรัฐ¹ และการกระทำของรัฐจะต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครอง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมขององค์กรบริหาร และหมายความรวมถึงราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่นด้วย

¹ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 60-61.

สำหรับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น โดยปกติแล้วเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎ

การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจในทางปกครองตามกฎหมายขององค์กรของรัฐองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐองค์กรตุลาการ องค์กรของรัฐองค์กรบริหาร องค์กรของรัฐองค์กรอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชนก็ได้ โดยการพิจารณาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ควรพิจารณาในแง่ขององค์กรเท่านั้น จะต้องพิจารณาในแง่ของลักษณะเนื้อหาของการกระทำด้วย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ที่จัดทำกิจการของรัฐไม่ว่าจะเป็นราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ และอาจรวมถึงเอกชนหรือนิติบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือสาธารณะกิจบางประเภทของรัฐด้วย

2.2 แนวความคิดทั่วไปว่าด้วย “กฎ”

กฎ คือ กฎเกณฑ์ที่ตราโดยองค์กรบริหารหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง โดยได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติหรือโดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ องค์กรนิติบัญญัติจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และประเภทของกฎที่จะให้องค์กรบริหารหรือฝ่ายปกครองตรากฎนั้น มาบังคับใช้ในรายละเอียดของการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งการตรากฎจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท และกำหนดเนื้อหาสาระภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทมอบอำนาจ โดยจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้²

เมื่อพิจารณาแล้วอาจสามารถจำแนกกฎแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ 1 ลักษณะทางเนื้อหาของกฎ พิจารณาจากตัวกฎและหน้าที่ของกฎ กล่าวคือ กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ³ และกฎเป็นผลของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตาม

² กมลชัย รัตนสากววงศ์, “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย,” วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 16, 1 (ธันวาคม 2538): 66-67.

³ Jean Rivero and Jean Waline, *Droit Administrative*, 20th ed. (Paris: Dalloz, 2004), p. 339; Michel D. Stassinopoulos, op. cit., p. 65 อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ, ปียะศาสตร์ ไขว้พันธุ และเจตน์ สถาวรศิลป์, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบญจ, 2551), หน้า 186.

หลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท⁴ 2 ลักษณะทางรูปแบบของกฎ พิจารณาจากที่มาของอำนาจในการตรากฎและกระบวนการตรากฎ กล่าวคือ กฎเป็นกฎหมายที่ตราโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติอีกชั้นหนึ่ง และการตรากฎจะต้องกระทำตามกระบวนการที่กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจกำหนดไว้

3. “กฎ” ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ประเทศอังกฤษ

1) กฎ

ปัจจุบันองค์กรบริหารของอังกฤษจะมีอำนาจตรากฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ซึ่งเรียกกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหารนี้ว่า delegated Legislation และมีฐานะเป็นกฎ (Secondary Legislation) ดังนั้น กฎหมายขององค์กรบริหารจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภา ที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Legislation) หรือกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) ได้ และวัตถุประสงค์ของการตรากฎก็มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กฎหมายของรัฐสภา เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจ⁵

2) มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่เป็นกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติไม่ว่าด้วยประการใดทั้งสิ้น เส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างกฎกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครองนั้น ยังไม่ชัดเจนและคลุมเครือ แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้รับการปฏิบัติตามเสมือนว่าเป็นตัวบทกฎหมาย⁶ รูปแบบโดยทั่วไปของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คือ หนังสือเวียนของกรม ที่ส่งคำแนะนำไปยังส่วนราชการในต่างจังหวัดเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งหนังสือเวียนดังกล่าวไม่มีอำนาจบังคับใช้ตามกฎหมายในตัวของมันเอง แต่อาจมีผลทางกฎหมายได้ และแม้หนังสือเวียนจะไม่มีผลทางกฎหมาย แต่การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียนนั้นจะต้องได้รับการพิจารณา

⁴ J. F. Rivera, *Law of Public Administration* (Kiko Printing Press, 1955), p. 18 อ้างถึงใน รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, *การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 57.

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ,” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 14, 2 (มกราคม 2536): 43-44.

⁶ H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 5th edition, (Oxford: Clarendon Press, 1984), pp. 733-743 อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 126.

ในเนื้อหาของหนังสือเวียนนั้นด้วย ซึ่งหนังสือเวียนที่สำคัญที่สุดจะถูกพิมพ์ลงในราชกิจจานุเบกษา นอกนั้นก็มักจะไม่ถูกพิมพ์แต่อาจขอรับได้จากส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง⁷

3) การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยศาล

ประเทศอังกฤษไม่เคยยอมรับว่าตนมี “กฎหมายปกครอง” แยกเป็นพิเศษออกจากกฎหมายทั่วไป⁸ เจื่อนไขการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎนั้น เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีศาลปกครองจึงไม่มีเจื่อนไขที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ คงมีเจื่อนไขเช่นเดียวกับการฟ้องคดีโดยทั่วไป กล่าวคือ เมื่อประชาชนได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครอง ซึ่งกระทำลงโดยฝ่ายปกครองหรือโดยคณะกรรมการพิเศษ ประชาชนสามารถฟ้องคดีต่อศาลสูงตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรคอมมอน ลอร์ หรือเอคควิตี้ เท่านั้น ซึ่งหากกฎหมายลายลักษณ์อักษรคอมมอน ลอร์ หรือเอคควิตี้ ไม่ได้รองรับทางเยียวยา (remedies) ในกรณีนั้นไ้จะนำคดีมาสู่ศาลไม่ได้⁹

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของอังกฤษ เจื่อนไขการฟ้องคดีและผลของคดีจะได้รับการตัดสินชี้ขาดไปพร้อมกันโดยเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษา ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายปกครองของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่จะแยกเจื่อนไขในการฟ้องคดีออกจากเนื้อหาของคดี ในทางปฏิบัตินั้นศาลจะไม่เคร่งครัดในเรื่องกำหนดอายุความฟ้องคดีและไม่ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากการรับฟ้องคดีเป็นดุลพินิจของศาลและศาลจะเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีได้มาก โดยเฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ของสังคมหรือชุมชนของผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลแทบไม่ให้ความสำคัญกับระยะเวลาการฟ้องคดีเลย

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

1) กฎ

ปัจจุบันความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติของรัฐสภา และกฎเกณฑ์ขององค์กรบริหารในฝรั่งเศส เป็นวิวัฒนาการของการปฏิบัติที่เป็นจริงในการรับผิดชอบภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ

⁷ Halsbury's Laws of England, *Libel to Local Government*, Vol. 28, 4th ed. (London: Lord Hailsham of ST. Marylebone Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1979), p. 774 อ้างถึงใน ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดียวกัน, หน้า 130-131.

⁸ Dicey (A.V.), *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 10th ed., (London: Macmillan, 1959), p. 330 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อวรรณโณ, “ความเป็นมาของระบบศาลเดียวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส,” *ตุลพาท* 41, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2537): 82.

⁹ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, “ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ,” *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 14, 2 (มกราคม 2536): 53-54.

รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ได้ลดอำนาจของรัฐสภาในการบัญญัติกฎหมายและเพิ่มบทบาทให้องค์กรบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก กล่าวคือ บัญญัติเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา เขตอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารและรับรองอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้อย่างกว้างขวาง โดยยกเว้นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเขตอำนาจการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น ที่รัฐสภามีอำนาจบัญญัติรัฐบัญญัติได้แต่เพียงผู้เดียว ส่วนกฎหมายเรื่องอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้จะอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายขององค์กรบริหาร ซึ่งถือเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่รับรองอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁰

2) มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตรากฎหมายขององค์กรบริหารในฐานะผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ ซึ่งเป็นอำนาจที่มีอยู่โดยไม่จำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติใดให้อำนาจ ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้โดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานหรือของฝ่ายปกครอง และจะไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกคือประชาชน ปัจจุบันศาลปกครองของฝรั่งเศสแยกกรณีระหว่างหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมาย (Circulaire Interprétative) อันได้แก่หนังสือเวียนที่จัดทำขึ้นใช้ภายในหน่วยงานให้มีความเข้าใจตรงกันซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลต่อบุคคลภายนอก¹¹ กับหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎหมาย (Circulaire Réglementaires) อันได้แก่ที่มีผลเป็นการสร้างหรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎหมาย เช่น กฎเกณฑ์ทั่วไป (Règlement) และหากก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก หนังสือเวียนประเภทนี้ก็จะจะมีลักษณะเป็นกฎ¹²

3) การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยศาลปกครอง

กรณีของกฎ การรับพิจารณาคำฟ้องผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาว่ากฎที่ถูกโต้แย้งนั้น เป็นการ “วางหลักเกณฑ์” มิใช่เพียงการอธิบายขยายความกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมกฎ คือ การควบคุมกรอบการใช้อำนาจและการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

เงื่อนไขเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีระยะเวลาทั่วไปของการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กำหนดไว้ 2 เดือนนับแต่วันแจ้งคำสั่งทางปกครอง หรือนับ

¹⁰รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ, “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร-
มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 27.

¹¹ พูนศักดิ์ ใสสำรวจ, “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง 4, 2 (สิงหาคม 2528): 285.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 287-288.

จากวันประกาศบังคับใช้กฎ หลังจากพ้นระยะเวลา 2 เดือนไปแล้ว กฎย่อมไม่อาจถูกฟ้องคดีให้เพิกถอนได้อีก แต่รัฐทฤษฎีกาลวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ.1983 เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถร้องขอไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจให้ยกเลิกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยถือว่าในการฟ้องคดีปกครองเรื่องหนึ่งโจทก์อาจยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ กล่าวคือ กรณีพ้นระยะเวลาฟ้องขอให้เพิกถอนกฎโดยตรงไปแล้ว แต่ถ้าเมื่อใดมีการนำกฎมาปรับใช้เป็นคำสั่ง และความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งขึ้นอยู่กับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว ก็สามารถฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งนั้นได้ภายใน 2 เดือน ซึ่งศาลจะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นด้วยในตัว แต่ผลในทางคดีจะจำกัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎเฉพาะในคดีนั้นเท่านั้น โดยกฎนั้นยังคงใช้บังคับกับบุคคลอื่นได้อยู่

3.3 ประเทศเยอรมัน

1) กฎ

ประเทศเยอรมันไม่ยอมรับให้องค์กรบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง องค์กรบริหารจะสามารถตรากฎมาบังคับใช้กับประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้กระทำได้ หรือกรณีที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น และรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้วางข้อจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติที่จะมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตนให้แก่ฝ่ายปกครอง¹³

2) มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

ระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับหลักเกณฑ์ประเภทหนึ่งที่มีความแตกต่างในเรื่องของฐานะทางกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎ คือ คำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการวางระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ออกโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าหน่วยงานที่มีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาที่มีอยู่ในตนเองในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในของฝ่ายปกครอง และไม่มีผลโดยตรงต่อประชาชน¹⁴

¹³ นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 33-37.

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-นิติธรรม, 2538), หน้า 78-80.

3) การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยศาลปกครอง

ประเทศเยอรมันนิตินิยมทางปกครองไม่ได้หมายความว่าความรวมถึงกฎด้วย แต่ก็มี การรับฟ้องคดีเกี่ยวกับการควบคุมกฎ โดยการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยฝ่ายปกครองนั้น จะต้องเป็นกฎที่ได้รับมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติ โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมกฎ คือ อำนาจของผู้ตรากฎ กระบวนการ ขั้นตอน พื้นฐานทางกฎหมายที่มอบอำนาจในการตรากฎ และกฎจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่า¹⁵

การร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะต้องกระทำภายในสองปี นับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎนั้น หลังจากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปแล้วบุคคลใดจะฟ้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของกฎอีกไม่ได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหนทางในการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะหมดไปโดยสิ้นเชิง ปัจจุบันบุคคลจะต้องรอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิและหน้าที่ของตนก่อน จึงจะสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอาจกล่าวอ้างว่ากฎที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งไม่ชอบด้วยรัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท และก่อนที่ศาลปกครองจะพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองจะต้องพิจารณาประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีเสียก่อนว่ากฎชอบด้วยรัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทหรือไม่ อย่างไรก็ดี แม้ศาลปกครองเห็นว่ากฎดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็เพียงแค่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จะก้าวล่วงไปพิพากษาแสดงความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของกฎไม่ได้¹⁶

4. “กฎ” ในระบบกฎหมายไทย

4.1 กฎ

ปัจจุบันพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 วรรค 8 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 วรรค 3 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ

¹⁵บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์ เดือนตุลา จำกัด, 2548), หน้า 134-137.

¹⁶วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 2-3.

กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

4.2 มาตรการภายใน

ในระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจจัดทำในรูปของหนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติราชการ มติของคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งกระทรวง ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับปัญหาต้องการแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบ เพื่อเป็นแนวทางในการตีความกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครอง และเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง¹⁷

ศาลปกครองไทยก็มีการนำหลักกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ (Circulaire Réglementaires) มาใช้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การศึกษากฎที่พิจารณาเพียงหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมาย (Circulaire Interprétative) เพียงเรื่องเดียวยังไม่สามารถครอบคลุมได้ครบ

4.3 การควบคุมตรวจสอบ “กฎ” โดยศาลปกครอง

กฎเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หากมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตรากฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือละเมิดที่เกิดจากกฎ ย่อมเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีย่อมเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมกฎ คือ อำนาจของผู้ตรากฎ รูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด และความชอบด้วยกฎหมาย

¹⁷ ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 140.

ระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทั้งกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด เป็นไปตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งก็คือวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี โดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองมีความเห็นแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางที่หนึ่งใช้วันที่ประกาศกฎหมายลำดับรองในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่ถือว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีแล้ว และแนวทางที่สองใช้วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือประโยชน์ของตนอย่างแท้จริง

5. ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง

5.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

กรณีของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีปัญหา คือ ศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นิยามความหมายของกฎไว้ และในมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ซึ่งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญใช้เกณฑ์องค์กรในการแบ่งเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น ส่วนองค์กรอิสระเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ กฎที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองจัดตั้งขึ้นเพื่อมุ่งตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หากศาลตีความว่าการตรากฎขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง และวินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวด้วย จะเป็นการตีความในทางที่เป็นการขยายอำนาจเขตศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีได้พิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ และเป็นการให้เหตุผลในเชิงปฏิเสธอำนาจของศาลอื่นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ในทางวิชาการจึงมีการให้คำนิยามของ “ฝ่ายปกครอง” ไว้ในความหมายอย่างกว้างเพื่อ

อุดช่องว่างของกฎหมาย โดยให้หมายความรวมถึงองค์กฤษฎีกาในกรณีที่ใช้อำนาจทางปกครองด้วยเช่นกัน แต่เป็นฝ่ายปกครองที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายรัฐบาล จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าใช้อำนาจขององค์กฤษฎีกานั้นเป็นการใช้อำนาจในลักษณะใด กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง ซึ่งการพิจารณาว่าคดีจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ควรอาศัยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ 1. เกณฑ์ในทางรูปแบบ เป็นเกณฑ์ที่สะท้อนความสัมพันธ์ในเชิงองค์กร ซึ่งมีได้หมายความว่าองค์กรที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลแล้ว การกระทำขององค์กรดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเสมอ 2. เกณฑ์ในทางเนื้อหา เป็นเกณฑ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณา เนื่องจากการพิจารณาจากการกระทำขององค์กรนั้นๆ ว่าเป็นการใช้อำนาจในลักษณะใด เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่

อย่างไรก็ตาม มีการพยายามแก้ไขปัญหามิตรคดีดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 226 และมาตรา 245 แต่ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อมาอีกหลายฉบับ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (7 สิงหาคม 2559) ได้กำหนดเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 231 ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการผิดดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

เห็นได้ว่าคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (7 สิงหาคม 2559) มาตรา 230 (2) ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงหน่วยงานลักษณะใดและประเภทใดบ้าง ซึ่งอาจหมายความว่ารวมถึงองค์กฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจว่าจะอาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา อีกทั้ง กรณีดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เป็นผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นประชาชนเสนอคำฟ้องด้วยตนเอง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับลักษณะสำคัญของการเป็นกฎที่ว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย “ฝ่ายปกครอง” นั้น กฎขององค์กฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญจึงมีความหมายเป็นอย่างเดียวกับกฎของฝ่ายปกครองตามบทนิยามในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง

ปกครอง พ.ศ.2539 ดังนั้น การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจึงควรสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง เพื่อไม่ให้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญกลายเป็นอำนาจอธิปไตยที่สี่ ซึ่งขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและขัดต่อหลักการพื้นฐานในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

5.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวข้องกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

จากการพิจารณาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในคดีที่ฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น มีประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาว่ากฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองมีความหมายอย่างไร แม้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้นิยามความหมายของกฎไว้ แต่จากการตีความของศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ มีคำวินิจฉัยถึงความหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองบางคำวินิจฉัย ที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อปฏิบัติตามมีลักษณะเป็นกฎย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองถือว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวมีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกโดยตรงและโดยที่ไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทเป็นฐานอำนาจ

เมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “กฎ” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 วรรค 8 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 วรรค 3 ซึ่งได้ให้นิยามของ “กฎ” ไว้ว่า “หมายความว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” โดยศาลปกครองจะอาศัยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นกฎโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของ “กฎ” ที่ว่า “...หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” อย่างเดียวก็มีลักษณะเป็นกฎแล้ว โดยไม่ได้พิจารณาว่ากฎนั้นได้ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ซึ่งไม่เพียงพอ และจะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวได้เรียงลำดับของกฎตามลำดับความสำคัญหรือตามลำดับชั้นของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎ ประกอบกับตามหลักการตีความกฎหมายความในตอนท้ายของคำนิยามของ “กฎ” ที่ว่า “...หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะต้องตีความให้สอดคล้องกับความในตอนต้นของนิยามที่ว่า “พระ

ราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ...” ซึ่งเป็นกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้น มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ระบุเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้ในตอนท้ายว่า “(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ ... เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ ... หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ...” แสดงให้เห็นว่า “กฎ” ย่อมเป็นกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท และจะต้องเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แต่ฐานอำนาจในการตรา “กฎ” และการออก “คำสั่งทางปกครอง” ย่อมจะต้องมีฐานเดียวกัน คือ อำนาจตามกฎหมาย ตามนัยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550, พ. 29/2553, อ. 473/2556, ร. 214/2553 (ประชุมใหญ่)

การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” นอกจากการที่กฎจะต้องเป็นกรณีที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท แต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นกรณีที่ออกโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชา และความแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ กฎจะต้องมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ในขณะที่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่มีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งการมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง การมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง บุคคลภายนอกหมายความว่าความถึงเฉพาะแต่ประชาชน ไม่หมายรวมถึงข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่มีผลกระทบต่อสถานะภาพ สิทธิ หรือเจ้าหน้าที่ที่มีต่อหน่วยงาน ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ

กรณีที่สอง การมีผลต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง บุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง นอกจากหมายถึงประชาชนแล้วยังหมายความว่ารวมถึงข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย กรณีที่เป็นสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งความแตกต่างระหว่างการสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการและการสั่งการภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการนั้น คือ การสั่งการที่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการเป็น “ความสัมพันธ์พื้นฐาน” มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กระทั่งถึงสิทธิของข้าราชการใน

ฐานะส่วนตัว มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การสั่งเลื่อนระดับ การสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการ ในขณะที่การสั่งการภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็น “ความสัมพันธ์ในทางการงาน” ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก ไม่กระทบสิทธิข้าราชการในฐานะส่วนตัว และไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น ระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตาม มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดยสรุป “กฎ” ในระบบกฎหมายไทยประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 5 ประการ¹⁸ คือ 1. เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย “ฝ่ายปกครอง” 2. เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท 3. เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท 4. เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ 5. และเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก

5.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีที่มีความสำคัญ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 49 กำหนดว่า การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และมาตรา 52 กำหนดว่า การยื่นฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้ จากแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองได้ถือวันเริ่มต้นในการนับระยะเวลาการฟ้องคดีหรืออายุความการฟ้องคดีแตกต่างกันไปหลายแนวทาง อีกทั้งยังมีข้อยกเว้นในเรื่องอายุความ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนในการนับระยะเวลาการฟ้องคดี

การตีความดังกล่าวแม้จะเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 49 แต่การถือตามแนวการตีความของศาลปกครองอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของความแน่นอนของระยะเวลาว่าระยะเวลาใดจะถือว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงวันที่กฎนั้นมีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี ด้วยเหตุว่ากฎหมายมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, “กฎ” เอกสารประกอบคำสอน วิชากฎหมายปกครองชั้นสูง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), หน้า 4.

โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎหมายย่อมจะมีเป็นจำนวนมาก และผลกระทบกับสิทธิของประชาชนที่เกิดจากกฎหมายไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้พร้อมกันทั้งหมด จึงขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครองว่าจะใช้อำนาจโดยอาศัยกฎหมายไปมีผลกระทบต่อประชาชนเมื่อใด และการที่ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่าผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากกฎหมายเมื่อใด จึงจะเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับหรือควรรู้ถึงกฎหมายและเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดี ซึ่งเห็นได้ว่า ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายได้อยู่เสมอและตลอดเวลาโดยไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักความแน่นอนของกฎหมาย

นอกจากนี้ในการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย แม้จะเป็นการยื่นฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีก็ตาม แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 52 ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งศาลปกครองอาจรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณาได้ถ้าเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองได้นำข้อยกเว้นในเรื่องของประโยชน์แก่ส่วนรวมมาเป็นเหตุในการรับฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย ในกรณีที่ฟ้องเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้พิจารณา ในบางกรณีศาลก็ไม่ได้นำข้อยกเว้นมาวินิจฉัยประกอบการพิจารณาเป็นเงื่อนไขในเรื่องของระยะเวลาในการฟ้องคดีหรือในบางกรณีที่ศาลนำข้อยกเว้นมาวินิจฉัยประกอบการพิจารณาเป็นเงื่อนไขในเรื่องของระยะเวลาในการฟ้องคดีแต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่แน่นอนของการใช้ข้อยกเว้นของศาลปกครอง

เมื่อกำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาฟ้องเพิกถอนกฎหมายตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎหมายนั้น ระยะเวลาที่ให้ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 49 เป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่ประชาชนจะรู้หรือควรรู้ถึงการประกาศของกฎหมายดังกล่าวและนำมายื่นฟ้องคดีต่อศาลภายใน 90 วัน อีกทั้งกฎหมายยังไม่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาดังกล่าว และการกำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาฟ้องเพิกถอนกฎหมายตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎหมายนั้น ไม่เป็นการทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนขาดความสมบูรณ์ เนื่องจากแม้ผู้ฟ้องคดีจะฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายไม่ได้เพราะเหตุว่าเป็นการฟ้องที่เกินกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนับแต่วันที่มีการประกาศบังคับใช้กฎหมาย แต่ประชาชนหรือผู้ฟ้องคดีก็สามารถที่จะฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุข้อพิพาทอื่นตามที่กฎหมายกำหนดได้ เช่น การฟ้องกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยกฎหมายนั้นเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งและ

คำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี กรณีดังกล่าวจึงเป็นการชี้แจงน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนในทางกฎหมายกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น บทบัญญัติในกรณีของการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎนั้นควรกำหนดการเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนับตั้งแต่วันที่กฎมีการประกาศใช้ ไม่ว่าจะเป็นการประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือประกาศในสถานที่ที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้เกิดความชัดเจนและมีความสอดคล้องกับลักษณะในทางกฎหมายของกฎ และควรขยายระยะเวลาในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎให้มากกว่าระยะเวลา 90 วัน ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 49

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 ปัญหาเขตอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการตีความนิยามของหน่วยงานทางปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 โดยควรตีความหน่วยงานทางปกครองรวมถึงกรณีที่ต้ององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจทางปกครองด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ต้ององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตรากฎ โดยถือเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์องค์กรผู้ใช้อำนาจในการพิจารณาฎีกาที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ในส่วนนิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” โดยเพิ่มเติม “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย เช่น “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

6.2 ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ที่มีความเกี่ยวข้องกับ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการตีความนิยามของกฎในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 โดยไม่ควรตีความว่าเมื่อเป็น “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แล้ว

จะมีลักษณะเป็นกฎทุกกรณี แต่ควรจะต้องตีความโดยพิจารณาจากลักษณะสำคัญของกฎให้ครบถ้วน คือ 1. เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราโดย “ฝ่ายปกครอง” 2. เป็นกฎเกณฑ์ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท 3. เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท 4. เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้กับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และ 5. เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก ทั้งนี้ คำว่ามีผลโดยตรงไปยังภายนอก หมายถึง มีผลโดยตรงไปสู่ประชาชน และหมายความรวมถึงมีผลโดยตรงไปสู่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่เป็นความสัมพันธ์พื้นฐานด้วย

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” โดยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ในส่วนนิยามของคำว่า “กฎ” โดยเพิ่มเติมลักษณะของกฎที่ “เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงไปยังภายนอก” ไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย เช่น “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ใช้บังคับแต่เฉพาะภายในฝ่ายปกครอง”

6.3 ปัญหาการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ”

ประการที่หนึ่ง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการตีความการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 49 โดยควรตีความวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยเริ่มต้นนับระยะเวลาในการฟ้องคดีนับแต่วันที่กฎนั้นได้ประกาศใช้บังคับ ไม่ว่าจะประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือประกาศโดยวิธีอื่นตามที่กฎหมายกำหนด

และการตีความข้อยกเว้นในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 52 ควรตีความโดยไม่รวมข้อยกเว้นในเรื่องของประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น

ประการที่สอง ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการสร้างหลักเกณฑ์ในการนับระยะเวลาเริ่มต้นในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 49 และมาตรา 52 โดยอาจจะบัญญัติเพิ่มเติมไว้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองประเภทอื่น หรือบัญญัติเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 49 เช่น “การฟ้อง

คดีปกครองกรณีเพิกถอนกฎจะต้องยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้บังคับ กรณีอื่นจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

และไม่ควรมีข้อยกเว้นในเรื่องของระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 52 เช่น “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้”

การยื่นฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

ทั้งนี้ ไม่หมายความว่ารวมถึงการฟ้องคดีปกครองกรณีที่เป็นกฎ”

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย.” **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 16, 1 (ธันวาคม 2538): 66-85.
- นรินทร์ อธิสาร. “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2546.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. “กฎ” เอกสารประกอบคำสอน วิชากฎหมายปกครองชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.
- _____. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2548.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศอังกฤษ.” **วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย** 14, 2 (มกราคม 2536): 32-75.
- _____. **ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส**. **ตุลพาท** 41, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2537): 82-105.
- _____. **หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- พูนศักดิ์ ใสสารวจ. “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส.” **วารสารกฎหมาย ปกครอง** 4, 2 (สิงหาคม 2528): 269-308.
- ยงยุทธ อนุกุล. “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2533.
- รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ. **การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน. **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 5, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 1-17.
- วิษณุ วรรณุญ, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ดอกเบี๋ย, 2551.
- สมยศ เชื้อไทย. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- Dicey, A. V. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10th ed. London: Macmillan, 1959.

- Halsbury's Laws of England. **Libel to Local Government**. Vol. 28. 4th ed. London: Lord Hailsham of ST. Marylebone Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1979.
- Rivera J. F. **Law of Public Administration**. Kiko Printing Press, 1955.
- Rivero, Jean and Waline, Jean. **Droit Administrative**. 20th ed. Paris: Dalloz, 1996.
- Wade, H. W. R. **Administrative Law**. 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1984.

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพ:
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิชัย มานิตยกุล

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพ:
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศ
Legal Measures on Professional Football Management:
Comparative Study of Thai and Foreign Law

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิชัย มานิตยกุล*
Assistant Professor Apichai Manitayakul

บทคัดย่อ

กีฬาฟุตบอลเป็นกีฬาที่ได้รับความนิยมมากในประเทศไทยและสามารถพัฒนาจนกลายเป็นกีฬาอาชีพที่สร้างรายได้และผลตอบแทนทางธุรกิจได้อย่างน่าสนใจ ซึ่งส่วนหนึ่งของการจัดการฟุตบอลอาชีพให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยก็คือการนำมาตรการทางกฎหมายมาช่วยในการจัดการ ทั้งนี้เนื่องจากในการจัดการฟุตบอลอาชีพนั้นต้องมีการปฏิสัมพันธ์ของบุคคลหรือหน่วยงานต่างๆ ในหลายส่วน ซึ่งหลายประเทศที่มีพัฒนาการด้านการจัดการฟุตบอลอาชีพที่อยู่ในระดับสูงในปัจจุบันก็ล้วนแต่มีการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของการจัดการทั้งสิ้น เพียงแต่ในแต่ละประเทศอาจจะมีโครงสร้างที่แตกต่างกันไปตามแต่บริบทของสังคม ระบบกฎหมาย และวัฒนธรรมฟุตบอลท้องถิ่น

โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการกีฬาอาชีพขึ้นมาบังคับใช้เป็นการเฉพาะ คือ "พระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556" ซึ่งสามารถนำมาใช้กับการจัดการฟุตบอลอาชีพได้ในหลายส่วน แต่เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพโดยเฉพาะถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ดังนั้นการศึกษาโครงสร้างมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศที่มีศักยภาพในการจัดการฟุตบอลอาชีพระดับสูงบางประเทศเปรียบเทียบกับของประเทศไทยจึงถือว่าเป็นประโยชน์สำหรับการกำหนดแนวทางในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายสำหรับการจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ.ท., น.ม. (สาขากฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Abstract

Football is a very popular sport in Thailand and can be transformed into a professional sport that generates revenue and business returns. One part of professional football management is to put the legal measures to help manage. This is because the management of professional football requires the interaction of individuals or agencies in many parts. In the management of professional football in many countries that have developed in the field of professional football management at the present, it is found that all legal measures are used as part of management. The structure of the legal system used may vary depending on the context of the society, the legal system and the culture of the country.

At present, Thailand has established a law on professional sports management to be enforced specifically as the "Professional Sports Promotion Act BE 2556", which applies to professional football management in many parts. However, due to the fact that there is a legal provision for the management of professional sports is a new issue for sports management in Thailand. Therefore, the study of the legal framework for professional football management in some high-level professional football management countries in comparison with Thailand is considered useful for defining legal guidelines for Thailand's professional football management continues to be effective.

คำสำคัญ: กฎหมายกีฬา, ฟุตบอลอาชีพ

Keyword: sport Law, professional football

1. บทนำ

กีฬาฟุตบอล ถือเป็นกีฬาที่ได้รับความนิยมมากที่สุดประเภทหนึ่งในปัจจุบัน เนื่องจากมีกฎกติกาไม่ซับซ้อน และคนทุกกลุ่มสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย ไม่ว่าจะเป็นการเล่นเพื่อความสนุกสนานเพื่อการออกกำลังกาย หรือแม้กระทั่งได้มีการพัฒนาจนสามารถเล่นเพื่อเป็นอาชีพและกลายเป็นธุรกิจใหม่ที่สามารถสร้างรายได้จำนวนมหาศาลในปัจจุบัน ซึ่งก็เช่นเดียวกับในประเทศไทย ที่ปรากฏจากการสำรวจข้อมูลด้านผู้ชม มูลค่าสิทธิของการแข่งขัน ค่านิยม (Rating) ในการถ่ายทอดสด พบว่าการแข่งขันฟุตบอลลีกของประเทศไทยนั้นมีการเติบโตรับดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง จนมีการคาดการณ์ว่า ในปี พ.ศ.2559 นั้น การเติบโตของฟุตบอลไทยจะก่อให้เกิดจำนวนเงินหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจอยู่ที่ประมาณ 12,000 ล้านบาท โดยสิ่งหนึ่งที่จะมีความสำคัญมากในการจัดการธุรกิจกีฬาฟุตบอลก็คือการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมขึ้นมาเป็นเครื่องมือในการจัดการนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากการจัดการฟุตบอลอาชีพนั้นมียุทธศาสตร์หลายส่วนที่ต้องเป็นการก่อ “นิติสัมพันธ์” ดังนั้นในบทความนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษา และนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับ ลักษณะโครงสร้างของมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศไทยในปัจจุบัน เปรียบเทียบกับของบางประเทศที่น่าสนใจ เพื่อเป็นประโยชน์สำหรับการนำไปพัฒนาการบริหารจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศไทย ในอนาคตได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

2. ความเป็นมา และรูปแบบของการจัดการฟุตบอลอาชีพ

กีฬาฟุตบอล เป็นกีฬาที่มีพัฒนาการมาจากการละเล่นตั้งแต่ยุคโบราณ แต่ที่ถือว่าเป็นอิทธิพลต่อสังคมโลกในยุคปัจจุบัน คือ การเล่นกีฬาฟุตบอลยุคใหม่ที่มีการพัฒนามาจากประเทศในกลุ่มสหราชอาณาจักร ในช่วงระหว่าง ปี ค.ศ.1815-1914 ซึ่งถือเป็นช่วง “ศตวรรษแห่งจักรวรรดิอังกฤษ” โดยอังกฤษได้นำกีฬาฟุตบอลสมัยใหม่นี้ไปเผยแพร่ยังดินแดนที่เป็นอาณานิคมต่างๆ ของตน จนต่อมาได้รับความนิยมขยายออกไปยังดินแดนส่วนอื่นทั่วโลกอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะในทวีปยุโรปที่กีฬาฟุตบอลได้มีการพัฒนาจนกลายเป็น “สถาบันทางสังคม” แบบหนึ่ง² ดังเช่น ในประเทศอังกฤษที่

¹ศูนย์วิจัยกสิกรไทย, ความนิยมในกีฬาฟุตบอลของไทย: กับบทบาทในกิจกรรมเศรษฐกิจของประเทศ เม็ดเงินหมุนเวียนกว่า 12,000 ล้านบาท (กระแสทรรศน์ ฉบับที่ 2762) [Online], available URL: <https://www.kasikornresearch.com/th/K-EconAnalysis/Pages/ViewSummary.aspx?docid=35575>, 2017 (April, 1).

²Eric Hobsbawm “Mass-Producing Tradition: Europe, 1870-1914,” in Eric Hobsbawm and Terence Ranger, *The Invention of Tradition* (London: Cambridge University Press, 1983), pp.

กีฬาฟุตบอล ถือเป็น “วัฒนธรรมของชนชั้นกรรมาชีพมวลชน” (Mass proletarian cult) ที่ในยุคเริ่มแรกนักกีฬาฟุตบอลมักจะมีมาจากชนชั้นแรงงาน จนสามารถผลักดันให้กลายเป็นกีฬาสากลที่ใช้ในการแข่งขันกีฬาโอลิมปิกได้ในที่สุด และเมื่อกีฬาฟุตบอลกลายเป็นกีฬาสากล การเล่น และการเข้าชมการแข่งขันฟุตบอล ได้กลายเป็นต้นทุนทางเศรษฐกิจที่สามารถเรียกเก็บค่าเข้าชมการแข่งขันได้ ดังนั้นในประเทศอังกฤษจึงได้เริ่มจัดการแข่งขันฟุตบอลในลักษณะของการแข่งขันแบบกีฬาอาชีพที่สามารถเก็บเงินค่าตั๋วเพื่อเข้าชมการแข่งขันขึ้นด้วยการนัดหมายสโมสรฟุตบอลต่างๆ ให้จัดตั้งเป็นองค์กรฟุตบอลลีก (The Football League) เพื่อดำเนินการจัดแข่งขัน ฟุตบอลอาชีพในระบบ League และสามารถเริ่มดำเนินการแข่งขันฟุตบอลอาชีพครั้งแรกขึ้น เมื่อปี ค.ศ.1888 จากนั้นก็ได้พัฒนาให้มีการแบ่งการแข่งขัน League ออกเป็นระดับชั้นต่างๆ ตามจำนวนทีมที่สนใจเข้าร่วมการแข่งขันมากขึ้น ภายใต้การดำเนินการของ สมาคมฟุตบอล (The Football Association) ซึ่งแนวทางการจัดการแข่งขันแบบฟุตบอลอาชีพตามแบบอย่างของประเทศอังกฤษนี้ ก็ได้มีหลายๆ ประเทศ ทั้งในยุโรป และภูมิภาคอื่น ทั่วโลกนำไปพัฒนา การจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศของตนอย่างกว้างขวาง โดยนิยมเรียกฟุตบอลแบบอังกฤษนี้ว่า Association Football เพียงแต่อาจจะมีความแตกต่างกันไปบ้างในรายละเอียดทั้งนี้ก็เป็นไปตามประวัติศาสตร์ และบริบทของแต่ละท้องถิ่นที่มีความหลากหลาย อาทิเช่น

2.1 ประเทศอังกฤษ

กีฬาฟุตบอลในอังกฤษแต่เดิมนั้นที่เป็นกีฬาที่เล่นกันโดยฝูงชนด้วยความรุนแรง (Mob Football) ถึงขนาดที่ในปี ค.ศ.1314 กษัตริย์เอ็ดเวิร์ดที่ 2 ได้ทรงออกกฎหมายห้ามมิให้เล่นกีฬานี้ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะมีโทษจำคุก³ แต่ในที่สุดก็พัฒนาปรับปรุงจนกลายเป็นกีฬาอาชีพได้ โดยเริ่มจากการจัดตั้ง “สมาคมฟุตบอล” (The Football Association) ขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 18 และถือเป็นสมาคมฟุตบอลแห่งแรกของโลก ที่ทำการจัดการแข่งขันฟุตบอลภายใต้กฎกติกาที่ถูกกำหนดขึ้นอย่างชัดเจนที่เรียกว่า “Association Rules” ในระบบการแข่งขันแบบพบกันหมดที่เรียกว่าระบบลีก (League) และด้วยการที่อังกฤษมีอาณานิคมอยู่ในหลายภูมิภาคทั่วโลก จึงส่งผลให้กีฬาฟุตบอลลักษณะนี้ขยายอิทธิพลไปยังดินแดนอื่นๆ ทั่วโลกได้อย่างรวดเร็ว จนกระทั่งในปี ค.ศ.1904 ก็ได้มีการ

263-308; อ้างถึงใน เนตรนภา ประกอบกิจ, “พัฒนาการของวัฒนธรรมฟุตบอลต่างประเทศในสังคมไทย พ.ศ.2509-2544,” (วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 19.

³Michael Archer, Peter Arnold, Christopher Davis, Paul Gardner and Martin Tyler, *The International Book of Soccer* (New York: A&W Publish, Inc., 1977), pp. 10-11.

รวมตัวกันของหลายประเทศจัดตั้งองค์กรเพื่อบริหารจัดการกีฬาฟุตบอลในระดับนานาชาติขึ้น คือ “สมาพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ” (Federation International Football Association: FIFA) และจากนั้นก็มีการจัดตั้งองค์กรกีฬาฟุตบอลระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคต่างๆ ของโลกขึ้นตามมา เช่น สหภาพสมาคมฟุตบอลยุโรป (Union of European Football Associations: UEFA) หรือ สมาพันธ์ฟุตบอลเอเชีย (Asian Football Confederation: AFC) ซึ่งต่อมาองค์กรเหล่านี้กลายเป็นองค์กรทางกีฬาระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการกำหนดกฎกติกาหลักในการบริหารจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศสมาชิกมาจนถึงในปัจจุบัน และเนื่องจากการที่ฟุตบอลถือเป็น “สถาบันทางสังคม” ของอังกฤษ จึงมีต้นทุนทางเศรษฐกิจที่สามารถเรียกเก็บค่าเข้าชมการแข่งขันได้มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1885 จนสามารถพัฒนาเป็นกีฬาอาชีพได้ในที่สุด แต่ในช่วงแรกผู้ที่นิยมเข้าชมกีฬาฟุตบอลจะเป็นกลุ่มผู้ใช้แรงงาน ราคาตั๋วเข้าชมจึงมีราคาไม่สูงมากนัก (ประมาณ 3-6 เพนนี) อีกทั้งสภาพสนามแข่งขันก็คับแคบ แออัด จนภาพของฝูงชนที่เข้าชมการแข่งขันดูเหมือนกับแรงงานกำลังเดินเข้าสู่ประตูโรงงาน⁴ จนต่อมาเมื่อความนิยมในการชมฟุตบอลได้ขยายไปยังกลุ่มชนชั้นอื่นมากขึ้น หลายทีมจึงเริ่มสร้างสนามแข่งขันขึ้นอย่างเป็นสัดส่วน จนสามารถที่จะเพิ่มราคาตั๋วเพื่อเข้าชมการแข่งขันให้สูงขึ้นไปได้ตามความนิยมของผู้ชม

แต่ความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญประการหนึ่งที่ส่งผลต่อพัฒนาการฟุตบอลอาชีพให้กลายเป็นธุรกิจระดับโลกที่มีมูลค่ามหาศาล ก็คือ ในช่วงราวปี ค.ศ.1980 ที่เริ่มมีการถ่ายทอดภาพการแข่งขันฟุตบอลเผยแพร่เป็นครั้งแรก และในช่วงปี ค.ศ.1990 เริ่มมีการดำเนินธุรกิจสถานีโทรทัศน์เอกชนในยุโรป เพื่อทำการถ่ายทอดภาพการแข่งขันออกเผยแพร่โดยเรียกเก็บค่าตอบแทนจนกลายเป็นรายได้ในรูปแบบใหม่ที่มีมูลค่าสูงมาก และกลายเป็นแหล่งรายได้ใหม่ของฟุตบอลอาชีพ โดยจุดเปลี่ยนที่สำคัญหนึ่งในประวัติศาสตร์การจัดการฟุตบอลอังกฤษคือ เมื่อสิ้นสุดฤดูกาล ปี ค.ศ.1991-1992 สมาชิกฟุตบอลลีกระดับชั้นที่ 1 ทั้งหมดในขณะนั้น ได้ตกลงว่าจะร่วมกันก่อตั้งการแข่งขันขึ้นเอง ให้ชื่อว่า F.A Premier League ดำเนินการโดย บริษัท พรีเมียร์ลีก จำกัด (มหาชน) แทนที่สมาคมฟุตบอล และเริ่มดำเนินการแข่งขันตั้งแต่ฤดูกาล ปี ค.ศ.1992-1993 เป็นต้นมา ภายใต้แนวคิดการจัดสรรสิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการถ่ายทอดสดการแข่งขันให้กับทีมที่ร่วมแข่งขันอย่างทั่วถึง ส่วนสมาคมฟุตบอล ก็ยังคงจัดการแข่งขันในระดับรองลงมาจนถึงปัจจุบัน

⁴F.Inglis, Raymond Villiaams (London: Routledge, 1995), p.53 cited by Richard Giulianotti, *Football: A Sociology of the Global Game* (London: Polity Press, 1999), p. 6; อ้างถึงใน เนตรนภา ประกอบกิจ, “พัฒนาการของวัฒนธรรมฟุตบอลต่างประเทศในสังคมไทย พ.ศ.2509-2544,” เรื่องเดิม, หน้า 20.

2.2 ประเทศสเปน

ประเทศสเปน แม้ว่าจะรับอิทธิพลของฟุตบอลสมัยใหม่มาจากประเทศอังกฤษ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 แต่ฟุตบอลอาชีพในประเทศสเปนถือว่ามีลักษณะเฉพาะตัวที่น่าสนใจเป็นอย่างมาก⁵ เนื่องจากเป็นกีฬาที่มีพัฒนาการและความสัมพันธ์กับบริบททางด้านการเมืองของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ โดยสโมสรฟุตบอลแห่งแรก คือ สโมสร Athletic de Bilbao ที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1898 ตามมาด้วยสโมสร Barcelona ในปี ค.ศ.1899 และสโมสร Real Madrid ในปี ค.ศ.1902 และในปี ค.ศ.1929 ได้เริ่มจัดให้มีการแข่งขันฟุตบอลลีกอย่างเป็นทางการขึ้นเป็นครั้งแรกในสเปน แต่ต่อมาเกิดสงครามกลางเมืองขึ้นในระหว่าง ปี ค.ศ.1936-1939 โดยเป็นฝ่ายของนายพลฟรังซิสโก ฟรังโก ที่ได้รับชัยชนะ และได้ครองอำนาจภายใต้นโยบาย “สเปนหนึ่งเดียว” ที่ต้องการจะรวมหลายแคว้นในสเปนให้เป็นสเปนเดียว โดยมุ่งให้แคว้น Castilla (ซึ่งเป็นที่ตั้งของเมือง Madrid) ให้เป็นศูนย์กลาง จึงส่งผลให้ประชาชน ในสองแคว้นที่มีความเป็นชาตินิยมสูงมากคือ แคว้น Catalonia (เมืองหลวงคือ Barcelona) และแคว้น Basque (เมืองหลวง คือ Vitoria-Gasteiz และเป็นที่ตั้งของจังหวัด Biscay และเมือง Bilbao อันเป็นที่ตั้งของสโมสร Athletic de Bilbao) ได้พยายามต่อสู้ และเป็นปฏิปักษ์กับนายพลฟรังโกมาโดยตลอด ซึ่งความขัดแย้งนี้ได้มีการนำเอากีฬาฟุตบอลมาเกี่ยวข้องด้วย โดยที่นายพลฟรังโกใช้ทีมฟุตบอลจากเมืองหลวง ซึ่งได้แก่สโมสร Real Madrid ภายใต้การบริหารของ Santiago Bernabeu ประธานสโมสรในขณะนั้น เป็นสัญลักษณ์ของการดำเนินการประชาสัมพันธ์นโยบาย “สเปนหนึ่งเดียว” ของตน จนเกิดความขัดแย้งระหว่างทีมสโมสร Real Madrid ในฐานะทีมฝ่ายรัฐบาลกับ สโมสร Barcelona ในฐานะทีมตัวแทนแคว้น Catalonia ซึ่งเป็นปฏิปักษ์กับรัฐบาล อยู่หลายครั้ง จนมีคำเปรียบเปรยว่าหากเปรียบแคว้น Catalonia เป็นเหมือนประเทศ ก็จะมีสโมสร Barcelona เป็นกองทัพนั่นเอง ซึ่งแนวคิดนี้ได้ปรากฏอย่างมีนัยสำคัญในคำขวัญของสโมสร Barcelona ที่ว่า “Més que un club” (แปลว่า มากกว่าสโมสร) ซึ่งในปัจจุบันแฟนฟุตบอลในประเทศสเปนกว่าร้อยละ 60 เป็นแฟนบอลของ Real Madrid และ Barcelona และแม้กระทั่งการเลือกตั้งประธานสโมสรของทั้งสองสโมสร ยังเป็นเหตุการณ์สำคัญระดับชาติที่มักจะได้รับวามสนใจจากสื่อมวลชนต่างๆ มาโดยตลอด⁶

⁵The Economist, *How Spain learned to play the beautiful game* [Online], available URL: <http://www.economist.com/node/21556545>, 2017 (April, 1).

⁶จิต โลว, บาร์ซ่า vs มาดริด การเมือง ธุรกิจ ความเกลียดชัง และศักดิ์ศรี ที่ไม่ได้มีแค่ฟุตบอล, แปลโดย บุญฤทธิ์ ฉันทสุวรรณ (กรุงเทพมหานคร: เอสทีวีผู้จัดการ, 2558), หน้า 17-19.

ดังนั้นการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศสเปนจึงมีความหมายมากกว่าการแข่งขันฟุตบอลธรรมดาทั่วไป แต่เป็นการแข่งขันที่เต็มไปด้วยชาติกำเนิด การเมือง วัฒนธรรม ประเพณี ภาษา ที่ล้วนแต่เป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน และลึกซึ้งเป็นอย่างมาก และแม้ในปัจจุบันแนวคิดเรื่องความแตกแยกทางด้านการเมืองจะลดความรุนแรงลงไปมากแล้วก็ตาม แต่การแข่งขันฟุตบอลก็ยังคงได้รับอิทธิพลของประวัติศาสตร์ความขัดแย้งในอดีตแฝงอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะการแข่งขันระหว่างทีม Real Madrid และทีม Barcelona จนได้มีการเรียกชื่อการแข่งขันระหว่างสองทีมนี้ว่า “El Clásico” ซึ่งปรากฏการณ์นี้ได้อิทธิพลต่อการกำหนดกฎ กติกา สำหรับการบริหารจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศสเปนค่อนข้างมาก เช่น การที่กำหนดให้สโมสรแต่ละสโมสรสามารถตกลงเกี่ยวกับการขายสิทธิในการถ่ายทอดสดการแข่งขันสโมสรของตนเอง จึงส่งผลให้ Real Madrid และ Barcelona เป็นเพียงแค่สองสโมสรที่ได้รับผลตอบแทนในส่วนนี้มากกว่าสโมสรอื่นถึงกว่า 8 เท่าตัว จนต้องมีการเรียกร้องให้รัฐบาลแก้กฎหมายมาแก้ไขปัญหานี้⁷ หรือ การยกเว้นกฎเกณฑ์บางประการให้กับ ทีม Real Madrid และ Barcelona เป็นต้น

2.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีพื้นฐานแนวคิดที่ว่ากีฬาเป็นเพียงกิจกรรมเพื่อการสันทนาการ มิได้มีลักษณะเป็นวัฒนธรรมทางสังคมดังเช่นในยุโรป ดังนั้นระบบการบริหารจัดการกีฬาอาชีพในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงมีความแตกต่างไปจากการบริหารจัดการกีฬาอาชีพในทวีปยุโรปอยู่พอสมควร ที่รู้จักโดยทั่วไปว่า “American Model” ซึ่งมีลักษณะเป็นการบริหารจัดการแบบ “Close System” ภายใต้แนวคิด Competitive Balance⁸ ที่มุ่งเน้นให้เกิดการแข่งขันแบบสมดุล โดยมีพัฒนาการมาจากการจัดการแข่งขัน League เบสบอลซึ่งถือเป็นการแข่งขันกีฬาอาชีพที่เก่าแก่ที่สุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เริ่มแข่งขันกันมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1876 ซึ่งระบบนี้ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการแก้ปัญหาเกี่ยวกับการพนันผลการแข่งขัน และการที่นักเบสบอลทำการย้ายทีมกันเองระหว่างฤดูกาลแข่งขันตามอำเภอใจ โดยมีลักษณะที่สำคัญ คือ อำนาจในการบริหารจัดการสูงสุดจะขึ้นอยู่กับ League โดยที่เจ้าของทีมแต่ละทีมใน League ต่างก็มีอำนาจในการบริหารจัดการออกกฎต่างๆ ของ League ได้เอง โดยไม่ขึ้นอยู่กับสมาคมกีฬาดังเช่นในทวีปยุโรป อีกทั้งยังเน้นการจัดการความ

⁷ SiamSport, ถึงเวลาปฏิวัติ ลา ลีกา [Online], available URL: http://www.SiamSport.co.th/Column/150222_134.html, 2017 (August, 10).

⁸ STEFAN SZYMANSKI, MONEY AND SOCCER (New York: Nation Book, 2015), pp. 226-237.

เสี่ยง ด้วยการเปิดโอกาสให้ทีมที่มีผลงานไม่ดีในแต่ละฤดูกาลแข่งขันได้ทำการพัฒนานตนเองให้มีผลงานที่ดีขึ้นในฤดูกาลแข่งขันถัดไป โดยจะไม่ใช้ระบบเลื่อนชั้น หรือตกชั้น ดังเช่น League กีฬาในยุโรป แต่อำคัญหลักเกณฑ์ ที่สำคัญคือ

- Draft: การให้สิทธิคัดเลือกนักกีฬาหน้าใหม่ที่มีความสามารถเข้าสู่ทีม ที่มีผลงานแย่ที่สุดในฤดูกาลแข่งขันได้ก่อนทีมอื่น
- Salary Cap: การกำหนดเพดานเงินเดือนโดย League เพื่อควบคุมค่าจ้างนักกีฬาให้มีความเหมาะสม และเปิดโอกาสให้นักกีฬามีความสามารถสูงกระจายตัวกันอยู่หลายๆ ทีม
- Equal participation in income: การบริหาร จัดการสิทธิประโยชน์ อันเกิดจากการแข่งขันกีฬาอาชีพ อย่างทั่วถึง และเป็นธรรม

โดยสำหรับการจัดการกีฬาฟุตบอลอาชีพ ในประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นเลือกที่จะใช้ระบบ “Close System” เป็นหลักในการบริหารจัดการเช่นเดียวกันกับกีฬาประเภทอื่นๆ เพียงแต่ในบางกรณี เช่น การนำนักฟุตบอลต่างชาติที่มีชื่อเสียงเข้ามาอยู่ในทีม ซึ่งจะต่างจากกีฬาแบบอเมริกันแท้ๆ เช่น อเมริกันฟุตบอลซึ่งนักกีฬาสส่วนมากจะเป็นคนอเมริกันท้องถิ่นเอง จึงมีการกำหนดข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับข้อบังคับด้านการเงินให้สำหรับการจ้างนักฟุตบอลต่างชาติประเภท Designated Player Rule: DP (นักฟุตบอลที่มีลักษณะโดดเด่นเป็นพิเศษ) ซึ่งในกรณีนี้ เดวิด แบคแฮม อดีตนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงถือเป็นนักฟุตบอลต่างชาติรายแรกที่ได้รับสิทธิตามข้อยกเว้นนี้

ดังนั้น รูปแบบของการจัดการฟุตบอลอาชีพที่เป็นที่นิยมในปัจจุบันจึงมีลักษณะเป็นการแข่งขันในระบบ League คือ การแข่งขันที่ทุกทีมต้องพบกันหมด และนำคะแนนมารวมกัน โดยผู้ที่ได้รับคะแนนรวมสูงที่สุดเมื่อสิ้นสุดการแข่งขัน ก็จะได้รับตำแหน่งชนะเลิศ เพียงแต่อาจจะมีผลแตกต่างกันในรายละเอียด ปลีกย่อยตามบริบทของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ได้แก่

(1) ระบบฟุตบอล League แบบยุโรป (Open System)

ระบบนี้ เป็นระบบการแข่งขันที่เป็นที่นิยมในทวีปยุโรปซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่สำคัญ คือจะมีการแบ่งชั้นระดับทีมในการแข่งขันโดยกำหนดให้ต้องมีทีมที่ถูกลดชั้น ขึ้นชั้น และอำนาจสูงสุดในการกำกับดูแลการแข่งขันขึ้นอยู่กับ “สมาคมฟุตบอล” (Football Association: FA) ของแต่ละประเทศซึ่งจะเป็นระบบที่มีการแข่งขันสูง และผลการแข่งขันจะมีผลกระทบต่อการดำเนินกิจการของแต่ละทีมสโมสรมาก โดยเฉพาะทีมที่ต้องถูกลดชั้น จะสูญเสียประโยชน์ในทางธุรกิจเป็นมูลค่ามหาศาล

(2) ระบบฟุตบอล League แบบอเมริกัน (Close System)

ระบบการบริหารจัดการกีฬาอาชีพในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือ “American Model” ภายใต้แนวคิด Competitive Balance ที่เน้นให้เกิดการแข่งขันแบบสมดุล และอำนาจในการบริหารจัดการขึ้นอยู่กับเจ้าของทีมใน League มีใช้โดยสมาคมกีฬาดังเช่นในทวีปยุโรป

3. มาตรการทางกฎหมายกับการจัดการกีฬาอาชีพ

การที่กีฬาฟุตบอลพัฒนาจนกลายมาเป็นกีฬาอาชีพ และกลายเป็น “ธุรกิจกีฬา” (Sport Business) รูปแบบใหม่ที่ต้องอาศัยการดำเนินการในหลายด้าน คือ⁹ ด้านรายได้ทางธุรกิจด้าน ภาพลักษณ์ของการแข่งขัน ด้านปัจจัยสนับสนุน และด้านการจัดการแรงงานโดยที่การจัดการด้าน ต่างๆ นั้น มีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพามาตรการทางกฎหมายเพื่อเป็นกลไกหลักในการดำเนินการ เช่นเดียวกับการจัดการธุรกิจประเภทอื่น เพียงแต่กฎหมายสำหรับการจัดการกีฬา หรือที่เรียกว่า “กฎหมายกีฬา” (Sport Law) จะมีลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากมาตรการทางกฎหมายโดยทั่วไป อื่นๆ อยู่บ้าง กล่าว คือ กฎหมายกีฬา ถือกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ในราวช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่การกีฬาเริ่มที่จะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย และการเมืองของประเทศ¹⁰ โดยเริ่มจากการจัดตั้งองค์กรขึ้นเพื่อดำเนินการกำกับดูแล และควบคุมการแข่งขันกีฬาขึ้นมาโดยเฉพาะ คือ “Sport Council” ในแต่ละประเภทกีฬา¹¹ ซึ่งองค์กรเหล่านี้ก็จะมีการกำหนดกฎระเบียบต่างๆ ขึ้น เพื่อสร้างระบบและกลไกในการบริหารจัดการกีฬาที่ตนรับผิดชอบ แต่ทั้งนี้กฎระเบียบต่างๆ ที่ออกโดย Sport Council นี้จะมีลักษณะเป็น “Soft Law” คือ กฎเกณฑ์ที่ไม่มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมาย บ้านเมืองที่มีลักษณะเป็น “Hard Law” ทั้งนี้เนื่องจาก Sport Council นั้นมิใช่เป็นองค์กรในส่วนของ ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่กำหนดออกมาจึงมีลักษณะเป็นเพียงกฎเกณฑ์แบบ “กึ่งกฎหมาย” (Quasi-legal)

แต่ถึงแม้จะไม่มีผลบังคับโดยตรงดังเช่นกฎหมายบ้านเมือง แต่ก็ถือเป็นเครื่องมือในการสร้าง มาตรฐานในการดำเนินงานในทางปฏิบัติได้¹² ประกอบกับในปัจจุบันนั้นกฎเกณฑ์เหล่านี้มักจะถูก

⁹Roger D.Blair, **SPORT ECONOMICS** (New York: Cambridge U. Press, 2012), pp. 5-14.

¹⁰Simon Boyes, “Sports law: its history and growth and the development of key sources,” In **Cambridge journals:Legal Information Management**, 12 (2) (2012): 86.

¹¹The Equality Standard A Framework for Sport, **About Sports Council Equality Group** [Online], available URL: <http://equality in sport org/about-sport-council-equality-group>, 2017 (April, 10).

¹²ภัทราวรรณ รัตนเกษตร, “บทบาทของกฎหมายเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ,” **วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์** 4, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558): 48.

กำหนดให้มีความสัมพันธ์กับหลักเกณฑ์ขององค์กรกีฬาระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับในทางสากล อาทิเช่น สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) หรือสหภาพสมาคมฟุตบอลยุโรป (UEFA) ที่มีประเทศต่างๆ ร่วมเป็นสมาชิกจำนวนมาก ซึ่งแต่ละประเทศนั้นแม้ต่างก็มีอำนาจอธิปไตยที่จะจัดการฟุตบอลอาชีพภายในประเทศของตนอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรเหล่านี้แล้ว การกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อการจัดการฟุตบอลในประเทศของตน ก็จะต้องมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์และนโยบายของ องค์กรเหล่านี้ด้วย เช่น กฎการห้ามมิให้การเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องกับฟุตบอล หรือกฎที่ต้องมีการบริหารสมาคมฟุตบอลของแต่ละประเทศด้วยความโปร่งใส ยุติธรรม ของ FIFA หรือกฎเกณฑ์การบริหารความเสี่ยงด้านการเงินของ UEFA เป็นต้น ซึ่งหากประเทศสมาชิกใดไม่ปฏิบัติตามก็อาจถูกตัดสิทธิในการเข้าร่วมการแข่งขัน หรือกิจกรรมต่างๆ ที่องค์กรเหล่านี้รับผิดชอบดูแลนั่นเอง ซึ่งหากหลักเกณฑ์บางอย่างเป็นที่นิยมและส่งผลดีต่อการบริหารจัดการประเทศต่างๆ ก็สามารถที่จะผลักดันให้พัฒนาเป็นมาตรการทางกฎหมายแบบ “Hard Law” ภายในของประเทศตามความเหมาะสมต่อไป¹³ ดังนั้นกฎหมายกีฬาจึงสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท¹⁴ คือ

3.1 ประเภท Soft Law ได้แก่ กฎ ระเบียบที่กำหนดขึ้นโดยหน่วยงานควบคุมการกีฬาทั้งในระดับประเทศ คือ สมาคมกีฬาและระหว่างประเทศ อาทิเช่น สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) สหภาพสมาคมฟุตบอลยุโรป (UEFA)

3.2 ประเภท Hard Law ได้แก่ บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งบางบทบัญญัติก็อาจจะมีความสัมพันธ์กับกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายสหภาพยุโรป

โดย Edward Grayson “บิดาแห่งกฎหมายกีฬา” ของประเทศอังกฤษ ได้กล่าวถึงความสำคัญของกฎหมายกีฬา ไว้ในหนังสือเรื่อง “Sport and The Law” มีความตอนหนึ่งว่า “กีฬาก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการปกครองประเทศ คือ ต้องมีกฎหมายที่มีความชัดเจนในการปกครอง มิฉะนั้นก็จะมีลักษณะเป็นการปกครองแบบ อนาธิปไตย ที่จะก่อให้เกิดความสับสนวุ่นวายขึ้นได้”¹⁵

¹³Druzin, B., “Why does Soft Law have any Power anyway?,” *Asian Journal of International Law*, 1-6 (2016): 17.

¹⁴James, Mark, *Sports Law* (Basingstoke: Palgrave Macmillan: 2010), Chapter 1; cite in, Simon Boyes, op.cit, p. 87.

¹⁵Grayson, E, *Sport and The Law* (London: Butterworth, 1988), p. vii; cite in, Simon Gardiner, *SPORT LAWS*, Third Edition (Great Britain, Cavendish publishing, 2006), p. 33.

4. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพในต่างประเทศ

ตามแนวคิดทางปรัชญากฎหมายที่สำคัญบางสำนักจะมีแนวความเห็นที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่สำคัญ และต้องมีความสัมพันธ์กับสังคม อาทิเช่น นักคิดในทางสำนักสังคมวิทยาทางกฎหมาย (Sociological Jurisprudence) ที่เห็นว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการสังคมจึงต้องมีความสัมพันธ์กับสังคมอย่างแท้จริง หรือนักคิดในทางสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical Law School) ที่เห็นว่ากฎหมายที่ถูกต้องต้องมีความสัมพันธ์กับสังคมในลักษณะที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ตามประวัติศาสตร์หรือลักษณะของแต่ละชนชาติ ซึ่งกฎหมายก็พ้องกันทีเดียวกัน โดยหากพิจารณาจากพัฒนาการของกีฬาฟุตบอล ที่กว่าจะพัฒนามาเป็นอาชีพได้นั้น ถือว่าได้ผ่านเรื่องราวทางประวัติศาสตร์ และบริบททางสังคมที่หลากหลาย ยาวนาน จากกีฬาอันตรายจนต้องมีการออกกฎหมายห้ามมิให้เล่น จนกระทั่งกลายมาเป็นกีฬายอดนิยมที่มีมูลค่าทางธุรกิจมหาศาล จนต้องมีความจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับการจัดการที่เหมาะสม ซึ่งจากการศึกษาข้อมูลโครงสร้างมาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศที่เป็นผู้นำทางด้านจัดการฟุตบอลอาชีพบางประเทศในปัจจุบัน พบว่าสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกีฬาอาชีพไว้เป็นการเฉพาะ และกลุ่มที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการกำกับดูแลกีฬาอาชีพไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งมีรายละเอียดที่สำคัญดังต่อไปนี้

4.1 กลุ่มประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกีฬาเป็นการเฉพาะ

ในปัจจุบันมีบางประเทศที่ทำการบัญญัติกฎหมายสำหรับการบริหารจัดการกีฬาอาชีพไว้โดยเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนจะขอนำมาเป็นกรณีศึกษา 2 ประเทศ คือ ประเทศสเปน และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 ประเทศสเปน

ฟุตบอล ถือเป็นกีฬายอดนิยมอันดับหนึ่งของประเทศสเปนในปัจจุบัน ประกอบกับในอดีตฟุตบอลเป็นกีฬาที่มีอิทธิพลควบคู่มาับประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศสเปนมาอย่างยาวนาน ถึงขนาดที่สโมสรฟุตบอลเก่าแก่บางสโมสรนั้นมีอิทธิพลต่อสังคมสเปนเฉกเช่นพรรคการเมือง อาทิเช่น Real Madrid และ Barcelona ส่งผลให้ฟุตบอลอาชีพในประเทศสเปนมีลักษณะเป็นเอกลักษณ์เฉพาะที่โดดเด่นเฉพาะตัว โดยที่การแข่งขันฟุตบอล League นั้นเริ่มมีการแข่งขันมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1929 ภายใต้การดำเนินการของ “ราชสหพันธ์ฟุตบอลสเปน” (Real Federation Espanola de Futbol: RFEF) เรียกการแข่งขันว่า “Primera Division de Espana” (La Liga) และต่อมาในปี ค.ศ.1983 จึงได้จัดตั้งองค์กร The Spanish Professional Football League: LFP ขึ้นมาเป็นผู้จัดการแข่งขันฟุตบอล league เป็นการเฉพาะ ภายใต้การกำกับดูแลของ RFEF

ต่อมาได้มีการกำหนดในรัฐธรรมนูญให้การบริการด้านกีฬา ถือเป็นบริการสาธารณะขั้นพื้นฐานชนิดหนึ่งที่รัฐจะต้องดำเนินการ ดังนั้นจึงมีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการบริหารจัดการด้านกีฬารัฐขึ้นโดยเฉพาะในปี ค.ศ.1990 คือ “Ley del Deporte” (Sport Act, Law 10/1990 of 15 October)¹⁶ โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อใช้ในการบริหารจัดการด้านกีฬาให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับการบริหารงานของรัฐบาล โดยได้มีการกำหนดให้จัดตั้งหน่วยงานสำหรับการบริหารจัดการด้านกีฬารัฐขึ้นโดยเฉพาะ คือ The Higher Sports Council มีฐานะเป็นองค์กรอิสระ และปฏิบัติงานร่วมกับกระทรวงการศึกษา วัฒนธรรม และกีฬา (MINISTERIO DE EDUCACION, CULTURAY DEPORTE) ตามนโยบายที่รัฐบาลกำหนดไว้เกี่ยวกับการบริหารจัดการกีฬาระดับในประเทศโดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกีฬาอาชีพนั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้ในลักษณะการบัญญัติกฎหมายระดับรอง คือ พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) ต่างๆ มาบังคับใช้ ซึ่งจะมีเนื้อหาที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการจัดตั้งสโมสรกีฬาอาชีพ การจัดการแข่งขันลีกกีฬาอาชีพ และการจัดตั้งสหพันธ์กีฬาระดับชาติในกีฬารัฐต่างๆ (Spain Sports Federations) ซึ่งมีรายละเอียดที่สำคัญคือ

(1) แบ่งประเภทของสโมสรกีฬา ออกเป็น 3 ประเภท คือ

- Elementary sports clubs (Clubes deportivos elementales)
- Basic sports clubs (Clubes deportivos básicos)
- Sports Public Limited Companies (Sociedades Anónimas

Deportivas)

ซึ่งแต่ละประเภทก็จะมีข้อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเกี่ยวกับลักษณะคุณสมบัติ การกำหนดกฎระเบียบ และลักษณะและความรับผิดชอบของสมาชิกที่เข้มงวดแตกต่างกันไป แต่ทั้งนี้สโมสรกีฬาที่จะสามารถเข้าร่วมการแข่งขันลีกกีฬาอาชีพได้นั้นจะต้องเป็นสโมสรประเภท Sports Limited Companies (Sociedades Anónimas Deportivas: SAD) เท่านั้น โดยลักษณะของสโมสรกีฬาประเภทนี้จะต้องมีรูปแบบการบริหารที่เน้นการบริหารจัดการที่เข้มงวดโปร่งใส ตรวจสอบได้ โดยเฉพาะทางด้านการเงิน ทั้งนี้เพื่อเป็นการรองรับการกระจายหุ้นของสโมสรในตลาดหลักทรัพย์นั่นเอง (ตามบทบัญญัติ REAL DECRETO 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas)¹⁷

¹⁶Consejo Superior de Deportes, **Ley del Deporte** [Online], available URL: <http://www.csd.gob.es/csd/informacion-en/legislacion-basica/ley-del-deporte>, 2017 (April, 10).

¹⁷Consejo Superior de Deportes, **MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA** [Online], available URL: <http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/leg-infoinst/A27070-27080.pdf>, 2017 (April, 10).

(2) การดำเนินการจัดการแข่งขันลีกกีฬาอาชีพนั้นจะต้องเป็นการดำเนินการโดย The Spanish sports Federations ซึ่งถือเป็นองค์กรทางด้านการกีฬาที่มีลักษณะเป็นองค์กรเอกชนที่ดำเนินการอย่างอิสระในแต่ละประเภทกีฬา มีหน้าที่ในการบริหารจัดการสโมสรกีฬาที่เป็นสมาชิกนักกีฬา เจ้าหน้าที่เทคนิค ผู้ตัดสิน และจัดการแข่งขันลีกอาชีพ เช่น ราชสหพันธ์ฟุตบอลแห่งสเปน (REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL) หรือสหพันธ์บาสเกตบอลแห่งสเปน (FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BALONCESTO) เป็นต้น¹⁸

ดังนั้นในปัจจุบันการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศสเปนนั้นจึงต้องดำเนินการภายใต้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าว คือ ผู้รับผิดชอบจัดการแข่งขันได้แก่ The Spanish Professional Football League: LFP มีสถานะเป็นองค์กรอิสระในรูปแบบของ Sport Association ที่ได้รับการรับรองจาก High Council on Sport ภายใต้การกำกับดูแลของ “ราชสหพันธ์ฟุตบอลสเปน” (Real Federation Espanola de Futbol: RFEF) ในฐานะ The Spanish sports Federations ซึ่งเป็นองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่จัดตั้งภายใต้ บทบัญญัติ Ley del Deporte 1990 โดยฟุตบอล League ในสเปนจะเป็นการดำเนินการในระบบ Open System ภายใต้กฎเกณฑ์ของ Ley del Deporte 1990 และกฎเกณฑ์ขององค์กรฟุตบอลระหว่างประเทศ คือ FIFA และ UEFA ซึ่งมีโครงสร้างการบริหารจัดการดังต่อไปนี้ คือ

(1) ฟุตบอล League คือ La Liga และลำดับที่ 2 คือ Segunda Division ดำเนินการจัดการแข่งขันโดย LFP ร่วมมือกับ RFEF ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ High Council on Sport กำหนดขึ้น โดยมีกฎที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ การกำหนดคุณสมบัติของทีมสโมสรที่จะร่วมแข่งขันใน League ทั้งสองลำดับนี้จะต้องมีสถานะเป็น Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) แต่ทั้งนี้ก็มีการยกเว้นเงื่อนไขให้กับบางสโมสร ได้แก่ สโมสรฟุตบอล Athletic สโมสรฟุตบอล Barcelona สโมสรฟุตบอล Real Madrid และ สโมสรฟุตบอล Osasuna ที่ให้สามารถดำเนินการในลักษณะของสมาคมกีฬาที่ไม่หวังผลกำไรได้ต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ของสโมสรเหล่านี้ โดยในปัจจุบันมีสโมสรกีฬาที่มีลักษณะเป็น SAD ที่เป็นสโมสรฟุตบอลจำนวน 121 สโมสร¹⁹

(2) ฟุตบอล League ลำดับที่ 3 คือ Segunda B และลำดับที่ 4 คือ Tercera เป็น League ที่ดำเนินการจัดการแข่งขันโดย RFEF และสมาพันธ์ฟุตบอลท้องถิ่น

¹⁸ คำว่า “Real” ในภาษาสเปนตรงกับคำว่า “Royal” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งอ่านเป็นภาษาไทยว่า “เรอัล” มีความหมายถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับกษัตริย์ โดยสโมสรฟุตบอลในประเทศสเปนที่ได้รับการสนับสนุนโดยกษัตริย์ก็จะมีคำว่า Real อยู่ในชื่อของสโมสร อาทิเช่น พระเจ้าอัลฟอนโซที่ 13 แห่งสเปน ได้พระราชทานตำแหน่ง “เรอัล” ให้กับสโมสรฟุตบอลมาดริด ในปี ค.ศ.1920 หลังจากนั้นสโมสรจึงได้เปลี่ยนชื่อเป็น “เรอัลมาดริด” (Real Madrid) มาจนถึงปัจจุบัน เป็นต้น.

¹⁹ Consejo Superior de Deportes, **Relación de SAD** [Online], available URL: <http://www.csd.gob.es/csd/asociaciones-en/03public-limited-sports-companies/relacion-de-sad>, 2017 (April, 10).

(3) ฟุตบอล League ลำดับที่ 5-9 คือ Regional Division เป็นฟุตบอล League ระดับท้องถิ่น ที่สมาคมฟุตบอลระดับท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดการแข่งขัน ภายใต้ความช่วยเหลือของ RFEF

4.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสรับอิทธิพลการเล่นกีฬาฟุตบอลสมัยใหม่มาจากอังกฤษ และได้เริ่มมีการเล่นครั้งแรกโดยลูกเรือชาวอังกฤษที่เมือง Le Havre ในปี ค.ศ.1872 โดยแต่เดิมการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในฝรั่งเศสค่อนข้างมีความสับสนเนื่องจากมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 หน่วยงาน คือ The Comité Français Interfédéral (CFI) ซึ่งเข้าร่วมเป็นสมาชิก FIFA ในปี ค.ศ.1907 และ The Union des Sociétés Françaises de Sports Athlétiques (USFSA) จนในที่สุด CFI ตัดสินให้ FIFA เป็นผู้มีอำนาจจัดการทีมฟุตบอลในฝรั่งเศสแต่เพียงผู้เดียว ส่วน USFSA ก็ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของ CFI ในช่วงเวลาต่อมา และในปี ค.ศ.1919 CFI ก็ได้มีการปรับเปลี่ยนมาเป็น Fédération Française de Football หรือ The French Football Federation: FFF ที่มีสถานะเป็นสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยสมาคม (Association loi de 1901) ที่มีหน้าที่ควบคุมกำกับดูแล และพัฒนาฟุตบอลฝรั่งเศสในด้านต่างๆ²⁰ จนกระทั่งหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ.1946 จึงได้จัดตั้ง Ligue de Football Professionnel: LFP ซึ่งมีสถานะเป็นสมาคมตามกฎหมายว่าด้วยสมาคม (Association loi de 1901) ทำหน้าที่บริหารจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพภายใต้การกำกับดูแลของ FFF มาจนถึงปัจจุบัน

นอกจากนี้ฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการจัดการด้านกีฬาเป็นการเฉพาะ คือ “Code du sport” (ประมวลกฎหมายการกีฬา)²¹ โดยกฎหมายฉบับนี้เป็นประมวลกฎหมายที่ทำการรวบรวมกฎหมายเอกชนในสาขาพิเศษที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกีฬาซึ่งจัดทำขึ้นภายใต้นโยบายการพัฒนากฎหมายของ le ministère de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative (The Ministry of Youth, Sports and Associative Life) ประกาศใช้ในปี ค.ศ.2006 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบันโดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติขึ้นมาใช้แทนที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาทางด้านกีฬา และกิจกรรมที่เกี่ยวข้องต่างๆ ฉบับเดิมหลายฉบับ ซึ่งมีเนื้อหาที่สำคัญเกี่ยวกับการบริหารจัดการเกี่ยวกับการกีฬาเพื่อให้เข้าถึง

²⁰FÉDÉRATION FRANÇAISE DE FOOTBALL, LES ATTRIBUTIONS DE LA FÉDÉRATION FRANÇAISE DE FOOTBALL [Online], available URL: <https://www.fff.fr/la-fff/organisation/presentation-generale>, 2017 (April, 10).

²¹Code du sport [Online], available URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=701315F77DCA90042D715CBC3EDD5F93.tplgfr40s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006137765&cidTexte=LEGITEXT000006071318&dateTexte=20180105, 2017 (April, 10).

ประชาชนโดยทั่วไปภายใต้ความร่วมมือของทั้งองค์กรรัฐ และเอกชน มิได้จำกัดแต่เฉพาะกรณีกีฬาอาชีพเท่านั้น²²

โดยส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันกีฬาอาชีพนั้น ในประมวลฯ ได้มีการกำหนดประเภทขององค์กรที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการคือ

(1) สมาคมกีฬา (association sportive) เป็นองค์กรที่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐ มีหน้าที่จัดการแข่งขันกีฬาสสมัครเล่น

(2) บริษัทกีฬา (société sportive) หรือ สโมสรกีฬาอาชีพ (clubs professionnels) เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Code de commerce) เพื่อเข้าร่วมการแข่งขันกีฬาอาชีพ

(3) นักกีฬาอาชีพ (les sportive professionnels) คือ บุคคลที่ทำสัญญาจ้างกับบริษัทกีฬา มีหน้าที่ในการแข่งขันกีฬา

(4) สหพันธ์กีฬา (Fédération sportive) เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยการรวมตัวกันของสมาคมกีฬา บริษัทกีฬา หรือบุคคลอื่นๆ ที่มีเป้าหมายในการดำเนินกิจกรรมทางด้านกีฬา ถือเป็นหน่วยงานที่มีอิสระในการดำเนินกิจกรรมกีฬา และการแข่งขันกีฬา ที่คณะผู้บริหารจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยสมาชิก ซึ่งมีหลายประเภท โดยประเภทของสหพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันกีฬาอาชีพ คือ “สหพันธ์กีฬาตัวแทนรัฐ” (fédération délégataire) ซึ่งถือเป็นสหพันธ์กีฬาประเภทต่างๆ ซึ่งในแต่ละประเภทกีฬาจะมีสหพันธ์ลักษณะนี้ได้เพียงหนึ่งเดียว ที่สามารถใช้ชื่อว่า “สหพันธ์กีฬาแห่งชาติ” หรือ “สหพันธ์กีฬาฝรั่งเศส” โดยจะมีหน้าที่ในการจัดการแข่งขันกีฬารายการ “ชนะเลิศแห่งชาติฝรั่งเศส” (champion de France) หรือการบริหารจัดการทีมชาติ (équipe nationale de France) บริหารจัดการการฝึกสอนกีฬา ผู้ตัดสินกีฬาระดับสูง ออกกฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันกีฬาประเภทที่รับผิดชอบ และที่สำคัญคือมีอำนาจในการจัดการแข่งขันกีฬาอาชีพ และมีอำนาจในการลงโทษทางวินัยต่างๆ ในกรณีไม่ดำเนินการตามกฎหมายกติกาของการแข่งขัน หรือกฎอื่นๆ ที่สหพันธ์กำหนดขึ้น ซึ่งการลงโทษนั้นจะมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถโต้แย้งได้โดยอาศัยอำนาจของศาลปกครอง

(5) ลีกกีฬาอาชีพ (ligues sportives professionnelles) เป็นการแข่งขันกีฬา ลีกอาชีพที่จัดการแข่งขันโดยสหพันธ์กีฬา โดยจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นสมาคมที่แยกออกจากสหพันธ์ แต่ตราสารจัดตั้งลีกอาชีพจะต้องมีความสอดคล้องกับตราสารจัดตั้งสหพันธ์กีฬา และไม่ขัดต่อกฎหมาย อีกทั้งสหพันธ์จะต้องดำเนินการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นเพื่อตรวจสอบการบริหารจัดการในทางด้านกฎหมาย ด้านการเงินของบริษัท หรือทีมสโมสรที่เข้าร่วมการแข่งขันลีกอาชีพ เพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการจัดการแข่งขัน และในประมวลกฎหมายกีฬายังมีการกำหนดมาตรฐานใน

²²ฉันทพิมพ์ บรรจงจิตร, กฎหมายเกี่ยวกับกีฬาอาชีพในต่างประเทศ [Online], available URL: http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/th/592/c592_1.pdf, 2017 (April, 10).

การจัดการแข่งขันกีฬาอาชีพไว้ในหลายด้าน อาทิเช่น ด้านมาตรฐานความปลอดภัย หรือด้านมาตรฐานของผู้ตัดสิน

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดมาตรฐานการจ้างนักกีฬา และบุคลากรทางด้านกีฬาอาชีพไว้โดยเฉพาะ ซึ่งจะเป็นกรณีเกี่ยวกับ ลักษณะสัญญาจ้าง การคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างนักกีฬาอาชีพและสโมสรเกี่ยวกับค่าตอบแทน ซึ่งในปัจจุบันได้มีการจัดทำข้อตกลงร่วมแห่งชาติด้านกีฬา (Convention collective nationale du sport: CCNS)²³ อันเป็นข้อตกลงที่มีการปรับกฎหมายแรงงานให้เข้ากับลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานประเภทกีฬาอาชีพ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง และลูกจ้าง การฝึกสอนกีฬา รวมถึงการจัดการแข่งขันกีฬา โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานการจ้าง การฝึกสอนนักกีฬา การกำหนดรูปแบบลักษณะสัญญาจ้างด้านกีฬาให้มีลักษณะเฉพาะด้านกีฬา การคุ้มครองกรณีเกิดอุบัติเหตุจากการแข่งขันกีฬาหรือการจัดการผลประโยชน์ต่างๆ อันพึงมีพึงได้จากตัวนักกีฬา

ดังนั้นในปัจจุบันการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศฝรั่งเศสนั้นจึงต้องมีการปรับการดำเนินการให้อยู่ภายใต้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวด้วย โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารจัดการการแข่งขันฟุตบอลในประเทศ คือ “สมาพันธ์ฟุตบอลฝรั่งเศส” (The French Football Federation: FFF) ซึ่งยังคงมีสถานะเป็นสมาคมการกุศล ตามกฎหมาย Association loi de: 1901 ดำเนินการภายใต้การควบคุมดูแลของกระทรวงกีฬา ซึ่งในส่วนของการแข่งขันฟุตบอลอาชีพนั้น FFF ได้มอบหมายให้ Ligue de Football Professionnel: LFP ที่มีสถานะเป็น สมาคมลีกกีฬาอาชีพ (ligues sportives professionnelles) ตาม Code du sport ให้มีหน้าที่กำกับดูแล และจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในระดับสูงสุดสองลำดับแรก คือ Ligue 1 และ Ligue 2 ในระบบ Open System รวมถึงการแข่งขันรายการ Coupe de la Ligue (French League Cup) ซึ่งเป็นรายการที่อนุญาตให้แต่เฉพาะทีมระดับอาชีพเข้าร่วมแข่งขันเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีการดำเนินการที่ถือเป็นเอกลักษณ์ที่สำคัญประการหนึ่งของฟุตบอลอาชีพในประเทศฝรั่งเศส ก็คือการจัดตั้งหน่วยงานที่ชื่อว่า The Direction Nation du Controle de Gestion: DNCG ซึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1984²⁴ มีสถานะเป็นองค์กรอิสระ มีหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินงานของสโมสรสมาชิกฟุตบอลอาชีพในฝรั่งเศส ในเรื่องต่างๆ โดยเฉพาะการกำหนดกฎเกี่ยวกับการควบคุมด้านการเงิน (The rule of financial balance) โดยที่ FFF และ LFP จะมีข้อกำหนดว่า หากสโมสรฟุตบอลอาชีพใดไม่ปฏิบัติตามกฎด้านการเงินดังกล่าวนี้

²³Convention collective nationale du sport [Online], available URL: <http://www.profession-sport-loisirs.fr/conventions-collectives/convention-collective-nationale-sport>, 2017 (April, 10).

²⁴Michel Desbordes, *Marketing and Football An International Perspective* (UK: Elsevire Ltd., 2007), pp. 90-91.

จะต้องถูกดำเนินการตามมาตรการต่างๆ เช่น ปรับเงิน จำกัดสิทธิในการซื้อนักเตะฟุตบอล หรือการห้ามเข้าร่วมแข่งขันฟุตบอลรายการต่างๆ โดย DNCG นั้นจะประกอบไปด้วยสมาชิก ที่เป็นตัวแทนที่มาจากหลายฝ่ายได้แก่ FFF 5 ราย LFP 5 ราย UCFP (Union for Professional Club) 2 ราย UNFP (Union for Professional Players) 2 ราย UNECATEF (Union for Professional Football Coach) 2 ราย และ SNAAF (Union for Workers in The field of Football) 2 ราย

4.2 กลุ่มประเทศที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกีฬาอาชีพไว้เป็นการเฉพาะ

ในปัจจุบันมีหลายประเทศที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการบริหารจัดการกีฬาอาชีพไว้เป็นการเฉพาะ โดยจะนำเอาบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่มาบังคับใช้ไปตามแต่ละกรณีที่เกี่ยวข้อง และอาจจะมีการบัญญัติกฎหมายสำหรับแค่บางกรณีตามแต่ความจำเป็นเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนจะขอนำมาเป็นกรณีศึกษา 3 ประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 ประเทศอังกฤษ

ในปัจจุบัน แม้ว่าในประเทศอังกฤษ กีฬาอาชีพจะเป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก แต่ก็ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกีฬาอาชีพไว้โดยเฉพาะ โดยกฎหมายในการบริหารจัดการกีฬาอาชีพ จะเป็นการกำหนดขึ้นโดยองค์กรที่กำกับดูแลกีฬาในแต่ละประเภทเป็นการเฉพาะกรณีไป ซึ่งในปัจจุบันมีองค์กรสำหรับการกำกับดูแลกีฬาอาชีพที่สำคัญ คือ

(1) องค์กรกำกับดูแลกีฬาแห่งชาติ (National Governing Bodies of Sport: NGBs): เป็นองค์กรที่มีสถานะเป็นองค์กรอิสระ จัดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท มีหน้าที่กำกับดูแลกีฬาประเภทต่างๆ ในประเทศอังกฤษ ซึ่งปัจจุบัน มี NGBs อยู่ทั้งสิ้น 49 ประเภทกีฬา²⁵ รวมถึงกีฬาฟุตบอล คือ The Football Association: FA (The Football Association Limited)

(2) กระทรวงวัฒนธรรม สื่อ และกีฬา (Department for Culture, Media and Sport): เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับศิลปะการโทรทัศน์ รวมถึงกีฬาอาชีพ รวมถึงการให้การสนับสนุนทางการเงิน

(3) UK Sport: เป็นองค์กรอิสระที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงวัฒนธรรม สื่อ และกีฬา ทำหน้าที่ในการกำกับดูแล และควบคุมการพัฒนาทางด้านกีฬาในสหราชอาณาจักร

²⁵UK COACHING, National Governing Bodies [Online], available URL: <http://www.Ukcoaching.org/site-tools/about-us/who-we-work/national-governing-bodies>, 2017 (April, 10).

(4) สหพันธ์กีฬาและสันทนาการ (The Sport and Recreation Alliance: SRA) มีสถานะเป็นบริษัทจำกัด ที่จดทะเบียนตามกฎหมาย เป็นหน่วยงานอิสระ ที่มีหน้าที่กำกับดูแลการกีฬาทุกระดับใน สหราชอาณาจักร รวมถึง The Football Association: FA ด้วย

(5) องค์กรผู้ฝึกสอนกีฬาแห่งสหราชอาณาจักร (The Sports Coach UK) เป็นองค์กรการกุศลที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการส่งเสริมประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับการศึกษาการเป็นผู้ฝึกสอนกีฬาโดยเป็นการทำงานร่วมกันกับองค์กรกีฬาที่เป็นพันธมิตรในทุกระดับ รวมถึง The Football Association: FA ด้วย

แต่นอกเหนือจากกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยองค์กรทางด้านการกีฬาที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นก็อาจจะมีบางกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้อง ทั้งกฎหมายจารีตประเพณี คำพิพากษาของศาล หรือบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) อาทิเช่น องค์กรกีฬาที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ประเภทบริษัท นั้นก็ต้องดำเนินการไปตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท (ในปัจจุบัน คือ Companies Act 2006) เป็นต้น หรือ ในบางกรณีที่ไม่มีกฎหมายจารีตประเพณี หรือ คำพิพากษา ใช้บังคับ แต่เป็นกรณีที่มีความสำคัญและมีผลกระทบในวงกว้าง อันเกิดมาจากการแข่งขันกีฬาแล้ว ก็จะมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ขึ้นมาบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวโดยเฉพาะ อาทิเช่น²⁶

(1) The Sporting Events (Control of Alcohol etc.) Act 1985²⁷ เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการในการควบคุมการบริโภคแอลกอฮอล์ในสนามกีฬาฟุตบอล

(2) The Football Spectators Act 1989²⁸ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักในการควบคุมความปลอดภัยในการเข้าชมการแข่งขันกีฬาฟุตบอลของผู้ชมกีฬาฟุตบอล

(3) The Football (Disorder) Act 2000²⁹ เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการลดการใช้ความรุนแรงระหว่างผู้ชมกีฬาฟุตบอล ได้แก่ มาตรการห้ามผู้ชมกีฬาฟุตบอลที่เคยก่อเหตุ

²⁶ปิติเทพ อยู่ยืนยง, มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันความรุนแรงระหว่างผู้ชมกีฬาฟุตบอลในประเทศไทย [Online], available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1575>, 2017 (April, 10).

²⁷Sporting Events (Control of Alcohol etc.) Act 1985 [Online], available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/57/contents>, 2017 (April, 10).

²⁸Football Spectators Act 1989 [Online], available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/37/contents>, 2017 (April, 15).

²⁹Football (Disorder) Act 2000 [Online], available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/25/contents>, 2017, (April, 15).

รุนแรงเดินทางออกนอกประเทศเพื่อชมกีฬาฟุตบอลในต่างประเทศ โดยกำหนดให้สามารถยึดหนังสือเดินทางจากผู้ที่เคยก่อเหตุรุนแรง เพื่อไม่ให้เดินทางออกนอกประเทศ

ดังนั้น การจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศไทยในปัจจุบันภายใต้มาตรการทางกฎหมายที่กล่าวมา จึงเป็นการดำเนินการภายใต้การควบคุมของ The Football Association: FA ในฐานะของ National Governing Bodies of Sport: NGBs ที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัท จำกัด ที่มีโครงสร้างการบริหารแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ³⁰ ส่วนของกรรมการบริหาร มาจากตัวแทนของฟุตบอลอาชีพ และสมัครเล่น และส่วนของสภากรรมการที่มาจากตัวแทนอิสระของภาคส่วนต่างๆ รวมถึง กองทัพ มหาวิทยาลัย ผู้จัดการทีม และแฟนฟุตบอล ซึ่ง FA ได้รับหน้าที่จัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพทุกระดับมาตั้งแต่ ปี ค.ศ.1888 จนกระทั่ง ในปี ค.ศ.1992 ทีมในดิวิชั่น 1 ในขณะนั้นจำนวน 20 ทีม ได้ขอแยกตัวออกมาก่อตั้ง League แข่งขันกันเองต่างหากจาก League ที่ดำเนินการโดย FA ตามข้อเสนอของนาย รูเพิร์ต เมอร์ด็อก นักธุรกิจเจ้าของเครือข่ายสถานี โทรทัศน์ BSkyB โดยใช้ชื่อการแข่งขันว่า “FA Premier League”³¹ และให้ถือเป็น League สูงสุดแทนการแข่งขันดิวิชั่น 1 เดิม ภายใต้การดำเนินการของบริษัท The FA Premier League Ltd. ส่วน FA ก็ยังคงเป็นผู้ดำเนินการจัดการแข่งขันตั้งแต่ระดับดิวิชั่น 1 ลงมาต่อไป ภายใต้การดำเนินการของบริษัท The Football League Ltd. โดยถือให้การแข่งขันตั้งแต่ดิวิชั่น 1 ลงไป เป็น League ระดับรองลงไปจาก Premier League ตามลำดับ ซึ่งในปัจจุบัน บริษัท The FA Premier League Ltd. และ บริษัท The Football League Ltd. ก็มีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นพิเศษของ FA โดยในการบริหารจัดการนั้นทาง FA จะออกกฎระเบียบต่างๆ ออกมาบังคับใช้กับการแข่งขันฟุตบอล ควบคู่กับข้อบังคับของสมาคม ซึ่งก็จะมีความสัมพันธ์กับกฎระเบียบของ FIFA และ UEFA โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาจ้าง นักฟุตบอล ผู้ตัดสิน หรือการควบคุมและลงโทษ อีกทั้งในแต่ละ League จะต้องมีการกำหนดกฎการแข่งขันของ League ภายใต้การพิจารณาตรวจสอบของ FA เพื่อเป็นข้อสัญญาระหว่าง League และทีมสโมสรที่เข้าร่วมแข่งขันจะต้องปฏิบัติตาม

โดยข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ รูปแบบของการบริหารฟุตบอลอาชีพของประเทศไทยนั้นมีการกำหนดให้สโมสรสมาชิกต้องจดทะเบียนจัดตั้งเป็น บริษัท จำกัด เพื่อป้องกันมิให้ผู้ก่อตั้งสโมสร และเจ้าหน้าที่สโมสร ต้องมีความรับผิดชอบในหนี้ต่างๆ ที่เกิดขึ้นเป็นการส่วนตัว (Limited Liability) รวมถึงได้มีการออกกฎ Rule 34 มาเพื่อจำกัดการจ่ายเงินปันผลให้กับเจ้าของและผู้บริหาร

³⁰Hallgeir Gamme Iseter & Bonoit Senaux, *The Organization and Governance of Top Football Across Europe* (New York: Routledge, 2011), pp. 46-52.

³¹The Guardian, *Premier League football at 20: 1992, the start of a whole new ball game* [Online], available URL: <https://www.theguardian.com/football/from-the-archive-blog/2012/feb/02/20-years-premier-league-football-1992> 2017 (April, 15).

สโมสรด้วย ซึ่งก็ส่งผลให้การลงทุนในสโมสรฟุตบอลลดความน่าสนใจลงพอสมควร ซึ่งการนำระบบ Limited Liability มาใช้กับสโมสรฟุตบอลนี้ได้เปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความสามารถทางการเงินสามารถที่จะเข้าเป็นเจ้าของ และทำการบริหารสโมสรฟุตบอลในเชิงปัจเจกได้โดยง่าย ดังจะพบว่าในปัจจุบันจะมีการซื้อสโมสรฟุตบอลขนาดใหญ่ในอังกฤษในนามบุคคล และก็ปรากฏว่ามีหลายกรณีจะเป็นการกู้ยืมเงินจากกองทุนต่างๆ มาซื้อหุ้นส่วนใหญ่ของสโมสรเพื่อให้มีอำนาจบริหาร และนำเอาทรัพย์สินต่างๆ ของสโมสรเข้าเป็นประกันเงินที่กู้ยืมมา อันเป็นการส่งผ่านภาระหนี้สินไปที่สโมสรฟุตบอลมิใช่ที่ตัวเจ้าของเอง จึงก่อให้เกิดกระแสการต่อต้านการเข้าซื้อกิจการสโมสรด้วยวิธีการดังกล่าวจากแฟนฟุตบอล และผู้สนับสนุน ด้วยการประท้วงโดยวิธีการต่างๆ อยู่บ่อยครั้ง และด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ในปี ค.ศ.2000 กระทรวงแรงงานของประเทศอังกฤษ จึงได้จัดตั้ง Supporter Direct ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรของรัฐบาล ที่มีภารกิจในการส่งเสริมความแข็งแกร่งทางการเงิน โครงสร้างการบริหารงาน และการดำเนินการอย่างโปร่งใสของสโมสรฟุตบอล ซึ่งการบริหารงานของ Supporter Direct นั้นจะเป็นการระดมทุนจากภาคส่วนต่างๆ ได้แก่ แฟนฟุตบอล การสนับสนุนจาก UEFA³² และการสนับสนุนจาก The Football Stadium Improvement Fund: FSIF³³ และจะเน้นการสนับสนุนให้แฟนฟุตบอลของแต่ละทีมทำการตั้ง Supporter Trust ที่เป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร ในรูปแบบของนิติบุคคลประเภท Industrial and Provident Society: IPS³⁴ ขึ้น เพื่อสนับสนุนการดำเนินการของสโมสรฟุตบอลที่ตนเป็นแฟนฟุตบอล โดยในปัจจุบัน มีบางสโมสรที่มี Supporter Trust เข้าเป็นหุ้นส่วนของสโมสร เช่น ทีมสโมสรฟุตบอล Swansea City หรืออีกหลายสโมสรที่ Supporter Trust เป็นเจ้าของสโมสร เช่น สโมสรฟุตบอล Enfield Town (สโมสรแรกที่มี Supporter Trust เป็นเจ้าของ)

นอกจากนี้ สำหรับการแข่งขันฟุตบอล FA Premier League ซึ่งเป็น League ลำดับสูงสุดที่ดำเนินการโดย “The Football Association Premier League Ltd. (FAPL)” นั้น มีการกำหนดหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่น่าสนใจ คือ การกำหนดให้ทีมที่เข้าร่วมการแข่งขันทุกทีมต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท และจะมีการเปลี่ยนแปลงทีมที่ร่วมถือหุ้นทุกปี ตามแต่ที่ทีมที่ได้รับการเลื่อนชั้น หรือ ตกชั้น โดยทีมที่ตกชั้นจะต้องทำการโอนหุ้นให้กับทีมที่เลื่อนชั้นมาใหม่เป็นผู้ถือหุ้นแทน ภายใต้ระบบการบริหารแบบเสียงข้างมาก 1 สโมสร ต่อ หนึ่งเสียง ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในอังกฤษที่แต่เดิมบริหารจัดการโดย FA มาเป็นการบริหารงาน

³² ในปัจจุบันได้มีการจัดตั้ง Supporter Direct ขึ้นในทวีปยุโรปตั้งแต่ ปี ค.ศ.2007 กระจายอยู่ในหลายประเทศทั่วทวีปยุโรป.

³³ องค์กรสนับสนุนทางการเงิน หรือให้กู้ยืมเงินแก่สโมสรฟุตบอลระดับล่างของประเทศอังกฤษ.

³⁴ เป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่งตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร.

โดยบริษัทเอกชน แต่ทั้งนี้ FAPL และ FA ก็ยังคงมีความสัมพันธ์กันในเชิงการบริหารจัดการฟุตบอลอาชีพอยู่บ้างบางส่วน คือ แม้ว่า FA เป็นผู้ถือหุ้นพิเศษใน FAPL ที่ไม่มีอำนาจในการบริหารมีเพียงแค่อำนาจคัดค้านการตั้ง Chief Executive และ Chairperson เท่านั้น แต่ในส่วนอื่นๆ FA ยังคงบทบาทอยู่พอสมควร เช่น ยังเป็นผู้ควบคุม ดูแลกฎ กติกา ต่างๆ สำหรับการแข่งขันฟุตบอลทุกรายการ โดยเฉพาะการมีอำนาจลงโทษนักฟุตบอลที่แข่งขันใน FA Premier League ที่ทำผิดกฎของ FA ได้ รวมถึงมีอำนาจสั่งการให้ FAPL นำกฎต่างๆ ที่กำหนดโดย FIFA หรือ UEFA มาใช้ในการแข่งขัน อีกทั้งการจัดตารางการแข่งขันของ FAPL จะต้องไม่ตรงกับตารางการแข่งขันของทีมชาติอังกฤษ³⁵

4.2.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนี ไม่มีการบัญญัติกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal Law) ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการด้านการศึกษาไว้โดยเฉพาะ แต่ในรัฐธรรมนูญ จะมีการระบุไว้ว่า “ประชาชนทุกคนมีสิทธิ เสรีภาพ ตามกฎหมายที่จะเข้าร่วมกิจกรรมทางด้านกีฬา” และรัฐบาลในระดับท้องถิ่นจะมีการพัฒนากฎระเบียบต่างๆ ในแต่ละรัฐ เพื่อส่งเสริมให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการแข่งขันกีฬาระดับชาติ และระดับนานาชาติ ด้วยการสนับสนุนจากหน่วยงานของรัฐบาลกลาง คือ กระทรวง-มหาดไทย ภายใต้แนวคิดการให้อิสระในการดำเนินการ และสนับสนุนการจัดตั้งกองทุนเพื่อการพัฒนาการศึกษา เพื่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างองค์กรกีฬาต่างๆ

โดยในอดีตนั้นประเทศเยอรมนีมีองค์กรกีฬาที่อยู่ในรูปแบบของ “สหพันธ์กีฬา” ภายใต้การกำกับดูแลของสหพันธ์กีฬาที่สำคัญ คือ 1) สหพันธ์กีฬาแห่งประเทศเยอรมนี (Deutscher Sportbund: DSB) เป็นองค์กรกีฬาที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นเป็นสมาคม (Eingetragener Verein) ตามประมวลกฎหมายแพ่ง (The Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) ซึ่งเป็นการรวมตัวของสมาชิกที่เป็น สมาคมกีฬาระดับประเทศ ระดับรัฐ และบริษัทเอกชนที่ดำเนินกิจการเกี่ยวข้องกับการกีฬา โดยที่องค์กรกีฬาแต่ละประเภทก็จะเป็นผู้ดำเนินการบริหารจัดการกีฬาอาชีพที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น กีฬาฟุตบอล ที่บริหารจัดการโดย (Deutscher Football-Bund: DFB) ที่เป็นองค์กรกีฬาซึ่งมีอำนาจในการบริหารจัดการการแข่งขันฟุตบอลอาชีพ และทีมฟุตบอลทีมชาติ และ 2) คณะกรรมการโอลิมปิกแห่งประเทศเยอรมนี (The National Olympic Committee for Germany: NOK) เป็นองค์กรกีฬาที่มีหน้าที่กำกับดูแลกีฬาประเภทที่ใช้ในการแข่งขันกีฬาโอลิมปิก (Olympic Sports) ของประเทศเยอรมนี จนกระทั่งในปัจจุบันทั้งสององค์กรได้รวมตัวกันในปี ค.ศ.2006 เป็น สหพันธ์กีฬา

³⁵ In Brief, Does the FA Premier League have power over the Football Association? [Online], available URL: <https://www.inbrief.co.uk/football-law/football-associations-power>, 201 (April, 15).

โอลิมปิกแห่งประเทศไทย (Deutscher Olympischer Sportbund: DOSB) ที่ในปัจจุบันมีสมาชิกเป็นสหพันธ์กีฬาระดับท้องถิ่น 16 สหพันธ์ สหพันธ์กีฬาระดับชาติ (sport-governing) 63 สหพันธ์ และสมาคมกีฬา 20 สมาคม มีหน้าที่เป็นที่ปรึกษา และให้บริการแก่สมาชิกเกี่ยวกับ การบริหารจัดการ หรือทางการเงินต่างๆ³⁶

ดังนั้นรูปแบบของการบริหารจัดการกีฬาอาชีพในประเทศเยอรมนี จึงจะเป็นการบริหารจัดการโดยองค์กรกีฬา ภายใต้การสนับสนุนของรัฐในเชิงนโยบาย โดยไม่มีการบัญญัติกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง แต่อาจจะมีกฎหมายบัญญัติกฎหมายไว้เป็นเฉพาะกรณีๆ ไป อาทิเช่น การบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันการใช้สารกระตุ้น (The Anti-Doping Law) ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้สารกระตุ้นในการแข่งขันกีฬา (The National Anti-Doping Code (NADC) ที่มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ.2015 อันมีเนื้อหาเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายควบคุมการใช้สารกระตุ้นในการแข่งขันกีฬาระดับโลก The World Anti-Doping Code (WADA Code)³⁷ เป็นต้น

สำหรับฟุตบอลอาชีพในประเทศเยอรมัน หากเทียบกับประเทศที่มีชื่อเสียงทางด้านกีฬาฟุตบอลด้วยกันแล้ว ถือว่าเริ่มดำเนินการอย่างชัดเจนค่อนข้างช้ากว่าพอสมควร เนื่องจากประวัติศาสตร์ และลักษณะพื้นฐานทางการปกครองของเยอรมันที่แบ่งเป็นเขตการปกครองหลายเขต ประกอบการถูกแยกประเทศภายหลังการพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 การแข่งขันฟุตบอลจึงไม่มีความเป็นเสถียรภาพ และมักจะเป็นการแข่งขันกันอย่างกระจัดกระจายตามเขตการปกครองต่างๆ จนกระทั่งเมื่อทีมชาติเยอรมันตะวันตกพ่ายแพ้ต่อทีมชาติยูโกสลาเวีย ในการแข่งขันฟุตบอลโลกในปี ค.ศ.1962 ที่ประเทศชิลี ในรอบ 8 ทีมสุดท้าย ประกอบกับความตกต่ำของทีมชาติเยอรมันตะวันตกจึงส่งผลให้มีแนวคิดในการปรับปรุงพัฒนาการแข่งขันฟุตบอลให้เป็นการแข่งขันแบบอาชีพ ในลักษณะ “Central Professional League” โดยสมาคมฟุตบอลเยอรมัน (Deutscher Fußball Bund: DFB) ได้ริเริ่มจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพระดับชาติขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ.1963 ในระบบ Open System ใช้ชื่อการแข่งขันว่า “Bundes Liga” เริ่มแข่งขันฤดูกาลแรกคือ 1963-1964³⁸ จนกระทั่งมีการรวมประเทศเยอรมันทั้งสองฝั่งเข้าเป็นประเทศเดียวในปี ค.ศ.1991

³⁶Deutscher Olympischer Sportbund, **Profile of German Olympic Sports Confederation** [Online], available URL: <https://www.Dosb.de/en/organisation/wir-ueber-uns/dosb-profile>, 2017 (April, 15).

³⁷The National AntiDoping Agency of Germany, **LEGAL MATTERS** [Online], available URL: <http://www.nada.de/en/legal-matters/anti-doping-code/#.V10xSvI97IW>, 2017 (April, 15).

³⁸ในส่วนของเยอรมันตะวันออกนั้น ก็มีการจัดการแข่งขันฟุตบอลด้วยเช่นกัน โดยการจัดตั้ง Deutscher Sportausschuss Oberliga:DS-Oberliga ขึ้นในปี ค.ศ.1950 มีทีมร่วมแข่งขันทั้งสิ้น 14 ทีม.

จึงได้มีการรวมฟุตบอล League ของทั้งเยอรมันตะวันตก และตะวันออกเข้าด้วยกัน โดยมี Die Liga-Futball ver band (The League Association) หรือ “สมาคมทีมฟุตบอล Bundes Liga” ซึ่งเป็นสมาชิกของ DFB เป็นผู้บริหารจัดการโดยกำหนดให้ Deutsche Fußball Liga: DFL³⁹ มีหน้าที่จัดการแข่งขันฟุตบอล League อาชีพ ภายใต้ความร่วมมือกับ DFB และทำการกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ไว้ ซึ่งได้แก่ธรรมนูญของ DFB และของ Die Liga รวมถึงข้อตกลงพื้นฐานระหว่าง DFB และ Die Liga โดยมีการแบ่งระดับของการแข่งขันเป็น ระดับอาชีพ 2 ลำดับแรก: ได้แก่ Bundes Liga และ Liga 2 บริหารจัดการโดย DFL ระดับอาชีพ ลำดับที่ 3: ได้แก่ Liga 3 ซึ่ง เป็น League อาชีพที่อนุญาตให้ทีมสำรองสามารถเข้าร่วมแข่งขันได้ บริหารจัดการโดย DFB โดยตรง และ ระดับกึ่งอาชีพ: ได้แก่ Regional Liga (ลำดับ 4) จาก 5 แคว้น แต่ละแคว้นก็จะมีสมาคมฟุตบอลของตนเองซึ่งดำเนินการภายใต้ DFB (กรณีเกี่ยวกับการขอ Club Licensing ที่ต้องเป็นไปตามเกณฑ์ของ DFB) และจัดการแข่งขัน League ไปตามแต่ละภูมิภาคของตน

โดยกฎเกณฑ์หนึ่งของการจัดการฟุตบอลอาชีพในประเทศเยอรมันที่ถือเป็นลักษณะเฉพาะ คือ กฎ “50+1 Regel” ซึ่งเป็นกฎที่มีพัฒนาการมาจากที่แต่เดิมนั้นสโมสรฟุตบอลในเยอรมันจะมีการดำเนินการในลักษณะสมาคมที่ไม่แสวงหาผลกำไร และห้ามมิให้บุคคลใดเข้าเป็นเจ้าของสโมสรเป็นการส่วนตัวในทุกกรณี จนกระทั่งในปี ค.ศ.1998 ทาง DFB ได้อนุญาตให้สโมสรฟุตบอลเปลี่ยนสถานะเป็น บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนได้ ซึ่งส่งผลให้มีโอกาสที่สโมสรฟุตบอลจะถูกนายทุนเข้าซื้อหุ้นและครอบงำการบริหารจัดการสโมสรได้ ดังนั้นจึงได้กำหนดให้ผู้ที่สนใจจะลงทุนเข้าซื้อหุ้นของสโมสรฟุตบอลนั้นสามารถซื้อหุ้นได้ร้อยละ 50 แต่ทั้งนี้จะต้องให้สมาชิกของสโมสรมีสิทธิเป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมดมากกว่าอย่างน้อยร้อยละ 1 ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้นายทุนมีอำนาจในการบริหารจัดการสโมสรมากกว่าสมาชิคนั่นเอง แต่ทั้งนี้กฎนี้ก็มิข้อยกเว้นสำหรับบุคคลที่ทำการสนับสนุนสโมสรอย่างต่อเนื่องมากกว่า 20 ปี ก็จะสามารถเป็นเจ้าของสโมสรได้ เนื่องจากถือว่าเป็นผู้ที่มีความเข้าใจในกีฬาฟุตบอลอย่างเพียงพอ อาทิเช่น บริษัท Bayer กับ สโมสร Byer 04 Leverkusen บริษัท Volkswagen กับ สโมสร VFL Wolfsburg และบริษัท Adidas/Audi กับ สโมสร FC Bayern Munich เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าจะมีกระแสต่อต้านกฎนี้อยู่บ้างโดยเหตุผลว่าเป็นกฎที่ขัดต่อกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป หรือ เป็นกฎที่ยังมีช่องว่างพอสมควร แต่กฎนี้ก็ยังเป็นที่ยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับวงการฟุตบอลเยอรมันอยู่ และส่งผลให้ ความผูกพันระหว่างสมาชิกกับสโมสรมีมากขึ้น และเป็นการป้องกันมิให้มีการนำเงินเข้าสู่สโมสรมากเกินไป เนื่องจากบุคคลที่

³⁹ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.2000.

สนใจจะเข้าลงทุนในสโมสรฟุตบอลจะต้องมีความเข้าใจในกีฬาฟุตบอลอย่างแท้จริง และมีโอกาสพัฒนาบริบทรอบด้านต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะ ผลกำไรในทางธุรกิจที่มากขึ้น⁴⁰

4.2.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นนั้นแม้ว่ารัฐบาลจะให้ความสำคัญกับการพัฒนาทางด้านการกีฬาเป็นอย่างมากในทุกระดับ แต่จะเป็นการสนับสนุนจากรัฐโดยภาพรวม มิได้เน้นไปที่กีฬาอาชีพเป็นการเฉพาะโดยจะให้เป็นการพัฒนาโดยวงจรของตัวเองกีฬาเอง (self-help) เนื่องจากมิได้เป็นภาระหน้าที่ตามกฎหมาย⁴¹ ซึ่งการดำเนินการเกี่ยวกับกีฬาอาชีพนั้นจะเป็นการดำเนินการโดยสมาคมกีฬาแต่ละประเภท และมักจะไม่ค่อยมีข้อพิพาทด้านการจัดการกีฬาเท่าใดนัก โดยคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางการกีฬานั้นจะมีน้อยมาก ซึ่งหากมีข้อพิพาทศาลก็จะดำเนินการพิจารณาและตัดสินคดีไปตามกฎเกณฑ์ขององค์กรหรือสมาคมกีฬาที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก ซึ่งองค์กรหรือสมาคมกีฬา (Sports Governing Bodies) ในประเทศญี่ปุ่นนั้น จะมีลักษณะเป็นสมาคมหรือมูลนิธิ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณประโยชน์ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสมาคม หรือมูลนิธิโดยทั่วไป ซึ่งในปัจจุบัน คือ Act on Authorization of Public Interest Incorporated Associations and Public Interest Incorporated Foundations (Act No. 49 of 2006)⁴² ยกเว้นเฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายนั้นจะขัดกับสิทธิของพลเมือง (Civil Right) ตามกฎหมายโดยทั่วไป⁴³ ส่วนในบางกรณีที่มีเหตุจำเป็นเป็นกรณีพิเศษ ก็จะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวนั้นเป็นเฉพาะกรณีไป

โดยองค์กรกีฬาที่เป็นหลักในการจัดการกีฬาอาชีพ คือ สมาคมกีฬาอาชีพแห่งประเทศไทย (Japan Professional Sports Association: JPSA) ที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นมูลนิธิเพื่อประโยชน์สาธารณะภายใต้สังกัดกระทรวงการศึกษา วัฒนธรรม กีฬา วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนามาตรฐานของการกีฬาอาชีพ ซึ่งในปัจจุบันมีองค์กรกีฬา

⁴⁰ ศิริยุพา รุ่งแสงสุข, ปฏิรูปการบริหารทีมฟุตบอลแบบเยอรมัน [Online], available URL: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/621954>, 2017 (April, 30).

⁴¹ Nobuki Ishii & Shinji Morino, SPORTS LEGISLATION IN JAPAN [Online], available URL: <http://www.davidpublishing.com/Download/?id=5943>, 2017 (April, 30).

⁴² Act on Authorization of Public Interest Incorporated Associations and Public Interest Incorporated Foundations (Act No. 49 of 2006 [Online], available URL: <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/AAPIL.pdf>, 2017 (April, 30).

⁴³ Aaron N. Wise, Bruce S. Meyer, International Sports Law and Business: volume 2 (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 1638-1642.

อาชีพประเภทต่างๆ เป็นสมาชิกอยู่จำนวน 15 ประเภทกีฬา⁴⁴ ซึ่งองค์กรกีฬาอาชีพต่างๆ เหล่านี้จะมีสถานะในทางกฎหมาย และลักษณะของการบริหารจัดการที่เป็นเฉพาะของแต่ละองค์กร อาทิเช่น กีฬาเบสบอล: มี Nippon Professional Baseball ที่มีสถานะเป็น บริษัท (Company) ที่มีทีมที่ร่วมการแข่งขันเป็นหุ้นส่วนภายใต้ข้อตกลง Japanese Professional Baseball Agreement (JPBA) ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการบริหารจัดการทีม สัญญาจ้าง หรือการย้ายทีมของนักกีฬา ซึ่งถือเป็นข้อตกลงที่ทุกทีมจะต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด⁴⁵ เป็นต้น

แต่ทั้งนี้ก็มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพอยู่บ้างบางกรณี ได้แก่

(1) The Act on Carrying Out, etc. Sport Promotion Vote: SPV (Act No.63 of 1998): เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการพนันผลการแข่งขันฟุตบอลในประเทศญี่ปุ่น คือ J-League Soccer Pools (Sport Toto)⁴⁶

(2) The Basic Act on Sport (Act No.78 of 2011): เป็นบทบัญญัติสำหรับกรณีเกี่ยวกับการควบคุมการใช้สารกระตุ้นในการแข่งขันกีฬา การเคารพสิทธิและการระงับข้อพิพาททางด้านกีฬา ภายใต้แนวคิด “การดำรงชีวิตอย่างมีความสุขด้วยการเล่นกีฬานั้นเป็นสิทธิพื้นฐานของประชาชน ที่ดำเนินการภายใต้หลักคุณธรรม”⁴⁷ มุ่งเน้นไปที่การบริหารจัดการสมาคมกีฬาเป็นหลัก⁴⁸

สำหรับกีฬาฟุตบอลสมัยใหม่ในประเทศญี่ปุ่นนั้น แม้จะมีได้เป็นกีฬายอดนิยมอันดับ 1 แต่ก็เป็นที่กีฬาที่ชาวญี่ปุ่นให้ความสนใจอยู่พอสมควร และเริ่มให้ความสำคัญอย่างจริงจังโดยเริ่มจากการตั้งสมาคมฟุตบอล หรือ JFA ขึ้นในปี ค.ศ.1921 สมัครเข้าเป็นสมาชิก FIFA และ AFC ในปี ค.ศ.1929 และ 1954 ตามลำดับ และมีจัดการแข่งขันฟุตบอลในรูปแบบฟุตบอลลีกสมัครเล่น คือ Japan Soccer League (JSL) ขึ้น โดยทีมส่วนใหญ่จะมาจากมหาวิทยาลัย และบริษัทต่างๆ ที่ใช้ทีม

⁴⁴ Japan Professional Sports Association, Member of JPFA [Online], available URL: <http://www.jpfa.jp/member.html>, 2017 (April, 30).

⁴⁵ Aaron N. Wise, Bruce S. Meyer, op. cit, pp. 1658-1659.

⁴⁶ General and Online Gambling Laws in Japan [Online], available URL: <http://www.Onlinebetting.com/legal/japan-3>, 2017 (April, 30).

⁴⁷ Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Japan, 1 Creating a Sport Nation / Education and Employment [Online], available URL: http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpab201001/detail/1326840.htm, 2017 (April, 30).

⁴⁸ Nobuki Ishii, Enactment of the fundamental law of sport in japan: The effect for sports promotion policy [Online], available URL: <http://www.easm.net/download>, 2017 (April, 30).

ฟุตบอลเป็นเครื่องมือทางการตลาด ซึ่งฟุตบอลลีกสมัครเล่นที่จัดขึ้นนั้นถือว่าประสบความสำเร็จพอสมควรเมื่อพิจารณาจากจำนวนแฟนบอลที่ติดตาม แต่ถึงกระนั้นในระดับฟุตบอลทีมชาติยังถือว่าไม่มีการพัฒนามากนัก แม้ว่าทีมชาติญี่ปุ่นจะเคยได้รับรางวัลเหรียญทองแดงในกีฬาโอลิมปิก 1968 ที่ประเทศเม็กซิโก แต่ก็ยังไม่เคยเข้ารอบฟุตบอลโลกรอบสุดท้ายได้เลย ส่งผลให้ในปี ค.ศ.1993 จึงได้มีการจัดให้มีการแข่งขันฟุตบอลอาชีพขึ้นเป็นครั้งแรก โดยรูปแบบของการจัดการแข่งขันจะเป็นการดำเนินการด้วยรูปแบบที่ผสมผสานกันระหว่างระบบ Open System ตามแบบฟุตบอลอาชีพในแถบยุโรป และระบบ Close System ตามแบบฟุตบอลอาชีพในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้มาตรการทางกฎหมายต่างๆ ดังที่กล่าวมาและจากการที่กีฬาฟุตบอลไม่มีลักษณะเป็นกีฬาที่มีพื้นฐานทางวัฒนธรรม ดังเช่น ซูโม และเบสบอลการบริหารจัดการจึงมีลักษณะแบบการผสมผสานแนวทางการดำเนินการหลายๆ แนวทางเข้าด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการพัฒนาฟุตบอลญี่ปุ่นให้มีศักยภาพในระดับโลก พร้อมไปกับการสร้าง “ประเทศที่มีความสุขผ่านกีฬา” ภายใต้แนวคิดที่ว่า “ทีมชาติจะดีต่อเมื่อทีมท้องถิ่นดี และทีมท้องถิ่นจะดีได้ต่อเมื่อได้รับการสนับสนุนจากท้องถิ่น และการสนับสนุนจากท้องถิ่นจะแข็งแกร่ง ก็ต่อเมื่อทีมชาติทำผลงานได้ดี” ซึ่งจะมีลักษณะของการบริหารจัดการที่สำคัญ คือ⁴⁹

(1) ในยุคเริ่มต้นของการแข่งขันฟุตบอล J-League นั้น จะมุ่งเน้นของการกำหนดโครงสร้างสำหรับการบริหารจัดการ และการทำสัญญาต่างๆ ไว้แบบเรียบง่าย แต่มุ่งเน้นไปที่การทำการตลาด ซึ่งดำเนินการโดยบริษัท J-League ซึ่งเป็นองค์กรอิสระ ที่ไม่หวังผลกำไร แต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ JFA ซึ่งจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับ ฟุตบอลอาชีพในประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน

(2) กำหนดหลักเกณฑ์การบริหารจัดการผลประโยชน์เกี่ยวกับสัญญาของการสนับสนุนจากบุคคลต่างๆ โดย บริษัท J-League จะเป็นศูนย์กลางในการเจรจา ดำเนินการและจัดสรรผลประโยชน์เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว ให้แต่ละทีมใน League แต่เพียงผู้เดียวไม่อนุญาตให้แต่ละทีมไปดำเนินการดังกล่าวเองได้ ซึ่งถือเป็นการดำเนินการตามแนวคิดการกระจายโอกาสทางการแข่งขัน (Competitive Balance) เช่นเดียวกับการบริหารจัดการกีฬาในระบบ Close System ของประเทศสหรัฐอเมริกา

(3) การเข้าเป็นผู้บริหาร หรือเจ้าของสโมสรฟุตบอล ต้องห้ามมิให้นำระบบ Franchise Type of Sport (ระบบการให้สิทธิรายบุคคลในสโมสรกีฬา) ดังเช่นในประเทศ

⁴⁹Harald Dolles &Sten Söderman, *Implementing aProfessional Football League in JapanChallenges to Research inInternational Business* (Tokyo: German Institute for Japanese Studies, 2005), pp. 12-18.

สหรัฐอเมริกาที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถเข้าเป็นเจ้าของ และบริหารสโมสรกีฬาได้แต่เพียงผู้เดียวมาใช้ โดยกำหนดให้สโมสรกีฬานั้นจะต้องเป็นของท้องถิ่น โดยการดำเนินการสโมสรกีฬาจะต้องเป็นการผสมผสานกันระหว่าง องค์กรภาคธุรกิจ (บริษัทต่างๆ) และสมาชิกที่มาจากท้องถิ่นที่สโมสรกีฬานั้นตั้งอยู่ เพื่อป้องกันมิให้สโมสรต้องถูกบริหารงานโดยผู้ที่ไม่ได้มีความสนใจ หรือผูกพันกับกีฬา และท้องถิ่นอย่างแท้จริง คล้ายคลึงกับประเทศเยอรมนี

(4) ในปัจจุบันการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศญี่ปุ่น คือ Japan Professional Football League (J. League) เป็นการแข่งขันฟุตบอลลีกอาชีพที่บริหารจัดการโดย บริษัทเจลีก ภายใต้อำนาจของสมาคมฟุตบอลแห่งประเทศไทย (Japan Football Association: JFA) ซึ่งโดยมุ่งเน้นการพัฒนาฟุตบอลอาชีพให้อยู่ในรูปแบบที่เหนือกว่าการให้ความบันเทิง แต่ต้องอยู่ในรูปแบบของวัฒนธรรมทางกีฬา และความเป็นศูนย์กลางของชุมชน เพื่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตที่ดีของชุมชน สภาพแวดล้อม และกิจกรรมของท้องถิ่น (ซึ่งเป็นนโยบายรูปแบบเดียวกันกับของประเทศเยอรมัน) ภายใต้สโลแกน “วิสัยทัศน์ 100 ปี” ซึ่งในปัจจุบัน จัดการแข่งขันในระบบฟุตบอล League ที่มีการกำหนดให้มีการขึ้นชั้น และตกชั้นตามระบบ Open System เช่นเดียวกับฟุตบอล League ในทวีปยุโรป โดยแบ่งการแข่งขันเป็น 3 ระดับ คือ J1 J2 และ J3 ใช้ชื่อการแข่งขันตามผู้สนับสนุน ในปัจจุบัน คือ Meiji Yasuda League⁵⁰

5. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพของประเทศไทย

ในอดีตที่ผ่านมา การเล่นกีฬาในประเทศไทย จะอยู่ในรูปแบบของกิจกรรมเพื่อการสันทนาการ หรือหากเป็นการแข่งขันก็จะมุ่งเน้นการแข่งขันเพื่อความบันเทิง เสียเป็นส่วนใหญ่นั้น มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการด้านกีฬากีฬาของประเทศไทยจึงมีปรากฏเพียงพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2528 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการด้านกีฬาในระดับพระราชบัญญัติฉบับแรก (จากเดิมที่เป็นกฎหมายในระดับพระราชกฤษฎีกา)⁵¹ ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การจัดการกีฬาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาการกีฬา “เพื่อความเป็นเลิศ” มากกว่าเพื่อการอาชีพ เนื่องจากในอดีตนั้นการแข่งขันในลักษณะของกีฬาอาชีพนั้นยังมีค่อนข้างน้อยและประเภทของกีฬาอาชีพที่คนไทยพอที่จะคุ้นเคยก็มักจะเป็นกีฬาประเภทบุคคลที่เป็นที่นิยมในวงจำกัดหรือหากเป็นที่สนใจในวงกว้างก็มักจะเป็นกระแสนิยมเพียงชั่วคราวเท่านั้น อาทิเช่น กีฬาสนุกเกอร์

⁵⁰ J. LEAGUE, **About J. League** [Online], available URL: <http://www.jleague.jp/en/aboutJ>, 2017 (April, 30).

⁵¹ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การส่งเสริมกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2507.

กีฬามวยสากล กีฬาเทนนิส หรือกีฬาอล์ฟ แต่ทั้งนี้ก็ยังมียูนิคกีฬา “มวยไทย” ที่เริ่มพัฒนาขึ้นมาเป็นกีฬาอาชีพที่เป็นที่รู้จักกันในสังคมไทยโดยทั่วไปเนื่องจากเป็นกีฬามีพื้นฐานเกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมไทยมาอย่างยาวนานจนได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อการจัดการและควบคุมการแข่งขันกีฬามวยอาชีพในประเทศไทยขึ้นมาคือพระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ.2542 ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการบริหารจัดการกีฬาอาชีพโดยเฉพาะฉบับแรกของประเทศไทย

ต่อมาเมื่อกีฬาอาชีพประเภทอื่นได้เริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้นโดยเฉพาะกีฬาประเภททีม อาทิเช่น กีฬาฟุตบอลหรือกีฬาฮอลเลย์บอลจำนวนนักกีฬาอาชีพก็เริ่มที่จะมีเพิ่มมากขึ้นจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการบริหารจัดการทางด้านกีฬาอาชีพขึ้นคือพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 เพื่อใช้เป็นบทบัญญัติหลักสำหรับการบริหารจัดการกีฬาอาชีพในประเทศไทยโดยเฉพาะและบังคับใช้กับกีฬาอาชีพทุกประเภท (ยกเว้นกีฬามวยซึ่งมีพระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ.2542 บังคับใช้อยู่โดยเฉพาะแล้ว) โดยจะบังคับใช้ควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558 (บทบัญญัติใหม่ที่บัญญัติขึ้นมาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2528) ในลักษณะของการให้ความคุ้มครองนักกีฬาอาชีพในด้านต่างๆ รวมถึงการจัดการแข่งขันกีฬาอาชีพภายใต้การควบคุมดูแลของสมาคมกีฬาที่เกี่ยวข้องและนอกจากนี้ยังมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษอื่นช่วยเสริมด้วยซึ่งปัจจุบันได้แก่พระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ.2555

สำหรับการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยนั้น ได้ปรากฏอย่างชัดเจนเมื่อรัฐบาลได้มีการกำหนดแผนพัฒนากีฬาแห่งชาติขึ้นในปี พ.ศ.2531 และมีการระบุยุทธศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนากีฬาสากล ได้แก่ฟุตบอล และกีฬาไทยบางชนิด ให้เป็นอาชีพไว้อย่างชัดเจนในแผนพัฒนากีฬาแห่งชาติ ตั้งแต่ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540-2544) ภายใต้ความรับผิดชอบของการกีฬาแห่งประเทศไทย⁵² ซึ่งจากนโยบายของภาครัฐดังกล่าว จึงได้เริ่มมีการพัฒนาการเล่นฟุตบอลเพื่อการอาชีพขึ้น โดยเริ่มมีการจัดการแข่งขันฟุตบอลแบบกึ่งอาชีพขึ้นเป็นครั้งแรก ในปี พ.ศ.2534 คือ การแข่งขันฟุตบอล “ไทยแลนด์ เซมิโพรลีก” จนพัฒนามาเป็นการแข่งขันอาชีพเต็มรูปแบบครั้งแรกในปี พ.ศ.2539 ตามนโยบายของสมาคมฟุตบอลแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ (ชื่อในขณะนั้น) คือ การแข่งขันฟุตบอล “จอห์นนี่วอล์กเกอร์ไทยแลนด์ชอกเกอร์ลีก” จากนั้นในปี พ.ศ.2542 การกีฬาแห่งประเทศไทยก็ได้จัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพขึ้นมาอีกหนึ่งรายการ คือ “ไทยแลนด์ โปรวิลเชี่ยล

⁵² การกีฬาแห่งประเทศไทย, รายงานผลการประเมินแผนพัฒนากีฬาแห่งชาติ ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540-2544) ระยะครึ่งแผน พ.ศ.2540-2542 (กรุงเทพมหานคร: เอกพิมพ์ไท, 2543); อ้างถึงใน สำนักวิชาวิทยาศาสตร์การกีฬา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, โครงการจัดทำวิจัยและคู่มือการจัดตั้งสโมสรฟุตบอลอาชีพ (การกีฬาแห่งประเทศไทย กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, 2549), หน้า 1-2.

ลีก” หรือ “โปรลีก” ซึ่งเป็นการแข่งขันของทีมอาชีพที่อยู่ในต่างจังหวัด จนกระทั่ง ในปี พ.ศ.2550 สมาคมฯ และการกีฬาแห่งประเทศไทย จึงได้ดำเนินโครงการรวมการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพ ทั้งสองรายการเข้าด้วยกัน เรียกกันโดยทั่วไปว่าการ “รวมลีก” ให้มีการแข่งขันลีกฟุตบอลอาชีพเพียง ลีกเดียว และใช้ชื่อว่า การแข่งขัน “ไทยแลนด์พรีเมียร์ลีก” มาจนถึงปัจจุบัน

โดยจุดหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนาฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยเป็นอย่างมาก คือ เมื่อสมาพันธ์ฟุตบอลแห่งเอเชีย (AFC) ได้มีการดำเนินโครงการ “AFC Vision Asia”⁵³ และกำหนด เกณฑ์มาตรฐานการดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันฟุตบอลอาชีพสำหรับประเทศสมาชิก คือ “AFC Club Licensing” (ระบบเกณฑ์มาตรฐาน สโมสรฟุตบอลอาชีพ) ขึ้น เพื่อให้เป็นไปตาม แนวทางที่สหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) กำหนดไว้ โดยที่สมาคมฟุตบอลของแต่ละชาติสมาชิก จะต้องเป็นผู้ดำเนินการ หรือมอบหมายให้บุคคลใดดำเนินการแทน ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด⁵⁴ สมาคมฟุตบอลฯ จึงได้เริ่มดำเนินโครงการ “วิชั่นไทยแลนด์” (Vision Thailand) และจัดตั้ง “**บริษัท ไทยพรีเมียร์ลีก จำกัด**”(Thai Premier League Company Limited หรือ TPLC) ขึ้นมาใน ปี พ.ศ.2551 เพื่อดำเนินธุรกิจให้บริการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพ ของประเทศไทยแบบครบวงจร ภายใต้หลักเกณฑ์ต่างๆ ของ A.F.C และจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพระดับลีกสูงสุด และลีกระดับ 2 นับแต่นั้นมา จนกระทั่งในปี พ.ศ.2559 ก็ได้มีการจัดตั้ง **บริษัท พรีเมียร์ ลีก (ไทยแลนด์) จำกัด** (Premier League Thailand Company Limited: PLT) ให้มีหน้าที่รับผิดชอบการจัดการแข่งขัน ฟุตบอลลีกสูงสุด และลีกระดับ 2 แทนที่ บริษัท ไทยพรีเมียร์ลีก จำกัด ตั้งแต่ฤดูกาลแข่งขัน ปี พ.ศ.2559 เป็นต้นไปและเปลี่ยนชื่อการแข่งขันจากโตโยต้าไทยพรีเมียร์ลีก และยามาฮาลีกวัน เป็น “**โตโยต้า ไทยลีก**” และ “**ยามาฮาลีก ดิวิชั่น 1**” ส่วนการแข่งขันฟุตบอลในระดับรองลงมานั้นได้มีการจัดตั้ง บริษัท ลีกภูมิภาค ดิวิชั่น 2 จำกัด ขึ้นเพื่อให้มีหน้าที่จัดการแข่งขันฟุตบอล ลีกภูมิภาคดิวิชั่น 2 และ ต่อมาในปี พ.ศ.2560 ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างลีกอาชีพอีกครั้งโดยการจัดตั้ง **บริษัท ไทยลีก จำกัด** (Thai League Company Limited) ขึ้นมาแทนที่ บริษัท พรีเมียร์ ลีก (ไทยแลนด์) จำกัด ให้มีหน้าที่ในการจัดการแข่งขันฟุตบอลลีกอาชีพของประเทศไทยในลักษณะของระบบ Open System เช่นเดียวกับฟุตบอล League ในทวีปยุโรป โดยแบ่งเป็นการแข่งขัน 5 ระดับ คือไทยลีก

⁵³โครงการ “วิชั่นเอเชีย” (AFC Vision Asia) คือ โครงการที่สมาพันธ์ฟุตบอลแห่งเอเชีย (AFC) ดำเนินการขึ้นเพื่อเป็นการกำหนดเป็นระเบียบว่าด้วยการเป็นสโมสรฟุตบอลอาชีพ โดยมุ่งเน้นพัฒนาคุณภาพและ มาตรฐานให้กับวงการฟุตบอลในภูมิภาคพื้นทวีปเอเชียในทุกๆ ด้านอย่างยั่งยืน จนก้าวขึ้นสู่มาตรฐานสากลในอนาคต.

⁵⁴The Asian Football Confederation, AFC CLUB LICENSING REGULATIONS Edition 2016 [Online], available URL: http://origin.the-afc.com/uploads/afc/files/AFC_CLR_Booklet_2016.pdf, 2017 (May, 2).

(Thai League): T1 ไทยลีก 2 (Thai League 2): T2 ไทยลีก 3 (Thai League 3): T3 ไทยลีก 4 (Thai League 4): T4 และลีกสมัครเล่น (Amateur tournament)

ดังนั้น จะพบว่าการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยนั้นมีพัฒนาการนับตั้งแต่ที่ยังมิได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพไว้โดยเฉพาะ การจัดการฟุตบอลอาชีพจะเป็นการดำเนินการโดยหน่วยงานที่รับผิดชอบทางด้านกีฬา คือ การกีฬาแห่งประเทศไทย และสมาคมฟุตบอลแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ (ชื่อในขณะนั้น) เป็นหลัก แต่เนื่องจากหน่วยงานดังกล่าวเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2528 ที่มีใช้กฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพโดยเฉพาะ การจัดการต่างๆ จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยการกีฬาแห่งประเทศไทยและสมาคมฟุตบอลฯ และหลักเกณฑ์ขององค์กรกีฬาฟุตบอลระหว่างประเทศ คือสหพันธ์ฟุตบอลนานาชาติ (FIFA) และสมาพันธ์ฟุตบอลเอเชีย (AFC) ซึ่งมีได้มีสภาพบังคับชัดเจนดังเช่นบทบัญญัติกฎหมาย ฟุตบอลอาชีพของประเทศไทยจึงมักจะประสบปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการจัดการในหลายด้านมาโดยตลอด อาทิเช่น ปัญหาด้านงบประมาณในการดำเนินการจัดการแข่งขันที่ไม่เพียงพอ ปัญหาเกี่ยวกับการจัดหาผู้สนับสนุนการแข่งขัน ปัญหาการขาดทุนจากการแข่งขัน ปัญหาคุณภาพของผู้ฝึกสอน คุณภาพของนักฟุตบอล คุณภาพของกรรมการผู้ตัดสิน ที่ยังไม่ได้มาตรฐาน ปัญหาการขาดสนามแข่งขันของตนเองที่มีมาตรฐานตามเกณฑ์ที่กำหนด หรือ ปัญหาระบบการจัดการแข่งขัน และกฎระเบียบ ที่ยังขาดความชัดเจน เป็นต้น⁵⁵ จนกระทั่งเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558 ขึ้นจึงเริ่มมีการปรับโครงสร้างของการจัดการฟุตบอลอาชีพให้สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายที่กล่าวมาดังต่อไปนี้

5.1 พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558

บทบัญญัติที่ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดตั้งและดำเนินการของ “สมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทย” ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่ไม่แสวงหาผลกำไรซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของสมาคมฟุตบอลจากเดิมที่ถือเป็นสมาคมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลทางด้านกีฬาภายใต้กฎหมายกีฬาโดยเฉพาะ

ในปัจจุบันสมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทยเป็นองค์กรหลักในการจัดการแข่งขันฟุตบอลในประเทศไทยทุกรายการทั้งในระดับอาชีพและระดับสมัครเล่นโดยในส่วนของการแข่งขันระดับอาชีพนั้นสมาคมฯ ได้มอบสิทธิในการจัดการแข่งขันให้กับบริษัทเอกชนเป็นผู้ดำเนินการซึ่งใน

⁵⁵ สำนักวิชาวิทยาศาสตร์การกีฬา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เรื่องเดิม, หน้า 21-22, 29-32.

ปัจจุบันคือ บริษัท ไทยลีก จำกัด ส่วนการแข่งขันรายการเอฟเอคัพและลีกคัพสมาคมฯ ยังคงเป็นผู้ดำเนินการจัดการแข่งขันเอง

5.2 พระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556

บทบัญญัติที่ระบุรายละเอียดในส่วนที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือ “สมาคมกีฬาอาชีพ” จากกองทุนพัฒนากีฬาอาชีพการกีฬาแห่งประเทศไทยและการคุ้มครองนักฟุตบอลอาชีพในด้านต่างๆ รวมถึงการป้องปรามการล้มการแข่งขันด้วยการกำหนดโทษทางอาญาไว้

5.3 พระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ.2555

บทบัญญัติเฉพาะสำหรับควบคุมมิให้นักกีฬาฟุตบอลใช้สารกระตุ้นในการลงแข่งขันฟุตบอลซึ่งจะต้องรับโทษหากมีการฝ่าฝืน

5.4 บทบัญญัติกฎหมายทั่วไปอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

5.4.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาจ้างแรงงานและจ้างทำของ

เนื่องจากในพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 และพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558 มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าลักษณะของสัญญาจ้างนักฟุตบอลนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นอย่างไร ดังนั้นการดำเนินการจึงจำต้องอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาจ้างแรงงานและจ้างทำของมาพิจารณา

5.4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

เนื่องจากการมิได้มีการกำหนดลักษณะของสัญญาจ้างนักฟุตบอลไว้ชัดเจนประกอบกับในปัจจุบันระเบียบว่าด้วยการจัดการแข่งขันฟุตบอลลีกอาชีพที่ออกโดยบริษัทผู้จัดการแข่งขันมีระบุไว้เพียงว่านักกีฬาฟุตบอลที่จะขึ้นทะเบียนเล่นในลีกอาชีพจะต้องมีการทำสัญญาว่าจ้างอาชีพกับสโมสรตามกฎหมายของประเทศไทยและกำหนดแบบสัญญาจ้างไว้เป็นตัวอย่าง⁵⁶ ซึ่งมีโอกาสที่จะมีลักษณะเป็น “สัญญาสำเร็จรูป”⁵⁷ ที่สโมสรเป็นผู้กำหนดรายละเอียดแต่เพียงผู้เดียวโดยที่นักฟุตบอลไม่มีอำนาจต่อรองได้นั่นเอง

⁵⁶ ระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดการแข่งขันกีฬาฟุตบอลลีกอาชีพรายการ “ไทยลีก 1” พ.ศ.2560, ข้อ 6.

⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 3.

5.4.3 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551

เนื่องจากในปัจจุบันมิได้มีการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับลักษณะและคุณสมบัติของผู้สนับสนุนการแข่งขันไว้เป็นการเฉพาะจึงมีผู้สนับสนุนที่ประกอบธุรกิจผลิตเครื่องตี้มแอลกอฮอล์เข้าสนับสนุนทีมสโมสรฟุตบอลอยู่หลายทีม ดังนั้นการควบคุมการทำการตลาดกับทีมสโมสรนั้นๆ เช่น การโฆษณาหรือการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้เข้าชมหรือแฟนฟุตบอลจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัตินี้เป็นหลัก

5.5 ข้อบังคับลักษณะการปกครองของสมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์

ข้อบังคับนี้ถือเป็นข้อบังคับของสมาคมกีฬาฟุตบอลฯ ซึ่งกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติ-การกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558⁵⁸ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือหลักของสมาคมกีฬาฟุตบอลฯ ในการพัฒนา ส่งเสริมกำหนดระเบียบข้อบังคับและกติกาสำหรับการแข่งขันกำกับดูแลจัดระบบการแข่งขันยุติ ความขัดแย้งต่างๆ ที่เกิดขึ้น รวมถึงการส่งเสริมความเป็นกีฬาอาชีพของกีฬาฟุตบอลในประเทศไทย

5.6 ระเบียบว่าด้วยการลงโทษวินัยมารยาทของสมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ พ.ศ.2559

ระเบียบนี้เป็นระเบียบที่บัญญัติออกมาภายใต้ข้อบังคับลักษณะการปกครองของสมาคมกีฬาฟุตบอลฯ ซึ่งมีเนื้อหาหลักเกี่ยวกับการบริหารจัดการการแข่งขันฟุตบอลในประเทศไทย รวมถึงการแข่งขันฟุตบอลอาชีพให้เกิดความคล่องตัวมีประสิทธิภาพโปร่งใสบริสุทธิ์และยุติธรรมด้วยการ กำหนดบทลงโทษต่างๆ สำหรับผู้ที่กระทำความผิดกฎกติกาที่กำหนดไว้ รวมถึงการประท้วงและอุทธรณ์ ผลการตัดสินต่างๆ

5.7 ระเบียบว่าด้วยการจัดการแข่งขันฟุตบอลลีกอาชีพของประเทศไทย

ระเบียบนี้คือกฎกติกาที่ผู้ได้รับสิทธิจากสมาคมกีฬาฟุตบอลฯ ในการดำเนินการจัดการแข่งขันฟุตบอลลีกอาชีพในประเทศไทยระดับต่างๆ ซึ่งในปัจจุบัน ได้แก่ บริษัท ไทยลีก จำกัด ได้กำหนดออกมาในทุกๆ ฤดูกาลแข่งขัน (ในฤดูกาลแข่งขัน พ.ศ.2560 ได้แก่ ระเบียบข้อบังคับว่า

⁵⁸ที่ใช้อยู่ข้อบังคับว่า “ข้อบังคับลักษณะปกครอง” ก็เนื่องมาจาก ในปี พ.ศ.2459 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงก่อตั้งคณะฟุตบอลแห่งสยามขึ้น โดยถือเป็นสมาคมกีฬาแห่งแรกของประเทศไทยที่จดทะเบียนถูกต้อง โดยมีพระองค์เป็นองค์อุปถัมภ์ และได้มีพระบรมราชโองการให้ตรา “ข้อบังคับลักษณะปกครอง คณะฟุตบอลสยาม” ขึ้นด้วย ดังนั้นข้อบังคับของสมาคมฟุตบอลจึงได้ใช้ชื่อว่า “ข้อบังคับลักษณะปกครอง” นั้นเอง.

ด้วยการจัดการแข่งขันกีฬาฟุตบอลโลกอาชีพรายการ “ไทยลีก 1” พ.ศ.2560 และระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดการแข่งขันกีฬาฟุตบอลโลกอาชีพรายการ “ไทยลีก 2” พ.ศ.2560) โดยระเบียบนี้จะใช้เป็นหลักในการดำเนินการบริหารจัดการการแข่งขันฟุตบอลโลกอาชีพให้เป็นที่เรียบร้อยและทีมที่เข้าร่วมการแข่งขันต้องทำข้อตกลงปฏิบัติตามระเบียบฉบับนี้ ซึ่งมีเนื้อหาที่สำคัญเกี่ยวกับโครงสร้างของการแข่งขันการบริหารการแข่งขันของคณะกรรมการบริหารคณะกรรมการจัดการแข่งขันและคณะกรรมการต่างๆ ข้อกำหนดในการเข้าร่วมการแข่งขันกฎกติกาและระเบียบที่ใช้ควบคุมการแข่งขัน และมาตรการการลงโทษ กรณีการกระทำผิดกฎกติกาและมารยาทการประทุ้งและการอุทธรณ์

6. วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศไทย และต่างประเทศ

จากการศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับโครงสร้างการจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศต่างๆ ในปัจจุบันจะพบว่า แบ่งออกเป็น 2 ระบบหลัก คือ ระบบ Close system ซึ่งมีต้นกำเนิดจากทวีปยุโรป และระบบ Open system ซึ่งมีต้นกำเนิดจากประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ทั้งนี้ ทุกประเทศที่เข้าเป็นสมาชิกขององค์กรกีฬาฟุตบอลระหว่างประเทศระดับโลก คือ FIFA และระดับภูมิภาค อาทิ AFC หรือ UEFA ไม่ว่าจะใช้ระบบการจัดการระบบใด ก็จะต้องมีการดำเนินการที่สอดคล้องกับนโยบายหรือกฎเกณฑ์ขององค์กรกีฬาฟุตบอลระหว่างประเทศระดับต่างๆ ที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นด้วย แต่สิ่งที่น่าสนใจประการหนึ่งก็คือ ในหลายประเทศได้มีการนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือที่ช่วยให้การจัดการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยที่มาตรการทางกฎหมายสำหรับการจัดการฟุตบอลอาชีพนั้นจะมีโครงสร้างหลักที่สำคัญ 2 ระบบ คือ ระบบที่มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพไว้โดยเฉพาะ ซึ่งระบบนี้จะเน้นการใช้กฎหมายอันมีลักษณะเป็น “Hard Law” ที่กำหนดกฎเกณฑ์ และองค์กรที่รับผิดชอบในการจัดการฟุตบอลอาชีพ อย่างชัดเจน เช่น ประเทศสเปน และฝรั่งเศส และระบบที่มีได้มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพโดยเฉพาะ แต่จะใช้องค์กรทางการกีฬา (Sports Governing Bodies) เป็นหลักในการจัดการ ซึ่งระบบนี้จะเน้นการใช้กฎระเบียบขององค์กรกีฬา ที่มีลักษณะเป็น “Soft Law” ควบคู่ไปกับนโยบาย และจารีตทางกีฬาในประเทศนั้นเป็นหลัก และใช้บทบัญญัติทางกฎหมายบ้างในบางกรณีเช่น ประเทศอังกฤษ เยอรมนี และญี่ปุ่น ซึ่งก็เป็นไปตามประวัติศาสตร์ และบริบททางการกีฬาที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ

สำหรับฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยนั้นมีการพัฒนาจากปัจจัยที่สำคัญ คือ ความเป็นกีฬายอดนิยมในสังคมไทย ประกอบกับการที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์กรกีฬาระหว่างประเทศ คือ FIFA และ AFC ซึ่งเป็นองค์กรที่มีนโยบายพัฒนาฟุตบอลอาชีพอย่างเป็นรูปธรรม

จึงส่งผลให้แนวคิดการพัฒนาฟุตบอลให้เป็นกีฬาสีฟุ่ได้เริ่มเข้ามามีอิทธิพลในประเทศไทยมากขึ้น แต่แม้ว่าฟุตบอลจะเป็นที่นิยมในประเทศไทย แต่เนื่องจากเป็นกีฬาที่รับอิทธิพลมาจากต่างประเทศ ดังนั้นกีฬาฟุตบอลอาชีพซึ่งมีรากฐานของการพัฒนามาจากปัจจัยทางวัฒนธรรมสังคมเป็นหลั่สำคัญ จึงถือเป็นสิ่งใหม่ในสังคมไทย และส่งผลให้พัฒนาการของการจัดการฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยค่อนข้างมีอุปสรรค และปัญหายู่่มากพอสมควร โดยปัญหานี้จะมีความคล้ายคลึงกับสถานการณ์ของการเริ่มต้นฟุตบอลอาชีพในประเทศญี่ปุ่นเช่นเดียวกัน ซึ่งจะค่อนข้างแตกต่างจากสังคมตะวันตก โดยเฉพาะประเทศในแถบยุโรปที่กีฬาฟุตบอลมีความผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมทางสังคม ฟุตบอลอาชีพจึงมีพัฒนาการที่ชัดเจน รวดเร็วกว่า ส่งผลให้โครงสร้างระบบการจัดการเป็นไปอย่างมีรูปแบบที่ชัดเจน และมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการพัฒนานำเอามาตรการทางกฎหมายมาเป็นกลไก ในการจัดการฟุตบอลอาชีพทั้งในลักษณะ Hard Law และ Soft Law ได้อย่างเหมาะสมลงตัว

โดยแม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศไทยจะเริ่มมีการตื่นตัวและให้ความสนใจกับการพัฒนาการกีฬาให้เป็นกีฬาอาชีพมากขึ้น จนเริ่มมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพให้ชัดเจนขึ้น ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 และ พระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ.2558 ซึ่งมีเนื้อหาหลักที่สำคัญเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการ เพื่อส่งเสริมและควบคุมกีฬาอาชีพ เช่น การกำหนดสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนของสมาคมกีฬา และสโมสรกีฬาอาชีพ รวมถึงการกำหนดมาตรฐาน การจัดการแข่งขัน การจ้าง และการคุ้มครองนักกีฬาอาชีพ เป็นต้น แต่เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายที่กล่าวมานั้น เป็นกฎหมายใหม่ที่เพิ่งประกาศบังคับใช้ได้ไม่นานนัก ประกอบกับบริบททางด้านกีฬาของไทยยังคงอยู่ในช่วงปรับตัวจากสังคมที่คุ้นชินกับการแข่งขันกีฬาสมัครเล่นซึ่งเน้นการแข่งขันเพื่อความเป็นเลิศ มาเป็นการแข่งขันแบบเป็นการอาชีพ การบังคับใช้ หรือความเข้าใจในการดำเนินการตามสิ่งที่กฎหมายกำหนด จึงต้องอาศัยเวลาอีกพอสมควร ซึ่งในปัจจุบันจึงยังคงอยู่ในขั้นตอนของการกำหนดระเบียบ หรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพตามพระราชบัญญัติฯ นี้ ซึ่งระเบียบต่างๆ ที่ออกมาแล้วก็มีแต่เพียงระเบียบ หรือประกาศเกี่ยวกับการช่วยเหลือ หรือสนับสนุนจาก การกีฬาแห่งประเทศไทย หรือกองทุนส่งเสริมกีฬาอาชีพโดยทั่วไปเท่านั้น อาทิเช่นระเบียบคณะกรรมการกีฬาอาชีพว่าด้วยการช่วยเหลือ การส่งเสริม และการสนับสนุนผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพ พ.ศ.2559 หรือ ระเบียบคณะกรรมการบริหารกองทุนส่งเสริมกีฬาอาชีพว่าด้วยคุณสมบัติผู้ยื่นคำขอ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยื่นคำขอรับการช่วยเหลือการส่งเสริมและการสนับสนุนผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพ พ.ศ.2559⁵⁹ ดังนั้น

⁵⁹ฐานข้อมูลราชกิจจานุเบกษา [Online], available URL: http://www.ratchakitcha.soc.go.th/RKJ/announce/search_result.jsp?SID=E01D9C9C270EC16A024FD446691AC0D0, 2017 (May, 2).

สมาคมกีฬาฟุตบอลแห่งประเทศไทยจึงเป็นองค์กรหลักในการกำหนดแนวทางสำหรับการจัดการฟุตบอลอาชีพ ซึ่งในปัจจุบัน (ปี พ.ศ.2560) ได้มีการมอบหมายให้บริษัทเอกชน ได้แก่ บริษัท ไทยลีก จำกัด เป็นผู้จัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยทุกระดับชั้น โดยใช้ระบบการจัดการแข่งขันแบบ Open System เช่นเดียวกับฟุตบอล League ในทวีปยุโรป ซึ่งในการจัดการนั้น บริษัทฯ ได้กำหนดระเบียบว่าด้วยการจัดการแข่งขันฟุตบอลอาชีพขึ้นและสร้างข้อตกลงร่วมระหว่างบริษัทฯ กับทีมสโมสรที่เข้าร่วมแข่งขัน เพื่อใช้ระเบียบดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์หลักในการแข่งขัน แต่ทั้งนี้ระเบียบดังกล่าวก็ยังคงไม่มีความชัดเจนในหลายกรณี อาทิเช่น กรณีของสัญญาจ้างนักฟุตบอลหรือผู้ฝึกสอน ก็ยังไม่มีข้อกำหนดมาตรฐานสัญญาไว้อย่างชัดเจน จึงมีความจำเป็นต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานต่างๆ ไป คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาบังคับใช้ หรือกรณีที่ยังไม่มีมาตรการควบคุมด้านการเงินของสโมสรฟุตบอลอาชีพอย่างชัดเจนจึงมักเกิดปัญหาการยุบทีม หรือถอนทีมระหว่างฤดูกาลแข่งขันอยู่บ่อยครั้ง หรือกรณีที่ยังไม่มีข้อกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนในการควบคุมการก่อความรุนแรงของแฟนฟุตบอล จึงมักจะเกิดปัญหาความรุนแรงอยู่บ่อยครั้ง เป็นต้น ซึ่งถือว่าการแข่งขันมีความแตกต่างกับการจัดการฟุตบอลอาชีพในต่างประเทศที่จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะเหล่านี้ไว้ค่อนข้างชัดเจน เนื่องจากมีการกำหนดกรอบในการดำเนินการไว้อย่างชัดเจน ทั้งในลักษณะของ Hard Law และ Soft Law ดังนั้นในการจัดการปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น สมาคมฟุตบอลฯ จึงเป็นหน่วยงานที่ต้องเข้ามารับผิดชอบเป็นหลัก ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีดังกล่าวมีสาเหตุหลักมาจากการที่ในปัจจุบันการจัดการฟุตบอลอาชีพของประเทศไทยยังคงอยู่ในช่วงเริ่มต้นของการปรับโครงสร้างการจัดการจากระบบ “Soft Law” ที่การจัดการอยู่ภายใต้อำนาจของสมาคมฟุตบอลฯ มาเป็นการจัดการโดยระบบกฎหมายแบบ “Hard Law” ดังนั้นในการจัดการในช่วงแรกนี้จึงคงยังต้องอาศัยการจัดการของสมาคมฯ และกฎเกณฑ์ในลักษณะ “Soft Law” ผสมผสานกับบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ไปในระดับหนึ่ง จนกว่าจะมีการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการจัดการฟุตบอลอาชีพตามพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 ขึ้นมาบังคับใช้โดยเฉพาะต่อไป ดังนั้นการศึกษาเปรียบเทียบกับรายละเอียดโครงสร้างของมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพของต่างประเทศบางประเทศที่มีพัฒนาการของฟุตบอลอาชีพในระดับสูง จะสามารถทำให้มีการกำหนดโครงสร้างของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการฟุตบอลอาชีพในประเทศไทยได้อย่างมีทิศทางที่เหมาะสม และเมื่อโครงสร้างมีความเหมาะสม มีทิศทางที่ชัดเจนแล้ว ก็จะสามารถกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของระเบียบข้อบังคับในแต่ละส่วนของการจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในส่วนรายละเอียดของระเบียบข้อบังคับในแต่ละส่วนนั้น ผู้เขียนจะได้ศึกษาและนำเสนอในโอกาสอันสมควรต่อไป

7. สรุป

ในปัจจุบัน ฟุตบอลอาชีพ มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญส่วนหนึ่งในการจัดการโดยสามารถแบ่งโครงสร้างของมาตรการทางกฎหมายสำหรับการจัดการฟุตบอลอาชีพได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบที่ใช้บทบัญญัติทางกฎหมายเป็นหลักในการจัดการ (ระบบ Hard Law) และระบบที่ใช้ข้อควรทางการกีฬาเป็นหลักในการจัดการ (ระบบ Soft Law) ซึ่งแต่ละระบบก็จะมีลักษณะเฉพาะที่มีความแตกต่างกันตามบริบท โดยสำหรับประเทศไทยในปัจจุบันที่เริ่มมีการพัฒนากีฬาอาชีพอย่างเป็นรูปธรรม ด้วยการบัญญัติกฎหมายสำหรับการจัดการกีฬาอาชีพขึ้น โดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 ซึ่งเป็นการปรับเปลี่ยนโครงสร้างการจัดการกีฬาในประเทศไทย โดยเฉพาะกีฬาอาชีพจากระบบ Soft Law มาเป็นระบบ Hard Law ซึ่งการจัดการฟุตบอลอาชีพก็ต้องดำเนินการไปในทิศทางนั้นเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากการปรับเปลี่ยนนั้นยังอยู่ในระยะเริ่มต้น ในช่วงแรกนั้นจึงคงยังต้องอาศัยการจัดการโดย สมาคมฯ และ กฎเกณฑ์ในลักษณะ “Soft Law” แบบเดิมควบคู่ไปกับกฎเกณฑ์สำหรับการจัดการฟุตบอลอาชีพที่จะออกมา ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556 ในอนาคตต่อไป

บรรณานุกรม

- การกีฬาแห่งประเทศไทย. รายงานผลการประเมินแผนพัฒนาการกีฬาแห่งชาติ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540-2544) ระยะครึ่งแผน พ.ศ.2540-2542. กรุงเทพมหานคร: เอกพิมพ์ไท, 2543; อ้างถึงใน สำนักวิชาวิทยาศาสตร์การกีฬา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. **โครงการจัดทำวิจัยและคู่มือการจัดตั้งสโมสรฟุตบอลอาชีพ**. การกีฬาแห่งประเทศไทย กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, 2549.
- ฉันทพิมพ์ บรรจงจิตร. **กฎหมายเกี่ยวกับกีฬาอาชีพในต่างประเทศ** [Online]. Available URL: http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/th/592/c592_1.pdf, 2017 (April, 10).
- ชิต โลว.บาร์ซ่า vs มาดริด การเมือง ธุรกิจ ความเกลียดชัง และศักดิ์ศรี ที่ไม่ได้มีแค่ฟุตบอล, แปลโดย บุญฤทธิ์ ฉັນสุวรรณ. กรุงเทพมหานคร: เอเอสทีวีผู้จัดการ.
- เนตรนภา ประกอบกิจ. “พัฒนาการของวัฒนธรรมฟุตบอลต่างประเทศในสังคมไทย พ.ศ.2509-2544.” วิทยานิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
- ปีติเทพ อยู่ยืนยง. **มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันความรุนแรงระหว่างผู้ชมกีฬาฟุตบอลในประเทศไทยอังกฤษ** [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1575>, 2017 (April, 10).
- ภัทราวรรณ รัตนเกษตร. “บทบาทของกฎหมายเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ.” **วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์** 4, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558): 48.
- ศิริยุพา รุ่งแสงสุข. **ปฏิรูปการบริหารทีมฟุตบอลแบบเยอรมัน** [Online]. Available: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/621954>, 2017 (April, 30).
- ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. **ความนิยมในกีฬาฟุตบอลของไทย: กับบทบาทในกิจกรรมเศรษฐกิจของประเทศ เม็ดเงินหมุนเวียนกว่า 12,000 ล้านบาท** [Online]. Available URL: <https://www.kasikornresearch.com/th/K-EconAnalysis/Pages/ViewSummary.aspx?docid=35575>, 2017 (April, 1).
- Siamsport. **ถึงเวลาปฏิวัติ ลา ลีกา** [Online]. Available URL: http://www.siamsport.co.th/Column/150222_134.html, 2017 (August, 10).
- ฐานข้อมูลราชกิจจานุเบกษา** [Online]. Available URL: http://www.ratchakitcha.soc.go.th/RKJ/announce/search_result.jsp?SID=E01D9C9C270EC16A024FD446691AC0D02017,2007 (April, 10).

- Aaron N. Wise, Bruce S. Meyer. **International Sports Law and Business: volume 2**. The Hague: Kluwer Law International, 1997.
- Act on Authorization of Public Interest Incorporated Associations and Public Interest Incorporated Foundations (Act No. 49 of 2006** [Online]. Available URL: <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/AAPIL.pdf>, 2017 (April, 30).
- Code du sport** [Online]. Available URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=701315F77DCA90042D715CBC3EDD5F93.tplgfr40s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006137765&cidTexte=LEGITEXT000006071318&dateTexte=20180105, 2017 (April, 10).
- Consejo Superior de Deportes, **Relación de SAD** [Online]. Available URL: <http://www.csd.gob.es/csd/asociaciones-en/03public-limitedsportscompanies/relacion-de-sad>, 2017 (April, 10).
- Consejo Superior de Deportes. **Ley del Deporte** [Online]. Available URL: <http://www.csd.gob.es/csd/informacion-en/legislacion-basica/ley-del-deporte>, 2017 (April, 10)
- Consejo Superior de Deportes. **MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA** [Online]. Available URL: <http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/leg-infoinst/A27070-27080.pdf>, 2017 (April, 10).
- Convention collective nationale du sport** [Online]. Available URL: <http://www.profession-sportn-loisirs.fr/conventions-collectives/convention-collective-nationale-sport>, 2017 (April, 10).
- Deutscher Olympischer Sportbund. **Profile of German Olympic Sports Confederation** [Online]. Available URL: <https://www.Dosb.de/en/organisation/wir-ueber-uns/dosb-profile>, 2017 (April, 15).
- Druzin, B. “Why does Soft Law have any Power anyway?.” **Asian Journal of International Law**, 1-6 (2016): 17.
- Eric Hobsbawm. “Mass-Producing Tradition: Europe, 1870-1914.” in Eric Hobsbawm and Terence Ranger **The Invention of Tradition**. London: Cambridge University Press, 1983; อ้างถึงใน เนตรนภา ประกอบกิจ. “พัฒนาการของวัฒนธรรมฟุตบอลต่างประเทศในสังคมไทย พ.ศ.2509-2544.” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

FÉDÉRATION FRANÇAISE DE FOOTBALL. **LES ATTRIBUTIONS DE LA FÉDÉRATION FRANÇAISE DE FOOTBALL** [Online]. Available URL: <https://www.fff.fr/la-fff/organisation/presentation-generale>, 2017 (April, 10).

Ferran Soriano. **GOAL: The ball doesn't go in by chance**. UK: Palgrave Macmillan, 2012.

Football (Disorder) Act 2000 [Online]. Available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/25/contents>, 2017, (April, 15).

Football Spectators Act 1989 [Online]. Available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/37/contents>, 2017 (April, 15).

General and Online Gambling Laws in Japan [Online]. Available URL: <http://www.Onlinebetting.com/legal/japan-3>, 2017 (April, 30).

Grayson, E. **Sport and The Law**. London: Butterworth, 1988; cite in, Simon Gardiner. **SPORT LAWS**. Great Britain: Cavendish publishing, Third Edition, 2006.

Hallgeir Gamme Iseter & Bonoit Senaux. **The Organization and Governance of Top Football Across Europe**. New York: Routledge, 2011.

Harald Dolles & Sten Söderman. **Implementing a Professional Football League in Japan Challenges to Research in International Business**. Tokyo: German Institute for Japanese Studies, 2005.

In Brief. **Does the FA Premier League have power over the Football Association?** [Online]. Available URL: <https://www.inbrief.co.uk/football-law/football-associations-power>, 201 (April, 15).

J.LEAGUE. **About J.League** [Online]. Available URL: <http://www.jleague.jp/en/aboutJ>, 2017 (April, 30).

James, Mark. **Sports Law**. Basingstoke: Palgrave Macmillan: 2010; cite in, Simon Boyes. "Sports law: its history and growth and the development of key sources." **Cambridge journals: Legal Information Management**, 12(2) (2012): p. 86.

Japan Professional Sports Association. **Member of JPSA** [Online]. Available URL: <http://www.jpasa.jp/member.html>, 2017 (April, 30).

Michel Desbordes. **Marketing and Football An International Perspective**. UK: Elsevier Ltd., 2007.

- Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology Japan. **1 Creating a SportNation / Education and Employment** [Online]. Available URL: http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpab201001/detail/1326840.htm, 2017 (April, 30).
- Nobuki Ishii& Shinji Morino.**SPORTS LEGISLATION IN JAPAN** [Online]. Available URL: <http://www.davidpublishing.com/Download/?id=5943>, 2017 (April, 30).
- Nobuki Ishii. **Enactment of the fundamental law of sport in japan: The effect for sports promotion policy** [Online]. Available URL: <http://www.easm.net/download>, 2017 (April, 30).
- Roger D.Blair. **SPORT ECONOMICS**. New York: Cambridge U. Press, 2012.
- Simon Boyes. “Sports law: its history and growth and the development of key sources.” **Cambridge journals:Legal Information Management**, 12 (2) (2012): 86.
- Simon Gardiner. **SPORT LAWS**. Third Edition. Great Britain: Cavendish publishing, 2006.
- Sporting Events (Control of Alcohol etc.) Act 1985** [Online]. Available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/57/contents>, 2017 (April, 10).
- STEFAN SZYMANSKI.**MONEY AND SOCCER**. New York: Nation Book, 2015.
- The Asian Football Confederation. **AFC CLUB LICENSING REGULATIONS Edition 2016** [Online]. Available URL: http://origin.the-afc.com/uploads/afc/files/AFC_CLR_Booklet_2016.pdf, 2017(May, 2).
- The Economist. **How Spain learned to play the beautiful game** [Online]. Available URL: <http://www.economist.com/node/21556545>, 2017 (April, 1).
- TheEquality Standard A Framework for Sport. **About Sports Council Equality Group** [Online]. Available URL: <http://equality in sport org/about-sport-council-equalitygroup>, 2017 (April, 10).
- The Guardian. **Premier League football at 20: 1992, the start of a whole new ball game**, [Online]. Available URL: <https://www.theguardian.com/football/from-the-archive-blog/2012/feb/02/20-years-premier-league-football-1992> 2017 (April, 15).

The National Anti Doping Agency of Germany. **LEGAL MATTERS** [Online]. Available URL: <http://www.nada.de/en/legal-matters/anti-doping-code/#.V10xSvI97IW>, 2017 (April, 15).

UK COACHING. **National Governing Bodies** [Online]. Available URL: [http:// www.Ukcoaching.org/ site-tools/about-us/who-we-work/national-governing-bodies](http://www.Ukcoaching.org/site-tools/about-us/who-we-work/national-governing-bodies), 2017 (April, 10).

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.

พระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ.2556.

ระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการจัดการแข่งขันกีฬาฟุตบอลลีกอาชีพรายการ “ไทยลีก 1” พ.ศ.2560.

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกษตรพันธสัญญาของ
ประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
เพื่อรองรับการค้าสินค้าเกษตรภายใต้
ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

สุรินทร์ แก้วทอง

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกษตรพันธสัญญาของประเทศไทยและ
สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเพื่อรองรับการค้าสินค้าเกษตร
ภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน*

A Comparative Study of Contract Farming Law in Thailand and
Lao People's Democratic Republic for a Preparation for the
Agricultural Trade in ASEAN Economic Community

สุรินทร์ แก้วทอง**

Surinrat Kaewtong

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่องการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกษตรพันธสัญญาของประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเพื่อรองรับการค้าสินค้าเกษตรภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับเกษตรพันธสัญญาของประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ควบคู่กับการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเกษตรพันธสัญญาซึ่งจัดทำโดย UNIDROIT เพื่อวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมในการรองรับการค้าสินค้าเกษตรภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

การวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาทางกฎหมายโดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ ซึ่งมีกระบวนการค้นคว้าวิจัยจากแหล่งข้อมูลเอกสารต่างๆ อาทิ ตำรา บทความทางวิชาการ ความเห็นของนักกฎหมายทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อนำองค์ความรู้ที่ได้มาวิเคราะห์สังเคราะห์ และนำเสนอข้อมูลการวิเคราะห์และข้อเสนอแนะในรูปแบบเชิงพรรณนา

ผลการวิจัยพบว่า เกษตรพันธสัญญาของทั้งสองประเทศเป็นการทำสัญญาซึ่งผู้ประกอบธุรกิจทางการเกษตรมีอำนาจในการต่อรองในการทำสัญญา (Bargaining Power) มากกว่าเกษตรกร

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกษตรพันธสัญญาของประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเพื่อรองรับการค้าสินค้าเกษตรภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งได้สอบป้องกันวิทยานิพนธ์แล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร.ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล และ รองศาสตราจารย์วิมาน กฤติพลวิมาน.

** นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

ทำให้ทั้งสองประเทศพบปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นกับเกษตรกรในรูปแบบเดียวกัน นอกจากนี้ทั้งสองประเทศยังไม่มีกฎหมายหรือมาตรการโดยเฉพาะที่ช่วยเพิ่มอำนาจต่อรองให้กับเกษตรกร รวมถึงการขาดคณะกรรมการเฉพาะด้านการเกษตรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบ รวมถึงการกำหนดนโยบายด้านการทำเกษตรพันธสัญญา ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT พบว่าคู่มือฉบับนี้ช่วยลดปัญหาความไม่เท่าเทียมหรือการเอาเปรียบของผู้ประกอบการต่อเกษตรกรได้ในหลายแนวทางที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เหมาะสม ดังนั้น จากการศึกษาวิเคราะห์ผู้เขียนจึงเสนอให้จัดทำพระราชบัญญัติเกษตรพันธสัญญา เพื่อจัดตั้งกรมเกษตรพันธสัญญา สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และคณะกรรมการเฉพาะด้านเกษตรพันธสัญญาทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางด้านเกษตรพันธสัญญาโดยเฉพาะสำหรับการส่งเสริม สนับสนุน ควบคุมดูแลการทำเกษตรพันธสัญญารวมถึงมาตรการอื่นๆ ที่เป็นการผลักดันเกษตรพันธสัญญาที่เป็นธรรมและเพิ่มอำนาจต่อรองให้กับเกษตรกรรวมไปถึงการผลักดันให้มีกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เข้ามาควบคุมการทำเกษตรพันธสัญญาในระดับภูมิภาคอาเซียนด้วย

Abstract

The purpose of this research is to study and analyze the contract farming laws of Thailand and Laos. The Legal Guide for Contract Farming created by UNIDROIT was used as a recourse in identifying the proper rules or laws applying to Thailand under the ASEAN Economic Community.

The research method was documentary, including the study of books, Thai laws, journals, and cases from both Thai and international sources. This study presents an analysis of the laws and a description of the issues identified by the author regarding contract farming between these two countries pursuant to the law of UNIDROIT.

This study found that contract farming in Thai and Laos is done by agreement between entrepreneurs and agriculturists, and that these agreements often display an inequality of bargaining power. It appears that under the ASEAN Economic Community, Thailand and Laos seem to be experiencing the same problems in contract farming. In addition, the study found that Thailand and Laos have no laws or measures in place that address the issue of bargaining power. The problems include a lack of specialized agriculture organizations that would serve to control and monitor agricultural contracts. By way of comparison, the Legal Guide for Contract Farming from UNIDROIT may be used to solve the problems of inequality or exploitation in contract farming. As a result of this, the author proposes the promulgation of a Contract Farming Act, with provisions for a Contract Farming Committee and a Contract Farming Department as parts of the Ministry of Agriculture and Cooperatives. This committee and department would have the main duty to monitor and solve the problems of contract farming and support contract farming as a tool to push agricultural policies from the government, in cooperation with entrepreneurs and agriculturists within the ASEAN Economic Community. Moreover, the government should provide a legal guide for contract farming in ASEAN, for use by other ASEAN members as well.

คำสำคัญ: เกษตรพันธสัญญา, สัญญาไม่เป็นธรรม, ยูนิดรัวร์

Keywords: contract farming, unfair contract, UNIDROIT

1. บทนำ

ในปัจจุบันอุตสาหกรรมอาหารของประเทศไทย อาหารกว่าร้อยละ 80 ถูกผลิตขึ้นในรูปแบบเดียวกัน คือ รูปแบบเกษตรอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นการผลิตสินค้าเกษตรในปริมาณครั้งละมากๆ เพื่อนำไปใช้แปรรูปเป็นผลิตภัณฑ์อาหารให้คนไทยได้บริโภคกัน การผลิตสินค้าเกษตรนี้มีทั้งกรณีที่บริษัทอุตสาหกรรมเป็นผู้ดำเนินการผลิตเองและเป็นการว่าจ้างเกษตรกรผลิตเป็นสัญญาว่าจ้างผลิตหรือที่เรียกว่า “เกษตรพันธสัญญา” (Contract Farming)

เกษตรพันธสัญญาเป็นการร่วมทุนระหว่างบริษัทอุตสาหกรรมผู้ผลิตสินค้าเกษตรกับเกษตรกรผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินโดยให้เกษตรกรกู้เงินจากธนาคารมาเพื่อใช้ในการลงทุนร่วมกับบริษัท แลกกับการที่บริษัทจะนำพันธุ์สัตว์พันธุ์พืชและปัจจัยการผลิตมาให้เกษตรกรและจะรับซื้อผลผลิตในราคาที่ตกลงกัน เกษตรกรจะได้รับทั้งพันธุ์พืช พันธุ์สัตว์และปัจจัยการผลิตที่มีคุณภาพ รวมถึงการประกันราคา การประกันตลาดและการประกันรายได้ ส่วนบริษัทก็จะมีปริมาณวัตถุดิบที่มีคุณภาพและเพียงพอต่อการนำไปใช้ในกระบวนการอุตสาหกรรมอาหารซึ่งดูเหมือนว่าเกษตรพันธสัญญาควรจะนำมาซึ่งประโยชน์กับทั้งเกษตรกรและบริษัท แต่ในความจริงแล้วการทำเกษตรพันธสัญญาในประเทศไทยก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้น

ในประเทศไทยบริษัทขนาดใหญ่ไม่กี่บริษัทซึ่งผูกขาดตลาดสินค้าเกษตรตั้งแต่กระบวนการผลิตโดยใช้เกษตรพันธสัญญา การแปรรูป รวมไปถึงการผูกขาดช่องทางในการจัดจำหน่ายและการกระจายสินค้า ทำให้กลไกตลาดด้านอุตสาหกรรมอาหารของประเทศไทยมีสถานะกึ่งผูกขาด บริษัทขนาดใหญ่สามารถควบคุมห่วงโซ่การผลิตสินค้าเกษตรได้ทั่วประเทศ การกำหนดปริมาณการผลิตสินค้าเกษตรและการกำหนดราคาที่ทำให้บริษัทได้รับประโยชน์สูงสุดจึงไม่เป็นการยาก ส่งผลกระทบโดยตรงต่อทั้งเกษตรกรและผู้บริโภคที่ต้องบริโภคสินค้าที่มีราคาแพงจากการขาดการแข่งขันโดยเสรีในตลาดทำให้ราคาสินค้าเกษตรจะมีราคาตกต่ำในขณะที่สินค้าเกษตรแปรรูปกลับมามีราคาสูงกว่าหลายเท่าตัว

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น เกิดจากปัจจัยหลัก 2 ปัจจัย คือ ปัญหาการขาดอำนาจต่อรองของเกษตรกรและการขาดข้อมูลกฎหมายที่จะมาใช้อย่างมีประสิทธิภาพกับเกษตรพันธสัญญาเพื่อให้สัญญามีความเป็นธรรมและลดปัญหาความเหลื่อมล้ำของสิทธิประโยชน์ตามสัญญาระหว่างบริษัทกับเกษตรกร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ถือว่าการที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญาเป็นการเข้าทำสัญญาดด้วยความสมัครใจ จึงต้องผูกพันตามสัญญาที่ได้ทำลงไป ประกอบกับการไม่มีอำนาจต่อรองของเกษตรกร การทำสัญญาเกษตรพันธสัญญาให้เกษตรกรได้รับประโยชน์จึงเป็นไปได้ยาก หากจะยกเลิกการผลิตที่มีปัญหาหนี้สินจากการลงทุนที่มหาศาล การออกจากวงจรเกษตรพันธสัญญาจึง

ไม่ได้เป็นเรื่องง่ายนัก แม้จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นอย่างไม่เป็นธรรมให้สามารถใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรม แต่ในทางปฏิบัติกฎหมายฉบับนี้กลับกลายเป็นกฎหมายที่ไม่ได้นำมาใช้เท่าที่ควรเพราะกฎหมายฉบับนี้จะคุ้มครองเกษตรกรพันธสัญญาเฉพาะกรณีที่ได้ทำสัญญากันไว้เป็นสัญญาสำเร็จรูปเท่านั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเกษตรกรพันธสัญญาไม่ได้เป็นสัญญาสำเร็จรูป ประกอบกับการฟ้องร้องดำเนินคดีต่างๆ เป็นต้นทุนที่เกษตรกรต้องแบกรับทำให้เกษตรกรมักจะไม่นำคดีมาฟ้อง ต้องตกมีภาระหนี้สิน ถูกยึดที่ดินและต้องเสียค่าปรับให้กับบริษัท รวมถึงคุณภาพชีวิตตกต่ำลง

อย่างไรก็ตาม หากมองในมุมของผู้ประกอบธุรกิจอาหารถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องแบกรับความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจ ย่อมต้องหากระบวนการในการบริหารต้นทุนและสร้างผลกำไรให้กับผู้ประกอบธุรกิจให้มากที่สุด ประกอบกับเกษตรกรพันธสัญญามีลักษณะเป็นการที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการให้สินเชื่อและถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่เกษตรกร เป็นการทำหน้าที่แทนรัฐ เนื่องจากโดยสภาพโครงสร้างของรัฐย่อมมีศักยภาพไม่เพียงพอในการให้สินเชื่อและการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ทั่วถึงและมีประสิทธิภาพแก่เกษตรกร โครงสร้างของเกษตรกรพันธสัญญาจึงถือว่าเป็นสัญญาที่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมเกษตรของไทย เงินลงทุนที่ใช้ในการทำเกษตรพันธสัญญา หรือการจัดหาเทคโนโลยีเหล่านี้ต้องใช้เงินจำนวนมากมหาศาลและเป็นความเสี่ยงที่ผู้ประกอบธุรกิจเกษตรพันธสัญญาจะต้องแบกรับ ผู้ประกอบธุรกิจจึงพยายามที่จะออกแบบสัญญาผ่านระบบเกษตรกรพันธสัญญาให้ผู้ประกอบธุรกิจแบกรับความเสี่ยงน้อยที่สุด เพื่อให้ได้กำไรสูงสุดเป็นปกติธรรมดาของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเมื่ออำนาจในการต่อรองของผู้ประกอบธุรกิจมีมากกว่าเกษตรกรย่อมทำให้เกษตรกรพันธสัญญาที่ได้ทำขึ้นเอื้อประโยชน์กับผู้ประกอบการมากที่สุด ทำให้เกษตรกรมีสิทธิเพียงเลือกที่จะทำหรือไม่ทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการต่อรองเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในข้อสัญญาที่ตนเองเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม กรณีเช่นนี้จะไม่เป็นปัญหากับเกษตรกรมาก ถ้าหากมีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการในการทำเกษตรพันธสัญญาหลายรายในตลาดที่พร้อมจะแข่งขันกันเพื่อเข้าทำเกษตรพันธสัญญากับเกษตรกร หากเป็นเช่นนั้นผลของการแข่งขันจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรจะพยายามเสนอข้อเสนอที่เป็นประโยชน์กับเกษตรกรให้มากที่สุด แต่ในความจริงประเทศไทยมีผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรขนาดใหญ่ไม่น้อยราย ไม่กี่บริษัท ทำให้บริษัทเหล่านี้มีการแข่งขันน้อย และหากบริษัทเหล่านี้ตกลงกันไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในการเข้าทำเกษตรพันธสัญญาว่าจะไม่แข่งขันกัน ผลกระทบที่ตามมา คือ เกษตรกรย่อมต้องทำเกษตรพันธสัญญาที่เกษตรกรเสียเปรียบได้ ดังนั้น เพื่อเกษตรกรพันธสัญญาเกิดผลดีกับทั้งผู้ประกอบการและเกษตรกรจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินการปรับแก้ไขกฎหมายให้เกษตรกรพันธสัญญาสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดกับทั้งเกษตรกร ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภค

งานวิจัยฉบับนี้จะศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เพื่อวิเคราะห์สภาพปัญหาของทั้ง 2 ประเทศเกี่ยวกับการใช้เกษตรพันธสัญญา ในการผลิตสินค้าเกษตร เนื่องจากทั้ง 2 ประเทศมีการนำเกษตรพันธสัญญาไปใช้อย่างแพร่หลาย และมีชายแดนที่ติดต่อกันเป็นระยะทางไกลรวมถึงอัตราการซื้อขายสินค้าระหว่างทั้งสองประเทศมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นทุกปี การศึกษาวิจัยยังรวมไปถึงการศึกษาคู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญาของ UNIDRIOT เพื่อนำมาใช้เป็นต้นแบบในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเกษตรพันธสัญญา เพื่อนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศต่อไป

2. แนวความคิด ทฤษฎีและหลักเกณฑ์ในเกษตรพันธสัญญา

การทำการเกษตรภายใต้ระบบ“เกษตรพันธสัญญา”อาจยังไม่เป็นที่รู้จักกันกว้างขวางเหมือนเช่นสัญญาพื้นฐานทั่วไปที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน อย่างไรก็ตามเกษตรพันธสัญญาก็เข้ามาสู่สังคมไทยมากกว่า 30 ปี โดยใช้ชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น การเกษตรแบบมีสัญญาตลาดข้อตกลง การเกษตรแบบพันธสัญญาซื้อขาย หรือ การเกษตรแบบตรึงราคา เป็นต้น แต่ทั้งหมดมาจากสัญญา contract farming เช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้ทราบความหมายของเกษตรพันธสัญญา จึงสามารถพิจารณาความหมายของเกษตรพันธสัญญาได้ดังต่อไปนี้

สิทธิชัย พัฒนสุวรรณ และคณะ ได้ให้ลักษณะของเกษตรพันธสัญญาว่า “เป็นสัญญาที่ผู้รับซื้อสามารถกำหนดความแน่นอนของวัตถุดิบที่จะเป็นผลผลิตทางการเกษตรที่ตนจะรับซื้อไปโดยที่ผู้ซื้อไม่ต้องเป็นเจ้าของหน่วยการผลิตเอง เกษตรกรที่เข้าร่วมโครงการมีความอิสระในการผลิตสินค้าเกษตรเพียงแต่ต้องผลิตสินค้าเกษตรให้ได้คุณภาพตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา”¹

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าเกษตรพันธสัญญาเป็นสัญญาว่าจ้างผลิตสินค้าเกษตรที่ผู้ประกอบการธุรกิจด้านการเกษตรหรือบริษัทอุตสาหกรรมอาหารสนับสนุนปัจจัยการผลิต องค์ความรู้และเทคโนโลยีต่างๆ เพื่อให้เกษตรกรนำไปใช้ในการผลิตสินค้าเกษตรและผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรจะหักเงินค่าต้นทุนปัจจัยการผลิตและรับซื้อคืนในราคาประกันตามที่ได้ตกลงกันไว้ตั้งแต่ทำสัญญา การใช้ระบบเกษตรพันธสัญญาในการผลิตสินค้าเกษตรนี้มีผลกับทั้งฝ่ายผู้ประกอบการเกษตรที่ไม่ต้องใช้เงินลงทุนสูงในการซื้อหรือเช่าที่ดินรวมถึงการลดต้นทุนด้านแรงงานและได้แรงงานที่มีความตั้งใจในการทำงานผลิตสินค้าเกษตรเพื่อส่งสินค้าให้ผู้ประกอบการธุรกิจตามสัญญา ส่วนเกษตรกร

¹สิทธิชัย พัฒนสุวรรณ และคณะ, การศึกษาการพัฒนาเกษตรอุตสาหกรรมของแรงงานนอกระบบกับปัญหาสุขภาพ: เกษตรกรรายย่อย เกษตรพันธสัญญา และแรงงานเกษตรรับจ้างในภาคการเกษตร (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ, 2549), หน้า 75.

จะได้รับประโยชน์จากการที่มีรายได้ที่แน่นอนจากการประกันราคาสินค้าและลดปัญหาการเข้าถึงตลาดของเกษตรกรได้เป็นอย่างดี รวมถึงการมีทักษะในการผลิตสินค้าเกษตรให้ได้ผลผลิตที่มีคุณภาพ

จากการศึกษาทำให้มองเห็นทางทฤษฎีได้ 2 แบบ คือ แนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่ (Neoliberalism) และแนวคิด precarious work ซึ่งจากการที่ทำเกษตรพันธสัญญา ได้มีการใช้แนวคิดแบบเสรีนิยมใหม่ กล่าวคือ Wendy Brown เสนอว่า ลัทธิเสรีนิยมใหม่ไม่ได้เป็นเพียงการเปลี่ยนรูปของระบบทุนนิยมให้มีความเข้มข้นมากขึ้นเท่านั้น แต่ยังเป็นสิ่งที่ Michel Foucault เรียกว่า “การยกเครื่องลัทธิเสรีนิยม” (reprogramming of liberalism) ลัทธิเสรีนิยมใหม่ไม่เพียงแค่นำแนวคิดระบบเศรษฐกิจตลาดเสรีมาใช้ แต่ในหลายด้านลัทธิเสรีนิยมใหม่มีมนุษย์ทุกคนมีสถานะเป็นเพียงแค่ “สัตว์เศรษฐกิจ” (homo oeconomicus) ในทุกพื้นที่และในทุกเวลา นั้นหมายถึง แม้เวลาที่อยู่ในพื้นที่ทางการเมือง สังคมหรือพื้นที่อื่นๆ มนุษย์ก็ควรจะต้องตัดสินใจกระทำสิ่งต่างๆ ด้วยเหตุผลแบบเดียวกับการตัดสินใจในพื้นที่เศรษฐกิจอยู่เสมอ เหตุผลและวิถีปฏิบัติของระบบตลาดถือเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมที่จะนำไปประยุกต์ใช้จัดระเบียบพื้นที่ของชีวิตได้ทุกประเภท ไล่ตั้งแต่รัฐ รัฐบาล สังคม จนไปถึงตัวตนของมนุษย์ พื้นที่ทุกมิติของชีวิตล้วนตกอยู่ภายใต้กระบวนการ “ทำให้กลายเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจ” (economization of every domain of life) แม้แต่ในพื้นที่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเศรษฐกิจและการเงินเลยก็สามารถถูกจัดระเบียบด้วยเหตุผลแบบตลาดเช่นเดียวกัน แม้ระบบตลาดจะเป็นสิ่งที่ดีสำหรับทุกพื้นที่ของชีวิตก็จริง แต่มันไม่ใช่สิ่งที่มีอยู่หรือเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ “ตลาด” ในความเข้าใจของเสรีนิยมใหม่เป็นสิ่งที่ต้องถูกสร้างขึ้น ต้องได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนและได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐ กฎหมาย นโยบายและกลไกอื่นๆ จึงจะทำให้ตลาดเกิดขึ้นและสามารถทำงานไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลาดในความเข้าใจของเสรีนิยมใหม่จึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องและสนับสนุนจาก “ภายนอก” ตลาด

เมื่อพิจารณาความเกี่ยวพันของทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นกับการใช้เกษตรพันธสัญญาในการผลิตสินค้าเกษตรนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การนำเกษตรพันธสัญญา มาใช้เป็นเครื่องมือในการผลิตสินค้าเกษตร ถือเป็นกลไกที่สำคัญที่ผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรได้นำปัจจัยการผลิตและองค์ความรู้ต่างๆ มาถ่ายทอดสู่เกษตรกร เพื่อให้ได้วัตถุดิบทางการเกษตรที่มีคุณภาพและปริมาณเพียงพอต่อความต้องการในการแปรรูปสินค้าเกษตรเพื่อนำไปขายในท้องตลาดต่อไป แต่ปัจจัยที่ควรพิจารณาคือ หากจะต้องการให้เกษตรพันธสัญญาเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพ อาจจะต้องอาศัยอำนาจรัฐเข้ามาควบคุมดูแลไม่ปล่อยให้การใช้เกษตรพันธสัญญาเป็นไปโดยเสรีมากเกินไป และทำให้ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการค้าสินค้าเกษตรมีความสมดุลกันทั้งผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตร เกษตรกร และผู้บริโภค

3. วิเคราะห์สภาพปัญหาของเกษตรกรไทยซึ่งเกิดจากเกษตรพันธสัญญา

ระบบการผลิตสินค้าเกษตรด้วยเกษตรพันธสัญญามีปัญหา ข้อดีและข้อเสียหลายประการ เช่น ความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจการต่อรองเข้าทำเกษตรพันธสัญญา โดยผลของการโฆษณาชวนเชื่อถึงผลดีของเกษตรพันธสัญญาจากทั้งฝ่ายรัฐและจากกลุ่มทุนที่เห็นประโยชน์จากการเข้าลงทุนในเกษตรพันธสัญญาโดยไม่ได้มีการชี้ให้เห็นข้อเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการทำเกษตรพันธสัญญา ประกอบกับเกษตรกรมีอำนาจต่อรองน้อยในการเข้าทำสัญญาทำให้สัญญาที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับผู้ประกอบการเกษตรแต่เพียงฝ่ายเดียวผลลัพท์การความเสี่ยงและการลงทุนให้แก่เกษตรกร ปัญหาการไม่มีกฎหมายที่คอยควบคุมการทำเกษตรพันธสัญญา ทำให้การทำสัญญาของคู่สัญญาในเกษตรพันธสัญญาเป็นไปโดยอิสระเสรีปราศจากการควบคุมและยอมเป็นธรรมดาของผู้ประกอบการเกษตรที่พยายามแสวงหากำไรให้มากที่สุดโดยการกำหนดข้อสัญญาให้ตนเองได้ประโยชน์ให้มากที่สุด จึงนำมาซึ่งปัญหาต่างๆ มากมายจากการทำเกษตรพันธสัญญา

นอกจากนี้การทำเกษตรพันธสัญญาในไทยรัฐมีบทบาทในการสนับสนุนเกษตรกรให้ทำเกษตรพันธสัญญาผ่านหน่วยงานต่างๆ ของรัฐ แต่เป็นการสนับสนุนที่ไม่เพียงพอและเป็นการสนับสนุนข้อมูลด้านดีของเกษตรพันธสัญญาแต่เพียงด้านเดียวทำให้เกษตรกรของไทยเข้าทำเกษตรพันธสัญญาโดยการขาดความรู้และคำแนะนำ ทำให้เกษตรกรแบกรับภาระเกินสมควรและมีผลตอบแทนที่ต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับต้นทุนที่ลงไปกับการทำเกษตรพันธสัญญา

อีกประการหนึ่งอาจเป็นปัญหา คือ การที่บริษัทอุตสาหกรรมเข้าแทรกแซงนโยบายภาครัฐ และการบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัตลาดอุตสาหกรรมอาหาร ทำให้การออกนโยบายหรือการออกกฎหมายที่อาจจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจอาหารไม่สามารถบังคับได้ โดยเฉพาะการเข้าไปเป็นคณะกรรมการตามกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมอาหารที่มีบทบาทหน้าที่ในการกำหนดนโยบายของประเทศในธุรกิจอาหาร ทำให้นโยบายและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยเอื้อประโยชน์กับทั้งบริษัทและเกษตรกรอย่างเป็นธรรมเป็นไปได้ยาก

หากจะให้เกษตรพันธสัญญามีความยั่งยืนรัฐบาลต้องให้ความช่วยเหลือทั้งในระดับมหภาค ในการกำหนดนโยบายและเข้าให้ความช่วยเหลือในระดับจุลภาค รวมถึงการบัญญัติกฎหมายมาใช้กับเกษตรพันธสัญญาอย่างเป็นธรรม² และการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่

²Food and Agriculture Organization of the United Nations, **Contract farming for Agriculture Development Review of Theory and Practice with Special Reference to**

ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบในเกษตรพันธสัญญา ควบคู่กับการออกกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรม นอกจากนี้ ยังต้องเพิ่มการแทรกแซงของรัฐหรือองค์กรเอกชนเพื่อเข้าไปเป็นตัวกลางในการปกป้องผลประโยชน์ของเกษตรกรและชุมชน รวมถึงหากกลไกในการออกแบบสัญญาหรือการระบุข้อกำหนดในสัญญาให้รอบคอบและเป็นธรรม ดังนั้น การกำหนดสัญญามาตรฐานที่มีกลไกการกำหนดราคาที่เหมาะสมรวมถึงข้อตกลงที่สอดคล้องกับกฎหมาย ควบคู่กับการเสริมสร้างอำนาจต่อรองของเกษตรกรผู้ผลิตในการทำเกษตรพันธสัญญาจึงมีความสำคัญต่อการทำเกษตรพันธสัญญาที่ยั่งยืน

ในการทำธุรกิจการเกษตรนั้น หากผู้ประกอบการลงทุนด้วยตนเอง อาจมีการลงทุนที่สูง การลงทุนที่สูงอาจนำมาซึ่งความเสี่ยงที่สูงเช่นเดียวกัน แต่เกษตรพันธสัญญาจะช่วยลดต้นทุนให้กับผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตร ได้แก่ ต้นทุนการซื้อที่ดินและต้นทุนแรงงาน ทั้งยังเป็นการช่วยให้บริษัทสามารถบริหารความเสี่ยงและควบคุมกลไกทางการตลาดของสินค้าเกษตรได้ดียิ่งขึ้น³

ข้อเสียที่อาจเกิดกับผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตร แม้ผู้ประกอบการเกษตรจะได้รับประโยชน์จากการที่ไม่ต้องแบกรับภาระการจ้างแรงงานในการผลิตสินค้าเกษตรเอง แต่ผู้ประกอบการเกษตรจะต้องแบกรับความเสี่ยงที่เกษตรกรอาจผิดสัญญา แต่อย่างไรก็ตามปัญหาเหล่านี้มักจะเกิดผลเสียต่อผู้ประกอบการเกษตรไม่มากนักเพราะผู้ประกอบการเกษตรมักจะกำหนดค่าปรับหรือการเรียกค่าเสียหายหรือการพักชำระความเสี่ยงภัยให้กับเกษตรกรได้ ดังนั้น ถ้าเกิดความเสียหายขึ้นภาระต่างๆ จะตกแก่เกษตรกรเป็นส่วนใหญ่⁴

นอกจากนี้ การที่เกษตรกรเข้าทำเกษตรพันธสัญญาจะทำให้เกษตรกรได้รับโอกาสที่จะเข้าถึงปัจจัยการผลิตและเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยทำให้เกษตรกรผลิตสินค้าทางการเกษตรได้ปริมาณและคุณภาพที่มากขึ้น รวมถึงการช่วยแก้ปัญหาการเข้าถึงตลาดของเกษตรกร และลดปัญหาความเสี่ยงจากการผันผวนของราคาสินค้าด้วยการประกันราคาสินค้าเกษตรไว้ล่วงหน้า สิ่งเหล่านี้ทำให้เกษตรกรมีรายได้ที่มั่นคงและมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นได้

India [Online], available URL: http://www.centad.org/download/workingpaper_Contract_%20farming.pdf, 2011 (August, 16).

³Jos Bijman, **Contract farming in developing countries**. [Online], available URL: https://www.wur.nl/upload_mm/5/c/b/79333121-6f4b-4f86-9e8e-0a1782e784d6_ReviewContractFarming.pdf, 2017 (August, 2).

⁴Carlos Arthur B. da Silva. **The Growing Role of Contract Farming in Agri-Food Systems Development: Driver, Thoery and Practice**. [Online], available URL: <http://www.fao.org/in-action/contract-farming/resources/library-document-detail/en/c/4624/,2005> (July, 5).

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระบบเกษตรพันธสัญญาที่ใช้ในการผลิตสินค้าเกษตรนั้นเป็นระบบที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย คือ ผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรกับเกษตรกร โดยที่ผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรจะมีอำนาจในการต่อรองมากกว่าเกษตรกร ดังนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรจึงมักจะใช้อำนาจต่อรองที่สูงกว่า และการมีความรู้ความเชี่ยวชาญข้อกฎหมายมากกว่าในการกำหนดข้อสัญญาที่ทำให้เกษตรกรเสียเปรียบ

4. วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเกษตรพันธสัญญาของประเทศไทยกับกฎหมายอื่น

เกษตรพันธสัญญาถือว่าเป็นสัญญาหนึ่งที่ไม่มีการระบุไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายใดๆ ซึ่งสามารถนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างๆ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 เปรียบเทียบเกษตรพันธสัญญากับสัญญาจ้างแรงงาน

ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อเปรียบเทียบกับเกษตรพันธสัญญาแล้วจะเห็นว่าเกษตรพันธสัญญาไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานแต่ประการใด เนื่องจากเกษตรพันธสัญญาจะมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงานอยู่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกษตรพันธสัญญามุ่งที่สินค้าเกษตรที่เกษตรกรผลิตได้ตรงตามที่จะระบุในสัญญาไม่ได้มุ่งที่แรงงานของเกษตรกรเป็นสำคัญ แม้เกษตรกรผู้ทำเกษตรพันธสัญญาจะมีการใช้แรงงานในกระบวนการผลิตสินค้าเกษตรในระบบเกษตรพันธสัญญาก็ตาม แต่ความมุ่งหมายที่แท้จริงของคู่สัญญาที่สนับสนุนปัจจัยการผลิตและเทคโนโลยีให้กับเกษตรกร คือ ผลผลิตทางการเกษตรที่มีคุณภาพและปริมาณตามที่ได้ตกลงกันไว้ตั้งแต่ออกเริ่มกระบวนการผลิต

อีกประการหนึ่งที่ระบบเกษตรพันธสัญญาต่างจากสัญญาจ้างแรงงาน คือ การที่สัญญาจ้างแรงงานนั้นความเป็นลูกจ้างจะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของลูกจ้าง เนื่องจากการที่นายจ้างจะว่าจ้างบุคคลใดเข้าทำงานต้องพิจารณาองค์ประกอบของลูกจ้างก่อนที่จะตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงาน แต่ในระบบการทำเกษตรพันธสัญญาคู่สัญญาที่ทำสัญญากับเกษตรกรไม่ได้ให้ความสำคัญกับคุณสมบัติของลูกจ้างมากนัก แต่ให้ความสำคัญกับผลผลิตทางการเกษตรตามที่ตกลงกันไว้เป็นสำคัญ ในการทำเกษตรพันธสัญญา เกษตรกรที่เป็นคู่สัญญาจะทำการผลิตสินค้าเกษตรเองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือไปว่าจ้างบุคคลอื่นหรือให้บุคคลในครอบครัวเข้าร่วมทำการผลิตสินค้าเกษตรด้วย ซึ่งเป็นที่มาของปัญหาแรงงานนอกระบบเนื่องมาจากการทำเกษตรพันธสัญญา ทั้งการทำเกษตรพันธสัญญาจะเป็นการผลิตโดยเกษตรกรที่ที่อยู่อาศัยหรือในที่ดินของเกษตรกร ทำให้เกษตรกรจะมี

การดูแลการผลิตสินค้าในระบบเกษตรพันธสัญญาอยู่ตลอดเวลาเพื่อป้องกันไม่ให้สินค้าเกษตรที่ผลิตเกิดความเสียหายซึ่งจะต่างจากลูกจ้างที่มีการกำหนดระยะเวลาการทำงานที่ชัดเจน มีการจ่ายค่าจ้างตามระยะเวลาการทำงาน ถ้าต้องทำงานเกินเวลาทำงานปกติลูกจ้างจะมีสิทธิได้รับค่าล่วงเวลาหรือค่าทำงานในวันหยุด การทำเกษตรพันธสัญญาจึงมีการใช้แรงงานของเกษตรกรที่เข้มข้นมากกว่าสัญญาจ้างแรงงาน เกษตรกรจะมีความทุ่มเทกับการทำเกษตรพันธสัญญามากกว่าการทำงานเป็นลูกจ้างเพราะเกษตรกรจะทำงานด้วยความสมัครใจ เนื่องจากเป็นการทำงานของตนเองไม่ได้เป็นการทำงานให้กับนายจ้างเพื่อตอบแทนที่นายจ้างให้สินจ้างกับลูกจ้างประกอบกับการทำเกษตรพันธสัญญานั้นถ้าเกิดความเสียหายกับสินค้าเกษตรจะทำให้เกษตรกรอาจจะต้องชดใช้ค่าปรับหรือค่าเสียหายจำนวนมากและอาจนำซึ่งภาระหนี้สินได้

การจ่ายสินจ้างหรือค่าจ้างก็มีความแตกต่างกันระหว่างสัญญาจ้างแรงงานและเกษตรพันธสัญญาเพราะการจ่ายสินจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานจะพิจารณาจากระยะเวลาทำงานเป็นสำคัญซึ่งนายจ้างมีหน้าที่จ่ายสินจ้างหรือค่าจ้างให้กับลูกจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้กับนายจ้าง อาจคำนวณการจ่ายสินจ้างและจ่ายสินจ้างเป็นรายชั่วโมง รายวัน รายสัปดาห์ รายเดือนหรือรายปีก็ได้ต่างจากระบบเกษตรพันธสัญญาที่ผู้รับซื้อสินค้าเกษตรจะจ่ายเงินตามราคาประกันที่ได้ตกลงกันได้โดยมีการหักค่าปัจจัยการผลิตต่างๆ ที่ได้ลงทุนไปให้เกษตรกรตั้งแต่เริ่มทำการผลิต และการจ่ายเงินตามระบบเกษตรพันธสัญญานี้จะจ่ายให้เฉพาะกับสินค้าเกษตรที่ได้คุณภาพที่ได้ตกลงกันได้ หากผลิตสินค้าเกษตรไม่ได้คุณภาพหรือได้ปริมาณต่ำกว่าที่ได้ตกลงกันได้ตั้งแต่เริ่มทำการผลิต เกษตรกรก็จะถูกหักเงินลงตามส่วน จะเห็นได้ว่าการคำนวณเงินที่จะจ่ายให้กับเกษตรกรตามระบบเกษตรพันธสัญญาจะเป็นการคำนวณจากสินค้าเกษตรที่เกษตรกรสามารถส่งมอบให้กับผู้ซื้อเป็นสำคัญโดยไม่นำระยะเวลาในการผลิตสินค้าเกษตรที่เกษตรกรใช้ในการผลิตสินค้าเกษตรมาใช้ในการคำนวณค่าตอบแทนที่เกษตรกรได้รับแต่ประการใด

อีกประการหนึ่งที่ทำให้เกษตรพันธสัญญาแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงาน คือ สัญญาจ้างแรงงานนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้าง โดยอำนาจบังคับบัญชาอาจปรากฏในระเบียบข้อบังคับในการทำงาน การควบคุมระยะเวลาเข้าทำงานและระยะเวลาเลิกงานหรืออำนาจในการลงโทษในกรณีที่ลูกจ้างไม่ปฏิบัติตามระเบียบหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของนายจ้าง แต่ในระบบเกษตรพันธสัญญาเป็นระบบที่อาศัยข้อสัญญาที่ตกลงกันระหว่างเกษตรกรกับผู้ที่จะสนับสนุนปัจจัยการผลิตและเทคโนโลยีให้แก่เกษตรกรราคาและสินค้าเกษตรไปตามราคาประกันที่ได้ตกลงไว้ โดยบริษัทจะรับมอบสินค้าเกษตรไปจากเกษตรกร ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือเกษตรกรในการผลิตสินค้าเกษตรที่ได้ตกลงกันแต่ประการใด มีเพียงอำนาจตามข้อสัญญาที่สามารถเข้าตรวจสอบการผลิตได้เพื่อให้การผลิตสินค้าเกษตรนั้นมีคุณภาพตรงตามที่ต้องการเท่านั้น แต่ไม่ถึงกับเป็นอำนาจบังคับบัญชาที่ทำให้เกษตรกรตามระบบเกษตรพันธสัญญากลายเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้าง

4.2 เกษตรพันธสัญญาเปรียบเทียบกับสัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เมื่อเปรียบเทียบกับเกษตรพันธสัญญาแล้ว เกษตรพันธสัญญาจะมีลักษณะคล้ายสัญญาจ้างทำของ เกษตรพันธสัญญาจะมีคู่สัญญาสองฝ่าย คือ ฝ่ายบริษัทผู้ที่มาตกลงให้เกษตรกรผลิตสินค้าเกษตรโดยสนับสนุนปัจจัยการผลิตกับเกษตรกรอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเกษตรกรจะมีความอิสระในกระบวนการผลิตสินค้าเกษตรโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา เพียงแต่ต้องทำการผลิตสินค้าตามข้อกำหนดและวิธีการที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาและอาจถูกตรวจสอบกระบวนการผลิตเพื่อให้ได้สินค้าเกษตรที่มีคุณภาพและปริมาณตามที่ได้ตกลงกันเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามเกษตรพันธสัญญาก็ไม่ถือว่าเป็นลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของเนื่องจากโดยสภาพของสัญญาและโดยเจตนาของคู่สัญญาที่ให้เกษตรกรต้องลงทุนที่ดินและลงทุนแรงงานในการทำเกษตรพันธสัญญาประกอบการที่เกษตรพันธสัญญานั้นโดยเจตนาของคู่สัญญาที่มาสนับสนุนปัจจัยการผลิตและเทคโนโลยีให้กับเกษตรกรไม่ได้มุ่งที่ผลสำเร็จของงาน คือ สินค้าเกษตรเป็นสำคัญ จะเห็นได้จากวิธีคำนวณการจ่ายค่าตอบแทนจะพิจารณาจากจำนวนผลผลิตที่ได้ว่ามีคุณภาพและปริมาณตรงกับที่ตกลงไว้ในสัญญาหรือไม่ ถ้าน้อยกว่าที่ตกลงกันไว้ในสัญญาจะหักลดค่าตอบแทนลงโดยไม่ได้ใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาและโดยลักษณะของการทำเกษตรพันธสัญญาจะเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจทางการเกษตรกับเกษตรกรจำนวนมากโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบริหารความเสี่ยงและลดต้นทุนแรงงานและต้นทุนที่ดินที่ผู้ประกอบการจะต้องลงทุนเอง เมื่อมีผลผลิตจากเกษตรกรแต่ละรายที่ได้ตกลงทำเกษตรพันธสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรไม่ว่าจะได้ผลผลิตตรงตามที่ตกลงกันไว้หรือไม่ ผู้ประกอบการธุรกิจการเกษตรจะรับสินค้าเกษตรนั้นมาเพื่อนำสินค้าเกษตรไปแปรรูปหรือขายต่อสู่ผู้บริโภคเพื่อแสวงหาผลกำไร จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของเกษตรพันธสัญญาไม่ได้อยู่ที่ผลสำเร็จของงาน คือ สินค้าเกษตร แต่มีลักษณะเป็นข้อตกลงเข้าผูกพันกันตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจทางการเกษตรและเกษตรกร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ต่างมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ในเกษตรพันธสัญญา ส่วนวิธีการกำหนดค่าตอบแทนจะใช้วิธีการประกันราคาสินค้าเกษตรไว้ล่วงหน้า แต่จำนวนค่าตอบแทนจะผันผวนตามคุณภาพและปริมาณสินค้าเกษตรที่เกษตรกรผลิตได้

4.3 เกษตรพันธสัญญากับสัญญาซื้อขาย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติลักษณะของสัญญาซื้อขายไว้ในมาตรา 453 เมื่อเปรียบเทียบเกษตรพันธสัญญากับสัญญาซื้อขายจะเห็นว่าสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ผู้ขายมุ่งโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อโดยผู้ซื้อตกลงจะชำระราคาให้กับผู้ขายเป็นการตอบแทน ต่างจากเกษตรพันธสัญญาที่มีลักษณะเป็นการตกลงเข้าทำสัญญาในการผลิตสินค้า

เกษตรระหว่างผู้ประกอบการกิจการเกษตรกับเกษตรกรโดยผู้ประกอบการลงทุนด้านปัจจัยการผลิตและเทคโนโลยีส่วนเกษตรกรลงทุนที่ดินและแรงงานและเกษตรกรได้รับผลประโยชน์โดยคำนวณจากผลผลิตทางการเกษตรที่ได้จากการทำเกษตรพันธสัญญาในแต่ละครั้ง

จะเห็นได้ว่าเกษตรพันธสัญญา โดยลักษณะของข้อตกลงจึงไม่ใช่ทั้งสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของหรือสัญญาซื้อขายแต่มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เป็นสัญญานอกเอกเทศสัญญาที่คู่สัญญาลงทุนร่วมกันและมีภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน ผู้ประกอบการกิจการเกษตรจะมีหน้าที่สนับสนุนปัจจัยการผลิตและเทคโนโลยีให้กับเกษตรกร ส่วนเกษตรกรมีหน้าที่ลงทุนแรงงานและทุนที่ดินที่ตนเอง เกษตรกรจะได้รับประโยชน์ตอบแทนจากสินค้าเกษตรที่ผลิตได้โดยคำนวณจากราคาประกันที่ได้ตกลงกันไว้ มีการหักค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบการกิจการเกษตรได้ลงทุนไว้ให้เกษตรกรไว้ตั้งแต่ต้น เกษตรกรจะมีรายได้ตามปริมาณและคุณภาพของสินค้าเกษตรที่เกษตรกรผลิตได้

4.4 วิเคราะห์เกษตรพันธสัญญากับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ให้ตุลพิณศาลในการปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับได้เท่าที่สมควรแก่กรณี แต่ศาลจะใช้อำนาจได้ต้องมีลักษณะของสัญญาตรงกับสัญญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น สัญญาสำเร็จรูป สัญญาขายฝาก สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าซื้อ สัญญาประกันภัย สัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น แต่ในเกษตรพันธสัญญารูปแบบการตกลงทำสัญญามีได้หลายรูปแบบ เช่น ทำสัญญาด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษรโดยการตกลงเป็นคราวๆ ไป ทำเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป เป็นต้น ดังนั้นเกษตรพันธสัญญาจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แม้จะเป็นกรณีจะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ก็ตาม แต่การใช้อำนาจของศาลก็ยังมิข้อจำกัดหลายประการ อาทิ กฎหมายเพียงให้อำนาจศาลในการลดระดับความไม่เป็นธรรมในกรณีมีคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น แต่ไม่มีกระบวนการแทรกแซงจากฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารในการชี้ขาดความไม่เป็นธรรมของสัญญา ดังนั้น ถ้าไม่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ก็จะไม่อาจนำกฎหมายนี้มาใช้ได้ จึงมีลักษณะเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ

4.5 วิเคราะห์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวกับเกษตรพันธสัญญา

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานของสัญญา โดยเฉพาะการมุ่งเน้นให้การทำสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรตั้งแต่สัญญาที่มีมูลค่ากว่า 5,000 กีบขึ้นไป หรือประมาณ 25 บาทไทย ก็ต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร มิฉะนั้น สัญญาจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 13 และการทำสัญญาต่างๆ ก็อยู่ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยรัฐไม่ได้เข้ามาควบคุมดูแลข้อตกลงเกษตรพันธสัญญา ดังนั้น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวจะประสบปัญหาเกี่ยวกับเกษตรพันธสัญญาเช่นเดียวกับประเทศไทย อีกทั้งบริษัทขนาดใหญ่ที่เข้าไปทำเกษตรพันธสัญญาในประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวส่วนหนึ่งก็เป็นบริษัทเดียวกับที่ทำเกษตรพันธสัญญาในประเทศไทย

4.6 วิเคราะห์คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT

คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT ซึ่งเป็นคู่มือทางกฎหมายมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้เป็นความรู้ความเข้าใจต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง ในเรื่องการจัดทำสัญญาในระบบเกษตรพันธสัญญา อาทิ เกษตรกร ผู้ประกอบการ นักกฎหมาย ผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการ และนักวิชาการ ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจในเกษตรพันธสัญญาให้ดียิ่งขึ้นและช่วยคู่สัญญาในการเจรจาต่อรองทำให้เกิดการร่างสัญญา โดยมีประเด็นทางกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องที่เกี่ยวกับสัญญาให้มีความเหมาะสมในประเด็นต่างๆ เพื่อเป็นแนวทางแก้ปัญหาแก่คู่สัญญาด้วยความเท่าเทียมกันทุกด้าน เพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องเสียเปรียบและไม่ก่อให้เกิดภาระเกินควรแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อีกทั้งคู่มือทางกฎหมายนี้ ทางผู้มีหน้าที่ร่างกฎหมายและหน่วยงานของรัฐสามารถนำไปใช้เป็นเอกสารประกอบการพิจารณาในการทำเกษตรพันธสัญญาให้เกิดความสอดคล้องและมีแนวทางที่เป็นธรรมและเหมาะสมต่อเกษตรพันธสัญญาตามกฎหมายได้ เพื่อช่วยแก้ปัญหาเสนอแนวทาง ในการระงับข้อพิพาท หรือ วิธีการแก้ปัญหาต่างๆ และอาจช่วยแก้ปัญหากรณีประกอบกฎหมายที่มีอยู่ทำให้องค์กรต่างๆ อาทิ องค์กรเอกชน องค์กรระหว่างประเทศ หรือสมาคมของเกษตรกรนำคู่มือทางกฎหมายนี้ไปใช้ในการวางแผนยุทธศาสตร์และปรับปรุงโครงการเพื่อให้การสนับสนุนการทำเกษตรพันธสัญญาในประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้ และเมื่อมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นสามารถให้รายละเอียดในข้อตกลงหรือสัญญาอย่างชัดเจน และระบุวิธีการแก้ไขปัญหามตามกฎหมายในปัจจุบันได้ ดังนั้นทำให้พบว่ามีความสำคัญที่เกี่ยวข้องและสำคัญในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งเกษตรพันธสัญญาในคู่มือฉบับนี้ เป็นการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาให้เป็นธรรมในรูปแบบของการทำเกษตร

พันธสัญญาจึงมีความสำคัญอย่างมาก อาทิ ในการพิจารณาความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนของคู่สัญญาผ่านข้อตกลงต่างๆ โดยจะพิจารณาถึงแง่มุมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกษตรพันธสัญญา เช่น สิทธิของคู่สัญญา ความรับผิดชอบ การรับความเสี่ยง สิทธิของบุคคลภายนอก เป็นต้น โดยมีประเด็นที่สำคัญ คือ เรื่องความแตกต่างของฐานะทางเศรษฐกิจและอำนาจต่อรองระหว่างเกษตรกรกับผู้ประกอบการในระบบเกษตรพันธสัญญามักเกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมหรือการเอาเปรียบของผู้ประกอบการต่อเกษตรกร ดังนั้น กรอบทางกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นและมีบทบาทสำคัญเป็นพิเศษ

จากการศึกษาคู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT จะทำให้เป็นแนวทางในการร่วมผลักดัน พระราชบัญญัติเกษตรพันธสัญญา ให้ออกมาเป็นรูปธรรมเพื่อลดปัญหาความไม่เท่าเทียมหรือการเอาเปรียบของผู้ประกอบการต่อเกษตรกรได้ ซึ่ง UNIDROIT ถือเป็นหน่วยงานอิสระทางกฎหมายสากลอันดับ 1 ของโลก ซึ่งมีประเทศสมาชิกรวม 63 ประเทศ และแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจาก FAO หรือ องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติด้วย

ตารางเปรียบเทียบ คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
1.	กำหนดให้เกษตรพันธสัญญาต้องทำในรูปแบบลายลักษณ์อักษรเพื่อให้สร้างความชัดเจน ความสมบูรณ์ และมีการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ไม่ได้บังคับว่าสัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่กรณีที่เป็นสัญญาที่กฎหมายบังคับว่าต้องทำตามแบบตาม มาตรา 152 ดังนั้น เกษตรพันธสัญญาจึงสามารถทำด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้	มาตรา 15 กำหนดให้สัญญาสามารถทำด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เว้นแต่สัญญาบางประเภท เช่น สัญญากู้ยืมเงิน ดังนั้น เกษตรพันธสัญญาจึงสามารถทำด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
2.	ในกรณีที่จะจัดทำกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับเกษตรพันธสัญญา ควรจะต้องกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบของเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องอ่านเข้าใจได้โดยง่าย และรายละเอียดโดยเฉพาะที่จะทำให้เกษตรกรรับรู้และตระหนักถึงภาระหน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาได้มากที่สุด	ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดรายละเอียดของข้อตกลงในสัญญา ข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาขึ้นอยู่กับคู่สัญญาเป็นผู้ตกลงกำหนดร่วมกัน	ในกรณีที่คู่สัญญาดตกลงจะทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาที่ทำนั้น มีการกำหนดไว้แต่เพียงว่า ต้องกำหนดวันที่ และมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญา และสัญญาอาจเขียนด้วยมือหรือพิมพ์ก็ได้ ส่วนข้อตกลงอื่นๆ ขึ้นอยู่กับการตกลงกันของคู่สัญญา
3.	กำหนดให้มีการออกกฎระเบียบโดยเฉพาะขึ้น และกำหนดแบบของสัญญาการผลิตทางการเกษตร ซึ่งมีความเรียบง่าย ชัดเจน สามารถอ่านเข้าใจได้โดยง่าย ไม่ยาวหรือมีรายละเอียดมากจนเกินไป อย่างเช่นการมีรายละเอียดเกี่ยวกับคู่สัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาทั้งสองฝ่าย รายละเอียดเกี่ยวกับข้อตกลงเกี่ยวกับที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง และสิ่งอำนวยความสะดวกที่ใช้ในการผลิตต่างๆ อีกทั้งผลผลิต เช่น ปริมาณ คุณภาพ สถานที่ และเวลาในการส่ง	ไม่มีกฎหมายระบุให้มีการออกระเบียบเฉพาะในการทำสัญญาเกษตรพันธสัญญา	ไม่มีกฎหมายระบุให้มีการออกระเบียบเฉพาะในการทำสัญญาเกษตรพันธสัญญา

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
	มอบ ปัจจัยการผลิตและการบริการที่ผู้ประกอบการมีหน้าที่จัดหาให้รวมถึงขอบเขตการเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการผลิต โดยมีการกำหนดราคาและเงื่อนไขการชำระราคา ในระยะเวลาของสัญญา การต่อสัญญา การเลิกสัญญา การแก้ไขสัญญา และการต่อสัญญาใหม่ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายในการผลิตหรือจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย ค่าเสียหายจากการผิดสัญญา เป็นต้น		
4.	กำหนดให้มีเงื่อนไขในข้อสัญญาเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล เพื่อให้เกษตรกรได้รับข้อมูลที่ชัดเจนในการเข้าทำสัญญาใน เงื่อนไขราคาและการชำระเงินที่เป็นหัวใจของการต่อรองราคาของแต่ละฝ่ายและเป็นส่วนสำคัญของภาระผูกพันคู่สัญญา	ไม่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องการเปิดเผยข้อมูลให้กับคู่สัญญา ความตกลงต่างๆ ขึ้นอยู่ภายใต้หลักความศรัทธาดีของการแสดงเจตนาและต้องบังคับตามข้อสัญญาเป็นสาระสำคัญ	ไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลของคู่สัญญา

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
5.	กำหนดเรื่องการทบทวนสัญญา ตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาการผลิตทางการเกษตรส่วนใหญ่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเผยเนื้อหาสัญญาและเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐพิจารณาสัญญา ซึ่งการเปิดเผยนี้อาจอยู่ในรูปแบบการจดทะเบียน (Registration) การขอใบรับรอง (Certification) และการยื่นคำขออนุญาต (Filing)	สัญญาอยู่ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เมื่อสัญญาเกิดขึ้นย่อมผูกพันคู่สัญญา ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเข้าไปทบทวนข้อสัญญามีแต่เพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งกำหนดให้สัญญาบางประเภทอาจไม่มีผลบังคับหรือมีผลบังคับได้แต่เพียงบางส่วนเท่าที่เป็นธรรม	ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชน และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว โดยหลักจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาให้ถูกต้อง กฎหมายห้ามไม่ให้คู่สัญญาปฏิเสธการปฏิบัติตามสัญญาแก้ไขเงื่อนไขของสัญญาโดยฝ่ายเดียว เว้นแต่กฎหมายอนุญาต เจ้าหน้าที่มีสิทธิไม่รับเอาการปฏิบัติข้อผูกพันที่ไม่ถูกต้องนั้น
6.	กำหนดให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้เกษตรพันธสัญญา	คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักสุจริตภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5	กำหนดไว้ว่าคู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริต

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
7.	กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องรับมอบผลผลิตด้วยความเป็นธรรมและใช้มาตรฐานที่เหมาะสม และต้องรับสินค้าที่มีคุณสมบัติเป็นไปตามที่กำหนดไว้ แต่หากมีกรณีคู่สัญญาไม่เห็นด้วยกับคุณภาพของสินค้าอาจต้องกำหนดให้บุคคลภายนอกที่มีความอิสระและความเป็นกลางเข้าร่วมตรวจสอบ ซึ่งอาจกำหนดเป็นหน่วยงานของรัฐเข้าทำหน้าที่สนับสนุนตรวจสอบคุณภาพของผลผลิต โดยให้ความช่วยเหลือแก่คู่สัญญาในเวลาส่งมอบผลผลิต	ไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงถึงเรื่องการรับมอบผลผลิตแต่มีการบัญญัติไว้เฉพาะเรื่องของการรับมอบการงานที่ทำตามสัญญาจ้างทำของซึ่งผลสำเร็จของงานที่ตัวผู้ว่าจ้างจะรับมอบจะต้องตรงตามที่กำหนดไว้ในสัญญา	ไม่มีกฎหมายเฉพาะเรื่องการกำหนดให้มีคนกลางเข้ามาตรวจสอบการรับมอบสินค้า มีแต่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ตรงตามที่ระบุไว้ในสัญญา
8.	กำหนดให้ราคาต้องชัดเจนและโปร่งใสก่อนที่จะกำหนดลงในสัญญา และต้องระบุในรายละเอียดลงไว้ในสัญญาก่อนเริ่มกระบวนการผลิต ข้อตกลงเรื่องราคานี้ควรถูกตรวจสอบเรื่องเงื่อนไขในการกำหนดราคาและการตรึงราคาที่ถูกใช้ในสัญญาการผลิตทางการเกษตร	การกำหนดราคาเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา เมื่อคำเสนอสนองถูกต้องตรงกันสัญญาก็เกิดขึ้นได้โดยไม่มีกฎหมายเข้ามาควบคุมกลไกในการกำหนดราคาระหว่างเกษตรกรและผู้ประกอบการ	ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาตกลงกำหนดราคากัน

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตร พันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อ ผูกพันในสัญญาของ สาธารณรัฐ ประชาธิปไตย ประชาชนลาว
9.	กำหนดเหตุหลุดพ้นจากความรับผิด ของเกษตรกรไว้โดยเฉพาะ โดยเฉพาะเหตุตามธรรมชาติซึ่งมัก เกิดขึ้นในสัญญาประเภทนี้	ลูกหนี้จะหลุดพ้นความ รับผิดจากการชำระหนี้ ได้ต้องเป็นกรณีที่มีการ ชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย ซึ่งไม่ใช่ความผิดของ ลูกหนี้และการชำระหนี้ ตกเป็นพ้นวิสัยนั้น จะต้องเกิดขึ้นก่อน ลูกหนี้ผิดนัด ตาม มาตรา 217 ถึง มาตรา 219 อย่างไรก็ตามคู่สัญญา อาจตกลงให้ลูกหนี้ จะต้องรับผิดชอบแม้ การชำระหนี้จะตกเป็น พ้นวิสัยซึ่งไม่ใช่ ความผิดของลูกหนี้ก็ ตาม ทั้งนี้อยู่ภายใต้ บังคับของ พระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540	มาตรา 36 วรรค 2 กำหนดว่าถ้าคู่สัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ละเมิดสัญญา ต้อง รับผิดชอบในการชดใช้ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เว้นแต่การละเมิด สัญญานั้นหากเกิดขึ้น ด้วยเหตุบังเอิญหรือ เหตุสุดวิสัย เช่น ไฟป่า น้ำท่วม แผ่นดินไหว และอื่นๆ

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
10.	กำหนดเรื่องการเยียวยา (Remedies) ไว้โดยเฉพาะ ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้สัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีการเยียวยาที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายที่ใช้บังคับอาจกำหนดให้มีข้อจำกัดที่เฉพาะเจาะจง อย่างเช่น ประเภทของผลผลิต เช่น พืชหรือสัตว์ ผลผลิตที่เก็บรักษาได้นานหรือเน่าเสียง่าย เป็นต้น	การเยียวยาความเสียหายขึ้นอยู่กับ การพิสูจน์ความเสียหายของคู่สัญญาว่าได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใด ไม่มีกฎหมายเฉพาะเจาะจงเรื่องการเยียวยาความเสียหาย ในกรณีเกษตรพันธสัญญา	หากคู่สัญญาไม่เป็นไปตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ชอบที่จะเรียกให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ ได้
11.	ระยะเวลาสัญญา (Duration) จะถูกกำหนดเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปในเกษตรพันธสัญญาและอาจถูกกำหนดตามกฎหมาย ในการกำหนดระยะเวลาของสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งมักคำนึงถึงวงจรการผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกับภาระผูกพันทางการเงินของคู่สัญญาและขึ้นอยู่กับลักษณะของพืชผลหรือการเลี้ยงสัตว์ โดยอาจจะมีการกำหนดเวลาขั้นต่ำไว้ตามกฎหมาย	ระยะเวลาของสัญญาขึ้นอยู่กับ การตกลงของคู่สัญญา	ระยะเวลาของสัญญาขึ้นอยู่กับ การตกลงของคู่สัญญา

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
12.	การยกเลิกสัญญา (Termination) คำว่า "ยกเลิกสัญญา" หรือเงื่อนไขที่ใช้ในการปฏิบัติตามสัญญาตามข้อตกลงต่างๆ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการยกเลิกสัญญาโดยการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา หรือเมื่อมีการปฏิบัติตามโดยฝ่ายที่มีภาระหน้าที่ครบทุกคนแล้วที่จะบอกเลิกสัญญา โดยทั้งสองฝ่ายในการใช้สิทธิโดยสัญญาหรือตามที่กฎหมายกำหนด ในกรณีสัญญาไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนหรือเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการบอกเลิกสัญญา เป็นธรรมดาที่ต้องมีการแจ้งความประสงค์นั้นไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยต้องเป็นไปตามรูปแบบและช่วงเวลาตามที่กำหนดไว้ หรือตามข้อยกเว้นที่เกิดจากเหตุสุดวิสัยและพ้นวิสัยในการปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่าย	การบอกเลิกสัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายหรือตามข้อตกลงในสัญญาก็ได้ และคู่สัญญาอาจตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ก่อนกำหนดโดยไม่จำเป็นต้องระบุเหตุในการบอกเลิกสัญญาก็ได้	มาตรา 37 กำหนดว่า ในกรณีที่มีการผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายประโยชน์นั้น จะยกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียวก็ได้ เว้นเสียแต่คู่สัญญาหากได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น คือเมื่อมีการผิดสัญญากันเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกละเมิดสัญญาซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญานั้น จะยกเลิกสัญญาเสียแต่ฝ่ายเดียวก็ได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นในขณะทำสัญญานั้น

ลำดับที่	คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย	กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว
13.	การต่ออายุสัญญา (Renewal) เมื่อครบกำหนดของสัญญา ทั้งสองฝ่ายอาจจะต่อสัญญาต่อเนื่องได้ ซึ่งอาจต่อตามการตกลงของคู่สัญญา และบางครั้งอาจต้องตามกฎหมาย การต่ออายุ อาจทำขึ้น 3 รูปแบบที่แตกต่างกัน ดังนี้ (1) การต่ออายุสัญญาตามข้อตกลงโดยชัดแจ้ง (2) การต่ออายุสัญญาโดยปริยายหรือโดยอัตโนมัติ และ (3) การต่ออายุโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียว	เมื่อสัญญาสิ้นสุด การต่ออายุสัญญาขึ้นอยู่กับคู่สัญญาที่จะตกลงกัน ซึ่งอาจจะเป็นการตกลงชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้	ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาดตกลงกัน

จะเห็นได้ว่าจากตารางเปรียบเทียบ คู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวที่เกี่ยวข้องกับเกษตรพันธสัญญามีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยพบว่าปัญหาสำคัญของเกษตรพันธสัญญาทั้งในประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว คือ การที่เกษตรพันธสัญญาเป็นเพียงสัญญานอกเอกเทศสัญญาที่ไม่มีชื่อเรียกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เกิดจากการตกลงของคู่สัญญาสามารถใช้บังคับได้ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา แต่ด้วยสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไประบบเศรษฐกิจมีความซับซ้อนมากขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองมากขึ้นจากการมีทุนที่สูงกว่าเกษตรกร เกษตรกรไม่มีอำนาจในการต่อรองกับผู้ประกอบธุรกิจ เป็นความสัมพันธ์ในแนวตั้ง

(Vertical Relation) ดังนั้น วิธีการแก้ปัญหา คือ การเพิ่มอำนาจต่อรองให้กับเกษตรกร ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไข ดังต่อไปนี้

5.1 กฎหมายเฉพาะจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยเกษตรพันธสัญญา

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าประเทศไทยไม่มีคณะกรรมการเฉพาะด้าน ด้านการทำสัญญาด้านการเกษตร ทั้งๆ ที่ประเทศไทยเป็นประเทศกสิกรรมคณะกรรมการว่าด้วยเกษตรพันธสัญญาทำหน้าที่ออกประกาศต่างๆ เพื่อควบคุมดูแลการทำเกษตรพันธสัญญาของทั้งระบบทั่วประเทศ ออกนโยบายส่งเสริมการทำเกษตรพันธสัญญาที่เป็นธรรมที่ไม่เป็นการเอารัดเอาเปรียบเกษตรกรและไม่เป็นการเพิ่มต้นทุนให้กับผลประกอบการกิจการเกษตรมากเกินสมควร ที่มาของคณะกรรมการชุดนี้ ควรเป็นที่มาจากตัวแทนของทั้งทางฝ่ายผู้ประกอบการกิจการเกษตร เกษตรกร ฝ่ายวิชาการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน แต่ไม่ควรมีตัวแทนจากฝ่ายการเมืองที่อาจจะทำให้คณะกรรมการขาดความอิสระในการออกนโยบายหรืออาจจะถูกครอบงำจากฝ่ายการเมือง การมีคณะกรรมการว่าด้วยเกษตรพันธสัญญาจะทำให้การทำสัญญาเกษตรพันธสัญญามีความเป็นธรรมมากขึ้น

5.2 จัดตั้งกรมเกษตรพันธสัญญา

ในปัจจุบันไม่ได้มีหน่วยงานเฉพาะด้านเกษตรพันธสัญญาที่ทำหน้าที่เฉพาะด้านเกษตรพันธสัญญา ทั้งๆ ที่กระบวนการผลิตสินค้าเกษตรในปัจจุบันส่วนมากใช้ระบบเกษตรพันธสัญญา จึงควรจัดตั้งกรมเกษตรพันธสัญญาเช่นเดียวกับกรมการประกันภัย โดยมีหน้าที่ในการส่งเสริมช่วยเหลือสนับสนุนเกษตรกรในด้านต่างๆ ในการผลิตสินค้าเกษตร โดยกรมเกษตรพันธสัญญาอาจจะเป็นหน่วยงานใหม่ที่แยกมาจากหน่วยงานเดิมในกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับเกษตรพันธสัญญามาตั้งแต่ต้น เช่น กรมวิชาการเกษตร กรมส่งเสริมสหกรณ์ เป็นต้น และเพิ่มหน้าที่เฉพาะให้มีการสนับสนุนเกษตรพันธสัญญาที่เป็นธรรมให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น ซึ่งหน่วยงานอาจจะทำหน้าที่เชิงรุกด้านการให้ความรู้ ฝึกอบรม ถ่ายทอดเทคโนโลยีสมัยใหม่ คำนวณวิจัย รับเรื่องร้องเรียน และระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับเกษตรพันธสัญญา

5.3 สร้างกระบวนการตรวจสอบย้อนกลับ

ในปัจจุบันผู้บริโภคสนใจที่จะดูแลความปลอดภัยในอาหารมากขึ้นทำให้มีกระบวนการตรวจสอบการผลิตว่ามีความปลอดภัยสำหรับผู้บริโภคหรือไม่ ซึ่งรัฐบาลไทยมีกระบวนการตรวจสอบเช่นนี้อยู่โดยใช้ฉลากประกันความปลอดภัยให้สินค้าที่ผ่านการรับรองมาตรฐานแต่ยังขาดการ

ตรวจสอบย้อนกลับว่ากระบวนการผลิตเป็นการเอาเปรียบเกษตรกรหรือลูกจ้างหรือสร้างผลเสียต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ถ้ามีการตรวจสอบเช่นนี้จะทำให้กระบวนการผลิตสินค้าเกษตรมีการเอาเปรียบเกษตรกรน้อยลงได้ เพราะโดยปกติแล้วองค์กรทางธุรกิจขนาดใหญ่จะให้ความสำคัญกับภาพลักษณ์ทางธุรกิจขององค์กร หากองค์กรทางธุรกิจนั้นมีภาพลักษณ์ทางธุรกิจไม่ดีอาจส่งผลกระทบต่อบริษัทได้ ดังนั้น กระบวนการตรวจสอบย้อนกลับโดยให้ผู้บริโภคเป็นผู้ตัดสินใจจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจลดการทำสัญญาที่เป็นการเอาเปรียบเกษตรกรลงได้ กระบวนการตรวจสอบย้อนกลับนี้อาจอยู่ในรูปของการออกสลากที่ใช้ติดกับสินค้าว่าเป็นสินค้าที่ไม่ได้เกิดจากการเอาเปรียบเกษตรกร หรืออาจจะเป็นการออกประกาศเกียรติคุณประจำปีหรือการจัดลำดับผ่านการประเมินการประกอบธุรกิจว่าไม่ได้มีการเอาเปรียบเกษตรกร หากองค์กรทางธุรกิจใดปฏิบัติถูกต้องไม่เอาเปรียบเกษตรกรจะส่งผลต่อภาพลักษณ์ที่ดีกับองค์กรทางธุรกิจนั้นด้วย

5.4 นำหลักความคลุมเครือในการตีความสัญญามาใช้ในการตีความเกษตรพันธสัญญา

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญากันโดยมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าต้องยอมรับผูกพันตามสัญญาที่ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่ากำหนด ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าเสียเปรียบ เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการยกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบโดยไม่เป็นธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการจำกัดความรับผิดชอบให้มีผลบังคับได้เท่าที่มีเหตุผลและเป็นธรรม และคุ้มครองคู่สัญญาที่มีฐานะและอำนาจต่อรองน้อยกว่า โดยกำหนดว่าในกรณีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำสัญญาในทางธุรกิจของตน โดยใช้สัญญารูปแบบที่ตนกำหนดขึ้น กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นลูกค้า การบังคับตามข้อสัญญานั้นจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ แนวคิดและวิธีการในการควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านี้ถูกนำไปใช้ในหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย การนำหลักการของทั้งสองประเทศนี้ ต้องนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายว่า ถ้าหากปรากฏว่า ข้อสัญญาใดปรากฏชัดแจ้งว่าคู่สัญญามีความแตกต่างเรื่องอำนาจต่อรองในการเข้าทำสัญญา การตีความสัญญาต้องตีความให้เป็นคุณกับฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า และหากข้อสัญญาใดมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบมากเกินไปจนสมควรให้ข้อสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ

5.5 จัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายไทยควรกำหนดให้มีคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส สำหรับแนวความคิดของกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในฝรั่งเศสมีการผลักดันกฎหมายให้มีการคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เน้นที่บุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพ ซึ่งต่างจากกฎหมาย

เยอรมันที่เน้นการควบคุมเนื้อหาของสัญญาโดยผ่านองค์กรศาล กฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้ผู้พิจารณาในรูปคณะกรรมการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นตัวแทนจากฝ่ายต่างๆ เช่น ตุลาการ ที่ปรึกษา กฎหมาย ตัวแทนฝ่ายบริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ประกอบการอาชีพ เป็นต้น มีอำนาจพิจารณาเนื้อหาของสัญญา และมีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขข้อสัญญาไม่เป็นธรรม และประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ ทั้งนี้ คณะกรรมการดังกล่าวสามารถพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้โดยไม่ต้องรอให้เกิดเป็นกรณีพิพาทในชั้นศาลซึ่งเป็นข้อดีของระบบการคุ้มครองสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สามารถแก้ปัญหาได้ที่ต้นเหตุมากขึ้นโดยไม่ต้องนำคดีไปสู่ศาล

5.6 ออกกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรที่เข้าทำเกษตรพันธสัญญารับผิดชอบจ่ายเงินประกันสังคมเข้าสู่กองทุนประกันสังคมให้กับเกษตรกรที่เป็นคู่สัญญา

เนื่องจากระบบเกษตรพันธสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจทางการเกษตรได้มีการใช้แรงงานเกษตรกรในการผลิตสินค้าเกษตร ซึ่งหากเป็นลูกจ้างนายจ้างจะต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมให้กับลูกจ้างร่วมกับลูกจ้างเพื่อให้ลูกจ้างมีสิทธิในการเข้าถึงระบบประกันสุขภาพของประกันสังคม ดังนั้น โดยลักษณะของเกษตรพันธสัญญามีลักษณะเช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อความเป็นธรรมและเป็นการคุ้มครองเกษตรกรควรออกกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรออกเงินเพื่อสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมและให้เกษตรกรออกเงินสมทบด้วยคนละครึ่งเพื่อให้เกษตรกรมีสิทธิในประกันสังคม แต่อาจไม่เป็นบทบังคับเกษตรกร หากเกษตรกรไม่ประสงค์จะเป็นผู้ประกันตนในกองทุนประกันสังคมก็ไม่จำเป็นต้องจ่ายเงินสมทบทั้งผู้ประกอบธุรกิจการเกษตรและเกษตรกร

5.7 แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ให้สามารถบังคับใช้กับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทุกประเภท

หากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ไม่ถูกจำกัดการบังคับใช้ไว้เฉพาะกรณีสัญญา 8 ประเภทตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ พ.ศ.2540 แต่ขยายไปทุกสัญญาโดยมุ่งเน้นถึงกระบวนการและเนื้อหาในการทำสัญญาว่ามีความเป็นธรรมมากน้อยเพียงใด จะทำให้การทำเกษตรพันธสัญญาที่คู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันมากได้รับการคุ้มครองกว้างขึ้นและจะทำให้ผู้ประกอบการที่ซื้อสินค้าจากเกษตรกรต้องระมัดระวังในการทำสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบเกษตรกรมากขึ้นและให้มีบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วย หากแต่เป็นกระบวนการตรวจสอบโดยศาลเป็นหลัก ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองมีมากขึ้นจึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้คุ้มครองคู่สัญญาเบื้องต้นได้ตั้งแต่ในขั้นการทำสัญญา

5.8 จัดทำร่างพระราชบัญญัติเกษตรพันธสัญญา ให้ออกมาเป็นรูปธรรมในประเทศไทย

สมควรทำการศึกษาคู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT ซึ่งมีประเทศสมาชิก รวม 63 ประเทศ และแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจาก FAO หรือ องค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติด้วย มาเป็นแนวทางในการร่างพระราชบัญญัติเกษตรพันธสัญญา ให้ออกมาเป็นรูปธรรมถูกต้องตามหลักสากล เพื่อลดปัญหาความไม่เท่าเทียมหรือการเอารัดเอาเปรียบของผู้ประกอบการต่อเกษตรกรได้

5.9 ผลักดันให้จัดทำคู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT ระดับอาเซียน

สมควรให้มีการผลักดันให้จัดทำคู่มือทางกฎหมายในการทำเกษตรพันธสัญญา UNIDROIT ในระดับอาเซียน โดยใช้ชื่อว่า Legal Guide on Contract farming for ASEAN เพื่อเป็นมาตรฐานเดียวกันในกลุ่มอาเซียนที่ได้เข้ามาร่วมกัน การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน การเป็นภูมิภาคที่มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกัน และการเป็นภูมิภาคที่มีการบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก

บรรณานุกรม

- เข็มชัย ชูติวงศ์ และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายตำราคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.
- เจริญ ภักดีธนากุล. “สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.” เอกสารเพื่อนำเสนอคณะกรรมการวิชาการศาลอุทธรณ์ตรวจพิจารณาเพื่อใช้ในการประชุมผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์, 2541.
- _____. “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.” **ตุลพาท 45** (มกราคม 2541): 6.
- ฉันทนา เจริญศักดิ์. **สัญญาที่เป็นธรรมในระบบเกษตรพันธสัญญา**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- จิตติ ดิงศภัทิย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เอราวัณการพิมพ์, 2522.
- จำปี โสถิพันธ์. **หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. **กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- สุพจน์ เต๋นดวง. “การศึกษาสภาพการทำงานเกษตรอุตสาหกรรมของแรงงานนอกระบบกับปัญหาสุขภาพ: เกษตรรายย่อย เกษตรพันธสัญญาและแรงงานรับจ้างในภาคการเกษตร.” คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, มหาวิทยาลัยมหิดล, 2550.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. **กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- บุศรา ลีมนิรันดร์กุล และคณะ. **เกษตรพันธสัญญากับโอกาสการพัฒนาเกษตรรายย่อย**. รายงานการประชุมวิชาการ ปี 2549 ศูนย์วิจัยเพื่อเพิ่มผลผลิตทางการเกษตร. เชียงใหม่: คณะเกษตร, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549.
- พอพันธ์ คิตจิตต์. “แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.” **นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ตุลพาท 40** (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2536): 6.

- รักษศักดิ์ โชติชัยสถิต. “ประกันสังคมภาคประชาชน ก้าวผ่านประชาสงเคราะห์ ก้ามข้ามประชานิยม ก้าวสู่สังคมสวัสดิการใหม่.” **วารสารประกันสังคม 17** (เมษายน 2554): 4.
- ลาวัณย์ ถนัดศิลปะกุล. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเสรีการลงทุนของประเทศไทย.” **วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมาราช** (มิถุนายน 2552): 2.
- สรวิศ ลิ้มบร้งชี. “สัมพัสดิต่างประเทศ ข้อเสนอที่ไม่เป็นธรรม” **นิตยสารกระทรวงยุติธรรม ดุลพาท 55** (มกราคม-เมษายน 2551): 1.
- _____. “สัมพัสดิต่างประเทศ ข้อเสนอที่ไม่เป็นธรรม” **นิตยสารกระทรวงยุติธรรม ดุลพาท 55** (กันยายน – ธันวาคม 2551): 3.
- สิทธิชัย พัฒนสุวรรณ และคณะ. **การศึกษาการพัฒนาเกษตรอุตสาหกรรมของแรงงานนอกระบบ กับปัญหาสุขภาพ : เกษตรกรรายย่อย เกษตรพันธะสัญญา และแรงงานเกษตร รับจ้างในภาคการเกษตร**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ, 2549.
- สุเมธ ปานจำลอง, **สัญญาที่ไม่เป็นธรรมและสวัสดิการที่ไม่เคยได้รับจากรัฐและนายทุน** [Online]. Available URL: http://www.sathai.org/autopagev4/show_page.php?topic_id=367&auto_id=24&TopicPk=, 2555 (February, 13).
- เสนีย์ ปราโมช. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่มที่ 3**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2522.
- สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร. **การลงทุน Contract Farming (CF) หรือการผลิตสินค้าเกษตรแบบ มีสัญญาที่เห็นผลเป็น รูปธรรม** [Online]. Available URL: <http://www.oae.go.th>, 2558 (มีนาคม, 10).
- ศักดิ์ สมองชาติ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์บพิธการพิมพ์, 2522.
- อักขราทร จุฬารัตน์. **คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม**, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เฟสท์การพิมพ์, 2520.
- Baumann, P. **Equity and efficiency in contract farming schemes: The experience of agricultural tree crops** [Online]. Available URL: <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/2730.pdf>, 2000 (April, 14).

Carlos Arthur B. da Silva. **The Growing Role of Contract Farming in Agri-food systems Development: Drivers, Theory and Practice** [Online]. Available URL:<http://www.fao.org/sustainable-food-value-chains/library/details/en/c/266526/>, 2008 (May, 24).

แนวทางส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายของประชาชนต่อ
การมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงาน
ของเทศบาลเมืองสีคิ้ว จังหวัดนครราชสีมา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์มงคล เจริญจิตต์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กนกพร ฉิมพลี

แนวทางส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ
การทำงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว จังหวัดนครราชสีมา

Guidelines for the Enhancement of People's Legal Consciousness
in Monitoring the Administration of Sikhiu Town Municipality,
Nakhon Ratchasima Province

ผู้ช่วยศาสตราจารย์มงคล เจริญจิตต์*

Assistant Professor Mongkol Jaroenjit

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กนกพร ชิมพลี**

Assistant Professor Dr. Kanokpron Chimplee

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาบทบาทของกฎหมายต่อประชาชนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ลักษณะสำนึกทางกฎหมายของประชาชนและแนวทางในการส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าว กรณีศึกษาเทศบาลเมืองสีคิ้ว โดยเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ แบบปรากฏการณ์วิทยา ดำเนินการเก็บข้อมูลด้วยวิธีการสัมภาษณ์เชิงลึกประชาชนซึ่งเกี่ยวข้อง จำนวน 18 คน การสนทนากลุ่มจากประชาชนซึ่งมีประสบการณ์การมีส่วนร่วมจำนวน 6 คน และวิเคราะห์ข้อมูลด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา ผลการวิจัยสรุปได้ดังนี้

กฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานนั้นมีบทบาทต่อประชาชนน้อยที่สุดจากการมีส่วนร่วม 5 ประเภท เมื่อพิจารณาถึงลักษณะสำนึกทางกฎหมายพบว่า กลุ่มผู้มีส่วนบทบาทในชุมชน มีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานสูงกว่ากลุ่มประชาชนทั่วไป ทั้งนี้วิธีการแสดงออกของประชาชนถึงสำนึกทางกฎหมายดังกล่าวนี้สามารถแสดงออกมาได้ 3 ลักษณะ คือ การแสดงออกตรงตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ การแสดงออกด้วยวิธีการอื่นแต่มีผลเป็นการมี

* อาจารย์ประจำโปรแกรมวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, น.ม. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

** อาจารย์ประจำโปรแกรมวิชาพัฒนาสังคม คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา; น.ศ.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ศศ.ม. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ป.ร.ด. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

ส่วนร่วมในการตรวจสอบ และการแสดงออกด้วยวิธีการอื่นที่ไม่มีผลเป็นการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ

แนวทางส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายของประชาชนประกอบด้วยสองส่วน คือ ประการแรก การนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับการทำงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างต่อเนื่องและทั่วถึงผ่านการกระจายเสียงของหน่วยงาน ประการที่สองการให้ความรู้แก่ประชาชนเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการมีส่วนร่วม โดยอาจเริ่มจากการให้ความรู้แก่กลุ่มผู้นำชุมชน ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในชุมชน เข้าถึงทั้งหน่วยงานและประชาชนได้ง่าย ผ่านโครงการอบรมการให้ความรู้ที่อาจจัดขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง หรือประสานความร่วมมือกับหน่วยงานอื่นในพื้นที่ที่มีหลักสูตรที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการมีส่วนร่วมของประชาชน และขยายผลโครงการลงไปยังกลุ่มประชาชนทั่วไปด้วยการจัดอบรม การอบรมเชิงปฏิบัติการ หรือการประชุมเชิงปฏิบัติการ เป็นต้น

Abstract

The purpose of this research is to discover the role of the law as it relates to public participation in the monitoring of local administrations, people's legal consciousness, and the provision of guidelines for the enhancement of people's legal consciousness in Sikhiu Town Municipality, Nakhon Ratchasima province. This qualitative research is a phenomenon study. The data was collected through in-depth interviews with eighteen people, who were divided into five groups and a focus group. The information gathering was done by six people who had previous experience in this type of activity. A content analysis was employed to analyze the data. The results are summarized below.

The law on public participation in the monitoring of the local administration has the smallest role of all five types of participation. Concerning the nature of people's legal consciousness, the results show that all of the leaders of the community have greater participation in the monitoring than does the general population. There are three methods in which people in general can express their legal consciousness: 1) by legal means; 2) by non-legal means with an element of participation in the monitoring; and 3) by non-legal means without any element of participation.

The guidelines for the enhancement of people's legal consciousness consist of two elements. Firstly, the local government should continuously and thoroughly inform the people of what the local government will do through its sound-broadcasting. Secondly, the local government should educate people about the duties of the local government and programs for public participation. This effort must start with the local leaders, because they have an important role in the community, and they are in contact with both the local office and the community at large. The process of educating people can be initiated by setting up training projects for local administrations on the subject of providing courses to the public relating to public participation. These could be organized by the local administration itself, or in collaboration with other local offices in nearby areas. Training projects or workshops can eventually be arranged for ordinary people.

คำสำคัญ: สำนักทางกฎหมาย, การมีส่วนร่วม, องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

Keywords: legal consciousness, participation, local administration

1. บทนำ

การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารบ้านเมืองนั้น ตามปกติประชาชนจะเลือกผู้แทนของตนเพื่อเป็นตัวแทนในการบริหารบ้านเมือง ถึงแม้ประชาชนให้ความไว้วางใจมอบอำนาจแก่รัฐบาลในการบริหารประเทศแล้ว ไม่ได้หมายความว่าประชาชนจะมอบอำนาจให้ผู้แทนมีอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาด ประชาชนยังสามารถมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลได้ผ่านกระบวนการต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้

ประเทศไทยมีการแบ่งระดับการปกครองออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่การบริหารราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น โดยในส่วนของการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั้นได้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา โดยรัฐธรรมนูญไทยยังได้กำหนดหลักในการกระจายอำนาจในการปกครองลงสู่ท้องถิ่นเพื่อให้ประชาชนในท้องถิ่นได้มีส่วนร่วมในการปกครองและบริหารจัดการทรัพยากรในท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อให้เป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนที่อยู่ในท้องถิ่นอย่างแท้จริง

จากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เรื่องของการมีส่วนร่วมเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า ซึ่งเป็นสถาบันที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อส่งเสริมและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับประชาธิปไตย¹ ได้จัดให้มีการมอบรางวัลพระปกเกล้าขึ้นเพื่อเป็นรางวัลแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีความโดดเด่นด้านความโปร่งใสและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน²

สำหรับเทศบาลเมืองสีคิ้วนั้น เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับรางวัลพระปกเกล้าทองคำ ประจำปี พ.ศ.2557 ด้านความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยในปี พ.ศ.2556 ได้รับรางวัลพระปกเกล้า ด้านความโปร่งใสและการมีส่วนร่วมของประชาชนเช่นเดียวกัน และในปี พ.ศ.2555 ได้รับประกาศเกียรติคุณพระปกเกล้า ด้านการเสริมสร้างเครือข่าย รัฐ เอกชน และประชาสังคมอีกด้วย³ จึงถือได้ว่าเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่น่าศึกษาด้านสำนักทางกฎหมายของ

¹ สถาบันพระปกเกล้า, ประวัติความเป็นมา [Online], available URL: <http://kpi.ac.th/ประวัติความเป็นมา.html>, 2560 (ธันวาคม, 28).

² สถาบันพระปกเกล้า, เกี่ยวกับรางวัลพระปกเกล้า [Online], available URL: <http://sv1.bizidea.co.th/team/fon/award.kpi/#home-section>, 2560 (ธันวาคม, 28).

³ สถาบันพระปกเกล้า, เทศบาลเมืองสีคิ้ว [Online], available URL: <http://sv1.bizidea.co.th/team/fon/award.kpi/award-searchdetail/61>, 2560 (ธันวาคม, 28).

ประชาชนในการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่ามีลักษณะอย่างไร

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาบทบาทของกฎหมายต่อประชาชนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว

2.2 เพื่อศึกษาลักษณะสำนึกทางกฎหมายของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว

2.3 เพื่อศึกษาแนวทางในการส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว

3. แนวคิดทฤษฎี

3.1 การศึกษาเกี่ยวกับสำนึกทางกฎหมาย

การศึกษาเกี่ยวกับ “สำนึกทางกฎหมาย (Legal Consciousness)” เป็นการศึกษาที่พัฒนามาจากการศึกษากฎหมายทางสังคมศาสตร์ (Socio-legal Research)⁴ หรือด้านกฎหมายกับสังคม (Law and Society) ในช่วงปี 1980s และ 1990s โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายในหนังสือหรือตำราและกฎหมายในทางปฏิบัติ (Law in Book and Law in Action)⁵ ซึ่งการศึกษาเรื่องสำนึกทางกฎหมายจะศึกษาถึงประสบการณ์ และบทบาทของกฎหมายต่อชีวิตประจำวันของประชาชน⁶ มากกว่าการศึกษาแค่ปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในสังคมเท่านั้น⁷

⁴ Hertogh, Marc, “A ‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich,” *Journal of Law and Society* 31, 4 (2004): 457.

⁵ Silbey, Susan S., “After Legal consciousness.” *Annual Review of Law and Social Science* 1 (2005): 323.

⁶ Hertogh, op.cit., p. 457.

⁷ Silbey, op.cit., p. 327.

การศึกษาเรื่องสำนึกทางกฎหมายนั้นมีความแตกต่างจากการศึกษากฎหมายกระแสหลัก และการศึกษาเรื่องกฎหมายกับสังคม โดยมงคล เจริญจิตต์⁸ ได้อธิบายว่าการศึกษาสำนึกทางกฎหมายจะให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

3.1.1 บทบาทของกฎหมายที่มีต่อประชาชน โดยเป็นการค้นหาว่าประชาชนมีความรู้ความเข้าใจในเนื้อหาของกฎหมายเพียงใด ยิ่งประชาชนมีความรู้หรือมีการปฏิบัติที่สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายกำหนดไว้มากเท่าใด ยิ่งสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายมีบทบาทต่อประชาชนมาก

3.1.2 ทศนคติของประชาชนที่มีต่อกฎหมาย เป็นการศึกษาทัศนคติ ความคิด ความเชื่อของประชาชนในการมองกฎหมาย ประชาชนให้ความสำคัญอย่างไรกับกฎหมาย รวมไปถึงมุมมองในการเข้าใจว่าตนเองเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายหรือไม่

3.1.3 ลักษณะของสำนึกทางกฎหมายของประชาชน เพื่อทำความเข้าใจว่ากระบวนการใดทำให้ประชาชนรับรู้กฎหมาย และมีการแสดงซึ่งสิทธิทั้งที่สอดคล้องและไม่สอดคล้องกับวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้

3.1.4 วิธีการแสดงออกซึ่งสิทธิ มีวิธีการแสดงออกซึ่งสิทธิอย่างไร ใช้วิธีการทางกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นเครื่องมือสะท้อนลักษณะสำนึกทางกฎหมายของประชาชน

ทั้งนี้วิธีการศึกษานั้นจะเป็นการวิจัยเชิงประจักษ์ ด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึก ผ่านการเล่าประสบการณ์ของประชาชนโดยให้ความสำคัญกับอัตลักษณ์ของประชาชน ซึ่งเป็นสิ่งสะท้อนแนวคิด ความเชื่อที่อยู่เบื้องหลังการแสดงออกทางกฎหมายของประชาชน

3.2 ลักษณะสำนึกทางกฎหมายตามแนวคิดของ Engel and Munger

แนวความคิดเรื่องสำนึกทางกฎหมายของ Engel and Munger⁹ นั้น เป็นแนวคิดหลักสำคัญ ซึ่งจะช่วยให้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของสำนึกทางกฎหมายของประชาชนว่าสามารถเกิดขึ้นได้จากกรณีใดบ้าง รวมถึงจะสะท้อนภาพความเป็นไปได้ของการแสดงออกซึ่งสิทธิของประชาชนในรูปแบบต่างๆ ว่าสามารถเกิดขึ้นในรูปแบบใดได้บ้าง โดยมีลักษณะดังนี้

⁸ มงคล เจริญจิตต์, “การรับรู้กฎหมายของผู้ใช้แรงงานในกิจการขนาดย่อม,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2551), หน้า 12-14.

⁹ Engel, David M. and Munger, Frank W., *Rights of Inclusion: Law and Identity in the Life Stories of Americans with disabilities* (Chicago: The University of Chicago Press, 2003), p. 91.

3.2.1 Formal Legal Proceedings เป็นกรณีการมีสำนึกทางกฎหมายผ่านกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นทางการ เช่น การร้องเรียน การปรึกษาทนายความ และการฟ้องร้องคดีต่อศาล เป็นต้น

3.2.2 Transformation of Self-Perceptions สำนึกทางกฎหมายผ่านกระบวนการการเปลี่ยนแปลงมุมมองในการมองตนเอง ซึ่งประชาชนเรียนรู้ถึงสิทธิของตน รู้ว่าตนเองเป็นใคร และมีสิทธิอะไร

3.2.3 Cultural and Discursive Shifts กระบวนการถ่ายทอดผ่านวัฒนธรรมและการถ่ายทอดโดยอ้อม คือ กรณีที่สิทธิเข้ามามีบทบาทต่อปัจเจกชนโดยผ่านกระบวนการการถ่ายทอดในรูปของวัฒนธรรมและประเพณี หรือเป็นลักษณะที่สิทธิเข้ามามีบทบาทโดยอ้อม

3.2.4 Context-Creating Role of Rights เป็นสำนึกทางกฎหมายที่เกิดจากปัจจัยภายนอกซึ่งมิใช่ตัวผู้มีสิทธิเอง ซึ่งความรู้เหล่านี้เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของบุคคลที่สาม เช่น การที่นายจ้างได้จัดเตรียมเครื่องอำนวยความสะดวกแก่คนพิการ (เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้ต้องมีเครื่องอำนวยความสะดวกในสถานที่ทำงานสำหรับคนพิการ) เป็นต้น

วิธีการเหล่านี้ แสดงให้เห็นได้ว่า กฎหมายสามารถมีบทบาทต่อประชาชนได้ในกรณีใดได้บ้าง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสำนึกทางกฎหมายของประชาชนนั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากกระบวนการเหล่านี้

3.3 หลักการมีส่วนร่วมในการปกครองส่วนท้องถิ่น

การที่กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการบริหารราชการอย่างอิสระโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นไปตามความต้องการของประชาชน ฉะนั้นประชาชนในท้องถิ่นย่อมมีสิทธิและมีส่วนร่วมในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นอกจากนี้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเองจะต้องจัดให้มีวิธีการที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมดังกล่าวได้ด้วย แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันจะไม่ได้มีบทบัญญัติใดให้นำหลักการมีส่วนร่วมในการปกครองส่วนท้องถิ่นมาใช้บังคับ แต่หลักการการมีส่วนร่วมนั้นก็ถือเป็นหลักการสำคัญที่มีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันแสดงให้เห็นว่าหลักการการมีส่วนร่วมของประชาชนถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญต่อการปกครอง ซึ่งหลักการมีส่วนร่วมที่มีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹⁰ ที่สำคัญมีดังนี้

¹⁰ มาตรา 284 “...สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง

3.3.1 การใช้สิทธิในการเลือกตั้งผู้แทนของตนเอง (มาตรา 284) เข้าไปเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือเป็นกรรมการ ในคณะกรรมการบริหารขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นดังกล่าว เพื่อเป็นตัวแทนในการพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ และกำหนดทิศทางการพัฒนา ให้สอดคล้องกับความต้องการ ของตนเอง และชุมชน

3.3.2 การเสนอความต้องการต่อผู้แทนของตน (มาตรา 286-287) เพื่อนำเข้าสู่การพิจารณากำหนดเป็นนโยบาย แผนงาน หรือ โครงการ ในเรื่องต่างๆ เพื่อให้เกิดการพัฒนาคุณภาพชีวิตที่ดีของคนในชุมชน

3.3.3 การตรวจสอบการดำเนินงานของสภาฯ และคณะกรรมการบริหารองค์การปกครองท้องถิ่น ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ (มาตรา 287) โดยการเฝ้ามอง และติดตามการดำเนินงานกิจกรรมต่างๆ ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของตน แล้วเสนอความคิดเห็นต่อสาธารณะ โดยเสนอในนามของกลุ่ม/ชมรม หรือองค์กรชุมชนในท้องถิ่น หรือโดยวิธีการตั้งข้อสังเกต โดยผ่านปากต่อปากของชุมชนเอง หรือผ่านผู้แทนของตนที่ได้เลือกไป รวมทั้งการร้องเรียนผ่านผู้บริหารของหน่วยงาน ที่กำกับดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่นนั้นก็ได้

3.3.4 การร้องเรียน หรือร้องทุกข์ ต่อองค์กรปกครองท้องถิ่น (มาตรา 287) ในกรณีที่ประชาชนได้รับความเดือดร้อน จากการประกอบกิจการใดๆ ในท้องถิ่นนั้น ซึ่งเป็นสิทธิที่ประชาชนสามารถร้องเรียนได้ และขณะเดียวกันเป็นหน้าที่ขององค์กร ปกครองท้องถิ่น ในฐานะเจ้าพนักงานฯ ที่ต้องดำเนินการแก้ไขเรื่องดังกล่าว ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด

คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น

มาตรา 286 “ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานสภาท้องถิ่นเพื่อให้สภาท้องถิ่นพิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่นได้...”

มาตรา 287 “ประชาชนในท้องถิ่นมีสิทธิมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดให้มีวิธีการที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมดังกล่าวได้ด้วย

ในกรณีที่การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในท้องถิ่นในสาระสำคัญ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องแจ้งข้อมูลรายละเอียดให้ประชาชนทราบก่อนกระทำการเป็นเวลาพอสมควร และในกรณีที่เห็นสมควรหรือได้รับการร้องขอจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นก่อนการกระทำนั้น หรืออาจจัดให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อตัดสินใจก็ได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องรายงานการดำเนินงานต่อประชาชนในเรื่องการจัดทำงบประมาณ การใช้จ่าย และผลการดำเนินงานในรอบปี เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบและกำกับการบริหารจัดการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น...”

3.3.5 การให้ความร่วมมือ ในการปฏิบัติตามข้อกำหนดของท้องถิ่น ซึ่งถือว่า เป็น "กติกา" หรือ "หลักปฏิบัติ" ที่สภาท้องถิ่นได้ตราขึ้น เพื่อให้ใช้บังคับในเขตท้องถิ่นนั้นๆ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสะอาด และความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง แล้วแต่กรณี รวมทั้งต้องให้ความร่วมมือในการดำเนินกิจกรรม เรื่องต่างๆ ขององค์กรปกครองท้องถิ่นด้วย

ดังนั้นประชาชนในท้องถิ่นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะทำหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบ หรือถ่วงดุลการทำหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อไม่ให้ท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น สภาท้องถิ่นหรือแม้แต่ข้าราชการและพนักงานท้องถิ่นบริหารท้องถิ่น ทุจริต หรือบริหารราชการไม่ตรงตามความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้นอย่างแท้จริง

4. ระเบียบวิธีวิจัย

วิธีการที่ใช้ในการดำเนินการวิจัย เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ แบบปรากฏการณ์วิทยา ซึ่งต้องการมุ่งค้นหาโครงสร้างของการรับรู้กฎหมายประชาชน รวมไปถึงการตีความเพื่อเข้าใจปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นผ่านการบอกเล่าจากผู้ให้ข้อมูล ด้วยกระบวนการและวิธีการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก และการจัดสนทนากลุ่ม มีรายละเอียดดังนี้

4.1 กลุ่มผู้ให้ข้อมูล คือ ประชาชนในเขตพื้นที่เทศบาลเมืองสีคิ้ว โดยการเจาะจงกลุ่มเป้าหมาย (Purposive) ดังนี้

4.1.1 การเก็บข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึก จำนวน 18 คน ได้แก่ กลุ่มผู้นำชุมชน จำนวน 3 คน บุคลากรในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จำนวน 3 คน ผู้นำศาสนา จำนวน 2 คน ประชาชนทั่วไป จำนวน 7 คน และกลุ่มองค์กรและหน่วยงานต่างๆ ในชุมชน จำนวน 3 คน

4.1.2 การเก็บข้อมูลด้วยการสนทนากลุ่ม จากประชาชนที่มีประสบการณ์ในการมีส่วนร่วมทำกิจกรรมกับเทศบาล จำนวน 6 คน

4.2 เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย

4.2.1 แบบสัมภาษณ์เชิงลึก แบบไม่มีโครงสร้าง ซึ่งจะครอบคลุมในประเด็น บทบาทของกฎหมาย ทศนคติของประชาชนที่มีต่อกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และแนวทางในการเสริมสร้างสำนึกทางกฎหมายของประชาชน โดยให้ผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 5 คน ตรวจสอบคุณภาพของแบบสัมภาษณ์เชิงลึกโดยการวิเคราะห์ความตรงเชิงเนื้อหา (Content Validity) และนำข้อเสนอแนะมาปรับปรุงข้อคำถามให้มีความสมบูรณ์ก่อนนำไปใช้เก็บข้อมูล

4.2.2 สันทนากลุ่ม เกี่ยวกับการประเด็นในการส่งเสริมสำนึกของประชาชนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จำนวน 1 ครั้ง กับประชาชนจากกลุ่มผู้ให้ข้อมูลจำนวน 6 คน โดยใช้ประเด็นคำถามเดียวกันกับการสัมภาษณ์เชิงลึก

4.3 การเก็บรวบรวมข้อมูล

วิธีการที่ผู้วิจัยใช้ในการเก็บรวบรวมข้อมูลนั้นประกอบด้วย 2 ส่วนคือ การเก็บข้อมูลด้านเอกสาร และการเก็บรวบรวมข้อมูลจากเครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย มีรายละเอียดดังนี้

4.3.1 เก็บข้อมูลจากเอกสาร บทความวิชาการ ตำรา กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

4.3.2 ดำเนินการเก็บข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) ผู้ให้ข้อมูล โดยเฉพาะประเด็นในการตรวจสอบการบริหารงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว จากการบอกเล่าของผู้ให้ข้อมูล (Narrative) เพื่อให้ได้รับทราบข้อมูลที่เจาะลึกและถูกต้อง เมื่อเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับนั้นเพียงพอที่จะนำไปวิเคราะห์ได้แล้ว ก็จะยุติการสัมภาษณ์

4.3.3 ดำเนินการเก็บข้อมูลด้วยการสนทนากลุ่ม (Focus Group) จำนวน 1 ครั้ง จากประชาชน 6 คน โดยการสนทนากันอย่างไม่เป็นทางการ ด้วยข้อคำถามตามประเด็นที่ได้กำหนดไว้ โดยมุ่งศึกษาถึงแนวทางการส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะประเด็นในการตรวจสอบการบริหารงานของเทศบาลเมืองสีคิ้ว จากการสนทนาตอบโต้ของผู้ให้ข้อมูล

4.4 การวิเคราะห์ข้อมูล ด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) จากข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ ทำการจัดหมวดหมู่ข้อมูลที่มีความสัมพันธ์กัน และวิเคราะห์ความเชื่อมโยงของหมวดหมู่กำหนดเป็นกรอบแนวคิดในการวิเคราะห์ โดยนำเสนอกรอบแนวคิดที่มีความสัมพันธ์กันเพื่ออธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น ส่วนข้อมูลที่ได้จากการสนทนากลุ่ม จะทำการสรุปรวบยอดความคิดที่ได้จากการสนทนากลุ่ม และนำเสนออีกกลุ่มเพื่อตรวจสอบความถูกต้อง แล้วนำข้อมูลเหล่านั้นมาสังเคราะห์หาแนวทางในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจสอบการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5. ผลการวิจัย

จากการลงพื้นที่เก็บข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึกประชาชนกลุ่มผู้ให้ข้อมูล 5 กลุ่ม จำนวนทั้งสิ้น 18 คน ได้แก่กลุ่มบุคลากรของเทศบาลเมืองสีคิ้ว กลุ่มผู้นำชุมชน กลุ่มองค์กรและ

หน่วยงานในพื้นที่ กลุ่มผู้นำศาสนา และกลุ่มประชาชนทั่วไป รวมถึงการสนทนากลุ่มจากประชาชน 6 คน ได้ผลการวิจัยดังนี้

5.1 ลักษณะสำนึกทางกฎหมายของประชาชน

5.1.1 บทบาทของกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะของการมีส่วนร่วมทั้ง 5 ประการนั้น การมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานถือว่าเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อประชาชนน้อยที่สุด เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดลักษณะของการมีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลโดยตรง มี 2 ประการ ได้แก่ การตรวจสอบการดำเนินงานของเทศบาล และการร้องเรียนหรือร้องทุกข์ต่อเทศบาล

เรื่องการร้องเรียน หรือร้องทุกข์ต่อเทศบาลนั้น ประชาชนมีโอกาสเข้าถึงประสบการณ์ในการร้องเรียนร้องทุกข์อยู่บ้าง แต่ประชาชนมักเข้าใจว่าตนเองไม่สามารถร้องเรียนได้ เนื่องจากมองว่าตนเองเป็นเพียง “ชาวบ้าน” แต่ในรายที่มีการร้องเรียนร้องทุกข์ นั้นมักเป็นกรณีที่ประสบปัญหาความไม่สะดวกสบายในการดำรงชีวิตโดยตรง แต่ยังไม่มีความเด่นชัดในส่วนของการร้องเรียนในลักษณะที่เป็นการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลโดยตรง

ส่วนการตรวจสอบการดำเนินงานของเทศบาลนั้น ในภาพรวม ประชาชนส่วนใหญ่มองว่าเรื่องนี้ไม่ใช่หน้าที่ของตน และมองว่าเป็นเรื่องไกลตัว ไม่สามารถดำเนินการได้ ด้วยเหตุผลว่าตนเองเป็นเพียง “ชาวบ้าน” เช่นเดิม อย่างไรก็ตาม พบความแตกต่างของข้อมูลในแต่ละกลุ่ม ผู้ให้ ข้อมูล กลุ่มบุคลากรจะกล่าวถึงเรื่องของการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบในลักษณะของช่องทางที่สามารถให้ประชาชนตรวจสอบได้ ส่วนกลุ่มองค์กรและหน่วยงานในพื้นที่มักจะนำเสนอบทบาทของตนเองในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลได้ เช่นเดียวกับกลุ่มผู้นำชุมชน เพียงแต่แตกต่างในลักษณะของการเข้าไปตรวจสอบ ในขณะที่กลุ่มประชาชนนั้นกลับมีเพียงส่วนน้อยมากที่มองว่าการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลนั้นเป็นเรื่องที่ประชาชนทำได้ และจำนวนน้อยมากที่มองว่าเป็นหน้าที่ของประชาชนในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลด้วย แต่สำหรับกลุ่มผู้นำศาสนานั้น มองว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับตนเองเลย อาจจะด้วยมองว่าเพราะภารกิจทางด้านศาสนาที่ไม่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

5.1.2 ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล

เป็นการศึกษาความรู้ และความเข้าใจของประชาชน เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล ซึ่งจากผลการสัมภาษณ์สะท้อนให้เห็นว่า ในเรื่องของการ

ตรวจสอบการทำงาน ทั้งกรณีการร้องเรียน ร้องทุกข์ และการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลนั้น ผลการสัมภาษณ์สะท้อนให้เห็นว่าประชาชนมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องนี้ค่อนข้างน้อย ประชาชนบางกลุ่มโดยเฉพาะกลุ่มประชาชนทั่วไป ไม่เข้าใจว่าสิ่งที่ตนทำนั้นเป็นการร้องทุกข์ กล่าวโทษ หรือเป็นการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล ในขณะที่กลุ่มผู้มีบทบาทหรือเคยมีบทบาท เช่นกลุ่มผู้นำชุมชนและองค์กรหรือหน่วยงานในพื้นที่นั้นค่อนข้างเข้าใจในเรื่องของการร้องเรียน ร้องทุกข์ และการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล โดยสามารถยกตัวอย่างวิธีการในการร้องเรียนหรือ ร้องทุกข์ และช่องทางหรือโอกาสในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลได้ค่อนข้างชัดเจน

5.1.3 ทศนคติต่อกฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล

เป็นการศึกษาถึงทศนคติ มุมมองของประชาชนในการมองเรื่องของการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลว่ามีอยู่อย่างไร รวมถึงมุมมองในการมองตนเองของประชาชน โดยสามารถสะท้อนความเป็นตัวตนหรืออัตลักษณ์ของประชาชนได้¹¹ ซึ่งผลการสัมภาษณ์ปรากฏข้อเท็จจริงที่น่าสนใจดังนี้

ประชาชนในภาพรวม ทุกกลุ่มผู้ให้ข้อมูลเห็นว่าเรื่องของการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบเป็นเรื่องสำคัญ เป็นส่วนที่แสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสในการทำงานของเทศบาล แต่กลุ่มประชาชนทั่วไปส่วนใหญ่มองว่าเรื่องนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับตน ด้วยมองว่าตนเองเป็นเพียง “ชาวบ้าน” เท่านั้น เป็นเรื่อง “เสียเวลา” และไม่เป็นประโยชน์ ไม่สามารถทำอะไรได้ รวมถึงมองว่าตนเองเป็นคนนอก “สังคมสีคว” แต่สำหรับกลุ่มผู้มีหรือเคยมีบทบาทในชุมชน เช่นกลุ่มผู้นำชุมชน บุคลากรของเทศบาล องค์กรและหน่วยงานในพื้นที่ ประชาชนบางส่วน ค่อนข้างเห็นความสำคัญของการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลอย่างมาก

5.1.4 วิธีการแสดงออกซึ่งการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล

เป็นการศึกษาเพื่อค้นหาวิธีการในการแสดงออกซึ่งสิทธิของประชาชน ซึ่งในที่นี้คือการแสดงออกถึงวิธีการในการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ประชาชนจะมีสำนึกทางกฎหมาย แต่วิธีการในการแสดงออกอาจไม่จำเป็นต้องปรากฏในรูปแบบที่เป็นทางการ หรือจะต้องใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการเรียกร้องเสมอไป¹² ผลการวิจัยปรากฏวิธีการแสดงออกของประชาชนใน 3 ลักษณะดังนี้

¹¹Silbey, op.cit., pp. 338-341.

¹²Kennedy, Duncan, “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: the case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940,” *Research in Law and Sociology* 3 (1980): 22.

5.1.4.1 แสดงออกตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การร้องเรียนหรือร้องทุกข์ รวมไปถึงการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลโดยตรง ซึ่งอาจอยู่ในลักษณะของการเป็นคณะกรรมการตรวจสอบ ซึ่งกลุ่มที่เข้าใจถึงวิธีการอันเป็นทางการเช่นนี้ มักเป็นกลุ่มที่มีหรือเคยมีบทบาทในชุมชน ได้แก่ กลุ่มบุคลากร ผู้นำชุมชน กลุ่มองค์กรหรือหน่วยงานในพื้นที่ ล้วนเป็นกลุ่มที่ใช้วิธีการที่ค่อนข้างเป็นทางการเหล่านี้ในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล

5.1.4.2 การแสดงออกด้วยวิธีการอื่นแต่มีผลเป็นการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล เช่น วิธีการ “บอกกล่าว” หรือ “พูดคุย” ซึ่งเป็นลักษณะของการติดตาม สอบถามการทำงานของเทศบาลผ่านการพบปะพูดคุยในงานรื่นเริงตามเทศกาลต่างๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นช่องทางที่ไม่ใช่ช่องทางที่กฎหมายกำหนด แต่ส่งผลเป็นการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลในทางอ้อมได้เช่นเดียวกัน

5.1.4.3 การแสดงออกด้วยวิธีการอื่นที่ไม่มีผลเป็นการตรวจสอบ เช่น การแสดงออกโดยการ “บ่น” “นินทา” หรือขอให้ผู้บริหารรับผล “กรรม” จากการทำของตน

กล่าวในภาพรวมของสำนักทางกฎหมายของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตพื้นที่เทศบาลเมืองสีคิ้ว พบว่าผู้มีบทบาทในชุมชนมีส่วนร่วมดังกล่าวค่อนข้างสูง เช่น กลุ่มผู้นำชุมชนที่มีบทบาทอย่างมากและใช้อำนาจหน้าที่ของตนในฐานะที่เป็นผู้นำชุมชน นำความเดือดร้อนของประชาชนแจ้งไปยังเทศบาล และทำหน้าที่ในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลไปในคราวเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคราวประชุมระหว่างผู้นำชุมชนและเทศบาลที่จัดขึ้นเป็นประจำทุกเดือน สำหรับกลุ่มองค์กรหรือหน่วยงานในพื้นที่ก็พบว่ามีส่วนสำคัญอย่างมากในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล เพราะถือว่ามีโอกาสโดยตรงในการเป็นกรรมการในการตรวจสอบ ผู้ให้ข้อมูลบางท่านก็ได้มีโอกาสเป็นกรรมการในการตรวจสอบด้วย ในขณะที่กลุ่มประชาชนทั่วไปนั้น พบว่า มีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลค่อนข้างน้อย มักจะไม่ได้มีโอกาสในการใช้ช่องทางอย่างเป็นทางการตามที่กฎหมายกำหนดเท่าใดนัก ด้วยมองว่าตนเองไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล ทำให้ประชาชนไม่ค่อยให้ความสนใจในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล แต่อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงก็มีปรากฏจากการสัมภาษณ์ว่าประชาชนก็มีโอกาสในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลเช่นเดียวกัน แม้จะไม่ใช่วิธีช่องทางที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรง แต่ท้ายที่สุดก็ส่งผลเป็นการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลได้เช่นเดียวกัน ส่วนกลุ่มผู้นำศาสนา ค่อนข้างมีบทบาทจำกัดอย่างมากในการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล ทั้งด้วยมองว่าไม่ใช่ภารกิจทางด้านศาสนา และสถานะที่ไม่สามารถดำเนินการกิจกรรมด้านการมีส่วนร่วมได้มากนัก

5.2 แนวทางการส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานของเทศบาล

จากการสนทนากลุ่มของผู้ให้ข้อมูลพบว่า การตรวจสอบการดำเนินงานของเทศบาลนั้น มองว่าเป็นเพราะคำว่า “ตรวจสอบ” ประชาชนไม่เข้าใจว่าหมายความว่าอย่างไร ทำให้ประชาชนมองว่าไม่ใช่เรื่องหรือหน้าที่ของตน และมองว่าตนเป็นเพียง “ชาวบ้าน” ไม่มีสิทธิตรวจสอบ รวมถึงมองว่าแม้พบสิ่งผิดปกติหรือไม่ถูกต้องก็ไม่กล้ากระทำการใดด้วยกลัวผลกระทบที่จะตามมา และผู้เข้าร่วมสนทนากลุ่มยังเห็นพ้องต้องกันว่า ประชาชนทั่วไปในพื้นที่นั้น ไม่ค่อยเห็นความสำคัญของเรื่องการมีส่วนร่วม

สิ่งที่กลุ่มมองว่ามีผลต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลคือ การให้ข้อมูลในการทำงานของเทศบาลในแต่ละกิจกรรม และการให้ความรู้แก่ประชาชนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วม และความสำคัญของการมีส่วนร่วม ซึ่งกลุ่มได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหา และส่งเสริมสำนึกทางกฎหมายของประชาชนในการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลดังนี้

5.2.1 การให้ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานของเทศบาล

เพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ว่าเทศบาลนั้นดำเนินกิจกรรมอะไรบ้าง ซึ่งจะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนรับทราบข้อมูลแล้วสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆ ได้ โดยมีการประชาสัมพันธ์ผ่าน “เสียงตาสาย” โดยเทศบาล ด้วยเพราะเป็นหน้าที่ของเทศบาลอยู่แล้วที่ต้องมีการประชาสัมพันธ์ข่าวสารของเทศบาลรวมถึงเป็นผู้ซึ่งมีข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ได้ดีที่สุด และการประชาสัมพันธ์ผ่านผู้นำชุมชนซึ่งเป็นกลุ่มที่มีบทบาทสำคัญ และเข้าถึงประชาชนในพื้นที่ได้มากกว่าเทศบาล เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมได้มากยิ่งขึ้น ซึ่งถือเป็นวิธีการที่ทำให้ประชาชนได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมให้ได้ผลอย่างรวดเร็ว เห็นผลทันที แต่ก็ถือว่าเป็นการกระตุ้นให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมที่ได้ผลในระยะสั้น เพราะประชาชนจะสนใจเฉพาะกรณีที่ตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นโดยตรง

5.2.2 การให้ความรู้เกี่ยวกับการมีส่วนร่วม

เป็นกระบวนการในการสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเทศบาลและการมีส่วนร่วม รวมไปถึงบทบาทของประชาชนในการมีส่วนร่วมโดยให้ความรู้กับกลุ่มผู้นำชุมชน เนื่องจากเป็นกลุ่มที่มีบทบาทสำคัญอย่างมากในการมีส่วนร่วมของประชาชน และการให้ความรู้กับประชาชนทั่วไป เป็นกลุ่มเป้าหมายที่แท้จริงที่ต้องการให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการมีส่วนร่วม เนื่องจากเป็นผู้ซึ่งได้รับผลกระทบจากการทำงานของเทศบาลโดยตรง ซึ่งอาจเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาและใช้งบประมาณ เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจ เห็นประโยชน์และคุณค่าของการมีส่วนร่วม เป็นการส่งเสริมให้ประชาชนกล้าแสดงออกซึ่งสิทธิของตนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันจะก่อให้เกิดสำนึก

ทางกฎหมายในการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลให้เกิดขึ้น แต่ถือได้ว่าเป็นการดำเนินการที่จะส่งผลต่อสำนึกทางกฎหมายของประชาชนในการมีส่วนร่วมในระยะยาวได้ดีกว่าการประชาสัมพันธ์ข้อมูลข่าวสารการทำงานของทางเทศบาลเพียงอย่างเดียว

6. อภิปรายผล

6.1 บทบาทของกฎหมายและสำนึกทางกฎหมายของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากผลการวิจัยสะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของประชาชนนั้น พบว่า เทศบาลเมืองสีคิ้ว มีการกำหนดช่องทางในการให้ประชาชนได้ตรวจสอบการทำงานไว้หลายช่องทาง เช่น ตู้แดงรับแจ้งเรื่องราวทุจริต ปฏิทินแจ้งกิจกรรมที่มีหมายเลขโทรศัพท์ให้ประชาชนติดต่อกับผู้แทนได้โดยตรง เป็นต้น แต่ประชาชนโดยเฉพาะกลุ่มประชาชนทั่วไปไม่ได้เข้าใจว่าตนเองเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล มองว่าตนเองคือ “ชาวบ้าน” ซึ่งเป็นทัศนคติที่มองว่าตนไม่มีบทบาท ไม่มีหน้าที่ เป็นผู้ไม่มีสิทธิ และมีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่เข้าใจว่าตนเองสามารถตรวจสอบการทำงานของเทศบาลได้ ซึ่งจำกัดเฉพาะกลุ่มผู้มีบทบาทในชุมชน เช่น ผู้นำชุมชน และกลุ่มองค์กรหรือหน่วยงานในพื้นที่ สำหรับกลุ่มผู้นำชุมชนนั้น ถือว่าเป็นกลุ่มที่น่าสนใจ เนื่องจากเป็นกลุ่มที่เข้าถึงข้อมูลต่างๆ ได้มาก ทั้งข้อมูลด้านการบริหารงานของเทศบาล และข้อมูลความต้องการของประชาชนในพื้นที่ ดังนั้น ถือได้ว่ากลุ่มผู้นำชุมชนนั้นเป็นกลุ่มที่มีบทบาทอย่างมากในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล และสะท้อนความต้องการของประชาชนไปยังเทศบาล เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการจัดทำแผนพัฒนาของเทศบาลด้วย ซึ่งผลการสนทนากลุ่มก็สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน

กฎหมายดังกล่าวนี้มีบทบาทต่อประชาชนค่อนข้างน้อยในภาพรวม แต่ประชาชนในพื้นที่ที่มีโอกาสในการได้รับรู้ หรือเรียนรู้กฎหมายเหล่านี้ผ่านรูปแบบและกระบวนการต่างๆ ได้บ้าง และเมื่อเปรียบเทียบลักษณะสำนึกทางกฎหมายตาม Engel and Munger¹³ แล้วพบว่า กฎหมายเหล่านี้มีบทบาทต่อประชาชนได้ทั้ง 4 รูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นด้วยวิธีการที่เป็นทางการ การปรับเปลี่ยนมุมมองในการมองตนเอง การถ่ายทอดโดยอ้อมหรือทางวัฒนธรรม และบริบทโดยรอบนั้นสร้างการเรียนรู้ให้กับประชาชน แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายนี้ค่อนข้างมีบทบาทอย่างมากต่อกลุ่มบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในพื้นที่ ไม่ว่าจะเป็นบุคลากรของเทศบาล ผู้นำชุมชน หรือองค์กรหรือหน่วยงานในพื้นที่ แต่สำหรับประชาชนโดยทั่วไป และกลุ่มผู้นำศาสนานั้น กลับพบว่ากฎหมายมีบทบาทต่อบุคคล

¹³Engel and Munger, op.cit.

กลุ่มนี้ค่อนข้างจำกัดในบางเรื่อง เฉพาะเรื่องที่สัมพันธ์กับการดำเนินชีวิตของประชาชนเท่านั้น ที่กฎหมายเหล่านั้นจะมีบทบาทต่อประชาชนได้มากขึ้น

ผลการวิจัยสอดคล้องกับ สุรัชย์ ขอบชื่น¹⁴ ที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชนกับองค์การบริหารส่วนตำบลในการพัฒนาท้องถิ่นในจังหวัดนครราชสีมา และศรีสะเกษ วิทยวรรณ¹⁵ ที่ศึกษาประชาชนในพื้นที่องค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพี้ อำเภอทองแสนขัน จังหวัดอุตรดิตถ์ พบว่าประชาชนมีส่วนร่วมในระดับปานกลาง ทั้งทางด้านการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ การปฏิบัติการ การร่วมรับผลประโยชน์ และการประเมินผล ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับผลการศึกษาของ สุรัชย์ ขอบชื่น ที่พบว่าประชาชนมีส่วนร่วมให้พัฒนาท้องถิ่นระดับปานกลาง แต่ขั้นตอนการประเมินผลจากการพัฒนายังอยู่ในระดับน้อย

สำหรับด้านงบประมาณที่ผลการวิจัยพบว่ากฎหมายในเรื่องนี้มีบทบาทน้อยต่อประชาชน รวมไปถึงเรื่องของการมีส่วนร่วมในการเสนอความต้องการเกี่ยวกับงบประมาณต่อเทศบาลก็ไม่ปรากฏในผลการสัมภาษณ์เชิงลึก และการสนทนากลุ่ม ซึ่งแตกต่างจากงานของ ทินกร เงินอ่อน¹⁶ ที่ศึกษาการรับรู้และความต้องการของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการจัดการศึกษาส่วนท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบล อำเภอสรนครบุรี จังหวัดชัยนาท ที่พบว่าประชาชนมีความรู้ต่อการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับด้านงบประมาณและมีความต้องการมีส่วนร่วมในเรื่องดังกล่าวด้วย แต่ในเรื่องเกี่ยวกับการติดตามตรวจสอบยังคงมีลักษณะอย่างเดียวกัน คือ ไม่สนใจมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ

6.2 การแสดงออกของประชาชนในการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล

ประชาชนมีการแสดงออกในการมีส่วนร่วมใน 3 ลักษณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งทั้ง 3 ลักษณะนี้ลักษณะที่สะท้อนให้เห็นถึงสำนึกทางกฎหมายในการมีส่วนร่วมมากที่สุดคือ

¹⁴ สุรัชย์ ขอบชื่น, “การมีส่วนร่วมกับองค์การบริหารส่วนตำบลในการพัฒนาท้องถิ่นของประชาชนในจังหวัดนครราชสีมา,” (วิทยานิพนธ์สังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนา, มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา, 2551).

¹⁵ ศรีษฐไย วิทยวรรณ, “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพี้ อำเภอแสนขัน จังหวัดอุตรดิตถ์,” (วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตร์, มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรดิตถ์, 2551).

¹⁶ ทินกร เงินอ่อน, “การรับรู้และความต้องการของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการจัดการศึกษาส่วนท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบลอำเภอสรนครบุรี จังหวัดชัยนาท,” (วิทยานิพนธ์ครุศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรดิตถ์, 2550).

การแสดงออกตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแสดงออกด้วยวิธีการนี้น้อย รองลงมาคือการแสดงออกด้วยวิธีอื่นแต่มีผลเป็นการมีส่วนร่วมตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งมักเป็นวิธีการที่ประชาชนทั่วไปเลือกใช้ ส่วนการแสดงออกด้วยวิธีการอื่นๆ นั้นแสดงให้เห็นถึงสำนึกทางกฎหมายที่น้อยมาก เพราะเป็นการแสดงออกที่ไม่ได้มีอิทธิพลทางกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือมีน้อยมาก และเป็นวิธีการที่ประชาชนซึ่งไม่เข้าใจเรื่องการมีส่วนร่วมมักเลือกใช้ เมื่อพิจารณาจากผลการศึกษาของ Engel¹⁷ พบว่าสอดคล้องกัน โดยประชาชนไม่ค่อยเลือกใช้วิธีการตามกฎหมาย และที่ไม่เป็นทางการในการแก้ไขปัญหาหรือเรียกร้องสิทธิของตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการผ่านผู้มีบทบาทสำคัญในชุมชน ซึ่งผลการศึกษาของ Engel ก็พบว่าผู้เสียหายจากการละเมิดก็เรียกร้องผ่านผู้มีบทบาทสำคัญในชุมชนเช่นกัน สอดคล้องกับผลการสัมภาษณ์เชิงลึกที่ประชาชนมีการเรียกร้องสิทธิของตนเองผ่านผู้นำชุมชน ซึ่งถือว่าเป็นทางเลือกที่ประชาชนสนใจใช้เพื่อแสดงออกถึงการมีส่วนร่วม

เมื่อพิจารณาลักษณะการแสดงออกถึงการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบพบว่าสอดคล้องกับผลการวิจัยของ บัณฑิต พรหมรักษ์¹⁸ ที่ศึกษาการมีส่วนร่วมในการเมืองการปกครองท้องถิ่น ขององค์การบริหารส่วนตำบลภูคา อำเภอปัว จังหวัดน่าน โดยประชาชนแสดงออกถึงการมีส่วนร่วม ด้วยการส่งหนังสือร้องเรียนกล่าวโทษการบริหารขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นจำนวนน้อย

เมื่อพิจารณาประกอบกับทัศนคติของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล พบว่า ทัศนคติของประชาชนมีผลต่อการเลือกวิธีการในการแสดงออก โดยกลุ่มประชาชนที่มีบทบาทสำคัญในชุมชน เช่น ผู้นำชุมชน หัวหน้าหน่วยงาน กรรมการชุมชน อาสาสมัคร สาธารณสุขประจำหมู่บ้าน มักมองว่า การมีส่วนร่วมดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญและสามารถสะท้อนให้เห็นถึงความโปร่งใสในการทำงานของเทศบาลได้ ซึ่งมักจะเข้าใจด้วยว่าตนเองนั้นเป็นผู้มีสิทธิหรือหน้าที่ในการตรวจสอบการทำงาน ก็จะมีวิธีการในการแสดงออกสอดคล้องกับวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนกลุ่มประชาชนทั่วไป ส่วนใหญ่มองว่าตนเองเป็นเพียง “ชาวบ้าน” ตัว “เล็กๆ” นั้น และเข้าใจว่าตนเองไม่มีอำนาจหรือหน้าที่ไปตรวจสอบการทำงานของเทศบาล ก็มักจะเลือกแสดงออกด้วยวิธีการอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ ซึ่งอาจจะมีผลเป็นการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลหรือไม่ก็ได้

¹⁷Engel, David M., *Code and Custom in a Thai Provincial Court* (Tucson: University of Arisona Press, 1978).

¹⁸บัณฑิต พรหมรักษ์, “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการเมืองการปกครองท้องถิ่น ขององค์การบริหารส่วนตำบลภูคา อำเภอปัว จังหวัดน่าน,” (วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยราชภัฏ-อุตรดิตถ์, 2551), หน้า 20.

7. ข้อเสนอแนะ

7.1 ข้อเสนอแนะในการนำผลงานวิจัยไปใช้ประโยชน์

7.1.1 จากผลวิจัยในครั้งนี้สะท้อนให้เห็นว่าบทบาทของกฎหมายในเรื่องของการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาล มีบทบาทต่อประชาชนในพื้นที่เทศบาลเมืองสีคิ้วค่อนข้างน้อย ดังนั้นควรมีการให้ความรู้เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมเพื่อให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้อง และเห็นความสำคัญของการมีส่วนร่วม ทั้งการให้ความรู้ในระดับผู้นำชุมชน และประชาชนทั่วไป

7.1.2 ควรมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และการดำเนินงานของเทศบาลนั้น อาจทำได้โดย การดำเนินการผ่านการกระจายเสียงของเทศบาล ซึ่งเป็นกิจกรรมที่มีอยู่แล้วของเทศบาล หรือที่มักเรียกกันว่า “เสียงตามสาย” โดยกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ในการประชาสัมพันธ์ผ่านการกระจายเสียงของเทศบาลเป็นประจำทุกวัน เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบข้อมูลของเทศบาลอย่างทั่วถึง และอาจเพิ่มเติมด้วยการให้ผู้นำชุมชนเป็นผู้กระจายข้อมูลดังกล่าวแทนเทศบาลก็ได้ เพราะจากผลการสัมภาษณ์ผู้นำชุมชนมีโอกาสเข้าถึงประชาชนได้อย่างทั่วถึงเกือบทุกหลังคาเรือน ซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสในการรับรู้ของประชาชนได้มากยิ่งขึ้น

7.1.3 ควรมีการให้ความรู้เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งอาจทำได้โดยการจัดโครงการอบรมให้ความรู้ โดยเริ่มต้นกับกลุ่มผู้นำชุมชน ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีขนาดเล็ก การอบรมกลุ่มเล็กเช่นนี้จะสามารถทำให้เรียนรู้ทำความเข้าใจกับเรื่องเหล่านี้ได้ดี โดยทางเทศบาลอาจประสานความร่วมมือไปยังหน่วยงานที่มีความรู้ความสามารถในการให้ความรู้ เช่น มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา ซึ่งก็มีโครงการบริการวิชาการแก่ชุมชนและท้องถิ่นอยู่แล้ว และขยายผลของโครงการไปยังกลุ่มประชาชนทั่วไป ซึ่งการจัดกิจกรรมเช่นนี้ เทศบาลอาจจะต้องจัดสรรงบประมาณสนับสนุนหรือประสานขอความร่วมมือไปยังหน่วยงานที่มีภารกิจในการให้บริการประชาชน เป็นต้น

7.2 ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

7.2.1 เนื่องจากผลการวิจัยครั้งนี้เป็นการดำเนินการวิจัยดำเนินการด้วยวิธีการเชิงคุณภาพเพียงอย่างเดียวแต่ใช้วิธีการเก็บข้อมูล 2 รูปแบบ คือ การสัมภาษณ์เชิงลึก กลุ่มผู้ให้ข้อมูล 5 กลุ่ม และการสนทนากลุ่ม จากประชาชนทั่วไป 6 คน จำนวน 1 ครั้ง ซึ่งทำให้ผลการวิจัยยังขาดผลการวิจัยเชิงปริมาณเพื่อเป็นเครื่องสนับสนุนผลการวิจัยให้มีความน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น ซึ่งการวิจัยในครั้งนี้มีข้อจำกัดด้วยงบประมาณ จึงไม่สามารถทำได้ทั้งการวิจัยเชิงปริมาณและคุณภาพได้พร้อมกันในคราวเดียว

7.2.2 ควรศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพเพิ่มเติมต่อไปเพื่อศึกษาถึงสาเหตุหรือบริบทที่ทำให้ประชาชนต้องใช้วิธีการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลหรือการมีส่วนร่วมในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ เพื่อสามารถค้นพบปัจจัยที่ส่งผลต่อการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทำงานของเทศบาลดังกล่าว

7.2.3 หากมีการกำหนดประเด็นด้านการมีส่วนร่วมให้เจาะจงเฉพาะด้าน เช่น การมีส่วนร่วมในการจัดการขยะของประชาชนในเขตเทศบาล จะได้แนวทางในการส่งเสริมที่มีความชัดเจนเหมาะสมกับเหตุการณ์ที่มีลักษณะเฉพาะ และสอดคล้องกับประเด็นยุทธศาสตร์ชาติ

บรรณานุกรม

ทินกร เงินอ่อน. “การรับรู้และความต้องการของประชาชนต่อการมีส่วนร่วมในการจัดการศึกษาส่วนท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบลอำเภอสรคบุรี จังหวัดชัยนาท.” วิทยานิพนธ์ครุศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรดิตถ์, 2550.

บัณฑิต พรหมรักษ์. “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการเมืองการปกครองท้องถิ่น ขององค์การบริหารส่วนตำบลภูคา อำเภอปัว จังหวัดน่าน.” วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรดิตถ์, 2551.

มงคล เจริญจิตต์. “การรับรู้กฎหมายของผู้ใช้แรงงานในกิจการขนาดย่อม.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2551.

เศรษฐไชย หทัยวรรณ. “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นขององค์การบริหารส่วนตำบลน้ำพี้ อำเภอแสนขัน จังหวัดอุตรดิตถ์.” วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรดิตถ์, 2551).

สถาบันพระปกเกล้า. **ประวัติความเป็นมา** [Online]. Available URL: <http://kpi.ac.th/ประวัติความเป็นมา.html>, 2560 (ธันวาคม, 28).

_____. **เกี่ยวกับรางวัลพระปกเกล้า** [Online]. Available URL: <http://sv1.bizidea.co.th/team/for/award.kpi/#home-section>, 2560 (ธันวาคม, 28).

_____. **เทศบาลเมืองสีคิ้ว** [Online]. Available URL: <http://sv1.bizidea.co.th/team/for/award.kpi/award-searchdetail/61>, 2560 (ธันวาคม, 28).

สุรัชย์ ขอบชื่น. “การมีส่วนร่วมกับองค์การบริหารส่วนตำบลในการพัฒนาท้องถิ่นของประชาชนในจังหวัดนครราชสีมา.” วิทยานิพนธ์สังคมศาสตร์เพื่อการพัฒนา, มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา, 2551.

Duncan, Kennedy. “Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: the case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940.” **Research in Law and Sociology** 3 (1980): 22.

Engel, David M. **Code and Custom in a Thai Provincial Court**. Tucson: University of Arizona Press, 1978.

Marc, Hertogh. “A ‘European’ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich.” **Journal of Law and Society** 31, 4 (2004): 457.

- M. Engel, David and Munger, Frank W. **Rights of Inclusion: Law and Identity in the Life Stories of Americans with disabilities**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.
- S. Silbey, Susan. "After Legal consciousness." **Annual Review of Law and Social Science** 1 (2005): 323.

สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ
ในจังหวัดมหาสารคาม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช

สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม^{*}
Right to Euthanasia of the Hopeless Patients
in Mahasarakham Province

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช^{**}
Assistant Professor Dr.Duangden Nakseeharach

บทคัดย่อ

สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบตามกฎหมายไทย มีความชัดเจนและรับรองเฉพาะการปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายสงบหรือ passive euthanasia และต้องเป็นกรณีที่ผู้ป่วยดังกล่าว แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือแสดงเจตนาด้วยตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ส่วนประเด็นที่ยังถกเถียงว่าการช่วยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบหรือ active euthanasia ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น เมื่อไม่มีกฎหมายรับรองให้สามารถทำได้ การช่วยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบไม่ใช่การให้อิสระแก่คนไทยในการเลือกตาย ดังนั้น จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนในจังหวัดมหาสารคามซึ่งเป็นพื้นที่ในการสัมภาษณ์เชิงลึก บุคลากรทางการแพทย์ และนักกฎหมายส่วนใหญ่ทราบว่าตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวรับรองสิทธิในการแสดงเจตนาล่วงหน้า แม้ว่าบางคนจะไม่ทราบรายละเอียดก็ตาม อย่างไรก็ตาม นิสิต และประชาชนทั่วไป ยังไม่ทราบว่ามียกข้อยกเว้นดังกล่าวอยู่ จึงไม่ทราบว่าตนมีสิทธิและสามารถใช้สิทธิแสดงเจตนาล่วงหน้าได้จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรจัดอบรมให้ความรู้ทางกฎหมายแก่บุคคลทุกคนที่อาจเกี่ยวข้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและขั้นตอนตามกฎหมายดังกล่าว

^{*} บทความเรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม (Right to Euthanasia of the Hopeless Patients in Mahasarakham Province)” ได้รับทุนอุดหนุนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม งบประมาณรายได้ ประจำปีงบประมาณ 2557

ผู้วิจัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคามที่สนับสนุนงบประมาณรายได้ พ.ศ. 2557 ให้จัดทำโครงการวิจัย ขอขอบพระคุณผู้ให้สัมภาษณ์เชิงลึกทุกท่านที่สละเวลาที่มีค่าในการตอบคำถามเกี่ยวกับโครงการวิจัย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ขอขอบพระคุณ ท่านณัฐภักดิ์ เพ็ญผ่อง ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดมหาสารคาม ท่านฉัตรชัย กิตติอัมพานนท์ อัยการจังหวัดผู้ช่วย สำนักงานอัยการจังหวัดมหาสารคาม แพทย์หญิงสุกัญญา ชูคันหอม อาจารย์ประจำคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม รวมถึงคุณชญาภา น่วมันติ และอาจารย์มยุดี ภารกลาง.

^{**} อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ม. (สาขากฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Abstract

The right to euthanasia of hopeless patients under Thai law is clear and accepted, especially on the matter of passive euthanasia (letting go), and shall be expressed in writing, a so called “advance directive,” under Section 12 of the National Health Act B.E. 2550. The argument for active euthanasia for hopeless patients, however, still exists as to whether it is legal or illegal. If active euthanasia has not been recognized by any provision of law, Thai people do not have the legal right to choose to die. Thus, such an action is illegal in Thailand. According to in-depth interviews in Mahasarakham Province, most medical professionals and lawyers know that the advance directive has been recognized by Section 12 of the Act, although some are not familiar with the details of the Act. On the other hand, students and people do not know that such a provision exists. Therefore, they do not know that they have, and can exercise, the right to make an advance directive. The suggestion in this study is that people should be educated regarding the existence of the right, and the legal process under the Act, and people for whom the act may be an issue should be trained, so that they understand the rights and process under such Act.

คำสำคัญ: การุณยฆาต, การแสดงเจตนาปฏิเสธการรับการรักษา, ผู้ป่วยที่สิ้นหวัง

Keywords: euthanasia, living will, hopeless patients

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อถึงคราวที่มนุษย์ต้องเผชิญหน้ากับความตายโดยทันทกซ์ทรมานจากโรคหรืออาการบาดเจ็บที่ไม่อาจรักษาให้หายเป็นปกติได้ด้วยเครื่องมือทางการแพทย์สมัยใหม่ และผู้ป่วยตกอยู่ในภาวะ “พินกันไม่ได้ ตายก็ไม่ลง” แต่เป็นเพียงการยืดความตายหรือยืดชีวิตของบุคคลให้ขยายออกไปเท่านั้น ผู้ป่วยดังกล่าวจึงอยู่ในสภาพเหมือนเจ้าหญิงหรือเจ้าชายนิทราที่นอนรอความตายด้วยความทกซ์ทรมาน จึงมีปัญหาคิดขึ้นว่ามนุษย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ป่วยที่มีอาการหนัก ใกล้จะตายและหมดโอกาสในการรักษาให้ฟื้นขึ้นมา มีสิทธิที่จะตายอย่างสงบและตายอย่างมีศักดิ์ศรีหรือไม่ สิทธิที่จะตายนั่นถือเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งหรือไม่ บุคคลผู้มีสิทธิที่จะตายอย่างสงบมีใครบ้าง บุคคลที่ทำให้ผู้อื่นตายอย่างสงบนั้นมีใครบ้างซึ่งเมื่อได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการแล้วจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาและไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของผู้ป่วยที่ใกล้จะตายที่ได้แสดงเจตนาล่วงหน้าไว้ หากแพทย์เป็นผู้ช่วยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบหรือปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ แพทย์จะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ หากผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยที่มีอำนาจแสดงเจตนาแทนได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าจะใช้สิทธิปฏิเสธที่จะรับการรักษา (right to refuse medical treatment) เพื่อให้ได้ตายอย่างมีศักดิ์ศรี (dying with dignity) แต่แพทย์ได้ทำการรักษา คนไข้ต่อไปจะเป็นการขัดเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ป่วยหรือไม่ เหตุที่มีคำถามมากมายเนื่องจากคำถามตั้งอยู่บนพื้นฐานทางสังคม ความเชื่อ ศาสนาและวัฒนธรรมที่ทำให้มุมมองเกี่ยวกับการทำให้ตายอย่างสงบมีความแตกต่างกันไปนำมาสู่การบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไปด้วยเหตุผลดังกล่าว

จากทางปฏิบัติและหลักกฎหมายข้างต้น จึงเป็นเรื่องน่าศึกษาอย่างยิ่งว่า ในจังหวัดมหาสารคามมีการรับรองสิทธิที่จะตายของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบเพียงใด รวมถึงการใช้สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยในระยะสุดท้ายในจังหวัดมหาสารคามมีอยู่หรือไม่ เพียงใดด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.2.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.2.3 เพื่อศึกษาทางปฏิบัติและกฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในประเทศไทย

1.2.4 เพื่อศึกษาทัศนคติและความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง เช่น แพทย์ พยาบาล นักกฎหมาย อาจารย์ นิสิต ประชาชนทั่วไป รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับทางปฏิบัติและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

1.2.5 เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบตามกฎหมายในประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอ และประชาชนในจังหวัดมหาสารคามยังไม่เข้าใจเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

1.4.1 ศึกษาความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.4.2 ศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.4.3 ศึกษาทางปฏิบัติและกฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในประเทศไทย

1.4.4 ศึกษาทัศนคติและความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง เช่น แพทย์ พยาบาล นักกฎหมาย อาจารย์ นิสิต ประชาชนทั่วไป รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับทางปฏิบัติและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

1.4.5 วิเคราะห์แนวคิด ทฤษฎี ทางปฏิบัติ และกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องเพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยมุ่งศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายภายในของไทย รวมถึงเอกสารทางวิชาการทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศอันได้แก่ กฎหมาย หนังสือ งานวิจัย คุชชินีพนธ์ สารานิพนธ์ และบทความที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม และสัมภาษณ์เชิงลึก (in-depth interview) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาถอดบทเรียนจากความคิดเห็นและข้อเสนอแนะของบุคคลที่สัมภาษณ์เชิงลึกจากบุคคลที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

1.5.1 บุคลากรทางการแพทย์ ได้แก่ แพทย์ จำนวน 1 คน และพยาบาล จำนวน 1 คน

1.5.2 ผู้ป่วย จำนวน 1 คน

1.5.3 นักกฎหมายและนักวิชาการสายกฎหมาย ได้แก่ ผู้พิพากษา จำนวน 1 คน พนักงานอัยการ จำนวน 1 คน ทนายความ จำนวน 1 คนและเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ จำนวน 1 คน

1.5.4 นิสิตและนักศึกษา จำนวน 3 คน

1.5.5 ประชาชนทั่วไป จำนวน 4 คน

1.6 ผลที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1.6.1 ทำให้เข้าใจความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.6.2 ทำให้เข้าใจหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

1.6.3 ทำให้เข้าใจทางปฏิบัติและกฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในประเทศไทย

1.6.4 ทำให้เข้าใจทัศนะและความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง เช่น แพทย์ พยาบาล นักกฎหมาย อาจารย์ นิสิต ประชาชนทั่วไป รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับทางปฏิบัติและปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

1.6.5 ทำให้สามารถนำผลที่ได้รับจากการศึกษาเสนอแนะแนวทางเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

2. ทฤษฎี และแนวคิดพื้นฐานเรื่องสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

2.1 สิทธิที่จะตายอย่างมีศักดิ์ศรี

การตายอย่างมีศักดิ์ศรีหมายถึง การตายตามกระบวนการธรรมชาติของมนุษย์โดยปราศจากเครื่องมือยื้อชีวิตใดๆ เพื่อให้มนุษย์ได้สิ้นลมหายใจตามสภาพความเป็นมนุษย์อย่างแท้จริง บางที่เรียกว่า “สิทธิที่จะตาย” ในสังคมตะวันตก มีการเรียกร้องสิทธิที่จะตายกันมาก บางประเทศมีกฎหมายรับรองสิทธิที่จะตายไว้ชัดเจนเพราะการที่ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่กับเครื่องมือสมัยใหม่ของแพทย์ในกระบวนการช่วยยื้อชีวิตผู้ป่วย (life sustaining procedure) มีสายระโยงระยางต่อเข้ากับร่างกายผู้ป่วยอย่างถาวรนั้นเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ลง (dehumanization) ดังนั้นการปฏิเสธการรักษาโดยกระบวนการยื้อชีวิตของแพทย์ดังกล่าว สามารถทำให้กระบวนการช่วยเหลือคนที่กำลังจะตาย มีสภาพของความเป็นมนุษย์อย่างแท้จริง กล่าวคือการตายอย่างมีศักดิ์ศรีนั่นเอง ดังนั้น หลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาจึงออกกฎหมายว่าด้วยสิทธิที่จะตายขึ้น เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย โอเรกอนและเท็กซัส เป็นต้น¹ อย่างไรก็ตาม แนวคิดทางศาสนา เช่น ศาสนาคริสต์ ศาสนาอิสลาม เป็นต้น บางประเทศมีกฎหมายกำหนดให้ความผิดฐานฆ่าตัวตายไว้ กล่าวคือ ผู้ที่พยายามฆ่าตัวตาย แล้วไม่ตายจะถูกดำเนินคดีฐานพยายามฆ่าตัวตาย และผู้ที่ช่วยเหลือให้คนฆ่าตัวตายก็มีความผิดอาญาด้วย ในกรณีที่คนป่วยด้วยโรคที่รักษาไม่หาย และทนทุกข์ทรมานอยู่ในวาระสุดท้าย ปฏิเสธการรักษาโดยเครื่องช่วยชีวิตจากแพทย์ ปัจจุบันหลายประเทศ ได้ยกเลิกความผิดฐานฆ่าตัวตายไปแล้ว แต่ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ และมีคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศที่นำขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ทั้งในสหรัฐอเมริกาและยุโรป ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดการโต้แย้งสิทธิดังกล่าวบางประเทศจึงออกกฎหมายรับรองสิทธิที่จะตาย²

2.2 ศาสนาและจริยธรรม

กระบวนการทัศน์ทางศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และอิสลาม ต่างมีจุดร่วมกันในส่วนที่ว่า ความตาย คือสิ่งที่ต้องเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างกันอยู่ตรงที่เรื่องของความเชื่อในเรื่องของชีวิตหลังความตาย ศาสนาพุทธมองว่า ความตายเป็นเรื่องธรรมดาที่จะต้องเกิดขึ้นในโลก ศาสนาคริสต์มองว่าความตาย คือ การที่จิตวิญญาณของมนุษย์ถูกส่งไปพบกับพระเจ้า ส่วนศาสนาอิสลามนั้นจะมีลักษณะคล้ายกันกับแนวคริสต์ กล่าวคือ เชื่อเรื่องการกำเนิดและสิ้นสุดของชีวิตที่เชื่อว่าความ

¹วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การตายอย่างมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์,” ใน ตายอย่างมีศักดิ์ศรีมาตรา 24 ร่าง พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ (สำนักงานปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติ, 2545), หน้า 28.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

ตายตามบัญญัติศาสนาจะไม่เกิดขึ้นจริงจนกว่าวิญญาณจะออกจากร่างกาย และสิ่งที่จะเกิดตามมา คือ อวัยวะต่างๆ ของร่างกายจะหยุดทำงานสิ่งที่แสดงว่าชีวิตสิ้นสุดลงแล้วนั้น ถือตามเงื่อนไขว่า ให้ใช้เครื่องหมายและสัญลักษณ์ต่างๆ ของความตายที่ผู้คนรู้จักหรืออาศัยการตรวจภายนอกของแพทย์ ในกรณีที่ไมปรากฏเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่จะแยกคนเป็นออกจากคนตายได้³ ดังนั้น ศาสนาและจริยธรรมจึงกลายเป็นปัญหาโดยภาพรวมที่เกิดขึ้นที่ส่งผลต่อความเชื่อของคนในสังคมอย่างยิ่ง

2.2.1 ศาสนา

ก. ศาสนาพุทธ

แนวคิดเรื่องสิทธิที่จะตายนั้นค่อนข้างจะได้รับการยอมรับในสังคมไทย ทั้งในแวดวงกฎหมาย ปรัชญา และพระพุทธศาสนา เนื่องด้วยมีความเห็นพ้องต้องกันว่ามนุษย์เป็นเจ้าของชีวิต มีสิทธิที่จะกำหนดชะตาชีวิตของตนเองตราบเท่าที่ไม่กระทบผู้อื่น และถ้าอาการป่วยดังกล่าวร้ายแรงเสียจนทำให้มนุษย์ไม่อาจจะทำประโยชน์ต่อตนเองและผู้อื่นได้อีกต่อไป มนุษย์ก็สามารถเลือกใช้สิทธิที่จะตายได้⁴ ดังนั้น แม้ว่าในทางพุทธศาสนายังถือว่าชีวิตเป็นของประเสริฐสุดที่บุคคลพึงรักษาไว้ และการฆ่าผู้อื่นหรือฆ่าตัวตายเป็นบาป แต่ในแง่ของการยอมรับของสังคมไทยเกี่ยวกับการรณฆาต การเลือกใช้สิทธิที่จะตายหรือการรณฆาตนั้นอาจทำได้ หากแต่ต้องไม่ก่อให้เกิดการเบียดเบียนหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้อื่น

ข. ศาสนาอื่นๆ

ศาสนาที่นับถือเทพเจ้าหรือพระเจ้า เชื่อว่าพระเจ้าเป็นศูนย์กลางของศาสนา และเป็นผู้ให้กำเนิดโลกและสรรพสิ่งเช่น ศาสนาคริสต์⁵ และอิสลาม⁶ กล่าวคือ สำหรับศาสนาคริสต์ ประณามการฆ่าตัวตายเท่ากับการฆาตกรรม⁷ หลักศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก การรณฆาต

³ นวพงษ์ บุญสิทธิ์, “สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยในวาระสุดท้าย,” (รายงานหลักสูตรผู้พิพากษา ผู้บริหารศาลชั้นต้นรุ่นที่ 8 วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2553), หน้า 10.

⁴ Thanissaro Bhikkhu, **Buddhist Monastic Code I: Chapter 4, Parajika** [Online], available URL: <https://www.accesstoinight.org/lib/authors/thanissaro/bmc1.pdf>, 2013 (April, 25).

⁵ แผนกคริสตศาสนธรรม อัครสังฆมณฑลกรุงเทพฯ, **ทำไมการกระทำการรณฆาตกรรม (ฆ่าเพราะสงสาร) จึงเป็นสิ่งผิด** [Online], available URL: <http://www.kamsonbkk.com/index.php/catholic-catechism/> 2012-02-15-07-27-46/1036-007528, ม.ป.ป.

⁶ ชัยยิต มุฮัมมัดทุเซน ฟิฏุลลอฮ์, **การรณฆาตในมุมมองของอิสลาม** [Online], available URL: http://aldoraji.blogspot.com/2010/10/blog-post_5206.html, 2553 (ตุลาคม, 23).

⁷ เรื่องเดียวกัน.

จึงถือเป็นการฆาตกรรมรูปแบบหนึ่ง และชีวิตมนุษย์ไม่เหมือนกับสิ่งสร้างอื่นๆ ที่พระเจ้าทรงสร้างมา เช่นเดียวกับการทำแท้ง ส่วนศาสนาอิสลามประณามการฆ่าตัวตายว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎของพระเจ้าเป็นเจ้า เนื่องจากศาสนากลุ่มนี้เชื่อว่ามนุษย์เกิดมาจากการสร้างสรรค์ของพระเจ้าเป็นเจ้าและมนุษย์ต้องตาย การุณยฆาตในศาสนาอิสลาม จึงเป็นสิ่งต้องห้าม ไม่อาจกระทำได้และขัดต่อหลักคำสอนของศาสนา อิสลามนอกจากนี้ ศาสนายูดาห์ก็ไม่ยอมรับการฆ่าตัวตายทุกรูปแบบดั่งนั้น จึงมีปัญหาลิทธิในการ มีชีวิตจะสามารถขยายไปถึงสิทธิที่จะตายอย่างสงบได้หรือไม่ ซึ่งเป็นข้อถกเถียงที่มีความสำคัญขึ้น เรื่อยๆ เนื่องจากปัญหาหลักของสิทธิในการมีชีวิตตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักศีลธรรมและความเชื่อ ทางศาสนา⁸

2.2.2 จริยธรรมของแพทย์

แนวคิดที่สำคัญของจรรยาบรรณแพทย์ตั้งแต่สมัยกรีก คือ Hippocratic Oath ที่ว่า “ข้าพเจ้าขอปฏิญาณตนว่าจะไม่ให้คำแนะนำหรือการรักษาใดๆ อันเป็นการทำลายชีวิตผู้ป่วย แม้ร้องขอ” ดังนั้น ตามคำสาบานนี้แพทย์มีหน้าที่ช่วยชีวิตผู้ป่วย ที่ใกล้จะตายอย่างสุดความสามารถ และส่งผลอย่างยิ่งต่อการพัฒนาแนวคิดของสิทธิที่จะตาย เนื่องจากการกำหนดหน้าที่ของแพทย์ ว่าต้องรักษาและต้องช่วยชีวิตผู้ป่วยที่ใกล้จะตายให้ถึงที่สุดแม้ว่าต่อมาผู้ป่วยจะมีสภาพเป็นผักก็ตาม⁹ แนวคิดดังกล่าวส่งผลต่อสังคมส่วนใหญ่ว่า หากแพทย์กระทำการการุณยฆาตแล้ว ย่อมทำให้แพทย์ มีความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา

สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุขที่ให้บริการในสถาน บริการของรัฐ หรือให้บริการในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการให้บริการแก่ผู้ป่วย โดย ไม่มีเหตุสมควรในทุกกรณี เนื่องจากต้องให้บริการในฐานะให้บริการสาธารณะของบริการภาครัฐส่วน ผู้ป่วยที่ไปขอรับบริการนั้น เมื่อได้รับคำอธิบายจากผู้ประกอบวิชาชีพฯ จนเข้าใจลักษณะของบริการ ต่างๆ แล้ว มีสิทธิที่จะเลือกรับหรือปฏิเสธบริการประเภทใดประเภทหนึ่งก็ได้ เรียกว่า “สิทธิที่จะ เลือก” และเมื่อตัดสินใจขอรับบริการใดบริการหนึ่งแล้วก็แสดงความยินยอมเรียกว่า “ความยินยอม ที่ได้รับคำอธิบายแล้ว” ความยินยอมลักษณะนี้ในบางประเทศถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้บริการ เพราะถ้าไม่ได้รับการยินยอมลักษณะนี้จากผู้ป่วย ผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้ให้บริการอาจต้องรับผิดชอบ กฎหมายแพ่ง และอำนาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบทางอาญาด้วย เช่น ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เป็นต้น

⁸ Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 106.

⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “สิทธิที่จะตาย (Right to die),” *ตุลพาท* 43, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2539): 101-102.

3. ประเภท หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

3.1 ประเภทของการทำให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

สำหรับการทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบหรือการรณุญาตในทางกฎหมายจำแนกได้ 2 ข้อพิจารณา¹⁰ คือพิจารณาจากลักษณะของการกระทำของแพทย์และเจตนาของผู้ป่วย

3.1.1 พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของแพทย์แบ่งได้ 2 ประเภท ได้แก่

ก. การช่วยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ (active euthanasia) คือ การทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ชีวิตโดยเจตนา และผู้กระทำได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยโดยตรง เช่น การที่แพทย์ฉีดยาให้ยาหรือกระทำโดยวิธีอื่นๆ ให้ผู้ป่วยตายโดยตรง หรือการยุติการใช้เครื่องช่วยหายใจ¹¹ เป็นต้น ซึ่งโดยผลของการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายนั่นเอง

ข. การปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ (passive euthanasia) คือ การทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ชีวิตโดยเจตนา แต่ผู้กระทำมิได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย ทั้งยังปฏิเสธที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันมิให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย และโดยเหตุแห่งการปฏิเสธเช่นนี้เองทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย เช่น การที่แพทย์ไม่สั่งการรักษาหรือยกเลิกการรักษาที่จะยืดชีวิตผู้ป่วยที่สิ้นหวังแต่ยังคงให้การดูแลรักษาทั่วไปเพื่อช่วยลดความทุกข์ทรมานของผู้ป่วยลงจนกว่าจะเสียชีวิตไปเอง¹² เป็นต้น

คนส่วนใหญ่เริ่มยอมรับการทำการรณุญาตแบบ passive euthanasia เพราะเห็นว่าเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาล ผู้ป่วยรายใดมีคำสั่ง NR. หรือ No Resuscitation หรือผู้ป่วย NR. (do not resuscitate or no resuscitation) ซึ่งหมายถึง ไม่ต้องช่วยฟื้นชีวิตกลับมาได้ แพทย์ก็ไม่มีสิทธิจะใช้เทคโนโลยีใดๆ ในการยืดชีวิตของเขาต่อไป¹³ แต่การดูแล

¹⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์ (Medical Laws) วิเคราะห์ปัญหากฎหมายจากการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาถึงภาวะแท้งสมยอมตาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 177.

¹¹ กุลธิดา สามะพุทธิ, การการรณุญาต: ฆ่าด้วยความกรุณา [Online], available URL: <http://www.sarakadee.com/feature/2000/04/vote.shtml>, 2543 (ตุลาคม, 17).

¹² กุลธิดา สามะพุทธิ, การการรณุญาต: ฆ่าด้วยความกรุณา [Online], available URL: <http://www.sarakadee.com/feature/2000/04/vote.shtml>, 2543 (ตุลาคม, 17).

¹³ กุลธิดา สามะพุทธิ, การการรณุญาต: ฆ่าด้วยความกรุณา [Online], available URL: <http://www.sarakadee.com/feature/2000/04/vote.shtml>, 2543 (ตุลาคม, 17).

รักษาพยาบาลโดยทั่วไปยังคงต้องมียู่ การไม่ต้องยื้อชีวิตจึงไม่ได้หมายความว่า จะไม่ดูแลรักษาพยาบาล (no treatment)¹⁴ แต่บุคลากรทางการแพทย์มีหน้าที่ดูแลแบบประคับประคอง ดังนั้น ตามกฎหมายบุคคลที่มีหน้าที่ เช่น แพทย์และพยาบาล เป็นต้น ยังคงมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาและป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วยยังคงมียู่ตรงกันข้าม การช่วยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบยังไม่ค่อยได้รับการยอมรับ ส่วนหนึ่งเป็นเพราะความหวาดหวั่นต่อการเกิดอาชญากรรมที่แฝงมากับการทำ การุณยฆาต

3.1.2 พิจารณาจากเจตนาของผู้ป่วย แบ่งได้ 3 ประเภท ได้แก่

ก. การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยสมัครใจหรือการุณยฆาตโดยสมัครใจ (voluntary euthanasia) คือ การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบตามความประสงค์ของผู้ป่วยที่มีสติสัมปชัญญะอยู่นั้น (competent patient) หรือเป็นไปตามคำสั่งที่ผู้ป่วยได้ให้ไว้ล่วงหน้า (advance directive) กล่าวคือ ผู้ป่วยเป็นผู้ร้องขอให้แพทย์เป็นผู้ทำให้ตนตายอย่างสงบ เพื่อให้พ้นจากความทรมานจากโรคและความพิการ โดยแบ่งการกระทำได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1) การทำให้ตายอย่างสงบต่อผู้ป่วยโดยตรง (active voluntary euthanasia) คือ การที่ผู้ป่วยสมัครใจให้แพทย์ทำให้ตนตายโดยตรง เช่น การที่แพทย์ฉีดยาหรือให้ยาบางอย่างแก่ผู้ป่วยเกินขนาดเพื่อให้ผู้ป่วยสิ้นลมหายใจด้วยความไม่ทรมาน เป็นต้น

2) การทำให้ตายอย่างสงบต่อผู้ป่วยโดยทางอ้อม (passive voluntary euthanasia) คือ การที่ผู้ป่วยสมัครใจให้แพทย์งดหรือการหยุดการรักษาที่จะช่วยยืดอายุขัยของผู้ป่วยออกไปเช่น การให้แพทย์ถอดเครื่องช่วยหายใจ เป็นต้น

ข. การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยปราศจากความสมัครใจ (non-voluntary euthanasia) หมายถึง การทำให้ผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะ (incompetent patient) ตายโดยสงบตามความประสงค์ของผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการแสดงเจตนาแทนผู้ป่วย (patient's surrogate)

ค. การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบโดยขัดต่อความสมัครใจ (involuntary euthanasia) หมายถึง การทำให้ผู้ป่วยตายโดยสงบที่ขัดต่อความประสงค์ของผู้ป่วยหรือคำสั่งที่ผู้ป่วยให้ไว้ล่วงหน้า

¹⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์ (Medical Laws) : วิเคราะห์ปัญหากฎหมายจากการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาถึงภาวะแกนสมองตาย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 156.

3.2 หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้แก่ กฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 จะมีได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าสิทธิที่จะตายเป็นสิทธิมนุษยชนก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าไม่มีสิทธิที่จะตายแต่นักกฎหมายควรจำกัดกรอบในการตีความสิทธิที่จะตายโดยสมัครใจของผู้ป่วยเฉพาะสิทธิปฏิเสธการบำบัดรักษาเท่านั้น ไม่รวมถึงการร้องขอให้ผู้อื่นช่วยทำให้ตายด้วยเช่น ร้องขอให้แพทย์ฉีดยาหรือให้ยาเพื่อให้ตายอย่างสงบ เป็นต้น เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะเป็นความยินยอมหรือสมัครของผู้ป่วยก่อนตาย เนื่องจากเป็นการฆ่าผู้อื่นตายโดยเจตนาการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในทัศนะของผู้วิจัย ทั้งเป็นการละเมิดสิทธิที่มีชีวิตของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดด้วย แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าสิทธิที่ผู้ป่วยเลือกที่จะตัดสินใจเอง (right to self - determination) ที่จะฆ่าตัวตาย โดยความช่วยเหลือของแพทย์ (physician-assisted death) และสิทธิดังกล่าวก็เป็นสิทธิส่วนบุคคล (right of privacy) โดยเฉพาะการช่วยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ (active euthanasia) และการฆ่าตัวตายโดยการช่วยเหลือของแพทย์นั้น หาใช่สิทธิเด็ดขาดของผู้นั้นโดยเฉพาะที่จะปฏิเสธมิให้บุคคลใดเข้าแทรกแซงได้ เนื่องจากสังคมหรือรัฐย่อมมีสิทธิแทรกแซงการตัดสินใจดังกล่าวได้หากเป็นการขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public order)

สำหรับสิทธิในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยนั้น ปรากฏอยู่ในข้อ 3 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิผู้ป่วยของแพทยสมาคมโลก โดยข้อ 3 (ข) ของปฏิญญาดังกล่าวกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับตนเองไว้ว่า “ผู้ป่วยมีสภาพจิตใจที่สมบูรณ์มีสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ความยินยอมแก่แพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคหรือบำบัดรักษาโรคของตน ผู้ป่วยมีสิทธิได้รับข้อมูลที่จำเป็นในการตัดสินใจของตนเอง ผู้ป่วยจะต้องเข้าใจอย่างชัดเจนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการตรวจทดสอบหรือการบำบัดรักษา ผลที่จะได้รับ รวมถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการที่ไม่ให้ความยินยอม”¹⁵ ซึ่งเห็นได้ว่าสิทธิในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยนั้นตกอยู่ภายใต้ข้อ 3 (ข) โดยผู้ป่วยมีสิทธิที่จะให้หรือไม่ยอมให้ความยินยอมแก่แพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคหรือบำบัดรักษาโรคของตนก็ได้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ป่วยจะต้องเป็นผู้มีสภาพจิตใจสมบูรณ์ และจะต้องเข้าใจอย่างชัดเจนเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการ

¹⁵วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิผู้ป่วยของแพทยสมาคมโลก,” *คลินิก* 24, 10 (ตุลาคม 2551): 922-924.

ตรวจทดสอบ หรือการบำบัดรักษา ผลที่จะได้รับ รวมถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการที่ไม่ให้ความยินยอม¹⁶

3.3 กฎหมายและทางปฏิบัติของต่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

ปัจจุบันการการุณยฆาตยังคงเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายในหลายๆ ประเทศ อย่างไรก็ตาม บางประเทศที่รับรองสิทธิในการทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะให้อำนาจแก่แพทย์และให้สิทธิแก่ผู้ป่วยสามารถเลือกใช้สิทธิตายอย่างสงบได้ นอกจากนี้ บางประเทศไม่มีกฎหมายรองรับทั้งนี้ แนวทางในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการการุณยฆาตของประเทศต่างๆ รวมถึงการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยสามารถจัดกลุ่มได้ดังนี้

3.3.1 ประเทศที่ออกกฎหมายเฉพาะรับรองให้การช่วยให้ตายและการปล่อยให้ตายอย่างสงบเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ เนเธอร์แลนด์ และเบลเยียม สำหรับเนเธอร์แลนด์เป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายบัญญัติการทำให้ตายอย่างสงบได้โดยขัดแย้งทั้งกรณีการช่วยให้ตายและปล่อยให้ตายโดยแพทย์สามารถกระทำได้และไม่ถูกลงโทษ กฎหมายนี้มีชื่อว่า Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act ซึ่งมีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2545 (ค.ศ.2002) ส่วนประเทศเบลเยียมเป็นประเทศที่สองที่ออกกฎหมายมารับรองสิทธิในการการุณยฆาตต่อจากเนเธอร์แลนด์ ตาม Belgian Euthanasia Act 2002 (พระราชบัญญัติว่าด้วยการการุณยฆาต)¹⁷ นับตั้งแต่กฎหมายมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2545 และต่อมาในปี พ.ศ.2556 (ค.ศ.2013) ได้มีการขยายการการุณยฆาตกับกรณีผู้ป่วยเด็กซึ่งป่วยในระยะสุดท้าย (terminally ill children) ด้วย¹⁸

3.3.2 ประเทศที่ออกกฎหมายรับรองเฉพาะการปฏิเสธการรักษาที่ต้องมีการแสดงเจตนาล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ให้สิทธิเลือกทำหนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิต ซึ่งมีใช้การปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ (passive euthanasia) กฎหมายเฉพาะดังกล่าวทำให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาร่วมกับผู้อื่นโดยเจตนา เช่น

¹⁶ วิฑูรย์ อังประพันธ์, เรื่องเดียวกัน.

¹⁷ สุทธิพงษ์ แสงทอง, “การุณยฆาตกับความชอบด้วยกฎหมาย,” (การค้นคว้าอิสระวิทยาศาสตร์-มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2552), หน้า 15.

¹⁸ BBC, **Belgian Senate votes to extend euthanasia to children** [Online], available URL: <http://www.bbc.com/news/world-europe-25364745>, 2013 (December, 13).

ก. สหรัฐอเมริกา ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Patient Self-Determination Act 1990 กำหนดให้บุคลากรด้านการแพทย์และสาธารณสุข ต้องให้ความรู้แก่ผู้ป่วยและชุมชนได้ทราบถึงสิทธิของผู้ป่วยที่จะแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าที่จะกำหนดวิธีการรักษาที่เขาต้องการหรือไม่ต้องการในภาวะที่เขาไม่อาจแสดงเจตนาขึ้นได้ การแสดงเจตนาดังกล่าวต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “advance directives” โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้แต่ละรัฐตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำ advance directives ของอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อมีการทำเอกสารแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้ากันมากๆ ปัญหาการนำคดีขึ้นสู่ศาลก็ย่อมจะลดลงและ Uniform Health-Care Decisions Act 1993¹⁹

ข. อังกฤษ ได้ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Mental Capacity Act 2005 วางหลักไว้ในมาตรา 24-26 วางหลักให้ผู้ป่วยที่อายุ 18 ปีขึ้นไปซึ่งในขณะที่มีความสามารถและมีสติสัมปชัญญะทำหนังสือแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าเพื่อปฏิเสธการรักษา แม้ว่าจะได้แสดงเจตนาในการปฏิเสธการรักษาไปแล้ว บุคคลเช่นว่านั้นสามารถถอนหรือเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาด้วยวาจา โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ²⁰

ค. ออสเตรเลีย เช่น มลรัฐ Northern Territory ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Natural Death Act 1988 มลรัฐ South Australia ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Consent to Medical Treatment and Palliative Care Act 1995 มลรัฐ Australian Capital Territory ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Medical Treatment Act 1994 และมลรัฐ Victoria ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Medical Treatment Act 1988²¹

¹⁹ สุทธิพงษ์ แสงทอง, เรื่องเดิม, หน้า 70-71.

²⁰ Legislation.gov.uk, **Mental Capacity Act 2005** [Online], available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/part/1/crossheading/advance-decisions-to-refuse-treatment,2005> (April, 8).

²¹ Legislation.gov.uk, **Mental Capacity Act 2005** [Online], available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/part/1/crossheading/advance-decisions-to-refuse-treatment,2005> (April, 8).

ง. สิงคโปร์ ออกกฎหมายเฉพาะที่มีชื่อว่า Advance Medical Directive Act 1996²² และบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการช่วยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบหรือ active euthanasia เป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาวิจัยสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะด้านสิทธิมนุษยชนรับรองสิทธิที่จะมีชีวิตอย่างชัดแจ้งในสนธิสัญญาหลายฉบับ รวมถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศ แต่ก็ได้ปฏิเสธสิทธิที่จะตายแต่อย่างใด เพียงแต่สิทธิที่จะตายนี้ มีความหมายจำกัดตามกรอบของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะกำหนดเช่นไรมิให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของภพนั้นๆ ว่าจะยอมรับได้มากน้อยเพียงใดระหว่างการเร่งตายหรือช่วยทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ (active euthanasia) กับปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ (passive euthanasia) เกณฑ์ว่าจะอนุญาตให้แพทย์และผู้ป่วยทำได้หรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ ตลอดจนความเชื่อ และศาสนาประกอบด้วย แต่รัฐส่วนใหญ่เห็นว่า การปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ เป็นสิ่งที่ไม่ขัดต่อสิทธิมนุษยชนและแพทย์สามารถทำได้ อย่างไรก็ดี แต่ความชัดแจ้งก็ควรมีหนังสือแสดงเจตนา advance directives เพื่อให้ตรงกับเจตนาของผู้ป่วยจริงๆ และสามารถพิสูจน์ได้ และผู้ป่วยที่สามารถขอให้ปล่อยให้ตนตายอย่างสงบนี้ก็ต้องเป็นผู้ป่วยที่รักษาไม่หายและมีสภาพเป็นพืชผักนั้นเองส่วนการรับรองการทำให้ตายอย่างสงบในกฎหมายต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่ดังได้กล่าวมาข้างต้น การทำให้ตายอย่างสงบหรือการการุณยฆาตเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่สามารถแสดงเจตนาล่วงหน้าเป็นหนังสือได้ ในขณะที่เพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้น เช่น เนเธอร์แลนด์ และเบลเยียมได้รับการการุณยฆาตทั้งกรณีช่วยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบและปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและเป็นการเคารพสิทธิที่จะตายของบุคคล โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายเฉพาะ

4. กฎหมายไทยและบทสัมภาษณ์เชิงลึกของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

4.1 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ

สำหรับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนั้นได้รับรองในมาตรา 28 วรรคแรก หมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิต

²²Legislation.gov.uk, **Mental Capacity Act 2005** [Online], available URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/part/1/crossheading/advance-decisions-to-refuse-treatment,2005> (April, 8).

และร่างกาย” บทบัญญัติมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยรับรองสิทธิในการมีชีวิต ซึ่งหมายรวมถึงสิทธิของผู้ป่วยในการปฏิเสธการรักษาด้วยโดยเฉพาะมีกฎหมายเฉพาะออกรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ด้วยตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ทั้งนี้ในประเทศไทยมีการกล่าวถึงคำว่า “สิทธิที่จะตาย” เนื่องจากประเทศไทยไม่มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษผู้ที่ฆ่าตัวตายแล้วไม่ตาย จึงไม่มีความผิดฐานพยายามฆ่าตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานพยายามฆ่าตัวตาย รวมทั้งไม่มีความผิดในการช่วยให้ผู้ใดฆ่าตัวตายด้วย²³ ดังนั้น การฆ่าตัวตายในประเทศไทยจึงเป็นเสรีภาพมากกว่าที่จะเป็นสิทธิการปฏิเสธการรักษาด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่ เพื่อต้องการ ให้เขาตายตามธรรมชาติ โดยไม่มีการแทรกแซง ชัดขวางด้วยการแพทย์สมัยใหม่ จึงไม่ควรมองว่าเป็นการใช้สิทธิที่จะตายอย่างสังคมตะวันตก ดังนั้น บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนา ไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข ที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้²⁴ สำหรับกรณีที่แพทย์ยุติการช่วยชีวิต โดยหยุดเครื่องช่วยหายใจสำหรับผู้ป่วยที่อยู่ในขั้นโคม่า ไม่รู้สึกตัวและอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจ อันเป็นขั้นตอนทางการแพทย์ (medical treatment) ในทางกฎหมายมองว่าแพทย์ไม่มีความผิด เนื่องจากไม่เป็นการฆ่า (killing) หากเป็นการปล่อยให้ตายไปเอง (letting die)²⁵ ในส่วนกรณีที่ ผู้ป่วยเองไม่อาจแสดงเจตนาได้อย่างมีสติสัมปชัญญะ ก็ให้ญาติผู้ที่อยู่ใกล้ชิดผู้ป่วยที่สุด เป็นผู้แสดงเจตนาโดยอาศัยข้อมูลจากแพทย์ แต่ถ้าไม่มีผู้ใดใกล้ชิดก็ให้แพทย์ ผู้เชี่ยวชาญ จิตแพทย์ และผู้แวดล้อมใกล้ชิดเป็น ผู้กำหนดเจตนาของผู้ป่วย โดยคำนึงถึงศีลธรรม จารีตประเพณี ความรู้สึกในทางมนธรรม วัฒนธรรม เทคโนโลยี ความเมตตาสงสาร จรรยาบรรณของแพทย์ สภาพสังคม ฐานะเศรษฐกิจของผู้ป่วย และผู้แวดล้อมนั้นๆ เอง²⁶

แม้ว่าทั้งการช่วยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ (active euthanasia) หรือการปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ (passive euthanasia) จะมีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกันคือความตายอย่างสงบและตายอย่างมีศักดิ์ศรี แต่ก็มีแตกต่างว่าแพทย์กระทำการดังกล่าวแล้วจะก่อให้เกิด

²³ ยกเว้นการกระทำความผิดตามมาตรา 293 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งวางหลักและกำหนดความผิดช่วยหรือยุยงเด็กอายุไม่เกินสิบหกปีหรือผู้ซึ่งสามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไรหรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนเองได้ ให้ฆ่าตนเองและได้มีการฆ่าตนเองหรือพยายามฆ่าตนเองเกิดขึ้น จึงเป็นความผิดตามมาตรา 293

²⁴ นันทน อินทนนท์, “สิทธิการตาย: สังคมไทยพร้อมแล้วจริงหรือ,” หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ 22 พฤษภาคม 2545 อ้างใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา-สิทธิที่จะตาย,” ใน **รวมบทความก่อนวันผลิตใบ** (กรุงเทพมหานคร: บริษัทเอมี เอ็นเตอร์ไพรซ์, 2552), หน้า 72.

²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “กฎหมายกับการปล่อยให้ตายอย่างสงบ,” **บทบัญญัติ** 49, 4 (ธันวาคม 2536): 45.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

ความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ กล่าวคือกรณี active euthanasia นั้นยังเป็นกรณีที่หาข้อสรุปได้ยาก และยังมีข้อโต้แย้งจากนักกฎหมายหลายท่านว่าการกระทำของแพทย์ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย โดยตรงนั้น เช่น การฉีดยาหรือให้ยาเพื่อทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบเป็นการเร่งให้ผู้ป่วยตายเร็วขึ้นหรือไม่ ดังนั้น หากพิจารณาเรื่อง active euthanasia ตามหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว การกระทำของแพทย์ในเรื่องดังกล่าวย่อมไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายอนุญาตโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม กฎหมายภายในของไทย ยังไม่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด หากแพทย์กระทำการ active euthanasia จึงมีความรับผิดชอบทางอาญา ฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับประเทศไทยรับรองเรื่องใช้สิทธิปฏิเสธการรักษาว่าต้องมีการทำหนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย หรือที่เรียกว่า “living will” บัญญัติไว้ในมาตรา 12²⁷ ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ซึ่งรับรองไว้เฉพาะสิทธิในการปฏิเสธการรักษาซึ่งต้องแสดงเจตนาเป็นหนังสือล่วงหน้าเปิดโอกาสให้ผู้ป่วยหรือประชาชนสามารถทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขไว้ล่วงหน้าตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แพทย์หรือผู้ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาผู้ป่วยมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิและความประสงค์ของผู้ป่วยที่ได้ทำเป็นหนังสือแสดงเจตนาไว้ เมื่อแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขย่อมอ้างเหตุดังกล่าวยกเว้นความผิดได้ตามวรรคท้ายของมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้ให้อำนาจผู้อื่นใช้สิทธิในการปฏิเสธการรักษาหรือทำหนังสือแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาแทนผู้ป่วยได้ แม้สภาพร่างกายผู้ป่วยจะเข้าหลักเกณฑ์ในการมีสิทธิปฏิเสธการรักษาก็ตาม และมีได้รับรองสิทธิของผู้ป่วยในการร้องขอให้แพทย์ทำให้ตายอย่างสงบต่อผู้ป่วยโดยตรง (active voluntary euthanasia) กล่าวคือ การที่ผู้ป่วยร้องขอให้แพทย์ยุติการมีชีวิตของตนในขณะที่ตนมีสติสัมปชัญญะดังนั้น หากแพทย์ได้กระทำการตามคำร้องขอของผู้ป่วย แม้จะเกิดจากความสมัครใจของผู้ป่วยเอง ก็ไม่เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดแก่แพทย์

²⁷ มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตนหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้วมิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดทั้งปวง”.

สำหรับการตีความสิทธิในการปฏิเสธการรักษาในประเทศไทยตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มีความชัดเจนยิ่งขึ้น **เมื่อมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 11/2558** รับรองสิทธิในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ²⁸ ในตอนหนึ่งของคำพิพากษาที่น่าสนใจคือ ศาลรับรองว่าสิทธิในการปฏิเสธการรักษา “เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถทำเป็นหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข มีผลทำให้แพทย์ต้องเคารพการตัดสินใจดังกล่าว ในกรณีนี้ไม่ใช่สิทธิเลือกที่จะไม่มีชีวิตอยู่แต่เป็นสิทธิในการเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลเพื่อที่จะได้ตายตามธรรมชาติและเป็นการแสดงสิทธิในชีวิตและร่างกาย โดยเป็นการยืนยันความประสงค์ไว้ล่วงหน้าเพื่อประกาศให้สาธารณชนทราบความประสงค์ของตนว่าจะใช้สิทธิเช่นใด จึงไม่ใช่การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดเล็งเห็นว่าไม่ใช่คำว่า “สิทธิที่จะตาย” หรือ “สิทธิที่จะเลือกตาย” หรือ “การอนุญาต” หรือ “การทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ” แต่ใช้คำว่า “การเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาเพื่อที่จะได้ตายตามธรรมชาติ” (ถ้อยคำตามมาตรา 12 วรรคแรก) แทน ตามความเห็นของผู้วิจัย เห็นว่าการเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาเพื่อจะตายตามธรรมชาตินี้ คือการทำให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังอย่างสงบ หรือ “การปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ” (passive euthanasia) ประเภทหนึ่ง แต่ต้องอยู่ภายใต้ความประสงค์ของผู้ป่วยนั่นเองแสดงเจตนาในหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้า กล่าวคือ การแสดงเจตนาของผู้ป่วยเอง เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแสดงเจตนา

4.2 บทสัมภาษณ์เชิงลึกของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคาม

ผู้วิจัยได้รวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึก (in-depth interview) เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบในจังหวัดมหาสารคามเพื่อนำข้อมูลที่ได้มาเขียนประกอบงานวิจัยเอกสารให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และได้ข้อมูลที่อาจไม่พบในแหล่งเอกสาร ทั้งนี้ คำถามที่ใช้ในการสัมภาษณ์เชิงลึกแก่บุคคลดังกล่าวมีจำนวน 7 คำถามดังนี้

- 1) ในมุมมองของท่าน “ผู้ป่วยที่สิ้นหวัง” หมายความว่าอย่างไรและท่านเคยมีบิดามารดาหรือญาติพี่น้องที่เป็นผู้ป่วยที่สิ้นหวังหรือไม่ อย่างไร
- 2) ท่านมีความรู้เกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบหรือการอนุญาตหรือไม่ อย่างไร

²⁸ ขาวคณะกรรมาธิการสุขภาพแห่งชาติ, **สรุปคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ พ.11/2558** [Online], available URL: <http://www.nationalhealth.or.th, 2558> (มิถุนายน, 18).

- 3) การใช้สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบผิดศีลธรรมหรือไม่
 - 4) การใช้สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบหรือการุณยฆาตผิดกฎหมายหรือผิดจรรยาบรรณวิชาชีพ หรือไม่ อย่างไร
 - 5) การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังสามารถตายอย่างสงบหรือการุณยฆาตเป็นผลดีต่อผู้ป่วยที่สิ้นหวังหรือครอบครัวของผู้ป่วยหรือไม่ อย่างไร
 - 6) ท่านทราบหรือไม่ว่ามีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้โอกาสให้ผู้ป่วยหรือประชาชนสามารถแสดงเจตนาเป็นหนังสือเพื่อแสดงความประสงค์ไม่รับบริการสาธารณสุขล่วงหน้าตามมาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550
 - 7) ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะอื่นๆ
- โดยผู้วิจัยได้เข้าสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ 1. บุคลากรทางการแพทย์ ได้แก่ แพทย์ และพยาบาล 2. ผู้ป่วย 3. นักกฎหมาย ได้แก่ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายความ และเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 4. นิสิตและนักศึกษา และ 5. ประชาชนทั่วไปทั้งนี้ สามารถสรุปได้ดังนี้

4.2.1 บุคลากรทางการแพทย์

ในมุมมองแพทย์ที่ถูกสัมภาษณ์ เช่น แพทย์หญิงสุกัญญา ชูคันหอม อาจารย์แพทย์ คณะแพทยศาสตร์มหาวิทยาลัยมหาสารคาม มีความเห็นว่าการจะพิจารณาว่าบุคลากรทางการแพทย์ทุกคนจะทำหน้าที่ในการรักษาอย่างสุดความสามารถเสมอ จะไม่เร่งให้คนป่วยจากไปเร็วกว่าเดิม บุคคลนั้นผู้ป่วยที่สิ้นหวังหรือไม่ต้องรักษาแบบประคับประคองไปจนกว่าจะถึงวาระสุดท้าย แล้วต้องประเมินจากหลายปัจจัย และการถอดสายเครื่องช่วยหายใจผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ ผู้ป่วยในกรณีที่ผู้ป่วยไม่รู้สึกร่างกายจะให้ญาติใกล้ชิดให้ความยินยอมเป็นหนังสือหรือลงนามเพื่อปฏิเสธเครื่องช่วยหายใจหรือ NR กล่าวคือ ผู้ป่วยหรือญาติใกล้ชิดต้องให้ความยินยอมในการถอดเครื่องช่วยหายใจ ภายใต้ความเห็นและคำแนะนำของแพทย์ซึ่งมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจ

ในมุมมองของพยาบาลที่ถูกสัมภาษณ์ สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบผิดศีลธรรมหรือไม่ นั้น ทั้งแพทย์และพยาบาลเห็นว่า เป็นประเด็นที่ตอบยาก แต่เห็นว่าถ้ามองที่ตัวผู้ป่วยเป็นการให้ตายอย่างสงบโดยไม่ทรมาน เพราะหากยื้อชีวิตไปก็ไม่ช่วยให้คุณภาพชีวิตเขาดีขึ้น หากการกระทำดังกล่าวเกิดประโยชน์เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นความทรมานแบบบริสุทธิ์ใจไม่ผิดศีลธรรม และในขณะเดียวกันการดูแลผู้ป่วยในระยะสุดท้ายเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งซึ่งมีกำหนดไว้ในนโยบายของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติหรือ สปสช. ว่าหากทำการการุณยฆาตแบบ passive euthanasia โดยยึดหลักของธรรมชาติคือทำให้เขาจากไปอย่างที่เป็นวิถีทางธรรมชาติ ย่อมไม่มีความผิด แต่ถ้าใช้ยาแรงหรือวิธีที่ผิดธรรมชาติ (active euthanasia) กรณีนี้ย่อมผิดจรรยาบรรณและ

เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพราะยังไม่มีกฎหมายฉบับใดออกมารับรอง แต่หากผู้ป่วยร้องขอว่า หากเขาจะตายอย่าใช้เครื่องช่วยหายใจให้ปล่อยให้ตายอย่างสงบ แพทย์จำต้องเคารพสิทธิของผู้ป่วย ด้วย และหากเตรียมการและวางแผนล่วงหน้าในการแสดงเจตนาที่จะปฏิเสธการรักษา ย่อมช่วย ประหยัดค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลแก่ผู้ป่วยที่สิ้นหวังหมดความทุกข์ทรมาน และพอสรุปได้ว่า บุคลากรทางการแพทย์ต่างยืนยันหลักในการรักษาผู้ป่วยอย่างเต็มความสามารถและประคับประคอง ผู้ป่วยไปจนถึงวินาทีสุดท้าย

4.2.2 ผู้ป่วย เช่น นางชญาภา น้าบัณฑิตและนางมยุดี ภารกลาง ต่างก็ให้ความเห็น ความหมายที่ตรงกันว่าผู้ป่วยที่สิ้นหวัง หมายถึง หมดหวังไม่มีทางที่จะรักษาและไม่มีกำลังใจที่จะทำ อะไรต่อไป และผู้ให้สัมภาษณ์ก็ไม่ทราบและไม่มีความรู้เกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่าง สงบหรือการุณยฆาตและไม่ทราบว่ามิบบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวหรือไม่ และไม่ทราบว่ามาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 รับรองสิทธิปฏิเสธการรักษา ของผู้ป่วยโดยทำเป็นหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้า แต่ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นตรงกันว่า การใช้สิทธิในการ ตายอย่างสงบเป็นผลดีสำหรับตัวผู้ป่วยเองคือ ผู้ป่วยไม่ต้องทุกข์ทรมานจากอาการเจ็บป่วย และผลดี สำหรับครอบครัว คือ ไม่ต้องเป็นภาระให้แก่ผู้ดูแล ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น

4.2.3 นักกฎหมาย

ก. ผู้พิพากษา

นายณัฐภักดิ์ เพือก่อง ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัดมหาสารคาม ให้ความเห็นว่า ผู้ป่วยที่สิ้นหวัง หมายความว่า คนที่อยู่ในภาวะที่ตนเองทุกข์ทรมานกับการเจ็บป่วย หรือท้อแท้ ไม่มีหนทางที่จะรักษาให้หายขาดได้ รวมทั้งสิ้นหวังของครอบครัว นายณัฐภักดิ์ ทราบ ถึงความหมายของการุณยฆาต ว่าหมายถึง การฆ่าด้วยความเมตตา หรือไม่ให้ผู้ป่วยทุกข์ทรมาน และทราบมาว่าในบางประเทศมีการรองรับเป็นสิทธิตามกฎหมาย แต่สำหรับประเทศไทยยังไม่มี กฎหมายรับรองในกรณีที่ที่ทำให้ผู้ป่วยตายก่อนเวลาหรือการช่วยเร่งการตาย เช่น ดึงเครื่องช่วย หายใจออก ซึ่งถือว่าผิดศีลธรรมอยู่ในตัว และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เพียงแต่ว่ามูลเหตุจูงใจ ในการที่จะรับโทษหนักหรือเบาก็ต้องดูกันไปว่าอาจจะไม่มีเจตนา ในเรื่องจรรยาบรรณวิชาชีพแพทย์ นั้น แพทย์มีหน้าที่ต้องรักษาและช่วยชีวิตผู้ป่วยให้หาย ถ้าแพทย์หยุดการรักษาโดยที่ไม่ดูแลผู้ป่วย เลย ถือว่าผิดจรรยาบรรณวิชาชีพที่ทำและผิดกฎหมาย เพราะไม่เป็นเหตุยกเว้นความผิด แต่ถ้า ผู้ป่วยเองหรือญาติแสดงเจตนาที่จะไม่รับการรักษาแล้วแพทย์ยังทำการรักษาอยู่ดังนี้ไม่ถือว่าผิด จรรยาบรรณวิชาชีพในแง่ผลดีและผลเสียของสิทธิในการทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ สำหรับผลดี ได้แก่ ถ้าเป็นไปตามข้อวินิจฉัยของแพทย์ครบถ้วน การตายอย่างสงบจะช่วยให้ผู้ป่วยพ้นจากความ ทุกข์ทรมานและลดภาระค่าใช้จ่าย ส่วนผลเสีย ได้แก่ ความเชื่อมั่นในการวินิจฉัยและกระบวนการใน การวินิจฉัยจะเชื่อถือได้มากน้อยเพียงใด และในกรณีที่ผู้ป่วยไม่รู้สึกรู้สีกตัวและไม่สามารถแสดงเจตนา

ด้วยตนเองได้ และเจตนาที่แท้จริงภายในใจของญาติเป็นเจตนาดีหรือร้ายในการยินยอมให้ถอดเครื่องช่วยหายใจหรือหวังผลประโยชน์ภายหลังจากความตายของผู้ป่วย นอกจากนี้ ผู้ให้สัมภาษณ์ทราบว่ามีมาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ว่าเป็นการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้า และต้องทำในขณะที่บุคคลมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม หากแสดงเจตนาไม่ได้รับการรักษาแล้ว แต่ผู้ป่วยพอที่จะมีทางรักษา การที่แพทย์ไม่ช่วยเหลือแก่บุคคลที่เจ็บป่วย ทั้งๆ ที่สามารถช่วยเหลือได้ แต่คุณไม่ช่วยเหลือ อาจดเว้นหรือละเว้นที่จะไม่ทำการรักษา ดังนั้น จึงควรใช้และตีความมาตรา 12 ให้แคบลงว่า ผู้ป่วยแสดงเจตนาที่จะไม่ได้รับการรักษาไว้และถ้าผู้ป่วยเจ็บถึงขนาดที่ว่าไม่สามารถรักษาให้หายขาดได้ แล้วแพทย์ทุกฝ่ายลงความเห็น ว่า ผู้ป่วยเองก็ไม่สามารถอยู่ต่อได้ ดังนั้นจึงจะถือว่าไม่รักษาได้ ไม่ใช่เพียงมีบทบัญญัติมาตรานี้ออกมาจะถือว่าใช้ได้เลย ไม่เช่นนั้นจะถือว่าผิดหมด เพราะถือว่าละเว้นการช่วยเหลือแก่บุคคลที่อยู่ในภาวะอันตราย ทั้งวิชาชีพทางการแพทย์และศีลธรรมอันดี มันไปไม่ได้ถ้าเอาเฉพาะตัวนี้มาจับต้องมืองค์ประกอบอื่นที่มารองรับ และที่สำคัญแพทย์ต้องทำความเข้าใจกับญาติเพื่อจะได้ประกอบการตัดสินใจนอกจากนี้เห็นว่า การนำเรื่องการอนุญาตมาใช้ต้องมี ความละเอียดรอบคอบ และต้องมีขั้นตอนและมาตรการหลายอย่างมารองรับในการวินิจฉัย และมี ทีมแพทย์ที่ทำในรูปแบบของคณะกรรมการ ทั้งนี้ทีมแพทย์ต้องมีความชำนาญ และที่สำคัญที่สุดคือ การทำความเข้าใจกับญาติของผู้ป่วยให้เข้าใจอย่างถ่องแท้

ข. พนักงานอัยการ

นายฉัตรชัย กิตติอัมพานนท์ อัยการจังหวัดผู้ช่วย สำนักงานอัยการจังหวัดมหาสารคาม ให้ความเห็นว่า ผู้ป่วยที่สิ้นหวังแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผู้ป่วยที่สิ้นหวังทางจิต เช่น ผู้ป่วยโรคซึมเศร้า เป็นต้น และผู้ป่วยที่สิ้นหวังทางกาย คือ ผู้ป่วยที่ไม่สามารถที่จะดำเนินชีวิตได้อย่างปกติสุขและในครอบครัวมีบิดาป่วยเป็นโรคมะเร็งต้องรักษาด้วยยาเคมีบำบัดที่อยู่ในภาวะที่ร่างกายไม่ตอบสนองและสิ้นหวังเพราะร่างกายไม่ปกติสุขและอยู่ได้ด้วยเครื่องช่วยหายใจหรือเป็นผัก นอกจากนี้ เห็นว่าสิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบเป็นสิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และตราบใดที่ยังไม่ขัดกับกฎหมาย และความสงบเรียบร้อย ย่อมทำได้

ถ้าผู้ป่วยใช้สิทธิในการตายอย่างสงบแล้วไม่กระทบต่อบุคคลอื่น และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ถือว่าไม่ผิดศีลธรรม แต่ถ้าทำแล้วไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น และขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ถือว่าผิดศีลธรรม ทั้งนี้ ในสังคมไทยเป็นเมืองพุทธ การใช้สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบถือว่าเป็นการขัดกับจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดีของประชาชนหากแพทย์ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติให้สามารถทำการการุณยฆาต ความยินยอมดังกล่าวทำให้ไม่มีความผิด ดังนั้น ถ้ามีกฎหมายรับรองว่าให้ทำได้ เมื่อแพทย์ได้รับความยินยอมแล้วแพทย์ย่อมไม่มีความผิด และแพทย์มี

หน้าที่ต้องดูแลรักษาผู้ป่วยจนสุดความสามารถและไม่เห็นด้วยกับกฎหมายที่รับรองการกระทำที่เป็น การรณฆาต สำหรับวิชาชีพนักกฎหมายอื่นๆ ต่างก็เข้าใจความหมายผู้ป่วยที่สิ้นหวังว่าเป็น ผู้ป่วยที่ทน ทุกข์ทรมานกับอาการป่วยและใกล้ตาย ส่วนทนายความและพนักงานราชทัณฑ์ที่ไปสัมภาษณ์ไม่ ทราบว่ามีสิทธิดังกล่าวและไม่ทราบว่ามาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 รับรอง สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยอยู่

ค. ทนายความ

จากการสัมภาษณ์ว่าที่ร้อยตรีหญิงทัศนพร กมลละคร ทนายความ สามารถสรุปได้ดังนี้ ความเข้าใจต่อความหมายของผู้ป่วยที่สิ้นหวังนั้น หมายถึง ผู้ป่วยที่ใกล้จะหมดลมหายใจ หรือหมดลมหายใจไปแล้ว แต่ยังมีการยืดชีวิตให้อยู่รอดต่อไปด้วยความหวังของญาติๆ ด้วย เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทันสมัย ข้าพเจ้าไม่เคยมีญาติพี่น้องที่เป็นผู้ป่วยที่สิ้นหวังส่วนความรู้ เกี่ยวกับการรณฆาตนั้น ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่า สิทธิตามที่ผู้ป่วยควรจะได้รับ มองได้สองแง่มุมได้แก่ กรณีผู้ป่วยใกล้จะหมดลมหายใจ ผู้ป่วยอาจจะต้องการที่จะตายอย่างสงบ ด้วยอายุขัยตามธรรมดา การการรณฆาตนั้นผู้ป่วยที่สิ้นหวังอาจไม่อยากจะให้เกิดขึ้นและกรณีที่สอง ในส่วนของญาติผู้ป่วย บางฝ่ายอาจต้องการที่จะให้เกิดขึ้น เพราะต้องการให้ผู้ป่วยตายลงด้วยความสงบการใช้สิทธิของ ผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบผิดศีลธรรมและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แพทย์ ย่อมทำผิดจรรยาบรรณ เพราะผู้ป่วยที่สิ้นหวังอาจต้องการที่จะอยู่จนกว่าจะหมดลมหายใจตาม ธรรมชาติ และใช้สิทธิในการรักษาพยาบาลอย่างถึงที่สุดสำหรับการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้ผู้ป่วย ที่สิ้นหวังสามารถตายอย่างสงบหรือการรณฆาต นั้น ถ้ามองจากตัวผู้ป่วยย่อมไม่เกิดผลดี เนื่องจาก ผู้ป่วยที่สิ้นหวังไม่สามารถที่จะตอบสนองต่อสภาพภายนอกได้อย่างมีสติสัมปชัญญะ ผู้ป่วยอาจจะ ต้องการที่จะให้เป็นไปตามธรรมชาติแต่ในมุมมองของครอบครัวเป็นผลดี เนื่องจากต้องการให้ผู้ป่วย ไม่ทุกข์ทรมานอย่างไรรู้ดี ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่ทราบว่ามีความหมายรับรองสิทธิในการปฏิเสธการรักษา ล่วงหน้าของผู้ป่วยตามมาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 แต่อย่างไร

ง. ตำรวจ

ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์ ร้อยตำรวจโทหญิงกมลชนก แดนลาดแก้ว สถานี ตำรวจภูธรเมืองมหาสารคาม จังหวัดมหาสารคาม พอสรุปได้ดังนี้ ผู้ให้สัมภาษณ์เข้าใจว่าผู้ป่วยสิ้น หวัง หมายความว่า ผู้ป่วยที่ป่วยหนักถึงขั้นหาทางรักษาให้หายจากอาการที่เป็นอยู่ได้ยากยิ่ง รวมถึง ผู้ป่วยที่หมดกำลังใจในการต่อสู้กับอาการป่วยและหมดกำลังใจที่จะมีชีวิตอยู่ต่อไป และไม่เคยมีญาติ พี่น้องป่วยในลักษณะดังกล่าวและได้รับทราบเกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบหรือ การรณฆาตทางอินเทอร์เน็ตด้านสาธารณะสุขมาบ้างว่า สิทธิผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบหรือ การการรณฆาต นั้น เป็นการกำหนดให้สิทธิผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วย ที่อยู่ในขั้นที่ยากต่อการหาทาง รักษาให้หายได้ เลือกที่จะให้แพทย์หยุดการรักษาและทำให้ผู้ป่วยสิ้นลมหายใจอย่างสงบ แบบไม่

ทรมาน โดยที่ไม่ผิดกฎหมายในแง่ศีลธรรม เห็นว่าการที่แพทย์ทำให้ผู้ป่วยกรณีดังกล่าวตายอย่างสงบ นั้น ถือว่าเป็นการทำผิดศีลธรรมอันถือว่าการปาณาติบาต เป็นการกระทำที่ผิดศีลข้อที่ 1 โดยมองได้สองแง่ดังนี้ คือ ประการแรก ในส่วนของแพทย์และญาติของผู้ป่วย การกระทำดังกล่าวเป็นการช่วยให้ผู้ป่วยไม่ต้องทรมานจากอาการป่วย แต่ถือเป็นการฆ่าผู้ป่วย ประการที่สอง ในส่วนของตัวผู้ป่วยเอง การตัดสินใจที่จะตายและให้แพทย์ทำให้ตนเองตายอย่างสงบนั้น เป็นการปาณาติบาตต่อตนเองซึ่งเป็นการฆ่าตัวตายถ้ามองในแง่ของกฎหมายแล้ว ย่อมไม่มีความผิด หากมีการบัญญัติกฎหมายออกมารองรับให้กระทำได้ดังกล่าวไม่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตามในแง่ของจรรยาบรรณวิชาชีพของแพทย์ ถือว่าผิดจรรยาบรรณ เนื่องจากแพทย์มีหน้าที่ที่จะรักษาชีวิตผู้ป่วยให้หาย หรือบรรเทาอาการของผู้ป่วยให้ดีขึ้นเท่าที่จะสามารถทำได้ แต่กรณีดังกล่าวดูเหมือนจะเป็นการขัดแย้งกันอยู่ ผู้ให้สัมภาษณ์ตอบว่า ผลดี ก็อาจมี ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอาการทรมานจากอาการป่วยอย่างมาก การกระทำดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการช่วยให้ผู้ป่วยไม่ต้องทรมานเป็นเวลานาน และทำให้ญาติของผู้ป่วยไม่ต้องทนเสียใจที่เห็นถึงความทุกข์ทรมานของผู้ป่วย แต่กรณีดังกล่าวอาจมีการกระทำที่แอบแฝงของญาติผู้ป่วย หรือบุคคลอื่นๆ ที่ได้ผลประโยชน์จากการตายของผู้ป่วย อาศัยสิทธินี้ทำให้ผู้ป่วยตายได้เร็วขึ้น เพื่อที่จะได้ผลประโยชน์ได้เร็วขึ้นก็ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้สัมภาษณ์ทราบว่ามิกฎหมายรับรองสิทธิในการปฏิเสธการรักษาล่วงหน้าของผู้ป่วยตามมาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 แต่ไม่ทราบถึงรายละเอียด

4.2.4 นิสิตและนักศึกษา

จากการสัมภาษณ์นิสิตและนักศึกษาสามารถสรุปได้ดังนี้ ความเข้าใจต่อความหมายของผู้ป่วยที่สิ้นหวังนั้น นิสิตและนักศึกษาเห็นว่าผู้ป่วยที่สิ้นหวังหมายถึง ผู้ป่วยที่รักษาไม่หาย และก็ไม่ตายด้วยและเคยมีญาติเป็นผู้ป่วยที่สิ้นหวัง คือ ตา เป็นอัมพาต นอนอยู่กับที่และก็รักษาไม่หายผู้ถูกสัมภาษณ์ไม่มีความรู้เกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบหรือการุณยฆาต แต่การใช้สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบไม่ผิดศีลธรรม เพราะเป็นการเสียสละให้คนอื่น ซึ่งหมายถึงลูกหลานที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่ต้องเป็นภาระด้านค่าใช้จ่ายและการดูแลเอาใจใส่ ส่วนการใช้สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบหรือการุณยฆาตเห็นว่าผิดกฎหมาย และผิดจรรยาบรรณวิชาชีพทางแพทย์ เพราะแพทย์มีหน้าที่ต้องดูแลผู้ป่วยส่วนการรับรองสิทธิตามกฎหมายให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังสามารถตายอย่างสงบหรือการุณยฆาตไม่มีผลดีต่อผู้ป่วย เพราะการตายเป็นสิ่งไม่ดีแต่มีผลดีสำหรับครอบครัว เพราะไม่เป็นภาระ และลดค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาผู้ป่วย นอกจากนี้ นิสิตและนักศึกษาที่ถูกสัมภาษณ์ ไม่ทราบว่าตามมาตรา 12 พระราชบัญญัติ สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 รับรองสิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยอยู่

สำหรับความคิดเห็นและข้อเสนอแนะอื่นๆ เห็นว่าควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงสาธารณสุข เป็นต้น มาเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการปฏิเสธการรักษา เพื่อให้ทราบว่าเป็นกระทำผิดกฎหมายหรือไม่ รวมถึงเผยแพร่ความรู้เพื่อให้คนทั่วไปทราบ เช่น ผู้ถูกสัมภาษณ์คนหนึ่งเป็นนิติแพทย์ยังไม่ทราบมาก่อนเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

4.2.5 ประชาชนทั่วไป

จากการสัมภาษณ์ประชาชนสามารถสรุปได้ดังนี้ ความเข้าใจต่อความหมายของผู้ป่วยที่สิ้นหวังนั้น ประชาชนเห็นว่าผู้ป่วยที่สิ้นหวังหมายถึงผู้ป่วยที่หมดหนทางที่จะรักษา เนื่องจากป่วยด้วยโรคที่ร้ายแรง หรือประสบอุบัติเหตุจนอาการสาหัส หรือขาดแคลนทุนทรัพย์ที่จะใช้ในการรักษา ผู้ถูกสัมภาษณ์ไม่เคยมีญาติเป็นผู้ป่วยที่สิ้นหวังไม่มีความรู้ในเรื่องนี้ แต่ถ้าเป็นเรื่องสิทธิต่างๆ ไปเห็นว่า คนทุกคนมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตน และใช้สิทธิต่างๆ ของตนเท่าที่ไม่กระทบสิทธิผู้อื่น การใช้สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบ ไม่ผิดศีลธรรมและส่งผลดีต่อผู้ป่วยเอง เนื่องจากเป็นความต้องการของผู้ป่วยเอง และช่วยให้ผู้ป่วยไม่ทรมาน ทั้งที่ผลสุดท้ายก็ต้องตาย แต่ถ้าเป็นความต้องการจากญาติ กรณีนี้ผิดศีลธรรมเนื่องจากเป็นการละเมิดสิทธิผู้อื่น ซึ่งบางครั้งผู้ป่วยก็ไม่ต้องการ

ส่วนถ้าการใช้สิทธิดังกล่าวเกิดจากความต้องการของผู้ป่วยเอง เพราะเป็นสิทธิในร่างกายของเขา กรณีนี้ไม่ผิดกฎหมาย แต่ถ้าเป็นความต้องการจากญาติกรณีนี้ผิดกฎหมาย ส่วนในเรื่องจรรยาบรรณวิชาชีพในส่วนของแพทย์ แพทย์ต้องรักษาอย่างสุดความสามารถ ถ้าแพทย์ใช้สิทธิตรงนี้คิดว่าผิดจรรยาบรรณวิชาชีพแพทย์

การรับรองสิทธิตามกฎหมายให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังสามารถตายอย่างสงบหรือการุณยฆาต อาจมีทั้งผลดีและผลเสีย ผลดีคือ ผู้ป่วยจะได้ไม่ต้องทนทุกข์ทรมานก่อนที่จะตาย และสำหรับครอบครัวไม่ต้องมีภาระมากไม่ว่าจะเป็นการดูแลหรือค่าใช้จ่ายในการรักษา ส่วนผลเสียนั้น อาจทำให้เกิดช่องว่างในการใช้สิทธิที่จะตายมากขึ้น ซึ่งบางทีหากให้การรักษาอย่างเต็มที่ ผู้ป่วยอาจจะหายหรือมีชีวิตที่ยาวขึ้นนอกจากนี้ ประชาชนที่ถูกสัมภาษณ์ ไม่ทราบว่ามีสิทธิดังกล่าวและไม่ทราบว่ามาตรา 12 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 รับรองสิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยอยู่ และไม่มีข้อเสนอแนะเพิ่มเติม

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาวิจัย จากการสัมภาษณ์เชิงลึกบุคคลที่เกี่ยวข้อง เห็นได้ชัดว่า ต้องการให้มีการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับสิทธิในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยตามพระราชบัญญัติสุขภาพ

แห่งชาติ พ.ศ.2550 เนื่องจากส่วนใหญ่ไม่ทราบถึงสิทธิดังกล่าวหรือทราบแต่ไม่ทราบว่ารายละเอียดเป็นอย่างไร ซึ่งส่งผลต่อความเข้าใจเรื่องสิทธิการปฏิเสธการรักษาที่สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่าแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์เป็นบุคคลที่มีหน้าที่ในการเยียวยาและดูแลประคับประคองผู้ป่วยให้ดีที่สุด และเป็นจรรยาบรรณที่สำคัญ และยังถือว่าการกระทำการุณยฆาตเป็นสิ่งที่ขัดกับศีลธรรม เพราะเป็นการฆ่าผู้อื่น แต่หากทำให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย ย่อมสามารถทำได้ และไม่ผิดกฎหมาย แต่ยังคงผิดศีลธรรมอยู่ และมีความกังวลในแง่ที่ว่าหากให้สิทธิในการปฏิเสธการรักษา รวมถึงการุณยฆาตที่ทำโดยญาตินั้น อาจไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาของผู้ป่วยอย่างแท้จริง หากเป็นเหตุผลของการลดค่าใช้จ่ายหรือเรื่องกองมรดกของผู้ตาย

จากการศึกษาวิจัยพอสรุปได้ว่า การทำให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ หมายถึงการรับรองสิทธิในการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยซึ่งใกล้จะตายและต้องทนทุกข์ทรมานจากโรคที่เป็นอยู่ได้ตายอย่างสงบโดยไม่เจ็บปวดและพ้นความทุกข์ทรมานได้และเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศไทย รับรองเพียงการเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาเพื่อที่จะได้ตายตามธรรมชาติและต้องแสดงเจตนาเป็นหนังสือล่วงหน้า (advance derivatives) เท่านั้น ตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 จากบทบัญญัติดังกล่าวจะคุ้มครองการกระทำของแพทย์กรณีผู้ป่วยได้ทำหนังสือแสดงเจตนาว่าไม่ประสงค์จะพึ่งพาเครื่องมือของแพทย์ในการยืดชีวิต ว่าเป็นความผิดและให้แพทย์พ้นจากความรับผิดชอบ แต่คุ้มครองเพียงเฉพาะกรณีผู้ป่วยไม่ขอรับบริการรักษาจากแพทย์ (ให้แพทย์ยุติการรักษา) และกรณีที่แพทย์ได้รับหนังสือจากผู้ป่วยเท่านั้น แต่ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่แพทย์ทำให้ผู้ป่วยตายจากการกระทำโดยตรงหรือการช่วยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ เช่น การฉีดยาให้ผู้ป่วยตาย เป็นต้น และกรณีที่ผู้ป่วยแสดงเจตนาแต่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ หรือให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายแสดงเจตนาแทนผู้ป่วยแต่อย่างใด ดังนั้น กรณีที่กฎหมายไม่ได้คุ้มครองนี้ หากแพทย์ยังคงฝ่าฝืนทำ แม้จะมีเจตนาดีเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นทุกข์ทรมานก็ตาม แพทย์ก็อาจมีความผิดและต้องรับผิดชอบ เนื่องจากไม่มีเหตุยกเว้นความผิดนั่นเอง นอกจากนี้ จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพิพากษาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น รับรองว่ากฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการทางสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้าย หรือ เพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย ตามมาตรา 12 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จึงให้ยกคำฟ้องของแพทย์กลุ่มดังกล่าว และที่สำคัญคือ ถือเป็นการรับรองให้บุคคลมีสิทธิเลือกยุติชีวิตของตนอย่างสงบ passive euthanasia ได้โดยขัดแย้งตามสิทธิตาม

กฎหมาย กล่าวคือ กฎกระทรวงนั่นเอง และถือเป็นการเคารพสิทธิแสดงเจตนาของผู้ป่วย และแพทย์ย่อมไม่มีความผิด สิทธิของผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายอย่างสงบตามกฎหมายในประเทศไทยจึงชัดเจน เฉพาะการปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังในการตายสงบหรือ passive euthanasia และต้องเป็นกรณีที่ผู้ป่วยเช่นนั้นแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือแสดงเจตนาด้วย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของกฎหมายไทย รวมถึงพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้รับรองการทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบในกรณีการช่วยทำให้ผู้ป่วยตาย (active euthanasia) เช่น การฉีดยาเร่งให้ตาย เป็นต้น จึงเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย แพทย์ย่อมมีความรับผิดชอบทางอาญา

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ภาครัฐ

หน่วยงานภาครัฐ เช่น โรงพยาบาลควรกำหนดแนวทางปฏิบัติ และจัดฝึกอบรม แก่บุคลากรทางการแพทย์ เพื่อให้มีความรู้และความชำนาญในการดูแลผู้ป่วยที่สิ้นหวังให้เกิดผลสำเร็จสูงสุด สามารถปฏิบัติงานดูแลผู้ป่วยกลุ่มนี้ได้เหมาะสมและถูกต้อง รวมถึงควรส่งเสริมให้มีการร่วมกันวางแผนเตรียมการล่วงหน้าระหว่างแพทย์ ผู้ป่วยและญาติ เป็นอีกวิธีหนึ่ง ที่ผสมผสาน การดูแลทางการแพทย์ให้เข้ากับคุณภาพชีวิตที่ผู้ป่วยระยะสุดท้ายให้คุณค่าและปรารถนา เป็นกระบวนการสื่อสารกันทางการแพทย์และสังคม เพื่อหาเป้าหมายการดูแลร่วมกันฉันทลักษณ์มิตร รวมถึงการเผยแพร่ความรู้ ความเข้าใจสิทธิและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น มาตรา 12 พระราชบัญญัติ สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 อย่างถูกต้องแก่สาธารณชนในวงกว้าง เผยแพร่ความรู้ความเข้าใจของ สังคมของคนทั่วไปในเรื่องนี้เป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้คนทั่วไปยอมรับและเคารพต่อความประสงค์ของผู้ทำ หนังสือแสดงเจตนาและควรทำความเข้าใจกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ป่วยหรือญาติ เป็นต้น ว่ากฎหมายมิได้ให้อนุญาตผู้ป่วยใช้สิทธิที่จะตายหรือสิทธิเลือกตายในทุกกรณีจนกระทั่งทำให้การ ฆ่าตัวตายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่จำต้องทำตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ ต้องแสดงเจตนาล่วงหน้าโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ในแง่มุมของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้สิทธิปฏิเสธ การรักษากรณีที่ผู้ป่วยที่สิ้นหวังไม่มีสติสัมปชัญญะในการแสดงเจตนาด้วยตนเอง สามารถให้ญาติที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ป่วยเช่น สามีหรือภรรยา บุตร และบุพการีสามารถแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาเป็นลายลักษณ์อักษรแทนผู้ป่วยได้ จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายมาตรา 12 ของ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย

5.2.2 แพทย์และบุคลากรทางการแพทย์

บุคลากรทางการแพทย์ควรทำหน้าที่ในการรักษาอย่างสุดความสามารถและไม่เร่งให้คนป่วยจากไปเร็วเกินควร โดยเฉพาะผู้ป่วยที่สิ้นหวังหรือไม่ต้องการรักษาแบบประคับประคองไปจนกว่าจะถึงวาระสุดท้าย หากผู้ป่วยได้ระบุไว้ในหนังสือแสดงเจตนา และให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อผู้ป่วยได้แสดงเจตนาเช่นนั้น บุคลากรทางการแพทย์และญาติควรเคารพสิทธิในชีวิตและร่างกายของผู้ป่วยระยะสุดท้ายด้วย บุคลากรทางการแพทย์ที่เข้าใจและปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ จะมีส่วนช่วยปรับปรุงระบบการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้ายของสถานพยาบาลต่างๆ และช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายในระบบบริการสาธารณสุขโดยรวมอีกทางหนึ่ง

5.2.3 ผู้ป่วยที่สิ้นหวัง

การเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาเพื่อจะตายตามธรรมชาตินี้ คือการทำให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบและก็คือ “การปล่อยให้ผู้ป่วยที่สิ้นหวังตายอย่างสงบ” (passive euthanasia) ประเภทหนึ่ง แต่ต้องอยู่ภายใต้ความประสงค์ของผู้ป่วยนั่นเองแสดงเจตนาในหนังสือแสดงเจตนาล่วงหน้า กล่าวคือ การแสดงเจตนาของผู้ป่วยเอง เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแสดงเจตนาแต่ควรมีการเผยแพร่ความรู้ให้ผู้ป่วยดังกล่าวทราบว่า การกระทำได้กล่าวมีได้ขยายสิทธิที่จะเลือกตายให้เป็นการฆ่าตัวตายโดยชอบด้วยกฎหมาย

บรรณานุกรม

- นาวพงษ์ บุญสิทธิ์. “สิทธิปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยในวาระสุดท้าย.” รายงาน หลักสูตรผู้พิพากษา
ผู้บริหารศาลชั้นต้นรุ่นที่ 8 วิทยาลัยข้าราชการตุลาการ, ศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนา
ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2553.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. “กฎหมายกับการปล่อยให้ตายอย่างสงบ.” **บทบัญญัติ** 49, 4 (ธันวาคม 2536):
41-48.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “สิทธิที่จะตาย (Right to die).” **ตุลพาท** 43, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2539): 90-
125.
- _____. “ปฎิญญาว่าด้วยสิทธิผู้ป่วยของแพทยสมาคมโลก.” **คลินิก** 24, 10 (ตุลาคม 2551): 922-
924.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา. **กฎหมายการแพทย์ (Medical Laws) : วิเคราะห์ปัญหา
กฎหมายจากการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาถึงภาวะแกนสมองตาย**. พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- Rhona K.M. Smith. **Textbook on International Human Rights**. Oxford: Oxford University
Press, 2003.

Dealing with the Problem of Mortgage and Pledge over the Same Property

Assistant Professor Sakarin Yuvabukka

การแก้ไขปัญหาจำนองและการจำนำเหนือสิ่งหาริมทรัพย์เดียวกัน Dealing with the Problem of Mortgage and Pledge over the Same Property

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สารินทร์ ยูวะบุกะ*

Assistant Professor Sakarain Yuwabukka

บทคัดย่อ

จำนองและจำนำเป็นสัญญาประกันหนี้ซึ่งเกิดขึ้นจากข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับเจ้าของทรัพย์สิน อันเป็นการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยมีผลให้ผู้กู้ยืมทำให้ทรัพย์สินนั้นเป็นวัตถุในการประกันหนี้ ข้อผูกพันนี้เป็นการประกันได้ว่าหนี้จะมีการชำระจากทรัพย์สินที่มีการประกันหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม มีทรัพย์สินบางอย่างที่สามารถจะเป็นประกันทั้งการจำนองได้และการจำนำก็ได้ ทรัพย์สินเหล่านี้เรียกว่าสิ่งหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ หรืออาจพูดอีกนัยหนึ่งได้ว่าสิ่งหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษนี้สามารถที่จะนำไปจำนองและจำนำได้ ดังนั้นปัญหาที่ควรจะต้องคิดต่อไปก็คือ 1) เราสามารถที่ทำสัญญาจำนองและสัญญาจำนำเหนือทรัพย์สินเดียวกันได้หรือไม่ 2) อะไรจะเกิดขึ้นหากมีใครบางคนนำรถยนต์ไปจำนองแล้วนำไปจำนำต่ออีกหลังจากนั้น 3) จะเป็นไปได้หรือไม่หากสัญญาที่กล่าวถึงจะถูกทำขึ้นในทางกลับกัน 4) ผลในทางกฎหมายคืออะไร 5) ใครเป็นผู้มีบุริมสิทธิดีกว่า โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายที่เกี่ยวกับจำนองและจำนำได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ไม่มีบทบัญญัติไหนที่ระบุถึงการแก้ไขปัญหาเหล่านี้

จากเหตุผลที่กล่าวมา บทความที่จะกล่าวต่อไปนี้จะอธิบายถึงหลักการของจำนองและจำนำและการที่สัญญาเหล่านี้ผูกพันต่อคู่สัญญา นอกจากนี้บทความนี้จะแสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างสัญญาจำนองและจำนำโดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่เกิดขึ้นหลังจากเมื่อหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญาจำนองและจำนำทับซ้อนกันเหนือทรัพย์สินเดียวกัน โดยสุดท้ายผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงแนวทางแก้ไขปัญหาต่างๆ และบทสรุปที่ดีที่สุดในการแก้ไขปัญหาเหล่านี้

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, M.C.J. Howard University, LL.M. in Legislative Drafting RIPA International, The American University.

Abstract

Mortgage and pledge are secured contracts that are created by an agreement between a creditor and the owner of a property in order to establish a legal effect that binds such property as security for a loan. This guarantees that payment will be made out of the property if the debtor fails to perform on the contract. There are some objects of mortgage that are also subject to pledge. These are items that are known as special movable properties. In other words, special movable properties may be subject to either mortgage or pledge. As a result, the following questions are raised: 1) Can we make contracts of mortgage and pledge over the same property? 2) What will happen if someone mortgages his car and subsequently pledges it in a separate contract? 3) Can this be done in the opposite order? 4) What are the legal effects to the parties? 5) Who is afforded preferential rights? Laws concerning these contracts are provided in the Civil and Commercial Code of Thailand, but, none of them deal with these problems.

This article will describe the principals of mortgage and pledge in Thailand and discuss the various ways in which the contracts bind the parties. In addition, this article will clarify the legal primacy where there are conflicting mortgage and pledge obligations. In particular it will examine the problems that occur after the securing of overlapping mortgage and pledge contracts over the same property. Lastly, I will suggest solutions together with proposed bills to cope with these problems and offer a conclusion as to which one is the best result.

คำสำคัญ : จำนอง, จำนำ, สหกรมทรัพย์ชนิดพิเศษ

Keywords: mortgage, pledge, special movable property

1. Introduction

The principle of mortgage in the Civil and Commercial Code of Thailand, Section 702., paragraph one, states that, “[a] mortgage is a contract whereby a person who is called the mortgagor assigns the property to another person who is called a mortgagee as a security for the payment of a debt without giving a possession of his property to the creditor.” This provision means that a mortgage is a security contract that can be executed without giving possession of the property to the creditor. Therefore, such a property remains in the possession of the owner. This security contract enables the owner to use his property in his daily life even though it is bound to warrant the debt.

There are several kinds of properties which can be mortgaged. The Civil and Commercial Code of Thailand, Section 703., paragraph one, states that, “[t]he immovable property of any kinds can be mortgaged.”. Furthermore, paragraph two of this provision states that, “[t]he following movable properties can be mortgaged, if they are registered according to the law:

- “1) A ship or vessel which size is five tons or bigger;
- 2) A floating house;
- 3) A beast of burden; and
- 4) Any other movable property as specified by law”

This provision means that there are some kinds of movable properties that also can be mortgaged. In addition, machinery and automobiles are included in subsection four of this Section as items specified by other laws which include Machinery Registration Act B.E. 2514 (1971) and Vehicle Act B.E.2522 (1979). These properties are usually called special movable properties. **In short, there are two kinds of properties that can be subject to mortgage, which are immovable and special movable properties.**

Regarding a pledge, the definition of a pledge is found in the Civil and Commercial Code of Thailand, Section 747., which states that, “[a] pledge is a contract whereby a person who is called the pledgor delivers possession of movable property to another person who is called a pledgee to secure the

payment of the debt.” This means that the principle of pledge is that the pledge is a security contract that can be formed by giving possession of property to the creditor. In addition, this Section also means that **there is only one kind of property that is subject to the pledge, which is movable property**. The movable property can be any kind of property that is movable, such as computers, televisions, motorcycles and so on. Hence, this would also include special movable properties, which are the objects that are listed in the Civil and Commercial Code of Thailand, Section 703., paragraph two, as aforementioned in paragraph one.

2. The overview of problems that may occur when mortgage and pledge over the same property

Based on the aforementioned, when a comparison between the objects of mortgage and those of pledge is made, it is found that **the type of property which can be either mortgaged or pledged is special movable property**. Thus, the question is raised whether special movable property may be mortgaged and then pledged, or whether the same property may be pledged and then mortgaged. What is the consequence of the law when someone mortgages his car and then pledges it later, or it is done in reverse order? There is, however, no law to cope with this problem. At this juncture, the first thing that should be taken in to account is whether allowing or not allowing one property to secure two debts is appropriate.

2.1 In the case where the law should not allow mortgage and pledge over the same property.

There are a few reasons that mortgage and pledge over the same property should not be allowed by law. The first consideration is that there would be two creditors, being the mortgagee and the pledgee. These creditors usually do not know if the property has been pledged or mortgaged before. Secondly, since there are two creditors over the same property, which one possesses the right more

preferable to the other? These problems are complicated and difficult to deal with. Thus, mortgage and pledge over the same property should not be allowed by law. The next question is how to devise a law to prohibit this problem. This will enable all Thai people to learn that making two secured contracts over the same property is unlawful.

In order to improve this provision, the first consideration that must be taken into account is: should there be a modification of a current law or the introduction of a new law? For this question, modifying the current law is more suitable, because most parts of the law relating to mortgage and pledge are provided in the Civil and Commercial Code of Thailand. Hence, a modification of the Civil and Commercial Code of Thailand is needed. Then, the next question to be taken into consideration is: to which Section of the Civil and Commercial Code of Thailand add the new provisions? The laws of mortgage are usually founded in the Civil and Commercial Code, from Section 702 to 746. They are arranged in priority order. The first part of this law, Section 702 to 714, consists of general provisions. Section 714. states that, “[a] contract of mortgage must be made in writing and register by the competent official.” Therefore, a new provision should be added, as Section 714/1., in order to prohibit the making of a contract of pledge after a contract mortgage.

Regarding the amendment of a pledge, the principal of pledge is found in Section 747. In addition, Section 748. refers to the allocation of the money after the pledged property is sold in public auction. And, Section 749. explains that the parties to the pledge can agree that the pledged property can be kept by the third party. Then, Sections 750. to 757. refer to the pledge of the instrument. Thus, a new provision must be added, as Section 749/1., to prohibit the making of a contract of mortgage after a contract of pledge.

For all reasons stated above, the Civil and Commercial Code of Thailand should be modified by adding Section 714/1. and Section 749/1. to this law. Section 714/1. should state that when the property is mortgaged, it cannot subsequently be pledged. Also, Section 749/1. should state that when the property is pledged, it

cannot subsequently be mortgaged. The drafted law should be proposed as follows:

Drafted law
for
Amendment of Civil and Commercial Code of Thailand (issue)
B.E.

Where it is deemed to be appropriate to amend the Civil and Commercial Code of Thailand.

Section 1. This Act shall be called Amendment of Civil and Commercial Code of Thailand (issue)

Section 2. This Act will come into force the day after its publication in the government gazette.

Section 3. The following statement will be added as section 714/1 into the Civil and Commercial Code of Thailand:

“When the mortgagor mortgages the property, he cannot pledge such a property while the mortgage contract is still in effect.”

Section 4. The following statement will be added as section 749/1 into the Civil and Commercial Code of Thailand

“When the pledger pledges the property, he cannot mortgage such a property while the pledge contract is still in effect.”

.....

In conclusion, amending the current law as stated above would be the most straightforward way to deal with the problem because the creditors will not have to worry that a special property that they receives has been pledged or mortgaged previously. Also, there is no inferior creditor to be concerned about, and no burden of proof for these creditors to comply with. This would be in favor of creditors. On the other hand, there are some disadvantages. Firstly, the proposed bill would deny the debtor the right to seek latter creditors. Secondly, the debtor could not gain

additional capital. Thirdly, there would be some legal rules that would need to be complied with. The said rules will be discussed later in item 2.2

2.2 In the case where the law should allow mortgage and pledge over the same property.

As mentioned in the last paragraph, since there are some disadvantages to amend the current law to prohibit a latter secured contract, a new bill should be introduced in order to cope with the problems. Hence, these are several reasons why the law should support a mortgage over the same property.

Firstly, Thailand has a mixed economic system, like most countries in the world. This means that most part of the country's trade and industry are controlled by private owner for profit while the government play a part in several economic activities. Thus, most of the Thai people need cash flow to invest in their businesses.

Secondly, most of the Thai constitutions have upheld the principles of free trade and capitalism. For example, the Constitution of Thailand B.E. 2550, Section 84 (1)., provides that “[t]he state shall implement the economic policy as follows:

“To promote a free and equitable economy through market forces and sustainable development of economy by repealing and refraining from enacting business control law and regulation ...” This means the government should support the liberal economy and market mechanism and ought not to allow any law to hinder these processes.

Thirdly, there is a Latin maxim that serves as a general principle of law. The terminology or Latin legal is “prior tempore, potior jure”¹. This means that anyone who is before in time is before in right, in other words, it means “first came, first served”. It is a law of nature. Thus, this motto is reflected in the laws of several countries. For example, under Shari’a law, the law states that “anyone who first

¹Joseph R. Nolan and M., j. Conoly, **Black’s Law Dictionary Special Deluxe**. 5th ed. (St. Paul, Minn.: West, 1979), p. 1075.

takes possession (lhez) of a thing which is not the property of anyone else is considered to be the owner of that thing,”² Another example is “Under the French Civil Code the first person who take possession of an unowned item acquires title, whether or not it was formerly owned by another”.³ In addition, this motto is also embodied in several sections of the Civil and Commercial Code of Thailand. For example, Section 708. of this law states that “[a] person whose right of ownership over a property is subject to a condition may mortgage such property only subject to such condition”. This means that a person who makes a contract with the owner of the property before the mortgagee will retain his right over the property even though the owner of the property mortgages his property afterward. For instance, when the owner of the property rents his house to a renter, the renter will retain his rights over the house even though the house is mortgaged to the mortgagee afterward. Also, the mortgagee who comes afterward cannot terminate the renter’s rights. In vice versa, Section 722. of the Civil and Commercial Code of Thailand states that “[when] a property has been mortgaged and a servitude or other real right is registered after the registration of the mortgage without the consent of the mortgagee, the mortgage has priority over the servitude or other real right and the latter will be erased from the register where its existence prejudice the right of the mortgagee on the enforcement of the mortgage.” The principle of the motto will strongly support the idea of the first creditor will possess more preferable right than the latter creditor.

Fourthly, according to the principles of mortgage, one property can secure several obligations. Under the Thai legal system, the Civil and Commercial Code of Thailand, Section 712., states that, “[n]otwithstanding any clause in the contract to the contrary, a property mortgaged to one person may mortgage to another person during the continuance of the provision contract.” This section means that the object of mortgage can be mortgaged repeatedly. In other words,

² John G. Sprankling, **The International Law of Property** (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 239.

³ Ibid.

one property can be mortgaged again and again continually. These agreements can be done several times, as long as the mortgagor and the latter mortgagees are satisfied. This would imply that capital is important. Thus, the law should allow properties to generate cash flow liberally, so that people can earn a living and invest in a business.

Finally, there is Section 730. of the Civil and Commercial Code of Thailand. This provision states that “When one and the same property is mortgaged to several mortgagees, they rank according to the respective dates and hours of registration, and the earlier mortgagee shall be satisfied before the later one”. This means when there are several creditors of mortgage over the same property. The prior mortgagee will possess a more preferable right than latter mortgagees. Hence, this provision should also be the simplest solution for dealing with the problem of mortgage and pledge over the same property, and it is also based on the aforementioned Latin motto. Therefore, this principle should be applied to the mortgage and pledge over the same property too.

As mentioned above, allowing pledge and mortgage over the same property will have several advantages, including enabling a debtor to achieve more cash flow. This also complies with the general principle and other rules of law. However, there are some disadvantages. The first problem is that the creditors may not know whether or not a special property has been pledged or mortgaged previously, and the second problem is that the second creditor will be an inferior creditor. Therefore, there must be the burden of proof requiring the first creditor over special property to prove that he is the first creditor.

Thus, the creditors of mortgages and pledges must well be aware that every time they accept a special property to guarantee a debt. They will be at risk of being an inferior creditor, Since Section 4. of the Civil and Commercial Code of Thailand, paragraph two, states that, “[w]here no provision is applicable, the case shall be decided by analogy to the provision most nearly applicable, and, in default of such provision, by the general principles of law.” This means that although there is no law to cope with a particular case, the court might apply the nearest provision in the code for considering the case and producing its decision. Hence, at present, in

the case of mortgage and pledge, the court might apply the doctrine of Section 730. of the Civil and Commercial Code of Thailand. Therefore, the creditors must check if such a special property has been pledged and mortgaged already. For example, if a debtor wants to pledge a car, the pledgee must look into the register book to see if the property has been mortgaged earlier. Similarly, for mortgage, the mortgagee also must check to see if the car is in the possession of the debtor before registering a mortgage. This will enable the mortgagor to make sure that the car has not been pledged before.

For the reasons stated above, I strongly believe that allowing the Thai people to both mortgage and pledge over the same property is an appropriate course of action. Then, the next question is to figure out how to revise the law. There are two alternatives for improving the law. These are: 1) amending the current law; or 2) proposing a new law. But, which one is more appropriate? For these questions, I do believe that making a proposal of the new law is more appropriate since the current law, the Civil and Commercial Code of Thailand, usually refers to the laws of mortgage and then refers to those about pledge. In other words, this law refers each kind of the security contracts at a time. But, the new provisions will refer to specifically all about the laws of mortgage and pledge over the same property in the same place. Therefore, a new law should be appropriate to grapple with these problems.

In order to introduce a new bill, there is a regulatory impact assessment that must be complied with, since this rule is stipulated in the new constitution⁴. Also, before drafting a new bill, the following considerations must be taken into account as guidelines for the draft: 1) What is the title of the bill? 2) When will the law be effective? 3) What words should be defined in the definition section? 4) What is the main idea that should be reduced to a straightforward statement to be used in a section below the definition section? 5) What is the legal consequence when a creditor receives a special property as the guarantee for a debt? 6) If the second

⁴Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (A.D. 2017) section 77, paragraph 2.

creditor acts contrary to the interests of the first creditor, should this problem be prohibited? 7) When the secured property is sold at public auction, how will the money be allocated?

Regarding the questions stated above, for the first question, the bill should be under the title of “Securing the Debt by Mortgage and Pledge over the same Property,” because a gist of the bill will address two types of securing contracts over the same property. For the second question, under Thai law, the bill will usually be effective on the day after its publication in the gazette; however, in some cases, such as when the National Assembly wants to enact a new law over an old law, a period of 180 days after the proposed bill is published in the gazette must be allowed for the old law to remain in effect before its revocation. With respect to third question, the words that play an important role in the proposed bill will have to be identified specifically and clearly. These words include “securing the debt by mortgage and pledge over the same property,” “prior creditor,” and “latter creditor.” For the fourth question, the most important idea that should be declared in the section below a definition section is, “making two securing contracts over the same property is lawful”. For the fifth question, the legal consequence that should be stated in the bill is that the creditor will take at his own risk if he is found to be a latter creditor. For the sixth question, the conflict between the prior creditor and latter creditor may occur, for example, when the due date of the second debt comes before the due date of the prior creditor. In this scenario, the latter creditor may enforce the secured property debt before the first secured creditor. At this juncture, this action may cause some damages to the prior creditor. This problem may also happen in the case of making several mortgages over the same property. However, under the Civil and Commercial Code of Thailand, there is Section 731. to deal with such a problem. This section states that “[a] latter mortgagee cannot enforce his right to the injury of the earlier one.” Thus, a prohibition must be made by applying the same principle to the proposed bill. In addition, there is a Supreme Court decision holding that the latter mortgagee could not enforce the mortgage

before the earlier one even it was a mortgaged property auction.⁵ In plain English, the prior mortgagee is the only person who has the right to enforce the mortgage first.⁶ For the seventh question, this problem can be solved by determining in the bill that the amount of money must be allocated to the prior creditor first and then the latter creditor afterwards. If there is any money left, it will be returned to the owner of the property. Finally, as noted, the draft would be introduced as follows:

Drafting
Act of
Securing the Debt by Mortgage and Pledge over the same Property
B.E.....

Section 1. This act shall be called “The act of securing the debt by mortgage and pledge over the same property B.E. ...”

Section 2. This act shall come into force after the date of its publication in the government gazette.

Section 3. In this act

“Securing the debt by mortgage and pledge over the same property” means bringing the movable property stated in the civil and commercial code of Thailand section 703 paragraph 2 to mortgage and then pledge, or to pledge and then mortgage.

“Prior secured creditor” means the creditor who is guaranteed to be paid first by mortgage or pledge before the other secured creditor, who is also guaranteed to be paid by pledge or mortgage, but only after the prior secured creditor is paid.

⁵Deka, **Supreme court decision 1711/2530** [Online], available URL: <https://deka.in.th/view-61278.html>, 2017 (November, 10).

⁶Panya Tanomrod, **Civil and Commercial Code of Thailand on Loans, Suretyship, Mortgage, and Pledge**. 5th ed. (Bangkok: Institution of Legal Education of the Thai Bar, 2008), p. 251.

“Latter secured creditor” means the creditor who is guaranteed to be paid by mortgage or pledge after the other secured creditor who is guaranteed to be paid first by pledge and mortgage.

Section 4. Securing a debt by mortgage and pledge over the same property shall be done under this act.

Section 5. The person whose debt is secured by a property which can be both mortgaged and pledged shall assume the risk for any damages which may occur if he is later found to have been a latter secured creditor.

Section 6. A prior secured creditor is entitled to be paid first before a latter secured creditor.

A latter secured creditor cannot exercise his right in conflict with a prior secured creditor.

Section 7. When the property that is secured by mortgage and pledge is sold by public auction, the amount of the money shall be allocated to the creditors in order of precedence. And, if there is any surplus remaining, it shall be returned to the owner of property.

.....

In conclusion, the purpose of this article is not only to make people aware of the problems that may be confronted in the near future, but also to propose the appropriate solutions and the drafted laws to deal with the problem of mortgage and pledge over the same property. The alternatives that are mentioned above should provide appropriate guidance to the solution. The common audience will benefit from this article by learning how to avoid the problem and the academicians will learn how to take action in respect to such a problem. The prior mortgagee will possess a more preferable right than latter mortgagees. And, I hope this article shall be useful for all audiences.

Bibliography

- Deka. **Supreme Court decision 1711/2530** [Online]. Available URL: <https://deka.in.th/view-61278.html>, 2017 (November, 10).
- Nolan, Joseph R. and M., j. Conoly. **Black's Law Dictionary Special Deluxe**. 5th ed. St. Paul, Minn.: West, 1979.
- Panya Tanomrod. **Civil and Commercial Code of Thailand on Loans, Suretyship, Mortgage, and Pledge**. 5th ed. Bangkok: Institution of Legal Education of the Thai Bar, 2008.
- Spranking, John G. **The International Law of Property**. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (A.D. 2017).

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:
การยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทน
ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
มาตรา 44/1

พลีษฐ์ อันทรินทร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ภัคดีคง

คำพิพากษากฎีกาที่น่าสนใจ: การยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1

พลิชฐ์ อันทรินทร์*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา ภักดีคง**

เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้น แน่นอนว่าต้องมีผู้กระทำความผิดและที่ขาดไม่ได้ก็คือ ผู้เสียหาย ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เว้นแต่คดีความผิดบางฐานความผิดเป็น ความผิดต่อรัฐ เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 หรือพระราชบัญญัติ เกี่ยวกับอาวุธปืน เป็นต้น ความผิดเหล่านี้รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย แต่ก็มีข้อยกเว้นหากราษฎรได้รับความเสียหายโดยตรงก็อาจเป็นผู้เสียหายได้ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงาน ซึ่งปกติจะเป็นความผิดต่อรัฐ แต่หากข้อความเท็จนั้น ทำให้ราษฎรได้รับความเสียหายด้วย ราษฎรก็เป็น ผู้เสียหายได้เช่นเดียวกัน

และเมื่อได้กระทำความผิดเกิดขึ้น การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วย กฎหมายอยู่ในตัว เว้นแต่การกระทำบางเรื่องซึ่งกฎหมายอาญาบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็น ความผิด เช่น การกระทำป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นต้น ซึ่งเมื่อได้กระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว ก็ย่อมเป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ที่เรียกว่า ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือ ประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหม ทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งค่าสินไหมทดแทนก็ประกอบไปด้วยหลายอย่าง เช่น ค่าปลงศพ ในกรณีทำให้เขาถึงแก่ความตาย หรือค่ารักษาพยาบาล หรือค่าขาดรายได้ในระหว่างรักษาร่างกาย ในกรณี ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือค่าขาดแรงงานในกรณีผู้ถูกละเมิดตามกฎหมายหรือตาม สัญญาต้องกระทำการงานให้แก่บุคคลที่ต้องทำการงานให้ หรือค่าเสียหายอันไม่ใช่ตัวเงินในกรณีทำให้เขาต้องทนทุกข์ทรมาน จากการกระทำละเมิด ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443, 444, 445 หรือ 446 กำหนดไว้

*อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด; น.บ., น.บ.ท. มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัย- เชียงใหม่, LL.M. in Business Law International Programme, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.D. Institute of International Studies, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เนื่องจากการดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้พนักงานอัยการมีเพียงอำนาจในการเรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางประเภทเท่านั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43 ซึ่งได้แก่ ฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด ฆาตกรรม ฆอโฆง ยักยอกหรือรับของโจร ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำความผิด เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญา ก็ให้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายด้วย ผู้เสียหายซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดของจำเลยต้องไปดำเนินคดีส่วนแพ่ง เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนอื่นด้วยตนเองและต้องเสียค่าธรรมเนียมในการเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นภาระยิ่งขึ้นให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น สมควรให้ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาทุกประเภทที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ต่อเนื่องไปได้ เพื่อให้การพิจารณาคดีส่วนแพ่งเป็นไปโดยรวดเร็ว ในปี พ.ศ.2548 จึงได้มีการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2548 โดยเพิ่มมาตรา 44/1 ซึ่งบัญญัติว่า ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิตร่างกายจิตใจหรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลยผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้ ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว “ผู้เสียหาย”¹ ที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 44/1 นี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยตามกันมาโดยตลอดว่า ต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยด้วย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5419/2554, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49284/2555, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1758/2555, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10908/2556, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6300/2558 ฯลฯ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4928/2555 เมื่อจำเลยที่ 1 กับโจทก์ร่วมมีสาเหตุกันมาก่อนแล้วจำเลยที่ 1 เป็นฝ่ายลงมือชกต่อยโจทก์ร่วมโดยผ่านช่องกระจกรถก่อน โจทก์ร่วมย่อมต้องตอบโต้การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเชื่อว่าโจทก์ร่วมใช้ประตูลูกกระแทกจำเลยที่ 1 และออกจากรถไปชกต่อยกับจำเลยที่ 1 ดังที่จำเลยที่ 1 เบิกความ พฤติการณ์ของโจทก์ร่วมดังวินิจฉัยข้างต้นฟังได้ว่าโจทก์ร่วมสมครใจ

¹ “ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า 1. ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น 2. บุคคลนั้นต้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดและ 3. บุคคลนั้นต้องไม่มีส่วนในการก่อให้เกิดความผิดขึ้น กล่าวคือต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย”.

ทะเลาะวิวาทกับจำเลยที่ 1 โจทก์ร่วมจึงไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัยและไม่มีสิทธิยื่นคำร้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1758/2555 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้ตายสมัครใจทะเลาะวิวาทกับจำเลย นางสาว จ. จึงไม่ใช่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 วรรคหนึ่งได้

แต่อย่างใดก็ตามหลักกฎหมายในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยในปี พ.ศ.2560 ที่ผ่านมามีคำพิพากษาศาลฎีกาของที่ประชุมใหญ่ ที่ 5400/2560 กับหลักคำพิพากษาที่วินิจฉัยเดินตามกันมาตลอดที่ตัดสินว่าผู้เสียหายที่จะยื่นคำร้องตามมาตรา 44/1 ต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย โดยคำพิพากษาดังกล่าวยังไม่มีกรณีพิพาทเผยแพร่แต่อย่างใด ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาของที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวข้างต้น วินิจฉัยว่า “เห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 บัญญัติว่า “ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกาย ชื่อเสียง หรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้ เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์จะช่วยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายในทางแพ่งได้รับความสะดวกรวดเร็วในการได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแพ่งเป็นอีกคดีหนึ่ง ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาจะได้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียวกัน โดยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายยื่นคำร้องเข้ามาในคดีอาญาดังที่ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2548 ความว่า เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากการดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้พนักงานอัยการมีเพียงอำนาจในการเรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้นผู้เสียหายซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดของจำเลย ต้องไปดำเนินคดีส่วนแพ่ง เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนอันด้วยตนเองและต้องเสียค่าธรรมเนียมในการเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นภาระยิ่งขึ้นให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาทุกประเภทที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ต่อไปได้ เพื่อให้การพิจารณาคดีส่วนแพ่งเป็นไปโดยรวดเร็ว รวมทั้งยกเว้นค่าธรรมเนียมสำหรับการดำเนินคดีดังกล่าว เพื่อลดภาระให้แก่ผู้เสียหาย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” ดังนี้ แม้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีคำอธิบายคำว่าผู้เสียหายไว้ในมาตรา 2 (4) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6” แต่ข้อความตามมาตรา

44/1 ที่บัญญัติให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้นั้น ย่อมมีความหมายในตัวว่า หมายถึง ผู้ที่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทน จึงมีความหมายที่แตกต่างชัดกับความหมายของผู้เสียหายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (4) การตีความคำว่าผู้เสียหายตามมาตรา 44/1 จึงไม่ต้องถือตามความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 2 (4) ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 1 ที่บัญญัติว่า “ในประมวลกฎหมายนี้ ถ้าคำใดมีคำอธิบายไว้แล้วให้ถือตามความหมายดังได้อธิบายไว้ เว้นแต่ข้อความในตัวบทจะขัดกับคำอธิบายนั้น” ดังนั้นการพิจารณาว่าผู้ใดจะมีสิทธิยื่นคำร้องต้องพิจารณาจากสิทธิในทางแพ่ง ไม่ใช่กรณีที่จะนำความหมายของคำว่า ผู้เสียหายในทางอาญา เช่น เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) มาใช้บังคับ แม้ไม่ใช่ผู้เสียหายในทางนิตินัยในคดีอาญาก็ตาม แต่ก็เป็นผู้เสียหายในทางแพ่ง จึงสามารถยื่นคำร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งมาในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 ได้ ส่วนการกำหนดค่าสินไหมทดแทน ให้พิจารณาว่าฝ่ายผู้เสียหายมีส่วนทำให้เกิดความเสียหายขึ้นมากน้อยเพียงใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 223

ดังนั้นต่อจากนี้ไป การยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าว เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยหรือไม่ หากแต่ได้รับความเสียหายในทางแพ่ง ก็สามารถยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ตามคำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย
สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จันตรี สินศุภฤกษ์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
4. รองศาสตราจารย์จุฑาภาศ นิศารัตน์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
5. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
7. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
8. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง
ศาลยุติธรรม
9. รองศาสตราจารย์ทองสุก กรัณยพัฒน์พงศ์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
10. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ
ศาลยุติธรรม
11. รองศาสตราจารย์พัชรมัย ทองอุไร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
12. ดร.ธนกฤต วรรณชชากุล
สำนักงานอัยการสูงสุด
13. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล
มหาวิทยาลัยรังสิต
14. นายนันทิ จิตสว่าง
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
15. นายนิรุฒ มณีพันธ์
ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)
16. นางปิยนุช มนุรังสรรค์
ศาลยุติธรรม
17. นายประภาศ คงเอียด
กระทรวงการคลัง
18. นายประเสริฐ เสียงสุทวิช
ศาลยุติธรรม
19. นายปิยะ ครุฑเดชะ
Baker & McKenzie Ltd.
20. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ
นักวิชาการอิสระ
21. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
22. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ
กระทรวงการคลัง
23. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
24. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
25. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
26. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
27. นายวรวุฒิ ทวาทสิน
ศาลยุติธรรม
28. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ
ศาลยุติธรรม

- | | |
|---|--|
| 29. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 30. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง | WEERAWONG,
CHINNAVAT & PARTNER LTD. |
| 31. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล | จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย |
| 32. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 33. นายสมชัย ทีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 34. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 35. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล | มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ |
| 36. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 37. ดร.สมบูรณ์ เสงี่ยมบุตร | นักวิชาการอิสระ |
| 38. นายสราวุธ เบญจกุล | ศาลยุติธรรม |
| 39. นายสอนชัย สิริวิทยกุล | ศาลยุติธรรม |
| 40. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบดี | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 41. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร | กระทรวงการคลัง |
| 42. นายสุบุญ วุฒิมังค์ | ศาลยุติธรรม |
| 43. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ | มหาวิทยาลัยขอนแก่น |

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

- | | |
|--|---|
| 1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค | ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์ |
| 2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร ภาไชย | สำนักงานกฎหมาย คณิศ แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด |
| 3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน | สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด |
| 4. รองศาสตราจารย์ทองสุข ทรัพย์พัฒนพงศ์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์สงวน ตียะไพบูลย์สิน | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. อาจารย์ภัทระ ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

บรรณาธิการ

- | | |
|---|---------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา รักดีคง | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
|---|---------------------|

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิณัฏฐา แสงสุข | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิชัย มานิตยกุล | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. อาจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์พิชญ์ วิทยารัฐ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนันท์ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรวิทย์ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนิรุฒ มณีพันธ์ | ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร

10240 โทร 02-310-8201, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8201 Email: lawjournal@ru.ac.th

Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าหน้ากระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุชื่อคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าด้วย ตามจำนวนผู้เขียนใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป
6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์)/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่). สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** ...,/เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์)/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์)/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย/ชื่อรายงานวิจัย/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย./เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.

- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่./วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]/ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ Website: www.lawjournal.ru.ac.th

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ห้อง 1201 อาคาร 1 ชั้น 2 ศูนย์บริการและให้ความช่วยเหลือสังคมทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ Email: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด
6. ต้นฉบับบทความจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียน
7. ผู้เขียนได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้เขียนในลำดับถัดไป